

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

**TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TOPLUM
GÜVENLİĞİNİN SAĞLANABİLMESİ İÇİN BİREY
ÖZGÜRLÜKLERİNİN SINIRLANDIRILMASININ
KOŞULLARI**

DOKTORA TEZİ

**DANIŞMAN
DOÇ. DR. HAYRİ KESER**

**HAZIRLAYAN
HAKAN BECEL**

MALATYA-2016

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ
SİYASET VE KAMU YÖNETİMİ ANA BİLİM DALI
SİYASET VE SOSYAL BİLİMLER BİLİM DALI

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TOPLUM GÜVENLİĞİNİN
SAĞLANABİLMESİ İÇİN BİREY ÖZGÜRLÜKLERİNİN
SINIRLANDIRILMASININ KOŞULLARI

DOKTORA TEZİ

DANIŞMAN
DOÇ. DR. HAYRİ KESER

HAZIRLAYAN
HAKAN BECEL

Jürimiz 06/05/2016..tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda bu doktora tezini oybirliği / oyçokluğu ile başarılı bularak Siyaset..Bilimi ve Kamu..Yönetimi Anabilim, Siyaset ve Sosyal Bilimler.... Bilim dalında doktora tezi olarak kabul etmiştir.

Jüri Üyelerinin Ünvanı, Adı ve Soyadı

imzası

1. Prof. Dr. Ahmet KARADAĞ
2. Doç. Dr. Hasan BURAN
3. Doç. Dr. Gökhan TUNCEL
4. Yrd. Doç. Dr. Ferman DEMİRKOL
5. Doç. Dr. Hayri KESER (Danışman)

.....
.....
.....
.....
.....

İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun tarih ve
.....sayılı kararıyla bu tezin kabulü onaylanmıştır.

Ünvanı Ad Soyadı
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ONUR SÖZÜ

Doç. Dr. Hayri KESER danışmanlığında doktora tezi olarak hazırladığım **TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TOPLUM GÜVENLİĞİNİN SAĞLANABİLMESİ İÇİN BİREY ÖZGÜRLÜKLERİNİN SINIRLANDIRILMASININ KOŞULLARI** başlıklı bu çalışmanın bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın tarafımdan yazıldığını ve yararlandığım bütün yapıtların hem metin içinde hem de kaynakçada yöntemine uygun biçimde gösterilenlerden oluştuğunu belirtir, bunu onurumla doğrularım.

Hakan BECEL

ÖZET

BECEL, Hakan “Türk Anayasa Hukukunda Toplum Güvenliğinin Sağlanabilmesi İçin Birey Özgürlüklerinin Sınırlandırılmasının Koşulları”, Doktora Tezi, Malatya, 2016

Özgürlük, insanoğlunun çok eski tarihlerden itibaren üzerinde en fazla fikir üretmeye çalıştığı konulardan birisi olmuştur. Toplumsal hayata geçişle birlikte bireyin güvenlik ihtiyacının sağlanması, yeni bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışma bireyin güvenliğinin sağlanmasında özgürlüklere getirilecek sınırlandırmanın nasıl ve ne şekilde olacağı ile ilgilidir. Biz de çalışmamızda bireyin ve dolayısıyla da toplumun güvenliğinin sağlanmasında, bireyin özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların minimize edilmesinin yol ve yöntemlerini ele almaya çalışacağız. Bu amaçla da bireyin temel hak ve özgürlüklerinin yer aldığı ve normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan anayasayı tercih ederek, bireyin özgürlüğü ile toplumun güvenliği arasında evrensel hukuk ilkeleri ışığında bir denklem oluşturmaya çalışacağız.

Anahtar Sözcükler: Özgürlük, Güvenlik, Anayasa Hukuku.

ABSTRACT

BECEL, Hakan, “ The Condition of Limitation Of Individual Freedom To Provide Security of Society in Turkish Constitutional Law”, Doctoral Thesis, Malatya, 2016.

Liberty has been one of the most predominant subject on which humanity has given consideration over the ages. With the advance of more societal life, satisfying the people’s need for security has brought a new debate that is about the restrictions on liberty which are likely to ensue once providing security. In this study, we will elaborate on methods that allow minimum constrains and maximum liberty while providing essential security for both individual and society.

For this purpose, we will try to equate freedom for individual with security for society in respect to the principles of international law by preferring the constitutional law, as the top of normative hierarchy, that ensures fundamental rights and freedoms for individual.

Key Words: Freedom, Security, Constitutional Law.

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA TOPLUM GÜVENLİĞİNİN
SAĞLANABİLMESİ İÇİN BİREY ÖZGÜRLÜKLERİNİN
SINIRLANDIRILMASININ KOŞULLARI

Hakan BECEL

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

GİRİŞ 1

KAVRAMLARIN TANIMLARI VE KAVRAMLAR ARASI

İLİŞKİLERİN İNCELENMESİ

1.DEVLET.....	10
1.1 Özgürlük İhtiyacının Devlet Oluşumuna Etkisi.....	10
1.2 Devletin Sınırlı Olması.....	31
1.2.1 Liberal Doktrinde Devletin Sınırlandırılma Düşüncesi.....	32
1.2.1.1 Antik Yunan’da Devletin Sınırlandırılması Düşüncesi.....	33
1.2.1.2 Antik Yunan Sonrasında Liberal Düşüncede Devletin Sınırlandırılması	34
1.2.1.3 Sosyal Darwinizm– Sosyal Liberalizm	38
2. GÜVENLİK	40
2.1 Realist / Neo – realist Güvenlik Anlayışı.....	40
2.2. Liberal Doktrinin Güvenlik Anlayışı.....	44
3. ÖZGÜRLÜK.....	48
3.1 Negatif Özgürlük.....	49
3.2 Pozitif Özgürlük	51

3.3 Cumhuriyetçi Özgürlük.....	56
4. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	58
4.1 Özgürlük ve Güvenlik Arasında Denge Arayışı.....	58
4.2 Çalışmamız Kapsamında Özgürlük Güvenlik İlişkisi	61

**DEVLETİN GÜVENLİĞİN TESİS EDİLMESİNDE YERİNE GETİRMESİ
GEREKEN YÜKÜMLÜLÜKLER İLE ÖZGÜRLÜKLERİN
SINIRLANDIRILMASINDA DİKKAT ETMESİ GEREKEN TEMEL
KRİTERELERİN İNCELENMESİ**

DEVLETİN GÜVENLİĞİN TESİS EDİLMESİNDE YERİNE GETİRMESİ GEREKEN YÜKÜMLÜLÜKLER.....	67
1. Pozitif Yükümlülük.....	67
1.1 Devletin Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri.....	74
1.1.1 Yasa Yapma.....	74
1.1.2 Ulaşılabilirlik ve Öngörülebilirlik.....	76
1.1.3 Keyfi Müdahaleye İzin Verilmemesi	80
1.1.4 Sorumluluğun Terki.....	85
1.2 Pozitif Yükümlülüklerin Usul Yönünden Ele Alınması.....	87
1.2.1 Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme.....	88
1.2.2 Hakkın Kullanımını Sağlama.....	89
1.2.3 Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü.....	90
1.2.3.1 Soruşturmanın Bağımsızlığı.....	94
1.2.3.2 Soruşturmanın Tarafsızlığı.....	97

1.2.3.3 Soruşturmanın Kamuya Açık Olması.....	99
1.2.3.4 Soruşturmaların Ehil Otoritelerce Süratle Tamamlanması.....	101
1.2.3.5 Yargı Kararların Yerine Getirilmesi.....	102
2. Negatif Yükümlülük.....	105
3. Devletin Özgürlüklerin Sınırlanmasında Dikkat Etmesi Gereken Temel Kriterlerin İncelenmesi	109
3.1 Özüne Dokunmama.....	109
3.2 Kanunla Sınırlandırma.....	121
3.3 Demokratik Toplum Düzenine Aykırılık.....	129
3.4 Laik Cumhuriyet.....	136
3.5 Ölçülülük İlkesi.....	144
3.5.1 Elverişlilik.....	146
3.5.2 Gereklilik.....	148
3.5.3 Oranlılık.....	149

**TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA DEVLETİN GÜVENLİĞİ TESİS ETMEK
İÇİN BİREYİN ÖZGÜRLÜĞÜNE YAPACAĞI BELİRTİLEN
MÜDAHALELERİN SINIRLARININ İNCELENMESİ**

1. YAŞAM HAKKI	151
1.1 İntihar veya Ötenazi	151
1.2 Gözaltındayken İntihar	156

1.3 Maddi ve Manevi Varlığını Korumak.....	158
1.4 Tıbbi Müdahaleler.....	161
1.4.1. Tıbbi Müdahalelerin Zorunlu Olması	162
1.4.2 Tıbbi Deneylerde Kullanılma Yasağı.....	167
1.5 Yaşam Hakkına Müdahaleyi Legalleştiren Düzenlemeler.....	169
1.5.1. Meşru Müdafâ Hali.....	169
1.5.2 Sıkıyönetim veya Olağanüstü Hallerde Yetkili Mercinin Verdiği Emirlerin Uygulanması.....	176
2. İŞKENCE YASAĞI.....	179
2.1 İşkence Suçunun Unsurları.....	179
2.1.1 Maddi Unsur (Fiil).....	180
2.1.2 Fail Unsuru.....	182
2.1.3 Manevi Unsur (Kast).....	182
2.2 İşkence Suçunun Türk Hukuk Sistemindeki Yeri.....	183
2.3 İşkence Suçunun Önlenmesi İçin Yerine Getirilmesi Gereken Hususlar.....	184
2.3.1 Kişinin Yakalanması / Gözaltına Alınması Sırasında Yapılması Gerekenler.....	184
2.3.2 Kişinin Yakalanması / Gözaltına Alınması Sonrasında Yapılması Gerekenler	187
2.3.3 Kişinin Tutulduğu Yerin Koşullarının İşkence Suçu Bakımından Önemi.....	190
2.4 İşkence Suçunun 1982 Anayasası Kapsamında Değerlendirilmesi.....	191
3. ADİL YARGILANMA HAKKI.....	194

3.1 Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma....	195
3.1.2 Mahkemelerin Bağımsızlığı.....	197
3.1.3 Mahkemelerin Tarafsızlığı.....	200
3.2 Makul Süre İçerisinde Yargılanma.....	202
3.3 Aleni Olarak Yargılanma.....	205
3.4 Hakkaniyet Uygun Yargılanma.....	207
3.4.1 Silahların Eşitliği.....	207
3.4.2 Adil yargılanma Kapsamında Sanığa/Şüpheliye Tanınan Haklar...	212
3.4.3 Masumiyet Karinesi.....	213
3.4.4 Suçun Bildirilmesi ve Savunma Hakkı.....	216
3.4.5 Tercümandan Yararlanma.....	218
3.4.6 Avukat Tutma.....	221
4. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI.....	224
4.1 Bireyin Özgürlüğünün Kısıtlanabileceğinin Kabul Edildiği Durumlar..	226
4.1.1 Mahkemenin Vermiş Olduğu Mahkumiyet Kararı Sebebiyle Kısıtlama.....	227
4.1.2 Karara Uymama veya Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak.....	229
4.1.3 Küçüklerin Islah Amaçlı veya Yetkili Mercii Önüne Çıkarılması Amaçla Özgürlükten Yoksun Bırakılmaları.....	231
4.1.4 Tedavi Eğitim ve Islah Amaçlı Özgürlükten Mahrum Bırakma.....	234
4.1.5 Sınır Dışı Etme İşlemleri Kapsamında Özgürlüğün	

Kısıtlanması.....	238
4.2 Özgürlüğü Kısıtlanan Bireyin Hakları.....	240
4.2.1 Tutuklamanın Hâkim Kararıyla Olması.....	240
4.2.2 Hâkim Kararı Olmadan Yakalama / Gözaltına Alma.....	244
4.2.3 Yakalanana Haklarının Bildirilmesi.....	247
4.2.4 Yakalanan Kişinin Gözaltında Kalma Süresi (Makul Süre).....	248
4.2.5 Serbest Kalmayı İsteme Hakkı.....	250
5. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI.....	256
5.1 Özel Hayatın Gizliliği ve Aile Hayatı.....	260
5.1.1 Kişinin Kimliği.....	261
5.1.1.1 Etnik Kimlik.....	261
5.1.1.2 Kişinin Görüntüsü.....	262
5.1.2 Kişisel Veriler.....	269
5.1.3 Kişilerin Üstünün ve Eşyasının Aranması.....	273
5.2 Konut Dokunulmazlığı.....	281
5.3 Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması.....	286
6. YERLEŞME VE SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ.....	295
7. DÜŞÜNCE VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ.....	299
8. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ.....	303
SONUÇ.....	311
KAYNAKÇA.....	319

KISALTMALAR

BMİHEB	: Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.
BM	: Birleşmiş Milletler.
DMTD	: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi.
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu.
HSYK	: Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu.
AİHK	: Avrupa İnsan Hakları Komisyonu.
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
MOBESE	: Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu.
TCK	: Türk Ceza Kanunu.
AYM	: Anayasa Mahkemesi.
AİHD	: Avrupa İnsan Hakları Divanı.
OHAL	: Olağanüstü Hal.
OECD	: Organisation For Economic Co-operation and Development.
TMK	: Terörle Mücadele Kanunu.
FAAM	: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi.
FAİM	: Federal Almanya İdare Mahkemesi.

GİRİŞ

Özgürlük çok eski tarihlerden itibaren insanoğlunun en fazla ilgi gösterdiği konuların başında gelmiştir. Bu ilgi Montesquieu'nun “*hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli şekillerde yansımış olsun*” (Montesquieu, 2014: 168) ifadesinde de açık bir şekilde görülmektedir. Özgürlük kavramının tanımı, sınırları, kapsamı ve elbette uygulamaya yansımaya şekli felsefecilerin, siyaset bilimcilerin sözün kısası herkesin üzerinde tartıştığı konu olmuştur.

Özgürlük olgusunun bu denli cazip hali, onun doğasından kaynaklanmaktadır. Fakat kanaatimizce onu çekici kılan kavramsal yönünden ziyade, araştırmacıların, bilim insanlarının özgürlüğün boyutu/kapsamı hakkındaki düşünceleridir¹. Çünkü özgürlük sadece araştırmacıyı değil herkesi, her zaman, her yerde ilgilendiren bir konudur. Farklı bir anlatımla, balık için su ne ise birey için de özgürlük odur.

Özgürlük birçok konu ve alanla ilişkide olmasına rağmen en fazla ele alındığı tartışıldığı alan etik-politik alandır. Özgürlüğün etik anlamda incelenmesi sorumlulukla ilişkili olup sorumluluğun bulunmaması etik kavramının yokluğu anlamına gelmektedir. Etik olarak kabul edilen bir olgunun bireysel ve toplumsal açıdan değerlendirilmesi, bu değerlendirmenin politik açıdan da ele alınmasını zorunlu kılar. Bunun sebebi bireyin, hem bireysel hem de toplumsal yönünün olmasından kaynaklanmaktadır. Kuçuradi özgürlüğün, insanın özgürlüğü, kişilerin özgürlüğü, toplumsal özgürlük olmak üzere üç farklı açıdan ele alınabileceğini öne sürmektedir (Kuçuradi, 2009: 8). Özgürlük ile bireyde bütünleşen özgürlük arasında fark vardır. “*A priori*” olarak ele alındığında insan özgür bir varlıktır. Ancak kişinin özgürlüğü bundan farklıdır ve bu noktada özgürlük “*etik özgürlük*” adını almaktadır. Etik özgürlüğün, özgürlükten farkı, özgür bir kişinin ne olduğunu –ne olmadığını- konu edinmektir. Buradaki özgürlükte kişi bir değerdir. Özgür olan birey, yaptığı eylemlerde insan değerini önemli görerek, karşısındaki kişiyi ve insani değerleri

¹ Bu noktada Arslan, özgürlük-güvenlik dengesinin kavramsal bir sorun olmaktan ziyade, olağanüstü şartların dayattığı pratik bir mesele olduğunu ifade etmektedir (Arslan, 2008: 25).

zarara uğratmamaya çabalayan ve bunun sonucunda da “*doğru ve erdemli eylemi*” yapan kişidir (Kuçuradi, 2009: 13-18). Toplumsal özgürlük ise bir toplumda gerçekleştirilen ve toplumun genelini ilgilendiren iş ve işlemlerin (yasaların yapılması, eğitim – öğretim çalışmaları vb.) işleyişini ortaya koyan ilkelerdir. Bu noktada toplumsal özgürlükten bahsedebilmek için bu iş ve işlemleri gerçekleştiren kişilerin etik anlamda özgür olması gerekir ki, ortaya koymuş oldukları çıktıların özgürlüklerinden bahsedilebilsin. İşte bu noktada toplumsal özgürlük ile etik özgürlük birleşir. Yönetim erkini elinde bulunduran kişinin/kişilerin üretmiş oldukları siyasalar tek tek ele alındığında, özgürlükçü birer siyasa olup olmadıkları anlaşılabilirse de, toplumun tümü için toplumsal özgürlüğün varlığı sadece bir düşüncedir. Diğer bir anlatımla, toplumun özgürlüğünü sağlayacak olan kişilerin özgürlük fikrini benimsemiş olmaları ve bunu yansıtmalarıdır (Kuçuradi, 2009: 19-21).

Devletin kurumsal anlamda en etkili ve güçlü siyasal/yönetimsel/ekonomik mekanizma olması; demokratik kurumların işleyişini uygulamış olduğu siyasalarla belirleme etkinliğinin sadece kendinde bulunması ve en önemlisi de bu iki nedeni kapsayacak şekilde günümüzde pratik anlamda özgürlük ve güvenlik kavramlarına direk müdahale edebilen olması, devletin, çalışmamızın merkezinde olmasına neden olmuştur. Ancak öncelikle kabul etmemiz gerekir ki, toplum halinde yaşayan bireyin güvenliği için yaşamı boyunca arzularına ket vuracak, tutum ve davranışlarını mobilize ederek müdahalede bulunabilecek birçok aktör (aile, okul, cemiyet, örgüt, devlet vb.) bulunmaktadır. Bu aktörlerin her birinin bireyin yaşamına az veya çok müdahale ettikleri bir gerçek olmakla birlikte, bunların hepsinin çalışmamız kapsamında ele alınması mümkün değildir. Bu nedenle, bu sorunun en sorunlu /tartışılan aktörünü tercih ederek problemin özüne yaklaşabilmek mümkün olacaktır. Çünkü sistem teorisi çerçevesinde ele alındığında, her sistem kendisini meydana getiren daha küçük sistemlere ayrılabilen, her sistem de diğer sistemlerle ilişki içerisinde bulunmaktadır. Küreselleşme olgusunu bir an için yok kabul edersek, sistem yaklaşımı bakımından birey açısından en kapsayıcı olan, devlettir. Buradaki kapsam bireyi çevreleyen onu tutsak eden anlamında değil, şematik formda toplumsal kurumların en üst bileşeni olduğu düşüncesidir.

Dolayısıyla bu tür aktör popülasyonunun fazlalığı olan problemlerde en kapsayıcı olan aktörün tercih edilmesi problemin çözümüne, tüm diğer aktörleri de kapsayacak şekilde olmasa da, onları etkileyebilecek çıkarsamalar da bulunulabilmesine yardım edecektir. Bunu bir örnek üzerinden incelemek gerekirse, bir öğrencinin okulda sigara içme özgürlüğünü, öğrenciye ulaşma/muhatap olma noktasında engelleyen, okuldur. Ancak okulda sigara içmesini yasaklayan okul değil yasalarıdır. Yasalar da anayasal demokrasinin hakim olduğu koşullarda yasama meclisleri tarafından çıkarılan bağlayıcı metinlerdir. En basit anlatımıyla yasayı yapan, devlettir. O halde konumuzla ilintili olarak bireyin güvenli bir ortamda özgürlüğünü yaşayabilmesini, tersi manada, güvenli bir ortam için bireyin özgürlüğünün kısıtlanmasını sağlayan aktör, devlettir. Hayatımızın reel manada, güvenliğin tesis edilmesi için bu kadar içinde olan devletin pozisyonunun meşruiyetinin sorgulanması gerekliliği, bu gerekliliğin sınırlarının tespiti ve bu sınırların somut uygulamalar şeklinde ortaya konulması ihtiyacı (sorunu) çalışmamızın hem önemini hem de mihenk noktasını oluşturmaktadır. Ayrıca, 1982 Anayasasının çalışmamızın referans noktası olması aslında “Anayasası olan her kurum modern bir devlettir” şeklinde bir sayılıtının varlığını da kabul etmek anlamına gelmektedir. Ancak burada geçen modern devlet kavramı, siyasal düşünceler tarihinde devletin ortaya çıkış sorusunun cevabının doğaüstü unsurlar yerine aklın ve bilimin ortaya koymaya çalıştığı fikirler çerçevesinde şekillendirilmeye çalışıldığı, Munci Kapani’nde XV-XVI. yüzyıllara (Kapani, 2011: 42) dayandırdığı devlet anlayışını ifade etmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda devletin ilk ve nasıl oluştuğu sorusundan ziyade, neden oluştuğuna cevap bulmak hem çalışmamızın konusuyla doğrudan ilişkili hem de çalışmacının yöntemini ortaya koyması açısından önemlidir. Bu bakımdan çalışmamızda güvenlik ve özgürlük arasındaki ilişkiyle birlikte, bu iki olgunun gerçekleşmesine olumlu veya olumsuz etkili şekilde müdahil olabilen ve bu etkisiyle de sıklıkla tartışılan “devlet” aygıtının, bu iki kavramdan hangisine ne kadar mesafede durması gerektiği sorgulanmaya çalışılacaktır. Marksist, liberal veya faşist ideolojiler olsun, tarihsel süreç içerisinde ortaya çıkan tüm fikirlerin temel çabalarının, devletin varlığı veya devletin özgürlük-güvenlik kavramlarının neresinde olması gerektiğinin sorgulandığı olmuştur. Bu bakımdan çalışmamızda devletin nasıl oluştuğundan ziyade neden

oluştugu araştırılmaya çalışılacaktır. Devletin tanımının yapıldığı veya tartışıldığı birçok çalışma yapılmıştır. Ancak çalışmamızda bu şekilde devletin tanımlandırılması veya belirli bir bakış açısıyla konumlandırılmasından ziyade, çalışmamız kapsamında devletin oluşmasına etki eden nedenleri incelemeye çalışacağız. Bu nedenle “*devlet aygıtı, toplumsal hayatın başlamasıyla birlikte bireyin, kaybolan özgürlüğünün yeniden kazandırılması için kurulmuştur*” hipotezi, çalışmamızın birinci hipotezi olacaktır. Bu hipotezimiz, çalışmamızın birinci bölümünde devletin oluşumunda değişik ideologların ortaya koydukları görüşler ele alınmak suretiyle irdelenmeye çalışılacaktır.

Özgürlük ve güvenlik kavramları sıklıkla birbirinin zıttı veya alternatifi olarak ele alınmaktadır. Aslında tam tersi bu kavramlar birbirinin zıttı değil, birbirini tamamlayan ve birbirinin içerisinde var olan olgulardır. Bu bakımdan “*özgürlük ve güvenlik arasında denge değil denklem ilişkisi bulunmaktadır*” hipotezi, çalışmamızın ikinci hipotezi olarak incelenecektir. Bu savımızı biraz daha derinlemesine irdelemek gerekirse, Robinson Crusoe örneğini ele alabiliriz. Daniel Defoe’nun meşhur “Robinson Crusoe ve Cuma” isimli romanında Crusoe, ıssız bir adada zorunlu olarak yaşamak zorunda kalmış birisidir. Crusoe, Cuma’yla karşılaşınca kadar özgürlüğünün farkında değildir. Ne zamanki Cuma adada ortaya çıkarak adadaki her şeyin doğal bir ortağı olarak belirince, Crusoe işte o zaman özgürlüğünün farkına varacaktır. Güvenlik de aynıdır. Crusoe, Cuma’nın adada bulunmasıyla güvenlik olgusunun farkına varmıştır. Çünkü Cuma, Crusoe gibi adada yaşamaya başlamış ve adadaki her şeyin doğal olarak ortağı olmuştur. Crusoe, Cuma’nın varlığından haberdar olana kadar her şeyin tek sahibi olma özgürlüğünü yaşamaktadır. Bir başka anlatımla Crusoe, özgürlüğünün farkına aslında Cumayla tanışınca varmıştır. Bununla ilişkili olarak Crusoe, güvenlik olgusunun mevcudiyetine de Cumanın varlığıyla haberdar olmuştur. Çünkü tabiat ve yırtıcı hayvanlardan kaynaklananlar dışında daha önce hiç kimse Crusoe’nun güvenliğini tehlikeye düşürmemiştir. Bu örnekte de gördüğümüz gibi güvenlik olgusunun bilinmemesi bir tehlikenin varlığıyla ilişkilidir. Ancak özgürlük öyle değildir. O zaten vardır. O halde biri diğersinin var olma sebebi olma özelliğini taşıyan bu iki olguyu ayırmak ne mümkündür ne de doğrudur. Özellikle de bu iki olguyu sıklıkla

bir denge teorisi çerçevesinde ele almak, kanaatimizce birini diğerine tercih etme anlamını taşıdığından doğru değildir. Çünkü özgürlük ve güvenlik arasında bir dengenin bulunması gerektiğine dair söylem, bu iki olgu arasında karşıtlık ve ters orantılı bir ilişki bulunduğu varsayımına dayanmaktadır (Arslan, 2008: 26). Örneğin; bir seyahate çıkmanız gerektiğinde size, havayolu şirketi tarafından valizinizin belirli bir ağırlıkta olması gerektiği uyarısı yapılmıştır. Siz havaalanına ulaştığınızda, valiz teslim etme noktasındaki görevli valizinizin ağırlığının olması gerekenden fazla olduğu yönünde size bildirimde bulunursa, önünüzde iki seçenek bulunmaktadır. Ya seyahate çıkmayacaksınız ya da valizinizin ağırlığını istenilen seviyeye çekmeye çalışacaksınız ya da aşan kısım için ücret ödeyeceksiniz. Valizinizin ağırlığını regüle etmek için, kendi zevkinize ve keyfinize göre aldığınız eşyalarınızın bir kısmını çıkarmanız ve seyahatte kullanmamanız gerekecektir. Peki bu eşyalardan hangisinden geçici bir seyahat süresi dahilinde olsa bile vazgeçebileceksiniz? Havalimanı denge kuralı sizden, bazı eşyalarınızdan geçici de olsa vazgeçmenizi istemektedir. İşe özgürlük ve güvenlik arasındaki denge aforizması da tıpkı valizinizdeki eşyalardan bazılarınızdan vazgeçmenizi sizden ister. Belki vazgeçme bir gömlek veya bir kitap için olağan görünebilir ama peki ya sizin yaşam hakkınız, mahremiyetiniz, bunlardan vazgeçebilmeniz mümkün müdür? İşte özgürlük ve güvenlik arasındaki denge metaforu, terazinin iki ayrı kefesinde bulunan özgürlük ve güvenlikten dengeyi sağlama pahasına bir şeyler alacaktır, ama hangisinden? Görüldüğü üzere denge metaforu, vazgeçilebilecek unsurların varlığı halinde mümkündür. Ancak konu özgürlük ve güvenlik ise dengeden, hangisinden ne kadar vazgeçeceğimiz belirgin olmadığından bahsedilemez. Bu düşünce sebebiyle biz özgürlük ve güvenlik dengesi ifadesi yerine “özgürlük ve güvenlik denklemi” ni kullanmayı uygun bulmaktayız. Çünkü özgürlük ve güvenlik olguları arasında denge arayışı yaklaşımı, denge arayışının içinde gizli olan tuzakların ve özgürlüklere yapılabilecek ucu açık müdahalelerin bulunabilme ihtimalini artırmaktadır (Arslan, 2008: 28). Yukarıdaki havalimanı örneğine tekrar döndüğümüzde, valizinizden bazı eşyaları çıkartarak denge sağlanmış, ancak dengeyi sağlama sürecinin optimal yönü göz ardı edilmiştir. Günümüzde dünya genelinde yaşanan gelişmeler de dikkate alındığında, bireyin özgürlüğünün her an müdahale edilebilir bir yapıya sahip olduğu aşıkardır. Özgürlüğün bu hassas ve kırılgan hali

sebebiyle, sonuca odaklı bir perspektiften ziyade, kişinin ve dolayısıyla da toplumun özgürlüğünü yaşayabilmesi için alınabilecek güvenlik tedbirlerinin ve bu tedbirlerin uygulanış şekil ve yöntemlerinin en iyi şekilde incelenip değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bakış açısıyla bireyin özgürlüğünü en iyi şekilde yaşaması gerektiği temel kabulümüzden hareketle, bunu sağlayacak olan devletin, güvenlik siyasalarının ve bu siyasalarda kullanacağı enstrümanların ne olacağı ile bunların nasıl uygulanması gerektiği çalışmamız kapsamında tafsilatlı bir şekilde ele alınacaktır.

Önemli olan gerek sözleşme gerekse farklı yol ve yöntemlerle belirlenen bu koşulların, bireyin tüm yaşamını ve faaliyetlerini şekillendirecek, onu belirlenmiş bir hedefe mobilize edecek kalıp ve kurallardan oluşmasının önlenmesidir. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik kavramları doğası gereği toplumsal hayatın hüküm sürdüğü yerlerde birey açısından daha önemlidir. Bireyin güvenliği, kendisi açısından herhangi bir tehlikenin olmaması hali şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tehlike bir başka bireyden gelebileceği gibi sınırsız kabul edilebilen bir devletin müdahalesiyle de olabilecektir. Demokratik kurum ve kuralların işlediği, toplumsal hayatın hüküm sürdüğü bir devlette bireyin özgürlüğünün sınırı da sıklıkla tartışılmaktadır. Esasen burada tartışılan bireyin isteminin ne kadar önemli olduğu ve sınırının ne olacağıdır. İmanuel Kant, David Hume’u eleştirmesine rağmen Onu, “isteme” fikrini kendisine göstermesi nedeniyle yüceltmıştır. Gerçekten de Kant’ın felsefesinde isteme her şeyden önemli ve öncedir. Kant, *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* isimli kitabının birinci bölümünde neden iyi istemenin önemli olduğunu şöyle anlatır:

Dünyada, dünyanın dışında bile iyi bir istemeden başka kayıtsız şartsız iyi sayılabilecek hiçbir şey düşünülemez. Anlama yetisi, zeka, yargı gücü ve adı ne olursa olsun düşüncenin diğer doğa vergisi yetenekleri ya da mizacın özellikleri olarak yüreklilik, kararlılık, tasarlananda sebat, çeşitli bakımlardan iyi ve istemeye değerdirler kuşkusuz; ama bu doğa bağışlarını kullanacak olan

isteme ve bundan dolayı karakter denen özel yapısı iyi değilse, son derece kötü ve zararlı olabilirler (Kant, 2002: 9).

Görüldüğü üzere Kant iyi istemenin her şeyden önce ve önemli olduğunu belirtmiştir. Kant, istemin ve isteme etki eden aklın eylemi gerçekleştirirken verdiği buyruğu/emri, üç farklı kategoriye ayırmıştır. Bireyde isteme için zorlayıcı olduğu ölçüde nesnel bir ilkenin tasarımına emir, bu emrin formülüne de buyruk denir. Buyruklar bir amaca ulaşmak içinse bu koşullu buyruk; herhangi bir amaç için değil tek başına akla uygun bir istemeye bağlı ise kesin buyruktur. Akıl sahibi her insanın gücü nispetinde istemiyle bağlantılı amacı/amaçları olabilir. Akıl sahibi insan amacına ulaşabilmek için bilimin de desteğiyle kendisine sunulan farklı buyruklarla karşılaşır. Bu buyrukların iyi veya akılsal olması önemli değildir. Bu buyruklara “beceri” veya “teknik” (*sanata ilişkin*) buyruklar denir. Kişinin mutluluğunu amaç edinen araçların seçiminde bulunan buyruk koşullu bir buyruktur ve ona “zeka buyurtusu” demek gerekir. Buradaki buyruğun koşullu olma sebebi amaç olarak belirlenen mutluluğu elde etmek için buyruğun araç vazifesi görmesindedir. Buna “pragmatik” (*refaha ilişkin*) buyruk ta denir. Yukarıda izah edilmeye çalışılan iki buyruk dışında bir buyruk daha vardır ki bu herhangi bir amacı öncelemeden doğrudan buyurur ki, bu buyruk “kesin” dir. Kesin buyruk, eylemin içeriğiyle ve ondan elde edilecek sonuçla ilişkili değil, o eylemin ortaya konulma niyetiyle ilişkilidir. Bu buyruğa “ahlakilik” buyruğu veya “ahlaksal” buyruk denir (Kant, 2002: 30-33). Kant beceri, zeka ve ahlaksal buyruk olmak üzere üç farklı kategoriye ayırdığı buyruklardan ahlaksal olanını, deneysel bir dizi faaliyetler neticesinde elde etmemizin mümkün olmaması nedeniyle diğer iki buyruktan ayırarak, kesin buyruklar sınıfına dahil eder ve onu “a priori” olarak araştırmamız gerektiğini savunur (Kant, 2002: 36). Biz de çalışmamızda güvenlik politikaları oluşturulurken sadece sonuca odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin, uygulamada çok ciddi sıkıntılara neden olabileceği kanaatiyle bu yaklaşımı pratik açıdan ; sonuç odaklı bir yaklaşımın, insan hak ve özgürlükleri gibi “a priori” varlığı kabul edilen aksiyomatik kural ve koşulların (örneğin her insanın yaşam hakkı vardır kuralı gibi) bulunduğu bir alanda da savunulmasını teorik açıdan sorunlu buluyoruz. Bu nedenle biz özgürlük temelli güvenlik siyasaları için Kant’ın ifadesiyle “iyi

istemenin” önemli olduğunu düşünmekteyiz. Amacı her şeyin üzerinde gören Machiavellinin meşhur “*amaç araçları meşru kılacaktır*” sözü (Göze, 2011: 119), insan hak ve özgürlüklerinin temel alındığı bu çalışmanın tamamen dışındadır. Bu nedenle “*güvenliğin tesis edilmesi sonuç odaklı değil, insan hak ve özgürlüklerini etkilemesi bakımından süreç odaklı bir çalışmadır*” hipotezi çalışmamızın üçüncü hipotezini oluşturmaktadır.

Ancak birey açısından gerek literatürde gerekse 1982 Anayasasında ele alınan tüm hak ve özgürlükler çalışmamız kapsamında incelenmeyecektir. Çalışmamız kapsamında birey haklarını “birinci, ikinci ve üçüncü haklar ayırımına” tabi tutan ve birinci kuşak hakları klasik ve siyasal insan hakları olarak ele alan yaklaşımı benimseyeceğiz. Birinci kuşak haklar, daha çok bireyi devletin müdahalesinden korumakta ve onun devlet karşısında bazı temel haklarını güvence altına almaktadır. Birinci kuşak haklar, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, can ve mal güvenliğinin sağlanması, özel yaşamın gizliliği, işkence ve onur kırıcı ve diğer zalimane davranış yasağı ve dernek kurma hakkıdır (Tezcan ve diğerleri, 2006: 58). Bu haklar 1982 Anayasasında “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde yer almaktadır. Devletin, bireyin can ve mal güvenliğine doğrudan etki edebileceği bu hakların çalışmamız kapsamında ele alınmaya çalışılacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde şu sorulara cevap bulmaya çalışacağız. Birinci soru, *özgürlük ve güvenlik olguları arasında dengeyi kurmak mümkün müdür?* İkincisi, *toplum halinde yaşam ve devletin oluşumunun sebebi nedir?* Üçüncüsü, *devletin, toplumun güvenliğini sağlamadaki rolü sınırsız mıdır? Sınırsız değil ise, bu sınır nasıl ve ne şekilde olacaktır?* Yine bu bölümde *bireysel özgürlüğün belirleyici unsurunun ne olduğu* sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır. Bu soruya vereceğimiz cevap bireyin özgürlüğünün hukuki pozitivist bir anlayış gereği “kurallar bütünü” olması gerektiğini mi, Kant’çı bir bakış açısıyla bireyin özgürlüğünün ancak haklarla birlikte anılması gerektiğini mi, yoksa paternal devlet anlayışı gereği özgürlüğün sadece devlet ne verdiyse onunla mı sağlanacağını açıklanmasına çalışılarak, bireysel özgürlüğün çalışmamızdaki pozisyonu netleştirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde birinci bölümde belirlemeye çalıştığımız perspektiften devletin rolünün sınırlılığının kriterleri ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu bölümde, devletin birey karşısındaki güçlü pozisyonu dikkate alınarak, bu gücün kontrol altına alınmasının yöntem ve kriterleri belirlenmeye çalışılacaktır. Bireyin özgürlüğünü yaşayabilmesinde devletin güvenliği sağlama rolünün sonuç odaklı değil süreç odaklı bir yaklaşımla olabileceği kabulünden hareketle, güvenliğin tesis edilmesinde devletin uyması gerektiği tüm kriterler çalışmamızın ikinci bölümünde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi ve doktrinde ortaya çıkan yorumlar perspektifinde tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu yöntem ve kriterlerin belirlenmesinde neden uluslararası sözleşme ve Mahkeme içtihatlarının dikkate alındığı sorgulanabilir. Bunun iki farklı açıklaması bulunmaktadır. Birincisi, çalışmamızın konusu siyaset felsefesi ve hukuk gibi iki farklı alan ve disiplini ilgilendirmektedir. Bilim olanı, felsefe ise olması gerekeni tartışır. Çalışmamızın her bölümünde –özellikle birinci bölümünde- bireyin özgürlüğünü muhtel duruma düşürmeden toplum güvenliğinin sağlanmasında *olması gereken ideali* bulmaya çalışacağız. İkincisi, 1982 Anayasasının 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümleri ile yasalar arasında farklı hükümlerin mevcut olması halinde uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme gereğince bireyin temel hak ve özgürlükleri konusunda uluslararası sözleşmeler ulusal bir hukuk normu özelliğine kavuşmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise 1982 Anayasasının birey hak ve özgürlükler konusundaki düzenlemeleri irdelenerek, 1982 Anayasasının özgürlükçü mü yoksa güvenlikçi bir anayasa mı olup olmadığı sorgulanacaktır. Sonuç bölümünde ise tespit edilen eksikliklerin literatür, içtihat ve uygulamalar çerçevesinde giderilmesi için önerilerde bulunulacaktır.

1. DEVLET

Çalışmamızın bu bölümünde devletin tanımı daha doğrusu ne olduğu sorusuna değil, devletin ortaya çıkış amacının ne olduğu sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır. Çünkü çalışmamızın ana sorusu olan devletin özgürlük ve güvenlik konusunda nerede duracağına belirlenebilmesi için, devletin ortaya çıkış amacının anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle bu bölümde kronolojik olarak siyaset bilimcilerin ve fikir insanlarının yapmış oldukları çalışmalar incelenecek, insanoğlunun devleti kurarken özgürlüğü mü yoksa güvenliği mi esas aldığı sorusuna cevap bulunmaya çalışılacaktır.

1.1 Özgürlük İhtiyacının Devletin Oluşumuna Etkisi

Eflatun'a göre toplumun doğuşu, insanların kendi hayatlarını idame ettirmede tek başlarına yetersiz kalmaları sebebiyle bir arada bulunma isteklerinden kaynaklanmaktadır. Eflatun, topluluğun (en küçük birim olarak) meydana gelebilmesi için en az üç kişiden oluşması gerektiğini ifade etmiştir. Eflatun toplumun oluşmasını daha doğru ifadeyle gelişmesini yine ihtiyaçların belirlediği bir sıralama ile vermektedir. Eflatun toplumun, insanların ihtiyaç duyduğu malzeme ve ürünleri üretecek olan üretici sınıf; bu sınıfın ürettiklerini koruyacak olan bekçi/koruyucu sınıf; her iki sınıfın ve genel manada toplumun hakkını koruyacak olan yönetici sınıf olmak üzere üç sınıftan oluşması gerektiğini ifade etmektedir (Eflatun, 2005: 55-74). Görüldüğü üzere Eflatun toplumun oluşumunu, topluluk halinde yaşamının getirdiği dışsal zorunluluklara dayandırmış ve toplumun güvenliğini sağlayacak olan koruyucu sınıfı tarihsel süreç içerisinde topluluğun oluşumundan hemen sonraya koyarak toplum güvenliğinin önemini ortaya koymuştur. Kanaatimizce güvenliği ikinci sınıfa, üretimi de birinci sınıfa koyan Eflatun bu kararıyla üretim için önemli olan özgür ortamın (üretim için gerekli olan ortam) önemini ortaya koymuştur.

Bu noktada Eflatun'un öğrencisi olan Aristo'nun da devlete ve bireye biçtiği role bakıldığında, onun da Eflatun gibi insanın tek başına değil ancak polis içerisinde yaşamak zorunda olduğunu belirttiği görülür. Aristo insanoğlunun polise, aile, kabile

ve köy gibi oluşumları tamamladıktan sonra ulaşabileceğini ifade etmektedir. İnsanoğlu polise bu şekilde ulaşacaktır fakat polis bahsi geçen bu topluluklar var olmadan da vardır. *Çünkü bütün parçalardan önce gelmelidir.* Bu topluluklar tek başlarına değil ancak polisin içerisinde gerçek amaçlarına ulaşabilirler. Bu noktada Aristo, bireyin de ancak bir polis/toplum içerisinde dünyaya gelerek siyasal kimlik kazanmasının mümkün olacağını belirtmiştir (Aristo, 2014: 13).

M.Ö. V. yüzyılda yine Atina'da ortaya çıkan Sofizm akımı ise, insanı her şeyin ölçüsü olarak ele almıştır. Sofistler, evrenle ilgili sorulara cevap bulmayı bir yana bırakarak bireyi ön plana çıkarmışlardır. Kanunların, devletlerin insan yapısı kurum ve kuralları olduklarını, zamanla değişebilecekleri gibi ortadan kalkmalarının da mümkün olacağını belirten Sofistler, devletin oraya çıkışını insanın zayıflığında bulmaktadırlar. İnsan dünyada var olan diğer varlıklar içerisinde hayatını sürdürmek için kendinde var olan özelliklerin yeterli olmadığını fark edince, birlikte yaşamın zorunluluğunu anlamış ve ilkel anlamda ilk topluluk ortaya çıkmıştır. Sofistlerin devletin oluşumunu iki farklı nedene dayandırdıkları fikirleri (anlaşma ve kuvvet) daha sonraki zamanlarda "*Doğal Hukuk Doktrini*" ile "*Kuvvet Teorisinin*" temelini oluşturmuştur. Aristoteles sonrasına M.Ö. IV. yüzyılda Yunan polisleri, Makedonların saldırıları sonrası bağımsızlıklarını ve özgürlüklerini yitirmişlerdir. Bu gelişme Yunan yarımadasındaki siyasal düzenin bozulmasına neden olmuştur. Düzenin bozulmuş olması insanları yeni fikirlerin arayışı içerisine sokmuştur. Yunan yarımadasındaki bu çöküş döneminde ortaya çıkan düşünce okullarından birisi de Stoa okuludur. Stoacılar, Aristo ve Eflatun'un tersine devleti/polisi yücelten bir anlayıştan uzak durmuşlardır. Göze'ye göre Stoacıların bu şekilde düşünmeleri, polislerin yıkılarak Makedonya İmparatorluğunun kurulması, polisin birey yaşamında çok önemli ve belirleyici rolünün yerine ikame edilmesi gereken yeni bir arayışın çabaları neticesinde olmuştur. Stoacılar bu noktada akli ve onunla ilişkili olarak bireyi ön plana çıkararak, devleti her şeyin üzerinde gören anlayışı kabul etmemişlerdir. İnsanlar arasında yasalara, hukuka dayalı eşitlik ve kardeşlik düşüncesini savunmuşlardır. Bu düşünceleriyle bireyi ön plana çıkaran Stoacılar, tarihte bu fikirleri savunan ilk düşünürlerden olmuşlardır (Göze, 2011:12-63).

Yunan mitolojisinin ve felsefesinin Hıristiyanlığın doğuşuyla tekrardan ele alınmasıyla farklı yorumların ortaya çıktığı görülmüştür. Bu yeni anlayışın en önemli temsilcilerinden biri olan Aquino'lu Thomas (St. Thomas) bireye vermiş olduğu önemle ön plana çıkmaktadır. St. Thomas, *insanı sosyal ve siyasal* bir varlık olarak görmektedir. St. Thomas siyasal toplumun varlığını, bireyin kendi ihtiyaçlarını karşılamadaki sınırlılığı sebebiyle zorunlu görmektedir. İnsanın yaşamını sağlıklı bir şekilde devam ettirebilmesi ancak onun güvenliğinin sağlanması ve bir adalet sisteminin kurulması ile mümkündür. Bireye bunları sağlayacak olanda siyasal bir sistemin varlığıdır. St. Thomas'ın deyişiyle, sınırsız talepleri olan ancak bunun tersine sınırlı yeteneği olan insan, ancak bir iktidarın mevcut olduğu toplum içinde yaşmalıdır. St. Thomas'a göre iktidarı elinde bulunduran yöneticiler, yönetim görevini yasayla yerine getirmelidirler. İktidar zorlayıcı gücü yasadan alırken, iktidarın meşruiyetini kazanması da yasalar sayesinde olmalıdır (Göze, 2011: 92).

1400'lü yılların en önemli fikir adamı olarak kabul edilen İbn-i Haldun, devlet ve toplumu meydana geliş nedenleri açısından ayırmaktadır. Toplum; doğal yollardan, insanların birbirlerine muhtaç olmalarından kaynaklanmaktadır. Devlet de doğal yollardan kurulmuştur fakat onun kuruluş amacı bir otoriteye duyulan ihtiyaçtandır. İnsanın toplum içinde yaşamasının iki nedeni olduğunu belirten İbn-i Haldun, bunlardan ilkinin ekonomik diğerinin ise güvenlik olduğunu savunmuştur. Şehir hayatını kırsal hayattan ayıran İbn-i Haldun, ekonomik kaygı ve ihtiyaçların insanları daha fazlayı elde etmeye yöneltmesi ve ekonomik mücadelenin şehirlerde kırsallardan daha fazla olması nedeniyle şehir hayatının daha zor olduğunu, şehirlerde mutlak surette lider ve yargıçların bulunması gerektiğini ifade etmiştir (İbn Haldun, 2007: 213-216). Çünkü İbn-i Haldun, insanların doğuştan değil sonradan iyiyi ve kötüyü öğrendiğini, şehirlerde ekonomik hareketliliğin fazlalığı nedeniyle güvenliğin sağlanmasının daha önemli olduğunu ve şehirlerin kırsala göre daha güvensiz olduğunu belirtmiştir (Göze, 2011: 99-101).

Tarihsel süreç içerisinde Ortaçağ Avrupa'sında sosyal, siyasal ve ekonomik ilişkileri toprakla örtüştüren ve Avrupa'da yaşam tarzını belirleyen, feodalite olmuştur (Çetin, 2002: 81). Bu dönemde insanlar, ticaretin şehirlerde yavaşlaması

sebebiyle kırsal alanlara göç etmiş ve burada hayatlarını idame etme zorunluluğu sebebiyle feodal düzeni oluşturmuşlardır (Kılıç ve Demirçelik, 2011: 182). Feodal yapı dua edenler, savaşanlar ve çalışanlar olmak üzere üç sınıftan oluşmaktadır. Bu sınıfsal bölünme yöneten-yönetilen şeklinde farklı bir taksimi de beraberinde getirmektedir. Yönetenler, şövalyeler, soylular ve rahipler (Çetin, 2012: 81)²; yönetilenler de köylülerdir. Toprak mülkiyetinin esas alındığı feodal sistemde, toprak mülkiyetine dayanan senyör, vasal, serf, serbest köylü şeklinde hiyerarşik bir ilişkinin varlığı da görülmektedir (Kılıç ve Demirçelik, 2011: 182). Güvenlik, adalet, üretim tüm faaliyetler senyörler tarafından sağlanmakta, insanlar feodal senyörlere bağlı yaşamlarını devam ettirmektedirler (Göze, 2011: 67-75). Ortaçağ feodalitesini etkisi altına alan diğer bir kurumda kilisedir. Kilise elinde bulundurduğu topraklarla sistemin içerisinde etkili bir nüfuza sahip olmakla birlikte, bu düzeninin yıkılmaması için uğraş vermiştir (Kılıç ve Demirçelik, 2011: 184). Feodalitenin sonraki Avrupa ve dünya düzeni için getirdiği en önemli etki ise şudur. Feodalite sürecinde kral ile halk; lordlar ile vassallar arasında yazılı olmayan bir sözleşme bulunmaktadır. Aralarında var olan bu sözleşmelere uymamak sıkıntıların hatta çatışmaların meydana gelmesine neden olmuştur. İşte Avrupa feodalitesini Asya feodalitesinden ayıran bu temel özellik (sözleşmeye uymama durumunda başkaldırma) Avrupa *feodalizminin özgürlüğü* olarak yorumlanmakta ve daha sonraki yıllarda Avrupa Rönesans'ının doğmasına neden olduğu iddia edilmektedir (Ülgen, 2010: 15). Feodal düzenin varlığı görüldüğü üzere insanların bir senyör veya serfe bağlı yaşamlarını zorunlu kılmaktadır. Senyörün verdikleriyle yetinen bireyin bu çağda özgür olduğunu düşünmek neredeyse mümkün değildir. Ortaçağın bu durumu devam ederken özellikle Cenova'lıların ve diğer ülkelerin, Doğuya yaptıkları seferlerle ticari hayatı canlandıracak sermaye ve iş gücünün batıya akışı sağlanmış, bu durumda ticaretin gelişmesine yol açmıştır. Ticaretin gelişmesiyle birlikte kapalı tarımsal üretimden ticarete dönük tarımsal üretime doğru bir dönüşüm yaşanmış, bunun sonucunda da daha fazla toprak tarıma açılmıştır. Bu gelişme “tüccarlar” olarak bilinen yeni bir sınıfın doğmasına neden olmuştur. Herhangi bir yere bağlı olamayan

² Detaylı bilgi için bkz. Huberman Leo: (1974) Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla, Dost yayınları, Ankara, s.21.; Duby George: (1990) Ortaçağ İnsanları ve Kültürü, Çev: M. Ali Kılıçbay, İmge Yayınları, Ankara, s.91.

bu tüccarlar, ticaretin sağlamış olduğu faydayla derebeylerden toprak almaya ve kendi özgür birliklerini oluşturmaya başlamışlar ve en önemlisi de kendi hukuk sistemlerini oluşturmuşlardır³. Görüldüğü üzere feodal düzenin ilk kuruluş aşamasında insanlar kendine yakın bölgelerde bulunan lordların saldırı ve tecavüzlerinden korunmak için bir başka lordun otoritesi altında, emeğinin karşılığında yaşamayı kabullenmişlerdir. Özgürlüklerini, can ve mal emniyetleri için kaybetmeyi göze alabilmişlerdir. Fakat insanlar ticaretin gelişmesiyle beraber güçlenerek özgürlüklerini tekrar elde etmeye başlayınca feodal beylerden uzaklaşmaya kendi ayakları üzerinde durmaya başlamışlardır. Bu durum da aslında insanların her daim kaybettikleri özgürlüklerini aradıklarının göstergesidir.

Ortaçağ sonrasında yaşanan yenilikçi akımların etkisiyle ortaçağ siyasal düzeni olan feodalitenin ve bu düzenin getirdiği daha ziyade dini referansların etkisi altındaki düşünce ve fikirlerin erozyona uğradığı, bunun sonucunda da yeni bilim insanı ve siyaset adamlarının ve halen onların referans kabul edilen fikirlerinin ortaya çıktığı görülmüştür. Bu siyaset adamlarından bir tanesi de şüphesiz 16. yüzyıl başlarında İtalya’da ulusal birliği savunan ve güçlü bir merkezi devletin varlığının gerekliliğini dile getiren Machiavelli’dir. Machiavelli, yönetimlerin doğuşunda “*korunma*” gereksiniminin ağır bastığını belirtmektedir. İnsanların ilk başlarda sayıca az olduklarını ancak zamanla insan nüfusunun arttığını, ilişki ve iletişimin güçlendiğini bunun sonucu olarak da insanların “*korunma*” gereksinimi duyup, içlerinden en güçlü ve yeteneklisini lider seçtiklerini ve onun himayesine girdiklerini belirtir (Göze, 2011: 111-112).

Feodalite döneminde ve sonrasında dinin siyaset ile ilişkilendiren Katolik Kilisesinin temel gayesi, siyasal iktidar karşısında konum alma çabasıdır. XVI yüzyılda yaşanan reform hareketleriyle başlayan siyasetin doğa üstü halinin sorgulanması durumu XVII yüzyıla kadar devam etmiştir. Ancak Bossuet gibi bazı teorisyenler tüm yönetimlerin Tanrı’ya bağlı olduğunu, Tanrı’dan gelmeyen hiçbir

³http://www.acikders.org.tr/pluginfile.php/2793/mod_resource/content/2/10.Hafta%20-%20Orta%20%C3%87a%C4%9Fda%20Siyasal-Sosyal-Kurumsal%20Yap%C4%B1,%20Y%C3%B6ntem%20ve%20Teoriye%20Dair.pdf

iktidarın bulunmadığını belirtmişlerdir. Bossuet'in bu görüşüne karşılık aynı yüzyılda ortaya çıkan bir başka okul “doğal hukuk okulu”⁴, siyasal iktidarın insan yapısı olduğunu, iktidarın doğaüstü bir güce dayandırılmasının mümkün olmadığını savunmuştur. Doğal hukuk doktrini insanların toplu halde yaşama geçmeden önce ilkel durumda yaşadıklarını, bir “sosyal sözleşme” ile bu ilkel durumdan çıkarak topluluk halinde yaşamaya başladıklarını, ancak bu durumunda insanların daha güvenli bir ortamda yaşamasını sağlamaya yetmemesi nedeniyle insanların “siyasal sözleşme” yaptıklarını, bu sözleşme neticesinde oluşan siyasal iktidarında devlet siyasal yapılanmasını oluşturduğunu kabul etmişlerdir (Göze, 2011: 142).

Doğal hukuk okuluna göre siyasal iktidar insanların oluşturmuş oldukları bir şey olduğundan, siyasal iktidarın kaynağı sözleşmedir. Doğal hukuk doktrininde insan ön plandadır. Çünkü insanı diğer canlılardan ayıran en önemli özelliği düşünme ve muhakemedir. Hobbes' un doğal yaşam dönemi olarak adlandırdığı zaman diliminde insanların eşit oldukları kabul edilir. Çünkü Hobbes, insanların birbirleriyle mücadele etmesinin temel nedeni olarak bu eşitlik halini görür. Eşit olan insanların belirli bir şeye aynı zamanda sahip olma istekleri çatışmaya sebep olacaktır. Hobbes çatışmanın hüküm sürdüğü bu dönemi, herkesin herkesle savaştığı, güvensizliğin hakim olduğu, toplumda bunların sonucu olarak gelişmenin olmadığı durum olarak tanımlar (Hobbes, 2014: 99-101). Görüldüğü üzere Hobbes'un eşitlik teorisinde bir olumsuzluk durumu söz konusudur.

⁴ Doğal Hukuk: İnsan haklarının temellendirilmesinde hem ilk hem de en eski felsefi yaklaşım doğal hukuk ve doğal haklar yaklaşımıdır. Geçmiş antik Yunan'a kadar uzanan doğal hukuk (ius naturale) etiği, genel olarak evrende, doğada ve insan doğasında rasyonel bir düzenin varlığının kabulü üzerine yükselir. Epistemolojik olarak rasyonalist olan doğal hukuk yaklaşımına göre evrende her bir varlık hem tek tek hem de hepsi bir arada doğalarına içsel olan bir amaca yönelmiş durumdadır. Bu rasyonel ve doğal düzenin bir parçası olan insan, rasyonel bir canlı olarak kendi doğasının amaçlarını ve bu amaçların gerektirdiği davranış kurallarını keşfetme ve bunlara uygun davranabilme kabiliyetine sahiptir. İnsanın nasıl davranması gerektiğine ilişkin bu ilkeler/yasalar her yerde, her zaman ve her insan için geçerli olmaları bakımından evrensel, rasyonel ve mutlak bir hukuk olarak düşünüldüğünden doğal sıfatıyla tanımlanır. Doğal hukukun ilkesi/ilkelere, insan doğasının yöneldiği iyilik veya mutluluk amacına ulaşmaya dönük olarak insanın kendini gerçekleştiriminde (self-fulfillment), insanın gelişiminde (human flourishing) ve insanın kendini oluşturmasında (self-constitution) ona rehberlik edecek temel ahlaki kriterler olarak kavranır (Uslu, 2011: 26).

Hobbes'un toplum felsefesi insan felsefesine, bireye dayanmaktadır. Hobbes'a göre bireyin temel amacı toplum halinde yaşamını sürdürmektir. Dolayısıyla güvenliğini sağlamaktır. Birey bencil olduğundan yani çıkarları ön planda bulunduğundan, toplum, bireyin çıkarlarını gerçekleştirme aracıdır. Hobbes, bu düşüncesiyle toplum felsefesinin temellerine “*bencillik*”, “*bireycilik*” ve “*faydacılık*” ilkelerini yerleştirmiş olur. Hobbes, insanı eyleme yönlendiren şeyin “*erek*” değil “*neden*” olduğunu belirterek nedenselci bir yaklaşım sergiler. İnsanın “*istek*” ve “*nefret*” ile eyleme geçtiğini belirtir ve bu haliyle insanı makineye benzetir (Çapar ve Yıldırım, 2012: 10)⁵. Hobbes bu açıklamalarını kanaatimizce, insanın kurt halini açıklamak için yapmıştır. Sadece istek ve nefret duygularıyla belirli bir amaca yönelen insan, bencillik özelliğiyle de Hobbes'un benzetmesiyle kurda dönüşecektir.

İnsan insanın kurdu ise böyle bir doğal yaşamdan çıkmak için insanların kendi aralarında sözleşme yapmaları gerektiğini aksi takdirde yok olma tehlikesiyle karşı karşıya olduklarını belirterek, insanların akılları aracılığıyla buldukları genel ilkelerle oluşturdukları sözleşme neticesinde kaos döneminin son bulduğunu belirten Hobbes'un, doğal yasa olarak kabul ettiği bu kurallar görüldüğü üzere insan aklının bir eseridir. Hobbes, on dokuz ilke olarak belirlediği doğal yasaları bir tek cümle “*Kendine yapılmasını istemediğin bir şeyi sen de başkasına yapma*” olarak tanımlamıştır (Hobbes, 2014: 123). Hobbes, insanların doğal yaşam koşullarından kendi aralarında yapmış oldukları sözleşme ile çıkmalarına rağmen, bir gücün boyunduruğu altında yaşamamaları sebebiyle, kendi belirledikleri bu sözleşmenin hükümlerine uymayacaklarını belirtmektedir. Hobbes'a göre bu sosyal sözleşmede cebir, baskı ve cezalandırma yetkisi eksiktir. Bu yetkiyi kullanacak olan devlettir. İşte bu noktada Hobbes'un siyasal sözleşme olarak tanımladığı ikinci sözleşme devreye girer. İnsanlar bu ikinci sözleşme ile kendi haklarını bir başkasının lehine sınırlamak kaydıyla bir egemenin boyunduruğu altında yaşamayı kabul ederler. Böylece “*ölümlü Tanrı Leviathan*” yaratılmış olur. Hobbes siyasal sözleşme olarak

⁵ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ben-Amittay, J. (1983) Siyasal Düşünceler Tarihi, Çev.: M.A Kılıçbay-L. Köker, Ankara: Savaş Yayınları. Ayrıca Şenel, A. (2004) Siyasal Düşünceler Tarihi (11. Basım), Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları. Ayrıca Hilav, S. (1985) 100 Soruda Felsefe El Kitabı, 4. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.

adlandırılan bu ikinci sözleşmenin oluşum sebebini, “*güvenlik ihtiyacının gereksinimi*” olarak görmektedir (Hobbes, 2014: 133). Ancak Hobbes, güvenliği sağlamak için doğa durumunda, çatışma halinin oluşmasına etki eden ana sorun olarak gördüğü, “eşitler arasındaki eşitlik halinin sınırsız olma durumunun”, güvenliği sağlama amacıyla kurulan devletin varlığı sonrasında “eşitler arasındaki eşitlik halinin sınırlı olma durumuna” dönüşmesiyle mümkün olacağını belirtmektedir (Hobbes, 2014: 100-101). Bu noktada akla gelen soru ise, eşitliği sağlayacak olan kimdir veya nedir? Hobbes bu soruya egemen güç olarak cevap vermektedir. Egemen güç de bunu, adalet aracılığıyla yerine getirecektir. Egemen gücü de yasa yapma konusunda sınırlı kılan Hobbes, bu sınırlılığı da “iyi yasa yapma” olarak tanımlar. Hobbes devleti leviathan gibi bir canavara benzetirken, aslında devlete biçeceği rolünde ipuçlarını vermiştir. Hobbes’un devleti öyle bir aygıt olacaktır ki, sınırlı olmayacak, tek güç ve hakim olacaktır. Hobbes “doğa durumunun” kişiler arasında yarattığı güvensiz ortamın son bulacağı düşüncesiyle, devlete böyle bir dokunulmazlık atfetmiştir. Hobbes, devletin oluşum nedenini “güvenliği sağlamak” gerekliliği olarak göstermiştir. Bu gerekliliğin son bulmasının da devletin varlığının sorgulanması sonucunu otomatikman getireceğini iddia etmiştir. Ayrıca Hobbes, insanların boyunduruğu altında yaşadıkları devlete sadece kuruluş amacına ters düşmesi halinde (güvenliği sağlayamama) itaat etmeme hakkının olduğunu ifade etmiştir (Hobbes, 2014: 134-171).

17. yüzyılın mutlakiyetçi düşüncelerine ağır bir darbe indiren Locke, liberal devletin öncüsü olarak görülür ve doğal hukuk doktrinini savunur. Locke öncesi feodal aristokratik düşünüş, epistemoloji alanında bilgilerin deney-öncesi olduğunu benimseyen dogmatik bir tutuma sahipti ancak Locke bunu eleştirmiştir. Locke insan aklında doğuştan gelen bilgilerin bulunmadığını belirterek ve sanayi devriminin oluşturduğu ortamdan etkilenerek, insanın bilgilerinin kaynağını dış dünyadan, deneyden, duyu organları ile alınan uyarıcıların algılanması ile edinildiğini belirtmiştir. Zihni boş bir beyaz sayfaya (*tabularasa*) benzeterek,

bilgilerimizi deney yoluyla elde ettiğimizi ifade eden Locke'un felsefesi ampiriktir (Çapar ve Yıldırım, 2012: 10)⁶.

Locke da diğer doğal hukuk doktrinini savunanlar gibi, toplumsal siyasal yapıyı açıklamak için önce insandan başlar ve doğal yaşamın koşullarını açıklar. Locke insanların yaratılış itibarıyla tek başına değil, topluluk halinde yaşaması gerektiğini savunur ve toplumsal yapının ilk basamağı olarak karşıt cinslerin birlikteliğini daha sonrada aile düzenini görür. Ancak Locke ailenin hizmetlilerde dahil bir topluluk oluşturmalarına ve her bir aile üyesinin farklı *amaç, bağ ve sınırları* olmasına rağmen, siyasal toplumu oluşturamadıklarını ifade eder (Locke, 2012: 53). Locke toplumsal hayatın ilk basamağı olarak gördüğü bu evreyi doğa durumu olarak tanımlamıştır. Locke'un betimlemeye çalıştığı doğa durumu, kişinin bir başkasından izin almaksızın veya bir başkasının iradesine bağlı kalmaksızın, doğa yasasının sınırları içerisinde eylemlerini düzenleyebilmesi ve kişiliği üzerinde tasarrufta bulunabilecek *yetkin bir özgürlük durumudur* (Locke, 2012: 9). Doğa durumunun bu tanımı kişiler arasında eşitliğinde varlığını ortaya koymaktadır. Çünkü herkes her şeyi kendi isteği ve sınırlılığı ölçüsünde yapabilmektedir. Eşitliğin ve herkesin isteği dahilinde hareket etme serbestliğinin bulunması durumunu Locke, kaos olarak nitelendirmemektedir. Çünkü insanların doğa durumunda bir başkasına zarar vermemesini sağlayan *doğa yasası* vardır, bu yasanın *kendisi de akıldır*. Akıl, kendisine danışan herkese bir başkasına zarar vermemesi gerektiğini öğretir. Akıl insanoğluna, herkesin eşit ve bağımsız olduğunu bu nedenle de birinin bir diğerine zarar verme hakkının bulunmadığını öğretir. Locke, aklın bu kural koyma yetisinin ve insanları yönlendirmesinin temelinde ve en önemlisi de aklın insanoğlundaki varlığının sebebinde ise Tanrıyı görür. Akıl Tanrı⁷ tarafından insanoğluna yaşamın devamı için verilmiştir. İnsanoğlu Locke'un tanımladığı doğa durumunda, doğa yasasını ihlal edenleri cezalandırabilecek ve doğa yasalarının yürütülmesini sağlayacak yetiye sahiptir. Bu yeti, herkese eşit şekilde

⁶ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Ben-Amittay, J. (1983) Siyasal Düşünceler Tarihi, Çev.: M.A Kılıçbay-L. Köker, Ankara: Savaş Yayınları. Ayrıca Şenel, A. (2004) Siyasal Düşünceler Tarihi (11. Basım), Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları. Ayrıca Hilav, S. (1985) 100 Soruda Felsefe El Kitabı, 4. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.

⁷ Locke kitabında "...her şeye kadir tek kudret sahibi..." nitelendirmesini, Tanrı için yapmaktadır (Locke, 2012: 11).

verildiğinden hiç kimse bir diğeri üzerinde iktidar oluşturma bakımından üstün değildir. Herkes doğa yasasını çiğneyen kişiyi doğa yasasına uyması yönünde uyarma bakımından eşittir. Doğa yasasını çiğneyen kişi, Tanrı'nın insanların karşılıklı güvenlikleri için eylemlerine koymuş olduğu önlem olan, akıl ve ortak adalet kuralı dışında başka bir kuralla yaşamak istediğini açıklamış olur. Bu durumda bulunan kişinin doğa yasasını çiğnemesinden ötürü pişmanlık duyması ve diğer kişilere örnek olmasını sağlamak için *her insan, saldırganı cezalandırma ve doğa yasasının yürütücüsü olma hakkına sahiptir*. Locke doğa durumunda herkeste bulunan bu yetkinin kullanılması halinde, kişinin vereceği zararın olumsuz etkisine kendisinin de muhatap olma ihtimalinin varlığının, kişinin intikam alma isteği ve tutkuları nedeniyle olumsuz uygulamalara yol açabileceği endişesini azaltacağını öne sürmüştür (Locke, 2012: 10-15). Sözleşme mantığı açısından bakıldığında Locke ile Hobbes'un devletin oluşumunda aynı mantığı temel aldıkları görünüyor olsa da aralarında belirgin farklar vardır. Örneğin Locke, doğa durumunu tanımlarken Hobbes gibi "savaş durumu" nitelendirmesini tercih etmemiştir. Locke doğa durumunu şu şekilde tanımlamaktadır:

"...insanların başkasından izin istemeksizin ya da başkasının iradesine bağlı olmaksızın doğa yasasının sınırları içinde eylemlerini düzenleyebilecekleri ve sahiplikleriyle kişilikleri üzerinde uygun olduğunu düşündükleri biçimde tasarrufta bulunabilecekleri yetkin bir özgürlük durumudur." (Locke, 2012: 9).

Locke doğa durumunda insanların özgür olduğunu ancak bu özgürlüğün kaos olarak anlaşılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü akıl insanlara kendi gibi olan diğerlerine zarar vermemesini öğütlemektedir. Ancak bu barış durumunun savaş durumuna dönüşme ihtimali vardır. Bu ihtimalde kişinin onayı olmaksızın bir başka kişi tarafından iktidarı altına sokulmasıyla mümkündür. Çünkü bu şekilde davranan kişi karşısındakini köle durumuna sokmaya çalışır ve bu durumda savaş halidir (Locke, 2012: 18). Fakat ortaya çıkan "kurala uymayana verilecek ceza ne olacaktır" sorusuna Locke'un verdiği cevap, bireyin toplumsal yaşama geçişinin

nedenini gösterir (Çapar ve Yıldırım, 2012: 17)⁸. İnsanların doğa durumundan toplum durumuna geçmeye karar vermelerinin nedeni, doğa durumunda kolayca savaş durumuna yol açabilecek olan “*yargılama ve cezalandırma*” hakkına herkesin sahip olmasıdır. Locke bütün doğal hakların korunmasını savunmaktadır. Ancak doğal yaşam halinde uygar toplumu gerçekleştirmek için üç şeyin eksikliği hissedilmektedir⁹: 1) Herkesin boyun eğeceği ve herkese eşit uygulanabilecek yasalar, 2) Herkesin cezalandırma hakkını kullanmasını önleyecek tarafsız yargıçlar, 3) Yargıcın kararını uygulayacak toplumsal bir güçtür. İnsanlar, kendi istekleriyle herkesin herkesle yaptığı bir sözleşmeyle doğal yaşamdan toplum düzenine geçecek anlaşmaya/sözleşmeye katılmışlardır. İnsanlar güvenliklerinin karşılanması karşılığında cezalandırma haklarını topluma bırakıyor ve fakat doğal haklarının tümünü de muhafaza ediyorlardı. Bu şekilde bir sözleşme yapmak suretiyle de, karşılıklı güvenlik ve yardımı sağlayacak bir oluşumu tesis ederek ve böyle bir oluşumla da bireyin doğuştan sahip olduğu haklarını korumayı amaçladıkları anlaşılmaktadır (Çapar ve Yıldırım, 2012:18).

İnsanı ortaya koyduğu doktrinin temelini koyan Locke, Tanrı'nın dünyayı ve dünyadaki her şeyi insanlara eşit şekilde ve onların yaşamlarını daha rahat geçirmeleri için verdiğini belirtmektedir. Ancak dünyada var olan her şey insanlara eşit derecede verilmiş ise “*mülkiyet*” olgusunun temelinde ne vardır? İşte bu noktada insanı ve onun ortaya koyduğu değerleri ön plana çıkaran Locke, kişinin kendisi üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğunu ve buna hiç kimsenin karışamayacağını belirtmektedir. Kişi dünyada var olan her hangi bir şeye kendi emeğini ve kendi özüne ait olan bir şeyleri katmak suretiyle bu şeyi, diğerlerinin dışına çıkarıp kendi *mülkiyeti* yapar. Bu şeyi diğer şeylerden ayıran kişinin o şeyin oluşmasına veya farklılaşmasına sebep olan *emeğidir* (Locke, 2012: 23-24). Locke devlete ve devletle ilişkili olarak çalışmamızın ana eksenini oluşturan güvenliğe rol biçmesinin temel nedenini, kişinin mülkiyet hakkını korumaya çalışması olarak görmüştür. Locke'un

⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Peters, R. (1969) “Locke”, Western Political Philosophers, Ed.: M. Cranston, London: The Bodley Head Ltd. ayrıca Sarıca, M. (1973) 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul: Gerçek Yayınevi. Ayrıca Şenel, A. (2004) Siyasal Düşünceler Tarihi (11. Basım) ayrıca Cohen, M. (2001) Political Philosophy, London: Pluto Press.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. Sarıca, M. (1973) 100 Soruda Siyasi Düşünce Tarihi, İstanbul: Gerçek Yayınevi.

görüşlerinde daha öncede belirtmiş olduğumuz gibi mülkiyet, yaşam ve özgürlük haklarını kapsamakta ve bu haklar bir konumda bulunmaktadır (Locke, 2012: 23-37). Locke'un doğal yaşam halinde insanlara tanıdığı ve onların bir nevi karakteristik özelliği olarak belirttiği özgürlük halinin göz ardı edilerek, emekle ilişkili mülkiyet hakkının bir nevi arkasına konulması, kanaatimizce Locke için çelişkili bir durum yaratmaktadır. Çünkü Locke insanların, insan olmalarından ötürü doğuştan getirdikleri vazgeçilmez ve devredilmez haklara sahip olduklarını belirtmektedir. Locke'a göre, tüm insanlar doğal olarak özgür ve eşit doğarlar (Locke, 2012: 64). Devletin oluşturulmasının temel sebebi mülkiyet hakkının korunması ve mülkiyeti de kutsal bir konuma getiren emek ise bireyin özgürlüğü nerededir? Birey kendi bünyesinde bulunan ve tamamen kendisine ait olan emeğini, özgür iradesiyle ortaya koymak suretiyle mülkiyetini oluşturmuştur. Bireyin bu özgür iradesi olmaz ise ortaya konulan, o bireyin mülkü olmayacaktır. Örneğin Locke efendi ve hizmetçiler ile kölelerin durumu hakkında kitabında şu ifadeleri kullanır: “*Özgür bir insan alacağı ücret karşılığında, belirli bir zaman için, yükümlendiği hizmeti satarak kendisini bir başkasının hizmetlisi haline getirir. Ne var ki bu ilişki..., efendiye hizmetli üzerinde aralarındaki sözleşmenin içeriğinden daha büyük olmayan ve sadece geçici olan bir iktidar verir. Ancak, özel bir adla Köleler olarak adlandırdığımız, meşru bir savaşta esir alınan, doğal hakla efendilerinin mutlak hükümranlığına ve keyfi iktidarına tabi kılınan bir başka hizmetliler türü vardır. Bunlar, ...yaşamlarını, yaşamlarıyla birlikte hürriyetlerini yitirdiklerinden ve servetlerini kaybettiklerinden ...ve kölelik durumunda olduklarındansivil toplumun bir parçası olarak düşünülemezler.*” (Locke, 2012: 56). Locke'un buraya alıntılanan ifadesinde iki farklı durumun karşılaştırılması vardır. Bunlar hizmetli ile kölenin durumudur. Hizmetli kendi özgür iradesiyle oluşturulan sözleşmeyle emeğini geçici süreyle efendisinin hizmetine sunarak, doğa durumunda kendisinde var olan iktidar hakkını kısmen ve belirli bir süreyle efendisine devretmiştir. Ancak kölenin durumu farklıdır. Çünkü köle hizmetli gibi özgür iradesiyle tutsak kalmadığından, doğa durumunda var olan iktidarının hepsini efendisine teslim ederek sivil toplum üyesi dahi olamamaktadır. Görüldüğü üzere mülkiyeti dokunulmaz hale sokan onu kutsallaştıran bireyin özgür iradesidir. Eğer o özgür irade olmaz ise, emeğin karşılığı oluşan mülkiyetin varlığı tartışılır hale geliyorsa, aslolan ve önemsenmesi

korunması gereken, bireyin özgürlüğüdür. Bu nedenle kişinin özgürlüğünü kaybetmesi ve özgürlüğünü yaşayamaması güvensizlik olarak kabul edilmelidir. Çünkü özgür olmayan bir kişinin kendi iradesiyle emeği karşılığında mülk edinmesi imkansız ise devlet, bireyin özgürlüğünü yaşaması için kurulmuştur ve bu amaca hizmet etmelidir.

Devletin oluşumunu doğal yaşamın varlığına bağlayan düşünürlerden olmayan Montesquieu'nun ortaya koyduğu fikrinsel gerekçenin çalışmamız açısından irdelenmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz. Öncelikle Montesquieu, savlarını monarşi, mutlakiyet gibi yaşadığı dönemin somut olguları üzerine inşa etmiştir (Şenel, 2004: 350). Montesquieu, İngiltere'nin özgür bir ülke olduğunu çünkü mutlak yetkili bir kralın var olmadığını, monarkın yetkilerinin sınırlı olduğunu, İngilizlerin bu özgürlüklerini korumamaları halinde yeryüzünün köle halinde yaşayan milletlerinden biri olacaklarını öne sürmektedir. Hobbes ve Locke, kişilerin birbirlerinin haklarına saldırımları ve güvenliklerinin tehlikeye girmesi sorununun, bir erkin boyunduruğu altına girmeleriyle son bulacağını ve kişinin özgürlüğünün güvenceye kavuşacağını düşünmüşlerdir¹⁰. Fakat Montesquieu, her ne kadar doğal yaşamdan bahsetmezse de, siyasi özgürlük olarak "*insanın kendini güvenlik içinde görmesinden duyduğu kalp huzuru*" tanımlaması (Montesquieu, 2014: 170), onun doktrinin temelinde de bireyin özgürlüklerinin korunması için bir çözüm bulma çabasının olduğu açıktır¹¹. Montesquieu bu çabanın sonucu olarak İngiltere'yi örnek göstererek kuramı "kuvvetler ayrılığını", özgürlüklerin korunması-güvenliğin tesis edilmesi temel tezi üzerine oturtmaya çalışmıştır.

¹⁰ Bu noktada Locke'un insanoğlunun bir erkin boyunduruğu altına girme konusunda Hobbes'tan ayrıldığını ifade etmekte fayda vardır. Locke, sivil bir toplum inşasını gerekli görür ve fakat bu sivil toplumun başına mutlak bir erkin gelmesini ise uygun bulmaz. Çünkü Locke insanların, aralarında çıkabilecek uyuşmazlıkların çözülmesi için başvuracakları bir otoritenin gerekliliğini, sivil bir toplum inşa etme nedeni olarak görür. Fakat mutlak bir monarşide kişilerin monarka başvurmaları imkansız olduğundan mutlak monarşiyi dışlar. Locke'un önerdiği model yasama ve yürütme erklerinin ayrılığında ibarettir (Locke, 2012: 59).

¹¹ Nitekim Montesquieu, siyasi özgürlük kavramını kitabının ilerleyen bölümlerinde daha geniş bir şekilde ele alarak siyasi özgürlüğü, bireyin her istediğini yapması olarak tanımlamıştır. Montesquieu'ya göre siyasi özgürlük, *kanunları olan bir toplumda özgürlük, ancak istememiz gereken şeyi yapmak olmalı yoksa istememiz gerekmeyen şeyi yapmaya zorlanmaktan değil*" şeklinde tanımlamıştır (Montesquieu, 2014: 169).

Yasayı hadiselerin içeriğinden kaynaklanan zorunlu ilişkiler olarak tanımlayan Montesquieu, yasaların kaynağı olarak da aklı göstermektedir. Montesquieu, doğa ile insanlar arasında bir ilişki kurmaya çalışmaktadır. Nasıl ki der, evrendeki her maddenin işlevini yerine getirmesi için bir kural varsa, insanların da uymaları gereken kurallar vardır. Fakat insanların kuralları doğanın kurallarına göre değişkenlik gösterebilir. Bunun da nedeni, insanların hata yapma özelliklerinde bulunmaktadır. Doğal yasaları anlatabilmek için insanı bir anlığına tek başına yaşar şekilde düşünen Montesquieu, insanın ilk ihtiyacının korunmak olduğunu diğer bir anlatımla özgür yaşayabilmesi için güvenliğinin sağlanması gerektiğini belirtmektedir. İnsanların tek başına yaşadıklarında güçsüz olduklarını ancak bir topluluk halini alınca güçsüzlüklerini unutarak mücadele etmeye başlayacaklarını, topluluk halinde yaşamaya başlayan bireyin gücünün farkına vararak çıkarları doğrultusunda davranacağını ve bunun da beraberinde savaş/kaos ortamını getireceğini belirtmektedir (Montesquieu, 2014: 43-46). Montesquieu' nun bireyin toplumsal yaşama geçtikten sonra çıkarları için hareket ederek kaosa sebep olma durumuna çözüm olarak *fazilet* kavramını öne sürdüğü görülmektedir. Özellikle demokrasi yönetimini *fazilet* ilkesine dayandıran Montesquie *fazileti*, yurt sevgisi / yurt çıkarlarının kişisel çıkarlardan üstünlüğü, kişisel beklentilerden uzak olmayı, yasalara saygılı olmak olarak görmektedir (Montesquieu, 2014: 59-60). Montesquieu' nun doğal yaşamdan ayrı düşünerek tamamen somut olgu ve olaylar üzerine inşa ettiği fikirlerinin de temelde Hobbes ve Locke' dan ilk görünüşte ayrı olduğu düşünülse de, onun fikirlerinin temelinde de bireyin çıkarlarının eylemlerine yön verdiği düşüncesinin hakim olduğu görülmektedir. Montesquie'da bireyin çıkarlarının özgürlük ve dolayısıyla da güvenliği tehlikeye atabileceğini düşündüğünden, herkesin kendi çıkarları doğrultusunda hareket etmesinin kargaşaya neden olacağını belirtmiştir (Montesquieu, 2014: 46). Böyle bir sonucun meydana gelmemesi içinde Montesquieu, doğal yaşamdan kurtulmanın çaresi olarak değil, siyasal yaşamın her dönemi için "kuvvetler ayrılığı" ilkesini savunmuştur (Montesquieu, 2014: 170-179). Ancak Montesquieu' nun kuvvetler ayrılığı doktrinini ortaya koymadan önce bireyin özgürlüğü ve güvenliği için kaleme aldığı şu ifade çalışmamızın ana felsefesi olan, güvenliğin bireyin kaybolan özgürlüğünün tesisi olduğu ve bunun içinde bireyin özgürlüğünün her şeyden önce ve önemli

olması gerektiği fikrini yansıtmaktadır: “*Vatandaşın siyasi hürriyeti demek, insanın kendini güvenlik içinde görmesinden duyduğu kalp huzuru demektir. Hürriyetin var olması için de, hükümetin, bir vatandaşın başka bir vatandaştan korkmasını önleyebilecek durumda olması gerek.*”(Montesquieu, 2014: 170).

Doğal hukuk doktrinini savunan bir başka siyaset felsefecisi Rousseau, doğal yaşam halini irdeler ve fakat doğal yaşam halinin farazi kurgusal yapısını da eleştirir. Rousseau, insanların doğal yaşam halindeki davranışlarını ve bu davranışlarını etkileyen unsurları irdelerken kişinin özgürlüğünün, onu diğer yaratıklardan ayıran en temel özellik olduğunu belirtmektedir. İnsan bu özelliği sayesinde tercihlerini yapabilmektedir. Rousseau, insanlar arasındaki eşitsizliği işlerken, insanların toplum halinde yaşamaya geçmeden önce özgür olduklarını - birbirlerine bağımlı olmadıklarını- belirtmektedir. İnsan, doğal yaşam evresinde doğayla giriştiği yaşama mücadelesi sonrasında kendisini ve çevresini tanımaya başlamıştır. Tek başına yaşamının zor olduğunu anlayan insanoğlu diğer kişilerle birlikte yaşamaya başlamıştır. Rousseau, bir noktaya kadar insanlar arasındaki eşitsizliğin kısmen de olsa sürdüğünü ancak bu eşitsizliğin en belirgin şekilde bir insanın iki insana yetecek kadar yiyecek ve malzemeye ihtiyacı olduğunu anladığı ana kadar devam ettiğini vurgulamıştır. Toplumların nasıl ve ne şekilde oluştuğu sorusuna benzer şekilde cevap veren Rousseau, insanların doğal yaşamdan kaynaklanan eşitsizlikleri sebebiyle, güçlü daha fazla mala sahip olma, güçsüz ve zayıfın da daha azla yetinmeye çalışmasının, insanlar arasında kaos ortamının doğmasına neden olduğunu belirtmiştir. Bunun sonucunda da insanlar, bu durumun son bulmasına, güçsüzleri korumak, güçlüleri dizginlemek için herkesin uymakla mükellef olduğu bir “*adalet ve barış kurallarının*” oluşturulmasına gerektiğini belirtmişlerdir (Göze, 2011:209-215). Bu süreç önemlidir çünkü Rousseau’ya göre doğal yaşam evresinde insan, tamamen özgür ve aklının etkisindedir. Ancak bu özgürlük, insanın kendisi için daha fazlayı elde etme hırsı sebebiyle yok olmuştur.

Rousseau insanların daha iyi bir şekilde güvende yaşamaları için oluşturdukları toplum halinde yaşama halinin aslında onları bağımlı hale getirdiğini ve özgürlüklerinin kaybolduğunu belirterek, “toplumsal sözleşme” eserinde insanları bu durumlarından ötürü zincire vurulmuş kölelerle benzetmektedir.

Rousseau insanların birlikte yaşamaya geçmiş olmalarına rağmen güçlünün halen hakim pozisyonda olmasını, bu olumsuz durumun sebebi olarak görmektedir. Rousseau, kuvvetin hak doğurmayacağını belirtmektedir. İnsanların bir egemenin/güçlünün boyunduruğu altında yaşamalarının ancak “meşruiyet” çerçevesinde mümkündür. Rousseau topluluk halinde yaşamının ilk nüvesi olarak aileyi görürken, kişinin başkasıyla onun hakimiyeti altında yaşamayı kabul etmesini, birinin diğerinden kuvvetli olmasından değil, ikna kabiliyetinin –anlaşma- etkisinden kaynaklandığını belirtmektedir. Bu anlaşma Rousseau’ ya göre meşruiyetin kaynağını oluşturmaktadır (Rousseau, 2010: 51).

Rousseau toplum sözleşmesi eseriyle, öne sürdüğü meşruiyeti açıklamaya çalışmaktadır. Ancak kendisine yöneltilebilecek bir soruyu da kendisi sormaktadır: *“İnsanın gücü ve özgürlüğü kendisini korumada başlıca araç olduğuna göre, bu gücü ve özgürlüğü bir başkasına devretmesi halinde kendi durumu ne olacaktır?”*. Rousseau’nun özgürlüğe önem verdiği, bu soruyu dile getirmesinde görülmektedir. Bu nedenle kendisiyle çelişmeyi önlemek adına bu soruya şöyle cevap verir: *“Üyelerin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulalım ki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun.”* (Rousseau, 2010: 14). Rousseau’nun önerdiği modelde birey, hem özgürlüğünü koruyacak hem de devlet, kurulum amacı olan bireyin özgürlüğünü sağlama işlevini yerine getirecektir. Her birey kendi hakkını topluma devrederek bir diğer bireyle aynı statüde olacak, yani eşit olacaktır.

Rousseau devletin kuruluşu olarak sadece güvenlik ihtiyacını görmemektedir. İnsanların sadece güvenlik ihtiyacı için özgürlüklerinden feragat edemeyeceğini belirten Rousseau, bu düşüncesini, hiç kimsenin bir zindanda sırf güvenliği sağlıyor diye kalmayacağını ifade ederek açıklamaktadır (Rousseau, 2010: 8). Güvenlik öncelikli politikaların fayda sağlamadığı yakın dünya tarihine bakıldığında da görülecektir. İnsanların güvenlikleri özgür olduklarında anlam ifade edecektir. Aksi takdirde Rousseau’nun örneğinde olduğu gibi zindanda yaşayarak özgürlükten bahsetmek mümkün görünmemektedir. Rousseau’nun toplumsal hayata geçiş için ortaya koyduğu temel neden, insanların bireysel olarak karşılaştıkları güçlükleri

yenmedeki yetersizlikleridir. O halde insanoğlu bu karşı gücü alt edebilecek güç birliği kurmalı, bu güçleri tek bir güçle yöneterek el birliğiyle hareket etmelidir. Ancak bu noktada, bir sorun belirmektedir. İnsanoğlu gücünü ve özgürlüğünü kendisini koruma amacı için bir araç olarak kullanmaktadır. Nasıl ve neden insanoğlu bir başkası için, kendi gücünü ve özgürlüğünü kullanabilir? Rousseau'nun bu soruya verdiği cevap onun doktrinin temelini oluşturmaktadır: “*Üyelerinden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalı ki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun.*” (Rousseau, 2010: 14). Rousseau'nun toplumsal hayata geçişte / devletin oluşmasında, bireyin özgürlüğünü yok eden bir tehdidin varlığı, etkili olmaktadır. Birey tek başına özgürlüğünü tehdit eden etkenle mücadele etmede yetersiz kaldığından toplumsal hayata geçmiş ve bunu yaparak da özgürlüğünü tekrar elde etmiştir.

Devletin varlığı veya kendisi hakkında yapılan çalışmaların tümünde Marksist düşünce, kapitalist toplumda devletin geniş ölçüde kapitalist sınıf çıkarlarına hizmet ettiği görüşüyle başlar (Gold ve diğerleri, 40). Marksist kuramın devlet anlayışı ve haliyle devlete biçtiği rol bu nedenle, diğer doktrinlerle kıyaslandığında farklıdır. Bunu Engels'in, Marks'ın “*Fransa'da iç savaş*” adlı eserinin özsözüne yazdığı Marksist devlet kuramının iki savında görebiliriz: 1- *Devlet egemen sınıf veya sınıfların baskı aracıdır.* 2- *Devlet toplum çıkarlarını koruma iddiasında olan küçük bir azınlığın sömürü aracıdır.* Engels'in düşünceleri aynı düzlemde, devletin ilk etapta herkesin faydası için kurulduğu/ortaya çıktığı ve fakat zamanla belirli bir sınıfın temsilcisi olduğu yönünde devam etmektedir (Eroğul, 1974: 113). Eroğul, Engels'in düşüncelerini bir soruyla devam ettirmek istemektedir? “*...devlet ortak çıkarlara hizmet etmek için kurulduğuna, ancak zamanla bu amacından saptığına göre, toplumun ortak çıkarını artık kim korumaktadır?*”. Eroğul kendi sorusuna verdiği cevapta, ortak çıkarları korumak görevinin yine devlete ait olduğunu ifade etmektedir. Devletin var olma nedeninin bu olduğuna dikkat çeken Eroğul, bu işlevi gerçekleştiremeyecek devletin artık gerçekte var olmadığını iddia etmektedir (Eroğul, 1974: 114).

Marksist kuramın devlet anlayışını yazdığı “devlet” isimli kitabında güzel bir şekilde ortaya koyan Eroğul, Marksist düşüncenin temel felsefik argümanları çerçevesinde yeni bir devlet modeli oluşturmayı değil, devletin ne olduğunu anlamaya/anlatmaya çalışmaktadır. Eroğul devletin ne olduğu sorusunun cevabını, insanlıkla – doğa arasındaki sorunda arar. Çünkü her toplumun varlık ve gelişimi bu sorun ve bu sorunun belirlediği iktisadi etmenlerdir. Marksizm teorisini, iktisadi etmenler üzerine inşa eder. Bunu yaparken de toplumu alt yapı-üst yapı olmak üzere iki farklı yapıya ayırır. Alt yapı iktisadi etmenlerden oluşurken; siyaset, devlet, felsefe, estetik üst yapıyı oluşturur (Eroğul, 2002: 29-31). Üst yapıdaki olgular dayandıkları ekonomik sistemi yansıtır. Marksizm’e göre, sınıflara ayrılmış bir toplumda devlet, hakim sınıfın siyasal gücüne dayanmaktadır. Hakim sınıfın oluşturduğu azınlık çoğunluğa hükmetmektedir. Bunu da hakim sınıf, sınıfsal farklılık özelliğiyle değil, kendinde var olan zor kullanma gücüyle (kolluk kuvvetler, ordu, yasalar) yerine getirmektedir. Bir diğer anlatımla Marksizm’e göre devlet, kudretli sınıfın baskı aracıdır (Göze, 2011: 308). Marksizm doktrini yukarıda izah edilmeye çalışıldığı gibi sınıfsal farklılıklar üzerine inşa edilmiştir. Bu farklılıkta esas alınan üretim güçlerini elinde tutan sınıfın etkinliğidir. Ancak bu etkinlikten ziyade Marksizm de devletin bir ortak çıkar çerçevesinde kurulduğu kabul edilmektedir. Sadece Marksizm ortak toplumsal çıkarların belirlenmesinin zamanla, üretim gücünü elinde bulunduran sınıfın etkililiğiyle belirlendiğini savunmaktadır. Çalışmamız açısından bakıldığında savunduğumuz temel görüş, devletin toplumun ortak menfaatleri çerçevesinde güvenliği tesis etmek için kurulduğu (bireyin güvenliğin olmaması nedeniyle özgürlüğünü yaşayamaması) savımızı destekler mahiyettedir. Marksizm devletin kurulma süreci sonrasında, kurucu temel felsefesinden ayrıldığını ortaya koymaya çalışmaktadır ki bu da bizim çalışmamızın dışındadır.

Kişi hak ve özgürlüklerine ve bu hakları devletin savunacağı görüşüne en sert şekilde tepki gösteren Marks olmuştur. Marks, kişi hakları olarak belirtilen ilkelerin burjuva değerlerini taşıdığını şu sözlerle ifade etmektedir: "*Bu sözde hakların hiçbiri, toplumdan soyutlanmış, kendi çıkar ve arzularının arkasına çekilmiş egoist insan gerçeğinin ötesine geçememektedir*". Marks, ortaya konulan birey hakları ile aslında burjuva sınıfının "*siyasal özgürleşmeyi*" (*political emancipation*) sağlamaya

çalıştığını belirtir. Bu da bireyin özgürleşmesi bir tarafa onu, kaçınılmaz olarak bir ikilem içine çeker. Çünkü insan hem "*egoist ve bağımsız birey olarak sivil toplumun, diğer yandan da vatandaş olarak siyasal toplumun bir üyesi*" dir. Burjuva devlet insanı bu "çifte yaşama" zorlayarak gerçekte özgürleşmeyi değil, bilakis bireyi "*mutlak esaret*" e zorunlu kılmaktadır. Marks'ın kendi anlatımıyla "*modern devletin kişi haklarını tanıması, antik devletin köleliği tanımasıyla aynı öneme sahiptir*" (Arslan, 2002 (a): 4)¹². Marks'ın insan hakları konusundaki bu görüşleri Marksistler arasında değişik şekilde yorumlanmıştır. Radikal Marksistler insan haklarını Marks gibi yorumlayarak, burjuva sınıfının kullandığı bir ideolojik "*maske*" olarak görmekte dirler. Bununla birlikte, komünist toplumda devlete yer olmadığından Ortodoks Marksistler için sosyalizmle bağdaşır bir (sosyalist) "insan hakları" kavramına da ihtiyaç yoktur. Diğer yandan reformist ya da "*revizyonist*" Marksistler, insan haklarını, sosyalist söyleme uyarlamaya çalışmışlardır. Reformist Marksistler, liberalizmle birlikte anılan negatif özgürlükler karşısında, çalışma hakkı gibi devlete bir takım yükümlülükler yükleyen pozitif özgürlükleri ön plana çıkarmışlardır (Arslan, 2002 (a): 4)¹³.

Devletin varoluşu konusunda kuvvet ve mücadele teorisinin¹⁴ de ele alınmasında, çalışmamızın konusu dikkate alındığında fayda görülmektedir. Bu teoriye göre devlet, güçlünün zayıf üzerinde kurduğu bir baskı teşkilatıdır. Hukuk bu baskının bir aracı daha doğrusu legalleşmesini sağlayan bir araçtan ibarettir. Teorinin en gelişmiş hali Franz Oppenheimer tarafından savunulmaktadır (Gözler, 2011: 32-33). Oppenheimer, devletin oluşum sorununa tarihsel bir perspektiften yaklaşmaktadır. Eşitsizliğin, sınıfların ve devletin kaynağını üretim araçlarının mülkiyetinde değil, fetihle, büyük toprak mülkiyetiyle ilişkilendirerek çağdaş sanayi toplumunu bu şekliyle yorumlamaya çalışmıştır. Oppenheimer devleti, oluşumunda

¹² Detaylı bilgi için bkz. MARX, Karl (1971), "On the Jewish Question." McLELLAN, David (ed.). Karl Marx: Selected Writings (Oxford: Oxford University Press).

¹³ Detaylı bilgi için bkz. CAMPBELL, Tom (1983), *The Left and Right: A Conceptual Analysis of the Ideology of Socialism* (London: Routledge). Ayrıca PLAMENATZ, John (1992), *Man and Society*, Vol.3: Hegel, Marx and Engels, and the idea of Progress (London: Longman).

¹⁴ Kuvvet ve mücadele teorisi hakkında daha fazla bilgi almak için bkz. Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Yayınevi, 2011, s. 32; Franz Oppenheimer, *Devlet*, Phoenix Yayınevi, 2005; Recai Galip Okandan, *Umumi Hukuk*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.

ve sonrasında zafer kazanan bir insan topluluğunun yendikleri üzerinde bir egemenlik kurarak, gerek bu egemenliğin devamını sağlamak gerekse de dıştan gelebilecek tehlikelere karşı durabilmek için, yenilen tarafa zorla dikte ettirdiği *toplumsal bir kurum* olarak görmektedir¹⁵. Nitekim Oppenheimer kitabının önsözünde devleti, *öteki sınıflar üzerinde egemenlik kuran bir sınıfın örgütü* olarak tanımlamaktadır. Oppenheimer devletle ilgili farklı kuramların bulunmasına rağmen hemen hepsinin kabul ettiği temel noktanın devletin bir “*koruyucu kurum*” olması olduğunu belirtmiştir. Oppenheimer geçmişte ve günümüzde güç, büyüklük ve zenginlik bakımından dünya tarihinde yer alan her devletin, bir sınıf devleti olduğunu belirtmektedir. Oppenheimer devlete attığı bu iki özelliği birlikte ele alarak, devletin dışarıya karşı ve ülke içerisinde yerine getirdiği koruma görevini üst sınıflardan devraldığını, görevinin de üst sınıfların tahakküm etme ve gelir elde etme haklarını korumak olduğunu ifade etmektedir (Oppenheimer, 2005: 11,29).

Oppenheimer kuvvet ve güç olarak nitelendirilen tezini, yukarıda izah edilen sınıfsal farklılıkların birbirleri karşısındaki pozisyonları temeline dayandırdıktan sonra devletin ortaya çıkış sürecini şu ana gerekçeye dayandırmaktadır. Oppenheimer, insanoğlunun hayatını idame ettirmek için başvuracağı “*ekonomik ve siyasal yollar*” olmak üzere iki farklı yolun bulunduğunu belirtmiş, ekonomik yolları karşılıklı emek veya ürün değişimi, siyasal yolları ise karşılıksız elde etme olarak nitelendirmiştir. Oppenheimer devleti bu iki yoldan ikincisini, siyasal yoldan geçimini sağlayan bir örgüt olarak görmektedir. İnsanların ekonomik yollardan geçimini sağlamak için gerekli olan kadar birikim yap(a)madıkları zamana kadar hiçbir devlet kurulmamıştır. Çünkü Oppenheimer’e göre, o zamana kadar soygun veya el koymayı gerektirebilecek nitelikte bir birikim söz konusu değildir. İşte bu nedenle ilkel avcı topluluklar bir devlete sahip olamamışlardır. İlkel toplumların varoluşlarını ekonomik araçları işleme süreçleriyle değerlendiren Oppenheimer, köylülerin (tarıma dayalı toplumların) kendilerine yetecek kadar bir toprak parçasına sahip olmaları sebebiyle devleti oluşturduklarını sanmadığını belirtmiştir. Çünkü

¹⁵ Bu ve bundan önceki cümle, Oppenheimer’in *devlet* isimli kitabının 5. sayfasından alınmıştır. Herhangi bir bilgi olmamakla birlikte, kuvvetle muhtemel bu iki cümleyle aktarılmaya çalışılan bilgi kitabın çevirisini yapan Alaeddin Şenel veya Yavuz Sabuncuya aittir.

köylü az veya çok kendisine yetebilecek ürün almakta bu nedenle de onu bir başkasına bağımlı veya üstün kılacak bir faktör bulunmamaktadır. Çobanlar ise öyle değillerdir. Onlar, çobanın yetenek ve çalışma gücüne bağlı olarak biri diğerinden daha fazla hayvana sahip olabilmektedirler. Sayısal anlamdaki bu fazlalık doğal olarak bir çobanın diğeri üzerinde hakimiyet kurmasına neden olmaktadır. Sadece bu değil bunun yanında çoban kabilelerin tutsak aldıkları kişileri öldürmeyip, köle olarak çalıştırmaları da eklediğinde Oppenheimer'a göre devlet oluşmuştur (Oppenheimer, 2005: 30-54). Çünkü ona göre devlet sınıfsal farklılıklar arasında var olan koruyucu tahakküm olduğuna göre bu işlevler, çoban kabilelerde beliren sınıfsal farklılık (fazla hayvana sahip olanın az sahipliğe göre daha etkili olması) ve tutsakların çalıştırılması (tahakküm) ile sağlanmıştır.

Oppenheimer üretim araçlarının etkililiği ve etkinliğiyle ilgili, üretim araçlarını elinde bulunduran gücün amacının (tahakkümle ekonomik gelir elde etme) gerçekleşmiş olmasıyla, devletin oluştuğunu öne sürmektedir. Oppenheimer'in devletin oluşumunda aradığı iki etmenin de temelinde, kuvvet ve güç vardır. Kuvvetli ve güçlü olan çoban, diğerinden daha fazla hayvana bakabilecek veya yine kuvvetli ve güçlü olan çoban, bir köylüyü veya bir başkasını tutsak olarak üzerinde tahakküm oluşturmak suretiyle çalıştırabilecektir. Oppenheimer'in kuvvet ve gücün devletin vücuda gelmesinde öne sürdüğü etkililiği, Epikuros ekolünün veya Hobbes'un "*insanların kurt olduğuna dair*" temel tezlerini¹⁶ desteklediğini göstermez mi? Çalışmamız gerek Oppenheimer'in gerekse de diğer bilim insanlarının devletin ortaya çıkışı ve sonrasındaki üstünlüğü hakkında öne sürdükleri kuramları çürütmek veya eleştirmek değildir. Ortaya konulan her kuramın temelinde, insanın özgürlüğünün bulunduğunu ve güvenliğe de (kendisini koruması/saldıray cevap vermesi vb.) bu özgürlüğü sağlamak ve devam ettirmek için bir araç olarak başvurduğunu ortaya koymaya çalışmaktayız. Bu bakış açısıyla Oppenheimer'in insanlık tarihinde ilk devletin oluşumunun çoban kabilelerde görülmesinin nedeni olarak gösterdiği iki farklı yaklaşımı ele aldığımızda bunlardan ilkinin, daha az veya

¹⁶ Oppenheimer devletin oluşumunda veya toplumsal hayata geçişte ve daha özelinde bireye bakışlarında hem Epikuroscu felsefeyi hem de Hobbes'u eleştirmektedir. Detay için bkz. Oppenheimer, devlet, phoneix yayınları, 2005, s. 27 ve devamı.

hiç hayvana sahip olmayan çobanın daha fazla hayvana sahip olana bağımlı olacağı ile ikincisinin, tutsak alınan bir başka kabilenin veya köylünün (tarımla uğraşan) çobanın tahakkümü altına gireceği savıdır. Bu savlardan her ikisinin de merkezinde bulunan bireyin (az hayvana sahip olan çoban ile tutsak alınan köylü) ortak noktasının, özgürlüklerinin farklı gerekçelerle de olsa yok edildiğidir. Birinci savda çoban kişisel yetersizlikler veya doğal bazı etkenlerle diğerlerinden daha az veya hiç hayvana sahip değildir. Bu sebeple hayatını idame ettirebilmek için bir başkasına gereksinim duymuştur. Bu gereksinim sadece hayatının idamesi için gerekli olan yiyecek-içecek temini değil, korunma ihtiyacının karşılanmasını da kapsamaktadır. Bunun karşılığında çoban ise güçlü olanın tahakkümü altına girecektir. Aynı durum ikinci sav için de geçerlidir. Her iki savı dikkate aldığımızda, çobanın hayatını idame ettirecek kadar hayvana sahip olması, köylünün de eski yaşamını sürdürmesi için özgürlüklerini kaybetmemeleri yeterlidir. Ancak bu yeterlilik, çoban ve köylünün daha sonraki süreçte *tahakkümsüz* bir şekilde yaşamlarının garantisini oluşturmayacaktır. O halde insanoğlunun özünün ve temel gayesinin özgür bir şekilde yaşamını sürdürmek olduğunun ön kabulüyle, onun yaşamını bu ön kabulü gerçekleştirebilecek şekilde ve sınırdan devam ettirmesini sağlayacak, güçlü ama hukuk tarafından sıkı sıkıya bağlı bir aygıtın varlığı gerekmektedir. O da devlettir.

1.2 Devletin Sınırlı Olması

Bir çok siyaset felsefecisi devleti insanoğlunun yaşamı için zorunlu görürken diğerleri devletin varlığını sorgulamışlardır. Bunun temel sebebi, devletin insan yaşamında oynamış olduğu önemli roldür. Devletin insan yaşamındaki rolü müspet bakış açısıyla veren/karşılaman değil, aynı zamanda menfi bir bakış açısıyla yok eden olduğu ve bu haliyle de ya tamamen yok edilmesi veya sınırlandırılması gerektiği sıklıkla tartışılmaktadır. Devletin tamamen yok edilmesi gerektiği argümanını çalışmamızın dışında tutuğumuzdan ve devletin güvenliğinin sağlanması için gerekli

ve fakat sınırlandırılması gerektiğinin savunduğumuz için bu kısımda liberal öğretide devletin sınırlandırılmasını ele alacağız¹⁷.

1.2.1 Liberal Doktrinde Devletin Sınırlandırma Düşüncesi

Özgürlük ve birey, liberallerin en değer verdikleri hususlar olmuştur. Bu nedenle liberaller özgürlüğü bir şey yapmaya zorlanmama olarak görmüşlerdir. Bunun sonucu olarak sınırlı devlet ile ekonomide serbest piyasa ekonomisini savunmuşlardır (Yılmaz, 2001: 50).

Liberalizm ile demokrasi kavramları gerek teorik gerekse de pratik anlamda birbirlerinden farklıdır. Liberalizm Hayek'in de ifade ettiği gibi, devlet aygıtının güçlü olduğunun ön kabulü ile şekillenir ve bunun önlem alınmadığı takdirde gerek birey gerekse de toplum için tehlike oluşturabilecek bir hal alabileceğini kabul eder. Güçlü olan devlet aygıtının gücünün yoğunlaşmasını önlemek ve sınırlamak liberalizmin tartıştığı ve araştırdığı bir konu iken, demokrasi devleti/yürütme erkini kimin temsil edeceğini belirlemeye çalışır. Kavramların karşıtları açısından bakıldığında da liberalizmin ki totaliter, demokrasinin ki otoriter bir devlettir. Hayek bu tespiti yaptıktan sonra kavramlar arasında geçişinde mümkün olabileceğini, demokratik bir hükümetin totaliter; otoriter bir hükümetin de liberal olabileceğini belirtmiştir (Arı, 2002: 161).

Bireyin özgürlüğünü güvenlik bağlamında kısıtlayabilecek yasal tek kurum olan devletin sınırlı olması çalışmamızın girişi bölümünde de belirttiğimiz gibi ön kabulümüz olduğundan, sınırlı devletin ne olduğu bu bölümde incelenmeye çalışılacaktır. Ortaçağ öncesi dönemde normal şartlarda liberalizmin somut izlerini görmek mümkün olmamakla beraber, o dönemde bireyi ve haklarını gündeme getiren

¹⁷ Eroğul, devlet olgusuna belli başlı siyasal akımların hiç iyi bakmadığını belirtmektedir. Anarşistlerin gözünde devlet başlıca kötülük kaynağıdır ve insanlığın en temel görevi ondan hemen kurtulmaktır. Marksist görüşte de devlet aynı şekilde kötüdür. Adım adım devletin kuruması için elden gelen her şeyin yapılması gerekmektedir. Sosyal demokrasi ise devleti eşitliğin sağlanmasında bir araç olarak görmektedir. Siyasal yelpazenin sağ tarafında bulunan siyasal ideolojiler de devlete çok da iyi bakmamaktadırlar. Eroğlu, liberaller ve muhafazakarların devleti küçümsediklerini, devletin gücünün yaygınlaşmasından rahatsızlık duyduklarını belirtmektedir (Eroğul, 2002: 16).

düşünceleri liberalizmin bir nevi ayak sesleri olarak değerlendirdiğimiz için bu görüşlere çalışmamızda yer vermeye çalıştık. Ayrıca özellikle klasik liberalizme bir tepki veya klasik liberalizmin açtığı boşluğu doldurma anlamında öne sürülen sosyal darwinizm ve sosyal liberalizm konularına da, devletin sınırlandırılması düşüncesine katkı sağlamaları sebebiyle yer verilmiştir.

1.2.1.1 Antik Yunan’da Devletin Sınırlandırılması Düşüncesi

Bazı düşünürler sınırlı devlet iktidarı düşüncesinin 18. yüzyıl ve sonrasında oluştuğunu iddia etmektedirler. Şahin bunun doğru olmadığını sınırlı devlet fikrinin “egemenlik” kavramı üzerinde çalışma yapan Bodin’le ilişkilendirmesi gerektiğini savunmaktadır. Çünkü Şahin, devletin sınırlılığını iktidar, egemenlik ve anayasa kavramlarıyla açıklamaya çalışmaktadır. Bu nedenle de yasa ve uygulama ilişkisi bakımından egemenlik kavramı üzerine çalışan Jean Bodin’i, devletin sınırlandırılması düşüncesinde başlangıç olarak kabul etmiştir (Şahin, 2011: 312). Bu yaklaşım devletin gücünün egemenlik kavramı ile somutlaşması bakımından doğrudur. Ancak bizim çalışmamız siyaset felsefesi kapsamında da bulunduğu devletin gücünün sorgulandığı, daha doğrusu o gücün karşısına çıkartılan diğer bir gücün ifade edildiği dönemde ele alınması daha doğru olacaktır. Bu bakımdan tarihsel süreç içerisinde, bireyi devletin karşısında değerleştirmeye çalışan ilk düşüncelerin Sofistlere ait olduğu görülmektedir. M.Ö. V. yüzyılda Atina’da ortaya çıkan bu akımın savunduğu ana fikir, uygulanmakta olan aristokratik yönetim modelinin her geçen gün gelişen sosyal, siyasal ve ekonomik gelişme ve ihtiyaçları karşılamamasıdır. Durand bu gelişmeyi, Atinalıların Perslerle yaptıkları savaş sonrası gemilerini ticaret amacıyla kullanmalarına, bunun da ticaretten büyük bir gelir elde etmelerine ve yeni keşfettikleri topraklardaki yeni kültürlerle tanışmalarının da yeni ve farklı düşüncelerin etkisi altında kalmalarına bağlamıştır (Göze, 2011: 10)¹⁸. Sofistlerin yapmış olduğu en büyük katkı kendilerinden önceki düşünce adamlarının evrenle ilgili sorulara cevap aramalarına rağmen, onlar insana yönelerek insanın

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Durand, Vies et doctrinesdesphilosophes, Paris, 1938, s.16.*

sosyal ve siyasal bir varlık olarak ele almışlardır. Her şeyin ölçüsü olarak insanı alan sofistler adalet ve yasanın değişebileceğini ifade etmişlerdir.

1.2.1.2 Antik Yunan Sonrasında Liberal Düşüncede Devletin Sınırlandırılması

Bodin devletin daha doğrusu mutlak monarşinin egemenliğini dini bir referans yerine, formüleştirecek hukuksal bir zemine oturtarak, devletin egemenlik unsurunun veya zor kullanma gücünün dünyevileştirilmesine bununla da tartışılabilir hale gelmesine vesile olmuştur. Bodin ortaya koyduğu doktrini sağlam temellere dayandırmak için devletin kökenini aileyle müteşekkil kılmıştır. Kralı, büyük bir aile olan ülkenin babası olarak nitelerken, onun kullandığı egemenliğe mutlakiyet atfetmiştir. Hiç bir kimse veya sınıfın bu mutlakiyeti sorgulama hakkı bulunmamaktadır. Hükümdarın yaptığı tüm iş ve işlemler doğrudur (Şenel, 2004: 311-317). Bodin ve Machiavelli'nin düşünceleri ilk okumada yadırganabilecekken, yaşadıkları dönem itibarıyla değerlendirildiklerinde ve en önemlisi de yönetim erkini elinde bulunduran mekanizmayı anlaşılabilir kılarak, modern devletin kapısını aralamaları bakımından düşüncelerinin büyük bir kazanç olduğu kanaatindeyiz. Machiavelli ve Bodin bu düşünceleriyle mutlak hükümdarı, güçleri dünyevi oldukları için tartışılabilir kılmışlardır. Onların araladıkları kapıdan daha sonra giren farklı siyasal düşüncelere sahip her düşünür, devleti ya anarşizmde olduğu gibi tamamen ortadan kaldırmayı ya da Marksizmde olduğu gibi eşitsizliğin kaynağı olarak göstererek olumsuz bir değer olarak görmüş ya da liberalizmdeki gibi kısıtlanması fikri üzerine yoğunlaşmıştır.

Hobbes'un doğal yaşam sonrası ortaya çıkardığı aygıtın (devletin) sözleşmedeki konumu ne olacaktır? Hobbes bu noktada devleti sorumsuz olarak nitelendirir. Devlet, tek güç ve tek egemendir ve herkes onun boyunduruğu altındadır. Hobbes, insanların devlet lehine haklarından bir defa vazgeçmeleri halinde artık geri dönüşün mümkün olmayacağını belirtir. Kişileri, egemen güçle yapılan sözleşmenin tarafları olarak görmez ve durum böyle olduğu için hiç kimse egemenden sözleşmeye uymasını bekleyemez. Hobbes'a göre egemen güç, yapılan sözleşmenin tarafı olmadığından yetki bakımından sınırsız ve sorumsuzdur.

Egemenin yaptığı hiç bir şey uyruk tarafından cezalandırılmaz. Sözleşme neticesinde oluşan toplumun/kuruluşun amacı, toplum içinde bulunan herkes için güvenlik ve barışın sağlanması olduğundan, bu amaçları gerçekleştirmek için egemen güç veya heyet her türlü tedbiri alacaktır. Hobbes, toplumun barışının önemli olması sebebiyle egemen gücün uyrukların hangi düşünceleri öğrenmeleri gerektiğine karar verebileceğini ifade eder. Çünkü uyruklarda belirecek ve toplumun güvenliğini tehlikeye düşürecek düşünceler barış ortamına zarar verecektir. Egemen güç uygun gördüğü şekilde hangi dış devletlerle ne zaman ve ne şekilde savaş ve barış da yapılacağına da karar verebilecektir. Peki egemen güç de beliren bu kadar sınırsız hakkın karşısında, ona, kendi özgür iradesiyle sözleşme yaparak kendi hakkını teslim eden uyruğun/bireyin hakkı ne durumdadır? Bu sorunun cevabına uyrukların egemen güç karşısındaki pozisyonuna bakarak cevap bulmaya çalışalım. Hobbes, uyrukların güç ve şerefının egemen güç karşısında yok olduğunu ifade etmektedir. Egemenin sözleşme neticesinde kendisinde bulunan egemenlik yetkisi bölünemez ve kendisinden ayrılamaz olduğu için egemen, uyruklarının her birinden daha fazla kudrete sahiptir. Egemenin şerefi de uyruklarınkinden daha büyük olmalıdır (Hobbes, 2014: 137-144). Görüldüğü gibi Hobbes devletin oluşum sürecinde güvenliği ön planda tuttuğundan, toplumun bekası için egemeni sınırsız ve sorumsuz bir şekilde tanımlamaktadır. Haliyle Hobbes'un doktrinde egemen gücün sınırlandırılması düşüncesine yer yoktur.

Locke'a göre, insanlar kendi iradeleri ile devleti kurduklarında insanların doğal hakları vardır ve devlet bu hakları çiğneyemez. İnsanlar devleti kurarken saklı tuttıkları haklarına devletin müdahale etmesine izin vermezler (Çapar ve Yıldırım, 2012:18). Öte yandan, sözleşme ile toplum üyeleri yalnızca yargılama ve cezalandırma haklarını değil, aynı zamanda toplumun doğal haklara saygı ve onları koruma çerçevesi içinde düzenlenmesi yolunda yasama ve yürütme haklarını yani siyasal haklarını da devretmektedirler (Şenel, 2004: 343). Locke, anayasal monarşiyi uygar toplum sayar, ancak mutlak monarşiyi ve çarlığı anlaşmazlıkları çözecek kurulları ve ortak yargıçları olmadığı için uygar toplum olarak görmez. Locke, toplum sözleşmesi kuramı ile yönetimlerin yasama ve yürütme erklerinin kaynağının toplum sözleşmesi, dolayısıyla halk olduğunu belirtmektedir (Locke, 2012: 60).

Locke'un ortaya koymuş olduğu sözleşmede "trust" kavramı, halk ile yönetenler arasında itimat üzerine bir ilişki kurmaktadır. Yönetenler kendilerine verilen yetkileri kamu yararına uygun olarak kullanacaklarına ve mülkiyet hakkını koruyacaklarına söz vermektedirler. Güvenlik yasalarla sağlanacak, bunu yasama gücü yerine getirecektir. Cezalandırma hakkı da yasaların uygulanmasıyla sağlanacak, bunu da yürütme gücü yerine getirecektir. Ancak yasama gücü yürütmeye oranla üstün bir güçse de doğal yasaların üstünde değildir. Doğal yasalar çiğnendiğinde halk güvenini geri alır "trust" bozulur. Halk direnir ve verdiği yetkiyi geri alma hakkını kullanır (Çapar ve Yıldırım, 2012: 19).

Sözleşme kuramını savunan bir diğer düşünür Rousseau'da kilit kavram rolünde olan "genel irade" dir. Devletin sınırlandırılması konusunda Rousseau'nun yaklaşımı farklıdır. Aslında bu fark Rousseau'nun ortaya koyduğu sözleşme sonrası durumla ilgilidir. Rousseau'ya göre genel iradeyi bireyin oluşturması sebebiyle, bireyin genel iradeye uyması kendisine uyması anlamına gelmektedir. Rousseau Grotius'un sözüne¹⁹ atıf yaparak sözleşme kuramını açıklamaya çalışır. Rousseau, bir kölenin kendini efendisine aktarmasını/vermesini geçimini sağlamak için yaptığını ancak uyrukların kendi geçimlerini sağlamak için böyle bir davranışta bulunmalarına lüzum olmadığını hatta egemenin geçimini dahi uyrukların sağladığını ifade etmektedir. Rousseau bir kişinin kendisini karşılıksız ve sınırsız bir şekilde bir egemene bağlamasını mantıksız bulmaktadır. O halde der Rousseau, keyfe bağlı bir yönetimin yasal bir hale gelmesi ancak, halkın onu kabul etmeye ya da etmemeye yetkisinin olmasına bağlıdır. Ancak bu halde yönetim keyfilikten çıkar. Rousseau, Hobbes'a cevap verircesine, mutlak bir yetkinin karşısında sınırsız bir boyun eğmenin olduğu sözleşmeyi boş bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. (Rousseau, 2010: 9). Rousseau egemenin elinde bulunan gücün hak, boyun eğenin de bunu ödev olarak görmesi gerektiğini ifade eder. Rousseau güce boyun eğmeyi ödev olarak görür. Rousseau, gücün hak doğurmayacağını söyler ve şu örneği verir. Elinde silah olan kişi, silahın ona sağlamış olduğu güç sebebiyle haklı mıdır? Rousseau'nun cevabı hayırdır. Kaba kuvvetin hak yaratmayacağını ifade ederek, insanlar arasındaki

¹⁹ Grotius: " Bir insan özgürlüğünden vazgeçip bir efendinin kölesi olabiliyor da, neden bütün bir ulus kendi özgürlüğünü aktarıp bir kralın buyruğuna giremesin" (Rousseau, 2010: 8).

yetkenin temelinde sadece sözleşmelerin bulunduğunu ifade eder (Rousseau, 2010: 7). Yani Rousseau gücün bir hak olarak sadece legal yönüyle ortaya konulduğunda kabul etmektedir. Aksi takdirde, zora/kaba kuvvete dayanan gücü hak olarak tasvip etmemektedir.

Rousseau, devletin dengede işleyebilmesi için, egemen varlığın yönetmeye, yönetici yasamaya, yurttaşlarda yasaları dikkate almamaya başlarsa düzenin kargaşaya dönüşeceğini belirtmektedir. Halk, hükümet, egemen varlık denkleminde Rousseau dengenin olabilmesi için hükümetin tam ortada olması gerektiğini ifade etmektedir (Rousseau, 2010: 55). Rousseau'nun bu ifadesine katılmamak mümkün değildir ancak Hükümetin nerede duracağı nasıl belirlenecektir. Rousseau'nun genel irade kuramı toplumu kolektif faaliyette bulunan homojen bir oluşum olarak görmektedir. Fakat demokrasinin karşılaştığı ve halen tartıştığı sorun ise bunun böyle olmadığı, toplum içerisinde farklı düşünce ve yapıların nasıl ve ne şekilde yönetileceğidir. Demokrasiyi savunanlar çoğunluğun yönetiminin bu sorunu çözeceğini belirtirler. Ancak liberaller böylesi bir çoğunluk yönetiminin her türlü baskıyı da bünyesinde barındırma ihtimalinin bulunması nedeniyle çoğunluğun sınırlandırılmasının gerektiğini ifade etmişlerdir (Yılmaz, 2001: 53).

Liberalizme düşünceleri ile katkı sağlayan bir diğer düşünce adamı olan Constant, basında, dinde, ekonomide, mülkiyette diğer bir anlatımla her şeyde azami özgürlüğü savunmuştur. Constant, yeryüzünde hiçbir otoritenin sınırsız olmaması gerektiğini ifade eder. Bu otorite ister halkın, ister hükümdarın otoritesi olsun isterse yasaların otoritesi olsun hiçbiri sınırsız değildir. Constant aslında bu ifadelerle Rousseau'nun genel iradenin temsilcilerini, halkın iradesini yansıtmaları sebebiyle tam yetkili olmalarının ve istedikleri her şeyi yapabilme gücünün kendilerinde bulunmasının, halk için tehlike olarak görür. Bu nedenle Constant halk iradesine dayansa dahi, iktidarın mutlaka sınırlandırılması gerektiğini ifade eder ve iktidarın sınırını da, kişinin özel ve bağımsız alanının sınırı olarak belirler. Constant kişinin sahip olduğu özgürlük ve güvenlik hakkının, vicdan, düşünce ve inanç özgürlüğünün, basın ve mülkiyet özgürlüğünün iktidarın sınırı olduğunu ifade eder. Constant'ın devlet otoritesinin sınırlandırılmasıyla ilgili şu açıklaması onun düşüncelerini net bir

şekilde yansıtmaktadır: “*Kişilere yasaklanmayan her şey müsaade edilmiş demektir, iktidarlar için ise, izin verilmemiş her şey yasaklanmıştır.*” (Göze, 2011: 265-268).

1.2.1.3 Sosyal Darwinizm– Sosyal Liberalizm

H. Spencer liberal bir düşündürdür. Sosyal Darwinizm adlandırması ilk etapta liberal doktrinle çelişiyor görünse de, Spencer’in sosyal Darwinci olarak adlandırılmasının sebebi, Darwin’in “*doğal ayıklanma*” kavramı yerine “*uyum yeteneği en çok olanın hayatta kalması*” düşüncesini toplumsal yaşama uyarlamasındandır. Spencer’in düşüncesinde devlet, başta ekonomik alan olmak üzere yaşamın dışında kalmalıdır. Bu durumun liberallerde de aynı olduğu görülmektedir (Tosun, 2010: 87).

Devletin sınırlandırılması konusunda “Sosyal Darwinci” olarak da bilinen Spencer’in düşünceleri farklılığı yansıtmak anlamında önemlidir. Spencer, evrim düşüncesini savunur ve tabiatın doğal sürecine müdahale edilmemesi gerektiğini belirtir. Topluma müdahale etmek tıpkı tabiatın doğal akışına da müdahale etmek anlamına gelir ki, böyle bir müdahale de hayatın genel akışı açısından kendince sakıncalıdır. Toplum kendi akışına bırakılırsa uyum gösteremeyenler tasfiye olacak ve böylelikle toplum kendi ahengini sağlayacaktır. İşte Spencer’in sınırlı devlet fikri de bu noktada belirmektedir. Ona göre devlet bu doğal akışa müdahale etmemelidir (Yılmaz, 2001: 34). Devletin görevi sadece düzeni sağlamak ve adli faaliyetleri yürütmek olmalıdır. Aksi takdirde devlet sağlık, eğitim, kamusal yardım gibi faaliyetlerin dışında durmalıdır (Tosun, 2010: 88).

Spencer devletle toplumu iki ana kısma ayırır. Bunlar askeri devlet ve sanayici devlettir. Askeri devlette, her bir fert kendisine ayrılan yeri militarist ve otoriter yönetim gereğince işgal eder. Bu devlette hâkim olan genel yapı disiplin ve itaat üzerine inşa edilmiş olup amaç bireylerin mutluluğunu arttırmak değil askeri gücü yükseltmek için ortak gücü arttırmak olmalıdır. Bu devlette bireyin özerkliğinden söz etmek zordur ve bu devlet modeli de daha sonra sanayici devlete doğru eğilim gösterecektir. Sanayici devlette bireyin toplumdaki rolü önemlidir.

Toplum gönüllü işbirliğine dayanır. Bu devlette amaç bireylerin mutluluğunu arttırmaktır (Yılmaz, 2001: 35).

Spencer toplumun ilerlemesi ile kişisel çabalar arasında bir bağ kurar ve yapılan tüm icatların kişilerin kendi imkan ve yetenekleri çerçevesinde olduğunu, aksi takdirde devletin yapmış olduğu idari ve hukuki düzenlemelerin bu gelişmelere bir katkısının olmadığını belirtir. Hobbesçu devlet düşüncesini reddeden Spencer, bireyin devlete dahi devredemeyeceği haklarının olduğunu belirtir (Yılmaz, 2001: 37).

Sosyal liberalizm , liberalizmin görece eksik olduğu sosyal adalet konusunda düzenleme yapması gerektiğini savunan siyasi ideolojidir. Klasik liberalizmin savunduğu ilkeler olan piyasa ekonomisi, sivil ve siyasi hak ile özgürlüklerin genişlemesi fikirlerini savunur. Ancak sosyal liberalizm, sosyal darwinizmin tam tersi olarak hükümetin meşru rolünün yoksulluk, sağlık ve eğitim gibi ekonomik ve sosyal konuları da içerdiği fikrini savunmaktadır.

Klasik liberalizm özgürlüğü en geniş şekilde yorumlamıştır. Ancak bu durum özgürlükle toplumsal ortam ve sorumluluk arasında nasıl bir ilişki kurulacağı konusunda tereddütlere neden olmuştur. Devletin yasal düzenlemeler yapmaması veya özgürlüklere müdahale etmemesi aynı zamanda toplumsal yaşamda özgürlüğün tehlikeye düşmesine yol açmayacak mıdır?

Bu soruyu ele alanlardan T. H. Green toplumsal sorumluluk ile özgürlük arasında ilişki kurmuştur. Özgürlüğün sadece devlet aygıtı tarafından değil toplumsal diğer etmenlerin de etkisiyle zaafa uğrayabileceğini Mill'de fark etmişti. Mill, sadece devletin veya görevlilerinin özgürlüğe yapacağı müdahaleye değil, halkın bu noktada oluşturacağı baskıya da bir çözüm bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Sosyal liberal düşünürler ise özgürlüğün tesisinde devlete daha aktif bir rol biçmekteydiler. Bu noktada Green bu soruna çözüm bulma çabasıyla negatif özgürlük yanında pozitif özgürlük kavramının üzerinde durmuştur. Green bu düşüncesiyle, özgürlüğün sadece engellenmemek olarak yorumlanmaması gerektiğini savunmuştur. Bunun yanında *özgürlük yapma* veya *zevk alma yönünde* bir yeterliliği de kapsamaktadır. Bu da

pozitif özgürlüktür. Green'in savunduğu sosyal liberalizm düşüncesi, devletin özellikle ekonomik anlamda dezavantajlı grupların imkansızlıkları nedeniyle olumsuz etkilenmemeleri için öne sürmüştür. Green düşüncesini şu örnekle de açıklamaya çalışmıştır. “İrlandalı bir kiracının toprak sahibiyle sözleşme yapma özgürlüğü gerçek bir özgürlük değildir. Şartları kabul etmezse aç kalacaktır. Bu durum ise devletin zayıf tarafı korumak için uyguladığı zorlamadan başka baskıcıdır.” Netice itibariyle Green, devletin özgürlüklerin korunması için yapacağı müdahaleleri olumlu bulmaktadır (Yılmaz, 2001: 37-38).

2. GÜVENLİK

Herkesin kabul edebileceği bir güvenlik tanımının yapılmamış olması bu kavramın açıklanabilirliğinin zorluğundan ziyade çok yönlü ve boyutlu bir kavram olmasındandır²⁰. Güvenliğin farklı anlamları bulunsa da çalışmamız açısından bakıldığında güvenlik, insanların toplum hayatlarına geçişle birlikte kişinin hayatını idame ettirmek için gerekli olan korunma, barınma, hayatını devam ettirmesinin sağlanmasıdır (Demir, 2009: 11).

2.1 Realist / Neo – realist Güvenlik Anlayışı

Gerçekte klasik realistler güvenlik anlayışına katkı sağlamamışlar ancak ortaya koydukları fikir ve *kavramsallaştırmalarla* güvenlik olgusuna direkt olmasa da dolaylı katkıda bulunmuşlardır. Realist güvenlik anlayışı güvensizlik temelli, diğer bir anlatımla güvenliğin sağladığı fikrine şüpheyle yaklaşan bir akımdır. Realist güvenlik anlayışının öncü temsilcilerinden Arnold Wolfers güvenlik kavramını, “*kazanılan tehditlere yönelik bir tehdidin olmaması hali*” şeklinde tanımlamıştır (Sandıklı, 2012: 5-6) Bu anlamda realist akım güvenlik kavramını, her an her ihtimalin olma durumu olarak kabul edip tetikte bulunma halinin devamı şeklinde yorumlamıştır.

²⁰ Şeref Çetinkaya'nın makalesi için bkz.

http://www.21yuzyildasosyalbilimler.com/assets/uploads/files/seref-cetinkaya-pdf_18032013.pdf,
E. Tarihi: tarih: 21.11.2014.

Realist yaklaşım, güvenlik anlayışını “*güç-tehdit-güvensizlik*” temelli olgular çerçevesinde yorumlayarak, “*herkesin herkesle çatıştığı*” herkesin her şeyini korumak saikiyle her zaman güçlü olması gerektiğini savunan yaklaşımdır (Sandıklı, 2012: 6). Hobbes’un toplumsal hayata geçişte doğal durumu “*insan insanın kurdudur*” şeklinde betimlemesi devamlı bir savaş/kaos halinin veya ihtimalinin varlığının kabulüdür. Realist güvenlik anlayışı da Hobbes’un doğal yaşam betimlemesini günümüz dünyası için geçerli görmüştür.

Gücü güvenlik için temel şart koşan realist anlayış, güvenliğin tesisi için *kuvvetlilik, büyüklük ve bunların sağlayacağı bütünsellik* olgusu ile tanımlamıştır (Demir, 2009: 13). Güçlü isen güvenliktesin prensibi realist akımın güvenlik anlayışının en basit tarifidir. Machiaveli’nin “*Amaçlar araçları meşru kılar*” düsturu realist güvenlik anlayışının güvenlik için her şeyi mubah gören yanını yansıtmaktadır.

Özellikle terör olaylarının küresel bazda artış gösterdiği son yıllarda güvenliğin tesisi askeri/teknik veya genel bir anlatımla güç artırımı ile sağlanabilecektir. Realist akım, devletleri, *ulusal gücü arttırabilecek* tek aktör olarak görmelerinden dolayı, ulus-devletlerin güvenliği ile daha yakından ilgilenmişlerdir. Bu noktada realist akımın güvenlik anlayışı için bireyi ikinci plana atan devlet temelli, bireyin güvenliğinden ziyade devletin güvenliğini savunan bir anlayışa sahip olduğu görülmektedir. Devlet güvenliği eşittir bireyin güvenliği felsefesi üzerine inşa edilen realist güvenlik anlayışı, özellikle ihtiyaç duyduğu durumlarda “*güvensiz ortam*” tanımlaması yoluyla *devlet- bağımlı güvenlik* yaklaşımını meşrulaştırmaktadır. Devletin askeri, siyasal ve ekonomik stratejisini kendi içinde hiyerarşik bir kategoriye tabi tutan realist kuram en üste doğal olarak askeri-stratejik konuları koymuştur (Sandıklı, 2012: 7).

Realist güvenlik anlayışının, güce önem veren ve önceleyen tutumu kendi içerisinde de bir paradoks barındırmaktadır (Demir, 2009: 13). Güvenlik kavramının yukarıdaki genel tanımında da belirtildiği üzere “*herhangi bir tehdidin yokluğu*” olarak tanımlanan güvenliğin tesisinde, gücü ön plana çıkarmak bir diğerinin güçsüzlüğü anlamına gelecektir. Taraflar ister iki devlet isterse devletle birey olsun

bu durum değişmeyecektir. Özellikle çalışmamızla ilişkili olarak realist akımın herkesten ve her şeyden şüphe eden ve dolayısıyla da gücünü devretmeyen, devamlı artıran ve koruyan tutumu zaten devletin karşısında güçsüz olan bireyi daha da güçsüz kılacak adeta yok edecektir.

İkinci Dünya savaşından sonra güvenlik sorununun ön plana çıkmasıyla altın çağını yaşayan ve realist kuramla güvenliği irdeleyenler, soğuk savaş döneminin etkisiyle 1970’li yıllarda neo-realist güvenlik kuramını geliştirmişlerdir. Neo-realist güvenlik anlayışı, “güvenlik ikilemi” olarak da adlandırılmakta, temel mantığı da tehlikenin somut olarak belirlenmesiyle sadece o tehlikeye karşı güç ve önlemlerin geliştirilmesi şeklinde açıklanmaktadır. Özellikle soğuk savaş döneminde Yunanistan ile Türkiye arasında yaşanan silahlanma durumu buna örnek olarak gösterilmektedir. Neo-realist güvenlik anlayışında hep bir diğerine göre rol belirleme ve davranma durumu var olduğundan oyunun aktörleri açısından “sıfır toplamlı bir oyun” olarak görölmektedir, yani kazanan yoktur. Kenneth Waltz neorealist kuramı²¹ şöyle açıklar: Ülkeler içerisindeki bir ülke ilişkilerini, şiddetle her zaman karşılaşma ihtimali bulunduğundan, şiddetin gölgesinde dizayn eder . Gücün bu kadar ön planda tutulduğu bir anlayışta şiddet her zaman karşılaşılacak bir olgudur. Bu nedenle neo-realist güvenlik anlayışına şiddeti kendi güvenliğini sağlama noktasında karşı çıkan feminist Enloe²², bu tür bir yaklaşımın militarizasyonu ve kadına şiddete öncülük etme ihtimali bulunabileceğini belirtmektedir. Diğer bir taraftan ise bu tür yaklaşımın getireceği bir başka sorunda ülkelerin bir diğer ülkeyi “tehlikeli” kabul edilebilmesi için gerekli olan kriterin ne olacağının açık olmamasıdır. Bu noktada Alexander Wendt²³ neden Fransa’nın 500 nükleer silahının değil de Kuzey Kore’nin 5 nükleer silahının ABD için tehdit oluşturduğunu sorar.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Waltz, Kenneth (1979) *Theory of International Politics*. McGraw-Hill, New York.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Enloe, Cynthia (2000) *Maneuvers. The International Politics of Militarizing Women’s Lives*. University of California Press, London.

²³Ayrıntılı bilgi için bkz.Wendt, Alexander (1999) *Social Theory of International Politics*. Cambridge University Press, Cambridge.

Çalışmamızın uygulama alanı olacak olan 1982 Anayasasının bir hükümet darbesi anayasası olduğu birçok kişi tarafından kabul edilmektedir. 1980 yılına gelindiğinde Türkiye'nin içinde bulunduğu siyasal koşullar gerekçesiyle devlet otoritesini güçlendiren, yürütmeyi daha fazla yetkilendiren ve fakat yargıyı ise zayıflatma girişimleri 1982 Anayasasının oluşumunda etkili olmuştur (Ayan, 2007: 1). Batıdaki anayasal hareketler izlendiğinde temel fonksiyonlarının bireyin devlete karşı korunması olduğu görünürken 1982 Anayasasının bir tepki anayasası olarak, bireye nazaran devleti kutsayan, birey ve toplumu siyasi tehdit olarak gören, devleti kurarken de devleti koruma iç güdüsüyle hareket ederek hazırlanan bir anayasa olduğu görülmektedir (Fendoğlu, 2002: 112). 1982 Anayasasının hazırlanmasından önce ülkede askeri bir darbenin vuku bulmasına neden olan hadiseleri anlamak için darbeyi yapan komuta kademesinin dönemin Cumhurbaşkanı Fahri Korutürk'e göndermiş olduğu mektupta belirttikleri hususlara bakmak, ihtilalin niyetinin anlaşılması açısından önemlidir. Mektupta;

"Türk Silahlı Kuvvetleri ülkemizin bugünkü hayati sorunları karşısında siyasi partilerimizden bir an önce, milli menfaatlerimizi ön plana alarak, anayasamızın ilkeleri doğrultusunda ve Atatürkçü bir görüşle bir araya gelerek anarşi, terör ve bölücülük gibi devleti çökertmeye yönelik her türlü hareketlere karşı bütün önlemleri müstereken almalarını ve diğer anayasal kuruluşların da bu yönde yardımcı olmalarını ısrarla istemektedir" (Şirin, 2004).

Elbette sadece 1980 ihtilaline değil 1960 ihtilali ve 1971 muhtırasına da bakıldığında, her müdahalenin temelinde güvenlik açısından "güvenlik öncelikli – güvenlik amaçlı", özgürlükler açısından ise "şüpheli" bir yaklaşımın hakim olduğu görülmektedir. 1980 ihtilalinde hükümet lağvedilmiş, tüm siyasi partiler, dernek ve sendikalar kapatılmış, tüm oluşum ve ideolojiler devletin güvenliği açısından bir tehdit olarak algılanarak yasaklanmış; farklı ideolojiye sahip insanların idam edilmesi, ülkenin her bir tarafında sıkıyönetim ilan edilmiştir (Milliyet, 2009). Tüm bu yaşanan somut gelişmeler 1982 Anayasası öncesinde gerçekleşen askeri darbenin

mantalitesini yansıtmak açısından önemlidir. Darbenin emir komuta çerçevesinde gerçekleşmiş olması yaşanan tüm sürecin aslında “belirlenmiş düşmanları” yok etmek saikiyle yapıldığını ortaya koymaktadır. Tüm bu anlatımlar çerçevesinde realist-noe-realist güvenlik anlayışının, inandığı tek bir doğrunun olduğu, bu doğru karşısında bulunan her şeyi kendisi için tehlike gördüğü ve dışladığı, güç odaklı güvenlik anlayışının hakim olduğu görülmektedir. Bu minvalde, 1982 Anayasasının hazırlanmasına etki eden süreçte yaşanan hadiselerin ve bunlara verilen tepkilerin temelinde realist gerçekleştiği dönem açısından ise “neo-realist güvenlik anlayışını” yansıttığı kanaatindeyiz.

2.2. Liberal Doktrinin Güvenlik Anlayışı

Liberal doktrinin güvenlik anlayışının, soğuk savaş yıllarında hakim olan realist ve neo-realist güvenlik anlayışın, soğuk savaşın detant döneminde yaşanmaya başlayan sert tutumun yumuşamasıyla literatüre yansıdığı görülmektedir. Kanaatimizce soğuk savaşın geçiş dönemi içerisinde değerlendirilen güvenlik anlayışlarının (fonksiyonalizm, pluralizm, transnasyonalizm) ve soğuk savaş sonrasında ortaya atılan yeni güvenlik kuramlarının (eleştirel kuram, postmodern kuram, feminist kuram, konstrüktivizm vb.) ortak noktası, realist kuramdaki gibi bireyi görmeyen, devleti önceleyen bir yaklaşımı sergilememiş olmalarıdır.

Realist güvenlik anlayışının anti-tezi olarak ortaya çıkan Copenhagen Ekolü 1985’te Copenhagen Üniversitesi’nde “*Bariş ve Çatışma Araştırma Merkezi*” nin kurulmasıyla gündeme gelmiştir. Bu doktrin realist güvenlik teorisinin aksine güvenlik konusunun sadece askeri bir konu olmadığını, bireyi, toplumu, devleti ve tüm dünyayı ilgilendirebilecek bir olgu olduğunu savunmaktadır (Miş, 2011: 347)²⁴. Copenhagen Okulu’nun temsilcilerinden Barry Buzan, yayımlanmış olduğu kitabında (*People, States, Fears*)²⁵ realist kuramın sadece askeri/güç açısından ele aldığı

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. HUYSMANS, Jef (1998), “RevisitingCopenhagen: Or, On the Creative Development of a Security Studies Agenda in Europe”, *European Journal of International Relations*, Cilt: 4, No: 4, Aralık, s. 479-505.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Barry Buzan, “Peace, Powerand Security: Contending Concepts in the Study of International Relations”, *Journal Of PeaceSearch* 21 2 (1989): 121.

güvenliği, daha geniş bir perspektiften yorumlayarak politik, ekonomik, toplumsal, ekolojik konuları da güvenlik kapsamına dahil edip “*genişletilmiş güvenlik*” anlayışını literatüre kazandırmıştır. Buzan, özellikle ülkelerin siyasal güvenlik konusunun soğuk savaş sonrası genişlemeye başladığını, süper güç olarak kabul edilen devletlerin güvenliklerinin de belirginleşmeye başladığını belirtmiştir. Buzan, yine soğuk savaş dönemi ile soğuk savaş sonrasını karşılaştırarak şu tespitite bulunmaktadır. Dönemsel algılamaların güvenlik anlayışının şekillenmesinde rol oynadığını, soğuk savaş sonrası “nükleer silahı olan-olmayan ülkeler” tartışmasının ortaya çıkmasıyla örneklemeye çalışmıştır. Buzan, realist teoride siyasal ve askeri güvenlik terimlerini/anlayışını ayırıştırarak bunların diğer güvenlik türleriyle ilişkilerini ve merkezi konularını tartışmaya açmıştır (Sandıklı, 2012: 45-47). Güvenliğe etki eden faktörleri ve bu faktörlerin etkilerini irdelerken Buzan, ekonomik güvenliğin diğer güvenlik alanlarıyla örneğin askeri güvenlikle ilişkili olduğunu, savaşların realist kuramdaki gibi salt tehdit algısıyla gerçekleşmediğini, savaşın yaratacağı ekonomik etkilerinde tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Buzan’ın realist güvenlik kuramının aksine güvenliğin sadece askeri boyutunun değil, birçok boyutunun olduğunu belirttiği genişletilmiş güvenlik yaklaşımının dışında, literatüre kazandırdığı bir başka husus da güvenlik konusunda farklı aktörlerin rol oynadığı veya bundan etkilendiğidir. Devlet merkezli güvenlik anlayışından topluma ve bireye yönelik güvenlik anlayışının aralanması, insan hak ve özgürlüklerine katkı sağlamıştır. Yeni güvenlik anlayışı olarak adlandırılan bu dönem, güvenlik konu ve aktörlerinin genişletilmesinin birey temelli güvenlik yaklaşımlarının benimsenmesi ile olmuştur (Bilgin, 2010: 79).

Buzan ile birlikte yazmış olduğu kitapta (Security: A New Framework for Analysis) toplumsal güvenlik kavramını inceleyen Ole Waever, realist güvenlik kuramının devlet öncelikli anlayışının önemsedığı egemenlik olgusunun yerine kimlik ve *özneler arası etkileşimi* ikame etmiştir (Sandıklı, 2012: 45-50). Realist yaklaşımda güvenliğin tehdit ettiği devlet ve daha özeldir ulustur. Devlet için egemenlik karakteristik özellik iken ulus için bu kimliktir ve bir tehdit oluşturulurken genelde bir topluluğun adını dikkate alır. Kimlik sorununun bulunduğu durumlarda toplumsal kimlik de gündeme gelmektedir. Bu sebeple de toplumsal güvenlik, *kolektif*

kimlik oluşumunun dinamiğini, yapısını ve kökenini oluştururken, kimlik ile çıkar arasındaki ilişki de dikkate alınmaktadır. Kolektif kimlik oluşumu genel anlamda ise devletlerin kimliğinin oluşumu, “biz” duygusunun oluşmasına etki eden tehdidin güvenikleştirilmesi ve bu güvenikleştirilmiş süreç ve uygulamaların pratiğe yansımalarından oluşmaktadır (Miş, 2011: 368)²⁶. Weaver devlet güvenliği ile toplum güvenliğinin aynı şeyler olmadığını Güney Afrika Cumhuriyeti örneğinden savunur. Güney Afrika’da beyaz azınlığın dışındakiler Apartheid rejimi boyunca ayrımcılığa uğramış ancak bunlar yaşanırken Güney Afrika Cumhuriyetinin güvenliği tartışılmamıştır²⁷.

Waever’in “güvenikleştirme” kuramı, toplum güvenliği açısından kimlik sorununun açıklanmasında önemli rol oynamıştır (Sandıklı, 2012: 51). Güvenikleştirme, güvenliğin siyasal yönünü ortaya koymak için Weaver’in finans dünyasından aldığı bir kavramdır. Tehdit olarak algılanan hususlar aktörler tarafından tespit edilir ve bu nedenle güvenikleştirme siyasi bir süreçtir. Ne öznel ne de nesnel olan bu durum, özneler arası değerlendirmeyle ortaya çıkar. Bir vakanın güvenikleştirilmesi otomatikman bir otoritenin de varlığını zorunlu kıldığından konunun siyasiliği daha net olarak anlaşılmaktadır. Copenhagen ekolünün öne sürdüğü yaklaşımlar *tarihsel, kuramsal ve etik-politik* olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Tarihsel argümandan kastedilen, ikinci Dünya savaşı sonrasında Avrupalı yöneticilerin birçok hususu güvenlik dışına çıkarmalarıdır. Sorunların güvenlik işbirliğiyle çözülebileceğinin, askeri yöntemlerin barışı korumada tek çözüm olmadığını, devletlerarası ilişkilerin ve meselelerin güvenlik dışına çıkarılmak suretiyle güvenli bir toplumun yaratılabileceğinin tespiti yapılabilir. Kuramsal argüman ise, söz edimidir. Bundan kastedilen ise, güvenlik için tehdit oluşturan hususların öznenin “*bilgisi*” ve “*tespiti*” olmadan var olabileceğini, öznenin bunun

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. BUZAN, Barry, Ole Waever ve Jaap de Wilde (1998), *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, Londra: Lynne Rienner Publishers. Ayrıca; KRAUSE, Keith ve Michael C. Williams, (1996), “Broadening the Agenda of Security Studies: Politics and Methods”, *Mershon International Studies Review*, Cilt: 40, No: 2, Ekim, ss. 229-254. Ayrıca; WAEVER, Ole (2008) “The Changing Agenda of Societal Security”, Hans Günter Brauch vd. (der.), *Globalization and Environmental Challenges: Reconceptualizing Security in the 21st Century*, Berlin, Heidelberg: Springer Verlag, s. 581-593.

²⁷ (Bilgin, 2010: 88) Detaylı bilgi için bkz. Booth, K, P. Vale, (1195), *Security in South Africa: After Apartheid, Beyond Realism*, International Affairs.

farkına varması veya güvenlik tehdidi olarak nitelendirmesiyle sorunun ortaya çıkacağıdır. Bunu da Waever “güvenikleştirme” olarak tanımlar (Bilgin, 2010: 82). Bir konunun neden güvenlik açısından sorun olarak tespit edildiğini anlamamız açısından güvenikleştirme teorisi hareket alanı sağlar. Siyasal olmayan bir problem siyasallaştırılabileceği gibi güvenlik açısından da ele alınabilir. Konunun önemi de buradan kaynaklanmaktadır. Sorun olarak kabul edilen durum bir kamu politikası halini aldıktan sonra hükümet siyasallaşan bu soruna kaynak aktararak ve sorunun toplumsal kesimler tarafından fark edilmesini sağlar. Sorunun kamuoyu tarafından fark edilmesiyle çözümün olağan tedbirler dışında olağanüstü önlemlerle önlenebileceğinin kabulü için onu bir tehdit olarak sunar (Miş, 2011: 348)²⁸. Etik-politik argüman ise, yeni güvenlik yaklaşımının önemli savunucuları olan Copenhagen ekolü ile Aberystwyth Ekolü arasında fikirsel ayrılıklar çıkarması açısından önemli olup düşünsel anlamda en önemli farklılık güvenikleştirme kavramının işlevi açısındandır. Copenhagen ekolü, bir sorunu güvenlik düzlemine almadan, diğer/normal politik süreçler aracılığıyla çözmeye çalışmanın daha doğru olacağını savunmaktadır. Aberystwyth ekolü ise, güvenliğin türetilmiş bir kavram olduğunu ve doğası gereği siyasallaştırılma ihtimalini dile getirir. Etik-politik açıdan Copenhagen ekolü devletin sadece kendi bekasını ilgilendiren konularda güvenikleştirmenin kabulünün mümkün olduğunu her konunun güvenliğin içine dahil edilmemesini diğer politik süreç ve aktörler marifetiyle bu konuların çözümünün daha doğru olacağını iddia etmektedir. Devletin bekası dışındaki diğer tüm veya bazı konuların güvenlik kapsamına dahil edilmesinin sorunun çözümünü zorlaştıracağını ve şiddetin bu tür konulara da uygulanmasıyla yaygınlaşacağı endişesini taşır. Aberystwyth ekolü de Copenhagen ekolünün belirttiği tehlikeyi kabul etmekle birlikte, güvenikleştirme işleminin sınırlarının daraltılması yerine (sadece devletin bekası olarak ele alınması), bu sorunun çözümünde insanı/bireyi merkeze almayı, bireyi ve onun hak ve özgürlüklerini merkeze koymak suretiyle sorunu/sorunları ele almanın daha doğru olacağını iddia etmektedir²⁹.

²⁸ Detaylı bilgi için bkz. BUZAN, Barry, Ole Wæver ve Jaap de Wilde (1998), Security: A New Framework for Analysis, Boulder, Londra: Lynne Rienner Publishers, s. 23-24.

²⁹

http://www.academia.edu/393331/_G%C3%BCvenlik_%C3%87al%C4%B1%C5%9Fmalar%C4%B1nda

Öncülüğünü Ken Booth'un yaptığı Aberystwth ekolü güvenlik konusuna bakış açısından bazı noktalardan Copenhagen ekolünden ayrılmaktadır. Aberystwth ekolü, karşılaşılan problemleri güvenlik sorununa dönüştürmek veya güvenlikleştirmektense, güvenlik kavramının siyasiliğini ortaya koymaya çalışmaktadır (Bilgin, 2010: 84). Bu noktada iki ekol arasındaki temel farklılığın bir problemin güvenlikleştirmeyle mi yoksa güvenlik dışına çıkartılmasıyla mı çözüleceği noktasındadır. Aberystwth ekolüne göre sorunları güvenliğin siyasiliğinin gündeme taşınmasıyla çözüleceğini belirtmektedirler (Sandıklı, 2012: 56). Bu noktada Aberystwth ekolünün öncüsü Ken Booth, özgürlük ve güvenlik arasında kurulmaya çalışılan bağlantıyı çalışmalarının merkezine koyarak klasik güvenlik anlayışından farklı bir bakış açısı geliştirmeye çalışmıştır. Realist güvenlik anlayışının devlet merkezli güvenlik anlayışını kabul etmeyerek, devlete yüklenen amaçsal rolün araçsallaştırılması gerektiğini savunmuştur. Bunu yaparak Booth devlet güvenliği yerine bireyin güvenliğini ön plana çıkarmaya çalışarak birey güvenliğini bireyin özgürlüğüyle ilişkilendirmeye çalışmıştır. Yapmış olduğu farklı güvenlik tanımıyla Booth, sadece *“tehditlerin olmadığı durum olarak”* tanımlanan güvenliği daha da genişleterek *“gelecekle ilgili beklentilerin garanti altına alınabilmesi veya isteklerin gerçekleştirilmesi önündeki engellerin kaldırılması”* şeklinde tanımlayarak özgürlük ve güvenlik arasında ilişki kurmaya çalışmıştır. Booth bu tanımıyla bireylerin sadece yaşadıkları an ile sınırlı kalmamak üzere gelecekle ilgili olarak özgürce seçtikleri şeyleri yapmalarını engelleyen fiziksel ve insani kısıtlamalardan kurtulması şeklinde tanımlamıştır. Bu nedenle özgürlük ve güvenliği bir madalyonun iki yüzü olarak tanımlayarak birbirlerini tamamladıklarını ifade etmiştir.

3. ÖZGÜRLÜK

Yüzyıllardır insanların üzerinde en fazla kritik yaptığı hatta anlayamadığı kavram, özgürlüktür. Özgürlük özellikle siyaset felsefecileri tarafından ne olduğu veya nasıl olması gerektiği hususunda sıklıkla araştırma ve incelemelere maruz kalmıştır. Bu araştırma ve incelemelere özellikle de her bir ideoloji açısından çalışmamızda yer vermemiz mümkün değildir. Örneğin Berlin, özgürlüğün tek bir

kavram olarak ele alınamayacağını, özgürlüğün, negatif ve pozitif özgürlük olmak üzere iki farklı kavramı bünyesinde barındırdığını ifade etmiştir (Çelik, 2010: 161). Ancak Pettit bir üçüncü özgürlüğün daha olduğunu belirtir ve “tahakkümsüzlük olarak özgürlük” diğer adıyla Cumhuriyetçi özgürlüğü dile getirir. Bu nedenle bizde çalışmamızda özgürlüğü negatif özgürlük, pozitif özgürlük ve cumhuriyetçi özgürlük olmak üzere üç alt başlıkta inceleyeceğiz.

3.1 Negatif Özgürlük

Liberal teorinin desteklediği özgürlük negatif özgürlüktür. Çünkü birey kendisinde var olan doğal özgürlüğüne toplum öncesinden sahip olduğundan onu sosyal bağ ve aidiyetlerle sınırlamak doğru değildir. Self-determinasyon sahibi olan birey kendi hayatında amaç ve hedeflerini belirleyebilme hakkına sahiptir. Bu nedenle birey özgür ve özgürlüğüyle aktif bir öznedir. Bu itibarla negatif özgürlük bireyin “*başkalarının keyfi müdahalesine maruz kalmadan eylemde bulunabilmesi*” şeklinde basitçe tanımlanabilir (Bal, 2014: 65).

Negatif özgürlük bireyin, özellikle siyasal iktidar tarafından kontrol altında tutulmaması/izlenmemesi/kısıtlanmaması olarak yorumlanmaktadır. Ockam, Erasmus, Hobbes, Locke, Bentham, Constant, J.S. Mill, Tocqueville, Jefferson, Burke, Isaiah Berlin ve F.A. Hayek gibi birçok siyaset felsefecisi tarafından savunulan negatif özgürlük genel anlamda, bireyin her türlü dış baskıdan muaf olma hali olarak tanımlanmaktadır (Şahin, 2008: 71-74).

Negatif özgürlüğün bu genel tanımlarında da görüldüğü gibi bireyin işgal etmiş olduğu/sahip olduğu bir alan vardır ki bu alan bir başka unsurun belirlemesiyle netleşir. Bu unsurların bireyin özgürlük alanına etki edebilecek güce ve yetkeye sahip olması bakımından en önemlisi devlettir. Tamamen dışsal nedenlerden dolayı var olan imkansızlıklar ve yetersizlikler sebebiyle müdahale edememe/etki edememe burada tanım bulan negatif özgürlüğün dışındadır. Hayek de yerçekiminin olmaması sebebiyle insanların özgürce uçabileceklerini düşünmesinin, normal şartlarda gerçekleşmesi mümkün olmaması sebebiyle ancak hayali bir özgürlük olacağını belirtmiştir. Bu anlamda bireyin özgürlüğü baskı altında olmamasıdır. Bireye yapılan

müdahalenin alanı ne kadar dar/küçük olursa birey o kadar özgür olacaktır. Fakat buradaki açıklama akıllarda bireyin kendi koşulları içerisinde değerlendirilmelidir. Diğer bir anlatımla fiziksel ya da başka nedenlerden ötürü bir eylemin gerçekleştirilememesi özgürlüğün olmadığı anlamına gelmez. Birey toplum içerisinde yaşamaktadır. Özellikle günümüzde bireyin bir başkasını hiçbir şekilde etkilemeden faaliyette bulunabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bireyin toplumsal yaşamın zorunluluğu olarak özgürlüğünün sınırlandırılması doğaldır. Önemli olan bireyin sınırlandırılan alanının mümkün olduğunca çok dar tutulması gerektiğidir (Şahin, 2008: 76-77). Hayek de toplumsal yaşam içerisinde sınırlamanın mümkün olduğunu kabul ederken, bu sınırlamanın keyfi olmama ve adil kurallara göre olması gerektiğini belirtir. Zira sınırlama toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir gerçeğidir ve önemli olan sınırlamanın mutlak anlamda yokluğu değil, keyfilikten uzak olması ve adil kurallara bağlanmasıdır (Hayek, 1994: 45).

Locke, Mill, Constant ve Tocqueville gibi liberter düşünürler de belirli bir asgari bireysel özgürlük alanının kesinlikle ihlal edilmemesi gerektiğini varsayımlardır. Bu düşünürler, ihlal edilmemesi gereken asgari özgürlük alanının kapsamı konusunda birbirlerinden farklı düşünceler ortaya koysalar da sonuç itibariyle bireysel özgürlük alanının ihlal edilmesinin, bireyin doğal melekelerini geliştirmesini engelleyeceğini; bireyin kendisini -iyi, doğru veya kutsal tuttuğu- amaçlarını gerçekleştiremeyeceği çok kısıtlı bir durumda bulmasına sebep olacağını savunmuşlardır (Berlin, 2002: 171).

Berlin, insanların istediği şeyleri yapmasını negatif özgürlük olarak tanımlamaz. İnsanların istediklerini yapmaları özgürlükse, istemediklerini yapmaları da özgürlük olacaktır. Bu nedenle Berlin'in negatif özgürlük kavramına yüklediği anlam "*seçeneklere ulaşabilme*" (ister yapsın ister yapmasın) olarak tanımlanmalıdır (Çapan, 2011: 16).

Negatif özgürlüğü, pozitif özgürlükten farklı değerlendirmenin bir yolu, onu, bireyin asgari bir serbestlik alanında gerçekleştirebileceği eylemler kümesinin sadece sınırlarını belirleyen bir kavram olarak ele almaktır. Negatif özgürlük, bireye

kısıtların etki etmediği bir alanın tanımını yaparak bireyin bu serbestlik alanı içerisindeki imkanlarını belirler; ancak (i) bireyin bu imkanları kullanıp kullanmayacağına, (ii) kullanması halinde hangilerini kullanacağına ve hangi eylemleri gerçekleştireceğine, (iii) bireyin gerçekleştirme yetisine sahip olduğu eylemlerin kimden ya da neden kaynaklandığına dair koşulları içermez. Negatif özgürlük tam da bu niteliğinden dolayı, Taylor tarafından bir “*fırsat kavramı*” olarak adlandırılmıştır. Taylor’a göre, negatif özgürlük teorilerinde, “özgür olmak, ne yapabileceğimizle, yapabilmemiz için bize neyin açık olduğuyla, ilgili bir meseledir” ve negatif özgürlük sadece bize açık olan seçeneklerin, “bu seçeneklerimizi kullanmak için bir şey yapalım ya da yapmayalım” dan ibarettir. Bu biçimiyle negatif anlamda özgürlük, “basitçe bir fırsat kavramına dayanır” (Çelik, 2010: 164)³⁰.

3.2 Pozitif Özgürlük

Pozitif özgürlük anlayışı ortaya koyduğu ilkeler çerçevesinde Rousseau’ya kadar götürülebilir. Aydınlanma’nın “*aşırı derecede rasyonalist ve mekanik*” bir şekilde bireyi ele alması nedeniyle özgürlüğün estetik ve ilişkisel niteliklerinin varlığı pozitif özgürlük kavramının gelişmesine etki etmiştir. Birey, toplumsal hayatın içerisinde bir anlam kazanacağı için ancak toplum içerisinde tam anlamıyla özgür olabilir. Atomistik bir anlayışa sahip olan liberalizmi reddeden bu görüş, bireyin özgürlük ve kapasitesinin gelişmesini doğal, sosyal ve siyasal şartlar çerçevesinde toplum içerisinde yaşamın bir getirisi olarak görmektedir (Bal, 2014: 66). Bu noktada Rousseau’nun özgürlük anlayışına bakmakta fayda vardır.

Rousseau, insanlar arasındaki eşitsizliği işlerken, insanların toplum halinde yaşamaya geçmeden önce özgür olduklarını-birbirlerine bağımlı olmadıklarını- ancak bazı etkilerin sebebiyle insanlar arasında eşitsizliğin arttığını belirtmiştir. Doğal yaşam evresindeki insanın doğayla giriştiği yaşama mücadelesi sonrasında kendisini ve çevresini tanımaya başlamıştır. İnsan tek başına yaşamının zor olduğunu birlikteliğe ihtiyacı olduğunu anladığı anda birlikte yaşamaya başlamışlardır.

³⁰ Detaylı bilgi için bkz. TAYLOR, Charles (1979), “What’s Wrong with Negative Liberty”, The Idea of Freedom, (Ed.) Allan Ryan, Oxford University Press, Oxford, p. 177-193.

Rousseau, bir noktaya kadar insanlar arasındaki eşitsizliğin kısmen de olsa devam ettiğini ancak bu eşitsizliğin en belirgin şekilde bir insanın iki insana yetecek kadar yiyecek ve malzemeye ihtiyacı olduğunu anladığı ana kadar devam ettiğini belirtir. Bu süreç önemlidir çünkü Rousseau'ya göre doğal yaşam evresinde insan, tamamen özgür ve aklının etkisindedir. Ancak bu özgürlük insanın kendisini daha fazlayı elde etme hırsı sebebiyle yok olmuştur. Rousseau, insanların topluluğu oluşturma nedeninin dahi onların özgürlüklerinden vazgeçmeleri için bir neden olamayacağını ifade eder. İnsanların kendi menfaatleri için oluşturdukları bu toplulukta öyle bir sistem oluşturmaları gerekir ki, insanlar topluluğu oluşturma nedeni olan güvenliklerinin sağlanmasını elde edecek bir otoritenin altında birleşirken, birbirlerine karşı eşitliklerini de kaybetmeyeceklerdir. Rousseau, toplumun tüm üyelerinin haklarından toplum menfaati doğrultusunda vazgeçmeleriyle bunun sağlanacağını ifade eder. Toplumun içerisindeki herkes tüm hak ve yetkilerini topluma devrettiğinden herkes birbirine karşı eşit olacak ve herkes toplumun bölünmez parçası olacaktır (Göze, 2011: 212-217). İnsanların oluşturdukları topluluğa hareket sağlayacak olan yasalardır. Yasaların hedefi ise, insanların özgürlüklerini ve eşitliklerini korumaktır. Rousseau yasaların geçerliliğinin ancak halkın onayıyla mümkün olacağını, halkın bir yasayı veto etmesi veya kabul etmesi o yasanın genel iradeye uygun olup olmadığının kabulü veya reddidir. Rousseau'ya göre kişinin bir özel iradesi bir de genel iradesi vardır. Kişi yasayı oylarken bulunduğu toplulukla aynı düşüncede ise bu onun ve topluluğunu genel iradesini oluştururken; kişinin yaşadığı toplumun içerisindeki tüm grup ve topluluklardan şahsına ait düşüncesi ise özel iradesidir. Nitekim Rousseau "*Dağdan Yazılmış Mektuplar*" (*Lettres écrites de la Montagne*) adlı eserinde, kanunu genel iradenin bir tezahürü olarak açıklar. Kanun "*genel iradenin ortak menfaat içeren bir amaç üzerine kamusal ve resmi beyanıdır... Özgürlük, kanunlara ve genel iradeye riayet olmadan mümkün değildir; nasıl bireysel irade insanın kendisine zarar veremez ise genel irade de herkese zarar veremez.*" (Orhan, 2012: 6). Görüldüğü üzere Rousseau bireyin özgürlüğünü, başkalarının özgürlüğüne bağımlı kılmıştır. Benim gibi düşünüyorsan özgürsün, aksi takdirde değilsin. Bu fikrin ilginç yanı şudur ki Rousseau'da bireyin özgürlüğü doğal yaşamdan sonra kademe kademe azalmış ve aslında bir noktada son bulmuştur.

Rousseau'nun özgürlük anlayışının bir diğer önemli noktası eşitlikler. Eşitliğin sağlanamadığı/olmadığı yerde özgürlük yoktur. Rousseau'ya göre eşitlik herkesin eşit oranda zengin veya güçlü olması değildir. Rousseau'da eşitlik iki farklı açıdan ele alınır. Birincisi, herkesin kanun önünde eşit olması/kanuna uygun davranması, diğeri ise hiç kimsenin bir başkasının boyunduruğı altına girmesini gerektirecek kadar fakir veya tam tersi zengin olmamasıdır (Göze, 2011: 221). Rousseau doğal durumdan uygar toplumsal duruma geçerken zorunlu olarak doğal özgürlüğümüzü yitireceğimizi ifade eder. Bu noktada temel sorun, uygarlığın doğal özgürlüğü ortadan kaldırırken, onun yerine geçebilecek daha kapsamlı bir özgürlük getirememiş olmak olduğunu düşünmektedir. Bunun için Rousseau sözleşme aracılığıyla doğal eşitliği ortadan kaldırmak yerine, doğanın insanlar arasına koyduğu maddesel eşitsizliği kaldırıp, yerine manevi ve haklı bir eşitlik getirmek gerektiğine inanır. Bu sözleşmede insanlar, güç ve zekâ bakımından değilse bile, sözleşme ve hak - hukuk yoluyla eşit olurlar (Rousseau, 2010: 34).

Pozitif özgürlük, bireyin yaşamıyla ilgili kararlar alırken kendi kendisinin efendisi olma veya bir başka ifadeyle "*benlik hakimiyeti*"dir (Tunçel, 2010:260). Pozitif özgürlüğün savunucularından T. H. Green, özgürlüğün sadece engellenmemekten (negatif özgürlük) ibaret olmadığını belirtmiştir. Bunun yanında özgürlük "yapma – zevk alma" yı da içerir ve bu da pozitif özgürlüktür. Sanayileşmenin getirdiğı sonuçlar üzerinde yorumlar yapan Green pozitif özgürlüğü sosyal ortam içerisinde değerlendirmektedir. Green devletin müdahalesiyle bireyin özgürlüğünün sağlanmasını olumlu görmektedir. Green liberal doktrinin temel amacının bireyin özgürce karar alarak yaşaması olduğunu tespit ederek, devletin bir bireyinin bu amacı gerçekleştirme için devletin yapacağı müdahaleyi olumlu görür (Yılmaz, 2001: 40-41).

Pozitif özgürlük başlığı altında incelenmesi gerektiğine inandığımız bir başka düşünür Marks'tır. Marks insanların doğuştan özgür olmadığını, doğanın esiri olduklarını ifade eder. Ancak doğanın yasalarını tanıdıkça kişi onunla baş etmeyi öğrenerek özgürlüğünü kazanmaya başlar ve fakat bundan sonrada özel mülkiyetin neden olduğu diğer kölelik durumuna düşer. Marksın felsefesinde savunduğı

özgürlük anlayışının, kişinin özgürlüğünün kendisi ile birlikte var olduğunu savunan liberal öğretideki özgürlük anlayışından en önemli farkı, özgürlüğün sonradan kazanılacak bir erdem olmasıdır. Kişi içinde bulunduğu toplumun getirdiği doğal sonuçlar neticesinde sosyal, ekonomik, siyasal anlamda özgür değildir ve özgürlüğü ancak sınıfsal farklılığı ortadan kaldırmak için mücadele ederek kazanacaktır. Marks sadece ezilen sınıf olarak tanımladığı işçi sınıfının değil, onu sömüren mülkiyet sahiplerinin de özgür olmadığını düşünür. Çünkü emekçi sınıf elde edilen ürüne sahip olamamakta o ürüne bağımlı kalmakta; diğer taraftan ise mülkiyet sahipleri çıktı olarak elde edilen ürüne sahip iken çalışan sınıfın emeğine ihtiyaç duymaktadır. Sonuçta aslında her iki sınıfta özgür değildir. Peki Marks'a göre insan özgürlüğünü nasıl kazanacaktır. Marks bunun ancak mücadele ile olabileceğine inanır. İnsan kendisini özgürlüğünden mahrum eden sınıfsal farklılığı ortadan kaldırmayı öğrenen ve bu noktada bilinçlenen insan özgür olacaktır (Göze, 2011: 309-311). Yani Marks'ın özgürlüğü öğrenilebilen bir özgürlüktür, somut bir özgürlüktür.

Böylece, Skinner ve Taylor, negatif özgürlükten farklı olarak, pozitif özgürlüğü kısıtlanmama durumundan bağımsız ve bu durumdan daha öte bir olgu olarak kavramsallaştırırlar. Skinner'a göre, kendini gerçekleştirme anlamında pozitif özgürlük, belirli bir çeşit eylem şekline ya da belirli bir kişi olabilmeyi başarmaya işaret eder. Taylor'a göre, bireyin eylemlerini kısıtlayan faktörler ister içsel ister dışsal olsun, kendi başına kısıtların ortadan kaldırılması durumu, bir uygulama kavramı olarak pozitif özgürlüğü negatif özgürlükten ayırmaya yetmez. Skinner'ın ve Taylor'ın pozitif özgürlük okumalarının ortak noktası, her ikisinin de pozitif anlamda özgür olmayı bir şeyi ya da bir kişi olmayı “gerçekleştirme” ya da “başarma” ekseninde değerlendirmeleridir. Bir başka deyişle, negatif özgürlükten farklı olarak, pozitif özgürlüğün özünün bireyin bir özne ve fail olarak kendi amaçlarını “gerçekleştirme” olduğunu savunabiliriz (Çelik, 2010: 168).

Berlin'in “*..e yapma*” olarak tanımladığı pozitif özgürlük, “*beni kimler kontrol ediyor?*” sorusuna verilen cevapla mümkündür. Bu soruya verilecek cevap çok önemlidir. Çünkü bu cevap eylemlerimize kimlerin karar verdiğini göstermektedir. Bu kararı veren bireyin kendisi ise ve bu birey en doğru kararı

verecek kadar zeki, akıllı ve iş bilen biri değilse o halde onu en doğru kararı alabilecek şekilde yönlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönlendirme bireyin kendisini bir başkasının boyunduruğu altına girmesine neden olacaktır. Birey boyunduruğu altına girdiği bu kişi veya kurumların doğrusuna hareket eder. Bu durum bireyin “*alt benliğinin*” özgürleşme amacıyla “*üst benliğine*” itaat etmesi demektir. Kilit nokta üst benlik kim veya kimler olacaktır. Berlin bu üst kimliğin Stalin tarafından “*insan ruhunun mühendisleri*” işgal edilerek en doğru kararı vereceklerini belirtir. Üstelik bunu sadece uluslarının iyiliği için değil ulusları adına yaptıklarını ifade eder. Berlin’e göre bu şekilde bir yorum sorunludur. Böyle bir düşünce gerçek doğrunun sadece üst benliğe yerleşen egemen tarafından bilineceği anlamına gelir. Berlin sorunlu gördüğü bu düşünce sebebiyle 20. yüzyılın baskılarla geçtiğini belirtir (Çapan, 2011:17-18)³¹.

Berlin pozitif özgürlük kavramını bireyin bir özne ve bir fail olarak kendi amaçlarını gerçekleştirilmesi olarak değerlendirirken, bireyin gerçekleştireceği amaçlarının ne olacağı ve bu amaçları kendi iç aleminde nasıl belirlediği gibi konuları çok zorlamamak, bir bakıma Berlin’in kendi fikirlerine daha yakın bir okuma olacaktır. Birincisi, Berlin, özellikle dış kısıtların rolü üzerinde durarak ve pozitif özgürlüğü siyasal bir kavram olarak ele alarak, bireyin, kendisini ve kendi amaçlarını “nasıl tasavvur etmişse” o doğrultuda hareket etmesini ya da olmasını, onun, pozitif anlamda özgür olması olarak görür. Berlin’e göre, bireyin bu anlamda bir özne ve bir fail olması bir nesne, bir hayvan ya da bir köle olmasından farklı olarak bir insan olması; hiç kimse olmasından farklı olarak bir kimse olmasıdır (Berlin, 2002: 178). Berlin, bu anlamda bir birey olmanın, belirli ve sabit bir tözü olan bir insan idealini gerçekleştirmek olduğunu söylemez. Aksine, bir sonraki bölümde tartışılacağı gibi, Berlin, bunun savunulmasına mahal verdikleri için bazı pozitif özgürlük anlayışlarını eleştirir. İkincisi, Berlin, kendi kendisinin efendisi olmanın, siyasal ve ahlaki anlamları arasında ayırım yapar. Başkasının ya da başkalarının hakimiyeti altında olmamak ile dizginlenmemiş tutkuların, irrasyonel dürtülerin ya da denetlenmemiş arzuların kölesi olmayı birbirlerinden ayırır. Yani,

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Berlin Isaiah, The First and The Last, London: GrantaBooks, 1999.*

Berlin'e göre pozitif özgürlüğün siyasal anlamı, kendi içimizde aklın ya da ahlakın egemenliğinde bir denetim kurmaktan farklı olarak, başkalarının hakimiyetinde olmamaktır. Berlin, kendi pozitif özgürlük tanımında, kendi kendinin efendisi olmayı başkasına tabii olmamak anlamıyla yani siyasal anlamıyla ele alır. Sonuç olarak, Berlin'in tanımladığı biçimiyle pozitif özgürlük, bireyin bir özne ve bir fail olarak kendisini ve kendi amaçlarını nasıl tasavvur etmişse o doğrultuda eylemeye ya da yapmaya özgür olması ve bunu dış kısıtlar üzerinde kısmen ya da bütünüyle egemenlik kurarak gerçekleştirmesi demektir (Çelik, 2010: 170).

3.3 Cumhuriyetçi Özgürlük

Eski Yunan'ın siyasal katılım anlayışına dayalı özgürlük modeli, David Miller'in nitelendirmesi ile söylemek gerekirse, cumhuriyetçi (republican) özgürlük anlayışıdır. Bu, özgürlüğün siyasal katılım ile özdeşleştirildiği bir anlayıştır. Özgür kişi, özgür siyasal toplumun vatandaşıdır. Özgür siyasal toplum ise, kendi kendisini yöneten toplum demektir. Özgürlüğün karşıtı, despotizmdir; yani toplumun kaderinin keyfi bir yönetici (arbitrarytyrant) tarafından tayin edilmesidir. Böyle bir yönetimde despotun almış olduğu kararlara halkın karşı koyabilmesi söz konusu değildir (Şahin, 2008: 72).

Pettit, Berlin'in öne sürdüğü negatif ve pozitif özgürlük tanımlarına, Cumhuriyetçi özgürlük (tahakkümsüzlük olarak özgürlük) adıyla yeni bir alternatif önerir. Berlin'in ortaya koymuş olduğu negatif-pozitif özgürlük fikrinin bir üçüncü ihtimali aslında içinde saklıdır. Çünkü negatif ve pozitif özgürlük arasında tam anlamında bir karşıtlık oluşturulamadığından, akıllarda yanıtlanması gereken bir sorunun belirdiği görülmektedir. Oda, bireyin özgürlüğünü bir müdahale değil de, bir başkasının hakimiyeti sınırlıyor ise bu durumu nasıl ve ne şekilde açıklamamız gerekir? İşte bu noktada Pettit bireyin bir dış etmen tarafından aktif müdahaleye uğramamasına rağmen özgürlüğünü sınırlandırılmasını tahakküm durumuyla açıklamaktadır.

Tahakkümsüzlük olarak özgürlük, kavramsal olarak negatif ve pozitif özgürlük fikirleriyle ilişkili olsa da ekseriyetle negatif özgürlüğe daha yakın durur. Çünkü tahakkümsüzlük olarak özgürlük bir başkasının tahakkümünün olmaması anlamına gelir (Tunçel, 2011: 262). Tahakküm Pettit'in ifadesiyle "*bir failin diğer failer üzerinde keyfi müdahale gücü*" dür. Pettit tahakkümün olabilmesi için üç özellik öne sürer. Bunlar,;

a) *Tahakküm, müdahale kapasitesine sahip bir kişi tarafından uygulanır.*

b) *Tahakküm, keyfi temeldeki müdahaleleri ifade eder.*

c) *Bir birey başkaları yerine seçimde bulunarak onlar yerine karar vererek, bunu uyguluyorsa burada tahakküm söz konusudur* (Pettit, 1998: 81). Tahakküm bilinçli olmalıdır. Bilinçli olamayan müdahaleler ise toplumsal hayat içerisinde karşılaşılabilecek bir durum olduğundan tahakküm olarak yorumlanmaz.

Bir birey müdahale kapasitesine sahip ise herhangi bir engel olmaksızın bu müdahaleyi gerçekleştirir. Kişi keyfi bir yol izleyerek müdahalede bulunabilir. Devlet müdahalesi ile keyfi müdahale bu noktada birbirinden ayrılır. Çünkü devlet müdahalesi kişi(ler)nin müdahalesinden farklı olarak kamuoyunun ihtiyaçları doğrultusunda belirlenen kanunlarla müdahale ettiğinden tahakkümcü bir müdahale değildir. Yani devlet müdahalesi keyfi bir müdahale olmayıp, bireylere bir başka birey veya bireyler tarafından uygulanacak müdahalenin olmamasıdır (Tunçel, 2010: 274).

Pettit, devlet müdahalesinin keyfi olabilmesinin önüne geçebilmenin iki yöntemi olduğunu belirtir. İlki belirli parlamenter koşulları mecbur tutmak, diğeri ise hesap verilebilirliğin artırılmasıdır. Böylece kişisel nedenlerle müdahaleyi keyfileştirebilecek veya bir başka gerekçeyle haksız kararlar alabilen kamu görevlisinin gerek duyulduğunda hesap vermesi veya bu müdahalenin müeyyideye tabi tutulması gerekmektedir. Tahakküm olmayan bir devlette yurttaşlar bir başkasından gelebilecek tahakkümden korunmaktadır. Tahakküm pratik hayatta mutlaka olması gereken bir şey değildir, tehdidinin varlığı bile yeterlidir. Bir öğretmenin öğrencisine, kocanın karısına, işverenin işçiye karşı her zaman tahakküm

riski vardır. Önemli olan devletin bu tür müdahale ihtimali bulunan durumlarda gerekli tedbirleri alarak buna müsaade etmemesidir (Pettit, 1998: 87-88).

4. ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK ARASINDAKİ İLİŞKİ

Bu bölümde çalışmamız kapsamında özgürlük ve güvenlik arasındaki ilişkiyi nasıl ve ne şekilde inceleyeceğimizi belirteceğiz.

4.1 Özgürlük ve Güvenlik Arasında Denge Arayışı

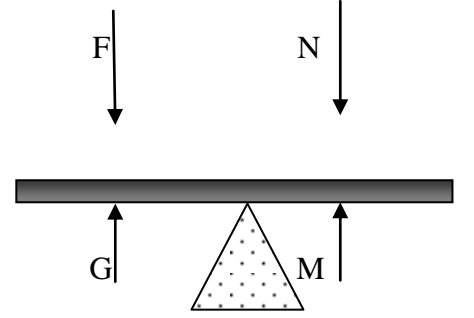
Sosyal bilimler alanında cereyan eden hadiselerin matematik, fizik vb. pozitif bilimler çerçevesinde yorumlanmasının sosyal bilimlere katkı sağlayacağını düşünmekteyiz. Özellikle çalışmamızın iki ana kavramı olan özgürlük ve güvenliğin gündeme geldiği her dönemde ikisi arasında bir dengenin aranma çabasına şahit olmaktayız³². Bir problemin/sorunun doğru tespiti, onun çözümü için öne sürülecek hem yöntemlerin belirlenmesinde hem de o çözümün uygulanabilirliğinin bilimsel metotlarla değerlendirilmesinde önemlidir. Bu nedenle biz de öncelikle özgürlük ve güvenlik kavramları arasında sadece teorik açıdan değil pratik anlamda da bir dengenin bulunmadığını ve bunun aranmasının bilimsel açıdan sakıncalı olduğunu pozitif bir bilim olan fiziğin bir cismin veya sistemin dengede olduğunun kabul edilebilmesi için gerekli olan koşulları inceleyerek başlayacağız.

Fizikte, bir cisim ya dengededir ya da değildir. Bu bakımdan üzerine kuvvet uygulanan bir cismin ya da sistemin kesin olarak dengede kalabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekir. Birinci şart, bir cismin dengede kalabilmesi için üzerine etkiyen kuvvetlerin bileşkesi sıfır olmasıdır³³. Bunun için genellikle cisme etkiyen kuvvetin zıt yönünde bir kuvvet uygulamak gerekir. Örneğin şekildeki çubuğun dengede kalabilmesi için F ve N kuvvetlerinin toplamının G ve M kuvvetlerinin toplamına eşit olması gerekir. Matematiksel olarak;

³² Örneğin Beşir Atalay (siyasetçi) yaptığı bir açıklamada “...özgürlük güvenlik dengesini biliriz. Bu ikisi dengeli gitmezse sorunlar başlar.” şeklinde açıklamada bulunmuştur. (<http://www.yenigunzetimesi.com.tr/3sayfa/atalay-ozgurluk-ve-guvenlik-dengeli-olmali-h13295.html>)

³³ www.ossmat.com

$F+N=G+M$ olmalıdır.



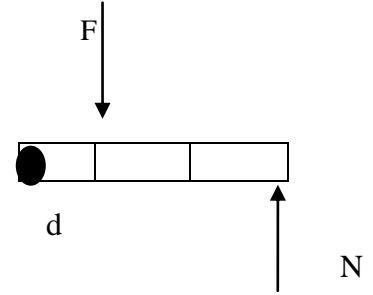
İkinci şart, bir cismin dengede kalabilmesi için üzerine etki eden kuvvetlerin dönme noktasına ya da eksenine göre momentlerinin toplamı sıfır olmalıdır³⁴. Bunun için söz konusu kuvvetlerin dönme eksenine göre momentlerinin hesaplanması gerekir. Bir kuvvetin büyüklüğü ile dönme eksenine olan dik uzaklığının çarpımı o kuvvetin dönme eksenine göre momentini verir.

Dolayısıyla; şekilde

$$M_1=F.d$$

$$M_2=N.3d$$

olduğundan eğer $M_1=M_2$ eşit ise şekildeki çubuk hareketsiz kalacaktır ve nihayetinde dengededir.



Eğer bir sistemin dengede olduğu söyleniyorsa, yukarıdaki iki şartın sağlandığı kabul edilmektedir. Şimdi hem birinci hem de ikinci şartın özgürlük ve güvenlik açısından kendi aralarında denge oluşturmalarının mümkün olamamasının sebepleri üzerinde durmak istiyoruz.

³⁴ www.ossmat.com

Öncelikle birinci şartta belirtildiği üzere bir cismin veya sistemin dengede kalabilmesi için iki kuvvetin zıt yönde etki etmesi gerekir yani kuvvetlerin birbirlerinin zıttı olması gerekir. Kuvvetler birbirinin zıttı değilse bunların dengede kalması mümkün değildir. Çalışmamızın birinci alt başlığı olan “devlet” kısmında da incelediğimiz gibi güvenlik, insanların toplum halinde yaşama / mülkiyet olgusunun gelişmesi vb. nedenlerle kaybettikleri özgürlüklerini, kazanmak için başvurdukları bir yöntemdir. İnsanlar, özgürlüklerinin farkındadırlar fakat güvenliğin aynı anda farkında değildirler. Çünkü güvenlik, özgürlüğün alternatifi değil ondan doğmuş ve yine onu elde etmede kullanılan bir araçtır. İnsanlar doğuştan hiç kimsenin kendilerine bahsetmedikleri ve sınırlayamadıkları özgürlüklerini elde etme amacıyla güvenliği bir araç olarak kullanırlar. Eğer güvenliğin özgürlükle bir denge oluşturması fikrini savunursak güvenliği amaç pozisyonuna sokarız ki bu da hukuk devletinin alternatifi olan polis devletinin kapısını aralayabilir. Nitekim Arslan’da *“güvenlik ile hak ve özgürlükler arasında hassas bir dengenin kurulması gerektiğine dair söylem, bu iki kavram arasında bir karşılık ve ters orantılı bir ilişki bulunduğu varsayımına dayanmaktadır”*(Arslan, 2006: 122) ifadesiyle bu iki olgunun zıtlığının imkansızlığını dile getirmektedir.

Özgürlük ve güvenlik arasındaki zıtlık fikri doğrultusunda eğer özgürlük ve güvenlik arasında bir denge kurulabileceği iddia ediliyor ise, peşinen özgürlüklerinde tespit edilemeyecek şekilde kısıtlanacağı kabulü anlamına gelir. Çünkü dengenin birinci şartında görüldüğü üzere, etki eden kuvvetlerin birbirine denk olması gerekir. Bu kuvvetleri denk bir pozisyona getirmek için yapılacak her müdahale/düzenleme bir diğerinin aleyhine gerçekleşebilecektir. Böyle bir durumda, kişi hak ve özgürlüklerine her an müdahale etme şansı verebilir. Böyle bir dengenin ön kabulü, özellikle demokratik yönetimlerde yönetim mekanizmasını elinde bulunduran her bir erkin, hukuk devleti ilklerinden ayrılmalarına fırsat tanıyabilecek, otoriter hatta totaliter bir yönetime geçişi kolaylaştırabilecektir. Diğer bir anlatımla terazinin güvenlik kısmına koyduğumuz her bir yük/kuvvet özgürlükten gidecektir.

Dengenin ikinci şartı açısından konuya yaklaşırsak dönen veya hareket eden bir cismin dengede durması için uygulanan iki kuvvetin cisme olan uzaklığı ve kuvvetin derecesinin aynı olması gerektiğidir. Şimdi özgürlük ve güvenlik arasında

denge şartının aranması açısından ise, yaşayan/devinen bireyin güvenliğini sağlamak veya özgürlüğünü korumak için bireye müdahalede bulunmamız (kuvvet uygulamamız) gerekir. Bu kuvvet şekil 2’de de görüldüğü gibi F ve N şeklinde iki kuvvet olmak zorundadır. Bu noktada iki farklı sorun olduğu görülmektedir. Birincisi, bireyin özgürlük ve güvenliğinin dengede kalmasını sağlamak için yapılacak her bir müdahale (kuvvet uygulaması) aynı noktadan çıkacağı için yani devlet erkinin siyasa ve uygulamalarıyla şekilleneceği için, bu dengeyi sağlamak mümkün değildir. Çünkü bireyin hareketsiz kalmasını / dengede kalmasını sağlayacak bir ikinci kuvvete / güce ihtiyaç vardır. Bu durumun kabulü de, devlet aygıtının karşısında bir ikinci gücün varlığını gerekli kılar ki, bu da demokratik ülkelerde olmaması gereken bir durumdur. O halde demokratik bir ülkede yaşayan ve yukarıdaki şekilde O noktasında bulunan bireye, gerek F gerekse de N yönünde kuvvet uygulayacak olan devlet olacağı için, O noktasındaki bireyin dengede durması imkansızdır. O halde, O noktasında bulunan bireyin doğuştan, devredilmez hiç kimsenin bahsetmediği hakkı olan özgürlük var olduğu için birey, güvenlik yönünden hiçbir müdahalenin yapılmaması durumunda zaten dengededir. Yapılacak olan minimum bir etki dahi dengeyi alt üst edip bozacaktır.

4.2 Çalışmamız Kapsamında Özgürlük Güvenlik İlişkisi

Özgürlük ve güvenlik arasındaki ilişkinin, çalışmamız kapsamında denge unsuru çerçevesinde değerlendirilmeyeceği yukarıda açıklanmıştır. Ancak özgürlük ve güvenlik kavramlarına ve bu kavramlar arasındaki ilişkiye bu türden bir yaklaşımın akla getireceği ilk soru, toplumsal hayatın gerçekliği kapsamında insanların birlikte yaşamalarının bir sonucu olarak, kendilerinde var olan özgürlüklerinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağıdır. Bireyin özgürlüğünün toplumsal yaşamın bir sonucu/getirisi olarak sınırlandırılabilmesi, bireyin özgürlüğünü esas alan liberal düşünce tarafından da kabul etmektedir. Böyle bir gerçekliği kabul etmemek aktüel hayatın akışına ters olabileceği gibi ütopyik olacaktır. Bu sebeple çalışmamızda kişilerin güvenliklerini sağlamak şartıyla özgürlüklerini en iyi / optimum şekilde yaşamaları için önereceğimiz yöntemi bu bölümde açıklamaya çalışacağız.

Akıl her insanın diğer varlıklarla birlikte paylaştığı dünyada onu diğerler varlıklardan ayıran en önemli özelliğidir. Aristo'nun "*İnsan düşünen bir hayvandır*" şeklindeki önermesi, bu ayırıcı özelliği göstermesi açısından önemlidir. Birey aklını kullanarak eylemde bulunur. Kant doğadaki her şeyin belirli bir yasa çerçevesinde devinim gösterdiğini, yalnızca akıl sahibi insanın bu yasalara göre eylemde bulunma veya istemesinin olduğunu belirtmektedir. Doğada var olan bu yasaları yorumlayarak eyleme dönüştürmek için akıl gereklidir. Kant'a göre, insanların "istemi" bu yasaların neticesinde olduğundan ve bir akıl sürecinden geçtiğinden isteme eylemi pratik akıldan başka bir şey değildir. Elbette doğada sadece insanların isteyebileceği şeyler yoktur. Zorunlu olduğu, istemese dahi yapması gereken şeylerde bulunmaktadır. Ama bunlar önemli değildir. Önemli olan "isteme"dir ve bu aklın iyi olduğunu bildiği şeydir. Yani isteme bünyesinde olumlamayı da barındırır. Kant Hume'u eleştirmesine rağmen, onu "isteme" fikrini fark etmesini sağlaması nedeniyle yüceltmıştır. Gerçekten de Kant'ın felsefesinde isteme her şeyden önemli ve öncedir. İstemenin önemini vurgulayan Kant, istemeyle ilişkili olarak üç farklı buyruk olduğunu belirtir. Bir insan bilimden faydalanarak belirlenmiş amacına ulaşmada farklı buyruklarla karşılaşır ve bu buyruklara "beceri buyrukları" denir. Kişinin mutluluğu amaç edinilmişse bu amaca ulaşmada araç durumundaki buyruk "*pragmatik*" (*refaha ilişkin*) buyruktur. Bu iki buyruk dışında bir buyruk daha vardır ki bu herhangi bir amacı öncelemeden doğrudan buyurur, bu buyruk "kesin" dir. Kesin buyruk eylemin içeriğiyle ve ondan elde edilecek sonuçla ilişkili değil o eylemin ortaya konulma niyetiyle ilişkilidir. Bu buyruğa "*ahlakilik*" buyruğu veya "*ahlaksal*" buyruk denir (Kant, 2002: 30-33).

Kant erdemli eylemin ancak, çıktıların/sonuçların önemsenerak yerine getirilen eylem değil, kişiyi bu eyleme iten niyetin veya Kant'ın ifadesiyle "iyi istemenin" varlığıyla mümkün olacağını ifade etmiştir. Bununla Kant'ın buyruğun niteliğinin tespiti için "amacı" esas aldığı görülmektedir. Bizim çalışmamızda da amaç/araç ilişkisi özgürlük ve güvenlik açısından önemlidir. Ancak bizim ifade ettiğimiz özgürlük/amaç ilişkisinde, özgürlük zaten bireyin kendisinde var olduğundan, birey için özgürlüğünü elde etmek bir amaç olamaz. Mutluluk/amaç ilişkisinde birey belirlediği hedefe ulaşabildiği için mutludur ancak biz özgürlüğün

her bir bireyin doğasında bulunduğunu düşündüğümüzden, bireyin özgürlüğünün sağlanması onun mutlu olmasına neden olamaz. O zaten mutludur çünkü kendinde var olan özgürlüğü, kendisinin de kabul etmeyeceği bir gerekçe gösterilerek sınırlandırılmamıştır. Yani bireyin özgürlüğünü, aklın kabul edebileceği veya Kant'ın ifadesiyle herkesin kabul edebileceği gerekçeler dışında sınırlamamak amaç olduğundan ve bu sağlandığından birey zaten mutludur³⁵. Öyleyse kişinin özgürlüğünü sınırlandırmayacak her buyruk ahlaki olmalıdır. Ancak özgürlük ve güvenlik ilişkisi bir başka durumu da içerir. O da şudur ki bireyin var olan özgürlüğü güvenlik aracılığıyla sağlandığında mutlu olacaktır. Bu mutluluk güvenliğin araç olarak kullanılmasıyla elde edildiğinden, güvenliği sağlamadaki buyruk “pragmatik buyruk”, var olan özgürlüğün korunması için olan buyruk da “ahlaki buyruktur”.

Kant beceri, zeka ve ahlaksal buyruk olmak üzere üç farklı kategoriye ayırdığı buyruklardan ahlaksal olanını, deneysel bir dizi faaliyetler neticesinde elde etmemizin mümkün olmaması nedeniyle diğer iki buyruktan ayırarak, kesin buyruklar sınıfına dahil eder ve onu “*a priori*” olarak araştırmamız gerektiğini savunur (Kant, 2002: 36). Biz de çalışmamızda güvenlik politikaları oluşturulurken sadece sonuca odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin, uygulamada çok ciddi sıkıntılara neden olabileceği kanaatiyle bu yaklaşımı pratik açıdan; sonuç odaklı bir yaklaşımın, insan hak ve özgürlükleri gibi “*a priori*” varlığı kabul edilen aksiyomatik kural ve koşulların (örneğin her insanın yaşam hakkı vardır kuralı gibi) bulunduğu bir alanda da savunulmasını teorik açıdan sorunlu görmekteyiz. Bu nedenle özgürlük temelli güvenlik siyasalarına konulan Kant'ın ifadesiyle “iyi istemenin” önemli olduğunu düşünmekteyiz. Amacı her şeyin üzerinde gören Machiavelli'nin meşhur “*Amaç araçları meşru kılacaktır.*” sözü (Göze, 2011: 119), insan hak ve özgürlüklerinin temel alındığı bu çalışmanın tamamen dışındadır. Sadece sonuçları dikkate alan sonuca odaklı bir yaklaşımın eksik ve sorunlu olduğunu söylenebilir. Bu nedenle çalışmamızda Kant'ın ahlaksal yaklaşımını temel alınacaktır.

³⁵ Burada Kant'ın şu ifadesine atıf yapılmıştır: “... aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun” (Kant, 2002: 37).

Ahlaksal buyruğun olanaklı olup olmadığını ispat etmeye çalışan Kant, ahlaksal buyruğun herhangi bir ön koşula bağlanmamış olmasını en temel fark olarak açıklar. Kant ahlaksal buyruğun a priori olanaklılığını açıklamaya çalışırken de, ortaya atılan her kesin/ahlaksal buyruğun beraberinde bir sonucu da getireceğinden, bu kesin buyruğun kesin ve koşulsuz olduğunu özellikle de deney yöntemiyle ortaya koymamızın mümkün olmadığını belirtmektedir (Kant, 2002: 36). Örneğin, “yalan söylemek doğru değildir” şeklinde ortaya atılan bir buyruk her ne kadar bir amacı bünyesinde barındırmıyorsa da, zımnen yalan söylendiği takdirde bazı olumsuzlukların olabileceğini mümkün kılarken, bu olasılıkları ispat edebilmeyi ise mümkün kılmamaktadır. Amaçtan vazgeçtiğimiz zaman eylemin varlığı da otomatikman ortadan katlığundan amaca zorlayan buyruktan kopmamız mümkündür. Ancak kesin buyruk bir amacı koşulamadığından her zaman vardır ve geçerlidir. Kesin /ahlaksal buyrukta maksimin yasaya uygun davranma zorunluluğu bulunurken, yasada maksimi zorlayan hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Yine bunu da yukarıdaki örnekle açıklamamız gerekirse, koşullu/amaca yönelik bir buyruk şu şekilde olmalıdır: “yalan söylemek dostlarının yanında seni küçük düşürür”. Kişi küçük düşmeme amacına ulaşmak için doğru söyleyecektir ancak bu amaç ortadan kalktığında veya kendisi için herhangi bir şey ifade etmediğinde buyruk geçersiz kalacaktır. Peki böyle bir durumda ne olacaktır? İşte bunu cevaplama adına Kant kesin buyruğu şu şekilde ifade eder: “...ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun” (Kant, 2002: 37).

Görüldüğü üzere koşullu/sonuca odaklı buyrukta kişiyi bir şeyi yapmaya iten/zorlayan bir etkiden/baskıdan söz etmek mümkündür. Bu baskı kişi herhangi bir eylemde veya söylemde bulunduğu üçüncü bir kişi tarafından uygulanacaksa - yalan söylemedeki ayıplama eylemi- bu durum dışsal bir baskıyı açıklar. Ancak Kant’ın ortaya koymaya çalıştığı kesin/ahlaksal buyrukta ise, kişi kendi benliğini merkezde tutmak kaydıyla davranışını kendisini esas alarak tayin etmekte, bu tutumuyla da dışsal bir baskının dışında kalabilmektedir. Kant Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi isimli kitabında ortaya koyduğu ahlaksal buyruk doktrinini daha iyi açıklayabilmek için dört ayrı ödevden bahseder. Kant’ın ortaya koyduğu bu

örnekler ve bu örnekler neticesinde öne sürdüğü kesin buyruklar incelendiğinde ortaya şu sonuçların çıktığı açıktır:

1- Buradaki ödev toplum halinde yaşam halinde gerçekleşebilecektir.

2- Buradaki ödev toplumun bize dayattığı değil kendimizin akıl yoluyla bulduğu bir ödevdir (Kant, 2002: 38-40).

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde çalışmamızın ana ekseninin şu olacağı açıktır. Birey özellikle günümüz koşullarında en küçük toplumsal birim olan köy yaşamında bile topluluk halinde birbiriyle etkileşim içerisinde bulunmaktadır. Bireyi topluluktan soyutlayarak yaşamasını istemek her daim mümkün değildir. O halde öyle bir çıkarsama da bulunmalıyız ki birey, hem bir topluluk içerisinde yaşarken özgür olacak, hem de bu özgürce yaşamıyla kendisine ve de bir başkasına sınırlama getirmeyecektir. İşte bu noktada biz çalışmamızda Kant'ın ortaya koyduğu hak – ödev kuramının bunu sağlayacağını düşünmekteyiz. Şöyle ki, özgürlük herkesin bireyde var olduğuna inandığı doğuştan gelen bir haslettir. Onu sınırlamamak bir amaçsa ve Kant'a göre ahlaki olan iyi bir istemeye dayanıyorsa, özgürlüğü kısıtlamamak için alınan her kararın temelinde ahlakilik ilkesini aramamız gerekmektedir. Somuta dönüştürdüğümüzde de Kant'a yakın bir ifadeyle, herkesin kabul edebileceği (yasa olabileceği) şeklinde davranmamız gerekir. Birey bu şekilde davranarak hem aklını hem de özgürlüğünü kullanarak ama bu kullanmayı bir başkasını(larını) dikkate alarak yapmak suretiyle, liberal öğretinin esası olan birey merkezli davranmayı, hem de toplumsal yaşamın gerekliliğine uygun hareket etmiş olduğu ileri sürülebilir. Bu düşünme modelinin özellikle karar alıcı mekanizmalar tarafından kullanılması toplumun özgürlüklerinin korunmasına yardımcı olacaktır. Şöyle ki; en basitiyle bir okulun disiplin yönergesini hazırlayan yönetici her bir yasağın o yönergede yazılmasında kendisini öğrenci olarak görürse ortaya çıkacak yönerge o kadar özgürlükleri sınırlamazken, o disiplin yönetmeliği de bir o kadar gerekli ihtiyaçlara da cevap verecektir.

Çalışmamızın bir nevi uygulama alanı olan 1982 Anayasasının yapım sürecine bakıldığında, 1980 yılında yaşanan askeri darbenin, darbeyi yapanların kendi

inandıkları felsefeye uygun bir toplum yaratma/dönüştürme fikri sebebiyle Kant'ın felsefesiyle uyumlu olduğu iddia edilebilir. Ancak Kant'ın felsefesinin temelini "iyi isteme" ye dayandığı gerçektir. O öyle bir istemedir ki toplumun büyük bir çoğunluğu hatta tümü tarafından kabul edilebilecek bir istemedir. 1982 Anayasası sürecinde ortaya konulan istemenin toplumun tümü tarafından kabul edilebilecek bir isteme olmadığı günümüze kadar anayasada yapılan 18 değişiklikten anlaşılmaktadır. Hem de ilk değişiklik anayasanın kabulünden yaklaşık 5 yıl sonra yapılmıştır³⁶.

Bu yaklaşımımıza yöneltilebilecek en önemli soru bu tür bir yaklaşımın herkesin kendi öncelikleri doğrultusunda kabul edebileceği "iyi isteme" lerin çokluğunun farklı sonuçlar ortaya koyabileceğidir. Özellikle post modern veya rölativist bakış açısıyla bu yaklaşım daha çok iddia edilebilir. Böyle bir karşı duruşun önüne geçmek adına çalışmamızda günümüzde çoğunluğun kabul ettiği ve uluslararası sözleşmelere dahil olan ana ilkeler incelenecektir. Bu ilkelerin kesin doğruluğunu sınamak çalışmamızın yöntemiyle çelişeceğinden, insan hak ve özgürlüklerinin temel yaşam hakkını ilgilendiren kısımlarının (yaşam hakkı, vücut bütünlüğü hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı) "a priori" olarak doğruluğu kabul edilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda insan hak ve özgürlüklerini kapsayan uluslararası sözleşmeler, mahkeme içtihatları ve doktrinler temel alınmak suretiyle 1982 Anayasasının temel yaşam hakkını ilgilendiren (birinci kuşak) haklar incelenecek ve doğruyu bulma adına yorumlanmaya çalışılacaktır.

³⁶ <http://www.timeturk.com/tr/2013/09/24/1982-anayasasi-nin-yarisi-degistirildi.html>, E. Tarihi: 18.12.2015.

DEVLETİN GÜVENLİĞİN TESİS EDİLMESİNDE YERİNE GETİRMESİ GEREKEN YÜKÜMLÜLÜKLER

Devletin birey karşısındaki güçlü konumunu çalışmamızın giriş bölümünde de belirttiğimiz gibi kabul etmekteyiz. Bu kabulümüz nedeniyle devletin güçlü ve toplumsal yaşamdaki düzenleyici rolü ona bazı sorumluluklar yüklemektedir. Bu sorumluluklar devlete sadece bir edimde bulunma değil aynı zamanda bulunmama (nötr kalma) yönünde hareket etme zorunluluğu getirmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde devletin güvenliği tesis ederken bireyin hak ve özgürlüklerine yapabileceği veya yapmakla sınırlı olduğu koşulları inceleyeceğiz. Unutmamak gerekir ki çalışmamız 1982 Anayasası ile sınırlıdır. Bu nedenle bu bölümün oluşturulmasında 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (BMİHEB) hükümlerinden yararlanılmıştır.

1.1 POZİTİF YÜKÜMLÜLÜK

Devletin bireyin yaşamını sürdürmesinde üstlenmiş olduğu en temel görevlerden bir tanesi bireyin güvenliğini sağlamaktır. Bu fikir, hangi siyasi yaklaşımla bakarsanız bakın değişmeyen ve devletin yerine bir başka kurum veya oluşum ikame etmediğiniz sürece de değişmeyecek olan bir gerçektir. Bu tespitin yapılması devletin bu görevi yerine getirirken yükümlülüklerinin de olmasının kabulünü getirmektedir. Devletin bu yükümlülükleri iki başlık altında toplanmaktadır. Bunlar; devletin pozitif ve negatif yükümlülükleridir. Negatif yükümlülük, devlete sınırlama getirip bireyin hakkına müdahaleyi kabul etmez iken; pozitif yükümlülük bireyin, hak ve özgürlüklerini yaşaması için devletin aktif rol alması anlamına gelmektedir (Şimşek, 2012: 2). AİHS'nin 1. maddesi de sözleşmeye taraf olan devletlere sözleşmede bulunan hak ve özgürlüklerin teminat altına alınması gerekliliğini belirtmiştir. Bu bakımdan sözleşmenin taraf devletlere bireyin bu hak ve özgürlüklerinin sağlanması bakımından yukarıda belirttiğimiz gibi negatif ve pozitif yükümlülükler getirdiği görülmektedir (Keser, 2014: 8). Gerek pratik/toplumsal yaşamın mantıksal bir çıkarımı olarak kabulü gerekse de

uluslararası sözleşmelerde yer almaları nedeniyle bu yükümlülüklerin bağlayıcı özellikleri olduğu kanaatindeyiz. Negatif yükümlülük devletin müdahale etmemesini, birey hak ve özgürlüklerine saygı göstermesini ifade ederken, pozitif yükümlülük tam tersi devlete eylemde bulunma aktif olma anlamına gelmektedir (Keser, 2014: 8). Devletin negatif ve pozitif yükümlülüklere bakış açısı ve uygulamaya koyuş yöntemi o devletin insan hak ve özgürlüklerine yaklaşımını ve birey karşısındaki pozisyonunu belirlemektedir. Birey merkezli devlet anlayışı açısından bakıldığında, bireyin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı gibi konularda negatif yükümlülük devlete edilgen bir rol biçerken, bireyin negatif özgürlüğünü yaşayabilmesi için de devlete toplumsal yaşamın bir sonucu olarak etken olmayı zorunlu kılmıştır.

Pozitif yükümlülük uygulama anlamında devlete olumlu bir rol biçmektedir (Keser, 2014: 9). Devlet, bireyin hak ve özgürlüklerini yaşayabilmesi açısından harekete geçmeli, bireyi yaşadığı çevrede mutlu edebilecek bir noktaya taşımak için çaba harcamalıdır. Ancak çalışmamızın birinci bölümünde de belirttiğimiz üzere çalışmamızın merkezinde birey vardır. Bireyin özgürlüğü her şeyden öncedir. Bu bakış açısıyla çerçevesini çizdiğimiz çalışmamızda aslında pozitif yükümlülükler sorunlu bir alanı oluşturmaktadır. Çünkü Keser'in de ifade ettiği gibi pozitif yükümlülük devlete olumlu bir rol biçmekte ve fakat bu rolün sınır aşımı olumsuzluğu da beraberinde getirmektedir. Devletin müdahale etmesini/harekete geçmesini istemek/beklemek bireyin özgürlükleri bağlamında bakıldığında devlete sınırsız bir hareket imkânı tanımak anlamına da gelebilmektedir. Devlete yüklenen sorumluluklar aynı zamanda devlete müdahale etme rolünün meşruluğunun kapısını aralamaktadır (Adanalı, 2011: 72).

Pozitif yükümlülüğün tanımını AİHM net bir şekilde ortaya koymamış bu kavramın ilk açıklamasını Yargıç Martens (AİHM) vermiş olduğu karşı oy gerekçesinde “*taraf devletlerin harekete geçmesini gerektiren durumlar*” durumlar olarak yorumlamıştır (Metin, 2010 (b): 114). Pozitif ve negatif yükümlülükler aslında devletlerin uygulamaları açısından çakışmaktadır. Örneğin devlet bir taraftan vatandaşını gece uçuşlarından kaynaklanan gürültüden korumalıyken diğer taraftan gece uçuşlarını sıkı kontroller getirerek havayolu operatörlerinin ekonomik aktivitelerini aksatmamayı da düşünmelidir.

Jellinek, bireyle devletin ilişkisinde hakları temel alır. Jellinek'in haklar temelli yaklaşımının temel amacı, bireyin yaşamının en önemli bölümünü oluşturan özgürlük alanını devletin müdahalesine karşı korumaktır. Birey hak ve özgürlüğünü kullanırken kendisinde doğuştan var olan negatif haklarına devlet ya da bir başka kişi tarafından müdahale edilmesini istemez. Birey toplumsal yaşamın getirdiği sıkıntılı durumlara karşı devletin özgürlüklerini korumasını bekler. Ancak bu bekleme devlete sınırsız hareket etme yetkisi vermez. Jellinek'in pozitif haklar noktasındaki ayırıcı özelliği ise bireylerin bazı haklarla ilgili olarak devletten talepte bulunabilmeleridir. Bireyler pozitif statü hakları ile devletten hizmet ve yardım isteme imkanına sahip olabilmektedirler (Adanalı, 2011: 70).

Birey toplumun devamlı değişen yapısı çerçevesinde devletten, haklarının kullanılmasından kaynaklanacak sorunları önlemesini bekler. Jellinek negatif hakları belirlerken bireyi, pozitif hakları belirlerken de devleti esas alarak tasnif yapmıştır. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan özgürlük ve güvenlik olgularını birlikte ele aldığımızda bu şekilde bir yaklaşımın birey merkezli bir güvenlik anlayışı perspektifinde bakıldığında tam olarak arzu edileni karşılamadığı kanaatindeyiz. Örneğin kişi dokunulmazlığı Jellinek'te negatif haklar başlığında ele alınmıştır. Bu durumda devlet bireyin kişi bütünlüğüne, mahremine müdahale etmemelidir. Ancak devlet özellikle güvenliğin tesisi amacıyla kişi dokunulmazlığına müdahale edebilmektedir. Bu durumda kişi dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, haberleşme özgürlüğü gibi devletin güvenliği sağlamak adına bireylerin özgürlüklerine müdahale edebildiği gibi genel hallerde bu haklara müdahalede bulunmama zorunluluğu da mevcuttur. Dolayısıyla konu bireyin/toplumun güvenliğini sağlamak için bireyin özgürlüğüne yapılacak müdahale olduğunda, Jellinek'in tasnifi doğru kabul edilmekle birlikte özgürlük ve güvenlik olgularının pratik yaşamda sağlanmasını tam karşılamamaktadır. Jellinek'in yapmış olduğu tasnifte, bireye karşı devletin sorumluluklarını belirlerken, pozitif haklar olarak bir nevi devleti "bahşeden" rolüne yükselttiğini görmekteyiz. Ancak bu noktada özgürlük korunarak güvenliğin sağlanması tartışılıyorsa, devletin pozitif yükümlülüklerini belirlemek doğru ve fakat bu yükümlülükleri belirlerken devletin yerine bireyin hak ve özgürlüklerini önceleyerek yapmanın yerinde olacağını düşünüyoruz. Yani bakış

açımız devletin lütfetmesiyle sağlanan hak ve özgürlükler değil bireyin doğuştan var olduğu kabul edilen hak ve özgürlüklerini yaşaması için “olması gerekeni” tespit etmektir. Aksi takdirde Jellinek’in bakış açısıyla yaklaşıldığında yukarıda Adana’nının da belirttiği gibi devlete müdahalenin sınırlarını aşmada kapı aralamış oluruz. Hangi pozitif hak veya yükümlülükten bahsederseniz edelim, temel hareket noktamız bireyin özgürlüğünü kısıtlamadan onu istediği şekilde yaşamasını sağlamaktır. Çünkü devletin pozitif yükümlülüklerinin varlığı, bireyin negatif yükümlülüklerinin mevcudiyetiyle anlam kazanmaktadır. Aksi takdirde negatif hakların olmadığı veya kabul edilmediği bir yerde pozitif yükümlülüklerden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu açıklanan nedenlerden ötürü çalışmamızda negatif ve pozitif yükümlülük ayırımını Jellinek’in haklar ayırımı çerçevesinde değil (çünkü özgürlük ve güvenliği çalışıyoruz) bireyin özgürlüklerini yaşaması için devletin yerine getirmesi gereken eylemler olarak ele alacağız Bu nedenle de çalışmamızda Keser’in belirttiği üzere pozitif yükümlülükleri devletin yerine getirmesi gereken olumlu edimler olarak kabul edeceğiz. Bu noktanın daha da anlaşılabilir kılınması açısından Bastiat’ın şu düşüncelerine yer vermek gerekecektir. Bastiat kanun koyucunun kendimizle ve mülkiyetimizle ilgili tartışılmaz *mutlak güce* sahip olma fikrini kabul etmemektedir. Bastiat buna gerekçe olarak da şahsımız ve mülkiyetimizin kanun koyucudan önce var olduğunu göstermektedir. Hukuk, kişiliğimize, mülkiyetimize, kararlarımıza müdahale eden değil bireyin haklarını ve özgürlüklerini yaşamak için var olan bir araç olarak görülmelidir (Bastiat, 2003: 58).

Bu açıklamaları daha anlaşılır kılmak için Hayek’in özgürlüğe bakışını tekrar ele almakta fayda olacaktır. Hayek’de özgür olmak, kişinin bir başkasının iradesi veya kararlarına maruz bırakılmadan kendi karar ve planlarının kendi iradesi sonucu oluşması/ortaya çıkmasıdır (Kurt, 2006: 201). Hayek, özgürlüğü tanımlarken diğer özgürlük anlayışlarına atıfta bulunur. Pozitif özgürlük anlayışını, yine bu anlayışın kapsamında değerlendirilen siyasal özgürlük, iç özgürlük ve iktidar kavramlarının özgürlük fikirlerini eleştirerek gerçek özgürlük tanımını bulmaya çalışmıştır (Yayla, 2000: 23). Hayek pozitif özgürlük anlayışına karşı çıkar. Onun savunduğu özgürlük negatif özgürlüktür. Bireyin bireysel sorumluluğu ön plandadır. İnsanların açlıktan ölmek, iflas etmek, yüksek risk barındıran eylemlerde bulunması

pek tabi bireyin kişisel taleplerinden kaynaklanan özgürlükleridir ve bu özgürlükler bireyin kişisel sorumluluğunun sonucudur. Bu özgürlükte negatif özgürlüktür (Kurt, 2006: 201). Görüldüğü üzere Hayek'in özgürlük anlayışının temelinde, bireyin herhangi bir baskıya maruz kalmadan "bireysel sorumluluk" bilinciyle hareket etmesi yatmaktadır. Birey, özgür bir şekilde davrandıktan/karar aldıktan sonra oluşacak zarar veya fayda sadece kendisini ilgilendirmektedir. Hayek'in özgürlükleri tanımlarken referans noktası olarak aldığı bireysel karar alma mekanizması özgürlüklerin tanımlanmasında ve sınıflandırılmasında önemlidir. Ancak Hayek'in dikkate aldığı "bireysel karar alma mekanizmasını", devletin bireye karşı yükümlülüklerine uygulamak mümkün değildir. Çünkü, yükümlülükleri pozitif ve negatif olarak sınıflandırmada "bireysel sorumluluğun" tam tersi "kamusal sorumluluk" söz konusudur.

Devletin bireyin özgürlüğünü sağlarken yerine getirmesi gereken faaliyetleri pozitif ve negatif yükümlülük olarak tasnif etmede kullandığımız "*ilkesel sorumluluk*" kavramı kolektif bir özellik taşıyor görünebilir. Bu kolektif özgürlük anlayışı da Hegel'in ve Marks'ın özgürlük anlayışlarını çağrıştırmakla mümkündür. Ancak bizim burada kullandığımız *ilkesel* terimi üst akıl olarak anlaşılacak bir otoritenin kabulü değil, bireylerin tarihsel süreç içerisinde yaşanarak elde edilen tecrübelerden kazanılan sonuçlarla düzenlenmiş ve nihai olarak bireyin hak ve özgürlüklerini yaşaması için ortak akılla oluşturulmuş ilkeler manzumesidir. Daha da somutlaştırmak gerekirse bu ilkeler bir devletin mevzuatı, uluslararası sözleşme ve yargı organları tarafından oluşturulmuş içtihat ve doktrinlerdir.

Devletlerin birey karşısındaki gücü ve kudreti tartışılmaz. Zaten devlette var olduğu herkesçe kabul gören bu etki potansiyelinin sınırlandırılması, uzun zamandır ve günümüzde hala siyaset felsefecileri tarafından tartışılmaktadır. Devletin bu gücünün varlığıyla birlikte bireyin hak ve özgürlüklerinin var olabilmesi, devletin gücüyle mütenasip müdahalelerinin sınırlandırılması ve bireyin hak ve özgürlüklerini yaşaması için devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerinin denetlenmesi amacıyla bir "*üçüncü göze*" ihtiyaç vardır. Elbette yargı erklerinin ayırımının temel amacı da kontrollü denetim mekanizması oluşturmaktır. İkinci Dünya Savaşından sonra, savaş sırasında yaşanan birçok trajedinin etkisiyle temel

hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla kurulan örgütlerin sayesinde, birey haklarının, vatandaşı olduğu devlete karşı da korunabilecek bir pozisyona gelmiştir. Bu pozisyonda bireyi, uluslararası hukukta hak süjesi durumuna yükseltmiştir (Telli, 2011: 407). Kurulan bu örgütlerin yerine getirdikleri işlevlerle birlikte ortaya çıkardıkları uluslararası belgeler, birey hak ve özgürlükleri açısından önemlidir. AİHS bu uluslararası belgelerden bir tanesidir ve insan haklarının korunması fikrinin, evrensel boyuta dönüşmesinde çok önemli bir rolü bulunmaktadır. İnsan hakları ve temel hürriyetlerden faydalanmak amacıyla oluşturulan Avrupa Konseyi ülkelerinin imzaladıkları AİHS “*insan olmanın tanınma belgesidir*” (Keser, 2014: 9). Türkiye tarafından da kabul edilen AİHS ve bu sözleşmedeki hakların korunduğunu denetlemek için kurulan AİHM, bireyin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalelerin denetimi bakımından en etkili ve işler üçüncü gözdür. Bu bakımdan çalışmamızda AİHM’nin ve ülkemiz Anayasa Mahkemesinin kararlarını incelemek doğru olacaktır. Nitekim pozitif yükümlülüğün anlamı ve içeriğinin tespitinin de, kavramın kişi hak ve özgürlükleri açısından yeni olması sebebiyle AİHM oluşturduğu içtihatlarla şekillendiği görülmektedir (Şen, 2007: 9)

AİHS pozitif yükümlülük kavramı bakımından incelendiğinde, Sözleşmenin birinci maddesinin taraf devletlere sorumluluklar yüklediği görülmektedir. Nitekim AİHM de vermiş olduğu Broniovski/Polonya, Kostic/CSırbistan, Refah Partisi/Türkiye kararlarında AİHS’nin 1. maddesinin devletlerin, yetki alanlarındaki herkese Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri yaşama/yaşatma anlamında gerekli güvenceyi sağlaması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, AİHS’nin 1. maddesinin devletlere sadece “*dokunmama*” değil aynı zamanda kişilerin özgürlüklerini yaşamaları için gerekli tedbirleri alma yönünden pozitif bir yükümlülük getirdiğini belirtmiştir (Şimşek, 2012: 5). Nitekim, AİHM’nin vermiş olduğu kararlarda da görüleceği üzere devleti bir şey yaptığı için değil yapmadığı için kusurlu bulmuştur¹.

Devletin pozitif yükümlülüklerinin ne olduğu hususunda açık ve net bir sınıflandırma bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, çalışma konumuzla sınırlı olmak kaydıyla, AİHM’nin vermiş olduğu kararlar incelenerek devletin pozitif ve

¹ Öneriyıldız / Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004.

negatif yükümlülükleri belirlenmeye ve tasnif edilmeye çalışılacaktır. Bu bakımdan AİHM'nin Öneriyıldız ve diğeri/Türkiye davası kapsamında yapmış olduğu usuli ve esasa yönelik yükümlülük tasnifini, çalışmamız kapsamında konunun daha net anlaşılması ve somuta indirgenmesi amacıyla kullanmayı uygun görmekteyiz. Öneriyıldız ve diğeri/Türkiye davasında başvuran AİHM'ne başvurarak, 1993 yılında Ümraniye'de bulunan çöp alanında metan gazı patlaması sonucu metan gazı patlaması sonucu hayatını kaybeden akrabalarının ölümlerinden ve mallarının zarar görmesinden yerel makamların sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Olay Cumhuriyet Savcısı tarafından resen soruşturulmuştur. Bilirkişiler tayin edilmek suretiyle olayın meydana gelmesinde kusuru bulunanların tespitine çalışılmıştır. Dönemin İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı ve Ümraniye İlçe Belediye Başkanı aleyhine görevlerinde ihmallerinin bulunduğu savıyla dava açılmıştır. 1996 yılında her iki Belediye Başkanı da olayla ilgili olarak suçlu bulunmuş, 1997 yılında da Yargıtay her ikisi hakkında verilen cezayı onamıştır. Ancak davacı yargılama sürecine yaşanan hukuki süreçten haberdar olamadığı için müdahil olamamıştır. Ayrıca başvuran, idare aleyhine zararının karşılanması için maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Başvuran AİHM'ne başvurarak yaşamış olduğu olay nedeniyle AİHS'nin 2. maddesinde yer alan “yaşam hakkının”, davanın uzun sürmesi ve sonucunun etkili olmaması sebebiyle 6., 8., 13. maddelerinin ve AİHS 1. Protokol - İnsan haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye EK Protokol'ün 1'inci maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (Adalet Bakanlığı, 2009: 24-28-29-31). AİHM'nin başvuranın talebi doğrultusunda nasıl bir karar verdiğinden ziyade (çalışmamız konusunun dışında bulunması nedeniyle), kararı verirken uygulamış olduğu analitik yöntem devletin pozitif yükümlülüklerinin somuta indirgenmek suretiyle anlaşılabilmesi açısından önemlidir.

AİHM öncelikle başvuranın yaptığı müracaatta belirttiğı olayı ve başvuranın talebiyle paralellik arz edecek şekilde irdeleyerek devletin yükümlülüklerini tespitte çalışmıştır. Bunu yaparken de Mahkeme, öncelikli olarak devletin yükümlülüklerini esas ve usul olmak üzere iki ana başlığa bölmüştür. Örneğin başvuranın Sözleşmenin 2. maddesinde yer alan yaşam hakkının ihlal edildiğı yönündeki savı çerçevesinde devletin, bu hakkın korunması için tedbirler alması gerektiğı yönünde, diğeri bir

anlatımla hakkın korunmasının sağlanmasına yönelik esasla ilgili yerine getirmesi gereken yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir (Adalet Bakanlığı, 2009: 39). Bununla birlikte Mahkeme, bu esasın sağlanması için yine devletin yerine getirmek zorunda olduğu usuli işlemlerin/süreçlerin de bulunduğunu ortaya koyarak pozitif yükümlülükleri esas ve usul olmak üzere iki alt başlıkta incelemeye çalışmıştır.

1.1 Devletin Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükleri

Devletin bireyin hak ve özgürlüklerini yaşaması için yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden mevzuat oluşturma, oluşturulan mevzuatın ulaşılabilir ve öngörülebilir olması, keyfi müdahaleye izin vermemesi devletin yerine getirmesi gereken esasa ilişkin yükümlülüklerdendir.

1.1.1 Yasa Yapma

Aslı “canon” olan yasa kelimesi Yunancadır (Gözler, 2007:231). Yasa, gerek maddi gerekse şekli anlamı itibariyle, anayasada öngörülmüş yetkili organ tarafından, bu ad altında usulüne uygun olarak konulan, genel, soyut ve sürekli nitelikte kurallar ihtiva eden yazılı metinlerdir (Kaplan, 1994: 99). Yasalar hukuk kurallarıdır ve yaptırım etkisine sahip olma özellikleri sebebiyle diğer sosyal kurallardan ayrılır. Devletin maddesel gücünü, yasaların (hukuk kurallarının) bu yaptırım özelliğinde görürüz (Çakın, 2008: 57)².

1982 Anayasasının 87. maddesinde kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak görevi sadece TBMM’ne verilmiştir. Anayasanın 88. maddesinde de kanun teklif etme yetkisi Bakanlar Kurulu ve milletvekillerine verilmiştir. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sadece kanun ile mümkün olabileceği şeklindeki genel hüküm gereğince, özgürlüklerin sınırlandırılması yönündeki düzenlemelerin sadece Bakanlar Kurulu veya milletvekilleri tarafından önerilebileceği açıktır. Kanun koyma disiplinler arası bir niteliğe sahiptir. Kanun yapmak için sadece hukuk bilgisi yeterli değildir. Kanunların *açık, basit, sistematik, soyut, genel ve sürekli* olma nitelikleri

² Detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Güngör Babacan, Türk Hukuk Sisteminde Yasa Yapma Süreci ve Uygulamada Karşılaşılan Başlıca Sorunlar, TODAİE, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2004, s. 3.

değerlendirildiğinde, hukuk bilgisinin yanında felsefe, siyaset bilimi, sosyoloji, iktisat bilgisine ihtiyaç vardır (Kaplan, 1994: 100). Kaplan'ın kanun yapma çalışmalarının çok boyutlu yönünü ortaya koyduğu bu düşüncesi, yasama yetkisinin sadece teknik metin oluşturma çalışmalarından müteşekkil olmadığını, devletin vatandaşlarına sunmaya çalıştığı hizmetin niteliğini arttırmayı amaçlamaktadır. Yasa yapım süreci, katılımcı demokrasinin uygulanabilirliği ölçüsünde, yasaların somuta ulaşacağı toplumların gelişimlerine katkı sağlayacak değişim ve dönüşüm süreçlerine yön vermeyi/müdahil olmayı da kapsayan, dinamik bir fonksiyondur (Tank, 2011:142).

Yasa dilinin herkesin anlayabileceği şekilde açık ve sade olmasının yanında bir diğer önemli hususta yasa yapım sürecinde, yasanın amacının ortaya konularak, sorun, çözüm, alternatifler ve maliyetlerin irdelenmesi, süreç analizlerinin yapılması, bu faaliyetin ilmi bir çalışma özelliği taşıdığını göstermektedir (Tank, 2011:144). Yasanın düzenleneceği alanda yeterli düzeyde yasal düzenleme varsa yeni bir yasa yapmaktan kaçınmalıdır. Yasa yapım sürecinde rol alan kişilerin düzenlemeye konu olan hususun yürürlükteki yasalarda değişiklik mi veya yeni bir kod yasa biçiminde düzenleme mi gerektirdiğini belirlemeleri gereklidir. Bu da ancak bu kişilerin yürürlükteki yasalar hakkında bilgili olmayı zorunlu kılmaktadır (Araç ve İba, 2003: 38). Böyle bir sürecin yönetilerek yasa yapılmasını sağlamak için, 2006 yılında yürürlüğe giren “Mevzuat Hazırlama Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmeliğine” Düzenleyici Etki Analizi (DEA) gibi bazı önemli yenilikler eklenmiştir. DEA, hazırlanacak yasa taslağının bütçeye, mevzuata, sosyal, ekonomik ve ticarî hayata, çevreye ve ilgili kesimlere etkilerini göstermek üzere hazırlanan ön değerlendirme raporudur (Tank, 2011:159).

Yasaların hazırlanması ve yürürlüğe girmesi önemli bir süreçtir. Özellikle de kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendiren yasal düzenlemeler açısından bu önem doğuracakları etki bakımından daha da önemlidir. Bu nedenle her ne kadar Tank DEA'nın işlerliğinin istenilen düzeyde olmadığını ifade etse de (Tank, 2011:160), kişi hak ve özgürlüklerine etkileyecek her yasal düzenlemenin sonuçlarının her açıdan çok iyi bir şekilde tartışılması gerekmektedir. Çoğulcu demokrasinin bir

gereği olarak yapılacak yasal düzenleme sadece çoğunluğu değil, tüm toplum kesimlerini aynı derecede etkileyecek, soyut ve anlaşılır olmak zorundadır.

Yasa yapım süreci veya bu bölümde kullandığımız yasa kavramından sadece kanunları değil, usulüne göre yürürlüğe giren tüzük, yönetmelik ve yönergeleri işaret etmekteyiz. Yukarıda devletin pozitif yükümlülüklerinin tespitinde Öneriyıldız/Türkiye davasını esas alacağımızı belirttiğimizden, davaya esas olan AİHM'nin kararı incelendiğinde, Mahkemenin AİHS'nin 2. maddesi gereğince devletlerin, bireylerin yaşamını korumak için tüm önlemleri almaya yönelik kesin yükümlülüklerinin bulunduğunu ve devletlerin bu gibi durumlara karşı etkin bir caydırma mekanizması oluşturacak yasal ve idari çerçeve oluşturmak görevinin olduğunu belirttiği görülmektedir. AİHM Öneriyıldız davasında, devletin hangi faaliyetler için yönetmelik düzenleyeceğine ve bu yönetmeliğin faaliyet sürecinde oluşabilecek tüm aşamaları ve bu aşamalar kapsamındaki bütün riskleri karşılaması gerektiğini vurgulamıştır³.

1.1.2 Ulaşılabilirlik ve Öngörülebilirlik

AİHS'nin 11'inci maddesinde “*dernek kurma ve toplantı özgürlüğü*” konusu düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, asayiş bozmamak kaydıyla herkesin toplantılar yapmak, dernek ve sendika kurmak ve katılmak hakkı vardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ayrıca bu hakkın hangi hallerde kısıtlanabileceği düzenlenmiştir. 11. madde kapsamındaki hakların kısıtlanmasının öncelikli şartı bu kısıtlamanın kanunla yapılması gerektiğidir. Bu şartın yanında kanuni düzenleme “*ulaşılabilir ve öngörülebilir*” olmalıdır. Yani kamuoyu, kanun koyucunun yürürlüğe koyduğu bir yasadan haberdar olmalı (ulaşılabilirlik); kanuni düzenlemenin, kendileri ve toplum için ne getirdiğini açık bir şekilde anlamalarını sağlayacak şekilde sarih olması (öngörülebilirlik) gerekmektedir (Kılınç, 2014: 284).

Öngörülebilirlik, yürürlüğe giren kanun normunun herkes tarafından anlaşılabilir kadar açık olmasını ifade etmektedir. Buradaki açıklık ve anlaşılabilir

³ Öneriyıldız/Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, prf. 89-90.

olmaktan kastedilen sadece kanun normunun ifade ettiği hususun anlam karışıklığına neden olabilecek tarzda açık olması değil, aynı zamanda bireyin gerek kendi davranışlarının gerekse de devletin eylemlerinin ne olabileceğini önceden tahmin edebilmesidir (Şimşek, 2012: 9). AİHS'nin 10. maddesinin ikinci fıkrasında “...yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.” ifadesi yine aynı sözleşmenin 8/2. maddesinde “demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.” ifadeleri kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasındaki öngörülebilirlik kriterini açıklıkla ifade etmektedir. AİHM'ne başvuran eski Diyarbakır Belediye Başkanı Zana, bir gazeteye vermiş olduğu röportajındaki ifadelerden ötürü 765 sayılı TCK'nun (yürürlükten kalkan bir önceki ceza kanunu) 312. maddesi kapsamında mahkum edilmesinin, AİHS'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne müdahale olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme başvuranın müracaatı üzerine verdiği kararında, Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan şartların gerçekleşmemesi halinde, ifade özgürlüğüne müdahalenin şartlarının oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Mahkeme, Zana'nın yapmış olduğu başvuruyu 10. maddenin ikinci fıkrasındaki her bir şart için incelemiş ve başvuranın cezalandırılmasına neden olan eyleminin, TCK'nun 312. maddesinde yer almasını “yasada öngörülme” şartının gerçekleşmesi için yeterli görmüştür⁴. AİHM'nin benzer bir kararı da Sürek / Türkiye davasında görülmektedir. Başvuran bir derginin en büyük hissedarıdır. Dergide yayımlanan iki mektup nedeniyle TMK'nun (Terörle Mücadele Kanunu) 8. maddesi ve TCK'nun 312. maddesi kapsamında yargılanmış ve devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda yapmak suçundan TMK'nun 8. maddesi⁵ kapsamında para cezasına çarptırılmıştır. Başvuran kendisine verilen ve

⁴ Zana/Türkiye davası, başvuru no: 69/1996/688/880, 25.11.1997, prf. 47.

⁵ Başvuranın yargılandığı zaman yürürlükte olan 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 8'inci maddesi şu şekildedir: Madde 8 - (Değişik: 27/10/1995 - 4126/1 md.) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı hedef alan yazılı ve sözlü propaganda ile toplantı, gösteri ve yürüyüş yapılamaz. Yapanlar hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Bu suçun mükerreren işlenmesi halinde, verilecek cezalar paraya çevrilemez.

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun 5680 sayılı Basın Kanununun 3 üncü maddesinde belirtilen mevcuteler vasıtası ile işlenmesi halinde, ayrıca sahiplerine de mevcutelerden bir aydan az süreli ise, bir önceki ay ortalama satış miktarının yüzde doksanı kadar ağır para cezası verilir. Ancak, bu para cezaları yüz milyon liradan az olamaz. Bu mevcutelerin sorumlu müdürlerine, sahiplerine verilecek para cezasının yarısı uygulanır ve altı aydan iki yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

Yargıtay'ca onaylanan para cezasının AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararında, mevcut davada müdahalenin TMK'nun 8. maddesine bir yasal dayanağının bulunduğu ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında “kanunlar tarafından öngörülme” şartını karşıladığına ilişkin bir ihtilafın mevcut olmadığına karar vermiştir⁶. Kararda da görüldüğü üzere AİHM kanunen öngörülme bakımından, bir eylemin kanunda suç olarak tanımlanmış olmasını yeterli görmekte, o kanun maddesinin içeriği veya anlamını tartışmamaktadır.

Öngörülebilirlik ilkesinin kabulü için AİHM bir başka kriter olan, “*makul seviyede olma*” koşulunu da aramaktadır. AİHM vermiş olduğu Plon v. Fransa kararında öngörülebilirliğin kabulünün kriterini daha somut hale dönüştürmeye çalışmıştır. Başvurucular yazar ve editördür. Yayımlamış oldukları bir kitap nedeniyle Mahkemeye başvurarak “*ifade özgürlüklerine*” müdahale edildiğini ifade etmişlerdir. Mahkeme öncelikle bir metnin, kanun olabilmesi için bireye davranışlarını düzenleme imkanı sunabilecek kadar açık ve anlaşılır olması gerektiğini hatırlatmıştır. Birey, ihtiyaç duyduğunda bir uzmanın yardımını alarak dava koşullarında belirli bir eylemin kendisi veya bir başkası için ne gibi sonuçlar doğurabileceğini öngörebilmelidir. Bu öngörülme kesinlik arz etme mecburiyetinde değildir. Önemli olan yaşanacak / oluşacak yeni durumun ortaya koyacağı sonuçların “*makul ölçüde*” öngörülmesi gerektiğidir. Çünkü makul ölçü, bir nevi antitezi olan kesinliği tartışılır kılmaktır. Kesinlik, doğası gereği katılık gerektirir. Ancak yasaların toplumun ve yaşanan ortamın değişimine adapte olması gerekir. Aksi takdirde bu katıcılık olarak yorumlanabilecektir⁷.

Erişilebilir olma durumu sadece bireyin yasal düzenlemeye ulaşma imkanı anlamına da gelmemektedir. AİHM Gemici Türkiye davası hakkında vermiş olduğu kararında öngörülebilirliğin bir tek “*erişilebilir olma*” durumunu değil aynı

Birinci fıkrada belirtilen propaganda suçunun ikinci fıkrada yazılı mevkuteler dışında basılı n altı aydan iki yıla kadar hapis, yüz milyon liradan üç yüz milyon liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Ayrıca bu fiilin radyo ve televizyonlar vasıtasıyla işlenmesi halinde mahkemeye ilgili radyo ve televizyon kuruluşunun bir günden on beş güne kadar yayından men'ine karar verilir.

Birinci fıkrada yazılı fiillerin ikinci ve üçüncü fıkralarda yazılı kitle iletişim araçları ile işlenmesi halinde belirlenen ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

⁶ Sürek/Türkiye davası, başvuru no: 24762/94, 8.07.1999, prf. 45.

⁷ Plon/Fransa davası, Başvuru No: 58148/00, 18.05.2004, prf. 26.

zamanda kişinin cezalandırılmasına esas teşkil eden yasaklamadan da “*haberdar olması gerektiğine*” karar vermiştir⁸. Bu davada başvuran İzmir/Türkiye’de ikamet etmekte ve Emek Partisi'nin Narlıdere (İzmir) İlçe Teşkilatı'nın Başkanlığını yürütmektedir. Başvuran, 16 Kasım 1999 tarihinde polisin arama kararı olmadan parti binasında arama yaptığını ve arama neticesinde İzmir Sulh Ceza Mahkemesi emriyle satışı ve dağıtılması yasaklanmış olan 443 adet parti dergisine el konulduğunu, konuyla ilgili 23 Kasım 1999 tarihinde Savcılığa, 25 Ocak 2000 tarihinde ise polise ifade verdiğini ve el konulan derginin yasaklandığından haberi olmadığını beyan etmiştir. Başvuran kendisi hakkında TCK' nun 526. maddesinin birinci fıkrasına muhalefet etmekten kovuşturma başlatıldığını, 2 Mart 2000 tarihinde İzmir Sulh Ceza Mahkemesi’nce hafif para cezasına mahkûm edildiği iddia ederek, yaşadığı süreç ve çarptırıldığı para cezasının AİHS'nin 6 ve 10. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM başvuranın iddiasında belirttiği dergilerin toplanması ve başvuran hakkında verilen mahkumiyet kararı hakkında yapılan müdahalenin, yasada öngörülüp öngörülmediği konusunda yapmış olduğu inceleme neticesinde, “*yasayla öngörülme*” ifadesinin, yetkili organların yapmış oldukları eylemler ile alınmış kararların ve uygulanan tedbirlerin iç hukukta bir dayanağının bulunmasının yanında, bu hukuki düzenlemeye maruz kalan kişi/kişiler için erişilebilir ve etkilerinin öngörülebilir olmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme erişilebilirlik açısından başvuranın mahkum edildiği eyleminin yargılandığı zaman yürürlükte olan TCK'nun 526. maddesinde karşılığının bulunduğunu ve erişilebilir olduğunu belirtmiştir. Öngörülebilirlik yönünden ise AİHM yapmış olduğu değerlendirmede, başvuranın cezalandırılmasının dayanağını, İzmir Sulh Ceza Mahkemesinin bir siyasi partinin dergisi hakkında vermiş olduğu toplatma kararının oluşturmuş olduğunu, dava dosyasında başvuranın dergi hakkında verilen toplatma kararından haberdar olduğunu gösteren bir kanıtın olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvuranın toplatma kararından haberdar olmadığı yönündeki beyanını esas almış ayrıca dava dosyasında başvuruyu yanlışlayacak herhangi bir belgenin de bulunmadığı tespit edilmiştir. Mahkeme toplatma kararından başvuranın

⁸ Gemici/Türkiye davası, Başvuru No: 25471/02, 2.12.2008.

NOT: Gemici/Türkiye davasının İngilizce metnine ulaşamadığından Dışişleri Bakanlığı'nın yayımlanmış olduğu Türkçe metinden faydalanılmıştır.

haberdar olmamasını “öngörülebilirlik” açısından eksik görerek bu haliyle başvurana yapılan işlemi AİHS’nin 10. maddesinin ihlali şeklinde değerlendirmiştir⁹.

Ülkemiz Anayasa Mahkemesi (AYM) 2014 yılında vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin hukuksuzluğu başvurusu kapsamında, ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kavramlarını irdelemeye çalışmıştır. AYM başvuranın mülkiyet hakkına vergi yoluyla bir müdahalenin yapılıp yapılmadığının tespit edilebilmesi için, kanun tarafından öngörülmüş olmanın alt ölçütleri olan “ulaşılabilirlik” ve “öngörülebilirlik” ilkelerinin sağlanıp sağlanılmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. AYM “ulaşılabilirlik” kavramını, AİHM’nin bir kararına¹⁰ atıfta bulunarak hukuki düzenlemenin aleni olması bir diğer ifadeyle yayımlanması; öngörülebilirliği ise hukuki düzenlemenin uygulanması halinde ortaya çıkacak olan neticelerin öngörülebilmesi olarak yorumlamıştır. Yürürlüğe giren bir kanuni düzenlemenin herkesin anlayacağı şekilde açık ve anlaşılabilir olması veya herkesin ulaşabileceği noktada olmasının pratik yaşam açısından mümkün olma ihtimali tartışmalıdır. Elbette tüm hukuki düzenlemelerin içerikleri ve kapsamlarıyla birlikte değerlendirildiğinde tüm bireylerin anlaşılır bulması imkânsızdır. Anayasa Mahkemesi hukuki metinlerde az veya çok belirsizliklerin olabileceğini bunların da uygulamadaki kararlarla giderilebileceğini belirtmektedir¹¹.

1.1.3 Keyfi Müdahaleye İzin Verilmemesi

Devletlerin vatandaşlarının hak ve özgürlüklerine yönelik keyfi müdahalede bulunmaması aslında tüm “insan hakları belgelerinde” gerek zımnen gerekse de açık bir anlatımla¹² yer almıştır. Örneğin AİHS’nin 8’inci maddesinde düzenlenen “*aile yaşamının korunması*” ifadesi devletlere, sadece negatif bir yükümlülük getirmemekte aynı madde de “*saygı gösterilmesi*” ifadesinin kullanılması devletlere pozitif bir yükümlülükte doğurmaktadır (Atak, 2007: 108).

BM İnsan Hakları Komitesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesine dayanarak yayımlamış olduğu 16 sayılı Genel

⁹ Gemici/Türkiye davası, Başvuru No: 25471/02, 2.12.2008.

¹⁰ Bkz. Spacek s.r.o.v./Çek Cumhuriyeti davası, Başvuru No: 26449/95, 9.11.1999, prf. 56-6.

¹¹ Anayasa Mahkemesi Başkanlığı, Başvuru No: 2014/6192, Karar Tarihi: 12.11.2014, prf. 51-52-53.

¹² Bu ifade İHEB md. 12, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 16’da da yer almıştır.

Yorumunda devlete atfedilen yükümlülükleri ele almıştır. Komite Genel Yorumda, aile yaşam alanına yasal düzenlemelerle yapılacak müdahalenin sınırlarını belirleyerek yasama organının insiyatifini sınırsız kabul etmemiştir. Komite devletin yapacağı müdahalenin (aile yaşam alanına) BM İnsan Hakları Komitesi Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin *amaçlarına, hedeflerine ve hükümlerine uygun olması gerektiğini* ifade etmiştir. Komite aynı yorumda yasayla belirlenen müdahalenin yine yasada yetkili kılınan görevliler tarafından yapılması gerektiğini belirtmiştir. BM İnsan Hakları Komitesi Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17'inci maddesi *kişilerin özel yaşamına, ailesine, konutuna, haberleşmesine ve onur ve itibarına yönelik yasadışı ve keyfi müdahaleyi yasaklamaktadır*. Komite keyfi müdahale kavramını geniş olmakla birlikte birey hak ve özgürlükleri lehine yorumlamıştır. Komite, bireyin özel yaşamına yapılacak müdahalenin yasalarda yer almasının tek başına yeterli olmayacağını, aynı zamanda Sözleşme hükümlerine de uygun olması gerektiğini ve her vakanın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Atak, 2007: 121).

BM İnsan Hakları Komitesi'nin tutumunu daha iyi anlamak açısından Canepa/Kanada (558/1993) kararını incelemek yerinde olacaktır. Beş yaşındayken İtalya'dan Kanada'ya göç eden başvuran, uyuşturucu dahil olmak üzere çok sayıda suç işlemiştir. Başvuran işlemiş olduğu suçlar sebebiyle birçok defa tutuklanmış ve daha sonra kendisi hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiştir. Başvuran, hakkında verilen sınır dışı edilme kararının aile yaşamına müdahale niteliği taşıdığını, çünkü anne, baba ve erkek kardeştan oluşan çekirdek ailesinin Kanada'da oturduklarını belirtmiştir. Komite yapmış olduğu inceleme neticesinde, başvuranın uyuşturucu madde suçları ve hırsızlık gibi birçok suçtan sabıkasının bulunduğunu, başvuranın sınır dışı edilmesinin yasada yer aldığını ve kamu güvenliği ile kamu yararının korunması bakımından alınan kararın gerekli olduğunu, başvuranın Kanada'da yaşayan anne ve babasından ayrılmasının başvuran açısından olumsuzluk doğuracağı yönünde herhangi bir bulgunun ve ekonomik anlamda aralarında bir bağlılığın da (birbirlerine ihtiyaç) bulunmaması nedeniyle sınır dışı edilme kararını yerinde

görmüştür (Atak, 2007: 124)¹³. Örnek vakada da görüldüğü üzere Komite her olayı kendi içerisinde yasa ve sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirmektedir.

Keyfi müdahale veya diğer bir ifadeyle keyfi davranmanın devlete yüklediği pozitif yükümlülük, bireyin haklarına saygı göstermesiyle birlikte aynı zamanda bu hakların kullanımını sağlamaktır. AİHM vermiş olduğu Kurt/Türkiye kararında bu duruma dikkat çekmiştir. AİHM başvurusunun oğlunun jandarma görevlileri tarafından göz altına alındıktan sonra kaybolması ile ilgili olarak yapmış olduğu inceleme neticesinde, AİHS kapsamında yer bulan bireyin özgürlükten alıkonulması işleminin yürütülen yargı soruşturmasına uygun bir şekilde ve keyfilik risklerinin minimize edilerek, bireyin keyfi müdahaleye maruz kalmasının önlenmesine çalışması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme bu tür güvencelerin olmadığı durumların hukuk devletinden sapma olarak değerlendirileceğini belirtmiştir¹⁴.

Devletlerin keyfi müdahalede bulunmaması en başta kabul edilmesi gereken bir gerçektir. Lakin devletlerin aynı zamanda bireylerin toplumsal yaşamdan kaynaklanan tehlikelere karşı güvenliklerini sağlaması gerektiği de bir başka gerçektir. O halde devlet bu iki gerçeğin aynı anda ve oranda uygulanabilmesini, sağlamakla mükelleftir. Devlet bir taraftan bireyin yaşamını korurken diğer taraftan bir başka bireyin yaşam hakkına müdahale edebilmektedir. Asıl olan bu müdahalenin uluslararası sözleşmeler ve yasalarla ne kadar uyumlu ve kendi içerisinde ne kadar tutarlı olduğudur.

Devletin bireyin yaşam hakkına müdahalesi genelde kolluk kuvvetlerinin eylemlerinde görülmektedir. Kolluk kuvvetleri istihbarat örgütleri tarafından sağlanan bilgiler çerçevesinde sunulan teknolojik imkanlarla bir operasyonun metodunun belirlemekte, şüphelilerin en az zararla yakalanabilmesini sağlamaya çalışmaktadırlar. Elbette her vaka planlandığı gibi de sonuçlanmamaktadır. Önemli olan bilgilerin doğru ve mantıklı bir şekilde analiz edilerek uygulanan kuvvetin derecesiyle hedeflenen amacın ölçülü olmasıdır. 1988 yılında Cebelitarık'ta bulunan Birleşik Krallığa ait askeri bir tesise yönelik bombalı saldırı bilgisi alan Birleşik

¹³ Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/558-1993.html>

¹⁴ Kurt-Türkiye davası, Başvuru No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998.

Krallığın askeri yetkilileri şüpheli araçtan inen üç kişiyi öldürmüşlerdir. AİHM'ye başvuran maktullerin yakınları, şüphelilerin sağ olarak yakalanmalarının mümkün iken operasyon düzenlenerek öldürülmelerini AİHS'nin 2. maddesinin ihlali olduğunu savunmuşlardır. AİHM incelemiş olduğu dava neticesinde üç şahsında olayın vuku bulacağı yere gelmeden tespit edilerek yakalanmaları mümkün iken öldürülmüş olmalarını AİHS'nin 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Ancak karşı görüş bildiren hâkimler, kamu görevlilerinin operasyon öncesinde gerekli bilgileri topladıklarını ve bu bilgiler ışığında operasyon yaptıklarını tespit etmiştir. Yine bu hâkimler, masum insanların hayatlarının koruma görevlerinin de bulunduğunu bu nedenle de incelenen davada ölen şahısların bir eylem hazırlığında olduklarına dair yeterli bilgi toplandığını ve masum insanların hayatları dikkate alındığında yaşam hakkını ihlal edilmediği görüşünü savunmuşlardır (Uzun, 2014: 172-173).

AİHS'nin 5. maddesinde özgürlükten mahrumiyetin yasada yer alan düzenlemeye uygun olması gerekliliği ifadesi yer almaktadır. Burada ifade edilen yasaya uygunluktan amaç, yapılan işlemin/eylemin hem usule hem de esasa uygun olması gerektiğidir. Bunun yanında yasaya uygunluk, o işlem veya eylemin *ulusal hukuka ve AİHS'ye uygunluğunu ve keyfi olmaması* gerektiğini ifade etmektedir. Bu bakımdan kişinin özgürlüğüne yapılan müdahalenin belirttiğimiz kriterlere (ulusal hukuka, AİHS'ye uygunluk, keyfi olmaması) uygun olup-olmadığını denetleyecek olan hâkimlerdir. Hâkimler kişinin özgürlüğünden mahrum edilebileceği hallerin düzenlendiği Sözleşmenin 5. maddesinin uygulanması çerçevesinde yapacakları gözetimde, şüpheli bir yaklaşım sergilemelidirler. Hâkimler böyle bir gözetim görevini yerine getirirken öncelikli olarak, kişinin özgürlüğünden mahrum edilmemesi gerektiğini dikkate almalıdırlar. Hâkimin bu şekilde bir yaklaşım sergilemesi sadece özgürlüğünden mahrum edilen kişinin mahrum edilme gerekçelerinin tespit edilmesini değil, aynı zamanda bu gerekçelerin özgürlükten mahrum edilme sonucunu doğurup doğurmayacağına belirlenmesine yardımcı olacaktır. Bu şekilde davranmamak, hukukun üstünlüğünün kabul edilmemesi daha da önemlisi keyfi muameleye müsaade edilmesi/kayıtsız kalınması anlamına gelecektir. Bu şekilde bir davranışın kabul edilemez olduğu Mansur/Türkiye

davasında görülmektedir (Macovei, 2002: 8). Başvuran, tutukluluk süresinin uzun olması yönünde yapmış olduğu başvuru neticesinde AİHM, ulusal mahkemenin her defasında aynı gerekçelerle (suçlamaların niteliği, delil durumu, kaçma tehlikesi) başvuranın tutukluluk halinin devamına karar verildiğini tespit etmiştir. AİHM, ulusal mahkemenin *basma kalıp olmasa dahi* aynı gerekçelere dayanmak suretiyle ve daha da önemlisi gerekçelerini başka iddialarla kuvvetlendirmesi gerekirken bunun yapılmamış olmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur¹⁵. Kişinin özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin varlığı halinde yapılması gereken ilk şey, verilen özgürlükten mahrumiyet kararının ulusal yasalar çerçevesinde değerlendirilmiş olup olmadığının kontrolüdür. Bu kontrolle amaç, alınan kararın usule uygun olup olmadığı ve ayrıca ulusal mevzuatta bu kararı haklı gösterecek bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının tespitidir. AİHM verdiği Van der Leer-Hollanda kararında, psikiyatri hastanesine hâkim kararıyla yatırılan bir kadının, hastaneye yatışının yapılmadan önce Hollanda ulusal mevzuatları gereğince ifadesine başvurulmadığını tespit etmiştir. Hâkimin bu şekilde davranmasının AİHS'nin 5. maddesine aykırılık teşkil ettiği (Macovei, 2002: 10), yasada yer alan düzenlemenin uygulanmasının alınan kararın keyfiyet içerdiği iddialarını da boşa çıkaracağı açıktır.

Ulusal mevzuattaki düzenlemelerin dışında davranarak veya yanlış yorumlayarak yapılan özgürlükten alıkoyma işlemleri AİHM tarafından kişinin özgürlük hakkını düzenleyen 5. maddenin ihlali olarak görülmüştür. Mahkeme Labita-İtalya davasında başvuranın ulusal mahkeme tarafından tahliye edilmesi yönünde verilen kararın bulunmasına karşın, onu tahliye edecek memurun bulunmaması nedeniyle 10 saat daha fazla hapisanede tutulmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Yine Mahkeme K.-F. Almanya kararında başvuranın 12 saatlik gözaltında tutulma süresinden sonra, 40 dakika daha göz altında kalmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Almanya hükümeti ulusal kanunlarında kimliğini ispat edemeyenlerin 12 saat gözaltında kalabilecekleri yönünde bir düzenlemenin bulunduğu, başvuranın da kimliğinin tespit edildiğini ancak 40 dakikalık gecikmenin tespit edilen kimliğin kayıt altına alınmasından kaynaklandığını belirtirse de mahkeme, kimliğin kayıt altına alınmasının tespit işlemi anlamına geldiğini

¹⁵ Mansur/Türkiye davası, Başvuru No: 16026/90, 8.06.1995, prf. 55.

belirterek uygulamanın sözleşmeye aykırı olduğunu ifade etmiştir (Macovei, 2002: 11-12).

1.1.4 Sorumluluğun Terki

Bu başlık altında, devletin imkânları vasıtasıyla ve hukuki yaptırım gücü nedeniyle egemenliği altında yaşayan bireylerin aleyhine gerçekleşen bir olayda sorumluluğu terkinin mümkün olup olmaması tartışılacaktır¹⁶. Bu başlığın çalışmamız kapsamında ele alınmasının nedeni, devletin çalışmamızın birinci bölümünde kabul ettiğimiz üzere bireyin güvenliğini sağlamadaki yasal (legal) rolüne rağmen, devlete atfedilen sorumluluğun terkinin, birey aleyhine (özgürlüğüne ve güvenliğine) oluşturacağı olumsuzlukları tartışmaktır. Devletin kendisine yasaların tevdi ettiği sorumluluğu terkini kavramını yaşamış bir olay ve bu olay neticesinde gerçekleşen mahkeme süreciyle ele alacağız.

Ümraniye’de Belediyeye ait çöplükte 28 Nisan 1993 günü bir patlama meydana gelmiştir. Patlamanın çöplük alanında biriken metan gazından kaynaklandığı tespit edilmiştir. Patlama sonucu sonucunda vefat edenlerin akrabaları ölümlerden ve malların tahribatından yerel makamların sorumlu olduğunu iddia etmişlerdir. Olay akabinde soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı olay mahalline giderek delillerin toplanmasına ve soruşturmanın devamına refakat etmiş, olayın teknik incelemesi için bilirkişi tayin etmiştir. Bilirkişi yapmış olduğu inceleme neticesinde İstanbul Belediye Meclisini 2/8, Ümraniye İlçe Meclisini 2/8, gecekondu sakinlerini 1/8, Çevre Bakanlığını 1/8, Hükümeti de 1/8 oranında kusurlu bulmuştur¹⁷. Hükümet, Chapman/İngiltere kararına (başvuru no:27238/95) atıfta bulunarak, başvuranın mevcut risklere rağmen bir çöplüğün yakınında ev yapmayı bilerek tercih ettiğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun sonucu olarak Hükümet, başvurunu bir çöplüğün yakınında yaşayarak yasalara bilerek karşı geldiği için eleştirmektedir¹⁸. AİHM ise Türkiye Cumhuriyeti devletinin bu

¹⁶ Belirtmek de fayda görüyoruz ki, bu başlık tamamen bize aittir. Başlığın bu şekilde tespit edilmesine, devletin bir sorumluluğu üstlenmemesi yönündeki çabası neden olmuştur.

¹⁷ Öneriyıldız / Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, prf. 23.

¹⁸ Öneriyıldız / Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, prf. 103.

savunmasını (bu çalışmamızda biz buna sorumluluğun terki diyeceğiz) aşağıda yazılı olan nedenlerden dolayı yerinde bulmamıştır.

AİHM'ye göre gecekonduların varlığı, devletin, gecekonduların şehre dahil edilmesini teşvik amacıyla burada yaşayan insanların yaşam şartlarını kabul ettiğini göstermektedir. Bu kabulün aynı zamanda kamu arazilerine illegal el konulmasını kapsayan şehir planlaması ihlalinin affedilmesi şeklinde yorumlanması, tedbir alma yükümlülüğüne sahip idari makamların takdir hakkı ölçüsünün belirsizliğini göstermektedir. Dolayısıyla halkın bu tür önlemleri bilebilmesi beklenmemelidir. AİHM, davaya konu evin 1988'de ruhsatsız olarak inşa edilmesinden 28 Nisan 1993'de meydana gelen kazaya kadarki süre içerisinde belediye görevlilerinin yıkma hakkı bulunmasına rağmen yıkılmamasının, meskenin, başvuranın mülkiyetinde kaldığını gösterdiğine dikkat çekmektedir. Hatta Mahkeme yetkili makamların, başvuran ve yakın akrabalarının evlerinde oluşturdukları toplum ve aile çevresi içerisinde hiç rahatsız edilmeden yaşamasına izin verildiğini ve daha da önemlisi başvurudan emlak vergisi aldığını vurgulamıştır. Ayrıca, olayın gerçekleştiği Ümraniye Belediyesine ait atık depolama alanının ilgili teknik standartlara uymadığı halde işletme faaliyetine başladığı tespit edilmiştir. İşletmenin faaliyeti neticesinde, insan hayatını tehdit edecek şartların oluşmaması için farklı idari makamlar arasında koordinasyon ve işbirliği sağlamaya dönük önlemlerin alınması ve halka yeterli ve gerekli tedbirleri almalarının sağlanması için tutarlı bir denetleme sistemi bulunmadığı için hukuki çerçevenin yetersiz olduğuna Mahkeme dikkat çekmiştir. Mahkeme, genel şehir planlama sorunlarını çözüme ve yasal tedbirlerin alınmasındaki sıkıntılar nedeniyle kötüleşen durumun, devlet görevlilerinin yaşanan olay öncesinde hiçbir önlem almamalarıyla birlikte değerlendirilmesi neticesinde, 28 Nisan 1993 tarihindeki kararın kaçınılmaz olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme bu gerekçelerle Sözleşmenin 2'inci maddesindeki yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁹.

Mahkeme hükümetin eleştirisini de dikkate alarak, tedbir almama sorumluluğunun hükümete ait olduğu kararının verilmesinin, hükümetin işleyişine

¹⁹ Öneriyıldız / Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, prf. 109-110.

ve politikasına müdahale olarak anlaşılmaması gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme almış olduğu kararın hükümetlere, onların öncelikleri ve kaynakları dikkate alınmadan olanaksız ya da çok ağır bir yük getirmemesinin arzu edilmediğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme devletlerin, davaya konu olaya benzer zorlu toplumsal ve teknik alanlarda sahip olduğu geniş takdir hakkını hatırlatmaktadır. Mahkeme, olayın gerçekleşmesini önleyecek tedbirlerin, idareye tanınan yetkiler kapsamında olduğu değerlendirmiştir. Mahkeme olayın olmasını önleyecek bir gaz boşaltma sisteminin kurulmasının, Devletin kaynaklarını Türk Anayasası'nın 65. maddesine aykırı bir şekilde harcanmasına fırsat vermeyen veya Hükümet'in öne sürdüğü ölçüde politika sorunlarına neden olmayacak etkin bir önlem oluşturacağı kanaatindedir²⁰. Görüldüğü üzere başvuranın yapmış olduğu müracaat neticesinde Mahkeme, başvuran ve olayın gerçekleştiği yerde ikamet eden diğer sakinlerin, yaşanan olaydan sorumlu tutulamayacaklarına karar vermiştir. Mahkemenin verdiği kararın en önemli dayanak noktasını devletin "biliyor olma" prensibine dayandırdığı açıktır. Mahkeme bu prensip çerçevesinde, sakinlerin olayın gerçekleştiği bölgede yaşadıklarından devletin haberdar olmamasının mümkün olmadığına, alınan vergileri de gerekçe göstererek vurgu yapmıştır. Devletin bu gerçeği bilmesinin kabulünden sonra da Mahkeme, alınması gereken tedbirlerin maddi ve teknik zorluğunun da ancak devlet tarafından aşılabileceğine dikkat çekmiştir. Kısaca devlet veya daha spesifik tanımlamayla kamu görevlilerinin, haberdar oldukları bir konuda bireyin (vatandaşın) kusurunun bulunmasını ve bu kusurun getireceği sonuçlar bakımından sorumluluğu kendi lehine terk etmeleri mümkün değildir. O halde devlet bir kusurun/yanlışlığın varlığını tespit ettiğinde o kusurun/yanlışlığın kişi hak ve özgürlükleri muhtel duruma düşürmemesi için gerekli tedbirleri almakla mükelleftir.

1.2 Pozitif Yükümlülüklerin Usul Yönünden Ele Alınması

Devletin bireyin güvenliğini, özgürlüğüne en az şekilde müdahale etmek suretiyle sağlayabilmesi için var olan yükümlülüklerini yerine getirmesinde izlemesi gereken usuller bu başlık altında ele alınacaktır.

²⁰ Öneriyıldız / Türkiye davası, Başvuru No: 48939/99, 30.11.2004, prf. 170.

1.2.1 Koruma ve Zarar Görmesini Engelleme

AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan “yaşam hakkı” başlıklı madde sözleşmeye taraf olan ülkelere, bireylerin yaşam hakkının korunması açısından özellikle de yaşamları risk altında olanlar için gerekli ve yeterli önlemleri almaları yönünde yükümlülük getirmiştir. AİHM vermiş olduğu kararlarında taraf ülkelere vatandaşlarının yaşamlarını koruma yönünde alınacak tedbirlerin yanında, ölümle sonuçlanan hadiselerin etkin bir soruşturmaya tabi tutulmasının gerekliliğini de belirtmiş ve bunu üye ülkelerin pozitif yükümlülüğü olarak görmüştür (Cengiz, 2011: 386).

Bireyi koruma ve zarar görmesini engelleme devletlere vatandaşların yaşam haklarını korunması yönünde alınabilecek tüm tedbirleri alma zorunluluğu getirmektedir. AİHM'nin bu yaklaşımı bireylerin yaşam hakkının önemini ortaya koymaktadır. AİHM vermiş olduğu kararlarında devletlerin bireylerin yaşamları için sadece gerekenleri dikkate alarak değil, olabilmesi mümkün görülen tüm ihtimaller çerçevesinde hareket etme zorunluluğunun bulunduğunu belirtmektedir. Örneğin AİHM Öneriyıldız ve diğerleri / Türkiye davasında devletin Ümraniye’de çöplüğe yakın yerde yaşamlarını sürdürmeye karar veren kişileri, tercihlerinin ileriki bir zamanda kendileri açısından risk taşıdığı yönünde bilgilendirmesi gerektiğine karar vermiştir (Şimşek, 2012: 12).

Kabul etmek gerekir ki, bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması ve zarar görmesinin önlenmesi yükümlülüğü uygulayıcı devlete hareket imkanı sağlamama olarak değerlendirilebilir. Meydana gelen her olayda devletlerin kusurlu kabul edilmesine karar verilmesi gerektiği gibi bir anlayış hâkim olabilir. Lakin bu noktada AİHM'nin kararları incelendiğinde Mahkeme, dava konusu iddiayı incelerken devletin gücü ve etkinliği kapsamında gerekli ve yeterli tedbiri alıp almadığını, alternatif çözüm yollarını değerlendirip değerlendirmedini sorgulamaktadır. Mahkeme Andronicou ve Constantinou / Kıbrıs davasında²¹, rehin alınan kadının kurtarılması için düzenlenen operasyonda, kadın ile onu rehin alan erkek arkadaşının

²¹ Kararın ayrıntısı için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Andronicou Constantinou"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58102"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

ölmesi hadisesinin yaşam hakkının ihlali şeklinde yorumlamamıştır. Mahkeme, kız arkadaşını rehin alan kişinin daha öncede kadın rehineye şiddet uyguladığı yönünde adli kayıtların bulunduğunu, ayrıca görevlilerin uzun bir süre şahsı ikna etmek için çaba harcadıklarını ancak gece yarısına doğru görevlilerde, şahsın rehineyi öldürerek kendi hayatına da son verebileceği yönünde kanaat oluştuğunu, bunun üzerine de rehine kurtarma konusunda eğitim almış uzman görevlilerce operasyon yapıldığını, operasyon öncesi orantısız güç kullanılmaması için görevlilerin uyarıldığını ve fakat buna rağmen operasyonunun hem rehinenin hem de şüphelinin ölmesi yönünden değerlendirildiğinde başarısız olduğunu açık olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme operasyonunun planlama ve uygulama safhalarında tüm risklerin değerlendirildiğini, operasyon dışında yapılabilecek tüm diğer yöntemlerin irdelenmiş olduğu dikkate alındığında AİHS'nin 2. maddesinde yerini bulan “yaşam hakkının” ihlal edilmediğine karar vermiştir (Cengiz, 2011: 389). Görüldüğü üzere devlet, bireyi koruma ve zarar vermeme yönünde yapabileceği tüm ihtimalleri dikkate alarak hareket etmeli, ancak bu şekilde davranmanın olumsuz sonuçlarını da iyi bir şekilde değerlendirmelidir.

1.2.2 Hakkın Kullanımını Sağlama

Devletin bir hakkın kullanılması anlamında pozitif yükümlülüğü, bu hakkın kullanılması veya korunması için devletin aktif rolünün bulunması anlamına gelir. Diğer bir anlatımla devlet bireylerinin yaşamları başta olmak üzere diğer haklarını kullanmalarını alacağı tüm tedbir ve önlemlerle sağlamalıdır (Nomer, 2014: 44). Örneğin yaşam hakkının korunması yönünde devletin yerine getireceği pozitif yükümlülük somut önlemlerle kişilerin tehlikelerden korunmasının yanında, adam öldürme gibi bireyin yaşam hakkını direkt etkileyen olayların oluşumunu caydıracak bir müeyyide sisteminin oluşturulmasını sağlamaktır. Öldürme hadisesinin vuku bulması halinde ise devlet, gerekli çalışmaları yaparak suçlunun tespit edilip cezalandırılmasını temin etmekle yükümlüdür (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 160).

Devletlere yüklenen hakkın kullanılması açısından pozitif yükümlülüğü AİHM geniş bir perspektiften değerlendirmekte ve başvuruların taleplerini sadece başvuru açısından değerlendirmekle kalmayarak, verilecek kararların diğer

bireylerin haklarının kullanımını da etkileyecek olması sebebiyle, olumsuz yönde emsal teşkil etmemesi yönünde çaba harcamaktadır. Örneğin ölümcül bir hastalığa yakalanan ve ötenazi sonucu ölümü tercih etmek isteyen ancak devletin izin vermemesi sebebiyle AİHS’de tanınan haklarının (2,3,8,9,14) ihlal edildiğini iddia eden başvuru AİHM’ne başvurmuştur. Başvuru, kendisinin ötenazi yapabilecek (kendi yaşamını sonlandıracak) kadar sağlığının yerinde olmadığını ancak sağlıklı bir bireyin istediği zaman kendi hayatına son verebileceğini bu durumda Sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenmiş olan “ayrımcılık yasağı” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. AİHM başvuru sahibinin iddiasının kabulünün, gücü ve sağlığı yetmediği için yaşamına son vermek isteyenler (ötenazi) açısından olumsuz yönde kullanılacak bir durum olduğunu belirtmiştir. AİHM bu ifadeyle devletlerin öncelikli görevlerinin bireylerin yaşam haklarını korumak olduğunu, başvuru sahibinin iddiasının somuta uygulanması halinde ölümcül vakalarla karşı karşıya olanların yaşam hakkının korunamayacağını ifade etmiştir (Nomer, 2014: 49).

1.2.3 Etkin Soruşturma Yapma Yükümlülüğü

Bir suç soruşturmasında suçluların adalete teslim edilebilmesi için etkili ve tam bir soruşturmanın yapılması kaçınılmazdır. İtalyan ceza felsefecisi Carrera bir suç soruşturmasının hukukun çizdiği sınırlar içerisinde yürütmesi gerektiğini şu sözleriyle çok güzel izah etmiştir : "*Bir tek kişinin bile hukuksuz yere hürriyetinin bağlanmasındansa, yüzlerce suçlunun dışarıda gezmesini yeğlerim.*"²²

1982 Anayasasının 17/1. maddesinde “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmü, aynı maddenin 4. fıkrasında ise yaşam hakkına hangi hallerde müdahale edilebileceği yer almaktadır. Anayasanın 17/1. maddesiyle herkesin yaşama hakkına sahip olduğu ve devletin tüm bireylerinin yaşam hakkını sağlama zorunluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir. Devlet daha öncede ifade edildiği gibi özgür yaşamı birey için sağlarken, güvenliği dikkate alma zorunluluğu nedeniyle karşı karşıya kaldığı zor kullanma hali ve bu hal çerçevesinde

²² <http://www.cekmagdurlari.com/2010/03/hukukun-ustunlugu-mu-yargtay-ustunlugu.html>, E. Tarihi: 17.11.2015.

yaşanan tüm süreci, hukukun koymuş olduğu kurallar çerçevesinde sürdürmekle mükelleftir. Anayasanın 17/4. maddesinde bireyin yaşama hakkına müdahale şartlarının belirlenmiş olması devletin görevlilerine fütursuzca hareket etme serbestisi tanımamaktadır. Devletin görevlilerinin suçla mücadele kapsamında bireyin yaşam hakkına müdahale niteliği taşıyan zor kullanma yetkisinin hukuka uygunluğunun ortaya konulması ancak dermeyan edilecek somut bilgi ve bulguların elde edilebileceği etkin, etkili ve nesnel bir soruşturmayla mümkündür.

Etkin soruşturma, devletin yargı yetkisi çevresinde meydana gelen bir hak ihlaliyle ilgili olarak, gerekli araştırma ve incelemeleri yapıp sorumluları tespit ederek adli makamlara teslim etme sürecinde yerine getirilen tüm faaliyetleri kapsamaktadır. Etkin soruşturma bu bağlamda devletlere yerine getirdikleri adli faaliyetler kapsamında bir dizi sorumluluklar yüklemektedir (Bilge, 2014: 369). 6459 Sayılı “İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun” 19. maddesiyle, 5271 sayılı CMK’nın 172. maddesine üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra ile Cumhuriyet Savcısının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM’nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğünün bir nevi uluslararası yargı organlarınınca denetimi olarak yorumlanması mümkündür.

Etkin bir soruşturma yapılması konusu sonuca değil, yönteme ilişkin bir yükümlülüktür. Yani, AİHM yapılan soruşturma ve akabindeki yargılama sonucunda bir mahkumiyetin ortaya çıkması veya yapılan faaliyetten olumlu sonuçlar elde edilmesiyle ilgilenmemektedir. AİHM, başvuruların iddialarının soruşturma veya kovuşturma evresinde tahkik edilip edilmediğini irdelemektedir. Nitekim Mahkeme, 2013 yılında Bozkır ve diğerleri Türkiye davasında başvuruların kaybolduklarını iddia ettikleri akrabalarının bulunup-bulunmamasıyla değil, kaybolmalarının soruşturulmasındaki yönetsel eksikleri dile getirmiş ve hak ihalelerinden söz etmiştir²³. Soruşturma evresinde gerekli araştırma ve incelemelerin yapılarak

²³ Bozkır ve diğerleri v. Türkiye davası, Başvuru No: 24589/04, 26.02.2013, prf. 57-59.

delillerin toplanmasına ve soruşturmanın olgunlaştırılmasına önem verildiği, 5271 sayılı CMK incelendiğinde görülecektir. Kovuşturma evresinin uzun sürmemesi soruşturma evresinde toplanacak delillerin ve yapılacak işlemlerin sağlıklı bir şekilde yürütmesine bağlıdır (Güleç, 2014: 1394-1415).

AİHS’de etkin bir soruşturma/kovuşturmanın yapılması yönünde açık ve net bir düzenleme yoktur. Sözleşmede açık bir şekilde yer almayan bu yükümlülük, AİHM içtihatları ile uygulamaya dâhil edilmiş ve mahkeme vermiş olduğu birçok kararında devletlerin, etkin soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu vurgulamıştır. AİHM’nin devletlerin etkin bir soruşturma yapma yönündeki ilk pozitif yükümlülük savını McCann/Birleşik Krallık kararında²⁴ belirtmiştir. Cebelitarık boğazını geçerken İngiliz Polisi tarafından öldürülen McCann’ın yakınları maktulün hukuka aykırı bir şekilde öldürüldüğünü bu haliyle AİHS’nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmesi durumunda Sözleşmenin, devletleri olayı gerçekleştiren faillerin tespitinin sağlanarak yakalanabilmeleri için pozitif bir yükümlülük ile bağlı kıldığını savunmuşlardır. Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde Sözleşmenin 2. maddesinin esas yönünden (yaşam hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Fakat etkin bir soruşturmanın yapılmadığı savını (2. maddenin usuli yönden ihlali), olayın yargılamasının kamuya açık yapılması, başvuruların hukuken temsil edilmesi, yeterince (yetmiş dokuz) görgü tanığının dinlenmesi, akraba ve avukatlar tarafından operasyonun planlanmasında ve icra edilmesinde yer alan emniyet personeli de dahil olmak üzere kilit konumdaki tanıkları sorgulayabilmiş ve yargılama devam ederken sunumlarını yapabilmiş olmaları nedeniyle, etkin soruşturma yapılmadığı yönündeki iddiayı kabul edilebilir bulmamıştır (Korff, 2006: 37) .

Etkin bir soruşturmanın yapılmaması nedeniyle Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiği yönündeki AİHM’nin vermiş olduğu ilk karar ise Aksoy/Türkiye davasıdır (Bilge, 2014: 372). Başvurucu (Z.A.) 1992 yılında gözaltına alındığını, daha sonra Cumhuriyet Savcılığına çıkarılarak serbest bırakıldığını ancak gözaltına alındığı suçla ilgili olarak hakkında takipsizlik kararı verildiğini, gözaltında kaldığı

²⁴ McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 18984/91, 21.09.1995.

süre içerisinde kendisine işkence yapıldığını iddia etmiştir. Başvurucu, yargıç veya yargılama yetkisine sahip diğer bir görevli önüne çıkarılmadığı için Sözleşmenin 5/3. maddesinin; kendisine kötü muamele yapan sorumlular hakkında dava açma imkanı verilmediğinden de Sözleşmenin 6/1 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM ise bir kişinin kendisine işkence yapıldığı yönünde iddiası mevcutsa, işkence işleminden sorumlu olanların tespit edilerek cezalandırılması yönünde tam ve etkili bir soruşturmanın yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. AİHM ayrıca AİHS’de, BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 12. maddesindeki²⁵ gibi bir düzenlemenin bulunmamasını bir eksiklik olarak görmemekte, AİHS’nin 13. maddesindeki “*etkili hukuk yolu*” kavramını zımnen etkin bir soruşturmanın yapılması yönünde bağlayıcı bir düzenleme olarak gördüğünü ifade etmektedir²⁶. AİHM Cumhuriyet Savcısının, başvurusunun (Z.A.) yaralandığı yönünde bilgisinin olmasına rağmen soruşturmamasını doğru bulmamıştır. Ayrıca Mahkeme Savcının bu tavrının soruşturmada olması gereken diğer hukuki yolların etkililiğini de zayıflatacağı inancına sahip olduğunu belirtmiştir. Nihai olarak Mahkeme iddiaları kapsayan bir soruşturmanın yapılmamış olmasını göz önünde bulundurarak, başvurusunun işkence gördüğü iddialarıyla ilgili etkili bir hukuk yoluna başvurulmadığını ve bu nedenle Sözleşmenin 13. maddesinin ihlal edildiği kararına varmıştır²⁷.

Pozitif yükümlülüklerin en önemli ayağını oluşturan etkin soruşturma yapma yükümlülüğünün, diğer tüm davalara da uygulanabilecek kriterlerinin belirlenebilmesi için AİHM’nin vermiş olduğu *Beganovic v. Croatia* kararının incelenmesi yerinde olacaktır. Başvuran 1999 yılında kendisinin de içinde bulunduğu iki ayrı grubun birbirlerini karşılıklı darp ettiklerini, olayın esas çıkış nedeninin Romanyalı olmalarından kaynaklandığını, kendilerine diğer grubun elemanları tarafından ırkçılık (*racism*) yapıldığını ve bu durumun AİHS’nin 3. ve 14.

²⁵ BM İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 12. Maddesi: “Her Taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde bir işkence eyleminin işlendiğine inanmak için ciddi sebepler mevcut olan her halde, yetkili mercilerin derhal ve tarafsız soruşturma yürütmelerini sağlayacaktır.”

²⁶ Bkz. *Soering/Birleşik Krallık* kararı, Başvuru No: 14038/88, 17.07.1989, prf. 88.

²⁷ *Aksoy/Türkiye* davası, başvuru no: 21987/93, 18.12.1996.

maddelerinin ihlali anlamına geldiğini ancak polisin 3. maddenin ihlal edildiğine dair iddiasını ispatlayacak etkili bir tahkikat yapmadığını öne sürmüştür. Başvuran Mahkemeye, kötü muamelenin önlenmesinin ancak, devletin etkin bir soruşturma yapmasını sağlayacak olan pozitif yükümlüğünün uygulanmasıyla mümkün olacağını belirtmiştir²⁸.

AİHM başvuranın etkili ve süratli bir soruşturmanın yapılmadığı yönündeki müracaatını incelemiş ve diğer davalara da emsal teşkil edecek “etkili soruşturma kriterleri” belirlemiştir. Bunlar;

- a) Soruşturma bağımsız olmalıdır.
 - b) Soruşturma tarafsız olmalıdır.
 - c) Kamuya açık olmalıdır
 - d) Soruşturmalar ehil otoritelerce süratle ve özenle yerine getirilmelidir²⁹.
- Konumuzla direkt ilişkili olduğu için bu maddeleri sırasıyla incelemeye çalışacağız.

1.2.3.1 Soruşturmanın Bağımsızlığı

1982 Anayasasının 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileriyle, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bunun yanında AİHM vermiş olduğu bir kararında, yargı teşkilatının yürütme organına bağımlı olmadığını, yasama meclisinin düzenleyeceği kanunlarla kurulması gerektiğini vurgulamıştır. Bu noktada kimi hususların yetki devri yoluyla yürütmeye bırakılması ve yürütmenin mahkemelerin kurulmasına izin vermesi AİHM’ce doğru bulunmamıştır (Şahbaz, 2008: 245).

Mahkemelerin kanunla kurulması gerektiğinin 1982 Anayasasında açık bir şekilde yer alması ve AİHM kararlarında belirtilmiş olmasının kabulünden sonra, bu mahkemelerin hangi kriterler çerçevesinde görev yapmaları gerektiğinin de belirlenmesi gerekmektedir. 1982 Anayasasının 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız olacağı, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı

²⁸ Beganovic/Hırvatistan kararı, Başvuru No: 46423/06, 25.06.2009, prf. 58.

²⁹ Beganovic/Hırvatistan kararı, Başvuru No: 46423/06, 25.06.2009, prf. 75.

yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, yasama meclisinde görülmekte olan bir davayla ilgili olarak soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı ve beyanda bulunulamayacağı ve idarenin mahkeme kararlarını uygulama zorunluluğunun bulunduğu belirtilmiştir.

Etkin bir yargı yolunun sağlanması hak ve özgürlüğün ihlal edildiği düşüncesine sahip bireyin hakkının teslimi veya tazmini gayesiyle hukuk ilkeleri çerçevesinde kanunla oluşturulmuş yetkili ve legal bir Mahkemenin ve bu Mahkemede görevli kanunla atanmış (tabii hâkim) bağımsız bir hâkimin varlığının kabul edilmesini gerektirmektedir. Bireyin hak ve özgürlüğünü etkileyecek olan tüm kararlar, hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu bir ülkede yargı organları tarafından alınır. Bu bağlamda bireyin özgürlüğünü esas alan bir hukuk devletinde mahkemelerin kanunla kurulmuş olması, hâkimlerin bağımsızlığı ve tabii hâkim ilkesinin kabulü ve uygulanmasının şart olduğu mutlaklıdır. AİHS'nin 13. maddesinde yer alan “Bu Sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, hakları ihlal edenler resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler de olsa, ulusal bir makam önünde etkili iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahiptir. “ düzenlemesinin, Sözleşmede yer alan hak ve özgürlüklerin özünün bireyler açısından güvence altına alınarak, devlet görevlileri veya diğer bireyler tarafından ihlal edilmesi halinde hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 13. maddesi³⁰, Sözleşmedeki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır.

AİHM bir ülkede yargı faaliyetini yerine getirmek üzere oluşturulan bir kurumun mahkeme olarak kabul edilebilmesinin en önemli kriteri olarak, bu kurumun üzerinde bir başka makam veya organın bulunmamasını göstermiştir.

³⁰ AİHS'nin 13. maddesi “Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”.

AİHM örneğın; bir askeri mahkemenin vermiş olduğu kararın infazı bir başka komutanın onayını gerektiriyorsa bu durumda karar veren organın mahkeme olarak kabul edilebilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Çünkü AİHM'ye göre, bir mahkemenin en önemli özelliği “yargı dışı bir mercii tarafından değiştirilemeyen, bağlayıcı karar verme yetkisinin” olmasıdır. Bu ilke mahkemenin “bağımsızlığı” olarak kabul edilmektedir (şahbaz, 2008: 243). AİHM mahkemelerin bağımsızlığının mümkün olabilirdiğinin, sadece verilen kararların bir üst makam/organ tarafından onaylanmamasıyla değil, aynı zamanda karar verici makam veya organın, atanma ve bağlı olma (ast/üst ilişkisi) yönünden de bağımsızlığının bulunması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, birçok üye ülkede askeri suçların yargılamasının kısmen ya da tamamen askeri üyeden oluşan mahkemeler tarafından yapıldığını, bunun kabul edilebilirliğinin ancak, askeri mahkemelerin, bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını güvence altına alacak yeterli koruma tedbirlerinin bulunması halinde mümkün olacağını belirtmiştir³¹. AİHM, mahkemelerin bağımsızlığını tespit ederken mahkeme üye(ler)inin atama şeklini, görev sürelerini ve herhangi bir baskıya açık olup olmadıklarını sorgulayarak karar vermektedir. AİHM Bayrak/Türkiye kararında başvuranın yargılandığı davada görev alan Askeri Disiplin Mahkemesi üyelerinin, hâkim statüsü bulunmamasının yanında hukuk eğitimi de almamış olduklarını, bu üyelerin, askeri birlik komutanı tarafından ya da mahkemenin kurulduğu askeri kurumun amiri tarafından seşildiğini ve bu haliyle de hâkimlerin tamamının askeri hiyerarşinin kurallarına bağlı olduğunu değerlendirmiştir. AİHM, başvurana iki ayrı suçtan tutanak tanzim eden Alay Komutanının da, Askeri Disiplin Mahkemesi'nde yer alan subaylardan rütbe olarak üstün olduğunu tespit etmiştir. Netice olarak AİHM Askeri Disiplin Mahkemesi'nin, tarafsız ve bağımsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin şikayetiyle ilgili olarak başvurucuyu haklı bulup, AİHS'nin 6/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³².

Yargı bağımsızlığı konusunda genel prensipleri belirleyen uluslararası bazı metinlerde yer alan düzenlemeleri incelemek de yerinde olacaktır. *BM Yargı Bağımsızlığı Genel Prensipleri'nde* yargı bağımsızlığı prensibi, “yargılama

³¹ Morris/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 38784/97, 26.02.2002.

³² Bayrak/Türkiye kararı, Başvuru No: 39429/98, 3.5.2007.

organının davaları adil bir biçimde görmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir ve yargılama organına bu imkanı verir” şeklinde açıklanmıştır³³. Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nde ise yargı bağımsızlığı “.. hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisidir. Bundan dolayı hâkim, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhâfaza etmelidir.” denilmekte ayrıca yargı mensuplarının yasama ve yürütme organlarıyla ilişki içerisinde olmamaları gerektiği hatta ilişki içerisinde olduğu görünümünü dahi vermemeleri gerektiği de belirtilmektedir³⁴.

1.2.3.2 Soruşturmanın Tarafsızlığı

Yürütülmekte olan bir soruşturmada devletin sorumluluğu sonuçla ilgili değildir. Devletin sorumluluğu, soruşturmanın makul sürede tamamlanmasından, olayla ilgili tüm delillerin toplanmasından ve soruşturmanın tarafsızlığıyla ilgilidir. Diğer bir anlatımla devletin sorumluluğu sonuç değil vasıta sorumluluğudur. Bangalor Prensiplerinde de tarafsızlığın yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilebilmesi için esas olduğu; tarafsızlığın davanın/olayın sonucu açısından değil aynı zamanda sonucu etkileyen süreç açısından da önemli olduğu vurgulanmıştır. Bu nedenle devlet bir cinayet veya benzer olayda soruşturma sürecini sağlıklı bir şekilde yürütmek için etkin bir soruşturma yapmalıdır. Fakat bu şekilde bir ifade devletin karşılaştığı her olayın faillerinin mutlaka bulunup cezalandırılması şeklinde yorumlanmamalıdır. Önemli olan devletin yetkili organlarının sonucu elde etmeye yönelik ortaya koymuş oldukları tarafsız ve etkili bir soruşturma yapma iradeleridir (Uzun, 2014: 175-178).

Küba’da 1990 yılında gerçekleştirilen 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansı’nda kabul edilen “Savcıların Rolüne Dair Yönerge” de soruşturmanın sorumlusu olarak Savcının tarafsızlığı, şu şekilde ifade edilmiştir:

“.... savcıların görevlerini yaparken, işlerini tarafsızlıkla ve her türlü siyasal, sosyal, dinsel, ırksal, kültürel, cinsel veya başka herhangi bir

³³http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/bm_yargi_ba%C4%9Fimsizligi_temel_prensipleri.pdf, E. Tarihi: 20.03.2016.

³⁴<http://www.hsyk.gov.tr/yiub/bangalore-yargi-etigi-ilkeleri-tr.pdf>, E. Tarihi: 20.03.2016.

ayrımcılıktan kaçınarak yürütmeleri, kamu yararını korumaları, objektif bir biçimde hareket etmeleri, şüphelinin ve mağdurun durumunu gereği gibi dikkate almaları ve şüphelinin yararına veya zararına olup olmadığına bakmaksızın ilgili her türlü duruma dikkat etmeleri... ”(Güleç, 2014: 1412).

Cumhuriyet savcısı 5271 sayılı CMK gereğince soruşturmanın gerçek sahibidir. Kolluk kuvvetleri bir soruşturmanın yerine getirilmesinde Cumhuriyet savcılarında yardım etmekle (muavenet etmek) mükelleftir. Bangolar Prensibinde bir yargılamanın yargılama yetkisinin bulunduğu alandaki tüm bireylere eşit şartlar altında uygulanabilmesi için hâkimlerin/savcılarının, yargılama faaliyetine katılan tüm aktörlere (sanık/şüpheli, müdafî/vekil, mağdur vb.) eşit ve tarafsız davranmaları gerektiğiyle, hâkimlerin/savcılarının maiyetlerinde görev yapan tüm kamu görevlilerinin tarafsızlıklarında gölge düşürmeyecek şekilde davranmalarını sağlamaları gerektiği belirtilmektedir.

Tarafsız yargı yolunun bireyler için sağlanabilmesi için devlete pozitif yükümlülük getiren bir diğer husus “tabi hâkim/mahkeme” ilkesidir. Tabi hâkim ilkesi, herhangi bir uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce, görevi, yetkisi ve işleyişi kurallara bağlanmış ve belirlenmiş olmayı ifade etmektedir (Tanrıver, 2013: 12). 1982 Anayasasının 142. maddesinde Mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkileriyle, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Nitekim, Anayasasının 37. maddesinin Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi de şu şekildedir:

“... bir ceza [doğrusu niza], ancak vukuu anında yürürlükte bulunan kanunun tâbi kıldığı yargılama mercii önüne götürülecek; bu kanuna göre, hangi mahkemenin görev ve yetkisine giriyorsa o mahkeme tarafından çözüme bağlanacaktır. Bu suretle dâvanın ‘olaydan’ sonra çıkarılacak bir kanunla yaratılan bir mahkeme önüne götürülmesi yasaklanmakta, yani ‘kişiyi’ yahut ‘olaya’ göre, ‘kişiyi’ yahut ‘olayı’ göz önünde tutarak mahkeme kurma imkânı ortadan kaldırılmaktadır” .

Anayasa Mahkemesi de tabi hâkim ilkesini şu şekilde ifade etmiştir: “Hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabii hâkim) olarak anlaşılmalıdır. Doğal yargıç kavramı ise, dar anlamda, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecektir yargı yerini yasanın belirlemesi diye tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal yargıç ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıçların atanmasına engel oluşturur; sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez”³⁵. AİHM de yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak, mahkemelerin kuruluşunun yürütme organının inisiyatifine bırakılmaması gerektiği, kuruluşun yasama organınca çıkarılacak kanunla sağlanması gerektiğini vurgulamıştır. AİHS’de tabi hâkim ilkesi sarıh bir şekilde düzenlenmemiştir. Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan “yasanın öngördüğü mahkeme” ifadesi, tabi hâkim ilkesine işaret etmektedir (Şahbaz, 2008: 244-245).

1.2.3.3 Soruşturmanın Kamuya Açık Olması

AİHM bir soruşturmanın etkili ve tam bir şekilde yürütülebilmesi için öncelikle süreci yöneten ve yürütenlerin suça taraf olmayan kişilerden olmaları gerektiğini belirtmiştir. Soruşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ancak başvuranların da soruşturmaya katılmaları, soruşturmanın kamu denetimine açık olması ile mümkündür. Bunların yanında soruşturmanın tüm aşamalarında suçu gizleme ve suçluyu kollama gibi kamuoyunun desteğini ve güvenini sarsacak eylemlerden kaçınılmalı, hızlı ve titiz bir çalışma yapılmalıdır (Cengiz ve diğerleri, 2008: 10).

Soruşturmanın etkinliğini sağlayan unsurlardan birisi de, mağdur hayatta değilse ailesinin soruşturma evresine dâhil edilmesidir. Mağdurun ailesi ve yakınları herhangi bir kişiden farklı olarak belki de kimi zaman intikam amacı ile de olsa adaletin tesis edilmesi amacıyla soruşturmaya katılmak istemektedirler. Davanın kamuoyu tarafından izlenebilmesi soruşturmanın açık ve tarafsız olarak yapıldığının bilinmesi amacıyla mağdurun ailesi ve yakınları soruşturmaya taraf olarak kabul edilmelidir (Uzun, 2014: 174)

³⁵ AYM Kararı, Esas Sayısı: 1990/13, Karar Sayısı: 1990/30, Karar Günü: 20.11.1990.

Birleşmiş Milletler'in 29 Kasım 1985 tarihli “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi'nde”

“Suç mağdurlarının uluslararası ve ulusal düzeyde adalete ulaşmalarını ve adil muamele görmeleri, zararlarının giderilmesi, tazminat ve yardım için tedbirler alınması, yargısal ve idari mekanizmaların mağdurların ihtiyaçlarına karşılık verebilmesi için mağdurlara özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda ve mağdurların talep etmeleri halinde, yargılamadaki rolleri ve kapsamı, yargılamanın zamanlaması ve ilerlemesi ile davalarının durumu hakkında bilgi verilmesi; sanığın haklarına zarar vermeden ve ulusal ceza adaleti sistemine uygun biçimde mağdurun kişisel haklarını ilgilendirdiği durumlarda davanın gerekli aşamalarında kendisinin görüş ve düşüncelerini sunmasına izin verilmesi; hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun bir hukuki yardım sağlanması; mağdurlara verilebilecek rahatsızlıkları asgariye indirmek, mahremiyetlerini korumak, gerektiği zaman kendilerinin, ailelerinin ve lehlerine olan tanıkların güvenliklerini sağlamak ve onları baskı ve misillemeye karşı korumak için tedbir alınması” gerektiğine işaret edilmiştir (Güleç, 2014: 1411).

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 8. maddesinde de herkesin etkin bir yargı yoluna, çığnendiğini iddia ettiği hakkının bir sonucu olarak, başvurma hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. Yetkili yargı organlarına başvurma açısından bakıldığında AİHS'de, BM Evrensel Beyannamesi kadar açık bir ifadenin bulunmadığı görülmektedir. Ancak AİHS'nin 6. maddesinde yer alan “...bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” ifadesi İnceoğlu'na göre, yargı organlarına başvuru hakkının zımnen kabulü anlamına gelmektedir (İnceoğlu, 2008: 106). Gölcüklü'de Sözleşme'nin 6. maddesinde geçen “hakkaniyete uygun surette” ifadesini divan içtihatında görülen “*dava hakkı*” veya “*mahkeme önünde hak arama*” olarak değerlendirmiştir (Gölcüklü, 1994 (a): 200-201). Bu bağlamda etkin bir yargı yolunun kabulü için öncelikle bireyin yetkili bir yargı

makamına ulaşabilmesi şarttır. Bunun içinde devletin tarafsız ve bağımsız bir yargı teşkilatı kurması en öncelikli pozitif yükümlülüklerindedir.

1.2.3.4 Soruşturmanın Ehil Otoritelerce Süratle Tamamlanması

AIHM devletlere yüklenen pozitif yükümlülük kapsamında hızlı ve özenle soruşturmanın yapılması gerektiğini Ali ve Ayşe Duran -Türkiye kararında belirtmiştir. Mahkeme kararında, gözaltında tutulan bir kimsenin ölümüyle sonuçlanan bir olayda yetkili mercilerin olaya hızla müdahale etmesinin halkın hukukun üstünlüğüne olan bağlılık duygusunun sürdürülmesine katkı sağlayacağını ayrıca hukuka aykırı eylemlere karşı hoşgörü ve işbirliği gösterilmediğinin de kanıtı olacağını öne sürmüştür³⁶.

Soruşturmaların makul sürede bitirilmesi gerekmektedir. Makul süre tayin ve tespit edilirken, halkın hukukun üstünlüğüne bağlılığını zedelemeyecek şekilde olmalıdır. Bu süre, halkta hukuka aykırı eylemlere müsamaha izleniminin doğmasını engelleyecek şekilde kabul edilmelidir (Uzun, 2014:174). AIHM özellikle yaşam hakkının ihlal edildiği davalarda soruşturmanın ivedilikle yapılmaması, geciktirilmesi veya yavaş işlemesi durumlarında her geçen anın mağdur hayatının tehlike ihtimalini artırdığını düşünmektedir³⁷.

AIHS’de yer alan hükümler çerçevesinde yorumlanan özgürlük karinesi gereğince bireyin gerekenden fazla süreyle özgürlüğünden mahrum edilemeyeceği hükmü bulunmaktadır. Bu durum Sözleşmenin 5. maddesinde de “...suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan kişiler makul bir süre içinde yargılanma hakkına sahiptirler.” şeklinde yer almıştır (Macovei, 2002: 8). Yargıtay 13. Ceza Dairesinin vermiş olduğu bir kararda Ceza Adalet Sisteminde benimsenen “*kişilerin lekelenmeme hakkı*”, “*eksiksiz soruşturma*” ve “*tek celsede duruşma prensipleri*” gereğince soruşturmayı yürütmekle mükellef olan Cumhuriyet savcılarının makul sürede elde edilmesi gereken bütün delilleri toplamaları, mahkumiyetle sonuçlanmayacak veya konuları dava konusu yapmamaları gerektiğini belirtmiştir.

³⁶ Bu konuda Ali İrfan Yılmaz’ın çalışması için bkz. <http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m2/Duran-Karari.pdf>, E. Tarihi: 18.11.2015.

³⁷ Bozkır ve diğerleri v. Türkiye kararı, Başvuru No: 24589/04, 26.02.2013, prf. 58.

Aynı kararda Yargıtay soruşturma evresinin kovuşturma evresinde yeni bir delil elde etme gereği duymadan kovuşturmanın bir-iki duruşmada biteceğini sağlayacak şekilde olmasını mümkün kılması durumunda soruşturma evresinin uzun sürebileceğini ifade etmektedir. Yargıtay incelemiş olduğu bu davada Cumhuriyet savcısının 5271 sayılı CMK'nun 170'inci maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine uygun delillendirme çalışması yapmadığı (özen eksikliği) ve dosyada bulunması gereken mağdurun kimliğinin tespit edilmediği bu haliyle de dosyanın eksik olduğu hükmüne varmıştır. Kaldı ki CMK 174. maddesinde düzenlenmiş olan "iddianamenin reddi" kuralı gereğince hâkim kendisine tevzi edilen iddianamenin eksik olduğu kanaatine varırsa iddianameyi iade edebilmektedir. Bu şekilde bir inceleme bireyin "lekelenmeme" hakkı açısından bakıldığında çok yerinde bir düzenlemedir.

Adil yargılama güvencesini etkin kılmak için devletler gereken önlemleri almalıdırlar. Mesela devletler yargılamanın makul sürede bitirilmesi için yeterli mahkemelerin kurulmasını, hâkim ve savcıların atanmasını sağlamakla yükümlüdür. Elbette mahkemelerin ve atanacak hâkim/savcılarının sayısını belirlemek üye devletlerin kendilerine ait bir konu gibi görünse de bu konudaki ölçüt "*öngörülen önlemlerin güdülen amacı gerçekleştirmede yeterli olup olmadıklarıdır*" (Gölcüklü, 1994 (a): 201).

1.2.3.5 Yargı Kararların Yerine Getirilmesi

Devlet otoritesinin hukuka bağlı, sınırlı ve dengeli bir şekilde işlemlerini sağlayacak iki temel şart vardır. Bunlardan ilki kuvvetler ayrılığı prensibi diğeri ise, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır (Metin, 2010 (a): 217). Kuvvetler ayrılığı ilkesi Montesquieu'nun klasik kuvvetler ayrılığı ilkesine benzer nitelikte 1961 ve 1982 Anayasasında da mevcuttur. 1982 Anayasasında Türk Milletinin egemenliğinin yasama, yürütme ve yargı olarak üçe ayrılan devlet erkleri eliyle kullanılacağı ifade edilmiştir (Saldırım, 2008: 9). Anayasanın başlangıç bölümünde kuvvetler ayrılığının, erklerin birbirlerine üstünlüğünü değil medenî bir işbölümü ve işbirliği içerisindeki faaliyetler olarak nitelendirmiş ve üstünlüğün erklerde değil ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu ifade edilmiştir. Konumuz

açısından inceleyeceğimiz erk yargı erki ve bu erkin diğer erkler karşısındaki pozisyonudur. Yargı erki veya genel ifadesiyle yargı fonksiyonunu diğer erklerden ayırt etmek için kabul edilen iki ayrı ölçüt bulunmaktadır. Maddi ölçüt kriterine göre yargı fonksiyonu, meydana gelen bir hukuki uyuşmazlığı ve hukuka aykırılık savlarını inceleyen, bunlarla ilgili olarak karar veren bir devlet fonksiyonudur. Bu açıdan yargı fonksiyonu üç aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada, yargılama faaliyetinin yerine getirilmesi için bir hukuka aykırılığın bulunması gerekir. İkinci aşamada, yargı organlarının bilgi sahibi oldukları hukuka aykırılık iddialarının mevcudiyetini araştırmaları gerekir. Üçüncü aşama ise, yargı organları yerine getirdikleri faaliyetler neticesinde hukuka aykırılık durumunun mevcut olduğunu tespit ettiklerinde, hukuk düzenini tesis etmek gayesiyle, yasal müeyyideler uygulamalıdır. Görüldüğü üzere yargı fonksiyonu, “iddia”, “tespit” ve “müeyyide” den oluşmaktadır. Şekli ölçüt kriterine göre, yasama ve yürütme organlarının dışında kalan ve yargı organları tarafından yerine getirilen tüm faaliyetler yargı fonksiyonu olarak adlandırılmaktadır (Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 2012: 2).

Anayasanın 138. maddenin son fıkrasında “*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*” ilkesi benimsenerek, idareye yargı kararlarına uymama serbestisi tanınmamıştır. Yargı kararlarına uyma zorunluluğu ülkemiz hukuk sistemi açısından ele alınacak olursa yapılan çalışmaların büyük çoğunluğunun idare hukuku ile ilişkili olduğu görülmektedir. Ancak kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramlarının pratiğe yansımaları ve hukuk alanında yer bulması çoğunlukla idare mahkemelerinin değil ceza yargılama makamlarının görev alanına giren konulardır. Ceza yargılamasının yürütülmesinin ana gayesi maddi gerçeğe ulaşmaktır. Ancak suç soruşturmasında görevli olanların maddi gerçeğe ulaşma hakkı/yetkisi sınırsız değildir. Öncelikle maddi gerçeği elde etme faaliyeti süresince kişisel ve toplumsal değerlerin korunması zorunludur. Bu noktada ceza yargılaması kişi özgürlüğünü yakından ilgilendiren bir alandır. Anayasada yer alan adil yargılanma hakkı ceza yargılama hukukunun temel ilkelerinden biridir³⁸. Örneğin; kişinin yakalanması, göz altına

³⁸ Yargıtay 2. Ceza Dairesi, Esas : 2012/29290, Karar : 2013/27219, Karar Tarih : 20.11.2013.

alınması, tutuklanması, evinin, iş yerinin ve üzerinin aranması gibi kişinin özgürlüğüne direk müdahale gerektiren konular CMK'nın ilgili maddeleri gereğince adli makamların görevi kapsamındadır. Bu nedenle çalışmamızın bu bölümünde adli makamların suç soruşturmasındaki etkinliği incelenmeye çalışılacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun amacı, kanunun kapsamı kısmında da ifade edildiği üzere suç soruşturmasının nasıl yapılacağına ilişkin kurallar ile bu suç soruşturma sürecine katılan aktörlerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. CMK'nın 90. maddesinde kolluğun vâkıf olduğu her olayı Cumhuriyet savcısına *hemen* bildirerek alacağı emir doğrultusunda işlem yapması gerektiği düzenlenmiştir. Bu maddenin yanında CMK'nın gözaltına alma (madde 91), yakalananın yakınına haber verme (madde 95), soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyenler hakkında yakalama kararı verme (madde 98), arama kararı (madde 119), el koyma kararı verilmesi (madde 127), bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevleri (madde 160), Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri (madde 161), soruşturmanın sulh ceza hâkimi tarafından yapılması (madde 163), diğer kolluk birimlerinin adlî kolluk görevi (madde 165) maddeleri de Cumhuriyet savcısı ve Sulh Ceza Hâkimine suç soruşturma kapsamında kolluk kuvvetlerine talimat verme yetkilerini düzenlemiştir.

Cumhuriyet savcısının topladığı delillerden soruşturulan suçun bütün unsurlarıyla tamamlanmış bir suçu oluşturduğu kanaati oluşmuşsa, toplanan deliller yeterli ise, şüphelinin elde edilen deliller kapsamında mahkumiyeti beraat etme olasılığından fazlaysa Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye sunmalıdır. Soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısı, mahkeme ve hâkimlerin ana hedefi "*maddi gerçeğe*" ulaşmaktır. Ancak bu hedefe ulaşmada her yol ve yöntem mübah değildir ve bu durum CMK'nın 147, 148, 161. maddelerinde yer almaktadır. Bu bakış açısıyla konuya yaklaşıldığında, şüphelinin/sanığın temel haklarıyla devletin güvenliği tesis etme yükümlülüğü (suçluları cezalandırma) arasında her daim niza vardır. Devlet kendisine yüklenen güvenliği tesis etme görevini yerine getirirken maddi gerçeği elde etme gayesiyle de olsa şüphelinin haklarını çiğneme olasılığı bulunmaktadır. Bu olasılığın her suç soruşturması sürecinde gerçekleşebilmesi mümkün ise de, hukuk devleti ilkesinin hâkim olduğu

devletlerde şüpheli, suç soruşturmasında hak süjesi olarak kabul edildiğinden, devlet görevlilerine (kolluk, C. savcısı vb.) yardım etme yükümlüğü yoktur. Bilakis, devlet ve onun suç soruşturmasına katılan tüm aktörleri şüphelinin haklarını her daim gözetmelidirler (Birtek, 2013: 954-956).

Suç soruşturmalarında Cumhuriyet savcısı soruşturma evresini başlatarak öğrenme muhakemesi yapılmasını sağlar; iddia makamı olarak iddianame düzenler; hükmün yerine getirilmesini sağlar (Kunter ve diğerleri, 2009: 299). Cumhuriyet savcılarının hukuk sistemimizdeki yer alması 1864 tarihli «Vilayet Nizamnamesi» ile olmuştur. Nizamnamede Cumhuriyet savcısı ifadesi ilk defa ülkemiz hukuk sisteminde yer alsada, görev tanımı 1879 tarihli «*Mehakimi Nizamiyenin Teşkilât Kanun-i Muvakkati*» kanunuyla mümkün olmuştur. Cumhuriyet savcısının görevlerini düzenleyen kanunun 65. maddesi incelendiğinde daha çok kamu düzenine müteallik konularda görevli olduğu görülmektedir (Yılmaz, 1972: 256). Cumhuriyet savcısının iddia makamında bulunması suç soruşturmasına muhatap olan şüphelinin/sanığın aleyhine bir pozisyona sahipmiş şeklinde algılanabilir. Cumhuriyet savcısı kanunla kendisine tevdi edilen görevi yerine getirerek, suç işlenmek suretiyle bozulan toplumsal barışın tesis edilmesine katılıp toplumun genel çıkarlarını, kişisel ve kamusal özgürlükleri korumaktadır (Keskin, 2014: 48). Nitekim CMK'nın “*bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi*” başlıklı 160'ncü maddesinde, Cumhuriyet savcısının maddi gereceğin araştırılması ve adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için şüphelinin lehine olan delilleri de toplamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Suç soruşturmasında Sulh Ceza Hâkimiyle Cumhuriyet Savcısının konumları yukarıda izah edildiği şekildedir. Mer'i mevzuat hükümleri kapsamında kolluk görevlileri, bir suçun soruşturulması kapsamında Cumhuriyet savcısı veya Sulh Ceza Hâkiminin soruşturma ile ilgili olarak vermiş oldukları emir ve talimatları soruşturmayı akamete düşürmemek şartıyla yerine getirmekle mükelleftirler.

1.2 Negatif Yükümlülük

Negatif özgürlük kavramının reddedilmesi pozitif özgürlük kavramını ortaya çıkarmıştır. Hayek özgürlüğü bireyin baskıya uğramadan istediği şekilde davranması

olarak görür. Bireyin herhangi bir dış baskıya, zorlamaya maruz kalmadan iradeleri doğrultusunda karar alması negatif özgürlük olarak adlandırılmaktadır (Kurt, 2006: 200). Ancak negatif ve pozitif yükümlülükte durum farklıdır. Yükümlülüklerin negatif ve pozitif olarak iki farklı şekilde ele alınmasında hareket noktası negatif yükümlülük için negatif özgürlüğün anlamından çıkarılmıştır. Pozitif yükümlülükleri negatif yükümlülüklerden farklı kılan özellik şudur ki pozitif yükümlülükler devletlerin pozitif müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden imtina etmeyi gerektirmektedir (Kombe, 2008: 10). Yani bireyin dokunulmaması gereken haklarına devlet dahil hiç kimsenin müdahale etmemesi gerekliliği, sınırlılığın daha somut anlatımı olarak negatif yükümlülük olarak tanımlanmıştır. Kullanılan negatif kavramı yükümlülüğe birey açısından olumlu bir anlam katarken devlet için sınırlandırmayı/kısıtlılığın ifade ettiğinden bir olumsuzluk olarak kabul edilmelidir. Ancak aynı durum pozitif yükümlülük için geçerli değildir. Devlete edim yükleyen, onu bireyin özgürlüğünü korumak ve korunmasını sağlamak amacıyla eyleme geçiren zorunluluğun, olumlu yönü dikkate alınarak pozitif nitelendirilmesi yapılmıştır. Bu bakımdan daha önceki bölümde ele adığımız negatif özgürlük konusuna tekrarı önlemek maksadıyla bu bölümde fazlaca değinmek istemiyoruz.

Devletlerin insan haklarıyla ilgili ödevleri arasında sayılan “saygı göstermek” görevi yasanın emrettiği haller dışında (Şimşek, 2012: 2) “karışmama” şeklinde yorumlanabilir (Metin, 2010 (b): 112). Devletin bireyin hak ve özgürlüğüne karışmaması birey açısından negatif özgürlük olarak tanımlanırken devletin karışmama sorumluluğu negatif yükümlülük olarak tanımlanmaktadır.

Negatif yükümlülük bağlamında AİHS incelendiğinde, sözleşmenin yaşam hakkının düzenlendiği 2. maddesinde yaşam hakkının önemi ve zımmen de olsa bu hakka müdahale edilmemesi gerekliliği düzenlenmiştir. Çünkü devletin müdahale etmemesi gereken hakların en başında bireyin yaşam hakkı gelmektedir. Yaşam hakkının sözleşme açısından ne kadar önemli olduğu AİHM tarafından verilen Mc Cann ve diğerleri - Birleşik Krallık kararında da dile getirilmiştir³⁹. Mahkeme

³⁹ McCann/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.

kararının 147. paragrafında Sözleşme'nin 2. maddesinin sadece yaşam hakkını güvence altına almadığı, aynı zamanda bireyin yaşamından hangi hallerde yoksun bırakılacağına düzenlendiği, 2. maddenin sözleşmenin en temel maddelerinden birisi olduğuna dikkat çekmiştir. Negatif yükümlülüğün bariz bir şekilde yer aldığı düzenleme ise, AIHS'nin Ek 1 No'lu Protokol'ünün 1. maddesinde yer alan mülkiyet hakkının korunması düzenlemesidir. Bu düzenleme devlete mülkiyet hakkına müdahale etmemesi yönünde yükümlülük getirir. Devletin mülkiyet hakkına yönelik negatif yükümlülüğü, bireyin malvarlığında bulunan değerlere *saygı göstermek*, almış olduğu kararlar ve yerine getirmiş olduğu uygulamalarla bireyin *malvarlığına zarar vermemek* ve bireyin mülkiyet hakkından kaynaklanan haklarına müdahale etmemektir. Sözleşmede düzenlenen mülkiyet hakkı devlete bireyin karşısında negatif bir yükümlülük getirirken aynı zamanda bireyin bu hakkını kullanması bakımından devlete pozitif bir edim de yüklemektedir. Mülkiyet hakkının negatif yükümlülük yönüyle devlet bireyin malvarlığı tasarruflarına müdahale edemezken, bu malvarlığına karşı yapılacak haksız eylemi de bertaraf edecek düzenlemeyi ve kararlılığı da göstermelidir (Şimşek, 2012: 4).

Pozitif ve negatif yükümlülüğün kesin ve net bir ayırımını yapmanın mümkün görünmemesi AIHM ve AYM tarafından verilen kararlarda da görülmektedir. Bir başvurunun yapıldığı olayın içeriğinin devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülük kapsamında mı, yoksa devletin hiçbir şekilde müdahale etmemesi gereken negatif yükümlülük çerçevesinde mi değerlendirilmesi gerektiği konusu net değildir. Örneğin Cossey-Birleşik Krallık davasında başvuran, cinsiyet değişikliği nedeniyle devletin medeni halini farklılaştırması yönündeki talebini reddetmesini, özel hayatına bir müdahale olarak görmekte ve bu durumun değiştirilmemesi nedeniyle kimlik göstermesi gereken durumlarda özel hayatının detaylarını açıklamak zorunda kaldığını ileri sürmektedir. Yani başvuru, devletin negatif yükümlülüğünü (özel hayata müdahale etmeme) yerine getirmediğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme başvuranın bu iddiasına katılmamıştır. Mahkeme davaya konu olayda devletin eylemsizliğinin (negatif yükümlülük) değil, bilakis eylemde bulunma yükümlülüğünün (pozitif yükümlülük) tartışılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme devletin, vatandaşlarının, başvuru durumunda olduğu gibi kimlik değiştirme

konusunda kanuni düzenleme yapıp-yapmayacağını belirlenmesinin daha uygun olacağına karar vermiştir (Kombe, 2008:12). Her davada/vakada devletin pozitif veya negatif yükümlülüğünün netleştirilmesi mümkün değilse de, devletin varlık nedeni ve potansiyeli, bireyin devlet karşısındaki pozisyonu, toplumsal beklentiler ile bireyin hak ve özgürlüklerinin birlikte değerlendirilmesiyle bu sorunun çözülebileceği kanaatindeyiz. Nitekim AYM’de, pozitif ve negatif yükümlülüğün net ayrımını yapmanın mümkün olmadığını, devletin bu yükümlülüklerinin belirlenmesinde kullanılan ölçütlerde de değişiklik olmadığını belirterek, devletin, birey ile bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasını sağlaması gerektiğini vurgulamıştır⁴⁰. AYM’nin bu görüşünü, AİHM’nin yukarıda ele alınan Cossey-Birleşik Krallık (BK) kararı çerçevesinde değerlendirmeye çalışalım. BK, başvuranın cinsiyetini değiştirmesi konusunda herhangi bir müdahalede bulunmamıştır. Başvuranın cinsiyetini değiştirmesi de bunu göstermektedir. BK, bu durumda negatif kalmayı tercih etmiştir. Bu tavırla da birey hak ve özgürlükleri bakımından negatif yükümlülüğü tercih ettiğini ortaya koymaktadır. Ancak BK’ın bu şekilde tamamen etkisiz kalması sorunun çözümüne katkı sağlamamaktadır. Çünkü başvuran cinsiyet değiştirmesi neticesinde kimlik göstermesi gereken her durumda, kişisel tercihleri hakkında izahat yapma yükümlülüğüyle karşı karşıya kaldığını iddia etmektedir. Bu da başvuranın özel hayatının gizliliğini ifşa etmesi demektir. Devletin özel hayatın gizliliğini koruması da bir gerçekse ve devletin yasa yapma ve yasaları uygulama gücü bireyin pozisyonu karşısında daha etkin ve güçlü ise, devletin pozitif yükümlülüğü akla gelmektedir. Fakat bu noktada unutulmaması gereken şudur ki devlet, bireysel hak ve özgürlüklerin yaşanması bakımından negatif yükümlülükle zincirlenmiştir ve fakat aynı zamanda toplumun sağlığı ve ahlaksal gelişiminin sağlanması ve devamı yönünden de pozitif davranma noktasında yükümlü kılınmıştır. Örneğin Anayasamızın özel hayatın gizliliğinin korunması başlıklı 20. maddesinin ikinci fıkrasında, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması, özel hayata yapılabilecek müdahale gerekçeleri arasından yer almıştır. Bu bakımdan her olay veya başvurunun, yukarıda belirtilen tüm etkilerinin de göz önüne alınarak tartışılması gerektiği ve elde

⁴⁰ AYM kararı, Başvuru No: 2013/8517, Karar Tarihi: 6.1.2015, prf. 38.

edilecek sonuca göre devletin negatif kalması veya pozitif bir yükümlülükle davranması gerektiğinin kararlaştırılmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

3. DEVLETİN ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASINDA DİKKAT ETMESİ GEREKEN TEMEL KRİTERLERİN İNCELENMESİ

Çalışmamızın bu bölümünde 1982 Anayasasında bireyin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahaleler için belirlenen kriterler üzerinde durulacaktır.

3.1 Özüne Dokunmama

Özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi ancak bu sınırlandırmanın da bir ölçüsünün olması ve bu ölçülerinde Anayasanın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerektiği Anayasa Mahkemesi tarafından da belirtilmiştir⁴¹. Temel hak ve özgürlüklerin en iyi ve kabul edilebilir ölçüde sağlanıp güvence altına alınması ancak, demokrasilerde mümkündür. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere yapılan her müdahale toplumun güvenliğini, toplumu oluşturan her bir bireyin özgürlüğünü tehlikeye sokacaktır. Bireyin ve dolayısıyla toplumun güvenliğini sağlamak ancak alınabilecek bazı tedbirlerin varlığıyla mümkündür. Önemli olan bu tedbirlerin istisnaî olması, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu ve ancak yasayla sınırlandırılabilir olmasıdır⁴².

Öze dokunmama yasağının en belirgin özelliği bireyin müdahale edilmez/dokunulmaz bir alanının varlığının kabulüdür. Öze dokunmama kuralına anayasalarında yer vermeyen ülkelerin bu boşluğu mahkeme kararları ve hukuk doktrini yoluyla doldurmaları sağlanabilir. Lakin, ülkemizde 1961 Anayasasında “öze dokunmama” kuralı benimsenmişken yapılan yeni anayasada (1982 Anayasası) bu kritere yer verilmemiş olması yasa koyucuya bireyin haklarına müdahale edebilme imkanı tanımıştır (Sağlam,1982: IV).

Öze dokunmama güvencesi 1961 Anayasasına Alman Anayasasından geçmiştir. Krüger’in Alman Anayasasına özgü olduğunu ifade ettiği “öze

⁴¹ AYM kararı, Başvuru Numarası: 2013/8517, Karar Tarihi: 6.1.2015, prf. 39.

⁴² AYM kararı, Esas Sayısı:2006/142, Karar Sayısı: 2008/148, Karar Günü: 24.9.2008.

dokunmama” ilkesi Sağlam’a göre, pozitif bir ilkedir. Sağlam, gerek Almanya gerekse de Türkiye’nin anayasa yapım sürecindeki şartlarının bu düzenlemeye neden olduğunu ve bu özelliği nedeniyle de “öze dokunmama” kriterinin “*deklaratif*” değil, “*konstitütif*” özelliğinin olduğunu öne sürmüştür (Sağlam, 1982: 142-144). Bununla amaçlanan yasal bir değişiklik yapılırken dahi özgürlüklerin mümkün olan çekirdek çevresine karışmamaktır. Bu düzenlemenin en tartışılan yanı özün tespit edilmesi diğer bir ifadeyle bireyin özgürlüğünün özünün nasıl ve ne şekilde tespit ve tayin edileceğidir (Arslan, 2002 (b): 143).

Öze dokunmama ilkesinin gündeme gelmesi akla öncelikle “neyin özüne” sorusunu getirmektedir. Sorunun cevaplandırılması iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Birincisi, bu kriterin “objektif temel hak normunu”; ikincisi ise “sübjektif kamu hakkı normunu” esas aldığıdır. Klein, sübjektif hak ihlalinin toplumsal yaşama sağlayacağı katkının bulunmaması nedeniyle öze dokunmama ilkesiyle kastedilenin objektif temel hak normu olduğunu savunmuştur (Sağlam, 1982:147).

Federal Almanya İdare Mahkemesi (FAİM) bu noktada farklı kararlar alarak, Sağlam’ın ifadesiyle “*bir eliyle verdiği diğer eliyle geri almıştır*”. FAİM, sınırlamanın bireyin hakkının özüne dokunup dokunmadığının tespit etmek için, yapılan sınırlamanın amaç ve sebebine değil, sınırlama gerçekleşikten sonra o hakkın kullanımı açısından bireye ne kaldığının/bırakıldığının tespitinin daha doğru olduğunu belirtmiştir. FAİM bu yaklaşımıyla gerçekçi/uygulanabilir bir durumu ortaya koymuş ve fakat başka kararlarında, yapılan sınırlama öze dokunuyor olsa dahi toplumun menfaatleri yönünden elzem ise, yapılan sınırlamayı hukuka uygun bulmuştur. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (FAAM) ise öze dokunma ilkesine yaklaşımı bakımından FAİM’den ayrılmıştır. FAAM, hakkın özünün sınırlandırılmasının gerekçesinin olamayacağını belirtmiştir. Çünkü FAAM, Alman Anayasasında bir temel hakkın özüne “*hiç bir surette dokunulamayacağı*” düzenlendiğinden, konusu olmayan böyle bir tartışmanın yapılmasını mantıksız bulmuştur. FAAM, öze dokunmama ilkesinin Anayasanın temel düzenlemelerinden biri olduğunu ve ilkenin temel hak ve özgürlüklere yapılabilecek sınırlandırma veya müdahaleye “*mutlak ve nihai*” sınır koyduğunu ifade etmiştir. FAAM bir hakkın özünün tespitinin ancak o hakkın bütünden ayrılmadan ve bütün içerisindeki yerinin

tespit edilerek birlikte değerlendirilmesiyle mümkün olacağını belirtmiştir (Sağlam 1982: 163-164).

1982 Anayasasının görüşmeleri sırasında söz alan Necip Bilge 1982 Anayasasında da 1961'dekine benzer "*Sınırlamaların, hakkın özüne dokunamayacağı*" ifadesinin yer alması gerektiğini vurgulamıştır. Bilge "öze dokunmama" ilkesinin tereddütlere yol açabileceği yönündeki endişelerin etkisinin, Anayasa metnine "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz*" şeklinde bir düzenlemenin yapılmasından daha az olacağını ifade etmiştir. Bilge bu savına gerekçe olarak da, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasında bulunan "öze dokunmama" ilkesinin nasıl ve ne şekilde yorumlanacağı yönünde kararlarının bulunduğunu, ancak "*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz*" ifadesinin ise ne getireceğinin bilinmemesi yanında, bu konuda yeterli ve gerekli içtihatlar oluşuncaya kadar "*siyasal iktidarlara farklı yorumlar yapma*" imkanının tanınacağını ifade etmiştir (Danışma Meclisi Tutanakları, 1982: 137).

Bilge'nin bu düşünceleri karşısında söz alan Muammer Yazar, 1961 Anayasasının "*özüne dokunmama*" ilkesini düzenleyen madde metninin bir ve üçüncü fıkralarında hakkın sınırlandırılmasının koşullarının varlığı mevcut iken, ikinci fıkrasında "*hakkın özüne dokunmama*" şartının düzenlenmiş olmasının bir ve üçüncü fıkrayı tartışılır kıldığını ifade etmiştir. Yazar, bir kişinin veya bir örgütün "*memleketi parçalasa da yıksa da, mahvetse de...*" temel hakların özüne dokunmadığı sürece, 1961 Anayasasının yorumu gereğince suç oluşturmayacağını, bu durumda 1982 Anayasasının hazırlanmasına vesile olan toplumsal olaylar örnek alındığında kabul edilebilir olmadığını ifade etmiştir (Danışma Meclisi Tutanakları, 1982: 137).

Tüm bu görüşmeler neticesinde ileri sürülen iddialarla ilgili konuşan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkan Vekili Feyyaz Gölcüklü, bir hakkın sınırlandırılması hususunda özüne dokunmama ve demokratik bir toplumun gereklerine aykırı olmama şeklinde iki ayrı kıstasın olduğunu ifade etmiştir. Gölcüklü öze dokunmama kıstasını "*müphem*" ve "*muğlak*" olarak nitelendirmiştir. Gölcüklü Anayasa Mahkemesinin, Mülki Amir tarafından verilen toplantı ve gösteri

yürüyüşünün ertelenmesi yönündeki kararının “*hakkın özüne aykırı olması*” nedeniyle iptal etmesini örnek göstermiştir. Gölcüklü, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu iptal kararını, “*özüne dokunmama*” ilkesinin 1961 Anayasasında bulunuyor olması sebebiyle doğru bulmakla birlikte, “*özüne dokunmama*” kıstasının varlığının hakların kullanımına getirilecek yasaklamaların peşinen kabul edilmesini ifade ettiğini belirtmiştir. Gölcüklü, bu şekilde düzenlenmiş bir ön kabulün hakların kullanımını sınırlandırmayı imkansızlaştırmasını ve bu durumda toplum ve birey açısından tehlikelerin varlığına neden olduğunu ifade etmiştir (Gölcüklü bu noktada, bir salgın hasatlığın yayılmasını önlemek için devletin aldığı ülkeye giriş ve çıkış yasağı kararının seyahat özgürlüğünün özüne aykırı olması nedeniyle uygulanamayacağını örnek vermiştir.). Gölcüklü özüne dokunmama kıstasının muğlak olması, uygulamasının belirli riskleri ihtiva etmesi nedeniyle madde metnine eklenmediğini, yerine “*demokratik toplum gereklerine uygun olma*” kriterinin belirlendiğini ifade etmiştir. Gerekçe olarak da “*demokratik toplum gereklerine uygun olma*” düzenlemesinin hangi amaçla sınırlama getirildiğinin tespitine daha müsait olduğunu belirtmiştir. Bir başka oturumda öze dokunma kriterinin 1982 Anayasasında bulunmamasına yönelik yapılan tepkilere karşılık Gölcüklü, haberleşme hürriyetine yapılacak her türlü müdahalenin hakkın özüne yönelik olduğunun açık olduğu ve fakat yapılan her türlü düzenlemenin demokratik bir toplumda yaşama ihtiyacına karşılık gelmesi nedeniyle, demokratik toplumda gerekli olma kriterinin daha uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir (Danışma Meclisi Tutanakları, 1982: 139-149).

Anayasa değişikliklerinin gündeme gelmesinin iç ve dış dinamikler olmak üzere iki itici gücü bulunur. İç dinamikler toplumun geçirmiş olduğu tarihsel süreç veya geleceğe yönelik beklentilerinden oluşur. Dış dinamikler ise devletin üye olması beklenen ulus-üstü kuruluşlar ve uluslararası sözleşmeler, devlet ötesi kurumlar gösterilebilir⁴³. Hazırlandığı dönemin özelliklerini bünyesinde barındıran ve ülkenin her daim kriz içerisinde kalacağı varsayımıyla hazırlanan 1982 Anayasası, yürürlükte kaldığı süre içerisinde sadece insan hakları açısından değil, siyasi rejim

⁴³ KABOĞLU, İbrahim Ö (2002), "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal tepkiye", Anayasa Yargısı 19, Antalya, E.Tarihi: 09.03.2015.
Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf

yönünden de tartışmaların odağında yer almıştır. Ülkemizde 1983 yılından sonra oluşan hemen tüm parlamentolar “türev kurucu iktidar” sıfatıyla tamamen olmasa da anayasayı demokratikleştirme çabası içerisinde olmuşlardır (Türkiye Barolar Birliği, 2007: 2-4). 1982 Anayasasında yer alan “özüne dokunmama” ilkesi 2001 yılında yapılan değişiklikle anayasa metnine girmiştir. Ancak bu değişikliğin meydana gelmesinde toplumsal taleplerin vücut bulmasından ziyade, AİHS ve en önemlisi de Avrupa Birliği üyeliği süreci etkili olmuştur. Bu süreci Kaboğlu, hükümetin AB’ne üyelik sürecindeki çalışmaları ve beklentilerinin, halkın taleplerinin önüne geçmesi olarak yorumlamaktadır. 2001 yılında anayasada yapılan değişikliğe ağırlıklı olarak Kopenhag kriterleri⁴⁴, 2001 tarihli Türkiye Katılım Ortaklığı Belgesi (TKOB), 2001 Ulusal Program belgeleri dayanak oluşturmuştur⁴⁵. Kopenhag kriterlerinin siyasi kriterler başlıklı bölümünde tam üyeliğe aday olan ülkelerin, adaylık süresince karşılamaları gereken siyasi kriterler *demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlık haklarını güvence altına alan kurumların varlığı* olarak belirlenmiştir (TBMM İnsan Hakları Komisyonu, 437). 2001 tarihli Türkiye Katılım Ortaklığı Belgesi incelendiğinde de Türkiye’nin, Helsinki zirvesi sonrası mukadder bir aday ülke olduğu belirtilmiştir. TKOB’de kısa vade olarak belirtilen “*Genişletilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler*” başlığı altında, AİHS’nin 10’uncu maddesiyle uyumlu olarak *düşünce ve ifade özgürlüğü ile ilgili hukuki ve anayasal garantilerin güçlendirilmesi; şiddet içermeyen toplantı yapma ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin hukuki ve anayasal garantilerin güçlendirilmesi ve sivil toplum gelişmesinin teşvik edilmesi; İşkenceyle mücadeleyle ilişkin hukuki hükümlerin güçlendirilmesi ve gerekli tüm önlemlerin alınması ve Avrupa İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesine riayetinin sağlanması; Duruşma öncesi tutuklulukla ilgili hukuki süreçlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle ve İşkencenin Önlenmesi Komitesi’nin tavsiyeleriyle uyumunun güçlendirilmesi* tavsiyelerinde bulunulmuştur.

⁴⁴ 22 Haziran 1993 tarihinde yapılan Kopenhag Zirvesi’nde, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği’nin genişlemesinin merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağını kabul etmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken kriterleri de belirtmiştir. Bu kriterler siyasi, ekonomik ve topluluk mevzuatının benimsenmesi olmak üzere üç grupta toplanmıştır.

⁴⁵ KABOĞLU, İbrahim Ö (2002), "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal tepkiye", Anayasa Yargısı 19, Antalya, E.Tarihi: 09.03.2015. Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf

Hakkın özü konusunda AİHM vermiş olduğu Ashingdane kararında hakkın özüne dokunmayı şu şekilde ele almıştır: Mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmadığından, zımnen kabul edilen bazı kısıtlamaları içerebilir çünkü bu hak, ‘türü itibariyle, toplum ve bireylerin ihtiyaç ve kaynaklarına göre, zaman ve yere göre değişim gösterebilecek olan ve devletin yapacağı bir düzenleme gerektirmektedir⁴⁶. Böyle bir düzenleme yapan sözleşmecî devletlerin belli bir takdir marjı bulunmaktadır. Son tahlilde, Sözleşme’nin gerekliliklerine ilişkin olarak karar verme yetkisi Mahkeme’ye ait olsa da Mahkeme, milli makamların değerlendirmesini, konu hakkında en iyi politika olabilecek olan değerlendirmeyle değiştirmeye yetkili değildir. Bununla birlikte, uygulanan kısıtlamalar, hakkın özüne saldırı oluşturacak şekilde, bireyin erişim hakkını kısıtlayamazlar. Bunun dışında, bu kısıtlamalar, sadece, meşru bir amaç güdüyorlarsa ve kullanılan araçlar ve amaç arasında makul bir orantı bağı varsa, 6/1. madde ile uyusmaktadırlar.

İnsan hakları devletin varlığından önce var olan haklardır. Hukuk aracılığıyla devlet tarafından güvence sağlanması neticesinde bu haklar “temel haklar” olarak nitelendirilmektedir. Örneğin Alman Anayasasında temel haklar ve insan hakları kavramları Anayasanın 1. maddesinde farklı fıkralarda düzenlenmek suretiyle birbirinden ayrı tutulmuş, temel hakların yasama, yürütme ve yargı erklerini doğrudan bağlayan haklar olduğu düzenlemesi yapılmak suretiyle önemine vurgu yapılmıştır. Benzer düzenlemeler Türk Anayasası’nın 2. maddesinde “*..insan haklarına saygılı bir hukuk devletidir.*” ve 12. maddesinde “*herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip..*” şeklinde yer almaktadır (Gören, 2007: 40). Bu düzenlemelerle Alman Anayasası gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında da kavramların farklı yorumlandığı ve korunmaya çalışıldığı görülmektedir.

Kapani AYM vermiş olduğu kararların özgürlüklerin özü kavramının içeriğini şekillendireceğini ifade ettiğinden AYM kararlarına bakmakta fayda vardır. Yerel mahkeme, 6761 sayılı “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun” 3. maddesinde düzenlenen 43 saat öncesinde bildirimde bulunulması şeklindeki

⁴⁶ Ashingdane/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 8225/78, 28.05.1985, prf. 57.

düzenlemenin, Anayasaya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine başvurmuştur (Yerel mahkemenin mezkûr kanunla ilgili başkada savları mevcuttur). Anayasa Mahkemesi maddede yer alan düzenlemelerin, her hangi bir konuda yapılmak istenen toplantı veya gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte bulunmadığından, bu hakkın kullanımı özgürlüğünün özüne dokunulmadığını ifade etmiştir. Mahkeme bu yolda bir beyanname vermekle toplantı veya gösteri yürüyüşünün yapılabileceğini de ayrıca vurgulamıştır⁴⁷. Mahkeme görüldüğü üzere bir hakkın /özgürlüğün gerçekleşmesi yönünde alınan engelleyici bir karar veya ortaya konulan bir irade bulunmaması durumunda hakkın/özgürlüğün özüne dokunulmadığını kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bir diğer kararı ise şöyledir: Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruda 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 143. maddesindeki düzenlemenin bireyin dernek kurma hakkını kısıtladığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde, Anayasanın 11. maddesinin gerekçesinde, maddenin ikinci fıkrasında bulunan kanun koyucunun yetkilerini de sınırlayan kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi gerekçelerin kanun koyucu tarafından yapılacak olan ve bireyin hak ve özgürlüklerine sınırlama getirmesi muhtemel düzenlemelerde, Anayasa Mahkemesinin öncelikle burada yazılı olan kriterleri karşılayıp karşılamadığına bakılmasını daha sonrada düzenlemenin “özgürlüklerin özüne” dokunup dokunmadığının tespitinin yapılmasının doğru olacağını değerlendirmiştir⁴⁸. Mahkeme kanun koyucunun genel ahlak ve kamu düzeni kavramlarına yaklaşımını da “*demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalınmak*” şartıyla ortaya konulması gerektiğini ifade etmiştir.

Anayasa mahkemesi her ne kadar “öz güvencesi” konusuna sıklıkla başvurmasına karşın, bu kavrama belli bir formülü tekrar etmenin dışında açıklayıcı bir tanımlama veya açıklık getiremediği görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin

⁴⁷ AYM Kararı, Esas No: 1962/208, Karar No: 1963/1, Karar tarihi: 4/1/1963.

⁴⁸ AYM Kararı, Esas No:1963/128, Karar No: 1964/8, Karar tarihi: 28/1/1964.

tekrar ettiği formül ise, bir özgürlüğün gayesine uygun kullanılmasını zorlaştıran veya onu kullanılamaz hale getiren düzenlemeler şeklindedir (Arslan, 2002 (b): 144-145).

Anayasada temel haklara yönelik sınırlamalar soyut ve somut olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Soyut yasaklardan kastedilen içerikleri tam olarak belirlenmemiş/somutlaştırılmamış yasaklamalardır. Bu tür soyut düzenlemeleri anlaşılır kılacak olan yapacağı yasalarla yasama organıdır. Yasama organının kanun yapma yoluyla somutlaştıramadığı bu tür düzenlemeleri idare veya yargı makamlarının uygulaması zor olacaktır (Atakan, 2010: 6). Yasama organının temel hak ve özgürlüklerin hepsini yasal düzenlemelerle sınırlaması veya çerçevesini belirlemesi gerekmemektedir. Bu durum karşımıza yeni bir soruyu da beraberinde getirmektedir ki o da; “*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla - sınırlılığı aynı şey midir?*”.

Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmama ilkesi 1961 Anayasasının 11. Maddesinde açık bir şekilde yer almıştır. Ancak bu ilke 1982 Anayasasında, 2001 tarihinde yapılan değişikliğe kadar yer almamıştır. İlke her ne kadar 82 Anayasasında yer almamış olsa da, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar incelendiğinde ilkenin varlığının zımnen kabul edildiği görülmektedir (Gözler, 2012:130). Örneğin AYM 19.4.1988 tarihinde vermiş olduğu bir kararında “*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.*”⁴⁹.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığı, sınırlamadan 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

⁴⁹ AYM Kararı, Esas Sayısı : 1987/16, Karar Sayısı: 1988/8, Karar Günü: 19.4.1988.

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 özgürlüklerinin sınırlandırılmasıyla sınırlılığı farklı şeylerdir. Sınırlılığın sınırlandırmadan ayrıldığı nokta temel hak ve özgürlükler açısından ilkinde yasal manada bir düzenlemenin yokluğu söz konusu iken ikincisinde yasal bir düzenleme mevcuttur. (Gözler, 2000: 173-174). Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından söz ettiğimizde bu haklara dışarıdan bir müdahale ile *koruma alanının daraltıldığı* görülür. Buna kurucu (*konstitütif*) nitelikli sınırlama denir. Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin sınırlılığında ise hakka bir müdahale söz konusu değildir. Çünkü hakkın içinde/muhteviyatında bir sınırlılık bulunmaktadır. Hakkın bünyesinde kendisiyle birlikte var olduğu kabul edilen bu sınırlama yasa koyucu tarafından belirgin hale getirmesiyle/açıklamasıyla “*deklaratif-açıklayıcı*” nitelik taşımaktadır. Yasa koyucunun yapmış olduğu bu işlem bir sınırlandırma/kısıtlama değil zaten var olan hakkın pozitif hukuk alanına taşınmasıdır (Atakan, 2010: 8) Temel hak ve özgürlüklerin bünyesinde var olduğu kabul edilen bu sınırlılıklara temel hak ve özgürlüklerinin objektif sınırlılığı denir. (Sağlam, 1982: 33). Dolayısıyla sınırların pozitif hukuk metinlerinde belirtilmesi veya belirtilmemesi zaten var oldukları kabul edildiğinden herhangi bir kısıtlamaya sebep olmadıklarından önem taşımamaktadır. Bu durum hakların sadece ilgili hakkı açıklayıcı (deklaratif) bir nitelik taşımasına vesile olmaktadır (Gözler, 2000:174). Hakların sınırlılığı düşüncesinin kavramsal karşılığı hakkın *objektif sınırlılığı* olarak tanımlanmaktadır. Bir temel hak ve özgürlüğün objektif sınırı kendi yapısının sınırı olarak kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla eşyanın tabiatından kaynaklanan bir sınırlılıktır. Temel hak ve özgürlüklerin objektif sınırlılığı hakkında ortaya konulan teorileri Federal Almanya yargı organlarının içtihatları ve *kamu hukuku doktrininde*

bulmak mümkündür. Bu teoriler “içkin sınırlılık” ve “nesnel sınırlılık”⁵⁰ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Atakan, 2010: 8). Çalışmamızın bu bölümünde Müller’in ortaya koyduğu nesnel sınırlılık teorisini Atakan’ın da açıklamaları çerçevesinde ele alarak 1982 Anayasasının 13. maddesinde yer alan “özüne dokunmama” kavramının muğlaklığını aşmaya çalışacağız.

Müller teorisini, hukuki pozitivistin ötesinde normlar teorisi olarak adlandırmaktadır. Müller bu tanımlamasını norm ile norm metni arasında bulunan özdeşmezlik tezine dayandırmaktadır ve bu durumu hukuki normun post-pozitivist yapısal teorisi olarak açıklamaktadır. Müller bu teorisıyla bir normun, sözel (lâfzî) anlamından daha fazlası olduğunu söylemektedir (Atakan, 2010: 10)⁵¹ Bu nedenle normun uygulanması veya uygulanmış olması normun tükendiğini göstermez (Atakan, 2010: 10) Bu bakımdan Müller’e göre post-pozitivist olan normların *sosyal gerçeklik* ve *uygulama alanları* ile belirlendiği tasavvuruna dayanmaktadır (Atakan,2010:9)⁵². Müller’in norm genel teorisi kapsamında, norm alanı anayasal bir hakkın maddi kapsamı için belirleyici olandır. Müller’e göre sadece “*muhtevaspesifik*” , “*spesifik*” , “*anayasal haklar(a) spesifik*”⁵³ olan korunur veya maddi olarak norm alanına aittir (Atakan, 2010: 17). Temel haklardan her biri normatif yapılarından dolayı nesnel bir alanda geçerlidirler. Önemli olan temel hakkın geçerlilik muhtevasının belirlenmesidir (Sağlam, 1982: 47-49). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, temel hak kullanımı olarak gözüken eylemlerin “*biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak*

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Atakan, Arda, Friedrich Müller’in Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı Teorisi Üzerine Bir İnceleme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt.16 ,2010, s.3-27; Hakyemez, Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Sayı:57 (2); Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, AÜSBF Yayınları, Ankara 1982; GÖZLER, Kemal (2000), Türk Anayasa Hukuku Dersleri(Bursa: Ekin Yayınları).

⁵¹ Detaylı bilgi için bkz. Friedrich Müller, Juristische Methodik, 2 nd edn.(Berlin,1976), 24, 26 ff’den aktaran Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights (Translated by Julian Rivers), Reprinted 2004, Oxford, Oxford University Press, Oxford, New York, 2004, s.38; Müller, ‘Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie’, Rechtstheorie, 8(1977),75; Müller, Juristische Methodik, 55,61,174,202,265’den aktaran Alexy, s.38; Müller, Juristische Methodik,117; Normstruktur und Normativität (Berlin,1966), 147 ff’den aktaran Alexy, s. 39.

⁵² Detaylı bilgi için bkz. Müller, ‘Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie’,75’den aktaran Alexy,s.39.

⁵³ Detaylı bilgi için bkz. Müller, Die Positivität der Grundrechte ,74’den aktaran Alexy,s.203.

kullanımları o hakkın geçerlilik alanı içindedir. Yani burada normun koruduğu temel hak kullanımı yalnızca norm alanının sağladığı spesifik eylem olanaklarıdır. Buna karşılık, bir temel hak kullanımı ile yalnızca dışsal bir bağlantı (arızı bir ilişki) içinde gözüken eylem biçimleri o temel hak normunun geçerlilik alanı içinde sayılmazlar”. Mesela hakaret ve tehdit içeren dilekçeler nesnel sınırlığı sebebiyle dilekçe hakkı kapsamında değerlendirilemez. Çünkü bir dilekçe hakkı pek tabii hakaret ve tehdit içermeden de gerçekleşebilecek bir şeydir. Dolayısıyla bir dilekçenin hakaret ve tehdit içermeden yazılabilmesi mümkün olduğundan, tam tersi bir davranış dilekçe hakkının kullanımının dışında kalır (Gözler, 1990: 46). Müller’e göre bir temel hakkın kullanım biçiminin, anayasal bir hak bağlamında spesifik olup olmadığının norm alanıyla bağlantılı olup olmamasıyla ilişkili olduğunu belirtmiştir. Eğer kullanım biçimi yapısal olarak temel oluşturan alana dahil ise bu bağlantının mevcut olduğunu söyleyebiliriz. Müller böyle bir bağlantının tespiti amacıyla bir test belirlemiştir. Bir kullanım biçimi, ikame edilebilir (değiştirilebilir) veya bir başka kullanım biçimi norm içinde mümkün ise bu durumda ele alınan kullanım biçimi spesifik değildir. Bu ikame edilebilirlik testi anayasal hakların kullanımı ile “rastlantısal” (arızı, tesadüfî), “kazara” olarak gerçekleşen kullanım durumları arasındaki ayrıma karşılık gelir (Atakan, 2010: 18).

Gözler, Müller’in ortaya koyduğu nesnel sınırlılık teorisinin daha anlaşılabilir kılınması bakımından bu teoriyi çalışmada ele aldığı sigara içme özgürlüğüne uyarlamıştır. Çalışmanın ve nesnel sınırlılık teorisinin net olarak anlaşılabilmesi bakımından alıntıyı olduğu şekliyle aktarıyoruz:

“Nesnel sınırlar açısından, sigara içme özgürlüğüne bakarsak, ilk önce, bu özgürlüğün geçerlilik muhtevasını saptamamız gerekir. Sigara içme özgürlüğünün geçerlilik muhtevası, belirli bir nesnel alandır. Bu alan, sigara içme özgürlüğünün kullanımı olarak görülebilecek eylem biçimlerinin tespiti ile ortaya çıkar. Sigara içme özgürlüğünün kullanılması olarak görülebilecek eylem biçim ve olanakları ise, sigaranın dudakların arasına konulup, yakılması ve tütürülmesinden ibarettir. Eğer sigara içme özgürlüğü ile ilişkili daha başka eylem biçimleri söz

konusu ise, bu eylem biçimleri sigara içme özgürlüğünün geçerlilik alanı ile nesne bir bağlantı içinde değil; dışsal arızı bir bağlantı içindeyse bu eylem biçimleri sigara içme özgürlüğünün koruma alanının dışında kalır. Bunlara örnek olarak gösterilebilecek eylem biçimleri insanın aklına kolayca gelmiyor. Ama olasılıkları zorlarsak, şöyle örnekler bulabiliriz: Sigaranın koru ile başkalarının giysilerinde yanık delikleri açılması, sönmemiş izmaritin ormana atılması suretiyle yangına yol açılması sigara içme özgürlüğünün geçerlilik muhtevasıyla nesnel bir ilişki içinde değildir. Zira, sigara içme özgürlüğü, başkalarının giysilerini yakmadan, orman yangını çıkarmadan da kullanılabilir. O halde, bu eylem biçimleri, sigara içme özgürlüğünün koruma alanından yararlanamazlar. Diğer bir deyimle, sigara içme özgürlüğünün nesnel sınırları dışında kalırlar. Ancak yukarıdaki uç örnekler bir yana bırakılırsa, sigara içme özgürlüğünün normal kullanımının nesnel bakımdan sınırlı olduğunu söyleyemeyiz. Zira, sigara dumanının tütürülmesi, sigara içme özgürlüğünün geçerlilik muhtevasıyla nesnel bir ilişki içindedir. Duman tütürülmeden, sigara içme özgürlüğünün kullanılması mümkün değildir. Sonuç olarak, sigaranın dumanının başkalarına verdiği zararı önlemeyi amaçlayan bir hukuksal düzenleme sigara içme özgürlüğünün nesnel sınırlılığı anlayışına dayanamaz (Gözler, 1990: 46-47).

Görüldüğü üzere temel hakların sınırlandırılmasında kullanılan objektif sınırlılığın Alman ekolünde gelişen nesnel sınırlılık teorisi bir hakkın özüyle doğrudan ilgilidir. Gözler' in sigara örneğinde olduğu gibi sigara içmenin olmazsa olmaz sonucu dumanın çıkmasıdır. Sigara içen herkesin dışarıya duman üflemesi normaldir. Sigaranın zararlarının pasif içicileri etkilemesinin temel sebebi sigaranın dumanıdır. O halde sigaranın dumanının olmaması diğer kişileri etkilemeyeceğinden sigaranın dumanına yönelik alınacak bir karar veya uygulamaya konulacak bir

düzenleme o hakkın kullanımını tamamen ortadan kaldıracığı için böyle bir şeyin uygulanması mümkün değildir. O halde bir hak ve özgürlüğün özünü belirlerken nesnel sınırlılık ilkesini bahsi geçen nesnel olaya uyarladığımızda, alınan karar hakkın uygulanmasını mümkün kılmıyorsa bu o hakkın özüne müdahaledir. Sigara örneği özelinde devam edecek olursak, sigara kullanan açısından dumanın çıkmaması sigara içmemek ise ve bu durum da hakkın özüne müdahale içeriyorsa, sigara içme yasağı bireyin özgürlüğüne müdahale anlamı taşımaz mı? Tek taraflı olaya yaklaşırsak cevap evet olabilir. Ancak örneğin ülkemizde uygulanan sigara yasağı bağlamında konuyu ele alırsak yasak, sadece toplu kullanım alanlarında geçerlidir. Bunun sebebi de sigara içen kişinin dışarıya bıraktığı sigara dumanıdır. Sigara dumanının bilimsel olarak da pasif içiciler bakımından zararlı olduğu tespit edildiğinden, yasağın uygulanması sadece sigara içenler bakımından değil aynı zamanda sigara içenlerin dumanına maruz kalanlar bakımından da ele alınması gereken bir husustur. Bu bakımdan kanun koyucu, hem sigara içenlerin hem de içmeyenlerin haklarını ve özgürlüklerini dikkate alarak, sigara içmeyi tamamen yasaklamamış, sigara içimini sadece kapalı alanlarla sınırlı tutmuştur.

3.2 Kanunla Sınırlandırma

1982 Anayasasının “Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması” başlıklı 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılacağı belirtilmiştir. Anayasada yapılan 2001 tarihli değişiklik⁵⁴ öncesinde de kanunla sınırlandırma ilkesi benimsenmiştir. Kanunla sınırlamanın kanunla yapılmasının iki farklı faydası olduğunu ifade etmiştir. Bunlar; kanun yasama organında gündeme alındıktan sonra tartışılarak, müzakere edilerek hazırlanır. Bu şekilde olması kamu oyunun yapılacak düzenlemeden bilgisi olmasını ayrıca denetimini yapmasını sağlar. Diğer ise, yapılacak düzenleme genele yönelik olacağından yasanın objektifliği sağlanmaya çalışılır (Gözler, 2000: 179).

Bireyin hak ve özgürlüklerinin kanunla sınırlandırılacağı şeklindeki açık anayasa düzenlemesi, sınırlandırılabilirlik yetkisinin bir başka hukuki normla (kanun

⁵⁴ 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Resmî Gazetenin 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 (Mükerrer) sayısında yayımlanmıştır.

hükümünde kararname, tüzük, yönetmelik vb.) karşılanmayacağı yönünde açıktır. Bu durum, 1982 Anayasasının “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesindeki düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Ayrıca 1982 Anayasasının 91. maddesinin birinci fıkrasında temel hak ve özgürlüklerin (*sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak kaydıyla*) kanun hükmünde kararnameyle sınırlandırılmayacağı belirtilmiştir⁵⁵ (Ünal,45). BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de bireyin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalenin kanunla düzenlemesi gerektiği vurgulanmıştır (BMİHEB’nin 9, 12, 13, 18, 19, 21 ve 22. maddeleri) (Ünal,58). AİHS’nin birçok maddesinde de (5, 8, 9, 10, 11, 12 maddeleri) birey hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının kanunla yapılacağı, hüküm altına alınmıştır. Ancak gerek sözleşmede gerekse de AİHM veya Divanı tarafından kanun ifadesinden ne anlaşılması gerektiği yönünde yapılmış net bir açıklama veya verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Her iki kurumda bu düzenlemeyi hangi hukuki norm çerçevesinde yapılması gerektiği yönündeki tasarrufu sözleşmeye taraf devletlere bırakmıştır. Bu konuda diğer taraf devletlerin yasal mercileri tarafından ve AİHM ve divanı tarafından verilmiş bazı kararlar bulunmaktadır. Burada önemli olan nokta sözleşme organlarının, sözleşmede bahsi geçen “kanun” kavramından şekli manada kanunu değil, *maddi anlamda normlar ihtiva eden düzenlemeleri* kastettiği anlaşılmaktadır⁵⁶. Ancak bizim burada kullandığımız yasa kavramı, ülke olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi ve normlar hiyerarşisini benimsemiş olmamız sebebiyle sadece kural ve yasaklama koyan metinleri değil, aynı zamanda yasama organı tarafından kabul edilen ve anayasanın altında ve fakat tüzük ve yönetmelik gibi yürütme organı tarafından çıkartılan diğer düzenlemelerin üzerinde bulunan hukuksal düzenlemeleri ifade etmektedir (Can, 2005: 95).

Kanunun belirli bir müeyyide/cezaya dayandırdığı fiiller pozitif hukuk anlamında suç olarak tanımlanmaktadır. Kanunda yer almayan ve haksızlık olarak tanımlanmayan fiiller suç olarak tanımlanamaz. Suç kasıtlı, ihmali, kusurlu ve icrai olması münasebetiyle sosyal bir olgudur. Eylemlerin hangilerinin suç olarak

⁵⁵ Şeref Ünal (1995), Anayasa Hukuku ve Milletler Arası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, E. Tarihi: 21.03.2016.

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg11/serefunal.pdf

⁵⁶ a.g.e., s.49.

nitelendirilip cezalandırılacağına kanun koyucu karar verir (Uğur, 2010: 303). Kanun koyucunun bu işlemi ve kanunilik ilkesi “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi olarak da kabul edilmektedir. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, bireyin cezalandırma kudretine sahip devletle olan münasebetlerini belirlemek amacıyla genel bir insan hakkı ve anayasal bir ilke olarak düşünülmüştür. Bu ilke aydınlanmacı felsefenin bir ürünü olarak doğal hadiselerin değil beşeri münasebet ve olguların yasayla düzenlenebileceği anlayışından ortaya çıkmıştır. Cezaların kanunda açık ve net bir şekilde yer alması bireyin sosyal bir varlık olarak dış dünyayla kurduğu etkileşim neticesinde ortaya koyduğu iradesinin, akıl yoluyla belirlenen gerçekliklerin somutlaşması olarak yorumlanmalıdır (Can, 2005: 90). Suçun kanunda düzenlenmiş olması gerekliliği konusunda AİHM’nin Erçep/Türkiye davasının incelenmesinde fayda vardır. Başvuran AİHM’ne yapmış olduğu başvuruda, dini inancı gereği devletin zorunlu tuttuğu askerlik hizmetini yerine getirmek istemediğini belirtmesine rağmen her celp döneminde asker kaçağı olma suçundan cezai kovuşturmalara tabi tutulduğunu; 6 Ocak 1997 tarihinde askerlik hizmetinin yerine getirmek üzere gerekli olan prosedürü tamamlamak için Şişli Askerlik Şubesine başvurduğunu, yaklaşık olarak yedi yıl süren hukuki süreçten sonra Trabzon Askeri Mahkemesi’nce, 2002 ve 2003 yılında bakaya suçundan verilen hapis cezalarının birleştirilmesi neticesinde, yedi ay on beş gün hapis cezasına çarptırıldığını ve bu kararın Askeri Yargıtay tarafından onaylandığını, ancak yaşamış olduğu tüm bu süreç neticesinde hükümetin, AİHS’nin 5, 6, 7, 9 ve 13. maddelerinin ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme başvuruya ilgili olarak yapmış olduğu incelemede, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan bir kişinin askerlik hizmetini yapmamasıyla ilgili olarak Anayasanın 72, 1111 sayılı Askerlik hizmetiyle ilgili kanununun 1, 5, 10, 12, Askeri Ceza Kanunu’nun 63. ve TCK’nın 155. maddelerinde çeşitli düzenlemelerin bulunduğunu ve fakat askerlik hizmetini dini inançları gereği yapmamayı beyan eden kişilere uygulanacak açık ve net bir hukuki düzenlemenin bulunmadığını kaydetmiştir. Mahkeme esas hakkında yaptığı değerlendirmede, yasalarda bu şekilde bir düzenlemenin bulunmamasını AİHS’nin 9. maddesinde düzenlenmiş olan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” gereklerine aykırı bulmuştur.

1982 Anayasasının 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir. Bir hak veya özgürlüğe müdahale mevcut ise bunun ancak kanuni bir düzenlemeyle mümkün olması gerektiği anayasal bir güvenceye bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de 08/01/2014 tarihinde kendisine yapılan bireysel başvuruda bu noktaya dikkat çekmiştir. Bireysel başvuru hakkını kullanarak AYM'ye başvuran başvuru, Ankara Barosuna kayıtlı serbest bir kadın avukat olarak görev yapmaktadır. Başvurucu müvekkilini temsilen Ankara 11. Aile Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Mahkeme hâkimi 11/12/2013 tarihinde vermiş olduğu ara kararında, başvuranın başı örtülü bir şekilde duruşmada görev alamayacağını, bu nedenle müvekkilin, yeni bir avukatla temsil edilebilmesinin sağlanması için duruşmanın bir sonraki tarihe ertelenmesine karar vermiştir. Bu karar üzerine başvuran Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkını kullanarak, Ankara 11. Aile Mahkemesi Hâkiminin vermiş olduğu ara kararın, Anayasanın 10, 24, 36 ve 49. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi başvuru yapmış olduğu başvuruyu ilk etapta kabul edilebilirlik açısından inceleyerek şu kararı vermiştir. Başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde bahsi geçen "adil yargılama hakkının" sadece davalara taraf olan kişi veya kişileri kapsadığını, başvuru bu taraflardan biri olmayıp sadece müvekkili nedeniyle davaya konu olan mahkemede bulunduğunu, bu haliyle de direkt olarak başvuru Anayasa'nın 36. maddesindeki "adil yargılama hakkının" etkilenmemesi nedeniyle "kişi yönünden yetkisizliğine" karar vermiştir. Anayasa'nın 24. maddesinde yer bulan "din ve vicdan özgürlüğü" nün ihlali açısından ise AYM ihlalin varlığını kabul ederek, başvuru incelenmesine karar vermiştir. AYM, Anayasa'nın 24. maddesinde belirtilen din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi için öncelikle Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının "*.... kanunla sınırlanabilirliği; Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" koşulunu taşıyıp taşımadığının irdelenmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Davaya konu olayda ise başvuru "din ve vicdan özgürlüğünün" ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi koşulunun öncelikle, "kanunilik şartı" açısından yapılarak, yürürlükte bulunan kanunlarda bu yönde bir sınırlandırmanın düzenlenip düzenlenmediğinin tespit edilmesinin gerektiğini

belirtmiştir. AYM, bu tespiti yaptıktan sonra Türk hukuk sisteminde başvuru başı örtülü şekilde mahkemelerde görev almasını yasaklayan bir düzenlemenin bulunup bulunmadığını tespit etmeye çalışmıştır. AYM, kişilerin mahkemelerde başları açık bir şekilde girmeleri gerektiği şeklinde bir yasal düzenlemenin sadece Türkiye Barolar Birliğinin Meslek Kuralları'nın 20. maddesinde “*Avukat ve avukat stajyerleri ...başları açık bir şekilde mahkemelerde görev yaparlar.*” düzenlemesinin bulunduğunu ancak bu düzenlemenin de Anayasanın 13. maddesinde yerini bulan “kanunilik şartını” karşılamadığını, bu haliyle de Ankara 11. Aile Mahkemesi Hâkiminin vermiş olduğu ara kararın, Anayasanın 24. maddesinde belirtilen “din ve vidan hürriyeti” nin ihlal edildiğinin varlığına, böyle bir düzenlemenin kanunla yapılmamış olması nedeniyle karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin kararında da görüleceği üzere, bir hakkın ihlal edilip edilmediğinin ön kabulü için öncelikle o hakkın ihlal edilmesini sağlayan kanuni bir düzenlemenin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu şart devlete, özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu ise kanuni bir düzenleme yapma zorunluluğu, diğer bir anlatımla pozitif yükümlülük getirmektedir. Bu yükümlülüğün varlığı aslında birey açısından koruyucu bir nitelik de sağlamaktadır. Devlet, kanun koyucu mekanizmaları vasıtasıyla bir temel hak ve özgürlüğün sınırlandırılması veya bir temel hak ve özgürlüğün korunması açısından gerekli kanuni düzenlemeyi yapmakla yükümlü kılınmıştır.

AYM daha önce verdiği kararlarında kanun koyucunun özellikle uzmanlık ve teknik özellik taşıyan bir konunun detaylarını kanunda düzenlemesinin mümkün olmadığını kabul etmiştir. Bu nedenle AYM, suç oluşturan eylemin ve bunun karşılığı olan cezanın kanun maddesinde açık bir şekilde ifade edilmesinden sonra ayrıntılarla ilgili düzenleme yapma yetkisinin yürütme organına bırakılmasını “kanunilik” ilkesinin ihlali olarak görmemiştir. AYM daha sonraki zamanlarda vermiş olduğu bazı kararlarında tam tersi yorumda bulunmuştur. İşte bu yorum farklılığını Can yine AYM'nin verdiği bir kararı inceleyerek ortaya koymaya çalışmıştır. AYM, mülga TCK'nın 526. maddesinde geçen “kamu düzeni”, “kamu güvenliği” gibi ifadelerin muğlak olmadığını, kişiden kişiye değişen anlamlar ihtiva etmediklerini, yoruma muhtaç olmadıklarını belirterek kanun maddesini Anayasaya

aykırı bulmamıştır. Can Anayasa mahkemesinin bu kararını eleştirerek bu kavramların günümüzde dahi tam olarak anlaşılmadığını ve karşılıklarının olmadığını, anayasaların bir “çerçeve düzen” niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Can, anayasaların “siyasal işlem ve karar sürecine ilişkin” çerçeve koşulları ve usul kurallarını tespit ettiklerini, bir eylemle ilgili olarak herhangi bir düzenleme veya ceza içermeyeceğini ifade etmiştir. Yasaların anayasalarda belirlenen ilkesel normları somutlaştıracağını belirten Can, bir kavramın anayasada yer almasının o kavramın açıklığını ortaya koymayacağını ifade etmiştir (Can, 2005: 120-122). Görüldüğü üzere Can, bir anayasanın kanunların çerçevesini belirleyen en üst hukuki norm olduğunu, kanunlarında suç ve cezaları anayasalara göre daha açık ve detaylı bir şekilde tespit ve tayin eden hukuki metinler olduğunu vurgulamıştır.

Kanunilik ilkesiyle hangi eylemin suç olduğu belirlenerek bu eyleme uymama durumunda karşılaşılabilecek olan yaptırım tespit edilip kişi hak ve özgürlüklerinin sınırları belirlenmeye çalışılmaktadır (Eşitli, 2013: 226). Devletin birey karşısındaki pozisyonunun gereği, maddi anlamda güçsüz olan bireyi koruma adına kanunilik ilkesi devletin taraf olduğu hukuk alanlarında geçerli olmuştur. Devletten ziyade bireylerin aktif süje olarak katıldıkları özel hukuk açısından, sùjelerin eşitliği söz konusu olduğundan kanunilik ilkesinin geçerliliği sınırlıdır. Çünkü özel hukuk alanında kendisine bir anlaşmazlığın çözümü için başvuru hâkimin, anlaşmazlığa konu hususun kanunda yer almadığını öne sürerek karar vermeme yetkisi yoktur. Hâkim böyle bir durumda elbette öncelikle kanuna bakacak, kanunda her hangi bir düzenleme bulunmaması durumunda kıyas yöntemini uygulama, örf ve âdete başvurma, kanun koyucu yerine geçerek hüküm tesis etme yöntemlerini sırasıyla uygulamak suretiyle bir karara varmak durumundadır (Eşitli, 2013: 229-230). Anayasa Mahkemesi 17/4/2009 tarihli kararında İmar kanununun 42. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “... 500.000 liradan 25.000.000 liraya kadar para cezası verilir” hükmünün Anayasanın 2. maddesinde yer alan “belirlilik” ilkesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme karar gerekçesinde hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi olarak belirliliği göstermiştir. Belirlilik ilkesinden kastedilen ise yasal düzenlemelerin gerek bireyler gerekse de idare açısından tereddüde mahal vermeyecek şekilde sarih, net, anlaşılabilir, uygulanabilir ve nesnel olması ve kamu

otoritelerince suiistimal edilmeyecek derecede açık olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan bu kadar geniş yetkinin ölçüsüzlüğüne dikkat çekmiştir. Hukuk kurallarının, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilir derecede açık ve belirgin olması gerektiğini belirten AYM, düzenlemeyi Anayasanın 2. maddesine aykırı bulmuştur (Uğur, 2010: 306).

Birey hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencelerinden birisi olan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, suçlar ve bu suçlar karşısında uygulanacak yaptırımların önceden belirlenerek bireyin özgürlük alanının çizilmesine yardımcı olmaktadır. Bu durumda suçların kanuniliği ilkesinin, hukukun üstünlüğü ilkesiyle sıkı bir ilişkisi ortaya çıkmaktadır. AİHS'nin tamamına hâkim olan "hukukun üstünlüğü", AİHM'nin demokratik bir toplumun en temel ilkelerinden biri olarak gördüğü ve Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde yer aldığını kabul ettiği ilkesidir (Kombe, 2008: 9). Belirlilik ilkesi hukukun üstünlüğünü kabul eden hukuk devleti ilkesinin soyut halinden uzaklaşmasına, ölçülülük ilkesiyle birlikte anayasal sistemin kurulmasına yardımcı olmaktadır. Bu bakımdan hukuk normlarının açıklığı ve belirliliği, *hukukun kendisi kadar eski, hukukun üstünlüğünden bir parça ve hukuk devletinin ayrılmaz doğal bir parçasıdır*. Hukuk normlarının kamu menfaatini dikkate alarak, eşitlik ilkesine uygun, hukuk devleti ilkesinin sınırları içerisinde kalarak ve sadece parlamento tarafından yapılan düzenlemeler yasa olarak nitelendirilmektedir. Temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren yasaların soyut, genel, sürekli, objektif, kişiye özgü olmayan niteliklere sahip olması gerekir. Anayasa çerçevesinde bakıldığında ise, temel haklarla ilgili yapılacak düzenlemenin Parlamento tarafından yapılması genel, soyut, sürekli, kişiye özgü olmaması ve belirli olması gerekir (Can, 2005: 107). Çünkü belirlilik ilkesinin yokluğu halinde, yasama erkinin yasaları somut ve nesnel bir şekilde düzenlememesi, yargı erkine soyut olan yasa maddelerinin somutlaştırılması görevi yükler ki bu da yargı erkinin yürütme erkini hem yönlendirmesine hem de denetlemesine imkân tanır. Halbuki sağlıklı bir şekilde işleyen kuvvetler ayrılığında yürütme yargı ve yasama erkleri tarafından denetlenmekte ve sınırlandırılmaktadır. Bu durum yürütme erki bakımından olumsuzluk yaratırken, bir başka açıdan yürütme erki için olumlu ve fakat birey için

olumsuz bir sonuç doğurabilir. Çünkü yasa ne kadar somut olursa yürütme erkinin de yasayı o kadar geniş yorumlamasına müsaade etmez (Can, 2005: 93). Ancak bir noktanın vurgulanması gerekir ki, bireyin hak ve özgürlüğünün ulusal mevzuatta yer alması yalnız başına yeterli de değildir. Yani uygulanan yöntem ve alınmış kararlar sözleşmeye taraf devletin mer'î mevzuatına uygun olabilir. Ancak bu uygunluk tek başına yeterli değildir. AİHM vermiş olduğu Kurt Türkiye kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır :

“Herhangi bir özgürlükten mahrumiyet uygulamasının yalnızca ulusal hukuka esas ve usul olarak uyması değil, aynı zamanda kişinin keyfi uygulamalardan korunmasına ilişkin hükümler bulunan Sözleşmenin 5. maddesinin amacına da uygun olması gerekir.” (Macovei, 2002: 21).

Devletlerin gerek bir zorunluluğun gereği olarak gerekse de kendi istekleri doğrultusunda kabul ettikleri ulus üstü normların kendi mevzuatlarıyla tenakus oluşturması durumunda nasıl bir yol izleneceği sorusu, kanunilik prensibinin incelenmesi kapsamında değerlendirilmesi gereken önemli bir konudur. Bu hususta 1982 Anayasasındaki düzenlemelere bakmadan önce AİHM'nin verdiği 03.11.2009 tarihli Sierpinski/Polonya kararına bakmak yerinde olacaktır. Mahkeme kararında, mülkiyet hakkının korunması açısından devletlerin, kendi mevzuatlarını Sözleşme'nin usul ve esası açısından uyumlu hale getirmek zorunda olduklarını belirtmiştir (Şimşek, 2012: 11). Bu bağlamda AİHM “adillik” yönünden başvurulmuş davaları incelerken, ulusal mahkemelerin vermiş oldukları kararların doğruluğunu veya yanlışlığını değil, davaya taraf olanlara delillerini ortaya koyma ve gerekli savunmayı yapmalarını sağlayacak derecede imkan verilip verilmediğini incelemektedir (Vitkauskas ve Dikov, 2012: 51). Diğer bir ifadeyle AİHM, devletlerin yargılama aşamasındaki tarafsızlıklarını ve profesyonelliklerini denetlemektedir. Bir hakkın veya özgürlüğün ülkenin mevzuatında düzenlenmiş olması tek başına yeterli değildir, bunun yanında devletlerin yasada yer alan bu tür düzenlemeleri uygulamaya yansıtmaları da önemlidir (BM, 2005: 158).

3.3 Demokratik Toplum Düzenine Aykırılık

Demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesine 1982 Anayasasına AİHS'den esinlenerek yer verilmiştir. Bu ilke 1982 Anayasasına, 1961 Anayasasında var olan “özüne dokunmama” ilkesinin bir alternatifi olarak girmiştir. Maddenin gerekçesinde de özüne dokunmama kavramının muğlak ve anlaşılır olmaması sebebiyle yerine daha anlaşılır ve uygulaması daha kolay olacağı düşünülen bu kriter getirilmiştir (Kaboğlu, 1989: 271). Sağlam'a göre “*demokratik toplumun gerekliliği*” ilkesi, sınırlamanın nasıl yapılacağını göstermesi bakımından *nispi* bir özellik taşımaktadır. Öze dokunma yasağı kişiye dokunulmayacak bir alanın garantisini verir. Bu nedenle demokratik toplum düzeni öz güvencesinin alternatifi değil tamamlayıcısıdır (Sağlam, 1982: IV). Anayasa mahkemesi 1976 yılında Sağlam'ın bu düşüncesini doğrular nitelikte bir karar vermiştir.

“Sınırlamanın, Anayasa'nın sözüne ve özüne uygun düşebilmesi için, her şeyden önce demokratik hukuk kuralları içinde kalınmak suretiyle yapılması zorunluluğu vardır. Bunun için de yukarıda da değinildiği gibi, sınırlama nedenlerinin, kişisel anlayış ve takdire olanak vermeyecek açıklık ve kesinlikte somut olarak belirtilmesi gerekir.”⁵⁷

Demokratik toplum düzeni ilkesi her ne kadar özüne dokunmama ilkesinin yerine daha belirgin olması hasebiyle ikame edilmiş olsa da, doktrinde mevcut olan tartışmalardan, bu ilkenin de gerekçesinde belirtildiği üzere neyi amaçladığı sarih bir şekilde anlaşılmamaktadır. İlkenin demokratik bir toplumda olması gereken temel ilkeleri mi, yoksa çağdaş özgürlükçü demokrasiler mi işaret ettiği konusu tartışmalıdır. Kaboğlu, gerekçenin son cümlesinde uluslararası sözleşmeler ifadesine gönderme yapılmış olması sebebiyle, çağdaş özgürlükçü demokrasilerin anlaşılması gerektiğini iddia etmiştir (Kaboğlu, 1989: 272). Tanör çok daha farklı bir perspektiften, anayasanın siyaset felsefesindeki konumunu esas alarak konuya yaklaşmaktadır. Tanör, demokrasinin (kanımızca o günlerde ülkenin bulunduğu

⁵⁷ AYM Kararı, Esas sayısı : 1976/27, Karar sayısı: 1976/51, Karar günü : 18 ve 22/11/1976.

duruma işaret ederek), “*bu anayasadaki hak ve hürriyetlerle sınırlı olduğunu*” belirtmektedir. Tanör demokratik toplum düzeni ifadesinden, 1982 Anayasasında bulunan hak ve özgürlüklerle donatılmış bir sistemin anlaşılması halinde, 1982 Anayasasının böyle bir düzenin varlığına güvence getirmeyeceğini iddia etmektedir (Kaboğlu; 1989: 273). Maddenin Danışma Meclisindeki görüşmeleri incelendiğinde Gölcüklünün “*batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur*” ifadesi aslında, nasıl bir toplum düzeninin esas alındığını göstermektedir (Danışma Meclisi Tutanak dergisi C. 8, s.149). Gözler ise tüm bu tartışmaları yersiz bularak 1982 Anayasasında yer alan “demokratik toplum düzeni” ile batılı çağdaş demokrasilerin aynı olduğunu belirtmiştir (Gözler, 2000: 129). Belirtmek gerekir ki biz de bu konuda Gözlerle aynı kanaati taşımaktayız.

Öz güvencesinin demokratik toplumun gereklerinden daha muğlak olduğunu ifade eden Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili, bir postanın milli güvenlik gerekçesiyle açılmasını örnek göstererek, bu müdahalenin özgürlüğün özüne dokunmak olduğunu ancak demokratik bir toplum içinde gerekliliğini ifade etmiştir (Danışma Meclisi Tutanakları, C. 8, 147). Sağlam ise, başkanvekilinin bu açıklamasıyla demokratik toplum düzeni kriterinin bireyin özgürlüğünü korumak için ne kadar tartışılır olduğunu gösterdiğini belirtmiştir (Kaboğlu; 1989: 276). İlkenin Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınması konusunda Teziç çok daha farklı bir tutum sergilemiştir. Teziç demokratik toplum düzeninin gerekliliğini AYM’nin tahlil ederken, bir hukuk perspektifinden ziyade siyaset bilimci gibi davranabileceği endişesini dile getirmiştir. Teziç’in endişesi Mahkemenin incelemeyi yaparken “*kendi demokrasi anlayışı*” doğrultusunda hareket edeceğidir. Teziç, liberal demokrasilerde resmi ideolojiye yer yoktur diyerek de, duruşunu net bir şekilde göstermiştir (Kaboğlu, 1989: 278).

Öz güvencesine göre açık olduğu için tercih edilen demokratik toplum düzeni kriteri kanaatimizce yorumlayan kişilerin düşüncelerine göre değişebilen bir özelliğe sahiptir. Hukuk bilimi normatiftir. Olması gerekeni bulma çabası sebebiyle normatiftir. Bu özelliği sebebiyle hukuk metinlerinin farklı yorumu yapılabilir. Lakin bireyin hak ve özgürlüklerinin kullanımı veya sınırlandırılması söz konusuysa bu

farklı yorumun, yorumlayan kişinin inançlarını, ideolojisini, dünya görüşünü içermemesi gerekir. Her bireyin demokrasi anlayışının farklılığı sonucu ülkemizde 1982 Anayasasının işaret ettiği demokratik toplum yapısının anayasayla oluşturulan bir nevi “Türk tipi demokratik toplum” modelini mi yoksa çağdaş batı tipi demokrasiyi mi kastettiği tartışılmaktadır. Gerçekten de bu tartışmanın gereksiz olmadığı AYM’nin vermiş olduğu bazı kararlar incelendiğinde görülecektir. Örneğin AYM’ye başvuran yerel mahkeme, 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun Geçici 1. Maddesindeki ; "*Serbest Bölgenin faaliyete geçmesinden itibaren on yıl süreyle 5.5.1983 gün ve 2822 sayılı Kanunun Grev ve Lokavt ile arabuluculuk hükümleri uygulanmaz, ancak bu süre içinde toplu iş sözleşmesi üzerinde çıkacak menfaat uyuşmazlıkları Yüksek Hakem Kurulunca karara bağlanır*" hükmünün, Anayasanın 54. maddesine⁵⁸ aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme esasın incelenmesi bölümünde, serbest bölgelerin tarihsel sürecini ülke ekonomilerine, özelinde ise Türkiye ekonomisine katkılarını uzun uzun anlatmıştır. Daha sonra AYM, Anayasanın 13. maddesine atıf yaparak, hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlandırılabilirliğini, Anayasanın “*Grev Hakkı ve Lokavtı*” düzenleyen 54. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir*" hükmü gereğince yapılan ve davaya konu olan 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu'nun geçici 1. maddesindeki düzenlemenin, yasal bir düzenleme olduğunu belirtmiştir. AYM yasama organının hak ve özgürlüklere *demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar* getirebileceğini ifade ederek, demokratik toplum düzenini hürriyetçi toplum olarak nitelendirmiştir. AYM demokratik toplum düzeninden ziyade esasında, “serbest bölgelerin oluşturulmasındaki kamusal faydayı” temel dayanak noktası olarak almıştır. Kanaatimizce AYM zorlama bir karar vermiştir. Çünkü; hiçbir ekonomik çıkar ve beklenti kişilerin hak ve özgürlüklerinden daha değerli değildir. Serbest bölgelerin ülke ve bölge ekonomisine katkısı yadsınamaz. Mamafih, ekonomik katkıların beklentisi ile bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması

⁵⁸ 1982 Anayasası 53. madde: İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla Toplu İş Sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.

54. madde: Toplu İş Sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalar kanunla düzenlenir. Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir

arasında bir ilişki kurmak mümkün değildir. Kaldı ki tarihsel süreç incelendiğinde günümüzde kişilerin önlerindeki tüm engeller (devlet müdahalesi de dahil) kaldırılmak suretiyle bireyin ve sonuçta genelin ekonomik durumunun iyileştirilmesine çalışılmaktadır. Davaya konu olan kanun maddesinde, grev ve lokavt yasağı on yıl gibi bireyin iş yaşamında ciddi sayılabilecek bir zaman dilimini kapsamaktadır. İşverenin aldığı karar ne olursa olsun çalışan bu madde gereğince bu karara uyacak ve yasağın kalkması için on yıl beklemek durumunda kalacaktır. AYM yasağın kanunla düzenlenmiş olmasını yeterli görmekte ve bunu da ayrıca demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı görmemektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde AYM'nin 1988 yılında vermiş olduğu bir başka kararı, olduğu şekliyle aktararak AYM'nin birbirinden ne kadar farklı bir tutum sergilediği görülecektir. AYM;

“Temel hak ve özgürlüklerin soyut kavramlar olmaktan çıkarılıp yaşama geçirilmesi, kullanılabilir duruma getirilerek kişi yönünden uygulama değeri taşıması için sınırlarının belirlenmesi, kullanma yol ve yöntemlerinin açıklanması gerekir... Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvencelere bağlanarak özenle korunduğu rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde sınırlandırıldığı değil, sınırlamanın nedenleri yöntemi, bu konudaki yargısal denetim olanakları 'demokratik toplum düzeni' kavramı içinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak, demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde istisnai olarak, sınırlanabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar, belli bir özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde olmamalıdır... Böyle bir sınırlamanın nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, amacı aşan, demokratik

toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan, içeriğinin takdiri yönetime bırakılmış sakıncalı sınırlama getirilmiş olur.”⁵⁹.

AİHS'nin 6/1, 8/2, 9/2, 10/2, 11/2; AİHS'nin 4 nolu protokolünün 2/3. maddelerinde “demokratik bir toplumda” ayrıca AİHS'nin ek 13. Protokolünde “hayat hakkının demokratik toplumun temel değeri olduğu” ifade edilmiştir. AİHS'nde demokratik toplum kriterine, 1982 Anayasasından farklı olarak her madde de ayrı ayrı yer verilerek özel sınırlandırma yönetiminin tercih edildiği görülmektedir.

AİHM'de yapılan başvurular neticesinde sözleşmenin farklı maddelerinde yer alan demokratik toplum gerekliliği kriterine açıklık getirmeye çalışmıştır. Mahkeme Handyside-Birleşik Krallık davasında ülkelerin, kendi mevzuatlarında düzenledikleri moral değerlerin ve görüşlerin ülkeden ülkeye ve zamandan zaman değişmekte olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle üye devletlerin yetkilileri/otoriteleri (burada zannımızca hükümetleri kastetmiştir) kendi ülkeleriyle olan direk ve süregelen bağ sebebiyle, toplumlarının ihtiyaçları hakkında uluslararası yargı mercilerine göre daha doğru karar verebilecek pozisyonda olduklarından, bu ihtiyaçları karşılayacak “*gereklilik*”, “*kısıtlama*” ve “*ceza*” konularında daha doğru karar verebilirler. Sözleşmenin 10. maddesinde geçen *gerekli* (necessary) kavramı, *vazgeçilmez* (indispensable) anlamına gelmemektedir. Ayrıca Mahkeme bu kavramın “*kabul edilir*” (admissible), “*olağan*” (ordinary), “*faydalı*” (useful), “*makul*” (reasonable), “*arzu edilen*” (desirable) kavramları kadar esnekliğe sahip olmadığını ayrıca taraf devletlerin gereklilik konusunda bir takdir yetkilerinin olduğunu da kabul etmiştir. AİHM, çoğulculuk, hoşgörülülük (toleranslı davranma) ve açık fikirlilik unsurlarının demokratik bir toplumun temelini oluşturduğunu da ifade etmiştir⁶⁰.

⁵⁹ AYM Kararı, Esas Sayısı: 1987/16, Karar Sayısı: 1988/8, Karar Günü: 19.4.1988, R.G. Tarih-Sayı : 23.08.1988 – 19908.

⁶⁰ Handyside/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 5493/72, 7.12.1976, prf. 48-49.

Demokratik toplum düzeninin gerekliliğine uygun olma kriteriyle çağdaş toplum düzeninin dile getirildiği açıktır. Şimdi de çağdaş toplum düzeninin belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken kıstaslara değineceğiz. Bu noktada bir kez daha AİHM kararlarına başvuracak öncelikle İ. A.- Türkiye davasını ele alacağız. Başvuran bir yayınevinin sahibi ve yöneticisidir. 1993 yılında bir yazarın “Yasak Tümceler” adlı romanı başvuranın yayınevi tarafından yayımlanmıştır. İstanbul Cumhuriyet Savcısı kitabın içeriği nedeniyle 765 sayılı TCK’nın 175/ 3. ve 4. maddelerine dayalı olarak başvurunu, yayım yoluyla Allah’a, dine, Peygambere ve kutsal kitaba hakaret etmekle suçlamıştır. Başvuran yapılan yargılama sonucunda suçlu bulunarak hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Yargıtay tarafından da karar onanmıştır. Başvuran yayımlamış oldukları bir roman nedeniyle cezaya çarptırılmış olmalarını AİHS’nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, ifade özgürlüğünün *demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden birini* ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu ifade etmiştir. AİHM, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların, sözleşme gereğince, demokratik bir toplum için gereklilik arz edip etmediğinin incelenmesi gerektiğine ve Sözleşmeciler Devletlerin bu gerekliliği belirlemede takdir yetkililerinin bulunduğu ve fakat bu yetkinin sınırsız olmadığına dikkat çekmektedir⁶¹. AİHM, bir devletin, düşünce ve ifade özgürlüğü ile bağdaşmayan ve yargı konusunu teşkil eden fikirlerin, başka bireylerin inanç özgürlüğüne saygı bilinci ile önlenmesini sağlayabilecek tedbirlerin alınmasını normal karşılamaktadır. Lakin yukarıda da izah edildiği üzere devletler böyle tedbirlerin alınması noktasında sınırsız bir yetkiye haiz değillerdir. AİHM, bu noktada getirilen kısıtlamanın ve yapılan müdahalenin “*sosyal bir ihtiyacı*” karşılayıp karşılamadığına ve “*öngörülen meşru amaçla orantılı*” olup olmadığına dikkat etmektedir. Hükümet savunmasında, davaya konu kitabın dine, özellikle İslam dinine saldırgan yaklaşımlar içermesi ve dini duygulara hakaret etmesi ölçüsünde, başvuranın mahkumiyetinin *sosyal bir ihtiyacı*

⁶¹ Aynı yönde karar için bkz. Wingrove-Birleşik Krallık davası, Başvuru no: 17419/90, prf. 53.

karşılığını savunmuştur. AİHM, bu tür davalarda, bir tarafta düşünce ve ifade özgürlüğü diğer tarafta başkalarının din ve vicdan özgürlüğüne saygı göstermek gibi iki temel hakkın uygulanması hususunda, çatışan menfaatler arasında bir denge kurulmasını gerekli görmektedir. AİHM, çoğulculuğun demokratik bir toplumun gereklerinden biri olduğunu, çoğunluğun içinde yer alan veya azınlık bir dini gruba ait, dini ibadetini yerine getirme serbestisine sahip kişilerin de her türlü eleştiriden uzak olduklarını düşünemeyeceklerini, kendilerine ve inançlarına yöneltilen eleştirileri hoşgörüle karşılamak ve başkalarının kendi dini inançlarını reddetmelerini ve hatta diğer kimselerin kendi inançlarına değin düşmanca doktrin propagandalarını kabul etmek durumunda olduklarını ifade etmiştir. Ancak AİHM bu davada, başvuranın yayımlanmış olduğu kitapta eleştiri ve “kışkırtıcı” fikirlerden ziyade, İslam dinindeki Peygamberin kişiliğine karşı hakaret dolu bir saldırının söz konusu olduğunu belirtmiştir. AİHM bu düşüncelerle, söz konusu müdahale ile Müslümanlar tarafından kutsal sayılan bazı hususlara yapılan saldırıların önlenmesinin amaçlandığı için “sosyal bir ihtiyaca” karşılık geldiği sonucuna varmış ve sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶². İncelenen davada AİHM’nin demokratik bir toplum için gerekliliği iki temel kriter çerçevesinde değerlendirdiği görülmektedir. Bu temel kriterler yapılan müdahalenin *sosyal bir ihtiyaca cevap* verip vermediği ile “*öngörülen meşru amaçla orantılı*” olup olmadığıdır. Handyside-Birleşik Krallık davasında demokratik bir toplumun unsurlarını çoğulculuk, hoşgörülülük ve açık fikirlilik olarak belirten AİHM, kanaatimizce bir düşünce veya fikrin tartışılmasını veya tartışılan düşünce veya fikre zıt fikirlerin öne sürülmesini, farklı argümanların ortaya konulmasını çoğulculuğun bir sonucu olarak görmektedir. Nitekim AİHM, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temellerinden birisini oluşturduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveninin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birisi olduğunu belirtmektedir. Lakin her ne kadar AİHM’nin, bireyin hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalede demokratik bir toplumun gerekliliği kriteri çerçevesinde geniş bir yaklaşım sergilediği düşünülse de,

⁶² AİHM İ. A./ Türkiye kararı, Başvuru no. 42571/98, 13.12.2005, prf. 30-32.

mahkemenin gerçekleşen eylemin bir başka kişi(ler)nin hak ve özgürlüklerine müdahale anlamı taşıması halinde gayet net olduğu, yukarıda izah edilen mahkeme kararından da anlaşılmaktadır.

Bireyin hak ve özgürlüğüne yapılacak müdahalenin *sosyal bir ihtiyaca cevap verip vermediği*, müdahale ile müdahale neticesinde ulaşılmak istenen amacın orantılı olup olmadığı sorusuna verilecek cevapla mümkün olacaktır. AİHM, ifade edilen orantılılığın mevcudiyetini örneğin, bireyin (*göstericilerin*) fikirlerini toplantı ve gösteri yürüyüşü vasıtasıyla ifade etme hakkıyla Sözleşmenin 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlar arasında bir denge kurmak suretiyle aramaktadır (Fırat, 2014: 771). Bireyin hak ve özgürlüklerine yapılacak müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunun kanıtlanması için, ulusal mahkemeler de ve AİHM’de, o özgürlüğün kullanılması üzerinde yapılan müdahaleyi gerektirecek “*acil bir sosyal ihtiyacın*” varlığı konusunda ikna olmalıdır. Nitekim AİHM’de, Observer ve Guardian-Birleşik Krallık davasında, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrasında geçen “*gerekli*” sıfatının, “*acil bir sosyal ihtiyacın*” varlığını içerdiğini belirtmiştir. Bir müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermediğini belirleyecek/değerlendirecek olan ülke otoriteleridir (Macovei, 2002: 67).

3.5 Laik Cumhuriyet

Laik kelimesinin anlamı Türk Dil Kurumu tarafından “Din işlerini devlet işlerine karıştırmayan, devlet işlerini dinden ayrı tutan”; laiklik ise “Devlet ile din işlerinin ayrılığı, devletin, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşmesi bakımından yansız olması, laisizm” şeklinde tanımlanmıştır. Laiklik Mustafa Kemal Atatürk tarafından da şu şekilde açıklanmıştır: “Türkiye Cumhuriyeti'nin resmi dini yoktur.... Din telâkkisi vicdanî olduğundan, Cumhuriyet, din fikirlerini devlet ve dünya işlerinden ve siyasetten ayrı tutmayı, milletimizin çağdaş ilerlemesinde başlıca muvaffakiyet etkeni görür.” (Temuçin, 2007: 410).

Anayasalar devletlerin temel kuruluşlarını, teşkilatlanmasını, yönetim şeklini, organlarını ve bu organların birbiriyle münasebetlerini, devletin birey karşısındaki pozisyonunu belirleyen en üst yasa normudur. İşte bu üst yasa normu olma özelliğinden ötürü bir devletin laik olup olmadığı anayasasında düzenlenir. Laiklik kavramının din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması ile devletin din karşısındaki nötr pozisyonu şeklinde tanımlanacak iki farklı durumu vardır (Özkul, 2014: 274-278). Anayasanın 2. maddesinde yer aldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti laik ve demokratik bir devlettir. Devletin laiklik ilkesinin gereği birey karşısındaki nötr pozisyonu ve devletin demokratik yapısı, her bireyin seçtiği dini veya felsefi inanışlarını hür bir şekilde yaşayabilmesinin sağlanmasıdır (Kışlalı, 2006: 248-250).

1924 Anayasasının 2. maddesinde 10 Nisan 1928 yılında yapılan değişiklikle “Türkiye devletinin dini, Din-i İslam’dır” ibaresi çıkarılmıştır. 5 Şubat 1937 yılında, 1924 Anayasasının 2. maddesinde yapılan değişiklikle, Mustafa Kemal Atatürk’ün altı ilkesi (cumhuriyetçilik, halkçılık, milliyetçilik, devletçilik, inkılapçılık, laiklik) 1924 Anayasasına eklenmiştir. Bu tarihte, 1924 Anayasasına giren laiklik kavramı 1961 ve 1982 Anayasalarında da yerini ve önemini korumuştur. 1961 Anayasasında 1971 yılında yapılan değişiklikle (20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla) “dil, ırk, sınıf, ve mezhep” olgularının Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kastıyla kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikle din ve mezhep farklılığına dayanarak Cumhuriyetin ortadan kaldırılmasına engel olunmaya çalışılmıştır. Laiklik teriminin Türkiye Cumhuriyetini nitelendiren ve ayrılmaz bir özelliği kabul edilmesinin tarihsel süreci 1961 Anayasasıyla başlamıştır. 1961 Anayasasının 2. maddesi “Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir.” şeklinde düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının düzenlendiği 11. madde de temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Ancak 11. maddede 1971 yılında

yapılan değişlikle anayasada belirtilen hak ve hürriyetlerin din ve mezhep ayırımına dayanarak laik nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmayacağı düzenlenmiştir (Temuçin: 2007: 413).

1961 Anayasasının oluşturulması sürecinde Anayasa Komisyonunun hazırladığı anayasa tasarısı Temsilciler Meclisinde ele alındığında söz alan Ahmet Oğuz, laiklik ilkesinin unsurlarının şu şekilde olduğunu beyan etmiştir: *İtikat hürriyeti, ibadet hürriyeti, teşkilatlanma hürriyeti, tedris ve telkin hürriyeti* (Yılmaz, 2012: 76). Oğuz, itikat ve ibadetin subjektif olduğunu ancak yakın tarihe gönderme yaparak teşkilatlanma ve tedris konularının devletin koruması altında olması gerektiğini ifade etmiştir. Kanaatimizce Oğuz bu ifadesiyle, 1961 Anayasasının 19. maddesine⁶³ gönderme yaparak devletin, bireyin inançlarını özgürce yaşaması için düzenleme yapması gerektiğini belirtmeye çalışmıştır. Anayasa görüşmelerinde söz alan Bahri Savcı ise 1961 Anayasasında laiklik anlayışı ile dünyaya örnek teşkil edecek bir düzenleme getirdiklerini ifade ederek, laiklik ilkesi sayesinde dinin, siyasi, iktisadi hayat ile edebiyat, resim ve müzik gibi güzel sanatlarla ilgili alanların dışında tutulacağını savunmuştur. Savcı, 1961 Anayasasında dini eğitim ve Diyanet İşleri Reisliğinin oluşturulmuş olmasını da, dini eğitimin kontrolünün sağlanacağı basit bir zabıta tedbiri olarak savunmuştur (Yılmaz, 2012: 84).

1982 Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin yalnızca kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. En başta belirtmek de fayda görüyoruz ki böyle bir gereklilik gerek AİHS’de gerekse de AİHM’nin içtihatlarında

⁶³ 1961 Anayasasının 19. maddesi şu şekildedir:” Herkes vicdan ve dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. Kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olamayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Din eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır. Kimse, siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama maksadıyla, her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır; ...siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır.”

bulunmamaktadır. Bu nedenle bu kısımda laiklik kriteri açısından yapacağımız çıkarsamalar, doktrindeki çalışmalar ve AYM'nin içtihatlarından oluşacaktır.

AYM 1971 yılında vermiş olduğu kararında laiklik ilkesinin kriterlerini şu şekilde belirlemiştir:

a) *Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,*

b) *Dinin, bireylerin manevî hayatına ilişkin olan dinî inanç bölümü de aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dinî Anayasa güvencesi altına alma,*

c) *Dinin, bireyin manevî hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,*

ç) *Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir⁶⁴.*

Anayasa Mahkemesinin aynı kararı incelendiğinde çalışmamız açısından laik cumhuriyet belirlemesinin ne olması gerektiği de tespit edilmeye çalışılmıştır. Mahkeme, (kararın verildiği tarihte 1961 Anayasası yürürlükte olduğu için) Anayasanın başlangıç kısmında “*Türk Ulusunun daima yücelmesi*”, 153. maddesinde de “*Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi*” ifadelerinin 1961 Anayasasında Türkiye Cumhuriyeti devletinin ana amaçları olarak belirlendiğini tespit etmiştir. Mahkeme hiç kimsenin devletin bu ana amaçlarını engelleyecek veya yok edecek şekilde bir hak ve özgürlüğe sahip olmadığını ve bu ana amacın anayasada düzenlenen bir çok sınırlandırmanın da zorunlu bir sonucu olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, Anayasa'da belirtilen lâiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana gayeyi gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini, bu ana amacın Anayasa'da

⁶⁴ AYM karar, Esas Sayısı : 1970/53, Karar Sayısı: 1971/76, Karar günü : 21/10/1971, Resmi Gazete tarih/sayı:15.6.1972/14216.

öngörülen bir çok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir sebep, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatmaktadır. Mahkemenin 1971 yılında yapmış olduğu bu yorumu 1982 Anayasasına uyarladığımızda benzer ifadelere ulaşıldığı görülmektedir. 1982 Anayasasının başlangıç kısmında “*Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak, Türkiye Cumhuriyetinin ebedi varlığı, refahı, maddî ve manevî mutluluğu ile çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde*” ifadesiyle 174. Maddesindeki “*Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden...*” hedeflerinin 1961 Anayasasında belirtilen ve ortaya konulan hedeflerden farklı olmadığını göstermektedir. Kısaca gerek 1961 Anayasası gerekse de 1982 Anayasası, *çağdaş medeniyet seviyesine ulaşmayı* kendisine ana amaç olarak belirlemiştir. Bu amacı gerçekleştirme noktasında ortaya konulacak tüm iradelerin de bu ana amacı gerçekleştirmeyi sınırlandırıp sınırlandırmayacağına dikkat edilecektir.

AYM 1989 yılında vermiş olduğu bir kararında Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasalarının, 174. maddede belirtildiğini ifade etmiştir⁶⁵. Laiklik ilkesinin gerek 1961 gerekse de 1982 Anayasası hazırlanırken gerekçelerinin somutlaştırılmasına yardımcı olmak amacıyla ifade edilen *çağdaş uygarlık düzeyi* ifadesinin, daha da belirgin hale gelmesi ve hukuki dayanağının oluşturulması saikiyle, 1982 Anayasasının 174. maddesindeki devrim yasalarının işaret edildiği görülmektedir.

AYM, TCK'nın 230. maddesinde düzenlenen resmi nikahın olmadığı durumlarda dini nikahın suç olarak düzenleyen 230. maddesinin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki yerel mahkeme başvurusunu haklı bulmuş ve fakat bazı üyeler karşı rey hakkını kullanarak düzenlemenin anayasaya aykırı olmadığını savunmuşlardır. AYM'nin gerekçeli kararı incelendiğinde karşı oy kullanan üyelerin gerekçelerinin anayasanın 174. maddesinde düzenlenen

⁶⁵ AYM kararı, Esas Sayısı: 1989/1, Karar Sayısı: 1989/12, Karar Günü: 7.3.1989.

devrim yasalarına dayandırdıkları görülmüştür. Üyelerin gerekçeleri şu şekildedir:

“Yukarıda kapsamlı olarak metinlerine yer verilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları birlikte değerlendirildiğinde; Anayasanın 174. maddesinin 4. fıkrası ile koruma altına alınan inkılâp kanunlarından “17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanununun 110. maddesi hükmü” (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmakla beraber, Anayasanın 174/4. maddesinde sözü edilen düzenlemeler 4721 sayılı Kanununun 141., 142. ve 143. maddelerinde aynı muhafaza edilmiştir.) Ceza hukuku alanında 1936 yılından bu yana koruma altına alınmış (765 sayılı TCK.nun 237/3-4 Md; 5237 sayılı TCK.nun 230/5-6 Md) olup; Anayasanın 174/4. maddenin “Başlangıç”taki değinilen ilkeler, 2., 14., 24/son ve 41. maddeleriyle birlikte yorumlanması gerekliliği karşısında, “din ve vicdan hürriyeti” nin bu inkılâp kanununun önüne geçirilebilmesine imkân bulunmadığı, Türk kadınının çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırılması, kadının ve ailenin korunması amacına yönelik olan “medeni nikâh” esasını benimsemesi ve ülkenin laik düzeninin korumayı hedefleyen bu inkılâp kanununun aksine tutum ve davranışları engellemeye matuf dava konusu kuralların gerçekte bu Anayasal ilkenin korunmasına yönelik bir ceza yaptırımından ibaret olduğu...” şeklindedir⁶⁶. Görüldüğü üzere mahkemenin karşı oy kullanan bazı üyelerinin, bireyin din ve vicdan hürriyeti konularında özgürlüğünün laiklik ilkesi gereğince, Anayasanın 174. maddesinde düzenlenen devrim yasalarıyla sınırlı olduğudur. Üyeler bireyin din ve vicdan hürriyetinin devrim yasalarının önüne geçmesinin mümkün olmadığını savunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi 1989 yılında vermiş olduğu bir kararında “*İnkılâp kanunlarının korunması başlığını taşıyan Anayasa'nın 174. maddesi kimi*

⁶⁶ AYM kararı, Esas Sayısı: 2014/36, Karar Sayısı : 2015/51, Karar Tarihi : 27.5.2015, R.G. Tarih-Sayı :10.06.2015-29382.

sözcük değişiklikleriyle 1961 Anayasası'nın 153. maddesinin yinelenmesi biçimindedir. Maddede, sıralanan sekiz yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı öngörülürken, bu Yasaların Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğu belirtilmiştir... 174. maddede belirtilen devrim yasaları birbirleriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır...⁶⁷. Mahkeme bir başka kararında da "Anayasa'nın 176. maddesinde, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasanın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır...insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti" kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir."⁶⁸. Bu kararda devrim yasalarından bahsedilmesi bizi zorunlu olarak devrimin anayasal ifadesiyle, Atatürk devrimleri kavramının açıklanmasına zorunlu olarak götürür. Bu noktada Anayasa Mahkemesi 1975 yılında bir yasanın anayasaya aykırılığı sebebiyle vermiş olduğu kararda, Atatürk devrimleri ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: " ...Devrimin kavramı, sözcüğün açık anlamından da belirleneceği üzere, durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir. .. Bilim ve tekniğin gelişmesi ile modern toplum yaşamının koşulları da sürekli olarak değişikliğe uğrar. Kendisini bu değişmeye uyduramayan, yani devrim yapamayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplumların sömürgesi olmaya mahkûmdurlar. İşte Atatürk devrimlerinde temel amaç, geri kalmışlıktan kurtulmak, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır..."⁶⁹. Aynı kararın karşı oy gerekçesinde ise " ...Atatürk devrimleri geçmişteki bir olgudur, yasalaşmıştır, Anayasayla korunmuştur ve yaşamaktadır... Öte yandan, Anayasa ve ilgili kanunların

⁶⁷ AYM Kararı, Esas Sayısı: 1989/1, Karar Sayısı: 1989/12, Karar Günü : 7.3.1989.

⁶⁸ AYM kararı , Esas Sayısı : 1984/14, Karar Sayısı : 1985/7, Karar Günü : 13/6/1985.

⁶⁹ AYM kararı, Esas sayısı: 1973/37, Karar sayısı: 1975/22, Karar günü:11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975, Resmi Gazete tarih/sayı:3.12.1975/15431.

öngörmediği ve Atatürk zamanında yapılmamış, özellikle ondan sonra yapılmış veya yapılacak bir devrimi, Atatürk'e mal etmeye ve Atatürk devrimi saymağa da imkân mevcut değildir. Örneğin, bazı çevrelerin savunduğu gibi, sosyalist veya Marksist bir hareketi, Atatürk devrimlerinin devamı gibi tanıtmak olanaksızdır. Bu nedenlerle çoğunluğun başlangıçtaki devrim deyimini Atatürk sözcüğünden ayırarak, salt bir anlam ve yoruma tâbi tutması açıkça Anayasa'nın lâfzına ve ruhuna aykırıdır. Şu halde çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmak, bilim ve teknikteki gelişmelere uymak için, "Atatürk Devrimleri" deyimine dayanılmaz.”⁷⁰.

Gerek 1961 Anayasanın “Devrim Kanunlarının Korunması” başlıklı 154. maddesi gerekse de 1982 Anayasasının “İnkılâp kanunlarının korunması” başlıklı 174. maddesinin içeriklerinin aynı (Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma) ve her ikisinin de devrim kanunlarının amacı olarak laiklik ilkesini korumak ve devamını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. 1982 Anayasasının 174. maddesinin gerekçesinde de Atatürk inkılâplarının batı medeniyet seviyesine ulaşmadaki önemlerinin tartışılmayacak kadar açık olduğu, lakin zaman zaman Atatürk inkılâplarının anlamını kavrayamayanların ortaya çıktığı veçhilesiyle, 1961 Anayasasındaki düzenlemenin 1982 Anayasasına da konulması gerektiği belirtilmiştir.

Tüm bu kararlar çerçevesinde çağdaş batı medeniyetleri esas alınmak suretiyle oluşturulan laiklik ilkesi aslında ülkenin geçmişte yaşamış olduğu toplumsal ve siyasal hadiselerin tekrar yaşanabileceği kaygısıyla *önemli hale gelmiştir*. Laiklik ilkesine, 1961 ve 1982 Anayasasında, Türkiye Cumhuriyeti'nin bu kaygılarını aşmada yardımcı olacak bir dayanak noktası/temel kriter rolü verilmiştir. Tüm bu anlatımlar çerçevesinde laik cumhuriyet kriterinin çağdaş medeniyet seviyesine ulaşma hedefine bilim ve aydınlanmacı felsefeyle ulaşılacağı ve bu amaçla oluşturulan devrim yasalarının da (1961 Anayasası 154. Madde, 1982 Anayasası 174. Madde) bu

⁷⁰ AYM kararı, Esas sayısı: 1973/37, Karar sayısı: 1975/22, Karar günü: 11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975.

hedefi sağlamada yardımcı olacağı düşüncesi hâkimdir. Hatta Anayasa Mahkemesi din ve düşünce hürriyetinin (zımnen başka hürriyetlerinde) devrim yasaları olarak kabul edilen düzenlemelerin önüne geçemeyeceğini ifade etmiştir⁷¹. Hülasa, bireyin hak ve özgürlüğü laik cumhuriyet ilkesi çerçevesinde devrim yasalarıyla sınırlı tutulmuştur.

3.5 Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi bireyin yaşamına yapılacak sınırlandırmanın *adaletli, dengeli, ve ölçülü* olmasını gerektirir. Ölçülülük ilkesini AIHS'nin tamamına hâkim bir ilke olarak tanımlayan AIHM, ölçülülük ilkesini toplumun menfaatleriyle bireyin temel hakları arasında bulunması gereken adil bir denge olarak kabul etmektedir (Metin, 2010 (b): 122). Temel hak ve özgürlükler bakımından kabul gören bazı ilkelerin sınırlandırılması mümkündür. Bu bakımdan ölçülülük, sınırlanabilir ilkeleri dengeleme aracı olarak kabul edilmektedir (Yüksel, 2015: 223).

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini şu şekilde tanımlamıştır: “*Yasa koyucu tarafından kullanılan aracın istenilen amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması gerekir. Araç istenilen sonuca varılmasına yardımcı olabiliyorsa elverişlidir. Yasa koyucu aynı derecede etkili olup ilgili temel hak üzerine sınırlayıcı etkisi daha az bir aracı bulamıyorsa araç gereklidir.*”. Bu noktada yapılan tanım çerçevesinde Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bir içtihadına bakmak yerinde olacaktır. Mahkeme kararında “*seçilen araçlar istenilen sonuçla makul (akılcı) bir ilişkide bulunmalıdır. Ona göre yurt dışına çıkarılma ile ilgili hükümlerin uygulanmasında ilgili hükmün koruduğu kamu menfaati ile yurt dışına çıkarılmanın bireyin ekonomik, mesleki ve şahsi varlığı için sonuçları ile beraber, yurt dışına gitmek istemeyen (Alman) karısıyla olan evliliği ve öteki sosyal ilişkilerin üzerine etkileri arasında bir dengenin kurulması şarttır.*“. Bu açıklamalar çerçevesinde Rumpf Alman doktrini ve uygulamasının ölçülülük ilkesini, bireyin ve kamunun, devletin ve idarenin hukuk ve menfaatlerin

⁷¹AYM Kararı, Esas Sayısı: 1989/1, Karar Sayısı: 1989/12, Karar Günü : 7.3.1989.

konumları arasındaki kaidesel uyumsuzlukları çözen, idarenin ve yasa koyucunun takdir yetkisine dizgin koyan, yargısal denetim sıklığını arttıran anayasal ölçüde bir hukuk ilkesi olduğunu belirtmiştir (Rumpf, 1993: 33-34-35)⁷². Kanada Yüksek Mahkemesi de vermiş olduğu R. V. Oakes kararında ölçülülük testinin kriterlerini şu şekilde belirlemiştir; a) Alınacak önlemler – araçlar- keyfi olmamalı, ayrıca bu önlemlerin -araçların- dikkatli bir şekilde dizayn edilmek suretiyle amaç ile arasında mantıklı –kabul edilebilir- bir ilişki olmalıdır, b) Seçilen araç söz konusu olan hakkı mümkün olduğunca en az şekilde etkilemelidir, c) Amaç ile sınırlama aracının o hak üzerindeki etkisi arasında orantı olmalıdır⁷³.

Anayasa Mahkemesi, Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun bazı maddelerinde değişiklik öngören kanuni düzenlemelerin, anayasaya uygunluğu bakımından başvuru üzerine yapmış olduğu inceleme neticesinde, bireyin özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda şu açıklamayı yapmıştır :
*“Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırılmamasıdır... Kişi özgürlüğünü, zamana, yere, kişiye göre değişen ölçütlerle polisin öznel değerlendirmesine bağlı olarak kısıtlayan, genel ahlâk ve edep kuralları gibi yaptırımını daha çok toplum vicdanında bulması ve kamu düzeninin ciddi olarak tehlikeye girmesi, söz konusu olmadıkça polisin müdahale etmemesi gereken bir alana, "kamu düzeni bakımından tasvip edilmeme" gibi içeriği açıkça anlaşılmayan bir kavrama dayanılarak, polisin müdahalesini sağlayan inceleme konusu kuralın, Anayasanın 2, 5, 13 ve 19. maddelerine aykırı olduğu sonucu...”*⁷⁴. Mahkemenin vermiş olduğu bu kararında ölçülülük ilkesi hakkında açık bir beyanın bulunmadığı görülse de, sınırlandırmanın yapılmasına sebep olan amacın özgürlüğün kullanımını ne kadar etkilediğinin

⁷² Bkz. BVerfGE 35, Bkz. BVerfGE 48, Bkz. BVerfGE 30.

⁷³ Kanada Yüksek Mahkemesi'nin R. v. Oakes kararı, 28.02.1986, Dava Numarası: 17550, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>, E. Tarihi: 21.03.2016.

⁷⁴ AYM kararı, Esas Sayısı: 1985/8, Karar Sayısı: 1986/27, Karar Günü: 26.11.1986.

tespit edilmesinin güç olduğu vurgulanmış, kanaatimizce zımnen ölçülülük ilkesinin dikkate alındığı ifade edilmiştir.

Rumpf, ölçülülük ilkesinin “gereklilik”, “elverişlilik” ve “orantılılık” kriterlerinin Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından da kabul edildiğini ifade etmektedir (Rumpf, 1993: 29). Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında ölçülülük ilkesinin alt unsurlarını açıklamaya çalışmıştır. AYM, ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden olan elverişliliği, belirlenen önlemin hedeflenen amaca ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya; zorunluluk-gerekliliği, belirlenen önlemin amacına ulaşma yönünden zorunlu olup olmadığına; oranlılığı, sınırlamayla belirlenen amaç ile amaca ulaşmada kullanılacak aracın (yöntemin) ölçsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığının tespiti olarak açıklamıştır⁷⁵. Ölçülülük ilkesinin alt bileşenlerini ayrı ayrı ele almanın daha anlaşılabilir olacağını düşünmekteyiz.

3.5.1 Elverişlilik

Hukuk devletinin temel kriterlerinden bir tanesi de, yasa koyucunun bireyin hak ve özgürlüklerine yönelik almış olduğu kararların, amaca uygun olması gerektiğidir. Çünkü bu kararların amaca uygunluğu, kamu gücünün bireyler aleyhine kullanımını önlemektedir (Metin, 2002: 26). Elverişlilik, sınırlamada başvuru aracının, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasıdır. Belirlenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak olan aracın kısmen elverişli olması yeterli ve fakat ulaşılmaya çalışılan amacı *akamete uğratan* araç elverişli değildir (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2010: 185). Bir başka anlatımla, uygulamaya konulacak olan aracın istenilen –arzu edilen- amaca olan yakınlığı veya uzaklığı o aracın elverişliliğinin test edilmesini sağlar. Aracın amaca yakınlığı alınan kararların –uygulamaya konulan aracın- doğru olduğunu gösterirken tam tersi bir durum aracın seçiminin yanlışlığını ortaya koyacaktır (Metin, 2002:26). Bu noktada Kanada Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu Benner v. Kanada kararına bakmak yerinde olacaktır. Başvuran Amerikalı baba ve Kanadalı bir annenin çocuğu olarak Kanada dışında dünyaya gelmiştir.

⁷⁵ AYM kararı, Esas Sayısı: 1985/8, Karar Sayısı: 1986/27, Karar Günü: 26.11.1986.

Başvuran Kanada vatandaşı değildir ve Kanada vatandaşı olmak için başvuruda bulunmuştur⁷⁶. Ancak yapılan güvenlik soruşturmasından geçemediğinden talebi reddedilmiştir. İfade edilen bu düzenlemenin amacının, Kanadalı vatandaşların güvenliğini korumak olduğu öne sürülse de Mahkeme, beklenen amacın, tercih edilen araç ile gerçekleşmesi arasında bir ilişki kuramamıştır. Çünkü Mahkemeye göre Kanadalı bir annenin, Kanadalı bir babadan güvenlik yönünden daha sakıncalı olduğunun düşünülmesi mümkün değildir (Yüksel, 2015: 231)⁷⁷.

Elverişlilik denetiminin icra edilmesinde iki sorunla karşılaşılmaktadır. Bu sorunlardan birincisi, kanun koyucunun uygulamaya koyduğu düzenleme ile neyi amaçladığı anlaşılammamaktadır. Lakin, amacın anlaşılammaması gerekçe olarak öne sürülemez. Amanın mutlaka tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü kanun koyucu, anayasanın izin vermediği bir amaca dayanak oluşturacak şekilde düzenleme yapma yetkisine sahip değildir. Diğer sorun ise kanun koyucunun tercih ettiği aracın arzu edilen amaca etki derecesinin, aracın elverişli veya elverişsiz olduğunun kabulü için ne olduğudur. Bu noktada Federal Almanya Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun uygun gördüğü aracın, amacı kısmen gerçekleştirmesini –bütünün gerçekleşmesine gerek yoktur- yeterli kabul etmektedir (Metin, 2002: 27).

Elverişlilikte karşılaşılan bir başka sorunda zaman ile ilgilidir. Kanun koyucunun düzenleme kapsamında tercih ettiği aracın zaman içerisinde amaca hizmet etmemesi mümkündür. Peki böyle bir durumda ne yapılması gerekmektedir? Bu noktada Yargıç Barak ve Grabitz'in görüşleri birbirine yakındır. Her ikisi de, düzenleme yapılırken ve daha sonraki süreçte düzenlemenin zaman içerisinde meydana getirdiği etkileri de dikkate almak gerektiğini savunmaktadırlar (Yüksel, 2015: 233; Metin, 2002: 30).

⁷⁶ Başvuranın müracaatta bulunduğu tarihte babası Kanadalı olan ve Kanada dışında doğan bir çocuğun otomatik olarak Kanada vatandaşlığı kazanacağı ancak, Kanadalı bir anneden Kanada dışında doğan bir çocuğun ise güvenlik soruşturması neticesinde Kanada vatandaşlığı kazanabileceği düzenlenmiştir.

⁷⁷ Kanada Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararın ayrıntısı için bkz. <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1482/index.do>, E. Tarihi: 21.03.2016.

3.5.2 Gereklilik

Gereklilik ilkesi bir tercih yapma durumudur. Amaç olarak belirlenen hedefe (sınırlandırmayı gerçekleştirmeye) ulaşmada en uygun olan (*en yumuşak*) aracın/yöntemin belirlenmesidir. Gereklilik ilkesinin uygulanması, amacın gerçekleşmesinde bir başka bireyin özgürlük alanına müdahale ederken tespit etmiş olduğu birden fazla seçenekten, bireyin özgürlük alanına en az veya hiç müdahale etmeyen yöntemin /aracın belirlenmesidir. Dolayısıyla bu ilkeyi bir başka bireyin özgürlük alanına yapılacak müdahalelerin içerisinde, en az müdahaleyi gerektiren aracın/yöntemin uygulama derecesinin denetlenmesi olarak da görebiliriz (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2010: 185).

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi her somut olayda öncelikle araçlar içerisinde amaca ulaşma bakımından eşit etkiye sahip olanı değerlendirmektedir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin bu yönde verdiği bir karar şu şekildedir: Hayvan hastalıklarını önlemeye yarayan bir ilacı hayvan tacirlerinin sipariş almak suretiyle satmalarını yasaklayan hükmü (insan sağlığına zararlı olduğu için) Mahkeme gereklilik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme yasaklamaya neden olan/ulaşılacak istenen amacın insan sağlığını korumak olduğunu, pek tabii bu amaca ulaşma yönünde hayvan tacirlerinin meslek özgürlüklerini en az etkileyecek bir başka araç/yöntemle de bunun sağlanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme gezici tacirler tarafından ilaç siparişi alınmasını sadece reçeteye tabi ilaçlar açısından yasaklamanın da, halk sağlığının korunmasına olanak tanıyacağına karar vermiştir (Sağlam, 1982: 115)⁷⁸. Görüldüğü üzere Mahkeme ulaşılacak istenen amacı gerçekleştirecek, hak ve özgürlüğü etkilenecek olan birey açısından en az sınırlandırmaya tabi olacağı aracı/yöntemi seçmek suretiyle, araç - amaç ile bireyin hak ve özgürlükleri ve kamu menfaati arasında ters orantı kurmak suretiyle en optimal olanı elde etmeye çalışmaktadır.

Gereklilik ölçütünün somutlaştırılması maddi, zaman, yer ve kişi bakımından ele alınmak suretiyle yapılmalıdır. Maddi açıdan gereklilik

⁷⁸ Bkz. BVerfGE 17

ölçütünün somutlaştırılmasında, amaca ulaşmada mümkün olduğunca birey hak ve özgürlüklerinin en az derecede etkilenmesi arzu edilmektedir. Alınacak tedbirin amacı tehlikeye düşürme ihtimali söz konusu ise zaman yönünden düzenleme yapılabilir –örneğin inşaat yasağı-. Yer bakımından ise yapılacak sınırlamanın, genel bir bölge veya alandan ziyade daha dar bir lokasyonu etkilemesi sağlanmaktadır. Amaca yönelik kullanılacak araçların (sınırlamaların) geneli değil belirli kişi veya kişileri kapsamsı da kişi yönünden gereklilik ölçütünün somutlaştırılmasında dikkat edilmesi gereken bir husustur (Metin, 2002: 35)⁷⁹.

3.5.3 Oranlilik

Oranlilik ilkesi ilk bakışta menfaatlerin karşılıklı tartılıp değerlendirilmesi gibi görünebilir. Fakat bundan daha farklı ve fazlasını gerektiren bir ilkedir. Çünkü karşılıklı değerlendirme (tartma) sınırlılığı ifade eder. Mamafih, sınırlandırmaya konu olan menfaatlerin değerlendirmesi süreci konunun daha geniş bir perspektiften ele alınmasını gerektirir (Kılıçoğlu ve Şenocak, 2010: 197).

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi oranlilik ilkesini, yapılacak sınırlandırmanın muhatap olduğu kişiye beklenenden fazla yük (*ölçüsüz bir yükümlülük*) getirmemesi olarak görmüştür⁸⁰. Fakat bu şekilde bir bakış açısı yasa koyucunun yetkilerinde mutlak bir sınırlandırma getirildiği şeklinde anlaşılmalıdır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesine göre de oranlilik açısından “*amaç ve araç birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamalıdır*”⁸¹. Bu bakımdan amaç ile araç arasında olumsuz bir duruş bulunmaktadır. Araçla amacın oranlı-ölçülü olması uygulama bakımından zaten mümkün olmadığından tespit edilmesi gereken uygulanan sınırlamanın *ölçüsüz olmamasıdır* (Sağlam,1982:116).

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulrich Zimmerli, Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit im öffentlichen Recht, ZSR, Band 97, Heft 1, Halbband 2, 1978, s. 14-15.

⁸⁰ Bkz. BVerfGE 7,s.405vd.

⁸¹ Bkz. BVerfGE 7.

Orantılılık sonuç odaklı bir aşamadır. Sonuç aşamasında, kanun koyucunun hedeflediği amacın gerçekleşmesi için uygun gördüğü aracın, öngördüğü olumlu etkisiyle, bu aracın uygulaması sonrasında ortaya çıkan olumsuz etkinin karşılaştırılması yapılır. Örneğin bir kişinin mülkiyetine zarar verme eylemine karşılık failin polis tarafından öldürülebilmesini düzenleyen bir kanun maddesi ölçülülük ilkesinin ilk iki ölçütü olan zorunluluk ve elverişliliğe aykırı olmayabilir. Ancak polisin öldürme eylemi, özel bir mülkiyetin korunma hakkıyla kişinin yaşam hakkı arasında bir orantının bulunmadığını net bir şekilde göstermektedir (Barak, 2012: 342).

1. YAŞAM HAKKI

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikli olarak yaşam hakkı incelenecektir. Çünkü diğer hakların kullanılmasının ön koşulu yaşam hakkıdır. İnsan haklarının varlık şartı olan yaşam hakkı üstün bir haktır. Öyle ki toplumun yaşamını tehdit eden bir durumun varlığında dahi yaşam hakkına aykırı önlem almak mümkün değildir (Keser, 2014: 92). Eğer bir kimse yaşam hakkından mahrum bırakılmakla karşı karşıya kalırsa o kişinin diğer hakları anlamsız kalacaktır (Korff, 2006: 6). Yaşam hakkı 1982 Anayasası'nda, AİHS'de ve BMİHEB'de diğer hak ve özgürlüklerden önce yer almaktadır. Dizgide bu düzenleme doğal olarak yaşam hakkının diğer tüm hak ve özgürlüklerin temelini oluşturduğunun göstergesidir. AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı herkesin yaşam hakkını korumaya çalışmaktadır. Sözleşmenin korumaya çalıştığı insan yaşamıdır. Yaşam hakkı düzenlemesi ne bir hayvan ne de bir tüzel kişinin, bu haktan korunması amacıyla düzenlenmemiştir (Korff, 2006: 8).

1982 Anayasasının 17. maddesindeki düzenleme ve AİHS'nin 2. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır*” hükmü, yasa koyucu organ ve tabi olarak da devleti (*sınırlı bir şekilde de olsa*) bireyin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü altına sokmaktadır (Metin, 2010 (b): 116). Devlet sorumluluk alanında yaşayan bireyin yaşamını korumalı ve sürdürmesi önündeki engelleri kaldırmalıdır. Kişinin yaşam hakkı ve bu hakka devlet tarafından yapılabilecek müdahaleler akla, zaman zaman gündelik hayatta tartışılan ötenaziyi ve bireyin özgürlüğünün en bariz şekilde kısıtlandığı gözaltında meydana gelen intihar olaylarını getirmektedir. Bu sebeple çalışmamızın bu başlığı altında öncelikle “intihar ve ötenaziyi” inceleyeceğiz.

1.1 İntihar veya Ötenazi

1982 Anayasasının 17. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. AİHS'nin 2. maddesinde de yaşam hakkı düzenlenmiş ve bu hakkın yasanın koruması altında olduğu belirtilmiştir. Bireyin yaşam hakkının varlığı ve dokunulmazlığının kabulü, bu hakkın kullanımının birey açısından sınırsız olup-

olmadığı sorusunu getirmektedir. Birey kendi yaşam hakkına sahiptir fakat bu sahip olma durumu ona yaşamına istediği zaman son verme hakkını da verir mi? TDK tarafından kişinin kendi hayatına son vermesi şeklinde tanımlanan intihar, klasik manada kişinin kendini öldürmesidir. Bireyin bir hukuk varlığı olarak kabul edilmesi onun insan olmasından kaynaklanmaktadır. Bireyin hukuk ve reel hayatta değer ifade etmesi veya bireysel kişilik hakkına sahip olması ancak yaşaması ile mümkünlük kazandığından gerek bireyin gerekse de bir başka kişinin bu hakka son verme yetkisi yoktur. Bireyin beden bütünlüğüne dokunulmazlık fikri, bireyin hayatı açısından “öldürülemezlik ilkesini” oluşturmaktadır. İlke gereği birey, bu ilkeyi etkisiz kılacak her türlü eylemden korunmalıdır (Yıldız, 2004: 115). Çalışmamız açısından ele alındığında devletin bireyi intihardan koruması nasıl ve hangi hallerde gerçekleştirileceğinin incelenmesi gerekmektedir.

1982 Anayasanın 17. maddesinde birey için kullanılan “...yaşama ... hakkına sahiptir “ ifadesi, devletin hem negatif hem de pozitif yükümlülüğünü ifade etmektedir. Devlet bireyin Anayasanın 12. maddesinde zikredildiği vazgeçilmez ve devredilmez olan haklarından yaşam hakkına müdahale edemeyecek (negatif yükümlülük), aynı zamanda ve anda bireyin yaşam hakkını tehlikelerden koruyacaktır.

Daha önceki zamanlarda intihar eden veya intihara teşebbüs edenler cezalandırılır ve mallarına el konulmuş. Ancak bugünkü hukuk sisteminde her iki durumda suç olarak kabul edilmemektedir. Bunun sebebi olarak da verilecek cezanın bireyin böyle bir eyleme başvurmasını önlemekten ziyade, içinde bulunduğu ruh hali sebebiyle yaşamına son verme yönünden olumsuz etki doğuracak olmasındandır (Yıldız, 2004: 116). Devletin pozitif yükümlülüğünün gereği olarak bireyin yaşamını devam ettirmesini sağlaması gerektiğinden bu şekilde bir düzenlemenin amacıyla orantılı olarak yerinde olduğu söylenebilir.

Bireyin yaşamına kendisinin son vermesi olarak kabul edilen intihar eylemini iki farklı açıdan incelemek gerekir. Bunlardan bir tanesi bireyin yaşamına bir başka

kişinin yardım/teşvik etmesi sonucu son vermesi¹ diğeri ise devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülükler sebebiyle bireyin intihar etmesini önleyecek tedbirler almamasıdır.

Konuya birinci açıdan baktığımızda, bireyin intihar etmesini sağlamak TCK'nun 84. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Madde de başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin cezalandırılacağı belirtilirken, intiharın gerçekleşmesi ve intihara alenen teşvik edilmesi halinde cezanın ağırlaştırılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu şu hallerde de suçun nev'inde değişiklik olacağını belirtmiştir. Bunlar; işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle, cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenlerin kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı belirtilmiştir.

TCK'nın 84. maddesinin gerekçesinde insanın güdüsel olarak hayatını sürdürme eğilimli olduğu belirtilerek, algılama yeteneğinin olmaması veya hastalığın vermiş olduğu *acı ve ızdırabın* etkisiyle kişinin hayatına son verme yönünde bir fikre sahip olabileceği belirtilmiştir. Kişi bu fikrini irade açıklamasıyla ortaya koyar. Ancak bu durumda bulunan kişinin doğru ve sağlıklı karar vermesi beklenemez. Bu durumda bulunan kişinin intihar veya intihara teşebbüs yönünde ortaya koyduğu davranışın cezalandırılabilir olmadığı, buna mukabil bir başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişinin bu fiillerinin cezalandırılması gerektiği ifade edilmiştir.

TCK'nın gerekçesinde yukarıda da belirtildiği üzere intihara yönlendirme bakımından kişinin içinde bulunduğu hastalıktan ötürü, acı ve ızdırap dolu yaşamdan kurtulma isteği gösterilmiştir. Bu hususta AİHM'nin TCK'nın gerekçesinde yer alan düzenlemeye benzer bir olayla ilgili olarak vermiş olduğu kararının incelenmesinin

¹ Nitekim Türk Ceza Kanununun bazı maddelerinde değişiklik yapan 29/6/2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun 10. Maddesindeki düzenlemeyle madde başlığı "*intihar*" iken "*intihara yönlendirme*" olarak değiştirilmiştir.

çalışmamızın konusunu daha anlaşılır kılacağı gibi AİHM'nin intihara yönlendirme suçuyla ilgili olarak görüşlerini anlamamıza yardımcı olacağını düşüncesindeyiz.

Pretty/Birleşik Krallık davasında başvuru Bayan Pretty, 43 yaşında, evli, kronik ve tedavisi olmayan motor nöron hastalığından (MND) muzdarip, felç olması sebebiyle konuşma yeteneğini büyük çoğunlukla kaybetmiş buna karşın akli melekelerini ve karar verme kapasitesini kaybetmemiştir. Fakat Bayan Pretty hastalığın seyri süresince hastalık nedeniyle yoğun üzüntü ve ıstırap içerisinde. Bayan Pretty, hastalığının tedavisinin bulunmamasından ve sürekli yaşamış olduğu korku ve bir başkasına muhtaç olmaktan kaynaklanan gurur incinmesinden dolayı, intihar etmeye karar vermiş ve bu konuda kocasından yardım istemiştir (akli melekeleri yerinde fakat fiziki olarak intihar edemeyecek durumda). Bayan Pretty'nin yaşamış olduğu Birleşik Krallıkta intihar etmek suç değil ve fakat tıpkı Türkiye'de olduğu gibi intihar etme düşüncesinde olan birisine yardım etmek suçtur. Birleşik Krallık'ta intihara yönlendirme suçunun davasını açma yetkisi Başsavcıdadır. Bayan Pretty, Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak kocasının, ölümüne (intiharına) yardımcı olması durumunda herhangi bir cezai soruşturmaya uğramayacağı hususunda talepte bulunmuş, ancak Cumhuriyet Başsavcısı talebi reddetmiştir. Ulusal mahkemeye giden Bayan Pretty'nin bu başvurusu yerel mahkemelerce de reddedilmiştir. Bunun üzerine Bayan Pretty AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM öncelikle, AİHS'nin 2. maddesinin kişilere intihar etme hakkı tanıdığı iddiasını kabul etmemiştir. Mahkeme, bu maddenin *“yaşamı risk altında bulunan bir kişiyi korumak için önleyici eylemsel tedbirler”* almak yönünden devlete, pozitif yükümlülük getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme kararında; *“2. maddede güvence altına alınan “yaşam hakkının” yorumlanmasının olumsuz bir yön içerdiği şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindedir... 2. madde, herhangi bir dil çarpıtması olmadan, tamamen zıt bir hakkı verdiği şeklinde yorumlanamaz, bir ölme hakkı ya da bu madde bireyin yaşamaktansa ölmeyi seçme hakkı bağlamında kendi kaderini tayin hakkını yaratamaz. Mahkeme buna göre ister üçüncü bir kişinin*

eliyle olsun, ister kamu makamlarının yardımı ile olsun ölme hakkı gibi bir hakkın AİHS'nin 2. maddesinden türetilmeyeceğine belirtmiştir².

Bayan Pretty yaşamış olduğu acılar sebebiyle “*onur kırıcı muamele*” olarak yorumlanabilecek derecede acı çektiğini ve devletin pozitif yükümlülüğü gereğince kendisine acıdan kurtulması yönünde, AİHS'nin 3. maddesi (işkence yasağı) çerçevesinde yardım etmesi gerektiğini savunmuştur. Mahkeme ise 3. maddenin tek başına değil 2. madde ile birlikte yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme AİHS'nin 3. maddesinin devletlere, başvuruçunun durumundaki gibi kişilerin hayatlarına son verilmesine yardımcı olacak eylemlere izin vermediğini belirtmiştir³.

Bayan Pretty bireyin kendi geleceğini tayin hakkının AİHS'nin tamamında ancak özellikle 8. madde kapsamında korunduğunu belirtmiştir. Bayan Pretty kendi geleceğini tayin hakkı kapsamında kişinin, bedeni üzerinde nasıl ve ne zaman öleceğine karar verebilme hakkının bulunduğunu ve bu sebeple kocasının kendi ölümüne yardım etmesinin *kesin olarak yasaklanması* 8. maddenin ihlali olacağını iddia etmiştir (Nomer, 2014: 47). Mahkeme, kişinin akıl sağlığının yerinde olması halinde kendi hayatı açısından önemli olan bir tıbbi müdahaleyi reddetmesinin kabul edilebileceğini belirtmiştir. Eğer kişi bu tıbbi müdahaleyi kabul etmemesine rağmen müdahale gerçekleşirse 8. maddenin ihlalinin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerektiğini ifade etmiştir. Ancak bu davada ileri sürülen husus farklıdır. Gerekli bir tıbbi müdahalenin yapılıp/yapılmaması değil, kocasının hastaya ölümü hususunda yardım etmesinin sağlanması talep edilmektedir. Mahkeme 8. maddenin ikinci fıkrasını hatırlatarak, özel yaşama yapılacak müdahalenin *demokratik toplum için gerekli ve kanunla uyumlu olması şartını* hatırlatmıştır. Mahkeme başvuruçunun talebine izin verilmemesinin nedeninin *yaşamı korumak* olduğunu, bununla da bu durumda olan diğer hastaların korunmasının sağlandığını ifade etmiştir (Nomer, 2014: 47).

Bayan Pretty en son olarak kocasının intiharına/hayatına son vermesine yardımcı olunmasına izin verilmemesini, AİHS'nin 14. maddesinde düzenlenen

² Pretty-Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002, prf. 39-40.

³ Pretty-Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002, prf. 39-40, prf. 54-55.

ayrımcılık yasağının ihlali olduğunu savunmuştur. Çünkü başvurucuya göre, kendi durumunda olmayan, fiziki yeterliliğe intihar etme fiilini gerçekleştirme yönünde sahip olan bir kişinin, hiç kimseden izin almaksızın bu eylemi gerçekleştirebildiğini, ancak kendisinin fiziksel yetersizliği sebebiyle bu fiili gerçekleştiremeyecek olmasından ötürü, bir başkasından yardım talep etmesinin kanunen yasak olmasını ayrımcılık olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre *yasanın fiziksel olarak intihar etme yetisine sahip olanlar ve olmayanlar arasında bir fark gözetmemesinin objektif ve makul bir haklı gerekçesi vardır... Bu iki kategori arasındaki sınır çizgisi her zaman çok hassas olacaktır ve yasada intihar etme yetisine sahip olmayanlara bir muafiyetin getirilmesinin, 1961 tarihli Yasanın güvence altına almayı amaçladığı yaşam hakkını ciddi bir şekilde zayıflatarak suiistimal riskini büyük ölçüde artıracaktır.*” Mahkeme bu gerekçeyle düzenlemenin, AİHS’nin 14. maddesine aykırı olmadığını savunmuştur (Korff, 2006: 22). Bu kararın en önemli yönü AİHM’nin başvuru kapsamında, intihara yardım etme eylemini ilgilendirecek tüm maddeleri bakımından değerlendirmiş olmasıdır. Nitekim Mahkeme bu davayı AİHS’nin 2, 3, 8, 9 ve 14. maddeleri çerçevesinde değerlendirmiş, yaşam hakkının kutsallığını ve kişi yönünden önemini temellendirdiği kararında başvurucunun tüm savlarını farklı gerekçelerle reddetmiştir.

1.2 Gözaltındayken İntihar

Yapılan birçok çalışmada cezaevinde meydana gelen ölümlerin nedenleri incelendiğinde doğal ölümlerin birinci sırada, intiharların ikinci sırada ve cinayetlerin de en sonda yer aldığı görülmektedir. Örneğin Türkiye’nin Çukurova Bölgesi’nde yapılan bir çalışmada tespit edilen 107 gözaltı ve cezaevi ölümünün 65’inin (% 60.74) doğal sebeplerle, 19’unun (% 17.75) intihar nedeniyle, 10’unun (% 9.39) ise cinayet sonucu meydana geldiği kayıtların tetkiklerinden anlaşılmıştır (Erkol ve diğerleri, 2006: 20). İstanbul’da yapılan bir başka çalışmada ise 57 vakanın % 44’ünün doğal sebeplerle, % 25’inin cinayet sonucu, % 13’ünün intihar nedeniyle, % 7’sinin ise kaza sonucu öldüğü bildirilmiştir (Erkol ve diğerleri, 2006: 20). Yapılan bir çok çalışmada da gözaltında intihar etme şeklinin “ası” veya

“*strangulasyon*” olduğu tespit edilmiştir (Erkol ve diğerleri, 2006: 21)⁴. Yapılan tüm çalışmalardan anlaşılacağı üzere gözaltında veya tutuklu iken gerçekleştirilen intihar vakalarının sayısının yüksek olduğu ve bu vakaların ağırlıklı bir oranının gerçekleştirme yönteminin kişinin kendisini asmaı şeklinde gerçekleştiği görülmektedir.

Kişinin gözaltına alındıktan sonra intihar etmesi halinde olayda görevlilerin kusurunun bulunduğu düşünülürse intihar edenin yakınları önce ulusal makamlara başvurarak iç hukuk yollarını tüketecek sonuç alamaz ise AİHS 2. maddesindeki yükümlülüklerin yerine getirilmediğini iddia ederek AİHM’ye bireysel başvuruda bulunabilecektir (Başak, 2002: 46).

Şırnak’ın Cizre ilçesinde A.T.’nin Jandarma Karakolunda gözaltında tutulduğu süre içerisinde intihar etmesini, kendisine yapılan başvuru çerçevesinde inceleyen AİHM, gözaltına alınan şahısların göz altı işlemi yapan birim ve yetkililerin gözetim ve denetimi altında bulduklarını, bu görevlilerin gözaltındaki kişilerin hayatını koruma yönünde pozitif yükümlülüğü yerine getirmede sorumlu olduklarını vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme herhangi bir gözaltında intihar vakasında, görevli makamların, bildikleri ya da bilmeleri gereken *kesin ve yakın bir ölüm riskinin* vuku bulmasını engellemek amacıyla kendilerinden beklenen her şeyi yapmadıklarının ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemenin bu genel tespitinden sonra ele alınan olaydaki tespitlerini anlaşılır kılmak amacıyla maddeler halinde inceleyeceğiz.

- a) Mahkeme bir şahsın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının ruhsal gerilimlere yol açabileceğini, bu durumunda gözaltındaki kişileri intihara sürükleyebileceğini belirtmiştir. Bu nedenle görevliler, kişilerin ruhsal

⁴ Detaylı bilgi için bkz. Hilal A, Meral D, Çekin N, Gülmen MK. Çukurova Bölgesindeki Gözaltı ve Cezaevi Ölümünün İncelenmesi. VI. Adli Bilimler Kongresi 28-30 Mayıs 2004 İstanbul, Program ve Özet Kitapçığı: 30; Koç, S, Çetin, G, Atılgan, M, Albek, E, Kolusayın, Ö., Tutuklu ve Gözaltındayken Ölen Kişilerde Otopsi Bulguları, 7. Ulusal Adli Tıp Günleri, 1-5 Kasım 1993 Poster Sunuları: 20-29; Christiansen WF, Gregersen M., Deaths Among Inmates in the Institutions of the Prison Service, Deaths in Prisons, County Jails etc. Ugeskr Laeger 1999 Mar 8;161(10):1410-1414 (Abstract) ; Shaw J, Baker D, Hunt IM, Moloney A, Appleby L. Suicide By Prisoners. National Clinical Survey. Br J Psychiatry, 2004 Mar 184: 263-267; Dooley E., Prison Suicide in England and Wales, 1972-87, Br J Psychiatry 1990 Jan;156: 40-45.

durumlarını göz önünde bulundurmak suretiyle, gözaltı birimlerini ve sistemlerini kişilerin intiharını kolaylaştıracak materyal ve unsurlardan mümkün olduğunca arındırmalıdır. Mahkeme, bu vakada Jandarma görevlilerinin gözaltına alınan kişinin intihar etmesini önlemek amacıyla alınması gereken önlemleri aldığı kanısındadır (şahsın üzeri aranmış, kemeri ve ayakkabı bağları alınmıştır).

- b) Gözaltındaki kişiler mümkün olduğunca en kısa süre içerisinde kontrol edilmelidir. Mahkeme yaşanan olayda alınan ifadeler çerçevesinde, gözaltındaki kişilerin yarım saatte bir kontrol edildiklerini tespit etmiştir.
- c) Görevliler göz altına alınan şahsın içinde bulunduğu psikolojik durumu ve hareketlerini gözlemleyerek, intihar etme riskinin bulunup bulunmadığını tespit etmelidirler. Mahkeme A.T.'nin Jandarma Karakoluna geldiğinde sakin olduğunu, gömleğinin kollarını kesmek suretiyle yaptığı ipe intihar edebileceğini Jandarma görevlilerinin tahmin etmelerinin zor olduğunu belirtmiştir. Çünkü hazırlıklar ve intihar vakası büyük bir sessizlik içinde gerçekleşmiştir.
- d) Yukarıda izah edilen şartların oluşup gözaltındaki kişinin intihar edebileceği yönünde görevlilerde bir kanaatin oluşması halinde, nezarethanenin kontrolü için 24 saat nöbetçi görevlendirilmelidir. Mahkeme bu olayda Jandarma görevlilerinin, A.T.'nin bulunduğu nezarethanenin önünde 24 saat nöbetçi bulundurmak veya giysilerine el koymak gibi özel tedbirler almamakla suçlanamayacağı kanaatindedir. Tüm bu anlatılanlar çerçevesinde Mahkeme jandarma personelinin A.T. isimli şahsın gözaltındayken intihar etmesi hadisesinde kusurlarının bulunmadığına karar vermiştir (Dutertre, 2003: 29).

1.3 Maddi ve Manevi Varlığını Korumak

Çalışmamızın bu başlığı altında insan onuru kavramıyla kişinin maddî ve manevî varlığı ifadesi birlikte ele alınacaktır. Bunun sebebi iki kavram arasında fark bulunmadığı bilakis birbirleriyle zorunlu ve doğal bir ilişkinin var olmasındandır. Nitekim 1982 Anayasasının başlangıç bölümünde de her iki ifadenin birlikte kullanıldığı görülmektedir (*Her Türk vatandaşınınonurlu bir hayat sürdürme ve*

maddî ve manevî...). Genel kişilik hakkı (kanaatimizce bu ifade maddi/manevî kişiliği karşılamaktadır) dinamik olarak nitelendirilirken, insan onuru statik olarak değerlendirilmektedir (Gören, 1992: 174)⁵. Kişiliği geliştirme ilkesini özellikle insan onurunu koruma ilkesi çerçevesinde değerlendirmek gerekir (BVerfGE 35, 399). Ancak bu şekilde bir yaklaşımla insan onurunun 82 Anayasasının tüm maddelerini kapsayan/etkileyen bir hüküm oluşturduğu fikri kabul edilebilir. O halde insan onuru hukuksal açıdan *genel eylem özgürlüğü sağlayan* bağımsız bir temel haktır. (Gören,1992:174).

Anayasasının başlangıç bölümünde yer alan “*Her Türk vatandaşının ...onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu...*” hükmüyle (Gören,1992: 179) 17. maddesindeki “*maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı*” ve 5. maddesinde yer alan “*devletin temel amaç ve görevleri*” başlıklı düzenlemeler, devlete olumlu edimde bulunma yönünden pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Bu tür olumlu edim gerektiren hakların Anayasada yer alması bireye yargı yoluna başvurma hakkı (sübjektif kamu hakkı) vermez. Bu tür düzenlemeler bireye ve kanun uygulayıcılarına hak arama/tespit etme yönünden bir yetki tanımamakta ve fakat kanun koyucuya yönelik *siyasal nitelikte direktifler veren* hükümler olarak kabul edilmektedirler. Gören, 1982 Anayasasının başlangıç ve 17. maddesinde belirtilen düzenlemelere aykırı bir durumla karşılaşan vatandaşın, hukuk yoluna, Federal Almanya’da yürürlükte olan “*anayasal şikayet*” müessesine benzer bir uygulama aracılığıyla başvuramaması eksikliğini, “*anayasal şikayet*” mekanizmasına benzer bir düzenlemenin Türk hukuk sistemine kazandırılmasıyla çözüleceğini ifade etmektedir (Gören, 1992: 179-180). Gören’in ifade ettiği anayasal şikayet mekanizması (Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu), 12 Eylül 2010 tarihli referandum sonucunda, 6216 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile Anayasanın 148. maddesinde yer almıştır.

⁵ Detaylı bilgi için bkz. Durig, G., Die Menschen Auffassung des GG., JR. 1952, s.26.

İnsan onuru ahlaki bir değerdir. Anayasada düzenlenmiş olması insan onurunun hukuki bir değere yükseltildiğini gösterir. Bu sebeple devletin bireyin onurunu savunmak ve imkânları çerçevesinde onu korumak gibi pozitif bir yükümlülüğü vardır. Anayasa Mahkemesi (AYM) "*insan onuru*" kavramını⁶, kişinin hangi durumda bulunursa bulunsun insan olmasından ötürü kazandığı değer(ler)in tanınması ve sayılması olarak tanımlamış, insan haysiyeti değerinden daha aşağı düşünce ve davranışın buna muhatap olan kişiyi insan olmaktan çıkaracağını belirtmiştir⁷. Bireyin onuru ve maddi/manevi gelişimi kendisini ilgilendirir. Bu düşünce artık kısmi olarak doğrudur ve hemen hemen tüm pozitif hukuk sistemleri tarafından kabul görmektedir. Buradaki kısmilik, bireyin günümüz koşullarında yaşamış olduğu toplumun diğer bireylerini de etkileyecek karar ve eylemlerde bulunma zorunluluğunu göstermek amacıyla kullanılmıştır. Nitekim 1982 Anayasası da tıpkı Alman Anayasası gibi bireyin kişilik haklarına ve değerlerine karışmadan, bireyi bulunduğu topluma ait ve bağlı olması anlamında bir birey-toplum ilişkisi modelini benimsemiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin kararındaki şu ifadeler, bireyin toplumsal hayat içerisinde yaşayacağı süreci çok güzel ifade etmektedir: "*Birey eylem özgürlüğüne, kanun koyucu tarafından sosyal yaşamı geliştirmek ve desteklemek için o günün koşullarına göre katlanabilirlik ölçüsünde ve bireyin bağımsızlığının korunması koşuluyla konulacak sınırları hoş görmek zorundadır*" (Gören, 1992: 168).

1982 Anayasasının başlangıç ve 17. maddesinde zikredilen maddi/manevi kişiliği geliştirme temel hakkı, anayasanın diğer maddelerinde yer alan ve bireyi ilgilendiren tüm hakların temelini oluşturmaktadır. Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen "*maddi ve manevi kişiliği geliştirme hakkının*" sınırlandırılması için özel sınırlandırma sebepleri belirlenmemiştir. Bu hakkın sınırlandırılması için de Anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlandırma ilkeleri kabul edilecektir. Anayasada yer alan her hakkın merkezinde (çekirdeğinde) insan onuru bulunduğundan, sınırlandırmalar da bu temel yapıtaşına/çekirdeğe dokunmamak gerekir. Hatta öyle ki bu çekirdek (insan onuru), Anayasanın 13. maddesindeki genel

⁶ Mahkeme kararında *insan haysiyeti* şeklinde yer alan kavram, anlam karmaşasına neden olmamak amacıyla çalışmamızda insan onuru olarak yer almıştır.

⁷ AYM'nin Esas No: 1963/132, Karar Sayısı : 1966/29, Karar Günü : 28/6/1966.

sınırlandırma ilkeleriyle de zedelenemez (Gören, 1992: 174-175). O halde bireyin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkını kullanabilmesi anayasada yer alan tüm haklarının (yaşam, eğitim, din ve vicdan, düşünce özgürlüğü vb.) korunması ve yasal dayanaktan yoksun bir şekilde sınırlandırılmamasıyla mümkündür. İnsan onuru da tüm bu hakların çekirdeğinde/merkezinde olduğundan bireyin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkını sınırsız yaşamasının birinci koşulu, bireyin insanlık onuruna müdahale edilmemesidir. Öyle ki 1982 Anayasasının 13. maddesindeki genel kısıtlamalardan bile insanlık onuru etkilenmemelidir. Ancak bu şekilde birey anayasada ifade bulan “*maddi ve manevi kişiliğini*” geliştirebilir. Bu çerçevede insan onuru kavramının anayasada tekrardan ele alınmasında fayda olduğunu düşünüyoruz. Bu düşüncemizin sebepleri ise Gören’in⁸ a) Bireyin maddi ve manevi kişiliğinin gelişmesinde ve diğer haklarının kullanılmasında hayati öneme sahip insan onuru olgusunun, tıpkı Federal Almanya Anayasasında olduğu gibi anayasanın değiştirilemez hükümleri arasına eklenmesi düşüncesine katılıyoruz⁹; b) Eğer yasa koyucu tarafından temel hakların sınırlandırılmasında genel kısıtlama sebepleri belirlenecekse, zedelenmesi halinde bireyin tüm haklarının yok hükmüne düşeceği kabul edilen hayati öneme sahip bir olgunun, tıpkı “özüne dokunmama” ilkesi gibi bireyin haklarının kullanımının sınırını oluşturması gerekir. Diğer bir ifadeyle insan onuruna dokunmama ilkesinin anayasanın 13. maddesindeki genel sınırlandırma ilkeleri arasında sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

1.4 Tıbbi Müdahaleler

1982 Anayasasının 17. maddesinin ikinci fıkrasında “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*” hükmü bulunmaktadır. Hüküm

⁸ Gören’in aktardığına göre, Federal Almanya Anayasasının 1. maddesinin birinci fıkrası “İnsan onuru dokunulmazdır ona saygılı davranma ve onu koruma tüm devlet iktidarının görevidir.”; aynı anayasanın 79. maddesinin 3. fıkrasında “Anayasanın 1. Maddesinde vaz’edilmiş olan ilkelere dokunan bir değişiklik yasaklanmıştır.” (1993:169).

⁹ Kişinin onuru ifadesi 82 Anayasasının başlangıç bölümünde kullanılmaktadır. Anayasanın 4. Maddesinde geçen “...2’nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ... değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.” ifadesinin başlangıç bölümündeki kişi onuru kavramını da kapsadığı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce “insan onuru” kavramının daha net ve açık bir şekilde anayasada yer alması ve eğer değiştirilemeyecek hükümlerin anayasada yer alması sağlanacak ise “insan onuru” nunda bu ilkelere dokunulması gerektiği kanaatindeyiz.

gereği vücut dokunulmazlığı hakkı kişinin bir başkasına ve kendisine karşı beden bütünlüğünün korunması olup bu hak anayasal koruma altındadır (Özcan ve Özel, 2007: 51). Kişi “*hak ve borçlara sahip birer varlıktır*”. Kişilik ise kişi kavramını da kapsar fakat ondan daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Kişilik, hukuki anlamda hak ve borçlara sahip olma ve hukuki işlem yapabilme ehliyetini de içermektedir. Kişilik, bireyin değerlerinin hukuk düzeni tarafından korunmasıdır¹⁰. Bireyin kişilik hakları Türk Medeni Kanununda korunmaya çalışılmıştır. Bu hakkın içine, kişinin yaşam hakkı, beden bütünlüğü, sağlık hakkı, kişinin şeref ve onuru gibi konular girmektedir (Özcan ve Özel, 2007: 53).

Çalışmamız kapsamında ele alınması gereken konu kişinin sağlığına yapılacak olan fiziki müdahaleler olup bunu fiziki kişilik değerlerine müdahale olarak tanımlamak mümkündür. Fiziksel kişilik değerlerinin en önemlisi yaşamdır. Yaşamını devam ettirme konusunda her insan, dokunulmaz ve vazgeçilmez mutlak hak sahibidir. Bu nedenle kişi, gerek kendisi gerekse de başkası tarafından yaşamına son verme hakkına sahip değildir. Medeni Kanunun 23. maddesinde hiç kimsenin kişilik hak ve özgürlüğünden vazgeçemeyeceği; 24. maddesinde ise kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırılık durumları ve bu durumlardan korunma yolları düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun 45 ve 47. maddelerinde ise bireyin kişilik haklarına yapılacak ihlal halinde talep edebileceği maddi ve manevi tazminat hakkı düzenlenmiştir.

1.4.1. Tıbbi Müdahalelerin Zorunlu Olması

Öncelikle tıbbi müdahale kavramının tanımını yapmanın konunun sınırlarını çizmede yardımcı olacağını düşünmekteyiz. Tıbbi müdahaleyi, hekimlik eğitimini başarıyla tamamlamış ehil kişilerce, kişilerin hastalıklarının teşhis, tedavi veya hastalıklardan korunma amacıyla tıp ilminin kabul etmiş olduğu genel ilke ve kurallara göre, kişinin beklentilerini karşılama amaçlı fiziki ve ruhi girişim olarak tanımlamak mümkündür (Özcan ve Özel, 2007: 55). Kişide var olduğu düşünülen anormal veya eksik bazı fiziki özelliklerin giderilmesi maksadıyla gerçekleştirilen

¹⁰ Detaylı bilgi için bkz. Zevkliler, Aydın, Acabey, M. Beşir, Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Basım, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999, s.207; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 211, 441, Güven, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötenazi, Nobel Yayınları, Ankara, 2000, s.79, s.211,441.

çalışmalarda, tıbbî mûdahale olarak kabul edilebilir. Estetik ameliyatları bu kapsamda değerlendirmek mümkündür. Estetik ameliyatlarda kişi somut kabul edilebilecek bir hastalıktan (ağrı vb.) muzdarip değildir fakat buna rağmen kişiye tıbbî mûdahalede bulunulmaktadır. Çünkü bu tür mûdahalelerde amaç kişinin duyduğu ruhsal çöküntüye son vermektir. Dolayısıyla kişi ruhsal yönden tedavi edilmektedir (Zevklier, 1983: 28). Anayasal düzenleme açısından bakıldığında kişiye yapılacak mûdahalenin hukuki olarak kabul edilebilmesi için tıbbi mûdahale özelliği taşıması ve zorunluluk bulunması gerektiği anlaşılmaktadır. Yani yapılacak mûdahalenin tıp ilmi bakımından gerekli olması ve bu mûdahalenin tıp eğitimi almış sağlık çalıřanları¹¹ tarafından yerine getirilmesi gerekmektedir.

Kişinin tıbbi gerekçeyle dahi olsa vücut bütünlüğüne mûdahale etmek için anayasa iki şart öne sürmüştür. Bunlarda birincisi *tıbben zorunluluk* diğeri ise “*kanunda yazılı hallerin gerçekteşmesidir.*” Öncelikle tıbbi zorunluluk, hastanın/kişinin rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde ve kişiye tıbbî mûdahalede bulunulmadığı durumda, kişinin ölmesi veya telafisi güç zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunmasıdır. Sağlık çalışanı tarafından kişiye yapılacak mûdahalenin tıbbi nitelik taşıması, kanunda belirtilen amaçlardan birisi çerçevesinde icra edilmiş olmasını gerektirir. Sağlık çalışanının kişiye yapacağı mûdahalenin, *sağlık kazandırma* veya *tedavi* amaçlarından birisinin gerçekteşirilmesi için yapılması gerekmektedir. Bu amaçların gerçekteşirilmesi, hastanın yaşamını veya vücut tamlığını koruma, muzdarip olduğu ağrılardan kurtarma veya hastalıklara maruz kalmasını engelleyecek şekilde olmalıdır (Çakmut, 2003: 35).

Anayasada vücut bütünlüğüne mûdahalenin ikinci şartı “*kanunda yazılı hallerin gerçekteşmesi*” olarak düzenlenmiştir. Kişinin vücut bütünlüğüne yapılacak mûdahalenin sadece tıbben gerekli olması yeterli midir? Başka bir ifadeyle kişinin hak ve özgürlükleri açısından değerlendirildiğinde, bireyin rızası bulunmadan sadece tıbbi gereklilik mûdahale için yeterli midir? Öncelikle kişiye yapılacak mûdahalenin tıbbi bir mûdahale olarak nitelendirilebilmesi için “kişinin rızası” gerekmektedir

¹¹ Çalışma kapsamında incelenen diğer çalışmalarda *hekim* terimi kullanıldığı görülmüş olsa da, bu kavramın tüm tıp çalışanlarını (örneğin hemşireleri) karşılamadığı düşünöldüğünden, çalışmamızda *sağlık çalışanları* ifadesini kullanmayı uygun görmekteyiz.

(Çakmut, 2003: 41). Yani bir kişiye tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için hem tıbbi gereklilik hem de kişinin rızasının bulunması gerekmektedir. Tıbbi gereklilik anayasada ifade edildiğine göre, diğer şartı (kişinin rızası şartını) karşılayanda kanaatimizce anayasada geçen “*kanunda yazılı haller*” ifadesidir. Kanun koyucu üst norm metni olan anayasaya tafsilatlı açıklamalar yapmaktan çekinmektedir. Anayasada temel ilkeleri düzenleyerek ayrıntıyı kanuni metinlere bırakmaktadır. Kanun koyucu burada kanaatimizce “kişinin rızası” ifadesinden ziyade “*kanunda yazılı haller*” genellemesiyle, kişinin rızasının alınmadığı veya alınamadığı durumlarda bireyin yaşam hakkının aleyhine gelişebilecek durumların önüne geçmeye çalışmaktadır. Bu çerçevede Medeni Kanununun 24. maddesinin ikinci fıkrasında, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasının bulunmasını, kişilik haklarına yapılacak saldırı kapsamında değerlendirmemiştir. Ancak bu noktada esas tartışma kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalenin hukuki durumudur. Kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda vücut bütünlüğüne yapılacak müdahale çeşitleri üç kısma ayrılmaktadır.

İlk olarak kişinin rızasının beyan edemeyecek durumda bulunduğu acil vakalar: Bu gibi tıbbî zorunluluğun gerektirdiği durumlarda sağlık çalışanı, kişinin yararına ve iradesine uygun (bilinci yerinde olsaydı kuvvetle muhtemel açıklayacağı) bir eylemde bulunduğundan, yapılan tıbbî müdahale *vekaletsiz iş görme* kapsamında değerlendirilerek hukuka uygun sayılmalıdır. Trafik kazası neticesinde ağır bir şekilde yaralanan ve bilincini kaybeden bir kişiye, sağlık çalışanının yapmış olduğu tıbbî müdahale kişinin sağlığına dönmesi amacıyla onun yararına yapıldığından hukuka uygun olarak kabul edilmelidir¹². Bu tür durumlarda sağlık çalışanı hastanın/kişinin o an için rızasını gösterdiğini varsayar. Yani kişinin rızasını beyan edecek durumda olması halinde, tıbbi müdahaleye rıza göstereceği varsayılarak hareket edilmektedir. Şenocak, sağlık çalışanının bu tür bir vakayla karşılaşması halinde yapması gerekenin, orta zeka seviyesine sahip makul üçüncü bir kişinin ne yönde karar vereceğini belirlemesi olduğunu ifade etmektedir (Şenocak, 1998: 43).

¹² Çeker, Mustafa, Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf, E. Tarihi: 17.10.2015.

İkinci olarak kişinin rızasının beyan edemeyecek durumda bulunduğu toleranslı vakalar: Kişinin rızasını almadan gerçekleştirilen ve tıbbi zorunluluk kabul edilen bir diğer müdahale şeklide “*ameliyatın genişletilmesidir*”. Kişi, narkozun etkisi altındayken gerçekleştirilen ameliyatta ortaya çıkan yeni durum hakkında bilgilendirilmesi mümkün olmadığından ne şekilde hareket edeceği tartışmalıdır. Kural olarak ameliyatın genişletilmesi durumunda da kişinin rızasının alınması gerekmektedir. Fakat hastanın bilincinin yerinde olmaması durumu bunu mümkün kılmamaktadır. Bu durumda daha önce tespit edilmeyen fakat ameliyat sırasında ortaya çıkan ve kişinin hayatı açısından tehlike arz eden vakalarda rıza şartı aranmaz¹³. Hastanın rızasını almak için yapılmakta olan müdahaleye son verip sonra hastaya narkoz vererek müdahaleye devam etmek hastanın sağlığı açısından ciddi zararların oluşmasına sebep olacaksa, sağlık çalışanın müdahaleye ara vermeksizin devam etmesi gerekir. Fakat tam tersi bir durumun söz konusu olması halinde hastaya yapılacak ikinci müdahale için beklenmeli, hasta bilgilendirildikten sonra müdahale yapılmalıdır (Çakmut, 2003: 232). Örneğin; bir kadın hastanın cinsel organında ameliyat sırasında tespit edilen kanser hücrelerinin varlığı sebebiyle hastanın rahminin alınması, hastanın iradesini beyan edemeyecek durumda olması gerekçe gösterilerek gerçekleştirilemez. Çünkü yapılabilecek bu tür bir müdahale kadın hastanın o an için hayatının kurtulmasına yardımcı olmayacağı gibi, hasta için gelecek yaşamını özellikle psikolojik yönden etkileyecek bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu bakımdan bu derece önemli bir kararın alınmasında hastanın rızasının bulunması da gereklidir (Özbilen, 2013: 104).

Üçüncü olarak kişilik hakkı, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, sağlığın korunması ile tıbbi müdahalede bulunulması arasında bir çatışma vardır. Bu çatışmanın temeli aslında, kişilik hakkı ile tıbbi müdahale arasındaki sıkı ilişkiye dayanmaktadır. Çünkü kişinin sağlığı için ve hatta bazen toplum sağlığı için yapılacak müdahaleler kişinin yaşam, vücut bütünlüğü vb. değerlerine yapılmış bir müdahale olarak değerlendirilebilmektedir. Lâkin, yetkili tıp personeli tarafından kişinin bedeni üzerinde kendi menfaati amacıyla yapılacak her müdahale için

¹³Çeker, Mustafa, Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tibbimudahaleler.rtf, E. Tarihi: 17.10.2015.

hukuksuz nitelendirmesini yapmak doğru değildir. Bu sebeple, kişiye bireysel ve toplumsal yararı sebebiyle yapılacak müdahalelerin hukukilik kazanmasının sınırları net olarak belirlenmelidir¹⁴. Kişinin rızası olmadan yapılacak müdahalenin hukuka uygun olmadığı bir gerçek olmakla birlikte, bazı hallerde, kişinin rızasının bulunmaması halinde dahi yapılan işlem hukuksuz sayılmayacaktır. Örneğin, toplum sağlığının korunmasına yönelik yapılan aşılar veya yine toplum sağlığı açısından bulaşıcı bir hastalığın önlenmesi veya yayılmasını engellemek amacıyla yapılan müdahaleler kişilik hakkına müdahale olarak değerlendirilmeyecektir (Özcan ve Özel, 2008: 54).

Anayasanın 17. maddesinde rızanın bulunması ifadesi, kişinin kendisine yapılacak müdahaleden önce bilgi sahibi olması anlamına gelmektedir. Kişiyi gerekli olduğu düşünülen müdahale yapılmadan önce müdahale hakkında bilgilendirilmesi, müdahaleyi kabul ettiği beyanın alınması, yapılacak müdahalenin tıp ilminin kabul edilen genel ilke ve kurallarına uygun olması ve pek tabii müdahalenin teşhis ve tedavi amacıyla yapılması koşuluyla hukuki nitelik taşıyabilmektedir. Aksi takdirde teşhis ve tedavi amacı taşımayan tüm müdahaleler ve deney temelli tüm girişimler bireyin kişilik haklarına yapılacak müdahaledir (Özcan ve Özel, 2008: 52).

Kişinin yaşamıyla ilgili kararları kendisinin vermesinden daha önemli olan şey, onun hayatta kalmasıdır/yaşam hakkıdır. Ancak bu kural kişinin kendi kaderini kendisinin belirlemesi ilkesine de ters düşmekte midir? Eğer kişi yapılacak müdahalenin gerçekleşmemesi durumunda yaşamının son bulacağına dair bilgilendirilmesine rağmen, o müdahaleyi kabul etmiyorsa dahi, onun yaşamını devam ettirmesindeki “üstün nitelikteki özel yarar” gereği bu iradenin dikkate alınmaması gerekir¹⁵.

¹⁴ Çeker, Mustafa, Tıbbî Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu, www.cu.edu.tr/insanlar/mceker/tbbimudahaleler.rtf, E. Tarihi: 17.10.2015.

¹⁵ ABD’de yaşanan ve Özbilen’den alıntılanan bu iki farklı karar konu hakkında daha somut ifadeler içermektedir: *ABD’nin Connecticut Eyaleti Yüksek Mahkemesi’nin 16.4.1996 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda, doğum sonrasında aşırı kan kaybeden ve ölmek üzere olduğu için acilen müdahalede bulunulması gereken Yehova şahidi kadın hastanın vücuduna, davalı hastane işletmesi tarafından kan nakledilmiş ve kadının hayata dönmesi sağlanmıştır. Kendisine başvuru Connecticut Yüksek Mahkemesi, davacının, kan naklini, her ne olursa olsun reddettiğine dair önceden*

1.4.2 Tıbbi Deneylerde Kullanılma Yasağı

Kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan *Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'nin 15. maddesinde de, biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırmanın bu sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla serbestçe yapılabileceği düzenlenmiştir. Kişi üzerinde deney eylemi TCK'nun 90. maddesinde de “*insan üzerinde deney*” başlığı altında düzenlenmiştir.

Anayasa kişi üzerinde deney yapılmasını tek şarta bağlamıştır, kişinin rızası. Daha öncede ifade edildiği gibi anayasa ayrıntılı düzenleme fonksiyonunu diğer hukuki normlara bırakmaktadır. Nitekim TCK'nun 90. maddesinin ikinci fıkrasında da kişinin rızası ön koşul olarak kabul edilmiş fakat rızanın dışında başka koşullarda öne sürülerek, kişi üzerinde yapılacak olan deney faaliyeti düzenlenmiştir. TCK'nun 90. maddesinde yer alan insan üzerinde yapılacak deney düzenlemesinin korumaya çalıştığı hukuki değer, kişinin vücut bütünlüğünü korumak olduğu söylenebilir. Tespit ettiği bu hukuki değeri gerekçelendirmeye çalışan Uğurlubay, maddenin ikinci fıkrasının e bendinde yer alan “*insan onuru*” ve g bendinde yer alan “*kendi geleceğini belirleme (özerklik) hakkının*” vücut bütünlüğüyle bağlantılı olarak korunmaya çalışıldığını ifade etmiştir (Uğurlubay, 2015:170).

vermiş olduğu beyanına rağmen, onun vücuduna kan nakleden hastane işletmesinin; Common law sisteminin önemli ilkelerinden olan “self-determination” (kişinin kendisi ile ilgili karar alma) hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Stamford Hospital v. Vega, Atl. Rptr. 1996 April 16; 674: 821-34. Kararın özeti için bkz. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648307>; Buna karşılık, bu karardan hemen iki yıl sonra, çok benzer bir olayın konu olduğu 1998 tarihli Fransız mahkemesi kararında, Paris İstinaf İdare Mahkemesi, acil bir durumla karşı karşıya kalan ve alternatif bir tedavi yöntemine başvurma imkânı bulunmayan hekimin, Yehova şahidi hastaya kan nakletmesinin, kusur olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, “kan nakli konusundaki müdahale, hasta tarafından daha önceden herhangi bir nedenle reddedilmiş olsa dahi, onun hayatta kalması için kaçınılmaz olan bu müdahaleyi gerçekleştiren hekim, görevini yerine getirmiş sayılır”. Bkz. Cour administrative d'appel de Paris, 9.6.1998, No 95PA03653. Karar metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007436407&fastReqId=258702862>. (Özbilen, 2013: 107).

TCK'nın 90. maddesinin ikinci fıkrasının (g) bendin de kişi üzerinde deney yapılabilmesi için kişinin rızasının bulunması ön koşulunun bazı kriterleri karşılaması gerektiğini düzenlenmiştir. Bunlar, kişinin deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterince bilgilendirilmesi, açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmamasıdır. Çalışmamız bakımından incelenmesi gereken husus kanaatimizce, TCK'nın 90/4. maddesinde düzenlenmiş olan “deneme”dir. Çünkü TCK’da yer alan deneme kavramı Anayasada bulunmamaktadır. Bu bakımdan Anayasada yer alan deney kavramının denemeyi de kapsayıp kapsamadığını incelemek gerekmektedir.

Doğan, deney ve deneme kavramlarını birbirinden ayırmaktadır. Doğan deneyi, bilimsel çalışmanın ilk aşamaları olarak ifade ederken, denemeyi ise bilimsel amaç gözetilerek gerçekleştirilen deneyden elde edilen ve herhangi bir kesinliğe ulaşmayan fakat hastalığın tedavi sürecinde ortaya konulan faydalar sebebiyle sonuçların hasta kişiye uygulanması şeklinde tanımlamaktadır. Doğan'ın yapmış olduğu her iki tanımdan da anlaşılacağı üzere, deney ve deneme arasında uygulanış amaçları ve yöntemleri bakımından farklılıklar mevcuttur. Deney sağlıklı insanlar üzerinde uygulanabilirken, deneme hasta insanlar üzerinde uygulanmaktadır. Deney bir tedavinin ortaya konulmasını değil herhangi bir sorunun bilimsel yöntemler kullanılması suretiyle çözüme kavuşturulması süreci, deneme ise bir tedavi sürecini ifade etmektedir (Uğurlubay, 2015: 190). Hakeri'nin de deney ve deneme kavramlarına yaklaşımı Doğan'a yakınlık göstermektedir. Hakeri deney ve deneme çalışmalarını, tedavi amaçlı (deneme) ve bilimsel bir gerçekliği ortaya koyma (deney) şekilden tanımlamaktadır (Uğurlubay, 2015:188). Görüldüğü üzere deney ve deneme kavramları uygulanış amaçları ve yöntemleri itibarıyla birbirini tamamlayan ancak birbirinden farklı/bağımsız çalışmalardır. TCK’da deneme uygulamasının sadece “hasta” kişilere tatbik edilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca kanun koyucu bu uygulamanın başka diğer şartları da taşıması gerektiğini düzenlemiştir. Fakat TCK’da farklı bir fıkroda düzenlenen ve farklı bir yöntem olduğu ortaya konulan deneme uygulamasına Anayasada yer verilmemiştir. Anayasada sadece “bilimsel ve tıbbi deneyler” ifadesi kullanılmış ancak farklı bir uygulama olan denemeden

bahsedilmemiştir. Kaldı ki kanun koyucuda TCK'da, deneme uygulamasını farklı bir fıkra düzenleyerek ve farklı bir yaptırım uygulayarak deneyden ayrı olduğunu kabul etmiştir. Hasta dahi olsa, kişinin yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren bir eylemin anayasada yer alarak anayasal bir güvenceye kavuşturulması yerinde bir düzenleme olacağı söylenebilir. Bu nedenle Anayasanın 17. maddesindeki ifadenin “*bilimsel ve tıbbi araştırmalar*” şeklinde düzenlenmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı savunulabilir.

1.5 Yaşam Hakkına Müdahaleyi Legalleştiren Düzenlemeler

Kişinin en temel insan hakkı olarak kabul edilen yaşam hakkına yapılabilecek müdahalenin legal sayılabilmesi bakımından bazı gerekçeler kabul edilmiştir. 1982 Anayasasında bu gerekçeler meşru müdafaa hali, Sıkıyönetim veya Olağanüstü Hallerde Yetkili Mercinin Verdiği Emirlerin Uygulanması şeklinde düzenlenmiştir.

1.5.1 Meşru Müdafaa Hali

Geçmişte de meşru müdafaa hakkı çeşitli yasal sistemlerde kabul edilmiş bir ilkeydi. Örneğin Romalı hukukçular, “*Kuvvetin kuvvetle uzaklaştırılmasına bütün kanunlar ve bütün hukuk düzenleri izin verir*” ifadeleriyle meşru müdafaa'yı yasal bir zemine taşımaya çalışmışlardır. Bu bakımdan Roma hukuk sisteminde yasal savunma, *hayata, vücut tamlığına, namus ve iffete, mala karşı yapılan saldırıların uzaklaştırılması* amacıyla kabul edilmiştir. Ayrıca *Cermen hukukunda, kanonik hukukta* ve *İslam hukukunda* da meşru müdafaa hali yer almıştır (Dönmezer ve Erman, 1986:108).

765 sayılı TCK'da (eski TCK) mala ve malvarlığına karşı gerçekleşen haksız eylemler meşru müdafaa sınırları içerisinde sayılmamıştır¹⁶. Ancak aynı kanunun bir başka maddesinde mala karşı yapılan saldırılar da meşru müdafaa kapsamına dahil edilmiştir¹⁷. Meşru müdafaa 5237 sayılı TCK'nın 25/1. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁶ 765 sayılı TCK'nun 49/2. maddesi “ *Gerek kendisinin gerek başkasının nefesine veya ırzına vukubulan haksız bir taarruzu filihal defî zaruretinin bais olduğu mecburiyetle,*” ...

¹⁷ 765 sayılı TCK'nu Madde 461 - *Yukarıdaki iki fasılda beyan olunan fiillerden birini aşağıda gösterilen mecburiyetlerle yapanlara ceza verilmez. Bu mecburiyetler:*

1 - 495, 496, 497, 499 uncu maddelerde beyan olunan fiillerden birinin faillerine yahut nehbü garet yapanlara karşı malını müdafaa etmek,

Bu düzenlemenin önceki yasal düzenlemeden en önemli farkı, sınırların biraz daha genişletilerek mala ve mal varlığına karşı yapılan saldırıları da kapsamı olmuştur (Şahin, 2008: 289). 5237 sayılı TCK'nun gerekçesinde de, her türlü hakka yönelik haksız bir saldırıya karşı meşru savunmanın söz konusu olabileceği belirtilmiş ve böylece kurumun, bazen anlamsız ve sosyal gereklere aykırı düşecek derecede dar tutulmasının önüne geçilmeye çalışıldığı belirtilmiştir. Gerekçenin devamında, kişileri suç işlemekten caydıracak en etkin araçlardan birisinin, suç işlediklerinde karşılık görebilecekleri endişesi olduğu belirtilerek, meşru savunma hakkının genişletilmesinin, kriminolojik açıdan caydırıcı bir etkiye sahip olacağı belirtilmiştir. Yeni düzenlemede kişiye karşı gerçekleşen haksız saldırının tüm aşamaları (*haksız saldırı, gerçekleşen haksız saldırı, gerçekleşmesi muhakkak haksız saldırı, tekrarı muhakkak haksız saldırı*) belirtmek suretiyle kişilerin haksız saldırılara karşı kendilerini korumaları olanağı daha da genişletilmiştir. Yasada “*saldırı ile orantılı biçimde*“ ifadesiyle meşru müdafanın ölçüsü de belirtilmiştir. Buradaki ölçü saldırıyı defedecek şekilde olmakla birlikte meşru savunmanın temel koşullarından birisi olarak kabul edilmiştir. Saldırıya uğrayan kişi, saldırıyı etkisiz kılacak ölçüde bir davranış gerçekleştirmesi halinde meşru savunmanın hukuka uygunluğu söz konusu olabilecektir.

Meşru müdafaa ifadesinin Türk hukuk sistemindeki karşılığı ile (*haksız bir fiili defetmek amacıyla yapılacak eylemi*), AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan ve bireyin yaşam hakkına yapılacak istisnai durumları belirten “*bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için*” ifadeleri birbirleriyle örtüşmektedir. Madde içeriklerinde kullanılan kavramlar farklı olmasına rağmen, her iki maddenin de sonuç itibarıyla aynı olduğunu söyleyebiliriz. Örneğin AİHS'de, bireyin uğradığı şiddet “*yasadışı*” olarak belirtilirken TCK'da “*haksız*” olması nitelendirilmiştir. Meşru

2 - Bir şahsın evine veya içinde adam oturur sair her türlü bina ve müştemilatına merdiven kurup çikanları veya duvarını delenleri veya kapısını kıranları veyahut işbu mebani ve müştemilatına ateş koyanları; - bu fiiller gece vakti olmak veya gündüz olsa bile hane ve bina ve müştemilatı ücra bir mahalde bulunmak şartlarıyla - içinde ikamet edenlerin emniyeti şahsiyelerince aklen varit bir endişe ve havfi ciddi mevcut olduğu takdirde defetmekdir.

Ancak bu maddenin bir numaralı bendinde beyan olunan ahvalde müdafaa ifrada gidilmiş ve hane ve sükna müştemilatına merdiven kırmak, kapı kırmak, duvar delmek fiillerinin faillerini defa için iki numaralı bentte yazılı şartlar mevcut bulunmamış olduğu halde asıl fiille mürettep ceza, ağır hapis hapse tahvil olunmak üzere üçte birden yarısına kadar indirilir.

müdafa halinin hukuksal yönden kabulü için gerekli olan temel şartlar her iki düzenlemede de aynıdır. Bu şartlar, “*kuvvete başvurmanın zorunluluk gerektirmesi*” ve kuvvete başvurmayı gerektiren eylemin *haksız-yasadışı* olmasıdır. Bu bakımdan her iki kavramında açıklanmasında çalışmamız açısından fayda görmekteyiz. Çünkü meşru müdafa hakkının yanlış anlaşılması veya eksik uygulanması durumunda, bireyin yaşam hakkının olumsuz etkileneceği düşünüldüğünde, yasa metinlerinde geçen kavramların mahkeme içtihatları ve doktrindeki görüşlerle açıklık kazandırılmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bu açıdan TCK ve AİHS’nin maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde üç koşulun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlar, a) Bir saldırının varlığı, b) Saldırının haksız olması, c) Saldırının bir hakka yönelik olmasıdır.

Meşru savunmanın kabulü için öncelikle bir saldırının mevcudiyeti gerekir. Burada saldırıdan kastedilen, savunulacak herhangi bir hakka karşı gerçekleştirilen fiillerdir. Ancak, “*saldırının zarar verecek veya tehlike oluşturacak biçimde ve derecede olması gerekir*”. Saldırının ağırlığı meşru müdafaanın kabulü için önemsizdir (Hakeri, 2011: 255). Bireyin hukuk tarafından tesis edilen ve korunan haklarına yönelik zarar ve tehlike arz edecek insan eylemleri, saldırı olarak kabul edilmektedir. Eğer kişinin haklarına yönelik bir saldırı söz konusu değil ise meşru müdafaadan söz etmek mümkün değildir. Haksız fiil olarak kabul edilecek olan eylemin mutlaka fiiliyata dönüşmesi gerekir. Aksi takdirde sözlü bir eylem neticesinde haksız fiilin gerçekleştiğini iddia ederek fiili saldırıda bulunmak mümkün değildir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, şehirden 2,5 km uzaklıkta bir yerde, annesi ve çocuğu ile birlikte yaşamakta olan bir kadının, evinin kapısının önüne mektup bırakan ve gece kadının evin önüne gelerek kapı ve penceresine taş atan şahsın, kadının kapıya çıkması üzerine onunla sevişmek istediğini belirtip ısrar etmesi üzerine, kadının av tüfeği ile evin dışına çıkararak ateş edip adam öldürme suçunun oluşmasında meşru savunma halinin gerçekleşmediğine, sözlü saldırının ancak tahrik şeklinde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir (Hakeri, 2011: 255).

Saldırının var olmasından sonra en önemli husus saldırının bir hakka yönelik olmasıdır. Özbek ve diğerleri hakkın açıklamasını şu şekilde yapmışlardır: “*Kanaatimizce, kanun hükmünde geçen “hak” kavramından anayasal anlamda*

güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin kategorileri anlaşılmalıdır. Çünkü bir saldırı karşısında gerçekleştirilecek savunmanın meşruiyet, eylemi hukuka uygun hale getirdiğine göre, saldırılan ve aynı zamanda savunulan hakkın hukuk düzeninde güvence altına alınmış bir hak olması gerekmektedir. Felsefi açıdan insan haklarının sayma yöntemiyle tüketilemeyeceği ve bu hakların tamamının normatif düzenlemelerle güvence altına alınmadığı düşünülecek olursa, iç hukuk bakımından en üst normatif düzenleme olan anayasada güvence altına alınmaya değer görülen hakların burada esas alındığı kabul edilmelidir...Anayasa madde 90 usulüne göre kabul edilmiş ve temel haklarla ilgili olan uluslararası antlaşma hükümlerine bir ayrıcalık tanınmıştır. Dolayısıyla Anayasada açıkça ifade edilmemiş olsa bile usulüne göre kabul edilen uluslararası antlaşmalarda düzenlenen asli veya türev haklar da söz konusu güvenceden yararlanmalıdırlar. ” (Özbek ve diğerleri, 2013: 306).

Meşru müdafanın diğer bir unsuru zorunluluk gerektirmesidir. Zorunluk kavramı tartışılan bir düzenlemedir. Ama ondan önce hatırlanması gereken husus, bu kavramın TCK’da sadece zorunluluk olarak ifade edildiği fakat AİHS’de “*kesin zorunluluk*” şeklinde düzenlendiğidir. TCK’da zorunluluk halinin bulunması şartını Özbek ve diğerleri eleştirmektedir. Gerekçeleri ise, “*Kanaatimizce meşru müdafada savunmanın zorunluluğundan değil gerekliliğinden bahsedilmesi daha doğru olurdu. Zira meşru savunma halinde kalan kişi, savunmada bulunmaya yetkili kılındığı için böyle bir savunmanın saldırıyı uzaklaştırmak bakımından gerekli ve uygun olup olmadığı tartışılabilir...savunmanın zorunlu olması, halen bir saldırının mevcudiyetinin doğal bir sonucudur. Zaten savunmada zorunluluk yoksa aslında halen bir saldırının bulunmadığı anlamına gelir...Buna göre savunmanın zorunluluğu, saldırının türü ve ağırlığına, savunmada bulunanın içinde bulunduğu şartlara göre belirlenmelidir.*” (Özbek ve diğerleri, 2010: 269). AİHS’ye göre yaşam hakkına yönelik bir eylemin suç oluşturmaması için kesin zorunluluk gereklidir. Bu düzenleme TCK’daki düzenlemeye göre daha ağırdır. Örneğin Türk hukuk

sisteminde, bir kişinin kaçma veya başka bir şekilde saldırıdan kurtulma imkanı var iken, saldırıya karşılık vermesinin hukuksuz olmadığı kabul edilmektedir¹⁸.

Yukarıda meşru müdafanın temel koşullarının anlaşılması açısından her ne kadar birey ve birey eksenli olaylara yer verilmiş ise de çalışmamızda devletin uygulamalarıyla bireyin hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması tartışıldığından, bireyin bireyle yaşamış olduğu olaylardan ziyade devletin görevlileri tarafından bireylere karşı yapılan uygulamaları incelemek gerekir. Bu açıdan bakıldığında AİHM'nin Kasa-Türkiye kararını incelemek yerinde olacaktır:

12 Temmuz 1993 tarihinde İstanbul'da bir pazar yerinde, bir Polis Memuruna yönelik silahlı saldırı olmuştur. 13 Ağustos 1993 günü öğle saatlerinde isimsiz bir telefon alan polis, İstanbul'un Beyoğlu semtinde bulunan bir alışveriş merkezinin 11. katında bulunan bir kafede şüpheli hareketler sergileyen silahlı birkaç kişinin bulunduğu ihbarını almıştır. Görevlilerce tanzim edilen tutanaktan anlaşıldığına göre, bir polis timi kafede ön inceleme yaparak ihbarın doğru olduğunu teyit etmiştir. Daha sonra polis bölgenin güvenliğini alarak, kurşun geçirmez yeleklerle donatılmış özel bir polis timi kafenin bulunduğu binaya girmiştir. Polis timi 11. kattaki kafeye yaklaştığında, kafe dışında bulunan bir erkek ve bir kadın şahıs polise ateş açmıştır. Uyarılara rağmen ateşe devam etmeleri nedeniyle polis şahıslara karşılık vermiş ve iki kişi ölmüştür. Kafenin içinden de polisler ateş açılmış, uyarılara rağmen ateş devam edince polis yine karşılık vermiştir. Ateş kesildiğinde polisler kafeye girmiş, yerde yatan üç kişi bulmuşlardır. Özel tim polisleri amirlerine ve savcıya haber vermiş, kafeye bir arama ekibi gönderilmiştir. Operasyonda beş kişinin öldüğü ve her birinin sağ ellerinin yanında tabanca bulunduğu görülmüştür. Kafenin içinde ve çevresinde çok sayıda mermi kovanı ve şekli bozulmuş mermi bulunmuştur. 20 Ağustos 1993 tarihinde Polis Memuru M.B, maktuller M.S. ve N. A.'yi kendisine 12 Temmuz 1993 tarihinde Pazar yerinde saldıran şahıslar olarak teşhis etmiştir. Cumhuriyet savcısı, operasyona katılan polis memurları ve patlayıcı uzmanını sorgulamış, dokuz polis memurunu görev başında ölüme sebebiyet vermekle suçladığı iddianameyi 14 Ekim 1994 tarihinde İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne

¹⁸ Detaylı bilgi için bkz. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 09.10.2000 tarih ve 2571; Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22.09.1975 tarih ve 199 sayılı kararı.

sunmuştur. Mahkeme, 21 Aralık 1999 tarihinde sanık dokuz polis memurundan beşini kasten adam öldürmekten suçlu bulmuştur. Yerel mahkeme verdiği kararın gerekçesinde, AİHS'nin 2. maddesi ile güvence altına alınan yaşam hakkının tüm hak ve özgürlükler içinde en temel hak olduğunu teyit etmiştir. Devletin temsilcisi olan polis memurlarının halkla temaslarında iç hukukun parçası olan uluslararası anlaşmalara uygun davranmalarının beklendiği, oysa ki bu olayda polislerin tehlikeyi ortadan kaldırmak için zorunlu olan sınırı aştıklarını ve maktullerin öldürülmesinin AİHS'nin 2. maddesinin 2. paragrafı kapsamında kesinlikle gerekli olmadığını belirtmiştir. Yerel Mahkeme beş polis memurunu ölüm cezasına çarptırılmış, ancak ceza TCK'nın 50. maddesi uyarınca 8 yıl hapse çevrilmiştir. Hükümlü Polis Memurları, Cumhuriyet savcısı ve başvuran karara itiraz etmiştir. Cumhuriyet savcısı, polis memurlarının görevleri kapsamında hareket ettiklerini ve TCK'nın 49. maddesi uyarınca cezalandırılmamaları gerektiğini, polis memurları maktullerin yasadışı örgüt mensubu olduklarını ve ateş ederken nefsi müdafaa kapsamında hareket ettiklerini; başvuran ise kararın yürürlükteki kanun hükümleri ve usule uygun olmadığını savunmuştur. 23 Mayıs 2001 tarihinde Yargıtay söz konusu kararı bozmuş, yeniden görülen davada yerel mahkeme, 22 Ekim 2001 tarihinde Yargıtay kararına uygun olarak sanıkların suçu meşru zorunluluk içinde işledikleri kararını vermiştir.

Olayda ölen maktullerden birinin babası kararlar üzerine AİHM'ye başvurmuştur. Başvuran AİHM'ne yapmış olduğu başvuruda, öldürüldüğü sırada oğlunun bir alışveriş merkezinin 11. katında olduğunu, dolayısıyla onu sağ olarak yakalamanın mümkün olacağını belirtmiştir. Başvurana göre polis, bunu yapmak için, plastik mermiler ve sis bombaları gibi öldürücü olmayan metotları kullanabilirdi. Başvuran, her halükarda teslim ol emrine uyulmamasının oğlunun öldürülmesini haklı çıkarmadığı görüşündedir. Başvuranın görüşüne göre polisin, kafede bulunan kişileri öldürmek üzere önceden tasarlanan bir planı vardı. Ayrıca başvuran, polisin diğer hususların yanı sıra, kafenin ve çevre dükkanların camlarını yeniden taktırma, ölmüş kişilerin parmaklarını mürekkebe batırma ve giysilerine el koyma yoluyla delilleri yok ederek izlerini gizlemeye çalıştıklarını iddia etmiştir. Başvuran oğlunun, AİHS'nin 2. maddesine aykırı olarak öldürüldüğünü iddia

etmiştir. Ayrıca, AİHS'nin 6. maddesine dayanarak, oğlunun öldürülmesine yönelik soruşturmanın etkisiz olduğu konusunda şikayetçi olmuştur.

AİHM, AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının sözleşmenin en temel maddesi olduğunu, 3. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birinin güvence altına alındığını belirtmiştir. AİHM, 2. maddenin birinci cümlesinin devleti, kasten ve kanuna aykırı adam öldürmekten alıkoymasının yanında, kendi yargı yetkisi içindeki kimselerin yaşamını koruması için uygun hareket etmeye mecbur kıldığını hatırlatmaktadır. Mahkeme, AİHS'nin 2. madde metninin bir bütün olarak okunduğunda, 2. fıkrada yer alan güç kullanımının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlara ulaşmak için "mutlak zorunluluğu" aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda 2. maddenin 2. paragrafında "mutlak zorunluluk" ifadesinin kullanımı, AİHS'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkrası kapsamında devlet görevlilerinin hareketinin "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığını belirlerken, normalde uygulanan *gerekliklik testinden daha katı ve zorlayıcı* bir test uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle kullanılan güç, maddenin bentlerinde belirtilen amaçlara ulaşmakla kesin olarak *orantılı* olmalıdır. AİHM, kendisine sunulan tüm belgeler ışığında, dava hakkında değerlendirme yapmak için ulusal mahkemenin tespitlerini hareket noktası olarak ele alıp, olayı değerlendirmek için olaylara ve delillere ilişkin yeterli bir temel olduğu görüşündedir. Operasyonun planlama ve kontrol safhasını AİHS'nin 2. maddesinden hareketle değerlendirirken Mahkeme, hem olayın meydana geldiği koşullar, hem de olayın gelişme şekline özellikle dikkat göstermiştir. Mahkeme, polisin kuvvete başvurusunun, maktullardan kaynaklanan yasadışı şiddetin doğrudan bir sonucu olduğunu gözlemlemiştir. Bu bağlamda AİHM polisin, alışveriş merkezinin çevresindeki alanı güvenlik çemberine aldığını belirtmiştir. Dolayısıyla, söz konusu operasyonun, AİHS'nin 2/2 maddesi kapsamında "*bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması*" ve "*usulüne uygun olarak yakalamak*" amacıyla yürütülmüş olduğu değerlendirmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, ilk silah atışının maktuller tarafından yapılmış olmasını önemli bir husus olarak değerlendirmiştir. Tanıkların Cumhuriyet Savcısı ve İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi önündeki ifadelerinin ortaya koyduğu üzere, binaya giren polis

memurları maktullere teslim olmasını emretmiş, ateş açmadan önce gerekli uyarılarda bulunmuş ve ancak kendilerine ateş açılmasından sonra görevlilerin ateş etmeye başladıklarını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca kafeye gelen polislerin kafe içerisinden ve dışından kendilerine ateş edilmesine karşılık vermelerinin gerekli olduğuna kanaat getirmiştir.

Mahkemenin dava hakkında yapmış olduğu belki de en dikkat çekici tespit ise şudur: Başvurucu oğlunun farklı teknikler kullanmak suretiyle yakalanabilmesinin mümkün olduğunu, buna rağmen bu teknik ve taktikler uygulanmadan oğlunun gereksiz yere öldürüldüğünü iddia etmiştir. Mahkeme ise, olay son bulduktan sonra bağımsız olarak (dışarıdan) yapılacak yorumlar ile olayın sıcağı sıcağına/esnasında görevli polislerin yapacakları yorumun farklı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, başka türlü bir hükme varmanın devletler ve görevini ifa etmekte olan kolluk kuvvetleri üzerinde gerçekçi olmayan bir yük getireceğini ifade etmiştir. Mahkeme başvurucunun iddia ettiği şekilde düşünmenin veya davranmanın, belki kendilerinin veya diğer kişilerin hayatını tehlikeye atmak anlamına geleceğini ifade etmiştir. Tüm bu açıklanan gerekçelerle mahkeme ölümcül güç kullanımının, her ne kadar üzücü olsa da nefsi müdafaa ve yasal yakalama uygulaması açısından “*kesin zorunluluğu*” aşmadığı görüşündedir¹⁹.

İncelenen bu kararda da görüldüğü üzere AİHM, AİHS'nin 2/2. maddesinde belirtilen haller kapsamında bireyin yaşam hakkına yapılacak müdahalede elde edilmek istenen amaç ile uygulanan yöntem arasında orantılılık aramaktadır. Mahkeme demokratik bir toplumda gerekli olan bu oranı AİHS'nin diğer maddelerine kıyasla daha katı bir şekilde uygulamaktadır.

1.5.2 Sıkıyönetim veya Olağanüstü Hallerde Yetkili Mercinin Verdiği Emirlerin Uygulanması

1982 Anayasasının 17, AİHS'nin 2. maddesinde yaşam hakkına yapılacak müdahalelerin olağan kabul edilmesinin istisnaları yer almaktadır. Bu istisnaların içerisinde en dikkat çeken, Anayasanın 17/4. maddesinde yer alan ve AİHS'de bulunmayan “*sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin*

¹⁹ AİHM Kasa/Türkiye kararı, Başvuru No: 45902/99, 20.08.2008, prf. 70-89; 90-98.

uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri...” şeklindeki düzenlemedir.

1982 Anayasasında, 1961 Anayasasından farklı olarak olağanüstü yönetim usulleri üçlü sistem olarak yer almaktadır. Bunlar a) Doğal afet ve ağır ekonomik bunalım, b)Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, c) Sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halidir. Anayasa her üç halinde ilanın yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir. Yalnız Bakanlar Kurulu olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan yetkisini kullanırken Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü almalıdır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında 15. maddede düzenlenen ilkeler doğrultusunda hareket edileceği belirtilmiştir. Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasının düzenlendiği Anayasanın 15. Maddesiyle, AİHS'nin 15. maddesinin uyumlu olduğu görülmektedir (Şahbaz, 2004 (a): 184).

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu incelendiğinde kanunun 2. maddesinde, sıkıyönetim zamanı genel güvenlik ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetlerine ait görev ve yetkilerin Sıkıyönetim Komutanlığına geçeceği ve zabıta kuvvetlerinin bütün teşkilatı ile birlikte Sıkıyönetim Komutanının emrine gireceği düzenlenmiştir. Kanunun 5. maddesinde de Sıkıyönetim Komutanlığına en az Kolordu veya eşiti kıta komutanlığı görevini yapmış veya yapmakta olan bir komutanın atanacağı yani askeri ünvana sahip bir kişinin Sıkıyönetim Komutanı olacağı belirtilmiştir. Kanunun 6. maddesinde Sıkıyönetim Komutanının kendisine verilen görev ve yetkilerden dolayı Genelkurmay Başkanına karşı sorumlu olduğu da düzenlenmiştir. Sıkıyönetim Kanunu'nun 4. maddesinde silah kullanma yetkisi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “*Sıkıyönetim Komutanlığı emrinde görevli Silahlı Kuvvetler mensupları emniyet ve asayişe ilişkin zabıta kuvvetleri ile diğer güvenlik görevlileri kendilerine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında tabi oldukları Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesinde silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde silah kullanma yetkisini haizdirler”* denilmek

suretiyle sıkıyönetim zamanında silah kullanmanın, olağan dönemdekiyle aynı olduğu görülmektedir.

Olağanüstü Hal Kanunu silah kullanma yetkisi açısından incelendiğinde ise, kanunun 23. maddesinde bu yetkinin düzenlendiği görülmektedir. 23. maddenin birinci fıkrasına göre, kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde görevlilerin silah kullanabileceği; ikinci fıkrasında ise silah kullanma yetkisine sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silahla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde, görevli güvenlik kuvvetleri mensuplarının doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebileceği düzenlenmiştir. Olağanüstü Hal Kanunu ile Sıkıyönetim kanunu silah kullanma yetkisinin düzenlemesi açısından mukayese edildiğinde OHAL kanununda güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine riayet etmeyenlere de doğruca ve duraksamadan ateş edebileceği düzenlenmiştir.

Her iki kanunda da silah kullanma yetkisi ayrı ayrı düzenlenmiş ve her iki kanunda benzer şekilde güvenlik kuvvetlerine silah kullanma yetkilerini veren kanunlara atıfta bulunmuştur. Sadece OHAL kanunu teslim olmayanlara yönelik duraksamadan ateş edilebileceği şeklinde farklı bir düzenlemeye gitmiş olsa da, bu kriterinde kanunda belirtilmiş olduğu görülmektedir. Tüm bu anlatımlar çerçevesinde 1982 Anayasasının 17. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen öldürme olaylarının istisnaları arasında belirtilen, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda ifadesinin, öncelikle 1982 Anayasasının 2001 yılındaki değişiklikten sonra kavuştuğu “kısmi özgürlükçü” yapısına ve AİHS’nin ilgili maddelerine aykırılık oluşturduğu kanaatindeyiz. Çünkü ilgili kanunlarda (Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanunu, Jandarma Teşkilat ve Vazife Nizamnamesi) güvenlik kuvvetlerinin hangi hallerde silah kullanacağı açık bir şekilde yer almaktadır. Silah kullanma yetkisinin bu kanunlarda yer alması da anayasada ifadesini bulan “*silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda*” düzenlemesini karşılamaktadır. Böyle bir düzenlemenin başına, AİHS’ye ve Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecek “*sıkıyönetim veya olağanüstü*

hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin” şeklindeki bir ifadenin konulması kanaatimizce yanlıştır. Yaşam hakkı kutsaldır. Yaşam hakkına yapılacak müdahale kanunda yer almalıdır. Sıkıyönetim veya OHAL kanununun kendi içerisinde bulunmayan bu düzenlemenin çıkarılmasının bireyin yaşam hakkının korunması bakımından önemli olduğunu düşünmekteyiz.

2. İŞKENCE YASAĞI

1982 Anayasası’nda işkence yasağı “*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*” başlığı altında 17. maddenin 3. fıkrasında “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. AİHS’nde ise işkence yasağı, ayrı bir madde olarak sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmenin 3. maddesinde kişiye yöneltililebilecek kötü muameleyi anlatan ifadeler birbirinden farklı olmakla birlikte, mutlak ve kesindir. Bu ifadeler, işkence, insanlık dışı ceza/işlem ve onur kırıcı ceza/işlem olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İşkence ve kötü muamelenin en üst norm olan anayasada kabul edilmesi bu tür insanlık dışı muamelelerin o devletin sınırları içerisinde meydana gelmemesi açısından önemli ancak tek başına yeterli bir adım değildir (Reidy, 2002: 11).

2.1 İşkence Suçunun Unsurları

BM tarafından kabul edilen “İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin” (BMİZKS) 1. maddesinde işkencenin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*..bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetin herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatiyle uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ızdırıp veren bir fiil anlamına gelir.*” AİHM bu tanımı da göz önünde bulundurmak suretiyle işkence suçunun unsurlarını belirlemiştir. Aşağıda sırasıyla bu unsurları ele almaya çalışacağız.

2.1.1 Maddi Unsur (Fiil)

Gerçekleştirilen eylem fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı ve ızdırıp veren bir eylem olmalıdır. AİHM, AİHS'nin 3. maddesini yorumlarken, işkenceyi insanlık dışı – onur kırıcı²⁰ muamele kavramlarından farklı görmüştür. Yapılan muamelenin kişide yaratmış olduğu acının yoğunluğu, kavramlar arasındaki farkı oluşturmaktadır. Bu bakımdan yoğun acı ve ızdırıp duyulan muameleler AİHM tarafından işkence olarak yorumlanmıştır. Mahkemenin bu şekilde bir ayırımı gitmesinin sebebi olarak da, çok daha acı ve ağır ızdıraba neden olan işkence eyleminin, diğer eylem türlerinden kolaylıkla ayırt edilebilmesini sağlayacak bir yaftalama çabası olduğunu ifade etmiştir. Konunun daha anlaşılır kılınması anlamında İrlanda-Birleşik Krallık davasına bakmakta fayda görmekteyiz. 1978 yılı içerisinde Avrupa İnsan Hakları Divanının verdiği ilk karar 18 Ocak 1978 tarihlidir ve İrlanda-Birleşik Krallık olayına ilişkindir. 1971 yılı Aralık ayında İrlanda Hükümeti, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bir dilekçe ile başvurmuş ve Birleşik Krallığın, Kuzey İrlanda'daki tutumu ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin çeşitli maddelerini ihlâl ettiğini iddia etmiştir. İrlanda Hükümeti pek çok kişinin kötü muameleye maruz kaldığını, alınan önlemlerin AİHS ile bağdaşır nitelikte olmadığını ve en önemlisi de önlemlerin uygulanış biçimlerinin kişilerin politik fikirlerine göre farklılık arz ettiğini iddia etmiştir. Komisyon İrlanda Hükümetinin başvurusunu kabul ederek 25 Ocak 1976 tarihli Raporunda şu açıklamaya yer vermiştir: ”a) 1971'de ondört kişinin sorgusu sırasında yardımcı araç olarak "beş teknik" in ortaklaşa kullanılması, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı insanlık dışı bir tutum ve işkence niteliğindedir; b) Başka 10 kişinin yine 3. maddeye aykırı olarak insanlık dışı muameleye maruz kaldıkları sabittir; ayrıca, 1971'de Belfast yakınındaki Palace Barracks'daki sorgulamalarda, bu maddeye aykırı insanlık dışı bir uygulama da olmuştur.” Komisyonun bu raporu üzerine İrlanda Hükümeti AİHS'nin 48. maddesine dayanarak Avrupa İnsan Hakları Divanına başvurmuştur. Divan, 1971 yılında gözaltına alınan on dört kişinin, "aşırı" sorgulamaya tâbi tutulduklarını, bu

²⁰ Kaynakta aşağılayıcı muamele kavramı kullanılmasına rağmen biz sözleşmeye uyumlu olması bakımından onur kırıcı kavramını tercih ettik.

sorgulamada kişilere "beş tekniğin"²¹ bileşik bir şekilde uygulandığını ve bu uygulamanın beş gün sürdüğünü, bu tür uygulamaların kişilerde *kuvvetli fizik ve moral acılara ve sorgulama esnasında şiddetli psikik bunalımlara, korku, keder, kendilerini küçük görme duyguları yaratacak, onları alçaltacak ve onların fizik ve moral güçlerini yıkacak nitelikte olduğunu* tespit etmiştir. Gözaltındaki kişilere uygulanan beş tekniğin, *insanlık dışı ve yıkıcı nitelikte olduğuna (1'e karşı 16 oyla), bu yöntemlerin "işkence"nin içerdiği ölçüde şiddetli ve özel acılara sebebiyet vermediği gerekçesi ile de bu uygulamaların işkence niteliğinde olmadığına karar vermiştir (4'e karşı 13 oyla).*

Palace Barracks konusunda da Divan, işkence ile insanlık dışı muamelenin sınırlarını belirleyecek şu açıklamayı yapmıştır: 1971 sonbaharında, "Royal Ulster Constabulary" üyelerinin, Palace Barracks'daki tutukluların pek çoğuna karşı sert ve kaba davranışlar (*örneğin tekme ve yumruklama*) sergiledikleri ve bu davranışların kişilerde bedenî zararlara yol açtığı kabul edilmiştir. Bu nedenlerle Divan oybirliği ile, 1971 sonbaharında Palace Barracks'da insanlık dışı bir uygulamanın varlığına; ve 3'e karşı 14 oyla, anılan davranışların sebep olabileceği acıların şiddeti "*işkence*" kavramının zorunlu kıldığı özel seviyeye ulaşmadığından burada bir işkence uygulamasının söz konusu olmadığına karar vermiştir (Özman, 1978: 198-201). Ayrıca AİHM, BM Genel Kurulunun 1975 yılında kabul ettiği 3452 sayılı kararın 1. maddesinde atıf yaparak işkenceyi, *acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasıt içeren şekli olarak* tanımlamıştır (Reidy, 2002: 17).

Görüldüğü üzere Mahkeme bir eylemin yapılış amacını suçun nev'i bakımından yeterli görmemektedir. Mahkeme için bir muamelenin işkence olarak yorumlanabilmesi için o eylemin "*ağırlığı ya da yoğunluğu*" önemli ve önceliklidir. Mahkeme bakımından bu eylemin sistematik olup olmaması veya süreklilik arz etmesi ikincil öneme sahiptir. Örneğin AİHM'nin, Elçi ve diğerleri Türkiye davasında gözaltındayken bilgi ve itiraf elde etme maksadıyla yapılan bir takım

²¹ Bahsi geçen beş teknik muamelesi: *Tutukluların başlarına kukuleta giydirilmesi; sürekli ve şiddetli bir ıslık sesine maruz bırakılmaları; uykudan yoksun kılınmaları; yiyeceklerin kısıtlanması; uzun saatler boyunca bir duvara karşı, acı veren bir biçimde ayakta kalma zorunluğunda bırakılmalarından oluşmaktadır.*

eylemleri, bazı başvuruçular bakımından işkence kabul ederken, diğere bir kısmı için eylemin bireyin üzerinde yaratmış olduğu etkinin ağırlığı bakımından işkence kabul edilmesini sağlayacak yeterlilikte olmadığı kararına varmıştır (Anayurt, 2008: 433).

2.1.2 Fail Unsuru

Eylem, resmi sıfata haiz kişiler tarafından veya bu sıfata sahip kişilerin bilgisi ve yönlendirmesi altında gerçekleştirilmiş olmalıdır (Doğru, 2006: 18). Mahkemenin bir eylemin işkence olarak kabul edilebilmesi için öncelikle davaya konu fiilin maddi unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol ettiği görülmektedir. Mahkeme ilk etapta olayın maddi unsuruna önem vererek fiilin mağdur üzerinde ağır acı ve ızdırap yaratıp yaratmadığını kontrol etmektedir. Mahkeme daha sonra eylemin fail unsuruna dikkat etmektedir. Yani failin kamu görevlisi olup olmadığı veya bu sıfata haiz birinin kontrolünde gerçekleşip gerçekleşmediğine dikkat etmektedir. Mahkeme manevi unsur varlığını da aramaktadır ve fakat her olayda mutlaka bu unsurun mevcudiyetini tartışmamaktadır.

İşkencenin oluşması için gerekli olan unsurlar dikkate alındığında, suçun faili olarak mutlaka bir kamu görevlisinin bulunması gerektiğini ifade etmiştik. Ancak TCK'nın 94. maddesinde de ifade edildiği üzere özel kişilerinde suçun faili olabileceği açıktır. Lakin böyle bir durumda dahi bir kamu görevlisinin yöneten, yönlendiren veya iştiraki aranmaktadır. İşkence suçunun fail unsurunun bu özelliği sebebiyle, işkence suçunun bir kamu görevi gereği işleneceği açıktır. Bu nedenle bireyin özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda bireyin, işkence suçunun konusu olmaması bakımından kamu görevlilerinin veya genel anlamda devletin alması gereken tedbirler bulunmaktadır.

2.1.3 Manevi Unsur (Kast):

Eylem kasten gerçekleştirilmiş olmalıdır. İnsanlık dışı ve onur kırıcı muamelenin hangi tür fiillerden oluştuğu konusunda da AİHM'nin açıklayıcı bir kararı bulunmaktadır. Mahkeme 2002 yılında verdiği Berlinski - Polonya kararında insanlık dışı ve onur kırıcı muamelenin unsurlarını şu şekilde belirlemiştir. Bir fiilin insanlık dışı muamele olarak kabul edilebilmesi için, önceden tasarlanmış olması,

saatlerce uygulanmış olması, mağdurun vücudunda yaralanmalara ya da yoğun fiziksel ve mental acıya sebep vermiş olması gerektiği belirtilmiştir. Yine bir eylemin onur kırıcı (degrading) olması için, mağdurda korku, ızdırap ve bayağılık uyandıracak şekilde olması ayrıca kişiyi küçük düşüren, şeref ve itibarına hanel gelmesine neden olabilecek türde olmalıdır²².

2.2 İşkence Suçunun Türk Hukuk Sistemindeki Yeri

İşkence suçu Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde düzenlenmiştir. İşkence suçunun Türk hukuk sisteminde düzenlenen mevcut halinin, AİHM'nin işkence suçunun oluşumu için tespit etmiş olduğu üç unsurla da uyumlu olduğu görülmektedir. TCK'nın 94. maddenin 1. fıkrasında işkence suçu, *bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar olarak tanımlanmıştır. Bu tanım AİHM'nin tespit etmiş olduğu işkence suçunun hem maddi hem de manevi unsurunu karşılamaktadır. Suçun faili olarak tespit edilen "kamu görevlisi" zorunluluğu da yine TCK'nın 94. maddesinde düzenlenmiştir. Mahkemenin ve BM'nin İşkenceye Karşı Sözleşmesinde yer alan işkence suçuna iştirak eden kamu görevlisi dışındaki kişilerinde, suçun faili olması gerektiği yönündeki tespitlerinin TCK'nın 94. maddesinin 4. fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. TCK'nın 94. maddesinde düzenlenen işkence suçunun Anayasanın 17. maddesinde yer alan *işkence ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muamele* nitelendirmesi karşılamaktadır. Nitekim kanun koyucu Anayasada yer alan eziyet fiilini, TCK'nın bir başka maddesinde (96. madde) suç olarak nitelendirmiştir.*

İşkence suçu aslında suçun oluşumu açısından bakıldığında "kasten yaralama, cinsel taciz, hakaret, tehdit" suçlarıyla benzerlik göstermektedir. Ancak işkence suçunun bağımsız bir suç olarak TCK'da düzenlenmesi, kanaatimizce insanoğlunun tarihsel süreç içerisinde yaşamış olduğu deneyimlerinden kaynaklanmaktadır. İşkence suçu, oluşumu itibariyle her ne kadar kasten yaralama fiili gibi görünse de kişi de yaratmış olduğu etkiler, gerçekleştirilme amacı ve ortaya çıkardığı sonuç itibariyle diğer suç türlerinden ayrılmaktadır. İşkence fiili, sistematik bir şekilde

²² Berlinski/Polonya kararı, Başvuru No: 27715/95 ve 30209/96, 20.06.2002, prf. 59.

belirli bir amacı (bir suçun itirafı, ayrımcılık) gerçekleştirmek için icra edildiğinden, kişi de yaratmış olduğu ruhsal ve fiziksel etkiler diğer suç türlerinden daha ağırdır.

Devletin bireyin güvenli bir ortamda özgürlüğünü yaşayabilmesini sağlaması devlete negatif ve pozitif yükümlülükler getirmektedir. AİHS'nin 3. maddesi devlete evvela bireye zarar verecek eylemlerden kaçınması bakımından negatif bir sorumluluk yüklemektedir. Pozitif yükümlülük açısından ise AİHM, AİHS'nin 3. maddesini, 1. maddeyle birlikte yorumlamaktadır. Taraf devletlere genel sorumluluk yükleyen Sözleşmenin 1. maddesiyle birlikte yorumlandığında 3. maddenin, devletlerin sorumluluğunun sadece kendi eylemleriyle sınırlı olmadığı, özel kişilerin fiillerini de kapsadığı görülmektedir. Çalışmamız açısından bakıldığında bireyin güvenliğini sağlamak için devletin bu gerekçeye dayalı uygulamalarının işkence ve kötü muamele açısından incelenmesi yerinde olacaktır. Bu bakımdan işkence ve kötü muamele fiillerini ayrıntılı olarak ele almanın çalışmamız bakımından yararlı olacağını düşünmekteyiz. Yukarıda açıkladığımız üzere AİHM ve TCK, işkence ve kötü muamele fiillerini ayırmıştır. Hangi eylemin işkence hangisinin kötü muamele olacağı mahkeme kararlarında farklılık göstermektedir. Nitekim verilen kararların hukuki yorumu çalışmamız kapsamında bulunmadığından, her iki suçun oluşumuna neden olan etmenleri ve bunların meydana gelmesini önleyici tedbirleri birlikte ele alacağız.

2.3 İşkence Suçunun Önlenmesi İçin Yerine Getirilmesi Gereken Hususlar

Bu kısımda işkence suçunun önlenmesi amacıyla devletin yerine getirmesi gereken sorumlulukları Mahkeme içtihatları ve doktrindeki yorumlar çerçevesinde belirlemeye çalışacağız.

2.3.1 Kişinin Yakalanması / Gözaltına Alınması Sırasında Yapılması Gerekenler

Gözaltına alınırken yani yakalama aşamasında oluşan zor kullanma nedeniyle de devletin zaman zaman işkence veya kötü muamele yaptığı gündeme gelmektedir. İşkence ve kötü muamele arasındaki fark yukarıda da izah edildiği üzere AİHM tarafından yapılan muamelenin yoğunluğuyla doğrudan ilintilidir. Yani AİHM, TCK'nın işkence suçunun oluşması bakımından eylemin sistematik olarak yapılması

olarak suçun sistematik olarak işlenmemiş olmasını değil, özel saikle işlenmemiş olması olarak görmektedir (Başbüyük, 2010: 1468).

Mahkemenin göz altına alınma esnasında uygulanan muamelenin şiddet oluşturup oluşturmadığı yönündeki kriterlerini belirlemede bir başka örnek kararı incelemek yerinde olacaktır. Mahkemenin 2000 tarihli Caloc – Fransa kararında başvuru göz altına alındığı Polis Merkezinden kaçmış ancak kaçtıktan yaklaşık 50 m. sonra Polisler tarafından yakalanmıştır. Yakalanma esnasında başvuru Polis tarafından kendisine şiddet uygulandığını iddia etmiştir. Mahkeme tarafların olayı kabulüne ve tıbbi müdahale raporuna dayanarak, şiddetin kaçmaya çalışan başvuranın tekrar yakalanması esnasında olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, başvuranın yakalanma sırasında araç kullanmasına engel olacak derecede omuzundan yaralanmasıyla, uygulanan şiddet arasında bir oran bulunup bulunmadığına karar vermeye çalışmıştır. Mahkeme öncelikle başvurana verilen 20 gün iş göremez raporunun, başvuranın özel nitelikte bir mesleği (ağır tarım aracı sürücülüğü) icra etmesinden dolayı verildiğini düşünmektedir. Ayrıca başvuran kaçmaya çalıştığını, bu esnada direndiğini ve görevli polisleri itip kaktığını kabul etmiştir. Başvurayı göz altında kaldığı sürede muayene eden doktorunda başvuranın dövülmediğini beyan ettiği, sağlık muayene raporunda da darp izine rastlanıldığı şeklinde bir ibarenin bulunmadığı anlaşılmıştır. Netice itibariyle Mahkeme yaşanan zor kullanma olayında aşırı ve orantısız güç kullanıldığını kabul etmemiştir (Doğru, 2006: 54)²⁵.

Mahkemenin göz altına alınmada kolluk kuvvetlerinin zor kullanması gerektiğini kabul ettiği açıktır. Lakin Mahkeme bu yetkinin kanaatimizce orantısız bir şekilde kullanılmasının bireyin yaşam hakkına doğrudan etki edebileceğini düşündüğünden temkinli davranmaktadır. Mahkeme kendisine yapılan başvurularda her olayı değerlendirirken uygulanan şiddet ile ulaşılmak istenen amaç arasında her olayın kendi oluş koşulları içerisinde bir orantı aramaktadır.

²⁵ Mahkemenin bu konu hakkındaki kararına ayrıntılı bakmak için Caloc-Fransa kararı, Başvuru No: 33951/96, 20.07.2000, prf. 99-100-101.

2.3.2 Kişinin Yakalanması / Gözaltına Alınması Sonrasında Yapılması Gerekenler

Bir kişinin yakalama esnasında veya göz altında iken kötü muameleye uğradığını iddia etmesi durumunda ilk yapılması gereken, yakalama esnasında veya göz altındayken gördüğünü iddia ettiği kötü muamele ile daha sonraki süreçte tespit edilen ve vücudunda iddialarını doğrulamaya yarayacak iz ve emareler arasında bir ilişkinin (*nedensellik ilişkisi*) var olup olmadığının tespit edilmesidir. Bu tespit çok önemli olmakla birlikte yeterli değildir. İkinci yapılması gereken şey, tespit edilen kötü muamelenin derecesidir (Doğru, 2006: 22). Bu bakımdan göz altına alınan kişilerin yakalandıklarında veya göz altına alındıklarında ve serbest bırakıldıklarında mutlaka hekim kontrolünden geçirilmesi gerekmektedir. Sadece mağdurların iddialarını tespit etme amacıyla değil, aynı zamanda bir olaya müdahale eden kolluk görevlilerinin yerine getirdikleri işlemin doğası gereği, gerektiğinde ve ölçülü olmak kaydıyla, zor kullandıkları olaylarda da kolluk görevlilerinin suçsuzluğunu ispatlamada hekim raporları önemlidir. Ancak kişi göz altındayken oluştuğunu iddia ettiği yara izlerinin göz altında kaldığı sürede meydana gelmesi durumunda görevliler, kişide var olan yaralanmaların kendi davranışından kaynaklandığını ve gereken ölçüde kuvvet kullanıldığını ispatlamak zorundadırlar (Reidy, 2002: 34). Örneğin AIHM 1995 yılında vermiş olduğu Ribitsch kararında, gözaltındayken görevli polislerce darp edildiğini iddia eden başvurucunun, vücudundaki izlerin (yaraların) nasıl meydana geldiğini açıklamak zorunda olduğunu belirtmiştir. Ancak taraf devlet ulusal mahkeme sürecinin sonucunu göstermekten daha fazlasını yapmamış, yaralanmanın arabadan düşmeden kaynaklandığını açıklamıştır. Ancak bu açıklamayı Komisyon gibi Mahkemede inandırıcı bulmamıştır²⁶. Bunun yanında unutulmamalıdır ki Mahkeme, suçla özellikle de terörle mücadelede inkar edilemez zorluklar ve gereklilikler olduğunu kabul etmekle birlikte, bu tür gerekçelerin, bireylerin fiziksel bütünlüğü için sağlanan korumaları sınırlandırmaya yetmeyeceğini de ifade etmektedir²⁷.

²⁶ Ribitsch–Avusturya davası, Başvuru No: 18896/91, 4.12.1995.

²⁷ Tomasi-Fransa davası, Başvuru No: 12850/87, 27.08.1992.

Mahkemenin, işkence veya kötü muamelede bulunulduğuna dair şikayetlerde aradığı/istediği tek ve temel doküman doktor raporu değildir. Mahkeme doktor raporu dışında işkence suçunun oluştuğunu gösterecek karine niteliğindeki başka etmenleri de değerlendirmektedir. Örneğin Tekin/Türkiye davasında tıbben ortaya konulan bir delil olmamasına rağmen tanıkları dinleyen Mahkemenin, başvurucunun karanlık bir odada tutulmasının, gözlerinin bağlı olmasının ve vücudunda yara bere izlerinin olmasının kötü muamele gördüğü yönünde yeterli olduğu sonucuna varmıştır (Doğru, 2006: 38). İşkence iddiasında bulunan kişinin göz altına alınırken ve salıverilirken alınması gereken doktor raporunun alınmaması iddiaları kuvvetlendirmektedir. Bu tür eksik veya olumsuz uygulamalar yargı organlarında olumsuz kanaatlerin oluşmasına neden olmaktadır. Yargıtay'ın 2005 yılında vermiş olduğu karar, gözaltına alınan şahısların doktor raporlarının alınması gerektiğini göstermesi bakımından önemlidir: “...Mağdurların mazot kaçakçılığı şüphesiyle 16/08/2000 tarihinde saat 16.30'da yakalanıp, aynı gün saat 19.00'da emniyet odasına alındıkları halde, emniyet odasına giriş doktor raporlarının 17.08.2000 günü saat 2.50/03.20 arasında alındığı, sanıkların mağdur Ersin ve Mehmet'e suçlarını söyletmek amacıyla gözlerini bağlayarak sürekli gezdirmek ve dayak atmak suretiyle işkence yaptıkları...”²⁸. Kararda da görüldüğü üzere kolluk görevlileri gözaltına alma işleminden yaklaşık 12 saat sonra doktor raporu almışlardır. Şahsın yakalanmasıyla doktor raporunun alınması arasındaki sürenin bu kadar uzun olması kolluk görevlileri aleyhine öne sürülen iddiaları doğrulamak yönünde tek başına yeterli değilse de, bu iddiaların doğruluk derecesini kuvvetlendirmektedir.

Bir kişi için hemen hemen aynı zamanda tanzim edilen iki tıbbi raporun içeriklerinin farklı olması da mümkündür. Bu farklılık genelde polisin gözaltı sonrasında almış olduğu doktor raporu ile şahsın tutuklanması halinde cezaevinde tutulan doktor raporlarının farklılığında ortaya çıkmaktadır. 19 Mart 1993 tarihinde İstanbul'da yasadışı terör örgütüne mensup olmak suçundan göz altına alınan Algür için gözaltı sonrasında polisin aldığı raporda darp ve cebir izine rastlanılmadığı belirtilmişken, aynı gün tutuklanarak cezaevine gönderilen başvurucuyu muayene eden hekimin, başvurucunun göğsünde yaralar, genel bir titreme, ayak, boyun ve

²⁸ Yargıtay 8. Ceza Dairesi 11/10/2005, 14107-9402 sayılı kararı.

kollarında ağrılar olduğunu tespit etmiştir. Kamu görevlileri bu raporların farklılığına rağmen ulusal mahkemede beraat etmişlerdir. Ancak AİHM, taraf devletın tanzim edilen raporlardaki farklılığı izah etmesi gerekirken yapmadığını belirterek bu eksikliği dile getirmiştir (Doğru, 2006: 40).

Gözaltına alınan kişilerin işkence veya kötü muameleye uğrayıp uğramadıklarının tespit edilmesinde dikkat edilmesi gereken üçüncü husus “*koruyuculardır*”. Koruyucuların varlığı, tamamen veya kısmen yokluğu kötü muamele iddialarını ispat etmede önemlidir. Koruyucular dört unsurdan oluşmaktadır. Bunlar,

- a) Gözaltına alınan kişinin götürüldüğü doktor dışında kendi istediği başka bir doktora muayene olması,
- b) Gözaltına alınan kişinin avukatla görüşebilmesi,
- c) Gözaltındaki kişinin yakınlarıyla görüşebilmesi,
- d) Gözaltı işleminin hukuki denetimi için hızlı şekilde bir yargı organına başvurabilme imkanındır (Doğru, 2006: 22).

Koruyucuların önemli olduğu ve AİHM tarafından dikkate alındığı Dikme / Türkiye kararında da görülmektedir: On altı gün boyunca gözaltında tutulduğunu ve gözaltında kaldığı sürede işkenceye maruz kaldığını iddia eden Bay Dikme'nin başvurusu, AİHM tarafından kabul etmiş ve iddiaları incelenmeye alınmıştır. Mahkeme Bay Dikme'nin gözaltında kaldığı süre içerisinde *bir avukata, doktora, bir yakınına veya arkadaşına ve bir mahkemeye ulaşma fırsatına müsaade edilmediğini* ifade etmiştir. Mahkeme bu durumda bulunan Bay Dikme'yi tamamen savunmasız (*entirely vulnerable*) olarak tanımlamıştır. Mahkeme ayrıca kararın 91. paragrafında Bay Dikme'nin tamamen izolasyon (*total isolation*) içinde olmasının, görmüş olduğu kötü muamelenin şiddetini artırdığını öne sürmüştür²⁹.

²⁹ Dikme-Türkiye davası, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2000.

2.3.3 Kişinin Tutulduğu Yerin Koşullarının İşkence Suçu Bakımından Önemi

İşkence veya kötü muamelenin varlığı olarak değerlendirilen bir diğer husus kişilerin tutuldukları yerlerin koşullarıdır. Birey göz altında iken görevlilerin aşağılama veya kötü muamelelerine maruz kalmasa da, tutuldukları yerlerin şartları onu olumsuz etkileyebilir. Kişinin tutulduğu yerdeki şartların kötülüğü AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi onun fiziksel ve moral direncinin kırılmasıyla ilişkilidir (Doğru, 2006: 80). Alıkoyma yerlerinin koşulları, her kişinin *yaş, cinsiyet, tehlike teşkil edip etmediği ve tutuklumu yoksa hükümlü mü* olduğuna dikkat edilerek belirlenmelidir. Çünkü bazı kişilerin özel durumları onların daha farklı yerlerde ve koşullarda tutulmalarını gerektirebilir. Örneğin Price davasında mağdur, gebelik dönemindeki sorunlar sebebiyle dört uzvu özürlü, böbrek bozukluğu ile birlikte başka sağlık sorunları da bulunan bir kişidir. 7 gün hapis cezasına çarptırılmıştır. Kadın tutuklu, onu küçük düşürmek veya alçaltmak için kasıtlı bir niyet olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmamakla birlikte AİHM, bu derecede kısıtlı (özürlü) olan birisinin soğuk bir yerde tutulmasını, yatağının çok sert olmasını, tuvalete gitmesi veya kendisini temizlemesinin büyük zorluklarla mümkün olduğu koşullarda tutulmasını 3. maddeye aykırı bulmuştur. Lâkin hücre hapsi ve tecrit uygulaması bir çok defa insanlık dışı muamele olarak nitelendirilmeye çalışılmışsa da, AİHM ve Avrupa İşkenceyi Öneme Komitesi hücre hapsinin mevcudiyetini tek başına 3. maddeye aykırı bulmamıştır. Yani önemli olan kişinin tutulduğu hücrenin kişinin durumunun dikkate alınarak belirlenmesidir. Ancak sürenin hücre hapsinde uzun tutulması veya bu uygulamanın çocuk suçlularını da kapsamı durumu tartışmaya açıktır (Reidy, 2002: 40).

Kişilerin tutuldukları yerlerde (nezarethane, cezaevi vb.) yapılan aramalarda görevlilerin tutum ve davranışlarının da Sözleşmenin 3. maddesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir. AİHM Valasinas Litvanya kararında cezaevinde tutuklu olan başvurucunun çıplak şekilde kadın bir gardiyanın önünde bir erkek gardiyan tarafından aranmasını, başvurucunun cinsel organına çıplak elle dokunulmasını, akabinde başvurucunun yakınlarının getirdiği yiyeceklerin aynı elle ve eldivensiz

bir şekilde kontrol edilmesini insanlık onurunu aşağılayıcı bir muamele olarak kabul ederek AIHS'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur³⁰.

Tutulma yerinin asgari insani yaşam koşullarını taşıması da 3. madde bakımından önemlidir. Tekin/Türkiye davasında başvuru, göz altında kaldığı süre içerisinde tutulduğu nezarethanede aydınlatmanın olmadığını, yatak veya battaniyenin bulunmadığını, nezarethanenin çok soğuk olduğunu ve göz altında kaldığı sürece kendisine sadece ekmek ve su verildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvuranın karanlık ve soğuk bir hücrede tutulmasını gayri insani ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirmiştir³¹.

2.4 İşkence Suçunun 1982 Anayasası Kapsamında Değerlendirilmesi

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde 1982 Anayasası'nda işkence ve kötü muameleyi önleme amacıyla var olan düzenlemeleri inceleyeceğiz. Anayasanın 17. maddesinde hiç kimseye işkence ve kötü muamele yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında Türkiye Cumhuriyeti devleti işkencenin men edildiği BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni³², AIHS'yi³³, BMİZCK³⁴ kabul etmiştir. 1982 Anayasası'nda işkence ve kötü muamelenin (eziyet) yasak olduğu kayıtlandıktan sonra bu hususta TCK'da da bu tür muamelelerin yaptırıma bağlanması düzenlenmiştir. BMİZCK'nın 2. maddesinde işkencenin önlenmesi için taraf devletlerin etkili idari ve adli tedbirlerin almaları gerektiği belirtilmiştir. Aynı sözleşmenin 4. maddesinde taraf devletlerin işkence eylemlerini, işkence yapmaya

³⁰ Valasinas/Litvayna davası,2001, Başvuru No: 44558/98, 24.10.2001.

³¹ Detaylı bilgi için bkz. http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/52_1997_836_1042.pdf, E. Tarihi: 17.10.2015.

³² Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³³ Avrupa Konseyi'nin bu anlamda ilk adımı 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren "İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AIHS)"dir. Türkiye 18 Mayıs 1954'te sözleşmeyi onaylamış, 28 Ocak 1987'de de bireysel başvuru hakkını tanımıştır. Mahkemenin zorunlu yargı yetkisini ise 28 Ocak 1990'da kabul etmiştir.

³⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarih ve 39/46 sayılı Kararıyla kabul edilip imza, onay ve katılıma açılmıştır. Sözleşme 27(1). maddeye uygun olarak 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 25 Ocak 1988 tarihinde imzalamış ve 21 Nisan 1988 tarihinde bir beyan ve bir ihtirazi kayıtlarla onaylamıştır. 3441 Sayılı Onay Kanunu 29 Nisan 1988 gün ve 19799 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

teşebbüs ve işkenceye iştirak veya suç ortaklığı yapan şahsın fiillerini kendi ceza kanunlarında gerekli müeyyideyle birlikte suç saymaları gerektiğini belirtilmiştir.

İşkence ve kötü muamelenin ilk unsuru yukarıda da izah ettiğimiz üzere yapılan sui muamele ile o muamelenin devletin denetimi/kontrolü altındayken yapıldığını ispat etmektir. Bu bakımdan göz altına alınan / yakalanan kişinin tutulduğu kolluk biriminde kötü muameleye uğramadığını delillendirmek amacıyla doktor raporu alınması gerekmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 99. maddesinde göz altına alınan kişilerle ilgili olarak sağlık kontrolünün nasıl yapılacağına çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. CMK gereğince 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin “sağlık kontrolü” başlıklı 9. maddesinde gözaltına alınan veya yakalandığı sırada zor kullanılan kişilerin hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumlarının belirlenmesi istenmiştir. Ayrıca gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumunun hekim raporu ile tespit edilmesi istenmiştir. Gözaltında iken sağlık durumu bozulan ve durumlarından şüphe edilen kişilerin derhal sağlık kontrolünden geçirilmeleri ayrıca istekleri hâlinde kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmelerinin sağlanacağı düzenlenmiştir. Anayasanın 17. maddesinde kesin ve net bir şekilde işkence ve kötü muamelenin yasaklanmasının sağlanması doğrultusunda, bu tür muamelelerin ispatı için hekim raporunun bulunması gereği ilgili mevzuat tarafından tüm detayları düşünülmek üzere düzenlenmiştir. Kanun koyucu yapmış olduğu düzenlemelerle, kanun uygulayıcılarının hata yapma ihtimalini minimize etmeye çalışmıştır.

İşkence ve kötü muamelenin önlenmesi için 1982 Anayasası ve ilgili mevzuat gerekli olan koruyucular bakımından da incelendiğinde, koruyucuların birinci unsuru olan “Gözaltına alınan kişinin götürüldüğü doktor dışında kendi istediği başka bir doktora muayene olması” şartının, Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 9/3. fıkrasında düzenlendiği görülmektedir. İkinci unsur olan “avukatla görüşme” mer'i anayasada yer almamıştır. Ancak, CMK'nın 149/1. maddesinde şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında

müdafî yardımından yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/4. maddesinde de yakalanan kişiye, suç ayrımı gözetilmeksizin yakalama sebebi ve hakkındaki iddialar ile susma ve müdafiden yararlanma, yakalanmaya itiraz etme hakları ile diğer kanuni hakları bildirileceği düzenlenmiştir. Koruyucu unsurlardan üçüncüsü gözaltındaki kişinin yakınlarıyla görüşebilmesidir. Bu unsur 1982 Anayasası'nın 19. maddesinde *“Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.”* şeklinde yer almaktadır. CMK'nın 95/1. Maddesinde ise düzenleme *“şüpheli veya sanık yakalandığında, gözaltına alındığında veya gözaltı süresi uzatıldığında, Cumhuriyet savcısının emriyle bir yakınına veya belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilir.”* şeklindedir. CMK'daki düzenlemenin benzeri Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 6/6. maddesinde de bulunmaktadır. Koruyucu unsurun sonuncusu, gözaltı işleminin hukuki denetimi için hızlı şekilde bir yargı organına başvurabilme imkanındır. Bu unsurda 82 Anayasası'nın 19. maddesinde *“tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır”* ve *“her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir”* şeklinde yer almaktadır. Her iki düzenleme de kişinin göz altına alındıktan / yakalandıktan sonra yapılan işlemlerin denetimi amacıyla bir yargı organına başvurma imkanı tanımaktadır.

Kişinin işkenceye maruz kalmasını engelleyecek unsurlardan olan koruyuculardan biri olan yakınlarına haber verme ve müdafiden yararlanma düzenlemeleri hakkında eleştirimiz bulunmaktadır. Öncelikle birinci eleştirimiz CMK'nın yakalanan veya gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesi başlıklı 95. maddesiyle ilgilidir. Bu maddede yakalanan ve göz altına alınan kişilerin yakınlarına ancak Cumhuriyet savcısının emriyle haber verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme sadece nitelikli suç olarak kabul edebileceğimiz örgütlü suçları değil tüm suçları kapsadığından düzenlemenin değiştirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. İşkence ve kötü muamelenin koruyucu unsurlarından

olan “yakınlarına haber verme”, oluşabilecek iddiaların önüne geçmesi bakımından önemlidir. Aynı zamanda anayasada düzenlenmiş bu hakkın herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan tüm suçlar bakımından Cumhuriyet savcısının iznine tabi tutulması hakkın kullanımı açısından da sakıncalıdır. Bu düşüncelerle yakınlarına haber verme koruyucu ilkesinin genel olarak değil, *sadece soruşturmanın selametini tehlikeye düşürmeyecek durumlar bakımından uygulanmasının* bireyin özgürlüğü ve güvenliği bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

3. ADİL YARGILANMA HAKKI

Adil yargılanma hakkı AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hakkın kapsamı içerisinde bulunan düzenlemeler 1982 Anayasası'nın değişik maddelerinde yer almıştır. Anayasadaki düzenlemeler bu bölümde sırası geldikçe incelenecektir. Ancak “*adil yargılama hakkının*” bir kavram olarak 1982 Anayasası'nda yer alması 4709 sayılı yasa ile mümkün olmuştur. Bu bölümün içeriğinin oluşturulmasında AİHS'nin 6. maddesindeki düzenlemelerden faydalanacağız. Çünkü sözleşmedeki düzenlemeler adil bir yargılamanın yapılabilmesi için gerekli tüm koşulları tek madde başlığı altında düzenlemiştir. Bu maddenin mevcudiyeti ve uygulaması önemlidir. AİHM'nin de belirttiği üzere, demokratik bir toplumda adil bir adalet idaresi hakkı o kadar önemli bir yere sahiptir ki, Sözleşmenin 6. maddesinin, özellikle de 1. fıkrasının bunu kısıtlayıcı nitelikte yorumlanması bu hakkı zedeleyecektir (Harby ve Mole, 2001: 9).

Adil yargılanma hakkı 1215 tarihli Magna Carta'ya kadar uzanan, “*Common Law*” hukuk sistemi içerisinde doğmuş bir kavramdır. Daha sonra Amerikan Anayasasının 14. maddesinde yer almasıyla kavram (*due process*) anayasal bir statüye kazanmıştır. Adil yargılanma hakkı sadece bireye tanınan veya onu ilgilendiren bir hak değildir. Yani adil yargılanma hakkı *hukuki korunmayı talep hakkı* değildir. Adil yargılanma hakkının değişik içtihat ve doktrinler ışığında ortaya çıkan üç sonucu bulunmaktadır. Bunlar; a) Devletin yargı fonksiyonunun bizzat sınırlandırması anlamına gelmektedir, b) Yargılamaya katılanlara aktif bir rol verilmek suretiyle yargılamaya katılabilmeleri ve muhakemede etkili olabilmeleri

sağlanmıştır, c) Yargılamanın hukuka uygun ve doğru bir şekilde yürüyerek adil bir kararın çıkmasına etki etmektedir (Pekcanitez, 1997: 36-55).

AIHS'nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: “*Her şahıs gerek medenî hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezaî sahada kendisine serdedilen bir isnadın esasî hakkında karar verecek olan kanunî, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından, davasının makul süre içinde, hakkaniyete uygun ve alenî surette dinlenilmesini istemek hakkını haizdir.*” Fıkranın içeriğinden yola çıkmak suretiyle adil yargılama hakkının unsurlarını aşağıdaki gibi tespit edebiliriz.

- a) Kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma,
- b) Makul süre içerisinde yargılanma,
- c) Hakkaniyete uygun bir şekilde yargılanma,
- d) Aleni olarak yargılanma (Tanrıver, 2004: 193).

3.1 Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma

Adil bir şekilde yargılamanın en temel ve kurumsal güvencesi yargılama faaliyetinin siyasi organlar veya bunlarla ilişkili başka kurumlar tarafından değil, kanunla ihdas edilmiş bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından yerine getirilmesidir. Hukukun nesnel, haksızlığa maruz bırakmadan uygulanabilmesi ancak kişilerin bağımsız ve tarafsız kurumlar tarafından yargılanmalarıyla mümkündür. Öyle ki bu unsur adil yargılanma hakkının özünü oluşturmaktadır (Yüksel, 2010: 44).

Mahkeme ifadesi, yürütmeden ve taraflardan bağımsız, yasayla kurulan, *yargılama usulü güvencesine sahip* bir kurumu ifade edilmektedir³⁵. AIHS'nin 6. maddesi ve 1982 Anayasasının 142. maddesinde mahkemelerin kanunla kurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan kanunilik ilkesinin, mahkemeler bakımından üç şartı taşıması gerekmektedir. Bunlar; 1) Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerinin, kanunla belirlenmesi gerektiği, 2) Yürütme erkinin düzenleyici idarî işlemler vasıtasıyla mahkeme kuramayacağı, 3) Kanuni

³⁵ http://www.danistay.gov.tr/upload/3_adilyargilamahakki.pdf, E. Tarihi: 18.10.2015.

düzenlemeler dışında kurulmuş olan mahkemelerin görevlerinin, yetkilerinin, işleyiş ve yargılama usullerinin değiştirilmesi, 4) Mahkemelerin kanunla yapılmış bu tür belirlenimlerinin, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından önce yapılmış olması gerekmektedir. Son şartın diğer bir ifadesi tabii hâkim (doğal yargıç) ilkesidir (Tanrıver, 2004: 194)³⁶.

Tabii hâkim ilkesi, kanunî hâkim ilkesinden farklıdır. İki ilke arasında temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu temel farklılıkları ilkelerin kendi öğeleri üzerinden tayin etmek mümkündür. Bunlar, tabii hâkim ilkesi açısından “öncedenlik” ve kanunilik; kanunî hâkim ilkesi açısından kanuniliktir. Bir mahkemenin görev ve yetkileriyle takip etmesi gereken yargılama usullerinin kanunla yapılmış olması kanunî hâkim ilkesi bakımından yeterli olup, düzenlemenin zamanlaması önemli değildir. Halbuki tabii hâkim ilkesinde mahkemenin görev ve yetkileriyle takip etmesi gereken yargılama usullerinin *yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce*, incelenecek uyuşmazlıkla herhangi bir ilişkisinin bulunmaması şartı aranmaktadır. Bu bakımdan incelenecek uyuşmazlığa bakmaya yetkili mahkemenin belirlenmesi uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra *kanunla* yapılmış ise bu durum kanunî hâkim ilkesine uygun olup, tabii hâkim ilkesine aykırılık teşkil eder (Tanrıver, 2013: 14).

Yürütmenin ortaya koyacağı iradeyle değil, mahkemeler, gerek kuruluş ve yetkileri, gerekse de yargılama usulleri bakımından, bir kanuni düzenleme yoluyla dava konusu olay ortaya çıkmadan önce belirlenmelidir. Bu şekilde olması kişiye ve olaya özel mahkemelerin oluşumunu engelleyecektir³⁷ (Gölcüklü, 1994 (a): 210).

Birey açısından tabii hâkim önünde yargılanmayı talep etmek anayasadan kaynaklanan temel bir haktır. Devlet yönünden baktığımızda konuya, mahkemeleri ihdas ederken tabii hâkim ilkesine uygun hareket etmek temel bir ödev *kanaatimizce*

³⁶ Detaylı bilgi için bkz. Gölcüklü, F./Gözübüyük, Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. B., Ankara 2002, s. 279-280.

³⁷ Bu konuda AIHM şu kararları da incelenebilir: Div. K. Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 37, § 89; Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A 84, s. 17, § 36; Pfeifer et Plankl/Avusturya, 25.2.1992, A 227, s. 16, ~ 39; Kom. K. Zand/Avusturya, 12.10.1978, no. 7360/76, DR 15, s. 170; Crociani etc./İtalya, 18.12.1980, no: 8f/J3n9. DR 22, s. 147; Kom. R. Barthold/Almanya, 12.3.1981. no. 8734/79. DR 26, s. 145.

*pozitif bir yükümlülüktür.*³⁸ Tabiî hâkim ilkesi adil yargılanma hakkıyla doğrudan doğruya ilişkilidir. Bireyin tabiî hâkim ilkesi gereğince ihdas edilmiş bir yargı organı tarafından yargılanma talebi *sübjektif bir kamu hakkı* olarak nitelendirilmektedir (Tanrıver, 2013: 15).

Anayasanın “kanunî hâkim güvencesi” başlığını taşıyan 37. maddesindeki düzenleme, tabiî hâkim ilkesidir (Tanrıver, 2004: 195). 37. maddenin ikinci fıkrasında geçen “*bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*” ifadesi, tabiî hâkim ilkesini anlatmaktadır. Tabiî hâkim ilkesiyle sağlanmak istenen, kişiye ve olaya göre mahkemelerin kurulmasını önlemektir. Tabiî hâkim ilkesinin hukuk devletinin bir gereği olduğu düşünüldüğünde ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de, 1982 Anayasası’nın 2. maddesinde de belirtildiği üzere bir hukuk devleti olduğu gerçeği dikkate alındığında, Anayasanın tabiî hâkim ilkesini ifade ettiği açıktır (Tanrıver, 2013: 16).

3.2 Mahkemelerin Bağımsızlığı

Tabiî hâkim ilkesi, yargı organlarının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkeleriyle de sıkı bir ilişki içerisindedir. Hâkimlerin hukuksal sınırlar içerisinde kalmak şartıyla, baskı ve etkiden uzak, hür ve bağımsız iradeleri ve *vicdani kanaatlerine* göre karar verebilecekleri şartların mevcudiyeti yargı bağımsızlığı olarak tanımlanabilir (Tanrıver, 2013: 16).

Yargı bağımsızlığı hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerindedir. Aynı zamanda insan hak ve özgürlüklerinin temel ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinden hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları gerektiğinin anlatıldığını vurgulamak gerekir. Hakimlere tanınan bu bağımsızlık ayrıcalık olarak yorumlanmamalı, hâkimlerin iş ve işlemlerini icra ederken *etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak* bir şekilde davranmaları sağlanmaya çalışılmıştır. Bağımsızlık, yargının bir karakteridir. Hâkim, *çekinmeden ve endişe duymadan*, Anayasada belirtilen amaçlardan başka *herhangi bir dış etki altında*

³⁸ İtalik kısım araştırmacının görüşüdür.

kalmadan yansız tutumla özgürce karar vermelidir. Bu amaçla mahkemelerin bağımsızlığı adil yargılama amacı gütmektedir³⁹. Anayasa Mahkemesinin buna benzer bir başka kararı da aşağıdaki gibidir.

Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Birinci Dairesi, 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 17.7.1972 günlü, 1611 sayılı Yasanın 1. maddesi ile değiştirilen 12. maddesinin (B) bendinin ilk paragrafındaki *“sicili düzenlenecek askeri hâkim subayın kuruluş bağlantısına göre teşkilatında askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amiri”* ibaresiyle, (1) numaralı alt bendinin *“Kıdemli hâkimler, birlikte çalıştıkları hâkimlerin; askeri savcılar, birlikte çalıştıkları yardımcı savcı ve savcı yardımcılarının; ...”* bölümünün, Anayasa'nın 2, 9, 36, 138, 139 ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali talebiyle başvurmuştur. AYM başvuruya mahkemelerin bağımsızlığı perspektifinden yaklaşmıştır. AYM kararı şu şekildedir: *“Askeri hâkimlere, bağlı oldukları komutanlar veya askeri kurum amirleri ile kıdemli hâkimler tarafından subay sicili verilmesi işlemleri hâkim bağımsızlığı ilkesi ile doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 145. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, askeri hâkimlerin özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve askeri hizmetin gereklerine uygun olarak düzenlenmesi zorunluluğu açıktır. Bununla birlikte, askeri mahkemelerin askeri bir düzen içerisinde yer almaları ve görev alanlarının askeri konulara özgülenmesi olgusu hâkim bağımsızlığı ilkesinin göz ardı edilmesinin nedeni olamaz. Askerlik hizmetinin gerekleri, mahkemelerin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi ve dayanağı olan hâkimlik teminatına dokunmadığı sürece geçerli olabilir. Başka bir deyimle askeri mahkemelerin anayasal yapısı karşısında askerlik hizmetlerinin gerekleri nedenine dayanılarak askeri mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsızlığının ve teminatının zedelenmesine yol açılması savunulamaz. Askeri hizmetin gerekleri hâkimlerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatını koruyacak güvenlik alanının sınırına dayandığı anda askerlik hizmetlerinin gereklerinin işletilmemesi gerekir. Askeri Hâkimler Kanunu gereğince, askeri hâkim ve yardımcıları tarafından verilen kararlara karşı*

³⁹ AYM Kararı, Esas:2014/57, Karar:2014/81, Karar Günü:10.04.2014.

kanun yollarına başvurulması durumunda Askeri Yargıtay Daireleri ve Daireler Kurulunca dosyaların incelenmesi sonucunda mesleki sicil notu verilmektedir. Bu yolla askeri hâkimlerin mesleki yeterlilikleri denetlenmekte iken, ayrıca sıralı idari sicil üstleri ve kıdemli askeri hâkimler tarafından askeri hâkimlere idari sicil düzenlenmesi, askeri mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda güvensizlik ve şüphe uyandırabilir. Yargılama aşamasında böyle bir güvensizliğin ve şüphenin ortaya çıkma olasılığı, subay sicili uygulamasını mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve hâkimlik teminatına aykırı kılmaktadır. Bu nedenle nezdinde askeri mahkeme kurulan komutan veya askeri kurum amirleri ile kıdemli askeri hâkimlerin askeri hâkimlere subay sicili belgesi vermesi, askeri mahkemelerin bağımsızlığına ve hâkimlik teminatına aykırılık oluşturmaktadır.”⁴⁰. Kararın incelenmesinde de anlaşılacağı üzere AYM, hâkim veya savcılarının üzerinde salt onların idari faaliyetleri sebebiyle sicil verecek bir üst amirin bulunmasını, mahkemelerin/hakimlerin bağımsızlığına etki olarak görmüştür.

AİHM de yargı bağımsızlığını, mahkemenin *yürütme* ve *yasamanın* etkisinden uzak, taraflarla ilişkisinin olmaması, üyelerinin yargı faaliyetini icra ederken hiç kimseden emir ve talimat almamaları şeklinde yorumlamıştır. AİHM, sözleşmenin 6. maddesi çerçevesinde incelediği Ringeisen / Avusturya kararında Bölge Mahkemesinin (Regional Commission) Sözleşme’nin 6/1. maddesinde belirtilen mahkemelerden kabul edilmesi gerektiğini çünkü bu mahkemenin yürütmeden ve taraflardan bağımsız olduğunu, üyelerinin beş yıllık bir süre için atandığını belirtmiştir ⁴¹.

Yargı bağımsızlığı konusu 1982 Anayasa’nın 9. ve 138. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 9. maddesinde yargı yetkisinin, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiş; 138. maddesinde ise, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat

⁴⁰ AYM Kararı, Esas Sayısı: 2006/105, Karar Sayısı: 2009/142, Karar Günü : 8.10.2009.

⁴¹ Ringeisen/Avusturya kararı, Başvuru No: 2614/65, 16.07.1971.

veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilmiştir.

Mahkemelerin görev yönünden tespitlerinin yanında, yer yönünden tespitleri de söz konusudur. Yer yönünden yetki ile ilgili kurallar, davaların makul süre içinde, en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını temin etmek amacıyla tespit edilir ve bu nedenle kamu düzeniyle ilişkili değildir. *Yetki kuralları, esas itibariyle, görev gibi yargı erkinin işleyişini, doğrudan doğruya etkileyen ve bu çerçevede belirleyici bir işlev gören kurallar niteliğini haiz olmadığından doğal hâkim ilkesinin, mahkemelerin yetkisi ile ilgili kurullarla, görevdeki kadar sıkı bir bağ ya da bağlantı içerisinde bulunduğu söylenemez.* AYM bakmış olduğu davayla ilgili olarak, mahkemenin yer yönünden tespit edilmesinin kanuna dayanması ve görülecek uyuşmazlıktan önce tespit edilmesinin (yer bakımından düzenlemenin yapılmasından önceki davaları kapsamaması) Anayasaya aykırı olmayacağını belirtmiştir⁴². Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre de kuruluş şekli ve görevi kanun tarafından belirlenmiş olan mahkemenin yer bakımından yetkisinin yürütme erki tarafından tespit edilmesi Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı değildir (Gölcüklü, 1994 (a): 210).

3.3 Mahkemelerin Tarafsızlığı

AİHM'nin Piersack / Belçika davasında verdiği karar şu şekildedir: *“Her ne kadar tarafsızlık normalde önyargılı veya peşin hükümlü olmamak anlamına gelse de, bunun Sözleşmenin 6/1. maddesi kapsamında varlığı ya da yokluğu, çeşitli yöntemlerle sınanabilir. Bu bağlamda, öznel yaklaşım, yani belirli bir yargıcın belirli bir davadaki şahsi hükmünün değerlendirilmesi ile yargıcın bu anlamda tüm meşru şüpheleri bertaraf etmeye yetecek teminat sağlayıp sağlamadığını belirlemek üzere nesnel yaklaşım arasındaki farka işaret edilebilir”*⁴³. Mahkemenin kararından alınan bu ifadeyi hâkimin öznel ve nesnel yaklaşımı şeklinde ikiye ayırmak mümkündür. Sübjektif tarafsızlık, hâkimin birey sıfatıyla tarafsızlığını ifade etmektedir (Tanrıver, 2004: 198). AİHM'de sübjektif tarafsızlığı, verilen kararda

⁴² AYM Kararı, Esas Sayısı : 2012/146, Karar Sayısı :2013/93, Karar Günü : 17.7.2013, R.G. Tarih-Sayı: 25.04.2014-28982.

⁴³ Detaylı bilgi için bkz. Piersack-Belçika davası, Başvuru No: 8692/79, 01.10.1982, prf. 30.

kişisel görüşünü anlamak için gayret gösterilmesinin yeterli olacağını belirtmiştir. (Piersack / Belçika davası,1982). Hâkimin sübjektif tarafsızlığı bakımından AİHM, aksi ispat edilinceye kadar atanmış bir hakimi kişisel manada tarafsız kabul eder. Bu karinenin ispat edilmesi güçtür. Strazburg'da bu konuda pek çok başvuru olduğu halde böyle bir iddiayı (sübjektif tarafsızlığı) ispat etme başarısı henüz olmamıştır.

Kurumsal tarafsızlık olarak da adlandırılan nesnel tarafsızlık ise (Yüksel, 2010: 57), mahkemenin bireylerde bıraktığı güven verici izlenim ve taraflara eşit mesafede bulunması olarak yorumlanmaktadır (Tanrıver, 2004: 198). Nesnel tarafsızlıkta önemli olan yargı organının bireylerin nezdinde her türlü tereddütten uzak kalmasını sağlayacak bir sistemin var olmasıdır. Diğer bir anlatımla, aynı davada taraflar veya hakim değişse bile karar değişmeyecek ise tarafsızlıktan söz edilebilir⁴⁴. Bireylerin mahkemelere/hâkimlere güveni önemlidir. AİHM'de sıklıkla kullanılan “*adaletin yerine getirilmesi yetmez aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lazımdır*” sözü nesnel tarafsızlığı ifade etmektedir (Yüksel, 2010: 57). AİHM, herhangi bir hakim hakkında yasal nedenlere dayanan tarafsız olduğu yönünde bir endişe var (*..to fear a lack of impartiality*) ise o hâkim çekilmelidir demiştir⁴⁵. Devletlerin kendi ulusal mevzuatlarına mahkeme / hakim tarafsızlığını sağlayacak mekanizmaları vazetmeleri gerekir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm olmamakla birlikte, devletlerin ulusal mevzuatlarında bunu sağlayacak bir düzenlemenin olmaması, 6. madde kapsamındaki ihlâllerin ihtimalini arttırır. Bu nedenle AİHM, bir sanık mahkemenin/hâkimin tarafsızlığı konusunu gündeme getirirse ve bu iddiası “*tamamen esastan yoksun*” değilse bu durum mutlaka soruşturulmalıdır ifadesiyle nesnel tarafsızlığa vermiş olduğu önemi göstermiştir (Harby ve Mole, 2001: 62).

1982 Anayasası'nda hâkimlerin / mahkemelerin tarafsızlığı konusunda açık ve net bir ifade yer almamaktadır. Yer almaması bu düşüncenin anayasanın mevcut olmadığı anlamına gelmemelidir. Örneğin 138. maddenin 1. fıkrasında “*Hakimler ...*

⁴⁴ Nur Centel'in bu konudaki makalesi için bkz.

<http://nurcentel.com/makaleler/guncel/hukuktarafsizlik.pdf>, E. Tarihi: 21.03.2016.

⁴⁵ Hauschildt / Danimarka kararı, Başvuru No: 10486/83, 24.05.1989, prf. 48, E. Tarihi: 21.03.2016. [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["hauschildt"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57500"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.”; aynı maddenin 2. fıkrasında da “*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*” ifadesi, hakimlerin tarafsızlığını işaret etmektedir. Bu ifadeye göre hakim hiç kimseden etkilenmeden sadece anayasa, kanun ve hukuka bağlı kalarak vicdanın sesini dinlemelidir. Kararlarını oluştururken bu dört unsurun dışında bir başka etmenin kararlarına etki ettiği izlenimini vermemelidir.

3.4 Makul Süre İçerisinde Yargılanma

Makul süre 1982 Anayasası'nın 141. maddesinde “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Davaların makul süre içerisinde bitirilememesi halinde tarafların yargıya olan güveni sarsılacaktır. Böyle bir durum, süre uzamasının lehine olan kişileri memnun ederek *cesaretlendirecektir*. Devlet makul sürede yargılamanın yapılmasını sağlayarak bireylerin, yargıya olan güvenini korunmalıdır. Devletin her türlü araç, gereç, personel temin ederek yargılamanın makul sürede bitmesini sağlaması, pozitif yükümlüklerinden birisidir. Birey hakkını yargılama sonucunda elde etmiş olsa dahi makul süre içerisinde bu durumun gerçekleşmemiş olması ya onun hakkını tam olarak elde edememesi ya da bu gecikmeden dolayı zarar görmesine neden olacaktır. Unutmayalım ki makul sürede bitirilmeyen her dava bireylerin yargıdan kaçmasına neden olabilir. Bu kaçışın doğal sonucu olarak da kişi hukuksuz yol ve yöntemlere başvurmaya kalkışır (kendi hakkını kendisinin almaya çalışması vb. durumlar). Makul sürenin ne zaman aşıldığını tespit etmek zordur. Mahkemeye başvuru tarihi sürenin başlangıcı olarak ele alınmaktadır. Fakat bazı durumlarda mahkemeye başvurmadan idari bir makama başvuru da süreyi başlatabilmektedir. Sürenin sonunun tespitinde ise tüm hukuk yollarının tamamlanması belirleyici olmaktadır (Pekcanitez, 1997: 41-42).

Makul süre zorunluluğu, makul bir süre içinde alınan adli bir karar aracılığıyla, kişinin itham edildiği suç sebebiyle içinde bulunduğu güvensiz durumun, giderileceğini teminat altına alır. AIHM, Buchholz / Federal Almanya

kararında makul sürenin tayininin tespiti için bazı değerlendirmeler de bulunmuştur. Mahkeme, makul sürenin tespitinin her davanın kendi özel durumu içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme makul sürenin tespitinde üç kriter belirlemiştir. Bunlar, *davanın niteliği, başvuruçunun davranışı, adli ve idari makamlarının davranışlarıdır* (Harby ve Mole, 2001: 46-47).

Davanın makul sürede bitip bitmediğinin tespit etmekte kullanılan davanın niteliği⁴⁶ kriteri değerlendirilirken davanın tüm özellikleri göz önünde bulundurulur. AİHM'nin önem verdiği bu özelliklerden bazıları; elde edilmesi gereken maddi deliller⁴⁷, olay kapsamında suçlanan kişi ve dinlenecek tanık sayısı⁴⁸, uluslararası unsurlar⁴⁹, davanın başka davalarla birleştirilmesi⁵⁰, usule başka kişilerce yapılan müdahaleler sayılabilir⁵¹ (Harby ve Mole, 2001: 48). AİHM'nin davanın niteliği (karmaşıklık) hakkında incelediği Dede ve diğerleri / Türkiye davasında başvuruçular, cezai kovuşturmada süresinin uzunluğundan şikayetçi olmuşlardır. Hükümet ise bu iddialara, dava kapsamında 723 davalının bulunduğu, bu şekilde bir davanın yürütülmesinin güç olması nedeniyle ve bu etkenlerin yargılamanın uzamasına neden olması sebebiyle, yargılama süresinin uzamasında yargı makamlarının herhangi bir ihmali ve kararın gecikmesinde sorumluluklarının bulunmadığını savunmuştur. AİHM ise, 723 sanık ile davanın karmaşık bir görüntüsü olsa dahi 21 yılda bitirilmesinin, makul sürede yargılama hakkının ihlali niteliğinde olduğuna hükmetmiştir (Yüksel, 2010: 91).

Makul sürenin uzama iddiasının tespitinde başvuruçunun ikinci yöntem, başvuruçunun davranışlarıdır. Yargılama sürecinde, başvuru yapan kişi veya kişilerin, yargılamanın nihai bir sonuca ermesi amacıyla üzerlerine düşen yükümlülükleri uygun bir biçimde yerine getirilip getirilmedikleri araştırılır. Bu noktada başvuruyu yapanın üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğini ispat etmesi gerekir (Tanrıver, 2004: 200). Örneğin AİHM, Fransa'da 7 yıl 1 ay süren

⁴⁶ Harby ve Mole'ün alıntı yapılan çalışmasında, *davanın karmaşıklığı* kavramı kullanılmıştır. Fakat başka bir çok çalışmada ((Pekcanitez, 1997: 42); (Yüksel, 2010: 90); (Tanrıver-1, 2004: 199) davanın niteliği ifadesi kullanıldığından, biz de çalışmamızda bu ifadeyi kullanmayı uygun bulduk.

⁴⁷ Triggiani /İtalya kararı, Başvuru No: 13509/88, 24.01.1991, prf. 17.

⁴⁸ Angelucci /İtalya'ya davası, Başvuru No: 12666/87, 24.01.1991, prf. 15.

⁴⁹ Manzoni/İtalya'ya davası, Başvuru No: 11804/85, 19.01.1991, prf.18.

⁵⁰ Diana/İtalya'ya davası, Başvuru No: 11898/85 , 27.02.1992, prf. 17.

⁵¹ Manieri/İtalya'ya davası, Başvuru No: 12053/86, 27.02.1992, prf. 18.

boşanma, nafaka ve velayet davasında, gecikmenin sebebi olarak başvuruçunun davanın uzamasına neden olabilecek gereksiz dilekçeler vermesini göstererek, sözleşmeye aykırı bir durumun oluşmadığına karar vermiştir. Ancak ceza davalarında durum farklıdır. Mahkeme sanığın taleplerinin yargılamanın uzamasına neden olabilecek durumda olup olmadığını değerlendirerek esasa etkisi olmayacak taleplerin reddi yoluna gidecektir⁵².

Makul süre ihlalinin tespitinde başvurulacak üçüncü yol, adli ve idari makamlarının davranışlarıdır. Görev harici nedenlerden (*hâkim açığı, siyasi ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı gibi nedenlerle*) ötürü makul sürenin aşılması durumunda AİHM devletleri sorumlu tutmaktadır. Çünkü devletlerin adil bir yargılamayı sağlamak bakımından sözleşmenin 6. maddesi çerçevesinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 287). Mahkeme Zimmerman ve Steiner/İsviçre kararında devletlerin, yargı sistemlerini sözleşmenin 6/1. maddesinde yazılı olan makul bir sürede yargılama şartına göre düzenlemeleri gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu kararında sürenin uzamasının sebebi olarak mahkemelerin iş yükünün artması olduğunu tespit ederek, İsviçre Hükümetinin bu sorunu çözecek yeterli adımları atmaması sebebiyle sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, gerekirse Hükümetin ek hâkim veya idari personel ataması yaparak bu tür sorunların oluşmasının önüne geçmesi gerektiğini ifade etmiştir (Harby ve Mole, 2001: 51).

Makul sürenin aşılmamasına dikkat etmesi gereken yetkili makam ifadesinden sadece sorumlu hâkim anlaşılmalıdır (Kaşıkara, 2009: 250). Mahkemede görev yapan memurlar (katip, yazı işleri müdürü vb.), adli kolluk görevlileri de bu ifade kapsamında değerlendirilmelidir. AİHM adli yetkilere haiz görevlilerin yargılamaya hız kazandırma çabalarının, başvuruçunun sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen haklardan faydalanması yönünden önem taşıdığını belirtmiştir. Bu sebeple adli işlemlerin tesisinde görev alan herkesin gecikmelere sebep vermemeleri, mahkemelerin de bu gecikmeyi önleyecek denetimleri gerçekleştirmeleri gereklidir (Harby ve Mole, 2001: 50).

⁵² Güzeloğlu, Turan, erişim: <http://turanguzeloglu.com/makaleler/makul-suere-de-yargilanma-hakki-ve-aihs-ek-14-numarali-protokoluen-getirdikleri>, E. Tarihi:21.10.2015.

3.5 Aleni Olarak Yargılanma

Yargılama hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan bu hükmün tesisiyle, yargılamada "*saydamlık*" (şeffaflık) oluşturarak, adli mekanizmanın işleyiş sürecinde karar ve izlenen yöntemlerin, kamu denetimine açık olması sağlanmaya çalışılmıştır. Bu şekilde de "*keyfilige*" yol açabilecek gizli yargılamanın önlenmesi istenmiştir. Yargılamanın aleni yapılmasıyla, yargılama sürecinde adil davranıldığı gösterilerek mahkemelere olan güven korunmaya çalışılacak, aynı zamanda gizliliğin yol açabileceği *haksız keyfi işlemler* önlenerek, 6. maddenin amacı olan "adil yargılama" ilkesi gerçekleştirilmiş olacaktır (Gölcüklü, 1994 (a): 216). Aleniyet ilkesinin tesisi, hakkını arayan bireylerin, halkın denetiminden kaçan gizli bir adalete karşı korumasını da sağlamaktadır (Pekcanıtez, 1997: 43). AİHM'de bir kararında "*Adli kurumların baktığı davaların 6. madde (1) de söz edilen kamusal niteliği davacıları adaletin gizlice, kamuoyu denetimi olmaksızın idaresine karşı korur; ayrıca, gerek üst gerekse alt mahkemelere güvenin devamını sağlayan bir yöntemdir...*" şeklindeki ifadesini, alenilik ilkesinin tüm demokratik toplumların temel ilkelerinden biri (Harby ve Mole, 2001: 38) şeklindeki yorumuyla ilkeye verdiği önemi vurgulamıştır. Bir uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye başvuran bireylerin uyuşmazlığın oluşumuna etki eden hak ihlallerinin menii veya temini için evrensel hukuk ilkelerine uygun yargısal bir sürecin işleyebilmesi bakımından adli iş ve işlemlerin kamuoyu denetimine açık olması gerekmektedir. Bu açıklık sadece bireylerin haklarının korunması açısından değil, aynı zamanda başka bireylerin ve toplumda kamuoyunun, adil ve eşit bir şekilde işleyen hukuksal mekanizmanın yokluğunu, başka yöntemlerle giderme çabası gibi demokratik bir hukuk devletinde arzu edilmeyen sonuçların doğmasına neden olmamak bakımından önemlidir.

Açık bir duruşma ilkesini AİHS'nin 6/1. madde gereğince, birinci derece mahkemeler önünde gerçekleştirmek zorunludur (Harby ve Mole, 2001: 38). 6. madde hükmü her ne kadar yargılamanın her derecesinde uygulanabilecek bir ilke ise de, "*istinaf ve temyiz*" incelemelerinde söz konusu madde gerekleri daha bir yumuşaklıkla uygulanabilecektir (Gölcüklü, 1994 (a): 217). Nitekim Avrupa İnsan Hakları Divanı, istinaf veya temyiz sadece hukuki yönü açısından ele aldığı durumlarda aleniliği zorunlu görmemiş, ancak ilk derece mahkemeleri için bunun

kaçınılmaz olduğunu belirtmiştir (Pekcanitez, 1997: 44). Görüldüğü üzere alenilik ilkesi ilk derece mahkemeleri için zorunlu iken daha sonraki süreçler için (temyiz vb.) böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Duruşmanın aleni olması ilkesi davaya taraf olan bireyin zorunlu olarak duruşmada bulunmasını gerektirmez (hakim kararıyla dinlenmesi gereken kişiler hariç). İlgili kişinin *açık duruşmadan varesta tutulması* yönündeki beyanı veya zımnen bunu istediğinin kabulü yeterli görülecektir (Gölcüklü, 1994 (a): 217). Ancak böyle bir durumun suiistimali de mümkün görüldüğünden AİHM bu istisnanın kaidesini kendince belirlemeye çalışmıştır. Mahkeme, “*Açıkça görülüyor ki bu hükmün ne yazılışı ne de ruhunda kişinin kendi özgür iradesiyle, hassaten veya zımnen, duruşmasının açık yapılması hakkında feragat etmesini önleyecek bir şey yoktur...Ancak, feragatin sarıh bir şekilde yapılması ve hiçbir önemli kamu menfaatine aykırı düşmemesi gerekir.*” (Harby ve Mole, 2001: 40).

Aleniyetin gerek yargılama sürecinde gerekse de karar aşamasında ne şekilde uygulanacağı yönünden kabul edilmiş evrensel bir şekil şartı yoktur. AİHM, Axen-Almanya davasında taraf devletlerin yargılama süreçleri bakımından alenilik ilkesinin uygulaması açısından farklılıklar olduğunu ancak ilkenin şekli yönünün, temel amacının yanında ikinci derecede önemli olduğunu belirtmiştir⁵³. Burada önemli olan, *somut uygulama da göz önünde tutulmak kaydıyla*, "açık duruşma" ile hedeflenen amaca ulaşıp ulaşılmadığıdır. Kararların ilgililere bildirilmesinde de kabul edilen tek bir yöntem bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının aleniliğinin sağlanması bakımından bu kararların, ilgililerin bilgi edinmesi maksadıyla mahkeme kalemine bırakılarak veya kolay görülebilecek bir şekilde mahkeme binasının uygun bir yerine asılmak suretiyle gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir (Gölcüklü, 1994 (a): 217)⁵⁴.

İHEB'nin 11/1. maddesi “*Kendisine bir suç yüklenen herkes, savunması için gerekli olan tüm güvencelerin tanındığı açık bir yargılama sonunda, yasaya*

⁵³ Axen/Germany kararı, Başvuru No: 8273/78, 8.12.1983, prf. 30.

⁵⁴ Bu konuda mahkeme kararları için bkz. Div. K. Pretto et autres / İtalya, 8.12.1983. A 71. s. 12. ~ 25-26; Axen/Federal Almanya. 8.12.1983. An. s. 13-14. 30-31; Sutter / İsviçre, 22.2.1984, A 74. s. 14. ~ 32-33; Campbell et Feli / İngiltere. 28.6.1984. A 80. s. 43. ~ 91 (Gölcüklü-1, 217).

göre suçlu olduğu saptanmadıkça, suçsuz sayılır.” şeklindedir. Yargılamanın aleni olması esastır. Ancak AİHM’nin 6/1. maddesinde de belirtildiği üzere bazı durumlarda bu genel kurala istisnalar getirilmektedir. Bu istisnalar; “demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlardır. Alenilik ilkesi 1982 Anayasası’nın 141. maddesinde “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir. Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.” şeklinde düzenlenmiştir. Duruşmaların kamuya açık yapılması hususunda CMK’nın 182. maddesinde de “Duruşmanın Açıklığı” başlığı şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu maddeye göre, duruşma herkese açık olacak, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı durumlarda mahkeme duruşmanın bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına karar verebilecektir. Aynı kanunun 185. maddesinde de on sekiz yaşını doldurmamış sanıkların duruşmalarının kapalı yapılması hükmü mevcuttur. 1982 Anayasasında alenilik ilkesinin kriterleri ile BMİHEB ve AİHS’nin ölçütleri karşılaştırıldığında bunların uyumlu olduğu görülmektedir. CMK alenilik koşulunun sınırlandırılması yetkisini mahkemelere vermiştir. Önemli olan husus mahkemelerin kendilerine verilen bu yetkiyi kullanırken ortaya koydukları gerekçelerdir.

3.6 Hakkaniyete Uygun Yargılanma

Sözleşmenin 6/1. maddesinde yer alan “hakkaniyete uygun olarak” ibaresi 6. maddenin özünü oluşturmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre hakkaniyetin ilk ve önemli gereği taraflar arasında silahların eşitliğidir.

3.6.1 Silahların Eşitliği

AİHS’de “*silahların eşitliği*” kavramı açık ve net bir şekilde yer almamaktadır. Sözleşmenin 6/1. maddesindeki “hakkaniyete uygun” ifadesiyle AİHM’nin yorumları sonucunda silahların eşitliği ilkesinin hukuksal temelini oluşturmuştur. Silah terimi genel manada bir savaş aracı olması sebebiyle çatışmayı

akla getirmektedir. Hukuk varoluş mantığı açısından savaş ve çatışmaların olmaması veya son bulmasını amaçlamaktadır. Hukukun içerisinde silah teriminin kullanılması ilk etapta bir çelişki gibi algılsa da terimin buradaki kullanımı olumsuz olmasından öte hukuki hakları çatışan tarafların eşitliğini ifade etmesi bakımından olumludur. Uyuşmazlığın çözümünde taraflar kendi iradeleriyle tutum ve davranışlarını belirlemeden, onlardan arzu edildiği şekilde davranması beklenemez. Tarafların en başta savunma hakları kısıtlanamaz. Mahkemeler veya soruşturmanın sahibi Cumhuriyet savcılarını tarafları baskılayan öneri, istek ve talepleri görmezden gelen bir anlayışla hareket edemezler. Çünkü taraflar davanın hukuka uygun adil bir şekilde seyri için kendilerine evrensel hukuk ilkeleri ile sağlanan haklar (silahlar) bakımından eşittir (Dinç, 2005: 283-284).

Birey ile devletin güç odaklı mücadelesinde güçlerin eşitsizliği söz konusu olduğundan devletin galip gelmesi olağandır. Gücün eşit olduğu durumlarda ise kimin galip geleceği tartışmalıdır. İşte silahların eşitliği ilkesi bu tartışmanın ortaya çıkmasını sağlayarak, birey-devlet karşılaşmasında kimin galip geleceğinin önceden bilinirliğini sınırlamaktadır. Taraflar evrensel hukuk kurallarıyla kendilerine tanınan hak ve yetkileri eşit bir şekilde kullanmak suretiyle kimin haklının olduğunun kararını hukukun vermesini sağlamaya çalışmaktadırlar.

Silahların eşitliği ilkesi mahkeme önünde sahip olunan hak ve vecibeler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin bulunması ve bu dengenin bütün yargılama boyunca korunmasıdır (Gölcüklü, 1994 (a): 218)⁵⁵. Silahların eşitliği hukuk devleti ve genel eşitlik ilkelerinin bir sonucudur (Pekcanitez, 1997: 46). Bir ceza ya da hukuk davasında tarafların öne sürülen *tüm delillerden* ve *tüm mütalaalardan bilgilerinin* olması ve bunlar hakkında görüş bildirebilme imkanının bulunması gerekir (Harby ve Mole, 2001: 83).

Silahların eşitliği ilkesiyle amaç, yargılamanın her iki tarafının usul yönünden eşit olmalarının sağlanmasıdır. Bireylerin kendilerini savunmalarının temel güvencesi olan silahların eşitliği ilkesiyle taraflar arasında bir dengenin

⁵⁵ Divan kararları için bkz. Div. K. Pretto et autres/İtalya 8.12.1983. A 71. s. 12. ~ 25-26; Axen/Federal Almanya. 8.12.1983. An. s. 13-14. ~ 30-31; Sutter/İsviçre. 22.2.1984, A 74. s. 14. ~ 32-33; Campbell et Fell/İngiltere. 28.6.1984. A 80. s. 43. ~ 91) (Gölcüklü, 1994 (a): 218).

oluşturulması, yargılamanın hakkaniyet içerisinde seyri ve neticelenmesi sağlanmaya çalışılmaktadır (Yüksel, 2010: 91). Mahkeme hâkiminin taraflara eşit davranması adil yargılanmayı gerçekleştirecektir.

Silahların eşitliği, iddia ve savunma haklarının eşitliğidir. Bir iddianın yetkili yargı organları nezdinde ileri sürülmesi karşısında diğer tarafa da iddiayla ilgili delilleri sunma hakkı tanınmalıdır. Bu hakkın tanınmaması silahların eşitliği ilkesine aykırıdır. De Haes ve Gijssels / Belçika davasında başvuru, gazetede yayınlanan makaleleri sebebiyle bazı yargı mensuplarınca kendilerine karşı açılan davada, başvurucuların küçük düşürücü yayın yaptıkları iddia edilmiştir. Başvuruçular ise makalelerindeki bilgilerin ve yorumların bazı mahkeme dosyalarında bulunan uzman raporlarına dayandığını savunmuşlardır. Mahkemeden bu uzman raporların istenip incelenmesini ve iddialarının araştırılmasını talep etmişlerdir. Ancak ne ilk derece mahkemesi ne de istinaf mahkemesi talebi uygun bulmamış ve belirtilen uzman raporlarını istememişlerdir. AİHM, başvuruçuların ulusal mahkemeden uzman raporlarının incelenmesi talebinin yerine getirilmemesini, başvuruçular açısından *nitelikli bir dezavantaj* olarak değerlendirmiş, bu nedenle de silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Yüksel, 2010: 62).

Silahların eşitliği ilkesi bakımından AİHM'nin kararlarının günün koşulları çerçevesinde ve bireyin hakları açısından değişime uğradığı görülmektedir. Örneğin AİHM, 17 Ocak 1970 günlü ve 11 sayılı kararıyla, başvuru hakkında Yargıtay Başsavcısının kararın verileceği Yargıtay müzakerelerine katılmasını (o dönemdeki Belçika yasaları buna müsaade ediyordu), Başsavcının uyuşmazlığın tarafı olmaması nedeniyle sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Ancak AİHM, 22 Haziran 1993 günlü Borgers / Belçika kararında tebliğname konusunu, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirerek başvuruçuya, *kamu adına görev yapan savcılığın mütalaasını* yanıtlama imkanının verilmemesini (bir nevi savcılığın mütalaasından haberdar edilmemesini) sözleşmenin 6/1. maddesine aykırı bulmuştur (Dinç, 2005: 288). Birey kendisini ilgilendiren özellikle hakkında verilecek karara etki edecek her şeyden haberdar edilmelidir. AİHM'nin kararındaki bu dönüşümde bireyin menfaatine ve hukuka uygun bir değişimdir.

AİHM yargılamanın hakkaniyete uygun yapıp yapılmadığını incelerken, ulusal mahkemenin kararlarını *fil* veya *hukuk açısından* değerlendirmemektedir. Komisyon Strasbourg denetim organlarının, ulusal mahkeme kararının maddi ve hukuki açıdan doğruluğunu bir üst derece mahkeme gibi denetlememektedir. Yerine getirilen işlemlerle, yapılmak istenen muhakeme faaliyetinin tüm işlemlerinin bir bütün halinde göz önünde tutularak yargılamanın adil surette yapıp yapılmadığı konusunda karar vermektir. Avrupa İnsan Hakları Divanı'na göre adil yargılama ilkesi kapsamında silahların eşitliği incelemesinde önemli olan, eşitlik incelemesine konu olan hususun yargılamadaki önemidir (Gölcüklü, 1994 (a): 219). Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddiaları da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmelidir⁵⁶. Mahkemeler silahların eşitliği kapsamında eşitsizliği incelerken, iddia edilen eşitsizliğin yargılamayı gayri adil duruma düşürüp düşürmediğidir. Bunun için davadaki tüm bilgi ve belgeler ilgililerin incelemesine açık tutulmalıdır. Taraflar usulüne uygun bir şekilde davet edilmeli, kendilerine söz hakkı verilerek, belge ve delilleri inceleme hakkına özen gösterilmelidir. Bu hakların kullanımına getirilecek sınırlandırma veya kullanımına mani olma, adil yargılama hakkının ihlalidir (Pekcanitez, 1997: 48).

Silahların eşitliği kapsamında her bireyin (şüpheli veya sanığın) kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgilerinin olmaları konusunda Sarıoğlan Sulh Ceza Mahkemesi, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 208. maddesinde "*Sulh Ceza Mahkemelerinde açılan davalara ait iddianameler sanığa tebliğ olunmaz.*" hükmünün Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğu savıyla AYM'ye başvurmuştur. AYM, Sözleşmenin 6. maddesine atıfta bulunarak, her sanığın kendisine yönelik isnadın nedeni ve niteliğinden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar olmak hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Kendisine isnat edilen olguyu, nedenini, ve hukukî niteliğini bilmeyen sanığın kendisini yeterince savunamayacağını açık olduğunu, bu hususun savunma hakkının temelini oluşturduğunu vurgulamış ve düzenlemenin Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir⁵⁷.

⁵⁶ AYM Kararı, Başvuru Numarası: 2013/2116, Karar Tarihi: 23/1/2014.

⁵⁷ AYM Kararı, Esas Sayısı : 1997/41, Karar Sayısı : 1998/47, Karar Tarihi : 14.7.1998.

Taraflara adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın sağlanması ancak silahların eşitliği ilkesine uygun hareket edilerek, taraflara iddia ve savunmada bulunma hakları tanınmasıyla sağlanacaktır. Devletin yargı fonksiyonu silahların eşitliği ilkesiyle kişi lehine sınırlandırılmakta, yargının doğru ve adil işlemesi amaçlanmaktadır. Yargılamaya katılanların bir obje olmasının önlenmesi, alınan karar ve öne sürülen iddialardan bilgilendirilmek suretiyle aktif bir konum elde etmesi sağlanmaktadır (Yüksel, 2010: 67). Ancak unutulmamalıdır ki devlet, silahların eşitliğini sağlarken taraflardan birinin diğeri karşısında dezavantajlı duruma düşmesini önlemekle yükümlüdür (Çiçek, 2007: 239). Aksi takdirde devlet bir tarafın öne sürdüğü iddialarla ilgili karşı tarafın bilgilendirilmesini sağlar ancak iddialarla ilgili savunma yapmaya, delil sunmaya diğeri tarafı zorlayamaz. Yani silahların eşitliği ilkesi yargılama sürecinde taraflara tüm imkan ve kabiliyet bakımından eşit ve tarafsız bir ortam ve imkanın sağlanmasıdır.

Adil yargılama hakkının bir unsuru olan "silahların eşitliği" ilkesi ceza yargılamasında temel bir hak olan "çelişmeli yargılanma" hakkını da içermektedir. Ceza yargılamasında çelişmeli yargılanma hakkı, yargılama kapsamında öne sürülen iddia ve savların her iki tarafça bilinmesi gerektirir. Devletler, kendi yargı alanlarında bu gerekliliği gerçekleştirebilecek bir çok yöntem düşünebilirler. Burada önemli olan seçilen yöntemin şekli değil, tarafların birbirleri hakkında dosyaya dahil ettikleri görüşlerinin öğrenilmesine ve bu görüşlerle ilgili söz hakkına sahip olmalarının sağlanmasıdır (Cengiz ve diğeri, 2008:149).

Bu ilkelerin uygulanmasında mahkemenin kararlarını etkilemek için sunulan görüşlerin içeriğinin herhangi bir önemi yoktur. Çünkü sunulan belgenin içeriğinin önemli olup olmadığını takdir edecek olan karşı taraftır. Önemli olan karşı tarafın bilgilendirmesinin sağlanmasıdır. Çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi AİHM kararlarında da belirtildiği gibi birbirleriyle yakından ilgili olmakla beraber birbirlerini tamamlar niteliktedirler. AİHM, Niderost-Huber / İsviçre davasında bu iki ilkeyi bir arada ele alarak değerlendirmiştir. Bakılan davada ilk derece mahkemesi tarafından federal mahkemeye gönderilen ve ilk derece mahkemesinin kendi görüşünü içeren belgenin, davanın her iki tarafının da bilgisine sunulmadığı tespit edilmiştir. AİHM, ilk derece mahkemesinin tarafsız olduğu ve

tarafından birinin de karşıtı konumda olmadığı için usulün silahların eşitliği açısından ihlal olamayacağını ve fakat çelişmeli yargılama bakımından ihlal oluşturacağına karar vermiştir. Çelişmeli yargılama ilkesi, davanın taraf olanların dava dosyasında mevcut olan bütün bilgi ve belgelerden haberdar olması ve bunlarla ilgili olarak yorum yapabilme imkânına sahip olması gerekmektedir (Yüksel, 2010: 72). Her ne kadar silahların eşitliği ilkesiyle çelişmeli yargılama ilkesi bir birini tamamlayan ilke olarak kabul edilse de aralarındaki temel fark, silahların eşitliğinde mutlaka karşılıklı tarafların bulunmasıdır.

3.6.2 Adil yargılanma Kapsamında Şüpheli / Sanığa Tanınan Haklar

AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında “*bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır*” ifadesiyle “masumiyet karinesine” yer verilmiştir. Aynı maddenin 3. fıkrasında yer alan;

“Her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak.” düzenlemesiyle de şüpheli/sanığın kendisine yöneltilen suçlamalar hakkında anladığı dilde bilgilendirmeye, savunma için yeterli zamanı ve müdafî hakkına, kendisine yöneltilen iddialar hakkında soru sormaya hakkının bulunduğu düzenlenmiştir.

3.6.3 Masumiyet Karinesi

AIHS'nin 6/2. maddesinde düzenlenmiş olan masumiyet karinesinin ceza davasındaki en önemli sonucu, ispat etme yükümlülüğünün makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde iddia edene ait olmasıdır. İlkenin neticesi ise, şüpheden sanığın yararlanacağıdır (Gölcüklü, 1994 (a): 220). Masumiyet karinesi, hukuken ilk defa 1789 tarihli Fransız Kişi ve Vatandaş Hakları Bildirgesi ile girmiş ve daha sonraki süreçte Fransız İhtilalinin etkisiyle de tüm Kıtaya yayılmıştır. Zamanla İHEB (11. maddesi) ve AIHS (6/2. maddesi) gibi uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan masumiyet karinesi ilkesinin, bugün *muhakeme hukukunun* ve *dürüst muhakeme hakkının* vazgeçilmez unsurlarından biri olduğuna şüphe yoktur. Masumiyet karinesi 1982 Anayasasının 38/4. maddesinde temel bir hak olarak düzenlenmiştir. Ayrıca masumiyet karinesi Anayasanın 15. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasını gerektirecek durumlarda dahi sınırlandırılmayacak haklardandır (Feyzioğlu, 1999: 136). Çalışmamız bakımından masumiyet karinesi, suç işlediği yönünde isnada hedef olan bireyin kendisine savunma hakkının sağlanmasıdır. Suç işlediği şüphesi altında bulunan bireyin suçsuz olduğunun kabul edilmemesi durumunda, şüpheliye / sanığa savunma hakkı tanınmasına ihtiyaç yoktur. Bu nedenle 1982 Anayasası'nda düzenlenen savunma hakkı aslında masumiyet karinesinin bir sonucudur (Feyzioğlu, 1999: 140).

Masumiyet karinesi soruşturmanın başlamasından kovuşturmada kararın kesinleşmesine kadar devam eden bir sürecin tamamında geçerli olan bir ilkedir. Fakat soruşturmanın başlangıcında bu ilkenin kuvvetli olduğundan şüphe yoktur. Çünkü kişinin suçluluğu ile ilgili tüm iş ve işlemler bu süreçte daha yoğun yerine getirilmektedir (Alpaslan, 2010: 6).

Ceza muhakemesi alanında maddi gerçeğe ulaşma “her yolu mübah” kabul eden bir anlayışı benimsememiştir. Suç işlediği savıyla karşı karşıya kalan bireyin mahkeme hükmü ile kesin bir şekilde suçlu olduğu kabul edilmeden suçlu sayılmaması şeklinde kabul gören masumiyet karinesi, suç soruşturma ve kovuşturmasının insan onuruna yaraşır bir şekilde yürütmesini temin etme amaçlıdır. Masumiyet karinesi ceza muhakemesinde bireyin hakları açısından bir takım müspet

sonuçların zuhur etmesine sebep olmuştur. Bu müspet sonuçlar; *susma hakkı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ispat yükü, tutuklulukta makul süre, hukuka aykırı delillere dayanma yasağı* vb.dir. Ceza muhakemesinde masumiyet karinesi bir amaç değildir (Şık, 2013: 110). Suçlu olduğu düşünülen bireyin suçsuz olduğu kabul edilerek bağımsız ve tarafsız organlar tarafından soruşturulmasını sağlayarak maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasını sağlamaktır.

AIHS'nin 6/1. maddesinde yer alan suç ile itham edilme ifadesi, devlet yetkililerinin, kişilere suç işledikleri şüphesine dayalı olarak esaslı bir şekilde onları etkilemeleri durumunda, sözleşmenin bu maddesinin uygulanması anlamına gelmektedir. AIHM ve Komisyonuna göre kişinin bir suç işlediği zannıyla hakkında dava açılması, müzekkere düzenlenmesi, üstünün, işyerinin veya meskeninin aranması esaslı bir şekilde kişiliğini etkileyecek fiillerdir. Ancak polisin tanık dinlemesi gibi doğrudan kişiyi etkilemeyecek hususlar suç isnadı olarak kabul edilmemektedir (Feyzioğlu, 1999: 145).

AIHM'nin bir kararında masumiyet karinesinin sınırlarını belirlemiştir. Mahkeme Barbera Messegue ve Jabardo/İspanya kararında “6. maddenin 2. fıkrası, bir mahkeme üyelerinin görevlerini yerine getirirken, sanığın suç teşkil eden fiili işlediği önyargısından hareket etmemelerini gerektirir; ispat yükümü suçlayana (savcıya) aittir ve sanık şüpheden yararlanır. Buna ilâveten, sanığa kendisi aleyhindeki kanıtların neler olduğunu -bunları göz önünde tutarak savunmasını hazırlaması olanağını temin için- bildirmek ve suçluluk saptamasına dayanak olacak yeterli kanıtları sunmak savcıya düşer” ifadesiyle masumiyet karinesine işaret etmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 297). Görüldüğü üzere mahkeme ispat sorumluluğunu savcıya yani iddia sahibine yüklemiştir. Savcı, şüphelinin/sanığın suçsuz olduğu ön kabulünü benimseyerek, ona kendisini savunmak için delil ortaya koyma imkanı sunacaktır.

Suçsuzluk karinesi yargılamanın iki ayağını da (soruşturma ve kovuşturma) kapsamaktadır. Dolayısıyla sadece hâkimler değil, soruşturmada görev alan savcı, kolluk görevlileri ve diğer resmi görevliler de masumiyet karinesine göre hareket etmek mesuliyetindedirler. Örneğin CMK'nun 157. maddesinde soruşturmanın gizli

bir şekilde icra edilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemede soruşturmanın sıhhatli şekilde yürütülmesinin yanında, şüpheliyi topluma bir suçlu gibi tanıtılmasının önüne geçilmesi de amaçlanmıştır (Şık, 2013: 112). AİHM Karakaş ve Yeşilirmak / Türkiye davasında, AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün bilgi alma ve açıklama özgürlüğünü de kapsadığını belirtmiştir. Kamu görevlilerinin devam eden bir soruşturma hakkında kamuoyuna bilgi vermesinin önlenmesi beklenemez. Ancak kamu görevlilerinin kamuoyunun bu beklentisini karşılama amacıyla yerine getirmiş oldukları işlemler sebebiyle masumiyet karanesi ilkesini ihlal etmemeye özen göstermelidirler. AİHM mevcut davada, polisin ceza davasının dışında davaya dahil olan tutuklular hakkında gazetecilere bilgi vererek fotoğraflarının çekilmesine müsaade ettiğini tespit etmiştir. Basın toplantısından sonra iki gazete, başvuranların isim ve fotoğraflarını yayımlayarak bir örgütün mensubu olmaları sebebiyle yakalandıklarının açıkladığının doğru olduğunu belirtmiştir. Ancak AİHM, polisin bu bilgilendirme davranışıyla ilgili başvuranların suçlu olduklarına dair ön yargılı davranmadıklarına ve bu nedenle başvuranların masum sayılma haklarının ihlal etmediğine karar vermiştir. Mahkeme bu karara benzer bir başka kararında (Y. B. ve diğerleri/Türkiye davası), polisin başvuranların bir terör örgütünün mensubu oldukları ve birçok olaya karıştıkları yönünde basına bilgi notu dağıttığını tespit etmiştir. Mahkeme, polisin kanıtları başvuranların aleyhine önceden değerlendirdiğine ve başvuranların kimliklerinin basına verilmesine dikkat çekerek, bu durumun başvuranların masumiyet karanesi haklarının gözetilmediği anlamına geldiğine karar vermiştir. Bu şekilde davranılması hem kamuoyunun başvuranların suçlu olduğuna inanmasına hem de hakimlerin ön yargılı davranmalarına neden olduğundan mahkeme, sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Cengiz ve diğerleri, 2008: 14-15). İçerik yönünden birbirine benzer iki kararında incelenmesinden de anlaşılacağı üzere AİHM kamu görevlilerinin kamuoyunu bilgilendirmelerini olağan karşılamaktadır. Fakat görevlilerin, suç isnadıyla soruşturmaya tabi tutulan kişilerin afişe edilecek şekilde isim ve resimlerinin basın organlarına dağıtılmasını normal karşılamamakta, böyle bir hareket tarzını, kişinin yargı organlarınca suçlu bulununcaya kadar masum kabul edilmesi gerektiği yönündeki “masumiyet karanesi” ilkesine aykırı bulmaktadır.

3.6.4 Suçun Bildirilmesi ve Savunma Hakkı

AİHS'nin 6/3/a maddesinde, bir suç isnadıyla karşı karşıya kalan herkesin suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenleme sanığa suçlama yöneltildiği zaman veya yargılamanın başlangıcında bilgi verilmesini amaçlar. Kişiye yöneltilen suçlamanın bildirilmesinde onun anladığı bir dille bu işlemin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. AİHM Brozicek/İtalya davasında sanığın Alman olması sebebiyle yerel mahkemede dille ilgili zorluk çektiğini açıkça beyan etmiştir. AİHM, İtalyan yetkililerin başvurusunun yeterli İtalyanca bildiğinin tespit edilememesi halinde tebligatın tercüme edilmesi gerektiğine karar vermiştir. AİHM Kamasinski/Avusturya davasında da, mahkemede konuşulan dili bilmeyen sanığa, iddianamenin anladığı bir dilde yazılı tercümesinin verilmesi gerektiğini belirtmiştir (Harby ve Mole, 2001: 104-105-106). Ancak verilecek bilgilerin sanığın anlayacağı dilden olması kuralı, tüm dava dosyasının sanığın ana diline çevrileceği anlamına gelmemektedir (Gölcüklü, 1994 (a): 222)⁵⁸.

Suçlama hakkında sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiil nedeniyle suçlandığını ("*isnadın sebebi*") ve bu fiilin hukuki nitelemesinin ("*isnadın mahiyeti*") ne olduğunu kapsayacak şekilde olmalıdır. Burada ifade edilen bilgilendirme AİHS'nin 5/2. maddesindeki bilgilendirmeden çok daha ayrıntılı olmalıdır. Sözleşmenin 6/3/a maddesinde "*en kısa zamanda*" bilgilendirmeden bahsedilmektedir. Kısa bir zaman içerisinde bilginin verilmesi hükmü görecelidir. Her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Bu maddenin amacı kişiye savunmasını yapmak üzere imkan tanımak olduğuna göre, sanığın en geç hakim önüne çıkmadan (yani savunmasını yapmadan) önce bilgilendirilmesi gerekir (Gölcüklü, 1994 (a): 222). AİHS şüpheli veya sanığa yapılacak bildirim şekli yönünden herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Önemli olan amacın gerçekleştirilmesidir.

Sanığa bilgi verilmesi düzenlemesiyle sağlanmak istenen, sanığın savunmasını hazırlamasına imkan sağlamaktır. Belli bir suçla itham edilen sanığın,

⁵⁸ Mahkeme kararları için bkz. Div. K. Kamasinski/Avusturya 19.12.1989. A 168, s. 35, prf. 74; Brozicek/İtalya 19.12.1989 A 167, s. 18. prf. 41; keza bkz. Çolak/Federal Almanya, 6.12.1988, A 147, s. 12-13. prf. 30-31 ve aynı davada Kom. R. Prf. 132 ve son.).

karardan hemen önce sanıkların savunma hazırlamalarına imkân vermeyecek şekilde son duruşmada değiştirilmiş olmasını adil yargılanma ilkesinin ihlali olarak kabul etmiştir (Kaynak, 2007: 129).

Sözleşmenin 6/3/b maddesinde savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Burada ifade edilen zamanın süresinin değerlendirilmesi, yargılama faaliyetinin bütünü, dava konusunun ve durumun özellikleri, davanın karmaşıklığı, ilgilinin tutukluk hali gibi durumlar göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezaevinde başlayan bir ayaklanma nedeniyle yapılan soruşturmada ilgililere savunmalarını hazırlamaları için beş günlük süre verilmesini yeterli görmüştür (Gölcüklü, 1994 (a): 223)⁵⁹. Savunma için yeterli zamanın belirlenmesi konusunda en büyük görev yargılamayı yöneten hakime düşmektedir. Hâkim, davanın makul sürede bitirilmesini dikkate almak suretiyle, sanığa savunmasını hazırlaması için yeterli zaman tanınmalıdır. Bu zamanın ne kadar olacağı hususunda kesin bir süre yoktur. Hâkim, her olayın özelliği ve kapsamına göre süreyi belirlemelidir (Kaynak, 2007: 129). Peki sanığa veya şüpheliye sağlanacak zamanın yanında kolaylıklar ifadesi neyi kastetmektedir. Bahsi geçen kolaylıklar, *bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenme olanağı, savunmada bulunabilmek için duruşma gereği*⁶⁰, *avukatıyla görüşebilmesi, gerekçeli kararın sanığa tebliği*⁶¹ vb.dir. Ancak burada sayılan kolaylıklar mutlaka yerine getirilmesi gereken düzenlemeler değildir. Burada önemli olan kişinin savunma hakkının zedelenmemesi için makul sınırlarda kalmaktır (Gölcüklü, 1994 (a): 223)⁶².

Şüpheli veya sanığa suçlandığı konu hakkında ve kendisine yöneltilen tüm iddialarla ilgili olarak bilgilendirme yapıldıktan sonra, kişinin mutlak surette suçlamalar hakkında cevap vermesi beklenmez. Diğer bir anlatımla kişinin kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili olarak susma hakkı bulunmaktadır. Heaney ve McGuinness / İrlanda davasında başvuruculara, ülkelerinde yürürlükte olan 1939 Kanunu'nu gereğince belirli tarihteki hareketleri için açıklamada bulunmamaları

⁵⁹ Bkz. Campbell et Fell/İngiltere kararı Başvuru No: 7819/77; 7878/77, 24.06.1984, prf. 97-99.

⁶⁰ Schuler/Zgragen/İsviçre, Başvuru No: 14518/89, 24.06.1993, prf. 50.

⁶¹ Melin/Fransa, Başvuru No: 12914/87, 22.6.1993, prf. 24.

⁶² Bricmont/Belçika, Başvuru No: 10857/84, 7.7.1989, prf 90-93.

halinde altı aylık hapis cezasına çarptırılacakları söylenmiştir. AİHM, 1939 Kanunu'nun 52. maddesine dayanarak başvurulardan kendi aleyhlerine beyanatta bulunulmaları amacıyla getirilen baskı derecesinin, sessiz kalma haklarının esasına zarar verdiğini belirtmiştir. AİHM hükümetin güvenlik veya kamu güvenliği endişesinin, başvuruların sözleşmenin 6. maddesinde teminat altına alınan sessiz kalma ve kendi aleyhlerine tanıklık etmeme haklarının esasına zarar verme hakkını vermediğini ifade etmiştir. Bu nedenle mahkeme başvuruların sözleşmenin 6. maddesinde teminat altına alınan sessiz kalma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (Cengiz ve diğerleri, 2008: 95) .

3.6.5 Tercümandan Yararlanma

Kişiye ücretsiz olarak tercüman temini adil yargılanma hakkının sağlanması açısından önemlidir. Bununla, dil bilmemesi veya fiziki engeli nedeniyle sanığın kendini savunamamasının önüne geçilecektir. Maddenin yorumu bu hakkın sadece mahkemede duruşma esnasında sağlanması gerektiği şeklinde ise de bu hak kovuşturmanın tüm aşamalarında kullanılmalıdır. AİHM'ye göre de bu hak, davanın bütün aşamalarında kişinin adil bir şekilde yargılanmasının sağlanması için davayla ilgili önemli belgelerin çevrilmesi dahil kanun yollarını da kapsamaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 300). AİHM tercüman yardımının nasıl ne şekilde olması gerektiği konusunu 1989 tarihli Kamasinski/Avusturya kararında belirtmiştir. ABD vatandaşı olan Kamasinski, yargılandığı Avusturya mahkemelerince hapis ve para cezasına mahkûm edilmiştir. Kamasinski mahkemede konuşulan dili anlamadığı gerekçesiyle komisyona başvurmuştur. Komisyon başvurusunun tercüman yardımından yararlandığı bahsiyle sözleşmeye aykırılık görmemiş ve bu doğrultudaki raporunu AİHM'ye intikal ettirmiştir. AİHM tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkının sadece duruşmalardaki sözlü beyanlarla sınırlı olmadığına, sözleşmenin 6/3/e maddesindeki düzenlemenin duruşmaya esas olan dava hakkındaki tüm yazılı belge ve bilgilerin tercümesi şeklinde yorumlanması gerektiğine, sadece sanığın dava kapsamında aleyhine olabilecek hususların bilgilendirmeye ve sanığın savunma yapmasına imkan tanımak üzere tercüme edilmesinin gerektiğine karar vermiştir (Reid, 2000: 215). Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1996 yılında verdiği karar şu şekildedir: “...*Duruşmada kullanılan dili*

bilmeyen sanığın, bir çevirmenin yardımından ücretsiz yararlanacağına ilişkin İnsan haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 6/3/e maddesi, genel kuralı düzenleyen Ceza yasası ve Ceza Muhakemeleri yasasının yanında özel bir hükümdür. Adil yargılamayı gerçekleştirmek sanığın duruşmada kullanılan dili bilmemesi nedeniyle kendisini etkin bir şekilde savunmaktan yoksun kalmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Kutsal haklardan olan savunma hakkını kolaylaştırmak ve güçlendirmek amacı güdülmüş, sanığın duruşmada olup biteni anlaması ve kendini savunmasını sağlamıştır. Yargılama dilini anlama yanında sağır dilsizlik gibi fiziki bir arızanın neden olduğu olanaksızlık halinde de sanığa ücretsiz çevirmen sağlanacak ve kendisini savunma olanağı tanınacaktır. Bu itibarla yargılamada dili anlamayan ya da sağır dilsiz olan sanığa, yalnız son soruşturmada değil yargılamanın tüm aşamalarında, kesin hükme kadar sağlanan çevirmen için ödenecek ücretin; mahkumiyet halinde dahi diğer yargılama giderlerine eklenerek sanıktan istenmesi mümkün olmadığından, itirazın reddine karar verilmelidir.” (Pekcanitez, 1997: 50).

Türk hukuk sistemi bakımından mahkemelerde tercüman hakkından faydalanma ve savunma yapılacak dilin seçilmesi konusunda, zaman zaman ana dilde savunma yapma isteği tartışması yaşanmaktadır⁶³. 1982 Anayasası'nın 3. maddesinde “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir.*” ifadesiyle devletin üniter yapısı belirtilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde de “*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” düzenlemesiyle de kişilere yargı makamlarına davacı/davalı olarak başvurma ve iddia/savunma yapma hakkı tanınmıştır⁶⁴. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “*tercüman bulundurulacak hâller*” başlıklı 202. maddesi ise şöyledir:

Madde 202 – (1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.

⁶³ <http://www.posta.com.tr/turkiye/HaberDetay/Anadilde-savunma-istedi---Kurtce-bilmiyorum--dedi.htm?ArticleID=162550>, E. Tarihi: 21.02.2016.

⁶⁴ AYM kararı, Başvuru Numarası: 2013/99, Karar Tarihi: 20/3/2014, prf. 39.

(2) *Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.*

(3) *Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.*

(4) (Ek: 24/1/2013-6411/ 1 md.) *Ayrıca sanık;*

a) *İddianamenin okunması,*

b) *Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi,*

üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacıyla yönelik olarak kötüye kullanılamaz.

(5) (Ek: 24/1/2013-6411/ 1 md.) *Tercümanlar, il adli yargı adalet komisyonlarınınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler yalnız buldukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.*

Soruşturma veya kovuşturma evresinde savunma hakkının gerçekleşmesi önündeki engellerden bir tanesi de farklı dili konuşan kişilerin yargılama sürecinde nasıl ve ne şekilde savunma yapabilecekleri sorunudur. CMK'nın 202. maddesindeki düzenleme bu sorunun çözümüne yardımcı olmak amacıyla düzenlenmiştir. Tercümandan yararlanma hakkının uygulanması, CMK'nın 202. maddesinde iki farklı şekilde ele alınmıştır. Birinci uygulama, şüpheli veya sanığın "meramını anlatamayacak ölçüde" Türkçe bilmemesi durumunda soruşturma veya kovuşturma evrelerinden herhangi birisinde tercüman atanabileceğidir. İkinci uygulama ise

“kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde” sözlü savunmasını sadece kovuşturma evresinde yapabileceğidir.

AİHM'nin verdiği Cuscani / Birleşik Krallık kararında da belirtildiği üzere, kişilerin tercüman yardımına ihtiyaçlarının olup olmadığına karar vermek, hakimin takdirindedir. Hakim, sanıkla görüşükten sonra onun tercüman bulunmaması sebebiyle yargılamadan zarar göreceğine kanaat getirirse, kişiyi bu haktan faydalandırır. AİHM Lagerblom / İsveç kararında, AİHS'nin 6/3/e maddesinin sadece mahkemede konuşulan dili bilmeyenlerin kullanabileceği bir hak getirdiğini belirterek, mahkemenin dilini "*anlayan*" ve "*konuşan*" bir sanığın, başka bir dilde, örneğin *mensubu olduğu etnik dilde* savunma yapabilmesi için tercüman yardımından faydalanma yönündeki talepte ısrarcı olamayacağına karar vermiştir. CMK'nın 202. maddesinde 24/1/2013 tarihinde yapılan değişiklikle ilave edilen (4) numaralı fıkra ile, AİHS'nin ve AİHM içtihatlarının da ortaya koyduğu ölçütlerin ilerisine geçilerek tercüman hakkı genişletilmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre sanıkların, "*İddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde*" yapabileceği hükmü getirilmiştir. Böylece "*meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilen*" sanığa da, sözlü savunmasını başka dilde yapabilme imkânı tanınmıştır⁶⁵. Türkçe ile kendini ifade edemeyen kişiler için atanan tercümanın ücreti, CMK'nın 324/5. maddesi gereğince, devlet tarafından ödenmektedir. Ancak CMK'nın 202. maddesinin 4. fıkrası çerçevesinde kendisini daha iyi ifade edebileceği düşüncesiyle farklı bir dilde savunma yapmak isteyenlerin tercüman giderleri, devletçe karşılanmamaktadır. Her iki düzenlemenin de AİHS ve içtihatlarıyla uyumlu olmanın ötesinde, kişi hak ve özgürlükleri açısından daha ileri olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

3.6.6 Avukat Tutma

AİHS'nin 6/3/c maddesi, sanığın savunmasını kendisinin veya kendi seçtiği avukatı aracılığıyla da yapabileceği, avukat tutacak maddi gücü

⁶⁵ AYM kararı, Karar Tarihi: 25/6/2015, R.G. Tarih- Sayı: 19/9/2015-29480.

olmadığında ise görevlendirilecek bir avukatın yardımından ücret ödemeksizin yararlanabileceğini öngörür.

AİHM şüpheli veya sanığa avukat görevlendirilmesinin yeterli olmadığını aynı zamanda bu konunun takip edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme avukat yardımından yararlanma konusunun sadece teorik değil pratik anlamda uygulanabilir olması gerektiğini savunmuş ve konu hakkında şu kararını vermiştir : “..6. *Madde (3) c kapsamında “atama” değil “yardımdan” söz edilir. Ayrıca, sadece atama yapılması da etkin yardımın gerçekleştiği anlamına gelmez çünkü yardım amacıyla görevlendirilen avukat ölebilir, ciddi bir hastalık geçirebilir, uzun süre iş görmekten alıkoynulabilir veya üstlendiği görevleri azaltmak isteyebilir. Böyle bir durumdan haberdar edildikleri takdirde yetkililerin bu avukatı ya değiştirmesi ya da yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlaması gerekir.*”⁶⁶ (Harby ve Mole, 2001:104).

Kişinin savunma hakkının vazgeçilmez olduğu dikkate alındığında gerek kişiye gerekse de avukatına kendisine yöneltilen suçlamalarla ilgili olarak gerekli hazırlıkları yapmaları için belirli bir süre tanınması gerekir. AİHM 1984 yılında verdiği Goddi / İtalya kararında hakimin, sanığın yeterli savunma dahil, adil yargılama hakkından faydalanıp faydalanmadığından emin olması gerektiğinin ifade etmiştir. Mahkeme elindeki dosya kapsamında avukatın, savunma hazırlamak (*prepare his pleadings*), müvekkiliyle görüşmek gibi davaya hazırlanması için gereken yeterli zaman ve imkanının bulunmadığını belirtmiştir⁶⁷.

Kişinin suç şüphesi altında iken ücretsiz avukat istemesinin iki koşulu vardır. Bunlardan birincisi, kişinin avukata ödeme yapacak yeterli maddi gücünün olmamasıdır. Bu gerekliliğin şartının (kişinin ödeme gücünün) çıtasının çok yüksek tutulmaması gerekir. İkinci koşul ise ücretsiz avukat sağlanmasının adaletin selameti için gerekli olmasıdır. Kişinin kendisini savunamayacak derecede karmaşık ve hukuki açıdan yetersiz geleceği düşünülen bir davada, AİHM (Hoang-Fransa

⁶⁶ Artico / İtalya davası, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980, 33. prf.

⁶⁷ Goddi-İtalya davası, Başvuru No: 8966/80, 9.04.1984.

davasında)⁶⁸ adaletin selameti için bir avukatın atanmasının gerekli olduğunu belirtmiştir. Şüpheli veya sanığın maddi imkansızlıkları sebebiyle avukat tutamaması durumunda, kişinin kendisi için görevlendirilen avukatı (*officially-appointed lawyer*) seçme/tercih etme hakkı yoktur. Devlet bu noktada kendi oluşturduğu sistem dahilinde bir avukat görevlendirmekle yükümlü olup kişinin tercihini dikkate alıp almamada serbesttir (Harby ve Mole, 2001:115).

Devlet atanmış bir avukatın mesleki yeteneksizliklerinden sorumlu tutulamaz. Sanığın avuktan yararlanma hakkı mutlakdır. Ancak devlet bu hakkın kullanılması bakımından bazı sınırlar çizebilir. Mesela CMK’da da düzenlendiği gibi, şüphelinin belirli sayıda avukat yardımından faydalanması, bazı avukatların sanığın yargılandığı ve mensup olduğu suç örgütlerini destekledikleri yönünde kuvvetli şüphelerin bulunması halinde bu avukatların mahkemeye alınmamasını Sözleşmeye uygun bulmuştur (Yüksel, 2010: 110).

Müdafî yardımından faydalanma konusunda yapmış olduğumuz bu tespitler neticesinde kişilerin müdafiden yararlanma hakkı, 1982 Anayasası kapsamında değerlendirildiğinde, Anayasada kişinin soruşturma veya kovuşturma evresinde (bu noktada kişinin suçlamalara ilk etapta maruz kaldığı soruşturma evresi önemli olduğundan kovuşturma evresine nazaran daha ön plana çıkmaktadır), müdafî yardımından faydalanması gerektiği düzenlenmemiştir. Müdafî yardımından yararlanma hakkının, Anayasanın “hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öne sürülebilir. Ancak kanaatimizce, yakalanan veya göz altına alınan kişilerin insan hak ve özgürlüklerinin kabul etmediği muamelelere maruz kalmalarını önleyecek olan ve soruşturmanın daha adil ve tarafsız bir şekilde (silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde) yürütmesini sağlayacak “müdafiden yararlanma hakkının” Anayasada zımnen değil ayrı yeten ve belirgin şekilde yer alması gerekmektedir.

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.

4. KİŞİ ÖZGÜRLÜĞÜ VE GÜVENLİĞİ HAKKI

Anayasa'nın 19. maddesi en ayrıntılı maddelerinden biridir. Kişiyi keyfi yakalama ve tutuklamalara karşı koruyan hükümler anayasa hukukunun en önemli maddelerini oluşturur. Bunlar sağlam değilse, anayasalarla kurulan bütün *koruyucu kubbe* yerle bir olur (Soysal, 1990: 210). 1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devletidir. Hukuk devleti, devletin faaliyetlerini sıkı kurallara bağlamayı öngörür; “kurallar çerçevesinde yönetim” ilkesinin uygulanması kişiler için güvence sağlar. Bu ilke sayesinde birey, devletin legal organlarının neleri hangi şartlarda ve nasıl yapabileceklerini bilir. Bu durumda onların gelecekle ilgili plan yapabilmelerini ve aynı zamanda gelecekte kendilerini daha güvende hissetmelerini sağlar. Devletin keyfiyetin dışında hukuka bağlı olduğunu bilmek bireye verilebilecek en büyük güvencedir (Erdoğan, 2008: 170). Anayasa'da kişi hürriyeti ve güvenliğinin düzenlendiği 19. maddenin 5, 6 ve 9. fıkraları 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunun 4. maddesi ile değişikliğe uğramış, maddenin diğer fıkraları ise orijinal hallerini korumuştur (Çakıroğlu, 2008: 51). Bu değişiklikler genel manada yakalama ve tutuklamadaki süreler, yakınlarına haber verme ve tazminat isteme haklarıyla ilgilidir (Keskin, 2002: 54). 19. maddenin 1. fıkrasında “Herkes, kişi hürriyetine ve güvenliğine sahiptir” denilmek suretiyle genel kural konmuştur. Kişi hürriyeti ve güvenliğinin öznesi, yani ona sahip olan “herkes”tir. Dolayısıyla herkes, yani kişisel durumu ne olursa olsun (çocuk, ergin, serbest kişi ya da tutuklu, hasta ya da sağlıklı) bu hakkın yararlanıcısıdır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 222).

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına dair ilk tarihi belge 1215 yılında İngiltere'de kabul edilen Magna Carta Libertatum'dur. Aynı ülkede 1628 yılında yayımlanan “*Petition of Rights*” ve 1640 tarihli “*Star Chamber Abolition Act*” belgelerinde de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının düzenlendiği görülmektedir. Ancak bu hakkın yerleşmesini ve kabul görmesini hatta günümüze kadar devam etmesini sağlayan ise “Habeas Corpus Act” tir. Daha sonraki süreçte Kıta Avrupası'na ve Amerika'ya kadar uzanan bu hak, ilerleyen zamanlarda BMİEB ve AİHS'de de yer almıştır (Keskin, 2002: 50-51).

AİHM verdiği kararlarda kişi hak ve özgürlüğünün önemine vurgu yapmıştır. Mahkeme, 1971 tarihli De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika davasında “...özgürlük hakkı demokratik bir toplumda o kadar önceliklidir ki bir kimse *sırf kendi isteği ile özgürlüğünden yoksun kalırsa ve kişi bu duruma rıza gösterse dahi sözleşmenin korumasından yararlanma hakkını kaybetmez*” ifadesiyle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının önemini belirtmiştir (Özyurt, 2006: 7).

AİHS’de bireyin özgürlüğünün kısıtlanma nedenleri bellidir ve bu nedenlerin yorum yöntemiyle genişletilmesi mümkün değildir. AİHM, demokratik bir toplumda güvenlik hakkının önemli olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme, devletin toplumsal düzeni sağlamakla görevli olduğunu ve bunu gerçekleştirmek için *tehlikeli kişilerin* özgürlüğünü Sözleşme’nin 5. maddesinde açık ve sınırlı sayıda belirtilen sebeplerle sınırlandırılabilceğini; özgürlüklerin askıya alınmasının ise sözleşmenin 15. maddesindeki hükümler çerçevesinde gerçekleştirebileceğini kabul etmiştir. Netice itibariyle birey, belirtilen durumlar ve sınırlı sayılan şartlar dışında hiçbir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılamayacaktır. Kişinin *maddi ve manevi varlığına* yönelik yapılan müdahaleler her ne kadar özgürlüğüne müdahale olarak görünse de, bu tür aykırılıklar sözleşmenin 5. maddesi kapsamında değerlendirilmemektedir. Örneğin bireyin gözaltında iken kötü muameleye maruz kalması sözleşmenin 5. maddesinin değil 3. maddesinin ihlali olarak yorumlanmaktadır (Özyurt, 2006: 10-11).

Bireyin özgürlüğünden alıkonulması durumu, bu eylemin kişiye karşı nerede veya hangi şartlar altında uygulanması yönünde önemli olmadığı, kişinin bir sokakta bir alanda veya bir araç, oda veya bir hücrede kalmaya zorlandığı her hal ve durum bakımından AİHS’nin 5. maddesinde yer alan özgürlüğünden mahrum edilme durumu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir (Özyurt, 2006: 13). Yalnız burada ele aldığımız, kişinin bu durumda olmasının kendi iradesi dışında gerçekleşmiş olmasıdır. Örneğin; Ashingdane/Birleşik Krallık davasında AİHM, zorla akıl hastanesinde tutulan, zorla alıkonulduğunun belli olmaması için kapıları kilitli olmayan bir koğuşta tutulmakta olan ve yanında kimse olmadan gündüzleri ve hafta sonları hastane dışına çıkmasına izin verilmeyen kişinin başvurusu hakkında ihlal kararı vermiştir.

AİHS'nin 5/1. maddesinde “...belirtilen haller dışında ve hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” ifadesi özgürlüğün kısıtlanması durumunun kanunlarda belirtilen halleri karşılaması gerektiği yönündedir. Sadece kanunlara uygunluk değil aynı zamanda kısıtlamanın AİHS'nin 5. maddesinde yer alan diğer şartları da karşılaması gerektiğidir. Dolayısıyla, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması veya kısıtlanması sözleşmenin 5. maddesinde sayılan şartların varlığı ve hukuka uygun olması halinde mümkündür. AİHM kararlarında bu durum, “*hukukilik*”, “*hukuka uygunluk kriteri*” veya “*hukukilik şartı*” olarak belirtmiştir (Özyurt, 2006: 14).

AİHM önüne gelen davalarda iç hukukun yorumlanmasını ulusal mercilere bırakmaktadır. Mahkeme özgürlüğün kısıtlandığı yönünde bir iddia ile karşılaşması durumunda, öncelikle iç hukuk kurallarının yerine getirilip getirilmediğini incelemektedir. Mahkeme bunu yaparken kısıtlamada *keyfilik* veya *amaca uygunluk* bulunup bulunmadığını kontrol etmektedir. Ancak iç hukukun da sözleşmeye paralel olmasına dikkat edilmektedir. Tüm bunlar gerçekleştirilirken umut edilen amaç ve nihai hedefin, bireyi özgürlüğünden mahrum eden her müdahalenin *belli vasflara sahip bir mercii* tarafından kararlaştırılıp uygulanmasına ve *asla keyfi olmamasına* dikkat edilmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 224).

Çalışmamız kapsamında özgürlük güvenlik denkleminin sağlanmasında eşitsizliğin her iki tarafında birey ve devletin olduğunu kabul ediyorduk. Denklemi oluştururken, bireyin hak ve özgürlükleriyle devletin yükümlülüklerinin ve toplumsal beklentilerin, toplumun güvenliğini sağlama amacına en iyi şekilde hizmet edebilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle kişinin özgürlük ve güvenlik hakkını ele alacağımız bu kısımda bireyin özgürlüğünün yine bu özgürlüğü yaşayabileceği şekilde sınırlandırmak suretiyle devletin güvenliği sağlamanın yol ve yöntemleri tartışılacaktır.

4.1 Bireyin Özgürlüğünün Kısıtlanabileceğinin Kabul Edildiği Durumlar

Çalışmamızın bu kısmında Anayasada bireyin özgürlüğünün kısıtlanabileceği haller incelenmiş ve bu hallerin AİHS ile de uyumu mahkeme içtihatları da dikkate alınmak suretiyle incelenmiştir.

4.1.1 Mahkemenin Vermiş Olduğu Mahkumiyet Kararı Sebebiyle Kısıtlama

Kişi özgürlüğü ve güvenliğini düzenleyen 1982 Anayasasının 19/2. maddesi, kişinin özgürlüğünden mahrum edilebilmesinin ilk koşulu olarak, bireyler hakkında verilmiş özgürlüğü kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin mahkemelerce verilmiş olması gerektiğini düzenlemiştir. AİHS'nin 5/1/a maddesi de bireyin özgürlüğünden yoksun bırakılacağı şartları düzenlerken “*yetkili mahkeme tarafından mahkum edilmesi üzerine bir kimsenin usulüne uygun olarak hapsedilmesi*” koşuluna ilk sırada yer vermiştir. Sıralamanın ilkinde özgürlüğün kısıtlanmasında gerekçe olabilecek bir mahkumiyetin gerekliliği düzenlenmiştir. Bu gerekçenin kabul edilebilirliğinin bazı alt koşulları mevcuttur. Bunlar, yetkili bir mahkeme tarafından ve hukuka uygun olarak verilmiş bir mahkumiyet kararının var olmasıdır. Mahkemenin yetkili olması usulen yetki verilmesinden ötesini ifade etmektedir. Mahkemenin yetkili olmasıyla beraber yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal bir organ olması gerekmektedir (Özyurt, 2006: 20)⁶⁹.

AİHS'nin, 5/1/a maddesindeki mahkumiyet kavramı anlamlandırılırken, sözleşmenin diğer iki maddesi olan 6/2 (*suçsuzluk karinesi*) ile 7/1'in (*ceza hükümlü kanunların geçmişe uygulanmaması*) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle ortada yasal yoldan belirlenmiş bir suç olmalıdır. Aksi takdirde suçun olmaması mahkumiyetinde olmayacağı anlamına gelir. Bir eylemin suç olarak belirlenmesinden sonra mahkumiyet kararının uygulanacağı kişinin o eylemi gerçekleştirdiğinden emin olunması gerekmektedir (*nedensellik bağının belirlenmesi*) (Gölcüklü, 1994 (b): 204).

Sözleşmenin 5/1/a maddesinde geçen mahkumiyet kararının polis veya savcılık makamı tarafından değil, yargısal bir organ tarafından verilmesi şarttır. Aynı zamanda askeri veya idari bir organın vermiş olduğu kararla da bu maddeye göre bireyin özgürlüğünü kısıtlamak mümkün değildir. Lakin, idari organın yaptığı işlem bir mahkeme kararına dayanıyor ve idari işlemle karar arasında doğrudan bir ilişki

⁶⁹ Bkz. De Wilde, Ooms ve Versyp / Belçika kararı, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/661971, 18.11.1970.

söz konusu ise bu durum sözleşmenin 5/1/a maddesindeki koşulu karşılayacaktır (Tenruh, 2013: 34)⁷⁰. Yargısal yetkisi olan herhangi bir mahkemenin vermiş olduğu kararın uygulanmasının, yargısal faaliyeti bulunmayan bir mercinin iznine tabi olmasını AİHM bir kararında şu şekilde değerlendirmiştir. Mahkeme, V / İngiltere davasında başvurucunun yaşının küçük olması sebebiyle hakkında mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararının Kraliçenin onayı sonrasında uygulanabilir olmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme gerekçesinde (104. Paragraf), Kraliçenin onayının İngiliz hukuk sisteminde belirgin bir şekilde yer aldığını ve tutuklama kararının yetkili bir mahkeme tarafından verildiğini ve uygulamanın bu haliyle sözleşmenin 5/1/a maddesiyle uyumlu olduğunu belirtmiştir⁷¹.

AİHM, özgürlüğün sadece bireyin fiziksel özgürlüğünü içermediğini belirtmiştir⁷². Gözaltına alınarak nezarethanede tutulan, hapis cezasına mahkum edilip cezaevine konulan ve tutuklanan kişilerin özgürlüklerinden mahrum edildiklerinden kuşku bulunmamaktadır. Bireyi özgürlüğünden mahrum bırakma yöntemleri farklıdır. Bu yöntem farklılıkları yasalardaki düzenlemeler ve kamu gücünün uygulamalardaki değişimleriyle artmaktadır. Bundan dolayı kişi özgürlüğü her olay kapsamında kendi mecrasında ele alınması gereken *özerk* bir kavramdır⁷³. Örneğin, oda hapsi cezası askerlik mesleğinin kendi doğası gereği oluşturulmuş bir cezalandırma yöntemidir. Bu ceza disiplin amiri tarafından verilir ve bir oda içerisinde kalınmak suretiyle infaz edilir. Sonuç itibarıyla kişi özgürlüğünden mahrum kalmaktadır. AİHM içtihatlarında oda hapsi cezası, bireyi özgürlüğünden mahrum bırakan bir ceza olarak kabul edilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, aldığı oda hapsi cezasının anayasaya aykırı olduğu savıyla tarafına yapılan başvuruyu inceleyerek, başvurucuya oda hapsi cezasını veren kişinin albay rütbesinde orduda görev yapmakta olmasını (başvurucu astsubay rütbesinde) ve hiyerarşik yapılanmanın içerisinde (kanaatimizce mahkeme bağımsız olmadığını kastediyor) yer almasını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, başvurucuya verilen

⁷⁰ Detaylı bilgi için bkz. Dijk, P., G.J.H. Hoof, Theory and Practice of The European Convention on Human Rights, Third edition, Kluwer Law International, The Hague, 1998, s. 350.

⁷¹ V/İngiltere kararı, Başvuru No: 24888/94, 16.12.1999, prf. 104.

⁷² Detaylı bilgi için bkz. Engel ve diğerleri, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 23.11.1976, prf. 58.

⁷³ AYM kararı, Başvuru No: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.2.2014.

oda hapsi cezasının özgürlüğünden mahrum edecek bir ceza olduğuna ve *yetkili bir organ tarafından verilen mahkumiyet kararıyla* bağdaşmadığına ve bu haliyle Anayasanın 19/2. maddesinin ihlaline karar vermiştir⁷⁴. Netice itibariyle, kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararının AİHS'nin 5/1/a maddesi ve BMİHEB'nin 9. maddesiyle uyumlu olduğu görülmektedir.

4.1.2 Karara Uymama veya Yükümlülüğün Yerine Getirilmesini Sağlamak

Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında, kişinin özgürlüğünden mahrum edilebilecek şartların ikincisi olarak "*bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması*" hükmü yer almaktadır. Bu düzenleme karşılığını AİHS'nin 5/1/f maddesinde de bulmaktadır. Dikkat edileceği üzere her iki düzenlemede iki ayrı kısma ayrılmaktadır. Birinci kısımda ulusal mahkemeler tarafından verilen bir karara uyulmaması, ikinci kısımda ise kanunda belirtilen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sebebiyle kişinin özgürlüğünden ve güvenliğinden mahrum edilebilmesidir. İkincisindeki amaç ise, yasanın öngördüğü ve yerine getirilmesini istediği bir yükümün yerine getirilmesini sağlamaktır.

Öncelikle maddenin birinci kısmını incelemeye çalışacağız. Maddenin birinci kısmında bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymamadan söz edilmektedir. Burada sözü edilen mahkeme kararı *davanın esası hakkındaki mahkumiyet hükmü* ve maddenin diğer bentleri haricindeki kararı kapsamamaktadır. Bu kararlara örnek olarak, *bir hukuk mahkemesi kararının infazını sağlayıcı ceza, nafaka borcunun ödenmemesi, ayrılan eşlerden birinin çocuk ile diğer tarafı görüştürmemesine engel olunmasını sağlayan kararlar veya mal beyanından imtina, kan testi yapılmasına engel olma gibi kararlar ile sanık veya tanıklara ilişkin özgürlüğü kısıtlayıcı kararlar* gösterilebilir (Şahbaz, 2004 (b): 211). Ayrıca mahkemenin yargılama düzenini korumak amacıyla veya yargılama fonksiyonun yerine getirilmesi amacıyla verdiği örneğin duruşmaya gelmeyen ya da gelip de konuşmayan tanık hakkında verilen disiplin cezaları buna örnek gösterilebilir

⁷⁴ AYM Kararı, Başvuru No: 2013/760, Karar Tarihi:12.03.2015.

(Gölcüklü, 1994 (b): 205). CMK'nın 44. maddesinde, mahkeme tarafından yapılan çağrıya uymayanlar için verilecek zorla getirme kararı 60. maddesinde ise yasal bir neden olmaksızın yeminden veya tanıklıktan çekinen kişiler hakkında verilecek disiplin hapsi (en fazla 3 ay) düzenlemelerini de Anayasanın 19. maddesi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Maddesinin ikinci kısmına göre ise, bireyin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, kanunda yerine getirilmesi yönünde açık bir düzenlemenin bulunmasına rağmen yerine getirilmeyen bir yükümlüğün mevcut olması gerekmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 229). İlgili kişinin yerine getirmemesi nedeniyle yakalanması veya tutuklanmasına neden olan yükümlülüğün kanun dışında bir başka hukuki norm kapsamında (örneğin yönetmelik) düzenlenmiş olması onun özgürlüğünden mahrum bırakılması için yeterli değildir (Çakıroğlu, 2008: 107). Bu kısımda belirtilen yükümlülükler AİHM'ye göre, *askerlik hizmeti ya da sivil hizmette bulunmak, kimlik belgesi taşımak, gümrük ya da vergi beyanında bulunmak ya da belirli bir yerde ikamet etmek* şeklinde örneklendirilebilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken ayrıntı, bu yükümlülüklerin geçmişte yürütülemeyeceğidir. Sadece bu tür yükümlülüklerin ifasını temin etmek amacıyla böyle bir yaptırıma başvurulabilir (Özyurt, 2006: 23). Yine maddenin ikinci kısmına örnek olarak, Ciulla ve ötekileri / İtalya kararında, ülkeye girmek isteyen kişinin gerekmesi halinde bir muayeneye tabi tutulabileceği, bu şekilde bir yükümlüğün yerine getirilmesi için görevlilerin isteği akabinde kişinin tutulmasının AİHS'nin 5. maddesinin birinci fıkrasına uygun olduğuna karar verilmesi gösterilebilir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011: 229).

AİHM, maddenin incelediğimiz bendinde (5/1/b) yer alan "*bir mahkeme tarafından, yasaya uygun olarak, verilen bir karara riayetsizlik.*" (*to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law*) ifadesini, bir kişinin kanunda yer alan *spesifik ve somut (specific and concrete)* bir zorunluluğu yerine getirmesi için uygulanabileceğini ifade etmiştir⁷⁵. Mahkeme bu ifadeyle, kişinin kanunda yer almayan, bir mahkeme kararına dayanmayan, spesifik ve somut olmayan kriterleri

⁷⁵ Guzzardi/İtalya kararı, Başvuru No: 7367/76, 6.11.1980, prf. 101.

karşılamaayan yükümlülükleri gerekçe gösterilerek özgürlüğünden mahrum edilemeyeceğini vurgulamıştır.

AİHS'ye ek 4 nolu protokolün birinci maddesinde yer alan, *hiç kimsenin yalnızca Özel Hukuk Sözleşmesi'nden doğan bir yükümü yerine getirmemiş olması nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağı* hükmü, 1982 Anayasası'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında bahsi geçen "*kanunda öngörülen bir yükümlülüğün*" kapsamı dışındadır (Şahbaz, 2004 (b): 211). 1982 Anayasası'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasında da "*Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz.*" hükmü mevcuttur. 1982 Anayasası kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından AİHS'ne, Anayasada 2001 yılında yapılan değişikliklerle uyumlu hale getirilmiştir. Ancak biz de Çakıroğlu'nun görüşüne katılarak 38/8. maddesindeki düzenlemenin kişi özgürlüğü ve güvenliği başlığını taşıyan 19. maddesinde yer almasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz (Çakıroğlu, 2008: 108).

4.1.3 Küçüklerin Islah Amaçlı veya Yetkili Mercii Önüne Çıkarılması Amacıyla Özgürlükten Yoksun Bırakılmaları

Anayasa'nın 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına neden olabilecek şartlardan kabul edilen bir diğer düzenleme ise "*bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın*" mevcut olmasıdır. Anayasada yer alan bu düzenleme AİHS'nin 5/1/d maddesinde düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede iki farklı açıdan ele alınacaktır. Bunlardan ilki küçüğün gözetim altında ıslahı ikincisi ise yetkili bir merci önüne çıkarılması için verilmiş bir kararın bulunmasıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk hukuk sisteminde 18 yaşını tamamlamamış kişiler çocuk/küçük kabul edilmektedir⁷⁶.

Anayasa'nın 19/2. maddesinin gerekçesinde "Suç işleme eğilimi gösteren küçüklerin eğitimi konusunda karar almak yahut gözetim altında eğitim tedbiri

⁷⁶ 4721 sayılı Medeni Kanun'un 11.maddesi :“Evlenme hali hariç ergenlik, on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.”; 5237 sayılı TCK'nın 6/1-b maddesinde “Çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır”; 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 3//1/a maddesi: “Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder”.

olarak adlandırılan tedbirlerin uygulanmasını sağlamak amacıyla küçüğün hürriyetinin kısıtlanması söz konusudur. Toplumun suçtan korunması için, kişinin suç işleme alışkanlığı içine yerleşmeden önce ele alınması gerektiği herkesçe bilinmektedir. Hukuk dilinde genellikle “korunmaya muhtaç çocuklar” olarak adlandırılan bu gruba yönelik tedbirlerin gereğini uzun uzun izaha ihtiyaç yoktur” denilmektedir. Sözleşmede yer alan ifade küçüklerin ceza yargılaması ile ilgili olarak tutulmalarına, tutuklanmalarına veya hapsedilmeleri için uygulanmamakta, bu gibi durumlarda, bu fıkranın (c) veya (a) bendi uygulanmaktadır (Özyurt, 2006: 27). Anayasanın gerekçesiyle sözleşme maddesinin düzenlenme amaçlarının birbiriyle örtüştüğü görülmektedir. Her iki düzenleme de suç işlemeye yatkın çocukların ıslah ve eğitiminin sağlanmasını amaçlamaktadır.

AİHS'nin 5/1/d maddesinin, suç işleme eğiliminde olan çocuklar için öngörülen bir iyileştirme önleminin uygulanabilmesi veya küçük için, gerekli uygun kararın alınabilmesi amacıyla yetkili merci önüne götürülmek üzere tutulması amacıyla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Örneğin küçük, "*gözetim altında eğitim*" önlemini uygulamak amacıyla uygun bir kuruma (*kapalı çevre*) konulabilecektir. Küçüğün "*rüştü yaşı*", gözetim altında eğitim ve küçüğün önüne götürüleceği yetkili merci hususlarının belirlenmesinde ulusal mevzuat yetkilidir. Her ne kadar ulusal mevzuat bu konuda yetkili olsa da küçüğe uygulanacak özgürlüğü kısıtlayıcı önlemin, amacına uygun olması gerekmektedir (Gölcüklü, 1994 (b): 207)⁷⁷.

AİHS'nin 5/1/d bendinde küçük hakkında verilecek kararın usulüne uygun olması gerektiği belirtilmiştir. Bu ifade kararın bir hakim tarafından verilmiş olmasını kastetmemektedir. Karar bir idari merci tarafından da verilmiş olabilir. Kararı veren makamın vasfından ziyade, kararın denetime açık ve amacına uygun olması gerekmektedir. Bu bir idari karar da olabilir. Önemli olan küçüğe uygulanacak özgürlüğü kısıtlayıcı kararın yetkili mercii veya hakim denetimine tabi tutulması ve kararın amacına uygun olmasıdır. Elde edilmek istenen amaç ile uygulama arasındaki farklılığın anlaşılır kılınması bakımından Bouamar/Belçika kararına bakmak yerinde olacaktır. 1998 tarihli bu kararında mahkeme, Belçika

⁷⁷ Bkz. Bouamar / Belçika, Başvuru No: 9106/80, 29.2.1988, prf.50.

hükümetinin bir küçüğü, küçüklerle ilgili kurumlarda yer olmaması sebebiyle bir tutukevinde tutmasını, sözleşme hükümleri çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme Belçika hükümetinin göstermiş olduğu gerekçeye katılmamıştır. Mahkeme tutukevlerinin cezalandırıcı yönlerinin bulunması sebebiyle 5/1/a maddesinde belirtilen amaçlar için oluşturulmuş olduğuna ve tutukevlerinin ıslah edici bir amaçlarının bulunmadığına karar vermiştir (Smaers, 2001: 271). Bunun yanında Mahkeme incelemiş olduğu bir başka davada (28.1.1988 tarihli Nielsen/Danimarka kararı), annenin, 12 yaşındaki çocuğunu psikiyatrik rahatsızlığı sebebiyle hekimlerinde görüşlerini de aldıktan sonra psikiyatri servisine yatırmasını, *velinin velayet hakkı* çerçevesinde değerlendirerek Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Tezcan ve diğerleri, 2004: 285).

Türk hukuk sisteminde bakım ve gözetim ile cezai koşulların belirlenmesi bakımından çocuklar üç ayrı kategoriye ayrılmıştır. Birinci kategoride suç işleyen çocuklar (TCK madde 31/2 ve 3. fıkralar), ikinci kategoride suç işleyip ceza sorumluluğu olmayan çocuklar (31/1), üçüncüsü kategoride ise bakım, eğitim, sağlık vb. ihtiyaçların karşılanması gerekip de herhangi bir suça karışmamış çocuklardır. Birinci kategorideki çocuklarla ilgili olarak TCK'nın ilgili maddeleri veya güvenlik tedbirlerinden herhangi birisi hakim tarafından takdir edilerek çerçevesinde çocuk olmaları da dikkate alınmak suretiyle uygulanacaktır. İkinci kategorideki çocuklarla ilgili olarak ise, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun (ÇKK) 11. maddesinin atfıyla aynı kanunun 5. maddesi çerçevesinde çocuklara özgü güvenlik tedbiri uygulanacaktır. Üçüncü kategorideki çocuklar için ise ÇKK'nın 5. maddesinde yer alan tedbirler uygulanacaktır. Koruyucu ve destekleyici tedbirler kanunda *danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma* olarak belirlenmiştir. Koruyucu ve destekleyici tedbir ile güvenlik tedbirlerinin verilmesinde yetki hâkimdedir. Hâkim kendisine yapılan başvuru neticesinde çocuk hakkında koruyucu veya destekleyici tedbirlerinden birine karar verecektir. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri yaptırım niteliğindedir. Çocuğun alınan tedbirlere riayet etmemesi durumunda bu tedbirlerin Cumhuriyet Savcılığı'nca zorla yerine getirilmesi sağlanır. Ancak koruyucu ve destekleyici tedbirler yaptırım niteliğinde değildir ve bu sebeple bu tedbire aykırılık halinde çocuk zorlanamaz (Topaloğlu, 2007: 1658). Netice itibarıyla Türk hukuk

sistemi uygulanacak tedbirlerin muhatabı olan çocukları suça sürüklenen ve sürüklemeyen olmak üzere ikiye ayırmıştır. Suça sürüklenen çocuk ile sürüklenmeyen çocuk hakkında uygulanacak tedbirler birbirinden farklıdır. Çocuklar hakkında Türk hukuk sistemine göre tedbir kararı verme yetkisi hâkimdedir ve bu tedbirlerin düzenlenme biçimleri kanaatimizce anayasaya uygundur. Her ne kadar konumuzla doğrudan ilgili olmasa da özellikle suça sürüklenen çocuklarla ilgili olarak alınabilecek güvenlik tedbirleri ve bu tedbirlerin nasıl uygulanacağını ÇKK'da daha net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir (Topaloğlu, 2007: 1660).

4.1.4 Tedavi Eğitim ve Islah Amaçlı Özgürlükten Mahrum Bırakma

1982 Anayasasının 19/2. maddesinde “*toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi*” kişinin özgürlüğünden mahrum edilebilecek durumlar arasında gösterilmiştir. Anayasada yer alan bu düzenlemenin benzeri AİHS'nin 5/1/e maddesinde de yer almaktadır.

Anayasadaki düzenlemenin ana gayesi, tedbir alınan durumun toplum için tehlike arz etmesidir. Anayasadaki düzenlemede belirtilen ana gayenin yanında, iki farklı amacın daha olduğu görülmektedir. Bunlardan bir tanesi toplum için tehlike arz edecek bir hastalığın mevcudiyeti, diğeri ise yine toplum için tehlike arz edebilecek bir suçun işlenmesinin önlenmesidir. Örneğin, salgın bir hastalık olan kuduz nedeniyle alınan tedbirler birinci gaye kapsamında değerlendirilebilecekken, bir uyuşturucu madde müptelasının veya serserinin özgürlüğüne yapılacak müdahale suç işlenmesinin önlenmesine yönelik olacaktır. Anayasada toplum için tehlike teşkil eden ifadesi, madde metninde ifade edilen durumdaki her kişinin mutlaka bir kuruma yönlendirilmesi anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu toplum için tehlike teşkil eden derken, bir zorunluluğu ifade etmeye çalışmıştır. Dolayısıyla bu hükümden anlaşılması gereken, özgürlüğün kısıtlanması yoluna ancak son çare olarak başvurulması gerektiğidir. Kişinin çevreye verdiği rahatsızlığın, katlanamayacak derecede olması gerekir. Maddede toplum ifadesi Medeni Kanunun düzenlemeleri

çerçevesinde daha sadeleştirilmiş bir hal almak suretiyle kişinin ailesi, akrabaları, vasisi ve komşuları bu kapsamda değerlendirilmiştir (Kocaağa, 2006: 42).

Yasa koyucu bu maddenin düzenleme gerekçesini şu şekilde açıklamıştır: “suç öncesi tehlikeli hal olarak adlandırılan durumda bulunan kişileri ve bunlar konusunda alınması gereken tedbirleri içermektedir. Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek, suç işlemeye fevkalade müsait bir düzeyin üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. “Suç öncesi safha” denilen bu safhada bulunan kişiler, özellikle uyuşturucu madde tutkunları, alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir. “Serseri” terimi, “muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan” kimseleri ifade eder. Kolayca anlaşılacağı gibi akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu, yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edecektir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için “önleyici güvenlik tedbirleri” yahut diğer bir deyimle “toplumsal savunma tedbirleri” alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar; bugün pek çok ülkede kabul edilmiş bulunan “toplumsal savunma kanunları” tarafından düzenlenecektir. Bu tedbirlerin bazıları, müessesede eğitim uygulanması, “tehlikeli hal” gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar. İzahına çalışılan hüküm bu ihtiyacı karşılamaktadır.”. Madde gerekçesinde görüldüğü üzere düzenleme bir önleyici tedbir olarak değerlendirilmiştir. Bu önleyici tedbir, kişinin tedavi, eğitim ve ıslah yöntemlerinin uygulanmasıyla sağlanacaktır. Aksi takdirde bu madde de önleyicilikten kastedilen polisiye tedbirler değildir.

Gerek sözleşmenin gerekse de anayasada yer alan bu düzenlemenin amacı, kamu sağlığının korunması ya da suç işleme eğilimine ortam teşkil eden durumların önlenmesidir. Madde de belirtilen kişiler için alınacak tedbirlerin tedavi ya da eğitim amaçlı olması gerekmektedir. Madde de belirtilen bulaşıcı hastalık, akıl hastalığı, uyuşturucu tutkunu gibi kavramlar tıbbi açıdan değerlendirilip anlamlandırılacaktır. Kişinin akıl hastalığı sebebiyle özgürlüğünden mahrum edilebilmesi için davranış

bozukluğunun hastalık derecesinde olması gerekir. Aksi halde kişinin davranışlarının “kural dışı” kabul edilmesi sebebiyle bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (Gözübüyük, 1994 (a): 207). Bu nedenle burada ifade edilen akıl hastalığı, düşünce bakımından toplumla uyuşamayan değil, tıbben bir marazı olan kimseyi ifade etmektedir. AİHM, akıl hastalığı sebebiyle özgürlüğün kısıtlamasına şeklen ve esasen ulusal mevzuatların uyması gereken kuralları şu şekilde belirlemiştir: 1) *Objektif ve tıbbi bir ekspertizle saptanması*, 2) *Gerçek akıl hastalığının saptanması durumunda kapalı bir kuruma (psikiyatri kliniği gibi) konması*, 3) *Hastalığın ağırlık ve niteliğinin böyle bir önleme başvurmaya gerekli kılması gerekir* (Şahbaz, 2004 (b): 214). Kişinin akıl hastası olduğu ve tedavi edilmesi gerektiği yönünde tıbbi gerekçelerin bulunması durumunda akıl hastası kişi AİHM’ nin de vermiş olduğu karar gereğince bir başka yerde değil, ancak bir hastanede tedavi edilmelidir (Gölcüklü, 1994 (b): 208). Medeni Kanununun 432/1. maddesinde de korunması gereken kişilerin tutulacağı yerler “elverişli bir kurum” ifadesiyle dile getirilmiştir (Kocağa, 2006: 42).

Anayasanın gerekçesinde ve AİHS’de "serseri" kavramının tanımı yapılmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Divanı da Belçika Ceza Kanunu’nun 347. maddesindeki serserilik tanımının sözleşmedeki serserilik kavramına aykırı düşmediğini belirtmiştir. Belçika kanununda serserilik kavramı, herhangi bir ikametgâhı yahut meskeni bulunmayan, meşru geçim olanaklarından mahrum, bir meslek veya sanat icra edemeyen kimse olarak tanımlanmıştır. AİHM vermiş olduğu Guzzardi/İtalya kararında⁷⁸, suç öncesi tehlike halini, *geniş yorum yahut kıyas yolundan* hareket ederek, serseri kavramı içinde değerlendirip örneğin bir mafya üyesi gibi kişilere uyarlamanın mümkün olmadığını belirtmiştir (Gölcüklü, 1994 (b): 208).

Anayasanın 19/2. maddesinde yer alan tedavi, eğitim ve ıslah amaçlı özgürlükten kısıtlama hükmü 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Türk Medeni Kanunu ile hukukumuza girmiştir. Medeni Kanun’daki düzenlemenin amacı, ruhsal veya ağır bedensel hastalıkları sebebiyle toplum için tehlike arz eden ve

⁷⁸ Guzzardi/İtalya kararı, Başvuru No: 7367/76, 6.11.1980.

kişisel korunmaları başka şekilde sağlanamayan kişilerin, eğitimleri veya ıslahları için uygun bir kuruma yerleştirilmelerini sağlamaktır. Bu şekilde hem özgürlüğü kısıtlananın hem de toplumun korunması amaçlanmıştır (Kocaağa, 2006: 33-35). Medeni Kanunu'nun 432. maddesinde kişinin, “*koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasının*” gerçekleştirilebilmesi için iki temel şartı karşılaması gerektiği belirtilmiştir. Bunlardan ilki korumayı gerektirecek sebebin (akıl hastalığı, alkol, uyuşturucu bağımlılığı..) toplum için tehlike oluşturması diğeri ise kişinin kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamamasıdır. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumu, Medeni Kanun açısından bakıldığında, kişinin korunması amacına yöneliktir (Kocaağa, 2006: 38). Kişinin tedavisi, eğitimi veya ıslahı için uygun bir kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulması zorunlu olmalıdır. Kişinin bu sayılan amaçların dışında örneğin koruma amacıyla bir kuruma kapatılması onun özgürlüğünden alıkonulması anlamına gelir. Kişinin kişisel korunması özgürlüğünden mahrum bırakılmadan sağlanabiliyorsa, o kişinin özgürlüğünden mahrum etmek olmaz. Örneğin, “varlıklı olan saldırgan bir akıl hastasının, yaşantısını sürdürdüğü kendisine ait bağımsız bir evde, masrafları kendi varlığından karşılanmak suretiyle özel doktorlar nezaretinde tedavisi mümkün ise, özgürlüğü kısıtlanmak suretiyle bir başka tedavi kurumuna yerleştirilmesine veya alıkonulmasına karar verilemeyecektir” (Kocaağa, 2006: 41). Bu nedenle korunması gereken kişinin öncelikle içinde bulunduğu durum tespit edilecek, bu durumun toplum için tehlike oluşturup oluşturmadığı belirlenerek kişinin, kişisel korunmasını başka şekilde sağlayamaması durumunda Medeni Kanun'daki düzenlemeler gereğince hareket edilecektir. Görüldüğü üzere Medeni Kanun'daki düzenleme bireyin özgürlüğü ve güvenliği bakımından daha kabul edilebilir bir düzenlemedir. Çünkü Anayasa'nın 19/2. maddesi bireyin kendini korumasını veya bireyin yaşamını ve yaşam kalitesini dikkate almamıştır. Kanaatimizce, Anayasa'nın 19/2. maddesine “*kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması*” şartının eklenmesi gerekmektedir. Bu eklenti, hem Medeni Kanunun Anayasaya uygun olmasını sağlayacak hem de korunması gereken kişilerin kişilik hakları korunmuş olacaktır.

4.1.5 Sınır Dışı Etme İşlemleri Kapsamında Özgürlüğün Kısıtlanması

Anayasa'nın 19/2. maddesinde “*usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması*” durumu kişinin özgürlüğünün kısıtlanabileceği haller arasında sayılmıştır. AİHS'nin 5/1/f. maddesinde de “*Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alı konmasını veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geriverme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması*” düzenlemesi de Anayasanın yukarıda belirtilen hükmüne paralellik göstermektedir. Anayasanın 19. maddesinin gerekçesinde “*Nihayet beşinci halde, ülkeye usulsüz olarak giren yahut kanuna uygun şekilde sınır dışı edilecek veya suç nedeniyle yabancı bir ülkeye geri verilecek kişinin, gerekli işlem yerine getirilinceye kadar, hürriyetinden mahrum edilmesi yani yakalanması veya tutuklanması söz konusudur. Bu gibi hallerin benzeri hürriyet kısıtlamalarını meşru kılacağı açıktır.*” denilmektedir (Aydoğdu, 2005: 276).

Anayasa'nın 19. maddesinde ve AİHS'nin 5. maddesi çerçevesinde kişinin sınır dışı ya da iade edilmesinden önce yetkili makamlar tarafından yakalanması ya da alıkonulabilmesi için, yakalama ya da alıkoymanın ulusal mevzuata ve Sözleşmeye uygun olması, aynı zamanda da keyfi olmaması gerekir (Macovei, 2002: 71). Anayasa'nın 19/2. maddesi çerçevesinde sınır dışı edilecek veya iade edilecek kişi hakkındaki işlemlerle ilgili olarak yapılacak tutuklama veya yakalamanın, sadece sınır dışı etme ya da iade ile ilgili işlemler için yapılması ve bu işlemler bitirilinceye kadar sürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, sınır dışı etme veya iade etme ile ilgili olarak yakalanan veya tutuklanan kişide ilk bakılacak olan husus, kişinin yakalama ya da tutuklanması için yasal bir neden olup olmadığı ve bu karara karşı yargı yolunun açık olup olmadığıdır. AİHK, Lynas İsviçre davasında, başvuruçunun suçluların iadesi çerçevesinde bir dava olmadan tutuklanması nedeniyle İsviçre Hükümetinin sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir (Kuzu, 1997: 195).

Sözleşmede belirtilen işlemin usulüne uygun olması ifadesi gerek şekli açıdan, gerekse esas bakımından yapılan işlemin ulusal mevzuata uygun olmasını ifade etmektedir (Gölcüklü, 1994 (a): 208). AİHM, sözleşmenin bu bendine göre gerçekleştirilecek tutuklamanın, bu bent hükmünde belirtilen amaçlar çerçevesinde olması gerektiğini ve tutulma süresinin de bu amaçlara yönelik işlemlerin gerektirdiği zaman dilimi için meşru kabul edilebileceğini belirtmiştir (Şahbaz, 2004 (b): 215). Örneğin mahkeme vermiş olduğu Quinn/Fransa kararında, başvuruçunun yaklaşık 2 yıl kendi ülkesine iade edilmesi için tutulu bulundurulmasını uzun bulmuştur⁷⁹.

AİHS'ye ek 4 nolu protokolün 3. ve 4. maddeleriyle 7 nolu protokolün 1. maddesinde, sınır dışı etme ve ülkeye almama önlemlerinin istisnaları ve teminatları düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, *“hiç kimse vatandaşı olduğu devletin ülkesinden bireysel olarak veya topluca sınır dışı edilemez; vatandaşı olduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz”*(m. 3); *“yabancıların topluca sınır dışı edilmeleri yasaktır”*(m. 4). Madde metninin yorumdan da anlaşılacağı üzere suçluların iade işlemini düzenleyen mevzuatın temelini Anayasanın 19/2. maddesindeki düzenleme teşkil etmektedir. Bu bakımdan suçluların iadesini düzenleyen “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi” ni (SİDAS) incelemek yerinde olacaktır. SİDAS'ın 16. maddesinde iade edilecek kişinin 18 gün geçici tutuklama işlemine tabi tutulabileceği, bu sürenin makul nedenlere dayandırılması halinde 40 güne kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir. SİDAS'ın uygulaması ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 27.6.1980 tarihinde almış olduğu R (80) 7 sayılı nolu tavsiye kararının 16. maddesinin yorumunda da; *“1. İade amacıyla geçici tutuklamanın ancak iade talebinin kabul edilebileceği hallerde uygulanması, 2. İade amacıyla geçici tutukluluğun mümkün olduğunca kısa tutulması ve iade evrakının kapsamlı olması nedeniyle düzenlenmesinin veya tercümesinin zaman alacağı durumlarda, iade talebinde bulunan devletin makul gecikme mazeretini bildirerek, 18 günlük sürenin 40 güne çıkarılması talebinde bulunabilmesi”* denilmektedir (Çakıroğlu, 2008: 123-124).

⁷⁹ Quinn/Fransa Kararı, Başvuru No: 18580/91, 22.03.1995, prf. 48.

4.2 Özgürlüğü Kısıtlanan Bireyin Hakları

Anayasanın 19. maddesinin ikinci fıkrasında devletin bireyin özgürlüğünün kısıtlayabileceği haller sayılmıştır. Aynı maddenin devamındaki fıkralarda ise bireyin bu hallerle karşılaşması durumunda ne tür haklarının olduğu düzenlenmiştir. Bu kısımda bireyin Anayasanın 19. maddesinin üçüncü ve devamındaki fıkralarda zikredilen hakları ele alınacaktır.

4.2.1 Tutuklamanın Hâkim Kararıyla Olması

Anayasanın 19/3. maddesinde yakalama ve tutuklama işleminin gerçekleşmesi için gerekli olan şartlar belirtilmiştir. Tutuklamanın gerçekleşmesi için olması gereken temel şart, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişinin varlığıdır. Bu temel şartın gerçekleşmesinden sonra, maddede belirtilen diğer şartların gerçekleşmesi gerekir. Maddede sayılan diğer şartlar;

- a) Bireyin kaçmasını, delilleri yok etmesini veya değiştirmesini önlemek amacıyla,
- b) Tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabileceğidir.

Hâkim kararı olmadan yapılacak yakalamanın şartlarının ise, suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceği Anayasada belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmü karşılığını AİHS'nin 5/1/c maddesinde bulmaktadır. Sözleşmede bireyin suç işlediği hakkında geçerli bir şüphenin bulunması, suç işlenmesine veya suçu işledikten sonra kaçma durumunun bulunması veya yetkili bir organın önüne çıkarılması için yakalama veya tutuklama işleminin gerçekleşeceği düzenlenmiştir. BMİHEB'nin 9. maddesinde de hiç kimsenin keyfi olarak yakalanamayacağı, tutuklanamayacağı ve sürgün edilemeyeceği düzenlenmiştir.

Tutuklama tedbiri iç hukukta CMK madde 100 ila 108 arasında düzenlenmiştir. CMK madde 100'de bireyin tutuklanabilmesi için gereken nedenler sayılmıştır. Burada da tıpkı Anayasadaki gibi öncelikli olarak belirtilen tutuklama nedeni "*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut deliller*" olarak tespit edilmiştir. CMK'da, Anayasa ile uyumlu bir şekilde tutuklama için kuvvetli şüphe

ilkesini düzenlenmiştir. CMK bu temel olgunun yanında anayasada sayılan ve yukarıda iki ayrı madde olarak belirtilen tutuklamanın oluşmasına neden olacak olguları ikinci ve üçüncü fıkralarda belirtmiştir. CMK 100/2. maddesinde şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması halinde tutuklamanın gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise tutuklamanın gerçekleşmesine etki edecek katalog suçlar sayma yöntemiyle gösterilmiştir.

Öncelikle hem Anayasada hem de CMK’da tutuklamanın ana nedeni olan kuvvetli suç şüphesi olgusunu ele alacağız. Ceza muhakemesinde soruşturmanın, kişinin isnat edilen suçu işleyip işlemediği yönündeki şüpheyile başlamadığı ve şüphenin belirli bir yoğunluğa ulaşmasıyla kovuşturma aşamasına geçildiği dikkate alındığında şüphenin, bir suç soruşturmasında ne kadar mühim olduğu görülecektir. Suç soruşturmasında basit şüphe, şüphenin en hafif derecesini teşkil etmekte olup, dayandığı belirtiler itibariyle ispat gücü yetersiz, basit, sayıca az olan şüphe olarak tanımlanmaktadır⁸⁰. Makul şüphe ise CMK madde 170’de düzenlenmiştir. Kolluk ve Savcı tarafından yapılan çalışmalar neticesinde ortaya konulan delillerle, soruşturmaya konu olan kişinin %51 oranında mahkum olabileceği yönünde bir kanaat oluşursa bu “*yeterli şüphe*” dir. Savcı, deliller ışığında oluşan yeterli şüphe üzerine iddianame hazırlar (Yenisey-Nuhoğlu, 2015: 8). Makul şüphe, ilgili kişinin suçu işlemiş olmasının mümkün bulunduğu hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli olgu ve bilgilerin mevcudiyetini varsayar (Gölcüklü, 1994 (a): 206). Şüphenin derecelendirmesinde en üst noktada kuvvetli şüphe bulunmaktadır. Elde edilen deliller ışığında yapılacak yargılama sonunda sanığın mahkum olma ihtimali *kuvvetle muhtemel* ise kuvvetli şüphenin varlığından söz edilir (Kahraman, 2014: 141). Kanun koyucu CMK madde 100/1’de de düzenlendiği şekilde, temel hak ve özgürlükleri daha az sınırlayan koruma tedbirlerinde basit şüphe ilkesini, özgürlük

⁸⁰ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Esas No : 2013/16791, Karar No : 2014/516, s. 8.

kısıtlaması gerektiren tutuklamada kuvvetli suç şüphesi varlığını gösteren somut deliller bulunmasını öngörmüştür. Yüzde bakımından örneklendirmek gerekirse, bir kişi hakkında tutuklama kararı verilebilmesi için onun, o suçu işlediği konusunda %90 mahkumiyet olasılığı ortaya çıkmış olmalıdır (Yenisey-Nuhoğlu, 2015: 9). Tüm bu açıklamalar çerçevesinde ifade edilebilir ki, kişinin özgürlüğünü net bir şekilde sınırlayan ve koruma tedbirleri arasında sayılan tutuklama tedbirine başvurmada, öncelikle kişinin isnat edilen suçu işlediğine dair %90 oranında bir kanaatin oluşması gerekmektedir. Ancak bu kanaatin oluşması kişinin tutuklanması açısından tek başına yeterli değildir. Şimdide kişinin tutuklanması için gerekli olan diğer koşulları inceleyeceğiz.

Anayasa'nın 19/3. maddesinde tutuklama tedbirinin gerçekleşmesi için tamamlayıcı öge olarak, kişinin kaçma, delilleri yok etme/değiştirme veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer haller sayılmıştır. Anayasada belirtilen bu tamamlayıcı ögelerin daha sarıh izahatı CMK 100. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında bulunmaktadır. CMK 100/2'de, şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının, delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme veya tanık, mağdur ve başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma izlenimi vermesi halinde tutuklamanın şartlarının oluştuğu ifade edilmektedir.

Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran olgular tahminden öte somut olmalıdır. Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu 2013 yılında yapmış olduğu değerlendirme toplantısında “*Cumhuriyet savcılarınca hakkında tutuklama koruma tedbiri talep edilen şüphelinin kimlik girişlerinde dikkat çeken çok sayıdaki farklı adres bilgilerinin ortaya konulması suretiyle; kaçma şüphesi ve diğer unsurlar yönünden değerlendirme amacıyla hakimin takdirine sunulmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir.*”⁸¹ şeklinde almış olduğu kararla, şüpheli hakkında kaçma şüphesinin somutlaştırılması salık verilmiştir. AİHM’ne

⁸¹ HSYK'nın yayımlamış olduğu karar için bkz. <http://hmt.hsyk.gov.tr/konular/adli-yargi/ceza-hukuku/2-koruma-ted/4.pdf>, E. Tarihi: 13.09.2015.

göre de, “*soyut kaçma tehlikesi*”, tutukluluğun sürdürülmesinin makul bir gerekçesi olmamalıdır (Katoğlu, 2011: 28).

Ana kural olan serbestiye istisna getiren tutuklama ağır bir önlemdir. Ağır bir önlem olması nedeniyle alternatifinin bulunduğu durumlarda bu önleme başvurmamak gerekir. Eğer alınan/sağlanan bir güvenceyle sanığın kaçma ihtimali ortadan kaldırılıyorsa artık onun tutuklanmasına gerek yoktur⁸². Sağlanan güvencenin amacı, suçtan kaynaklanan zararın tamir veya tazmini değil, sanığın duruşmalara katılmasını sağlamaktır. Mahkeme bunu sağlarken sanığın nesnel durumunu tüm yönleriyle ele almalı kaçtığı takdirde ortaya çıkan zararın sanıkta yapacağı etkiyi dikkate almalıdır (Gölcüklü-1, 212)⁸³. Mahkeme, AİHS'nin 5/3. maddesinde “*teminata bağlayarak kişinin duruşmada hazır bulunmasının sağlanabileceği durumlarda, söz konusu kişinin serbest bırakılması gerektiği*” hükmünün bulunması sebebiyle tutuklamanın kolaycı bir yaklaşımla ele alınmaması gerektiğini dile getirmiştir (Katoğlu, 2011: 28).

Uygulamada kişinin kaçma şüphesinin bulunması şüphesine dayalı somut olguların kararlara yansıtılmadığı görülmektedir. Kişinin yargılanacağı suçun kanundaki karşılığının yüksek olması, uygulamacıları kişinin kaçacağı yönünde düşünmeye sevk etmektedir. Yani uygulamacı, somut olgulardan ziyade tahmin ve öngörüyle hareket etmektedir. Yenisey ve Nuhoglu bu durumu eleştirerek, yasanın uygulanması, somut olgunun bulunmaması halinde kişinin tutuklanmaması gerektiğini ifade etmişlerdir (Yenisey-Nuhoglu, 2015: 9). Nitekim AİHM'de suçun nitelik ve ağırlığının tutuklama için gerekçe gösterilmeyeceğini belirtmiştir (Katoğlu, 2011: 28).

Tutuklama nedenlerinden bir diğeri, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa kişinin tutuklanacağıdır. Delilleri karartma şüphesiyle sanığın tutuklanmasının hukukumuzda yer almasının nedeni, elde edilen delillerin mevcut halleriyle

⁸² Bkz. Wemhoff / Federal Almanya davası, Başvuru No: 2122/641968, 27.06.1968.

⁸³ Bkz. Neumeister/Avusturya davası, Başvuru No: 1936/63, 27.06.1968.

korunarak yargılama ile maddi gerçeğe ulaşma amacına hizmet etmektir. Kişinin yargılaması devam ederken serbest kalması durumunda delilleri, bilirkişi ve tanık beyanlarını kötü niyetle etkileyebileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunmalıdır. Tüm ceza yargılaması tedbirlerinde olduğu gibi tutuklama da geçicidir. Bu sebeple sanık eğer tüm deliller toplanmışsa tutuklanma nedeni ortadan kalkacağı için serbest bırakılması gerekmektedir (Sağ, 1996: 9). Koruma tedbiri olan tutuklamanın ceza muhakemesi hukukundaki temel amaçlarından olan delilleri korumak olduğundan, şüphelinin delilleri karartma şüphesinin ortaya konması gerekir. Bu gerçekleştirilmeden sadece ihtimale dayanarak yapılan tutuklama işlemi keyfidir ve bu sebeple hukuka aykırıdır (Yenisey-Nuhoğlu, 2015: 9).

Kişinin, CMK' nın 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayma yöntemiyle belirlenen suçları işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklanabileceği belirtilmiştir. Katalog suçların varlığı halinde *otomatik tutuklama kararı verilmesi* uygulaması adeta yerleşik hale gelmiştir. Katalog suçların uygulamasında *gereçlendirme ve delillendirme* işlemleri daha az yerine getirilmektedir. Her ne kadar CMK'da yer alan yasal bir mecburiyet bulunmamasına rağmen katalog suçlarda da kaçma ve delil karartma şüphesinin prensip olarak gösterilmesi gerekir (Yenisey-Nuhoğlu, 2015: 9-11).

4.2.2 Hâkim Kararı Olmadan Yakalama / Gözaltına Alma

Anayasa'nın 19/3. maddesinin son cümlesinde hakim kararı olmadan yakalamaya yer verilmiştir. Anayasa hâkim kararı olmadan yakalamanın gerçekleşebilmesi için iki ayrı koşul öne sürmüştür. Bunlardan birincisi suçüstü hali diğeri gecikmesinde sakınca bulunan haldir. Gözaltına alma tedbiri ise Anayasada açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu tedbir CMK'nın 91 ve 92. maddelerinde yer almaktadır. Yakalama ve gözaltına alma tedbiri AİHS'nin 5/1/c maddesi hükmünde karşılığını bulmaktadır.

Yakalama tedbiri, Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin son fıkrasında; "*Kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan*

kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınması” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı yönetmeliğin 4/5. maddesinde gözaltına alma ise, “*Kanunun verdiği yetkiye göre, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, yetkili hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar kanunî süre içinde sağlığına zarar vermeyecek şekilde özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulması*” olarak yer almıştır.

Anayasa, hâkim kararı olmadan yakalamanın suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılacağını belirterek, bunların kanunda düzenleneceğini vurgulamıştır. Her iki tedbirinde nasıl ve ne şekilde uygulanacağı hususu CMK’da yer almaktadır. CMK’nın 90/1. maddesinde suç işleyen kişiye suçüstü halinde rastlanılmasında veya suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması durumlarında, herkes tarafından yakalama yapılabileceği düzenlenmiştir. Kolluk görevlileri ise, tutuklama kararı veya yakalama emri düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde; Cumhuriyet Savcısına veya âmirlerine derhâl başvurma olanağı bulunmadığı takdirde, yakalama yetkisine sahiptirler.

AİHM Labita/İtalya kararında kişinin yakalanması ve gözaltına alınması için gerekli olan şüphe durumunu şu şekilde açıklamıştır. Mahkeme, bir kişi hakkında suç isnadında bulunulmadığı veya bir mahkeme önüne çıkarılmadığı halde kişinin tutulması (yakalama/gözaltına alma) halinin, Sözleşme’nin 5/1/c bendinde belirtilen amaca, aykırılık teşkil ettiği savında bulunulmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, amacın bulunmasıyla gerçekleşmiş olmasını birbirinden bağımsız olarak değerlendirmektedir. Mahkeme ifadelerini daha da somut hale getirerek, kişinin polis tarafından yakalanması veya göz altına alınması durumlarında kişi hakkında dava açılması için yeterli olacak delillerin toplanmış olmasının zorunlu olmayacağını ifade etmektedir⁸⁴. Aynı doğrultuda AİHD’nin Erdagöz/Türkiye kararı da incelendiğinde Divan, başvuru hakkında iddianame düzenlenmemiş veya yetkili mahkeme

⁸⁴ Labita/İtalya Kararı, Başvuru No: 26772/95, 6.04.2000, § 155.

huzuruna çıkarılmamış olmasının, Sözleşmenin 5/1'inci maddesine uygun olmadığı sonucunun çıkarılmayacağını, amacın varlığıyla gerçekleşmiş olmasının birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerekliliğini ifade etmiştir. Divan Polisin yakalama veya gözaltına alma tedbirini uygulamasının, iddianamenin tanzimi için yeterli delil temin edilmiş olması önkoşuluna bağlamamaktadır. Polisin uygulamış olduğu tedbirin amacı, Sözleşmenin 5/1/c maddesinde belirtilen yakalama işleminin amacına neden olan şüphenin doğrulanması veya ortadan kaldırılmasına yardımcı olunmasıdır⁸⁵. O halde polis bir şahsı yakalamak veya gözaltına almak için tamamen bağımsız veya sorumsuz mudur? İşte bu noktada da AİHM değişik kararlarıyla bu sorunun cevabını somuta indirgemeye çalışmak suretiyle vermeye çalışmıştır. Mahkeme her ne kadar kişinin yakalanması/gözaltına alınması için iddianamenin hazırlanması veya tutuklanması için gerekli delillerin mevcudiyetini şart koşmasa da, kolluk kuvvetlerinin keyfiyetine de müsaade etmemektedir. Mahkemenin bu noktadaki kriteri ise *“bir kimsenin suç işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek olayların veya bilgilerin bulunması”* olarak belirlemiştir⁸⁶.

Anayasa net bir şekilde yakalama için gerekli olan şüphe derecesini belirtmemiştir. Her ne kadar yakalama tedbirinin uygulanması için Anayasada bir şüphe derecesi belirtilmemiş olsa da yakalamanın gerçekleştirilmesi için gereken şüphe, en az makul şüphe olmalıdır. Çünkü Anayasa, hâkim kararı olmadan uygulanacak yakalama tedbirinin suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu iki halin mevcudiyeti kanaatimizce Anayasada yakalama için gerekli olan şüphe derecesinin makul olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Ancak bireyin hak ve özgürlüğünü net bir şekilde kısıtlayan yakalama tedbiri, Anayasadaki düzenleme gereğince evvela hâkim kararıyla icra edilmelidir. Anayasaya, yakalamanın hâkim kararıyla da olsa, başka kriterler çerçevesinde gerçekleşmesi için somut ve net gereklilikler konulmalıdır. En basit ifadeyle tıpkı tutuklama tedbirinde olduğu gibi anayasaya yakalama tedbiri

⁸⁵ Erdagöz/Türkiye kararı, Başvuru No: 127/1996/945/746, 22.10.1997, §51; Ayrıca bkz. Murray/İngiltere Kararı, Başvuru No: 14310/88, 28.09.1994, § 55.

⁸⁶ Ayrıca bkz. Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, §32.

için de şu şekilde bir ifadenin konulması kanaatimizce gerekmektedir: “Suçluluğu yönünde hakkında kuvvetli/makul şüphe bulunan / suçluluğu yönünde ikna edici bilgi ve belge bulunan kişiler hakim kararıyla yakalanabilir veya ...”. Nitekim AİHM’nin Hüseyin/Devrim Berktaş kararında belirttiği gibi, başvuranın yakalanması için hakimden alınmış müzekkere mevcuttur. Ancak mahkeme sadece müzekkerenin varlığını değil, yakalamaya dayanak oluşturan müzekkerenin düzenlenmesine neden olan ciddi delillerin de mevcut olmasının gerekliliğini, yakalamanın gelişigüzel bir şekilde icra edilemeyeceğini ifade etmiştir (Tezcan ve diğerleri, 2004: 284).

4.2.3 Yakalanana Haklarının Bildirilmesi

Anayasa’nın 19/4. maddesinde “*Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*” hükmü bulunmaktadır. AİHS’nin 5/2. maddesi de aynı hak düzenlenmiştir. Sözleşmenin 5/2. maddesi, fıkra hükümlerinden her hangi birisinin uygulandığı kişiye, tutuklanmasını gerektiren nedenlerin ve yapılan suçlamaların en kısa bir zamanda ve anlayacağı bir dil ile bildirilmesini emretmektedir.

Anayasanın gerekçesinde bu hükmün oluşturulmasındaki amaç, “*...kişinin, iddialara karşı savunmasını mümkün kılmak, aynı zamanda muhtemel maddi hataları (kimlik hatası gibi) önlemektir....bu hüküm...özgürlüğü kısıtlanan herkese uygulanacaktır.*” şeklinde açıklanmıştır (Aydoğdu, 2005: 277). Gölcüklü de AİHK ve AİHD kararlarına dayanarak bu hükmün amacının, oluşabilecek maddi bir hatayı önlemekten ziyade, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “*itiraz*” hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesini sağlamak olduğunu belirtmiştir⁸⁷ (Gölcüklü, 1994 (b): 209).

AİHD Lamy / Belçika davasında yakalanan kişiye yapılacak bildirim içeriğinin genel olarak düzenlenmesi yerine, her olayın özel ve somut durumu ve

⁸⁷ X/İngiltere, 5.11. 1981, A 46, s. 28, prf. 66 ; Van der Leer/Hollanda, 21.2.1980, A 170-a s. 13, prf. 28 , son.; Lamy/Belçika, 30.3.1989, A 151, s. 17, prf. 32.

amacına göre yapılmasının uygun olacağına karar vermiştir. Ancak her halükarda tüm olaylar için dikkat edilmesi gereken önemli nokta, bildirim *“habeas corpus”* güvencesinin gerektirdiği açıklığa sahip olmasıdır (Gölcüklü, 1994 (a): 209). AİHM Dikme/Türkiye kararında, Terörle Mücadele Şubesinde göz altına alınan başvurucunun Şubede kendisine *“sen devrimci sola üyesin istediğimiz bilgileri ver...”* şeklinde görevli polislerin söylemlerinden, ilgili kişinin gözaltına alınma sebebinin bildirildiği, bu nedenle derhal bilgilendirmek hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (Özyurt, 2006: 35).

Anayasada yakalanan kişiye yakalama sebeplerinin derhal, sözleşmede ise en kısa sürede bildirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Anayasada yer bulan derhal ifadesinin ulusal mevzuatta da aynı kelime ile ifade edildiği görülmektedir (CMK 90/4; Yakalama Yönetmeliği 6/4). Sözleşme hükmünde geçen en kısa zamanın, her olayın kendi özelliği çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir (Gölcüklü-1, 1994: 209). AİHM Murray / Birleşik Krallık kararında, saat 7.00’da gözaltına alınan başvurucunun, götürüldüğü Polis Merkezinde 8.20–9.35 saatleri arasında sorgulanması arasında geçen sürenin Sözleşme’deki *“en kısa süre”* ifadesinin sınırları dışında kalmadığını kabul etmiştir (Özyurt, 2006: 35). Kanaatimizce Anayasada bildirim derhal yapılması ifadesi, yakalama işleminin gerçekleştiği anda yapılmasını ifade etmektedir. Soruşturmanın akamete uğramaması için veya görevli ve yakalananın yaşam hakkının tehlikede olmadığı her durumda kolluk, yakalanan kişiye ulusal mevzuat doğrultusunda yakalama nedenlerini *hemen* bildirmelidir. Bu bildirim yakalanan bireyin ne ile suçlandığını öğrenmesine, bu suçlama doğrultusunda gerekli savunmayı yapmasına, kolluğun pratik hayatın akışı çerçevesinde yapacağı hatayı düzeltmesine vesile olması bakımından önemlidir ve uygulamada mutlak surette kolluğun bu hakka riayet etmesi gerekmektedir.

4.2.4 Yakalanan Kişinin Gözaltında Kalma Süresi (Makul Süre)

Anayasanın 19/5. maddesinde kişinin bireysel suçlarda en geç 48 saat, toplu suçlarda ise en çok dört gün içerisinde hâkim önüne çıkartılmasını düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında düzenlemenin sadece sanıkları veya gıyabında verilmiş bir kararla tutuklananları kapsadığı belirtilmiştir. Ancak gerekçenin

devamında ön görülen bu sürelerin “*Polis soruşturmasına*” imkan tanımak amacıyla düzenlendiği de belirtilmiştir. Dolayısıyla bu madde gerekçede belirtildiği gibi sadece sanıkları değil, suç soruşturması şüphesiyle yakalanan ve gözaltına alınan kişileri de kapsamaktadır. Anayasada belirtilen 48 saatlik süre azami süreyi ifade etmektedir. Nitekim CMK madde 91/1’de bireysel suçlarda gözaltı süresi 24 saat olarak belirlenmiştir. Aynı maddenin devamında kişinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi gereken süre 24 saatlik sürenin dışında tutulmuş ve fakat bu zorunlu sürenin on iki saatten fazla olmaması gerektiği vurgulanmıştır. Yani göz altı süresi yol süresi de dahil olmak üzere maksimum 36 saati geçmeyecektir. Toplu olarak işlenen suçlarda⁸⁸ ise gözaltında kalma süresi farklıdır. Cumhuriyet savcısı, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle göz altında kalma süresinin uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir (CMK 90/3). Yani toplu suçlarda gözaltına alma süresi maksimum 4 gündür. Sürelerin tespitinde CMK’nun 251. maddesi bazı suçların soruşturulmasında özel göz altı süresi tayin etmiş idi. Bu maddeye göre, CMK madde 250 kapsamında yerine getirilen soruşturmalar kapsamında göz altına alınanlara aynı kanunun 91. maddesindeki 24 saatlik sürenin 48 saat olarak uygulanması gerektiği düzenlenmiş idi. Ancak kamuoyunda *üçüncü yargı paketi* olarak adlandırılan 6352 sayılı kanunun 105. maddesiyle, CMK’nun 250, 251 ve 252. maddeleri yürürlükten kalkmıştır. CMK’nun bu maddeleriyle, kamuoyunda özel yetkili savcılıklar /mahkemelerin yerine getirmiş olduğu yargılama faaliyetlerinin düzenlendiği bilinmektedir. Bazı suçların (örneğin örgütlü suçlar) özel soruşturma işlemlerine tabi tutulması kabul edilebilir olsa da, bu maddelerinin yürürlükten kaldırılması kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından dikkate alındığında yerindedir.

AIHM yapılan başvuru neticesinde, terör suçlamasıyla gözaltına alınan dört başvurucunun soruşturma kapsamında dört gün altı saat gözaltında kalmalarını incelemiştir. Mahkeme, AIHS’nin 5/3. maddesinde yer alan “hemen” (*promptly*)⁸⁹ ifadesinin ne anlam ifade ettiğini açıklamaya çalışmıştır. Mahkeme, “promptly”

⁸⁸ CMK 2/1/k Toplu suç: Aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suç.

⁸⁹ AIHS’nin İngilizce metninde en kısa sürede ifadesinin karşılığı “promptly” dir.

kelimesinin geniş bir şekilde anlamlandırılmaması gerektiğini, bu şekilde anlamlandırmanın kişi hak ve özgürlüklerinin kötüye yorumlanmasına yol açacağını belirtmiştir. Mahkeme incelediği davada başvuruoların hiç birinin, hemen (*promptly*) ne bir yargı makamı önüne getirildiklerini ne de serbest bırakıldıklarını ifade etmiştir. Mahkeme kararının devamında, başvuruoların tabi tutuldukları soruşturma konusunun tüm toplumu terörizmden koruma kapsamında gerçekleştiğini kabul etmekle birlikte, başvuruoların dört gün altı saat gözaltında kalmalarını sözleşmenin 5/3. maddesindeki spesifik yeterlilikleri karşılama yönünde tatmin edici olmadığını açıklamıştır. Mahkeme tüm bu yorumlar çerçevesinde yapılan uygulamayı AİHS'nin 5/3. maddesine aykırı bulmuştur⁹⁰. I. Ö. / Türkiye davasında da başvuru sözleşmenin 5/3. maddesinde belirtildiği gibi *hemen (promptly)* mahkeme önüne çıkarılmadığı bahisle AİHM'ye başvurmuştur. Başvuru terör örgütüne mensup olma suçlamasıyla 18 Aralık 1996 tarihinde yakalanıp İzmir Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi'nde gözaltına alınmıştır. Başvuran 28 Aralık 1996 tarihinde Cumhuriyet Başsavcısı tarafından dinlendikten sonra DGM hâkimi önüne çıkarılmıştır. Başvuru 10 gün gözaltında kalmıştır. Hükümet başvuranın gözaltı durumunun iç mevzuata uygun olduğuna dikkat çekmektedir. Hükümet başvurana isnat edilen terör suçlarına yönelik soruşturmanın güçlükleri ve özelliği dikkate alındığında, davada benimsenen gözaltı süresinin delillerin toplanması için gerekli olduğunu savunmuştur. Mahkeme tıpkı Brogan davasında olduğu gibi başvuranın terör suçlamasıyla gözaltına alındığını kabul etmiş olsa da, 10 gün süreyle gözaltında kalmasını sözleşmenin 5/3. maddesine aykırı bulmuştur.

4.2.5 Serbest Kalmayı İsteme Hakkı

Anayasasının 19/7. maddesinde tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları düzenlenmiştir. Serbest bırakılmanın, ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin sekizinci fıkrasında ise hürriyeti kısıtlanan kişinin, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu

⁹⁰ Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988, prf. 62.

kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Anayasanın gerekçesi incelendiğinde, yedinci fıkranın tutuklu, sekizinci fıkranın ise hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan “habeas corpus” hakkını içerdiği belirtilmiştir (Aydoğdu, 2005: 277). Anayasanın 19. maddesinin yedinci fıkrasının AİHS’nin 5/3., anayasanın 19 maddesinin sekizinci fıkrasının ise sözleşmenin 5/4. maddesiyle uyumlu olduğu görülmektedir.

Anayasa’nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarının, tıpkı AİHS’ndeki karşılığı olan 5/3. ve dördüncü fıkralar gibi dikkat çeken iki özelliği bulunmaktadır. Bu özelliklerden bir tanesi kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması durumunda başvuracağı bir merciinin bulunması, diğeri ise bu başvurunun makul süre içerisinde gerçekleşmesi gerekliliğidir. AİHS’nin 5/3. maddesindeki *yargıç* ifadesi mahkeme hakimini kastetmektedir. Ancak önemli olan AİHS’nin Fransızca metninde "*magistrat*", İngilizce metninde ise "*officer authorised by law*" olarak yer alan ifadelerle kimin işaret edildiğidir. Divan'a göre bu deyim, "*kanunun, kendisine verdiği adli görevin gerekli kaldığı güvencelere sahip olmak kaydıyla*" hakimden başka kişileri karşılamaktadır. Hakim dışında adli görevi bulunan kişinin belirlenmesinde aranacak ilk teminat, bu makamı işgal eden kişinin yürütme organı ve taraflar karşısındaki bağımsızlığıdır. Hakim dışında görevli olan bu kişi hiç kimseden emir almamalıdır. Savcı ile sorgu hakimliğinin aynı kişilerde toplandığı sistemler ayrı olmak üzere, hakim dışında tutuklamaya itiraz edilebilecek kişiler savcılar da olabilir. Ancak unutulmamalıdır ki, tutukluluğa itiraz edecek kişilerin başvurabileceği makamların aynı zamanda onu serbest bırakma yetkisine de sahip olmaları gerekir⁹¹ (Gölcüklü, 1994 (b): 210).

Anayasanın 19/7. fıkrasıyla, AİHS’nin 5/3. fıkrasında geçen “*makul süre*” ifadesi neyi ifade etmektedir. Anayasa kişinin tutuklama halinde yetkili organa, tutuklama kararının tekrar incelenmesi için başvurma süresini “*makul süre*” olarak tayin etmiştir. AİHD sözleşmede itirazın makul sürede yapılmasının düzenlenmiş

⁹¹ Mahkeme kararları için bkz. Schiesser/İsviçre, s. 11 ve son., prf. 26-31 ve 36; De Jong. Baljet et Van den Brink/Hollanda. s. 22-23, prf. 47; Van der Sluijs, Zuiderveld et Klappe/Hollanda, 22.5.1984, A 78, s. 17 ve 20, prf. 41 ve 148; Duinhof et Duijf/Hollanda, 22.5.1984, A 79, s. 14-15, prf. 32; Pauwels / Belçika, 26.5.1988, A 135, s. 18-19, prf. 38.

olması sebebiyle, makul süre tayininin her olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerektiğinin uygun olacağını belirtmiştir. Sanık kesin mahkumiyet hükmüne kadar suçsuz sayılacağı için, tutuklulukta makul sürenin, tutuklu olarak geçen sürenin makul niteliğini kaybeder etmez, sanığın serbest bırakılmasını sağlamaktır. Gölcüklü makul süre konusunda AİHD'nın yerleşmiş içtihadının şu şekilde olduğunu belirtmektedir: *“ulusal adli merciler bir somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşıp aşmadığına karar verirlerken, suçsuzluk karinesini de göz önünde tutarak, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının varlığını kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp inceleyecekler; ve, ilgilinin salıverilme istemine ilişkin olarak verdikleri ret kararında bu hususu (ret gerekçelerini) açıkça belirteceklerdir. Nitekim Divan, denetim görevini yerine getirirken, büyük ölçüde ve esas itibariyle, söz konusu ret kararlarında yer alan gerekçeler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin başvurularında ileri sürüp yalanlanmayan olgulara dayanarak 5. madde hükmünün çiğnenip çiğnenmediğini saptamaktadır”*. Yetkili organ, kişinin kamu yararı açısından tutuklu yargılanması veya yargılanmaması gerekliliğinin gerekçelerini net bir şekilde ortaya koymalıdır. Özgürlüğü kısıtlanan kişinin salıverme yönündeki talebinin gerekçeleri ile kişinin tutuklu yargılanması arasındaki gerekçelerde zıtlık bulunmalıdır. Komisyon ve Divan makul süre değerlendirmesiyle ilgili olarak, sanığın suç işlediğine dair kuvvetli emarelerin mevcudiyetinin belli bir müddet sonrasında yetersiz kalacağını düşünmektedir. Strasbourg denetim organları makul süre sınırının aşıldığı iddialarını incelerken, evvela ulusal mercilerin, tutukluluk halinin devamı yönünde karar verirken dayandıkları gerekçelerin (*sanığın kaçması veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi*) geçerliliğini incelemektedir. Bu organ eğer ulusal mercilerin tutuklama nedenlerini "yerinde" ve "yeterli" görürse bu seferde, yetkili ulusal mercilerin yargılama faaliyetlerini yerine getirirken "*durumun gerektirdiği süratle*" hareket edip etmediklerini araştırmaktadırlar (Gölcüklü, 1994 (b): 211).

Anayasanın 19. maddesinin sekizinci fıkrası ise gözaltına alınarak veya tutuklanarak özgürlüğü kısıtlanan kişinin hakkında bir karar verilmesini sağlamak için yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasası'nın 19/8. maddesinin, özgürlüğü kısıtlanan kişiye tutuklanmasının yasallığı hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanıdığını belirtmiştir. Mahkeme bu fıkranın, bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir *güvence oluşturduğunu* vurgulamıştır⁹². Anayasanın gerekçesinde bu fıkranın hukuk dilinde "habeas corpus"⁹³ güvencesi olarak adlandırılan güvenceyi getirdiği belirtilmiştir.

1982 Anayasasının gerekçesinde, 19/8. maddenin habeas corpus kurumunu düzenlediği belirtilmiştir. Anayasasının bu fıkrasında "*her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişi ifadesiyle*" sadece yürütme organının değil, habeas corpus kurumunun özel kişilerin yapabileceği kısıtlamalar için de uygulanabileceği ilkesini karşıladığı görülmektedir. Ancak Çakıroğlu'nun çalışmasında ifade ettiği gibi Anayasanın 19/8. maddesinde habeas corpus kurumunun tüm işlerliğiyle yer aldığını söylemek zor olacaktır (Çakıroğlu, 2008: 151). Bunun nedenlerinden birincisi, habeas corpus başvurusu, özgürlüğünden alıkonulan kişi veya onun rızasıyla bir başka kişi tarafından yapılabilir. Fakat özgürlüğünden alıkonulan kişi iradesini ortaya koyamayacak durumda ise onun yerine akrabası veli veya vasisi, herhangi bir arkadaşı da başvuruyu yerine getirebilir (Feyzioğlu, 1999: 675). Anayasadaki düzenleme ise (19/8. madde) habeas corpus hakkını sadece özgürlüğünden mahrum bırakılan kişi tarafından kullanılması gerektiği yönündedir. Bu hüküm dikkate alındığında anayasa kanun koyucuya habeas corpus hakkının kullanımının sağlanmasında kişi yönünden sınırlama yetkisi verdiğini görmekteyiz. Kanaatimizce habeas corpus gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından çok önemli olan bir kurumun kullanılması hakkının Anayasa tarafından sadece kişiye değil, tıpkı

⁹² AYM Kararı, Başvuru Numarası:2014/16838, Karar Tarihi: 9/9/2015, prf. 104.

⁹³ Anglo sakson hukuk sisteminin hukuk alemine kazandırdığı bir ilke olan habeas corpus Latince dir ve "kişinin huzura çıkmasına müsaade et" anlamına gelmektedir. Habeas corpus hakkı, bir kişinin özgürlüğünü sınırlayan herkese karşı öne sürülebilecek bir haktır. Ancak ekseriyetle, yürütme organının alıkoyma işlemlerine karşı bu hak kullanılmaktadır. Habeas corpus kurumunun asıl amacı bireyi yürütme organının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Bu amacın gerçekleşmesi iki farklı şekilde olur. Birincisi, eğer kişinin özgürlüğünden mahrum edilme nedeni hukuka uygun değilse mahkemenin vereceği kararla kişi serbest bırakılır. İkincisi, kişinin alıkoyma nedeni yasal olsa, onun yargılanmasının olabilecek en makul sürede tamamlanması sağlanır (Feyzioğlu, 1999: 668-669-688).

CMK’da olduğu gibi kişinin yakınlarına ve müdafiyeye de tanınması gerekir. Bu da ancak Anayasa’nın 19/8. maddesine “hürriyeti kısıtlanan kişi” ifadesinden sonra getirilecek “veya kanunda belirtilen diğer kişi veya kurumların” ifadesinin eklenmesi suretiyle sağlanacağı kanaatindeyiz. Bu düzeltmeyle, kanun koyucuya bırakılan, bu hakkın kullanımını sağlayacak kişilerin ulusal mevzuatta yer alıp almaması yönündeki takdir etme yetkisi hakkı sınırlandırılmış olacaktır.

Anayasa’nın 19/8. maddesinde yer alan habeas corpus kurumunun, kurumun temel oluşum mantığını tam olarak karşılamadığı yönündeki ikinci görüşümüzün gerekçesi ise şudur: Habeas corpus kurumu, bireyi özgürlüğünden alıkoyan kişiye alıkoyma gerekçesinin hukuki dayanaklarını göstermesini isteyerek, alıkoymanın hukukiliğini araştırmayı amaçlayan “ayrıcalıklı” bir mahkeme emridir. Habeas corpus kurumunun işlemleri basit, süratli ve etkili olmalıdır. Alıkonulananın bu hakkı kullanmasına izin verilmeyebilir bu nedenle alıkonulananın yerine bir başkasının bu hakkı kullanmasına müsaade edilmelidir (Feyzioğlu, 1999: 669-688). Yani habeas corpus kurumu bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması halinde hemen harekete geçilerek, mahrum bırakılma nedenlerini soruşturan kapsamlı bir süreçtir. Bu süreçle sadece kişinin serbest bırakılması veya hemen bir mahkeme önüne çıkarılması değil daha fazlasının soruşturulmasının istendiğidir. Burada ifade edilen daha fazla soruşturma, kişinin özgürlüğünden alıkoyma eyleminin gerekçelerinin de sorgulanması, kişinin ortaya koyacağı bilgi ve belgelerin incelenmesi gibi kapsamlı bir çalışmayı işaret etmektedir. Anayasanın 19/8. maddesinde yer alan düzenleme ise habeas corpus kurumunun temel felsefesini yansıtamamakta, kurumun işleyişini yüzeysel bir bakış açısıyla açıklamaktadır. Örneğin AİHM habeas corpus kurumunun, silahların eşitliği ilkesini de içerdini ifade etmiştir. Mahkeme habeas corpus hakkının kullanılmasında kişinin diğer hak ve özgürlüklerinin de dikkate alınması ve kullanımının sağlanmasına müsaade edilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi de tutukluluk haline itiraz eden kişi ile Cumhuriyet Savcısı arasında silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde hakların kullanımını yönünden eşitlik bulunması gerektiğini belirtmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, tutukluluk haline itiraz eden başvurucuya, Cumhuriyet savcısının görüşünün bildirilmemesini Anayasanın 19/8. maddesine aykırı bulmuştur (Ergül,

2015: 185). Habeas corpus kurumunun kişinin özgürlüğünün hukuksuz bir şekilde kısıtlanmasını önlemek olduğunu belirtmiştik. Kişinin hakkını savunabilmesi için kendisine uygulanan muamelenin evvela gerekçesini bilmesi gerekir. Kişi kendisinin alıkonulma nedenlerini ihtiva eden soruşturma dosyasının içeriği hususunda gerekli ve yeterli bilgiye sahip olmalıdır. Bunun yerine getirilmesiyle amaç, kişinin özgürlüğü için ağır olan kısıtlama gerekçesinin keyfiyetinin denetlenmesinin en kısa sürede sağlanmasıdır ⁹⁴(Gölcüklü, 1994 (b): 213-214). Görüldüğü üzere habeas corpus kurumu bir kişinin serbest bırakılması veya hemen bir mahkeme önüne çıkarılmasından daha fazlasını, alınan kararın hukuki boyutunun tüm boyutlarıyla tartışılmasına imkan tanımaktadır. Bu düşünceler ışığında Anayasanın 19/8. maddesi irdelendiğinde, anayasada özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin ya serbest bırakılması veya bir mahkemeye sevk edilmesi gibi sadece iki seçenekten bahsedilmiştir. Bu açıklamalar çerçevesinde Anayasanın bu fıkrasının habeas corpus ilkesinin tam anlamıyla uygulanabileceği kanunların hazırlanmasına öncülük edebilecek şekilde tekrar revize edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Ulusal mevzuatımızda kişinin salıverilmeyi talep etme hakkı CMK'nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre şüpheli veya sanık soruşturma veya kovuşturmanın her aşamasında serbest kalmayı talep edebilmektedir. Ulusal mevzuatımız sadece kişinin değil aynı zamanda soruşturmayı yürüten makamlarında kişinin yerine geçerek tutukluluğunun devam edip etmemesi yönünde inceleme yapma yetkisinin bulunduğunu düzenlemiştir. CMK'nın 108/1. maddesinde, soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hâkimi tarafından CMK'nın 100 üncü maddesi hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verileceği düzenlenmiştir. Buna benzer CMK'nın 103. maddesinde de Cumhuriyet savcısının, şüphelinin adlî kontrol altına alınarak serbest bırakılmasını Sulh Ceza Hâkiminden isteyebileceği, ayrıca soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının adlî kontrol veya tutuklamanın artık

⁹⁴ Mahkeme kararları için bkz. Bezicheri/İtalya, Başvuru No: 11400/85, 25.10.1989, s. 10-12. prf 18-26.

gereksiz olduğu kanısına varması durumunda şüpheliyi, re'sen serbest bırakabileceği düzenlenmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararının verildiği her durumda ise şüpheli serbest bırakılır.

Yürütölmekte olan bir soruşturma veya kovuşturma işlemleri esnasında verilen tutuklama kararı istisnai olmalıdır. Tutuklama kararını veren makam adli kontrol verilmeme nedeni ile tutuklamanın zorunlu olduğunu, kararının gerekçesinde belirtmelidir (CMK 101/1). Bu temel düşünce nin yansıması Anayasanın 19/7. maddesinin ikinci cümlesinde kendini göstermektedir. Bu cümlede bir güvence ile kişinin duruşmada hazır bulunması veya hükmün yerine getirilmesi sağlanıyorsa serbest bırakılabileceği belirtilmiştir. Anayasada yer alan bu düzenlemenin ulusal mevzuattaki karşılığı CMK'nın 113/1. maddesinde yer almaktadır. AİHM bir kararında kefaletin , *“ilgili kişinin mahkemeye gelmemesi halinde kayba uğrayacağı miktarın, bu kişiyi kaçmaya ilişkin bir istek duymaktan caydırmaya yetecek ölçüde olması gerektiğini”* vurgulamıştır (Çakıroğlu, 2008: 150).

5. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ VE KORUNMASI

Geleneksel haklar olarak kabul gören mülkiyet ve yaşam hakkı gibi haklardan farklı olarak özel hayatın gizliliği hakkı, modernleşme ve teknolojinin gelişmesiyle paralellik arz etmektedir (Kaya, 2006: 32). Nobert Elias ve Richard Sennett'de Kaya'dan farklı düşünmemektedirler. Onlarda bireyin yaşamının özel ve kamusal olarak iki farklı ortam şeklinde belirginleşmesinin, modernleşme sürecinin geç dönemlerinde olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak Salihpaşaoğlu'nun aktardığına göre antropolojik araştırmalar, din öğretilerinde bulunan hükümler ve hukuk kuralları incelendiğinde, özel hayatın ve onun uzantısı kabul edilen mahremiyetin sadece modernleşmenin bir getirisi olarak kabul görmemesi gerektiğidir (Salihpaşaoğlu, 2013: 228)⁹⁵. Özel hayatın hukuk alanında yer alması, İngiltere'de çıkarılan ve kişileri gizlice dinleyen ve izleyen kişileri tutuklama yetkisi veren *“Justices of the Peace Act”* ile olmuştur. Hukuk alemine İngiltere'de çıkartılan bu

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Elias, N.: Uygurlık Süreci, Cilt:1, 2. Baskı, Çev.: Ender ATEŞMAN, İstanbul, 2002, s. 269 vd.; Sennett, R.: Kamusal İnsanın Çöküşü, 3. Basım, Çev. Serpil DURAK&Abdullah YILMAZ, İstanbul, 2010, s. 35 vd.; Moore, B.: Privacy: Studies in Social and Cultural History, New York, 1984, s. 276.

düzenleme ile giren özel hayatın mahremiyetinin bir hak olarak tartışılması ABD’de yayımlanan “*The Right to Privacy*” isimli makale ile olmuştur (Salihpaşaoğlu, 2013: 228)⁹⁶. Çalışmamız bakımından bireyin özel hayatının gizliliği ve korunmasının bir hak olarak ele alınması ve kabulü Uluslararası sözleşmelerle mümkün olmuştur. Örneğin BMİHEB’nin 12. maddesinde hiç kimsenin özel yaşamına ailesine ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaması ve herkesin meydana gelebilecek bu tür saldırılara karşı yasayla korunması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu hak AİHS’nin 8. maddesinde herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ifadesiyle yer almıştır.

Özel hayat kavramı kişinin özgürlüğü konu edinildiğinde akla ilk gelen haklardandır. Kişinin gelişimini, sosyalleşmesini ve hayatını müdahaleye maruz bırakmadan özgürce yaşayabilmesi için elzem olan bu hakkın gerçek anlamda ve herkes tarafından kabul gören bir tanımı yapılamamıştır. AİHM’de Niemietz / Almanya kararında, özel hayat kavramının tanımının yapılmasının zorluğuna dikkat çekmiştir. Mahkemenin özel hayatın geniş bir tanımını yapma kaygısı içinde olmadığı, bireyin kendisini çevreleyen dış dünyadan tamamen soyutlanıp “*çekirdek alan*” olarak tanımlanabilecek (*inner circle*) bir alanda yaşamasının, onun aynı zamanda diğer insanlarla ilişki kurması gerekliliği nedeniyle mümkün olmadığını ifade ettiği görülmektedir⁹⁷.

1982 Anayasası’nın ikinci kısım ikinci bölüm IV numaralı alt başlığında düzenlenen “*özel hayatın gizliliği ve korunması*”, kendi içerisinde özel hayatın gizliliği (madde 20), konut dokunulmazlığı (madde 21), haberleşme hürriyeti (madde 22) olmak üzere üç alt başlıktan oluşmaktadır. AİHS konumuz açısından

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. Michael, J.: *Privacy And Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Development in Information Technology*, Paris, 1994, s.15.; Oppenheimer, W. D.: “Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume:1, 1956-1957, s.194; Mills, R. W.: “Radio, Television and the Right of Privacy”, *Journal of Broadcasting*, Volume: 13, 1968-1969, No:1, s.52; Mckaig, D. L.: “Public Interest as a Limitation of the Right to Privacy”, *Kentucky Law Journal*, Volume:41, 1952-1953, s.126; Lundsgaarde, H. P.: “Privacy: An Antropological Perspective on the Right to be Let Alone”, *Houston Law Review*, Volume: 8, 1970-1971, s.861; Workman, R. D.: “Balancing the Right to Privacy and the First Amendment”, *Houston Law Review*, Volume:29, 1992, s.1061.

⁹⁷ Niemietz/Almanya kararı, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, prf. 29.

incelendiğinde, AİHS'nin 8. maddesinin de 1982 Anayasası'na benzer şekilde özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğünü bir bütün olarak ele alıp 8. madde kapsamında düzenlediği görülmektedir. 1982 Anayasası'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi gerekliliği, ikinci fıkrasında kişinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan üstünün, özel kâğıtlarının ve eşyasının aranmaması kuralı, üçüncü fıkrada ise kişisel verilerin kullanımı düzenlenmiştir. Konut dokunulmazlığının düzenlendiği 21. maddede hiç kimsenin konutuna dokunulmaması ve konuta yapılacak müdahalenin şartları belirtilmiştir. Haberleşme hürriyeti başlıklı 22. maddede ise herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu vurgulanarak, bu özgürlüğün sınırlandırılacağı durumlar sıralanmıştır. Çalışmamızın bu kısmında her maddeyi ayrı ayrı alt başlıklar halinde ele alarak inceleyeceğiz.

AİHM 8. madde kapsamında kendisine yapılan başvuruları üç aşamalı bir incelemeye tabi tutmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin amacı bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumaktır. Birinci aşamada Mahkeme, öncelikle başvuranın hakkına yönelik bir müdahalenin varlığı veya yokluğunu inceleyerek başlar. Ancak mahkemenin içtihatları göstermektedir ki, ihlal edilen hakkın ne olduğunu açıklama yönünden ikna etmek başvurucuya düşmektedir (Roagna, 2012: 10). Başvurucu mahkemeyi bir müdahalenin varlığı hususunda ikna ederse bu durumda incelemede ikinci aşamaya geçilecektir. İkinci aşamada, özel hayata saygı hakkını korumaya bireyin kişisel özerkliğinin dört boyutunun korunmasıyla ulaşılabileceği düşünüldüğünden, bu dört boyutun (özel hayat, aile hayatı, konut ve iletişim hakkı) (Roagna, 2012: 9) ihlalinin varlığı tespit edilmeye çalışılacaktır. İkinci aşamada yapılan inceleme neticesinde mahkeme sözleşmenin 8. maddesi kapsamında belirtilen haklara müdahalenin var olduğunu tespit ederse üçüncü aşamaya geçilecektir. Hak ihlali varlığının 8. madde kapsamında olduğunun tespiti halinde mahkeme, üçüncü aşamada müdahalenin ilgili devletin ulusal mevzuatına, meşru bir amaca, demokratik bir toplumun gereklerine uygunluğunu inceler. Mahkeme ikinci aşamada yapmış olduğu incelemeyle müdahalenin, erişilebilir, geçerli, uygulanabilir bir yasaya dayanarak gerçekleştirilmiş olmasını

arzu etmektedir. Kamu menfaati olsa dahi yasal dayanaktan yoksun bir gerekçeyle müdahalenin uygulamasını sözleşmeye aykırı bulmaktadır (Dinç, 2009: 18).

Mahkeme ikinci aşamada yapmış olduğu inceleme neticesinde müdahalenin AİHS'nin 8. maddesinin kapsamında olmadığına karar vermesi halinde tarafımızca yine üçüncü aşamaya geçilecek fakat müdahale farklı bir perspektifle incelenmeye çalışılacaktır. Üçüncü aşamanın ikinci kolu olarak adlandırılacak bu incelemede mahkeme, bireyin iddia etmiş olduğu ihlalin devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında olup-olmadığını araştırmakta (Roagna, 2012: 11) veya ihlalin/müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesi dışında bir başka maddeyi ilgilendirme olasılığı tartışılmaktadır.

Kişinin adı ve eğitimi, sağlık bilgileri, seçimleri, alışkanlıkları, ilgileri, başka bireylerle ilişkileri, yazılı ve görsel tüm dokümanları, kullanmış olduğu iletişim araçları (e-mail, mektup, mesaj vb), bireyi birey yapmakla birlikte onu diğer bireylerden ayıran nesne ve duygusal nitelikleri özel yaşamını oluşturmaktadır. Avrupa Konseyi Danışma Meclisi'nin 1970 yılında imzaladığı 428 sayılı ilke karar ile özel yaşam güvencesinin kapsamı genişletilmiştir. Bu ilke kararda "*..özel yaşama saygı gösterilmesini isteme hakkı temelinde, özel yaşamın dıştan gelen en küçük bir etki altında bırakılmamasını içerir. Özel yaşam güvencesi, kişinin kendi özgür çevresini, aile ilişkilerini, tinsel ve özdeksel bütünlüğünü, onurunu ve adını yaralayan açıklamaların yapılmasını, özel fotoğrafların yayınlanmasını güvene dayanarak herhangi birine verdiği bilgilerin dışarı vurulmasını önlemeyi amaçlar.*" denilmiştir (Dinç, 2009: 16).

Sözleşme'nin 8. maddesi en ucu açık madde olarak tanımlanmaktadır. Çünkü, Strasbourg organlarının, kapsamlı bir 8. madde tanımı bulunmamaktadır. Örneğin son yıllarda, 8. Madde'nin kapsamına, tıbbi tedavi ve ilaçlara erişim gibi sosyal yardımla alakalı, toplumsal ve ekonomik taleplerde dahil edilmiştir (Roagna, 2012: 9). Tüm bu anlatımlar çerçevesinde biz çalışmamızın bu kısmında sadece özel hayatın kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından 1982 Anayasası'nda yer alan düzenlemeyi incelemeye çalışacağız.

5.1 Özel Hayatın Gizliliği ve Aile Hayatı

AİHM özel hayatın geniş bir kavram olması sebebiyle, özel hayatın ne olduğuna ilişkin hiçbir zaman *açık ve kesin* bir tanım getirememiştir. Mahkeme, özel hayat kavramının mahremiyetten daha geniş olduğunu ifade etmektedir. Çünkü özel hayat kavramı, bireyin hem kişiliğinin geliştiği hem de diğer insanlarla iletişim kurduğu alanı kapsamaktadır (Roagna, 2012: 9). Mahkeme özel alanın mahremiyetten daha geniş olduğunu ifade ederken mahremiyeti yadsımamaktadır. Mahremiyet insanı insan yapan, insanın sadece kendini gerçekleştirmesini değil aynı zamanda başka iyilere ulaşmasını sağlayan *araçsal bir iyidir*. Bireyin özerkliği için mahremiyet gereklidir. Deborah Johnson'a göre demokrasi fikri, insanların özerkliklerini yaşayabilecekleri özgürlüğe sahip olunması anlamını içeriyorsa ve insanlar bu özerkliklerini bir kötüye neden olabilecek endişesiyle gerçekleştiremiyorlarsa (yani izleniyorlarsa/takip ediliyorlarsa), o halde kişinin özerkliği ve dolayısıyla demokrasi zarar görecektir. Çünkü devamlı izlenen ve gözetlenen bireyin özerkliği bu eylemler nedeniyle kaybolmakta bu durumda demokrasinin gerçekleşmesi için var olması gereken bağımsız düşünebilmeyi olumsuz etkilemektedir. İşte bu nedenle mahremiyet sadece kişisel anlamda bir "*iyi*" değil, toplumsal olarak da "*iyidir*" ve gereklidir. Bunların yanı sıra Charles Fried'da sosyal ilişkilerin kurulabilmesi için mahremiyete gereksinim olduğunu vurgulamıştır. Tıpkı panoptikon⁹⁸ benzeri, bireylerin devamlı izlendiği ve gözetlendiği bir toplumda *dostluk, samimiyet ve güven ilişkilerinin* gelişmesi mümkün değildir⁹⁹. Kanaatimizce mahkeme özel hayatı mahremiyete kadar

⁹⁸ Panoptikon: Jeremy Bentham'ın 1787 yılında Rusya'da, İngiltere'deki bir arkadaşına yazdığı mektuplarda tasvir ettiği bir hapisane modelidir. Bu modele göre, daire şeklindeki binanın tam ortasına uzunca bir gözetleme kulisei yerleştirilmiştir. Kule, etrafını çevreleyen binadaki hücreleri görece şekilde dizayn edilmiştir. Her birine bir kişinin yerleştirildiği hücreler ise önden ve arkadan iki pencere ile aydınlatılmaktadır. Özellikle hücrenin arka tarafındaki pencereden gelen ışık, odadaki kişinin kuleden kolaylıkla görülebilmesini sağlamaktadır. Hücredekiler, dışarıdan görülebilen ancak kendilerini izleyenleri göremeyen nesnelere konumundadırlar. Kuledeki gözetçiler ise görebilen, ancak görülmeyen özne konumundadırlar (Arslan, 2008: 36).

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Johnson, Deborah G.; Computer Ethics, Prentice-Hall, Inc., 2001 S.127, 120.

indirgememekte üç alan teorisinde¹⁰⁰ olduğu gibi gizli alan, özel alan ve ortak alan kavramlarını bir bütün olarak bireyin özel hayatı olarak tanımlamaktadır.

AİHM kendisine yapılan başvuruyu 8. madde kapsamında değerlendirirken yukarıda da değindiğimiz gibi öncelikle başvurunun 8. madde kapsamında korunan haklardan hangisinin kapsamında olduğunu tespit etmeye çalışmaktadır. Salihpaşaoğlu AİHM'nin incelediği davanın özel yaşam kapsamına dahil olup olmadığı yönünde yaptığı ikinci aşama çalışmasında, dikkat ettiği kriterleri şu şekilde sıralamıştır: 1-Kişinin kimliği, 2) Kişinin onur ve şöhreti, 3) Kişisel verileri, 4) Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, 5) Cinsel hayatı. Çalışmamız özgürlük ve güvenlik dengesi olduğundan biz bu kriterlerden sadece çalışmamızı ilgilendiren kişinin kimliği, kişisel verilerini inceleyeceğiz.

5.1.1 Kişinin Kimliği

Mahkeme'ye göre kişinin kimliği *isim, cinsel kimlik, etnik kimlik, yaşam biçimi ve görüntüden* ibarettir (Salihpaşaoğlu, 2013: 238). Kişinin kimliğinin alt unsurları olan bu parametrelerden etnik kimlik ve görüntü konularını hem özgürlük hem de güvenlikle ilişkili olmaları sebebiyle inceleyeceğiz.

5.1.1.1 Etnik Kimlik

Etnik kimlik AİHM'nin kişinin özel yaşamı kapsamında değerlendirdiği ölçütlerden bir tanesidir. Hatta Mahkeme vermiş olduğu Aksu / Türkiye davasında “etnik kimliğin” özel hayatın önemli bir parçası olduğunu vurgulamıştır¹⁰¹. Romanyalı bir konar-göçerin karavanda yaşamasına müdahale edilmesi olayını

¹⁰⁰ Üç alan teorisi: Doktrinde kabul gören alanlar teorisine göre bireyin özel hayat alanı üçe ayrılmaktadır. Bunlar, özel alan, ortak alan, gizli alandır. Kişinin özel alanı akraba ve yakın tanıdıklarıyla birlikte zaman geçirdiği alandır. Özel alanda bireyin davranışları bazı zamanlarda kamusal alanlarda da olmaktadır. Ancak kamusal alanda bireyin yakın çevresiyle yapmış olduğu bu tür faaliyetler alanın niteliğinde her hangi bir değişikliğe neden olmamaktadır. Kamusal alanda yapılan ancak özel alan sınırları içerisinde kabul gören davranışların özelliği, bu tür davranışların onu tanıyan kişilerce ancak tanınmasıdır. Gizli alan, bireyin hiç kimse tarafından bilinmesini istemediği bilgi, belge ve olaylardan oluşmaktadır. Kişinin sağlık durumu, aile mahremiyeti buna örnek gösterilebilir (Aydın, 1998: 187). Yaşamın gizli alanı , kişinin hiçbir kimseyle paylaşmadığı hayatıdır ve herkes ona saygılı olmak zorundadır (Hafızoğulları-Özen, 2009: 10). Ortak alan ise, bireyin davranışlarının herkesin tanık olabileceği bir şekilde ve yerde icra edilmesiyle var olan olaylardan oluşmaktadır (Aydın, 1998: 187).

¹⁰¹ Aksu/Türkiye kararı, Başvuru No: 4149/04 and 41029/04, 15.03.2012, prf. 58.

başvuru nedeniyle inceleyen AİHM etnik kimliğin önemini vurgulamıştır. Mahkeme Romanyalı olan ancak nüfus kütüğüne Moldovyalı olarak kaydedilen başvurucunun devlet makamlarına nüfus kütüğündeki Moldovyalı ifadesinin Romanyalı olarak değiştirilmesi yönünde yapmış olduğu başvurusunun reddedilmesini sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme ret gerekçesinde, sözleşmenin 8. maddesinin sağladığı güvencelerin tahlilinde, “kişisel özerklik” kavramını önemini dile getirmiştir. Kişisel özerklik ilkesinin, bireye kendi kimliğini oluşturmada belirli bir alan sağladığını, etnik kimliğinde bu alan kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme kişilerin etnik kimliklerine dayanan yaşam biçimlerini benimseme ve sürdürmede de kendi kararlarını verebileceklerini belirterek, Roman olan başvurucunun karavanda yaşamasına müdahale edilmesini 8. maddeye aykırı bulmuştur (Salihpaşaoğlu, 2013: 240-241).

5.1.1.2 Kişinin Görüntüsü

Mahkemenin özel yaşam kapsamında değerlendirdiği bir diğer konu “*kişinin görüntüsüdür*”. Mahkeme kişilerin görüntülerinin belirli aletlerle kaydedilerek çoğaltılması ve kamuoyuna dağıtılması/gösterilmesi eylemlerinin, özel yaşama müdahale niteliği taşıyabilmesi için bazı ölçütler belirlemiştir. Bunlar; kişinin kamu figürü olması ve konunun haber değeri taşıması sebebiyle kamu yararının bulunduğu durumlarda, görüntünün nerede ve nasıl elde edildiğine, hangi amaçla kullanıldığına ve kamuya açıklanıp açıklanmadığıyla ilgilidir (Salihpaşaoğlu, 2013: 242). Bu kriterlerden görüntünün nerede ve nasıl elde edildiği, çalışmamızın ana konusu olan bireyin özgürlük ve güvenliği bağlamında ele alındığında akla ilk gelen uygulama kişilerin teknik cihazlarla veya MOBESE (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu) kameraları (yabancı ülkelerdeki tabiriyle CCTV) vasıtasıyla izlenmesidir.

Teknik cihazlarla izleme ve kayıt altına alma eylemi, teknolojinin gelişimiyle birlikte bireyin özgürlüğü bakımından oldukça tartışılan konuların başında gelmeye başlamıştır. Teknik cihazlarla izleme konusu gündeme geldiğinde belki de en eski teknik olması sebebiyle akla, fotoğraf çekimi gelmektedir.

Kişinin görüntü hakkı AİHM tarafından 2009 yılına kadar, resimlerin basında yayınlanması bağlamında ele alınmıştır. Fakat Mahkemeye yapılan daha sonraki

başvurular, kişinin görüntüsünün ‘ifşa edilmesi’ ifadesinin daha geniş bir bakış açısıyla ele alınmasına neden olmuştur. Reklos ve Davourlis davası bu davalardan bir tanesidir. Özel bir klinikte dünyaya gelen bebeğin, doğumun gerçekleştiği özel klinik tarafından temin edilen profesyonel bir fotoğrafçı tarafından, fotoğraflarının çekilmesinin kişinin özel hayatına müdahale oluşturup oluşturmadığı incelenmiştir. Mahkeme, bir kişinin fotoğraflarının basımı yapılmassa dahi o kişiden izin almaksızın çekilmesinin, kişinin özel hayatını etkilediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bir kişinin görüntüsünün, onun kendine özgü özelliğini ortaya çıkardığını ve bireyin kişiliğinin en önemli unsurlarından birini oluşturduğunu vurgulamıştır. Bireyin kişiliği için önemli olan görüntü unsurunun, sadece basım işlemi gerçekleştirilecek fotoğraf çekimlerinde değil, tüm fotoğraf çekimlerinden önce ilgili kişinin rızasının alınmasını gerektirir (Roagna, 2012: 9).

Bireyin sadece özel ortam veya durumlarda değil kamuya açık alanda da olsa rızaları dışında fotoğraflarının çekilmesi, sesinin ve/veya görüntüsünün kaydedilmesi özel hayatın gizliliği hakkının ihlali sayılacaktır. Bu konuyla ilgili olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 03/10/1990 tarih ve 275/459 E/K. sayılı kararı şu şekildedir; “*Kişinin resminin her ne şekilde olursa olsun izinsiz olarak yayınlanması, hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça hukuka aykırıdır. Davacılara ait resmin her türlü iletişim araçlarıyla ve ticari amaçlarla kullanılması kişilik haklarına ağır saldırı niteliğindedir. Ayrıca resmin ticari amaçlarla kamuya sunulması FSEK’nin 86/1. maddesi anlamında hukuka aykırıdır.*” (Bozlak, 2013: 62). Türk Ceza Kanunu’nun 26/1. maddesinde “*bir hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Örneğin basın/yayın mensuplarının, kamuya mal olmuş kişilerin görüntülerini yayımlaması, kamunun bu kişiler hakkında kendilerini ilgilendiren olayları öğrenme hakkını gündeme getirmektedir. Gündelik hayatta sıklıkla karşılaşılan bu durumda basın ve yayın organlarının haber verme hakkı ile kamuya mal olmuş kişilerle ilgili özel hayat hakkı karşı karşıya gelir. Dolayısıyla bu iki hakkın dengesinin bulunması gerekir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, haber verme hakkı kullanılırken suç oluşmaması için, “*bir hakkın kullanılması*” kapsamındaki hukuka uygunluk sebebi sınırının aşılması gerekir. Bu sınırın aşılmaması için her olayın kendi içerisinde değerlendirilerek belirlenmesi

gerekir. Örneğin, ünlü bir bayan sanatçı ya da politikacının halka açık bir plajda üstsüz şekilde görüntülenmesi ve yayınlanması güncel olması koşuluyla, haber verme hakkı kapsamında kalırken, aynı kişinin etrafı çevrili evinin havuzunda benzer şekilde görüntülenmesi ve özel çabalarla çekilerek yayınlanması halinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği sonucuna varılacaktır (Bozlak, 2013: 69).

Bireyin herkesin izleyebileceği şekilde gerçekleştirdiği eylemler, kurduğu sosyal ilişkiler ve içinde bulunduğu olaylar gibi aleni olan yaşam kesiti, bireyin ortak alanda yürüttüğu faaliyetlerdir. Bireyin aleni yerlerde gerçekleştirdiği eylemlerde özel hayat kriteri beklentisinin bulunmaması gerektiği kabul edilmektedir. Kamuya açık hayat alanı özel hayat alanı ile kıyaslandığında, hukuk kuralları ile sıkı şekilde korunmasına gerek olmayan bir alandır. Her ne kadar bu, ortak alanın¹⁰² aleniliğinin bir özelliğinden kaynaklanıyor olsa da bu alanın tamamen korunmasız bırakılacağı anlamı çıkartılmamalıdır. Örneğin, kişilerin kamuya açık alandaki faaliyetlerinde *kişiliklerinin oluşturulması, korunması ve geliştirilmesi* durumu söz konusu ise bu alanda hukuken korunmalıdır (Bozlak, 2013: 60-61). Kamuya açık alan dahi olsa, bir kişinin gayri yasal bir faaliyet çerçevesinde *izlenmesi, gözlenmesi, hakkında kişisel veri toplanması ve bunların işlenmesi* özel hayatın gizliliğinin ihlalini oluşturur. Aynı şekilde kamuya açık alanda kişilerin istekleri dışında *fotoğraflarının çekilmesi, sesinin ve/veya görüntüsünün kaydedilmesi* gibi eylemler de özel hayatın gizliliği hakkının ihlali sayılmalıdır (Gökcan, 2010: 79-80). Bozlak, kamusal alanın bireyin özel yaşamını sınırlandırdığı görüşüne bazı örneklerle katılmamaktadır. Örneğin gazete okuyan bir kişinin gazetesini okumaya çalışmak, açık giyinen bir kadına farklı niyetlerle bakmak vb. (Bozlak, 2013: 62).

Günümüzde sıklıkla tartışılan gözetim modernizmle birlikte başlamamıştır. İnsanlar eski tarihlerden bu yana toplumu, iktidarın bir yansıması olarak gözetimleri altında tutmak istemişlerdir. Lakin bu istek toplumsal hayatın değişime uğramasıyla birlikte klasik gözetleme yöntemlerinin yetersiz kalması, gözetimin farklı şekillerde ortaya konmasını gerektirmiştir. Devletin gözetleme isteği veya ihtiyacı, etkin olabilecek bir şekilde modernizmin erken dönemleriyle birlikte ortaya çıkmıştır.

¹⁰² Çalışmada aslında kamusal alan şeklinde ifade edilmiştir.

Modern öncesi cemaat toplumlarında insanlar kendi güvenliklerini sağlamada, gözetleme gibi faaliyetlere, sosyalleşmenin vermiş olduğu güven dolayısıyla ihtiyaç duymamışlardır. İnsanlar köy, kasaba gibi yerleşim birimlerinde birbirlerini rahatlıkla ve iyi bir şekilde tanıyorlardı. Kişilerin bu şekilde birbirlerini iyi tanıdıkları toplumlarda şeffaflık yoğun bir şekilde hissedilmekteydi. Fakat şeffaflığın getirdiği güvenlik de, sadece birbirini bilen kişilerden müteşekkil küçük topluluk ve birimlerde mümkün idi. Netice itibariyle cemaat şeklinde örgütlenmiş bireylerin olduğu bu dönemde bireylerin, birbirlerine karşı uyguladıkları denetim, sadece izleyerek gözetimden ibaretti. Cemaat toplumundan modern topluma geçiş sürecinde en önemli değişiklik, kişilerin birbirlerini gözetlemesinin, gözetimin karşılıklı oluşunun son bulmasıydı. Gözetim faaliyeti bu yeni dönemle birlikte bu işi meslek edinenler tarafından yapılmaya başlandı. Cemaat toplumunda bireylerin güvenlikleri için birbirlerini gözetledikleri/kolladıkları dönemin son bulmasıyla artık bu işi (gözetleme) iktidar adına yürütecek yeni bir meslek grubu ortaya çıkmıştır. Artık bu faaliyeti yürütecek görevlinin nitelikleri de farklılaşmaya başlamış, gözetleme ve teknik konularda uzmanlaşmış kişilerin varlığına ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır ¹⁰³ (Karakehya, 2009 : 326-329-330). Modern yaşama geçişle birlikte toplumda demokrasi ve gözetimin eş zamanlı yükselişini de normal karşılamamız gerekir. Nedeni ise, bireyin demokratik toplumlarda güven ve refah içinde yaşama arzusu, kamusal hizmetleri kaliteli ve rahat alabilme isteği bireysel beklentilerinin önceliklerindedir. Bireyin karmaşıklaşan ve giderek nüfusu artan dünyamızda güvenlik kaygısıyla, kendi mahallesinin, köyünün, kasabasının sokaklarında dahi rahat gezebilmek amacıyla, sokaklarını gözetleyen polislerin ve güvenlik kameralarının olmasını tek güvenceleri olarak görmeleri normal karşılanmaktadır (Karakehya, 2009: 332).

Kamusal alanda bulunan bireyin kendini sınırlamadan yaşayabilmesini sağlayacak bir kuralın “toplum içinde ayırt edilmeme hakkı” olduğu savunulmaktadır¹⁰⁴. Birey toplum içerisinde ayırt edilemeyecek/tanınmayacak olması

¹⁰³ Detaylı bilgi için bkz. Baumann, Zygmunt, Yasa Koyucular ile Yorumcular, (Çev. Kemal Atakay), Metis Yayınevi, İstanbul 1996, s. 51-55-59.

¹⁰⁴ Bu görüşü Bozlak, Westin, Alan F., (1967), Privacy and Freedom, London: Boodlay Head, s. 31'den almıştır.

sebebiyle daha rahat hareket edebilecektir (Bozlak, 2013: 63). Toplum içinde ayırt edilmeme hakkının ihlal edilerek kişilerin kusur veya özürlerinden dolayı ifşa edilmeleri sadece bireyin temel hak ve özgürlükleri bağlamında değil aynı zamanda toplumun güvenliği açısından da risk oluşturabilir. Örneğin AIDS hastası olan bir kişinin afişe edilme korkusuyla hastalığını gizleyerek yaşaması daha ciddi bir tehlikenin oluşmasına neden olabilecektir.

Toplum içinde ayırt edilmeme hakkını özel hayatın gizliliğiyle birlikte ele aldığımızda MOBESE kameralarının varlığı tartışılmalıdır. Son derece gelişmiş teknolojik sistemlerle kişilerin tüm kamusal alanlarda sürekli olarak izlenmesi, yakın çekimlerinin yapılabilmesi ve kayıt edilebilmesi faaliyetlerinin özel hayatın gizliliğini tehdit edecek boyuta ulaşmasını önlemek gerekmektedir. Bu tür sistemlerin, bireylerin kamusal alandaki hareketleri üzerinde “soğutma etkisi” yarattığı bilinmektedir¹⁰⁵ (Bozlak, 2013: 66). MOBESE kameralarının “toplum içinde ayırt edilmeme” hakkını ihlal ettiği açıktır. Bu fikirle tenakus oluşturacak şekilde MOBESE kameralarının sayısının ve konumlandırıldığı yerlerin artırılması yönünde kamuoyunun ciddi talepleri olmuştur. Örneğin Eskişehir’de kamera sistemlerinin finansmanı kampanyalar aracılığıyla halk tarafından yapılmıştır (Karakehya, 2009: 345).

MOBESE kameralarının toplumun güvenliğini sağlamada kullanılıyor olması, bu kullanımın ölçsüz bir şekilde uygulanmasına izin verilmesine neden olmamalıdır. Ancak MOBESE kameralarının özellikle önleyici kolluk hizmetleri yönünden faydası da yadsınmaması gereken bir gerçektir. Bunun için mahkeme kararlarında bazı ölçütler tespit edilmiştir. Örneğin AİHM, Peck / Birleşik Krallık davasında sokağa yerleştirilen kapalı devre kameranın (CCTV) başvuranın bileklerini kesme anını kaydettiği görüntülerin, medyaya verilmesini sözleşmeye aykırı bulmuştur. Mahkeme bu görüntünün başvuruğunun özel hayatının ihlali şeklinde yorumlamasını şu gerekçelere dayandırmıştır:

¹⁰⁵ Bu görüşü Bozlak, Kleinig, John; Mameli, Peter; Miller, Seumas; Salane, Douglas and Schwartz, Adina (2011), Security and Privacy: Global Standards for Ethical Identity Management in Contemporary Liberal Democratic States, Australia: ANU E Press, s. 198’den almıştır.

a) Başvurucu açısından (davaya özgü olarak); başvuruçunun kamu figürü olmaması, söz konusu olayın halka açık mekânda kamusal bir olayın parçası olarak bulunmaması, görüntülerin kamuya açıklanması,

b) Genel olarak bir MOBESE kamera çekiminin ihlal oluşturabileceği gerekçeler; bu görüntülerin nerede ve nasıl çekildiği, ne amaçla kullanıldığı, kamuya açıklanıp açıklanmadığına bakılmalıdır (Salihpaşaoğlu, 2013: 242).

Mahkemenin MOBESE kamera çekimiyle ilgili olarak vermiş olduğu bu karar ve belirlediği ölçütler bakımından kamuya mal olmamış kişilerin, kamusal bir olayın/hadisenin parçası olmamaları halinde görüntülerinin saklanarak kamuya servis edilmesi yanlıştır. Eğer kişinin görüntüsü bir olayın aydınlatılması veya önlenmesiyle ilgili ise Mahkeme kararına göre saklanıp sadece yine bu olayın önlenmesi veya çözülmesi amacıyla kamuyla paylaşılabilir. Aksi takdirde gündelik hayatta kamusal alanda kişilerin görüntülerini elde edip saklayarak kamuyla paylaşmak suç teşkil edebilecektir. Yukarıda sayılan kriterlerin yanında belirtilmeyen ve kanaatimizce bulunması gereken bir başka ölçütte bu tür sistemlerin bağımsız yargı organları tarafından denetlenmesidir.

Bireyin suç şüphesiyle yetkili makamların vermiş olduğu izne bağlı olarak teknik cihazlarla izlenmesi de özel hayata saygı bağlamında ele alınması gereken konulardan biridir. Teknik cihazlarla izleme CMK'nın 140. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasının a, b, c, d bentlerinde belirtilen suçların işlendiği yönünde somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın *kamuya açık yerlerdeki faaliyetlerinin ve işyerinin* teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydı alınabileceği belirtilmiştir. Bu koruma tedbirinin kişinin konutunda uygulanamayacağı da maddenin beşinci fıkrasında düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun, kişinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyabilecek böyle bir faaliyetin tüm suçlar için değil belirli suçlar (katalog suçlar) için belirlemiş olması bireyin özgürlüğü bakımından yerinde olmakla birlikte önemlidir. Kanun koyucu bu tedbirin uygulanabilmesini iki şarta bağlamıştır. Bunlar; somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri ve başka suretle delil elde edilememesidir. Daha

önce sadece kuvvetli şüphe sebepleri şeklinde olan düzenlemeye, 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı kanunun 14 üncü maddesiyle yapılan değişiklikle “*somut delillere dayanan*” ifadesi eklenmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile tedbirin uygulanmasını bireyin özgürlüğü açısından daha hukuksal bir temele oturtmaya çalışmıştır. Hukuksal temelden kastımız Yargıtay kararında ki şu düşünceye dayanmaktadır: “...*kanun koyucunun 135 ve 140. maddelerindeki “kuvvetli şüphe sebepleri”nden muradının ne olduğu hususu öğretilde oldukça tartışma konusu olmakla birlikte, burada Kanun Koyucunun söz konusu tedbirlerin aşırı biçimde ve sıklıkla kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla kuvvetli suç şüphesi şartını aradığı, ancak bu tedbirlere başvurulması için şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin mevcut olması şeklinde anlaşılabilir derece ve zorlukta bir koşul öngörmediği...*”¹⁰⁶. Yargıtay kuvvetli suç şüphesinin belirlenmesindeki belirsizliği, ortaya koyduğu yorumla çözmeye çalışmıştır. Fakat Yargıtay’ın kararından sonra yürürlüğe giren yasa değişikliğiyle uygulayıcılar kuvvetli suç şüphesinden kastedilenin somut delile dayalı olması gerektiğini anlamış olacaktırlar. 6526 sayılı kanununla teknik araçlarla izleme iznini veren makamın ve şeklinin, ayrıca uygulama süresinin de yeniden düzenlendiği görülmektedir. Daha önceki düzenleme de teknik cihazlarla izleme iznini tek hakimden oluşan Sulh Ceza Hakimleri tarafından vermektedir. Ancak 6525 sayılı kanunla yapılan değişiklikle bu yetki Ağır Ceza Mahkemesine verilmiştir. Ayrıca izin için oy birliği şartı getirilmiştir. Aynı değişiklikle teknik cihazlarla izleme tedbirinin süresi kısaltılmıştır. Bu sürenin yetersiz gelmesi durumunda da tedbirin ancak bir hafta uzatılabileceği düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu şekilde düzenleme yapması bir gerekliliğin sonucudur. Kamuoyunda “17-25 Aralık soruşturmaları” olarak bilinen durumların gelişmesi kanun koyucuyu bu şekilde tedbirler almaya zorlamıştır. Kanaatimizce bu değişiklikler gerek bu tedbirlerin alınmasının daha da farklı denetim mekanizmaları (Ağır Ceza Mahkemesinde görevli üç hâkimin görüşlerinde oy birliği esasının aranması) getirmiş olması gerekse de tedbirin uygulanma süresinin keyfi uzatımına müsaade etmemesi sebebiyle yerindedir.

¹⁰⁶ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Esas No : 2013/ 16791, Karar No : 2014/ 516, Tebliğname No: 5 – 013/359766.

5.1.2 Kişisel Veriler

Kişisel veri ifadesinin sınırlarının belirlenmesi tartışması özellikle hukukçular tarafından gündeme gelmektedir. Hangi veri veya bilgilerin kişisel veri kabul edileceği sorunu çeşitli uluslararası sözleşme ve mahkeme içtihatlarına dayanılarak çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Öncelikle kişisel veri ifadesinin tanımını bazı uluslararası belgelerde ne şekilde yapıldığına bakmakta fayda görmekteyiz. Bu iki düzenleme dışında Avrupa Konseyince 1981 tarihli ve 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin¹⁰⁷ 2. maddesinde kişisel veri “*kimliği belirli veya belirlenebilecek verinin öznesi olan gerçek kişiyle ilgili tüm bilgiler*” şeklinde tanımlanmıştır. Kişisel verilerin ve mahremiyetin korunmasına dair yapılan bir başka çalışma Avrupa Birliği tarafından gerçekleştirilmiştir. Avrupa Birliği'nin 1995 yılı tarihli 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifi'nin 2. maddesinde de “*belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişiyle ilişkilendirilebilen her türlü bilgi*” kişisel veri olarak tanımlanmıştır. OECD'nin yayımlanmış olduğu Kişisel Verilerin Korunması Rehber İlkelerinde kişisel veri, “*belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler*” olarak tanımlanmıştır¹⁰⁸.

Günümüzde bireyin kişisel bilgilerinin gelişen teknoloji ile doğru orantılı olarak işlendiği, saklandığı veya paylaşıldığı birçok sistem bulunmaktadır. Bu sistemlerdeki bilgilerin oluşabilecek her hangi bir arıza sebebiyle kaybolabileceği veya art niyetli kişiler tarafında kullanılabilmesi de bir gerçektir. Sistem içerisinde bilgileri kaydolunan bireyin bu bilgilerin yukarıda belirtilen olumsuzluklara uğramadan sadece kendisinin rıza gösterdiği amaçlar doğrultusunda kullanılmasını sağlayacak veya bu olumsuzlukların olmaması yönünde bireye güvence verebilecek düzenlemelere özellikle günümüzde çok ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaçların hasıl olması bir takım tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmıştır. OECD tarafından 1980 yılında belirlenen “*Adil Bilgi Uygulama Kuralları*” şu şekildedir;

¹⁰⁷ Bu sözleşmeyi ülkemiz imzalamış olmasına rağmen uygulanma kanununun yürürlüğe konulmaması nedeniyle sözleşmeye henüz taraf olamamıştır.

¹⁰⁸ AYM Kararı, Esas Sayısı : 2015/32, Karar Sayısı : 2015/102, Karar Tarihi : 12.11.2015, R.G. Tarih-Sayı : 02.12.2015 – 29550, prf. 10.

a) *Bilgi toplanmasına belli kısıtlamalar getirerek, sadece gerekli bilgilerin toplanmasına izin verilmesini,*

b) *Mümkün olabilen durumlarda bilginin doğrudan kişinin kendisinden alınmasını, bilgi alınmasının sebebinin açıklanmasını ve neden bu bilgilere gereksinim duyulduğunun açıklanmasını,*

c) *Toplanan bilginin sadece bildirilen neden için kullanılmasını,*

d) *Bilgi veren kişiye kişisel bilgilerine girme ve yanlış ise düzeltme olanağı verilmesini istemektedir.*¹⁰⁹

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin kurum ve organlarına yönelik bildirmiş olduğu 2001 tarihli (CE) 45/2001 sayılı verilerin korunmasına ilişkin düzenlemesinde de veriler;

a) *Adil ve yasal olarak toplanmalı,*

b) *Belirlenen, açık ve yasal olan amaçlar için toplanmalı ve ancak bu amaçlar doğrultusunda kullanılmalı,*

c) *Toplanma amacıyla ilgili ve yeterli ölçüde olmalı, bu amacı aşan ölçüde olmamalı,*

d) *Doğru ve güncel olmalı (yanlış ya da eksik olan verinin silinmesi ya da düzeltilmesi için gereken yapılmalı),*

e) *Amaca uygun olarak gerektiği sürece saklanmalıdır (Dedeoğlu, 2004:4).*

Kişisel verilerin korunması hakkı Anayasa'nın 20/3. fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasadaki düzenleme; *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."* şeklindedir.

¹⁰⁹ Tapscott, Don, Dijital Ekonomi, Koç Sistem Yayınları, 1998, s. 258.

Kişisel verilerin korunması hakkı Anayasaya 2010 yılında yapılan değişiklikle girmiştir¹¹⁰. Maddenin gerekçesi olarak, anayasada değişiklikten önce kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunduğu ancak bunun yeterli olmadığı, mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunmasının önemle vurgulandığı, düzenlemeyle herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının, anayasal bir hak olarak teminat altına alınacağı, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceğinin hükme bağlanacağı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceğinin öngörüldüğü belirtilmiştir¹¹¹.

Kişisel veri kavramının genel ve soyut hali, kişisel verilerin kapsamına nelerin dahil edilmesi gerektiği tartışmasını da getirmektedir. Kavramın genel ve soyut halinin kişilerin hangi eylem ve durumların/özelliklerin bu kavram kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin muğlak olduğu zaman zaman ifade edilmiştir. Nitekim Batman 2. Asliye Ceza Mahkemesi, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kullanılmasını yasaklayan ve bir müeyyideye bağlayan 5237 sayılı TCK'nın 136/1. maddesinin Anayasanın 38. maddesine aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine yapmış olduğu müracaatta da, bu muğlaklığı ileri sürmüştür. İtirazda, ceza mevzuatında kişisel verilerle ilgili bir tanım ve sınıflandırma yapılmadığından, itiraz konusu kuralın suçta ve cezada kanunilik ve belirlilik ilkeleri nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. AYM, yapılan başvuru neticesinde yapmış olduğu değerlendirmede, 5237 sayılı TCK'nın 134 ila 139. maddeleri arasında kişisel verilerin korunmasına yönelik hükümlerin bulunduğu; bahsi geçen maddelerde, "kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü ve sesler", "siyasi, felsefi veya dini görüş", "ırki köken", "ahlaki eğilim", "cinsel yaşam", "sağlık durumu" ve "sendikal bağlantılar" kavramlarına yer verildiği

¹¹⁰ Adalet ve Kalkınma Partisi milletvekillerinin verdiği 27 maddelik anayasa değişikliği teklifi önce Anayasa Komisyonunda görüşülmüş ve kabul edilmiştir. TBMM'de yapılan oylamada da 72 ret, 336 kabul oyu alan anayasa değişikliği teklifi Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün onayına sunulmuştur. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül 12 Mayıs 2010 tarihinde değişiklik paketini halkoyuna sunmuştur. Halkoylaması 12 Eylül 2010 Pazar günü gerçekleştirilmiştir. https://tr.wikipedia.org/wiki/2010_T%C3%BCrkiye_anayasa_de%C4%9Fi%C5%9Fikli%C4%9Fi_referandumu, E. Tarihi: 21.02.2016.

¹¹¹ <http://t24.com.tr/haber/anayasa-degisiklik-teklifinin-gerekceleri>, E. Tarihi: 21.02.2016

belirtilmiştir. AYM daha önceki kararlarına da atıfta bulunarak kişisel verinin, “belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir” denilmektedir¹¹². AYM, yapmış olduğu bu açıklamadan sonra, teknolojik gelişmelerle paralel olarak kişisel veri kavramının çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği belirtmiştir. Bu farklılık nedeniyle de, kanun koyucunun kişisel veri kapsamında sayılabilecek tüm bilgileri öngörmesinin ve tek tek sayabilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. AYM, Batman 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nce “kişisel veri” kavramının muğlaklığı öne sürülerek kanunda net bir tanımın ve açıklamanın yapılmamış olduğu bahsiyle müracaatta bulunulduğu tespit edilmiş ise de, ulusal ve uluslararası mevzuat ve yargı içtihatlarıyla kavramın belirsizliğinin giderildiği AYM’ce vurgulanmıştır. Bu açıklamalar çerçevesinde AYM, 5237 sayılı TCK’nı n 134 ila 139. maddelerinde yer alan “kişisel veri” düzenlemesinin Anayasaya aykırı olduğu savına katılmamıştır¹¹³.

AİHM’de verdiği çeşitli kararlarla kişisel veri kavramının açıklığa kavuşmasına ve kavram kapsamına hangi eylem ve durumların girdiğine dair içtihatlar geliştirmeye çalışmıştır. AİHM’nin vermiş olduğu Rotaru-Romanya kararında, “Kamusal bilginin, sistematik olarak toplanması ve kamu makamları tarafından dosyalarda tutulması özel hayatın kapsamına girmektedir. Bu durum, kişinin uzak geçmişi söz konusu olduğunda daha da geçerlilik kazanmaktadır.” demek suretiyle kişisel bilgilerin korunması hakkının özel hayat kapsamında olduğunu kabul etmiştir. AİHM’nin kişisel veriler kapsamına aldığı diğer bazı uygulamalarda şunlardır: a) *cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, etnik kimlik ve diğer*

¹¹² Detaylı bilgi için AYM’nin, E. 2013/122- K. 2014/74, 9/4 /2014 ; E. 2014/149-K. 2014/151, 2.10.2014; E. 2013/84-K. 2014/183, 4/12/2014; E. 2014/74-K. 2014/201, 25/12/2014; E. 2014/180-K. 2015/30, 19/3/2015 sayılı kararlarına bakılabilir.

¹¹³ AYM Kararı, Esas Sayısı : 2015/32, Karar Sayısı : 2015/102, Karar Tarihi : 12.11.2015, R.G. Tarih-Sayı : 02.12.2015 – 29550, prf. 8-14.

hassas bilgilerin zorunlu olarak toplandığı resmi nüfus sayımları; b) parmak izleri, görüntü, hücre örnekleri, DNA profilleri¹¹⁴; c) tıbbi verilerin ve diğer tıbbi kayıtların toplanması ve saklanması; d) mali amaçlarla kişisel harcamalara ilişkin detayların verilmesi zorunluluğu (dolayısıyla özel hayatın mahrem yönlerinin ifşa edilmesi; e) telefon görüşmelerinin izlenmesi, kaydedilmesi ve/veya saklanması; f) idari ve bireysel amaçlarla kurulan, sağlık, sosyal ve mali veri tabanları gibi kişisel kimlik saptama sistemi; g) kamuya açık sokaklardaki görüntü yakalayan CCTV kameraları¹¹⁵; h) cezaevlerindeki ziyaret alanlarında tutuklu/hükümlü ve yakınları ile olan görüşmeleri izleme sistemi¹¹⁶. AİHM, makamlar tarafından tutulan kişisel bilgilerin sözleşmenin 8. maddesi tarafından korunan hakkın kapsamında olup olmadığını belirlerken, söz konusu bilginin kaydedildiği ve tutulduğu olayın kendi şartlarına, kaydın niteliğine, saklama süresine, bu kayıtların kullanım ve işlemden geçme şekline ve elde edilen sonuca bakması gerekecektir (Roagna, 2012: 19).

5.1.3 Kişilerin Üstünün ve Eşyasının Aranması

Anayasanın 20/2. maddesinde kişinin üstünü ve eşyasını arama faaliyetinin hangi şartlarda gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Maddede, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtlarının, eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı düzenlenmiştir. AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında da kişinin özel yaşamına müdahaleyi haklı kılacak nedenler belirtilmiştir. Anayasada düzenlenen kişinin üstünün ve eşyasının aranması için gerekli olan gerekçelerle, sözleşmenin 8/2. maddesinde belirtilen gerekçeler karşılaştırıldığında aralarında uyum olduğu görülmektedir. Anayasa ön koşul olarak arama kararı verme yetkisini hâkime tanımıştır. Ancak pratikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde her daim hâkime müracaat etme imkanı bulunmadığından

¹¹⁴ S. ve Marper-Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 30562/04 ve 30566/04, 4.12.2008.

¹¹⁵ Peck-Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 44647/98, 28.04.2003.

¹¹⁶ Wisse-Fransa Kararı, Başvuru No: 71611/01, 20.03.2006.

kanunla düzenlenecek bir başka makama da kişilerin üstünün ve eşyalarının aranması yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetkinin hâkim denetimine tabi tutulmak suretiyle suiistimal edilmesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Bazı delillerin suç sonrasında elde edilmesi sadece arama faaliyetiyle sağlanabilir. Arama faaliyeti sonrasında elde edilmesi düşünülen delillerin suç soruşturmasının daha sağlıklı ve hukuka uygun bir şekilde yürütülmesine katkı sağlamak amacıyla bir başka ifadeyle arama sonrasında elde edilecek fayda ile arama faaliyetinin temel hakka yapacağı müdahale arasındaki dengenin korunması önemlidir. Adli bir aramanın gerçekleştirilmesi için, aramanın yapılacağı kişi veya yer ile arama sonrasında bulunması muhtemel suç delillerinin net olarak gösterilmesi gerekir. Bu şekilde hareket etmek suretiyle temel hakka yapılan müdahalenin sınırlandırılması oranlılık ilkesinin güvencelerindedir (Pınarbaşı, 2014: 134). AİHM Elçi ve diğerleri / Türkiye davasında, arama yapan görevlilerin ne arandığı hususunda başvuruçuyu bilgilendirmemelerini eleştirmiş ve aramayı hukuka aykırı bulmuştur (Mahkeme hukuksuz arama gerekçesinde başka nedenlerde öne sürmüştür). Mahkeme, Niemietz kararında da arama faaliyetini gerçekleştiren görevlilerin neyi bulmak istediklerini bilmeden olası kanıtları elde etmek amacıyla rastgele aramalar yapmalarını Sözleşmeye aykırı bulmuştur (Dinç, 2009: 45).

Ulusal mevzuatımızda kişinin üstünün aranabileceği CMK'nın 116. maddesinde, arama kararı verme yetkisinin ise kime ait olduğu aynı kanunun 119. maddesinde düzenlenmiştir. 116. maddede kişinin yakalanabileceği veya suçla ilgili delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa, şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabileceği düzenlenmiştir. 119. maddede ise, kişinin üzerinde arama kararı verme yetkisinin hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısı veya kolluk amirine ait olduğu belirtilmiştir. Kanundaki düzenlemenin Anayasa ile uyumlu olduğu açıktır. Burada CMK'daki düzenlemeden ziyade bu kanunda 2/12/2014 tarihinde 6572 sayılı kanunla yapılan değişikliğe değineceğiz¹¹⁷. Daha önceki kanun metninde

¹¹⁷ <http://www.hurriyet.com.tr/aramada-makul-suphe-donemi-27696619>; <http://t24.com.tr/haber/4-bin-hakim-adayi-alinacak,279135>; <http://www.adanabarusu.org.tr/baskandan/makul-suphe-artik->

bir kişinin üstünde, eşyasında, konutunda, işyerinde veya ona ait diğer yerlerde arama yapılabilmesi “somut delillere dayalı kuvvetli” şüpheyi gerektirirken 6572 sayılı Kanunun 40. maddesiyle yapılan değişiklikle, kişilerin üzerlerinde ve onlarla ilişkili diğer yerlerde arama yapılabilmesi “*makul şüphe*” şartına bağlanmıştır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, 6572 sayılı kanuni düzenleme öncesinde CMK’nın ilgili maddesinde bir değişiklik daha yapılmıştır. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 9. maddesiyle kanunun 116. maddesindeki “*makul*” ibaresi “*somut delillere dayalı kuvvetli*” şeklinde değiştirilmiştir. Yani CMK’nın yürürlüğe girdiği 2005 yılından 2014 yılı Şubat ayına kadar arama faaliyeti için gerekli olan şüphe “makul şüphe” idi. Ancak kamuoyunda bilindiği ismiyle “17-25 Aralık soruşturmaları” sonrasında bazı kamu görevlilerinin adli görevlerini hukuksuz bir şekilde icra etmeleri iddiasıyla, maddedeki makul şüphe şartı “somut delillere dayalı kuvvetli şüphe” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak daha sonraki süreçte özellikle kolluk görevlilerinin gerek CMK’nın ilgili maddesinde gerekse de diğer bazı kanunlardaki düzenlemeler sebebiyle, suç ve suçluyla mücadelenin sekteye uğradığı yönündeki serzenişleri, maddenin tekrar değiştirilmesine neden olmuştur. İkinci değişiklikle (2/12/2014 tarihli ve 6572 sayılı Kanunun 40. maddesiyle) CMK’nın 116. maddesi, ilk haline (arama için makul şüphe gerekliliği) dönüştürülmüştür. Kamuoyunda bu dönüşüm çok tartışılmış ve eleştirilmiştir.

Makul şüphe, arama faaliyetinin icra edileceği zaman, yer ve arama faaliyetine muhatap olacak kişinin veya onunla ilişkili diğer kişilerin davranış tutum ve biçimleri, kolluk görevlisinin taşındığından şüphe ettiği eşyanın niteliği gibi etkenler dikkate alınarak tespit edilir. Eğer makul şüphenin ortaya çıkışı bir ihbar veya şikayet sonrasında olmuş ise ortada bu ihbar ve şikayeti destekleyen emarelerin bulunması ve şüphenin somut olgulara dayanması gerekir. Bu somut olgular arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağı veya belirli bir kişinin yakalanacağı öngörüsüyle ilişkili olmalıdır. Örneğin; oto hırsızlığı suçundan dolayı sabıkalı olmak, tek başına aranmak için makul şüpheyi oluşturmaz iken, bu kimsenin uygun olmayan bir saatte araba parkında görülmesi, bu şüpheyi oluşturabilir (Koparan, 2006: 7).

İngiliz hukuk sisteminde kamu görevlilerinin arama yetkisini kullanabilmesi için arama neticesinde elde edilecek eşyanın çalınmış veya kanunen yasaklanmış olması gerekmektedir. Bu tür eşyaların aranabilmesi için İngiliz hukuk sisteminde makul şüphe yeterli görülmektedir. Kanada, Yeni Zelanda ve ABD’de arabalar arama izni olmadan aranabilmektedir. Böyle bir uygulamanın sebebi ise, arabaların hareket edebilirliği özelliği sebebiyle özel hayat gizliliği beklentisinin düşük olmasıdır. Bu üç ülkede de arama için gerekli olan makul şüphe tartışmalarında somut olaya *dengeleme teorisi* uygulanır. Denge özel hayatın gizliliği hakkı ile suçun işlenmesi neticesinde toplum menfaati arasında kurulmaya çalışılmaktadır. Eğer gerekli inceleme neticesinde özel hayatın gizliliği ağır gelirse, makul şüphe yoktur kararı verilir. Tam tersi toplum menfaati ağır gelirse makul şüphenin olduğu ve anayasal hak ihlalinin olmadığı kararına ulaşılır.

Öncelikle CMK’da arama için gerekli olan şüphenin “somut delile dayalı kuvvetli şüpheden” “makul şüphe” yönünde yapılan değişikliğe olumsuz yaklaşarak eleştiren, Türkiye Felsefe Kurumu Başkanı İoanna Kuçuradi’nin 2014 Dünya Felsefe Günü nedeniyle kaleme aldığı yazısına değineceğiz: “*son günlerde ülkemizin gündeminde olan bir konuyla ilgili bir kavram üzerinde durmak istiyorum: “makul şüphe” üzerinde. 'Makul şüphe' bağlamında 'makul' teriminin, iki şey arasında olması muhtemel, ama olup olmadığı henüz belli olmayan bir bağlantı dile getirmek için; ama aynı zamanda, iki şey arasında bir bağlantı olduğunu iddia etmek için kullanıldığını görüyoruz. 'Makul' teriminden 'akla yatar' olma, en geniş anlamıyla 'akıl'dan da insansal bir yetenek olan bağlantı kurma yeteneği anlaşılırsa; 'makul şüphe', bir olay ile olayın geçtiği yerdeki bir ya da birkaç bulgu arasında bir bağlantı olabileceğini düşünmektir. Bu durumda, düşünülen muhtemel bağlantı sınanır, yani bulgu veri ('delil') haline getirilerek, kurulan bağlantı doğrulanır veya böyle bir bağlantının olmadığı, başka bir deyişle bulgunun o olayla ilgisi olmadığı görülür. 'Burada bilgisel bakımdan yapılan, dolaylı bir saptama/bir tespittir. Bir bulgu veri haline getirilir. Böylece bu bağlantının saptanması sonucu bulgu delil olarak kullanılabilir ve 'delilden sanığa' gidilebilir. Eğer bu bilgisel yol izlenmeden, bir olay ile bir bulgunun rastlantısal birlikteliğinden hareket edilerek, o olay ile bulgu arasında bir bağlantı olduğu iddia edilirse; rastlantısal bir bulgu veri*

ya da delil olarak kabul edilmiş olur, onunla da bu bağlantı iddiası kanıtlanmaya çalışılır. Bu, duruma 'dışarıdan' bakanlara 'makul' görülebilen, ama mevcut olmayan/uydurulan bir bağlantıdır. Ve bu uydurulan bağlantı birçok insana pahalıya mal olur. Birinci durumda, mevcut olan iki şey arasında mevcut bir bağlantının saptanmasıyla; ikinci durumda ise mevcut iki şey, ama aralarında mevcut olmayan bir bağlantı iddiasıyla karşı karşıyayız. Ne var ki, her iki şekilde kurulan bağlantılar, 'dışarıdan' bakan birçok insana 'makul' görülebilir. İlgili oldukları tek duruma bakılmadan ele alındıklarında, uydurulan bağlantılar da kendi başlarına 'makul' sayılabilir. Bu da, farklı insanların 'makul' olandan farklı şeyler anlamalarıyla birlikte, 'makul şüphe'yi kaypak bir terim haline getiren ana nedenlerden biri oluyor...”¹¹⁸.

Öncelikle Kuçuradi'nin makul şüpheyi olumlu ve olumsuz olmak üzere iki farklı şekilde ele alındığı görülmektedir. Kuçuradi makul kelimesinin iki şey arasında kurulan bağlantı olduğunu, bu bağlantının kelimenin etimolojik boyutunu da dikkate alarak akl kelimesinden yani akıldan türediğini belirttiği görülmektedir. İki şey arasında kurulan bağlantı akıl yoluyla olmalıdır yani akla yatkın, mantıklı olmalıdır. Bir olay ile olayla ilişkili bir başka şey (bulgu) arasında ilişki olduğu düşünülürse bu ilişkiden elde edilen sonuç *veridir* (delildir) ve bu makul şüpheye Kuçuradi'nin yaptığı olumlu bakış açısidir. Olumsuz durumda ise iki şey arasında bir bağlantı olduğu *rastlantısal* olarak ileri sürülür. Dışarıdan bakan bir kişi bunun makul olduğunu savunabilir. Ama aslında aralarında gerçek anlamda bir bağ veya ilişki yoktur. Kuçuradi'nin makul şüphe için yaptığı bu bilimsel olma veya olmama yönündeki tespitini suç soruşturmasına uyarlamaya çalışalım. Konuyu örnek bir olay üzerinden tahlil etmeye çalışalım. Bir hırsızlık olayının vuku bulduğu evde, yatak odasında bulunan çelik kasadan para çalındığı iddia edilmektedir. Olay mahalline gelen polis, kasanın sağlam, duvara monteli vaziyette durduğunu, her hangi bir zorlama veya güç kullanımı olmadan çelik kasada zarf içerisinde bulunan yüklü miktarda para çalındığını ev sahibinin iddiasından öğrenmiştir. Polis Kuçuradi'nin de belirttiği gibi olay mahallinde olayla ilişkili olabilecek bulguları düşünmektedir. Eldeki bulgular sağlam,

¹¹⁸ <http://bianet.org/bianet/siyaset/160804-makul-suphenin-sebeb-i-hikmeti>, E. Tarihi: 24.12.2015.

üzerinde en ufak bir çizik dahi bulunmayan duvara monteli bir çelik kasa, kasanın içerisinden alındığı iddia edilen zarf içerisinde para ve evin sahibi ile eş bulunmuştur. Polis elindeki bulgulardan yola çıkarak akıl yürütme yöntemleriyle olayı aydınlatmak için veri (delil) elde etmeye çalışmaktadır. Öncelikle polisin çözmeye çalıştığı ilk şey kasanın içerisinde olduğu iddia edilen paraların herhangi bir zorlama olmadan kilitli bir çelik kasadan nasıl alınacağıdır. Polis yaşamış olduğu olaylar neticesi elde ettiği tecrübe ve akıl yürütme yoluyla olayın gerçekleşme ihtimalini üçe indirgemektedir. 1) Kasada iddia edildiğinin aksine para yoktur ve böyle bir olay gerçekleşmemiştir, 2) Kasanın zorlama olmadan açılması ancak anahtarla mümkün olduğundan para, evin sahibi veya eş tarafından alınmıştır, 3) Kasa, anahtara ulaşma ihtimali olan üçüncü bir şahıs tarafından açılmıştır. Polis her üç alternatifi de, mağdurları rahatsız etmeden değerlendirdiğinde, evin sahibinin o gün eve temizlik hizmeti için bir kadın aldığı bilgisine ulaşmıştır. O halde olayda şüpheli sayısı evin sahipleri karı-koca ve hizmetçi olmak üzere üç kişidir. Buraya kadar polis, Kuçuradi'nin olay ve olay yerinden elde edilen bulguları akıl yürütme yöntemiyle delile dönüştürmeye çalışmıştır. Ancak bu noktaya kadar elde edilenlerden olayı, sözü edilen üç şüpheliden hangisinin yaptığını söylemek mümkün değildir. Bu noktada tahmini bir şey söylemek Kuçuradi'nin olumsuz karşıladığı ikinci yöntem, rastlantısal makul şüpheyeye karşılık gelir. Polis akıl yürütme yöntemiyle belirlediği üç şüpheliden hangisinin bu eylemi gerçekleştirdiğini bulmak için yine aklın kabul edebileceği, mantıklı gerekçeler ortaya koymalıdır. Örneğin, harcanan para, itiraf vb. bulgulara ulaşip olayla ilişkilendirerek delile dönüştürmelidir.

Polisin Kuçuradi'nin olumsuz gördüğü ikinci yöntemi kullanarak yani olayla bulgular arasında rastlantısal sonuçlar kurduğunu varsayalım. Polis bu varsayım neticesinde paranın ev sahipleri tarafından alınmış olamayacağını düşünerek direkt hizmetli bayanı şüpheli olarak kabul edip, Cumhuriyet savcısına hizmetlinin evinde arama yapma yönünde karar talep etmiştir. Bu noktada, Kuçuradi'nin olumsuz makul şüpheyeye için dile getirdiği “üçüncü gözün kontrolü” (*dışarıdan bakan birisi*) kuralını uygulayalım. Bu olayda üçüncü göz, hukuk nosyonuna sahip tarafsız ve bağımsız olduğu anayasa tarafından kabul edilen bir

kamu görevlisidir yani Cumhuriyet savcısı veya hâkimdir. Polis öne sürdüğü “rastlantısal delili” arama için yeterli görse bile Cumhuriyet savcısının veya nihai kararı verecek olan hâkimin buna engel olması gerekir. Çünkü onların pozisyonu polisle kıyaslandığında nesnel davranmayı zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak Cumhuriyet savcısı veya hâkimin polisin öne sürdüğü “rastlantısal delile” dayanarak hizmetli kadının evinde arama kararı vermemesi gerekir çünkü bu durum makul şüphe için yeterli değildir. Örneği, makul şüphenin olumlu haline uyarladığımızda polis, olay yerinden elde ettiği bulgular ışığında üç şüphelide de “basit şüpheyi” görmüştür. Ancak bu yeterli değildir. Polisin bu şüpheyi somut verilerle desteklemesi gerekir. Polis bu düşünceyle hizmetliyle görüşmek üzere hizmetlinin evine gider. Evde hizmetli kadının oğluya yaptığı mülakatta çocuk, annesinin eve geldiğinde tedirgin ve heyecanlı olduğunu, annesinin kolunda o güne kadar görmediği altın bir bileziğin bulunduğunu, ayrıca annesinin çantasından dolu bir zarfı çıkartarak yatağın altına sakladığını gördüğünü ama zarfın içinde ne olduğunu bilmediğini söylemiştir. Hizmetli kadını dinleyen polis, kadının çok tedirgin olduğunu hissetmiş ancak kadın herhangi bir itirafta bulunmamıştır. Burada anlatılanlardan kadının başka bir parayla bilezik alabileceği, zarfın da farklı bir zarf olabileceği iddia edilebilir. Bu iddiaları çoğaltmak da mümkündür ancak olayın tümü açısından değerlendirildiğinde polisin bir arama kararı alarak en azından yatağın altındaki zarfı görmesi gerekmektedir (eğer hizmetli kadın kendi rızasıyla göstermiyorsa). Anlatmaya çalıştığımız örnek olayda görüldüğü gibi makul şüphle kolluk aslında şüphelinin aleyhine var olan bir şüpheyi de yok etmeye çalışmaktadır. Kolluğun yaptığı arama faaliyetinin kişinin özel yaşamına yapılan müdahale olduğu açıktır. İşte bu açıklığı minimize etmek gayesiyle, kanun koyucu “üçüncü gözün denetimi” ilkesini arama faaliyetine getirerek usulsüz aramanın önüne geçmeye çalışmıştır (Kuçuradi makul şüphede dışarıdan bakan gözün ortaya konulan rastlantısal şüpheyi mantıklı yaklaşabileceğini söyleyerek aslında, bizim olumlu yaklaştığımız “üçüncü göz” yaklaşımına olumsuz bakmaktadır.).

Makul şüphenin bir suçun işlenmesi amacıyla kişinin üstünün ve eşyasının aranması için yeterli görülmesi düzenlemesi ülkemizde yukarıda da açıklandığı üzere çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. İngiltere’de 19 Şubat 2001 yılında ülkede meydana

gelebilecek terör olaylarını önlemek amacıyla yürürlüğe giren ve kamuoyunda “*terörizm yasası*” (*the 2000 Act*) olarak bilinen düzenlemenin “*durdurma ve arama yetkisi*” (*Power to stop and search*) başlıklı 44 / 47. maddelerinde terör şüphesiyle kişilerin polis tarafından durdurularak aranması yetkisi düzenlenmiştir. 44. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında, bir polisin bir aracı/yayayı durdurmak suretiyle, aracın sürücüsünü/yayayı, araç içerisindeki bir yolcu, araç içerisindeki veya araç içerisinde yolcu veya sürücü/yaya tarafından taşınan her bir şeyi arayabileceğine yer verilmiştir (The 2000 Act 41/1/a/b/c/d-41/2/a/b). 44. maddenin üçüncü fıkrasında ise böyle bir arama işlemine tabi tutulacak kişinin bir terör şüphesi uyandırması yeterli görülmüştür. 44. maddenin son fıkrasında da bu arama emrini kimlerin verebileceği düzenmiş, beşinci fıkrada ise verilen sözlü emrin daha sonra yazıya dönüştürülebileceği belirtilmiştir (44/4/5). Kanunda genel anlamda bu tür aramaların gerçekleştirilmesi için makul şüphe şartı aranmamıştır. Hükümet 1 Nisan 2003 tarihinde kanunun uygulamasını göstermek üzere bir yönetmelik (*a Code of Practice*) yayınlamıştır. Yönetmelikte kanunda belirtilen arama faaliyetlerinin adil, sorumlulukla ve aranan kişiye saygılı bir şekilde gerçekleştirilmesi salık verilmiştir. Aynı yönetmelikte, kanunun 44. maddesinin terör dışında bir başka suç için kullanılmaması ve arama faaliyetine neden olan şüphenin sadece terör amacına yönelik bir şüpheye sahip olması gerektiği vurgulanmıştır.

İngiltere’de Mahkeme başvurusunun iddialarını ve hükümetin savunmasını aldıktan sonra davaya konu olan kanun maddesini de kapsayacak şekilde genel bir yorum yapma yolunu tercih etmiştir. Bir polis memurunun takdir yetkisinin sınırını tartışan mahkeme, kanunla, bir polis memurunun durdurma ve arama yetkisinin sınırlarından ziyade bu faaliyetin biçimini düzenlediğini belirtmiştir. Mahkeme, arama ve durdurma faaliyetinin sadece polisin kişisel sezi ve profesyonel önsezisine dayandırıldığını ifade etmiştir. Herhangi bir “makul şüphe” veya subjektif şüpheye de yer verilmemiştir bir kişinin durdurulması ve aranması için. Sonuç olarak mahkeme kanunun 44 ve 45. maddelerinde yer alan durdurma ve arama faaliyetinin sınırlarının yeterli bir şekilde çizilmediğini, yetkinin kötüye kullanımına karşı yeterli kanuni güvencelerle korunmadığını, bu sebeple kanunda

yer alan durdurma ve arama faaliyetinin hukuka uygun olmadığını ve davaya konu olayda sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹¹⁹.

5.2 Konut Dokunulmazlığı

Anayasanın 21. maddesinde hiç kimsenin konutuna dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Maddede konut dokunulmazlığı hakkına müdahale edilebilecek istisnai durumlar ve konutta yapılacak arama faaliyetini de düzenlemiştir. Anayasanın 21. maddesinin AİHS'nin konut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen 8. maddesiyle uyumlu olduğu görülmektedir.

Konut, kişinin özel hayatını sürdürdüğü yerdir ancak Komisyon ve Mahkeme kimi kararlarında meslek ve ticaret faaliyetlerinin sürdürüldüğü yeri de konut olarak saymıştır (Gözbüyük ve Gölcüklü, 2009: 340).

AİHS'nin 8. maddesi kapsamındaki konut terimi özerk bir kavram olarak yorumlanır. Bir yaşam alanının AİHS kapsamında konut kabul edilebilmesi için davanın belirli koşullarının incelenmesi gerekir (Roagna, 2012: 30) . AİHS açısından konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir. Bu bakımdan sözleşmenin 8/1. maddesindeki anlama göre yaşanan bütün yerler konut olabilir (Kilkelly, 2001: 33). Mahkemenin konut olarak kabul ettiği ve etmediği bazı yerler şunlardır:

- 1) Mahkemenin, konut olarak kabul ettiği yerler: a) tatil konutları, ikinci evler, uzun süreli konaklama sağlayan oteller¹²⁰, b) bir kişiye ait evde, belirli bir süre için veya yıllık olarak, başka biri tarafından oturlan yerler¹²¹, c) başvurucunun kiracı olarak, iç hukuka göre kişinin oturma hakkı sona ermiş olsa dahi, sosyal konutlarda oturduğu yerler¹²², d) iş yerleri, bir kişinin ofisi ve özel konutu veya şahsi ve iş faaliyetleri arasında kesin bir ayırımın olmadığı durumlardaması¹²³; e) bir şirketin

¹¹⁹ Gillian ve Quinton kararı, Başvuru No: 4158/05, 12.01.2010, prf. 87.

¹²⁰ Demades-Türkiye davası, Başvuru No: 16219/90, 31.10.2003, prf. 32.

¹²¹ Mentesh ve diğerleri-Türkiye kararı, Başvuru No: 58/1996/677/867, 24.06.1998.

¹²² McCann-Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.

¹²³ Niemietz/Almanya kararı, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992.

kayıtlı bulunduğu ofisi, şubeleri ve diğer iş binaları¹²⁴, f) geleneksel olmayan meskenler, karavan ve diğer sabit olmayan evler gibi¹²⁵, g) kişinin yaşam koşulları (toplu olarak özel hayat, aile hayatı ve konut kavramları içine girer.

- 2) Mahkemenin konut olarak kabul etmediği yerler: a) müşterek olarak sitenin ortaklarına ait olan ve ara sıra kullanılmak üzere tasarlanmış çamaşırhane¹²⁶, b) ressamın giyinme odası, c) sahibinin üzerinde spor yaptığı veya spora izin verdiği arazi, örneğin avcılık gibi (Roagna, 2012: 31).

AIHM Gillow-Birleşik Krallık davasında, davacının oturmamasına rağmen 19 yıldır sahip oldukları evi, sözleşmenin 8. maddesi kapsamında konut olarak kabul etmiştir. Çünkü mahkemeye göre başvuru, her ne kadar uzun süre uzak kalsa da hep söz konusu yere dönme niyeti bulunmaktadır ve söz konusu gayrimenkulle ilişkilerini, konutları sayılabilecek düzeyde devam ettirmiş olmalarıdır. AIHM'nin tartıştığı bir diğer konu iş yerlerinin konut sayılıp sayılmayacağıdır. Niemietz/Almanya davasında avukat olan başvuru bürosunda polis tarafından mahkemeden alınan karar sonrası arama gerçekleştirilmiştir. Mahkeme avukatın bürosunun konut kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde, bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetleri evinde yapabileceği gibi özel konutunda da yapılabileceğini belirterek bu konuda kesin ayrımlar yapmanın her zaman pek mümkün olmayabileceğini belirtmiştir (Kilkelly, 2001: 33).

CMK'da bazı meslek sahiplerine yönelik (avukatlık) yapılacak arama faaliyetleri için özel düzenleme getirmiştir (CMK madde 130). Madde gereğince avukat bürolarında yapılacak aramaların Cumhuriyet savcısının ve Baro Başkanı veya temsilcisinin nezaretinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yapılacak aramada elde edilen bilgi ve belgelerin avukat-müvekkil arasındaki ilişkiye dayalı olması halinde bunların ayrı bir zarfa konularak

¹²⁴ Stés Colas Est ve diğerleri-Fransa kararı, Başvuru No: 37971/97, 16.07.2002.

¹²⁵ Buckley-Birleşik Krallık; Chapman kararı, Başvuru No: 20348/92, 29.10.1996.

¹²⁶ Chelu-Romanya kararı, Başvuru No: 40274/04, 12.01.2010.

mühürlenmesi gerektiği ve bunların ancak soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden isteneceği düzenlenmiştir. Avukat bürosunda yapılan aramayla ilgili olarak Tahir Elçi ve diğerleri/Türkiye davasına bakmakta fayda vardır. Başvurucu Diyarbakır Barosuna kayıtlı avukatlardandır. Tahir Elçi ve arkadaşları, ev ve iş yerlerinin polis tarafından yetkili yargı yerlerinden izin alınmadan arandığını, aramalar sırasında bir çok belgeye el konulduğunu ileri sürmüşlerdir. Tahir Elçi bunun yanında, aramaya neden olarak gösterilen suç kovuşturmasıyla ilgisi bulunmayan ve temsil ettiği kişiler adına AİHM'ye yapmış olduğu başvuru dosyalarına da el konulduğundan yakınmaktadır. Mahkeme'nin tespitlerine göre, aramalar sırasında başvuruculara ne arandığı bildirilmemiş ve tutanak bile tutulmamıştır. Netice itibarıyla mahkeme aramaların çok geniş kapsamlı olduğunu, arama yapanların işlemlerinin hiçbir yargısal organ tarafından denetlenmediğini de gözlemlemiş, aramaların yasal bir temeli olmadığı için 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (Dinç, 2009: 44). Mahkemenin avukatlara, yerine getirmiş oldukları görev nedeniyle ayrıcalıklı davrandığı görülmektedir. Ancak bu ayrıcalıklı davranma olumsuz manada değil tam tersi adil bir yargılamanın gerçekleşmesi için gereklidir. İşte bu sebeple mahkeme Elçi/Türkiye davasında gerçekleştirilen aramanın yargısal denetime tabi olmamasını eleştirmiş, bu eleştiriye paralel olarak kanun koyucu CMK'na avukat bürolarında yapılacak arama için Cumhuriyet savcısının ve baro temsilcisinin denetiminde gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Anayasanın 21. maddesinde konutta arama yapılabilmesinin hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile yapılacağı vurgulanmıştır. Bu vurgunun varlığı açısından değerlendirildiğinde bir aramada hakim veya yetkili organın izninin olması aramanın hukuka uygun olması bakımından yeterli değildir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi evinde arama yapılan davacının, arama faaliyeti neticesinde evinde herhangi bir suç unsuruna rastlanılmadığını, ancak yapılan hukuksuz arama faaliyeti nedeniyle çevresine karşı küçük düştüğünü ileri sürerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi davacının talebini reddetmiştir. İlk derece mahkemesi reddetme gerekçesinde, arama kararının şekil

şartları yönünden usule uygun olması halinde (hakim kararına dayanılarak arama gerçekleştirilmiştir) hukuka da uygun kabul edilmesi gerektiğini, arama kararının kendisinin CMK 141. ve 142. maddeleri uyarınca tazminata konu olamayacağını, ancak bu kararın uygulanması sırasında ölçülülük ilkesine uyulmadığı takdirde bu durumun tazminata konu olabileceğini, arama kararının ölçsüz olarak gerçekleştirildiğine dair belge ve delil bulunmadığını, olayda ölçsüz bir şekilde aramanın gerçekleşmediğini, davacının bu arama nedeniyle herhangi bir zararının da olmadığı gerekçesiyle tazminat talebinin reddine karar verildiğini açıklamıştır. Yargıtay Ceza Dairesi temyiz incelemesinde şu değerlendirmeyi yapmıştır: CMK'nun 141/1/i maddesinde arama kararının ölçsüz olması halinde bu faaliyetin tazminata konu edilebileceğini, dairelerini daha önceki kararlarının da bu yönde olduğunu ancak açık bir şekilde hukuka aykırı olarak verilen bir arama kararı için tazminat isteminde bulunulup, bulunulamayacağını da değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Davaya konu arama kararı bu açıdan değerlendirildiğinde, somut delile dayanmayan, içinde makul şüpheyi barındırmayan, sadece bir telefon ihbarı üzerine davacının evinde arama yapıldığı anlaşılmaktadır. Adli ve Önleme Arama Yönetmeliğinde makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe şeklinde tanımlanmış, tanımın yapıldığı 6. maddenin 3. fıkrasında makul şüphede, ihbar veya şikayeti destekleyen emarelerin olması gerektiği belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160/1.maddesinde Cumhuriyet savcısının bir suç ihbarını alması halinde kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı belirtilmiştir. Davaya konu olayda ise Cumhuriyet savcısı, davacı-şüphelinin evinde uyuşturucu bulunduğu ihbarı üzerine hemen işin gerçeğini araştırmaya başlamadan ve bu konuda başkaca hiçbir araştırma yapmadan doğrudan davacının evinde arama kararı talep etmiş ve bu konuda karar aldırılmış olup, dolayısıyla soruşturma makamlarının ihbarla ilgili hiçbir araştırma ve inceleme yapmadan, başka deliller toplamadan alınan arama kararına dayanılarak davacı/şüphelinin evinde uyuşturucu madde araması yapılmıştır. Bu çerçevede somut olayı değerlendiren Yargıtay, suç ihbarı üzerine işin esası araştırılıp şüpheli veya sanığın yakalanması veya suç delillerinin bulunduğu hususunda makul şüphe değerlendirmesi ve başka suretle delil elde edilme imkanının bulunup bulunmadığı

araştırması yapılmadan, sadece davacının uyuşturucu ticareti ve silah kaçakçılığı yaptığına ilişkin telefon ihbarı üzerine ve yetkili Cumhuriyet savcılığınca işin gerçeği araştırılmadan, makul şüphe olduğuna dair bir delil ortaya konulmadan arama kararı verilmesini eleştirmiş ve davanın reddedilmesini kanuna aykırı bulmuştur. Yargıtay'ın bu kararı konut aramaları bakımından da önemlidir. Bu nedenle karada belirtilen hususların maddeler halinde belirtilmesinde fayda mülahaza edilmektedir¹²⁷.

- 1- Yargıtay CMK'da belirtilmemiş olmasına rağmen, bir arama kararının verilmesini esas yönünden incelemiştir.
- 2- Arama kararında mutlaka ihbar ve şikayeti destekleyen somut deliller sunulmak suretiyle makul şüphe şartı karşılanmalıdır.
- 3- Cumhuriyet savcısının veya talimatıyla kolluğun, bir suç işlendiği yönünde ihbar alır almaz ihbarın doğruluğunu/yanlışlığını ortaya koymak için gerekli araştırmaları yapması gerekmektedir.

Konutta gerçekleştirilen aramaların kişinin özel yaşamına müdahale olduğu açıktır. Bu sebeple bu tedbirin uygulanması için kanun uygulayıcılarının dikkat etmeleri gereken bir çok nokta vardır. AİHM verdiği bazı kararlarda bu tür tedbirlerin uygulanmasında hassasiyet gösterilmesi gereken durumları şu şekilde belirlemiştir. AİHM öncelikle, Sözleşmeciler Devletlerin bazı suçlar için maddi delil toplamak amacıyla evlerde arama yapma gibi tedbirlerin gerekli olduğuna karar verebileceğini belirtmiştir. AİHM, böyle durumlarda, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin *alaka ve yeterliliği ile orantılılık ilkesine* uygunluğunu denetlemektedir. Bu noktada AİHM öncelikle iç hukuktaki yasa ve ilgili uygulamaların, bireyleri uygun ve etkili bir şekilde suiistimallere karşı güvence altına aldığından emin olmalıdır. AİHM, daha sonra ihtilafli müdahalenin, pratikte, izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek için her davanın özel koşullarını incelemektedir. Bunu yaparken AİHM, aramayı gerektiren *suçun ciddiyeti, arama emrinin çıkarılma koşulları ve ne şekilde çıkarıldığı*, özellikle aramadan önce elde bulunan diğer *delil unsurları*, yine özellikle *arama yapılacak yerin niteliği* ve

¹²⁷ Yargıtay 12.Ceza Dairesi, Esas: 2013/9105, Karar: 2013/30731, Karar Tarihi: 24.12.2013.

müdahalenin mantık dışı etkileri olmaması amacıyla alınan önlemler bakımından arama emrinin içeriği ve kapsamı ve son olarak da aramanın hedef aldığı kişinin itibarı üzerindeki olası yankıları gibi kıstasları dikkate almaktadır¹²⁸. AİHM Van Rossem / Belçika kararında da arama hususunda önemli sayılabilecek hatırlatmalar yapmıştır. Bu hatırlatmalar; arama için özellikle de kişinin konutuna saygı duyulması gerektiği prensibince sınırlamalar olacağına kabulü, şüpheye yer vermeyecek şekilde kolluğun ne aradığını bilmesi gerektiği ve konutu aranan kişilerin aramanın gerekçesi hakkında bilgilendirilmeleri gerektiğidir¹²⁹.

5.3 Haberleşmenin Gizliliğinin Korunması

Bu kısmın başlığı olarak daha önce haberleşme özgürlüğü ifadesini kullanmayı planlamıştık. Ancak bu ifadenin çalışmamızın ana eksenini olan bireyin özgürlüğünü tam olarak karşılamadığını, haberleşme özgürlüğü ifadesinin radyo-televizyon, sinema gibi kitle iletişim araçlarının özgürlüğünü de kapsamaması nedeniyle (İçel,1975: 71), bu kısma “haberleşmenin gizliliğinin korunması” başlığını vermeyi uygun bulduk. Bu başlık altında, bireyin mektup, telgraf, elektronik posta, telefaks, sabit ve cep telefonlarıyla gerçekleştirdiği yazılı ve sözlü haberleşmenin güvenlik gerekçesiyle devlet tarafından kontrol edilmesini/sınırlandırılmasını inceleyeceğiz.

Haberleşmenin gizliliği bireyin temel haklarından biridir. Haberleşme anayasal bir özgürlük olup anayasa tarafında korunan bir haktır. Haberleşme özgürlüğü sadece haberleşme eylemini yani bir gönderi alma veya gönderme fiilinin mahremiyetini değil aynı zamanda haberleşme özgürlüğünün doğasında var olan düşünce ve ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı özgürlüğünü de kapsamaktadır. İşte bu nedendir ki haberleşme özgürlüğü hem anayasa tarafından hem de ulus-üstü sözleşmelerle korunmaktadır. Anayasanın 22. maddesinde herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu, haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu ifade edilmiştir. Haberleşmenin gizliliği, “*kişinin dilediği kimselerle, dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, tarafların izni ve rızası olmaksızın, bunlar dışındaki kimselerin, algısından ve müdahalesinden korunması*”

¹²⁸ Buck/Almanya kararı, Başvuru No: 41604/98, 28.07.2005, prf. 45.

¹²⁹ Van Rossem Belçika Kararı, Başvuru No: 41872/98, 9.12.2004.

olarak tanımlanabilir. Haberleşmenin gizliliği anayasal açıdan ise, bireylerin haberleşebilmelerini ve kişisel verilerinin, devletin kontrol ve müdahalesinin dışında tutulmasını ifade etmektedir (Özdemir, 2009: 287).

Haberleşme özgürlüğü AİHS'nin 8. maddesinde konut ve özel hayat hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. AİHS'de geçen haberleşme hürriyetinin kapsamına hangi iletişim araç ve yöntemlerinin girdiğini tespit etmek için AİHM kararlarına bakmak gerekir. Mahkeme, teleks gibi eski tür elektronik iletişim yöntemini, telefon görüşmelerini¹³⁰, telefon görüşmeleri kapsamında tarih, süre ve çevrilen numara gibi bilgilerin elde edilmesini¹³¹, çağrı cihazı mesajlarını¹³², elektronik mesajlar (elektronik postalar) ve kişisel internet kullanımının denetlenmesinden elde edilen bilgileri¹³³, iş faaliyetleri sırasında veya iş yerlerinde haberleşmeye müdahaleyi¹³⁴, bir hukuk bürosunun aranması sırasında el konulan elektronik verileri¹³⁵ AİHS'nin 8. maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğüne müdahale çeşitleri arasında kabul etmiştir (Roagna, 2012: 32).

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Haberleşme açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içermekle beraber AİHM, bu kavrama telefonla iletişim ve teleksi de katmıştır. Taylor-Sabori / Birleşik Krallık kararında mahkemenin, haberleşme özgürlüğü açısından farklı iletişim araçlarını da dikkate alarak içtihat oluşturmaya çalıştığı görülmektedir. Mahkemenin kararı şu şekildedir: Ağustos 1995 ile Ocak 1996 yılları arasında başvuru, polis tarafından takip edildiği hedeflerinden birisidir. Polis, başvuru sahibinin çağrı cihazına gelen mesajları okuyabilmek için başvuru sahibinin çağrı cihazının kopyasını (colone) oluşturarak kullanmıştır. Sistem şu şekilde çalışmaktadır: Birleşik Krallık veya deniz aşırı bir yerden çağrı cihazına mesaj göndermek isteyen kişi, kamuya açık bir telefon hattından Birleşik Krallıktaki çağrı cihazı bürosunu araması gerekmektedir. Çağrı cihazı operatörü aldığı mesajı bir kompütöre yükledikten sonra mesajı, gönderene

¹³⁰ Malone/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 8691/79, 26.04.1985.

¹³¹ P.G. ve J.H. / Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 44787/98, 25.12.2001.

¹³² Taylor-Sabori/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 47114/99, 22.01.2003

¹³³ Copland -Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 62617/00, 03.07.2007

¹³⁴ Kopp/İsviçre Kararı, Başvuru No: 13/1997/797/1000, 27.03.1998.

¹³⁵ Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH/Avusturya kararı, Başvuru No: 74336/01,16.01.2008.

teyit etmesi amacıyla okumaktadır. Kompütüre yüklenen mesaj kamuya açık telefon hattı üzerinden çağrı cihazı terminaline aktarılmaktadır. Mesaj, bu terminalden radyo frekansı aracılığıyla, dört bölgede yerleşik olan istasyonlardan birine aktarılmaktadır. Buraya gelen mesaj tekrar radyo frekansı aracılığıyla aynı anda hem başvurunun çağrı cihazına hem de polisin kopya çağrı cihazına gönderilmektedir. Başvurucu, Hollanda'dan Birleşik Krallığa uyuşturucu madde nakletmesi suçlamasıyla tutuklanmıştır. Başvurucunun tutuklanmasına neden olan soruşturma kapsamındaki iddialardan bir tanesi de bu çağrı cihazına gelen mesajdır. Başvurucunun avukatı, bu mesajın delil olarak kabul edilmemesi gerektiğini çünkü 1985 tarihli Haberleşmeye Müdahale Kanunu (the Interception of Communications Act) gereğince ulusal mahkemeden alınmış herhangi bir takip kararının bulunmadığını iddia etmiştir. Ancak ulusal mahkeme hâkimi, mesajların özel bir sistem vasıtasıyla gönderilmiş olması nedeniyle iddianın, bahsi geçen kanun kapsamında değerlendirilmeyeceğini ve herhangi bir izne gerek olmadığını belirtmiştir. Başvurucu suçlu bulunmuş ve 10 sene hapis cezasına çarptırılmıştır.

Başvurucu bu karar üzerine AİHM'ye başvurmuştur. İddiası, kendine ait çağrı cihazının hakimden alınmış bir izin olmadan takip edilmesinin AİHS'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşama saygı ve haberleşmenin gizliliğini ihlal olduğu yönündedir. Mahkeme gerçekleştirilen eylemin tartışmasız sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasında yer alan özel hayat ve haberleşmenin gizliliğine müdahale olduğunu ilk etapta belirtmiştir. Daha sonrada müdahalenin haklı olup olmadığını (AİHS'nin 8/2. maddesindeki gerekçelere uyup/uyumadığı) incelemiştir. Bu amaçla müdahaleyi öncelikle hukuka uygunluk bakımından irdemiştir. Mahkeme, hukuka uygun olmak ifadesiyle sadece davaya konu eylemin ulusal mevzuatta yer almasını değil, aynı zamanda hukukun üstünlüğü ilkesine de uygun olmayı gerektirdiğini belirtmiştir. Mahkeme ulusal mevzuatın, polisin yapacağı gizli gözetim bağlamında, bireyin sözleşmenin 8. maddesinde yer alan haklarına yönelik yapılacak keyfi müdahaleyi önleyecek tedbirleri de içermesi gerektiğini vurgulamıştır. Dahası, ulusal mevzuat bireylere hangi durumlarda hangi kamu otoritesinin bu tür müdahalelere yetkili olduklarını anlamalarında yeterince açık olmalıdır. Mahkeme, olayın gerçekleştiği zamanda özel telekomünikasyon sistemleri

aracılığıyla gerçekleştirilen çağrı cihazı mesajlarına müdahaleyi düzenleyen yasal bir sistem bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme bundan ötürü başvuru sahibinin çağrı cihazının kopyasının yapılarak mesajlarının hakim kararı olmadan izlenmesinin, sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenmiş olan bireyin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir¹³⁶.

Kişisel verilerin korunması kısmında da dile getirildiği üzere mevzuatımızda kişisel verilerin korunmasını hukuki anlamda güvence altına alacak kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak haberleşmede kullanılan verilerin gizliliği ve korunması bakımından çıkartılmış bazı yönetmelikler mevcuttur¹³⁷. Telekomünikasyon kelimesi, İngilizce “telecommunication” kelimesinin türkçeleşmesiyle dilimize girmiştir. Kelimenin sözlükteki anlamı, elektromanyetik sistemlerle haber, bilgi, resim vb. şeylerin yayılması ve alınmasıdır. Günümüzde telekomünikasyon yoluyla iletişim yaygın bir şekilde telefon, telsiz ve internet vasıtasıyla sağlanmaktadır. İletişimin tespitinin düzenlendiği CMK'nın 135. maddesinin gerekçesinde, bu tedbirin kapsamının *iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi ve iletişimin kayda alınması* şeklinde olduğu belirtilmiştir. İletişimin tespiti, bir telefonun arama kayıtlarını, konuşmanın süresini, e-mail aracılığıyla yapılan iletişimin tespitinden ibarettir. İletişimin dinlenmesi ise, telli veya telsiz telefonla veya internet üzerinden yapılan konuşmalar üzerinden yapılmaktadır. Kayıt işlemi ise yapılan tüm iletişimin kaydedilerek saklanmasıdır (Yavuz, 2005: 236).

Netice itibariyle telekomünikasyon, haberleşmenin değişik vasıtalarla yapılmış halidir. Örneğin günümüzde sıklıkla kullanılan e-mailler, telefon mesajları veya telefon arama bilgileri bunlardandır. AİHM'de verdiği Copland/Birleşik Krallık kararında başvuru sahibinin e-maillerinin, telefon arama bilgilerinin ve internette girdiği sitelerin tümünü haberleşme kapsamında değerlendirmiştir. Mahkemeye yapılan başvuru ve neticesinde verilen karar şu şekildedir: Resmi bir kurum olan Carmarthenshire Kolejinde 1991 yılında işe başlayan başvuru sahibi, 1995 yılında Kolej müdürünün asistanı olmuştur. Başvuru sahibinin çalıştığı süre içerisinde

¹³⁶ Taylor Sabori/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 47114/99, 22.01.2003.

¹³⁷ Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esasları Düzenleyen Yönetmelik; Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik.

telefonu, e-mailleri ve internet kullanımı Kolej müdürünün takibine maruz kalmıştır. Başvurucu 1999 yılının Kasım ayına kadar 18 ay boyunca telefonlarının takip edildiğini iddia etmiştir. Hükümet bu sürenin daha kısa olduğunu belirterek, bu takibin başvuru sahibinin kullandığı telefonların kamusal olması sebebiyle özel işlerinde kullanıp kullanmadığını tespit etmek amaçlı olduğunu belirtmiştir. Hükümet, telefonların takibinin aranan numara, süre ve ücret gibi belirli özellikler üzerinden yapılmasındaki gayenin, telefon görüşmeleri analizinin elde edilmesi olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahibinin internet kullanımı da, Kolej Müdürü tarafından takip edilmiştir. Hükümet bu takibin amacının da kullanıcıların hangi siteleri ziyaret ettiklerini belirlemek için yapıldığını öne sürmüştür. Başvurucu e-mail trafiğinin de kontrol edildiğini ve bunun Kolej Müdürünün isteğiyle yapıldığını öğrendiğini belirtmiştir. Hükümet e-maillerin takibini de aynı gerekçelere dayandırmış ve başvuru sahibinin her üç iletişim kanalının da takibinin sadece bunların özel amaçlı kullanılıp kullanılmadığının tespiti amacıyla yapıldığını savunmuştur. Mahkeme öncelikle Kolej'in kamuya ait bir okul olması sebebiyle Sözleşme hükümlerine bağlı hareket etmesi gerektiğini kabul ederek, devletlerin bireylerin iletişimlerini sağlama ve özel hayatlarını yaşama yönündeki, negatif yükümlülüklerini hatırlatmıştır. Mahkeme iş veya ofis telefonu gibi iş için kullanılan bilgisayarlardan gönderilen e-maillerin de bireyin özel yaşam ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme başvuru sahibinin bu tür takibe maruz kalacağı yönünde Kolej tarafından uyarılmadığını ve bu sebeplerle AİHS'nin 8. maddesinde yer alan haklara bir müdahalenin var olduğunu kabul etmek gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu tespiti yaptıktan sonra müdahalenin hukuka uygunluğunu tartışmış ve belirtilen tarihte kişilerin telefon, e-mail ve internet kullanımının takibinin yapılabileceği yönünde herhangi bir düzenlemenin ulusal mevzuatta veya Kolej yönetim enstrümanlarında bulunmadığını belirterek, yapılan müdahaleyi AİHS'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen müdahale gerekçeleri kapsamında değerlendirmemiş ve yapılan işlemlerin sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir¹³⁸.

¹³⁸ Copland/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 62617/00, 03.07.2007.

AİHM nezdinde tartışılan konulardan bir tanesi de haberleşmeye saygı hakkının, kişinin kendisine ait olmayan örneğin ofis telefonu veya devletin kendisine sağlamış olduğu araçlarla yapmış olduğu haberleşmenin de sözleşme kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Bu noktada karar vermek için AİHM'nin Kopp/İsviçre kararına bakmak daha sağlıklı olacaktır. Başvurucu İsviçre'de avukat olarak görev yapmaktadır. Eşi ise aynı ülkede hem Federal Konseyin (Federal Council) üyesi hem de Federal Polis ve Adalet Departmanının (Federal Department of Justice and Police) başındadır. Başvurucunun eşinin görev yaptığı departmanda, gizli bilgileri ihtiva eden evrakların kurum dışına kimin sızdığının tespit edilmesi bahsiyle soruşturma başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında başvurunun bürosunda bulunan telefonu ile özel telefonunun; eşinin özel ve iş yerinde kullandığı telefonlarının (başvurucunun eşinin ofisinde iş için kullandığı gizli hatlı telefonda dahil) dinlenmesine karar verilmiştir. Soruşturma tamamlanmış ve Federal Mahkeme başvurunun eşi Mrs. Kopp'u suçsuz bulmuştur. Mr. Kopp soruşturma kapsamında yapılan iletişimin tespiti işleminin AİHS'nin 8. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme öncelikle, bir avukatın bürosundan yapıyor olsa dahi, iş yerlerinden yapılan telefon görüşmelerinin de AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel yaşam ve haberleşmenin gizliliği kapsamında olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu tür müdahalelerin AİHS'nin 8. maddesine aykırı olabilmesi için öncelikle, "hukuka uygunluk" şartını daha sonra ise "demokratik bir toplumda gereklilik" şartını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerektiğini vurgulamıştır. Başvuran, İsviçre yasalarında bir avukatın telefonun dinlenmesi/kontrol edilmesi yönünde bir kanuni düzenleme olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme telefon iletişimine yapılacak her türlü müdahalenin bir kanuna dayalı olması gerektiğini vurgulamıştır. Hükümet başvurunun bu iddiasını kabul etmemiştir. Çünkü yapılan işlem kapsamında elde edilen tüm kayıtlar imha edilmiş ve soruşturma makamlarının bilgisine sunulmamıştır. Ayrıca Hükümet, yapılan işlemin ülkelerinde o tarihte yürürlükte bulunan FCPA'nin (Federal Criminal Procedure Act) 66 ve 77. maddeleri kapsamında gerçekleştirildiğini belirtmiştir. Mahkeme öncelikle iletişimin dinlenmesi neticesi elde edilen verilerden ziyade, böyle bir müdahalenin varlığıyla ilgilendiğini vurgulamıştır. Mahkeme hükümetin ulusal mevzuatlarında dinlemeyle

ilgili kanuni düzenleme olduğunu kabul etmektedir. FCPA'nın 66. maddesinde üçüncü bir kişinin (third party) şüpheli veya sanık hakkında bilgi verebileceği yönünde artan bir varsayım varsa, bu kişinin telefonlarının izlenebileceği düzenlenmiştir. Lakin, FCPA'nın 77. maddesinde ise avukatların profesyonellikleri çerçevesinde delil vermeleri/göstermeleri istenemez hükmü mevcuttur. Mahkeme ayrıca telekomünikasyonun, teknolojiyle paralel olarak gelişme gösterdiği ve bu haliyle kompleks bir yapısının bulunduğu, bu nedenle de bu tür tedbirlerin örneğin soruşturma makamları tarafından verilen telefon dinleme emrinin, bağımsız bir otorite olan hakim tarafından onaylanması gibi koruyucu tedbirlerin (safeguards) bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme İsviçre kanunlarında yetkili otoritelerin yeterince açık bir şekilde belirtilmemiş olması sebebiyle, başvurunun demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü tarafından sağlanan minimum derecede dahi korumaya tabi kılınmadığından ve yukarıda açıklanan diğer nedenlerden ötürü AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir¹³⁹.

AİHM'nin gerek yukarıda incelenen kararları gerekse de Klass ve diğerleri /Almanya kararı çerçevesinde mahkemenin haberleşmeye saygı hakkının genel manada kriterlerini nasıl çizdiğini görebiliriz.

- 1- Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen haklara yapılan müdahale haklı ve gerekli midir? Mahkeme bir çok kararında bu soruyu cevaplamak için yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini sorgulamaktadır.
- 2- Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen müdahalenin gerekçeleri, bireyin en temel haklarına müdahale niteliği taşıdığından *dar yorumlanmalıdır*.
- 3- Devletler 8. madde kapsamında alacakları tedbirlerin yanında bu tedbirlerin uygulanmasında oluşabilecek keyfi ve art niyetli davranışların meydana gelmesini önlemek için hukuksal anlamda gerekli *koruyucu tedbirleri* (hâkim kararı, yapılan işlemlerin denetimi) almalıdır.
- 4- Müdahale suç soruşturması kapsamında bir tedbir niteliği taşıdığından, tedbirin süreli, yargı organlarının denetimine açık bulundurulması gerekir.

¹³⁹ Kopp/İsviçre Kararı, Başvuru No: 13/1997/797/1000, 27.03.1998, prf. 50-77.

- 5- Kişiler kendilerine uygulanan tedbirden, soruşturmayı tehlikeye sokmamak kaydıyla haberdar edilmelidir (Yavuz, 2005: 242).
- 6- Müdahalenin gerçekleşmesinde *minimis ilkesi* olmadığı için, koruma eşiği yüksektir. Bir mektubun açılması müdahalenin varlığı için yeterlidir (Roagna, 2012: 32).

AİHM'nin haberleşmenin özgürlüğü konusunda vermiş olduğu kararları inceledikten sonra ulusal mevzuatımızda haberleşmeye yapılabilecek müdahalelerin düzenlenmesini Almanya ve ABD'deki düzenlemelerle karşılaştırarak inceleyeceğiz. Ulusal mevzuatımızda iletişimin dinlenmesi adli ve önleme amaçlı olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Ulusal mevzuatımızda telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine yönelik ilk düzenleme 1999 yılında çıkartılan Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda (ÇASÖMK) düzenlenmiştir. Diğer Avrupa ülkeleriyle yapılan karşılaştırmada¹⁴⁰, bireyin özgürlüğüne direkt etki eden bu tür bir müdahale için ulusal mevzuatımızda gerçekleşen düzenlemenin geç olduğunu dile getirmek yanlış olmayacaktır. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin düzenlenmesi, daha sonraki süreçte 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesinde düzenlenmiş ve ÇASÖMK yürürlükten kaldırılmıştır. CMK'daki bu düzenleme adli amaçlı iletişimin tespitine yöneliktir. Önleme amaçlı iletişimin tespiti ise Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Almanya'da da iletişimin tespiti adli ve önleme olmak üzere iki farklı gayeyle yapılmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 (a) maddesinde iletişimin denetlenmesi kapsamında olan suçlar listelenmek suretiyle belirtilmiştir. Alman CMK'nın 100 b/1. maddesine göre iletişimin denetlenmesi kararını verme yetkisi sadece hakime aittir. Gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda savcı veya savcı yardımcıları da bu kararı verebilmektedir. Savcılık gecikmesinde sakınca gördüğü hal üzerine verdiği kararı üç gün içinde hakim onayına sunmalıdır. Hakim tarafından onaylanmayan Savcılık kararları geçerliliğini kaybetmektedir. Almanya'da iletişimin

¹⁴⁰ Karşılaştırmalı hukukta ise bu tedbir İngiltere'de 1985, İtalya'da 1988, Almanya'da 1968, Avusturya'da 1974, Fransa'da 1991 yılında yapılan düzenlemelerle yasal bir zemine oturtulmuştur. (Yavuz, 2005: 236).

denetlenmesi kararı yazılı olmak zorunda olup en fazla üç ay için verilmektedir. Ancak Alman CMK'nın 100 (a) maddesinde yer alan şartların devam ediyor olması durumunda bu süre, her defasında üç aydan fazla olmamak kaydıyla uzatılabilir. (Aksu, 2011: 213-214).

Almanya'da önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, Federal Alman Anayasa'nın 10. maddesinde değişiklik yapan ve 1968'de yürürlüğe giren G-10 Kanunu ile olmuştur. Bu kanunla Federal koruma ve istihbarat teşkilatlarına önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yetkisi verilmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi görevi federal veya eyalet düzeyinde, farklı kurumlar tarafından yerine getirilmektedir. Önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi kararı, yetki verilen kurumların yazılı başvurusu üzerine Başbakan'ın yetkili kıldığı bir Bakan tarafından bazı özel durumlarda ise her eyalette bulunan Anayasa'yı Koruma Teşkilatı'nın en üst düzey yetkilisi tarafından verilmektedir (G-10 Kanunu md. 3). G-10 kanununun 5. maddesine göre önleyici amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri 3 ayla sınırlıdır ve ihtiyaç olması halinde bir 3 ay daha uzatılabilmektedir. Önleme amaçlı elde edilen dinleme verileri en geç 6 ayda bir tetkik edilerek Hakim yetkisine sahip bir makamın gözetiminde, soruşturma açısından gerekli değilse imha edilir. Soruşturma için gerekli olduğuna karar verilenler ilgili birime gönderilir. Almanya'da uygulanan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin en göze çarpan yönü, yapılan işlemin denetimidir. Denetim, Parlamento Komitesinden oluşan özel bir komite veya özel bir Komisyon tarafından gerçekleştirilmektedir. Eğer iletişimin denetlenmesi tedbirine maruz kalan Alman vatandaşı ise, muhalefet partisi üyelerinin de bulunduğu beş parlamenterden oluşan bir komisyon tarafından yapılan işlemler denetlenmekte ve rapor halinde Parlamento'ya sunulmaktadır (Aksu, 2011: 216-220).

ABD'de de iletişimin denetlenmesi adli ve önleme olmak üzere iki şekilde icra edilmektedir. Adli amaçlı dinleme "*Title III of the Omnibus Safe Streets and Crime Control Act 1968*" önleme amaçlı dinleme ise "*Foreign Intelligence*

Surveillance Act of 1978” kanunu kapsamında yerine getirilmektedir¹⁴¹. ABD’de gerek adli gerekse de önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi için hakim onayına gerek vardır. ABD’de adli amaçlı dinlemeler kapsamında olan suçlar liste halinde kanunda gösterilmiştir. ABD’de hâkimden iletişimin denetlenmesi için onay alınırken, mutlaka bu müdahalenin bir *makul sebebe* bağlanması gerekmektedir. Hâkim kararı olmadan iletişimin denetlenmesi kararı kanunda belirtilen görevliler tarafından verilmektedir. Ancak bu karar 48 saat içerisinde hâkim onayına sunulmalıdır. ABD’de iletişimin tespitinin denetlenmesi ise yasama ve yargı denetlemesi olmak üzere iki şekilde yerine getirilmektedir. Adalet Bakanını İdari Ofis’e yıllık rapor sunması yargı denetimi olarak adlandırılırken, Yasama Denetimi ; Adalet Bakanı’nın Kongre’ye yıllık bir rapor sunması yasama denetlemesi olarak adlandırılmaktadır. (Aksu, 2011: 157-184).

6. YERLEŞME VE SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Seyahat özgürlüğü, dolaşım, gidip-gelme, yer değiştirme ve yerleşme serbestliği anlamına gelmektedir (Kaboğlu, 2002: 320). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 13. maddesinde de seyahat özgürlüğü: “Herkes herhangi bir Devletin arazisi dâhilinde serbestçe seyrüsefer ve ikamet eylemek hakkına haizdir. Herkes, kendi memleketi de dahil olduğu halde, herhangi bir memleketi terk etmek ve memleketine tekrar dönmek hakkını haizdir.” şeklinde ifade edilmiştir.

Seyahat özgürlüğü 1982 Anayasasının “Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğü” başlıklı 23. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasadaki hüküm çerçevesinde seyahat özgürlüğünün özneleri yani bu hakkın muhatapları herkeştir. Ancak kanun koyucu bir noktada kendi vatandaşlarını yabancılardan ayrı tutmuştur. Bu durum Anayasanın 23. maddesinin 5 ve 6. fıkralarında yer almaktadır. Kanun koyucu Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yurda giriş hakkından mahrum edilemeyeceklerini ve kendilerine sınır dışı etme işlemlerinin uygulanamayacağını düzenlemiştir. Suç soruşturması sebebiyle de vatandaşların yurt dışına çıkışının yasaklanması hususlarını, yabancılara kıyasla önceki Anayasa düzenlemesine göre daha ağır

¹⁴¹ Dinlemeyi düzenleyen bir üçüncü kanun daha vardır. Bu da ise “the Pen Registers and Trap and Trace Devices chapter of Title 18” olan ve kısa adı (the Pen/Trap Statute) olarak bilinen “Numara ve Rota Tespit Kanunudur.

şartlara bağlamıştır. Anayasa seyahat etme özgürlüğünü bir tek nedenle sınırlandırmaktadır. Bu da 23. maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra hükmüne göre kişinin seyahat etme özgürlüğü, suç soruşturması, kovuşturması ve suçun önlenmesi amaçlarının varlığı halinde sınırlandırılabilir.

Anayasanın 23. maddesinde düzenlenen seyahat etme özgürlüğü anayasanın yayımlandığı tarihten günümüze kadar iki defa değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin ilki 2001 yılında yapılmıştır. Bu tarihte yapılan değişiklik öncesi madde metni “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ülkenin ekonomik durumu, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilir” şeklindedir. Ancak 2001 tarihli değişiklik sonrasında madde metnindeki “ülkenin ekonomik durumu” ibaresi çıkarılmıştır. 23. madde ikinci defa 2010 yılında da değişikliğe uğramıştır. Bu tarihte yapılan değişiklikle “Vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, vatandaşlık ödevi ya da ceza soruşturması veya kovuşturması sebebiyle sınırlandırılabilir.” şeklindeki hüküm, vatandaşlık ödevi ibaresinin çıkartılmasıyla olmuştur.

Yerleşme özgürlüğü ile seyahat özgürlüğü aslında birbirinden ayrılması mümkün görünmeyen özgürlüklerdir. Zaten gerek Anayasa’da gerekse de AİHS’de bu iki özgürlük birlikte düzenlenmiştir. Çünkü yerleşme özgürlüğü, bireyin kendi istek ve arzusu doğrultusunda serbestçe yer değiştirebilmesi, dilediği yerde oturabilmesi, yaşayacağı konutunu seçerek yerleşme ve yaşama tercihlerinde özgür olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, seyahat ve yerleşme özgürlükleri klasik ve yerleşik kişi özgürlükleri arasında yer almaktadır (Kaboğlu, 2002: 179). Seyahat özgürlüğü -aynı zamanda yerleşme özgürlüğü- AİHS’nin 4 nolu protokolünün 2. maddesinde “Serbest dolaşım özgürlüğü” başlığı altında düzenlenmiştir. Madde metninde seyahat özgürlüğünün sınırlandırılacağı haller; ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak yasayla öngörülmek koşuluyla sınırlandırılabilen hüküm altına alınmıştır. Ülkemiz 4 nolu ek protokolü 19 Ekim 1992’de imzalamış, 23 Şubat 1994 tarihinde onaylanmış ancak protokolün onay belgesi halen tevdi edilmediği için Türkiye bu protokole taraf olamamıştır (SETA, 2015: 276). Türkiye her ne kadar bu

protokolün tarafı olarak kabul edilmemişse de, seyahat ve yerleşme özgürlüklerinin kullanımına getirilen sınırlandırmalar bakımından, 1982 Anayasasının AİHS'nin 4 nolu protokolünden daha özgürlükçü bir yapıda olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü Anayasada bu özgürlüklere getirilecek sınırlandırmalar protokolde yer alanlara göre daha somuttur. Örneğin; protokolde "...ahlakın korunması.." kriteri gerekçesiyle, gerek seyahat gerekse de yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Aslında 1982 Anayasasının 13. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklik öncesinde genel –soyut- sınırlandırmalar yer almaktaydı. Ancak bu genel kriterlerin subjektif ve soyut nitelik taşımaları her daim eleştirilmiş, bu nedenle de bu kriterler Anayasadan çıkarılmıştır. Gözler seyahat etme özgürlüğünün 1982 Anayasasına göre sadece suç işlenmesini önlemek amacıyla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Çünkü madde sayılan özel sınırlandırma sebepleri arasında genel sağlık sebebi bulunmamaktadır. Gözler işte bu nedenle herhangi bir yerleşim biriminde ortaya çıkabilecek salgın bir hastalık sebebiyle kişilerin seyahat etme özgürlüklerinden alıkonulamayacağını belirtmektedir. Bunun temel sebebi ise Anayasanın 13. maddesinde "genel sağlığın korunması" gerekçesi bulunmadığından ve aynı madde de temel hak ve özgürlüklerin anayasada yazılı olan sebeplerle sınırlandırılabilmesi belirtildiğinden seyahat özgürlüğünün salgın bir hastalık sebebiyle sınırlandırılması mümkün değildir¹⁴². Sağlam, Gözler'in bu yaklaşımına katılmamaktadır. Sağlam'a göre anayasanın 23. maddesinde seyahat özgürlüğünün sadece suç soruşturması nedeniyle sınırlandırılabilmesi doğrudur. Fakat anayasanın 17. maddesinde ise *herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına da sahip olduğu*, 56. Maddesinde ise *herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının bulunduğu düzenlenmiştir*. Örneğin, bir yerleşim yerinde tespit edilen salgın hastalık nedeniyle o bölgeye seyahat sınırlandırılabilir. Çünkü seyahat etme özgürlüğü bir diğer hak olan yaşam hakkı ile çatıştığından bu noktada *pratik uyum ilkesi*¹⁴³

¹⁴² http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/gozler.pdf, E. Tarihi: 21.03.2016.

¹⁴³ *Klasik yorum yöntemlerini tamamlayan bir diğer anayasa hukuku yorum tekniği "pratik uyum" (uygun denge) ilkesidir. Anayasanın bütünlüğü ilkesiyle sıkı biçimde bağlantılı olan bu ilke, norm çatışmasını çözmeye yönelik bir yöntemdir. Bu ilkeye göre, anayasa ile korunan birden çok hukuki değerler norm alanının kısmen kesişmesi sonucunda ortaya çıkan çatışmada, bu değerlere belli sınırlar çizilmelidir, belli bir çözüm getirilmelidir ki, her norm somut olayda optimal etki sağlanabilsin, hem temel hak hem de anayasanın koruduğu hukuki değer varlığını ve etkilerini optimal düzeyde koruyabilsin. Burada bir özgürlüğün diğer bir özgürlüğü bertaraf etmesi söz konusu*

gereğince o bölgeye yönelik seyahat etme özgürlüğü belirli bir süreyle sınırlandırılabilir¹⁴⁴.

AİHM, AİHS'ne Ek 4 nolu protokolde düzenlenen “serbest dolaşım özgürlüğünün”, AİHS'nin 5. maddesinde yer alan “özgürlük ve güvenlik hakkı”ndan farklı olduğunu belirtmiştir. İlk etapta kişinin seyahat etme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın, özgürlüğüne yapılacak başka müdahalelerle (yakalama, göz altına alma, tutuklama) benzerlik gösterdiği düşünülse de, her ikisi arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılık “sınırlandırmanın niteliğinden veya esasından” değil, “derece ve yoğunluğundan” kaynaklanmaktadır. Sınırlandırmadaki derece ve yoğunluğun belirlenmesinde ise, alınan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma tarzı gibi etmenler ile devletin alınan tedbirle bireyin hayatına ne kadar müdahil olduğunun belirlenmesi gerekir¹⁴⁵. O halde seyahat özgürlüğü ile ilgili olarak bireyin yaşamına yapılacak her müdahalenin kendi sınırları ve özelinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

2010 tarihinde yapılan değişiklik sonrasında Anayasanın 148/3. maddesiyle herkese, Anayasada güvence altına alınmış ve AİHS kapsamında ülkemiz tarafından kabul edilmiş temel hak ve özgürlüklerin herhangi birinin, kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilme hakkı tanınmıştır. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 45/1. maddesinde ise AYM'nin, yapılacak bireysel başvurulara bakabilmesi açısından, AİHS ve buna ek protokollere “Türkiye'nin taraf olma” şartı getirilmiştir. Yukarıda izah edildiği üzere Türkiye “serbest dolaşım özgürlüğünün” düzenlendiği AİHS'nin Ek 4 nolu protokolüne taraf değildir. Bu durumu nedeniyle Anayasa Mahkemesi seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda kendisine yapılan müracaatları değerlendirememektedir¹⁴⁶. Bu durumun çözümü için 23 Şubat 1994 tarihinde onaylanmış olan Ek 4 nolu protokolün bir an önce onay metninin

değildir. Her özgürlük, oranlı bir düzeyde korunarak optimal etkilerini sürdürecektir (Yıldızduran 2011: 28).

¹⁴⁴ http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/msaglam.pdf, E. Tarihi: 22.03.2016.

¹⁴⁵ AYM kararı, Başvuru Numarası: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014, prf. 44.

¹⁴⁶ AYM kararı, Başvuru Numarası: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014, prf. 49-55.

Türkiye'ye tevdi edilerek ülkemizin protokole taraf olmasının sağlanması gerektiği kanaatindeyiz.

7. DÜŞÜNCE VİCDAN VE DİN ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü herkesi kapsar. Bu özgürlük, sadece düşünce ve dini yaşamını özgürce yaşamayı değil, din veya inancını değiştirme, tek başına yaşama, öğretim ve açığa vurma özgürlüklerini de kapsamaktadır (Keser, 2014: 143). Din ve vicdan özgürlüğü AİHM tarafından da Avrupa kamu düzeninin temel unsuru olan demokrasinin en temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ancak din ve vicdan özgürlüğünün yaşayabilmesi de tanıma, çoğulculuk ve tarafsızlık anlayışını benimsendiği demokrasilerde mümkündür.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü AİHS'nin 9. maddesinde yer almaktadır. Sözleşme gereğince, kişinin bu özgürlüğünün sınırlandırılması belirli kriterlere bağlanmıştır. Bunlar; kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Sözleşme ayrıca bu kriterlerin mevcudiyetini başka iki genel kriterlerde çevrelemiştir. Bu genel kriterler ise, demokratik bir toplumda zorunlu olma ve sınırlamanın yasayla yapılmasıdır. AİHS'nin 9. maddesinin bir ve ikinci fıkraları birlikte tahlil edildiğinde sözleşmenin, bireyin inancını yaşaması ve zorlamanın olmaması yönünde negatif yükümlülüğü; devletin bireyin bu haklardan faydalanmasını garanti altına alması bakımından ise pozitif yükümlülüğü düzenlediği görülmektedir (Keser, 2014: 144). Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 1, 2 ve 3 numaralı fıkralarında da herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu, herkesin bireysel veya aleni olarak dini özgürlüklerini yaşayabileceği ve bu özgürlüğü nedeniyle herhangi bir baskıya maruz bırakılmayacağı düzenlenmiştir.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün 1982 Anayasasının 23 ve 24. maddeler olmak üzere iki farklı madde de düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Her ne kadar düşünce ve din özgürlüğü Anayasada iki farklı madde de düzenlenmiş olsa da, içerikleri itibariyle farklı olmadıkları görülmektedir. Herkesin dini inanç ve düşünce özgürlüğüne sahip olduğu, hiç kimsenin düşüncesini açıklama ve dini inancını

yaşamaktan alıkonulamayacağı Anayasada düzenlenmiştir. Anayasa ile AİHS arasında, bu özgürlüklerin sınırlandırılma kriterleri bakımından farklılık mevcuttur. AİHS’de düşünce, vicdan ve din özgürlüklerinin yaşanması ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın, ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlandırılabilirdiği düzenlenmiştir. Ancak 1982 Anayasasında bu sınırlandırma kriterlerine yer verilmemiş, kanun koyucu Anayasanın 14. maddesine atıf yaparak, bu özgürlüklerin yaşanmasının 14. madde de belirtilen düzenlemelere aykırı olamayacağı vurgulanmıştır. Anayasanın 14. maddesinde ise hiçbir özgürlüğün, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma, insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlama saikinin bulunmayacağı düzenlenmiştir. 14. madde de ayrıca, Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerden hiçbirinin, Anayasada yer alan sınırlandırmalardan daha geniş bir şekilde yorumlanarak sınırlandırılmayacağı veya yok edilemeyeceği vurgulanmıştır.

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü hem Anayasada hem de AİHS’de yer alan düzenlemeler çerçevesinde birlikte ele almaya çalışacağız. Her iki düzenlemede de kişilerin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olduğu belirtilerek devletin negatif yükümlülüğüne atıf yapılmıştır. Öncelikle şunu belirtmekte fayda görmekteyiz ki, AİHM din kavramını veya hangi inanışın din kavramı kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda bir açıklama yapmaktan çekinmiştir. Ancak Mahkeme her ne kadar bir akımın, bir inanışın din olarak tanınmasını kendi görev tanımı dışında görse de, Mahkemeye yapılan başvurular, Mahkemeyi bir dinin tanınmasından ziyade hangi inanış veya akımın Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında olduğuna karar vermesini gerektirmektedir. Böyle zaruri durumlarda Mahkemenin bir akım veya inanışın din olarak kabulü için bazı ölçütler geliştirdiğini göstermektedir. Bu ölçütlerden ilki, ana akım din olarak değerlendirilenler, Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında kabul edilebilecektir (Murdoch, 2013: 17-18).

AİHS’nin 9. maddesinde ve Anayasanın 24/3. maddesinde, kişinin dini inancını açıklamaya zorlanamayacağı yer almaktadır. Başvuran S. I., bu maddelere dayanarak nüfus cüzdanında din için ayrılmış özel bir hane bulunduğunu ve

Müslüman olmamasına rağmen bu bölümde “İslam” ibaresinin yazılı olduğunu belirtmiştir. Başvuran, bu savlarla yerel mahkemeye başvurarak “İslam” yerine “Alevi” ibaresinin yazılmasını talep etmiştir. Başvuru üzerine yerel mahkeme Diyanet İşleri Başkanlığı’ndan konu hakkında bilgi talebinde bulunmuştur. Diyanet İşleri Başkanlığı Hukuk Danışmanı, Aleviliğin bağımsız bir din veya İslam mezhebi olarak kabul edilemeyeceğini savunmuş, Aleviliğin İslam’ın sufizminden etkilenen ve belirli kültürel özellikler taşıyan bir yorum olduğunu ifade etmiştir. Yerel Mahkeme başvuranın kararını reddetmiş, temyiz aşamasında Yargıtay’da ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Başvuran bunun üzerine AİHM’ne başvurarak, nüfus cüzdanı üzerinde yer alan ve zorunlu olarak doldurulan bu ibare yüzünden inancını açığa vurmaya mecburiyetinde bırakıldığını, bu durumda AİHS’nin 9. maddesinin ihlal edilmesi anlamına geldiğini savunmuştur. Mahkeme, Sözleşmenin 9. maddesinin bireylere dini inançlarını yaşama özgürlüğünü tanıması yanında, inançlarını ifşa etmeme hakkını da verdiğini belirtmiştir. Bu bağlamda nüfus cüzdanlarının kişilerin dini inançlarını açıklamak için kullanılmayacağını, nüfus cüzdanı gibi sık kullanılan bir belgenin gösterildiği idari makamlar tarafından ayrımcılık aracı olarak kullanılabileceğini savunmuştur. Hükümet 2006 yılında yerel mevzuatta değişiklik yapıldığını, nüfus cüzdanlarında din hanesinin ilgilinin istemi üzerine boş bırakılabileceğini ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, nüfus cüzdanında din bölümünün bulunmasının ve bu bölümün boş olmasının da ilgili kişi için farklılık oluşturacağını ve diğer kişilerden kolaylıkla ayırt edilerek ayrıma tabi tutulma ihtimalinin bulunduğunu belirtmiştir. Tüm bu açıklamalar çerçevesinde AİHM başvuranı haklı bularak uygulamanın AİHS’nin 9. maddesine aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Mahkeme bu kararı oy birliğiyle vermemiştir. Karşı oy kullanan hâkim gerekçesinde, başvuranın, ilk talebinin nüfus cüzdanındaki İslam ibaresi yerine Alevi ibaresinin yazılması olduğunu, bunun kabul edilmemesi halinde o bölümün boş bırakılmasını istediğini belirtmiştir. Hakim yerel mevzuatta 2006 yılında yapılan değişiklikle (isteyenlerin din ibaresi yazılı hane boş bırakılabileceği), başvuranın mağdur sıfatını kaybettiğini ve arzu etmesi halinde davaya konu talebinin yerel makamlarca yerine getirilebileceğini belirtmiştir¹⁴⁷.

¹⁴⁷

<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m9/Isin-Karar.pdf>,

E. Tarihi:

AIHM'nin yukarıda ele alınan kararının yanında kişinin dini inancını ifşa etmesinin kabul edilebilir bulunduğu iki durumun bulunduğunu da kabul etmektedir. Bunlardan ilki, devletin bir kamu hizmetinin gereği olarak adaylardan, sadece o kamu hizmetinin gereklerine aykırılık teşkil etmesini önlemek amacıyla dini inançlarını açıklama talebinde bulunabilir. Ancak bu durum, kişinin böyle bir beyanda bulunmasından ötürü, ayrımcılığa tabi tutularak o kamu hizmetine alınmasına engel teşkil etmemelidir. İkinci durum ise, kişiden ulusal hukukta yer alan inanç temelli bir ayrıcalıktan faydalanma amacıyla, dini inancını beyan etmesi istenebilir. Örneğin ulusal mevzuatta bazı dine mensup olanların askerlik hizmetinden muaf tutulacağına dair bir düzenleme mevcut ise (Murdoch, 2013: 19).

Din ve inanç özgürlüğünün bireysel yönünün yanında kolektif bir özelliği de bulunmaktadır. AIHS'nin 9. maddesinin birinci fıkrasında "...tek başına veya topluca ... ayin yapmak suretiyle.." ifadesi; Anayasanın 24. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "...dini ayin ve törenler serbesttir." ifadesi, din ve inanç özgürlüğünün kolektif yönünü göstermektedir. Bu noktada AIHM'nin verdiği Moldovya kararına bakmak faydalı olacaktır. Mahkeme Moldovya'da bulunan Metropolitan Bessarabia Kilisesinin, Moldovya hükümeti tarafından tanınmaması nedeniyle kendisine yapılan başvuruyu incelemiştir. Yapmış olduğu inceleme neticesinde Mahkeme, Moldovya hükümetinin kiliseyi tanımamasının, kilise görevlilerinin çalışamayacağı ve kiliseye mensup olan kişilerin ibadet edemeyeceği anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, Moldovya hükümetinin bu tutumunu Sözleşmenin 9. maddesine aykırı bulmuştur¹⁴⁸.

Anayasanın din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesinin dördüncü fıkrasında din ve ahlak eğitim ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı; din kültürü ve ahlâk öğretimi dersinin ilköğretimler için zorunlu dersler arasında olacağı; bunun dışındaki din öğretiminin kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlı olacağı düzenlenmiştir. Din eğitiminin ilköğretimde zorunlu olması yönündeki bu düzenleme kamuoyunda zaman zaman tartışılmaktadır. Bu düzenleme AIHM nezdinde de dava konusu yapılmıştır.

18.01.2016.

¹⁴⁸ Metropolitan Bessarabia Kilisesi/Moldovya kararı, Başvuru No: 45701/99, 27.03.2002.

AİHM’nce ortaya konulan karar incelenmeden önce örnek teşkil etmesi bakımından Federal Almanya, Fransa ve ABD’nin anayasalarında din eğitimi hakkındaki düzenlemeleri inceleyeceğiz.

Din eğitimi Federal Almanya Anayasasının (FAA) 7. maddesinde düzenlenmiştir. FAA’nın 7/1. maddesinde öncelikle, bütün okul rejimlerinin devletin denetimi altında olduğunu düzenlemiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında çocukların din eğitimine katılıp katılmayacağı velilerin takdirine bırakılmıştır. FAA 3. fıkrasında din dersinin mezhepsiz okullarda olağan derslerden olacağını belirtilmiştir. Bu fıkra ile din derslerinin mezhep bağılılığı bulunan okullarda bir nevi zorunlu olacağı düzenlenmiştir. Bunun yanında aynı fıkroda din dersinin dinsel toplulukların temel ilkeleriyle uyumlu bir şekilde verilmesi, hiçbir öğretmenin iradesine aykırı olarak din dersi vermeye zorlanamayacağı düzenlenmiştir. Fransa Anayasası laik bir devlet olduğunu tıpkı bizim Anayasamız gibi 1. maddesinde açık bir şekilde belirtmiştir. Bu nedenle Fransa Anayasasında din eğitimiyle ilgili olarak herhangi bir düzenleme mevcut değildir. ABD Anayasası’nda da din eğitimi hakkında herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

8. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Düşünce özgürlüğü denildiğinde akla öncelikle hukuk gelse de aslında o, kendini ilk anda hukukla göstermez. Çünkü düşünce ilk etapta kişinin iç dünyasında belirir (Kaboğlu, 1993: 45). Bu sebeple özgür düşünmenin varlığı daha doğrusu tartışma konusu yapılabilmesi düşüncenin birey tarafından açıklanması ile mümkündür. Bu açıklamalar çeşitli yöntemlerle olabilir. Yazının icadından önce sözle ifade edilen düşünce daha sonraki süreçte söylev, yazı veya resim yoluyla ifade edilmiştir. Hangi yol ve yöntemlerle ifade edilirse edilsin geçmişten günümüze düşüncenin özellikle yazar ve bilim insanları tarafından açıklanması zaman zaman bireyin devletle karşı karşıya gelmesine neden olmuştur (Özbey, 2013: 42).

İfade özgürlüğüne farklı anlamlar yüklenmektedir. Bazı düşünürler ifade özgürlüğünü, insanların kendi düşüncelerini başkalarına aktarma olarak tanımlarlarken , diğerleri bir düşüncenin barışçı yollarla dışa vurumunun serbest olması şeklinde yorumlamışlardır (Erdoğan, 2003: 35). Ancak düşünce özgürlüğünü

çok daha geniş anlamda görenlerde vardır. Düşünce özgürlüğünü sadece açıklama, düşünceyi yayma olarak değil, her türlü bilgiye ulaşabilme, bunlar arasında tercih yapabilme ve istediklerini söyleyip istemediklerini söylememe şeklinde anlamlandıranlar da olmuştur (Bozkurt ve Dost, 2002: 47). AİHS ve Anayasanın 26. maddesi incelendiğinde, düşünce özgürlüğünün sadece açıklama yapma değil aynı zamanda ulaşma/elde etme yönüyle de düzenlendiği görülmektedir.

Düşünce özgürlüğü AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre herkes düşüncesini açıklamakta özgürdür. Bu özgürlük sadece ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına göre sınırlandırılabilir. Ancak sayılan bu kriterlerden bir veya birkaç tanesinin varlığı düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli değildir. Bunların yanında bu kriterlerin, demokratik bir toplumda uygulanması zorunlu tedbirler niteliğinde olması gereklidir.

1982 Anayasasında ise düşünce özgürlüğü 26. maddede düzenlenmiştir. Bu madde 2001 yılında değişikliğe uğramıştır. Değişiklikle eski metnin 3. fıkrasında yer alan dil yasağı kaldırılmıştır. Ayrıca 26. maddenin ikinci fıkrasına düşünce özgürlüğüne getirilen sınırlandırmalara “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” kriterleri eklenmiştir. Yeni düzenleme ile getirilen kriterlerin muğlaklığı sebebiyle düşünce özgürlüğünün önündeki engeller artmıştır (Fendoğlu, 2002: 118). Belirtmek de fayda var ki 1961 Anayasası düşünce özgürlüğüne 1982 Anayasasında olduğu gibi açık bir sınırlama getirmemekteydi. 1961 Anayasasının 11/2. maddesinde “kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamaz” hükmü mevcuttu. Acaba bu hüküm düşünce özgürlüğünü de kapsamakta mıdır sorusu sıklıkla gündeme gelmiştir. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, düşünce özgürlüğünün de bazı kayıtlamalara tabi olduğunu belirtmiştir (Kaboğlu, 1993: 49).

AİHM, demokratik bir toplumun mevcudiyeti ve devamı için ayrıca her bireyin gelişimi açısından düşünce özgürlüğünün önemini vurgulamıştır¹⁴⁹. Toplumların sadece teknolojik açıdan değil, ekonomik, beşeri ve sosyal açıdan gelişmesi o düşüncenin açıklanmasıyla mümkündür. İçsel dünyasındaki düşüncelerini açıklayamayan bilim insanlarının sayısı veya onların düşünceleri açıklamamasını sağlayan bir devlet yönetimi mevcut olsaydı, belki de biz bu çalışmayı bilgisayarla değil hala daktilo ile hazırlıyor olacaktık. İşte düşünce özgürlüğünün önemi burada ortaya çıkmaktadır. Ancak bu önem beraberinde yeni bir sorunu da getirmektedir. Düşünce özgürlüğü hiçbir şekilde sınırlandırılmamalı mıdır?

Toplumsal hayatın her geçen gün daha da karmaşık ve aleni bir hal aldığı günümüzde, düşünce özgürlüğünün sınırsızlığını kabul etmek hem mantıken hem hukuken hem de etik açıdan mümkün değildir. Bu sebeple, demokratik rejimlerin hakim olduğu ülkelerde, çoğulculuk ilkesine uygun, tek-doğru anlayışından uzak, takdir alanının sınırları çizilmiş olarak devlet, nesnel ölçü ve nedenlere dayanarak düşünce özgürlüğünü kayıtlayabilir (Tanör, 1969: 52). Lawson, düşünce özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmaların gelişmeleri olumsuz etkileyeceğine dair fikri, AİHM'nin bir kararına dayanarak, ilginç ama çok mantıklı bir gerekçeyle açıklamaktadır. AİHM 1975 yılında verdiği bir kararında, Avrupa Konseyine üye devletlerin kendi yargı alanlarındaki davalarla ilgili olarak, ceza politikalarında yaşanacak gelişmelerden ve genel kabul edilen standartlardan kaçınılmaz olarak etkileneceğini belirtmiştir (Lawson, 2003: 250). Bu bakımdan Anayasada yer alan düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması düzenlemesini AİHS, AİHM ve ABD Federal Yüksek Mahkeme'sinin içtihatları çerçevesinde incelemeye çalışacağız.

AİHM 1988 yılında yeniden yapılanmıştır. Mahkeme ifade özgürlüğünü önemsemesini göstermek adına ilk kararını ifade özgürlüğü ile ilgili olarak vermiştir (Bıçak, 2003: 268). AİHS'nin 10. maddesinin 1 ve 2. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, düşünce özgürlüğünün kayıtlanma şartlarının üç ana başlıktan oluştuğu görülmektedir. Bunlar; a) Sınırlandırmanın yasada mevcut olması, b)

¹⁴⁹ Handyside/Bireleşik Krallık davası, Başvuru No: 5493/72, 7.12.1976, prf. 49.

Sınırlandırmanın Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen amaçlara uygun olması, c) Sınırlandırmanın demokratik toplum gereklerine aykırı olmamasıdır. Ayrıca AİHM, demokratik bir toplumu belirleyen ilkelere önem vermektedir (Lawson, 2003: 249).

AİHM Sözleşmenin 10/2. maddesinde gösterilen sınırlandırma kriterlerinin “demokratik toplumda gereklilik” şartıyla karşılanmasının sebebini, bireyin özgür ifadesiyle - genel çıkar arasındaki dengenin nerede konumlandırılmasının tespit edilmesi olarak açıklamaktadır. Mahkeme, demokratik bir toplumu belirleyen ilkelere önem vermektedir. İfade özgürlüğü de bu ilkelerin en önemlilerindedir. AİHM, ifade özgürlüğünü sadece hoş karşılanan veya kimseyi gücendirmeyen veya ilgilenmeye değer görülmemeyen değil; aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir bölümünü gücendiren, şoke eden veya rahatsız eden “bilgi” ve “fikirlere” de uygulanabilir bulmaktadır. Çünkü bu tür düşünceler çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş görüşlülüğün bir sonucu olarak, demokratik bir toplumun olmazlarındadır (Lawson, 2003: 253).

Mahkemenin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmalar için aradığı “yasada yer alma” kriteri, sınırlandırmanın yasa metninde yer almasından ibaret değildir. Bu sınırlandırmanın düzenlendiği yasa metninin öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekmektedir.

AİHM'nin ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlandırmalarda aradığı “amaca uygunluk” kriteri ise, Sözleşmenin 10/2. maddesinde belirtilen şartların mevcudiyetiyle ilgilidir. Amaç olarak başkalarının hak ve itibarını veya özel olarak alınmış bilgilerin korunması olabilir. Bu noktada amacın meşruluğunu ortaya koyma sorumluluğu devlete aittir. Devlet, ifade özgürlüğüne getirdiği sınırlandırmanın ikna edici özelliğini kamuoyuna sunmalıdır. Kamuoyunun ikna edilebilmesinin yanında sınırlandırmanın kabul edilebilir olması bakımından “acil bir toplumsal ihtiyacın” gerekliliği ortaya konulmalıdır (Bıçak, 2003: 270). Aksi takdirde muğlak, genel-geçer ve öznel nitelikli sınırlandırmalar bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

AİHM'nin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın kabul edilebilirliğini sağlamak adına aradığı üçüncü kriter “demokratik toplum gerekliliğidir”. Demokratik toplum kriteri, Sözleşmenin önsözünde yer alması ve genel yapısının kritik bir unsuru olması nedeniyle Sözleşmenin en orijinal kriteri olarak kabul edilmektedir (Bıçak, 2003: 269). Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü demokratik bir yönetimin olmazsa olmazıdır. Toplumda yeni fikir ve kanaatlerin oluşması ifade özgürlüğüyle mümkündür. Demokrasinin açık uçlu desantralize süreç özelliği, fikirlerin daha sağlıklı bir şekilde tartışılarak doğru ve yanlışın ayırt edilmesine imkan sağlamaktadır (Erdoğan, 2003: 37). Bu bağlamda demokratik toplumda gereklilik kriteri çerçevesinde, AİHM'nin verdiği Sunday Times / Birleşik Krallık davasını inceleyeceğiz. Sunday Times gazetesi bir ilaç firmasının üretmiş olduğu hapları kullanan bazı hamile kadınların, engelli çocuklar dünyaya getirmesini haber yapmak istemiştir. Ancak kamu otoriteleri bu haberin yayımlanmasına izin vermemişlerdir. Bunun üzerine Komisyona başvuran gazete temsilcileri ve bazı gazeteciler, yapılan müdahalenin AİHS'nin 10. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. AİHD öncelikle gazetenin yapacağı haberlere kamu otoritelerince yapılan yasaklamayı, Sözleşmenin 10/1. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale olarak değerlendirmiştir. Divan daha sonra ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi demokratik toplumda gereklilik kriteri çerçevesinde ele almıştır. Divan öncelikle “gereklilik (necessary)” sıfatının Sözleşme kapsamındaki anlamını açıklamaya çalışmıştır. Sözleşmedeki gereklilik ifadesinin, kaçınılmaz (indispensable) anlamına gelmediği gibi, makul, olağan, yararlı, arzu edilen anlamına da gelmediğini, sadece “acil sosyal bir ihtiyacın” (*pressing social need*) varlığını ima ettiğini belirtmiştir. Divan, Sözleşmenin ifade özgürlüğünü düzenleyen maddesinin sadece bir eserin veya haberin yayımlanmasını değil, aynı zamanda halkın haber alma özgürlüğünü de düzenlediğini ifade etmiştir. İlacın kullanımından muzdarip olan kişilerin, yasaklanma kararı neticesinde, bu haberin yayımlanmasından mahrum kalacağını ifade eden Divan, sadece yargılanmanın etkilenmesi yönünde bir tehlikenin varlığı halinde böyle bir kısıtlamanın kabul edilebilir olduğunu ifade etmiştir. Divan, kamu otoritelerince haberlerin

yayımlanmaması kararının Sözleşmede yer alan ifade özgürlüğüne aykırı bulmuştur¹⁵⁰. Görüldüğü üzere AİHD, demokratik bir toplumda haber alma özgürlüğüne önem vermektedir. Demokratik yönetimlerde halkın haber alma özgürlüğünün engellenmemesi, gerçeklerin gün ışığına çıkmasına ve başta halk olmak üzere tüm kurum ve kuruluşların sağlıklı karar vermesine yardımcı olacaktır.

İfade özgürlüğünün ABD’de de gerek doktrinde gerekse de Mahkeme kararlarında sık tartışılmış olduğu görülmektedir. ABD hukuk sisteminin ifade özgürlüğü konusunda getirdiği kriterlerden bir tanesi “açık ve mevcut tehlike” ölçütüdür. Yargıç Holmes tarafından ilk kez 1919’da doktrine kazandırılan bu ölçütte “kelimelerin açık ve mevcut bir tehlike yaratacak şekilde kullanılıp kullanılmadığı” na dikkat edilecektir. Tehlikenin muhatabı hem bireyler hem de toplum olabilir. Her ikisi açısından veya ayrı ayrı, öne sürülen bir ifade tehlike oluşturuyorsa, bu ifadeye sınırlandırma getirilebilir (Arslan, 2003: 28) . Bireyler bakımından tehlike oluşturan ifadeler konusunda *Chaplinsky v. New Hampshire* kararı örnek niteliğindedir. Gözaltına alınırken polisler “*Siz Allah'ın belası gangstersiniz, belalı faşistsiniz, tüm hükümet olarak faşist ya da faşistlerin ajanısınız*” şeklinde ifadelerde bulunan Walter Chaplinsky, New Hampshire Kanunları gereğince hakaret suçundan mahkum edilmiştir. Fakat Chaplinsky sözlerinin ABD Anayasası'nda yer alan düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunarak, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'ne itiraz etmiştir. Mahkeme ise oybirliğiyle Chaplinsky'nin iddiasını kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, bazı söz ve düşüncelerin -ki bunlar küfür, iftira, şeref ve haysiyet kırıcı nitelikte olanlardır- ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Çünkü Mahkemeye göre bu tür ifadelerin toplumsal barışı bozma tehlikesi her zaman bulunmaktadır. Mahkemenin vermiş olduğu bu karar neticesinde ABD doktrininde hukuken koruma altına alınmayan bu tür ifadeler için "fighting words" ifadesi kullanılmaya başlanmıştır. Bir düşüncenin *fighting words* kapsamında değerlendirilebilmesi için, üç koşulu bir arada karşılaması gerekmektedir. Bu koşullar, bu tür ifadelerin topluma zarar verme ihtimalinin bulunması, toplumsal barışı olumsuz etkileyebilecek karakterde olması,

¹⁵⁰ Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1976, prf. 45-59-66.

ifadenin amacının düşünceyi nakletmek veya açıklamak olmaması şeklindedir (Hakyemez, 2002: 27) .

Yukarıda bireyin düşünce ifadesinin, bireyler bakımından açık ve kesin bir tehlikeyi oluşturmasını ele aldık. Bireyler dışında düşünce ifadesinin topluma yönelik açık ve kesin bir tehlike olma ihtimali mevcuttur. Ancak buradaki sorun toplum yararına bir tehlikenin bulunması kararının neye dayanarak verileceğidir. Nitekim toplumun çıkar ve menfaatleri zaman ve koşul bakımından farklılık arz etmektedir. İşte bu noktada soyut bazı mülahazaların önüne geçmek adına toplum için mevcut olduğu düşünülen tehlikenin dört özelliğinin bulunmasının gerektiği savunulmuştur. Bu bakımdan tehlike “somut”, “ciddi”, “açık” ve “mevcut” olacaktır. Yargıç Holmes tehlikenin varlığının anlaşılabilirliğini desteklemek açısından şu örneği vermiştir. Tamamen dolu bir tiyatro salonunda “yangın var” şeklinde bağırarak açık ve mevcut bir tehlikenin varlığını göstermektedir. Ancak aynı tiyatrodaki sahnede rol gereği bir oyuncunun yangın var şeklinde bağırması, bir tehlikenin mevcut olduğu anlamına gelmeyecektir (Arslan, 2003: 28).

Bir ifadenin içeriğinde bulunabilecek açık ve mevcut tehlikenin varlığı kapsamında yine ABD Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararı incelemek , konunun anlaşılması bakımından önemli olacaktır. Arthur Terminiello isminde anti-komünist ve Yahudi karşıtı bir kişi, ABD’de Yahudileri ve komünistleri hedef alan bir konuşma yapmıştır. Terminiello’nun bu konuşması çevrede bulunan insanlarda rahatsızlık uyandırmış ve bu sebeple Terminiello cezalandırılmıştır. Federal Yüksek Mahkemeye başvuran Terminiello’nun başvurusu dörde karşı beş oyla kabul edilmiş ve mahkumiyet kararı bozulmuştur. Mahkemenin mahkumiyet kararını bozma gerekçesi ise şudur: “*ABD hükümet sisteminde düşünce özgürlüğünün önemi, tartışmalara yol açabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu vakada da halkın hoşnutsuz olması ve tepki göstermesi başvuranın düşüncesini ifade etmesinden kaynaklandığından, bu olayda düşünce özgürlüğü görevini, en iyi şekilde yapmıştır. Bir düşünce ciddi bir zarar konusunda açık ve mevcut bir tehlike yaratmadıkça sansür ve cezalandırmaya tabi tutulamaz.*” (Hakyemez, 2002: 31).

Tüm bu anlatımlar çerçevesinde ifade özgürlüğü, bireysel ve toplumsal manada, açık ve mevcut bir tehlike yaratmadıkça; demokratik bir toplumda bireylerin birlikte güven içerisinde yaşamalarını tehlikeye düşüren “acil bir sosyal ihtiyaç” durumu belirmedikçe sınırlandırılmaması ve bu sınırlandırmanın yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. Bu bakımdan Anayasanın ifade özgürlüğünü düzenleyen 26. maddesinin bu kriterleri kapsayacak şekilde yeniden ele alınması gerekmektedir.

SONUÇ

Çalışmamız neticesinde değişik bölüm ve kısımlarda elde edilen, birey hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesinde anayasal çalışmalara yardımcı olacağını düşündüğümüz sonuçları, maddeler halinde aşağıdaki şekilde belirlemiş bulunmaktayız.

- 1- Bireyin özgürlüğü ile onun daha iyi bir hayat sürmesi için gerekli olduğu belirtilen güvenlik arasında bir denge söz konusu değildir. Denge iki zıt kuvvetler / şeyler arasında geçerlidir ve özgürlük ile güvenlik arasında zıtlık yoktur. Tam tersi birbirleriyle devamlı ilişki içerisinde dirler ve biri diğerinin alternatifi değil tamamlayıcısıdır¹.
- 2- Devletin yerine getirmesi gereken sorumlulukları vardır. Bu sorumluluklar devlet aygıtının ortaya çıkmasına neden olan etmenlerdir. Bu etmenlerin en önemlisi devletin her bir bireyinin güvenliğini sağlamaktır. Devlet haberdar olduğu her hukuk dışı konu ve müdahaleye, vatandaşlarının güvenliğini sağlamak için müdahil olmalıdır. Devletin oluşum nedeni olarak kabul edilen bu sorumluluğunu, bireye yüklemesi (sorumluluğun terki) mümkün değildir².
- 3- 1982 Anayasasının 13. maddesinde birey hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında uygulanacak genel sınırlandırma kriterleri düzenlenmiştir. Bu kriterlerden bazıları farklı şekilde yorumlanabilecek kadar muğlak ve soyut kavramlardır. Birey hak ve özgürlükleri gibi özellikli ve hassas bir alanı ilgilendirecek her şeyin açık ve net olması gerekir. Bunun yanında her hak ve özgürlüğün, kendi içerisinde farklı unsurları barındırması nedeniyle tüm hak ve özgürlükler için geçerli kabul edilebilecek kriterler belirlemektense, AİHS gibi her hak ve özgürlüğün kendi özelliği çerçevesinde sınırlar belirlemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.
- 4- TCK'nun 90. maddesinde deney ve deneme işlemleri düzenlenmiştir. TCK'da yer alan bu düzenlemelerin Anayasadaki dayanağı, 1982 Anayasasının 17. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Fıkroda, "*Tıbbî zorunluluklar*

¹ Detayı için bkz. 1. Bölüm s. 52-60.

² Detayı için bkz. 2. Bölüm s. 78-80.

ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.” hükmü yer almakta, “deneme” işlemine yer verilmemektedir. Doktrinde deney ve deneme işlemlerinin amaç, uygulama biçimi ve uygulanan kişi yönünden farklılık arz ettiği kabul edilmektedir. Bilimsel çalışmaların, insan sağlığı açısından önemi yadsınamaz. Lâkin, kişinin yaşam hakkı üzerinde doğrudan etki eden bu türlü işlemlerin anayasal güvenceye kavuşması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle, Anayasanın 17. maddesindeki düzenlemeyi “bilimsel ve tıbbî deneyler” den ziyade “bilimsel ve tıbbî araştırmalar” şeklinde düzenlenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

- 5- Anayasanın 17. maddesinin son fıkrasında yaşam hakkının istisnaları düzenlenmiştir. Bu istisnalar arasında en dikkat çeken, sıkıyönetim veya olağanüstü durumlarda yetkili merciinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda, meydana gelen öldürme fiillerinin yaşam hakkının istisnası olarak düzenlenmiş olmasıdır. Artık herkes tarafından kabul edilen gerçek şudur ki, 1982 Anayasası düzenlendiği günün koşullarının yansımaları her bir maddesinde göstermektedir. Dünya üzerinde var olan tüm ülkelerin ordu ve kolluk kuvvetlerinin silah kullanma yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki ülkemiz kolluk kuvvetlerine de yasa koyucunun düzenlemeleriyle verilmiştir. Bu yetki gerek Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu ve Jandarma Teşkilatı Kanunu’nda tafsilatlı bir şekilde düzenlenmiştir. Kişinin yaşam hakkını etkileyebilecek bu şekilde bir düzenlemenin demokratik bir ülkenin Anayasasında bulunması kanaatimizce doğru değildir. Bu nedenle 1982 Anayasasının 17. maddesinin son fıkrasının yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.
- 6- Bireyin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkını kullanabilmesi, anayasada yer alan tüm haklarının (yaşam, eğitim, din ve vicdan, düşünce özgürlüğü vb.) korunması ve yasal dayanaktan yoksun bir şekilde sınırlandırılmamasıyla mümkündür. İnsan onuru da tüm bu hakların çekirdeğinde / merkezinde bulunduğundan bireyin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkını sınırsız yaşamasının birinci koşulu, bireyin insanlık

onuruna müdahale edilmemesidir. Öyle ki, 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki genel kısıtlamalardan bile insanlık onuru etkilenmemelidir. Ancak bu şekilde birey anayasada ifade bulan “maddi ve manevi kişiliğini” geliştirebilir. Bu çerçevede insan onuru kavramının anayasada tekrardan ele alınmasında fayda olduğunu düşünüyoruz. Çünkü, bireyin maddi ve manevi kişiliğinin gelişmesinde ve diğer haklarının kullanılmasında hayati öneme sahip insan onuru olgusunun, tıpkı Federal Almanya Anayasasında olduğu gibi anayasanın değiştirilemez hükümleri arasına eklenmesi kanaatindeyiz. Eğer yasa koyucu tarafından temel hakların sınırlandırılmasında genel kısıtlama sebepleri belirlenecekse, zedelenmesi halinde bireyin tüm haklarının yok hükmüne düşeceği kabul edilen hayati öneme sahip bir olgunun, tıpkı “özüne dokunmama” ilkesi gibi bireyin haklarının kullanımının sınırını oluşturması gerekir. Diğer bir ifadeyle insan onuruna dokunmama ilkesinin 1982 Anayasası'nın 13. maddesindeki sınırlandırma ilkeleri arasında sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

- 7- Ülkemizde her ne kadar günümüzde eskiye nazaran daha az rastlanır olsa da işkence ve kötü muamele iddiaları zaman zaman gündeme gelmektedir. İşkence ve kötü muamele yasağı 1982 Anayasası'nda açık bir şekilde yer almaktadır. Ancak bu ifadenin Anayasada yer alması tek başına yeterli değildir. İşkence ve kötü muamele iddialarının minimize edilmesi bakımından kanun koyucunun gerek Anayasa gerekse de diğer hukuki normlarda koruyucu tedbirler olarak adlandırılan düzenlemelere³ yer vermelidir. Bu yaklaşımıyla kanun koyucu, işkence ve kötü muamele yapılabilme alanını / ihtimalini daha da daraltmış olacaktır. Ayrıca yakalanan veya göz altına alınan kişilere fiziki bir müdahalenin (darp veya başka fiziki müdahale) yapılmamış olması tek başına işkence ve kötü muamele yapılmadığını ispat etmekte yeterli değildir. Kişinin böyle bir muameleye maruz kalmadığını göstermenin yanında tutulduğu yerin imkan

³ Koruyucu düzenlemeler için bkz. 3. bölüm s. 178.

ve koşullarının da asgari ölçüde insani yaşam şartlarını taşıması gerekmektedir⁴.

- 8- Kişinin işkenceye maruz kalmasını engelleyecek koruyucu unsurlardan biri olan yakınlarına haber verme ve müdafiden yararlanma düzenlemeleri hakkında eleştirimiz bulunmaktadır. Öncelikle birinci eleştirimiz CMK'nın yakalanan veya gözaltına alınan kişinin durumunun yakınlarına bildirilmesi başlıklı 95. maddesiyle ilgilidir. Bu maddede yakalanan ve göz altına alınan kişilerin yakınlarına ancak Cumhuriyet savcısının emriyle haber verileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme sadece nitelikli suç olarak kabul edebileceğimiz örgütlü suçları değil tüm suçları kapsadığından düzenlemenin değiştirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. İşkence ve kötü muamelenin koruyucu unsurlarından olan “*yakınlarına haber verme*” kuralı, oluşabilecek iddiaların önüne geçmesi bakımından önemlidir. Aynı zamanda anayasada düzenlenmiş bu hakkın herhangi bir kısıtlamaya tabi tutulmadan tüm suçlar bakımından Cumhuriyet savcısının iznine tabi tutulması hakkın kullanımı açısından da sakıncalıdır. Bu düşüncelerle yakınlarına haber verme koruyucu ilkesinin genel olarak değil, sadece soruşturmanın selametini tehlikeye düşürecek durumlar bakımından uygulanmasının, bireyin özgürlüğü ve güvenliği bakımından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Diğer eleştirimiz ise yine koruyucu unsurlardan olan müdafiden yararlanma ilkesinin 1982 Anayasası'nda yer almamış olmasıdır. Yakınlarına haber verme hakkı Anayasada yer almışken, müdafiyile görüşme hakkının Anayasada bulunmaması kanaatimizce bir eksikliklerdir. Bu bakımdan müdafiyile görüşme koruyucu unsurunun Anayasada yer alması gerekmektedir.

- 9- Ülkemizde kişilerin özgürlüğü konusunda sıklıkla dile getirilen bir diğer husus, yargılamanın uzunluğudur. Yargılamanın süre bakımından ele alınmasında dikkat edilen kriterler; elde edilmesi gereken maddi deliller, olay kapsamında suçlanan kişi ve dinlenecek tanık sayısı, uluslararası

⁴ Bu konuda AİHM verdiği birçok karar vardır. Detay için bkz. s. 179.

unsurlar, davanın başka davalarla birleştirilmesi ve yargılama sürecine yapılabilecek müdahalelerdir. Yargı organları, her davanın kendi koşulları içerisinde bu kriterleri değerlendirmelidir. Bu değerlendirme davanın tüm unsurlarıyla ele alınmasını ve kişinin özgürlüğüne en alt seviyede müdahale edilmesini sağlayacak yönde olmalıdır.

Davanın makul sürede bitirilmesini sağlamada, kişilerin de üzerine düşen sorumluluklar bulunmaktadır. Makul sürenin uzama iddiasının tespitinde başvuru yapan kişinin davranışları da önemlidir. Yargılama sürecinde, başvuru yapan kişi veya kişilerin, yargılamanın nihai bir sonuca ermesi amacıyla üzerlerine düşen yükümlülükleri uygun bir biçimde yerine getirilip getirilmedikleri araştırılmalıdır. Örneğin kişi, gereksiz dilekçeler vererek davanın uzamasına neden olabilmektedir. Bu noktada yargı organlarının sanığın taleplerinin yargılamanın uzamasına neden olabilecek durumda olup olmadığını değerlendirerek esasa etkisi olmayacak taleplerin reddi yoluna gitmesi gerekmektedir.

10- Ceza muhakemesinde “masumiyet karinesi” soruşturmanın başlamasından kovuşturmada kararın kesinleşmesine kadar devam eden bir sürecin tamamında geçerli olan bir ilkedir. Fakat soruşturmanın başlangıcında bu ilkenin kuvvetli olduğundan şüphe yoktur. Çünkü kişinin suçluluğu ile ilgili tüm iş ve işlemler bu süreçte daha yoğun yerine getirilmektedir. Ceza muhakemesi maddi gerçeğe ulaşma amacıyla her şeyin yapılabilişliğini kabul eden bir anlayışı benimsememiştir. Suç işlediği savıyla karşı karşıya kalan bireyin mahkeme hükmü ile kesin bir şekilde suçlu olduğu kabul edilmeden suçlu sayılmaması şeklinde kabul gören masumiyet karinesi, suç soruşturma ve kovuşturmasının insan onuruna yaraşır bir şekilde yürütülmesini temin etme amaçlıdır. Bu amaca ulaşmada izlenecek yol ve yöntemlerin (susma hakkı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, ispat yükü, tutuklulukta makul süre, hukuka aykırı delillere dayanma yasağı vb.) hukuk devleti ilkesini benimseyen her devletin pozitif hukukta yer vermesi gerektiği mutlaktır. Aksi takdirde birey a priori olarak güçlü kabul ettiğimiz devletin karşısında her daim suçlanmaya maruz kalabilecek pozisyonda olabilecektir. Bu bakımdan, suçlu olduğu düşünülen her bireyin suçsuz olduğu kabul edilerek maddi gerçeğin ortaya

çıkartılmasını sağlamak amacıyla, bağımsız ve tarafsız organlar tarafından soruşturulmasını sağlamak hukuk devleti ilkesini benimseyen her devletin yerine getirmesi gereken bir yükümlülüktür.

11- Devletin yükümlülükleri yanında bireylerin de toplumsal yaşamın gerekliliği bakımından yerine getirmesi gereken yükümlülükleri bulunmaktadır. Bireyin özgürlüğü toplumsal yaşamın bir neticesi olarak düzenin ve güvenliğin sağlanması amacıyla kısıtlanabilir. Anayasalar bireyin özgürlüğünü kısıtlayan bu düzenlemeleri genel manada düzenlemelidir. Kanunlarla da anayasalarda yer alan düzenlemeler spesifik hale getirilerek, kişilerin bir arada güvenli bir şekilde yaşamaları temin edilmeye çalışılmalıdır. 1982 Anayasası'nın 19/2. maddesinde *"..usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması.."* şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme kişilere yurda girişte uymaları gereken yükümlülükler getirmektedir. Kişi bu düzenlemelere uyma yönünde sorumlu tutulmuş, aksi halde yakalanacağı veya tutuklanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kişinin özgürlüğünü kısıtlayacak olan düzenlemelerin karşılığı olan yükümlülüklerin, herkesin anlayabileceği ve ulaşabileceği şekilde başta devletlerin anayasaları olmak üzere, hukuk normlarında yer alması gerekmektedir. Aksi durum, bireyin özgürlüğünün keyfi olarak kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

12- Anayasada yakalama tedbiri için gerekli olan şüphe derecesi düzenlenmemiştir. Kanaatimizce Anayasada yakalama tedbiri için bir şüphe derecesi belirtilmemiş olsa da, yakalamanın gerçekleştirilmesi için gereken şüphe, en az makul şüphe olmalıdır. Çünkü Anayasa hâkim kararı olmadan uygulanacak yakalama tedbirinin suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu iki halin mevcudiyeti kanaatimizce Anayasada yakalama için gerekli olan şüphe derecesinin makul (kabul edilebilir) olması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bireyin hak ve özgürlüğünü net bir şekilde kısıtlayan yakalama tedbiri, Anayasadaki düzenleme gereğince evvela hâkim kararıyla icra edilmelidir. Anayasaya yakalamanın hâkim kararıyla da olsa, başka kriterler çerçevesinde gerçekleşmesi için somut ve net gereklilikler konulmalıdır. En basit ifadeyle

tıpkı tutuklama tedbirinde olduğu gibi anayasaya yakalama için de şu şekilde bir ifadenin konulması kanaatimizce gerekmektedir: “*Suçluluğu yönünde hakkında kuvvetli/makul şüphe bulunan*” veya “*suçluluğu yönünde ikna edici bilgi ve belge bulunan kişiler*”. AİHM’nin de bazı kararlarında yakalamanın sadece hâkim müzekkeresine bağlı icra edilmesi yeterli görülmemiş, yakalamaya dayanak teşkil eden somut verilerin de ortaya konulması istenilmiştir.

- 13- Anayasanın gerekçesinde habeas corpus kurumunun, Anayasa’nın 19/8. maddesinde düzenlendiği belirtilmiştir. Habeas corpus kurumunun asıl amacı bireyi yürütme organının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Bu amacın gerçekleşmesi iki farklı şekilde olur. Birincisi, eğer kişinin özgürlüğünden mahrum edilme nedeni hukuka uygun değilse mahkemenin vereceği kararlar kişi serbest bırakılır. İkincisi, kişinin alıkoyma nedeni yasal olsa, onun yargılanmasının olabilecek en makul sürede tamamlanması sağlanır. Habeas corpus başvurusunu özgürlüğünden alıkonulan kişi veya kişi iradesini ortaya koyamayacak durumda ise onun yerine akrabası, veli veya vasisi, herhangi bir arkadaşı da yerine getirebilecek şekilde olmalıdır. Anayasadaki düzenlemeye göre ise (19/8. madde) habeas corpus hakkını sadece özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin kullanması gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm dikkate alındığında anayasa kanun koyucuya habeas corpus hakkının kullanımının sağlanmasında kişi yönünden sınırlama yetkisi vermiştir. Kanaatimizce habeas corpus gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği bakımından çok önemli olan bir kurumun kullanılması hakkının, Anayasa tarafından sadece kişiye değil, tıpkı CMK’da olduğu gibi kişinin yakınlarına ve müdafiyeye de tanınması gerekir. Bu da ancak Anayasa’nın 19/8. maddesine “*hürriyeti kısıtlanan kişi*” ifadesinden sonra getirilecek “*veya kanunda belirtilen diğer kişi veya kurumların*” ifadesinin eklenmesi suretiyle sağlanacağı kanaatindeyiz. Bu düzeltmeyle, kanun koyucuya bırakılan ve bu hakkın kullanımını sağlayacak kişilerin ulusal mevzuatta yer alıp almaması yönündeki takdir etme yetkisi hakkı sınırlandırılmış olacaktır.

14- MOBESE kamera sistemi ülkemizde son yıllarda en küçük yerleşim birimi olan köylerde dahi kullanılmakta olan bir sistemdir. Ülkemizde uzun zamandır kullanılmasına rağmen MOBESE sisteminin nasıl ve ne şekilde kullanılacağı, elde edilen verilerin kimlerin kullanımına açılacağı ve ne kadar süreyle muhafaza edileceğine dair hukuki bir düzenleme bulunmamaktadır. Bireyin kamusal alan dahi olsa, yaşamına etki edecek önemli bir faaliyetin kamu görevlilerinin inisiyatifine bırakılması kanaatimizce doğru değildir. Bu nedenle kanun koyucu en kısa sürede var olan bu hukuki boşluğu giderecek düzenlemeyi yapmalıdır.

Özgürlük bahşedilmemiştir ve bireyin dışında hiç kimseye ait değildir. O sadece bireyin kendisinde vardır ve birey yaşadığı sürece var olacaktır. Özgürlük belki de insanların zihninde farklı şekilde anlamlandırılması nedeniyle “tehlikeli” kabul edilebilecek bir kavramdır. Maalesef tecrübelerimiz göstermiştir ki, birey “iğne kendisine batırıldığında” hep özgürlükten yana söylemleri tercih etmiştir. Ama özgürlüğe konu bir başkası olduğunda, bu tutumu tam tersi olmuştur. Güvenlik, bireylerin özgürlüklerini yaşayabildiği durumdur. Devlet bireylerin özgürlüklerini yaşayabilmesi için vardır ve bunu hukukun çizdiği, değiştirilebilir, denetlenebilir güvenlik uygulamalarıyla sağlamalıdır. Özgürlük ve güvenlik ne biri diğerinin yerine tercih edilebilecek ne de biri diğerine üstün gelecek kavramlardır. Bu nedenle devlet güvenliği bir araç olarak kullanarak bireyin özgürlüğünü yaşayabilmesine yardımcı olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Arı, Tayyar (2002), *Uluslararası İlişkiler Teorileri*, Alfa Basım, İstanbul.
- Aristo (2014), *Politika*, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitapevi, İstanbul.
- Arslan, Zühtü (2003), “ABD Yüksek Mahkemesi ve İfade Özgürlüğü”, (der. Zühtü Arslan), *ABD Yüksek Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü*, Liberal Düşünce Topluluğu, 3-44.
- Aydoğdu, Emine (2005), *Teşkilatı Esasiye’ den Günümüze Anayasalar*, Palme Yayıncılık, Ankara.
- Barak, Aharon (2012), *Proportionality- Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press.
- Bastiat, Frederic (2003), *Hukuk*, (çev. Yıldırım Arsa), Liberte Yayınları, Ankara.
- Berlin, Isaiah (2002), “Two Concepts of Liberty”, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, (Ed.) Henry Hardy, New York: Oxford University Press, s. 166-217.
- Cengiz, Serkan, Demirağ, Fahrettin, Ergül, Teoman, McBride, Jeremy, Tezcan, Durmuş (2008), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları*, Şen Matbaa, Ankara.
- Çakmut, (Yenerer), Özlem (2003), *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Dinç, Güney (2009), *Uluslararası Belgeler Açısından Özel Yaşam*, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Şen Matbaa, Ankara.
- Doğru, Osman (2006), *İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, Legal Yayıncılık, İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi, Erman, Sahir (1986), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku-Genel Kısım Cilt II*, Beta Basım, İstanbul.
- Dutertre, Gilles (2003), *Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları, E. Tarihi: 03.09.2015.
- http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf
- Ergül, Ergin (2015), *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Bireysel Başvuru Yolunun Anatomisi*, Ankara.
- Eflatun (2005), *Devlet*, çev. Yağmur Reyhani, Akvaryum Yayınevi, İstanbul.

- Erdoğan, Mustafa (2003), *Dersimiz Özgürlük*, Pınar Yayınları, İstanbul.
- Erdoğan, Mustafa (2008), *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, Liberte Yayınları, Ankara.
- Eroğul, Cem (2002), *Devlet Nedir*, İmge Kitapevi, Ankara.
- Göze, Ayferi (2011), *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Gözübüyük, Şeref A., Gölcüklü, Feyyaz (2011), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitapevi, Ankara.
- Gözler, Kemal (2000), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Kitapevi, Bursa.
- Gözler, Kemal (2007), *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- Gözler, Kemal (2011), *Devletin Genel Teorisi*, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- Gözler, Kemal (2012), *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Basım Yayın, Bursa.
- Haldun, İbn (2007), *Mukaddime*, (Haz. Süleyman Uludağ), Dergah Yayınları, İstanbul.
- Hakeri, Hakan (2011), *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Harby, Catharina, Mole, Nuala (2001), *Adil Yargılanma Hakkı*, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan hakları kitapçıkları, Almanya, (14.11.2015).
- www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/.../AIHS_mad6_AdilYargılanma.pdf
- Hayek, Friedrich A. (2012), *Hukuk Yasama ve Özgürlük*, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul.
- Hobbes, Thomas (2014), *Leviathan*, çev. S. Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- İnceoğlu, Sibel (2008), *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, Beta Basım, İstanbul.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (1989), *Kolektif Özgürlükler*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. (2002), *Özgürlükler Hukuku*, İmge Kitapevi, Ankara.
- Kant, Immanuel (2002), *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara.
- Kapani, Münci (2011), *Politika Bilimine Giriş*, Bilgi Yayınevi, Ankara.

Keser, Hayri (2014), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Devletin Pozitif Sorumlulukları*, Adalet Yayınevi, Ankara.

Kilkelly, Ursula (2001), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Almanya, (10.11.2015).

http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad8_OzelYasam.pdf

Kombe, Jean-François Akandji (2008), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi, Belçika, (28.12.2015).

www.yargitay.gov.tr/.../AIHS_Kapsaminda_Positif_Yukumlulukler.pdf

Korff, Douwe (2006), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Belçika: İnsan Hakları El Kitapları, No. 8, (18.12.2015).

www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/.../AIHS_mad2_YasamHakki.pdf

Kuçuradi, Ioanna (2009), *Uludağ Konuşmaları-Özgürlük Ahlak Kültür Kavramları*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Özkan Matbaacılık, Ankara.

Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe (2009), *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım Yayım, İstanbul.

Kuzu, Burhan (1997), *Ülkemizde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği*, Filiz Kitapevi, İstanbul.

Locke, John (2012), *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme*, çev. F. Bakırcı, Eabil Yayınları, Ankara.

Metin, Yüksel (2002), *Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayınları, Ankara.

Montesquieu Baron de (2014), *Kanunların Ruhu Üzerine*, çev. F. BALDA), Hiperlink Yayınları, İstanbul.

Macovei, Monica (2002), *Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Avrupa İnsan hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitabı No:5, Council of Europe, Almanya: Digital Imagery, (16.12.2016).

www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/.../ozgurluk_guvenlik.pdf

- Murdoch, Jim (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*, çev. S. Cengiz, Şen Matbaa, Ankara.
- Özbek, Veli Özer, Kanbur, Mehmet Nihat, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker (2010), *Türk Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Pettit, Philip (1998), *Cumhuriyetçilik: Bir Özgürlük ve Yönetim Teorisi*, çev. A. Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- Reid, Karen (2000), *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri*, Scala Yayıncılık, İstanbul.
- Reidy, Aisling (2002), *İşkencenin Yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan hakları el kitapları*, Almanya, (30.11.2015).
- www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi.../iskencenin_yasaklanmasi.pdf
- Roagna, İvana (2012), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması -Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları*, çev. A. Gül Alkış Schäling, Strazburg.
- Rousseau, J. J. (2010), *Toplum Sözleşmesi*, Türkiye İş bankası Yayınları, İstanbul.
- Sağlam, Fazıl (1982), *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları (506) - S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları (4).
- Sandıklı, Atilla (2012), *Güvenlik, Savaş, Barış ve Çatışma Çözümleri*, Bilgesam Yayınları, İstanbul.
- Smaers, Greet (2001), *A Silent Revolution in Strasbourg: The Legal Protection of Prisoners by The European Convention on Human Rights, s.246-283, Resolving The Tension Between Crime and The Human Rights-An Evaluation of European and South African Issues*, Edited by: Jeremy Sarkin, Yves Haeck, Johan Vande Lanotte, Antwerpen, Maklu.
- Soysal, Mümtaz (1990), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul.
- Sunay, Reyhan (2001), *Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Anayasasında İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Pano Ofset, Ankara.
- Şenel, Alaeddin (2004), *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara.

- Şenocak, Zarife (1998), *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Divan Kitapevi, Ankara.
- Tanör, Bülent (1962), “*Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*”, Öncü Kitabevi, İstanbul.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz (2004), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Sancakdar, Oğuz, Önok, Rıfat Murat (2006), *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Tunçel, Ahu (2010), *Cumhuriyetçi Özgürlük*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Uslu, Cennet (2011), *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar-İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, Liberte Yayınları, Ankara.
- Yayla, Atilla (2000), *Özgürlük Yolu Hayek'in Sosyal Teorisi*, Liberte Yayınları, Ankara.
- Yılmaz, Aytekin (2001), *Çağdaş Siyasal Akımlar*, Vadi Yayınları, Ankara.
- Yüksel, Saadet (2015), *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, Alfa Basım Yayım, İstanbul.
- Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy (2012), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması - Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları*, çev. S. Cengiz, Strazburg.

Makaleler

Alpaslan, Berk (2010), “Masumiyet Karinesi”, ss.1-42, (21.10.2015).

http://alpaslanyurttas.av.tr/attachments/berk/adil_yargilanma_hakki.pdf

Anayurt, Ömer (2008), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında İşkence Kavramı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S.1-2, ss. 421-459, (10.10.2015).

http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/12_16.pdf

Araç, İbrahim, İba, Şeref (2003), “Türkiye'de Yasa Önerisi Hazırlama ve Norm Koyma Tekniği”, *AÜ SBF Dergisi*, C. 58, S. 53, ss. 35-59.

Arslan, Zühtü (2002) (a), “Postmodern ve İnsan Hakları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 56-1, ss. 1-22.

Arslan, Zühtü (2002) (b), “Temel Hak ve özgürlüklerin Sınırlandırılması: Anayasanın 13’üncü Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, *Anayasa Yargısı*, C.19, ss. 139-155.

Arslan, Zühtü (2006), “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk”, *Polis Bilimleri Dergisi*, 8 (2), ss.121-136.

Arslan, Zühtü (2008),”Güvenlik ve İnsan Hakları Arasındaki Kırılgan Denge”, *Güvenlik Sektörü Yönetişimi: Türkiye ve Avrupa*, TESEV, s.25-42, (08.03.2015).

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/arslan.pdf

Ayan, Sezer (2007), “Siyasi yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, Cilt 8, Sayı 2.

Atak, Songül (2007), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı”, *Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, ss. 105-127.

Atakan, Arda (2010), “Friedrich Müller’in Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı Teorisi Üzerine Bir İnceleme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.16, ss. 3-27, (29.09.2015).

http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClterdersi/2010C.16S.3-4/Arda_Atakan_3-27.pdf

Aydın, Vahdettin (1998), “1982 Anayasası Çerçevesinde Özel hayatın Gizliliğinin Korunması”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler fakültesi Dergisi*, S. 3, ss.185-198.

Bal, Hüseyin (2014), “Pozitif Özgürlüğün Zorunlu Paternalizmi”, *Turkish Studies - International Periodical For The Languages, Literature and History of Turkish or Turkic*, C. 9/1, ss. 63-75, (14.10.2015).

http://www.turkishstudies.net/Makaleler/1776416598_05BalH%C3%BCseyin-trh-63-75.pdf

Başak, Cengiz (2002), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Gözaltında İnsan Hakları İhlalleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 51, S. 4, ss. 41-72, (03.09.2015).

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2002-51-04/AUHF-2002-51-04-Basak.pdf>

Başbüyük, İsa (2010), “Türk Ceza Kanunda İşkence Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, Özel Sayı, sa. 1443-1485, (22.03.2016).

<http://webb.deu.edu.tr/hukuk/english/dergiler/dergimiz-12-ozel/3-kamu/8-isabasbuyuk.pdf>

Bıçak, Vahit (2003), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü” – (Avrupa Birliği Yolunda Düşünce ve İfade Özgürlüğü Uluslararası Sempozyumu’nda sunulan tebliğ), Yayın yeri: “*Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*” (Editör: Bekir Berat Özipek), Liberal Düşünce Topluluğu Yayınevi, Ankara.

Bilge, Burak (2014), AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, ss.367-406.

Bilgin, Pınar (2010), Güvenlik Çalışmalarında Yeni Açılımlar: Yeni Güvenlik Çalışmaları, *Stratejik Araştırmalar*, ss. 69-96.

Birtek, Fatih (2013), “Cumhuriyet Savcısının Delilleri Ve Fiili Takdir Yetkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 19, ss. 953-990, (03.03.2015).

<http://dspace.marmara.edu.tr/bitstream/handle/11424/2240/5000001567-5000000703-PB.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Bozlak, Ayhan (2013), “Kamusal Bağlamda Özel Hayatın Korunması: ABD Federal Yüksek Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, *TBB Dergisi*, ss. 55-92.

Bozkurt, Enver, Dost, Süleyman (2002), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü ve Türkiye”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*, C. 7, S. 1, ss. 47-74.

Can, Osman (2005), “Belirlilik İlkesine Anayasal Bakış”, *AÜEHFD*, C. 9, S. 1-2, ss. 89-125.

Caniklioğlu, Dikmen, Meltem (2008), “Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008, ss. 9-58.

Cengiz, Serkan (2011), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yaşam Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 93, ss. 383-404.

- Çağlar, Selda (2012), “Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye’de Erişebilirlik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2) , ss. 541-598.
- Çakın, Akın (2008), “Yasa Yapma Süreci ve Sosyal Kontrol - (Şeffaflık ve Katılım)”, *Yasama Dergisi*, S. 9, ss. 57-73, (10.12.2015).
- www.yasader.org/web/yasama_dergisi/2008/.../Yasa_Yapma_Sureci.pdf
- Çapar, Selim, Yıldırım, Şükrü (2012), “Hobbes ve Locke’un Devlet Düşüncesine Katkıları”, *Türk İdare Dergisi*, S. 474.
- Çelik, Özge (2010), “İsaiah Berlin’in Pozitif özgürlük kavramı ve Eleştirdiği Pozitif özgürlükçü Yaklaşımlar”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 3, ss. 159-186.
- Çetin, Halis (2002), “Liberalizmin Tarihsel Kökenleri”, *C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, ss. 79-96, (16.12.2015).
- <http://iibfdergi.cumhuriyet.edu.tr/archive/liberalizmin%20tarihsel%20k%C3%B6kenleri.pdf>
- Çiçek, Erol (2007), “AİHS Madde 6 Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukunda Uygulanması”, *TBB Dergisi*, S. 72, ss. 234-246, (21.10.2015).
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-359>
- Doğru, Osman (2008), “Devletin Sorumluluğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde Pozitif Yükümlülükler”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu*, Danıştay Matbaası, ss.193-210.
- Dedeoğlu, Gözde (2004), Gözetleme, Mahremiyet ve İnsan Onuru, *TBD Bilişim Dergisi*, S. 89, (22.03.2016).
- http://www.academia.edu/10003353/G%C3%96ZETLEME_MAHREM%C4%B0YET_ve_%C4%B0NSAN_ONURU
- Demir, Sertif (2009), “Avrupa Güvenlik Mimarisinin Tarihsel Gelişimi ve Türkiye’nin Bu Güvenlik Mimarisindeki Yeri”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Yıl:5, S. 9.
- Dinç, Güney (2005), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, *TBB Dergisi*, Sayı 57, ss.283-306, (21.10.2015).
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-57-127>

- Erdoğan, Mustafa (2003), “Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif, *Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti*”, Bekir Berat Özipek (ed.), Ankara: Cantekin Matbaası, s.35-45.
- Erkol, Zerrin, Büken, Bora, Yılmaz, Rıza, Erkol, Hayri (2006), “Kahramanmaraş İlinde Cezaevi Ölümleri”, *Adli Tıp Dergisi*, 20(3): 18-23, (10.09.2015).
www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_20_3_18_23.pdf
- Ermeýdan, İdris (2014), “Yargıtay Kararları Işığında Meşru Savunmada Sınırın Aşılması”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, S. 3, s. 131-170, (15.10.2015).
<http://oaji.net/articles/2015/1621-1423640935.pdf>
- Eroğul, Cem (1974), *Marksist Devlet Kuramı Hakkında Bir Not*, (16.12.2015).
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/414/4562.pdf>
- Ertan, F. Temuçin, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarında Laiklik”, *Atatürk Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi*, C. 10, S. 39, s. 409-423, (17.11.2015).
<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ankuayd/article/view/5000003225/5000003745>
- Eryılmaz, Bedri, “İfade Özgürlüğü Açısından Türkiye Aleyhine Açılan Davalarda Avrupa İnsan hakları Mahkemesince Verilen Kararların Özetleri ve Türk Hukuku ve Uygulamacıları İçin Anlamı”, *Polis Bilimleri Dergisi*, C. 2 (7-8).
- Eşitli Aygün, Ezgi (2013), “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *TBB Dergisi*, S. 104, ss. 225-246.
- Fendoğlu, H. Tahsin (2002), “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, (18.11.2015).
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/fendoglu.pdf
- Feyzioğlu, Metin (1999), “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 48, S. 1-4, ss. 135-163. (21.10.2015).
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf>

Fırat, Engin (2014), “Toplanma Özgürlüğü ve Sınırları Toplumsal Olaylara Müdahalenin AIHS’nin 3. Maddesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *TAAD*, Yıl:5, S. 19, ss. 745-795, (09.12.2015).

<http://www.taa.gov.tr/indir/toplanma-ozgurlugu-ve-sinirlari-toplumsal-olaylara>

Gold, D. A., C. Y. H. LO, E. O. WRIGHT, “Marksist Kapitalist Devlet Teorilerindeki Son Gelişmeler”, *Birikim Dergisi*, ss. 40-45, (16.12.2015).

http://www.birikimdergisi.com/images/UserFiles/images/Spot/70/21/marksist_kapitalist_devlet_teorilerindeki_son_gelismeler_david_a_gold_clarence_y.h.lo_eric_olin_wright.pdf

Gökcan, Hasan Tahsin, (2010), “Gizli Kamera Kaydı Delil Olarak Kabul Edilebilir Mi?”, *Terazi- Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl. 5, S. 42, Ankara.

Gölcüklü, Feyyaz (1994) (a), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama”, *AÜSBF Dergisi*, C. 49, S. 1, ss. 199-234, (15.10.2015).

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5268.pdf>

Gölcüklü, Feyyaz (1994) (b), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, *AÜSBF Dergisi*, C. 49, S. 3, ss. 199-208, (15.10.2015).

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/465/5323.pdf>

Gören, Zafer (1992), “Türk Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 9, ss. 165-184, (03.09.2015).

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg9/zgoren.pdf

Gören, Zafer (2007), Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl: 6, S. 12, ss. 39-59.

Gözler, Kemal (1990), “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları- Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 47, S. 1, s. 31-67, (29.09.2015).

<https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAAahUKEwjSnMHk4q7IAhWEXRoKHcCRCWs&url=http%3A%2F%2Fwww.ankarabarusu.org.tr%2Fsiteler%2Fankarabarusu%2Ftekmakale%2F1990-1%2F4.pdf&usg=AFQjCNHI6ZEakKTYmXQQPSWzHqgsFIzjIA>

Gözler, Kemal (2014), “Sulh Ceza Hakimliği ve Tabi hakim İlkesi”, S. 130, ss. 46-49.

Güleç Soyer, Sesim (2014), “Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerinde Etkisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 15, ss. 1393-1464.

Hafızoğulları, Zeki, Özen, Muharrem (2009), “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 67, S. 4, ss. 9-22, (21.03.2016).

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2009-4/1.pdf>

Hakyemez, Yusuf Şevki (2002), “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, S. 57 (2), ss. 17-40.

İçel, Kayıhan (1975), Haberleşme Özgürlüğü, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 41, S. 1-2, s. 71-107, (21.03.2016).

<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004646/1023004237>

Kaboğlu, İbrahim Ö. (1993), *Düşünce Özgürlüğü (Avrupa Ölçütleri ve Türkiye)*, Düşünce Özgürlüğü ve 1982 Anayasası konulu konferansta yapılan konuşma metni.

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2df5f91a6529474_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi

Kaboğlu, İbrahim Ö. (1996), “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı“, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.17-18, ss. 36 (14.01.2016).

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/2a626e15f266c54_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi

Kaboğlu, İbrahim Ö (2002), "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal tepkiye", *Anayasa Yargısı*, (09.03.2015).

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg19/kaboglu.pdf

Kahraman, Erkut Güçlü (2014), “Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1, 2014, ss. 123-150.

Kaplan, İbrahim (1994), "Kanun Yapma Sanatı ve Tekniği", *A.Ü. SBF Dergisi*, C:47, No.1-2, ss. 97-101, (10.12.2015).

dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/454/5137.pdf

Kaşıkkara, M. Serhat (2009), "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı", *TBB Dergisi*, S. 84, ss. 231-259, (21.10.2015).

<http://www.ihtk.adalet.gov.tr/makale/serhatkarakis.pdf>

Karakehya, Hakan (2009), "Gözetim ve Suçla Mücadele: Gözetimin Tarihsel Gelişimi ile Yakın Dönemde Gerçekleştirilen Hukuki Düzenleme ve Uygulamalar Bağlamında Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58 S. 2, ss. 319-357.

Katoğlu, Tuğrul (2011), Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar, *Ankara Barosu Dergisi*, ss. 19-33, (21.03.2016).

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-4/2011-4-1.pdf>

Kaya, Esra (2006), Özel Hayata Gizli Bakış, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006-6, s. 32, (21.11.2015).

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/dergi/hukuk-gundemi-dergisi/hgd2006-3.html>

Kaynak, Ali Osman (2007), "Uluslara Uluslararası Sözleşmeler Işığında Adil Yargılanma Hakkı ve İç Hukukumuzla Karşılaştırması", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 65, S. 1, ss. 120-143, (21.10.2015).

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2007-1/10.pdf>

Kazancı, Eker ,Behiye (2012), "AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması", *TBB Dergisi*, ss. 75-104.

Keskin, İbrahim (2014), "Cumhuriyet Başsavcılığı Kurumunun Tarihsel Gelişimi Avrupa Ülkeleri İle Ülkemizdeki Yapısı", *Adalet Dergisi*, S. 48, ss. 48-81, (05.03.2015).

http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/48.sayi/3_ibrahim_keskin.pdf

- Keskin, Serap (2002), “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliğine İlişkin Anayasal Değişiklikler”, *IUHFM*, C. LX, S. 1-2, ss. 49-61.
- Kılıç, Ramazan, Demirçelik, Mine (2011), “Mülkiyet Kavramının Tarihsel Gelişimi Sürecinde Ortaçağ ve Reform Hareketi”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 30, ss. 181-190, (16.12.2015).
- <http://birimler.dpu.edu.tr/app/views/panel/ckfinder/userfiles/17/files/DERG /30/181-190.pdf>
- Kılınç, Ümit (2014), “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, *TBB Dergisi* (110).
- Kılıçoğlu, Mustafa, Şenocak, Kemal (2010), İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensiplerinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Ankara, ss. 181-211.
- Koparan, M. Reşat (2006), Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, (09.11.2015).
- <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>
- Kocaağa, Köksal (2006), Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: X, S: 1,2, s. 33-54, (22.03.2016).
- http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/10_2.pdf
- Kurt, Senem (2006), “Hayek’in Özgürlük ve Adalet Teorisi” , *ZKÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S. 3, ss. 199-213.
- Lawson, Rick (2003), “İfade Hürriyetini Güvenceye Almak: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Üç Eğilim” , Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İfade Hürriyeti, Bekir Berat Özipek (ed.), Ankara: Cantekin Matbaası, ss. 247-266.
- Özbey, Özcan (2013), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, *TBB Dergisi* (106), s. 41-92, (15.02.2015).
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-110-1347>
- Metin, Yüksel (2010) (a), “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı*, (06.03.2015).
- http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/doc_dr_yuksel_metin.pdf

Metin, Yüksel (2010) (b), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler*, C. 7, S. 27, ss. 111-132, (06.03.2015).

<http://www.uidergisi.com.tr/wp-content/uploads/2013/02/avrupa-insan-haklari-sozlesmesi.pdf>

Miş, Nebi (2011), “Güvenikleştirme Teorisi ve Siyasal Olanın Güvenikleştirilmesi”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 6, S. 2, ss. 345-381.

Nomer, Mert (2014), “Yaşama Hakkına Saygı Nedeniyle Ölümü İstemek -Pretty - Birleşik Krallığa Karşı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, ss. 41-55.

Orhan, Özgüç (2012), J. J. Rousseau’da Genel İrade Kuramı, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, ss. 1-25, (28.03.2016).

<http://www.flsfdergisi.com/sayi14/1-25.pdf>

Özbilen, Arif Barış (2013), “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12, S. 24, ss. 99-124.

Özdemir, Hayrunnisa (2009), “Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1–2, ss. 285-303.

Özkul, Fatih (2014), “Anayasalarımızda Laiklik İlkesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, (10.09.2015).

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-4/7.pdf>

Özcan, Burcu G., Özel, Çağlar (2007), “Kişilik Hakları- Hasta Hakları Bağlamında Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Çıkan Hukuki İlişkide Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü ve Aydınlatılmış Rızaya İlişkin Bazı Değerlendirmeler” , *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, C. 10, S. 1, ss. 49-73.

Özman, M. Aydoğan (1978), “Avrupa İnsan Hakları Divanınının 1978 Yılında Verdiği Kararlar”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 35, S. 1-4, ss. 195-218, (10.10.2015).

<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1978-35-01-04/AUHF-1978-35-01-04-Ozman.pdf>

Pekcanitez, Hakan (1997), “Medeni yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, ss. 35-55, (20.10.2015).

<http://kutuphane.izmirbarosu.org.tr/img/19972.pdf>

Poroy, M. A. (2006), “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük, İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, *İstanbul Barosu Dergisi*, S. 2006/3, ss. 1005-1011.

Rumpf, Christian (1993), “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, ss. 25-48.

Özbilen, Arif Barış (2013), “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalenin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl:12 S. 24, ss. 99-124.

Saldırım, Mustafa (2008), Cumhuriyet Savcısının Hukuki Sorumluluğu, (06.03.2015).

<http://saldirim.com/yeni/wp-content/uploads/2013/11/Cumhuriyet-savc%C4%B1sn%C4%B1n-hukuki-sorumlulu%C4%9Fu.pdf>

Salihpaşaoğlu, Yaşar (2013), “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XVII,S. 3, ss. 228-266.

Şahin, Mehmet (2008), “Yasal (Meşru) Savunma”, *TBB Dergisi*, S. 75, ss. 284-332.

Şahin, Ali (2011), “Siyasal Düşünceler Tarihinde “Sınırlı Devlet” Fikrinin Kadimliği ya da Genel Kamu Hukuku Bağlamında İnsan, Özgürlük ve Devlet İktidarı Algısındaki Evrilme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, Y. 2011, S. 3.

Şahbaz, İbrahim (2004) (a), “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *TBB Dergisi*, S. 54, ss. 178-216, (28.03.2016).

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66>

Şahbaz, İbrahim (2004) (b), “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, S. 55, ss. 201-225, (23.10.2015).

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-55-89>

- Şahbaz, İbrahim (2008), AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, *Anayasa Yargısı* (25), (27.02.2015).
- http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ibrahim_sahbaz.pdf
- Şık, Hüseyin (2013), Suçsuzluk Karinesi, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C. 1, S. 1, ss. 103-145.
- Şimşek, Suat (2012), “AİHM İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri”, *Sayıştay Dergisi*, S. 84, s.1-24, (16.02.2015).
- http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29365_95.pdf
- Şirin, Yelım Nur (2004), “12 Eylül 1980 İhtilali Sonrası Türkiye’deki Siyasal Değişim”, *Mevzuat Dergisi*, S. 82, (21.11.2014).
- <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/10a/01.htm>
- Tank, Mehmet (2011), “Meclisin Kanun Yapma Usulü ve Düzenleyici Etki Analizi”, *TAAD*, C. 1, Yıl:2, S. 6, ss. 141-180.
- Tanrıver, Süha (2004), “Hukuk Yargısı (Medeni Hukukta) Adil Yargılama Hakkı”, *TBB Dergisi*, S. 53, ss. 191-215, (28.03.2016).
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-53-44>
- Tanrıver, Süha (2013), Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, *TBB Dergisi*, ss. 11-35, (11.10.2015).
- <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-104-1240>
- Telli, Kutlay (2011), “İnsan haklarının Gelişiminde Uluslararası Kamu Örgütlerinin Rolü Etkinlik ve Eksiklik Denklemi”, *TAAD*, C. 1, Yıl: 2, S. 5, ss. 397-418.
- Topaloğlu, Mahir (2007), “Çocuk Koruma Kanunda Tedbirler Sorunu”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 81, S. 4, ss. 1647-1660.
- Tosun, Cengiz Murat (2010), “Liberalizm ve Sosyal Darwinizm Karşısında John Rawls Felsefesi”, *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 10, ss. 81-94, (21.11.2014).
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal_liberalizm

Uğur, Hüsamettin (2010), “Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, ss. 300-334, (29.08.2015).

<http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2010-91-662>

Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmmez (2015), “İnsan Üzerinde Deneye ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6 Özel Sayı, ss. 165-206.

Uzun, Fatih Burak (2014), “AİHM Kararları Doğrultusunda Devletin Yaşama Hakkına Müdahalesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 88, S. 2, ss. 162-183.

Ülgen, P. (2010), “Ortaçağ Avrupa’sında Feodal Sisteme Genel Bakış” , *Mardin Artuklu Üniversitesi Mukaddime Dergisi*, S. 1, ss.1-18, (04.10.2014).

<http://mukaddime.artuklu.edu.tr/article/download/5000070279/5000064903>

Ünal, Şeref (1995), Anayasa Hukuku ve Milletler Arası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesinin 32. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Ankara, (21.03.2016).

http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg11/serefunal.pdf

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı (2012), *Yüksek Mahkeme Cumhuriyet Başsavcılığı Kurulmasına Dair Öneri (Anayasa Değişiklik Çalışmalarına Esas Olmak Üzere)*, Ankara, E. Tarihi: 01.02.2016.

http://www.yargitaycb.gov.tr/belgeler/site/documents/ANAYASA_7.pdf
06.03.2015

Yavuz, Hakan (2005), “Ceza Yargılamasında Bir Koruma Tedbiri Olarak “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *TBB Dergisi*, S. 60, ss. 235-262.

Yenisey, Feridun, Nuhoglu, Ayşe (2015), “Tutuklama Kurumunun Uygulanması Hakkında Görüşler”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 125-126, ss. 1-22.

<http://law.bahcesehir.edu.tr/wp-content/uploads/2015/02/PROF.-DR.-FER%20DUN-YEN%20SEY-VE-PROF.-DR.-AY%20ELU-TARAFINDAN-3%20ALI%20EMAYA-%20BOL%20C%20EK%20N-YAPILAN-DE%20EREND%20RME.pdf> Tarih:31.10.2015

Yılmaz, Ejder (1972), “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1972/XXIX 1-2, ss. 255-288.

Yılmaz, Ensar (2012), “Laiklikle İlgili Maddelerin 1961 Anayasası’nda Yer Alış Süreci ve Müzakereleri”, *Akademik İncelemeler Dergisi*, C. 7, S. 2, ss. 63-91.

Zevklier, Aydın (1983), “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, *DÜHFD*, S. 1.

Yüksek Lisans ve Doktora Tezleri

Adanalı, Yurdağül (2011), “Kamu Tercih Teorisi Bağlamında Kültür ve Kültürel Haklar”, Kültür Bakanlığı Araştırma ve Eğitim Genel Müdürlüğü-Uzmanlık Tezi, Ankara, E. Tarihi: 13.01.2016.

<http://www.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/31159,yurdaguladanalipdf.pdf?0>

Aksu, Muharrem (2011), Özgürlük Güvenlik Dengesinde Önleyici Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Değerlendirilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Doktora Tezi, Isparta.

Çapan, Ali (2011), Isaiah Berlin’in Özgürlük Düşüncesi: Negatif-Pozitif Özgürlük Ayırımı, Doktora Tezi.

Çakıroğlu, Mehmet (2008), “Türk Anayasa Hukukunda Kişi Hürriyeti ve Güvenliği”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Kocabaş, Sadık (2009), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı -Yüksek Lisans Tezi.

Özyurt, Gülnur (2006) , *Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukukumuzda Etkisi*, Süleyman Demirel Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi.

Pınarbaşı, Mesut (2014), *Özel Hayatın Korunması Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin Hukuksal Sınırları*, Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Bilimleri Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Sağ, Musa (1996), 3842 Sayılı Yasa Değişikliği Işığında Tutuklama, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.

Şahin, Kemal (2008), Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı-Doktora Tezi, İstanbul.

Şen, Murat (2007), Kişi Hak ve Hürriyetlerinde Devletin Pozitif Yükümlülüğü, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı-Yüksek Lisans Tezi.

Tenruh, İsmail (2013), AİHS' nin 5. Maddesi Çerçevesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği ve Tutuklama, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı-Yüksek Lisans Tezi.

Yıldız, Mine (2004), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Yaşam Hakkı ve Sınırları, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı -Yüksek Lisans Tezi, Isparta, E. Tarihi: 14.11.2015.

<http://eprints.sdu.edu.tr/175/1/TS00341.pdf>

Yıldızturan, Şerife İlgin (2011), Anayasa Mahkemesinin Yorumlu Ret Kararları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü- Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, E. Tarihi: 21.03.2016.

acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/6446/serife_ilgin_yildizturan_tez.pdf

Yüksel, Hatice (2010), Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, başbakanlık Uzmanlık Tezi, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı.

Mahkeme Kararları

Yargıtay Kararları

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, Esas : 2012/29290, Karar : 2013/27219, Karar Tarihi: 20.11.2013, E. Tarihi: 06.03.2015.

<http://www.hukukvehayat.org/makul-suphe-olmadan-yapilan-aramada-elde-edilen-delil-kullanilamaz-647h.htm>

Yargıtay 13. Ceza Dairesi, Esas: 2011/17629, Karar No: 2011/6976, E. Tarihi: Tarih:28.09.2015.

<http://www.adalet.org/ckarar20.php?baslangic=1540&anahtar=bknojpycni u&id=>

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Esas No :2013/16791, Karar No :2014/516, E. Tarihi:3
1.10.2015.

<http://www13.gazetevatan.com/dosya/sike-karar-yargitay.pdf>

Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 22.12.2008 gün ve 6112-14285 sayılı kararı, E. Tarihi:
14.10.2015.

https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0CDwQFjAGahUKEwiI-7R19LIAhUMaRQKHR9fBbg&url=http%3A%2F%2Fyargitay.gov.tr%2Fabproje%2Fbelge%2Fsunum%2Frt2%2FErel_iskenceKararlar.pps&usg=AFQjCNFZI-Kn63_5H7PNsChsbhS5kG9elw&bvm=bv.105454873.d.bGQ

Yargıtay 8. Ceza Dairesi 11/10/2005, 14107-9402 sayılı kararı, E. Tarihi:
14.10.2015.

https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjopr2d8uPLAhXCAxoKHS6mA7MQFggBMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.yargitay.gov.tr%2Fabproje%2Fbelge%2Fsunum%2Frt2%2FErel_iskenceKararlar.pps&usg=AFQjCNH8BIpkYkvhetlWf75W0eMuB8FrTA&sig2=SzPNsUF6cuhB9VKHKEBwRQ

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Esas: 2013/9105, Karar: 2013/30731, E. Tarihi:
18.01.2016.

web.e-baro.web.tr/uploads/39/yargitay102014site.doc

Anayasa Mahkemesi Kararları

Esas Sayısı: 1962/208, Karar No: 1963/1, Karar tarihi: 4/1/1963, E.
Tarihi:29.08.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/567614ad-be8c-4147-b8ff-97a1d6ac37bc?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1963/128, Karar No: 1964/8, Karar tarihi: 28/1/1964, E. Tarihi:
28.08.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a34330a1-f933-4562-9605-66c572f1daa6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1963/132, Karar sayısı : 1966/29, Karar günü : 28/6/1966.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b95ec65c-f13d-4bcd-a586-4f2b970f58c3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> E.
Tarihi: 11.11.2015

Esas Sayısı: 1970/53, Karar Sayısı: 1971/76, Karar günü : 21/10/1971, Resmi Gazete tarih/sayı: 15.6.1972/14216, E. Tarihi: 05.09.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4f6b81fd-f24d-473b-b53f-ae14dfa6a989?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1976/27, Karar sayısı: 1976/51, Karar günü: 18 ve 22/11/1976, E. Tarihi:29.08.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a4d6154f-629c-4f0f-b674-57f2f47555f6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı : 1984/14, Karar Sayısı : 1985/7, Karar Günü : 13/6/1985.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/8ba95e72-84ff-4073-b7f9-ab2b2405edc3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1985/8, Karar Sayısı: 1986/27, Karar Günü: 26.11.1986, E. Tarihi:01.09.2015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a941ca57-4abb-4226-9308-42fe0a147c8e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1987/16, Karar Sayısı: 1988/8, Karar Günü: 19.4.1988, R.G. Tarih-Sayı : 23.08.1988 – 19908, E. Tarihi:30.08.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/e1ab641e-5d79-48a1-80f6-68c5e15a206e?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1989/1, Karar Sayısı: 1989/12, Karar Günü: 7.3.1989, E. Tarihi:30.08.02015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/152e95a6-8e5c-4e9e-ae1a-197acdaefe66?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1988/50, Karar Sayısı: 1989/27, Karar Günü: 23.6.1989, E. Tarihi:01.09.2015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f72d5fe9-86e6-4f39-ac7b-147e5ef22a64?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 1997/41, Karar Sayısı: 1998/47, Karar Tarihi: 14.7.1998, E. Tarihi: 22.10.2015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6d3332d3-d9fb-4547-ab1c-b14b26879fb4?excludeGerekce=True&wordsOnly=False>

Başvuru Numarası: 2013/8517, Karar Tarihi: 6.1.2015, E. Tarihi: 08.03.2015.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/01/20150127-10.pdf>

Esas Sayısı:2006/142, Karar Sayısı: 2008/148, Karar Günü: 24.9.2008, E. Tarihi: 28.10.2015.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/12/20081225-5.htm>
[08.03.2015](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2008/12/20081225-5.htm)

Esas Sayısı: 2006/105, Karar Sayısı: 2009/142, Karar Günü : 8.10.2009, E. Tarihi:21.10.2015

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/01/20100108-17.htm>

Esas Sayısı : 2014/36, Karar Sayısı : 2015/51, Karar Tarihi : 27.5.2015, R.G. Tarih-Sayı :10.06.2015-29382, E. Tarihi: 20.03.2016.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Başvuru No: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.2.2014, E. Tarih: 23.10.2015.

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-58-139>

Başvuru No: 2014/6192, Karar Tarihi: 12/11/2014, E. Tarihi: 18.03.2016.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/02/20150221-13.pdf>

Esas Sayısı: 1973/37,Karar sayısı: 1975/22, Karar günü:11, 12, 13, 14 ve 25 Şubat 1975, Resmi Gazete tarih/sayı:3.12.1975/15431, E. Tarihi: 01.09.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/a9052651-20b0-4cdd-adf9-10e14869c599?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı : 2014/36, Karar Sayısı : 2015/51, Karar Tarihi : 27.5.2015, E. Tarihi: 01.09.2015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/c03385ce-d1d6-49fd-8393-1382ebd7445f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Esas Sayısı: 2014/57, Karar:2014/81, Karar Günü:10.04.2014, E. Tarihi: 21.11.2016.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140514-21.pdf>

Esas Sayısı: 2012/146, Karar Sayısı :2013/93, Karar Günü : 17.7.2013, R.G. Tarih-Sayı: 25.04.2014-28982, E. Tarihi: 21.10.2015

<https://www.google.com.tr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=0CDYQFjAEahUKEWjj2P7OgtjIAhXF7RQKHcgaBrg&url=http%3A%2F%2Fwww.kararlaryeni.anayasa.gov.tr%2FUploads%2F2013-93.doc&usg=AFQjCNFxtCe1fZuhUIJbeUYz-5wjBbihXQ>

Başvuru Numarası: 2013/2116, Karar Tarihi: 23/1/2014, E. Tarih:21.10.2015.

http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/kararYeni.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000799&content=

Esas Sayısı: 2013/30, Karar No: 2014/13, Karar Tarihi:29.1.2014, E. Tarih:22.10.2015.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140912-9.pdf>

Başvuru Numarası: 2013/4458, Karar Tarihi: 25/6/2015, R.G. Tarih/Sayı: 19/9/2015-29480, E. Tarih:22.10.2015

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/235fbcece019-41ac-be42-53cfdbfb29de?wordsOnly=False>

Başvuru Numarası: 2013/760, Karar Tarihi:12.03.2015, R.G. Tarih- Sayı: 16/5/2015-29357, E. Tarihi: 28.03.2016.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/f1e89593-5078-4cc2-8d12-b4095ef379ab?wordsOnly=False>

Başvuru Numarası: 2012/1051, Karar Tarihi:20.2.2014, E. Tarihi: 21.03.2016.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/9053e69b-9e24-40af-a64e-e7185ce9011b?wordsOnly=False>

Başvuru Numarası: 2012/1051, Karar Tarihi: 20.02.2014, E. Tarihi: 21.03.2016.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/03/20140319-13.pdf>

Esas Sayısı: 2015/32, Karar Sayısı : 2015/102, Karar Tarihi : 12.11.2015, R.G. Tarih-Sayı : 02.12.2015 – 29550, E. Tarihi: 22.03.2016.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4ac39987-bd76-4a6b-a2e6-8ceffd34ee8c?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>

Başvuru Numarası: 2013/99, Karar Tarihi: 20/3/2014, E. Tarihi: 28.03.2016.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/12d76cb7-7250-4ea9-96bf-36b290e204db?wordsOnly=False>

Başvuru Numarası:2014/16838, Karar Tarihi: 9/9/2015, E. Tarihi: 23.11.2015.

<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/0c579684-9750-4982-a6c7-93f2947a202a?wordsOnly=False>

AIHM Kararları

Rotaru/Romanya, Başvuru Numarası: 28341/95, 4. 05. 2000, E. Tarihi: 17.02.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58586#{"itemid":\["001-58586"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58586#{)

Öztürk-Türkiye, 2005, E. Tarihi: 15.02.2015.

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29365_95.pdf

Bayrak-Türkiye davası, Başvuru Numarası:39429/98, 3.05. 2007, E. Tarihi: 27.02.2015.

<http://www.kararara.com/aihm/turkce/aihm10470.htm>

Gemici/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 25471/022008, 2.12.2008, E. Tarihi: 18.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["gemici"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Kurt-Türkiye davası, Başvuru No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998, E. Tarihi: 26.02.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["kurt"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58198"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Ashingdane/Birleşik Krallık kararı, Başvuru Numarası: 8225/78, 28.05.1985, E. Tarihi: 20.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["ashingdane"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57425"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Artico/İtalya davası, Başvuru Numarası: 6694/74, 13.05.1980, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["artico"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57424"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Demades/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 16219/90, 31.10.2003, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["demades"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61272"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Menteş ve diğerleri/Türkiye kararı, Başvuru Numarası: 58/1996/677/867, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["menteş"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58206"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Bilen-Türkiye davası, Başvuru Numarası: 34482/97, 21.02.2006.

<http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11718.htm>

Çağyan Türkiye davası, Başvuru Numarası: 61/04, 27.04.2009, E. Tarihi: 24.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["61/04"\],"languageisocode":\["FRE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-90925"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

İ.A./Türkiye kararı, Başvuru Numarası: 42571/98, 13.12.2005, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["42571/98"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-70113"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Morris/Birleşik Krallık kararı, Başvuru Numarası: 38784/97, 26.02.2002, E. Tarihi: 20.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["morris"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-60170"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Beganovic/Hırvatistan kararı, Başvuru Numarası: 46423/06, 25.06.2009, E. Tarihi:21.09.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93258#{\"itemid\":\[\"001-93258\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-93258#{\)

Engel ve diğ erleri, Başvuru Numarası: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 23.11.1976, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"ENGEL\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57478\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Ali ve Ayşe Duran Türkiye davası, Başvuru Numarası: 42942/02, 08.04.2008, E. Tarihi: 26.12.2015.

<http://www.fap.hsyk.gov.tr/dosyalar/aihm-karar-inceleme/m2/Duran-Karari.pdf>

Bozkır ve diğ erleri/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 24589/04, 26.02.2013, E. Tarihi:21.09.2015

<http://inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/bozkir.pdf>

Aksoy/Türkiye Davası, Başvuru Numarası: 21987/93, 18.12.1996, E. Tarihi: 21.09.2015.

<http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=622>

Bayrak/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 39429/98, 3.05.2007, E. Tarihi: 28.09.2015

<http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11735.htm>

Neumeister/Avusturya davası, Başvuru Numarası: 1936/63, 27.06.1968, E. Tarihi: 5.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Neumeister\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57544\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Wemhoff/Federal Almanya davası, Başvuru Numarası: 2122/641968, E. Tarihi: 25.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"wemhoff\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57595\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Bezicheri/İtalya, Başvuru Numarası: 11400/85, 25.10.1989, E. Tarihi: 3.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Bezicheri"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57439"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Öneryıldız-Türkiye davası, Başvuru Numarası: 48939/99, 30.11.2004, E. Tarihi: 29.09.2015.

<http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/399.pdf>

Handyside/Bireleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 5493/72, 7.12.1976, E. Tarihi: E. Tarihi:1.9.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{)

Pretty-Birleşik Krallık Davası, Başvuru Numarası: 2346/02, 29.04.2002, E. Tarihi: 02.09.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448#{)

Kasa/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 45902/99, 20.08.2008, E. Tarihi: 10.08.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["kasa"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-86357"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Berlinski/Polonya davası, Başvuru Numarası: 27715/95 ve 30209/96, 20.06.2002, E. Tarihi: 10.09.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60521#{"itemid":\["001-60521"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60521#{)

Ribitsch–Avusturya davası, Başvuru Numarası: 18896/91, 4.12.1995, E. Tarihi: 10.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57964#{"itemid":\["001-57964"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57964#{)

Dikme-Türkiye davası, Başvuru Numarası: 20869/92, 11.07.2000, E. Tarihi: 10.10.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58751#{"itemid":\["001-58751"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58751#{)

Sunday Times/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 6538/74, 26.04.1976 E. Tarihi: 19.01.2016

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["sunday times"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57584"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, E. Tarihi: 29.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["fox"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57721"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Handyside-Birleşik Krallık davası, 1976, Başvuru Numarası: 5493/72, E. Tarihi:9.12.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{)

Wingrove-Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 17419/90, E. Tarihi:09.12.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080#{"itemid":\["001-58080"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080#{)

İ. A.-Türkiye davası, 2005, Başvuru Numarası: 42571 / 98, E. Tarihi: 09.12.2015.

http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/42571_98.pdf

Tomasi-Fransa davası, Başvuru Numarası: 12850/87, 27.08.1992, E. Tarihi: 11.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796#{"itemid":\["001-57796"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57796#{)

Valasinas/Litvayna davası, Başvuru Numarası: 44558/98, 24.10.2001, E. Tarihi: 11.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"itemid":\["001-59608"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

Schuler/Zgragen/İsviçre davası, Başvuru Numarası: 14518/89, 24.06.1993, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Schuler"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57840"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Ringeisen/Avusturya davası, Başvuru Numarası: 2614/65, 16.07.1971, E. Tarihi:21.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565#{"itemid":\["001-57565"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565#{)

Piersack-Belçika davası, Başvuru Numarası: 8692/79, 01.10.1982, E. Tarihi: 21.10.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{"itemid":\["001-57557"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57557#{)

Campbell et Fell/İngiltere davası, Başvuru Numarası: 7819/77; 7878/77, 24.06.1984, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57456"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Melin/Fransa davası, Başvuru Numarası: 12914/87, 22.6.1993, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Melin"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57833"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Bricmont/Belçika davası, Başvuru Numarası: 10857/84, 7.7.1989, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Bricmont"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57611"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Hayschildt- Danimarka davası, Başvuru Numarası: 10486/83, E. Tarihi:21.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500#{"itemid":\["001-57500"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57500#{)

Buchholz-Federal Almanya davası, Başvuru Numarası: 7759/77, 6.05.1981, E. Tarihi: Tarihi: 21.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57451#{"itemid":\["001-57451"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57451#{)

Axen/Germany davası, Başvuru Numarası: 8273/78, 8.12.1983, E. Tarihi: 21.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57426#{"itemid":\["001-57426"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57426#{)

Triggiani /İtalya davası, Başvuru Numarası: 13509/88, 24.01.1991, E. Tarihi: 11.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Triggiani"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57668"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Angelucci /İtalya'ya davası, Başvuru Numarası: 12666/87, 24.01.1991, E. Tarihi: 11.12.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Angelucci"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57664"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Diana/İtalya'ya davası, Başvuru Numarası: 11898/85 , 27.02.1992, E. Tarihi: 11.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["diana"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57737"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Metropolitan Bessarabia Kilisesi/Moldovya davası, Başvuru Numarası: 45701/99, 27.03.2002, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Bessarabia\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-59985\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Manieri/İtalya'ya davası, Başvuru Numarası: 12053/86, 27.02.1992, E. Tarihi: 11.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"manieri\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57746\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Goddi-İtalya davası, Başvuru Numarası: 8966/80, 9.04.1984, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57495#{\"itemid\":\[\"001-57495\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57495#{\)

De Wilde, Ooms ve Versyp - Belçika davası, Başvuru Numarası: 2832/66; 2835/66; 2899/66, 18.11.1970, E. Tarihi: 23.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57606#{\"itemid\":\[\"001-57606\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57606#{\)

V/İngiltere davası, Başvuru Numarası: 24888/94, 16.12.1999, E. Tarihi: 22.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58594#{\"itemid\":\[\"001-58594\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58594#{\)

Guzzardi/İtalya davası, Başvuru Numarası:7367/76, 6.11.1980, E. Tarihi: 23.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498#{\"itemid\":\[\"001-57498\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57498#{\)

Hauschildt/Danimarka davası, Başvuru Numarası: 10486/83, 24.05.1989, E. Tarihi: 21.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"hauschildt\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57500\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Quinn/Fransa davası, Başvuru Numarası: 18580/91, 22.03.1995, E. Tarihi:25.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57921#{\"itemid\":\[\"001-57921\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57921#{\)

Brogan ve diğerleri/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988, E. Tarihi: 01.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57450#{\"itemid\":\[\"001-57450\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57450#{\)

Niemietz/Almanya davası, Başvuru Numarası: 13710/88,16.12.1992, E. Tarihi: 31.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887#{"itemid":\["001-57887"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57887#{)

Van Rossem/Belçika davası, Başvuru Numarası: 41872/98, E. Tarihi: 10.11.2015.

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=899269&Site=COE>

Gillian ve Quinton/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 4158/05, 12.01.2010, E. Tarihi: 11.10.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96585#{"itemid":\["001-96585"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-96585#{)

Kopp/İsviçre davası, Başvuru Numarası: 13/1997/797/1000, 27.03.1998, E. Tarihi: 12.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58144#{"itemid":\["001-58144"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58144#{)

Wieser ve Bicos Beteiligungen/Avusturya davası, Başvuru Numarası: 74336/01, E. Tarihi: 12.11.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82711#{"itemid":\["001-82711"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-82711#{)

Copland/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 62617/00, 03.07.2007, E. Tarihi: 12.11.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996#{"itemid":\["001-79996"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996#{)

Taylor Sabori/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 47114/99, 22.01.2003, E. Tarihi: 12.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60696#{"itemid":\["001-60696"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60696#{)

Labita/İtalya davası, Başvuru Numarası: 26772/95, 6.04.2000, E. Tarih:21.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["labita"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58559"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Mansur-Türkiye davası, Başvuru Numarası: 16026/90, 8.06.1995, E. Tarihi: 19.12.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["mansur"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57932"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Erdagöz/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 127/1996/945/746, 22.10.1997, E. Tarihi: 21.11.2015

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"ERDAGÖZ\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58108\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

İ.Ö.-Türkiye davası, Başvuru Numarası: 36965/97, 28.06.2005, E. Tarih: 21.11.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-121753\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Murray/İngiltere davası, Başvuru Numarası: 14310/88, 28.09.1994, E. Tarihi: 21.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"murray\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57895\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Zana/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 69/1996/688/880, 25 Kasım 1997, E. Tarihi: 18.03.2016.

<http://aihmkararlari.blogspot.com.tr/2006/10/zana-trkiye-davasi.html>

Malone/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 8691/79, 26.04.1985, E. Tarihi: 18.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"malone\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57532\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Sürek/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 24735/94, 8 Temmuz 1999, E. Tarihi: 18.03.2016.

<http://aihmkararlari.blogspot.com.tr/2006/10/srek-trkiye-davasi-no-4.html>

Plon/Fransa davası, Başvuru Numarası: 58148/00, 18.05.2004, E. Tarihi: 18.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"plon\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-61760\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Spacek s.r.o./Çek Cumhuriyeti davası, Başvuru Numarası: 26449/95, 9 Kasım 1999, E. Tarihi: 18.03.2016.

<http://caselaw.echr.globe24h.com/0/0/czech-republic/1999/11/09/case-of-spacek-s-r-o-v-the-czech-republic-58358-26449-95.shtml>

Soering/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 14038/88, 17.07.1989, E. Tarihi: 21.09.2015.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"soering\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57619\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

S. ve Marper/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 30562/04 ve 30566/04, 4.12.2008, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"marper\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-90051\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Peck/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 44647/98, 28.04.2003, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"peck\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-60898\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Wisse/Fransa davası, Başvuru Numarası: 71611/01, 20.03.2006, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-71735\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

R. v. Oakes davası, 28.02.1986, Dava Numarası: 17550, Kanada Yüksek Mahkemesi, E. Tarihi: 21.03.2016.

<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/117/index.do>

Aksu/Türkiye davası, Başvuru Numarası: 4149/04 ve 41029/04, 15.03.2012, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"aksu\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-109577\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

McCann/Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 18984/91, 27.09.1995, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"McCann\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57943\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Stès Colas Est ve diğerleri/Fransa davası, Başvuru Numarası: 37971/97, 16.07.2002, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"Stès Colas\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-60431\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Buckley-Birleşik Krallık davası, Başvuru Numarası: 20348/92, 29.10.1996, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"buckley\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58076\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Chelu/Romanya davası, Başvuru Numarası: 40274/04, 12.01.2010, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"chelu\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Buck/Almanya davası, Başvuru Numarası: 41604/98, 28.07.2005, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"buck\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-68920\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Caloc-Fransa davası, Başvuru Numarası: 33951/96, 20.07.2000, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"caloc\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-58758\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Bouamar / Belçika davası, Başvuru Numarası: 9106/80, 29.2.1988, E. Tarihi: 28.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"bouamar\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-57445\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Van Rossem Belçika davası, Başvuru Numarası: 41872/98, 9.12.2004, E. Tarihi: 22.03.2016.

[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"fulltext\":\[\"van rossem\"\],\"languageisocode\":\[\"FRE\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-67709\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

Kurumsal Yayınlar

BM, (2005), BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin 16 No'lu Genel Yorumu: Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Kullanmada Erkek ve Kadınlara Eşit Hak Sağlanması, E. Tarihi: 22.02.2015.

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/ayrimcilik_yasaginin_kapsami/ayrimcilik_yasagi_eskhk_16_no_lu_genel_yorumu_eskh_kullanmad.pdf

Danışma Meclisi Tutanakları, Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 130'uncu Birleşim, Cilt:8, Yasama Yılı:1, 1982.

TBMM İnsan Hakları Komisyonu İnceleme Komisyonu, Kopenhag Kriterleri, E. Tarihi: 10.03.2015

<http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/752d1--Kopenhag-Kriterleri.pdf>

Türkiye Barolar Birliği (TBB) (2007), Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Şen Matbaa, Ankara.

SETA (2015), 2015'te Türkiye, E. Tarihi: 13.01.2016

https://books.google.com.tr/books?id=P_JOCwAAQBAJ&pg=PA276&lpg=PA276&dq=t%C3%BCrkiye+aihs+nin+4+nolu+ek+protokol%C3%BCn%C3%BC+onaylamam%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r&source=bl&ots=_0WCEWMwZM&sig=29Xq-YjLM49L_9m5jo1_GxmP2w&hl=tr&sa=X&ved=0ahUKEwiQnuyxzafKAhVG_A4KHS5UC2sQ6AEIGjAA#v=onepage&q=t%C3%BCrkiye%20aihs%20nin%204%20nolu%20ek%20protokol%C3%BCn%C3%BC%20onaylamam%C4%B1%C5%9Ft%C4%B1r&f=false

Adalet Bakanlığı- Eğitim Dairesi Başkanlığı, Yargı Mevzuatı Bülteni, Sayı: 399, 17 Şubat 2009, E. Tarihi: 18.03.2016.

<http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/399.pdf>