

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

NİSAN  
MAYIS  
HAZİRAN  
2018

**SAYI**

**2**

**TCİHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**  
ISSN: 1308-0474

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**  
Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

**Genel Yayın Yönetmeni**

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,  
info@bayraktarhukuk.com)

**Sorumlu Müdür**

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

**Yayın Kurulu**

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)  
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)  
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)  
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)  
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)  
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

**Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)  
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)  
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)  
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)  
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)  
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)  
Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)  
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)  
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)  
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)  
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)  
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)  
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

**Yayınlanma Aralığı**

- Üç ayda bir yayınlanır

**Yayın Dili**

Türkçe

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği  
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

**E-Posta**

bilgi@tchd.org.tr

**Basım Yeri**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.  
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2  
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.  
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

**Basım Tarihi**

Ağustos 2018

## **Dergimiz Hakkında**

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı...O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşındadır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ce Ceza



---

# İçindekiler

---

## Hakemli Makaleler

- ADİL YARGILANMA HAKKI **1**  
VE OLAĞANÜSTÜ HAL  
VEYA YARGI YOLUYLA  
HUKUK UMUDU  
THE RIGHT TO A FAIR TRIAL  
AND THE STATE OF EMERGENCY  
OR THE HOPE FOR LAW  
THROUGH JUDICIARY  
Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu
- SÜNNET OPERASYONU ÖZELİNDE **29**  
TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA  
TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA  
UYGUNLUĞU SORUNU  
THE ISSUE OF JUSTIFICATION  
OF MEDICAL TREATMENTS  
IN TURKISH AND  
GERMAN CRIMINAL LAWS  
IN CASE OF CIRCUMCISION  
PROCEDURE  
Afra Nur Çaprak
- SAVUNMA YASAK - CEZAEVLERİNDEKİ **61**  
MAHPUSLARIN SAVUNMA HAKKINI  
ORTADAN KALDIRAN 667 VE 676 SAYILI  
OHAL KHK'LERİ ÜZERİNE  
BİR DEĞERLENDİRME  
"DEFENCE FORBIDDEN"  
An Analysis Of the State of  
Emergency Decree Law No(s) 667  
and 676 and Their Implications  
On The Defence Rights  
Of the Prisoners  
Av. Benan Molu / Av. Ayşe Bingöl Demir
- OLAĞANÜSTÜ HAL HUKUKUNDA **93**  
MÜEBBET KAMU GÖREVİNDE  
İHRAÇ YAPTIRIMININ CEZAİ NİTELİĞİ  
THE PENAL NATURE OF LIFELONG  
DISMISSAL FROM  
PUBLIC SERVICE UNDER  
EMERGENCY LAW  
Dr. Öğr. Üyesi Öznur Sevdiren
- NEFRET SÖYLEMİ VE **139**  
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDAKİ  
İLİŞKİYE YÖNELİK GÖRÜŞLERİN  
KISA BİR DEĞERLENDİRMESİ  
A BRIEF EXAMINATION OF THE  
VIEWS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN  
HATE SPEECH AND FREEDOM  
OF EXPRESSION  
Ar. Gör. Aras Türay

## **Çeviri**

ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA **161**  
MAĞDUR HAKLARI  
REYNALD OTTENHOF

Çev: Av. Ebru Demiralp

ULUSLARARASI ÖRGÜTLERDE **167**  
ULUSLARARASI İNSAN  
HAKLARI STANDARTLARI:  
ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ  
BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME

Kenneth S. Gallant  
(Çev. Stj. Av. Zeynep Alacakaptan)

## **Makale**

AVRUPA İNSAN HAKLARI **179**  
MAHKEMESİ KARARLARININ FEDERAL  
ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ  
ÖNÜNDE BAĞLAYICILIĞI

Arş. Gör. Ahmet Mert Duygun

---

# ADİL YARGILANMA HAKKI VE OLAĞANÜSTÜ HAL VEYA YARGI YOLUYLA HUKUK UMUDU\*\*

---

Prof. Dr. İbrahim Ö. Kaboğlu\*\*\*

---

## ÖZET

Anayasa Mahkemeleri (AYM), kararlarının muhataplarına belli **emirler** yönlendirebilir (özellikle yasamaya, idareye ve yargıya), kararlarının sonuçlarını ortaya çıkarmak ve onların tam uygulanmasını sağlamak için. Söz konusu direktifler, karar **gerekçelerinde** olduğu gibi **hüküm fıkralarında** da yer alabilir. Emirler, farklı işlevlere sahiptir: yasanın **yeniden yazılması** amacıyla yapılabilir (İtalya’da sıkça görüldüğü üzere yasama organına yönelik olarak). Emirnameler, kimi zaman, bazı **kararların teknik zaafını** gidermeye olanak taşır (Avrupa Mahkemeleri, Devletlere, saptanan aksaklıkları nasıl giderebileceklerini gösterir) veya kimi zaman tekrar edilen davalarda **yapısal sorunların nasıl çözüm** bulabileceklerini belirtirler (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin pilot karar tekniği), ya da **mevzuat boşluğunun** nasıl doldurulacağı yönünde emirler verir (Belçika AYM, itiraz mahkemesine, özellikle hak ve eşitlik ilkesi ihlallerinde mevzuattaki boşluğu, metne müdahale ederek nasıl giderebileceğini gösterir) veya derhal yürürlükten kaldırma kararı ile doğan **hukuki boşluğun** nasıl giderileceğini (Fransa Anayasa Konseyi’nin yapıcı sansür adı verilen uygulaması) gösterir. Bu tür emredici kararlara başvuru, **mahkemelere** göre değişir (Polonya AYM çok sık olarak kullanır); **muhataplara** göre de değişir (genellikle, kararı uygulamakla görevli makamlara yönelik veya normu uygulamaya yönelik olarak, dava yargıçlarına). Türkiye’de ise, Ağır Ceza Mahkemeleri, Anayasa’nın ve ilgili yasanın açık hükmüne rağmen Anayasa Mahkemesi

---

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 05/06/2018. İlk hakem raporu tarihi: 20/06/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 22/06/2018.

\*\* Bu yazı, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği ve Anayasa-Der tarafından 31 Mart 2018’de düzenlenen “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi” başlıklı yapılan “ana konu konuşma” metninin gözden geçirilmiş şeklidir.

\*\*\* Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği Başkanı, ibrahimkaboglu@yahoo.fr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4385-1262.

kararını uygulamamıştır. AYM kararını uygulamama biçimindeki açıkça Anayasa'ya aykırı durum, tikel bir teknik hukuki soruna indirgenemez. Bu nedenle konuyu geniş bir bakış açısı ile ele almakta yarar bulunmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Etkili Başvuru Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Olağanüstü Hal, Anayasa Yargısı, Yargı Kararlarını Uygulama Yükümlülüğü,

## **THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND THE STATE OF EMERGENCY OR THE HOPE FOR LAW THROUGH JUDICIARY**

### **ABSTRACT**

The Constitutional Court (AYM) can direct certain **directives** (especially to the legislation, the executive and the judiciary branches) to the addressees of their decisions, to reveal the consequences of their decisions and to ensure their full implementation. Such directives may be included in the **judgment clause** as well as its **motives**. Directives have different functions: they can be issued to **rewrite** the law (directed at the legislative organ, as seen frequently in Italy). Directives sometimes allow **technical weaknesses of some decisions** to be repaired (European Courts show the States how to deal with identified shortcomings), or sometimes **how to solve structural problems** in repetitive cases (the pilot decision technique of the ECHR), or **how to fill a laguna in a legislation** (Belgian Constitutional Court shows how to resolve a legal laguna, particularly related to violations of human rights or the principle of equality, by intervening in the legal text), or how to bridge a **legal gap** caused by an immediate annulment (the constructive censorship practice of the French Constitutional Court). Applications to such imposing judgments varies from **court to court** (used frequently by the Polish Constitutional Court); and from **addressee to addressee** (usually, the judges of the case, the authorities in charge of implementing the decision or the application of norms). In Turkey, the Assize Court refrained from implementing a decision of the Constitutional Court despite the explicit clauses of the Constitution and the relevant legislature. This express violation of the Constitution in the form of non-implementation of a Constitutional Court decision cannot

be relegated to a specific technical legal problem. For this reason, it is useful to consider the issue with a broad perspective.

**Keywords:** Right To An Effective Remedy, Right To A Fair Trial, State of Emergency, Constitutional Jurisdiction, Obligation of Enforcement of Judicial Decisions

## I- YARGI VE DEMOKRASİ

Yargı ve demokrasi arasındaki ilişki veya yargının demokratik özelliği, yasama ve yürütme organlarınıninkine göre hayli farklıdır. Şöyle ki; doğrudan veya yarı-doğrudan demokrasi bir yana, temsili demokrasi (veya hükümet), en azından yasama organının doğrudan halk tarafından seçimini gerekli kılar. Yürütme organı ya doğrudan seçimle belirlenir ya da yasama içinden çıkar. Bu seçim ilkesi veya halk iradesine dayanma gereği, yargı erki için geçerli değildir. Bununla birlikte, **yargı organları da halk (veya millet) adına karar verir**; ayrıca, yargı organlarının **demokratik meşruluğu** da teyit edilir<sup>1</sup>.

Demokratik hukuk devletlerinde yargıç, üç önemli işleve sahip: demokrasi faktörü, demokrasi antrenörü ve demokrasi aktörü. Özgür ve güçlü bir yargı, demokrasinin korunması ve ilerletilmesinin zorunlu bir aracıdır. Bunun için yargı mensupları ciddi bir hukuki formasyon temeline sahip olmalı; buna, sürekli mesleki formasyon eklenmelidir. **Yargılama hakkı, yargıcın demokrasi üzerinde sahip olduğu pay ile açıklanır**. Yargı erki, belli sayıda **güvenceden** yararlanabildiği ve **insan haklarını** etkili bir biçimde koruyabildiği ölçüde ancak **demokrasi etkeni** olarak ortaya çıkabilir. **Yöneticilerden hesap sorma** özelliğiyle yargı, demokrasi “**antrenörü**” olarak da görülür<sup>2</sup>. “Demokrasi aktörü olarak yargıç, siyaseti temizleme misyonu ile, siyaset-para ilişkisinde ortaya çıkan yolsuzlukları yargısal karar süzgecinden geçirir. Böylece, siyasal aktörlerin etkinliklerini « temiz siyaset » çerçevesinde yürütmelerini sağlar. Mali saydamlık ve siyasal denetim ölçüsünde yargısal denetim ölçülü olur. Yargıçları demokrasi sınavına tabi tutan

1 Bu konuda karar gerekçesi öne çıkar. Gerekçe; bağlayıcılık ve ikna edicilik açısından, özellikle ikincillik ilkesi bakımından önemlidir.

2 Bu konuda çok önemli ve temel bir ortak yapıt için bkz. Justice et démocratie, Textes réunis par Simone Gaboriau et Hélène Pauliat, PULIM, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002.

yolsuzluk iddiaları, kendileri için tarihsel misyonları ile yüzleşme fırsatı da yaratır. Bu iddiaları gerçeklik testinden geçirebilecek tek anayasal organ, yargıdır”<sup>3</sup> .

Yargının böyle bir işlevi yerine getirebilmesi için, yargı mensuplarının **yetiştirme tarzı** kadar **örgütlenme şekli** (yargı teşkilatı) de önem taşımaktadır. Bu da uzmanlık, özerklik ve demokrasi ilkelerine uygun olmalıdır. Yüksek kurul şeklindeki örgütlenme, yargı bütünüünün işleyişi ve bağımsızlığını sağlamaya elverişli olmalıdır.

**Anayasa yargısı** açısından; demokrasinin doğrudan aktörlerinin (seçilmişlerin) Anayasa Mahkemesinde yargılanıyor olmalarından kaynaklanır.

Anayasa yargısının **demokratik meşruluğu** savunulurken konuya bu açıdan da bakmak gerekir<sup>4</sup>.

## II- ADİL YARGILANMA HAKKININ GEREKLERİ (ve OHAL)

Adil yargının sağlanması için gerekli ortak veya asgari kurallar, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarından hareketle belirlendi.

### 1- Mahkeme Hakkı

**Mahkemelere ulaşma olanağı** yoksa, hukukun üstünlüğünden söz edilemez. Hakkaniyete uygun bir yargı hakkı ile iç içe olan “mahkeme hakkı”, bir **mahkemeye somut ve etkili bir erişim hakkını gerekli kılar**. Yetkili bir yargı organına etkili bir başvuru hakkı, hukukun *genel ilkeleri* arasında yer alır. Mahkeme hakkı, âdil yargı güvencelerinden biridir. Mahkeme, maddi planda yargısal işleviyle nitelenir: “*kendi yetki-sine giren her alanda, hukuk kuralları temelinde ve öngörölmüş usule uygun olarak karar vermek* (sorunu çözmek)”<sup>5</sup>. “**Yargısal olmayan bir organ tarafından değiştirilemeyecek bağlayıcı bir karar vermek**”, mahkeme kavramına içkin bir yetkidir<sup>6</sup>.

3 Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Hangi Türkiye?* İmge Kitabevi, 2011, s. 399-401.

4 Kuşkusuz, Anayasa Mahkemelerinin demokratik meşruluğunun çok daha farklı boyutları vardır.

5 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi [İHAM], Golder /Birleşik Krallık, Başvuru no: 4451/70, 21/02/1975 (<http://hudoc.echr.coe.int>); İHAM, The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru no: 6538/74, 26/04/1979 (<http://hudoc.echr.coe.int>); İHAM, Loizidou/Türkiye, Başvuru no: 15318/89, 23/03/1995 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

6 İHAM, Van den Hurk /Hollanda, Başvuru no: 16034/90, 19/04/1994 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

- **Yargıca etkili ulaşım:** “Başvurucunun, haklarına müdahale oluşturan işleme itiraz için açık ve somut bir olanağa sahip olması” gerekir<sup>7</sup>.
- **Gerekeçeli karar:** Mahkemeye erişim hakkı, uyuşmazlığı kesin olarak çözen gerekeçeli bir kararı elde etme hakkını gerekli kılar.
- **Hukuki güvenlik ilkesi:** Hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak, **mahkemelerce uyuşmazlığın kesin olarak çözümünün sorgulanmamasını** gerekli kılar. Benzer şekilde ister gerçek ister tüzel kişi olsun, bazı hak sahiplerine adalete başvurma hakkını engelleyen kurallar, mahkemeye erişim hakkının özünü zedeler<sup>8</sup>. Hukuki güvenlik ilkesi, iç hukukta bir başvuru için uyulması gereken formalitelere ve sürelerle ilişkin kuralları da kapsamına alır.

## 2- Silahların Eşitliği İlkesi

Silahların eşitliği ilkesi (SEİ), adalet hakkı bütününe niteleyen, düzgün yargılamanın temel bir ilkesidir: “*Herkes, davasının hakkaniyete uygun bir şekilde dinlenilme hakkına sahiptir*”. Silahların eşitliği, uyuşmazlığın tarafları arasında **adil bir dengenin** gözetilmesini, yani;

- SEİ, kanıt öğelerinin araştırılmasına eşit katılabilmesini,
- SEİ, bulgu ve iddialarının dikkate alınması konusunda eşit araçlara sahip olmasını,
- SEİ, başvuru yollarının kullanılmasının da güvence altına alınmasını gerekli kılar.

## 3- Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkeme Hakkı

Adil yargılanma hakkı, mahkemenin örgütlenmesi ve oluşumuna ilişkin güvenceleri de kapsamına alır.

- **Mahkemenin bağımsızlığı**, *yargıcın statüsü* ile ilgili ölçütler ile açıklanır: göreve geliş şekli ve görev süresi, görevden alınamaması, görev yerinin değiştirilememesi, görevlerini yerine getirirken ona emir vermenin hukuken olanaksız olması, dış baskılara karşı

7 İHAM, Bellet/Fransa, Başvuru no: 23805/94, 04/12/1995 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

8 İHAM, Les saints-monastères/Yunanistan, Başvuru no: 13092/87 13984/88, 09/12/1994 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

koruma düzeneğinin varlığı, **nesnel ölçütlerdir**. **Öznel ölçüt** ise, başvuru gözünde “*bağımsızlık görüntüsü*”ne sahip olması anlamına gelir. Statü bağımsızlığı, yargıcın işlevsel bağımsızlığının bir güvencesidir. **İşlevsel bağımsızlık**, her yargıcın, yargı erki içinden gelecek baskılara karşı, -özellikle hiyerarşik bakımdan *üst konumda* bulunanlara karşı- korunmasını gerekli kılar<sup>9</sup>.

Her mahkeme, yargılama görevini **hiçbir iktidarın müdahalesi olmaksızın** tam bir özgürlük içerisinde yapabilmelidir<sup>10</sup>.

- **Başta, yasama ve yürütmeye karşı bağımsızlık**: BM İnsan Hakları Komitesi’ne göre; “*yargı ve yürütme görev/yetkileri, açıkça ayırt edilemeyecek biçimde birbirine girmişse ya da (bu çerçevede) yürütme, yargıyı denetleme veya güdüleme konumunda ise bu durum, Pakt m.14/1 anlamında mahkeme bağımsızlığı ve tarafsızlığına aykırı düşer.*”<sup>11</sup>.
- Taraflar karşısında bağımsızlık, mahkemenin tarafsızlığı ile bitişik bir durum.
- **Bütün fiili iktidarlara karşı bağımsızlık**; başta basın gelmek üzere, görülmekte olan davayı etkileyen faktörler.
- **Tarafsızlık** da öznel ve nesnel bir değerlendirmenin konusunu oluşturur. “**Öznel yansızlık**”, “tersi kanıtlanıncaya kadar” varsayılır; “**nesnel yansızlık**” ise, yargıcın kişisel davranışından çok, belli olguların, bunu teyit edip etmediğinin sorgulanmasını gerekli kılar. Adil yargı güvenceleri, sorgu yargıcından başlar ve tarafsızlık bu aşamadan itibaren gözetilir.

**Bir erdem** olarak tarafsızlık, MSHUAS, m.14/1’de ve İHAM m. 6/1’de öngörülen tarafsızlık yükümlülüğü, nötr (*neutre*) olma gereğinin hukuki ifadesi olarak, yargıcın saygınlık güvencesidir.

9 İHAM, Sramek/Avusturya, Başvuru no: 8790/79, 22/10/1984 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

10 Bağımsızlık denince hep yargı akla gelir. Oysa bağımsızlık ilkesi, gazeteciler, hekimler, öğretmen üyeleri, sanatçılar ve diğer meslek mensupları için de geçerli. Zira bağımsızlık, bir mesleğe tanıyan ayrıcalık değil, güvencedir: yargıladıkları, bilgilendirdikleri, yetiştirdikleri ve tedavi ettikleri için...

11 Türkiye’nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (MSHUAS), Pakt olarak da anılmaktadır.

Yansızlık, yargıcın tutum ve kanaatleri hesaba katılmaz ise sağlanabilir. Zira, **önyargılı olan yargılayamaz**. Kararların gerekçelendirilmesi hem nitelikli adalet için vazgeçilmezdir hem de yargıcı kanaatlerinden uzaklaştırmaya zorlayan bir olgudur.

Şu hâlde bağımsızlık ve tarafsızlık, **haklı olanı haksızdan ayırmak, gerçeği söylemek için (jurisdictio)** tanınan bir statü ve yargıcın erdemidir.

#### 4- Açık Usul (Aleniyet) ve Çabukluk (İvedilik) İlkesi

Yargısal sürecin açıklığı, gizli adalete karşı başvuruçular için güvence oluşturur ve adalette güvenin korunmasını sağlar. İHAS m.6/1, aleniyet ilkesinin ikili görünümünü yansıtır: tartışmaların aleniyeti ve karar bildiriminin aleniyeti. Hızlılık ise, “makul süre” anlamında kullanılır ve bu süre, adaletin saygınlığı ve etkililiğini sağlayan bir süreçtir.

#### 5- Yargı Kararlarının Uygulama Yükümlülüğü

Yargı kararlarının uygulanmaması, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz; uygulama gereği, hakkaniyete uygun dava kapsamı içinde yer alır. Düzgün yargı kavramı, mağdur için yargıca erişim hakkı olduğu kadar devlet organları için yargılamanın örgütlenmesi ve kesinleşmiş-bağlayıcı kararları uygulama yükümlülüğünü kapsamına alır<sup>12</sup>.

#### 6- Suçsuzluk Karinesi

“Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” ilkesi, sadece davaya bakmakta olan yargı mercii için değil, diğer devlet organları açısından da geçerlidir. Aslında bu ilke, herkes için, her zaman ve yer yerde geçerli bir ilkedir. Bu nedenle bu ilke, sadece ceza davaları için değil, diğer yargı mercileri önünde de geçerlidir.

#### 7- Savunma hakları

Ceza davalarında, “**somut ve etkili**” bir savunma söz konusu. Silahların eşitliği ilkesi ve çapraz sorgulama ilkesi, ilgilinin her aşamada kendini dinletebilmesi (sesini duyurabilmesi) olanağı önemlidir. Bunların sağlanabilmesi, devletin pozitif (olumlu) yükümlülüğünü gerekli kılar. **Susma hakkı** da bu çerçevede yer alır.

12 Emredici kararlara başvurulmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Fanny Malhière, “Rapport comparatif”, *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, Mission de Recherche : Droit et Justice, Mai 2017, pp.23-24.

- Sessizliği koruma ve kendisinin suçlandırılmasına katkıda bulunmama hakkı, yetkililerin istismarcı yaptırım uygulamalarının önüne geçmeyi amaçlar.
- Susma hakkı, kişinin sessizliğinin suçunu kabul ettiği anlamına gelmez veya böyle bir sonuca götürmenin önündeki engeldir.
- Susma hakkı, bununla birlikte mutlak bir hak değildir.

**Davasına katılma hakkı** da savunma hakkı içinde yer alır:

- Sanık, her şeyden önce kendisine yöneltilen suçlamanın ne olduğu ve nedeni konusunda bilgilendirilmelidir.
- Eğer dil sorunu var ise, adli yardımdan yararlanmalıdır.
- Sanığın davada kişisel olarak hazır bulunma hakkı vardır.

Uygun bir biçimde kendini savunma hakkı, sanığın **“somut ve etkili” bir savunmadan yararlanma hakkı** olarak tanımlanır. Bu da savunmayı hazırlamak için yeterince zamana ve uygun ortama sahip olma hakkını kapsamına alır.

- Kendini kişisel olarak savunma hakkı, dosyaya giriş hakkı ile suç tanıtılarının kendisine iletilmesi hakkını gerekli kılar.
- Avukat bulundurma hakkı ise, kolluk güçleri tarafından başlatılan ön işlemlerden itibaren geçerlidir.
- Savunma hakkının etkililiği, sanığa, **avukatıyla üçüncü kişilerin gözetimi dışında iletişimde** bulunma hakkını içerir.

Tanıkları sorgulama hakkı da savunma hakları içinde yer alır ve çarpaz sorgulama sürecinin bir parçasını oluşturur.

Adil yargılanma hakkı, olağanüstü hâl (OHAL) yönetiminde ne ölçüde geçerli? Biraz aşağıda görüleceği gibi, OHAL’de adil yargılanma hakkı haydi haydi geçerli. Konuya, adil yargılanma hakkı açısından bakma gereği, OHAL’de bile korunan İH’nın **sert çekirdeği** ile adil yargılanma hakkı arasındaki sıkı ilişkiden kaynaklanır. Bu bakımdan şu iki soru pek anlamlı:

Soru 1: Adil yargılanma hakkı zedelenirse, insan haklarının sert çekirdeği ne ölçüde korunabilir?<sup>13</sup>.

13 Bunları saptamak ve yazılı bir belge haline getirmek için OHAL döneminde “adil yargılanma hakkı” uygulama ve ihlallerine ilişkin tematik rapor hazırlama gereğini ve bu konuda görev ve sorumluluğun Türkiye Barolar Birliği’nde bulunduğunu sürekli dillendirdim.

Soru 2: Şunu da sormak yerinde olur: yukarıda sıralanan **adil yargı hakkı gereklerinden ihlal edilmeyeni var mı** OHAL döneminde?<sup>14</sup>.

### III- ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

1961 Anayasası ile kurulan ve 1982 Anayasası ile denetim alanı daraltılan Anayasa Mahkemesi, 2010 Anayasa değişikliği ile yeniden yapılandırıldı. Başvuru ve denetim yolu olarak başından beri tanınmış olan “iptal davası” ve “itiraz yolu”, “bireysel başvuru yolu”, yeni bir eşige taşındı. Başka bir söyleyişle, Anayasa Mahkemesi'nin 3. Dönemi ve 3. Yolun tanınması arasındaki örtüşme kayda değer.

#### 1- Anayasal Düzenleme Bütünü ve Tanıma Tarzı

2010 Anayasa değişikliği hatırlanacak olursa, denebilir ki başlıca olumlu miras, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru olanağının tanınmış olmasıdır: “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” (md.148/3).

Bu tanıma ile ilgili başlıca üç eksik veya zaaf kaydedilebilir:

- İlki, erkler ayrılığı (EA) bütünü gözden geçirilmeden ve yargı bütünü gözden geçirilmeden tanınmış olmasıdır.
- İkincisi, bireysel başvuru (BB) yolunun hayli dar tutulmuş olmasıdır.
- Üçüncüsü, anlayış olarak, insan haklarına niteliksel değil, niceliksel bakılmak suretiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) önündeki dosya sayısını azaltmanın öncelikli hedef olarak görülmesidir.

14 AK Parti, eski müttefikine karşı “rövanşist mücadele”, “adil yargılanma hakkı” ihlal halkalarını genişletirken, şu üç çelişki, mücadele şeklinin meşruluk ve hukukilik bakımından sorgulamıştır:

- OHAL vesilesi ile, FETÖ ilişkisi bir yana, Cemaatler yoluyla dinin politikaya alet edilmesine karşı mücadele eden “insan haklarına dayanan laik ve demokratik hukuk devleti” yanlılarını tasfiye etti. Kendisine muhalif gördüğü çevrelere karşı OHAL KHK'yi adeta “rus ruleti” gibi kullandı.
- “Tek adam”ın iradesini parti mensuplarına kabul ettirmek için “FETÖ terör örgütü”nü “damokles kılıcı” olarak kullandı.
- Diğer cemaatler ise, “Fethullah Hocaefendi” çömezlerinin saklanma yeri olarak görüldüğü için, Fetöcü AK Partili ve sempatzımanı (kamu görevlerindeki uzantılarına) pek dokunulmadı.

## 2- Uygulama ve Öğreti

Bu üçlü gözlem, bireysel başvuru yolunun anayasal düzlemde sınırlı tutulduğuna işaret eder. Yasal düzenleme ile Anayasa Mahkemesi uygulaması, anayasal düzenleme çerçevesinin bile gerisinde kaldı; buna karşılık, verimli bir öğreti emeği kayda değer. Hatta şu bile öne sürülebilir: Son beş altı yılda bireysel başvuru yolu üzerine yapılan yayınlar, AYM'nin 50 yılında yapılan yayın sayısı ile yarışabilecek nicelik ve niteliktedir.

Kuşkusuz bu durum, olumlu bir gelişme; ama, başlıca olumsuzluk, dava yolu ve itiraz yolu başvuruları sonucu verilen kararlara yönelik ilginin azalması, hatta kısmen ihmal edilmesidir.

Bu nedenle, AYM'nin özellikle, dava yolu ile denetimde “en az iptal” ile yetindiği halde, bunların kamuoyunda fazla dikkat çekmemiş olması: yerel yönetimler, laiklik, MİT, KHK'ler yoluyla merkezi yönetimin ve tek kişi iktidarının pekiştirilmiş olması<sup>15</sup>. İç Güvenlik yasası<sup>16</sup> olarak adlandırılan 6638 sayılı yasa üzerinde yapılan denetimlerde AYM, ya denetimden kaçınmış ya da en az denetim ile yetinmiştir.

Buna karşılık, BB üzerine özgürlükler yararına zaman zaman verilen -ve aslında olması gereken- kararların kamuoyunda abartılmış (!) olması da bir gerçektir. Bu abartıya karşılık, AYM'nin 2010 öncesi vermiş olduğu özgürlükçü kararların göz ardı edilmesi arasında asimetrik ilişki kurulabilir. Belki de bu nedenledir ki, 2010 sonrası dava yolu ve itiraz yolu kullanılması sonucu verilen ve “Anayasa'ya saygı” ve “özgürlükler lehine” yaklaşımı ihmal eden kararlarının hak ettiği eleştiriye alamamıştır<sup>17</sup>.

15 Söz konusu kararların belli başlıları ve bunların irdelenmesi için bkz. Anayasa Hukuku Dergisi'nin “**İktidar ve Özgürlük İkilemindeki Anayasa Mahkemesi**” özel sayısı için bkz. *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law*, C.3, sy:5, 2014.

16 6638 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. Anayasa'ya birçok yönden açıkça aykırı olan bu Kanun hakkında Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği ile Türk Ceza Hukuku Derneği işbirliğinde bir *amicus curiae* raporu hazırlanılarak Anayasa Mahkemesi Başkanı'na 25 Mayıs 2015 günü sunulmuştur (Rapor için bkz. “Amicus Curiae Raporu”, Suç ve Ceza Dergisi Yıl: 2015, Sayı: 1 – 2). Buna karşılık, AYM, “en az denetim” ile yetinmiştir. 6638 s. Kanun Hk. Anayasa Mah. Kararı: Esas No.: 2015/41; Karar No.: 2017/98; Karar Tarihi: 31.5.2017; R.G. Tarihi: 3.8.2017-30143.

17 Hatırlatalım ki, “Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne çelme takma yeri değildir” sözü, AYM'nin önceki başkanına aittir.

Bu vesile ile öğretilerdeki bir eksikliğe de işaret etmek yerinde olur: AYM'nin, üç ayrı başvuru yoluyla vermiş olduğu kararları; referans normu kullanma, kullanılan teknikler ve gerekçeler bakımından karşılaştırmalı çalışmalara konu olmamıştır.

### 3.- Etkili Başvuru Hakkı

İHAS md.13'e göre, "*Bu sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir*".

Öznel bir hakkı düzenlemeyen, daha çok Sözleşme ile tanınan hakların korunmasını amaçlayan bu madde ile, "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlığını taşıyan Anayasa md.40 arasında karşılaştırma yapılabilir. Bu maddenin son fıkrasına göre, "*Kişinin resmi görevleri tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgiliye rücu hakkı saklıdır*".<sup>18</sup>.

Etkililik ilkesi, **dokunulmaz haklar bakımından** çok daha güçlü biçimde kendini gösterir. Ama tam tersi bir uygulamaya tanık olundu.

### IV- GEREKÇELİ KARAR HAKKI VE İKİNCİLLİK İLKESİ

OHAL'de gerekçe daha önemli, tıpkı adil yargılanma hakkı gibi; çünkü, kararlar gerekçeleri ile bağlayıcı oldukları için, benzer durumda olanların başvuru zorunluğu yok. Bu İHAM kararları açısından olduğu gibi AYM kararları açısından da geçerli; tıpkı son kararlarının hüküm ve etkisi gibi.

İHAM, başvurunun **iddiaları hakkında değerlendirmelerde bulunulması gerekirken hiçbir inceleme yapılmaksızın davasının reddine karar verilmesi, adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği** sonucuna vararak Anayasa'nın 36. md'de güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>19</sup>.

18 Ne var ki bu hükmün uygulaması, çok istisnai kalmıştır. Bu nedenle, AYM önünde bireysel başvuru yolunun açılması, madde 40'ı işlevsel kılmak için vesile olarak görülmelidir.

19 İ. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Legal, Ekim 2017, s.316-319.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, kararlarını gerekçeli olarak verir. İHAM'ın geliştirdiği **yorum yöntemleri ile gerekçeleri arasında doğrudan bir ilişki** vardır. Aslında, yorum yöntemleri gerekçeler yoluyla geliştirilmiştir.

**Yorum yöntemlerinin** başında olumlu **yükümlülükler kuramı** (*obligations positives*) ile **Sözleşme'nin özerk kavramları** (*notions autonomes*) geldiğini hatırlatmakla yetinelim.

**Yargısal karar gerekçesi**, kısaca, "*kararı motive eden (saiki olan) nedenlerin belirtilmesi*" dir. Gerekçeleştirme, şu ikili yaklaşımla açıklanır: gerekçeleştirmeye **işlevsel yaklaşım** (izlenen amaçlar) veya **maddi yaklaşım** (içerik). Söz konusu olan, yargıcı, bu ya da şu çözüme götüren akıl yürütme (kanıtlama) faaliyetini betimlemek, ortaya koymak ve açıklamaktır. Gerekçeleştirme sanatı, şu üçlüde özetlenir: niçin, nasıl ve kim için?

İHAM'ın gerekçeleştirme faaliyeti, **başlıca iki karşılaştırma** ekseninde ortaya çıkar:

- Önce dikey karşılaştırma: İHAM'ın kullandığı gerekçeleştirme teknikleri ve Anayasa mahkemelerince kullanılan teknikler;
- Sonra, yatay karşılaştırma: İHAM'da kullanılan teknikler ve benzerlerinin kullandıkları teknikler.

Gerçekte, İHAM gerekçeleştirmesi, **yargısal işlev olduğu kadar anayasa-benzeri bir işlevi yerine getirir. Çünkü kararları, sonuç doğuran şu ikili özelliğe sahip: bir uyumsuzluğu çözdüğü için içti-hadî ve hukuku söyleme anlamına gelen bir yargısal etki.**

Gerekçenin sonucu ve **muhatapları üzerinde yoğunlaşan çifte etkisinden** de söz edilebilir:

- İHAM, iç yargı kararlarının AYM gerekçesi üzerinde nasıl bir etkiye sahiptir?
- Sonra, uluslararası yargı organlarının kararları üzerinde nasıl bir etkiye sahiptir?

**"Gerekçe, bir kanıtlamayı (raisonnement) haklı kılmaya özgü nedenler bütünü"** şeklinde tanımlandığı gibi, **"Hüküm fıkrasında belirtilen kararın temelinde yer alan nedenler bütünü"** şeklinde de tanımlanır.

Bu tanım, **gerekçenin objektif (nesnel) ve sübjektif (öznel) görünüşlerini** ortaya koyuyor. Şu yadsınamaz bir gerçektir ki, bu konuda, yargıç tercihte bulunur ve takdir yetkisini kullanır.

Diğer yargı mercilerinde olduğu gibi Strasbourg Mahkemesinin de kararlarını gerekçelendirme işlevi, **iki belirgin özelliği** bir araya getirir: **özneyi (yargıç) ikna eden şeyi açıklığa kavuşturmak (aydınlatmak) ve diğer özneleri ikna etmek.**

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 10 Ocak 2013'te verdiği bir dizi kararında<sup>20</sup>, bunu ortaya koymuş bulunuyor: **“hakkaniyetli bir davanın gereklerinin saygı görmesi için, başta sanık olmak üzere kamu, verilen kararı aynı şekilde anlamalıdır. Bu, keyfiliğe karşı temel güvencedir(...). Hukukun üstünlüğü ve keyfiliğe karşı mücadele, Sözleşme'den çıkan ilkelerdir. Bu ilkeler, adalet alanında, nesnel ve saydam bir adalette kamuoyunun güvenini elde etmeye hizmet eder; her demokratik toplumun temellerinden biri de budur”.**

Haklılaştırma ve meşrulaştırma, kararın dayanağının tarafları ve kamuoyunu ikna etmesi ve **pedagojik işlev**, İHAM kararlarının gerekçelendirilmesiyle izlenen amaçlardandır. İHAM tarafından kullanılan gerekçeler, diğer mahkemelerde olduğu gibi, Mahkemeye, yargıcın, kendisine iktidar bahşeden normlar karşısında, yetki sınırlarını aşmadığını ortaya koymasına olanak tanır.

Bununla birlikte, **ikincilik (subsidiarité) ilkesine saygı, yorum ve gerekçe yoluyla yaratıcı işlevinde İHAM'ın bir kendini sınırlandırma (“auto-limitation”) gereğini de beraberinde getirir.**

İHAM kararlarının gerekçesi, **ikna edici olmayı amaçlar. Bu amaçla, stratejik bir yaklaşım/biçimlendirme sergiler.**

Gerekçenin, **olgular ve hukuki öğeleri, birbiriyle sıkı sıkıya bağlantılıdır.** Fakat, olgular kısmının geliştirilmesine ilişkin usuli boyutunda, ikincilik (subsidiarité) ilkesine saygı iradesi kendini gösterir: İHAM, ulusal makamlara, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara ilişkin her ihlali düzeltme olanağı tanınmadan kararını veremez.

20 Örnek olarak bkz. İHAM, Taxquet / Belgique, Başvuru no.926/05, 16/11/2010 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

İHAM, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve yasa önünde eşitlik ilkeleri adına, geçerli bir gerekçe ortaya koymaksızın önceki çizgisinden ayrılmaz.

İHAM gerekçeleri ile Anayasa Mahkemesi gerekçeleri arasında özellikle çok yönlü paralellikler kurulabilir. Türkiye’de AYM’nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararlar, tarzı kadar geliştirilen ölçütler bakımından İHAM kararları doğrultusunda yazılmaktadır.

## **V- OHAL: ANAYASA YARGISI VE AVRUPA YARGISI**

Olağanüstü yönetimler de hukuki rejimler olup, uyulması gereken uluslararası asgari standartları vardır. Bunlara uyulup uyulmadığı ancak yargı denetimi ile doğrulanabilir. Bu nedenle, olağanüstü yönetimler kapsamında yapılan işlemler de yargı yoluna açıktır.

Türkiye’de ise, OHAL yoluyla yargının araçsallaştırılması ile yetinilmemiş, yargının kendisi tamamen devre dışı bırakılmıştır. Şöyle ki; bir yandan, OHAL ortam ve koşullarında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile lağvedilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yerine siyasal iktidar güdümünde Hakimler ve Savcılar Kurulu oluşturulmuş, öte yandan, OHAL KHK yoluyla yapılan işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır.

### **1- Etkili Başvuru Beklentisinden Yargı Yolunun Kapatılmasına**

OHAL ilan nedeni olarak kullanılan “bozulan anayasal düzeni yeniden tesis” amacı (Any., md.120) ile OHAL istismar edilerek yürürlükteki “anayasal düzenin kaldırılması” arasında tam bir tezat bulunmaktadır. Bu karşıtlık, Ağustos 2014’te Erdoğan’ın Cumhurbaşkanı seçilmesinden itibaren başlatılan “anayasasızlaştırma süreci göz önüne alınmadan anlaşılamaz<sup>21</sup>.

Hal böyle olunca, OHAL döneminde Anayasa’nın ilgili hükümleri ve/ya Olağanüstü Hal Kanunu değil, Anayasa madde 121’de öngörülen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri (OHAL KHK), hukuku kötüye kullanım aracına dönüştürülmüştür. Dahası, OHAL KHK, “hukuken yok hükmünde” görüşünü haklı kılacak sakatlıkta olup, siya-

21 Anayasasızlaştırma süreci üzerine bkz. İ. Kaboğlu, *15 Temmuz Anayasası*, Güncellenmiş 3. Baskı, Tekin, Ekim 2017. Ayrıca bkz. İ. Kaboğlu, “Olağanüstü Halde Anayasa Değişikliği: Anayasal Düzenin Sonu mu?”, *Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutionnal Law*, 2017, sy.11, s.9-28.

sal iktidar muhalifler üzerinde adeta “damoklesin kılıcı” olarak sallandırmıştır.

OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri, yasalar üstü ve Anayasa dışı özellikleriyle adil yargılanma hakkının ana ilkelerini ya ortadan kaldırmış ya da ciddi bir biçimde sınırlamış bulunuyor.

Bu süreçte, savunma haklarının zedelenmesi ötesinde, doğrudan avukatlara yönelik ciddi ve ağır hak ihlalleri de söz konusudur.

Öte yandan, KHK mağdurlarına mahkeme kapısı kapatıldığı için, sayıları 108 bin 905 kişi, OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu’na başvurmak zorunda bırakılmıştır. Bu uygulama, adil yargılanma hakkı veya yargılama hakkı bir yana, makul süre içinde mahkemeye başvuru hakkını bile tanımamaktadır. Komisyon, 18 Mayıs 2018 itibarıyla, sadece 17 bin dosyayı sonuçlandıran Komisyon, bunlardan yalnızca 660’ı için “göreve iade” kararı vermiş bulunuyor.

Kaldı ki, adil yargılanma hakkı muhatapları hâkim ve savcılar ile adı geçen Komisyon üyeleri de verecekleri kararları nedeniyle, her an “yargısız infaz” tehdit ve tehlikesinden bağışık değiller.

## 2- Anayasa Mahkemesi’nin OHAL Kararları

Anayasa Mahkemesi (AYM), OHAL ile ilgili başlıca üç karar verdi:

İlki, iki üyesine ilişkin; ikincisi ise, KHK denetimiyle; üçüncüsü ise, KHK mağdurları ile ilgili.

### a) “Kanaat ve Sosyal Çevre Bilgisi”

AYM, 667 sayılı KHK’nin 3. Maddesi uyarınca, iki üyesinin ihracına karar verirken, KHK’ye göre adil yargılama ilkelerine uygun davranmanın gerekmediğini saptamıştır. AYM, “kanaat” ve “sosyal çevre bilgisi” kavramları ile kararını hukuki olmayan ölçütlere dayandırmıştır.

AYM’ye göre, “anılan üyelerin MGK’ce devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplardan **MGK kararlarında** ifade edildiği şekliyle (...), ‘Paralel Devlet Yapılanması’ ile ‘üyelik’, ‘mensubiyet’, ‘iltisak’ veya ‘irtibat’ şeklinde herhangi bir bağlantının olup olmadığına ilişkindir... bu değerlendirme için Genel Kurulun salt çoğunluğunda anılan üyelerle ilgili oluşacak ‘kanaat’ yeterlidir... çevre bilgisi ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin zaman içinde

oluşan ortak kanaatleri birlikte dikkate alınarak, Üyeler...’ın meslekte kalmalarıyla bağdaşmayacak nitelikte bağlarının olduğu değerlendirilmiştir.”<sup>22</sup>.

Bu kararlar ilgili hızlıca şu saptamalar yapılabilir:

- “Kanaat ve sosyal çevre” kavramları hukuki değildir.
- Hukuki olmayan açıklama tarzı, “biz zaten biliyorduk onları” şeklinde de yorumlanabilir. Bu da, örtülü bir iş birliği yapıldığı şeklinde anlaşılabilir.
- En vahimi ise, MGK “kararları” kalıbının, bir tür “körü körüne” sahiplenilmiş olmasıdır. MGK’nin anayasal karar alma yetkisinin bulunmadığını bilme konumunda olan merci Anayasa Mahkemesi olduğuna göre, böyle bir yanlışa ortak olmuş demektir.

### **b) KHK Denetiminde Ret ve İctihat Değişirme**

AYM, 25.7.2016 tarihli 668- 671 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri üzerinde Anayasa’ya uygunluk yönünden denetim başvurularını reddetti (R.G.: 4.11.2016). Özetle, “OHAL KHK üzerinde denetim yetkim yoktur” dedi. Dayanak olarak kullandığı madde: OHAL “kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” **“Lafzi yorum”**, karar bütünü için geçerli. Gerçi, “dava açılmaz” kuralı (mad.148), “Anayasa Mahkemesi denetleyemez” kaydını içermese de AYM, söze bağlı yorum ile yetinmeyip **“tarihsel yorum”**a başvuruyor: *“Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK’lerinin denetiminin yasama organı tarafından yapılmasını istediği açıktır.”* Bunun için

22 Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun 4/8/2016 tarihli toplantısında; 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin “Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler” başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca... meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir.” hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi Üyeleri Alparslan Altan ve Erdal Tercan’ın meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına oybirliğiyle karar verilmiştir.(AYM Basın duyurusu) AYM, Genel Kurul, E.2016/6 (Değişik İş), K.2016/12, k.t.:4.8.2016).

madde **gerekçesine başvuran** AYM'ye göre, "Bu gerekçe de denetim yetkisinin parlamentoya bırakıldığını göstermektedir"<sup>23</sup>.

Sadece kendisi için uyguladığı **sözel yorumu** desteklemek için sıkça Anayasa mad. 6 ve 11'e vurgu yapan AYM'ye göre, "Bu hükümler çerçevesinde Anayasa hükümlerinin, Anayasa Mahkemesi'ni de bağladığı ve yargı yetkisinin kaynağını ve sınırlarını belirlediği hususunda kuşku bulunmamaktadır." AYM, "dava açılmaz" kaydına sıkı sıkıya bağlılık kaygısı ile bezediği paragrafların ardından, "**önceki kararlardan neden ayrıldığını açıklama**" yerine eleştiri yapıyor: "*Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'si, şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hal KHK'si niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirecektir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır.*". Ve 1991 ve 2003 kararlarını **eleştiriyor**: "Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ile ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'lerinin herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır." Buna karşılık, "Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak olağanüstü halin geçerli olduğu dönem içerisinde çıkarılmış bir olağanüstü hal KHK'sidir" sonucuna ulaşırken, anayasal çerçevesini teyitten kendini alıkoyamıyor ve yapmaktan kaçındığı denetimi, Yürütme lehine örtülü biçimde olsa da yapmış oluyor. Mesela, 668 ve 669 KHK için Bakanlar Kurulu'nun cumhurbaşkanı başkanlığında hangi tarihte toplandığını sorgulamadığı gibi, TBMM'nin, AYM kararına kadar üç ay on gün geçtiği halde KHK'leri denetlemediğini görmezden geliyor. AYM ne yapabilirdi? Israrla ve çok dar anlamda "lafzi ve tarihi" yorum yöntemini, -üstelik tek yanlı olarak- kullanan AYM, aslında **sistemik ve amaçsal** yorum yapmalı idi.

- **Neden tek yanlı?** Çünkü AYM, "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz," (mad. 6)

23 (Oysa yasama denetimi, yargısal denetimin seçeneği değil.) Madde gerekçesi ötesinde, alıntı yaptığı Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanı'nın konuşması için AYM, "Kuralın gerekçesi mahiyetindeki açıklamaları, Anayasa koyucunun olağanüstü dönem KHK'lerinin yargı denetimi dışında bırakılmasını ve bu konuda sadece yasama meclisinin denetiminin varlığını amaçladığını ortaya koymaktadır," diyor.

ve “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” (mad. 11) hükmünü, yürütme organına değil, sadece kendisine uyguluyor. Bu yanlış yaklaşım, lafzi yorumun değerini de azaltıyor. Fakat buradaki asıl çelişki; çok katı bir sözel yoruma karşın, denetim yasağı kaydı yokluğunu göz ardı etmesi.

- Tarihi yorum tarzı da yanlış; başlıca iki nedenle: Danışma Meclisi’ndeki konuşmayı, madde 148 gerekçesi olarak kabul ediyor. Ama daha önemlisi, 1982 Anayasası’nda yapılan kayda değer değişiklikler hiç yokmuş gibi davranıyor. Oysa **sistemantik** yoruma başvurabilirdi ve bunu pekiştirmek için **anayasal iyileştirmeleri** kullanabilirdi. **Amaçsal yorum** ise, AYM’nin başvurabileceği en güçlü yöntem olurdu; başlıca şu üç nedenle:
- AYM’nin 1991 ve 2003 kararları,
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 1990’lı yıllarda verdiği kararlar.
- Anayasa’da özgürlükler lehine ve iktidarı sınırlayıcı yöndeki **değişiklikler**: Bu çerçevede, özellikle bireysel başvuru hakkı, AYM’nin denetim kararını haklı kılacak başlıca gerekçe olabilirdi. Şöyle ki; KHK uygulamalarından kaynaklanan mağduriyetlere karşı AYM’ye, yüzlerce hatta binlerce başvuru yapılacak. Olası mağduriyetlere yol açılmaması için, OHAL kapsamı dışında kalan veya Anayasa’ya açıkça aykırı kuralları iptal etmesi, AYM’nin varlık nedeni gereği olurdu; üstelik bunun anayasal dayanağı da açık: **İnsan haklarına dayanan hukuk devleti**.

### c) Başvurulara Toplu Ret

Üçüncü olarak AYM, adları, OHAL KHK ek listelerinde yer alanların başvurularını, OHAL İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHALİİK) tarafından başvurular alınmaya başlanınca toplu olarak reddetti: “Anayasa Mahkemesi tarafından, OHAL 15 Temmuz Anayasası KHK’leri ile doğrudan yapılan işlemler ve OHAL kapsamında yapılan idari işlemler hakkındaki başvurulara ilişkin olarak, toplam 70.771 başvuru, 685 sayılı KHK’nin 1. maddesiyle kurulan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonuna (Komisyon) ve/veya idari yargı yollarına başvurulmaksızın bireysel başvuru yapıldığı için başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulunmuş ve bu kararların başvuruculara tebliğ işlemleri yapılmıştır.”

Başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğinin, ilke olarak Anayasa Mahkemesine başvurunun yapıldığı tarihteki duruma bakılarak değerlendirildiği ifade edilen kararda, “*Ancak Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar verebilir. Özellikle belli bir konudaki yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla sonradan oluşturulmuş bir yol söz konusu ise ikincillik ilkesi, o konudaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının, bu yol vasıtasıyla, öncelikle idari ve yargısal makamlarca değerlendirilmesine imkân tanınmasını gerekli kılabilir*” değerlendirmesi yapıldı. Bu kapsamda, KHK hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulduğu söylenen kararda, sonradan açılan bu başvuru yolunun ulaşılabilirlik açısından, başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi yönünden incelemesine de yer verildi. AYM'nin son kararı üzerine şu hızlı ve kısa gözlem ve eleştiriler yapılabilir:

- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), OHAL işlemleri mağdurlarının yapmış oldukları başvurular üzerine kabul edilemezlik kararları verirken, AYM'ye başvuru yolunun etkililiğine işaret etmiştir. Buna karşılık AYM, bir yıl boyunca suskun kalmıştır.
- OHALİİK, AYM'ye başvurulardan çok sonra kuruldu. Kurulmadan önce yapılan başvuruları da OHALİİK'i işaretle reddettiği halde, konuyla ilgili herhangi bir yönlendirme yapmaksızın, Komisyon hakkında ıvecen bir iyimserlik havası yansıtmakta sakınca görmemiştir.
- AYM'nin, OHALİİK kararları için kriterler oluşturabilecek ilkeleri belirleme gereği duymaması bile, varlık nedeni açısından ciddi bir soru işaretidir. Özetle, olağanüstü halin bir hukuk rejimi olma özelliği, en başta AYM denetim ve kararları ile sağlanır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, denetimden “ısrarlı” bir şekilde kaçındığı gibi, yürütme organına yönelik uyarılarda da bulunmamış, hatta gözlemler yapmaktan bile kaçınmıştır.

Sonuç olarak, 55 yıllık tarihi boyunca AYM, değinilen **üç kararı ile varlık nedenini giderek daha çok sorgulatarak, adeta işlevsizliğini teyit etmiş bulunuyor**. Ülkenin içten içe sürüklendiği derin bunalm sürecinde, ne yazık ki **Anayasa Mahkemesi, OHAL yönetimini**

**hukuk zeminine çekme yerine, verdiği kararlar ile Anayasa dışı ve hukuk dışı alanların oluşmasını açık veya örtülü bir biçimde özendirilmiş bulunuyor.**

#### **d) AYM Kararları ve Ağır Ceza Mahkemelerinin Anayasa İhlali**

Anayasasızlaştırma karşısındaki sessizliği bir yana, AYM'nin OHAL işlemleri kapsamında yapılan başvuruları kategorik ret kararları, Hükümet'in OHAL ile ilgili olmayan konularda, hatta hukuken yok hükmünde KHK imal faaliyetini özendirdi. Bu icraat, hukuka güveni ve inancı zedeledi; hukuk güvenliğini yok etti. Anayasa Mahkemesi, OHAL işlemleri kapsamında tutuklu bulunan kişiler hakkında karar vermek için 2018'i bekledi. Başka bir deyişle, ilk ihlal kararlarını OHAL ilanı üzerinden yaklaşık 18 ay geçtikten sonra verdi. Ne var ki, AYM kararları, muhatabı Ağır Ceza Mahkemelerince uygulanmadığından, Anayasadışı ve hukukdışı işlem ve eylemler zinciri, yasama-yürütme ve yargı üçlüsüne yayılmış oldu. AYM kararları, Profesör Mehmet Altan, gazeteci Şahin Alpay ve Gazeteci Turhan Günay hakkında verildi.

AYM'nin 11.01.18'de verdiği M. Altan, Ş. Alpay ve T. Günay kararları henüz RG'de yayımlanmadan Hükümet kanadından, "AYM'nin beraat kararı verme yetkisi yoktur" (B. Bozdağ) vb. tepkiler dillendirilmeye başlandı<sup>24</sup>.

AYM'nin, bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu Alpay, Altan ve Günay kararları, OHAL ortam ve koşullarında "özgürlük lehine" verilen ilk kararlar: basın ve ifade özgürlüğü ile kişi özgürlüğü ve güvenliği açısından "hak ihlali" kararları verdi<sup>25</sup>.

Alpay ve Altan karar hüküm fıkralarının ortak paydası:

- "Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine" (OYBİRLİĞİ ile),

24 Eğer AYM, o zaman asgari yargı denetimini yapsaydı, Hükümet kendini Anayasa ve AYM üzerinde görme cüretini gösteremezdi. Kuşkusuz AYM'nin önceki kararları, Hükümet'e AYM'nin yeni kararlarını yorumlama yetkisini tanımadığı gibi, ne AYM'nin önceki çelişkili kararları ne de Hükümet'in Anayasa tanımazlığı, Ağır Ceza Mahkemeleri'nin anayasal yükümlülüğünü ortadan kaldırdı.

25 AYM, Turhan Günay başvurusu, Başvuru no: 2016/50972, 11/01/2018 (www.anayasa.gov.tr); AYM, Şahin Alpay Başvurusu, Başvuru no: 2016/16092, 11/01/2018 (www.anayasa.gov.tr); AYM, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru no: 2016/23672, 11/01/2018 (www.anayasa.gov.tr)

- “Tutuklama dolayısıyla ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine”,
- “Anayasa’nın 19. md’de güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine”(OYÇOKLUĞU ile),
- Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına gönderilmesine.

Turhan Günay kararındaki fark ise, md.19 ihlalinin oybirliği ile verilmiş olmasıdır<sup>26</sup>.

Bu kararlar, 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesi kapsamında verildi:

**“Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir”.**

Hemen belirtelim ki, mahkemelerin hangi neden ve gerekçe ile olursa olsun, kararı uygulamama seçeneği bulunmamakta.

Gereğinin yerine getirilmesi, muhatap İstanbul ACM’leri için, Mehmet Altan ve Şahin Alpay’ın serbest bırakmak; Maliye Bakanlığı için, yargılama giderlerini ödemektir.

T. Güney kararı ise, benzer durumda olan gazeteciler için tipik bir emsal karardır. Bir diğer önemli nokta ise, çoğunluk kararına katılmayan üyeler, AYM’nin ihlal kararı verme yetkisini sorgulamamıştır.

AYM kararlarının, bireysel başvuruda bulunan kişiler açısından uygulanması gereği ötesinde, emsal özelliği de var. Bu nedenle, AYM’nin değinilen üç kararı, A. Atalay, A. Şık ve M. Sabuncu gibi tutuklu bulunan gazeteciler için de emsal oluşturur. AYM’ye bireysel başvuru hakkı, mutlaka her bireyin başvurması gereğini değil, tıpkı Avrupa Mahkemesi açısından geçerli olan ikincillik ilkesinde olduğu gibi, yargı mercilerinin AYM tarafından saptanan ilkelerin gerekçeleriyle birlikte bağlayıcı olması nedeniyle, bu doğrultuda karar vermelerini gerekli kılar. Üst yargı mercilerine başvuru yolunun açık tutulmasının mantığı da budur.

Anayasa’nın md.138, 153 ve 40 gereği, AYM kararını uygulamak, bir yorum sorunu değil, teknik bir konu. Ulusal düzlemde başlıca denetim

<sup>26</sup> Bahsi geçen Bireysel Başvuru kararları, 30306 sayılı Resmi Gazete’de 19/01/2018 tarihinde yayımlandı.

organı, “*Hâkim ve savcıların görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme*,” (Any., md.159/9) görev ve yetkisine sahip olduğu halde, Hâkim ve Savcılar Kurulu (HSK), uyarı görevini yerine getirmedi<sup>27</sup>. Sonuç olarak, AYM’nin anılan kararları derece mahkemeleri olarak ağır ceza mahkemelerince uygulanmaması Anayasa açıkça ihlal edildi; HSK, Anayasal yükümlüğünü yerine getirmedi; Anayasa Mahkemesi ise, kararlarının uygulanmamasıyla yaratılan açık Anayasa’ya aykırılık durumu karşısında sessiz kaldı.

### 3.- Avrupa Mahkemesi Kararları: Kapsam ve Etkisi

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), 20 Şubat 2018 günü verdiği Şahin Alpay ve Mehmet Altan kararlarının gerekçelerini 20 Mart günü açıkladı<sup>28</sup>.

Kararlar, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), madde 5, 10 ve 46. madde üçlüsüne dayanıyor.

- “Özgürlük ve güvenlik hakkı” (md.5),
- “İfade özgürlüğü” (md.10),
- “Kararların bağlayıcılığı ve uygulanması” (md.46).

Kararların ortak paydaları

- İHAS md.5/1’in ihlal edildiğine karar verdi: “Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır”.
- İHAS md.10’un ihlal edildiğine karar verdi: ifade özgürlüğü.
- İHAS md.5/4’ün ihlal edilmediğine karar verdi: “özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesini isteme hakkı”.

İHAM’ın Ş. Alpay kararında öne çıkan kayıtlar, kısaca şunlardır: Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Md.19/3’ün ihlal edildiğine dair “kesin” ve

27 “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), şimdiye kadar kendisine yapılan başvuruların kabul edilemezliğine karar verirken hep AYM’ye başvuru gereğini hatırlattı. Buna karşılık, eğer AYM’nin son kararları uygulanmaz ise, İHAM, başvuruları etkili iç başvuru yolu bulunmadığı gerekçesiyle kabul etmeye başlayacak. Böyle bir süreç, Türkiye’nin yakın geçmişe kadar ulusal ölçekte ve Avrupa düzeyindeki insan hakları kazanımlarına ağır bir darbe riskini beraberinde getirecektir.”

28 İHAM, Şahin Alpay/Türkiye, Başvuru no: 16538/17, 20/03/2018 (<http://hudoc.echr.coe.int>); İHAM, Mehmet Hasan Altan/Türkiye, Başvuru no: 13237/17, 20/03/2018 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

“bağlayıcı” karar vermesinin (11 Ocak) ardından, İst.13. Ağır Ceza Mahkemesi(ACM) tarafından tutukluluğuna devam edilmesi, İHAS md.5/1’e aykırıdır.

İHAM’a göre; *bireysel başvuru sonucu kesin ve bağlayıcı karar yetkisine sahip Anayasa Mahkemesi (AYM) yetkilerinin bir başka mahkeme tarafından sorgulanması, hukuk devleti ve hukuk güvenliği temel ilkelere aykırıdır. Bu ilkeler; Sözleşme md.5’in sağladığı korumaya ilişkin ilkeler olup, keyfiliğe karşı güvencelerin yapı taşlarını oluşturur.*

İHAM, Alpay’ın tutulmasına devam edilmesi, geçici tutukluluklara ilişkin davalarda AYM’ye bireysel başvurunun etkililiği üzerinde ciddi kuşkular yaratmakta olduğunu vurgulamaktadır. Bu nedenle, md.5’e ilişkin başvurularda, AYM’ye bireysel başvuru sisteminin etkililiğini inceleme olanağını saklı tutmakta; ancak, AYM kararlarının bağlayıcılığı konusunda, ilk derece mahkemelerinin ve özellikle ACM içtihadındaki olası gelişmeleri izleme kaydını da düşmektedir.

İHAM, (kararların uyulması zorunlu ve icrai niteliğini) Sözleşme md.45 açısından hatırlatarak, Ş. Alpay’ın tutukluluk halinin en kısa sürede sonlandırılması yükümlülüğünün Devlet’e düştüğünü belirtmektedir.

İfade özgürlüğü (md.10) konusunda İHAM, özellikle şu hususu vurguluyor: Hükümeti eleştirmek ve ülkenin liderleri ve yöneticileri tarafından ulusal çıkarlar için tehlikeli addolunan haber ve bilgileri yayımlamak, terör örgütüne yardım veya aidiyet, hükümeti veya anayasal düzeni devirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik girişim veya terörizm propagandası şeklinde ağır cezai suçlamalar sonucunu doğuran uygulamalar, kabul edilemez.

M. Altan kararı da md.5 ve 10 açısından aynı gerekçelere dayanmakta olup, İstanbul 26. ve 27. Ağır Ceza Mahkemeleri kararlarının Anayasa ve İHAS hükümlerini ihlal ettiği saptamasını ayrıntılı bir biçimde yapmaktadır.

İHAM kararları olumlu olmakla birlikte, eleştiriye açık yönlerine de değinmek gerekir. Şöyle ki; AYM’nin kararda gecikmesini İHAS md.5/4’e aykırı saymaması, AYM’yi kollaması nedeniyle en az dene-timle yetinmesi şeklinde yorumlanabilir. Gerçekten 16 ay gibi bir süre, davanın karmaşıklığı ve AYM’nin iş yükü ile açıklanamaz.

Sonra, İHAM'ın, AYM'ye bireysel başvuru yolunun etkili olduğuna dair umudunu koruması, bu kez kendini kollaması bakımından bir yerindelik sorunu olarak görülebilir. Bununla birlikte, bu görüşünü sürdürmesi, aslında Anayasa Mahkemesi'ne sorumluluk yüklemekte. Bu sorumluluk, kuşkusuz, kanunlaşan kanun hükmünde kararnamelelerinden da geçerli.

İHAM'ın adı geçen iki kararının etkisine gelince; bunlar, Ş. Alpay ve M. Altan ile sınırlı olmayıp, öncelikle, ifade özgürlüğü nedeniyle fiziki özgürlüklerinden alıkonulan diğer tutuklu gazeteciler için de geçerli. Bu, emsal karar niteliği ve İHAM açısından geçerli ikincillik ilkesi gereği ile haklılaştırılır.

Bu nedenle karar, M. Altan ve benzeri durumda olan kişilere de uygulanmalıdır.

Dahası bu karar, barış için akademisyen (BAK) davaları için de ipuçları vermekte.

Şöyle ki; ifade özgürlüğü ile darbe bağlantısına dikkat çeken İHAM, örtülü bir biçimde "fikir suçu" ihdasına karşı tavrını ortaya koymakta.

BAK davalarının ise darbe ile hiçbir ilişkisi bulunmadığı gibi, 15 Temmuz Darbe girişiminden 6 ay önce yayımlanan bir bildiri den hareketle yaratılan zorlama siyasal davalar zinciri, Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme uygulaması ile açık bir şekilde çelişmekte<sup>29</sup>.

## VI- DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

Yargı ve özellikle anayasa yargısı, karar ve geliştirdikleri içtihat ile, olağanüstü dönemlerden olağan anayasal düzene (ortak hukuk) geçiş için katkıda bulunur. Bu katkı, yürütmenin hukuk sınırları içinde kalmasını kolaylaştırır. Zira, olağanüstü yönetimlerin en ayrıcalıklı kıldığı organ, yürütmedir. Sınırlanan hak ve özgürlükler karşısında artan yetkileri, yürütme ve idarenin anayasa ve hukuk çerçevesi dışına kayma tehlikesini beraberinde getirir. Bu nedenle, yasama meclisinin işlevi ve yargısal denetim, olağanüstü rejimlerin neden, konu, mekân, süre ve

<sup>29</sup> Bu nedenle, İHAM ve kararlarına -çekingen tavrı nedeniyle- eleştiri hakkımızı saklı tutarak, Alpay ve Altan kararlarını, yine İstanbul ACM'lerde sürmekte olan BAK davaları açısından da okumakta yarar var.

amaç bakımlarından anayasal çerçevede uygulanması ve aşılması için vazgeçilmezdir. Bu bakımdan, yargı bütünü önemli olmakla birlikte, anayasa yargısı, yasama organını denetleyici ve diğer mahkemeler için ilke kararları verme konumu itibarıyla, geçiş döneminin en önemli merciidir.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, geçen on yıllarda geliştirdiği içtihadın tersine, 20 Temmuz 2016 gecesini ilan edilen ve ne zaman sona ereceği belli olmayan olağanüstü hâl yönetiminin de bir hukuk rejimi olduğunu kararlarına yansıtmadığı gibi, verdiği kararlar ile yürütme organını adeta Anayasa ihlaline özendirmiştir. Bu nedenle, olağandışı koşullardan olağan hukuk düzenine geçişe katkı bir yana, hukuk dışı yönetim ve hukuken yok hükmündeki kararnameler yoluyla “anayasa-sızlaşma” sürecinin derinleşmesine adeta katkı sunmuştur.

Böyle bir tavır sergilemiş olması, ağır ceza mahkemelerinin AYM kararlarını uygulamaktan kaçınmasını kesinlikle meşru ve haklı kılmaz ise de bu durum karşısında bile, Avrupa Mahkemesi karar verinceye kadar “sessiz” kalmayı tercih etmiştir.

Öte yandan, AYM'nin denetimden kaçındığı kanun hükmünde kararnameler (OHAL KHK), yasalaşmış ve bunlara karşı iptal davası açılmıştır. “Hukuken yok hükmünde” olan KHK'lere “yasa sayısı” verilmesi, kuşkusuz Anayasa'ya aykırılığı gidermez. Kaldı ki, AYM'nin bu işlemler üzerindeki denetimini sınırlayan bir Anayasa maddesi de bulunmadığına göre, AYM'den beklenen, “yasa sayısı verilen KHK'leri”, büyük ölçüde hukuk düzeninden ayıklamasıdır. Kısacası, AYM'nin artık mazzereti yok.

Şu halde şimdi, öğretinin ve hukuk uygulayıcılarının, hatta büyük kamuoyunun AYM'den beklentisi, “hukuken yok hükmünde” olduğu halde, kanun sayıları verilen KHK'ler üzerinde hukuki ve anayasal denetim yapmaktır.

Böyle bir beklenti, adil yargılanma hakkı için alınması gereken acil önlemleri unutturmamalı:

- 1- Yargı görevine girişte bilgi ve liyakat belirleyici olmalı; mülakat, bağımsız ve karma heyetler önünde yapılmalı; kamera kaydı ile sınavların saydamlığı sağlanmalıdır.

- 2- Mahkeme, suç oluşturan eylemi (fili) yaptırıma tabi tutmak için görev yapmalı; niyet-kanaat ve düşünce gibi hukukun düzenleme alanına girmeyen hususlar, dava konusu olmaktan çıkarılmalıdır.
- 3- OHAL, adil yargılanma hakkını askıya almanın gerekçesi olamaz. Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri ve Anayasa hükümleri gereğince âdil yargı ilkeleri derhal uygulamaya konulmalıdır.
- 4- Adil yargılanma hakkına yönelik yaygın ve sistematik ihlaller, "OHAL'de adil yargılanma hakkı" üzerine tematik bir rapor hazırlama gereği de acildir.
- 5- OHAL kaldırılmalı; ancak, "yasa sayıları" verilen OHAL KHK'lerden geçirilmeden, OHAL'e son verilmesi tek başına yeterli olmaz.
- 6- Ne var ki, 24 Haziran 2018 seçimleri sonrası tümüyle yürürlüğe girecek olan 6771 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişikliği, bir tür "kalıcı OHAL yönetimi" öngördüğünden, konuyu anayasal düzlemde de ele alma gereği bulunmaktadır.

Kuşkusuz bütün bunlar, şu tarihsel sorumluluğu unutturmamalı:

Yargı, krizi aşmak için hukukileşmeye ve olağanlaşmaya katkı sağlama tarihsel misyonuna da sahip; bu aynı zamanda gelecek kuşaklara karşı vazgeçilmez bir sorumluluk.

## KAYNAKÇA

Amicus Curiae Raporu, Suç ve Ceza Dergisi Yıl: 2015, Sayı: 1 – 2

Anayasa Hukuku Dergisi'nin "İktidar ve Özgürlük İkilemindeki Anayasa Mahkemesi" özel sayısı için bkz. Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutional Law, C.3, sy.5, 2014.

Fanny Malhière, » Rapport comparatif », in L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes, Mission de Recherche : Droit et Justice, Mai 2017

İbrahim Ö. Kaboğlu, "Olağanüstü Halde Anayasa Değişikliği: Anayasal Düzenin Sonu mu?", Anayasa Hukuku Dergisi/Journal of Constitutionnal Law, 2017, sy.11

İbrahim Ö. Kaboğlu, 15 Temmuz Anayasası, Güncellenmiş 3. Baskı, Tekin, Ekim 2017

İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Dersleri, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Bası, Legal, Ekim 2017, s.316-319.

İbrahim Ö. Kaboğlu, Hangi Türkiye? İmge Kitabevi, 2011

Simone Gaboriau - Hélène Pauliat, Justice et démocratie, PULIM, Entretiens d'Aguesseau, Actes du colloque organisé à Limoges les 21-22 novembre 2002.

### *Anayasa Mahkemesi Kararları:*

AYM, Esas No.: 2015/41; Karar No.: 2017/98; Karar Tarihi: 31.5.2017; R.G. Tarihi: 3.8.2017-30143 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr))

AYM, Turhan Günay başvurusu, Başvuru no: 2016/50972, 11/01/2018 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr))

AYM, Şahin Alpay Başvurusu, Başvuru no: 2016/16092, 11/01/2018 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr))

AYM, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru no: 2016/23672, 11/01/2018 ([www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr))

### *İHAM Kararları:*

İHAM, Golder /Birleşik Krallık, Başvuru no: 4451/70, 21/02/1975 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

İHAM, The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru no: 6538/74, 26/04/1979 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

İHAM, Sramek/Avusturya, Başvuru no: 8790/79, 22/10/1984 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

İHAM, Loizidou/Türkiye, Başvuru no: 15318/89, 23/03/1995 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

- İHAM, Bellet/Fransa, Başvuru no: 23805/94, 04/12/1995 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Les saints-monastères/Yunanistan, Başvuru no: 13092/87 13984/88, 09/12/1994 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Van den Hurk /Hollanda, Başvuru no: 16034/90, 19/04/1994 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Taxquet / Belgique, Başvuru no.926/05, 16/11/2010 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Agrocomplex/Ukrayna, Başvuru no: 23465/03, 25/07/2013 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Şahin Alpay/Türkiye, Başvuru no: 16538/17, 20/03/2018 (<http://hudoc.echr.coe.int>)
- İHAM, Mehmet Hasan Altan/Türkiye, Başvuru no: 13237/17, 20/03/2018 (<http://hudoc.echr.coe.int>)

# SÜNNET OPERASYONU ÖZELİNDE TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞU SORUNU\*

Afra Nur Çaprak\*\*

## ÖZET

İslam'ın ve Museviliğin erkek çocukları için öngördüğü sünnet operasyonu hukuk dünyasında farklı şekillerde değerlendirilmektedir. Özellikle Alman Ceza Hukuku'nda sünnet eyleminin tıbbi müdahale kapsamındaki meşruiyeti tartışılmaktadır. Bir Alman Eyalet Mahkemesi'nin sünnetin hukuka aykırı bir fiil olduğuna ilişkin verdiği karar bu tartışmaların çıkış noktası olmuştur. Kararın hakkaniyete uygunluğunun bilhassa hukuk ve din çevreleri tarafından eleştirilmesi üzerine, kanun koyucu Alman Medeni Kanunu'na konuyla ilgili bir düzenleme getirmiştir. Böylece dini sünnete ebeveyn rızası şartı ile olanak sağlanmaktadır. Kararda sünnetin hukuka aykırılığı vurgulanırken, söz konusu düzenleme sünneti yasallaştırarak çelişki yaratmaktadır. Bu durum ise konuyla ilgili tartışmaları sürdürmektedir. Sünnetin, Türk Ceza Hukuku'nda tıbbi müdahale içerisinde olması paralel düzenlemelerin varlığını gösterirken, hukuka uygunluk sebepleri farklılıklar içermektedir. Çalışmada bunların üzerinde karşılaştırılarak durulacaktır.

**Anahtar kelimeler:** Sünnet, Kasten Yaralama, Tıbbi Müdahale, Hukuka Uygunluk, İlgilinin Rızası

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 30/05/2018. İlk hakem raporu tarihi: 14/06/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 19/06/2018.

\*\* Altınbaş Üniversitesi/Köln Üniversitesi Çift Diplomalı Türk-Alman Hukuk Lisans Programı (UOLP-Köln Üniversitesi) Mezunu, afra\_caprak94@hotmail.de, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6915-4524.

## THE ISSUE OF JUSTIFICATION OF MEDICAL TREATMENTS IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAWS IN CASE OF CIRCUMCISION PROCEDURE

### ABSTRACT

The requirement of the male circumcision in Islam and Judaism is assessed in different ways in law. Especially in German Criminal Law the justification of the circumcision as part of medical intervention is contentious. The judgement of a German district court stating that circumcision is an illegitimate act has been the main reason of the controversy. Because of lawyers' and religious community representatives' criticism about the judgement, the lawmaker put a legal norm concerning this topic into the German Civil Law. This norm provides that the circumcision is permitted on the condition of the parents' approval. Although in the judgement the illegitimacy of the male circumcision is emphasized, the norm is legalizing the circumcision, so that there comes up a paradox. This situation maintains the controversy about the discussed topic. The fact that the circumcision is also a part of the medical intervention in Turkish Criminal Law, shows that there are parallel regulations whereas the legal justifications contain distinctions. In the following these will be elaborated in comparison to each other.

**Key words:** Circumcision, Intentional Physical Injury, Medical Intervention, Legal Justification, Consent Of the Person Concerned

### I. Giriş

Sünnet, Musevi ve İslam dinlerine ait bir gelenek olup dinlerin oluşumundan beri süregelen, fakat bunun dışında da sağlık açısından uygulanan bir operasyondur. Günümüzde, dünyanın bazı yerlerinde uygulanan kız çocuk sünnetinin hukuka aykırı olduğunda hemfikirlik bulunurken, erkek çocuklarının tıbbi bir zorunluluğu olmaksızın dini nedenlere dayanarak sünnet edilmeleri hem sosyal hem de hukuki açıdan eleştirilmektedir.

Özellikle, Almanya'da Köln Eyalet Mahkemesinin 2012 senesinde sünnet operasyonuna ilişkin vermiş olduğu bir karar tartışmalara yol açmıştır. Mahkeme, sünnet operasyonunun Alman Ceza Kanunu'nun

223. maddesi kapsamında kasten yaralama suçunun unsurlarını oluşturduğu kanaatine varmış, dolayısıyla sünneti hukuka aykırı bir fiil olarak kabul etmiştir. Almanya’da sünnet işleminin uygulanması, Müslüman ve Musevi nüfusun zamanla artmasından ötürü, alışlageldik bir uygulama haline gelmiş, ceza hukuku açısından meşruluğu sorgulanmamıştır. Fakat Eyalet Mahkemesinin kararı ile birlikte, sünnet eyleminin Alman hukukunda aslında sabit bir yeri olmadığı ve bundan dolayı hukuki bir belirsizlik durumu mevcut olduğu anlaşılmıştır.

Sünnetin hukuki niteliği hakkında görüş ayrılıkları tartışmalara neden olmuştur. Tartışmanın merkezinde ebeveynlerin mensubu oldukları dinin gereklerinden ötürü sahip oldukları haklar ile her bireyin sahibi olduğu kişilik hakları karşı karşıya kalmıştır. Alman kanun koyucusu bu konudaki hukuki belirsizliğe son vermek üzere erkek çocukların sünnet edilmesine ilişkin bir düzenleme getirmiştir.

Çalışmada, sünnetin hukuksal boyutunu incelemek üzere Alman ve Türk Ceza Hukuku’nun bu konuya bakış açıları ele alınacaktır. Bu kapsamda, sünnetin genel tanımı, tıbbi müdahale dâhilinde iki hukuk sistemindeki konumu ve konu hakkındaki görüşler incelenerek bir değerlendirme yapılacaktır.

## II. Genel Anlamda Sünnet

Sünnet (Alm. “Zirkumzision” veya “Beschneidung”), erkek üreme organının uç kısmını örten deri ekinin bir cerrahi müdahale ile kesilerek çıkarılmasıdır.<sup>1</sup> Erkek çocukların sünnet edilmesinin en yaygın nedeni, dinsel ritüel haline gelmiş olmasıdır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan araştırmada, dünya çapında 15 yaş ve üstü erkeklerin 1/3 oranının sünnet edilmiş, bunların ise %69’unun Müslüman, %0,8’inin Musevi olduğu tespit edilmiştir.<sup>2</sup>

İslam dininde erkek çocukların sünnet edilmesi “hitan” olarak adlandırılmaktadır. İslam dininin temel kaynağı olan Kuran’da açıkça yer almamakla birlikte, hitan hadislerde rivayet edilerek dinin sünneti olarak kabul edilmiştir. İslam dininde “sünnet” terimi, Müslümanlarca uy-

1 **Putzke** Holm, Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen – Zur Frage der Strafbarkeit des Operateurs nach § 223 des Strafgesetzbuches, 2008, s. 268.  
2 WHO/ UNAIDS, Male circumcision, s. 7.

maları gerekli kılınan, İslam peygamberi Muhammed'in davranışları ve herhangi bir konuda söylemiş olduğu söz, fiil ve takrirleri ifade etmekte ve bu bağlamda Kuran'dan sonraki en önemli kaynak olarak kabul edilmektedir.<sup>3</sup> Genellikle Müslüman erkek çocukları, yaranın iyileşmesi açısından ve acı hissi daha az olduğu için en geç ergenlik yaşına erişmeden sünnet edilirler. Bu yönü ve uygulamadaki sıklık göz önüne alındığında erkek çocukların sünnet edilmesinin Müslümanlar için dini bir değer olduğu anlaşılmaktadır.

Musevilerin "Brit Mila" olarak adlandırdıkları sünnet, erkek çocuğun doğumundan sonraki sekizinci gün uygulanır. Sünnet işlemi, Musevi kurallarınca yetiştirilmiş ve sünnete ilişkin kapsamlı bir eğitim almış din adamı ("Moel") tarafından gerçekleştirilir. Musevilere göre, erkek çocuğun Tanrı ile bağı sünnet edilmesi ile doğar. Sünnet, Tevrat'ta açıkça öngörülmüştür. Dine göre bir erkeğin, Musevi dinini yaşayabilmesi ve tam anlamıyla bir Musevi olabilmesi için sünnet olması şarttır.<sup>4</sup>

Dini nedenlerin yanı sıra sünnet, tıbbi gereklilik nedeniyle estetik veya hijyenik amaçlarla da uygulanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde, resmi kurumların 2008 senesindeki araştırmalarına göre, yeni doğmuş erkek bebeklerinin %56'sı hastanede sünnet edilmiştir. Buradaki etkenin hijyenik avantajlar olduğu bilinmektedir.<sup>5</sup> Sünnet, tıbbi bir tedavi yöntemi kapsamında özellikle finozis (sünnet derisi ağzı darlığı) hastalığında dünya genelinde zorunlu olarak uygulanmaktadır.<sup>6</sup>

### III. Alman Ceza Hukukunda Sünnet

Alman Ceza Hukuku açısından sünnet operasyonunun meşruluğu sorunu, sünnetin hangi saikle gerçekleştirildiğine bağlı olarak ele alınabilir. Müdahalenin amacına göre ikili bir ayırım yapılarak bir yol izlenecektir.

3 **Walter** Tonio, Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative, Juristen Zeitung, 2012, 1110, s. 1110.

4 **Deutscher Bundestag**, Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, Drucksache 17/11295, 05.11.2012, s. 6-7.

5 **U.S. Centers for Disease Control and Prevention**, Trends in In-Hospital Newborn Male Circumcision-United States, 1999-2010, Morbidity and Mortality Weekly Report, 2011, 60, s. 1167.

6 **Deutscher Bundestag**, Drucksache 17/11295, s. 7.

## A. Tıbbi Zorunluluk Hali

Tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan sünnet, cerrahi müdahale niteliği gereği Alman Ceza Hukuku kapsamında tıbbi müdahale hükümlerine tabidir.<sup>7</sup> Sünnetin hukuka uygunluğu, tıbbi müdahale koşullarının varlığına bağlıdır. Bu bakımdan öncelikle Alman Hukuku açısından tıbbi müdahalenin incelenmesi isabetli olacaktır.

### 1. Alman Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahale

#### a. Tıbbi Müdahalenin Tanımı ve Niteliği

Tıbbi müdahale (Alm. “*Ärztlicher Heileingriff*”), hastalıkları, bedensel hasar ve rahatsızlıkları veya ruhsal rahatsızlıkları korumak, teşhis etmek, tedavi etmek veya azaltmak için vücut bütünlüğüne karşı müdahalede bulunan tedavi yöntemidir.<sup>8</sup>

Tıbbi müdahale, Alman Ceza Kanununda hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilen rızanın bir görünüş şekli olarak düzenlenmiştir.<sup>9</sup> Öğreti ve uygulama arasında tıbbi müdahalenin Alman Ceza Kanunu madde 223’de düzenlenmiş olan kasten yaralama suç tipini oluşturup oluşturmadığı konusu tartışmalıdır.<sup>10</sup> Kanun, yaralama suçunun maddi unsurlarını “bedensel kötü davranış” ve “sağlığa zarar verme” olarak ikiye ayırmıştır.<sup>11</sup> Bedensel kötü davranış, “vücut bütünlüğüne dokunan veya bedensel iyiliği önemsiz olmayacak derecede tehlikeye soğan, kötü ve ölçüsüz bir davranış” olarak yorumlanırken, sağlığa zarar verme ise “mağdurun bedensel fonksiyonlarının normal durumundan, mağdurun zararına olacak şekilde sapmasına neden olan bir durumun yaratılması veya arttırılması” olarak betimlenmektedir.<sup>12</sup>

7 **Spickhoff** Andreas, Beck’sche Kurzkommentare Band 64 Medizinrecht, C.H. Beck, 2. Baskı, München, 2014, Medeni Kanun md. 1631 d, no. 3.

8 **Lackner** Karl - **Kühl** Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck, 28. Baskı, München, 2014, md. 223, no. 9.

9 **Kindhäuser** Urs – **Neumann** Ulfrid – **Paeffgen** Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 5. Baskı, Baden-Baden, 2017, md. 228, no. 56.

10 **Kindhäuser - Neumann - Paeffgen**, md. 228, no. 56.

11 Alman Ceza Kanunu md. 223/1.

12 **Dölling** Dieter – **Duttge** Gunnar – **König** Stefan – **Rössner** Dieter, Gesamtes Strafrecht, Nomos Kommentar, 4. Baskı, Baden-Baden, 2017, md. 223, no. 4-5, **Erman** Barış, Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 29.

Alman içtihadı, geleneksel görüşe<sup>13</sup> uyararak, her tıbbi müdahaleyi kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden ve dolayısıyla kasten yaralama suç tipine neden olan bir fiil olarak görmektedir.<sup>14</sup> Baskın olan bu görüşe Alman Federal Mahkemesi (Alm. "Bundesgerichtshof") de katılmış ve organizmaya doğrudan ve bedensel olarak etki eden her türlü müdahalenin kasten yaralama suç tipini oluşturduğunu ileri sürmüştür.<sup>15</sup> Görüşe göre, müdahalenin başarılı olup olmaması, tıbbi endikasyonun varlığı ve tıp kurallarına uygun veya aykırı olarak yapılması önem taşımamaktadır. Çünkü her hâlükârda hukuksal değer zedelenmiş olur.<sup>16</sup> Ancak hastanın rızası hukuka uygunluk sebebi olması nedeniyle, müdahale mağdurun rızasıyla gerçekleştiği durumda, yaralama suçu hukuka aykırı olmayacaktır.<sup>17</sup>

Buna karşın, Alman öğretisinde tıbbi müdahalenin suç tipine uygun olmadığı görüşü savunulmaktadır.<sup>18</sup> Bu görüşteki bazı yazarlara göre, tıbbi müdahalede bulunan doktorun tedaviyi tıp kurallarına uygun olarak ve başarıyla sonuçlandırdığı durumlarda, yaralama fiilinden bahsedilmez. Çünkü yapılan müdahale ile hastanın fiziksel durumu kötüleşmez, aksine iyileştirilir veya en azından korunur. Bu bakımdan tek bir hareketin değil, bir bütün olarak müdahale ile elde edilen sonucun dikkate alınmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Sonuç itibari ile hastayı iyileştirmek, onun sağlığına zarar vermeyecektir. Aynı şekilde, bedensel kötü davranma da burada söz konusu olmayacaktır, çünkü hekimin müdahalesi kötü ve ölçsüz bir davranış değildir. Bu görüşe "Erfolgstheorie", yani başarı teorisi denilmektedir.<sup>19</sup> Bazı yazarlar ise, tedavinin sonucuna bakmaksızın, hekimin tıbbi endikasyondan dolayı gerekli olan müdahaleyi *lege artis*, yani tıp mesleğinin gereklerine uygun olarak ve iyileştirme amacıyla icra etmesini yeterli bulmaktadır.

13 Alman İmparatorluk Mahkemesinin 31.05.1894 tarihli kararı için bkz. RGSt 25, 375, 377 vd.

14 **Wessels** Johannes - **Hettinger** Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, C.F. Müller, 41. Baskı, Heidelberg, 2017, s. 107, **Spickhoff**, md. 223 StGB, no. 16.

15 BGHSt, 11, 111; 16, 309; 43, 306, bkz. **Erman**, s. 31.

16 **Joecks** Wolfgang - **Miebach** Klaus, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4, C.H. Beck, 3. Baskı, München, 2017, md. 223, no. 46.

17 **Wessels - Hettinger**, s. 107.

18 **Joecks - Miebach**, md. 223, no. 47.

19 **Schönke** Adolf - **Schröder** Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck, 29. Baskı, München, 2014, md. 223, no. 30, **Kindhäuser - Neumann - Paeffgen**, md. 228, no. 57.

Müdahalenin başarısız sonuçlanması ihtimalinde, objektif olarak yaralama suçundan bahsedilir, fakat hastanın rızası, eylemi hukuka uygun kılacaktır.<sup>20</sup>

Aşağıda tıbbi müdahalenin yaralama suç tipini oluşturduğu görüşünün baskınlığı dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi açıklanacaktır.

### **b. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Sebebi**

Tıbbi müdahalede hastanın rızası kapsamında kasten yaralama fiilinin hukuka uygunluğu söz konusu olmaktadır. Alman Ceza Kanunu madde 228 ilgilinin rızasını düzenlemektedir. Hüküm gereğince yaralanan kişinin rızasının bulunduğu durumlarda, yaralama fiili, ahlaka uygun olduğu ölçüde, hukuka aykırı olmaz.<sup>21</sup>

Geçerli bir rızadan bahsedebilmek için öncelikle fiilin, mağdurun hukuki menfaatini ihlal eden bir hareket olması gerekmektedir.<sup>22</sup> Tıbbi müdahale kapsamında hekimlerin insan vücuduna tedavi amacıyla çeşitli yöntem ve aletlerle doğrudan müdahalede bulunmaları olağandır. Bu durum sünnette hekimin erkek çocuğunun cinsel organı üzerindeki deriyi kesmesi ile gerçekleştirilir. Vücut dokunulmazlığının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, hastanın vücuduna yapılan müdahale esnasında hukuki menfaati ihlal edilmiş olur.

Ayrıca, kanun koyucu rıza beyanının fiilin işlenmesinden önce ve kural olarak mağdurun bizzat kendisinin açıklamasını öngörmektedir. Fakat bazı şartlarda rıza kanuni temsilci tarafından beyan edilebilir.<sup>23</sup> Rıza, açıkça veya zımnen belirtilebilir.<sup>24</sup> Fiilin hukuka uygun olması için fail, mağdurun rızasının bulunduğu bilinciyle harekette bulunmalıdır veya hareketi gerçekleştirdiği anda bundan en azından haberdar olması şartı aranmıştır.<sup>25</sup>

Hukuka uygun bir rıza beyanı rıza ehliyetini gerektirir.<sup>26</sup> Tıbbi müdahalelerde, hastanın açıkladığı rıza beyanının anlamını ve bulunduğu

20 **Eisele** Jörg, Strafrecht Besonderer Teil I Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, Kohlhammer, 4. Baskı, Stuttgart, 2016, md. 223, s. 115.

21 Bkz. Alman Ceza Kanunu madde 228.

22 **Kindhäuser – Neumann – Paeffgen**, md. 228, no. 12.

23 **Dölling – Duttge – König – Rössner**, md. 228, no. 3., BGHSt 17, 359.

24 **Kindhäuser – Neumann – Paeffgen**, md. 228, no. 32a.

25 **Lackner – Kühl**, md. 228, no. 9.

26 **Kindhäuser – Neumann – Paeffgen**, md. 228. no. 64.

durumun önemini kavrayabildiği ve rıza gösterdiği fiilin doğuracağı sonuçları öngörebildiği hallerde, geçerli bir rıza ehliyetinden söz edilir.<sup>27</sup> Rıza ehliyetini sağlayan olgunluk düzeyinin, biyolojik, psikolojik ve sosyolojik ölçütlere göre saptanması gerekmektedir.<sup>28</sup> Dolayısıyla burada, Medeni Kanun'un öngördüğü fiil ehliyeti aranmayıp hastanın, idrak ve karar verebilme yeteneğine, kısaca doğal olgunluk seviyesine bakılmaktadır.<sup>29</sup> Kural olarak akıl sağlığı yerinde olan yetişkinler bu olgunluğa erişmiş olurlar, bu nedenle de rıza ehliyetine sahiptirler. Reşit olmayanlarda ise, somut olayda ölçüt olarak bireysel olgunluk seviyesi alınır.

Basit nitelikteki müdahalelere küçüklerin rıza gösterebileceği, fakat müdahalenin ağırlığının artması ve kapsamın genişlemesi ile rıza ehliyetinin bu yaşlarda bulunmadığı kabul edilir.<sup>30</sup> Gerekli olgunluk seviyesine henüz ulaşmamış küçükler için veli veya vasinin rızası aranır.<sup>31</sup> Kanuni temsilciler bu konuda sınırsız olarak yetkili değildirler. Rıza gösterdikleri konu, çocuğun sağlığının amaçlanması şartını taşımamalıdır.<sup>32</sup> Genel görüş, dini nedenlerden dolayı yapılan sünnette veya estetik ameliyatlarda bu amacın bulunmadığı yönündedir.<sup>33</sup>

Ayrıca rıza sağlıklı bir iradeye dayanarak açıklanmalıdır. Hastanın veya gerektiğinde yasal temsilcisinin iradesi çeşitli nedenlerden dolayı sakatlanmış olabilir. Sakatlanmış bir rıza beyanı, fiili hukuka uygun hale getirmez.<sup>34</sup> Tıbbi müdahalelerde bu bağlamda hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü devreye girer. Hastanın sağlıklı iradesinden doğmuş bir rıza beyanından bahsedebilmek için, kişi rıza gösterdiği müdahale hakkında bilgi sahibi olmalı, müdahalenin önemini ve ileriye dönük sonuçlarını anlamış olmalıdır.<sup>35</sup> Söz konusu bilgileri aktararak hastayı aydınlatma hekimin yükümlülüklerindedir.<sup>36</sup> Tıbbi müdahalelerde

27 **Schönke – Schröder**, md. 223, no. 38, 38a.

28 **Erman**, s. 83.

29 **Von Heintschel – Heinegg**, Bernd, Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, C.H. Beck, 36. Baskı, München, 2017, md. 228, no. 13.

30 BayObLG NJW 1999, 372.

31 **Joecks – Miebach**, md. 228, no. 10.

32 **Joecks – Miebach**, md. 228, no. 11.

33 **Von Heintschel – Heinegg**, md. 228, no. 13.

34 **Joecks – Miebach**, md. 223, no. 83.

35 **Joecks – Miebach**, md. 223, no. 88.

36 **Dölling – Duttge – König – Rössner**, md. 228, no. 17.

özellikle müdahalenin tipi ve kapsamı, sağladığı imkânlar ve riskleri hakkında hastanın bilgilendirilmesi gerekmektedir.<sup>37</sup> Aydınlatmanın kapsamı, somut olayın verilerine göre değişir. Müdahalenin aciliyeti ne kadar az ise o kadar çok bilgi verilmelidir. Nitekim hekimin derhal müdahalesini gerektiren bir durumda, hastanın rızasını almak için yoğun bir şekilde bilgilendirilmesine gerek yoktur.<sup>38</sup>

Söz edilen şartlar altında gerçekleştirilen zorunlu sünnet, Alman Ceza Hukukunda, tıbbi müdahale olarak nitelendirilir ve bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder.

## **B. Tıbbi Zorunluluk Hali Olmaksızın Sünnet**

Erkek çocuklarının büyük bir kısmı, hastalık nedeniyle değil, belirtildiği üzere inançlar gereği sünnet edilmektedir. Ebeveynlerin istekleri üzerine çocukların sünnet ameliyatı olmalarının hukuka uygunluğu sorunu Almanya’da tartışma konusu olmuştur.

### **1. Köln Eyalet Mahkemesi Kararı**

Tartışmaların temelinde yatan, 07.05.2012 tarihli ve 151 Ns 169/11 dosya numaralı Almanya Köln Eyalet Mahkemesi’nin, herhangi bir tıbbi endikasyon bulunmaksızın, dinsel nedenlerin bulunduğu iddiasıyla ebeveynin isteği üzerine dört yaşındaki bir erkek çocuğunun sünnet edilmesi hakkında verilen karar olmuştur. Mahkeme, sünnetin tıp bilimlerinin şartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesine rağmen, tıbbi bir zorunluluk olmadan yapıldığı için hekimin hareketinin Alman Ceza Kanunu madde 223’e göre yaralama suç tipini oluşturduğuna karar vermiştir.<sup>39</sup>

#### **a. Olay Örgüsü**

Karara konu olayda, 4.11.2010 tarihinde şüpheli hekim, olay tarihinde dört yaşında olan mağdur K’yı ebeveynin isteği üzerine kendi muayenehanesinde lokal anestezi altında neşter kullanarak sünnet etmiştir. Sünnet için herhangi bir tıbbi endikasyon bulunmamıştır. Hekim yarayı dört dikişle kapatmış, aynı günün akşamında çocuğu evinde ziyaret edip yarasını kontrol etmiştir. 6.11.2010 tarihinde, yaranın kanaması

37 Alman Medeni Kanunu, md.630 e /1/1.

38 BGH v.10.2.99 – 5. StR 533/585; BGHSt 12, 379, 382.

39 NJW 2012, 2128 vd.

üzerine mağdur K annesi tarafından Köln Üniversite Hastanesi'nin çocuk acil kliniğine getirilmiş, orada kanaması durdurulmuştur.<sup>40</sup>

### **b. Yerel Mahkeme Kararı ve Gerekçesi**

Köln Savcılığı şüpheli hekimi olay tarihinde Alman Ceza Kanunu madde 223/1 ve 224/1-2-2 bendine göre başka kişiye karşı tehlikeli bir araçla bedensel kötü muamele yapmak ve sağlığına zarar vermek ile suçlamıştır.<sup>41</sup> Suç iddiası 21.9.2011 tarihli ve 528 Ds 30/11 numaralı dosya ile yetkili Yerel Ceza Mahkemesi (Alm. "Amtsgericht") tarafından karara bağlanarak sanığın beraatine ve yargı masraflarının Devlet hazinesi tarafından ödenmesine karar verilmiştir. Mahkeme kararında, sünneti yaralama suçu olarak nitelendirmesine rağmen, ebeveynin rızası sonucu fiilin hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır. Rıza, çocuğun yararına olduğu için geçerli sayılmıştır. Gerekçede, bir yandan anne ve babanın Alman Anayasası madde 6 fıkra 2'den doğan ebeveynin eğitim hakkı ve bunun yanı sıra Anayasa madde 4 fıkra 1'de düzenlenmiş olan ibadet özgürlüğü ile diğer yandan ise çocuğun yine Anayasa madde 2 fıkra 2'den doğan beden bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı ile karşı karşıya kalmış olmalarını belirtep ebeveynin hakkının, çocuğun beden hakkını somut olayda ihlal etmediği sonucuna varılmıştır. Mahkeme, sünnetin gelenek ve dini inançları bakımından Müslümanlar için kişinin toplumsal aidiyetini ifade ettiğini, buna bağlı olarak da çocuğu sünnet ettirmek ile stigmatizasyon tehdidine karşı önlem alınmış olduğunu savunmuştur. Ayrıca sünnetin biyolojik yönü itibari ile hijyen sağlaması ve kanseri önleme özelliği gibi birçok faydası olduğunu belirtmiştir.<sup>42</sup>

### **c. Eyalet Mahkemesi Kararı ve Gerekçesi**

İlk derece mahkemesinin sanığın lehine verdiği karara karşı Köln Savcılığı, istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstinaf başvurusu, sünnetin dini amaçların gereği olarak gerçekleştirildiğinde anne-baba rızasının hukuka uygunluk sebebi olmadığı ile gerekçelendirmiştir.<sup>43</sup> Kovuşturma Köln Eyalet Mahkemesi'nde (Alm. "Landgericht") yapılmıştır. Sa-

40 **Nuhoğlu** Ayşe, Sünnet ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013, s. 213.

41 NJW 2012, 2128.

42 BeckRS 2012, 13648.

43 **Nuhoğlu**, s. 213.

nık hekim, gerçekleştirdiği fiili mahkeme huzurunda doğrulamıştır. Ayrıca mahkeme, çocuğun ailesinin Müslüman olduğunu; sanığın, çocuğu ailenin isteği üzerine sünnet ettiğini, operasyonu tıbbi şartlara uygun olarak ve müdahaleyi hatasız olarak gerçekleştirdiğini tespit etmiştir.<sup>44</sup>

Mahkeme, henüz rıza ehliyetine sahip olmayan erkek çocuğunun sünnet edilmesinin Alman Ceza Kanunu madde 223/1'de aranan unsurların mevcut olmalarıyla yaralama suç tipini oluşturduğuna karar vermiştir. Savcılık tarafından isnat edilen Alman Ceza Kanunu madde 224/1-2-2'nin ise unsurlarının gerçekleşmediğinden ötürü yaralamanın nitelikli halinin burada söz konusu olmadığı kanısına varılmıştır. Hekimin mesleği gereği ve tıp kurallarına uygun olarak kullandığı neşteri mahkeme 224. maddenin öngördüğü biçimde bir tehlikeli alet olarak kabul etmemiştir.<sup>45</sup>

Karara ilişkin gerekçesinde mahkeme öncelikle sünnetin topluma uygunluğu (Alm. "Sozialadäquanz") konusuna değinmiştir. Sosyal uygunluk teorisine göre, failin hareketi toplum açısından alışkanlık haline gelmiş nitelikte ve halk tarafından kınanmayan bir hareket olduğu müddetçe ayrıca ceza hukuku açısından da sosyal hayatta hareket özgürlüğünü aşmayarak şüphe çekmeyen davranış şekli olarak topluma uygun görülür ve dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil etmez.<sup>46</sup> Sosyal uygunluk teorisini açıklayan Exner'e göre, dini amaçla gerçekleştirilen sünnet tıbben bir anlam taşımamaktadır. Hekim ve ebeveyn haksızlık yanılığına düşmekten dolayı kusursuz sayılmaz. Ayrıca ebeveynin açıkladığı rıza, çocuğun temel hakları, anne-babanın din hakkından üstün tutulması gerektiğinden ve sünnetin çocuğa zarar verici nitelikte olabilmesinden ötürü fiili hukuka uygun hale getirmez. Fakat Almanya'da sünnet, kültürel öz anlayışın gelenekselleşmiş sabit bir unsurudur. Bu yönden sünnet topluma uygunluk teşkil ettiğinden hukuka aykırı bir fiil olmayacağı kanısındadır.<sup>47</sup> Mahkeme Exner'in görüşünü yeterli bulmamıştır. Mahkemenin görüşüne göre, bir tıbbi endikasyon bulunmadan, dini

44 NJW 2012, 2128, s. 2128, no. 7.

45 NJW 2012, 2128, s. 2128, no. 8-10, BGH NJW 1978, 1206.

46 **Fischer** Thomas, Beck'sche Kurzkommentare Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck,

61. Baskı, München, 2014, md. 14, no. 13; **Exner** Thomas, Sozialadäquanz im Strafrecht, Duncker & Humboldt, Berlin, 2011, s. 133.

47 **Exner**, s. 188.

inanç gereği, tıp kurallarına uygun olarak ve ebeveyn tarafından rıza gösterilmesi üzerine yapılan sünnet operasyonunun suç tipini oluşturmasında sosyal uygunluk teorisi bir engel teşkil etmemektedir. Mahkemece sosyal uygunluğun anlamı, bir davranış hakkında genellikle hukuki açıdan kınanabilirlik hükmü verilemeyeceğidir.<sup>48</sup> Fakat mevcut bir kınanabilirliği de ortadan kaldırmamaktadır. Bu demektir ki, topluma uygunluk, suç tipine uygun bir hareketi meşrulaştıramaz.<sup>49</sup>

Devamında, mahkeme, mümeyyiz olmayan çocuğun sünnet edilmesinde ebeveynin rızasının hukuka uygun olup olmadığını denetlemiştir. Çocuğun müdahaleye kendi rızası, rızaya ehliyeti olmadığından ötürü söz konusu olamazken ebeveynlerin beyan etmiş oldukları rıza da somut olayda hukuka uygunluk teşkil etmemiştir. Neden olarak ise, Alman Medeni Kanun madde 1627 birinci cümlesi gereğince, ebeveynlerin velayet haklarını çocuğun yararına uygun olarak kullanmaları gerektiği kuralını ileri sürmüştür.<sup>50</sup> Söz konusu madde, veli ve vasilere tanınmış olan eğitim hakkına bir sınır çizmektedir. Eğitici ve yetiştirici önlemlere ancak bu sınır aşılmayacak şekilde izin verilmiştir. O halde, ebeveynin rızasının geçerli olması için sünnetin çocuk yararına hizmet eden bir tedbir olması gerekmektedir. Eyalet mahkemesi, Alman öğretisindeki baskın görüşe katılarak sünnetin, daha kendisi rıza gösterebilecek olgunluğa erişmemiş çocuğun yararına ters düştüğünü ve ne dinsel çevre tarafından çocuğun dışlanması olasılığını, ne de ebeveynin velayet hakkının sünneti çocuğun yararına kılacak mahiyette olmadığını savunarak rızayı geçersiz kılmıştır.

Gerekçenin devamında, ebeveynin çocukları üzerindeki Anayasal haklarının, çocuğun kendi Anayasal hakları ile sınırlandırıldığını açıklamıştır. Anne-babanın Alman Anayasası madde 4/1'deki din özgürlüğü hakkı ve madde 6/2'den doğan çocuklarını yetiştirme hakkı, çocuğun Alman Anayasası madde 2 fıkra 2 ve fıkra 2/1 bendinde düzenlenmiş olan vücut dokunulmazlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkı ile karşı karşıya gelmiş olduğu durumda çocuğun hakları, ebeveynin haklarını sınırlandırmaktadır ve bu haklar üstün tutulmaktadır. Temel hakların karşılaştırılmasında ölçülülük ilkesine uyulması gerektiğini ileri süren

48 Nuhoglu, s. 214.

49 Hoffmann – Holland, Klaus, Strafrecht Besonderer Teil, UTB, 2. Baskı, Tübingen, 2016, s. 73.

50 NJW 2012, 2128, s. 2129, no. 13.

mahkeme, dini eğitim için çocuğun sünnet edilerek vücut bütünlüğünü ihlal etmek zorunlu olsa dahi, orantısız olduğu görüşündedir.<sup>51</sup> Bu anlayış Alman Medeni Kanunu madde 1631 2/1'den çıkarılmaktadır.<sup>52</sup>

Diğer yandan, çocuk ebeveynin isteği üzerine sünnet edildiğinde, ileride dinini kendi belirleyebilme hakkının kullanılmasını olumsuz yönde etkilemiş olmakta, zira sünnetle vücutta kalıcı ve eski hale getirilmesi imkansız olan bir değişiklik uygulanmıştır. Mahkemeye göre, anne-babanın bu bakımdan çocuğun en azından dini eğilimini kendi belirleyebileceği, sünneti kendi rızası ile yaptırma yaşına erişmesini beklemeleri velayet haklarına aykırı düşmeyecektir.

Yaralama suçunun maddi unsurlarının gerçekleştirilmesine rağmen, Eyalet Mahkemesi sanık hekimin Alman Ceza Kanunu madde 17 nedeniyle beraatine karar vermiştir. Alman Ceza Kanunu madde 17 kusurluluğu etkileyen haksızlık yanılığını (Alm. *“Verbotsirrtum”*) düzenlemektedir. Maddenin ilk cümlesine göre, fail, fiilin icrası sırasında hukuka aykırı hareket etme bilincine sahip değilse ve bu hatası kaçınılmaz nitelikteyse, kusurlu hareket etmemiştir. İkinci cümlede, fail söz konusu hatadan kaçınabilecek idiyse cezasının hafifletileceği hükmü altına alınmıştır. Haksızlık yanılığında, fail, fiilin haksızlık teşkil ettiğinin bilincinde olmaksızın, hareketinin meşru olduğu inancıyla hareket eder.<sup>53</sup> Esasında fail bu durumda kasten hareket etmektedir, fiili bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedir. Fakat işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu kaçınılmaz bir hata sonucu bilmemesi, sorumluluğunu kaldıracaktır. Hatanın kaçınılmazlığının tespitinde, somut durumda kişinin bireysel kabiliyetleri, sosyal statüsü, bilgi düzeyi ve eğitimi gibi koşulların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Failin sosyal statüsü ve bireysel özellikleri gereği, fail, fiilin haksızlık teşkil ettiği hakkında bilinç sahibi olsa dahi fiilin bir hukuka aykırılık oluşturduğu kanısına varabilmesi mümkün değilse, haksızlık yanılığındaki kaçınılmazlık unsuru gerçekleşmiş olur.<sup>54</sup>

51 NJW 2012, 2128, s. 2129, no 14.

52 Bkz. Alman Medeni Kanun madde 1631 II – 1: “Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung”, Türk.: “Şiddetten arınmış şekilde yetiştirilmek çocuğun hakkıdır.”

53 **Wessels** Johannes – **Beulke** Werner – **Satzger** Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, C.F. Müller, 46. Baskı, Heidelberg, 2016, no. 687.

54 BGHSt 2, 194, 201.

Somut olayda, mahkeme, sanık hekimin, fiilin icrasında kaçınılmaz bir hukuki hataya düştüğünü kabul etmiş, bu yüzden de kusursuz davrandığı kanısına varmıştır. Kural olarak insan vücuduna etki eden müdahalelerin yaralama suç tipini oluşturduğunu fakat hastanın rızası nedeniyle hukuka aykırılık söz konusu olmadığını, hekimin mesleği gereği bildiği var sayılır. Haksızlık yanılığısına düşmesi için hekimin, tıbbi endikasyon olmadan dini nedenlerle yapılan sünnet operasyonunu anne-babanın rızasının hukuka uygun kılmayacağını bilmemekte ve bilemez durumda olması gerekmektedir. Duruşmada sanık, sünneti iyi niyetle yaptığını, kendisinin de inançlı bir Müslüman ve uzman bir doktor olarak ebeveynin dini gereksinimden dolayı çocuğunun sünnet edilmesi isteğinin hukuka aykırılık teşkil ettiğini bilmediğini inandırıcı olarak ileri sürmüştür. Hareketinin hukuka uygun olduğunu sanmıştır. Fakat bundan ziyade, failin hataya düşmesinin kaçınılmaz nitelikte olması için, fiilin hukuka uygun olmadığını bilemez durumda olması da aranmıştır. Konu hakkında araştırma yaparak müdahalenin hukuka aykırı olduğunu anlasaydı, haksızlık yanılığısı söz konusu olmayacaktır. Mahkemenin görüşüne göre konu hakkında araştırma yapmamış olması aleyhine kullanılamaz, zira sünnet konusunda hukuki bir belirsizlik söz konusudur ve araştırmış olsaydı bile net bir cevap alamayacaktır.<sup>55</sup> Genel olarak hukuksal bir sorun belirsiz olduğunda, yargı tarafından çözümediği ve bu sorunun doktrinde de cevabı olmadığı durumlarda hukuki hatanın kaçınılmaz olduğu kabul edilir.<sup>56</sup> Somut olayda da durum böyledir. Sünnet hakkında görüş bildirmiş olan yazarların yanı sıra, sünnet operasyonunun hukuka uygunluğunu veya aykırılığını tespit etmiş olan bir mahkeme kararı söz konusu tarihe kadar bulunmamıştır. Nitekim daha önceden sünnetin tıp kurallarına uygun yapılmamasından dolayı tazminat davası ve sünnet yapılması için maddi yoksulluk nedeniyle sosyal yardım talebi davası kararı bulunmaktadır.<sup>57</sup>

#### **d. Karara Karşı Eleştiriler**

Eyalet Mahkemesi'nin kararı kamuoyunda görüş ayrılıklarına ve tartışmalara neden olmuştur. Özellikle Musevi ve Müslüman kesim kararı eleştirmiştir. Almanya Yahudiler Merkez Konseyi, verilen kararı "*dini*

55 NJW 2012, 2128, s. 2129, no. 17.

56 **Joecks – Miebach**, md. 17, no. 58.

57 NJW 2009, 3290, LSK 2005, 210319.

*toplulukların özerkliğine eşi görülmemiş ve dramatik bir ihlal*” olarak adlandırmıştır. Kurul başkanı Dieter Graumann’a göre, “Yargı organı, sadece dinlerince kabul görülen değerlere aykırı bir şekilde değerlendirme yapmakla kalmamış, aynı zamanda sünneti bir yaralama suçu olarak kabul etmekle duyarsız ve ölçüsüz bir karar vermiştir, zira yeni doğmuş erkek çocukların sünneti Museviliğin temelinde yer almaktadır ve de yüzyıllardır icra edilir.”<sup>58</sup> Bu noktada, Almanya’da yaşayan Museviler ile Müslümanlar aynı görüştedirler. DİTİB (Diyanet İşleri Türk İslam Birliği) Almanya kurul başkanı Ali Dere, sünnetin Musevi dininde olduğu gibi İslam dinindeki yerinin, inananlar için Müslüman kimlik oluşumunda vazgeçilmez derecede önemli olduğunu savunarak kararın, Müslüman ailelerin erkek çocuklarının bu kimliğe erişmelerini engelleyici etki doğuracağı ve dolayısıyla ebeveynlerin çocuklarını inandıkları değer ve inançlara göre eğitime özgürlüğünü ihlal edeceği kanaatini paylaşmıştır. Ayrıca olaya konu tarihe kadar sünnet hem sosyal hem de hukuki düzeyde dini bir âdet olarak kabul edilmiş, hukuka aykırılık teşkil ettiği öne sürülmemiştir. Buna ek olarak Köln Mahkemesi’nin sünneti yaralama suçu olarak nitelendirmesi, beden dokunulmazlığının ve kıymetinin İslam dinindeki önemine aykırı düşmektedir, nitekim İslam inancında ne başkasını yaralamaya ne de acı çektirmeye müsaade edilir.<sup>59</sup>

Eski Federal Anayasa Mahkemesi başkanı Hans-Jürgen Papier’ya göre, Eyalet Mahkemesi’nin sünnet hakkında verdiği karar yerinde değildir. Sünnetin Musevi ve Müslümanlar için herhangi bir dini geleekten daha fazla dinin esas unsurlarına dayandığına dikkat çekerek din özgürlüğünün Anayasa bakımından en temel haklardan biri olarak daha çok korunması gerektiği; fakat mahkemenin bu hakkı, yargılamada yeteri kadar ele almadığı kanısındadır. Buna karşın, sünnetin tıbbi kurallara uygun olarak yapıldığında çocuğun vücudunda orantısız şekilde büyük bir etki bırakmadığını, bu yüzden iki tarafın hakları karşılaştırıldığında din özgürlüğü hakkının vücut bütünlüğü hakkına nazaran daha çok korunması gerektiğinin altını çizmiştir.<sup>60</sup>

Köln Üniversitesi kamu ve kanonik hukuku profesörü Stefan Muc-  
kel’e göre Eyalet Mahkemesi sözü geçen hakları ölçülülük ilkesini te-

58 **Wagner** Sarah, Religiöse Beschneidung ist strafbar, Focus Online, 2012.

59 **Dere** Ali, Zum Beschneidungsurteil des Kölner Landgerichtes, DİTİB Presse, 2012.

60 **Stallmann** Stephanie, Es geht um essenzielle Glaubensinhalte, Focus Online, 2012.

mel olarak yeteri kadar karşılaştırmamıştır. Mahkemenin, temel hakları daha ayrıntılı şekilde inceleyerek bir kaniya varmak yerine, gereken özeni göstermeden çocuğun haklarını yeterli sebep bulunmaksızın üstün tutarak karar vermesini eleştirmiştir. Muckel, kararın hukuk tekniği açısından önemli bir eksikliğe dayanarak verildiğini düşünmektedir ve kanun koyucu tarafından hukuki belirsizliğe bir çözüm üretilmesinin acil olarak gerektiğini beyan etmiştir.<sup>61</sup>

Karara yönelik olumsuz eleştiriler olduğu gibi, kararın yerindeliliğini ve yargıcın görüşünü benimseyen taraflar da olmuştur. Würzburg Üniversitesi ceza hukuku profesörü Eric Hilgendorf, mahkemenin kararını onaylamış, somut durumda, özellikle çocuğun temel haklarının korunması gerektiği görüşünü paylaşmıştır. Olaya Anayasal boyutta yaklaşıldığında, her bireyin dini nedenlerden dolayı sünnet olup olmayacağına kendi özgür iradesine bırakılması gerektiğini söylemiştir. Çocuğun kendi geleceğini kendi belirleme hakkı, henüz mümeyyiz olmadığı için ne ebeveyni tarafından ne de içerisinde bulunduğu dini toplum tarafından gasp edilemez.<sup>62</sup>

Benzer açıklamalarda bulunan profesör Holm Putzke için mahkemenin gerekçesi tamamen yerindedir. Putzke sünnetin yaralama suçunu oluşturduğunu, ebeveynin rızasının bunu hukuka uygun kılacak mahiyette olmadığını savunmaktadır. Putzke'ye göre, ancak tıbbi zorunluluk hali bulunduğu durumlarda ebeveynin rızası geçerli sayılmalıdır. Fakat dinsel nedenlerle yapılan sünnetin, müdahalenin acı çektirici nitelikte olması, çocuğun cinsel organında isteği dışı değişiklik yapılması, deri ekinin çıkarılmasının en azından Alman koşulları için hijyen açısından bir avantaj sağlamayacağı ve ayrıca narkoz altında yapılan her cerrahi müdahalenin risk taşıdığı hususları düşünüldüğünde, çocuk yararına olmayacağı kanısına varılır. Sözü geçen temel hakların birbiriyle çakışmasında ise çocuğun vücut bütünlüğü hakkı, ebeveynin din özgürlüğü hakkının aşağısında yer alamaz.<sup>63</sup>

61 **Muckel** Stefan, Strafbarkeit eines Arztes wegen religiös motivierter Knabenbeschneidung, Juristische Arbeitsblätter, 2012, 636, s. 639.

62 **Hilgendorf** Eric, Warum die Kölner Richter Recht haben, Humanistischer Pressedienst, 2012.

63 **Putzke** Holm, Religiöse Beschneidung von Jungen verboten, Legal Tribune Online, 2012.

## 2. Alman Medeni Kanunu madde 1631d

Bu duruma bir çözüm getirme amacıyla, kısa bir süre sonra Alman kanun koyucusu Medeni Kanun'a kişiliğin korunması konusuna ilişkin bir ekleme yapma yoluna başvurmuştur. 1631. madde, anne-babanın çocukların bakım sorumluluğunun içeriği ve kapsamını düzenlemektedir. Bakım sorumluluğu, ebeveynin çocuğa bakmak, onu eğitmek, korumak ve ikametini belirlemek hak ve yükümlülüğünü içermektedir. Madde ayrıca, çocuğa şiddet uygulamadan büyütme emretmiş, bedene ve ruhsal yapısına hasar vermeyi veya başkaca aşığılıcı yöntemlere başvurmayı yasaklamıştır.<sup>64</sup>

### a. Maddenin İçeriği, Gerekçesi ve Şartları

Ebeveynlerin sorumlulukları kapsamına madde 1631 d eklenmiştir. Madde, "Erkek Çocukların Sünneti" başlığı altında 27.12.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Alman Medeni Kanun madde 1631 d'nin ilk fıkrası;

*"(1) Velayet hakkı aynı zamanda, rıza gösterme ehliyeti olmayan erkek çocuğun tıbbi açıdan zorunlu olmayan, tıbbi kurallara uygun bir şekilde yapılan sünnetine rıza göstermeyi de kapsar. Sünnetin amacı göz önüne alındığında çocuğun yararını tehdit etmesi halinde yukarıdaki hüküm geçerli değildir."*; ikinci fıkrası ise;

*"(2) Çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içinde, bekim sıfatı bulunmayan, sünnet konusunda özel bir eğitim alan ve bir bekim gibi sünneti gerçekleştirme ehliyeti olan dini bir topluluk tarafından yetkili olduğu kabul edilen kişi 1. fıkraya uygun bir şekilde sünneti gerçekleştirebilir."* olarak düzenlenmiştir.<sup>65</sup>

Yeni düzenleme, veli ve vasilere, belirli şartlar altında, henüz mümeyyiz olmamış erkek çocukların tıbbi bir zorunluluk olmadan sünnet edilmelerine hukuka uygun şekilde rıza gösterme imkânını sağlamaktadır.<sup>66</sup> Bunu sağlamak için, velayet hakkının sınırları, tıbbi endikasyon olmadan yapılan sünneti kapsam içine alarak genişletilmiştir. Maddenin

64 Alman Medeni Kanun madde 1631.

65 Alman Medeni Kanunu madde. 1631 d.

66 **Schwander** Marianne, Knabenbeschneidung – Eine Erörterung aus rechtlicher Sicht, Bern, 2014, s. 12.

amacı, ebeveynlerin sünnete gösterdikleri rızalarının baştan beri geçersiz kılınmasını önlemektir.<sup>67</sup>

Kanun koyucu maddeyi çeşitli nedenlere dayandırmaktadır. Gerekçede, ebeveynlerin çocukları üzerindeki ilk el eğitim hakkının çocuğun güveni tehlikeye sokulmadığı müddetçe kanun tarafından güvence altına alındığı, dünyada da çokça rastlanan tıbben gerekli olmayan sünnetin yapılmasını anne-babanın değişik nedenlerle gerekli ve erkek çocuklarının refahlarına uygun görmelerinin olağan olması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle dini inançların sünneti gerekli kıldığı, inanlar için büyük önem arz ettiğinin ve dolayısıyla çocuklarını inançları ve dünya görüşlerine uygun olarak yetiştirme haklarını kullanabilme imkânının öneminin altı çizilmiştir. Diğer yandan sünnetin tıbbi faydalarının bulunduğu da değinilmiştir. Son olarak gerekçede, sünnetin, Medeni Kanun'un 1631. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan çocuğun şiddete maruz kalmadan yetiştirilmesi hakkını ihlal etmediği, aksine çocuğun sağlık açısından bedeni ve dinsel açıdan ruhuna yararlı olduğu savunulmaktadır.<sup>68</sup>

Ebeveynlerin sünnete ilişkin rızalarının hukuka uygun olması için bazı şartlar da aranmıştır. Sünnet olunacak çocuğun rıza ehliyeti bulunmaması ön şart niteliğindedir, aksi halde madde hükmü uygulanamayacaktır. Rıza ehliyeti olan bir erkek çocuğunun sünnet edilmesini ancak kendi rıza beyanı hukuka uygun kılabilir, anne-babanın rızası bu durumda geçersiz olacaktır.<sup>69</sup> Ayrıca metin içerisine sünnet operasyonunun tıbbi müdahale koşullarına göre yapılması şartı konulmuştur. Yukarıda belirtilmiş olan tıbbi müdahaleye ilişkin şartlar böylelikle geçerliliğini korumaktadırlar.

Kanun koyucu ilgililerin rıza haklarını sınırsız bırakmamıştır. İlk fıkranın ikinci cümlesinde, sünnetin çocuğun sağlığını tehlikeye düşürecek nitelikte olması ihtimalinde, rızanın geçersiz olacağını vurgulamıştır. Her ne kadar da velayet hakkının kapsamı veli yararına genişletilmiş ise de, çocuğun temel hakları bu noktada sınırlayıcı fonksiyon teşkil

67 **Rixen** Stephan, Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes, Neue Juristische Wochenschrift, 2013, 257, s. 259.

68 **Schwander**, s. 12.

69 **Säcker** Franz Jürgen - **Rixecker** Roland - **Oetker** Hartmut - **Limperg** Bettina, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Familienrecht, C.H. Beck, 7. Baskı, München, 2017, md. 1631 d, no. 5.

etmektedir.<sup>70</sup> Dolayısıyla çocuğun beden hakkı kanunen ebeveynin din ve eğitim hakkından üstün görülmektedir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, sünnetin doktor olmayan kişiler tarafından da yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu kişilerin sünneti gerçekleştirebilmeleri için öngörülen şartlar; sünnetin, çocuğun doğumundan itibaren ilk altı ay içerisinde, dini cemaatin öngördüğü kişi tarafından yapılması ve bu kişinin doktor olmamakla birlikte sünnet işlemi konusunda eğitilmiş ve yetkili olmasıdır. Bu şartlara uyulmadan yapılan sünnet, hukuka aykırı olacaktır.<sup>71</sup> Maddenin bu fıkrası, Musevi dininin sünnete ilişkin öngördüğü özel şartların uygulanabilmesini sağlamaktadır.

Bu veriler ışığında, Alman kanun koyucusu, sünnet sorununu ebeveynlerin velayet hakları çerçevesinde ele almaktadır; şöyle ki, erkek çocukların inançları nedeniyle sünnet edilmesi anne-babanın yetiştirme hakkına bağlanmaktadır. Dolayısıyla sorunun çözümünde özel hukuka dayanılır. Oysa Köln Eyalet Mahkemesi çıkış noktası olarak, çocuğun beden dokunulmazlığı ve kendi geleceğini kendi belirleme haklarını seçmiştir. Çocuğun bağımsız bir birey ve temel hak sahibi olduğunu görerek sünnet sorununun çözümünde Anayasal değerlere de değinmiştir.<sup>72</sup>

## **b. Maddeye Karşı Eleştiriler**

Kanun koyucunun sünnet konusundaki belirsizliğe bir çözüm olarak tasarladığı madde eleştirilmektedir. Dini amaçla gerçekleştirilen sünnete izin veren maddenin yürürlüğe girmesi ile hukuka uygunluğu sorunu doğmuştur.<sup>73</sup>

Rolf Herzberg, dini nedenlerle yapılan sünnetin çocuğun temel haklarını ihlal ettiği kanaatindedir. Bu ihlal, anne-babanın Anayasal düzeydeki din özgürlüğü hakkını kullanmalarıyla hukuka uygun hale getirilemez iken, bu durumu Medeni Kanun'da yer alan bir basit nitelikteki hükmün değiştiremeyeceğini vurgulamaktadır.<sup>74</sup>

70 **DB, 17/11295**, s. 17-18.

71 Alman Medeni Kanun madde 1631 d/2.

72 **Schwander**, s. 13-14.

73 **Scheinfeld** Jörg, Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes, HRRS, 2013, s. 268.

74 **Herzberg** Rolf, Ist die Beschneidungserlaubnis (§ 1631d BGB) mit dem Grundgesetz vereinbar?, Juristen Zeitung Heft 7, 350, 2016.

Medeni Kanuna eklenen 1631d maddesi, hukukçu Jörg Scheinfeld'e göre ebeveyn, çocuk ve devlet üçlüsünün arasındaki ilişkiye Anayasal düzeyde bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Alman Anayasası madde 6/2 birinci cümlesinde ebeveynlere çocukları yetiştirme ve koruma hakkı verilmiştir.<sup>75</sup> Bu hakkın çocuğun esenliği adına kullanılması gerekmektedir. Devletin ise, çocuk ve anne-baba arasındaki ilişkiye gerek olmadığı yerde müdahalede bulunmaması gerekmektedir. Aynı maddenin ikinci cümlesi, Devlete, çocuğun selametini tehlikeye sokan ebeveynin davranışına karşı koruma görevi yüklemektedir. Sünnete açıkça bir kanun hükmüyle izin veren Devlet, Scheinfeld'in söylemi ile tam olarak bu koruma ödevine karşı bir ihlalde bulunmuştur. Anne-babanın isteğiyle sünnet edilen çocuğun selameti sadece tehlikeye atılmamakta, aynı zamanda bozulmaktadır.<sup>76</sup> Bunun nedeni ise erkek çocuğu sünnet edilirken cinsel organının üzerindeki derinin alınmasının başlı başına çocuğun vücudunda bir müdahale oluşturmasıdır. Ayrıca müdahaleden dolayı vücudunda kalıcı fiziksel değişiklik ileride cinsel hayatına da olumsuz etki edeceğinden, çocuğun mahreminin ihlal edilmesinden de söz edilebilir. Bunun dışında, çocuğun sonradan kendi iradesi ile başka bir dine yönelmesi ya da anne-babasının mensubu olduğu Museviliği veya Müslümanlığı reddetme isteği fiziksel bir sembol ile damgalandığından, zorlaştırılmaktadır. Kısacası, sünnet, çocuğun vücut dokunulmazlığına, kişilik hakkına ve dini özgürlük hakkına müdahalede bulunmaktadır.<sup>77</sup>

Scheinfeld bunun dışında, madde 1631d'nin bir yan etkisi olarak, düzenlemenin Alman Anayasası madde 3'e aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Alman Anayasası madde 3, kişilerin yasa önünde eşitliğini ve ayırım yasağını öngörmektedir. Maddeye göre, kadın ve erkek eşittir, ayrıca kimseye cinsiyeti yüzünden daha iyi veya daha kötü davranılmaz.<sup>78</sup> Yasa önünde eşitlik, kız çocukların sünneti yasaklanmış ise, erkek çocukların da sünnetinin aynı şekilde yasak kılınmasını gerektirir. Eğer bir hukuki düzenlemeyle erkek çocukların sünnetine izin veriliyorsa, kız çocukların sünnet edilmesinin de Alman Anayasası madde 3 gereği

75 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası madde 6.

76 **Scheinfeld**, s. 268.

77 **Scheinfeld**, s. 269

78 Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası madde 3.

hukuka uygun olması gerektiği görüşünü beyan etmektedir.<sup>79</sup> Bu görüşe Eyalet Yüksek Mahkemesinde (Alm. “*Oberlandesgericht*”) hâkim olan Tonio Walter da katılarak, sünneti meşrulaştırılan düzenlemenin, bir toplumda korunmaya en çok muhtaç olan bireylerin, yani çocukların bedenlerinin en hassas bölümüne ihlali kabul ederek, şimdiye kadar koruma altında olan vücut dokunulmazlıklarını bu korumadan mahrum bıraktığını düşünmektedir. Bunun altında da kişinin cinsiyeti, yani çocuğun erkek olması yatmaktadır. Kız çocuklarının sünnet edilmesini tamamen kınayarak meşrulaştırılmasına asla izin vermeyen bir hukuk düzeninin, konu erkek olunca bu tutumundan vazgeçmesi Walter için kabul edilemez, en nihayetinde Anayasa madde 3’ün öngördüğü kadın ve erkek eşitliği ile bağdaşmaz. Sünneti, ister erkek ister kadın, bireyin vücudunda yeterince haklı sebep bulunmadan acı verici şekilde, ilerisi için psikolojik travmalara yol açan ve çocuğun bedenini ebediyen değiştiren bir müdahale olarak nitelendiren Walter, bu hususa izin veren kanun maddesinin yürürlüğe girmesine izin veren kanun koyucunun insan hakları hakkındaki fikirlerini sorgulamaktadır.<sup>80</sup>

Josef İsensee, Alman Medeni Kanun 1631d maddesini Köln Eyalet Mahkemesi’nin kararına karşı bir reaksiyon olarak nitelendirmektedir. Mahkeme kararının ve gerekçesinin kamuoyu ve yargıçlar tarafından genel kural olarak algılanmasını ve gelecekte kullanılmasını önlemek amacıyla, somut olayda açığa çıkan hukuki soruna bir çözüm bulmak yerine, karar ile hakları ihlal edildiği iddiasında bulunan Müslüman ve Musevi kesimi sakinleştirmek ve belirsizliği ortadan kaldırmak niyeti olduğu görüşündedir.<sup>81</sup> Maddeye karşı ileri sürdüğü bir başka eleştiri, madde içerisinde yer alan “çocuk yararı” ibaresidir. Madde metninin bu konuda çok genel tutulduğunu, çocuğun yararının hangi kıstaslara göre belirleneceğinin belli olmadığını, çok geniş kapsamlı ibareler kullanıldığından müdahalenin sınırlarının madde metninden anlaşılmadığını ileri sürerek, hükmün yeteri derecede hukuki koruma sağlayamayacağı tehlikesine işaret etmektedir.<sup>82</sup>

79 **Scheinfeld**, s. 270.

80 **Walter**, s. 113 vd.

81 **İsensee** Josef, Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligten Religion – Der Streit um die Beschneidung, Juristen Zeitung, Mohr Siebeck, 7/ 2013, 317, s. 324 - 325.

82 **İsensee**, s. 326.

Madde ile ilgili diğer bir eleştiri de, maddenin ikinci fıkrasına ilişkindir. Erkek çocuğun doğumundan sonraki ilk altı ayında doktor olmayan bir kişi tarafından sünnet edilmesine izin veren hükmün, maddenin ilk fıkrasında önemle belirtilen çocuk yararı ibaresi ile ters düştüğü ve çocuğun yararının bu düzenleme ile göz ardı edildiği düşünülmektedir.<sup>83</sup>

#### **IV. Türk Ceza Hukukunda Sünnet**

Türkiye’de erkek çocukların, dini nedenlere dayanılarak sünnet edilmeleri, ülkenin tarihsel, dinsel ve kültürel yapısı neticesinde, genelde kabul gören ve neredeyse bütün Müslüman aileler tarafından icra edilen bir husustur. Sünnetin, Türk Ceza Hukukunda kanuni bir düzenlemede açıkça yer almadığı belirtilmelidir; cerrahi vasfı gereği, bir tıbbi müdahale türü sayılmaktadır. Aşağıda tıbbi müdahalenin Türk Ceza Kanunu’ndaki yeri ve şartları açıklanarak sünnetin hukuki niteliği açıklanacaktır.

##### **A. Tıbbi Müdahalenin Tanımı ve Hukuki Niteliği**

Tıbbi müdahaleler, kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını teşhis ve tedavi etmek amacıyla, tıp mesleğini icraya yetkili kimseler tarafından, tıp bilimince genel olarak benimsenmiş esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayıp en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan faaliyetlerdir.<sup>84</sup> Alman öğretisinde olduğu gibi, Türk Ceza Hukukunda da, tıbbi müdahale eyleminin, uygulama usulü ve doğurduğu sonuçlar açısından, bazı suç tiplerini ihlal edip etmediği, özellikle müessir fiil olup olmadığı sorusunun ve buna ilişkin görüş ayrılıklarının ortaya çıkmasına neden olmuştur.<sup>85</sup> Başkasının vücuduna kasten acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, Türk Ceza Kanunu madde 86/1’e göre kasten yaralama suçunu gerçekleştirmiş olur. Vücuda acı verme, “mağdurun bedenine yönelik her türlü bedenen acı verici” niteliğindeki harekettir”. Alman Ceza Hukukunda da olduğu

83 **Schwander**, s. 15.

84 **Demirbaş** Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, 2017, s. 320; **Çakmut Yenerer** Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayınları, 2002, s. 24.

85 **Erman**, s. 27.

gibi, mağdurun somut olayda acıyı hissetmemesi hareketin tipe uygunluğunu etkilemez.<sup>86</sup>

Mağdurun sağlığında, maddi veya manevi saldırılar sonucunda düzensizlik yaratılmış ise, sağlığı bozulmuştur.<sup>87</sup> Ayrıca, algılama yeteneğinin bozulması mağdurun “ruhsal yapısında meydana getirilen geçici düzensizlik” olarak tanımlanır.<sup>88</sup> Tıbbi müdahalede bulunarak yaralama suçunu gerçekleştirmek için, fiilin tanıma uyması gerekmektedir. Somut olarak sünnet operasyonunda, hekimin bir neşter kullanarak çocuğun penisinin üzerindeki deriyi kesmesi, acı verecek niteliktedir. Sünnet operasyonları anestezi altında yapılsa da ve müdahalede bulunurken acı hissedilmese de müdahalenin acı verici niteliği hareketi tipe uygun kılmaya yeterlidir.

## **B. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**

### **1. Hukuka Uygunluk Sebebi**

Türk Ceza Hukukunda tıbbi müdahalenin, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiği kabul edilir, fakat bu bağlamda hangi hukuka uygunluk sebebi içinde nitelendirileceği tartışmalıdır.<sup>89</sup> Öğreti ve uygulamadaki baskın görüşe göre, tıbbi müdahale Türk Ceza Kanunu madde 26/1’de düzenlenmiş olan hakkın icrası kapsamında hekimin mesleğini yerine getirmesine dayanmaktadır.<sup>90</sup> Kanunun mesleğinin gereklerini kullanması hakkında hekime sübjektif bir hak vermiş olması, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken de kanunen tanınmış bu hakkını kullandığı, dolayısıyla hukuka uygun davrandığı bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülmektedir.<sup>91</sup> İnsanları tedavi etmek için müdahalede bulunmak tıp mensuplarının mesleki hakları olmasının yanında, aynı zamanda hukuki görevleri olarak görülmektedir; bu da tedavi amaçlı yapılmayan, örneğin estetik ameliyatların, ilgilinin rızasının bulunması koşulu ile neden hukuka uygun olduğunu açıklamaktadır.<sup>92</sup>

86 **Bayraktar** Köksal vd., **Keskin Kızıroğlu** Serap, Kasten Yaralama, Özel Ceza Hukuku, c. II., Kişilere Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 127.

87 **Keskin Kızıroğlu**, s. 128.

88 **Keskin Kızıroğlu**, s. 129.

89 **Akbulut** Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 448.

90 **Erman**, s. 49.

91 **Hakeri** Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 323.

92 **Artuk** M. Emin, **Gökçen** Ahmet, **Yenidünya** A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, Ankara, 2017, s. 438.

Hakkın kullanılması görüşü, kendisine müdahalede bulunulan mağdurun rızasının bir önemi olmadığı, hasta olarak en önemli taraf olmasına rağmen devre dışı bırakıldığı için eleştirilmiştir.<sup>93</sup> Başka yazarlara göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının nedeni Türk Ceza Kanunu madde 26/2'de düzenlenmiş olan ilgilinin rızasıdır.<sup>94</sup> Bu görüş hastanın temel haklarını çıkış noktası olarak, hastanın kendi hakları üzerinde tasarrufta bulunabilmesi, kişinin kendi geleceğini kendi belirleme hakkının bulunması ve bireye saygı gösterilmesi gerektiği nedenlerine dayanmaktadır.<sup>95</sup>

Belirtilen fikirleri birbirleriyle bağdaştırarak bir çözüm yoluna gidilebilir. Hekimin mesleğinin icrası ile ilgilinin rızasının karşılıklı bir ilişki içerisinde bulunduğu söylenebilir.<sup>96</sup> Aşağıda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları bu doğrultuda ele alınacaktır.

## 2. Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için öncelikle müdahalede bulunan kişinin buna yetkilendirilmiş olması gerekmektedir. Tıbbi müdahalede bulunma yetkisi sadece sağlık personeline verilmiştir; Türk Ceza Kanunu madde 280/2'de bu kişilerin "(...) tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler" olduğu belirtilmiş, esas itibarıyla bu yetki hekime tanınmıştır.<sup>97</sup> Hekimlerin tıbbi müdahalede bulunma yetkileri ve şartları ise, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1-3. maddelerinde ele alınmıştır.<sup>98</sup> 1. maddeye göre hekimlik mesleğini icra edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak gerekir. Diplomanın Sağlık Bakanlığınca onaylanmış ve sicile işlenmiş olması da aranır.<sup>99</sup> Ayrıca, hekimin mesleğini yerine getirmesinde bir engel bulunmaması gerekir. Nitekim çeşitli disiplin cezaları yüzünden mesleğinden sürekli veya geçici olarak yasaklanmış bir hekimin yaptığı müdahaleler, hekim olma-

93 **Hakeri**, s. 323.

94 **Akbulut**, s. 450.

95 **Hakeri**, s. 324.

96 **Özbek** Veli Özer, **Doğan** Koray, **Bacaksız** Pınar, **Tepe** İlker, Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 205.

97 **Hakeri**, s. 85.

98 **Erman**, s. 93, **Hakeri** Hakan, **Ünver** Yener, **Yenerer Çakmut** Özlem, Tıp/Sağlık Hukuku Mevzuatı, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 177-178.

99 **Erman**, s. 93.

yanlarla aynı sonucu doğurur.<sup>100</sup> Her tıbbi müdahalenin hekim tarafından yapılması zorunlu değildir. Diğer sağlık görevlileri de müdahalede bulunabilirler. Bilhassa sünnet operasyonuna yetkili kılınmış bir sağlık personeli sünnetçidir.<sup>101</sup>

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun kılınabilmesi için, hastanın rızası aranır.<sup>102</sup> İlgilinin rızası Türk Ceza Kanunu madde 26/2’de hüküm altına alınmıştır. Geçerli rıza bazı şartlara bağlıdır. Alman Ceza Hukukunda olduğu gibi, rıza gösterecek kişinin, söz konusu hakkın sahibi olması gerekmektedir, yani müdahalenin gerçekleştirileceği kişi olmalıdır. Diğer yandan, kişinin rıza ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Genel anlamda ilgilinin, rıza gösterdiği müdahalenin türünü, içeriğini, ağırlığını ve ilerideki sonuçlarını algılayabilmesi ve anlayabilmesi gerekir.<sup>103</sup> Tıbbi müdahale durumunda hastanın rıza ehliyeti, “(...) karşılaşılabilecek tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunların vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi”ne bağlı olacaktır.<sup>104</sup> Sünnet olacak çocuk, genellikle küçük yaşta olmasından dolayı henüz rıza ehliyetine sahip değildir. Bu durumda tıbbi müdahale kanuni temsilci tarafından gösterilen rıza ile hukuka uygun hale gelecektir.<sup>105</sup>

Rıza sarıh veya zimni olarak açıklanabilir.<sup>106</sup> Rıza açıklaması tıbbi müdahale yapılmadan önce veya en geç yapıldığı sırada gerçekleşmelidir.<sup>107</sup> Rıza koşulunun yanında, hastanın müdahalede bulunacak sağlık personeli tarafından aydınlatılmış olması aranır. “Aydınlatılmış” olmak, bilgilenme anlamına gelir; hastanın, yapılacak müdahale hakkında bilgilendirilerek, neye rıza gösterdiğinden haberdar olması gerekmektedir.<sup>108</sup> Hastayı aydınlatma, iradenin sağlıklı olmasına yol açar, iradeyi

100 **Artuk – Gökçen - Yenidünya**, s. 439.

101 **Özgenç** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara, 2014, s. 362.

102 **İçel** Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, Yenilenmiş Bası, İstanbul, 2016, s. 370.

103 **Demirbaş**, s. 329.

104 **Erman**, s. 80.

105 **Akbulut**, s. 450.

106 **Hakeri**, s. 151.

107 **Hakeri**, s. 150.

108 **Işık Yılmaz** Ş. Berfin, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TBB dergisi, 2012 (98), s. 393

sakatlayan yanığı veya aldatma gibi nedenler de rızanın hukuka uygun olmasını engelleyecektir.<sup>109</sup>

Diğer yandan, sünnetin tıbbi müdahale kurumu altında ele alınması, tıbbi endikasyon sorununu doğurmaktadır. Endikasyon, tıbbi müdahalenin gerekli olduğunu gösterir, yani tıbbi bir zorunluluktur.<sup>110</sup> Tıbbi müdahaleler, kural olarak endikasyona dayanmalıdır. Anayasa madde 17/2’de tıbbi endikasyon şartına “Tıbbi zorunluluklar (...) dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz” ibaresi ile işaret edilmiştir. Dolayısıyla tıbbi endikasyon hekimin müdahalesini hukuka uygun kılan bir unsurdur. Sünnet dini nedenlerle yapıldığından, tıbbi zorunluluk unsuru kural olarak bulunmaz. Fakat endikasyonun mutlaka tıbbi nitelikte olması gerekli değildir, günümüzde sosyal ve psikolojik endikasyon da kabul edilmektedir.<sup>111</sup> Tıbbi müdahale şekilleri, tedavi amacına yönelen ve tedavi amacına yönelmeyen olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Tedavi amacına yönelmeyen, fakat yine de kişinin beden bütünlüğünü etkileyen müdahaleler de tıbbi müdahale sayılırlar. Estetik ameliyatı ve sünnet bunun en yaygın göstergeleridir.<sup>112</sup>

Eskiden tıbbi endikasyon kavramı daha dar anlamda ancak iyileştirme amacı için kullanılırken, modern cerrahinin imkânlarının artması ile artık hekimin müdahalesine sadece bu amaçla başvurulmamaktadır. Öğretide bu yüzden tıbbi müdahalelerin zorunlu olmadığı durumlarda da hukuka uygunluğu savunulmaktadır. Hastanın rızası bulunduğu ve hekimin faaliyeti toplum ahlakına veya etiğine aykırı olmadığı sürece, bu tip müdahaleler yine hukuka uygun kabul edilir.<sup>113</sup> Bu görüşe göre dini ritüeli gerçekleştirmek amacıyla yapılan sünnet, Türk toplum genelineğine uygun olduğu ve ahlak görüşüne aykırı olmadığından, sosyal endikasyon kapsamındadır ve icrası hukuka aykırı sayılmaz. Sünnetin Türk Hukukunda tipe uygun bir fiil olmadığını, sosyal uygunluk teorisi ile de açıklanabilir. Sosyal uygunluk teorisine göre hareket, sosyal bakımdan önem taşıyan davranışlardır. Toplumun yaşam tarzına ve genel ahlak anlayışına uygun olan hareketler, bu görüşe göre hukuka aykırı-

109 **Erman**, s. 97.

110 **Hakeri**, s. 196.

111 **Hakeri**, s. 198.

112 **Demirbaş**, s. 323.

113 **Hakeri**, s. 199.

lık teşkil etmezler.<sup>114</sup> Sünnet, sosyolojik bakımdan bu tanıma uyduğundan, hukuka uygun bir fiil olduğu söylenebilir.

### **Sonuç ve Değerlendirme**

Görüldüğü üzere, hem Alman Ceza Hukuku hem de Türk Ceza Hukuku açısından sünnet hakkındaki genel görüş, tıbbi endikasyon bulunsun veya bulunmasın, yaralama suçunu oluşturduğu yönündedir. Genel olarak iki hukuk sistemi de, sünneti tıbbi müdahale başlığı altında ele alarak, hukuka uygunluğunu ilgilinin rızası ile açıklamaktadır. Türk hukukunda, sünnetin sosyal açıdan kabul görülmesi, hatta benimsenmesi, ayrıca bir hukuki düzenleme ihtiyacını gerektirmemektedir. Hukuka uygunluğu bu noktada kabul edilir. Alman Hukuku açısından ise, genel bir kabulden bahsedilemez. Kanun koyucu Medeni Kanun'a eklediği madde ile dini sünnet konusundaki hukuki belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçlamıştır.

Sünnetin objektif olarak yaralama suçunu oluşturduğu kanımızca kabul edilmelidir. Basit ve temel ceza hukuku kuralları bu olguyu açıklamaya yeterlidir. Fakat konuya subjektif değerleri ve görüşleri katmamayı, bunları göz ardı etmeyi doğru bulmuyoruz. Dolayısıyla dini nedenlerle yapılan sünnetin hukuksal niteliğini iki boyuttan da gözlemlemek ve incelemek gerektiği düşüncesindeyiz. Sorunun temelinde bir yandan erkek çocuğunun bedensel ve dini hak ve özgürlükleri, diğer yandan ise ebeveynlerin velayet hakları ve dini özgürlükleri yatmaktadır. Yani, Anayasal düzeyde korunmuş temel hak ve özgürlükler çatışma durumunda bulunmaktadır.

Sünnetin dini nedenlerle yapılmasını salt yaralama suçunu oluşturduğunu savunarak bir yasak haline getirmek, dini hakların ağır bir ihlalini oluşturacaktır. Özellikle somut olarak sünnetin dindeki önemi ve dinin mensupları için ifade ettiği anlam göz önüne alındığında, böyle bir çözümün hakkaniyete uygun olmadığı ve temel hukuk ilkelerine aykırı düşeceği barizdir. Ayrıca, Almanya'da yaşayan Müslüman ve Musevi kişi sayısının, Alman nüfusunun belirli bir bölümünü kapsadığı dikkate alındığında, sünnetin suç olarak nitelendirilmesinin aslında çoğulcu demokrasi anlayışına aykırı düştüğü düşünülebilir. Kanımızca bu

114 Nuhoglu, s. 218.

durum Müslüman ve Musevilerin azınlık olmaları halinde de çoğulculuğun bir gereği olarak aynı şekilde geçerlidir.

Alman Medeni Kanununa eklenen 1631. maddenin d bendi, konuya ilişkin belirttiğimiz bakış açısı doğrultusunda, makul bir çözüm olarak görülebilir. Dini gereksinimden doğan sünnet operasyonunu yaptırmayı ebeveynlere velayet hakkı kapsamında tanımak, Devletin garantör fonksiyonunun ikincil niteliğe bürünmesine yol açar. Ayrıca dini özgürlüğün haksız yere sınırlandırılması da söz konusu olmaz.

Maddenin ilk fıkrası anne-babanın rıza hakkını, çocuğun üstün yararı ile sınırlandırmaktadır. Hüküm gereğince, sünnet ancak tıbbi kuralara uyulduğu takdirde ve çocuğun yararına ters düşmeden yapıldığında hukuka uygun sayılacaktır. Bu konu hakkında yukarıda belirtilmiş olan görüşe katılarak maddeye getirilen sınırlandırmanın, kanun lafzı geniş tutulduğu için etkili olacağı meçhul olabilir; keza geniş anlamda yorumlanmaya müsait olup hatta tanınan hakkın suiistimal edilmesi riskini de barındırır. Bu noktada, “çocuğun yararı” ibaresinin tanımlanması ve kapsamının daha belirgin düzenlenmesi daha isabetli olurdu. Eyalet Mahkemesi'nin verdiği kararın ardından doğan şiddetli tartışmalara çözüm olarak bu kadar geniş yorumlanabilen bir madde hükmü getirilmiştir. Burada hükmün çocuğun menfaatini gözetmek yerine, tartışmaları sonlandırmak adına eklenen bir madde bendi olduğu düşünülebilir. Dolayısıyla bu tür bir çözüm yolunun hukuka uygunluğunun sorgulanması gerekebilir.

Tartışma çerçevesinde, ailenin velayet hakkı karşısında çocuğun vücut dokunulmazlığı hakkı yok sayılmamalıdır. Ne kadar anne ve baba, çocuğun dini kimliğinin gelişimine etkili bir şekilde katkıda bulunup toplumda çocuğa dini ve dünya görüşü bakımından saygınlık kazandırmayı amaçlasalar da çocuğun beden bütünlüğüne gerçek anlamda müdahalede bulunularak, sürekli olarak fiziksel değişime sebep olmaktadır. Örneğin, çocuğun yetişkinlik veya erginlik döneminde başka bir dine yönelmek istemesi halinde, cinsel organındaki deformasyon belki dini sadece fikir veya düşünceler ile bağdaştıran kişiye karşılık dini fiziksel açısından değerlendiren bir kişi için sorun teşkil edebilir. Sonuçta burada söz konusu olan ömür boyu süren ve kişinin vücudunda geri dönülemez olan bir fiziksel değişimdir.

Sonuç itibari ile sünnet konusu içerisinde hem kişisel hakları barındıran hem de sahip olduğu somut nitelikler itibari ile hak sahibi kişi dışında diğer kişileri de bağlayan birtakım hak ve özgürlüklerin icrasını da konu edinir. Dolayısıyla sünnet konusunda gerçekleşen somut olay neticesinde sonuçlarını ve gelecek hayatını nasıl etkileyeceğinin bilincini taşıdığı şartlar altında konu ile ilgili gerekli aydınlatılmış onamın uzman tarafından yerine getirilmesi ile kişinin bu müdahaleyi isteyip istemediğine kendisinin karar verebileceği bir halde bulunmalıdır. Söz konusu şartları taşııyorsa kişinin üstün yararının çok iyi belirlendiği bir ortamda karar verilmesi isabetli olacaktır. Kanunda ise düzenleme yapılırken kişinin sırf ailesinin mensubu olduğu dinin ritüeli dolayısıyla kendi rızası dışında bunu idrak edemeyecek şartlar altında zorlayıcı bir hüküm konulmamalıdır. İnsanların temel hak ve özgürlüklerinin yer aldığı uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisinde en üstte yer aldığı, bireyin üstün tutulduğu göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla her somut olay, elde edilen veriler ışığında avantaj ve dezavantajları son derece büyük bir özenle incelenip bireyin varlığı ve değeri göz önüne alınarak sonuca ulaştırılmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 3. Baskı, 2016
- ARTUK, M. Emin, GÖKCEN, Ahmet, YENİDÜNYA, A. Caner;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 11. Baskı, 2017
- BAYRAKTAR, Köksal vd. KESKİN KIZIROĞLU, Serap;** *Özel Ceza Hukuku, Cilt II, Kişilere Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017
- ÇAKMUT YENERER, Özlem;** *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayınları, İstanbul, 1. Baskı, 2002
- DEMİRBAŞ, Timur;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 12. Baskı, 2017
- DERE, Ali;** *Zum Beschneidungsurteil des Kölner Landgerichtes*, Diyanet İşleri Türk İslam Birliği basın bildirisi, 27.06.2012, <http://www.ditib.de/detail1.php> (ET: 16.12.2017)
- DEUTSCHER BUNDESTAG;** *Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, Drucksache 17/11295, Berlin, 2012
- DÖLLING, Dieter, DUTTGE, Gunnar, KÖNIG, Stefan, RÖSSNER, Dieter;** *Gesamtes Strafrecht*, Nomos Kommentar, 4. Baskı, Baden-Baden, 2017
- EISELE, Jörg;** *Strafrecht Besonderer Teil I Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit*, Kohlhammer, Stuttgart, 4. Baskı, 2016
- ERMAN, Barış;** *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003
- EXNER, Thomas;** *Sozialadäquanz im Strafrecht*, Duncker & Humboldt, Berlin, 2011
- FISCHER, Thomas;** Beck'sche Kurzkommentare Strafgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck, 61. Baskı, München, 2014
- HAKERİ, Hakan;** *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 3. Baskı, 2010
- HAKERİ, Hakan, ÜNVER, Yener, YENERER ÇAKMUT, Özlem;** *Tıp / Sağlık Hukuku Mevzuatı*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2016
- HERZBERG, Rolf;** *Ist die Beschneidungserlaubnis (§ 1631d BGB) mit dem Grundgesetz vereinbar?*, Juristen Zeitung Heft 7, 350 , 2016 <https://www.jurion.de/news/337475/Herzberg-bespricht-die-Dissertation-von-Manok-Die-medizinisch-nicht-indizierte-Beschneidung-des-maennlichen-Kindes/> (ET: 02.01.2018)
- HILGENDORF, Eric;** *Warum die Kölner Richter Recht haben*, Humanistischer Pressedienst, 09.07.2012, <https://hpd.de/node/13709> (ET: 18.12.2017)

- HOFFMANN – HOLLAND;** Klaus *Strafrecht Besonderer Teil*, UTB, 2. Baskı, Tübingen, 2016
- İÇEL, Kayıhan;** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 3. Baskı, 2016
- ISENSEE, Josef;** *Grundrechtliche Konsequenz wider geheiligten Religion – Der Streit um die Beschneidung*, Juristen Zeitung, Mohr Siebeck, 2013, 317
- IŞIK YILMAZ, Ş. Berfin;** *Tibbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, TBB dergisi, 2012
- JOECKS, Wolfgang, MIEBACH, Klaus;** *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 4*, C.H. Beck, 3. Baskı, München, 2017
- KINDHÄUSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid, PAEFFGEN, Hans-Ullrich;** *Strafgesetzbuch*, Nomos Kommentar, 5. Baskı, Baden-Baden, 2017
- LACKNER, Karl, KÜHL, Kristian;** *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, 28. Baskı, München, 2014
- MUCKEL, Stefan;** *Strafbarkeit eines Arztes wegen religiös motivierter Knabenbeschneidung*, Juristische Arbeitsblätter, 2012
- NUHOĞLU, Ayşe;** *Sünnet ve Ceza Hukuku*, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:19, S:2, İstanbul, 2013 <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/maruhad/issue/viewFile/5000001567/5000000602> (ET: 03.01.2018)
- ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker;** *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 7. Baskı, 2016
- ÖZGENÇ, İzzet;** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 10. Baskı, 2014
- PUTZKE, Holm;** *Rechtliche Grenzen der Zirkumzision bei Minderjährigen – Zur Frage der Strafbarkeit des Operateurs nach § 223 des Strafgesetzbuches*, Zeitschrift Medizinrecht, 2008
- PUTZKE, Holm;** *Religiöse Beschneidung von Jungen verboten*, Legal Tribune Online, 2012, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wegweisendes-urteilreligioese-beschneidungen-von-jungen-verboten/> (ET: 31.12.2017)
- RIXEN, Stephan;** *Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, Neue Juristische Wochenschrift, 2013
- SÄCKER, Franz Jürgen, RIXECKER, Roland, OETKER, Hartmut, LIMPERG, Bettina;** *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9 Familienrecht*, C.H. Beck, 7. Baskı, München, 2017
- SCHEINFELD, Jörg;** *Erläuterungen zum neuen § 1631d BGB – Beschneidung des männlichen Kindes*, HRRS 2013, Heft 7/8

- SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER, Horst;** *Strafgesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck, 29. Baskı, München, 2014
- SCHWANDER, Marianne;** *Knabenbeschneidung – Eine Erörterung aus rechtlicher Sicht*, Bern, 2014
- SCHWARZ, Kyrill – Alexander;** *Verfassungsrechtliche Aspekte der religiösen Beschneidung*, Juristen Zeitung, 2008
- SPICKHOFF, Andreas;** *Beck'sche Kurzkommentare Band 64 Medizinrecht*, C.H. Beck, 2. Baskı, München, 2014
- STALLMANN, Stephanie;** *Pro Beschneidung - "Es geht um essenzielle Glaubensinhalte"*, Focus Online, 2012, [https://www.focus.de/gesundheitsratgeber/pro-beschneidung-esgeht-um-essenzielle-glaubensinhalte\\_aid\\_786457.htm](https://www.focus.de/gesundheitsratgeber/pro-beschneidung-esgeht-um-essenzielle-glaubensinhalte_aid_786457.htm) (ET: 18.12.2017)
- VON HEINTSCHEL - HEINEGG, Bernd;** *Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch*, C.H. Beck, 36. Baskı, München, 2017
- U.S. CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION;** *Trends in In-Hospital Newborn Male Circumcision-United States, 1999-2010*, Morbidity and Mortality Weekly Report, 60, 2011
- WAGNER, Sarah;** *Zentralrat der Juden empört über Urteil – Religiöse Beschneidung ist strafbar*, Focus Online, 26.06.2012, [https://www.focus.de/politik/deutschland/tid-26319/zentralrat-der-juden-empoert-ueber-urteil-religioese-beschneidung-ist-strafbar\\_aid\\_773243.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/tid-26319/zentralrat-der-juden-empoert-ueber-urteil-religioese-beschneidung-ist-strafbar_aid_773243.html) (ET: 17.12.2017)
- WALTER, Tonio;** *Der Gesetzentwurf zur Beschneidung – Kritik und strafrechtliche Alternative*, Juristen Zeitung, 2012
- WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner, SATZGER, Helmut;** *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller, Heidelberg, 46. Baskı, 2016
- WESSELS, Johannes, HETTINGER, Michael;** *Strafrecht Besonderer Teil 1 Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, C. F. Müller, Heidelberg, 41. Baskı, 2017
- World Health Organisation / Joint United Nations Programme on HIV/AIDS;** *Male Circumcision: global trends and determinants of prevalence, safety and acceptability*, Genf, 2007

## SAVUNMA YASAK Cezaevlerindeki Mahpusların Savunma Hakkını Ortadan Kaldıran 667 ve 676 Sayılı OHAL KHK'leri Üzerine Bir Değerlendirme\*\*

Av. Benan Molu\*\*\* / Av. Ayşe Bingöl Demir\*\*\*\*

### ÖZET

15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleşen darbe girişiminin ardından, 20 Temmuz 2016 tarihinde ülke çapında üç ay süre ile olağanüstü hal ilan edilmiştir ve olağanüstü hal, hala devam etmektedir.

Keyfi ve hukuksuz bir şekilde yürütülen cezai soruşturmalar nedeniyle tutuklu yargılanan on binlerce insanın savunma hakları da ciddi bir şekilde kısıtlanmaktadır. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararname-leri altında kabul edilen bu yeni düzenlemeler ile avukat ve cezaevindeki müvekkilinin görüşmeleri sesli ve görüntülü olarak kaydedilmekte, avukatının cezaevindeki müvekkili ile görüşme sıklığı ve süresi haftada bir gün, bir saat ve bir avukat ile sınırlandırılmakta ve avukatların notlarına el koyulabilmektedir. Bütün bu uygulamalar olağanüstü halden kaynaklanan diğer 'tedbir'lerle birlikte "savunma yasak" dedirten ciddi bir sonuç doğurmaktadır.

Bu makale, olağanüstü halin ilan edilmesinin ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa ve hukukumuzda uygun olup olmadığı sorusuna dair detaylı bir değerlendirme yaptıktan sonra 667 ve 676 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle tutuklu ve hükümlü mahpusların İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'nin 5., 6., 8. ve 34. maddelerinde korunan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalara odaklanmaktadır.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 28/04/2018. İlk hakem raporu tarihi: 18/06/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 18/06/2018.

\*\* Halit Çelenk, 'Savunma Suç' başlıklı bölümlere atıfla, Beş Kapı Beş Kilit, Birinci Baskı: Tekin Yayınevi, 1996. Temsil ettiğimiz bazı müvekkiller için başlattığımız hukuk süreçleri için hazırladığımız dava dilekçeleri ve başvurular esas alınarak hazırlanan bu makale, 2017 Halit Çelenk Hukuk Ödülleri'nde mansiyon derecesi alan makalenin güncellenerek ve Suç ve Ceza Dergisi için uyarlanarak gözden geçirilmiş halidir.

\*\*\* İstanbul Barosu, benanmolu@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 000-0002-2501-8042.

\*\*\*\* İstanbul Barosu, aysebingol@hotmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4991-8165.

**Anahtar Kelimeler:** Türkiye, Darbe Girişimi, Olağanüstü Hal, Kanun Hükmünde Kararnameler, Anayasa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Uluslararası Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi, Savunma Hakkı, Avukatların Hakları, Sınırlama, Avukat – Müvekkil İletişiminin Gizliliği, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Bireysel Başvuru Hakkı, Cezaevleri, Mahpuslar, Tutukluluk

## “DEFENCE FORBIDDEN”

### *An Analysis Of the State of Emergency Decree Law No(s) 667 and 676 and Their Implications On The Defence Rights Of the Prisoners*

#### ABSTRACT

Following the 15<sup>th</sup> July 2016 attempted *coup d'état*, on 20 July 2016 a state of emergency declared in the whole country for three months and it is still continuing to date.

With tens of thousands of people faced with arbitrary and unlawful pre-trial detention accompanied by criminal investigations, their defence rights have also been seriously limited. Under new regulations adopted in the state of emergency decree laws, lawyer-client interviews are being video and voice recorded, the duration and frequency of the interviews are limited with once a week, by only one lawyer and for one hour periods, and lawyers' notes of interviews are confiscated. All these practices together with other state of emergency measures result in a severe policy of “defence forbidden”.

Taking defence rights as a basis, this article includes a detailed evaluation of the question of compatibility of declaration of state of emergency with the Constitution and domestic law and also focuses on the limitations imposed by the Decree Law No(s) 667 and 676, on the rights of the arrested and pre-trial detainees and their effect on the rights and freedoms protected under Article 5, 6, 8 and 34 of the ECHR.

**Key words:** Turkey, Coup Attempt, State of Emergency, Decree Laws, Constitution, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, International Covenant on Political and Civil

Rights, Defence Rights, Rights of Lawyers, Derogations, Confidentiality of Lawyers Clients Communications, Right to Liberty and Security, Fair Trial Rights, Right to Individual Application, Prisons, Prisoners, Pre-trial Detention

## **Giriş**

Darbe girişimi sonrası 20 Temmuz 2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal (OHAL) ile birlikte, Türkiye tarihinde darbe dönemlerinde bile görülmemiş uygulamalara şahit olduk, olmaktayız. Her biri uluslararası insan hakları hukukunun değişik kanalları ile çok yönlü koruma altına alınmış olan ve Anayasa ve iç hukuk ile de kısmen güvenceye bağlanan çok sayıda temel hak ve özgürlüğün, ağır, sistematik ve yaygın bir biçimde ihlaline yol açan OHAL ve OHAL kanun hükmünde kararnameleri (KHK) rejimi ve bunları temel alan uygulamalar haklı bir şekilde ciddi eleştirilere hedef oldu. Bu eleştirileri hiçbir şekilde dikkate almayan Hükümet ise, Meclis'in yasama yetkisini hukuka aykırı bir şekilde bloke ederek, baskıcı ve otoriter bir anlayışla haklara müdahalenin boyutunu, kapsamını ve yoğunluğunu her bir KHK ile daha da arttırarak sürdürdü.

Bu rejimin, sebeplerinin, etki ve sonuçlarının önümüzdeki dönemde detayları ile değerlendirileceği tartışmasız. Suç niteliğindeki hukuka aykırı uygulamalardan sorumluların yargılanması da kaçınılmaz. Söz konusu uygulamaların hukuka aykırılığını ortaya koyma çabasına katkı sunmak amacıyla bu makalenin konusunu KHK'ler ile yol açılan ağır hak ihlallerinin kanımızca en ciddilerinden olan avukat-müvekkil iletişimi üzerinden savunma hakkına dönük müdahaleler olarak belirledik.

Savunma hakkı bağlamında avukata erişim ve avukat ile gizli ve özgürce iletişim haklarına yönelik mevcut müdahalelerin bu hakkı ortadan kaldıran niteliği malum. Avukatın mesleğini yapamaz, müvekkillerini etkili bir biçimde temsil edemez hale getirilmesinin hukuk terminolojisinde adı kısıtlama, sınırlama ya da müdahale olabilir. Ancak mesleki deneyimlerimiz kapsamında biliyoruz ki asıl hedef savunma hakkını tamamen ortadan kaldırmak, avukatlık mesleğini ve savunmayı işlevsiz bırakmak olmakla bu uygulamalar esasen 'savunma yasağı' olarak değerlendirilebilir.

Savunma hakkı ile birlikte, çok sayıda temel hak ve özgürlüğün güvencesi olan avukata erişim ve avukat ile özgür iletişim hakkının bu yönü ile birlikte, hak ihlallerinin hukuka aykırılığına dair girişimlerin avukatlar kanalıyla başlatılarak yürütüleceği gerçeği karşısında anılan müdahalelerin OHAL KHK'leri rejimine karşı yürütülecek hukuk mücadelesini de hedef aldığı bir gerçek. Bu nedenle, KHK'lerin bu somut konu ile ilgili düzenlemelerinin hukuka aykırılığını ortaya koymanın, bu uygulamalara bir son verilmesi ve ileride benzer düzenlemelerin yapılmamasının sağlanması bakımından önemli olduğu kanaatindeyiz.

Her ne kadar KHK'ler aracılığıyla savunma hakkını ortadan kaldıran çok sayıda düzenleme yapılmış olsa da bu makalede; OHAL ilanı ile OHAL'e dayanılarak çıkartılan KHK'lerin hukuka aykırılığı üzerinden yalnızca 667 ve 676 sayılı KHK'ler ile cezaevinde avukat ve müvekkil iletişimine getirilen sınırlama ve yapılan müdahaleleri ve bu müdahalelerin Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ile güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkını, adil yargılanma hakkını ve bireysel başvuruda bulunma hakkını nasıl ihlal ettiğini İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararları ışığında anlatmaya çalışacağız.

### **Hukuksuz OHAL ve OHAL KHK'leri Rejimi**

Bilindiği üzere, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi sonrası 20 Temmuz 2016 tarihinde yapılan Milli Güvenlik Kurulu (MGK) ve Bakanlar Kurulu toplantılarının akabinde Resmi Gazete'de aynı gün yayınlanan karar ile Anayasa'nın 120. maddesi ve OHAL Kanunu'nun 3(b) maddesi kapsamında ülke genelinde OHAL ilan edildiği duyurulmuştur.

OHAL ilanı kararı verilmesine dair toplantı sonuçları Cumhurbaşkanı tarafından basına ve halka bildirilirken şu gerekçeler dile getirilmiştir:

*“MGK üyeleri olarak yaptığımız kapsamlı değerlendirme sonunda, **darbe girişiminde bulunan terör örgütünün tüm unsurlarıyla ve süratle bertaraf edilebilmesi için** ülkemizde Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca olağanüstü hal ilan edilmesini hükümete tavsiye etme kararı aldık... Bu uygulama kesinlikle, demokrasiye, hukuka ve özgürlüklere karşı değildir. Tam tersine bu değerleri koruma ve güçlendirme amacına yöneliktir.”*

OHAL, 11 Ekim 2016, 3 Ocak 2017, 18 Nisan 2017, 17 Temmuz 2017, 17 Ekim 2017 ve 17 Ocak 2018 tarihlerinde Bakanlar Kurulu kararıyla üçer ay süre ile uzatılmıştır.

Türkiye, OHAL ilanının akabinde Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler'in (BM) ilgili birimlerine İHAS ile BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS) kapsamındaki yükümlülüklerini askıya aldığı bildirimlerinde bulunmuştur. 20 Temmuz 2016 tarihli OHAL ilanından bu yana Bakanlar Kurulu tarafından çok sayıda OHAL KHK'si kabul edilmiştir.<sup>1</sup> Bu KHK'ler kapsamında gerek Anayasa gerekse de uluslararası hukuk ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin tamamı ağır bir biçimde sınırlandırılmış, bazı durumlarda haklar tamamen ortadan kaldırılmıştır. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK), Türk Ceza Kanunu (TCK), Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK) ve ilgili diğer mevzuat güvenceleri KHK hükümleri ile etkisiz bırakılmıştır. Otuz günlük polis gözaltı süresi<sup>2</sup>, beş günlük, fiilen çok daha uzun süre uygulanan avukat görüş yasakları<sup>3</sup>, işkence ve kötü muamelede artış, kamu görevlilerine getirilen cezasızlık koruma kalkını, yargısal başvuru mekanizmalarının kapatılması veya işlevsiz kılınması, on binlerce kamu görevlisinin görevden alınması, binlerce hakim ve savcının görevden alınarak tutuklanması, yüzlerce dernek ve medya kuruluşu ile çok sayıda üniversite ve vakfın kapatılması ve bunlar yapılırken yalnızca OHAL ilanı gerekçesi ile bağlı kalınmaması ve nihayetinde Anayasa'ya uygunluk denetimi sağlanmaksızın halen süren rejimde cezaevlerinde halihazırda on binlerce kişinin bulunması OHAL KHK'leriyle oluşturulan yeni rejimin insan haklarına yönelik en ağır saldırıları olarak öne çıkmıştır.

Kendi içinde ciddi sorunlar barındırsa dahi, en azından görünürde var olan demokratik parlamenter sisteme, hukuk devleti ilkesine ve temel hak ve özgürlüklere yönelik bu sistemli ve ağır saldırı belki de Cumhuriyet tarihinin en ağır hukuk devleti ve insan hakları krizinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

1 12 Ocak 2018 tarihi itibarıyla 667-697 sayılı KHK'ler çıkartılmıştır.

2 23 Ocak 2017 tarihinde yayımlanan 684 sayılı OHAL KHK'si ile bu süre '... yakalama anından itibaren yedi günü geçemez' şeklinde değiştirilmiş, Cumhuriyet Savcısı'na bu süreyi yedi gün daha uzatabilme yetkisi verilmiştir.

3 23 Ocak 2017 tarihinde yayımlanan 684 sayılı OHAL KHK'sinde bu düzenleme kaldırılmıştır. Ancak uygulamada gözaltı esnasında avukat müvekkil görüşmeleri fiilen engellenmektedir.

Bilindiği üzere, OHAL ilanının temel dayanağı 15 Temmuz 2016 darbe girişimidir ve darbe girişimini bertaraf etmek amacı kamuoyuna dek-lare edilen amaç olmuştur. Ancak uygulamada, aradan geçen çok uzun zamana ve darbe tehdidi ortadan kalkmış olmasına rağmen OHAL'in halen devam ediyor olması, OHAL ilanının esas amacı ve uzatılması işlemlerinin nedenini haklı bir biçimde sorgulatmaktadır.

İç hukuk düzenlemelerine bakıldığında KHK'lere dair düzenlemele-rin Anayasa'nın 121. maddesinin 3. fıkrasında ve Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İctüzüğünün 128. maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Anayasa'nın 121. maddesinin 3. fıkrasına göre OHAL süresince “*Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmi Gazete’de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İctüzükte belirlenir*”. OHAL Kanu-nu’nun 4. maddesi de bu düzenlemeyi tekrarlamaktadır.

Anayasa'nın 121. maddesinin atfı ışığında TBMM İctüzüğünün 128. maddesi uyarınca anayasal prosedüre göre çıkartılan KHKler ‘*ivedilikle en geç otuz gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. Komisyonlarda en geç yirmi gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan kanun hükmün-de kararnameler Meclis Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır.*’

Dolayısıyla iç hukuk uyarınca olağanüstü halin gerekli kıldığı konu-larda çıkarılan KHK'nin “*aynı gün*” TBMM Başkanlığı'na gönderilmesi, yirmi gün içinde ilgili komisyonlarda görüşülmesi ve toplam otuz gü-nün sonuna kadar da Meclis Genel Kurulu'nun onayına sunulup karara bağlanması gerekmektedir. Bir görüşe göre İctüzüğün 128. maddesinde öngörülen sürede görüşülüp onaylanmayan KHK'ler kendiliğinden yü-rürlükten kalkacaktır.<sup>4</sup> Dikkat çekilmelidir ki halihazırda, kabul edilen hiçbir OHAL KHK'si için bu Anayasal prosedür gereği gibi izlenmemiş-tir. Örneğin 23 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 667 sayılı KHK, 18 Ekim 2016 tarihinde Genel Kurul’da görüşülmüş,

4 Şen Ersan, *Kanun Hükmünde Kararnamenin Mecliste Görüşülmesi*, 10.08.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2069158-kanun-hukmunde-kararnamenin-mecliste-gorusulmesi> (Son erişim tarihi: 25.04.2018)

29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete'de kanun olarak yayımlanmıştır. 27 Temmuz 2016, 31 Temmuz 2016, 17 Ağustos 2016 ve 1 Eylül 2016 tarihlerinde Resmi Gazete'de yayımlanan 668, 669, 671 ve 674 sayılı KHK'ler, 8-9 ve 10 Kasım 2016 tarihlerinde Genel Kurul'da görüşülerek 24 Kasım 2016 tarihinde Resmi Gazete'de kanun olarak yayımlanmıştır.

Anayasa'da öngörülen hakların kısıtlanması rejimi de OHAL KHK'leri rejimi bakımından önemlidir. Anayasa'nın 13. maddesine göre; *“temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”*

Anayasa'nın 14. maddesine göre; *“Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.”*

Anayasa'nın 15. maddesine göre ise savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağüstü hal durumlarında uluslararası hukuk yükümlülükleri ihlal edilmemek kaydı ile ilgili halin zorunlu kıldığı ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen sınırlanabilir veya tamamen durdurulabilir. Bunlara dair anayasal güvenceye aykırı tedbirlere başvurulabilir.

Anayasa'nın 40. maddesine göre de kamu mercileri her türlü işlemlerinde işleme dair başvurulabilecek kanun yolları ve başvuru mercilerini ve süreleri göstermek yükümlülüğündedir. Açıktır ki Anayasa uyarınca devletin özellikle kişi hak ve özgürlüklerini ilgilendiren her türlü eylem ve işleme karşı bir yargı yolu bulunmalı, kişiler işlemin hukuka uygunluk denetimini, hukuka aykırı işlem halinde geri alınmasını ve zararlarının giderimini talep imkanına sahip olmalıdır.

Dolayısıyla Anayasa ve ilgili iç hukuk, hükümetlere OHAL sürecinde haklara müdahale konusunda sınırsız bir yetki vermemekte, tersine OHAL'i gerektiren nedenler ile sınırlı olmak üzere güçlendirilen yetkilerin sınırlarını net bir şekilde belirlemektedir. Buna göre;

- OHAL ilanını gerektiren koşullar net bir biçimde belirlenmekle, bu koşullar oluşmadan OHAL ilan edilemez,
- OHAL ilanında ve KHK süreçlerinde Anayasa net ve belirgin bir prosedür belirlemiştir ve bu prosedür takip edilmelidir,
- Müdahale edilemez haklar bakımından bu rejim ile sınırlama getirilemez,
- Diğer sınırlamalar olağanüstü halin gerektirdiği kadar, geçici ve ölçülü olmalıdır,
- OHAL Kanununa uygun hareket edilmelidir,
- OHAL KHK'leri ile uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı düzenlemeler getirilemez.<sup>5</sup>

Bu kapsamda, OHAL ilanı, süresinin uzatılması, KHK'ler yolu ile Anayasal sınırları açıkça aşan, öngörülen prosedürlere uyulmaksızın işletilen süreçlerdeki açık Anayasa'ya aykırılığa ve daha önceki içtihatlarına rağmen <sup>6</sup> Anayasa Mahkemesi (AYM), KHK'lere dair önüne gelen Anayasa'ya aykırılık davalarını reddetme yoluna gitmiştir. <sup>7</sup> Bununla birlikte İHAM, bu süreçlere dair kendi önüne gelen başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesi ile ret kararları vermiştir. <sup>8</sup>

Her ne kadar Hükümet, OHAL ilanı sonrasında İHAS'ın 15. ve BM MSHS'nin 4. maddeleri çerçevesinde Avrupa Konseyi ve BM Genel

5 Venedik Komisyonu'nun 667-676 sayılı OHAL KHK'leri Üzerine Görüşü, 12 Aralık 2016, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-e) (Son erişim tarihi: 25.04.2018)

6 Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesi ile "olağanüstü hallerde çıkarılan KHK'lerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı" düzenlenmiş ise de; Anayasa Mahkemesi'nin 10.01.1991 tarih ve 1990/25 Esas 1991/1 Karar sayılı kararı ile, OHAL kapsamında çıkartılan KHK'nin çeşitli hükümlerinin iptali için açılan davada, Anayasa'nın 121. maddesinin 3. fıkrasındaki amacın zorunlu veya gerekli kıldığından çok fazla sınırlamalar getirildiği, amaç ve sınırlama orantısının ortadan kaldırıldığı ve TBMM tarafından onaylanmadığı gerekçeleriyle, 09.05.1990 günlü, 424 sayılı OHAL KHK'sinin iptaline karar vermiştir. AYM bu karar ile olağanüstü halin gerekli kıldığı konular dışında, olağanüstü hale neden olan koşulları bertaraf edecek ölçüyü ve bu amaca hizmet etme niteliğini aşan düzenlemelerin, hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olduğuna hükmetmiştir.

7 Anayasa Mahkemesi, 2016/166 Esas, 2016/159 Karar sayılı ve 12.10.2016 tarihli karar ve 2016/167 Esas, 2016/160 Karar sayılı ve 12.10.2016 tarihli karar.

8 Mercan v. Türkiye, Başvuru no. 56511/16, Karar tarihi: 17.11.2016; Zihni v. Türkiye, Başvuru no. 59061/16, Karar tarihi: 08.12.2016, Köksal v. Türkiye, Başvuru no. 70478/16, Karar tarihi: 12.06.2017.

Sekreterlerine OHAL nedeni ile Sözleşmesel yükümlülüklerini askıya aldığına dair bildirimlerde bulunmuşsa da uluslararası hukukta bu bildirimlerin yani taraf devletin sözleşmesel yükümlülüklerinin istisnai durumun gerekleri çerçevesinde sınırlandırıldığının kabulü belirli koşullara tabidir. Bu koşullar şunlardır:

- Olağanüstü bir durumun söz konusu olması (savaş hali veya halin varlığını tehdit altına alan olağanüstü bir durum),
- Askıya almanın ilgili sözleşme ve iç hukuk ile belirlenen prosedüre uygun gerçekleştirilmesi,
- Sınırlamaların kapsam ve süresinin olağanüstü halin sıkı bir biçimde gerektirdiği ölçüde olması ve bu koşulların sözleşme mekanizmalarının (İHAM ve BM MSHS İnsan Hakları Komitesi) denetimi altında olması,
- Belirli hakların sınırlamaya konu edilemeyeceği,
- Askıya almanın ayrımcı ve devletin diğer uluslararası yükümlülüklerine aykırı olamayacağı,
- Sınırlamalardaki amacın, normal hale geçme ve bütün hak ve özgürlüklerin korunabileceği ortamın sağlanması dışına çıkamayacağı.

Avrupa Konseyi'nin danışma organı olan Venedik Komisyonu, 12 Aralık 2016 tarihli *"15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden sonra kabul edilen 667-676 sayılı olağanüstü hal kanun hükmünde kararname-leri"* başlıklı raporunda uygulanmakta olan OHAL ve KHK'ler rejiminin Anayasa'ya ve uluslararası insan hakları hukukuna aykırılığına dair önemli değerlendirmeler dile getirmiştir. Komisyon, raporunda, darbe girişimi sonrası OHAL ilanının koşullarının bulunduğunu kabul etmekle birlikte, OHAL süresinin uzatılması bakımından aynı sonuca ulaşmanın çok rahat olmadığı; OHAL ilanının temel gerekçesinin darbe girişimi ve FETÖ olarak adlandırılan organizasyonun bertaraf edilmesi olduğu gerçeği karşısında, bu kapsam dışında kalan önlemlerin hukuken sorunlu olduğu; KHK düzenlemelerinde Anayasa ve OHAL Kanunu kapsamında ciddi hukuka aykırılıklar bulunduğu görüşlerine yer vermiştir.

Komisyon'a göre KHK'lerin çıkartıldıktan sonra Meclis onayından geçmesi onları Anayasa ile öngörülen yasama faaliyeti çerçevesi içeri-

sine almaz ve sadece bu durum Anayasa'ya aykırılığı değiştirmeye yetmez. Komisyon, KHK'ler ile kalıcı hale getirilmeye çalışılan sınırlamaların demokrasi, hukuk devleti ve insan haklarına bir tehdit niteliğinde olduğunu ifade etmekte, Meclis denetiminin kaldırıldığı bir ortamda Anayasa yargısı denetiminin de ortadan kaldırılmasının hukuk devleti niteliğine zarar verdiği görüşüne yer vermektedir. Komisyon'a göre önceki tarihli AYM içtihadı da dikkate alınarak KHK'lerin özellikle Meclis onayından geçtikten sonra Anayasa yargısı denetimine tabi tutulması Anayasa'nın değiştirilmez ve sınırlandırılmaz maddeleri içerisinde yer alan hukuk devleti prensibinin bir zorunluluğudur.

Bilindiği üzere OHAL KHK'ler rejimi ile benimsenen bir diğer hukuka aykırı yöntem de, OHAL ilanını gerektiren konularla sınırlı olmak ve geçici tedbirleri içermek zorunda olan, KHK'ler yolu ile yasalarda değişiklik yapma 'girişimleridir'. Oysaki Anayasa ve uluslararası insan hakları hukuku kapsamında OHAL KHK'leri ile mevzuatta, genel nitelikli yasalarda kalıcı değişiklik yapılması mümkün değildir. Bu husus Venedik Komisyonu'nun anılan raporundaki son derece yerinde olan şu değerlendirmesi ile de desteklenmektedir:

*“KHK'ler (OHAL KHK'leri), yapısal nitelikte olduğu görülen ve kurumların konumları ve işleyişlerini veya normal hukuki süreçleri etkileyecek şekilde yürürlükteki mevzuat hükümlerine bazı değişiklikler içermektedir. Bazı KHK hükümleri geçici nitelikte iken, diğerleri yürürlükteki mevzuatı değiştirmektedir ve bu önlemlerin olağanüstü hal bittiğinde ortadan kalkacağına dair bir düzenleme içermemektedir. Böylelikle, otoriteler bu önlemleri yasalarda kalıcı olarak tutmayı amaçlamaktadır.*

*Venedik Komisyonu olağanüstü hal KHK'lerinin hukuki kurumlara, hukuki süreçlere ve mekanizmalara, özellikle de bu yetkinin Anayasa tarafından açık ve net terimler ile verilmediği hallerde kalıcı yapısal değişiklikler getirmemesi gerektiği yönündeki daha önceki tutumunu tekrarlar ....*

*Dabası, Venedik Komisyonu, olağanüstü hal KHK'lerinin Parlamento tarafından ex post onanması halinin dahi bu önlemlerin kalıcı halde meşrulaştırılması sonucu doğurmayacağı görüşündedir...”*

Komisyon, değerlendirmelerinin bir kısmını Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin olağanüstü hale dair memorandumuna dayandırmıştır.<sup>9</sup> BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Hakkı Özel Raportörü'nün de OHAL ilanı ve sonrasındaki uygulamalara dair detaylı bir gözlemi mevcuttur.<sup>10</sup> Aynı kapsamda çok sayıda sivil toplum kuruluşu da raporlarında bu uygulamaların temel hak ve özgürlükler sistemi ile bağdaşmayan yanlarını detaylandırmıştır.<sup>11</sup>

Bu kapsamda, mevcut OHAL ve OHAL KHK'leri rejiminin gerek iç hukukta gerekse de BM MSHS'nin 5. ve AİHS'nin 15. maddesi bağlamında gerekli koşulları taşımadığı, hukuki dayanaktan yoksun olduğu, bu nedenle Türkiye'nin Sözleşmesel yükümlülüklerinin Sözleşmelerin belirtilen maddeleri uygulanmaksızın halen devam ettiği uluslararası insan hakları hukuku kapsamında yaygın bir şekilde kabul gören bir görüştür.

### **OHAL KHK'leri Rejimi ile Cezaevlerinde Avukat-Müvekkil İlişkinine Getirilen Sınırlamalar**

OHAL KHK'leri rejimi ile ağır bir şekilde müdahalede bulunan temel hak ve özgürlükler arasında, şüpheli, sanık ve hükümlülerin temel haklarına müdahalelere karşı korunması için on yıllara dayalı hak mücadelesi ile elde edilen kazanımlar da bulunmaktadır. Maksimum gözaltı süresi, gözaltında iken avukat ve doktor ile görüşme hakkı, tutukluların cezaevinde avukatları ile görüşme haklarına ve savunma haklarına getirilen sınırlamalar bunlar arasında en önemlileridir.

23 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe giren ve 18 Ekim 2016 tarihinde kanunlaşan 667 sayılı OHAL KHK'sinin 6. maddesi uyarınca tutuklu ve hükümlülerin avukatları ile görüşmelerine kısıtlama getirilmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir:

9 Muiznieks Nils, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, 7 Ekim 2016, [https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=294553\\_6&SecMode=1&DocId=2388164&U-sage=2](https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=294553_6&SecMode=1&DocId=2388164&U-sage=2), para. 44.

10 <http://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20891&LangID=E>

11 İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün 24 Eylül 2016 tarihli "Açık Çek: Türkiye'de Darbe Girişimi Sonrası İşkenceye Karşı Koruma Tedbirlerinin Askıya Alınması" Başlıklı Açıklaması; Uluslararası Af Örgütü'nün 26 Ekim 2016 tarihli "Türkiye: İnsan Haklarını İhlal Eden OHAL KHK Hükümleri Kaldırılmalıdır" Başlıklı Açıklaması.

“Soruşturma ve kovuşturma işlemleri MADDE 6 – (1) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar; 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

(...)

d) Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin teblikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, **görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.** Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. **Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir.** Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.”

29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanan 676 sayılı OHAL KHK’sinin 6. maddesinde;

“Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile

*görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin teblikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.”* denilmektedir.<sup>12</sup>

KHK'ler rejimi öncesi iç hukuktaki yasal duruma bakıldığında CMK'nin 149. maddesi ile, soruşturma evresinin her aşamasında avukatın şüpheli ile görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkının engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı düzenlenmiştir. Yine CMK'nin 154. maddesine göre, şüpheli, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir ve müdafii ile şüphelinin yazışmaları denetime tabi tutulamaz. CGTİHK'nin 114. maddesinin 5. fıkrasına göre ise, tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.

Bilindiği üzere, avukat müvekkil görüşmeleri, belge alışverişi ve avukata erişim hakkına dair güvenceler şu temel amaçlara hizmet etmektedir:

- Özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında etkili itiraz hakkını kullanma,
- Adil yargılanma hakkı bağlamında savunma hakkı,
- Hak ihlallerine karşı iç hukuk ve uluslararası hukuk kurumlarına başvuru hakkı,

12 Söz konusu KHK'nin 6. maddesinin 11. fıkrasında tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hakiminin, kovuşturma aşamasında mahkemenin yetkili olacağı belirtilmektedir.

- Özgürlüğünden mahrum bırakılanların dış dünya ile bağını sağlamak,
- Devlet otoritesine karşı özgürlüğüne müdahale edilen birey lehine bir denge oluşturmak,
- Kişiyi işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve ceza başta olmak üzere maruz kalabileceği her türlü hak ihlaline karşı korumak.

Aşağıda 667 ve 676 sayılı OHAL KHK'lerine dayanılarak cezaevlerindeki kişilerin avukatları ile yaptıkları görüşmelerin sesli ve görüntülü olarak kayda alınmasının, cezaevi personeli tarafından izlenmesinin ve avukat ile müvekkil arasındaki belgelere el konulmasının bu amaçları nasıl ihlal ettiğini İHAM kararları doğrultusunda üç ana başlık altında anlatacağız.

### **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Bağlamında Avukata Erişim Hakkının ve İtiraz Etme Hakkının İhlali Bakımından:**

İHAS'ın 5. maddesi, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunu, Sözleşme ile belirlenen meşru haller dışında hiç kimsenin özgürlüğünden mahrum bırakılamayacağını ifade ettikten sonra 4. fıkra ile şu düzenlemeye yer vermektedir:

*“Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”*

İHAM'ın çeşitli kararlarında ifade ettiği üzere, uluslararası insan hakları hukuku uyarınca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının keyfi müdahalelerden korunması hukuk devleti ve hukuk güvenliği bakımından son derece önemlidir.<sup>13</sup> Bu nedenle özgürlük ve güvenlik hakkı sınırlandırılan kişinin bu müdahalenin hukuka uygunluğunun denetimini etkili bir biçimde talep edebilme hakkı Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası kapsamında özgürlük ve güvenlik hakkının etkili bir biçimde korunması için zorunludur. Yerleşik görüşe göre özgürlük ve güvenlik hakkının sınırlandırılmasının hukuki denetimini talep hakkı, beraberinde

<sup>13</sup> Winterwerp v. Hollanda, Başvuru no. 6301/73, Karar tarihi: 24.10.1979, para. 37.

adil yargılanma hakkında ifadesini bulan, silahların eşitliği ve çekişmeli yargı prensiplerini de içeren savunma hakkına benzer, prosedürel bir koruma sistemi getirmektedir.

İHAM'a göre özgürlük ve güvenlik hakkına karşı müdahalelere etkili itiraz hakkının kullanılabilmesi için avukata erişim bir zorunluluk olduğundan somut olayın koşulları bağlamında, avukata erişim hakkına dönük kısıtlamalar, etkili itiraz hakkına bir müdahale olarak değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla şüpheli ve sanığın avukata erişim ve avukat yardımından faydalanma hakkı prosedür içerisindeki önemi itibarıyla adil yargılanma hakkı ile ilgili olduğu gibi kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile de doğrudan ilgilidir.

Bu bağlamda avukata erişim hakkı, avukat-müvekkil ilişkisi ve iletişimi uluslararası insan hakları hukukunda önemli bir yere sahiptir ve bu nedenle konu hakkında önemli sayıda referans belge bulunmaktadır. İHAM'ın da ilgili çok sayıda içtihadında atıfta bulunduğu bir kısmına aşağıda yer verilen uluslararası belgeler ve düzenlemeler şu ilkeleri içermeleri bakımından yol göstericidir:

· Gözaltına alınan kişinin alınır alınmaz seçtiği yasal müdafinin veya kendisine ücretsiz hukuki yardımda bulunacak bir müdafinin hukuki yardımından yararlanması (Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallara İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararının 93. maddesi),

- Müdafii tarafından müvekkilin kolluk veya diğer devlet görevlileri tarafından dinlenemeyecek bir ortamda ziyaret edilmesi (Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallara İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararının 93. maddesi),
- Tutukluların tarafı buldukları hukuki süreçlere dair bir avukat ile iletişim ve kimsenin duyamayacağı bir ortamda danışması (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Önündeki Yargılama Sürecine Katılan Kişilere İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 2. paragrafının c bendi),
- Mahpuslara tanınan hukuki danışmanlık alma hakkının kullanımından cezaevi yetkililerince gerekli kolaylıkların sağlanması (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2006/2 Sayılı Kararının hukuki danışmanlığa dair 23. maddesi)

- Mahpuslar ve avukatları arasındaki hukuki konularda yapılan görüşme ve diğer iletişimin gizliliği (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2006/2 Sayılı Kararının hukuki danışmanlığa dair 23. maddesi),
- Mahpusların mahkeme işlemleri ile ilgili belgelere ulaşabilmesi ve bunları yanında bulundurabilmesi (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2006/2 Sayılı Kararının hukuki danışmanlığa dair 23. maddesi),
- Yargılaması devam eden mahpusların savunmalarını hazırlamaları ve yasal temsilcileri ile görüşmelerinde her türlü kolaylığın sağlanması (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2006/2 Sayılı Kararının hukuki danışmanlığa dair 98. maddesi).

Avukatların mesleki faaliyetlerine dair son derece önemli bir belge olan Birleşmiş Milletler Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler Belgesi (Havana Kuralları) da bu ilkeleri tekrarlar 8 ve 22 numaralı prensiplerinde şu düzenlemeleri içermektedir;

*“Gözaltına alınan veya hapsedilen herkesin, bir avukat tarafından vakit geçirilmeden ziyaret edilmesi, kesintisiz biçimde iletişim kurabilmesi ve sansüre uğramadan tam bir gizlilik içinde görüşebilmesi için yeterli imkanlar, zaman ve kolaylık sağlanır. Kanun adamları, görüşmeleri gözle izleyebilir fakat dinleyemez.”*

*“Hükümetler, avukatlar ile müvekkileri arasında mesleki ilişkiler kapsamındaki bütün haberleşme ve görüşmelerin gizli olduğunu kabul eder ve buna saygı gösterir.”*

BM MSHS İnsan Hakları Komitesi, 34 numaralı Genel Yorumunda, avukata, müvekkil görüşmesinin gizliliğine saygı duyulması gerektiğini, bunun şartlarının oluşturulması yükümlülüğünün devletlerde olduğunu, devletlerin bu görüşmeyi dayanaksız ve keyfi bir biçimde sınırlandıran veya geciktiren uygulanmalardan kaçınması gerektiğini ifade etmektedir.

İHAM pek çok kararında avukat müvekkil görüşmesi ve iletişimine dair sınırlamaları değerlendirirken yukarıda paylaşılan prensiplere ve belgelere atıfta bulunmuş ve iletişimin standartlarını bunlar ışığında belirlemiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası, ya-

kalanan veya tutuklanan kişiye, prosedüre veya müdahalenin koşulları çerçevesinde hukukiliğine dair bir süreç işletme hakkı tanımaktadır. Bu hak kullanılırken izlenecek prosedür çelişmeli yargı ve silahların eşitliği prensipleri ile uyumlu olmalıdır.<sup>14</sup> Boumar v. Belçika kararında, Mahkeme, avukatlık hizmetinden etkili bir biçimde yararlanmanın da bu kapsamda kaldığını hüküm altına almıştır. Mahkeme içtihadı kapsamında, Sözleşme ile güvence altına alınan etkili itiraz hakkının gereği olarak, ceza soruşturmasının yürütülmesi sırasında alınan önlemler, savunma hakkının ve tutuklamaya itiraz hakkının yeterince ve tam kullanılması zorunluluğu ile uyumlu olmalıdır. Mahkeme'nin defaten dile getirdiği üzere bu güvenceler teorik ve hayali değil, hakları etkili ve pratik kılabilecek şekilde yorumlanmalıdır. Ceza yargılamasında, silahların eşitliği ilkesi şüphelinin aleyhine, iddia makamının lehine bir hukuki durumun yaratılmamasını kapsar ve yargılamanın her aşamasında taraflar arasındaki dengenin korunması gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Mahkeme, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahaleye etkili itiraz hakkı bağlamında avukat-müvekkil iletişimine dair uluslararası standartları dikkate aldığı bir kararında, Moldova'da tutuklu bulunan başvuru- rucunun, avukatı ile tutukluluğuna dair süreci gizlilik koşulları içerisinde görüşemediği iddiasını değerlendirmiştir. Mahkeme, başvuru- rucunun avukatı ile camlı bir bölme ile ayrılan bir ortamda görüştürülmesi uygulamasının başvuru- rucunun avukatlık hizmetinden etkili bir biçimde yararlanma hakkına etkisi konusunda şu önemli yorumlarda bulunmuştur:

*“49. Bir avukatın müvekkilini etkili temsilinin anahtar unsurlarından biri, aralarındaki bilgi akışının gizliliği prensibinin korunmasıdır (...) Bu ayrıcalık müvekkil ve avukat arasında açık ve içten iletişimi teşvik eder. Mahkeme daha önce kişinin avukatı ile iletişiminin gizliliğinin Sözleşme ile savunma hakkının önemli bir güvencesi olarak korunduğunu hüküm altına aldığını hatırlar (...)*

*50. Gerçekten de eğer bir avukat müvekkili ile gözetim altında olmaksızın görüşemiyor ve ondan gizli taleplerini alamıyor ise sağladığı yardım faydalılığını büyük oranda kaybeder ki Sözleşme uygulanabilir ve etkili bakları korumak amacını taşır.”<sup>15</sup>*

14 Reinprecht v. Avusturya, Başvuru no. 67175/01, Karar tarihi: 15.11.2005.

15 Castravet v. Moldova, Başvuru No. 23393/05, Karar tarihi: 13.03.2007.

Mahkeme, kararında, avukat ve müvekkil arasındaki görüşmenin özgür bir tartışma ortamının gerektirdiği koşullarda gerçekleşmesi gerektiğini ifade etmiş ve bir camlı bölme ile ayırma halini hak ihlali olarak görerek, bunun kişide *görüşmenin izleniyor, dinleniyor veya kaydediliyor olması makul kaygısı doğurmasını dahi* tek başına Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasına aykırı bulmuştur. Mahkeme, cam bölme nedeni ile avukat müvekkil arasında evrak alış-verişinin mümkün olmamasını ve bu şartlar altında görüşmenin yalnızca başvurucuya özgü, kişisel bir değerlendirme olmamasını, aksine çok sayıda kişiye karşı uygulanan genel nitelikli bir pratik olmasını da hak ihlalinin başka bir boyutu olarak değerlendirmiştir.<sup>16</sup>

Bu kapsamda, cezaevlerinde avukat-müvekkil görüşmelerine dair KHK düzenlemeleri ve bu düzenlemeler kapsamındaki keyfi ve dayanaksız uygulamalar uluslararası belgeler ve İHAM içtihadı ile belirlenen standartlara ve koşullara açık aykırılık teşkil etmektedir. Tutukluların avukatı ile yaptığı görüşmelerin ses ve görüntülü kaydı, görüşmede bir görevli bulunması, avukat müvekkil arasında özgür ve gizli belge alış-verişinin engellenmesi yolu ile tutukluluğa ve devam eden tutukluluk haline etkili avukat desteği ile etkili itiraz edebilme hakkına ağır bir müdahale söz konusudur. Bu uygulamalar meşru bir amaca dayanmayan, hakkın *özünü ortadan kaldıran* niteliktedir. Makalenin yazarları, şu ana kadar karşılaştıkları hiçbir vakıada verilen kararlarda kişisel durumunun tartışılmasına, müdahalenin meşru şekilde gerekçelendirilmesine, delil ve somut olgulara dayalı bir karara rastlamamışlardır.

Dahası, ne KHK ne de yalnızca KHK hükmünün tekrarından ibaret, somut olarak hangi olguya, makul kaniya veya delile dayandırıldığı hiçbir şekilde izah edilmeyen, tamamen politik saiklerle, hiçbir dayanak veya gerekçe olmaksızın verilen kararlar son derece temel bir hakka yapılan bu ağır müdahale ile elde edilen kayıt ve belgelerin gizliliğinin ne şekilde korunacağına, dışarıdan müdahalelerin ne şekilde engelleneceğine ve korunmasında nasıl bir prosedür izleneceğine yer vermektedir.

Uygulamada, gerek OHAL öncesi gerekse sonrasında CMK ile dosyaya erişim hakkının basmakalıp ve dayanaksız bir şekilde, tamamen

16 Ayrıca bkz. Istratı ve diğerleri v. Moldova, Başvuru no. 8721/05, 8705/05 ve 8742/05, Karar tarihi: 27.03.2007.

keyfi kararlar ile sınırlandırılması yaygın şekilde görülmektedir. Dahası, bu kararın mevcudiyeti halinde dahi müvekkil ve avukatlarına verilmesi gereken, şüphelilerin katıldığı ya da katılabileceği muhakeme işlemlerine ilişkin tutanaklar ile, silahların eşitliği ilkesi gereği şüpheliden saklanmaması gereken tutuklama müzakereleri, bilirkişi raporları, hazır buldukları işlemlere ilişkin tutanaklar ile itirazı mümkün işlemlere ilişkin tutanaklar veya kararlar dahi şüpheli ve müdafisine verilmemektedir.

Soruşturma merciilerinin bu ve benzeri nitelikteki sistemli, kasıtlı bir biçimde keyfi ve hukuka açıkça aykırı uygulamaları ile silahların eşitliği ve çelişmeli yargı prensipleri, şüpheliler aleyhine, iddia makamı lehine ağır bir biçimde ihlal edilmektedir. OHAL öncesi mevcut kısıtlamalar ve OHAL sonrası şüphelilerin avukatları ile görüşmelerine ve özgür belge alışverişi hakkına yapılan dayanaksız müdahaleler, bir arada, özgürlük ve güvenlik haklarına müdahale edilenler açısından adeta 'savunma yasadık' niteliğinde bir durum ortaya çıkartmakta, müdahaleye etkili itiraz haklarını kullanmaları engellenmektedir.

### **Silahların Eşitliği İlkesinin ve Adil Yargılanma Hakkının İhlali Bakımından:**

İHAS'ın 6. maddesine göre:

*“1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. ...*

...

*3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:*

...

*(c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;”<sup>17</sup>*

17 BM MSHS'nin 14. maddesi de aynı doğrultuda güvencelere yer vermektedir.

Yukarıda yer verilen İHAS hükmü kapsamında suç isnat edilen kişinin bir müdafii yardımından yararlanmak sureti ile kendini savunma hakkı, susma hakkı, kendini suçlamama hakkı ve kötü muameleye karşı korunmanın en önemli güvencelerinden biridir ve bu nedenle Mahkeme önünde ayrı bir öneme sahiptir. Mahkeme, bu bağlamda, avukat ile temsil edilme hakkının önemine dair, sadece Türkiye’de değil tüm Avrupa’da ceza yargılaması prosedürünü değiştiren önemli bir içtihat dönüşümünün ilk adımı olan Salduz v. Türkiye kararında ortaya koymuştur.<sup>18</sup>

Mahkeme, kararlarında, 6. maddenin asıl amacı, ceza kovuşturması söz konusu olduğunda, “ceza yargılaması alanındaki suçlamalar” konusunda karar vermeye ehil bir “mahkeme” tarafından adil bir yargılama yapılmasını sağlamak olsa da, bunun 6. maddenin hazırlık soruşturmasına uygulanamayacağı anlamına gelmediğinin altını çizmektedir. Mahkeme, Sözleşme’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendindeki düzenleme içerisinde yer alan adaletin selameti kavramı gereği, kişilerin soruşturmanın başlangıç aşamalarından itibaren bir avukatın yardımından yararlanması gerektiği sonucuna varmaktadır. Mahkeme’ye göre, sözleşmeciler devletler tarafından soruşturma safhasında soruşturmanın ilk başında bir avukatın yardımından şüpheli veya sanığın mahrum bırakılmasının İHAS’ın 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendine etkisini davanın bütünü göz önüne alındığında adil yargılanma ilkesini ciddi şekilde yaralayıp yaralamadığının tespitine bağlı saymıştır. Böyle bir durumda adil bir yargılama olup olmadığının tespiti için de yargılamanın soruşturma ile birlikte bir bütün olarak ele alınması gerektiğini ayrıca belirtmiştir.<sup>19</sup>

Dolayısıyla, bir yargılamanın adilliğinin soruşturmanın ilk safhalarında 6. madde hükümlerine uygun hareket edilmemesi nedeniyle ciddi derecede zarara uğratılması söz konusuysa, 6. madde ve özellikle bu maddenin 3. fıkrası, yargılama öncesi durumlar için de geçerli olacaktır. İHAM’ın önceki kararlarında tespit ettiği üzere, İHAS’ın 6. maddesinin

18 Salduz v. Türkiye, Büyük Daire, Başvuru no. 36391/02, Karar tarihi: 27.11.2008. Altıparmak Kerem, *AİHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, Salduz v. Türkiye Kararının Uygulanması, İzleme Raporu No: 6*, Temmuz 2013, [http://www.aihmiz.org.tr/files/06\\_Salduz\\_Rapor\\_TR.pdf](http://www.aihmiz.org.tr/files/06_Salduz_Rapor_TR.pdf). (Son erişim tarihi: 25.04.2018)

19 Imbrosia v. İsviçre, Başvuru no. 13972/88, Karar tarihi: 24.11.1993, para. 37-38.

3. fıkrasının c bendinde belirtilen hak, 1. fıkrada yer alan ceza davalarında adil yargılanma kavramının unsurlarından birini teşkil etmektedir.

İHAM'a göre, ayrıca, bir suçla itham edilen herkesin, bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkı adil yargılanmanın temel özelliklerinden birisidir. Bununla birlikte, İHAS'ın 6. maddesinin 3. fıkrasının c bendi, bu hakkın uygulama şeklini belirtmez. Dolayısıyla, Sözleşme'ye taraf devletler, kendi adli sistemlerinde bu hakkın korunması şartıyla, istedikleri uygulama yolunu seçebilirler. İHAM'ın tek görevi, devletin seçtiği yöntemin adil yargılanmanın gerekleriyle uyumlu olup olmadığını belirlemektir. Mahkeme bu belirlemeyi yaparken, adil yargılanma hakkını ihlaline karar verilebilmesi için bu hakkın ihlali nedeniyle bir zararın oluşması şartını da aramamaktadır.<sup>20</sup> Bu bakımdan, İHAS'ın "*teorik veya hayali hakları değil uygulanabilir ve etkili hakları*" güvence altına almak amacı ışığında yalnızca avukat tayinini içeren prosedür, şüpheli veya sanığa yapılacak adli yardımın etkili olmasını garanti etmeyecektir.

Sözleşme'nin 6. maddesi, soruşturmanın ilk evrelerinden itibaren sanığın avukat yardımından yararlanmasına izin verilmesini öngörmektedir. Bu, sanığı makamların haksız uygulamalarından korumak amacıyla ve adil yargılanma kavramının özünü oluşturan, yukarıda da altı çizilen ilkeler ile genel olarak kabul edilen uluslararası insan hakları standartları ile de örtüşmektedir. Bu ilkeler, ayrıca, adli hataların önlenmesine ve sorgulamayı veya iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin sağlanması ilkesi başta olmak üzere 6. maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesine katkıda bulunmaktadır.

Bu bakımdan, İHAM, ceza yargılaması öncesi soruşturma evresinin öneminin altını çizmektedir. Çünkü, bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçeve kapsamında ele alınacağını belirlemektedir. Aynı zamanda, özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşaması söz konusu olduğunda ceza yargılamasına ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hale geldiğinden, sanık kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulur. Birçok durumda, bu savunmasızlık, görevi diğer hususlar meyanında sanığın kendini suçlamaya karşı koruma hakkının yerine getirilmesini

20 Artico v. İtalya, Başvuru no. 6694/74, Karar tarihi: 13.05.1980, para. 35.

sağlamak olan bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir. Bu hak esasen, iddia makamının, sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metotları ile elde edilen delilleri kullanmadan, iddialarını ispat etmeye çalışmasını öngörmektedir.

Mahkeme, bir kovuşturmanın kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediğini değerlendirirken soruşturmanın ilk aşamalarında avukat erişiminin sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadır. AİHM, bu bağlamda, tutuklunun avukat yardımı almasının kötü muameleye karşı temel bir koruma olduğunu vurgulayan İşkenceyi Önleme Komitesi'nin tavsiyelerini dikkate almaktadır. Nitekim İHAM, işkenceye uğradığını iddia eden başvurusunun on dört gün süren ve dış dünya ile tüm bağlantısının kesildiği, gözaltı sürecinde işkence iddialarını dile getirebilmesi, delil sunabilmesi ve şikayetçi olabilmesi bakımından avukata erişim hakkının hayati önemde olduğunu vurgulamıştır.<sup>21</sup>

Mahkeme'ye göre, ağır suçlamalar söz konusu olduğunda bu ilkelere özellikle uyulmalıdır. Nitekim yargılamanın hakkaniyeti, sanığın, danışma hususunda her türlü yardımı elde edebilmesini gerektirir. Bu bağlamda, yukarıda da belirtildiği üzere, davanın görüşülmesi, savunmanın hazırlanması, sanık lehine olan kanıtların araştırılması, sorguların hazırlanması, sıkıntılı durumda bulunan sanığın savunması ve tutukluluk koşullarının denetimi, avukatın özgürce yapabilmesi gereken savunmanın temel unsurlarındandır. Mahkeme, avukata erişimin sağlanmasına istisnai olarak zorunlu sebeplerle kısıtlama getirilmesi halinde dahi, gerekçesi ne olursa olsun, bu kısıtlamanın şüpheli veya sanığın 6. madde ile güvence altına alınan haklarına hâlel getirmemesi gerektiğini dile getirmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa'nın ve ilgili kanunların açık düzenlemelerine rağmen 667 ve 676 sayılı OHAL KHK'leri ile hukuka aykırı olarak avukat ile müvekkil arasındaki görüşmelere sınırlamalar getirilmiştir. KHK rejimine dair yukarıda yapılan değerlendirmeler saklı kalmak kaydı ile, söz konusu KHK hükümlerindeki koşullar bile uygulamada gözetilmemektedir. 667 ve 676 sayılı KHK'lere göre cezaevinde avukatın müvekkili ile yaptığı görüşmelerin teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi, tutuklu ile avukatın yaptığı görüş-

21 Aksoy v. Türkiye, başvuru no. 21987/93, Karar tarihi: 18.12.1996, para. 97.

meleri izlemek amacıyla görevlinin hazır bulundurulması, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örneklerine, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tutukları kayıtlara elkonulabilmesi veya görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi için:

- *Toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ve*
- *Terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı* koşullarından bahsetmektedir.

Ancak uygulamada KHK ile getirilen söz konusu sınırlamanın, kişiye özgü, somut delil ve dayanaklar gösterilerek yapılan gerçek ve samimi bir incelemeye dayalı olmak bir yana, genel olarak, ayırım gözetmeden, belirli bir grup tutuklu veya hükümlüye, mutlak ve keyfi bir şekilde uygulandığı görülmektedir. Darbe girişimi sonrası uygulamaların darbe ile ilgili soruşturma süreçlerini aştığı ve KHK rejimi ile getirilen sınırlamalar ve özelde avukat görüşmelerine ve dış dünya ile ilişkilere getirilen sınırlamalar yolu ile asıl amacın muhalefetin susturulması ve bastırılması olduğu savını destekleyici örnekler sayısızdır. Dayanaksız suçlamalar ile haksız şekilde tutuklanan politikacılara, gazetecilere, akademisyenlere, avukatlara, öğrencilere ve toplumsal muhalefetten diğer pek çok kişiye yöneltilen bu haksız suçlamaların türü baz alınarak bu kısıtlamalar bir bütün şeklinde dayatılmaktadır.

Oysaki Mahkeme'ye göre cezaevinde özel bir rejime maruz bırakılan kişilerin sadece işlemiş oldukları iddia edilen fiillerin soruşturma makamlarınca yapılan nitelendirmesi nedeniyle "tehlikeli" olarak tanımlanması hak ihlali niteliğindedir. Dolayısıyla yalnızca suçlamanın mahiyetinin bir sınırlandırma rejimi uygulanmasında tek başına yeterli olamayacağı açıktır.<sup>22</sup>

İHAM, Öcalan v. Türkiye kararında başvurunun avukatları ile haftada iki kez ve birer saatlik cezaevi personeli eşliğinde görüşme yapabilmesine ve bu görüşmeler sırasında belgelere el konulmasına

<sup>22</sup> Romaniuk v. Polonya, Başvuru no. 59285/12, Karar tarihi: 12.01.2016.

dair, avukat-müvekkil arasındaki ilişkiye müdahalelerde önlemin gerekçeli olması zorunluluğuna ve adil yargılama imkanının sağlanması zorunluluğuna işaret etmiştir.<sup>23</sup> Burada, başvuruçunun PKK gibi silahlı bir örgütün lideri olması, soruşturma veya yargılamanın on yıllardır süregelen silahlı çatışma haline olası etkileri ve durumun son derece istisnai mahiyeti dahi İHAM'ın avukat ile görüşme hakkına yaklaşımını değiştirmemiştir.

Uygulamada bir kişi hakkında, bir soruşturma kapsamında verilen kısıtlama kararı, bu kişi ile ilgili diğer soruşturmalara dair görüşmelere de uygulanmaktadır. Tutuklu milletvekilleri bakımından örneğin, haklarında onlarca fezleke, soruşturma ve dava bulunmakta, ancak bir soruşturma konusundaki kısıtlama kararı ile bütün bu süreçlere dair avukat görüşleri dinlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. 667 ve 676 sayılı OHAL KHK'lerinin ilgili düzenlemelerinde yer verilen kısıtlamalar 'veya' sözcüğü ile ayrılmakta ve '-bilir' denilmektedir. Buna rağmen bu kısıtlamalar cezaevi yönetimi, Savcılık ve Sulh Ceza Hakimliği tarafından, mutlak bir şekilde ve herhangi bir ayrıma gidilmeden uygulanmaktadır. Böylece tek bir soruşturma için verilen karar ile milletvekillerinin bütün dosyaları hakkında avukatlarıyla yaptığı bütün konuşmalar ve yasama faaliyetlerine yönelik öneri ve talimatları dinlenmekte, kaydedilmekte ve bu kapsamda hazırlanacak savunma belgelerine ve yazışmalara el konulmaktadır. Bu şekilde adil yargılanma hakkı kapsamında avukata erişim hakkı ile savunma hakkının özü ortadan kaldırılmaktadır.

Uluslararası insan hakları hukuku ilkeleri uyarınca, yalnızca OHAL ilan edilmiş olması ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne İHAS'ın 15. maddesi uyarınca "*temel hak ve özgürlüklerin askıya alındığı*" yönünde bir bildirimde bulunmuş olması, adil yargılanma hakkının sınırsızca ihlal edilebileceği anlamına gelmemektedir. Zira yukarıda da değinildiği üzere İHAS'ın "*Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma*" başlıklı 15. maddesindeki koşulların oluşması halinde bile doktrinde '*sert çekirdekli haklar*' olarak tanımlanan yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, adil yargılanma hakkı ve ölüm cezası yasağı ihlal edilemez.

İHAM, bu doğrultuda İHAS'ın 15. maddesi kapsamında hak ve özgürlüklerin askıya alındığı yönünde bildirimde bulunulan Birleşik

23 Abdullah Öcalan v. Türkiye, Başvuru no. 46221/99, Karar tarihi: 12.05.2005.

Krallık'ta "terörist fiillerin işlenmesi hakkında bilgi toplama faaliyetini zorlaştıracığı ve bu tür fiilleri önlemeyi güçleştireceği" gerekçesiyle gözaltında avukata erişimin 48 saat sınırlandırılmasını<sup>24</sup>, müdafii olmadan yapacağı savunmanın hatalı ve aleyhine olabileceği gerekçesiyle<sup>25</sup> avukata erişim hakkının ihlali olarak görmüştür.

İHAM'a göre, şüphelilerin veya sanıkların, üçüncü bir kişi tarafından duyulmadan avukatları ile iletişim kurma hakları, adil yargılamanın temel unsurlarından biridir ve avukatın, müvekkili ile uygun şartlarda görüşmemesi ve müvekkilinden gizli talimatlar alamaması durumunda bu hak etkili bir şekilde kullanamayacak ve müvekkil, avukatın sağlayabileceği destekten yararlanamayacaktır.<sup>26</sup>

Bu durum, iddia ve savunma arasındaki eşitliği de ortadan kaldırmaktadır. Zira adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan silahların eşitliği ilkesi uyarınca, taraflardan her birine kendisini, muhalifine karşı avantajsız duruma düşürmeyecek olan koşullar altında davasını takdim etme olanağı verilmesi gerekmektedir. Mahpuslar, özellikle kendisinin ve avukatlarının yeterli süreyle özel olarak görüşmelerini, dava dosyasına etkin bir biçimde ulaşmalarını ve savunmalarını güvenli bir ortamda hazırlamalarını engelleyen zorluklar nedeniyle, savunmalarını hazırlarken iddia makamı ile aynı koşullardan yararlanamamaktadır. Müvekkillerin avukatlarına veya avukatların müvekkillerine verdikleri belgeler, taraflardan önce görüşme sırasında hazır bekleyen cezaevi personelinin, daha sonra cezaevi komisyonunun ve son olarak da İnfaz Hakimliği'nin eline geçmektedir. Bu belgelerin soruşturma savcılıklarına da iletildikleri düşünülmektedir. Bu şekilde, müvekkillerin avukatları ile arasında geçen veya geçecek olan delillere, savunma taktiklerine, soruşturmalara ve uluslararası hukuk yollarına dair atılacak adımlara ilişkin görüşmeler savcılık, cezaevi ve devlet yetkilileri ve hakimliklerin inceleme, denetim ve kullanımına açık hale getirilmektedir ki bu silahların eşitliği prensibinin ihlali mahiyetindedir.

İHAM, Abdullah Öcalan'ın avukatları ile yaptığı görüşmeler sırasında odada güvenlik güçlerinin ve bir hakimin hazır bulunmasının, görüş-

24 John Murray v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 18731/91, Karar tarihi: 08.02.1996, para. 70.

25 Magee v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 28135/95, Karar tarihi: 06.06.2000, para. 41 ve Brennan v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 39846/98, Karar tarihi: 16.10.2001, para. 45-48.

26 S. v. İsviçre, Başvuru no. 12629/87, Karar tarihi: 28.11.1991, para. 46.

melerin onların gözetim ve duyumu altında gerçekleştirilmesinin ve ziyaret kayıtlarının daha sonra Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmesinin, avukat-müvekkil arasındaki görüşmelerinin kaydedilmesinin adil yargılanma hakkı bağlamında savunma hakkının ihlali mahiyetinde olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre bu kısıtlamanın kaçınılmaz bir sonucu olarak Öcalan ile avukatlarının açık bir şekilde konuşması ve savunmasının hazırlanmasında önem arz edebilecek sorular sormasının/cevaplar alması engellenmiştir.

Öcalan kararı kapsamında, toplum bakımından herhangi bir tehlike arz etmeyen, kendisine ya da avukatlarına zarar verebileceğine dair somut en ufak bir delil/emare olmayan kişilerin cezaevi personeli denetiminde avukatları ile görüşmeye zorlanmasının meşru bir gerekçesi olduğundan bahsedilemez. Görüşmelerin, İHAM'ın da belirttiği şekilde ve tıpkı diğer suç tiplerinde uygulandığı gibi, görüş kabinlerinin dışında oturan ve görüşmeyi izleme (dinleme değil) imkanı olan cezaevi personeliyle gerçekleştirilebilme imkanı varken cezaevi personeli eşliğinde gerçekleştirilmesi, sesli ve görüntülü olarak kaydedilmesi ve belgelerin önce Cezaevi idaresi sonra İnfaz Hakimliği'ne gönderilmesi avukat-müvekkil iletişiminin gizliliğini ihlal etmektedir.

### **Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Hak Arama ile Bireysel Başvuruda Bulunma Hakkının İhlali Bakımından:**

İHAS'ın 34. maddesi uyarınca;

*“Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”*

İHAM, başvurucuların ve içinde buldukları durumun özel şartlarını da dikkate alarak, başvurucuların ya da potansiyel başvurucuların ve avukatların başvurularını yapmamaları, başvurularını çekmeleri ya da değiştirmeleri yönünde yetkililerin baskısına maruz kalmadan Mahkeme ile iletişime geçebilmelerini, bireysel başvuru sisteminin etkinliği

için hayati önemde görmektedir.<sup>27</sup> Mahkeme için bu baskı yalnızca başvuruçulara, ailelerine ya da avukatlarına yönelik aleni gözdağı değil, aynı zamanda onları hak aramaktan vazgeçirecek ya da bu süreçte yıldırarak her türlü eylemi ifade eder.

İHAM bu bağlamda daha önceki içtihatlarında başvuruçuların davalarıyla ilgili belge, mektup ve yazışmalarına cezaevi yönetimi ve savcılık gibi devlet görevlileri tarafından okunarak, geçici süreyle de olsa, el konulmasını bireysel başvuru hakkının ihlali olarak kabul etmiştir.<sup>28</sup>

Mahkeme'ye göre tutuklu başvuruçuyu ile avukatı arasında, başvuruya ilişkin yürütülen yazışmaların gizliliği ayrı bir öneme sahiptir, çünkü, bu yazışmaların cezaevi yönetimi ya da savcılık tarafından okunması, devletin bu başvurular hakkında önceden bilgi sahibi olması anlamına gelmektedir. Bu da hiç şüphesiz, başvuruçunun devlet aleyhine yapacağı başvurulara karşı bir baskıyla karşı karşıya kalması riskini doğurmaktadır.

Mahkeme bu baskıyı yalnızca doğrudan zor kullanmaya ve aleni gözdağı vermeye yönelik eylemler olarak değil, aynı zamanda, başvuruçuyu Sözleşme ile tanınan hak arama yollarını kullanmaktan vazgeçirecek ya da kullanma konusunda cesaretini kırarak her türlü uygunsuz dolaylı eylem ya da temas olarak tanımlamaktadır.<sup>29</sup>

Mahkeme, avukatına yazdığı mektubun cezaevi yönetimi tarafından okunduğu ve 'görüldü' mührünün basıldığı başvuruda, cezaevi yönetiminin avukat ile tutuklu müvekkili arasındaki yazışmaları okumasının avukat – müvekkil gizliliğine aykırı olduğunu, Türkiye'de, özellikle örgüt üyeliği ile bağlantılı suçlardan tutuklu olan kişiler bakımından, tutukluların avukatları ile olan yazışmalarının cezaevi yönetimi tarafından sistematik olarak izlenmesine izin veren iç hukuk düzenlemelerinin yeterli ve gerekli güvenceleri taşımadığını belirterek İHAS'ın 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>30</sup>

27 Akdivar ve Diğerleri v. Türkiye, Başvuru no. 21893/93, Karar tarihi: 16.09.1996, para. 105; Kurt v. Türkiye, Başvuru no. 24276/94, Karar tarihi: 25.05.1998, para. 160.

28 Klyakhin v. Rusya, Başvuru no. 46082/99, Karar tarihi: 30.11.2004; Fetisov ve Diğerleri v. Rusya, Başvuru no. 43710/07, Karar tarihi: 17.01.2012; Kopanitsyn v. Rusya, Başvuru no. 43231/04, Karar tarihi: 12.03.2015; Zolotarev v. Rusya, Başvuru no. 43083/06, Karar tarihi: 15.11.2016.

29 Klyhasin v. Rusya, para. 119; Kopanitsyn v. Rusya, para. 41; Ferisov ve Diğerleri v. Rusya, para. 142.

30 Eylem Kaya v. Türkiye, Başvuru no. 26623/07, 13.12.2016.

İHAM, başvuruçunun Mahkeme'ye yazdığı mektubun cezaevi tarafından Savcılığa gönderilmesini ve Savcının başvuruçuya “*başvurunun temelsiz olduğu ve iç hukuk yollarını tüketmediği için kabul edilemez bulunacağı*” yönünde bir değerlendirmede bulunmasını, başvuruçuyu başvuru yapmaktan vazgeçirecek caydırıcı bir etkiye sahip olduğu gerekçesiyle İHAS'ın 34. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>31</sup> Yine İHAM, başvuruçunun İHAM'a yapacağı başvuruya ilişkin Mahkeme yazı işleri ile yaptığı yazışmaların cezaevi yönetimi tarafından açılıp okunmasını, bu nedenle yazışmalarda bir gecikme meydana gelmesini 34. maddeye aykırı bulurken, ilgili yazışmaların yetkililer tarafından okunmasının başvurunun içeriğine aşına olacaklarından, böylece başvurunun yapılması yönünde ya da yapılması durumunda gerekli adım ve önlemler alabileceklerinden endişe ettiğinin altını çizmiştir.<sup>32</sup>

Yukarıda da yer verildiği üzere, tutukluların avukatları ile yaptıkları görüşmelerin teknik cihazlarla kaydedilmesi ve bilgi ve belgelere devlet tarafından el konulması, devletin, sebep olduğu hak ihlallerine karşı başlatılacak ya da sürdürülecek hukuki ve siyasi yollar hakkında önceden bilgi sahibi olmasına ve bu yollara müdahale edebilmesine imkan yaratmaktadır.

Uygulamada avukatlar, görüşme sırasında sesli ve görüntülü kayıt alınacağını, cezaevi personelinin hazır bulunacağını ve belge ve yazışmalara el konulacağını ifade eden matbu bir metin imzalamak zorunda bırakılmaktadır. Bu metin imzalanmadan görüşme gerçekleştirilememektedir. Müvekkilleri ile görüşmek üzere görüş kabineye girildiği an bir cezaevi personeli, avukatların yanına oturup, ses kayıt cihazını açıp not almaya başlamaktadır. Görüşmeler sırasında müvekkillere dair yapılan ya da yapılacak olan ulusal ve uluslararası başvuruların cezaevi personeli tarafından özellikle not alındığı iletilmektedir. Bazı cezaevlerinde İHAM yetki belgelerine dahi el konulduğu görülmektedir.<sup>33</sup>

31 Kopanitsyn v. Rusya, para. 42-43.

32 Zolotarev v. Rusya, para. 57.

33 Yine tutukluların uluslararası insan hakları denetim mekanizmalarına yaptıkları başvurular, bunlarla yazışmaları da engellenmektedir. Bu kapsamda, örneğin, tutuklu milletvekili ve Halkların Demokratik Partisi eş genel başkanı Selahattin Demirtaş'ın Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Thorbjørn Jagland ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muiznieks'e gönderilmek üzere avukatına elden iletmek istediği mektuplara el konulmuştur. Gerekçe olarak da “... Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşürebilecek, kişi ve kuruluşları paniğe yöneltebilecek yalan yanlış bilgilere yer verilmesinden” bahsedilmiştir.

Bütün bu açıklamalar ve uygulama örnekleri göstermektedir ki, özgürlük ve güvenlik hakkına müdahale edilenlerin dış dünya ile bağları kopartılmaya çalışılmakta, kişilerin hak ihlallerine karşı etkin avukat yardımından yararlanmaları engellenmek istenmekte, bu yolla da gerek iç hukuk gerekse de uluslararası hukukta mevcut denetim mekanizmalarına erişim imkanı ortadan kaldırılmaktadır.

Hak arama özgürlüğüne dönük müdahaleler yalnızca bununla da sınırlı kalmamaktadır. Mesleki faaliyetleri nedeniyle avukatlara yöneltilen müdahaleler yolu ile avukatlar üzerinde ayrıca bir baskı oluşturulmaktadır.

Avukatlar aleyhine gittikçe ağırlaşan ve hukuk camiası, büyük barolar ve Barolar Birliği'nin sessizliği ile birlikte önü alınamaz hale gelen avukatlara karşı uygulamalar konusunda çok sayıda ciddi örnek bulunmaktadır. Avukatın müvekkili ile tanımlanması yasağı olarak bilinen ve uluslararası hukuk ile genel kabul gören ilke ülkede kesinlikle geçerliliği olmayan bir ilke halini almıştır. Onlarca avukata yönelik dahil oldukları davalar, temsil ettikleri müvekkiller ve en temel hali ile mesleki faaliyetleri nedeniyle açılan soruşturmalar, davalar, tutuklamalar bu uygulamaların en önemli örnekleridir.

Ülkede insan hakları konusunda Gezi parkı ve Kobane protestoları ile başlayan, Haziran 2015 seçimleri sonrası barış sürecinin bitirilmesi, sokağa çıkma yasakları ve darbe girişimi sonrası OHAL uygulaması ile gittikçe ağırlaşan ve derinleşen tablo karşısında hak arama özgürlüğünün ve Sözleşme'nin 34. maddesini sağladığı korumanın önemi çok daha artmaktadır. İnsan hakları hukuku konusunda çalışan insan hakları savunucularının hedef gösterilmesi, avukatlara yöneltilen hukuka aykırı soruşturma ve kovuşturmalar, tamamıyla müvekkil temsili niteliğindeki faaliyetlerin suç haline dönüştürülme çabası ve hak örgütlerinin yine OHAL KHK'leri ile keyfi olarak kapatılması bir arada değerlendirildiğinde tablonun ağırlığı daha da belirginleşmektedir. Mahpuslar ve onlar adına başvurular yapan avukatlar, hak arama yollarını kullandıkları için devamlı olarak soruşturma, kovuşturma, tutuklama ve hatta ölüm tehditlerinin hedefi haline gelmektedir. Bu durumun kişilerin hak arama özgürlüğüne, avukatla temsil edilme hakkına ve savunma hakkına ağır bir müdahale teşkil ettiği açıktır.

## Sonuç Yerine

OHAL KHK'leri rejimi ile birlikte, Türkiye'de avukatlık mesleğini meslek vakarına uygun bir şekilde gereği gibi ifa etmek, müvekkilini olması gerektiği gibi etkili bir biçimde temsil etmek gittikçe zorlaşan bir hal almıştır. Temsil ettikleri müvekkiller, takip ettikleri davalar, insan hakları hukuku alanındaki çalışmaları ve politik görüşleri nedeniyle avukatlara yönelik sürdürüle gelen hedef gösterme kampanyaları her geçen gün daha da belirginleşmiştir. Halihazırda cezaevlerinde tutuklu yüzlerce avukatın bulunduğu belirtilmektedir. Üstelik uzun yıllardan bu yana süregelen bu uygulamalara karşı meslektaşlarının yanında yer alması gereken hukuk kurumları ve barolar son derece hareketsiz ve sessiz kalmaktadır.

Bir yandan bu hukuka aykırı pratikler ile mücadele eden avukatlar, bir yandan da Devlet eli ile müvekkillerinin temel hak ve özgürlüklerini savunmada etkisizleştirilmeye çalışılmaktadır. 667 ve 676 sayılı OHAL KHK'leri ile avukatların belirli suçlar ile itham edilen cezaevindeki müvekkilleriyle görüşmeleri ağır bir biçimde sınırlandırılmıştır. Görüşmeler, cezaevi yönetimi ve personeli aracılığıyla Devlet tarafından izlenmekte, dinlenmekte ve kayıt altına alınmaktadır. Avukat ve müvekkil arasında özgür ve gizli belge alışverişinde bulunmak veya yazışmak mümkün değildir.

Bu şekilde müvekkil ve avukatların, mahpusa yöneltmiş suçlamalara karşı savcılığın ve diğer yetkililerin bilgisi olmadan ve müdahale kaygısı yaşanmadan bir savunma stratejisi belirlemesi, müvekkil lehine delilleri tespit edebilmesi ve bunlara dair serbest bir tartışma yürütülmesi, bilgi alışverişinde bulunulması, lehe veya aleyhe durumların belirlenmesi, varsa tanık beyanları veya muhtemel tanıklar hakkında konuşulması, talimat alınması, karşı delillerin tespiti ve toplanması için gerekli adımların atılması gibi son derece önemli konularda, dinlenme, izlenme, kayıt ve fiili engelleme nedeni ile etkili avukat yardımı alma hakkı ve savunma hakkı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Aralarında cezaevlerindeki hak ihlallerine, başvurulabilecek uluslararası hukuk yollarına veya diğer mevcut hak arama yöntemlerine dair sebest ve çekincesiz tartışma ve konuşma olanağı yoktur.

Anlaşılmaktadır ki bütün bu hukuka aykırılıklar savunmanın işlevsiz bırakılması amacını taşımaktadır. Bu şekilde ağır hak ihlallerine karşı yürütülmekte olan mücadele bastırılmak ve iç hukukta ve uluslararası alanda mevcut hak arama yollarının kullanılması engellenmek istenmektedir.

Uluslararası hukuk kapsamında bu sınırlamaların ve engellemelerin özgürlük ve güvenlik hakkı, adil yargılanma hakkı ve hak arama hürriyeti bakımından hukuka aykırılıkları AİHM içtihadı ışığında tartışmasıdır. Temel hak ve özgürlüklere yöneltilen bu müdahaleler, kanunilik, gerekçelilik, demokratik bir toplumda gereklilik ve ölçülülük koşullarını taşımamaktadır. Belirli bir suç tipi ile itham edilen tutukluların istisnasız bütün görüşmelerinin kayıt altına alınması, istisnasız bütün görüşmelerin bir cezaevi görevlisinin görüşmeyi dinlediği, izlediği, not aldığı ve görüşmelere müdahale ettiği bir ortamda yapılması, istisnasız bütün evraklara el konulması şeklindeki uygulamada, ölçülülük, müdahalede kademelilik ve en ağır müdahalenin en son çare olması koşullarının tamamen göz ardı edildiği açıktır.

Yine Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı olarak ilan edilen ve uzatılan OHAL'e dayanılarak anayasal prosedür izlenmeksizin, Anayasa'nın belirlediği koşullar hiçbir şekilde taşınmaksızın çıkartılan KHK'lerin dayanaksızlığı izahtan varestedir.

Mevcut durumun ciddiyeti karşısında, avukatların, hukuk kurumlarının ve özellikle baroların hak ihlallerinin kaydı, tespiti ve sonlandırılması ile tekrarının önlenmesi için bir araya gelmesi ve mesleğe ve savunma hakkına son derece ağır zararlar veren bu uygulamaların son bulması için hukuk mücadelesi ile birlikte diğer barışçıl mücadele yöntemleri geliştirmesi gerekir. Aksi takdirde, savunma, yılların mücadelesine dayalı kazanımlarını kaybetmeye devam edecek, mesleğe ve savunma hakkına verilen zarar geri dönüşü olmayan bir hal alacaktır.

## KAYNAKÇA

- Ersan Şen, Kanun Hükmünde Kararnamenin Mecliste Görüşülmesi, 10.08.2016 <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2069158-kanun-hukmunde-kararnamenin-mecliste-gorusulmesi>
- İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün 24 Eylül 2016 tarihli "Açık Çek: Türkiye'de Darbe Girişimi Sonrası İşkenceye Karşı Koruma Tedbirlerinin Askıya Alınması" Başlıklı Açıklaması.
- Kerem Altıparmak, AIHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, Salduz v. Türkiye Kararının Uygulanması, İzleme Raporu No: 6, Temmuz 2013, [http://www.aihmiz.org.tr/files/06\\_Salduz\\_Rapor\\_TR.pdf](http://www.aihmiz.org.tr/files/06_Salduz_Rapor_TR.pdf).
- Nils Muiznieks, Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, 7 Ekim 2016, <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.Cmd.BlobGet&InstranetImage=2945536&SecMode=1&DocId=2388164&Usage=2>, para. 44.
- Preliminary conclusions and observations by the UN Special Rapporteur on the right to freedom of opinion and expression to his visit to Turkey, 14-18 Kasım 2016 <http://ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20891&LangID=E>
- Uluslararası Af Örgütü'nün 26 Ekim 2016 tarihli "Türkiye: İnsan Haklarını İhlal Eden OHAL KHK Hükümleri Kaldırılmalıdır" Başlıklı Açıklaması.
- Venedik Komisyonu'nun 667-676 sayılı OHAL KHK'leri Üzerine Görüşü, 12 Aralık 2016, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-e)

## OLAĞANÜSTÜ HAL HUKUKUNDA MÜEBBET KAMU GÖREVİNDEN İHRAÇ YAPTIRIMININ CEZAI NİTELİĞİ\*

**Dr. Öznur Sevdiren\*\***

### ÖZET

15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen Olağanüstü Hal'den sonra yayımlanan KHK'lerin ortak özelliklerinden biri, her KHK'de kamu görevinden çıkarılan kişilerin listeler halinde belirtilmesidir. Niteliği ve uygulaması itibarıyla, ihraç yaptırımı suç ve cezada kanunilik ilkesi başta olmak üzere, masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, düşünce ve kanaat sahibi olma, ifade özgürlüğü, maddi ve manevi varlığını geliştirme, çalışma ve sosyal güvenlik hakkı, seyahat özgürlüğü gibi pek çok kategori ile çatışma halindedir. Bu çalışma, 1982 Anayasası'nın ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hak ve özgürlükleri ile ilgili uluslararası sözleşmelerin belirlediği olağanüstü hale ilişkin asgari çerçeve gözetildiğinde dahi bu tedbirin pek çok yönüyle bu çerçeve ile uyumlu olmadığını ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu amaçla, Anayasa Mahkemesi'nin (önceki) içtihadı, AİHM'nin konu ile ilgili içtihadı ve İnsan Hakları Komitesi'nin olağanüstü hal rejimine ilişkin 29 no'lu Genel Yorumu değerlendirilecektir. Bu çalışma, olağanüstü hallerle ilişkin iç hukuk ve uluslararası sözleşmelerce öngörülen minimum standartlar dikkate alındığında kamu görevinden ihraç yaptırımının, yükümlülüklerinin azaltılması mümkün olmayan pek çok hakkın özüne dokunduğu hususunu tartışmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan, ihraç yaptırımı özellikle kanunilik çerçevesinde ele alınacaktır. Zira, bu çalışmada, ihraç yaptırımının doğası gereği bir ceza hukuku aracı olduğu ve geriye dönük bir biçimde ve adil yargılanma hakkı güvencelerine yer verilmeksizin uygulanmasının Anayasa'nın olağanüstü hallerle ilişkin 15. maddesi ile Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerin ilgili hükümlerinin ihlali anlamına geldiği savunulmaktadır.

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 29/05/2018. İlk hakem raporu tarihi: 02/07/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 18/07/2018.

\*\* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, oznur.sevdiren@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0952-7741.

**Anahtar Kelimeler:** Kamu Görevinden İhraç, Belirli Hakları Kullanmaktan Mahrum Bırakma (TCK m. 53), Olağanüstü Hal, Kanunilik Prensibi, Adil Yargılanma Hakkı

## THE PENAL NATURE OF LIFELONG DISMISSAL FROM PUBLIC SERVICE UNDER EMERGENCY LAW

### ABSTRACT

One of the common characteristics of emergency decrees issued in the aftermath of the failed coup attempt on 15<sup>th</sup> July 2016 is the inclusion of a list of individuals to be dismissed from public-service sector. Due to its very nature and practice, dismissal of public servants is incompatible with a number of rights and freedoms including the legality principle, presumption of innocence, the right to fair trial, freedom of thought, freedom of expression, developing one's physical and mental integrity, the right to work and social security, freedom of movement. Taking the minimum standards in emergency situations enshrined in 1982 Constitution and those international conventions on fundamental rights and freedom that Turkey is a party, this study aims to demonstrate that the dismissal sanction in many respects constitutes a breach of such legal framework. In so doing, the case law of the Turkish Constitutional Court and the ECHR and the statements and No 29 General Comment of the BM Human Rights Committee is considered. By reviewing both domestic and supra national legal instruments, it is argued that even in minimum standards is taking into account, the dismissal of public servants involves those non derogable rights under emergency situation. Thereby, a particular consideration is given the legality principle and its outcomes. In this study, it is argued that the sanction of dismissal is *per se* a criminal law measure and its application retrospectively and without providing fair trial guarantees violates Article 15 of the Turkish Constitution regulating emergency situations and the related provisions of international conventions Turkey is party.

**Keywords:** Dismissal of Public Servants from Office, depriving of exercising certain rights (TPC Art. 53), emergency law, legality principle, fair trial.

## 1. Giriş

15 Temmuz 2016 darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal çerçevesinde yayımlanan bir dizi Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) ortak özelliklerinden biri, bu KHK'lerin tamamında kamu görevlilerine ilişkin tedbirler başlığı altında, kamu görevlilerin listeler halinde ihracını düzenleyen bir hüküm içermeleridir. İnsan Hakları Ortak Platformu'nun (İHOP) Mart 2018 tarihli raporuna göre, OHAL döneminde yayımlanan KHK'ler ile toplam 116.512 kamu görevlisi, bir daha kamu görevinde yer almamak üzere ihraç edilmiştir.<sup>1</sup> İhraç edilenlerin ise ancak çok küçük bir bölümü görevine yine KHK'ler ile iade edilmiştir. Söz konusu rapor, bu tedbirlerin yalnızca aktif çalışma hayatında olanlarla sınırlı olmadığını, emekli olanlara yönelik de bu tedbirlerin uygulandığını tespit etmektedir. Benzer bir uygulamanın Türkiye'nin yakın tarihinde bir diğer örneği 12 Eylül 1980 darbesinin ardından 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na dayanarak kamu görevlilerinin görevlerinden çıkarılmasıdır. Ancak, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun da gerisinde bir 'hukuksal rejimi haiz' olan bu tedbir çok çeşitli biçimlerde kamusal hayatı etkilemektedir.<sup>2</sup>

Esasen, 667 sayılı KHK, kamu görevinden çıkarma usulünü çoğunlukla bir idari soruşturma yapılmaksızın ilgili kamu görevlisinin tabi olduğu kanuna atıf yaparak düzenlemiştir. Ancak müteakip KHK'lerde listeler halinde ihraç, 20 Temmuz 2016 sonrası ilan edilen olağanüstü hali karakterize eden temel unsurlardan biri olarak varlığını sürdürdü. Ekim

- 1 İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP); 21 Temmuz 2016-20 Mart 2018 Olağanüstü Hal Uygulamaları, Güncellenmiş Durum Raporu, 17 Nisan 2018, [http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC-Hal\\_17042018.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC-Hal_17042018.pdf) (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- 2 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesi 19.09.1980 tarih ve 2301 sayılı Kanun ile aşağıdaki şekilde bir fıkra eklenmiştir. "Sıkıyönetim komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmalarını sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işine son verilmesi, yerel yönetimde çalışanların görevden uzaklaştırılması veya işlerine son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir." Bu madde 1994 yılında değiştirilmiştir. 1994 yılında yapılan değişiklikle "Sıkıyönetim komutanlarının; bölgelerinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmalarını sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre sıkıyönetim bölgesi dışına atanma veya sıkıyönetim bölgesi dışına atanmak üzere görevden uzaklaştırılma istemleri ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirilir." Bilindiği üzere, sıkıyönetim rejimi 21 Temmuz 2017 tarihinde kabul edilen 6771 sayılı Kanun ile kaldırılmıştır. Aynı Kanun'un 18. maddesine göre, söz konusu değişiklik birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe girecektir.

2016 tarihli 6749<sup>3</sup> sayılı Kanun'un kamu görevlilerine ilişkin tedbirler başlığı ile 667 sayılı KHK düzenlemesine geri dönmesi ve söz konusu KHK'nin de 6449 sayılı Kanun ile 18 Ekim 2016 tarihinde kanunlaşması da durumu değiştirmedir.

Kamudan ihraç yaptırımına dönük olarak bir olağanüstü hal KHK'si ile bireysel idari işlem yapılamayacağı, söz konusu ihraç kararlarının olağan cezai ve disiplin soruşturmaları dışında bir usulle yapılmasının mümkün olmadığı, bu haliyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği itirazları sık sık gündeme geldi.<sup>4</sup> Konu ile ilgili genel yakınma, aşağıda değerlendirileceği üzere, Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu'nun da önerileri doğrultusunda 685 sayılı KHK ile Olağanüstü Hal İşlemlerin İncelenmesi Komisyonu'nun oluşumunu sağladı. Ancak bu idari başvurunun dışında yargısal denetim Danıştay, İdare Mahkemeleri, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi yargı mercilerince muhtelif gerekçelerle esastan incelemeye konu olmadı. Bu çalışma, kamu görevinden 'ihraç' kararının bir olağanüstü hal KHK'si ile düzenlemesinin mümkün olup olmadığı ve her halükarda bu tedbirin kamu hizmetinden müebbet yasaklılık sonucu bağlanmasının mümkün olup olmadığını değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu bakımdan, öncelikle olağanüstü hal çerçevesi, Türkiye iç hukuku ve taraf olunan sözleşmeler bakımından değerlendirilecek ve hukuksal çerçevenin belirlenmesinin ardından ihraç yaptırımının ve sonuçlarının olağanüstü hal bakımından anlamı tartışılacaktır.

3 Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Resmi Gazete no: 29872, 29 Ekim 2016.

4 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), '15 Temmuz 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş' (9-10 Aralık 2016), CDL-AD (2016)037, [http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116\\_venediktercume.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116_venediktercume.pdf), İnsan Hakları Ortak Platformu, 'Olağanüstü Hal Tedbir ve Düzenlemeler, 31 Ağustos 2017, <http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC-Hal-Tedbir-ve-D%C3%BCzenlemele-ri-31-A%C4%9Fustos-2017.pdf>, (Erişim tarihi: Mayıs 2018). Eğitim-Sen, 'OHAL ve KHK'lerin Eğitim Emekçilerine ve Akademiye Etkileri', *Güncel Hukuk*, sy. 166, s. 46-48, 2017. Günday, Metin, OHAL, 'İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 75, sy. 1, s. 29-38. 2017, Gözler, Kemal, '15 Temmuz Kararnameleri, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme', <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf> (17 Şubat 2017). Kaboğlu, İbrahim Özden/Palluel, 'İnsan Hakları Avrupa Hukuku Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal', *Suç ve Ceza*, s. 1-24, sy. 1, 2018, s.10 vd.

## 2. Olağanüstü Halin Hukuksal Çerçevesi

### 2.1. 1982 Anayasası'nda Olağanüstü Hal

Olağanüstü hal rejimin anayasal çerçevesinin ele alınacağı bu bölüme başlamadan önce, 6771 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın olağanüstü hale ilişkin hükümlerini önemli ölçüde değiştirmiş bulunduğunu hatırlatılması zorunlu. 6771 sayılı Kanun ile bu rejim değişmiş, olağanüstü hal ilanı yetkisi tek başına Cumhurbaşkanı'na verilmiştir. Ancak, aynı kanunun 18. maddesinde söz konusu değişikliğin birlikte yapılan Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri sonucunda Cumhurbaşkanının göreve başladığı tarihte yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla 20 Temmuz 2016'da ilan edilen olağanüstü hal rejimi bakımından 1982 Anayasası'nda yapılan değişiklikler hukuken bir sonuç doğurma kabiliyetini haiz değildir. Bu nedenle 1982 Anayasası, bu makalenin yayımı tarihi itibarıyla yürürlükteki normalsal çerçevesi dikkate alınarak değerlendirilecektir.

Olağanüstü hal rejiminin uygulanmasının maddi koşulları Anayasa'da iki ayrı hükümde düzenlenmiştir.<sup>5</sup> Anayasa'nın 119. maddesi 'tabi afet ve ağır ekonomik bunalım nedeniyle olağanüstü hal', 120. maddesinde ise 'şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması' düzenlenmiştir. Olağanüstü hal ilanın şekli koşulları ise Anayasa md. 121'de öngörülmüştür. Anayasa md. 121, her iki olağanüstü halin ilanın Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla ilan edilebileceğini hüküm altına almıştır. 'Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması' halini düzenleyen Anayasa'nın 120. maddesi ile ilgili olarak ilan edilen olağanüstü hallerde ek olarak Milli Güvenlik Kurulu'nun da görüşünün alınması gerekmektedir. Anayasa'nın 121. maddesi ise, olağanüstü hal ilan edilmesine karar verilmesi durumunda kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasının ardından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayına sunulacağını belirtmektedir. Meclis, olağanüstü halin süresini değiştirebilir veya Bakanlar Kurulu'nun istemi üzerine, her defasında dört ay geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir. Olağanüs-

5 Kaboğlu/Palluel, s. 5, Boyar, Oya, 'Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi', in İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara, s. 97-111, 102-104, bkz ayrıca Anayasa Mahkemesi, 1990/25, 1991/1. 10.01. 1991.

tü hal, 119 ve 120. maddeler çerçevesinde yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde ilan edilebileceği düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere Anayasa md. 121'e göre, "olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, **olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda**, kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Anayasa'nın 119 ve 121. maddeleri arasındaki bu düzenlemeler olağanüstü yönetim usullerini zaman, konu ve mekânla sınırlamaktadır.<sup>6</sup> Nitekim bu husus Anayasa Mahkemesi'nin konu ile ilgili içtihadında net bir biçimde anlaşılmaktadır.<sup>7</sup> Anayasa Mahkemesi'ne göre,

"Anayasa'nın 119, 120. ve 122. maddelerinde düzenlenmiş bulunan olağanüstü yönetimlerin tümü süre ve yer bakımından sınırlıdır... Olağanüstü hal KHK'lerinin uygulanacağı yer olağanüstü hal ilân edilen bölge veya bölgelerdir. Ülkenin bir bölgesi için ilân edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal edilmeyen yerlerde olağanüstü hal KHK'lerine geçerlilik tanınmaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bir bölgede olağanüstü hal KHK'leri ile kişi hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması veya durdurulması dolayısıyla olağanüstü hal yönetimi uygulamasına Anayasa olanak vermez. Bir bölge için ilân edilen olağanüstü hal ülkenin tümünde olağanüstü yönetimin uygulanmasının nedeni olmaz. Olağanüstü hal ilân edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstü hal KHK'leri ile kısıtlanamaz.

Olağanüstü yönetimler belirli bir süreyle de sınırlıdır...Olağanüstü halin sona ermesine karşın, olağanüstü hal KHK'sindeki kuralların uygulanmasının devam etmesi olanaksızdır. Bu nedenle, olağanüstü hal KHK'leri ile, yasalarda değişiklik yapılamaz. Olağanüstü hal KHK'leri ile getirilen kuralların olağanüstü hal bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarının devamı isteniyorsa bu konudaki düzenlemenin yasa ile yapılması zorunludur. Çünkü olağanüstü hal bölgesi veya bölgeleri dışında veya olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmalarına devam edilmesi istenilen kuralların içerdiği konular 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konular' olmazlar."

6 Boyar, s. 106.

7 Anayasa Mahkemesi 1990/25 E., 1991/1 K., 10.01.1991 ve yine 2991/6 E., 1991/20 K., 10.01.1991.

Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında verdiği kararda Anayasa'nın 148. maddesi<sup>8</sup> çerçevesinde Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulmayan olağanüstü hal KHK'lerinin, yalnızca olağanüstü hal ilan edilen yerlerde ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK'ler olduğunu belirtmiş ve bu koşulları taşımayan olağanüstü hal KHK'lerinin nasıl tavsif edilirse edilsin Olağanüstü Hal KHK'si niteliğinde sayılamayacağını ve her halükarda Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı olduğunu belirterek Olağanüstü Hal bakımından zaman, konu ve mekânın önemime işaret etmiştir.<sup>9</sup>

Olağanüstü halde yer sınırlaması ile ilgili bir karar ise sıkıyönetimin kaldırılması ile, Temmuz 1987'de Bingöl, Diyarbakır, Elazığ, Hakkari, Mardin, Siirt, Tunceli ve Van'da olağanüstü hal ilanı ile birlikte, Adıyaman, Bitlis ve Muş'un mücavir il olarak tespit edilmesi ile ilgilidir. 285 sayılı 'Olağanüstü Hal Bölge Valiliği'nin İhdası Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'deki (KHK) mücavir il kategorisi Anayasa'da olağanüstü hal tanımlanırken bu biçimde bir kategori olmaması dolayısıyla daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.<sup>10</sup>

Anayasa'da olağanüstü halin maddi ve şekli şartlarını değerlendirdikten sonra olağanüstü dönem temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini ana hatlarıyla belirtilmesi zorunludur. Olağan dönem temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi 13. maddede belirtilmiştir. Bu hükme göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar ancak Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanarak kanun ile yapılabilir. Sınırlamaların sınırları ise, hakkın özüne dokunma yaşağı,

8 Anayasa md. 148 "...olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükümünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz."

9 Bkz., ayrıca, Öden, Merih, 'Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 58, s. 3, s. 659-691.

10 "Madde olağanüstü hal bölgesi dışım da (sic., dışını da) kapsamakta, ayrıca mücavir il kavramına da yer vermektedir. Anayasa ve Olağanüstü Hal Kanunu'nda yer almayan bu kavrama ilk olarak 285 sayılı KHK'de yer verilmiş ve daha sonra 421 ve 424 sayılı KHK'lerde yer almıştır. Ancak, mücavir il kavramı anayasal dayanaktan yoksundur. Mücavir iller Bölge Valisi'nin talebi, İç İşleri Bakanı'nın teklifi ve Başbakan'ın onayıyla belirlenmekte ve olağanüstü hal ilan edilmeyen bu bölgelerde olağanüstü hal kuralları uygulanabilmektedir. O halde mücavir iller gerçekte eylemli olarak olağanüstü halin uygulandığı yerler olmaktadır." Anayasa Mahkemesi, 1991/6, 1991/20, 3.7.1991. Resmi Gazete 8.3.1992, no: 21165.

Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri ve ölçülülük ilkesinden oluşturmaktadır. Anayasa'nın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” başlıklı 15. maddesine göre ise,

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

Öncelikle bu rejimin 13. maddede belirtilen olağan sınırlama rejimi ile ilişkisinin aşağıda yeniden altı çizileceği üzere tartışmadan arı olmadığını belirtmek gerekir. Olağanüstü dönemlerde dahi 13. maddede sınırlamanın sınırı olarak belirtilen esasların geçerli olduğuna ilişkin güçlü tezleri son dönem çalışmalarında bulmak mümkündür.<sup>11</sup> Bu bakımdan, örneğin, olağanüstü halin temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmadığı savunulmaktadır. Ancak, anayasa hukuku öğretisi genel olarak, 13. maddenin olağan, 15. maddenin ise olağanüstü dönem sınırlamaları getirdiğini kabul ederek, Anayasa md. 15'i md. 13'ten ayrı biçimde değerlendirme eğilimindedir.<sup>12</sup> Bu yaklaşımın anayasal dayanaklarından

11 Can, Osman/Şimşek Aktaş, Duygu, ‘Olağanüstü Hal Döneminde Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 23, sy. 1, s. 13-43, s.16.

12 Gözler, Kemal ‘Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi’, *Ankara Barosu Dergisi*, c. 47, sy. 4, 1990, s. 561-590. Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 2*, Bursa, Ekin, 2011, s. 556-559, Karan, Ulaş, ‘Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal: Kriz Zamanlarında İnsan Hakları’, *İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, 5 Aralık 2016, <http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/olaganlastrlmamas-gereken-olaganustu-hal-kriz-zama/>, (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

birinin de Anayasa'nın 91. maddesi olduğunu tespit etmek mümkün. Anayasa md. 91'in mefhumu muhalifinden sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilmesine cevaz vermektedir. Türkiye'de öğretinin önemli bir bölümü temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimi ile ilgili bu ikili rejimi benimsemektedir. Bu bakımdan 15'inci maddenin, özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak üç ilkeyi öngördüğü genel olarak kabul edilmektedir:

- 1) Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi kaydı.
- 2) Ölçülülük ilkesi.
- 3) Maddenin 2. fıkrasında sayılan hak ve ilkelerden oluşan çekirdek alana dokunma yasağı.

Anayasa Mahkemesi, '**milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler**' ifadesini milletlerarası hukukun genel ilkeleri ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri de kapsayacak biçimde yorumlamaktadır.<sup>13</sup> Bu bakımdan AİHS, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve insancıl hukuk ile ilgili temel çerçeveyi belirleyen 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilecektir. Dolayısıyla, Anayasa md. 15 dışında Olağanüstü Halin çerçevesi bakımından aşağıda AİHS ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin de dikkate alınacağını göstermektedir.

Anayasa md. 15'te "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile işaret edilen **ölçülülük** ilkesi ise temel hakların sınırlanması rejiminde kullanılan araç ile amaç arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Bir temel hakka getirilen sınırlamanın ölçülü olup olmadığını tespit ederken kalkış noktasının söz konusu sınırlama ile ulaşılmak istenen meşru amaç olduğu kabul edilmekte ve dolayısıyla ölçülülüğün dört adım testi"nin (*four step pro-*

13 Anayasa Mahkemesi, 1990/25 E., 1991 K., 10.01.1991; 285 sayılı 'Olağanüstü Hal Bölge Valiliği'nin İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' (KHK)'deki mücavir il kategorisi Anayasa'da olağanüstü hal tanımlanırken bu biçimde bir kategori olmaması dolayısıyla daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.1991/6 E., 1991/20 K., 03.07.1991.

*proportionality test*) ilk adımının meşru amaç olduğu kabul edilmektedir.<sup>14</sup> Ölçülülük ilkesi, sınırlamanın veya alınan bir tedbirin amaca ulaşmak için elverişli ve gerekli olması ve bireylerin hukuksal konumlarına oranlı bir müdahaleden kaçınılması biçiminde kavramsallaştırılmaktadır. Bu yönüyle Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarından da yola çıkılarak ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir.<sup>15</sup> Elverişlilik öğretide başvuru tedbirin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik tedbirin amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru tedbir ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Anayasa Mahkemesi ölçülülük ilkesini oluşturan bu ilkelere istikrarlı biçimde vurgu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre<sup>16</sup>

“(Ö)lçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen orantısızlık unsurlarını içermektedir.”

Olağanüstü haller bakımından amaç unsuru, Anayasa'nın 120. maddesinden çıkarılabilir. Anayasa md. 120'ye göre “Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde” olağanüstü hal ilan edilebilir. Keza, Olağanüstü Hal Kanunu md. 1/b bendinde Anayasa md. 120. belirtilen içerik tekrar edilmiştir.

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin yükümlülüklerinin azaltılması bağlamında ölçülülük ilkesine ilişkin verdiği önemli bir karar, 1961 Ana-

14 Şirin, Tolga, '1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak', Anayasa Hukuku Dergisi, c. 5, s. 10, s. 475-525.

15 İnceoğlu, Sibel, 'Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi', in İnceoğlu, Sibel İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 23-52, s. 38-39, Metin, Yüksel, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), c. 7, sy. 1-74, 2017. Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜ SBF Yayınları, Ankara, 1982. s. 110-119.

16 Anayasa Mahkemesi, 2012/100, K. 2013/85, 04.07.2013.

yasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin, Sıkıyönetim Kanunu'nun 15/3 maddesine ilişkin olarak Türkiye İşçi Partisi'nin yaptığı başvuruya ilişkin verdiği karardır. Bu karar, ölçülülük ilkesi zikredilmeksizin ölçülülük çerçevesinde yapılan bir değerlendirmeyi içermektedir. Anayasa Mahkemesi bu kararında Sıkıyönetim Kanunu'nda öngörülen 30 günlük gözaltı süresi ile ilgili olarak hâkim önüne çıkarılmaksızın kişinin otuz gün "gözetim" altında tutulmasının sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşarak fiili bir tutuklama halini aldığını belirtmiştir.<sup>17</sup>

Ölçülülük ilkesi, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ile birlikte olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlükler rejimi ile ilgili diğer önemli bir kıstas, öğretide sert çekirdek haklar olarak tanımlanan belirli haklara ilişkin öngörülen yasaktır. 1982 Anayasası'na göre çekirdek kategori şöyle sıralanmaktadır. Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamayacağı; din, inanç ve kanaat özgürlüğü ile düşünce ve kanaat özgürlüğünün negatif boyutu yani kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamamasını ve bunlardan dolayı suçlanamaması; kanunilik ilkesi geriye yürüme yasağı boyutuyla yani suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi ve nihayet masumiyet karinesi yani suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılmaması kategorilerini içermektedir.

17 "Bir sanığın hâkim önüne çıkarılmaksızın otuz gün gözetim altında tutulması sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşan, olağanüstü deyimiyle de tanımlanamayacak bir tedbir, bir çeşit fiilî tutuklamadır. Hüküm, üstelik her otuz günlük dönemin bitiminde serbest bırakılarak bir gün sonra yeniden gözetim altına alınmak yoluyla (*sic.*, yoluyla) kişinin, uygulanan bu işlemin nedenlerini ve hakkındaki iddiaları bilmeden, hâkim önüne çıkıp kendisini savunmadan ve durumu bir mahkemede incelenmeksizin başka deyişle bu işlem yargısal denetime bağlı tutulmadan çok uzun bir süre en önemli bir anayasal hakkından yoksun edilebilmesine pek elverişli bir niteliktedir. Böylece Devlet; Anayasa'nın değişik 30. maddesinin güvencesi altında bulunan bir hakkın karşısında kendisine düşeni yani kişi güvenliğini koruma ödevini sıkıyönetim bölgelerinde belli olmayan bir süre için bırakmış; işleme duruma sokmuş olmaktadır. Anayasa'nın sıkıyönetim ve savaş haline ilişki değişik 124. maddesinde (son fıkrâ) kanununun, hürriyetleri bir ölçüde kayıtlamak veya durdurmak yoluyla (*sic.*, yoluyla) sınırlayabilmesi öngörülmüş; ancak Devletin Anayasa buyruğu ile ve kayıtsız şartsız olarak yükümlendiği kimi ödevlerini hele kişi güvenliğinin korunması gibi başta gelen ve devletlik niteliğinden ayrılmaz olan bir ödevi sıkıyönetim bölgelerinde yerine getirmesi kayıtlayacak veya durduracak bir kural, gerçekten böyle bir sınırlama düşünülemediği için, 124. maddede yer almamıştır. 1402 sayılı Kanun, bu nitelikte bir hükümle kişi güvenliği gibi bir temel hakkı tüm ortadan kaldırmış olmaktadır."

Anayasa Mahkemesi, 1971/31 E., 1972/5 K., 15-16.02.1972, aktaran Boyar, s. 109.

Anayasa Mahkemesi, henüz olağanüstü hal kapsamındaki düzenlemeyi 15. maddenin 2. fıkrasında listelenen haklar yönünden değerlendirmemiştir, sadece olağanüstü hal ile ilgili yukarıda zikredilen kararlarında atıfla yetinmiştir. Her iki kararda Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal KHK'lerinin olağanüstü halin gerekli kıldığı konuları uygulamaya dönük olmak kaydıyla konu sınırı olmadığını belirtmiş, ancak bu durumun düzenleme alanın sınırsız olarak da yorumlanamayacağını belirtmiştir. Ezcümlle, Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı 15. madde dikkate alınmak kaydıyla, olağanüstü halde durumun gerekleriyle ilgili her türlü tedbirin alınabileceğini, bu tedbirlerle temel haklara ilişkin sınırlamalar yönünden genel sınırlama rejiminin (md. 13) dikkate alınmayacağını belirtmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu yaklaşım da eleştiriye açıktır. Nitekim, öğretilerde dikkate alınması gereken bir görüş sınırlamanın sınırı ve konusu bakımından Anayasa md. 121/2'nin dikkate alınması gerektiği hususunun altını çizmektedir.<sup>18</sup> Anayasa md. 121/2'ye göre:

“119 uncu madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile **olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere**, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, **Olağanüstü Hal Kanununda** düzenlenir.”

Söz konusu yaklaşıma göre, Anayasa'nın 121/2 maddesinde Olağanüstü Hal Kanunu'na yapılan açık yollama dolayısıyla, olağanüstü hallerde bu bakımdan ancak Olağanüstü Hal Kanunu'nda sınırlı biçimde alınan tedbirlerin burada uygulanma kabiliyeti olacaktır. Öte yandan, Olağanüstü Hal Kanunu 11. maddede şiddet hareketleri nedeniyle OHAL dönemlerinde başvurulabilecek olan tedbirlere yer verilmiştir. Bu tedbirler, sokağa çıkma yasaklarını, belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak, kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koyma önlemlerini de içer-

---

18 Can/Şimşek Aktaş, s.16.

mektedir.<sup>19</sup> Hukuk devleti ve insan haklarına saygılı devlet ilkeleri uyarınca Anayasa'nın 121. maddesinin göndermesiyle OHAL Kanunu'nda öngörülen tedbirleri sınırlı sayıda anlamak ve dar yorumlamak yerinde olacaktır.<sup>20</sup>

19 *Tedbirler. Madde 11* – Bu Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilanında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 uncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki tedbirler de alınabilir: a) Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak, b) Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak, c) Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak, d) Olağanüstü hal ilan edilen bölge sakinleri ile bu bölgeye hariçten girecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak, e) Gazete, dergi, broşür, kitap, el ve duvar ilanı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayımlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan olağanüstü hal bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplamak, f) Söz, yazı, resmi, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayımı denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak, g) Hassasiyet taşıyan kamuya veya kişilere ait kuruluşlara ve bankalara, kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma tedbirleri aldirmek veya bunların artırılmasını istemek, h) Her nevi sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak, i) Ruhsatlı da olsa her nevi silah ve mermilerin taşınmasını veya naklini yasaklamak, j) Her türlü cephaneler, bombalar, tahrip maddeleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif maddeler veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu gazlar veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapılmasını veya naklini izne bağlamak veya yasaklamak ve bunlar ile bunların hazırlanmasına veya yapılmasına yarayan eşya, alet veya araçların teslimini istemek veya toplamak, k) Kamu düzeni veya kamu güvenliğini bozabileceği kanısını uyandıran kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak, l) Bölge dahilinde güvenliklerinin sağlanması gerekli görülen tesis veya teşekküllerin bulunduğu alanlara giriş ve çıkışı düzenlemek, kayıtlamak veya yasaklamak, m) Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izletmek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak, n) İçinin isteği, ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller, sağlık sebepleri, normal emeklilik ve belirli süresinin bitişi nedeniyle hizmet aktinin sona ermesi veya feshi dışında kalan hallerde işçi çıkartmalarını işvereninde durumunu dikkate alarak üç aylık bir süreyi aşmamak kaydıyla izne bağlamak veya ertelemek, o) Dernek faaliyetlerini; her dernek hakkında ayrı karar almak ve üç ayı geçmemek kaydıyla durdurmak, ö) **(Ek: E.1990/25,K.1991/1 sayılı kararıyla mülga.)** p) Anayasanın 121 inci maddesine göre, olağanüstü halin ilanına veya devamına sebep olan hallerin Türkiye Cumhuriyeti sınırları ve mücavir yurt bölgelerimiz üzerinde cereyan etmesi ve eylemcilerin eylemlerini müteakip komşu ülke topraklarına sığındıklarının tespit edilmesi durumunda, ilgili komşu ülke ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında varılacak mutabakat çerçevesinde, valinin talebi üzerine ilgili komutan, eylemcileri ele geçirmek veya tesirsiz hale getirmek maksadı ile, her defasında Genelkurmay Başkanlığı kanalı ile Hükümetin müsaadesi tahtında, ihtiyaca göre, Kara, Hava veya Deniz Kuvvetleri unsurları ile mahdut hedefli sınır ötesi hareket planlayıp icra etmek.

20 Can/Şimşek Aktaş, s. 16 vd.

Aşağıda belirtileceği üzere 20 Temmuz 2016 ile başlayan olağanüstü hal dönemi içinde Anayasa Mahkemesi konu ile ilgili daha önceki, içtihadından dönmüştür. 1982 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına da atıfta bulunarak<sup>21</sup> ve Anayasa'nın 148. maddesinde yargı yolunun açıkça kapatılmış olmasını gerekçe göstererek olağanüstü hal KHK'lerinin yargısal denetime tabi tutulamayacağını belirtmiştir. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen 11. madde ile hiçbir kimse veya organının kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesi ile bağdaşmayacağını belirtmiştir. Olağanüstü Hal KHK'lerinin denetlenemeyeceğine ilişkin bu içtihat temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini anlamsız ve işlevsiz hale getirdiği gibi, konu bakımından yürütmeye Olağanüstü Hal KHK'leri ile sınırsız bir alanda düzenleme yetkisi vermiştir. Bu tablo, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu tedbirlerin olağanüstü hal sonrasında da geçerli olacağı şeklinde içtihadı ile temel hak ve özgürlükler yönünden daha da karamsar bir tabloyu ortaya çıkarmıştır. Nihayet, söz konusu KHK düzenlemelerinin kanunlaşması durumun vahametini büsbütün arttırmış ve isabetle belirtildiği üzere "atipik" bir hukuksal rejimin ortaya çıkmasına neden olmuştur.<sup>22</sup> Aşağıda bireyler bakımından olağanüstü hal düzenlemelerinin sonuçlarına yeniden dönülecektir. Ancak, öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu ve olağanüstü hal döneminde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini düzenleyen iki sözleşmenin değerlendirilmesi zorunludur.

## **2.2. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Olağanüstü Hal**

2003 yılında Türkiye iç hukukunun bir parçası haline gelen BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 4. maddesi olağanüstü hal rejimini düzenlemektedir. Anılan maddeye göre, ulusun varlığını

21 Anayasa Mahkemesi, 2016/171, 2016/164, "Olağanüstü hâllerde çıkartılacak kanun hükmünde kararnamele, dâbâ önce düzenlenen ve istisnaları olan kanun hükmünde kararnamelerden farklı olarak, fert hak ve hürriyetlerini ve diğer sosyal hakları da sınırlayabilecektir... Onun içindir ki, bu denetime tabi tutulmamalıdır... Biz diyoruz ki, bu tip kanun hükmündeki kararnameler, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir..."

22 Altuparmak, Kerem/Demirkent, Dinçer/Sevinç, Murat, 'Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk: OHAL KHK'si ile bir erkeği kadın, kadını erkek yapamazsınız!', Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu 2, İnsan Hakları Ortak Platformu, [http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Atipik-OHAL-KHKleri\\_II-1.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Atipik-OHAL-KHKleri_II-1.pdf), 27 Nisan 2018 (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

tehdit eden bir durum ile karşılaşıldığında taraf devlet resmen ilan edilmiş bir olağanüstü duruma dayanarak, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, yükümlülüklerini azaltabilirler.<sup>23</sup> Ancak, Sözleşmeye göre aşağıdaki kategorilere ilişkin yükümlülükler azaltılamaz.

- 1) Yaşam hakkı (md. 6),
- 2) İşkence, zalimane, insanlıkdışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmanın yasaklanması ve hiç kimsenin kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulmaması (md. 7),
- 3) Kölelik ve köle ticaretinin her şeklinin yasaklanması ( md. 8, 1 ve 2. fıkralar),
- 4) Bir kimsenin sırf akitten doğan yükümlülüğünü yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilmesinin yasaklanması (md. 11),
- 5) Ceza hukukunda suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, suç sayılan bir fiile işlendiği zaman yürürlükte olan cezadan daha ağır ceza verilmemesi, fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyen bu ikinci cezanın uygulanması (md. 15),
- 6) Herkesin kanun önünde kişi olarak tanınma hakkı (md. 16),
- 7) Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahip olması (md. 18)

1984'te İtalya'nın Siracusa kentinde bir dizi hukuk örgütünün Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde sınırlama ve yükümlülüklerin azaltılması ile ilgili toplantıda kabul ettiği Siracusa İlkeleri<sup>24</sup> olarak anılan

23 1996 tarihli bir raporda, Özel Raportör Mr. Leandro Despouy raporunda (Final Report of the Special Rapporteur, Mr. Leandro Despouy) olağanüstü halin halen yürürlükte olduğu devletler ile 1985 ile 1997 arasında muhtelif biçimlerde var olan olağanüstü hale ilişkin bir liste oluşturmuştur. Bkz., 'The Administration of Justice and the Human Rights of Detainees Question of Human Rights and States of Emergency', E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1, 9 Haziran 1996.

24 Uluslararası Hukukçular Birliği (International Commission of Jurists), Ceza Hukukçuları Birliği (The International Association of Penal Law), Uluslararası Hukukçular Birliği'nin Amerikan Seksiyonu (The American Association for the International Commission of Jurists), Urban Morgan İnsan Hakları Enstitüsü ve Uluslararası Ceza Bilimleri Yüksek Çalışmaları Uluslararası Enstitüsü (Higher

prensip, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki olağanüstü hallerdeki güvence rejimine ışık tutmaktadır. Nitekim, Sözleşme'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi de Sözleşme'nin 4. maddesine ilişkin 29 no'lu Genel Yorum'da bu ilkelerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Söz konusu ilkelere göre, ulusun varlığına dönük tehdit bütün nüfusu ve ülkenin bir bölümü ya da tamamını etkilemeli ve nüfusun fiziksel bütünlüğünü, bir devletin siyasi bağımsızlığı veya toprak bütünlüğünü veya Sözleşme'de tanınan hakların sağlanması ve korunması için vazgeçilmez olan kurumların varlığı veya temel işleyişini tehdit etmelidir. Bu bakımdan, ulusun hayatı için ciddi (*grave*/büyük) ve yakın bir tehdit teşkil etmeyen iç çatışma ve huzursuzluk 4. madde bağlamında yükümlülüklerin azaltılmasını haklı çıkarmaz. Siracusa İlkeleri'nde ölçülülük ilkesi muhtelif biçimlerde vurgulanmıştır. Sözleşme'nin özel sınırlama hükümleri uyarınca alınması mümkün olan olağan tedbirlerin ulusun yaşamına dönük tehdit ile başa çıkmak için yeterli olması halinde bir olağanüstü hal tedbiri durumun katı biçimde gerektirdiği bir tedbir olarak değerlendirilemez. Katı zorunluluk ilkesi her tedbirinin güncel, açık, mevcut veya yakın (*imminent*) tehlike bağlamında değerlendirilmesini zorunlu kılar. Bu bakımdan potansiyel tehlike böyle bir tedbirin uygulanması için yeterli olmayacaktır. Olağanüstü hali düzenleyen anayasal hükümler ve yasal yükümlülüklerin azaltılması tedbirlerinin gerekliliği ile ilgili derhal (*prompt*) ve periyodik biçimde kanun koyucu tarafından bağımsız bir inceleme yapılmasının sağlanması gerekir.

İnsan Hakları Komitesi'nin 29 no'lu Genel Yorumu'nda<sup>25</sup> da devletlerin olağanüstü durum ilanını ve olağanüstü durum ilanlarında başvuru yetkileri düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmeleri gerekliliği vurgulanmıştır. Komite, İnsan Hakları Komitesi'nin Sözleşme'nin 40. maddesi çerçevesinde<sup>26</sup> bu

---

Studies in Criminal Sciences). S.2. E/CN.4/1985/4, 28 Eylül 1984, (The Siracusa Principle on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights.), <http://www.refworld.org/docid/4672bc122.html> (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

25 Bkz., Uyar, Lema, 'Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 103-114.

26 Md. 40 "1. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de tanınan hakların gerçekleştirilmesini sağlamak üzere aldıkları tedbirler ve bu hakların kullanılmasında kaydedilen gelişmeler konu-

görevini yerine getirebilmesi için taraf devletlerin söz konusu madde çerçevesinde sundukları raporlarda, olağanüstü durumlarda kullanılan yetkilere ilişkin yasa ve uygulamalarla ilgili yeterli ve kesin bilgi vermeleri gerekliliğinin altını çizmektedir. Nitekim, Komite, Kolombiya ve Lübnan'a ilişkin olarak verdiği kararlarda ifade ettiği üzere, birçok halde 4. maddede yükümlülüklerin azaltılamayacağı haklara ilişkin aykırı önlemlerin alındığını veya iç hukuklarında 4. maddenin aradığı şartlar karşılanmadan olağanüstü hal ilan edildiğini not etmektedir.<sup>27</sup>

İnsan Hakları Komitesi'nin 4. madde ile ilgili 29 no'lu Genel Yorumu'na göre,<sup>28</sup> Sözleşme'deki yükümlülükleri azaltma veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler almaya yönelik uygulamalar istisnai ve geçici olmalıdır. Devletler olağanüstü durum ilanını ve olağanüstü durumda kullanılan yetkileri düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmelidir. Komite, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerin azaltılması için alınacak tedbirlerin olağanüstü durumun gerektirdiği ölçüde başvurulmuş olmasının gerekliliğinin altını çizmektedir. Komite'ye göre ölçülülük, olağanüstü durumun süresi, coğrafi alanı, olağanüstü durumun içeriği ve olağanüstü durum nedeniyle başvuru yükümlülükleri azaltan nitelikte (*derogasyon*) tedbirlerle ilgilidir. Yine, sert çekirdek hakların ayrıca belirtilmesi, Komite'ye göre, diğer haklar açısından ulusun hayatını tehdit eden her durumda derogasyona gidilebileceği biçiminde bir sonuca ulaşmaya elverişli olmadığını altını çizmektedir.

---

sunda: (a) Bu Sözleşme'nin ilgili Taraf Devletler bakımından yürürlüğe girmesinden sonra bir yıl içinde;(b) Bundan sonra da Komite ne zaman isterse, rapor sunmakla yükümlüdürler.

2. Bütün raporlar Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne sunulur. Genel Sekreter bu raporları, incelenmek üzere Komite'ye sunar. Raporlarda, eğer varsa, bu Sözleşme'nin uygulanmasını etkileyen unsur ve güçlükler belirtilir.
3. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, Komite'ye danıştıktan sonra, bu raporların ilgili ihtisas kuruluşlarının yetki alanlarına giren bölümlerini, bu kuruluşlara iletebilir.
4. Komite, bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin kendisine sunduğu raporları inceler. Kendi raporlarını ve uygun göreceği görüşleri Taraf Devletlere iletir. Komite, bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerin kendisine gönderdiği raporların birer örneği ile birlikte kendi görüşlerini Ekonomik ve Sosyal Konsey'e de iletebilir.
5. Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu maddenin 4. fıkrası uyarınca belirtilen görüşler hakkındaki kendi görüş ve yorumlarını Komite'ye sunabilirler.<sup>27</sup>

27 Kolombiya ile ilgili CCPR/C/79/Add.76, Lübnan ile ilgili CCPR/C/79/Add.78.

28 24 Temmuz 2001 tarihinde 1950. Toplantıda kabul edilmiş ve 1981'de 13. oturumda kabul edilen 5 no'lu Genel Yorum'un yerini almıştır.

Taraf devletlerin hiçbir koşul altında 4. maddeyi insancıl hukukun ihlali veya uluslararası hukukun emredici hükümlerine aykırılığı meşru gösteren bir neden olarak değerlendirilemeyeceğinin altını çizmiştir. İnsan Hakları Komitesi'nin 29 no'lu Genel Yorumu'nun en dikkat çeken özelliği, sert çekirdek olarak da nitelenen yükümlülüklerin azaltılmayacağı hak kategorisinin kapsamını Sözleşme'nin lafzından daha fazla genişletmesidir. İnsan Hakları Komitesi'nin 29 no'lu Genel Yorumu'nda, Sözleşme'deki yükümlülüklerin azaltılmayacağı sert çekirdek kategorinin içine şu kategorilerin girebileceğini tüketici olmayan bir biçimde belirtmiştir. Komite'ye göre:

- 1) Hürriyeti sınırlandırılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır. Komite bu görüşünü, Sözleşme'nin girişinde insan onuruna yapılan vurgu ile işkence ve kötü muamele yasağı ve kişi olarak tanınma hakkı ile gerekçelendirmektedir.
- 2) Rehin alma, kaçırma ve keyfi alıkoyma. Komite bu yasağın uluslararası hukukun genel ilkelerinden türetilebileceğini ve emredici olduğunu belirtmektedir.
- 3) Azınlık mensuplarının uluslararası korunması bu grupların varlığına her durumda saygı duyulmasını gerektirir. Komite'ye göre, bu kural, uluslararası hukukta soykırım yasağı, 4. maddeye ayrımcılık yasağının eklenmesi ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili yükümlülüklerin azaltılmasının mümkün olmaması ile kendisini gösterir.
- 4) Komite, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne atıfla, uluslararası hukukta da meşru sebeplere dayanmadan kişilerin sınır dışı edilmesi veya yer değiştirmeye zorlanması (tehcir) veya kişilerin hukuka uygun biçimde buldukları yerlerde benzer zorlayıcı tedbirlere maruz kalmalarının insanlığa karşı işlenen bir suç olduğuna dikkat çekmektedir. Bu bakımdan, Sözleşme'nin 12. maddesinde korunan seyahat hakkının aykırı önlemlere tabi olması söz konusu fiilleri meşru kılmak için kullanılmayacağını belirtmektedir.
- 5) 4. maddeye göre bir olağanüstü hal ilanı, taraf devletin Sözleşme'nin 20. maddesine aykırı bir biçimde savaş propagandası veya

ayrımcılık veya şiddete teşvik niteliği taşıyan mili, irki veya dini nefret söylemini savunulmasını meşru kılmak amacıyla kullanılmaz.

Yine, Komite'ye göre hak arama yolları ile ilgili de derogasyon mümkün olmamalıdır. Komite'ye göre derogasyona tabi olmayan hakların korunması, diğer bazı hakların da belirli boyutlarıyla korunmasını gerekli kılmaktadır, masumiyet karinesi ve kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasının hukukiliğin en kısa sürede/gecikmeksizin denetlenmesi gibi adil yargılanma hakkının temel prensiplerinin de aynı korumadan yararlanması gerekir. Komite, kanunilik ve hukukun üstünlüğü ilkelerine atf yaparak, bu ilkeler ışığında adil yargılanma hakkına olağanüstü durumlarda da açıkça saygı gösterilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir.

Komite, 1996 yılında İsrail ile ilgili sonuç gözlemlerinde İsrail tarafından uygulanan güvenlik gerekçesiyle idari gözaltı pratiğine değinerek, bu gözaltı uygulamasının bireylerin uzun ve belirsiz süre yargı makamı önüne çıkarılmaksızın tutulduğunu belirtmektedir. Komite, güvelik gerekçesiyle idari gözaltı uygulamasına maruz kalan bazı kişilerin bu durumda "taraf devletin özgürlükten yoksun bırakmasının bazı kişilerin, özellikle Lübnanlı bireylerin, güvenlik amacıyla tutulmadığını, İsraili askerlerin tahliyesini sağlamak amacıyla pazarlık için tutulduklarına dikkat çekmektedir. Bu biçimde uygulama, Komite'ye göre, yükümlülüklerinin azaltılamayacağı iki hak kategorisi, işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği (md. 7) ile kişi olarak tanınma hakkı (md. 16), ile uyumlu değildir. Her ne kadar İsrail, kişi özgürlüğü ve güvenliği yönünden yükümlülüklerin azaltılacağını bildirmişse de Komite, tutulmanın etkili biçimde hukuki denetimi bakımından bir sınırlamaya gidemeyeceği görüşündedir.<sup>29</sup>

Görüldüğü üzere, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, gerek 4. maddenin kapsamı gerekse sınırlandırılması mümkün olmayan hak kategorileri düşünüldüğünde olağanüstü hallerde insan haklarının ihlallerini önleme bakımından etkili bir koruma mekanizmasıdır. Sözleşme'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi de 29 no'lu Genel Yorum'u ile Sözleşme'nin lafzı ile sınırlı kalmamış, uluslararası hukuk ve uluslararası insancıl hukukun olağanüstü hallerde geçerliliğini vurgulamıştır.

29 CCPR/C/79/Add.93, 18 Ağustos 1998, para. 21.

Komite, sert çekirdek olarak bilinen temel hak ve özgürlüklerin çekirdek kategorisi açısından da bu yaklaşımının da sonucu olarak yükümlülüklerin azaltılamayacağı hakların listesini kayda değer bir biçimde arttırmıştır. Adil yargılanma hakkı ve kişi özgürlüğü ve güvenliği gibi yükümlülüklerin azaltılabileceği kategorileri sert çekirdek kategorisi ile ilişkilendirmiş, masumiyet karinesi ve hak arama yollarına erişim kişi hürriyetini sınırlandırmanın hukuksal denetiminin olağanüstü hallerde dahi aykırı önlemler alınmanın mümkün olmadığı haklar olarak altını çizmiştir. Yine, Komite, aşağıda, AİHM'nin A ve diğerleri/Birleşik Krallık davasında da, AİHS'nin Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile farkını ortaya koymak üzere tespit ettiği gibi, olağanüstü halin süre unsurunu ve geçiciliğini (*exceptional and temporary nature*)<sup>30</sup> vurgulamıştır. Aşağıda, AİHS'nin olağanüstü hallerde sınırlama rejimi ile olağanüstü halin hukuksal çerçevesi tartışılmaya devam edilecektir.

### 2.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Olağanüstü Hal

AİHS'nin olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin güvence rejiminin değişmesinin temel koşulu bu bakımdan 'savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike' olarak belirlenmiştir. AİHM, bir dizi kararında bu kriteri değerlendirme fırsatı bulmuştur. 1961 tarihli Lawless/İrlanda kararında, Mahkeme, "ulusun yaşamını tehdit eden genel tehlike" ifadesinin "olağan ve alışlagelmiş" anlamının yeterince açık olduğunu belirttikten sonra,<sup>31</sup> bu ifadenin "nüfusun tamamını etkileyen ve devleti oluşturan insan topluluğunun/toplumun düzenli yaşamına dönük tehdit oluşturan kriz veya olağanüstü hal gibi bir istisnai duruma gönderme yaptığını belirtmektedir. Komisyon, Yunanistan'da Albaylar Cuntası sırasında olağanüstü hal ilan edilmesi ile ilgili olarak değerlendirme yaptığı Yunanistan'a karşı devletlerarası başvuruda ise Mahkeme'nin Lawless içtihadını da hatırlatarak söz konusu tehlike ile ilgili şu belirlemelerde bulunmaktadır:<sup>32</sup>

1. Tehlike gerçek ve yakın olmalıdır.

30 A ve diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru no. 3455/05 (Grand Chamber), 19 Şubat 2009, para. 178.

31 Lawless/İrlanda (No. 3), 1 Temmuz 1961, Başvuru no: 332/57, para. 28.

32 Yunanistan Davası (Danimarka/Yunanistan, Başvuru no:3321/67, Norveç/Yunanistan, Başvuru no:3322/67, İsveç/Yunanistan, Başvuru no:3323/67, Hollanda/Yunanistan, Başvuru no: 3344/67). Report of the Sub-Commission Volume I, s. 70.

2. Tehlike tüm ulusu etkilemelidir.
3. Toplumun düzenli yaşamının sürekliliği tehdit altında olmalıdır.
4. Kriz ya da tehlike, kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzenin korunması için Sözleşmenin cevaz verdiği olağan önlem ve sınırlamaları yetersiz bırakacak biçimde istisnai nitelikte olmalıdır.

A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararında ise Mahkeme taraf devlet lehine takdir yetkisini oldukça geniş yorumlamıştır.<sup>33</sup> Söz konusu davada, başvuruçular, Birleşik Krallık açısından ulusun varlığını tehdit eden bir kamusal tehlike bulunmadığını öne sürmüşlerdir. Başvuruçulara göre, söz konusu tehdit mevcut ya da yakın değildir, bu tehdit geçici değildir, üçüncü olarak, diğer devletlerin uygulaması konuyla ilgili ulusal ve uluslararası organların görüşleri bir olağanüstü halin mevcut olmadığına işaret etmektedir. Mahkeme, konu ile ilgili içtihatlarını hatırlatarak (Lawless, Yunanistan davası ve Aksoy kararları) ve fakat esas olarak Yunanistan davasında belirlediği ve ulusal makamların ve yargıçların takdir yetkisini önemli ölçüde sınırlayan kriterlerini tartışarak, bu kriterlerden önemli ölçüde uzaklaşan bir karar almıştır. Mahkeme'nin bu kriterler bağlamında kendi içtihadından en fazla uzaklaştığı alan, bir tehlikenin mevcudiyeti ile ilgili yaklaşımdır.<sup>34</sup> Strasbourg Mahkemesi'ne göre, tehlikenin 'yaklaşmakta olması' veya yakınlığı, bir facia (*disaster*) ile baş edebilmek için facianın gerçekleşmesini beklenmesinin gerekeceği biçimde dar yorumlanamaz.

Olağanüstü hallerde sınırlamanın sınırını oluşturan en önemli kriterlerden biri, AİHS rejiminde de taraf devletlerin 'durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde' hareket etme zorunluluğudur. Aynı şekilde, taraf devletlerin 'uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemesi' de zorunludur. Nihayet, AİHS md. 15, olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılması mümkün olmayan hak kategorilerini ikinci fıkrasında listelemiştir. Hükmün 3. fıkrası olağanüstü hallerle ilgili usuli yükümlülük olarak değerlendirilebilecek bildirim yükümlülüğünü, daha açık bir ifade ile taraf devletin, böyle bir istisna döneminde alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirim zorunluluğu getirmiştir.

<sup>33</sup> A ve diğerleri/Birleşik Krallık, p. 173-181.

<sup>34</sup> A. ve diğerleri/Birleşik Krallık, para. 177.

AİHM, ‘uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşulu’nu bugüne kadar Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi<sup>35</sup> ile 1949 Cenevre Sözleşmeleri<sup>36</sup> bağlamında değerlendirme olanağı bulmuştur. <sup>37</sup> Birleşik Krallık’a karşı verdiği Brannigan ve McBride kararında Sözleşme’nin 4. maddesi bakımından, başvurunun olağanüstü hal bakımından yükümlülüklerin azaltılmasına gidilebilmesi için resmi bir bildirim şartı arandığı ve bu şartı yerine getirmeyen Birleşik Krallık’ın uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini iddiasını ele almıştır. Ancak, Strasburg Mahkemesi, her ne kadar “resmi bildirim” ifadesi yönünden nihai (*authoritative*) bir yorum yapmasının mümkün olmadığını belirtse de *Home Office*’in (İç İşleri Bakanlığı) Avam Kamarası’na (*House of Commons*) dönük bildirimının bu şartı sağladığını kabul etmiştir.

AİHS’e göre, yükümlülükleri azaltma, ancak **durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde** alınabilir. Dolayısıyla, taraf devletin alacağı tedbirlerin ölçülü bir müdahale olarak görülmesi zorunludur. AİHM, İrlanda/Birleşik Krallık kararında ulusun varlığı için genel bir tehlike teşkil edip etmediğinin tespit edilmesi ve böyle bir tehlike mevcutsa bu tehlikenin bertaraf edilmesi için alınması gereken tedbirlerin taraf devletlerce belirleneceğini belirtmiştir.<sup>38</sup> Mahkemeye göre, söz konusu acil ihtiyaçtan doğrudan ve sürekli haberdar olmaları nedeniyle ulusal makamlar, genel bir tehlikenin mevcudiyeti ve bu tehlikenin bertaraf edilmesi için alınması gereken yükümlülüklerin azaltılmasına ilişkin tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı konusunda karar verme hususunda uluslararası hakimden daha yetkin bir durumdadırlar. Ancak, yine Mahkeme’ye göre

35 Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 67-73. Ayrıca İnsan Hakları Komitesi’nin önerilerinin hayata geçirilmemesinin uluslararası hukukun ihlali anlamına geleceği iddiası ile ilgili bkz., Marshall/Birleşik Krallık, kabul edilmezlik kararı.

36 Hassan/Birleşik Krallık (Grand Chamber), Başvuru no: 29750/09, 16 Eylül 2014, para. 33 Aynı kararda, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi değinilmiştir, para. 34.

37 Yaşam hakkı ile ilgili AİHS md. 15. maddede “meşru savaş fiilleri dışında meydana gelen ölüm hali” ifadesini içermektedir. “Meşru savaş fiilleri dışında meydana gelen ölümler” ifadesinin sadece savaş hukukuna (insancıl hukuk) aykırılıkları değil aynı zamanda Birleşmiş Milletler Şart md. 2(4) anlamında güç kullanımı ile ilgili bir ihlalin de (bir saldırı savaşının da) bu kapsama girebileceği, dolayısıyla AİHM’nin bu konuda da bir denetim yapabileceği savunulmuştur.

Schreuer, Christoph, ‘Derogation of Human Rights in Situation of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights’, *The Yale Journal of World Public Order*, c. 9., sy. 113, 1982, s. 130-131.

38 İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru no: 5310/71, 18 Ocak 1978, para. 212.

Devletlerin yetkisi de sınırsız değildir. Dolayısıyla, Mahkeme, devletlerin durumun “kesinlikle gerektirdiği ölçünün” dışına çıkıp çıkmadıklarına karar vermelidir.

AİHM çerçevesinde üçüncü bir sınırlama hali ise, belirli hak kategorilerine ilişkin yasaktır. AİHS md. 15’te açıkça öngörüldüğü üzere, yaşam hakkı (md. 2), işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağına (md. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md. 4) ve suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı tedbirler (md. 7) alınmaz. AİHM, bu hak kategorilerine ilişkin içtihadında net olarak, söz konusu haklar bakımından yükümlülüklerin azaltılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.

Örneğin, AİHM, McCann/Birleşik Krallık kararında Mahkeme, yaşam hakkının Sözleşme’de tanınan haklar arasında en önemlilerinden biri olduğunu, barış zamanında yaşam hakkı ile ilgili olarak 15. madde bağlamında yükümlülüklerin askıya alınmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Mahkeme’ye göre Sözleşme’nin 3. maddesi ile birlikte yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi Avrupa Konseyi’ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.<sup>39</sup>

AİHM, Sözleşme’nin 3. maddesinde düzenlenen işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı ceza veya muamele yasağını bir dizi kararında vurgulamıştır. Yukarıda belirtilen Aksoy/Türkiye kararında Sözleşme’nin 3. maddesinin demokratik toplumun temel değerlerinden birini oluşturduğunu, organize suçluluk ve terörle mücadele gibi en zor şartlar altında dahi, Sözleşme’nin mutlak bir biçimde işkence ve gayriinsani ve aşağılayıcı muameleyi yasakladığını ve bu hükme aykırı bir tutuma Sözleşme’nin cevaz vermediğini belirtmektedir.<sup>40</sup>

Sözleşme’de yer alan ve taraf devletlerin yükümlülüklerini askıya alamayacağı diğer bir Sözleşme 1982 Anayasası’nın yer vermediği 4.

39 Yaşam hakkı ile ilgili önemli diğer bir kararında, Isayeva/Rusya kararında da, Mahkeme, yaşam hakkı ile ilgili olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin askıya alınamayacağını bir kez daha belirtmiştir. Isayeva/Rusya, para. 172. Ayrıca bkz. Makaratzis/Yunanistan, para. 56. Giuliani ve Gaggio/İtalya, para. 174. Başvuru no: 23458/02, 24 Mart 2011. Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs, Başvuru no: 86/1996/705/897, 9 Ekim 1997, para. 171, Solomou ve diğerleri/Türkiye, Başvuru no: 36832/97, 24 Haziran 2008, para. 63.

40 Aksoy/Türkiye, Başvuru no: 21987, 18 Aralık 1996, para. 62.

maddede düzenlenen kölelik ve zorla çalıştırma yasağıdır.<sup>41</sup> Sözleşme'nin 4. maddesi bir hak kategorisinin tanınması biçiminde değil, belirli durumların ve uygulamaların yasaklanması biçiminde öngörülmüştür.<sup>42</sup> Birinci fıkrada 'köle' ve 'kul' olarak tutulma yasaklanmış, ikinci fıkrada ise "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma"nın da yasaklanmış olduğu belirtilmektedir. Son fıkrada ise "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" olarak kabul edilemeyecek haller sıralanmaktadır. Mahkeme, kölelik ve zorla çalıştırma yasağının demokratik toplumun temel değerlerinden biri olduğunu ve ulusun varlığını tehdit eden bir hal söz konusu olduğunda dahi herhangi bir istisna öngörülemeyeceğini bir dizi kararında belirtmektedir.<sup>43</sup> Sözleşme'de benimsenen bu kavramlara ilişkin bir tanım öngörülmüş değildir. Bu bakımdan, AİHM, somut olaylar bağlamında, konuyla ilgili diğer sözleşmelere sıklıkla başvurmaktadır.

Sözleşmenin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi hukukun üstünlüğü ilkesi açısından temel bir haktır ve son derece önemli bir yeri bulunmaktadır.<sup>44</sup> Bu durumun zorunlu sonucu bu ilkeyle ilgili olağanüstü dönemlerde aykırı önlemler alınmamasıdır ki, Sözleşme 15. madde ile olağanüstü hallerde istisnai önlemlere konu olamayacak haklar arasında kanunilik prensibini de saymaktadır. 1982 Anayasası, kanunilik ilkesini lafzi olarak yalnızca geçmişe yürüme boyutuyla koruma altına alırken, AİHS md. 15, böyle bir sınırlamaya yer vermeksizin doğrudan doğruya Sözleşme'nin kanunilik ilkesinin düzenlendiği 7. maddeye yollama yapmaktadır. AİHM, kanunilik ilkesinin konusu ve amacı

41 "1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz.

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz:

- a) Bu Sözleşme'nin 5. Maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapılması istenilen bir iş;
- b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdani reddi seçen kişilere zorunlu bir askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;
- c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;
- d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet."

42 Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi, (Pozitif Matbaa), Ankara, 2013, c. 1, s. 317.

43 Siliadin/Fransa, Başvuru no: 73316/01, 26 Temmuz 2005, para. 112, Rantsev/Kıbrıs ve Rusya, Başvuru no: 25965/04, para. 283, C.N. ve V./Fransa, para. 74, Başvuru no: 67724/09, 11 Ekim 2012, para. 68.

44 Kafkaris/Kıbrıs, Başvuru no:21906/04, 12 Şubat 2008, para. 137,

bakımından keyfi soruşturma, mahkûmiyet ve cezalandırma açısından etkili güvenceler yaratmak olduğunun altını çizmektedir.<sup>45</sup> Aşağıda kamudan ihraç yaptırımı kanunilik ilkesi ile ilgili AİHM içtihadı ışığında değerlendirilecektir. Ancak öncesinde, ihraç yaptırımının hukuki anlam ve sonuçlarını değerlendirmek zorunludur.

### 3. Olağanüstü Hal Bildirimi ve Uygulaması

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler bakımından olağanüstü hal ilanının kapsamı ve yükümlülüklerini azaltılacağı haklara ilişkin bildirimde bulunulması bir usuli yükümlülüktür. Olağanüstü halin ilanından hemen sonra, Türkiye, 21 Temmuz tarihinde Birleşmiş Milletler'e<sup>46</sup> yükümlülüklerini "askıya alacağı" bildiriminde bulunmuştur. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne yapılan bildirimde olağanüstü hal döneminde sınırlama getireceği bildirilen haklar şöyle sıralanmaktadır; genel hükümler /ihlal durumunda etkili bir hukuki yola başvurma hakkı (md. 2(3)), özgürlük ve güvenlik hakkı (md. 9), tutulanların hakları (md. 10), seyahat özgürlüğü (md. 12), yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceler (md. 13), adil yargılanma hakkı (md. 14), mahremiyet hakkı (md. 17), ifade özgürlüğü (md. 19), toplanma özgürlüğü (md. 21), örgütlenme özgürlüğü (md. 22), siyasal haklar (md. 25), hukuk önünde eşitlik (md. 26), azınlıkların korunması (md. 27).

Türkiye, 22 Temmuz tarihinde Avrupa Konseyi'ne<sup>47</sup> bildirimde bulunarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nden kaynaklanan yükümlülüklerini "askıya alma" bildiriminde bulunmuştur. İlginçtir, Türkiye, BM Sözleşmesi bakımından hangi haklar yönünden "askıya alma"nın söz konusu olacağını belirtirken Avrupa Konseyi yönünden genel bir beyan ile yetinmiştir.

45 Varvara/İtalya, para. 52, S.W./Birleşik Krallık, para. 34 C.R./Birleşik Krallık, para. 32, Kafkaris/Kıbrıs, para. 137.

46 <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf> (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

47 Şu linkte Türkiye'nin bildirimini diğer olağanüstü hal materyalleri ile bulmak mümkündür: [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p\\_auth=mZx4uXYP&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_enVigueur=false&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_searchBy=state&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codePays=TUR&coeconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codeNature=10](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/declarations?p_auth=mZx4uXYP&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=10) (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

Nitekim, bu duruma, AİHM önünde Alpay/Türkiye kararında dikkat çekilmiştir.<sup>48</sup>

Olağanüstü hal ilanının hemen ardından, bir dizi KHK ile çok geniş yelpazede temel hak ve özgürlüklere ilişkin tedbirler alınmıştır. Bu KHK hükümlerinin en azından bir bölümü olağanüstü hal ile dolaylı bir ilişki dahi kurulamayacak alanlara ilişkin düzenleme öngörmektedir. ÖYP'li araştırma görevlilerinin statüsünün değişmesi, rektör seçimleri, Türkiye Varlık Fonu ve kış lastiği zorunluluğu bu konular arasındadır.<sup>49</sup> İnsan Hakları Ortak Platformu'nun tespit ettiği üzere, Olağanüstü hal KHK'leri ile, çok sayıda sendika, federasyon, konfederasyon, özel sağlık kuruluşu, özel öğretim kurumu, vakıf yükseköğretim kurumu, özel radyo ve televizyon kuruluşu, gazete ve dergi, haber ajansı, yayınevi ve dağıtım kanalı kapatılmıştır.<sup>50</sup> Olağanüstü Hal Kanunu'nda açıkça yer verilmeyen ihraç tedbiri ise bütün bu tablo açısından hukuksal sonuçları ve yarattığı etki yönünden haliyle ön plana çıkmıştır.

AİHM, Mercan/Türkiye<sup>51</sup> kararında Giresun'da hâkimlik yaparken ihraç edilen ve tutuklanan başvuru bakımından bireysel başvuru yolunun tüketilmediğini belirlemiştir. Konu ile ilgili daha önce verdiği iki ayrı karara atıfla (Hasan Uzun/Türkiye<sup>52</sup> ve Koçintar/Türkiye<sup>53</sup>) bireysel başvurunun Sözleşme'ye ilişkin öne sürülen hak ihlallerine ilişkin elverişli bir telafi şansı sunduğunu belirterek ve söz konusu davada yerleşik içtihadından farklı yönde karar vermeyi gerektiren bir neden bulunmadığını belirterek başvuruyu kabul edilmez bulmuştur.

Danıştay 5. Dairesi de Ekim 2016 tarihinde verdiği üç ayrı kararda, 667, 669 ve 672 sayılı Olağanüstü Hal KHK'leri ile meslekten atılan veya kamu görevinden çıkarılan kişiler için idari yargıda görevli yargı yerinin Danıştay değil İdare Mahkemesi olduğuna karar vermiştir.<sup>54</sup> Danıştay, bu üç kararında Olağanüstü Hal KHK'leri açısından idari dene-

48 Şahin Alpay/Türkiye, Başvuru no: 16538/17, 20 Mart 2018, para. 73.

49 Gözler 2017, s. 11-12.

50 Bkz. İHOP, Güncellenmiş Durum Raporu, para. 45-62.

51 Mercan/Türkiye (Başvuru no: 56511/16).

52 Hasan Uzun/Türkiye, Başvuru no: 10755/13, para. 25-27, 30 Nisan 2013.

53 Koçintar/Türkiye, Başvuru no: 77429/12, para. 44, 1 Temmuz 2014.

54 Danıştay 5. Dairesi'nin 4 Ekim 2016 tarihli 2016/7983E., K. 2016/4079 K., E. 2016/8136, 2016/4076 K. ve 2016/8196 E. ve 2016/4066 K.

timin mümkün olup olmadığı ile ilgili bir değerlendirme yapmaksızın, Danıştay Kanunu'nun Danıştay'ın görevini düzenleyen 24. maddesine gönderme yaparak OHAL KHK'lerinin denetiminin madde bakımından görevine girmedğini belirtmiştir.

AIHM'ye yapılan bir diğer başvuruda, Zihni/Türkiye,<sup>55</sup> AIHM; Danıştay'ın her ne kadar talebi esastan inceleme konusunda yetkisiz olduğuna hükmetse de, davanın idare mahkemesinde görülmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla idare mahkemelerinde bu tedbire ilişkin davaların henüz devam ettiği ve sonuçlarının belli olmadığı bir durumda, idari yargı yolunun etkili bir iç hukuk yolu olmadığı şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir. AIHM, yine Mercan/Türkiye<sup>56</sup> kararındaki argümanını tekrar ederek, bireysel başvuru yolunun henüz açık olduğunu belirterek öncelikle bu yolların tüketilmesi gerektiği tespitiyle kabul edilmezlik kararı vermiştir.

Buna müteakip, Anayasa Mahkemesi de yukarıda değinildiği üzere, Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı gözetildiğinde olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağını belirterek içtihat değiştirmiştir.

Nihayet, idari yargıya başvurular bakımından idare mahkemeleri "KHK'ler her ne kadar bir yürütme organı tarafından yapılmış olsa da fonksiyonel anlamda yasa niteliğinde olan KHK'lerin denetiminin idari yargı tarafından yapılması mümkün değildir", sonucuna ulaşmıştır.<sup>57</sup>

Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, hükümete, Olağanüstü Hal önlemlerini incelemek üzere ad hoc nitelik taşıyan bir Komisyon kurmasını önermiştir.<sup>58</sup> Venedik Komisyonu'na göre, kurulacak 685 sayılı KHK ile OHAL İşlemlerini İnceleme Komisyonu bu biçimde kurulmuştur. Söz konusu Komisyon'un kurulmasının, Avrupa Konseyi Parlamentler Meclisi'nin Türkiye ile ilgili acil görüşme oylamasının etkili oldu-

55 Zihni/Türkiye, kabul edilebilirlik kararı, Başvuru no 59061/16, 29 Kasım 2016,

56 Mercan/Türkiye, Başvuru no: 56511/16, 17 Kasım 2016.

57 Altıparmak/Demirkent/Sevinç, Murat, 'Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk: OHAL KHK'si ile bir erkeği kadın, kadını erkek yapamazsınız!', Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu 2/2018, (sayfa numarası belirtilmemiştir).

58 Bkz., Altıparmak, Kerem, 'Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu', Ankara Barosu Dergisi, sy. 1, 2017, s. 69-88.

ğu gözlemlenmiştir.<sup>59</sup> Söz konusu Komisyonu kuran 685 sayılı KHK'nin Geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına 690 sayılı KHK ile eklenen “yargı mercilerince karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına dosya üzerinden kesin olarak karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Bu dosyalar, yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere Komisyona gönderilir” şeklindeki düzenleme ile yargısal başvuru bakımından artık Komisyon'a başvurunun öncelikli konumu teyit edilmiştir. Komisyon'un çalışma usulü de çok çeşitli itirazlara konu olmuştur ve bu yolun etkili başvuru şartını karşılamadığı gözlemlenmektedir.<sup>60</sup> AİHM; Köksal/Türkiye kararında, başvuru konusunun öncelikle Olağanüstü Hal Komisyonu'na başvurusunun zorunlu olduğunu belirtmektedir.<sup>61</sup>

Kamudan ihracın hukuksal niteliği ve sonuçlarına ilişkin bu tartışma söz konusu ‘ihrac kararlarının’ kanunlaşması ile daha da ilginç bir hal almıştır. Kuşkusuz, konu bu yönüyle de son derece ilginçtir. Kanunlaşan OHAL KHK'lerinin bireysel başvurunun konusu yapılabileceği veya söz konusu kanunların soyut norm denetimi yoluyla iptalinin sağlanıp sağlanamayacağı tartışmalıdır. Venedik Komisyonu'nun da gözlemediği üzere Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45/3 maddesi “Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi'nin kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz” hükmü nedeniyle söz konusu işlemler bakımından bireysel başvuru yolunun kullanılamayacağı tahmininde bulunulabilir. Soyut norm denetimi açısından da durum aynı derecede karmaşık bir görünüm arz etmektedir. O halde, kısa vadede yeni bir KHK ile iade veya Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu, yani idari başvurular dışında etkili bir yargısal yol bulunduğunu söylemek güçtür. Komisyonun hızı

59 *Ibid.*, s. 71.

60 *Ibid.*, Kaboğlu, İbrahim Özden, ‘OHAL İnceleme Komisyonu, kıyımları meşrulaştırma aracı mı?’, Birgün, 25 Mayıs 2017, Prof. Kaboğlu'na göre OHAL Komisyonu başvuruları 7-8 yılda bitecek: ‘AKP'nin gaz odası’, Cumhuriyet (Hilal Köse), 7 Şubat 2018. Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'nu 22 Aralık 2017 tarihi itibarıyla çalışmaya başlamıştır ve 18 Mayıs 2018 itibarıyla 108.905 başvuru yapılmıştır. İncelediği 17.000 başvurunun 660'ını kabul, 14350'sini ret etmiştir. <https://ohalkomisyonu.basbakanlik.gov.tr/> (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

61 Köksal/Türkiye, Başvuru no: 70478/16, 6 Haziran 2017.

düşünüldüğünde verilen bir ret kararının iç hukuk yollarını tüketerek AİHM önünde incelenmesinin neredeyse on yılı bulabileceği tahmin edilmektedir.<sup>62</sup> Bu haliyle ihraç yaptırımının hukuksal niteliğini ortaya koymak daha da önemli bir hale gelmektedir.

#### 4. Olağanüstü Hal Hukukunda Kamudan İhraç

Olağan dönem içinde kamu görevlilerin meslekten çıkarılmaları ancak tabi oldukları kanun çerçevesinde ve her halükarda adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde açılmış bir soruşturma ile mümkündür. Herhangi bir idari soruşturma açılmadan listeler halinde görevden ihraç Anayasa'nın pek çok hükmü ile çatışma içerisindedir.

Anayasa md. 48, herkesin dilediği alanda çalışma hürriyetini, Anayasa md. 70 ise, her yurttaşın kamu hizmetlerine girme hakkını düzenlemektedir. Anayasa md. 128'de ise, memurların ve diğer kamu görevlilerin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceğini öngörmektedir. Bu ilkeyle paralel biçimde memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez. Keza, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.

Yasal mevzuat disiplin soruşturmaları bakımından devlet memurları lehine pek çok güvenceyi bünyesinde barındırmaktadır. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 130. maddesi "devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemez" hükmünü içermektedir. Keza aynı kanunun 135. maddesi disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir. Danıştay disiplin hukuku bakımından adil yargılanma hakkının cari olduğuna ilişkin içtihadının istikrar kazanmış olduğu gözlemlenebilir.<sup>63</sup> Disiplin soruşturmalarında

62 Altıparmak 2017, s. 72.

63 Danıştay İdari Davalar Kurulu (2005/3292 E., 2008/1633 K., 12. 06.2008), disiplin soruşturması bakımından soruşturma dosyasında yer alan delillerin incelenmesi ile ilgili verdiği bir kararda şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: "Davacılar ancak soruşturma raporunda yer verilen maddi olayı, tanık ifadelerini, inceleme yapanın görüş ve kanaatini, işlemin hukuki dayanağını, soruşturmacının önerilerini açık ve etraflı bir biçimde öğrenme suretiyle adil yargılanma hakkını kullanabilecektir. İncelenemeyen bir soruşturma raporuna karşı iddia ve savunmada bulunmak zor, hatta imkansızdır.". Ayrıca, bkz, örneğin, Danıştay 12 Dairesi, 2013/5654 E., 2014/183 K.

da kişinin ne ile itham edildiğini bilme hakkı ve soruşturmacı veya soruşturmacıların da kişiyi aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bir disiplin soruşturmasında, CMK'nın ifade ve sorgu ile ilgili 147 ve 148 maddelerinden hareketle, kişinin hukuki yardımdan faydalanma hakkı olduğunu, kendisine izafe edilen suça ilişkin susma hakkı olduğu, keza lehine delillerin toplanmasını isteme hakkı olduğunu belirtmek gerekir. Disiplin hukuku yönünden de adil yargılanma hakkı geçerli olduğu için 'hakkaniyete uygun bir yargılamanın' iki temel dayanağı olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesinin de geçerli olması gerekir.<sup>64</sup> Ancak, KHK'lerdeki genel hüküm dışında ihraç edilen bireylerin çoğunlukla ne ile itham edildiklerini bilmedikleri anlaşılmaktadır. Kişinin hakkındaki isnadı bilme imkânından mahrum olması hakkının adil yargılanma hakkına anlamını veren bir kategori olduğunun altını çizmek gerekir. Zira, isnadı öğrenme hakkının kullandırılmaması halinde bu hak kategorisinin altında bulunan diğer hakları da kullanmalarını fevkalade güçleştirecektir. Dolayısıyla yukarıda İnsan Hakları Komitesi'nin olağanüstü hali düzenleyen 4. maddesine ilişkin İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu'nda da belirtildiği üzere *derogasyona* tabi olmaması gereken bir hak kategorisi olan hak arama hürriyetinin özüne dokunularak kullanılamaz hale getirilmiştir.

Ayrıca listeler halinde ihracın gerek ceza mevzuatı gerekse kamu personelinin disiplin mevzuatı açısından geçerli soruşturmanın gizliliği prensibine aykırı olduğu da açıktır. Yine, bu listelemenin muhatapları açısından kriminolojik bir referansla damgalayıcı etkisi olduğu ve masumiyet karinesi ile birlikte anayasal bir hak olan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali niteliğinde olduğu söylenebilir.

---

"Uyuşmazlıkta; davacının dava konusu işlemin dayanağı olan disiplin soruşturma raporu ile ekleminin bir suretinin kendisine verilmesini talep etmesine karşılık, İçişleri Bakanlığı'nın 4982 sayılı Bilgi Edinme Kanununun "idari soruşturmaya ilişkin bilgi ve belgeler" başlıklı 19. maddesi uyarınca bu talebin Valiliklerince uygun görülmediği gerekçesiyle soruşturma dosyası ve ekleminin davacıya verilmediği, böylece davacının savunma hakkının ve dolayısıyla açmış olduğu bu davada savunmasını yapabileceği bakımından adil yargılanma hakkının ihlal edildiği anlaşıldığından, dava konusu işlemde ve davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."

64 Bu ilkelere ilişkin bkz., Örneğin, İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul, 2002, Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2014.

Yukarıda belirtildiği üzere kamu görevinden çıkarılan kişiler bakımından “terör örgütlerinin, irtibatı, iltisakı ve aidyeti” biçiminde bir gerekçe ileri sürülmektedir. Görevinden uzaklaştırılan bazı kişiler bakımından belli bir sendikaya üyelik, bir gösteri veya greve katılmaları veya kamuoyu ile paylaşılan bir bildiri metnini imzalamalarının ihraç nedeni olarak ortaya çıktığı anlaşılmaktadır.<sup>65</sup> Bu yönüyle belirli bir sendikaya veya siyasi partiye aidiyetin kamu görevinden çıkarılma ve kamu hizmetinden yasaklılık sonucu doğurduğu anlaşılmaktadır. Bu daha genel bir biçimde ifade özgürlüğünün ihlalidir. AİHM, Vogt/Almanya kararında Komünist Parti üyesi başvurusunun görevinden siyasi kanaatleri dolayısıyla çıkarılması ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir.<sup>66</sup> Nitekim, Venedik Komisyonu da ihraç edilen kişiler bakımından böyle bir durumun söz konusu olabileceğini din, inanç ve kanaatleri açıklamanın, bir sendikaya veya derneğe üye olmanın veya çocuklarını belli bir okula göndermenin, AİHS'nin düşünce, inanç ve kanaati düzenleyen 9., ifade özgürlüğünü düzenleyen 10., toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. ve eğitim hakkını düzenleyen AİHS 1 Sayılı Protokol'ün 2. maddesi kapsamındaki haklara dönük müdahale anlamına geleceğini belirtmiştir.<sup>67</sup>

Olağanüstü hal KHK'lerinin önemli bir bölümü ihraç edilen bu kişiler yönünden pasaportlarının iptal edilmesi gerekliliğini öngörmüştür. Ayrıca pasaport iptali yoluyla veya zayi olduğu gerekçesiyle Pasaport Kanunu gerekçe gösterilerek *de facto* Ceza Muhakemesi Kanunu md. 109/3(a)'da düzenlenen ve ancak hâkim veya mahkeme kararı ile verilmesi mümkün 'yurt dışına çıkış yasağı' da fiilen uygulanmış olmaktadır.<sup>68</sup> Bu yasağın, herkesin seyahat hürriyetine sahip olduğunu belirten Anayasa md. 23 hükmüne aykırı olduğu açıktır. Anayasa md. 23'te seyahat hürriyetinin suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek amacıyla kanun ile sınırlanabileceği belirtilmekte-

65 Kaboğlu/Palluel, s. 10.

66 Vogt/Almanya, Başvuru no: 17851/91, 26 Eylül 1995, para. 45-61.

67 Venice Commission, CD-AD(2016)037, s. 25.

68 'İhraç edilen akademisyenlerin pasaport başvurusu kabul edilmiyor', Gazete Duvar (Özle Akarsu Çelik), 2 Kasım 2016, <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2016/11/02/ihrac-edilen-akademisyenlerin-pasaport-basvurusu-kabul-edilmiyor/>, 'OHAL'de akademik eğitim: Pasaport iptal eğitim yasak!', Evrensel (Erdi Tütmez), <https://www.evrensel.net/haber/325448/ohalde-akademik-egitim-pasaport-iptal-egitim-yasak>. (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

dir. Ancak, ihraç edilen pek çok kişi hakkında açılmış bir soruşturma dahi yoktur. Tutuklamanın alternatifi olarak öngörülen bir tedbir olan yurt dışına çıkış yasağının fiili biçimde uygulanması adil yargılanma ilkesinin en önemli görünümünden olan masumiyet karinesinin özüne dokunan bir müdahaledir. Yukarıda belirtildiği üzere, masumiyet karinesi olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin azaltılmayacağı bir kategoriyi oluşturmaktadır. Yine yukarıda belirtildiği üzere, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi md. 4'e ilişkin 29 no'lu Genel Yorum'da masumiyet karinesinin olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin azaltılmayacağı bir kategori oluşturduğu görülmektedir. Bu yönüyle ihraç masumiyet karinesinin de ihlali niteliğindedir.

Nihayet, geçtiğimiz aylarda Türkiye Barolar Birliği'nin Dr. Cenk Yiğiter'i avukatlığa kabul kararının Adalet Bakanlığı tarafından idari yargıya taşınması sırasında ileri sürülen argümanların,<sup>69</sup> ihraç kararının bugüne kadar üzerinde pek durulmayan cezai boyutunu<sup>70</sup> bütün çıplaklığı ile ortaya çıkardığı görülmektedir. Bu nedenle aşağıda ihracın neden bir ceza yaptırımı olarak değerlendirilmesi gerektiği hususunun incelenmesi zorunlu görülmektedir.

#### **4.1. Ceza Yaptırımı Olarak İhraç Kararı**

Böyle bir değerlendirme için öncelikle bütün Olağanüstü KHK'lerinde bulunan kamu personelleri ile ilgili ortak düzenlemelerin bugüne kadar üzerinde daha fazla durulan etkilerini hatırlamakta fayda var. 'Kamu personeli ile ilgili tedbirler' başlıklı bu düzenlemelerde terör örgütlerine üyelik yanında "mensubiyet, iltisak ve irtibat" ile "MGK tarafından Devletin millî güvenliğine karar verilen yapı" gibi büyük ölçüde Terörle Mücadele Kanunu'nda, Türk Ceza Kanunu'nda veya, örneğin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda bulunmayan bazı yeni kategorilerden hareket edilmektedir. Bu yönüyle, söz konusu hükümlerin

69 'Bakanlıktan imzacı akademisyen kararı...'Stajyer bile olamaz', Hürriyet (Mesut Hasan Benli) 2 Ocak 2018, <http://www.hurriyet.com.tr/bakanlik-tan-imzac-i-akademisyen-karari-stajyer-bile-olamaz-40696792>.

70 Önemli bir istisna için bkz., Altıparmak, Kerem, 'OHAL KHK'leri "Sivil Ölüm" mü Demek', *Bianet*, 6 Eylül 2016. <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek>, (Erişim tarihi: Mayıs 2018). Sevdiren, Öznur, 'Kamudan ihraçlar müebbet yasaklılık etkisi doğurabilir mi?', *Gazete Duvar*, 12 Ocak 2018, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2018/01/12/kamudan-ihraclar-muebbet-yasaklilik-etkisi-dogurabilir-mi/> (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

gerek ceza soruşturmaları gerekse de muhtemel bir disiplin soruşturmasının hukukumuzda temel dayanağını oluşturan suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı esasen çok açık. Dahası bu düzenlemeler, yine gerek ceza mevzuatı açısından gerekse de disiplin mevzuatı açısından mevcudiyeti zorunlu adil yargılanma hakkı ile ilgili güvenleri içermeksizin ihraç sonucu öngörmektedir. Anayasa Mahkemesi, 2016 yılı Ağustos ayında ihraç edilen iki eski Anayasa Mahkemesi üyesi ile ilgili verdiği kararda,<sup>71</sup> kamu personeli ile ilgili bu nitelikte bir düzenlemeyi sadece kamu görevinden ihraç ile ilgili bir kriter olarak değerlendirmektedir. Mahkeme'ye göre, bu 'kanaat' cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece meslekte kalmanın uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme niteliğinde.

Gerçekten öyle midir? Hüküm, süre yönünden “bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler” ifadesi ile olağanüstü halin kaldırılmasından sonra da geçerli olacak bir düzenleme öngörüyor. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, Olağanüstü Hal bakımından süre koşulunu dikkate almaksızın bu tedbiri “geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü tedbir” olarak değerlendiriyor.<sup>72</sup>

Bu haliyle söz konusu düzenlemenin “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan *kanunun* suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” ile “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” düzenlemelerini içeren Anayasa md. 38'e aykırı olduğu açık. Keza, Türk Ceza Kanunu md. 2'de yasak olarak öngörülen “(K)anunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbirleri uygulanamaz” ile “(İ)darenin genel düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” ilkelerine aykırı bir düzenleme içeriyor. Çünkü en özet haliyle bu düzenleme, ancak kanun ile düzenlenebilecek bir alanda KHK ile düzenleme getirmekte ve KHK ile düzenleme yaptığı alan bakımından kanunda açıkça tanımlanmayan “kamu görevinden yasaklılık” hükmünün bir adli soruşturma olmaksızın dahi uygulanabileceği varsayımına dayanmaktadır.

Bu haliyle kamudan ihracın bir ceza yaptırımı olarak düzenlendiği ve/veya ceza hukuku açısından sonuç doğurduğu çok açık. Zira, 5237

71 Anayasa Mahkemesi, 2016/6 E. (Değişik iş),2016/12 Karar 4.8.2016, para. 86.

72 *Ibid.*, para. 79.

sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi bir güvenlik tedbiri<sup>73</sup> olarak "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" yaptırımını düzenliyor. Güvenlik tedbiri olarak tavsif edilen hak yoksunluğunun hukuki niteliği ceza hukuku öğretisinde ise tartışmalı bir nitelik arz etmektedir. Alman öğretisinde söz konusu yaptırımın bir nevi 'utanç cezası' olduğu ve kusur prensibi ve önleme düşüncesine dayalı modern ceza rejimi ile bağdaşmadığı, dahası Alman ceza hukukçusu Jakobs'un geliştirdiği düşman ceza hukuku yaklaşımı ile daha uyumlu olduğu düşünülmektedir.<sup>74</sup> Türk ceza hukuku sistematüğinde bir güvenlik tedbiri olarak düzenlendiği açıksa da bu tedbirin esasen ceza mahkûmiyetinin bir sonucu/ek bir ceza olduğu yaygın kabul görmektedir.<sup>75</sup> Yargıtay Ceza

73 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan hak yoksunluğu fer'i ceza olarak düzenlenmişti. Konuya dair bkz., İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih Selami/Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, Beta, 3. Baskı, 2000, s. 144-145. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Yaptırım Hukuku II, Seçkin, Ankara, 2003, s. 133-143.

74 Albrecht, Hans-Jörg, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, in Kindhäuser,Urs/ Neumann,Ulfried/ Paeffgen, Ulrich, Strafgesetzbuch, 5. baskı, 2017 (Beckonline)

Ayrıca bkz., Lackner, Karl/Kühl Kristian, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, 29. baskı 2018 (Beckonline). Stree, Walter/Kinzig,Jörg, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts., Schönke, Adolf/Schröder, Horst, Strafgesetzbuch, 29. baskı, 2014 (Beckonline).

75 Hak yoksunluğunun cezai niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur.

Hafizoğulları'na göre, "...mahiyeti bakımından ihlale tepkiden başka bir şey olmayan, dolayısıyla fer'i ceza olarak adlandırılan hükümlü kişinin belli hakları kullanmaktan mahrum bırakılmasının ceza müeyyidesi değil de güvenlik tedbiri sayılması bir çelişkidir...(B)ir şey, kanunun ifadesi ile "suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu" ise; artık o şey, tehlikelilikle bağlantılı olarak ortaya çıkan güvenlik tedbiri değildir, ama ihlale, yani suça tepki olarak ortaya çıkan ceza yanında, cezaya mahkûmiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer'i cezadır. Böyle olunca, Kanun koyucu, ne her istediğini her istediği yere koyabilir ne de her istediğini istediği şey yapabilir. Ceza hukukunun, tarihinden gelen, yüzyıllar içinde oluşmuş kurumları, kavramları, terimleri bulunmaktadır. Zaruret olmadıkça, kanun koyucular, bunlara saygılı olmak zorundadırlar. Tarihî kanun koyucunun, ör., suya içki demesi, suyu içki yapmaz. Öyleyse, Kanunun, kendisi ile çelişkiye düşerek, ceza mahkûmiyetinin kanunî neticesini emniyet tedbiri sayması, bunların, emniyet tedbiri olmalarını gerektirmez." Hafizoğulları, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cezalargt.doc>, (Yayın tarihi ve sayfa numarası belirtilmemiştir. Erişim tarihi: Mayıs 2018).

"Belli haklardan yoksun bırakılmanın düzenlendiği TCK md. 53, TCK'nın "güvenlik tedbirleri" başlıklı bölümünde düzenlenmesine rağmen, aslında burada güvenlik tedbiri değil, ceza mahkûmiyetinin yasal bir sonucu olarak ek ceza söz konusu olduğu açıktır." Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 637. Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukukunun Genel Hükümleri, 7. baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 666.

Genel Kurulu da bu yönde bir karar vermiştir.<sup>76</sup> Nitekim, karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri ve öğretisinde bu tedbirin bir ceza olduğu görüşü hâkimdir.<sup>77</sup> Konunun bu yönü son derece önemli olmakla birlikte, bu tartışma haliyle bu çalışmanın odağını dağıtma potansiyelini taşımaktadır. Öte yandan, çalışmanın esasını oluşturan kanunilik ilkesinin, Anayasa md. 38'de ve Türk Ceza Kanunu'nda (md. 2) ceza ve güvenlik tedbirleri yönünden benimsenmiş olması karşısında, söz konusu yaptırımın teorik olarak nasıl tavsif edildiğinin sonucu değiştirmeyeceği açıktır. Bu itibarla, konunun dogmatik açıdan tartışmalı yönünün burada vurgulanmasıyla yetinilecek ve TCK md. 53 düzenlemesi, kamudan ihraç yaptırımının cezai niteliğini göstermesi bakımından ceza hukuku yaptırımı olarak esas alınacaktır.

TCK md. 53'e göre kişinin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm olmasının kanuni sonucu olarak "bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten" de yoksun bırakılması söz konusu. Cezası ertelenen kişi yönünden de bu tedbirin uygulanması hâkimin takdirine bırakılmış durumda. Maddenin 2. fıkrasına göre bu tedbire "cezanın infazı tamamlanıncaya kadar" devam edebilir. Madde gerekçesine göre de, hak yoksunluğu süresiz olamaz.

Ceza kanununda kamudan ihracın muadili niteliğindeki TCK md. 53 hükmü ile kamudan ihraç bir dizi yönüyle ortak bir niteliğe sahip ve hatta kamudan ihracın kişi bakımından ömür boyu sürecek bazı sonuçlar bağlandığı anlaşılıyor. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin aksi yorumuna karşın, Olağanüstü Hal düzenlenmelerinde kamu görevlilerine ilişkin tedbir olarak öngörülen "ihraç" cezai bir karakteri bulunan bir tedbir olarak ortaya çıkmaktadır. Zira, ancak bir suçun işlendiğinin sabit olmasıyla hükmolünacak güvenlik tedbiri niteliğinde bir yaptırım

76 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 765 sayılı TCK ile 5237 sayılı TCK'yı karşılaştırdığı bir davada, karşılaştırmaların sonucu olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:

"Görüldüğü gibi 765 sayılı Yasanın 20, 25, 31, 33, 34 ve 35. maddelerinde düzenlenen hak mahrumiyetleri "Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma" başlığı altında yeni sistemde güvenlik tedbiri olarak düzenmiş olup, esasen güvenlik tedbiri olarak adlandırılan ve mahkûmiyetin yasal sonucu bu hak mahrumiyetleri, bu niteliğiyle ek-fer'i ceza niteliğini taşımaktadır." 2006/13 E., 2006/16 K.

77 Bkz. dn. 74.

söz konusudur.<sup>78</sup> Nitekim CMK md. 230 da bu çerçevede cezanın yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunacaksa hükümde yer alması zorunluluğunu düzenlemektedir. Dolayısıyla, suçun fail tarafından işlendiğinin sabit olması ile verilecek bir güvenlik tedbiri kararı, fiili olarak çoğunlukla hakkında bir yargılama yürütülmesi bir yana hakkında hiçbir cezai isnat bulunmayan kişilere karşı uygulanmaktadır. Dahası, Ceza Kanunu md. 53'te söz konusu güvenlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin süre yönünden bir sınırlama söz konusudur. İhraç tedbiri bakımından ise müebbet yasaklılık sonucu bağlanmıştır. Bu hükümle, Cenk Yiğiter örneğinde olduğu gibi ihraç edilen kamu personelinin hiçbir biçimde çalıştırılmamasının önünün açılmak istendiği anlaşılıyor.

Esasen, bu tür bir düzenleme, yukarıda belirtildiği üzere, bir anayasal istisna rejimi bakımından ilk defa gündeme gelmiyor. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nda da benzer bir düzenleme söz konusu idi. Bu tedbir de aslında bir yaptırım sonucu doğuruyordu. Nitekim, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na dayanarak işine son verilen kamu personelinin yeniden kamuda istihdamı ile ilgili Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1989 tarihli kararı<sup>79</sup> "kamu hizmetinden çıkarılma"nın bu yönünü eski ceza kanununda bulunan kamu hizmetinden yasaklılık yaptırımı ile karşılaştırıyor. Son derece önemli olan bu kararda, Kurul, bu 'tedbiri' ceza kanunundaki düzenleme ile karşılaştırıyor ve şu sonuçlara varıyor:

"...Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmış kişilerin belli koşulların oluşması halinde tecil, mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılması, memnu hakların iadesi veya adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi gibi hukuki yollarla yeniden kamu hizmetine girmelerinin mümkün olduğu bir hukuk düzeninde, *kendilerine savunma olanağı verilmemiş ve haklarında suçluluklarına ilişkin herhangi bir yargı kararı bulunmayan kimi vatandaşlar ömür boyu bu baktan yoksun kalacaklar; böylece yargılanmış, suçluluğu hükmen sabit olmuş kişilere göre daha olumsuz bir hukuki durumun içine sokulmuş olacaklardır.* Yine, sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış ve normal yönetim sürecine girilmiş olmasına karşın, yasaklama hükmünün

78 Bkz., Artuk, Mehmet Emin, 'Güvenlik Tedbirleri', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 12, sy. 1-2, 2008, s. 461-492, bkz. s. 474 vd.

79 Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, 1988/6. E., 1989/4 K., 7.12.1989.

sürdürülmesi, ilgililer hakkında toplumda olumsuz değer yargılarına neden olacak, onların manevi kişiliklerini zedeleyecektir. Bu tür bir uygulamanın Türkiye'nin de taraf olduğu ve onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 5 inci, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 3. maddesinde açıklanan 'Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz' kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır.”

Danıştay'ın “bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar” düzenlemesini, AİHS md. 3'te düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olarak gördüğü bu karar bugün açısından son derece önemlidir. Zira, ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı'nda Danıştay, söz konusu ifadenin ancak sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve ancak sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmiştir.

Bugün her ne kadar aksi bir eğilimin baskın olduğu gözlenirse de Olağanüstü Hal KHK'lerinin müebbet etkisi olabilmesinin hiçbir surette mümkün olmaması gerekir. Kaldı ki, Olağanüstü Hal KHK'lerinin bu niteliği konusunda bugünkü siyasal tutumlara rağmen bir mutabakat olduğunu belirtmek gerekir.<sup>80</sup> Burada en az bu soru kadar kritik bir konu ise esasen kamu görevlileri ile ilgili bu tedbirin alınmasının Anayasa md. 15 ve Olağanüstü Hal Kanunu çerçevesinde alınmasının mümkün olup olmadığı meselesidir.

#### **4.2. Olağanüstü Hal Hukukunda Kamudan İhraç Tedbirine Başvurulması Mümkün mü?**

Olağanüstü Hal KHK'leri ile böyle bir düzenleme yapılıp yapılamayacağı, *konu* (olağanüstü halin gerekli kıldığı konular), süre ve ölçülülük gibi pek çok mesele ile ilgilidir. Olağanüstü Hal KHK'leri ile suç ve ceza ihdas eden düzenlemeler yapılıp yapılamayacağı da buradaki pek çok sorundan sadece bir tanesidir.<sup>81</sup> Ancak, konu, süre, ölçülülük kıstasları ile birlikte konunun Olağanüstü Halin temel hak ve özgürlüklere ilişkin asgari standartları açısından tartışma konusu dahi olmaması gereken bir alana temas ettiği hususunun özellikle altının çizilmesi zo-

80 Aktaran, Gözler 2017, s. 17.

81 Can/Şimşek Aktaş, s. 13-43; konuya dair farklı bir değerlendirme için Türay, Aras, 'Maddi Ceza Hukukunun Yeni Kaynağı: OHAL KHK'leri', Güncel Hukuk, sy. 166, s. 56-58, 2017.

runlu görünmektedir. Soru en yalın hali ile şudur: Cezai karakteri haiz bir normun, bir KHK düzenlemesi ile geçmişe yürür bir şekilde düzenlenmesi hukuk devletinde kabul edilebilir mi?

Yukarıda kimi detaylarıyla tartışıldığı üzere, Anayasa'nın olağanüstü hallerle ilgili 15. maddesinin de dayanağını oluşturan AİHS 15. madde, olağanüstü hallerde “yükümlülüklerin azaltılması”<sup>82</sup> bağlamında asgari standartları belirtmektedir. AİHS 15. madde ise, olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi bakımından “savaş veya ulusun varlığını tehdit eden bir genel tehlike”nin mevcudiyetini ön şart olarak belirttikten sonra, olağanüstü hallerde dahi taraf devletlere ‘durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde’ hareket etme zorunluluğu getirerek, ölçülülük ilkesini olağanüstü haller yönünden de açıkça vurgulamaktadır. Aynı şekilde, taraf devletlerin ‘uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemesi’ de zorunlu. AİHS md. 15, olağanüstü hallerde dahi sınırlandırılması mümkün olmayan hak kategorilerini istisna tutmaktadır. Bu kategoriler, yaşam hakkı, işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı, zorla çalıştırma yasağı ve suçta ve cezada kanunilik ilkesidir.

Yine yukarıda belirtildiği üzere, Anayasa 15. madde ise, aykırı düzenleme yapılması olanağı bulunmayan temel hakların çekirdek kategorisi içinde savaş hukukuna uygun filler sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkının korunmasını, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamamasını, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamamasını ve bunlardan dolayı suçlanamamasını; suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesini ve suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağına ilişkin hakları saymaktadır.

Keza, BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin olağanüstü durumda yükümlülük azaltma ile ilgili 4. maddesinde de, ölçülülük ve uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle aykırı olmama şartının yanında “ırk, renk, cinsiyet, dil, din toplumsal köken” gibi nedenlerle ayrımcılık yapılmaması koşulunu ayrıca ve açıkça belirtildikten sonra yaşam hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı (md. 8/1, 2. fıkralar),

82 Bkz., Doğru, Osman, *Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 87, Şirin, 2016.

borç nedeniyle hapis yasağı, suçta ve cezada kanunilik ilkesi, kişi olarak tanınma hakkı ile düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına ilişkin yükümlülükleri azaltmanın mümkün olmadığı öngörülmüyor.

#### 4.3. Kanunilik İlkesinin İhlali Olarak İhraç Yaptırımı

Dolayısıyla gerek Anayasa, gerek Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşmeler, kısmen farklılaşmakla birlikte suçta ve cezada kanunilik ilkesine özel bir önem atfetmektedir. AİHM'nin pek çok kararında, Sözleşme'deki koruma mekanizmaları açısından kanunilik ilkesinin önemli bir yere sahip olduğunu, taraf devletlerin bu hükümle ilgili yükümlülüklerin azaltılması yoluna gidememesinin, Sözleşme'nin 7. maddesinin hukuken üstünlüğü ilkesi açısından önemini ortaya koyduğu gözlemlenebilir.<sup>83</sup>

AİHM içtihadını bu bağlamda değerlendirdiğimizde bazı sonuçların altının çizilmesi zorunlu. Birincisi, AİHM, kanunilik ilkesinin konusu ve amacının keyfi soruşturma, mahkûmiyet ve cezalandırma açısından etkili güvenceler yaratmak olduğunun altını çizmektedir.<sup>84</sup> Mahkemeye göre, Sözleşme'deki 'suç isnadı'<sup>85</sup> ve 'ceza' kavramları özerk kavramlardır, zira Mahkeme iç hukuktaki nitelemelerle bağlı değildir. AİHM'ye göre, 7. maddenin etkili bir koruma sağlayabilmesi için Mahkeme'nin görünümüne değil, esasa girerek bir değerlendirme yapması gereklidir.<sup>86</sup> AİHM, suç olarak nitelendirilen bir fiile ilişkili olarak 'cezanın' uygulanmasını, başka bir deyişle suç isnadının, bir başlangıç noktası olabileceğini ancak bunun yegâne kıtas olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Nitekim, Mahkeme iç hukuk sisteminde disiplin suçu olarak tanımlanan bir fiilin de ceza olarak kabul edilebileceğini daha 1976 yılında Hollanda'ya karşı verdiği *Engel ve diğerleri* kararında kabul etmiştir.<sup>87</sup> Almanya ile ilgili bir kararında ise AİHM trafik düzeni ile ilgili

83 Varvara/İtalya, Başvuru no: 1745/09, 29 Ekim 2013, para. 52, S. W./Birleşik Krallık, Başvuru no: 20166/92, 22 Kasım 1995, para. 34.

84 Varvara/İtalya, para. 52, S.W./Birleşik Krallık, para. 34, Kafkaris/Kıbrıs, Başvuru no: 21906/04, 12 Şubat 2008, para. 137.

85 Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru no:5100/71 vd., 8 Haziran 1976, para. 82, Jussila/Finlandiya, Başvuru no: 73053/01, 23 Kasım 2006, para. 30, Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık, Başvuru no: 39665/98 ve 40086/98, 9 Ekim 2003 para. 86.

86 Welch, para. 27, Coëme vd./Belçika, Başvuru no: 32492/96, 22 Haziran 2000, para. 145. Kafkaris para. 139.

87 Engel ve Diğerleri/Hollanda, para. 80-85.

idari para cezasını gerektiren kabahat bakımından da ‘suç isnadı’nın bulunduğunu kabul etmiştir.<sup>88</sup> Anayasa Mahkemesi de AİHM’nin bu yaklaşımı ile paralel bir tutum sergilemektedir.<sup>89</sup>

AİHM’ye göre, bu bakımdan ‘suç ithamı’ ile ilgili yapılacak incelemede, suçun niteliği ve muhtemel cezanın niteliği ve ağırlığı dikkate alınacaktır. Mahkeme, sözü edilen kriterleri, kümülatif bir biçimde değil ayrı ayrı dikkate almaktadır.<sup>90</sup> Yapılan değerlendirme neticesinde kesin bir sonuca ulaşılamaması durumunda, Mahkeme, her iki kriterin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İkincisi, ‘ceza’ kavramının nasıl tanımlandığı konusunda ise AİHM’ye göre, tedbirin niteliği ve amacı, ulusal hukukta nasıl tanımlandığı, bu tedbirin kabulüne ilişkin usulü, icrası ve ağırlığı da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılacaktır.<sup>91</sup> Son olarak belirtmek gerekir ki, AİHM, Sözleşme kapsamında korunan bir hakka dönük müdahale bakımından müdahalenin mutlaka makul biçimde öngörülebilir ve erişilebilir olan bir yasal düzenleme ile yapılmasını zorunlu görmektedir.<sup>92</sup> Nitekim, AİHM, Doğru Avrupa ülkelerindeki arındırma (*lustration*) uygulamalarını incelediği bazı davalarda başvuruyu “cezai isnat” kapsamında değerlendirmiştir.<sup>93</sup> Bu

88 Öztürk/Almanya, Başvuru no: 8544/79, 21 Şubat 1984, para. 50-56.

89 Bir suç isnadından söz edebilmek için AİHM’nin “eylem için öngörülen cezanın ağırlığı ve amacı”nın da değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, Anayasa Mahkemesi “son iki kriter özellikle disiplin hukuku alanına ait cezalar söz konusu olduğunda önem arz etmektedir. Zira bu kriterlere göre yapılacak değerlendirme sonucunda ulusal mevzuatta suç olarak düzenlenmemiş olan disiplin cezasına konu olan kimi eylemlerin cezai anlamda suç ve bu eylemler sebebiyle yapılan isnatların da suç isnadı olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Bu bağlamda disiplin hukuku çerçevesinde yapılan bir isnadın cezai anlamda bir suç isnadı olup olmadığının belirlenmesinde disiplin cezasının belirli bir grubu mu yoksa herkesi mi bağladığı, caydırma ve cezalandırma amacı taşıyıp taşımadığı, ilgili suçun ceza hukukunda yer alan suçlarla benzerlik taşıyıp taşımadığı, uygulanan usullerin ceza hukuku alanındaki yargısal usullere benzeyip benzemediği gibi faktörler dikkate alınabilir.

33. Buna göre cezai anlamda suçun herkes tarafından işlenebilmesi mümkün iken genellikle bir kurumun iç işleyişiyle ilgili olan disiplin suçları, yalnızca belli sığa sahip kişiler tarafından işlenebildiğinden yalnızca belli bir grubu bağlar ve bu nedenle cezai anlamda suç niteliği taşımazlar. Öte yandan disiplin hukuku çerçevesinde uygulanan bir yaptırımın ciddi şekilde hürriyeti bağlayıcı bir ceza olması durumunda mevzuatta disiplin suçu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen cezai anlamda bir suçun mevcut olduğu kabul edilebilir.” B.Y.Ç., Başvuru NO.2013/4554, 15.12.2015.

90 Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık, para. 86.

91 Welch/Birleşik Krallık, para. 28.

92 Cantoni/Fransa, Başvuru no: 17862/91, 11 Kasım 1996, para. 29, Kafkaris/Kıbrıs, para. 140, Coëme vd./Belçika, para. 145.

93 *Matyjek/Polonya*, 38184/03, 30.5.2006, kabul edilebilirlik kararı; *Bobek/Polonya*, no. 68761/01,

sonuca vardığı Polonya ile ilgili kararında muhakeme usulü, işlenen suçun niteliği ve cezanın ağırlığı kriterlerini dikkate almıştır. Komünist geçmişi ile ilgili yalan söylemekle itham edilen kişilerin 10 yıla kadar kamu hizmetinden ve seçilme hakkından mahrum bırakılmasını AİHM cezai isnat kapsamında değerlendirilmiştir.

Konu ile ilgili AİHM içtihadının da işaret ettiği üzere, Olağanüstü Hal KHK'leri düzenlemelerinde ihraç kararı, niteliği ve sonuçları itibarıyla cezai nitelikte bir düzenlemedir. Zira, 'kamu personeline ilişkin tedbirler' başlığı altında suç ithamı yönü ağır basan bazı fiillere ilişkin olarak mahkûmiyet kararı olmaksızın bir ihraç sonucu öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin lafzı bu tedbirin cezai niteliğini açıklıkla ortaya koymaktadır. Dahası, böyle bir ihraç Olağanüstü Hal KHK'leri çerçevesinde kamu hizmetinden müebbet yasaklılık sonucu doğurmaktadır ki böyle bir sonuç Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde dahi düzenlenmiş değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi, bu durumun Olağanüstü Hal ile bağlantılı olarak kamu personelinin istihdamı ile ilgili bir sorun olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Ne var ki, söz konusu Olağanüstü Hal KHK'lerinin ve konuyu yeniden düzenlemesine rağmen uygulanmayan 6479 sayılı Kanun ile muhatapları açısından ilgili düzenlemeden önce öngörülmesi mümkün olmayan cezai nitelikte sonuçlar doğurmaktadır.

Yine, ihraç yaptırımının dayanağını oluşturan terör örgütüne iltisak ve irtibat kavramları AİHM içtihadında sıklıkla vurgulandığı üzere 'erişilebilir' ve 'öngörülebilir' olmaktan uzaktır. Böyle bir düzenleme hukuki olarak nasıl tavsif edilirse edilsin cezai bir niteliği haiz olduğu açıktır.

Bu bakımdan ihraç yaptırımının uygulanması açısından gerek suç gerekse de cezada kanunilik ilkesi yönünden geniş çaplı bir anayasa ihlali söz konusudur. Yine, bu suretle Anayasa md. 15'te belirlenen temel hak ve özgürlüklerin asgari çerçevesinde bulunan ve Anayasa md. 38'te düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi yönünden geriye yürüme yasağı da ihlal edilmiş olmaktadır. Nitekim, bu yasak Türki-

---

24.10. 2006. Bkz, Venice Commission, CDL-AD(2016)037, Altıparmak, Kerem/Akdeniz, Yaman, OHAL Komisyonu Karar Vermeye Başlıyor: Ama Nasıl? , 19 Eylül 2017, [http://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/OHAL\\_Komisyonu\\_Nasil\\_Karar\\_Verecek.pdf](http://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/OHAL_Komisyonu_Nasil_Karar_Verecek.pdf) (Erişim tarihi: Mayıs 2018).

ye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmelerinde olağanüstü hallerde dahi korunan çekirdek kategori içindedir. Dolayısıyla, ihraç yaptırımı bu yönden uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine açıkça aykırı bir görünüm arz etmektedir. Bu yönüyle, Olağanüstü Hal KHK'leri ile Olağanüstü Hal Kanunu'ndaki tedbirleri aşan ve bir ceza normu ihdas eden bu tedbirin süresiz ve geçmişe dönük uygulanmasının Olağanüstü Hal ile ilgili asgari çerçeve gözetildiğinde bu normatif çerçeve ile çatışma halinde olduğunu bir kez daha belirtmek gerekir.

### **Sonuç**

Olağanüstü hal bir anayasal istisna rejimidir. Öğreti ve uygulamadaki baskın görüşe göre, Anayasa md. 15 ve Türkiye'nin taraf olduğu insan hak ve özgürlüklerine ilişkin sözleşmeler olağanüstü halde uygulanabilecek tedbirlerin çerçevesini çizmektedir. Bu çerçevede olağanüstü halde alınacak tedbirler, olağanüstü hal ile konu, amaç, süre yönünden sınırlıdır ve her halükarda ölçülülük ilkesine aykırı biçimde ve Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler ve uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı bir biçimde öngörülmesi mümkün değildir. Kamudan ihraç yaptırımı, sadece bu çerçeve düşünüldüğünde dahi olağanüstü halin hukuksal çerçevesi ile çatışma halindedir. Öte yandan Türkiye'de ihraç yaptırımı, olağanüstü hallerde dahi yükümlülüklerin azaltılmasına gidilemeyecek iki kategori ile doğrudan doğruya ilişkilidir. Bu kategoriler suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile masumiyet karinesidir. Hâlihazırda, söz konusu yaptırım yönünden hak arama yolları etkili bir biçimde işlemediğinden söz edilemez. Aksine, Danıştay, İdare Mahkemeleri, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemeleri bu yaptırımı muhtelif nedenlerle incelemeyi reddederek bu idari tedbiri *de facto* bir hükme dönüştürmüştür. 685 sayılı KHK ile kurulan Olağanüstü İşlemlerini İnceleme Komisyonu da etkili bir başvuru yolu olmaktan uzak görünmektedir. Öte yandan, olağanüstü hal tedbirlerinin büyük ölçüde kanunlaşmış olması da durumu hukuksal açıdan çözümü güç bir meseleye bırakmıştır. Kamu görevinden ihraca bağlanan müebbet yasaklılık etkisi ile yaptırımın özüne dokunduğu haklar ile düşünüldüğünde de her halükarda hukuksal denetimin süratli bir biçimde işleminde yarar bulunmaktadır.

## KAYNAKÇA

- Albrecht, Hans-Jörg, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, in Kindhäuser,Urs/ Neumann,Ulfried/ Paeffgen, Ulrich, Strafgesetzbuch, 5. baskı, 2017 (Beckonline).
- Altıparmak, Kerem, 'Ölü Doğan Çocuk: 685 sayılı KHK ile Kurulan OHAL Komisyonu', Ankara Barosu Dergisi, sy. 1, 2017, s. 69-88.
- Altıparmak, Kerem, 'OHAL KHK'leri "Sivil Ölüm" mü Demek', *Bianet*, 6 Eylül 2016. <https://m.bianet.org/bianet/siyaset/178496-ohal-khk-leri-sivil-olum-mu-demek>, (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Altıparmak, Kerem/Akdeniz, Yaman, OHAL Komisyonu Karar Vermeye Başlıyor: Ama Nasıl?, 19 Eylül 2017, [http://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/OHAL\\_Komisyonu\\_Nasil\\_Karar\\_Verecek.pdf](http://privacy.cyber-rights.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/OHAL_Komisyonu_Nasil_Karar_Verecek.pdf) (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Altıparmak, Kerem/Demirkent, Dinçer/Sevinç, Murat, 'Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk: OHAL KHK'si ile bir erkeği kadın, kadını erkek yapamazsınız!', Olağanüstü Hal ve Uygulamaları Bilgi Notu 2, İnsan Hakları Ortak Platformu, [http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Atipik-OHAL-KHKleri\\_II-1.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Atipik-OHAL-KHKleri_II-1.pdf), 27 Nisan 2018 (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Artuk, Mehmet Emin, 'Güvenlik Tedbirleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 12, sy. 1-2, 2008, s. 461-492.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Ahmet Caner, Yaptırım Hukuku II, Seçkin, Ankara, 2003.
- Boyar, Oya, 'Olağanüstü Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi', in İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara, s. 97-111.
- Can, Osman/Şimşek Aktaş, Duygu, 'Olağanüstü Hal Döneminde Kanun Hükümünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Üzerine', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 23, sy. 1, s. 13-43.
- Çelik, Abdullah, Adil Yargılanma Hakkı Rehberi, Anayasa Mahkemesi, Ankara, 2014.
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, c.1, Avrupa Konseyi, (Pozitif Matbaa), Ankara, 2013.
- Doğru, Osman, *Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, On İki Levha, İstanbul, 2010.
- Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 15 Temmuz

- 2016 Başarısız Darbe Girişimi Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş' (9-10 Aralık 2016), CDL-AD (2016)037, [http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116\\_venediktercume.pdf](http://d.barobirlik.org.tr/2017/20170116_venediktercume.pdf),
- Hafizoğulları, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, <http://www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cezalargt.doc>, (Yayım tarihi ve sayfa numarası belirtilmemiştir. Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoglu, Fatih Selami/Ünver, Yener, Yaptırım Teorisi, Beta, 3. Baskı, 2000, s. 144-145.
- İnsan Hakları Ortak Platformu (İHOP); 21 Temmuz 2016-20 Mart 2018 Olağanüstü Hal Uygulamaları, Güncellenmiş Durum Raporu, 17 Nisan 2018, [http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC-Hal\\_17042018.pdf](http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2018/04/Ola%C4%9Fan%C3%BCst%C3%BC-Hal_17042018.pdf) (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Eğitim-Sen, 'OHAL ve KHK'lerin Eğitim Emekçilerine ve Akademiye Etkileri', *Güncel Hukuk*, sy. 166, s. 46-48, 2017.
- Gözler, Kemal, '15 Temmuz Kararnameleri, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejiminin İfsadı Hakkında Bir İnceleme', <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf> (17 Şubat 2017) (Erişim tarihi: Mayıs 2018)
- Gözler, Kemal 'Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 47, sy. 4, 1990, s. 561-590.
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi: Cilt 2, Bursa, Ekin, 2011, s. 556-559,
- Günday, Metin, OHAL, 'İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 75, sy. 1, s. 29-38. 2017.
- İnceoğlu, Sibel, 'Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi', in İnceoğlu, Sibel İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Şen Matbaa, Ankara, 2013.
- İnceoğlu, Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul, 2002.
- Kaboğlu, İbrahim Özden, 'OHAL İnceleme Komisyonu, kısımları meşrulaştırma aracı mı?', *Birgün*, 25 Mayıs 2017.
- Kaboğlu, İbrahim Özden/Palluel, 'İnsan Hakları Avrupa Hukuku Bağlamında Türkiye'de Olağanüstü Hal', *Suç ve Ceza*, s. 1-24, sy. 1, 2018, s.10 vd.
- Karan, Ulaş, 'Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal: Kriz Zamanların-

- da İnsan Hakları, *İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi*, 5 Aralık 2016,  
<http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/blog/olaganlastirlmamas-gereken-olaganustu-hal-kriz-zama/>, (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Lackner, Karl/Kühl Kristian, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts, 29. baskı 2018 (Beckonline).
- Metin, Yüksel, Temel Hakların Sınırlandırılması ve Ölçülülük: Ölçülülük İlkesi Evrensel Bir Anayasal İlke midir?, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD), c. 7, sy. 1-74, 2017.
- Öden, Merih, 'Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Anayasa'ya Uygunluğunun Yargısal Denetimi', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 58, s. 3, s. 659-691.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukukunun Genel Hükümleri, 7. baskı, Seçkin, Ankara, 2016.
- Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜ SBF Yayınları, Ankara, 1982.
- Stree, Walter/Kinzig,Jörg, STGB § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts., Schönke, Adolf/Schrönder, Horst, Strafgesetzbuch, 29. baskı, 2014 (Beckonline).
- Schreuer, Christoph, 'Derogation of Human Rights in Situation of Public Emergency: The Experience of the European Convention on Human Rights', The Yale Journal of World Public Order, c. 9., sy. 113, 1982, s. 113-132.
- Sevdiren, Öznur, 'Kamudan ihraçlar müebbet yasaklılık etkisi doğurabilir mi?', Gazete Duvar, 12 Ocak 2018, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2018/01/12/kamudan-ihraclar-muebbet-yasaklilik-etkisi-dogurabilir-mi/> (Erişim tarihi: Mayıs 2018).
- Şirin, Tolga, '1982 Anayasası'na Göre Temel Hak ve Özgürlüklerin Olağanüstü Hal Rejimi: Eski Kavramlara Yeniden Bakmak', Anayasa Hukuku Dergisi, c. 5, s. 10, s. 475-525.
- Türey, Aras, 'Maddi Ceza Hukukunun Yeni Kaynağı: OHAL KHK'leri', Güncel Hukuk, sy. 166, s. 56-58, 2017.
- Uyar, Lema, 'Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları: İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.



# NEFRET SÖYLEMİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ARASINDAKİ İLİŞKİYE YÖNELİK GÖRÜŞLERİN KISA BİR DEĞERLENDİRMESİ

Aras Türay\*\*

## ÖZET

Nefret söyleminin temelinde düşünce açıklamalarının bulunması, nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi tartışmalı bir hale getirmektedir. Doktrinde birçok görüş ileri sürülmüşse de nefret söylemi ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyle ilgili görüşleri iki başlık altında incelemek mümkündür. Bu ilişkinin belirlenmesi bakımından, birinci görüş nefret söyleminin ifade özgürlüğünün kapsamında olduğu, ikinci görüş ise nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı şeklindedir. Bunlardan birincisi, kişilerin kendilerini ve kültürlerini ifade edebilmeleri için nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olması gerektiğini savunmaktadır. İkinci görüş ise eşitliğin sağlanması ve nefret söyleminin zararlı etkilerinin önlenmesi gerekliliğine dayanmaktadır<sup>1</sup>. Belirtmek gerekir ki konuyla ilgili güncel bir karma teori de Eric Heinze tarafından ortaya atılmıştır. Aşağıdaki çalışmada nefret söylemi ve ifade özgürlüğü arasındaki ilişkideki temel iki görüş ve karma teori incelenmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Nefret, Ayrımcılık, Eşitlik, Nefret Söylemi, İfade Özgürlüğü, Otonomi

\* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/05/2018. İlk hakem raporu tarihi: 13/06/2018. İkinci hakem raporu tarihi: 17/06/2018.

\*\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, aras.turay@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8104-6101.

1 Bu tartışmayla ilgili daha ayrıntılı inceleme için bkz. TÜRAY, Aras; Nefret Söylemi Boyutuyla Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara 2016.

## A BRIEF EXAMINATION OF THE VIEWS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN HATE SPEECH AND FREEDOM OF EXPRESSION

### ABSTRACT

Existence of opinions at the heart of hate speech leads to a debate on the relationship between hate speech and freedom of expression. Although there are considerably many views have been declared about this subject, it is possible to classify these views under two main headings. From the viewpoint of determining this relationship, the first view is that hate speech is covered by freedom of expression, and the second view is that hate speech is not covered by freedom of expression. The first of these views justifies its opinion on the value of freedom of speech in order to people to express of themselves and their culture. The second view is based on the need of ensuring equality and preventing the harmful effects of hate speech. It should be noted that a recent hybrid theory on the subject has been put forward by Eric Heinze. In this study, two main views on the relationship between hate speech and freedom of expression and the hybrid theory will be examined.

**Keywords:** Hate, Discrimination, Equality, Hate Speech, Freedom of Expression, Autonomy

### I. Nefret Söylemi Kavramı

Nefret söylemine ilişkin kabul edilmiş genel geçer bir tanım bulunmamaktadır. Nefret söyleminin birbirinden oldukça farklı boyutlarının olması, kavramın tanımlanmasını güçleştirmektedir. Buna karşın uluslararası hukuk mekanizmaları ve bazı yazarlar tarafından yapılan tanımlar mevcuttur. Bunların başında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yaptığı tanım gelmektedir. Bakanlar Komitesi tarafından 30 Ekim 1997 tarihinde kabul edilen R (97) 20 sayılı tavsiye kararında<sup>2</sup> nefret söylemi, "azınlıklara, göçmenlere veya göçmen kökenlilere karşı saldırgan milliyetçilik veya etnik merkezîyetçilik, ayrımcılık ve düşmanlık içerenler

---

2 Bakanlar Komitesinin 30 Ekim 1997 tarihli ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararı için bkz. [https://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/mars/source/resources/references/04%20-%20CM%20Rec\(97\)20%20Hate%20Speech.pdf](https://www.coe.int/t/dg4/cultureheritage/mars/source/resources/references/04%20-%20CM%20Rec(97)20%20Hate%20Speech.pdf) (son erişim 07/04/2018).

de dahil olmak üzere, yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, antisemitizm veya hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik veya teşvik eden veya haklı gösteren her türlü ifade biçimi” olarak tanımlanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çeşitli kararlarında bu tanıma atıf yapmıştır<sup>3</sup>. Mahkeme ayrıca Gündüz v. Türkiye kararında nefret söylemini, “demokratik bir toplumda hoşgörüsüzlüğe tahrik eden, hoşgörüsüzlüğü yayan, savunan veya mazur gösteren her türlü ifade” olarak tanımlamıştır<sup>4</sup>. Bununla birlikte Mahkemenin, nefret söylemine ilişkin sınırlayıcı bir tanım yapmaktan ve devletlerin yapmış olduğu tanımlamaları kullanmaktan ziyade, özerk kavramlar doktrini<sup>5</sup> çerçevesinde nefret söylemine ilişkin bir değerlendirme yaptığı görülmektedir<sup>6</sup>. Matsuda nefret söylemini, “ırksal bir üstünlüğe dayanan, tarihsel süreç içerisinde baskı altına alınmış, mazlum bir gruba yönelik, eziyet veren, nefret içeren ve onur kırıcı ifadeler” şeklinde tanımlamaktadır<sup>7</sup>. Bir diğer tanımda nefret söylemi, “bir kişi veya grubun temel özellikleri nedeniyle hedef alındığı önyargılı, düşmanca ve kötü niyetli ifadeler” olarak geçmektedir<sup>8</sup>. Bir başka tanımda ise nefret söyleminin, ırkı, etnik kökeni, cinsiyeti, dini, ulusu, cinsel yönelimi gibi temel özellikleri nedeniyle bir gruba mensup olan kişiye karşı nefreti açıklayan, teşvik eden, kışkırtan veya tahrik eden ifadeler olduğu belirtilmiştir<sup>9</sup>. Smolla ise nefret söylemini “genel olarak ırk, etnik köken, din ve seksüel yönelim veya tercih temelindeki saldırgan ifadeler” olarak tanımlamış-

- 3 **KARADENİZ, Serra;** “Nefret Suçunun Fail – Mağdur ve Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi” Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 3 - 4, s. 43.
- 4 Gündüz v. Turkey, Başvuru No. 35071/97, Tarih: 14/06/2004, para. 40.
- 5 Özerk kavramlar doktrini çerçevesinde hukuki kavramlar, ilgili devletin ulusal hukukunda aynı kavramlara verilen anlamlara göre yorumlanmamakta, bunun yerine Sözleşme kapsamında özerk bir anlam taşıdığı kabul edilerek nitelendirilmektedir. Bu konuyla ilgili bkz. **HARRIS, David/O’BOYLE, Michael/BATES, Ed/BUCKLEY, Carla;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çev. **BİNGÖLLÜ KILCI, Mehveş/KARAN, Ulaş**), Oxford 2009, s. 17.
- 6 **ŞAHİNKAYA, Yalçın;** Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suları, Ankara 2016, s. 8.
- 7 **MATSUDA, Mari;** “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, Words That Wound (Edit. **MATSUDA, Mari J./ LAWRENCE, Charles R./ DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimbelé Williams**), Amerika Birleşik Devletleri 1993, s. 36.
- 8 **COHEN ALMAGOR, Raphael;** “Fighting Hate and Bigotry on the Internet”, Policy & Internet, Vol. 3, Issue: 3, Article: 6, Yıl: 2011, s. 1.
- 9 **PAREKH, Bhikhu;** “Is There a Case for Banning Hate Speech?”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 40.

tır<sup>10</sup>. Nefret söylemi bir diğer tanımda “ırkı, cinsel veya dinsel karakteristikleri nedeniyle kişi veya grupları hedef alarak onların saygınlığını ve onurunu reddeden ifadeler” şeklinde kaleme alınmıştır<sup>11</sup>. Kavramı ayrımcılıkla bağdaştıran bir tanıma göre nefret söylemi, ayrımcılığın, söylem yoluyla bir tür saldırıya dönüşme halidir<sup>12</sup>. Benzer bir görüşe göre nefret söylemi, söylemin ırk, din, etnik kimlik ve cinsel yönelimi hedef alarak saldırı amaçlı kullanımı olarak basitçe tarif edilebilecektir<sup>13</sup>. Nefret söyleminin “ayırıcı etiketlerle ırk, cinsiyet, cinsel yönelim veya diğer grupsal özelliklerinden bahisle kişilere hakaret etmek veya kişileri aşağılamak” anlamına geldiği de belirtilmiştir<sup>14</sup>. Bir diğer tanımda ise nefret söylemi “belirli özellikleri ile tanımlanan gruplara yönelik beslenen öyargı ve nefret kaynaklı bu gruplara ve bunların üyelerine yönelik aşağılama, hakaret etme, alay etme, kötüleme, küçümseme içeren incitici ve saldırganlık içeren sözel ve görsel bütün ifade formları” şeklinde kabul edilmiştir<sup>15</sup>.

Kanaatimizce nefret söylemi, ırk, din, mezhep, ten rengi, dil, ulusal veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve benzeri özelliklerinden bahisle, bir kişi veya grup aleyhine nefrete veya düşmanlığa tahrik eden, abartma, çarpıtma ya da iftirada bulunma suretiyle hoşgörüsüzlüğü yayan, aşağılayan veya doğal bir kimlik ögesini aşağılama unsuru olarak simgeleştiren yahut belirli grupların zarar gördüğü tarihsel olayları reddeden, basitleştiren veya meşru gösteren ifadelerdir. Bize göre bir düşünce açıklamasının nefret söylemi teşkil edebilmesi bakımından taşıması gereken başlıca üç unsur bulunmalıdır. Bunlardan birincisi, nefret söylemi belirli özellikleri nedeniyle bir kişi veya gruba yönelik olması, ikincisi kişi veya grubun sahip olduğu özellikleri

- 
- 10 **SMOLLA, Rodney A.**; “Academic Freedom, Hate Speech, and the Idea of a University”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 53, No. 3, Yıl: Bahar 1990, s. 195.
  - 11 **MAHONEY, Kathleen E.**; “Speech, Equality, and Citizenship in Canada”, *Common Law World Review*, Vol. 39, Issue: 1, Yıl: 2010, s. 70.
  - 12 **ÇINAR, Mahmut**; “Habercilik ve Nefret Söylemi”, *Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar* (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013, s. 137.
  - 13 **SÖZERİ, Ceren**; “Yazılı Basında Nefret Söylemi ve Mücadele Yolları”, *Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları* (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012, s. 205.
  - 14 **BRINK, David O.**; “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, *Legal Theory*, Vol. 7, Issue: 02, Yıl: June 2001, s. 119.
  - 15 **USLU, Cennet**; “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Sayı: 38, Ekim 2013, s. 188.

olumsuz olarak nitelendirilmesi ve nihayet üçüncüsü olumsuz olarak nitelendirilen bu özellikleri nedeniyle kişi veya grubun varlığı hoş karşılanmaması ve düşmanlığa maruz kalması meşrulaştırılmasıdır<sup>16</sup>. İlk iki unsur, nefret söyleminin temelinde ayrımcılığın bulunduğunu göstermekteken<sup>17</sup>, son unsur ayrımcı herhangi bir düşünce açıklaması ve nefret söylemi arasındaki farkın belirginleştirilmesi bakımından etkili olacaktır. Gerçekten de nefret söylemlerinin, ayrımcı herhangi bir ifadeden farklı olarak, abartma, çarpıtma, iftira, aşağılama, nefrete, düşmanlığa veya şiddete tahrik etme, doğal bir kimlik ögesini aşağılama unsuru olarak simgeleştirme şekillerinde ortaya çıkabilecektir<sup>18</sup>. Yine nefret söylemi soykırım, insanlığa karşı suçlar ve simgeselleşmiş nefret suçları gibi tarihsel olguların reddi, basitleştirilmesi, meşru gösterilmesi şeklinde de ortaya çıkabilecektir<sup>19</sup>.

## II. Nefret Söylemi ve İfade Özgürlüğü

### A. Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Olduğu Yöündeki Görüşler

Nefret söyleminin, ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yönündeki görüşe mensup olanlar, argümanlarını genellikle ifade özgürlüğünün önemi üzerine kurmakta ve sınırlandırılmasına ilişkin kaygılarını ileri sürmektedir. Örneğin Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği (*American Civil Liberties Union*) eski başkanı Strossen'e göre nefret söylemlerinin azınlıklar üzerinde olumsuz etkileri olabilir. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, hak mücadeleleri, eşcinsel haklarının gelişimi ve kadın hareketleri gibi birçok tarihsel mücadelenin temelindeki itici gücü ve ruhu oluşturmuştur. Bu nedenle ifade özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle bir

16 **PAREKH**; s. 40, 41. Matsuda'nın görüşleri de benzer niteliktedir. Matsuda da ırkçı söylem (*racist speech*) ve ırkçı olmayan söylem (*nonracist speech*) arasındaki farklarda benzer unsurlardan yararlanmışır. Yazar ırkçı söylemi, ırkçılıktan, nefretten ve önyargıdan daha kapsamlı bir kavram olarak nitelendirmiş ve ırkçı söylemin saldırgan nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir. Bu söylemlerin ırksal bir üstünlük görüşüne dayanması, mazlum bir gruba yönelik olması ve eziyet veren, nefret içeren ve onur kırıcı nitelikte olması şeklinde üç unsurun aranması gerektiğini belirtmiştir. Bu konuyla ilgili bkz. **MATSUDA**; s. 36.

17 Nefret söyleminin ayrımcılık temelli hoşgörüsüzlüğün bir ifade biçimi olduğunu belirterek benzer yönde bir yorum yapmaktadır. Bkz. **ŞAHİNKAYA**; s. 16; **APİŞ, Özge**; Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları, Ankara 2017, s. 301.

18 Benzer doğrultuda **SÖZERİ**; s. 209.

19 Bu konuyla ilgili daha kapsamlı bilgi için bkz. **TÜRAY**; s. 28 – 35.

çözüme ulaşılamayacaktır<sup>20</sup>. Nefret söyleminin, ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yönündeki görüşe mensup yazarlar görüşlerini özellikle Özgürlük Üzerine (*On Liberty*) adlı eserinde John Stuart Mill tarafından geliştirilen Millci teoriye<sup>21</sup> dayandırmaktadır. Millci teori, temelde ifadenin, yalnızca yol açabileceği zararlar nedeniyle sınırlandırılabilceği argümanı üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla burada da mutlak bir serbestiden bahsedilmemektedir. Ancak bir ifadenin zarar verici olup olmadığı, düşüncelerin toplum tarafından değerlendirilmesiyle belli bir zaman ve deneme süreci neticesinde tespit edilebilecektir. Bu nedenle belirli düşüncelerin zarar verici nitelikte olduğu gerekçesi ile peşinen kısıtlanmaması gerekmektedir<sup>22</sup>. Nitekim böyle bir durumda ifade özgürlüğünün kısıtlanmasının olumsuz sonuçlarına maruz kalınacak ve toplum, ifadeler aracılığıyla elde edilebilecek yeni bilgi ve tartışmalardan mahrum bırakılacaktır<sup>23</sup>. Mill'in bu argümanı dört temel sebebe dayanmaktadır. Kısıtlanan fikirler aslında doğru veya yararlı olabilecektir, tamamen doğru olmasa dahi kısıtlanan düşüncenin belirli bölümleri doğru olabilecektir, tamamen yanlış olsa dahi bu düşüncelerin kısıtlanması doğru düşüncelerin dogma haline gelmesini engelleyecektir ve son olarak sorgulanmamış dogmatik düşünce anlamını kaybedecektir<sup>24</sup>. Bir diğer deyişle ifade fikirlerin pazaryerine sunulmalı ve bunun neticesinde zarar doğmuşsa, daha sonraki zararların ortaya çıkmasının engellenmesi için ifade sınırlandırılabilir. Millci teori kapsamında değerlendirildiğinde, nefret içerikli ifadelerin ancak toplumsal yaşamı doğrudan olumsuz şekilde etkiliyorsa kısıtlanabileceği, dolaylı etkilerin

- 
- 20 **STROSSEN, Nadine**; *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*, New York 1995, s. 220. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki nefret söylemi, özellikle çeşitli azınlıkların hak arayışlarına zarar verecektir. Zira nefret söylemi, kişi ve grupların karakteristik özellikleri nedeniyle belirli hakların süljeleri olmaması veya o haklardan diğerleriyle eşit şekilde yararlanmaması gerektiği temeli üzerine kurulmuştur.
- 21 Yargıç Oliver Wendell Holmes, *Abrams v. United*, 250 U.S. 616 (1919) kararında, "Gerçeğin belirlenmesi için en iyi test, gerçeğin pazaryerinde diğer fikirler arasından seçilebilmesidir" diyerek, Millci teoriye dayanan fikirlerin pazaryeri (*marketplace of ideas*) teorisini, Amerikan hukukunda ilk defa kullanmıştır.
- 22 **MILL, John Stuart**; *Özgürlük Üzerine* (çev. **TÜRK, Tuncay**), 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 112.
- 23 **SCHAUER, Frederick**; "Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus", *The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses* (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 135.
- 24 **MILL**; s. 74.

kısıtlanma nedeni olamayacağı ve ifadenin kısıtlanabilmesi için belirli bir deneme sürecine tabi tutulması gerektiği sonucuna ulaşılabilir<sup>25</sup>.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki bir diğer görüşe göre nefret söylemi gibi kötü ifade kategorilerinin de korunması gerekmektedir. Zira kötü söylem ile iyi söylemi birbirinden ayırmak genel geçer bir şekilde, her zaman mümkün değildir. İfade özgürlüğüyle amaçlandığı gibi yalnızca iyi söylemleri koruyabilmek mümkün olmadığına göre, ifade özgürlüğü söylem kategorilerine göre yapılacak bir ayrıma göre sınırlanmamalıdır<sup>26</sup>.

Benzer yönde Baker tarafından savunulan ve nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olması gerektiğini ileri süren başka bir görüşe göre, nefret söyleminin temelindeki ifadelerin, hoş olmayan içeriklerine ve ifadeyi sarf eden kişinin amaçlarına rağmen bir değeri mevcuttur. Zira sarf edilen ifadeyle kişi, aslında kendi hayatını yönlendiren temel değerlere bir vurgu yaparak, otonomisini ortaya koymaktadır. Otonomi, kişinin farklı düşüncelere ulaşarak, bu düşünceler arasında kendi hükmüne varabilmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Gerçekten de nefret söyleminin otonomi nedeniyle ifade özgürlüğü sayılması gerektiğini belirtenler, sadece nefret söylemini üretenlerin değil, toplumdaki diğer bireylerin bu söylemlere değer atfetmesini de toplumun kalanını

- 
- 25 **MILL**; s. 112. Belirtmek gerekir ki bazı ifadelerin yol açacağı tehlike veya zararların ortaya çıkmasının beklenmesi, tarihsel süreç içerisinde karşılaşılabilen insanlık dışı olayların gelişimleri karşısında anlamsız hale gelmektedir. Bu görüş için bkz. **KARAN, Ulaş**; "Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012, s. 82; **KNECHTLE, John C.**; "When to Regulate Hate Speech", Penn State Law Review, Vol. 110, Yıl: 2005-2006, s. 546. Ayrıca belirtmek gerekir ki tarihsel süreçte gelişen olaylardan kaynaklanan tehlike veya zararlar, kendi doğaları gereği değildir. Bahsi geçen zarar veya tehlike belirli bir arka plana dayanmaktadır. Bu nedenle Mill tarafından ileri sürülen gerçekleşmesi muhakkak tehlike kriteri, olaylar nedeniyle ortaya çıkacak zarar veya tehlikenin olayların doğal akışına dayanacağı varsayımı üzerine kurulması nedeniyle geçerliliğini yitirmektedir. Bu görüş için bkz. **PAREKH**; s. 45. Ayrıca tarih, insanların akıldan çok duyguyla yönlendirilebileceğini göstermiştir. Dolayısıyla son aşamada doğruya ulaşılsa dahi doğrunun bulunmasına kadar geçen sürede insanlar çok büyük zararlara maruz kalabileceklerdir. Bu görüş için bkz. **ERGİL, Doğu**; "Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü", Türkiye'de İfade Özgürlüğü (Edit. **KOÇAK, Taner/DOĞAN, Taylan/KUTLUATA, Zeynep**), İstanbul 2009, s. 101.
- 26 **RORTY, Richard**; Contingency, Irony, and Solidarity, Amerika Birleşik Devletleri 1989, s. 51, 52; **STONE, Geoffrey R.**; "Content-Neutral Restrictions", University of Chicago Law Review, Vol. 54, Yıl: 1987, s. 73 vd.; **USLU**; s. 193.
- 27 **PAREKH**; s. 51.

oluşturan bireylerin otonomisiyle ilişkilendirmektedir<sup>28</sup>. Dolayısıyla bu ifade alanındaki söylemler, sosyal faydalarından ziyade, bireyin özerk alanı içinde kalması gerekçesiyle kabul görmektedir<sup>29</sup>. Nefret söyleminin kişinin otonom alanı içerisinde kaldığı, kişinin benliğini oluşturması ve dış dünyaya yansıtılması gerekçesiyle ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>30</sup>. Bu görüşü destekleyen bir kaygı da nefret söylemiyle etkili bir şekilde mücadele edilmesini sağlayacak düzenlemelerle, ifade özgürlüğünün gereğinden fazla sınırlandırılmasından kaçınılabilecek bir şekilde yapılamayacağıdır. Ayrıca yalnızca çeşitli düzenlemelerle nefret söylemi ile mücadele etmek mümkün olmayacaktır<sup>31</sup>. Nefret söyleminin sınırlandırılmasının aynı zamanda bu ifadelerden kaynaklanacak zararlar ile nasıl mücadele

- 
- 28 **HARE, Ivan**; “Crosses, Crescents and Sacred Cows: Criminalising Incitement to Religious Hatred”, Public Law, Autumn 2006, s. 532; **NAGEL, Thomas**; “Personal Rights and Public Space”, Philosophy and Public Affairs, Vol: 24, Issue: 2, April 2005, s. 96.
- 29 **ÖZSOY, Şule**; “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşüncüyü Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBB Dergisi, Sayı: 56, Yıl: 2005, s. 32.
- 30 **BAKER, C. Edwin**; “Hate Speech”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 64. Benzer doğrultuda **USLU**; s. 194, 195. Bu görüşe karşı çıkan Rosenfeld ise nefret söyleminin sınırlandırılmamasıyla, aslında söylem ile hedef alınan kişi veya grubun otonomisi ve haysiyetine yönelik müdahalelerin önünün açılacağını belirtmiştir. Bu görüşle ilgili bkz. **ROSENFELD, Michael**; “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 252, 253. Benzer şekilde Brown tarafından otonomi kalkanyla nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında sayılması halinde nefret söylemine maruz kalan kişi ve grupların kendilerini ifade etmelerinin de engellenebileceğine dikkat çekmiştir. Bkz. **BROWN, Alexander**; Hate Speech Law A Philosophical Examination, New York 2015, s. 59, 60.
- 31 **YONG, Caleb**; “Does Freedom of Speech Include Hate Speech?”, Res Publica, Vol. 17, Issue: 4, Kasım 2011, s. 389. Benzer şekilde nefret söyleminde zararın ve mağduriyetin somut şekilde belirlenememesi ve nefret söylemindeki motivasyonun ve zararın ispatındaki güçlükler nedeniyle, bu söylem kategorisinin sınırlandırılmasının ifade özgürlüğünü zedeleyeceği belirtilmiştir. Bkz. **USLU**; s. 190 vd. Kanaatimizce de yalnızca yasal düzenlemeler aracılığıyla nefret söyleminin ve nefret söyleminin temelinde ayrımcılıkla mücadele etkisiz olacaktır. Aynı doğrultuda **İNCEOĞLU, Yasemin**; “Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi”, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013, s. 90, 91; **KARAN, Ulaş**; “Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret”, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013, s. 106. Ancak ayrımcı tutum üzerine kurulmuş organizasyonlar, gerekli sağlam bağlantıları ve destekleri kurmadan, bu yönde etkili aktiviteleriyle kamusal temeli oluşturmadan yasa ile gerçekleştirilen müdahalelerin daha da etkili olacağı belirtilmektedir. Bu görüş için bkz. **PAREKH**; s. 46.

edileceğinin tespitini engelleyeceği, bu nedenle nefret söyleminin sınırlandırılmaması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>32</sup>.

## **B. Nefret Söyleminin İfade Özgürlüğü Kapsamında Olmadığı Yönündeki Görüşler**

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olması gerektiğini savunan görüşlerde ifade özgürlüğünün önemi ön plana çıkartılmaktadır. Gerçekten de ifade özgürlüğü, kişilerin bireysel gelişimlerine, fikirlerin teatisine ve plüralizmin sağlanmasına, demokrasi kültürünün geliştirilmesine ve gerçeğin araştırılmasına hizmet etmektedir<sup>33</sup>. Dolayısıyla gerek modern toplumların bir arada yaşayabilmelerinde, gerekse kişilerin kendilerini geliştirebilmelerinde ifade özgürlüğü oldukça büyük bir öneme sahiptir. Ancak nefret söyleminin, ifade olarak bir öneme sahip olmadığı, nefret söyleminin temel hak ve hürriyetlerle bir çatışma içerisinde olduğu, bu nedenlerle nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında yer almaması gerektiği yaygın bir şekilde kabul edilmektedir.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı yönündeki görüşler temel olarak ikiye ayrılabilir. Bunlardan birincisi nefret söyleminin, temel hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik olarak hakkın kötüye kullanımını teşkil ettiği yönündedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Holokost'un reddi veya bütün bir ırkın, dini cemaatin veya etnik kökenin hedef alındığı söylemlerde bu gerekçeye dayanarak, ifadelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında olmayacağına<sup>34</sup>, bu tür ifadelerin Sözleşmenin

32 **YONG**; s. 388, dpt. 8. Kanaatimizce nefret söyleminin zararlarının giderilmesi metotlarının geliştirilebilmesi için, nefret söyleminin sınırlandırılmaması gerektiği yönündeki argüman, suni teneffüs yapılmasını öğrenmek amacıyla boğulmakta olan kişileri kurtarmamaya benzetmektedir. Ayrıca nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında olmaması, bu söylem kategorisinin veya ayrımcı ifadelerin dış dünyaya hiçbir zaman yansımayaacağı anlamına da gelmemektedir. Nitekim nefret söylemiyle mücadelede hukuki ve sosyal, eğitimsel yahut siyasi yollar yan yana bulunabilecektir. Bu nedenle hukuki metodun varlığı, nefret söylemiyle mücadele etmenin önüne geçmeyecek, aksine mücadeleyi bir başka cepheden destekleyecektir.

33 **UYGUN, Oktay**; "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması", Türkiye'de İfade Özgürlüğü (Edit. **KOÇAK, Taner/DOĞAN, Taylan/KUTLUATA, Zeynep**), İstanbul 2009, s. 17; **OSCE – ODIHR**; Freedom of Expression and Hate Speech, Skopje 2013, s. 24.

34 Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aslında ifade özgürlüğünün nesnel sınırları üzerinden bir değerlendirme yaptığı ve bu değerlendirmede AİHS m. 17'den yararlandığı kabul edilebilir.

17. maddesi kapsamında, hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirileceğine karar vermektedir. Eğer hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varılırsa başvuru kabul edilemez bulunmuştur. AIHS m. 17'nin doğrudan kabul edilebilirlik aşamasında kullanılarak, yoksun bırakma fonksiyonunu ifa etmesi doktrinde “giyotin etkisi” tanımlanmıştır<sup>35</sup>.

Nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesine yönelik ikinci görüş ise nefret içerikli ifadeler ile diğer hak ve özgürlüklerin çatıştığı ve bu nedenle nefret söyleminin sınırlandırılması gerektiği yönündedir. Söz konusu çatışma ilk etapta, ifade özgürlüğü ve nefret söylemine maruz kalan kişi veya grubun ayrımcılığa maruz kalmama hakkı arasındadır<sup>36</sup>. Gerçekten de nefret söyleminin sınırlandırılmamasıyla, aslında söylem ile hedef alınan kişi veya grubun otonomisine ve benliklerine yönelik saldırıların önü açılacaktır<sup>37</sup>. Bu bağlamda nefret söylemine ilişkin müdahaleler, ifadeyi sarf eden kişinin otonom alanı dışındaki bir müdahale olarak değerlendirilebilecektir. Nefret söylemiyle, hedef alınan kişi veya grup olmadan, toplumun daha güzel bir yer olacağı mesajı verilecektir. Buna rağmen kişi veya grup toplumdaki tamamen çıkartılmıyorsa, ötekileştirilecek, sınırlandırılmayan kötü özellikleri nedeniyle toplumun sınırlarında, silik bir şekilde varlığını sürdürmeye zorlanacaktır<sup>38</sup>. Dolayısıyla ifade özgürlüğü gibi ayrımcılığa maruz kalmama hakkının da otonom alan içerisinde değer görmesi gerekmektedir. Ayrıca hedef alınmayan kişi veya grupların, kendilerinin

---

Friedrich Müller tarafından kabul edilen özgürlüğün nesnel sınırlarına ilişkin sınırlandırma ölçütüne göre her temel hak, normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerlidir. Bu konuyla ilgili bkz. Hakların nesnel sınırlarına ilişkin sınırlandırma ölçütüyle ilgili bkz. **SAĞLAM, Fazlı**; Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982, s. 47-52.

- 35 **GÜLFİDAN, O. Serkan**; İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kötüye Kullanma Yasağı, İstanbul 2013, s. 18; **DEMİRBAŞ, Timur**; “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt: 19, Yıl: 2017, s. 2696; **CANNIE, Hannes/VOORHOOF, Dirk**; “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: And Added Value For Democracy and Human Rights Protection?”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1, Yıl: 2011, s. 61.
- 36 **KARAN**; “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, s. 82; **ISRAEL, Michael**; “Hate Speech and the First Amendment”, Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol. 15, No. 1, Yıl: 1999, s. 102; **COWAN, Gloria/RESENDEZ, Miriam/MARSHALL, Elizabeth/QUIST, Ryan**; “Hate Speech and Constitutional Protection: Priming Values of Equality and Freedom”, Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, Yıl: 2002, s. 247.
- 37 **ROSENFELD**; s. 252.
- 38 **PAREKH**; s. 41.

de nefret söylemine maruz kalmasından korkarak hedef alınan kişi veya gruplarla ilişki içerisinde bulunmaktan kaçınmaları, nefret söyleminin yol açacağı zararlar arasında gösterilmektedir<sup>39</sup>. Bu bağlamda nefret söylemi hem ayrımcı bir tutumun dışı yansımasına hem de ayrımcı yeni tutumların gelişmesine yol açmaktadır. Zira nefret söylemi, temelindeki önyargı gereği eşitlik idealini ve aynı veya benzer muameleyi reddeder niteliktedir<sup>40</sup>. Bir diğer deyişle nefret söylemi, hedef olarak alınan kesim veya kişinin hak ehliyetini sorgulayan veya reddeden bir niteliğe sahiptir<sup>41</sup>. Bunun yanı sıra nefret söylemiyle mücadele edilmemesi, nefret söyleminin temelindeki ayrımcı tutumun uzun dönemde normalleşmesi ve kökleşmesi sonucunu da doğuracaktır<sup>42</sup>.

Nefret söyleminin sınırlandırılmasında iki temel hareket noktası bulunmaktadır. Nefret söylemiyle kişi veya grubu incitmek, kişiliksizleştirmek, taciz etmek, sindirmek, küçük düşürmek, alçaltmak, mağdur etmek, bu kişi ve gruplara karşı duyarsızlığı ve düşmanlığı arttırmak amaçlanmaktadır<sup>43</sup>. Dolayısıyla nefret söylemi ifadeyi sarf eden kişinin kötü niyeti ve konuşmanın içeriği nedeniyle sınırlandırılabilir. İkinci hareket noktası ise nefret söyleminin yol açabileceği muhtemel zararlar, yani söylemin tehlikeliliğidir<sup>44</sup>. Kanaatimizce sayılanlardan birincisi subjektif, ikincisi ise objektif temellere dayanmaktadır. Nefret söyleminin, konuşmacının kötü niyeti nedeniyle sınırlandırılması, fiili gerçekleştiren kişinin tehlikeliliğine dayanması sebebiyle subjektiftir. Aynı şekilde konuşmanın içeriğine yönelik bir tutum da, içerikleri nedeniyle hangi ifadelerin sınırlandırılmasının düzenleme yapma gücünü elinde bulunduran zümreye göre değişecek olması sebebiyle subjektif temellere dayanmaktadır. Örneğin islamofobik ifadelerin sınırlandırılması

39 **MATSUDA**; s. 25.

40 **KÜBLER, Friedrich**; "How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights", Hofstra Law Review, Vol. 27, Issue: 2, Article: 3, Yıl: 1998, s. 366.

41 **YILMAZ, Halit**; İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi, Ankara 2015, s. 10.

42 **PAREKH**; s. 45. Bu durum yalnızca nefret söylemi bakımından değil, ayrımcılık bakımından da geçerlidir. Bu doğrultuda **GÜL, İdil Işıl**; "Ayrımcılığı Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü", Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. **ÇAYIR, Kenan/AYAN CEYHAN, Müge**), 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 271.

43 **COHEN ALMAGOR**; s. 2.

44 **HAREL, Alon**; "Hate Speech and Comprehensive Forms of Life", The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012, s. 308.

na karşın, antisemit ifadeler sınırlandırılmayabilecektir. Bir diğer örnek ise Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin R.A.V. v. St. Paul kararına<sup>45</sup> konu olan düzenlemedir. Davaya konu olan ilgili düzenlemeyle tahta hacın yakılması yasaklanmıştır. Yasa yapma gücüne sahip olan zümre, belirli içeriklere sahip nefret söylemlerini sınırlandıracak, içeriklerini yasakladıklarına nazaran daha az rahatsız edici bulduğu nefret söylemlerini ise sınırlandırmayabilecektir. Dolayısıyla ifadenin içerik bakımından sınırlandırılması, sınırlandırılacak ifadelerin seçimi bakımından subjektif bir temele sahip olacaktır. Buna karşın nefret söyleminin yol açabileceği muhtemel zararlar, yani söylemin tehlikeliliğinden hareketle gerçekleştirilecek bir sınırlama, objektif temellere dayanacaktır. İnsanlar davranışlarını genellikle fikirlere dayanan belirli nedenler üzerine kurmaktadır. Kişileri suç işlemeye ve şiddete yönelten veya başkalarına zarar veren fikirlerin teatisinin sınırlandırılmasıyla, aslında şiddete ve ayaklanmaya yönelik davranışların bir kısmı da engellenebilecektir<sup>46</sup>. Nefret söyleminin sınırlandırılmasındaki temel mantık da belirtilen faydanın üzerine oturtulmalıdır.

Buna karşın nefret söyleminin yol açabileceği muhtemel zararlar, yani söylemin tehlikeliliğinden hareketle gerçekleştirilecek bir sınırlama, objektif temellere dayanacaktır. Nefret söylemi, neticelerinden bahisle “tuzağa düşürmek, terörize etmek, yaralamak, aşağılamak ve onurunu kırmak amacıyla bir silah gibi kullanılan ifadeler” olarak tanımlanmıştır<sup>47</sup>. Nefret söylemleri, ileri aşamalarda soykırım gibi olayların yaşanmasına zemin hazırlayabilecektir. Örneğin *Radio-Télévision Libre des Milles Collines* adlı bir radyo kanalı tarafından yapılan propagandalar, Ruanda'da yapılan soykırımda etkin bir rol oynamıştır. Aynı şekilde Holokost'un yaşanmasında da 1930'lu ve 1940'lı yıllardaki nefret söylemlerinin destekleyici etkileri olmuştur. Nefret söylemleri ileri düzeylerde soykırıma yol açabilmekte, ancak özellikle ayrımcı uygulamalara

45 R.A.V. v. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992).

46 **ALEXANDER, Larry**; “Incitement and Freedom of Speech”, *Freedom of Speech and Incitement Against Democracy* (Edit. **KRETZMER, David/KERSHMAN HAZAN, Francine**), Hollanda 2000, s. 101.

47 **LAWRENCE, Charles R./MATSUDA, Mari J./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimbelé Williams**; Introduction, *Words That Wound* (Edit. **MATSUDA, Mari J./ LAWRENCE, Charles R./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimbelé Williams**), Amerika Birleşik Devletleri 1993, s. 1.

ve nefret suçlarına<sup>48</sup> yol açmaktadır<sup>49</sup>. Örneğin Hrant Dink cinayetinin gerçekleşmesinde, Ermenilere, Hrant Dink'e ve Dink tarafından temsil edilen değerlere yönelik nefret söylemlerinin ciddi bir etkisi vardır<sup>50</sup>. Yine Tahir Elçi'nin öldürülmesinden evvel medya yaygın şekilde hedef olarak gösterilmesi ve nefret söyleminin kullanıldığı da görülmektedir. Nefret söylemleri aynı zamanda önyargılara dayanan halk hareketlerine veya ayaklanmalara yol açabilmektedir. 1993 Madımak Katliamı bu hususta örnek olarak verilebilir. Bütün bunların yanı sıra nefret söyleminin, hedef alınan kişi veya grup üzerinde zihinsel veya duygusal bozukluk, özgüven eksilmesi, sosyal hayattan uzaklaşarak toplumdan soyutlanma gibi zararları da olabilecektir<sup>51</sup>. Gerçekten de nefret söylemiyle, hedef alınan kişi veya gruba, benliklerinin reddedildiği, toplumun geri kalanıyla eşit şekilde yaşayamayacağı ve hak rejiminin sağladığı korumada birer istisna oldukları yönünde bir mesaj verilir<sup>52</sup>. Bu nedenle bu söylem kategorisi aynı zamanda insan onuruna yönelik bir saldırı niteliğindedir<sup>53</sup>. Bütün bunların yanı sıra nefret söyleminin, hedef alınan kişi veya grup üzerinde zihinsel veya duygusal bozukluk,

- 
- 48 Oran'a göre nefret söylemi, nefret suçunun işlenmesi için önkoşuldur. Bu yöndeki görüş için bkz. **ORAN, Baskın**; "Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012, s. 44. Kanaatimizce yazarın kullandığı önkoşul ifadesi, hukuki anlamdaki önkoşul değildir. Zira aşağıda detaylı şekilde inceleyeceğimiz nefret suçları, nefret söylemi olmaksızın da işlenebilmektedir.
- 49 **MAHONEY**; s. 70. Ayrıca bkz. **ATAMAN, Hakan**; "Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları", Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012, s. 62; **KÜBLER**; s. 368; **İNCEOĞLU**; s. 76; **OSCE – ODIHR**; s. 33; **OZULU, Serpil**; "Nefret Söyleminin Engellenmesinde Siyaset Kurumu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 7, Güz 2014, s. 16. Nitekim Anti-Defamation League tarafından hazırlanan Nefret Piramidi (*Pyramid of Hate*) de bu doğrultudadır; Nefret Piramidi için bkz. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> (son erişim 10/04/2018).
- 50 Benzer doğrultuda **VARDAL, Zeynep Burcu**; "Nefret Söylemi ve Yeni Medya", Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2015, s. 139, 140.
- 51 **OSCE – ODIHR**; s. 33.
- 52 Benzer bir durumun temelinde önyargı saikinin bulunan nefret suçları bakımından da mevcut olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**; Nefret ve Ayrımcılık, Özel Ceza Hukuku Cilt: III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul 2018, s. 345; **BAYRAKTAR, Köksal**; "Nefret ve Ayrımcılık Suçu", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016, s. 73; **DEMİRBAŞ**; s. 2701; **BULUT, İlhan**; Nefret Suçları, Ankara 2014, s. 100, 101; **KARADENİZ**; s. 46.
- 53 **DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh**; "The Hatredfulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches", William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 7, Issue: 2, Article: 2, Yıl: 1999, s. 323.

özgüven eksilmesi, sosyal hayattan uzaklaşarak toplumdan soyutlanma gibi zararları da olabilecektir<sup>54</sup>.

### C. Karma Teori ve Değerlendirilmesi

Eric Heinze tarafından ileri sürülen görüşe<sup>55</sup> göre nefret söylemine karşı, özellikle yasaklayıcı ve bastırıcı bir biçimde cevap verilmesi veya verilmemesi toplum yapısına göre tespit edilmelidir. Şöyle ki nefret söylemi, kökleşmiş, istikrarlı ve başarılı (muvaffak) demokrasilerin<sup>56</sup> hakim olduğu ülkelerde ifade özgürlüğü kapsamında sayılabilecektir. Zira bu nevi demokratik sistemlerde sosyal ve bireysel farkındalık ile çoğulcu bakış açısı, nefret söylemine karşı söylemlerin geliştirilmesi ve nefret söylemini üreten birey ve gruplarla araya mesafe koyulmasını sağlayacaktır<sup>57</sup>. İşte bu nedenle nefret söyleminin hukuk aracılığıyla sınırlandırılması gerekmecektir. Heinze kökleşmiş, istikrarlı ve başarılı (muvaffak) demokrasi argümanının ise demokratik bir sistemin bulunmadığı veya demokrasinin yeterince güçlü olmadığı ülkelerde uygulanamayacağını ve nefret söyleminin muhtemel zararları nedeniyle bu nevi düzenlerde hukukun devreye girmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>58</sup>.

Belirtmek gerekir ki Heinze tarafından ortaya sürülen bu argüman, Millci teorinin sınırlanmış modern bir versiyonudur. Şöyle ki Heinze,

- 
- 54 **WOLFSON, Nicholas**; Hate Speech, Sex Speech, Free Speech, Amerika Birleşik Devletleri 1997, s. 47; **COWAN/HODGE**; 356; **PAREKH**; s. 44; **PERRY, Barbara**; In The Name of Hate Understanding Hate Crimes, New York 2011, s.80; **OSCE – ODIHR**; s. 33. Gerçekten de sosyal düzenin bozulmasıyla, toplumsal hayatı düzenlemesi gereken sosyal kontrol mekanizmaları da işlevsiz hale gelecektir. Böylece bireylerin toplumsal hayata katılımları azalacak, toplumu oluşturan bireyler arasında birlik ve beraberlik körelecek, sosyal etkileşim azalacak ve suç işlenmesi kolaylaşacaktır. Bu önerme ile ilgili bkz. **IRMAK, Fatih**; “Türkiye’de Şiddet Suçlarının Sosyal Yapı ve Sosyal Sermayeye İlişkin Bağlantıları”, Şiddet Suçları: Yaklaşımlar ve Trendler (Edit. **IRMAK, Fatih/DARCAN, Emirhan**), Ankara 2014, s. 67. Aslında nefret söylemlerinin sonuçları da benzer niteliktedir. Dolayısıyla nefret söylemlerinin de sosyal kontrol mekanizmalarını bozan bir işleve sahip olduğu ileri sürülebilecektir.
- 55 Bu teoriyle ilgili bkz. **HEINZE, Eric**; “Towards a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction”. Bu makale T. Brudholm ve B. Johansen tarafından derlenen Hate, Politics and Law (Oxford University Press, 2016) adlı kitapta yayınlanmıştır. Ancak kitaba ulaşamadığımız için, makalenin online formatından faydalandık. Makeleye ulaşmak için bkz. [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2722864\\_code1175289.pdf?abstractid=2722864&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2722864_code1175289.pdf?abstractid=2722864&mirid=1) (son erişim 12/04/2018).
- 56 Bu kavramla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **HEINZE, Eric**; Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford University Press, United Kingdom 2016, s. 69 – 77.
- 57 **HEINZE**; “Towards a Legal Concept of Hatred”, s. 4.
- 58 **HEINZE**; “Towards a Legal Concept of Hatred”, s. 5.

Millci teoride temel alınan fikirlerin pazaryerinin sadece kökleşmiş, istikrarlı ve başarılı (muvaffak) demokrasilerde nefret söyleminin değerlendirilme süreci bakımından elverişli olabileceği sonucuna ulaşmaktadır. Zira buradaki dengeli tartışma ortamı sayesinde nefret söyleminin olası zararları vukuu bulmayacak ve ifadelerin sınırlandırılmasında ihlallerin ortaya çıkması rizikosundan kaçınılabilecektir.

Kanaatimizce Heinze'in dayandığı nefret söylemine karşı söylemlerin geliştirilmesi ve nefret söylemini üreten birey ve gruplarla araya mesafe koyulması argümanları nefret söylemiyle mücadelede asgari faydayı sağlayamayacaktır. Zira nefret söylemlerine karşı demokratik bir toplumda tepki verilecek ve söylemin kaynağına karşı bir tutum geliştirilebilecektir. Ancak her nefret söylemi türüne karşı aynı veya benzer bir tepki ve tutum da izlenmeyebilecektir. Örneğin ırk temelli nefret söylemine karşı toplumun tepkisi daha sert ve netken, cinsel yönelim temelli nefret söylemine karşı bu tepki eşit veya benzer seviyelerde ortaya çıkmayabilecektir. Halbuki bu nevi bir durum cinsel yönelim temelli olarak hedef alınan bireylerin, toplumun geri kalanıyla eşit seviyede korunmadığı izlenimine kapılmasına yol açabilecektir.

Bizim görüşümüze göre nefret söylemine karşı kişi ve grupların eşit bir seviye ve şekilde korunması gerekmektedir. Ancak demokratik toplumlarda dahi, değişken toplum dinamikleri nedeniyle bu nevi bir koruma toplumun reaksiyonu aracılığıyla tam anlamıyla sağlanamayacaktır. Bu nedenle nefret söylemine karşı hukuk yoluyla mücadele edilmesi gerekmekte ve nefret söylemleri ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutulmalıdır. Bununla birlikte hukuk normlarının oluşturulmasındaki, geliştirilmesindeki ya da uygulanmasındaki hatalar da grupların eşit bir seviye ve şekilde korunmaması riskini yaratabilecektir. Bu nedenle konuya oldukça hassas ve dikkatli bir biçimde yaklaşılması şarttır.

## SONUÇ

Nefret söylemi modern toplumları oluşturan değerlerle çatışma halindedir. Gerçekten de bu nevi düşünce açıklamaları, toplumun bir arada yaşaması için gerekli olan çoğulculuk ve hoşgörüyle çatışma halinde olan bir ifade türüdür ve hedef alınan kişi veya gruplara karşı hoşgörüsüzlüğün ve nefretin yaygınlaşmasına neden olacaktır. Söz konusu

durum demokratik ve harmoni içerisinde yaşayan bir toplum anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Bu kapsamda nefret söylemi hem hedef alınan kişi veya grubu hem de bütün toplumu olumsuz olarak etkileyecektir<sup>59</sup>. Gerçekten de nefret söylemi ve nefret söyleminin temelindeki önyargı, demokratik bir toplumun yapı taşları olan hoşgörü, eşitlik ve çoğulculukla çatışmaktadır. Buradan hareketle nefret söylemine karşı mücadele edilmesinin ya da edilmemesinin çeşitli sonuçları olacağı söylenebilecektir. Nefret söylemiyle mücadele edilmemesi halinde devletin, önyargıya, hoşgörüsüzlüğe ve nefrete dayanan görüşlerin yayılmasını tercih ettiği ve devlet nezdinde nefret söylemine maruz kalan kişi ve grupların korunmaya değer görülmediği yönünde bir mesaj verilecektir. Zira nefret söylemiyle, hedef alınan kişi veya grup olmadan, toplumun daha güzel bir yer olacağı mesajı verilmektedir. Taşıdığı mesaja rağmen nefret söyleminin devlet tarafından sınırlandırılmaması veya bu ifadelerle karşı mücadele edilmemesi, bu mesajın aslında devlet tarafından da benimsendiği anlamına gelecektir. Buna karşın nefret söylemine karşı mücadele edilmesiyle, önyargıya dayanan bu ifadelerin, çoğulculuğa ve katılımcılığa dayalı bir toplumda hoş karşılanmadığı ve kınandığı şeklinde tam aksi yönde başka bir mesaj verilecektir<sup>60</sup>. Nefret söylemiyle mücadele edilmesi gerektiğine ilişkin bir diğer argüman ise nefret söyleminin yarattığı potansiyel tehlikelerdir. Yukarıda da belirtildiği üzere nefret söylemi, hedef alınan kişi veya gruba karşı nefret suçlarının işlenmesine ve hatta ileri seviyelerde soykırıma kadar ulaşabilen şiddet hareketlerinin gerçekleştirilmesine yol açabilecektir. Bunun yanı sıra nefret söylemine karşı hukuk düzenince korunmayan kişi veya grupların, şiddete yol açabilecek tepkiler vermesi de mümkündür<sup>61</sup>. Nefret söylemiyle kişi veya gruplar ötekileştirilerek, toplumdan dışlanır. Bu ötekileştirme ve dışlama yalnızca nefret söylemini üreten zümreden de gelmemektedir. Aslında hedef alınmayan kişi veya gruplar da üretilen ve sınırlandırılmamış nefret söylemine maruz kalmaktan korkarak, hedef alınan kişi veya gruplarla ilişki içerisinde bulunmaktan kaçınacak-

59 **KÜBLER**; s. 355; **OSCE – ODIHR**; s. 33.

60 **KARAN**; “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, s. 83.

61 **AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman**; “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun ‘Nefret Suçu’ Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Haziran 2015, s. 47, dpt. 46; **KARAN**; “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, s. 83.

lardır. Dolayısıyla nefret söylemiyle mücadele edilmemesi, nefret söylemine maruz kalan kişi ve grupların, yalnızca söylemi üreten kitleden değil, bütün bir toplumdan dışlanmasına, ötekileştirilerek kendi yaşam alanları içerisinde kalmaya zorlanmalarına ve korkudan uzak, rahat bir yaşam sürmelerinin engellenmesine yol açacaktır. Dolayısıyla nefret söyleminin sınırlandırılması ve bu söylem türüyle mücadele edilmesi oldukça önemlidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki nefret söylemiyle mücadelenin yalnızca hukuk vasıtasıyla sınırlı bir şekilde gerçekleştirilmesi de yeterli olmayacaktır. Gerçekten de nefret söylemi ve nefret söyleminin temelindeki ayrımcı motivasyonlar tarih, sosyoloji, eğitim gibi birçok alandaki gelişmelerden kaynaklanabilmektedir. Bu sebeple hukuk, nefret söylemiyle mücadeledeki cephelerden yalnızca biridir. Bunun yanı sıra siyaset, eğitim, farkındalığın yaratılması için kampanyaların yapılması, veri toplanması, eğitim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ve yeni medyanın nefret söylemine karşı halkı bilinçlendirmek amacıyla kullanılması<sup>62</sup> da nefret söylemiyle mücadele edilmesi bakımından oldukça önemlidir.

---

62 Yeni medyanın nefret söyleminin kolayca üretildiği ve yayıldığı bir ortam olmasına karşın, nefret söylemiyle mücadele bakımından da oldukça elverişli bir araç olduğu kabul edilmektedir. Bu konuyla ilgili bkz. **VARDAL**; s. 153, 154.

## KAYNAKÇA

- ALEXANDER, Larry;** “Incitement and Freedom of Speech”, Freedom of Speech and Incitement Against Democracy (Edit. **KRETZMER, David/ KERSHMAN HAZAN, Francine**), Hollanda 2000
- APIŞ, Özge;** Halkı Kin ve Düşmanlığa Alenen Tahrik veya Aşağılama Suçları, Ankara 2017
- ATAMAN, Hakan;** “Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yaşemin**), İstanbul 2012
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** “Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun ‘Nefret Suçu’ Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Haziran 2015 (“Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun ‘Nefret Suçu’ Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”)
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman;** Nefret ve Ayrımcılık, Özel Ceza Hukuku Cilt: III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, İstanbul 2018 (Nefret ve Ayrımcılık)
- BAKER, C. Edwin;** “Hate Speech”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012
- BAYRAKTAR, Köksal;** “Nefret ve Ayrımcılık Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XIII, Sayı: 1, Yıl: 2016
- BRINK, David O.;** “Millian Principles, Freedom of Expression, and Hate Speech”, Legal Theory, Vol. 7, Issue: 02, Yıl: June 2001
- BROWN, Alexander;** Hate Speech Law A Philosophical Examination, New York 2015
- BULUT, İlhan;** Nefret Suçları, Ankara 2014
- CANNIE, Hannes/VOORHOOF, Dirk;** “The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention: And Added Value For Democracy and Human Rights Protection?”, Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 29/1, Yıl: 2011
- COHEN ALMAGOR, Raphael;** “Fighting Hate and Bigotry on the Internet”, Policy & Internet, Vol. 3, Issue: 3, Article: 6, Yıl: 2011
- COWAN, Gloria/RESENDEZ, Miriam/MARSHALL, Elizabeth/QUIST, Ryan;** “Hate Speech and Constitutional Protection: Priming Values of Equality and Freedom”, Journal of Social Issues, Vol. 58, No. 2, Yıl: 2002

- ÇINAR, Mahmut;** “Habercilik ve Nefret Söylemi”, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013
- DEMİRBAŞ, Timur;** “Nefret Söylemi ve Nefret Suçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt: 19, Yıl: 2017
- DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh;** “The Hatefulness of Protected Speech: A Comparison of the American and European Approaches”, William & Mary Bill of Rights Journal, Vol. 7, Issue: 2, Article: 2, Yıl: 1999
- ERGİL, Doğu;** “Demokratik ve Katılımcı Yönetimin Önkoşulu Olarak İfade Özgürlüğü”, Türkiye’de İfade Özgürlüğü (Edit. **KOÇAK, Taner/DOĞAN, Taylan/KUTLUATA, Zeynep**), İstanbul 2009
- GÜL, İdil Işıl;** “Ayrımcılığı Önlenmesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Hukukun Rolü”, Ayrımcılık Çok Boyutlu Yaklaşımlar (Der. **ÇAYIR, Kenan/AYAN CEYHAN, Müge**), 2. Baskı, İstanbul 2013
- GÜLFİDAN, O. Serkan;** İfade Özgürlüğü Hakkı Örneği Çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Kötüye Kullanma Yasağı, İstanbul 2013
- HARE, Ivan;** “Crosses, Crescents and Sacred Cows: Criminalising Incitement to Religious Hatred”, Public Law, Autumn 2006
- HAREL, Alon;** “Hate Speech and Comprehensive Forms of Life”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012
- HARRIS, David/O’BOYLE, Michael/BATES, Ed/BUCKLEY, Carla;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku (Çev. **BİNGÖLLÜ KILCI, Mehveş/KARAN, Ulaş**), Oxford 2009
- HEINZE, Eric;** “Towards a Legal Concept of Hatred: Democracy, Ontology, and the Limits of Deconstruction”. Makalenin online versiyonu için bkz. [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2722864\\_code1175289.pdf?abstractid=2722864&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2722864_code1175289.pdf?abstractid=2722864&mirid=1) (son erişim 12/04/2018). (“Towards a Legal Concept of Hatred”)
- HEINZE, Eric;** Hate Speech and Democratic Citizenship, Oxford University Press, Birleşik Krallık 2016 (Hate Speech and Democratic Citizenship)
- IRMAK, Fatih;** “Türkiye’de Şiddet Suçlarının Sosyal Yapı ve Sosyal Sermayeye İlişkin Bağlantıları”, Şiddet Suçları: Yaklaşımlar ve Trendler (Edit. **IRMAK, Fatih/DARCAN, Emirhan**), Ankara 2014
- ISRAEL, Michael;** “Hate Speech and the First Amendment”, Journal of Contemporary Criminal Justice, Vol. 15, No. 1, Yıl: 1999
- İNCEOĞLU, Yasemin;** “Tartışmalı Bir Kavram: Nefret Söylemi”, Medya ve

Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013

**KARADENİZ, Serra**; “Nefret Suçunun Fail – Mağdur ve Hukuki Düzenlemeler Çerçevesinde Değerlendirilmesi” Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 3 - 4

**KARAN, Ulaş**; “Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012 (“Nefret İçerikli İfadeler, İfade Özgürlüğü ve Uluslararası Hukuk”)

**KARAN, Ulaş**; “Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret”, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar (Edit. **ÇINAR, Mahmut**), İstanbul 2013 (“Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar”)

**KNECHTLE, John C.**; “When to Regulate Hate Speech”, Penn State Law Review, Vol. 110, Yıl: 2005-2006

**KÜBLER, Friedrich**; “How Much Freedom for Racist Speech?: Transnational Aspects of a Conflict of Human Rights”, Hofstra Law Review, Vol. 27, Issue: 2, Article: 3, Yıl: 1998

**LAWRENCE, Charles R./MATSUDA, Mari J./DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimbelé Williams**; Introduction, Words That Wound (Edit. **MATSUDA, Mari J./ LAWRENCE, Charles R./ DELGADO, Richard/ CRENSHAW, Kimbelé Williams**), Amerika Birleşik Devletleri 1993

**MAHONEY, Kathleen E.**; “Speech, Equality, and Citizenship in Canada”, Common Law World Review, Vol. 39, Issue: 1, Yıl: 2010

**MATSUDA, Mari**; “Public Response to Racist Speech: Considering the Victim’s Story”, Words That Wound (Edit. **MATSUDA, Mari J./ LAWRENCE, Charles R./ DELGADO, Richard/CRENSHAW, Kimbelé Williams**), Amerika Birleşik Devletleri 1993

**MILL, John Stuart**; Özgürlük Üzerine (çev. **TÜRK, Tuncay**), 2. Baskı, İstanbul 2012

**NAGEL, Thomas**; “Personal Rights and Public Space”, Philosophy and Public Affairs, Vol: 24, Issue: 2, April 2005

**ORAN, Baskın**; “Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Önkoşulu: Nefret Söylemi”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012

**OSCE – ODIHR**; Freedom of Expression and Hate Speech, Skopje 2013

**OZULU, Serpil**; “Nefret Söyleminin Engellenmesinde Siyaset Kurumu”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı: 7, Güz 2014

- ÖZSOY, Şule;** “Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar”, TBB Dergisi, Sayı: 56, Yıl: 2005
- PAREKH, Bhikhu;** “Is There a Case for Banning Hate Speech?”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012
- PERRY, Barbara;** In The Name of Hate Understanding Hate Crimes, New York 2011
- RORTY, Richard;** Contingency, Irony, and Solidarity, Amerika Birleşik Devletleri 1989
- ROSENFELD, Michel;** “Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012
- SAĞLAM, FAZIL;** Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982
- SCHAUER, Frederick;** “Social Epistemology, Holocaust Denial, and the Post-Millian Calculus”, The Content and Context of Hate Speech Rethinking Regulation and Responses (Edit. **HERZ, Micheal/MOLNAR, Peter**), Amerika Birleşik Devletleri 2012
- SMOLLA, Rodney A.;** “Academic Freedom, Hate Speech, and the Idea of a University”, Law and Contemporary Problems, Vol. 53, No. 3, Yıl: Bahar 1990
- SÖZERİ, Ceren;** “Yazılı Basında Nefret Söylemi ve Mücadele Yolları”, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları (Edit. **İNCEOĞLU, Yasemin**), İstanbul 2012
- STONE, Geoffrey R.;** “Content-Neutral Restrictions”, University of Chicago Law Review, Vol. 54, Yıl: 1987
- STROSSEN, Nadine;** Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women’s Rights, New York 1995
- ŞAHİNKAYA, Yalçın;** Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Nefret Söylemi ve Karşılaştırmalı Nefret Suları, Ankara 2016
- TÜRAY, Aras;** Nefret Söylemi Boyutuyla Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Ankara 2016
- USLU, Cennet;** “Nefret Söylemi Suçu Versus İfade Hürriyeti”, Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 38, Ekim 2013
- UYGUN, Oktay;** “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, Türkiye’de İfade Özgürlüğü (Edit. **KOÇAK, Taner/DOĞAN, Taylan/KUTLUATA, Zeynep**), İstanbul 2009

**VARDAL, Zeynep Burcu;** “Nefret Söylemi ve Yeni Medya”, Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 1, Yıl: 2015

**WOLFSON, Nicholas;** Hate Speech, Sex Speech, Free Speech, Amerika Birleşik Devletleri 1997

**YILMAZ, Halit;** İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi, Ankara 2015

**YONG, Caleb;** “Does Freedom of Speech Include Hate Speech?”, Res Publica, Vol. 17, Issue: 4, Kasım 2011

## ULUSLARARASI CEZA HUKUKUNDA MAĞDUR HAKLARI

**REYNALD OTTENHOF\***

**Çeviren: Av. Ebru Demiralp\*\***

Mağdurlar, uzunca bir süre ceza adalet sistemi tarafından “unutulmuştur”. Bu unutulmuşluğun sebebini anlamak ise kolaydır: Herkesin bilgisi olduğu üzere ceza hukuku kişisel intikamların zamanla ortadan kaldırılması ile ortaya çıkmıştır. Devletin kamu yaptırımını uygulayacak kadar güçlendiği andan itibaren, devletin adalet işlevi kendini göstermiştir. Devlet güçlendikçe, mağdur, ceza mahkemelerinden uzaklaştırılmıştır.

Buna karşılık, Devletin kendi adaletini kabul ettirmek için yeterince güçlü olmadığı alanlarda genel olarak mağdur kendini Devletin yerine koyarak, kişisel (kan davası) olarak çare aramakta, ya da kollektif (kabile savaşları) olarak zararını tazmin etmeye çalışmaktadır.

Yalnızca İddia Makamı tarafından temsil edilen Devlet ile fail arasında yaşanan bir diyalogun kurulmasını sağlamak amacıyla mağdurun ceza yargılamasından uzaklaştırıldığı durumlarda ceza adaletinin toplumsal barışı, kamu düzenini sağlamak olan görevini üstlenmesi noktasındaki sınırları göstermek, çağdaş kriminolojinin başarılarından biriydi. Sonuç olarak, cezai yaptırımların cezalandırıcı bir işleve indirgenmesi ile ceza hukuku, toplum adına alınan intikamı, bireysel intikamların yerine koymakla yetinmektedir.

Kriminoloji alanında, mağdura toplumsal barış süreci içerisindeki yerini tekrar kazandırma amacını taşıyan bir akım ortaya çıkmıştır. Ceza yargılaması ise bu toplumsal barışın bir aracıdır. Böylelikle, herkesin bildiği gibi, mağdur bilimi ortaya çıkmış ve gelişmiştir.

Tabidir ki bu hatırlatma son derece önemsizdir. Bu hatırlatma üzerinde daha derin bir çalışma yapılması ve en ufak incelikleriyle belir-

\* Emekli profesör, Nantes Üniversitesi (Fransa); Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Başkan Yardımcısı; Uluslararası Ceza Bilimleri Yüksek Okulu Başkan Yardımcısı

\*\* İstanbul Barosu

tilmesi gerekir. Bu hatırlatmanın tek amacı, bugünün konusunun arka planını oluşturmaktır.

Bu konferansın genel başlığı “Uluslararası Ceza Hukuku: Nereye Gidiyor?” olarak belirlenmiştir. Bu başlık bizi, Uluslararası Ceza Hukukunun güncel durumunu incelemeye ve böylelikle bu konuda gelecekte yaşanabilecek gelişmeleri dikkate almaya çalışmaya teşvik etmektedir. Bu bağlamda, mağdur hakları konusu bizce örnek bir konudur. Zira, her ne kadar mağdur hakları, mağdur bilimi akımının etkisi ile yavaş yavaş ulusal mevzuatlarda yeniden dirilip canlanmışsa da, bu işlevin uluslararası ceza hukukunun etkisiyle ne kadar kuvvetlendiğini görmek mümkündür.

Bu konferansın ortaya koymaya katkıda bulunduğu önemli tespitlerden biri de şudur: İç hukukun gelişimi, öncelikle uluslararası ceza hukukunun, gerek maddi hukuk, gerekse ceza muhakemesi hukuku, hatta özel ceza hukuku alanlarında üstlendiği rehberlik görevinin etkisi altında kalmaktadır. Bu nedenle, gerek özel mahkemeler, gerek Uluslararası Ceza Divanı marifetiyle, insan haklarının korunması ve uluslararası ceza hukukunun gelişmesine ilişkin büyük soruların ilerlemesi bugün ceza adalet sisteminin tamamını şekillendirmektedir.

Tabidir ki bugün bu konuyu tüm yönleriyle dile getirmek söz konusu değildir. Bunlar arasında devamında gelecek olan genel konuşmayı besleyemeye elverişli olanlardan sadece bir kaçını dile getirmek ile kendimi sınırlayacağım.

Bu bağlamda üç hususu dile getirmek ile yetineceğim:

Uluslararası ceza hukukunda mağdur kavramının tanımı.

Uluslararası suçların tanımında mağdurun yeri.

Mağdurun uluslararası ceza adaletindeki görevi açısından maddi hukuk ve usul hukuku arasındaki ilişki.

### **I - Birinci soru, uluslararası ceza hukukunda belirtiliği şekliyle mağdur kavramının kendisine ilişkindir.**

Çeşitli ülkelerin iç hukukları ile mağdur kavramını dar bir tanım içerisinde alma yönündeki eğilimini biliyoruz. Bu dar bakış açısının sebebi

de iyi biliniyor: Suçun faili ve savcılık arasındaki tartışmada tedirginlik unsur olarak değerlendirilen mağdurların mümkün olduğunca ceza adaletine erişimini kısıtlamak.

Uluslararası ceza hukukunda durum farklıdır. İki örnek ile mağdurun geniş bir tanım dahilinde ele alındığını ortaya koyabiliriz.

**1.** Öncelikle özel Raportörün sonuç raporunun ekinde yer alan “İnsan haklarına ilişkin uluslararası hukuktan ve uluslararası insancıl hukuktan doğan hakların ihlaline karşı mağdurların başvuru ve tazminat hakkının temel ilkeleri ve ana esaslar” başlıklı metinde yer alan tanıma dikkat çekmek mümkündür. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Profesör M. C. Bassiouni’den, Théo Van Boven tarafından hazırlanan temel ilkeler ve esasların gözden geçirilmiş bir halinin hazırlanması amacıyla bu metni istemiştir.

“İlkelerin” V numaraları başlığında şu teklife yer verilmektedir:

“Mağdur” kelimesi ile, birtakım eylemler veya ihmaller sonucunda uluslararası insancıl hukuk veya insan haklarıncı belirlenen kuralların ihlal edilmesi neticesinde, bireysel veya kolektif olarak, fiziki veya zihinsel bütünlüğüne zarar verilen, manevi bir ızdıraba maruz kalan, maddi bir kayıp yaşayan veya temel hakları ihlal başta olmak üzere zarar gören kişi ifade edilmektedir. “Mağdur” ayrıca doğrudan mağdur olan kişinin bakmakla yükümlü olduğu bir kişi veya doğrudan mağdur olan kişinin yakın ailesinden bir birey ya da çekirdek ailesinin bir üyesi olabileceği gibi, mağdura yardım etmek veya daha fazla ihlalin önlenmesi amacıyla hareket ederken fiziksel, manevi veya maddi bir zarara uğrayan kişi olarak da tanımlanabilir”.

Bu tanım ile mağdur tanımına şunlar da dahil edilmektedir:

- Bireysel veya toplu olarak mağdur olan kişi,
- Dolaylı yoldan mağdur olan kişiler,
- Failinin bilinmediği veya tespit edilemediği eylemler sebebiyle mağdur olan kişiler (ağır ihlaller: bkz. toplu tecavüz, etnik temizlik).

**2.** Bir başka geniş tanıma ise Uluslararası Ceza Divanının Statüsünde yer verilmiştir.

Statünün 75. maddesinin uygulamasında, usul ve delil Yönetmeliği (85 no.lu Kural) mağduru şu şekilde tanımlamaktadır:

- a) Divanın görev alanına giren bir suçun işlenmesi sebebiyle zarar gören tüm gerçek kişiler,
- b) Dine, eğitime, sanata, bilime veya yardımseverliğe adanmış bir malvarlığı, tarihi yapısı, hastanesi veya insani amaçlarla kullanılan başkaca bir malvarlığı veya bir nesnesi doğrudan zarar görmüş olan her türlü örgüt veya kurum.

Usul ve delil yönetmeliği böylelikle tüzel kişi mağdur kavramını ortaya çıkarmakta ve bu mağduriyetin “insancıl zarar” olarak tanımlanan çok geniş bir zarar sebebiyle oluştuğunu ortaya koymaktadır.

Tabidir ki mağdur kavramını geniş olarak ele alan bu anlayış özgün bir anlayıştır. Ancak bu durum tam da Uluslararası Ceza Divanının cezalandırmayı hedeflediği belirli ihlallerin doğası ile açıklanabilir.

Bu, ikinci başlığımın konusudur.

## **II - İkinci soru, uluslararası suçlarda mağdurun yerinin çok önemli olmasıyla ilgilidir.**

Uluslararası Ceza Divanının mağdur haklarının korunması ve gelişmesine bu kadar katkıda bulunmuş olması, en vahim uluslararası suçların (özellikle de Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde değinilenler) büyük mağduriyetlere, ağır mağduriyetlere sebep oluyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu gibi durumlarda artık mağdur, cezalandırılabilir eylemlerin bir sonucu değildir: Mağdur, cezalandırılabilir eylemin ana konusu, failerin ulaşmayı hedeflediği amaçtır.

Mağdur suçun tanımında, suçun bir unsuru olarak yer almaktadır: Soykırım hiç kuşkusuz bu süreci en tipik örneğidir. Çoğu zaman, mağdurun özellikleri suçun tanımlanmasını sağlamaktadır. Mağdurun bir ırka, bir dine, bir cinsel topluluğa vb. bir bütüne mensup oluşu bu özellikler arasında yer almaktadır.

Bu gibi durumlarda artık mağdur ceza adaletinin karşısına münferit birey olarak ele alınmamakta, aksine mağdur, temsil ettiği değerler ışığında, mensubu olduğu topluluğun içerisinde tüm insanlığın bir parçasının vücut bulmuş hali olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dolayısıyla bu durum, bu gibi suçların sebep olduğu zararın oldukça özel doğasını anlamamızı sağlamaktadır. Bu zarar, her bir mağdurun görmüş olduğu bireysel zarar ile karışmamaktadır. Usul ile esas arasındaki yakın ilişki özellikle bundan ileri gelmektedir.

Bu konu, üçüncü başlığımın konusudur.

### **III - Üçüncü soru, uluslararası ceza hukukunda mağdur söz konusu olduğunda usul hukuku ve maddi hukuk arasında oluşan yakın ilişki ile ilgilidir.**

Ceza hukuku alanında kullanılan araçlara ilişkin yürütülen müzakerelerde ve özellikle uluslararası ceza yargısının işleyişine dokunan her türlü konuda usule ilişkin bir modelin benimsenmesinin ne kadar önemli zorluklara yol açtığı herkesçe bilinmektedir.

İtham edici sistemin yandaşları ve araştırmacı sistemin yandaşları arasındaki çatışmalar bu salonda bile unutulmaz tartışmalara sebep olmuştur!

Statülere, Antlaşmalara veya Söleşmelere ilişkin yürütülen zahmetli müzakerelerin sonucunda varılan anlaşmaların sınırı, prosedürün işleyişinde mağdura tanınacak konumun belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Mağdur hakkında duyulan kaygının, çoğu zaman mağdura prosedürün işleyişi içerisinde aktif bir görev verilmesine kadar gitmediğini tespit etmek mümkündür.

Sonuç olarak, mağdurlar haklarının az ya da çok korunması, tercih edilen ceza adaleti modeli ile belirlenmektedir.

Asıl soru ise, ceza yargılamasına yüklenmek istenen nihai amacın ne olduğudur.

- Eğer bu amaç faile bir yaptırım uygulayabilmek için suçun failinin sorumluluğunu ortaya koymak ise, en iyi ihtimalle mağdur lehine, hukuk mahkemeleri veya ceza mahkemeleri tarafından (yargılamaya katılan olarak dahil olma imkanı doğrultusunda), işlenen suçun sebep olduğu zarar sebebiyle bir miktar tazminata hükmedilecektir.

- Eğer ceza yargılamasının amacı suçun işlenmesiyle toplumda sebep olunan huzursuzluğa bir son vermek ise, sadece mağdur lehine zararı karşılığında bir tazminata hükmetmekle yetinilmeksizin, mağdurun görmüş olduğu zararın psikolojik, sosyal, ailevi vb. yönleriyle, yani her yönüyle karşılanması, mağduriyet gerçek anlamda giderilmesi söz konusu olacaktır.
- Eğer amaç mağduriyetin sebep olduğu her türlü sonucu ortadan kaldırmak, mağduru suç tarihinden önceki koşullarına geri döndürmek ise (Roma Hukukundaki *restauratio in integrum* gibi), maddi tazminat ve mağduriyetin her yönüyle giderilmesi hedeflerine ayrıca mağdurun iyileştirilmesi de eklenmelidir.

Tazminat, mağduriyetin her yönüyle giderilmesi, iyileştirme: Her ülkenin kanunkoyucusunu bu üç işlevi birden dikkate almaya yönlendirmek uluslararası ceza hukukunun bir başarısıdır. Bu durum, daha önce atıfta bulunduğumuz Bassiouni raporunu gözönünden tutan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 2002/44 sayılı Kararında açıkça ifade edilmektedir. Bu Kararda şu konuya yer verilmektedir; “uluslararası alanda tanınan insan hakları ilkeleri gereğince, vahim insan hakları ihlalleri mağdurları, uygun düştüğü durumlarda, tazminat, mağduriyetlerinin her yönüyle giderilmesi ve iyileştirme hakkına sahiptirler.”

Madem ki söz konusu olan bir ceza adaleti modeli, “onarıcı adalet” olarak adlandırılan ve mağdur biliminin güncel eğilimlerinden esinlenen modelin bu üç işlevi birden yerine getirdiği şüphesizdir<sup>1</sup>.

Uluslararası Ceza Divanının günümüzde mağdur haklarının ilerlemesinden yana olan bir usul modelinin gelişimine katkıda bulunan bir bilim kolu oluşu sevindiricidir.

---

1 Bu durum Viyana’da 10 ve 17 Nisan 2000 tarihleri arasında gerçekleştirilen Onuncu Kongre sırasında düzenlenen 4 Derneğin Kolokyum’unda, “Suçlular ve mağdurlar: adalet sistemi içerisinde sorumlu olma ve hakkaniyet zorunluluğu.” başlıklı, Kongre’nin 4 no.lu Temasında son derece güzel bir şekilde açıklanmıştır. Bassiouni Raporu.

## ULUSLARARASI ÖRGÜTLERDE ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI STANDARTLARI: ULUSLARARASI CEZA MAHKEMELERİ BAKIMINDAN BİR DEĞERLENDİRME

**Kenneth S. Gallant\***

**Çeviren: Stj. Av. Zeynep Alacakaptan\*\***

Profesör Bert Swart bu Konferansta uluslararası örgütlerin yasa-yapma yetkisi konusunu ortaya koymuştur. Kendisi Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin, 11 Eylül 2001 tarihine ait olayları takip eden kararlarında terörizmi uluslararası bir suç olarak ortaya koyduğunu ileri sürmüştür.<sup>11</sup>Bu yazının I. bölümünde, bireysel insan hakları ile bağlantısından dolayı, uluslararası örgütler için ve bu örgütler tarafından gerçekleştirilen yasa koyma işlevi tartışılacaktır.

Uluslararası ceza hukuku ve ceza muhakemesinin gelişimi, insan hakları hukukunun, aslen bireylerin devletler tarafından istismarını önlemek için tasarlanmış olmakla birlikte, özellikle uluslararası ceza mahkemeleri söz konusu olduğunda, günümüzde uluslararası örgütlerin gerçekleştirdiği ihlallerin önlenmesi için yeniden şekillendirildiğini göstermektedir. Söz konusu hukuk, münhasıran olmamakla birlikte, özellikle Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 'den kaynaklanan hukuktur. Bu konu bugünün tartışma konusunun ötesinde olsa da, faaliyetleri bireylerin haklarını etkileyebilecek diğer türlerde uluslararası örgütlerin de ilgili uluslararası insan hakları standartlarını kendilerini bağlayacak şekilde tanımalarını umut etmekteyim.

Bu yazının II. bölümünde Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü'nün<sup>2</sup> uluslararası insan hakları standartlarının uygulanması bakımından bir

\* Arkansas Üniversitesi, Little Rock, Hukuk Profesörü. Profesör Gallant, Uluslararası Ceza Barosu Konseyi'nin ve Uluslararası Ceza Avukatları Derneği'nin bir üyesidir.

\*\* İstanbul Barosu

1 Bert Swart, 3. Panel Konuşmacısı, "International Crimes: Criteria for their identification and classification, and future developments; International Criminal Law: Quo Vadis," Uluslararası Ceza Hukuku İleri Çalışmalar Enstitüsü, Siracusa, İtalya, 30 Kasım 2002.

2 Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü, 53rd Sess., U.N. Doc. A/Conf. 183/9, 17 Temmuz 1998'te Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kuruluşu Hakkında Birleşmiş Milletler Tam Yetkili Diplomatik Konferansı tarafından kabul edilmiştir.

eksikliğini tartışacağım: Divanın, kendi yapılanması içinde, bir savunma organına veya savunma makamını temsilen bir diğer kurumsal sese yer vermiyor olması. Yazıyı, Uluslararası Ceza Barosu başta olmak üzere, bu ihmalin giderilmesi için kullanılan araçlar ile ilgili, kısa bir tartışma ile sonlandıracağım. Uluslararası Ceza Barosu, Uluslararası Ceza Divanı önünde hem sanıkları hem de mağdurları temsil eden avukatlara söz hakkı sağlayacak, henüz kuruluş aşamasında olan bir örgüttür.

## I. Bireysel insan hakları ve Uluslararası bir Örgüt olarak Uluslararası Ceza Divanı

Modern uluslararası örgütler 20. Yüzyılın sonlarına doğru oluştu. Bu dönemde devlet egemenliği teorisi doruğuna ulaşmıştı. Devletler uluslararası hukuk sisteminin aktörleri ve bireyler en iyi ihtimalle devletlerin eylemlerinin nesnesi olarak görülmekteydi. Bu örgütler oluşturulduğunda, devletler örgütlerin bileşenleri ve eylemlerinin nesnelere sayılmaktaydı. Bireyler bu örgütlerin oluşumu konusu ile ilgisiz görülüyordu; bireysel haklar, örgütlerin varlığı dolayısıyla tehdit altına giremezdi.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra, uluslararası insan hakları hukuku gelişmeye başladı. Bu bakımdan bizi en fazla ilgilendiren belge, Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme, dünyadaki çoğu devlet arasında geçerli olan, Birleşmiş Milletler sistemi kapsamında hazırlanmış bir sözleşmedir. Sözleşme dolayısıyla devletler, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku ile ilgili birçok hak da dâhil olmak üzere, kendilerini geniş kapsamlı bir bireysel haklar yelpazesine uyulması yükümlülüğü altına sokmuşlardır.<sup>3</sup>

3 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (İkiz Sözleşmeler), G.A. Res. 2200A (XXI), U.N. Doc. A/6316 (1966) (23 Mart 1976'da yürürlüğe girdi), m. 6 (ölüm cezası üzerine sınırlamalar), m. 7 (İşkence, zalimane, insanlıkdışı veya onur kırıcı muamele yasağı), m.8 (keyfi tutuklama ve gözaltı yasağı ve kişisel özgürlük ve tutuklama üzerine diğer hükümler), m.10 (çocuklar dahil olmak üzere, tutuklu kişilere muamele) m.11 (borç nedeniyle hapis yasağı), m.14 (genel olarak ceza muhakemesi hakları; avukata erişim hakkı, mahkumiyet kararının daha yüksek bir yargı yeri tarafından incelenmesini isteme hakkı, adil bir ceza yargılaması hakkı, tek bir suç için tek bir devlette, tek bir defa yargılanma ve cezalandırılma hakkı[*ne bis in idem*], ve hukuka aykırı özgürlükten yoksun bırakılma için tazminat hakkı), m.15 (*nulla crimen sine lege*; geriye yürümezlik; uluslararası suçların tanınması), m.17 (mahremiyet hakkı).

Cumartesi günü de tartıştığımız gibi, Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmede bulunan bazı haklar uluslararası örf ve adet hukuku haline gelmişlerdir. Böylece sözleşmeyi onaylamayan devletler bakımından da bağlayıcı olarak tanınmışlardır. Bir tartışmada, Madde 14'teki çekirdek ceza usul hukuku haklarının, Madde 4'te öngörüldüğü üzere ilgili ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi halinde, devletin yükümlülüklerini azaltabileceği haklardan olması sebebiyle teamüli hale gelmesinin amaçlanmadığı ileri sürülmüştür.

Bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri önünde adil yargılanma hakkı, avukata erişim hakkı gibi madde 14'te yer alan bazı haklar, hem uluslararası, hem ulusal düzeyde, dünyanın gelişen ve gelişmiş ceza adaleti sistemlerini, uluslararası örf ve adet hukuku bakımından bağlayıcı oldukları bir düzende oluşturmuşlardır.<sup>4</sup>

Devletlerin bu haklardan kaynaklanan yükümlülükleri azaltma yetkisi, en iyi ihtimalle son derece sınırlı durumlarda teamüli olarak izin verilebilen bir sınırlama olarak düşünülebilir.

Uluslararası insan hakları hukukunun gelişimi ile birlikte, uluslararası örgütlerin sayısında ve işlevlerinde ani bir artış görmüş bulunmaktayız. Bunlardan bazıları; özellikle uluslararası ceza mahkemeleri ve divanları, bireysel hak ve özgürlükleri etkileme ve doğrusu istenirse bu hak ve özgürlükleri yetkileri altına alma gücüne sahiptirler. Uluslararası topluluk, bireysel hakların uluslararası örgütler tarafından korunması ihtiyacını kısa sürede olmasa da kabul etmiştir. Yine de bu tanımanın henüz tamamlandığından söz edilemez.<sup>5</sup>

Nürnberg Mahkemesi, Londra Antlaşması'nın doğrudan bir yaratımı olup, hukukunu ve yetkisini Antlaşmaya ekli Bildiriden alıyor olmasına rağmen, Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri modern anlamda uluslararası

4 Michael Wladimiroff, 5. Panel Konuşmacısı, The emergence of uniform standards of "due process" in international and national criminal proceedings; International Criminal Law: Quo Vadis, International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, İtalya, 2 Aralık 2002.

5 Özellikle Uluslararası Ceza Divanı bakımından uluslararası ceza hukukunda bireysel haklar konusu için, bkz. Salvatore ZappalB, *Human Rights in International Criminal Proceedings* (2003); Kenneth S. Gallant, *Individual Human Rights in a New International Organization: The Rome Statute of the International Criminal Court*, in 3 INTERNATIONAL CRIMINAL LAW (ENFORCEMENT) 693 (M. Cherif Bassiouni ed., 2d ed.,1999).

örgütler değildi. İki mahkemenin Statüsünde de, oldukça önemli olan avukata erişim hakkı haricinde sanıkların haklarının korunması için pek az hüküm bulunmaktaydı.

Uluslararası topluluk, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (EYUCM) kuruluşu zamanında (1993) sanıklar bakımından adil bir usul için daha fazla güvencenin varlığı ihtiyacını kabul etti. Mahkemenin Statüsünün hazırlanmasında Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, bu usuli hakları Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 14. Maddesinden aldı.<sup>6</sup> Bununla birlikte, Sözleşmenin 14. ve 15. maddelerinde bulunan, sırasıyla, *nulla crimen sine lege* ve *non bis in idem* ceza hukuku ilkelerini tanıdı. Usuli haklar, Statüye neredeyse kelimesi kelimesine alınmaları bakımından açıkça Sözleşme'nin izini takip etmektedirler. Bir yıl içinde, diğer bir kitlesel zulüm örneği Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (RUCM) kuruluşunu zorunlu kıldı. Bu mahkeme de Statüsünde bireyler için aynı ceza ve ceza usul hukuku haklarını kabul etti.

Bay Piragoff tarafından öne sürüldüğü üzere, EYUCM ve RUCM, BM Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulmuş, uluslararası bir örgüt olarak Birleşmiş Milletlerin tamamlayıcı organlarıdır.<sup>7</sup> Bu mahkemeler, Birleşmiş Milletlerin hukuki kişiliğinin paydaşıdır.

EYUCM ve RUCM'un kuruluşu ile birlikte uluslararası bir ceza mahkemesinin, suç ile itham edilmiş bireylere karşı adil veya adil olmayan şekilde muamele etme gücünün olacağı anlaşıldı. Usuli konularda, insan hakları ihlallerinin gerçekleşmesi ihtimalleri, ulusal ve uluslararası mahkemeler bakımından birbirine çok benzerdi. Dolayısıyla uluslararası bir örgüt olan Birleşmiş Milletlerin, Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmeden, işlevsel koruma konusunun bir meselesi olarak, ceza muhakemesinin ulusal yargılama süreçlerinde adaleti sağlamaya yönelik unsurlarının tanımlarını ödünç alması oldukça anlamlıdır.

Devletin mahkemeleri ile uluslararası ceza mahkemesi arasında işlevsel farklılıklar var olduğunda, hakların tanımlarında da bazı farklılık-

6 Genel Sekreter'in Güvenlik Konseyi Kararı 808'in ikinci paragrafına uygun Raporu, U.N. Doc. S/25704/Add.1/Corr.1 (1993).

7 Donald Piragoff, 5. Panel Sunucusu, "The emergence of uniform standards of "due process" in international and national criminal proceedings"; International Criminal Law: Quo Vadis, International Institute for Higher Studies in Criminal Sciences, Siracusa, İtalya, 2 Aralık 2002.

lar var olmaktadır. Bu farklılık özellikle, bazı Anglo-Sakson ülkelerinde çifte yargılanmama hakkı (double jeopardy) olarak adlandırılan *non bis in idem* ilkesinin tanımı bakımından geçerlidir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye göre bu hak sadece ulusal sistemlerde uygulanabilmektedir. Ancak bu sistemlerde de masumiyetin yolsuz şekilde belirlendiği durumlarda, yeniden yargılanma bakımından bir istisnaya yer verilmemektedir.

*Non bis in idem*, adil bir ceza adaleti sisteminin önemli bir unsurdur; bu sebeple EYUCM, RUCM ve şimdi de Uluslararası Ceza Divanı Statülerinde yer almaktadır. Farklı devletlerin belirli suçların cezalandırılması bakımından özel bir ihtiyaç duymaları mümkün olsa da, uluslararası topluluğun kişilerin aynı suçtan iki kere yargılanması veya cezalandırılmasına özel bir ilgisi bulunmamakta ve devletleri, insan hakları ihlallerine sebep olan kişileri ulusal düzeyde soruşturmaları için teşvik etmeyi istemektedir. Dolayısıyla uluslararası topluluğun *non bis in idem* anlayışı, hangi sistemin daha önce harekete geçtiğine bağlı olarak, çifte uluslararası ve ulusal yargılanma ve cezalandırılma yasağını da içermektedir. Ancak Uluslararası Mahkemelerin Statülerinin amacı cezasızlığı önlemek olduğundan - ki bu ulusal ceza adaleti sisteminin, beraat kararları verilmesi için düzmece soruşturmalar, cezalar ve mahkûmiyetlerden sonra manipüle edilmesi ile de elde edilebilir; ulusal sistemde adil bir usul yürütülmüş olmadıkça, hak, uluslararası ceza mahkemesinde de devreye giremez. Böylece bu hak, iddia makamı olarak bir uluslararası örgütün, devletler ile aynı menfaatlere sahip olmaması sebebiyle Sözleşmedeki tanımının kapsamını aşarak genişletilmekte ve yine, uluslararası topluluğun en ciddi uluslararası suçlar bakımından amaçları doğrultusunda, Sözleşmede yokmuş gibi bir etki doğuracak şekilde sınırlanmaktadır.

Burada amaçların hizalanması kusursuz değildir. Belirtildiği üzere, bir Devlet uluslararası bir yaptırımdan sonra bile bir kişiyi kendi sistemi çerçevesinde cezalandırmakta bir yarar görebilir. Bu durum, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi bakımından ölüm cezası uygulanabilir bir ceza olmamasına rağmen, 1994 soykırımında rol alan kişilerden bazıları üzerinde idam cezasının uygulandığı Ruanda örneği bakımından çok açıktır. RUCM tarafından yargılanmış bir kişi, RUCM'de yargılandığı suçlar bakımından, bu suçlar Ruanda'da ölüm cezasına tabi olsa dahi,

Ruanda'da bu suçlardan dolayı infaz edilemez. Bununla beraber, RUCM ve EYUCM Statülerindeki ve Uluslararası Ceza Divanı Statüsündeki *non bis in idem* anlayışı<sup>8</sup>, Siyasi ve Medeni Haklara ilişkin Sözleşmede yer alan ve devletlere karşı ileri sürülebilen bir hakkın, uluslararası örgütlerin durumuna da uyarlandığını göstermektedir.

EYUCM ve RUCM Statüleri, Siyasi ve Medeni Haklara ilişkin Sözleşmede yer alan bütün bireysel hakları kapsamalarına almamışlardır. Örneğin, Sözleşmedeki bireysel hakların ihlali durumunda uygulanacak iyileştirici hükümler veya mahpuslara nasıl muamele edileceği ile ilgili belirli hükümler bu Statülerde bulunmamaktadır. Mahpuslara yapılacak muamele ile ilgili olarak, tutuklu çocuklar hakkındaki koruma hükümleri, kapsama alınmayan hükümler arasında yer almaktadır.<sup>9</sup> Bunun sebebi Statüleri hazırlayan kişiler tarafından çocuklara karşı herhangi bir soruşturma yürütülmüş olmaması ve dolayısıyla çocukların haklarının pratik bir kaygı oluşturmaması olabilir.

Herhangi bir ceza adaleti sisteminde, keyfi, hukuka aykırı veya adil olmayan gözaltının varlığı ihtimali bulunmaktadır. EYUCM ve RUCM Statülerindeki hükümlerin eksikliği, 1993-1994 yıllarından itibaren insan hakları hukukunun uluslararası örgütler bakımından uygulanmasındaki gerçek kısıtlamaları ortaya koymaktadır.

Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü, uluslararası örgütlere karşı bireysel hakları genişletmeye devam etmektedir. Burada bunlardan sadece birkaç tanesinden bahsetmek için zamanımız bulunuyor. Uluslararası Ceza Divanı Statüsü, önce Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin veya uluslararası örf ve adet hukukunun bir parçası olmayan bir uluslararası suç sebebiyle henüz sanık sıfatını almamış<sup>10</sup>, hakkında soruşturma yürütülen kişiler için koruma hükümleri kabul eder. Bu durum yine, bir ceza soruşturması sırasında ihlallerin meydana gelebileceği ve bu ihlallerin Divan'ın Statüsündeki belirli korumalar ile önlenilebileceği veya azaltılabileceği kabulüne dayanmaktadır. Bu kabulün hem ulusal hem uluslararası düzeyde ceza muhakemesinin gelişimine nasıl yardımcı olacağı zamanla görülecektir.

8 İlk kelime 'ne' olduğu takdirde

9 E.g., Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme, m. 10 (yargılama öncesi gözaltında bulunanlar); m. 14 (tazminat).

10 Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü m.. 56, m. 57.

İkinci olarak, Divan ve Divan adına hareket eden kişiler, mahkûmların muhafaza edilmesinde, gözetiminde tutulan kişilere insani muamele edilmesi açısından kabul edilmiş uluslararası standartlara uymak zorundadırlar.<sup>11</sup> Burada ilginç olan, bu standartların “mahkûmlara yönelik muameleyi belirleyen genel ölçüde kabul görmüş uluslararası anlaşma standartları” ifadesi ile tanımlanmış olmasıdır. Bu ifade mahpusluk koşullarının uluslararası insan hakları örf ve adet hukuku ile uyumlu olması gerektiği ifadesinden daha güçlüdür. Söz konusu sözleşmelerde yer alan hakların tamamı uluslararası örf ve adet hukukuna aktarılmamış olmasına rağmen, Uluslararası Ceza Divanı ve hükümlülerin mahkûm edilmesi için anlaşma yaptığı Devletler, yine de bu sözleşmelere uymak ile yükümlü olacaklardır.

Üçüncü olarak, uluslararası bir örgütün kuruluş belgeleri, ulusların Anayasalarında olduğu gibi, genellikle örgütün hayatında gerekli olan bütün insan hakları korumalarını sağlamayacaktır. Dolayısıyla, Uluslararası Ceza Divanı Statüsü madde 21(3) ve 31(3)’te (bu tartışmanın amacına uygun olarak özellikle m. 21(3)) bireysel hakları korumak için iki açık uçlu hüküm bulunmaktadır.<sup>12</sup>

Madde 21(3), Divanın; hukuku, uluslararası olarak kabul görmüş insan hakları standartlarına göre yorumlamasını gerektirmektedir. Metin bugünün panelinin odağında bulunan maddi uluslararası insan hakları ile adil ceza yargılaması arasında bir ayrım yapmamaktadır ve böyle bir ayrım yapması gibi bir gereklilik de bulunmamaktadır. İnsan haklarının korunması açısından gerekli olan, Divanın bireyleri etkileyebilecek yöntemlere sahip usulleri değerlendirmesi ve bireylere asgari insan hakları standartlarının gerektirdiği şekilde davrandığından emin olmasıdır. Divan, bu standartlar Statüde açıkça yer almayan hakları ilgilendiriyor olsa bile bu standartlara uygun davranmalıdır.

11 Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü, m.59(2) (Taraf Devlette tutuklanan kişilerin hakları), m. 103 (Devletin mahkumiyetin yerine getirilmesi için uygun devleti seçerken yaygın olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşme standartlarını dikkate alması gereği), m.106 (devlet tarafından mahkumiyet, yaygın şekilde kabul edilmiş uluslararası sözleşme standartları ile uyumlu olmalıdır).

12 Uluslararası Ceza Divanı Statüsü, m. 31(3), Mahkemenin suçlamalara karşı muhtemel yeni maddi savunmaları dikkate alabileceğini öngörmektedir. Maddi ceza hukuku gelişmeleri bu konferansta başkaları tarafından ele alınmaktadır. Ancak, yazar başka bir yerde Uluslararası Ceza Divanı Statüsü m. 21(3)’ün, Statü’de düzenlenen suçların tanımının, ifade özgürlüğü hakkı gibi uluslararası maddi insan haklarını zedelediğinden emin olmak için kullanılabileceğini belirtmiştir.

Hangi uluslararası insan haklarının genel olarak uluslararası örf ve adet hukukunun bir konusu olarak uluslararası örgütlere karşı var olacağını ortaya koymak için henüz çok erkendir. Uluslararası örgütler arasındaki işlevsel farklılıklar sebebiyle hiçbir zaman bu konuda tek bir liste oluşmayabilir; yalnızca hangi hakların bireyler veya genel olarak özel haklar üzerinde yetki kullanan uluslararası örgütlere uygulanabileceğini belirlemek için kullanılacak bir ilkeler bütünü var olabilir. Bu durum, yetkileri itibarıyla bireylerin haklarını etkileyebilecek uluslararası örgütlerin kuruluş belgelerinde Madde 21(3) gibi hükümlerin bulunmasının neden önemli olduğunu ortaya koyan sebeplerden biridir.

Son olarak, Uluslararası Ceza Divanı'nın tazminat hükümleri,<sup>13</sup> uluslararası topluluk tarafından izlenen sistemler de dâhil olmak üzere, her türlü ceza yaptırımını sisteminde adaletsizliklerin meydana gelebileceği farkındalığından doğmuştur. Örneğin, keyfi tutuklamaya karşı icra edilebilir bir tazminat hakkına sahip olmak uluslararası örgütler hukuku bakımından oldukça ilerici bir gelişmedir. Bu gelişme, uluslararası bir örgüt olan Uluslararası Ceza Divanı ve hayatları doğrudan etkilenen bireyler arasında doğrudan bir hak ve yükümlülükler ilişkisi kurmaya devam etmektedir.

## **II. Uluslararası Ceza Divanı Statüsünde bir Savunma Organının Eksikliği**

Belirli hakların varlığının yanı sıra kurumsal yapılar da bireysel yararların korunması açısından önemlidir. Uluslararası Ceza Divanı Statüsünün bir başarısızlığı (Statü değişikliğe açık olduğunda 7 yıl içinde değerlendirilmelidir) Divanda bir savunma organının eksik olmasıdır. Savcı için Divan ile ilgili bütün önemli kararlar bakımından kurumsal bir ses var olmakla birlikte,<sup>14</sup> bireyler ve özellikle sanıklar bakımından böyle bir kurumsal söz hakkı bulunmamaktadır.

Bu konular üzerinde çalışan, sanığın (örneğin, Uluslararası Ceza Savunma Avukatları Derneği) ve mağdurların (örneğin, Uluslararası Ceza

13 Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü, m. 85.

14 Bkz. *e.g.*, Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü, m. 48 (*Savcı, Usul ve Delil Kuralları'nda değişiklik önerebilir iken Mabkeme'nin önündeki diğer menfaatler bakımından paralel bir imkan sunulmamıştır*).

Divanı Koalisyonu Mağdur Hakları Çalışma Grubu) menfaatlerini göz önünde bulunduran, avukatlardan oluşan sivil toplum örgütleri mevcuttur. Ancak bunlar, Uluslararası Ceza Divanı'nın resmi yapısı dışında çalışmaktadır. Bu sebeple, sanığın bireysel hakları ile ilgili menfaatlerinin Divan ile bağlantılı kurumlar tarafından korunduğundan emin olunması için çalışmalar yapım aşamasındadır.

Öncelikle, Usul ve Delil Kuralları, Yazı İşleri Müdürü'nün, sanığın bağımsız ve etkili avukata erişimi bakımından meşru haklarını koruyacak şekilde bir Yazı İşleri Bürosu oluşturmasını gerektirecektir.<sup>15</sup> İlk Sene Bütçesi, savunma olanakları ve hukuki yardım programları sağlayacak ve Yazı İşleri Bürosu bünyesinde bulunacak bir Savunma Birimi için fonlama içermektedir. Bazı açılardan bu ofis, Mağdurlar ve Tanıklar Birimi'ne paralel olmakla birlikte, Mağdurlar ve Tanıklar Birimi'nin fiziksel koruma ve danışmanlık işlevlerine sahip olmayacaktır. Ofislerin her biri Divan önünde bireylerin ihtiyaçlarına hizmet ediyor olsa da, bunlar zorunlu olarak kurumsal açıdan tarafsız ofislerdir; zira bu ofisler tarafsız Yazı İşleri Birimi'nin bir parçasıdır.<sup>16</sup>

Böylelikle, ikinci bir girişim üstlenilmiştir. Dünyanın her yerinden çok sayıda kişi, Baro ve Sivil Toplum Örgütü, Uluslararası Ceza Divanı için Uluslararası Ceza Barosu'nu kurmaktadır. Uluslararası Ceza Barosu'nun amacı hem sanıkların hem de mağdurların avukatları için bir ses olmak, avukatların bağımsızlığını, profesyonel etik anlayışını ve müvekkillerinin haklarını korumaktır.<sup>17</sup> Baro, avukatları ve hukuki örgütleri temsil eden bir organ olarak, Yazı İşleri Müdürü'nden, Usul ve Delil Kuralları m. 21 uyarınca Yazı İşleri Müdürü'ne uygun konularda tavsiye vermek için onay alacaktır. Başarılı olduğu takdirde, bu, Uluslararası Ceza Divanı'nın tarafsız Yargı Teşkilatı ve Savcılık Ofisi sütunlarından

15 Usul ve Delil Kuralları m.20, m. 21, Uluslararası Ceza Divanı Taraf Devletleri, Birinci Oturum, New York, 3-10 Eylül 2002, ICC-ASP/1/3, para. 22, at 5, 10, 27-28, 9 Eylül 2002 tarihinde kabul edilmiştir.

16 Bu sebeple, Mağdurlar ve Tanıklar Birimi, bu grupların menfaatleri için savunmada bulunan, tam anlamıyla bağımsız bir ses olarak değerlendirilemez. Ancak bu durum hiçbir şekilde Birim'in yapmak ile görevlendirildiği, mağdur ve tanık bireyleri korumak ve desteklemekteki hayati çalışmanın değerini azaltmaz.

17 Kıta Avrupası hukuku geleneğine uygun olarak, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin gelişimindeki mevcut aşamada savcılar Baro'nun bir parçası olarak görülmemektedirler.

farklı olarak, bireysel hakları koruyan, kayıp “Üçüncü Sütunu”<sup>18</sup>nun oluşumunun başlangıcı olacaktır.

Belki de şaşırtıcı şekilde, Uluslararası Adalet Divanı gibi, diğer kalıcı olmak için tasarlanmış, uluslararası yargısal organlar, huzurlarında mesleğini icra eden neredeyse bütün avukatlar için yaygın bir uygulama olmasına rağmen bir Baro veya Barolar Birliği oluşturmamıştır. *Ad hoc* bir mahkeme olan ve çalışmalarını büyük bir ihtimalle on yıl içinde tamamlayacak olan Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi, başarılı bir şekilde bir Baro oluşturmuştur; ancak bu baro nispeten yeni bir kuruluştur.

Uluslararası Ceza Barosu, uluslararası ceza hukuku uygulamasının demokratik hale getirilmesi için, gelişmekte olan ülkelerden gelen avukatların Uluslararası Ceza Divanı nezdinde faaliyet göstermeye başlamadan önce bu konuda eğitim görmelerini sağlayabilmek için kendisini yapılandırmaktadır. Divan nezdinde mesleğini icra eden avukatlar, gelişmiş ülkelerden gelen, uluslararası bir pratik elde etmek için geleneksel eğitim ve diğer kaynaklara ulaşım elde etmiş avukatlar ile sınırlı kalmamalıdır.

Bu durum, bu sefer ulusal düzeyde, uluslararası insan haklarının gelişimi için başka bir fayda içerebilir. Divan önünde mesleğini icra eden, gelişen demokrasilerden gelen avukatlar, uluslararası ceza adaleti standartlarının gelişmekte olan ülkelere geri getirilmesine yardımcı olabilirler. Ulusal adalet standartlarından, uluslararası örgütler için standartlara uluslararası standartlar, diktatörlük veya anarşiden yükselen uluslara tekrar dâhil olabildiği zaman, insan haklarının gelişimi çemberi kapanacaktır.<sup>19</sup>

*Sonraki gelişmeler hakkında NOT: 21-22 Mart 2003'te, Uluslararası Ceza Barosu, Berlin'de toplandı, Avukatlar için Meslek Kuralları ve Disiplin Usulü ile birlikte, Anayasa'sını kabul etti. Ayrıca ilk yönetici Konseyi için seçimlerini gerçekleştirdi. Baro, 23-24 Ekim 2003'te, La-*

18 Uluslararası Ceza Barosu İcra Kurulu Başkanı ve Uluslararası Ceza Savunma Avukatları Derneği Başkanı, Elise Groulx (Kanada) tarafından kullanılan bir tabir

19 Sierra Leone Özel Mahkemesi gibi, uluslararası insan hakları korumalarını birleştiren müşterek ulusal/uluslararası mahkemelerin yaratılması, bu ulusların adil mahkeme sistemleri geliştirmelerinin desteklenmesinde başka bir araçtır.

*hey'deki bir toplantıda, Uluslararası Ceza Divanı'na, Yardıma Muhtaç Savunma Davaları için Önerilen bir Hukuki Yardım Sistemi'ni hazırlık aşamasında olan bir çalışma olarak sundu.<sup>20</sup>*

*Uluslararası bir mahkemenin bir Barosu'nun olması ihtiyacı, henüz evrensel olarak kabul edilmemiştir. Bu sebeple, Uluslararası Ceza Divanı Taraf Devletler Kurulu, 9-12 Eylül 2003 tarihlerinde New York'taki yapılan ikinci Kurul toplantısında, Uluslararası Ceza Barosu'nu tanımak için harekete geçmemiştir.*

---

20 Uluslararası Ceza Barosu ile ilgili belgelere bu internet sitesinden ulaşılabilir; [www.icb-bpi.org](http://www.icb-bpi.org).



## AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ ÖNÜNDE BAĞLAYICILIĞI

Arş. Gör Ahmet Mert Duygun\*

### ÖZET

Uluslararası hukuk açısından Sözleşmecî Devletler açısından bağlayıcılığı kuşku götürmeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Sözleşmecî Devletler'in iç hukuklarındaki yeri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının Sözleşmecî Devletler açısından bağlayıcılığı, günümüzde hala yoğun biçimde tartışılmaktadır.

Bu noktada anayasa şikayeti ile ulusal düzeyde insan hakları koruma mekanizmalarını en başarılı şekilde yerine getiren ülkelerden biri olan Federal Almanya Cumhuriyeti'nde de Sözleşme'nin iç hukukta yeri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının bağlayıcılığı tartışma konusu olmaktadır.

Bu tartışma Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da kendine yer bulmuştur. Mahkeme "Görgülü" kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Alman yargısı açısından bağlayıcılığı hususunda bazı kriterler geliştirmiş ve bu karar kamuoyunda da yoğun tartışmalara yol açmıştır.

*Anahtar kelimeler:* Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bağlayıcılık, Görgülü, uluslararası hukuka açıklık ilkesi, takdir marjı.

### ABSTRACT

In our period, the bindingness of the jurisprudence of the European Court of Human Rights on the state parties and the position of the European Convention on Human Rights in the domestic laws of the state parties, obliged to adhere to the Convention, is still a considerab-

\* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Elemanı, Bonn Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilimler Fakültesi Doktora Adayı

le matter of debate. At this point, in the Federal Republic of Germany, one of the states that provide the most influent protection mechanisms for human rights by the way of the individual application at the national level, the bindingness of the jurisprudence of the ECtHR and the standing of the ECHR in the domestic law is also object at issue. This discussion has appeared in several judgements of the German Federal Constitutional Court. In the judgement of *Görgülü*, the Court executed some criterion in terms of bindingness of the judgements of the ECtHR on German jurisdiction and this judgement has brought significant discussions to the public opinion.

*Keywords:* the German Federal Constitutional Court, bindingness, Görgülü, the principle of clarity to the international law, margin of appreciation

## I. Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin(AİHS) iç hukuktaki yerine ilişkin Alman öğretisinde iki temel yaklaşımdan bahsedilebilir: Bunlar transformasyon öğretisi ve icra emri öğretisidir.<sup>1</sup> Transformasyon öğretisi uluslararası hukukun iç hukukta geçerlilikte kazanılması için bu normun iç hukuka transferini öngörmektedir, icra emri görüşü ise uygun bulma kanunuyla uluslararası hukuk ilkelerinin esas alınmaya başlayacağını savunmaktadır.<sup>2</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi(FAYM), ilk zamanlardaki içtihatlarında Sözleşme'nin ihlal edilmesinin Alman Anayasası'nın 1. Maddesinde yer alan insan onuru kavramının da ihlal edilmesi anlamına geleceğini ve yine Anayasa'da belirlenmiş keyfilik yasağına aykırılık oluşturacağını ifade etmekteydi.<sup>3</sup> Yine bu dönemde FAYM vermiş olduğu "Masumiyet karinesi" kararında Sözleşme'nin Anayasa'da yer alan temel hakların içeriği ve boyutunu tespit etmek için destek bir norm olarak kullanıldığını belirtmekteydi. Bu noktada özellikle Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesine, Alman Anayasası'nın

1 E. Göztepe, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirmesi, Erdoğan Teziç'e Armağan, s.424.

2 Göztepe, s.425.

3 Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention/EMRK Art. 46 Rn.35-42.

kamu gücünün işlemlerine karşı yargısal korumayı öngören 19. maddenin 4. fıkrasının içeriğini somutlaştırması sebebiyle “yarı-anayasal bir anlam” atfedilmiştir.<sup>4</sup>

Ayrıca Alman hukukunda Türk hukukuna benzer biçimde gerek adli gerek ceza<sup>5</sup> gerekse idari yargı açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin(AİHM) ihlal kararları yargılanmanın yenilenmesi sebebi olarak kanunlarda belirtilmiştir.<sup>6</sup>

## II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Almanya’ya Karşı Verdiği İhlal Kararları Sonrasında Federal Alman Anayasa Mahkemesi’nin Yaklaşımı

FAYM’nin AİHM kararlarının bağlayıcılığı hususunda daha önce yaptığı tespitleri değiştirmesi Mahkeme’nin “Görgülü kararı” olarak bilinen içtihadıyla olmuştur. Bu karara konu olan hukuki uyumsuzluk Türk vatandaşı Kazım Görgülü’nün, 1999’da Leipzig’de doğan çocuğu Christopher ile olan velayet ilişkisidir. Söz konusu olayda Christopher doğmadan haftalar önce Kazım Görgülü’nün bebeğin annesiyle ilişkisi bitmiş ve bağlantısı kopmuştur. Bebeğin doğumundan hemen sonra ise annesi, onun evlat edinilmesine onay vermiştir. Kazım Görgülü ise evlat edinilmeden aylar sonra bebekten haberdar olmuş ve babalık davası açmak ve bebeğin velayetini almak için dava açmıştır. Görgülü, her ne kadar bebeğin babası olduğunun Mahkemece tespitini sağlasa da, bebeğin velayetine ilişkin açmış olduğu dava Haziran 2001’de Naumburg Yüksek Eyalet Mahkemesi tarafından, aradan geçen zamanda bebek ve evlatlık aile arasında bir ilişki geliştiği ve bebeğin bu aileden alınmasının çocuğun yararı ilkesine aykırılık oluşturacağından reddedilmiştir. Naumburg Mahkemesi, aynı zamanda biyolojik baba ve evlat edinene ebeveynler arasındaki tartışmanın çocuğu olumsuz etkileyebileceği gerekçesiyle Görgülü’nün çocuğuyla görüşmesini yasaklamıştır. Görgülü’nün bu karara ilişkin yapmış olduğu anayasa şikayeti ise FAYM

4 C. Zehetgruber, Die EMRK, ihre Rechtstellung sowie die Entscheidungen des EGMR im Stufenbau der deutschen Rechtsordnung, ZJS 1/2016, s.53.

5 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 359. maddesinin 6. fıkrası, daha önce kesinleşmiş bir kararın Sözleşme’yi ihlal ettiği AİHM tarafından tespit edilmesi durumunda yargılanmanın yenilebileceğini belirtmektedir. Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Zehetgruber, S. 55-56.

6 Hofmann, BeckOK Ausländerrecht, Kluth/Heusch 17. Edition, Rn.8.

tarafından açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.<sup>7</sup> Görgülü'nün bu kararın ardından yapmış olduğu bireysel başvuru sonucunda ise AİHM, Görgülü'nün Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel yaşam ve aile hayatının korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>8</sup> AİHM, ayrıca kararın hüküm kısmında babanın çocuğuyla bağının kurulması yönünde bir buyrukta bulunmuştur. Bu karar üzerine Wittenberg Sulh Mahkemesi, Mart 2004'te verdiği bir kararla oğlunun velayet hakkını Görgülü'ye vermiş ve dava kesinleşene kadar haftada 2 saat onunla görüşebilmesi için ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine ise Naumburg Eyalet Mahkemesi, kararı bozmuş ve ihtiyati tedbirin kaldırılmasına hükmetmiştir. Böylece, Naumburg Mahkemesi, AİHM kararının da uygulanmamasına hükmetmiştir.

Kararı uygulamayan Naumburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, AİHM kararının sadece Federal Almanya Cumhuriyetini bir uluslararası hukuk süjesi olarak bağladığını; ancak onun organlarını ve yargıyı etkilemeyeceğini; aksinin kabulünün Anayasa'nın 97. Maddesinde düzenlenen yargı bağımsızlığı ile bağdaşmayacağını söylemektedir. Naumburg Mahkemesine göre AİHM kararı ulusal yargı organlar açısından doğrudan bağlayıcılık içermemektedir. Naumburg Mahkemesi bu yorumunu da, AİHS'nin normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit olduğu ve dolayısıyla ulusal temel hakların yorumlanmasında bağlayıcı bir etkiye sahip olmadığı tezine dayandırmıştır. Dolayısıyla mahkemeye göre AİHM kararı sadece geçmişte verilmiş bir mahkeme kararının AİHS'e aykırı verildiği tespitinden ibarettir.<sup>9</sup>

Bunun üzerine Görgülü, tekrar FAYM'ye anayasa şikayetinde bulunmuştur.

FAYM'nin "Görgülü" kararına değinmeden önce kısaca, kararın siyasi arka planından da bahsetmek gerekmektedir. AİHM'nin "Görgülü" kararından kısa bir süre sonra verilen "Prenses Caroline"<sup>10</sup> kararı Alman kamuoyunda oldukça yoğun bir tepki ile karşılanmıştır.<sup>11</sup>

7 BVerfGE, 1 BvR 1174/01.

8 AİHM, Görgülü/Almanya

9 Göztepe, s.420.

10 AİHM, von Hannover/ Almanya.

11 T. Rensmann, "Görgülü": Das letzte Wort im Dialog zwischen Karlsruhe und Straßburg, in: Verfassungsrechtsprechung (Hrsg: Menzel/Müller/Terpitz), Tübingen 2011, s. 746-747.

Özellikle FAYM'nin somut olayda çatışan temel haklar arasında yaptığı değerlendirmenin AİHM tarafından Sözleşme'yi ihlal ettiği biçimindeki yorumlanması, FAYM'nin otoritesini sarsan bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Özellikle medyada kararın temyiz edilmesi yolunda yükselen talebe ilişkin Alman Federal Adalet Bakanı Brigitte Zypries, Büyük Daire'ye başvurmayacaklarını çünkü Alman ulusal yargı organlarının AİHM kararlarına dikkat etmeleri gerekse de ona uymak gibi bir yükümlülüklerinin olmadığını ifade etmiştir.<sup>12</sup> Tam bu noktada FAYM Başkanı Hans Jürgen Papier, aynı gün Zypries'in bu açıklamasını yapmadan önce FAYM'den konuya ilişkin bir rapor aldığını açıklamıştır. Bu açıklamadan sadece 6 hafta sonra FAYM'nin Görgülü kararını vermesi, Federal Hükümet'in Caroline konusunda tutum almadan önce FAYM ile istişare edip AİHM kararlarının bağlayıcılığı hususunda çözümü Karlsruhe Mahkemesinin bulması yönünde bir karar alındığı hususunda kuşuklara yol açmıştır.<sup>13</sup> Nitekim bu hususu Federal Parlamento da konuya ilişkin bir raporunda tasdik etmiştir.<sup>14</sup>

FAYM, Görgülü kararında öncelikle AİHS'in kanun gücünde olduğunu tespit etmiştir.<sup>15</sup> Dolayısıyla AİHS, mahkemeler için doğrudan dikkate alınacak anayasal bir ölçü norm değildirler.<sup>16</sup>

AİHM'nin kararları açısından FAYM, AİHM kararlarının FAYM Kanunu md. 31 gibi bütün federal ve federe organlar açısından bağlayıcılığına özdeş bir bağlayıcılık içermediği vurgusunda da bulunmuştur. Ancak FAYM aynı zamanda AİHM kararlarının idari ve yargı organları açısından yasaların yorumlanmasında **dikkate alınmasının zorunlu olduğu**; bunun da Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasının gereği olduğu tespiti yapılmıştır.

FAYM, bu yorum yöntemi açısından özellikle temel haklar rejiminin ölçülülük safhasına referans vermekte ve ölçülülük ve değerler tartımı

12 Rensmann, s.747.

13 Rensmann, s.746.

14 Bu rapor için Zur innerstaatlichen Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie zur Durchsetzung und Wirkung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Deutschland, Frankreich, Italien und Russland, im Vereinigten Königreich und in der Türkei, <https://www.bundestag.de/blob/482672/f9ace5e6e53fc37be870a3bbccb-b85ed/wd-2-104-16-pdf-data.pdf> (Erişim Tarihi: 07.05.2018)

15 BVerfGE 111,307.

16 BVerfGE 111,307.

gibi safhalarda AİHM'in tespitlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir.<sup>17</sup> Eğer bu tartımda ulusal yargı organları, kararı uygulamıyorlarsa, anlaşılabilir bir biçimde neden karara uymadıklarını gerekçelendirmek zorundadırlar.<sup>18</sup>

FAYM'ye göre derece mahkemesi kararında bu tür bir gerekçelendirilmekte bulunmaksızın hakların tartımında neden AİHM kararının yeterli olamayacağı, karara uyulmamasını gerektiren yeni bulguların ne olduğu gibi hususları açıklamamıştır.

Tüm bu gerekçeler ışığında FAYM bir derece mahkemesi olan Naumburg Derece Mahkemesi'nin neden AİHM kararının uygulamaması gerektiğini yeterli ölçüde ortaya koyamadığını tespit etmiş ve Anayasa'nın 6. Maddesinde yer alan aile kurma hakkını hukuk devleti ile bağlantılı olarak ihlal etmiştir.

Yine FAYM, Naumburg Mahkemesi'nin AİHM kararlarının bağlayıcı olduğu kabulünün yargı bağımsızlığına aykırı olduğu yönündeki tespitini kabul etmemektedir.<sup>19</sup>

Görgülü kararında FAYM'nin ortaya koyduğu kriterleri 4 başlıkta incelemek mümkündür:

- 1) Sözleşme'nin uygulanması Federal Anayasa'da belirlenen temel hak korumasının seviyesinin düşürülmesine yol açamaz.
- 2) Anayasa'da belirlenmiş olan uluslararası hukuka açıklık ilkesi (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) sadece Anayasa sınırları içinde anlam kazanır ve bu ilke Anayasa'nın son sözü söylemesinden vazgeçmesi anlamına gelmez.<sup>20</sup>

Bu husus haklı olarak bu tespitin Sözleşme'nin 46. maddesi ile hiçbir anlamda bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Çünkü AİHM, gerekirse Sözleşmeci Devletlere Anayasalarını değiştirebilme çağrısında dahi bulunabilmektedir.<sup>21</sup>

- 3) FAYM'ye göre devlet organları AİHM kararlarının hukuk düzenine etkilerini dikkate almalı, sağlamalıdır. Ancak devletin kamu

17 BVerfGE 111,307.

18 BVerfGE 111,307.

19 BVerfGE 111,307.

20 BVerfGE 111,307.

21 BeckOK AuslR/Hofmann

hukuku bundan dolayı etkileniyor ve çok taraflı hukuki ilişkilerde her tarafın menfaati yeterince ortaya konamadıysa, kararı hukuk düzenine yurdurmalıdırlar.

4) FAYM'ye göre göre eğer belli olgular veya hukuki ilişkiler değiştiyse, AİHM kararlarına uyma yükümlülüğü ortadan kalkabilir.

Anayasa şikâyetinin konusu hususunda ise FAYM, Görgülü kararında önceki içtihadıyla açık bir şekilde çelişmekten kaçınmış ve salt Sözleşme hükümlerine aykırılık dolayısıyla anayasa şikâyetinde bulunmayacağını belirtmiştir.<sup>22</sup>

Görgülü kararındaki FAYM'nin bu tutumu, onay kanununun hukuku uygulama emrinin, Mahkeme'ce hukuk uygulama tavsiyesi gibi algılandığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.<sup>23</sup>

Görgülü davasının FAYM ve AİHM kararları arasındaki bağlantıya ilişkin bu tespitler dışındaki bir diğer sonucu ise AİHM kararını uygulamayan hakimler hakkında Alman Ceza Kanununun 339. maddesine göre hukuku kasten yanlış uyguladıkları (Rechtsbeugung) ceza mahkemesinde açılan davadır.<sup>24</sup> Çünkü Naumburg Mahkemesi, AİHM ve FAYM kararının ardından önceki kararlarında direnmiş ve tekrar FAYM'nin bir geçici tedbir kararıyla<sup>25</sup> devreye girmesi gerekmiştir.

Bu davada Savcılık, Naumburg Mahkemesi üyelerinin AİHM kararını *keyfi* biçimde uygulamadıkları gerekçesiyle suç işlediklerini düşünmekteydi. Naumburg Mahkemesi üyeleri, oybirliğiyle verdikleri bu kararlardan dolayı açılan bu davada ise beraat etmişlerdir.<sup>26</sup>

FAYM'nin AİHM kararlarının bağlayıcılığına ilişkin bir başka tespitte bulunduğu kararı ise "Önleyici güvenlik denetimi" kararıdır.<sup>27</sup> Bu karar

22 Schaefer, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Faktor der europäischen Integration, EuR 2017, s. 97.

23 Schaefer, s.98.

24 Bu dava hakkında bkz. R.Lamprecht, Wenn der Rechstaat seine Unschuld verliert, NJW 2007, s.2744-2746.

25 BVerfG - 1 BvR 2790/04.

26 Bkz. <https://community.beck.de/2008/10/14/olg-naumburg-rechtsbeugung-zweier-von-drei-richtern-einer-kammer-nicht-beweisbar> (Erişim tarihi: 30.03.2018)

27 Alman ceza hukukunda önleyici güvenlik denetimi hakkında detaylı bilgi için bkz. B. Erman, Ceza Hukukunun Dönüşümü, Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9 Sayı: 2 Yıl: 2012, s.72.

öncesinde AİHM'nin Alman Ceza Muhakemesi hukukunda uygulanan önleyici güvenlik denetiminin de aslında bir ceza olduğunu ve dolayısıyla Sözleşme'nin 7. Maddesinde yer alan suçlarda ve cezalarda kanunilik” prensibinin ihlal edildiğine ilişkin tespitleri yol oynamıştır.<sup>28</sup> Bu tespitler, önleyici güvenlik denetiminin ceza olmadığı ve ölçülülük prensibi gereğince zaten ceza gibi infaz edilemeyeceği gerekçesiyle Alman öğretisinde yoğun biçimde eleştirilmiştir.<sup>29</sup> Alman kanun koyucusu ise AİHM içtihatları doğrultusunda önleyici güvenlik denetiminin kapsamını daraltan ve hüküm sonrası önleyici güvenlik denetimini kaldıran bir kanun değişikliğine gitmiştir. Bu yasaya karşı doğrudan birçok kişi, anayasa şikayetinde bulunmuştur.<sup>30</sup>

Bu anayasa şikayetlerine ilişkin kararında ise FAYM, anayasaya uygun yorum yöntemine başvurmuş ve önleyici güvenlik denetimi kavramını tehlike ve suçluluğun önlenmesi için taşıyıcı bir kolon olarak nitelendirmiştir.<sup>31</sup> FAYM, bu yorum yöntemini kullanırken iki kavrama geniş yer vermiştir: **1)** AİHS ışığında Anayasa'nın uluslararası hukuka açık yorumlanması **2)** Ölçülülük ilkesinin somutlaştırılması.<sup>32</sup>

Bu kararında FAYM, Görgülü kararının aksine AİHM kararlarının uygulanmamasına ilişkin kriterleri tekrar anmamıştır. Mahkeme, bu kararında sadece AİHM kararlarının eleştirel olmaksızın, toptancı bir yaklaşımla kabulünü reddetmiş ve bir destek ölçü norm olarak AİHS'nin temel hakları geliştirici etkisine vurgu yapmıştır.<sup>33</sup>

FAYM bu kararında, Alman halkının devredilemez ve dokunulamaz insan haklarının yeryüzündeki tüm hakların temelini oluşturduğunu kabul ettiğini belirten Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına da gönderme yapmakta ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi etkisinde

---

28 Bu kararlarının ardından Alman uzman mahkemelerinin FAYM'nin Görgülü kararını da göz önünde bulundurarak önleyici güvenlik denetimi tedbirlerini reddetmeye başladığını not etmek gerekir. Bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Freddok%2Fbecklink%2F1002749.htm&pos=0&hlwords=on> (Erişim tarihi: 30.03.2018)

29 K. Ferdinand Gärditz, Sicherungsverwahrung: Tastende Orientierung zwischen Polizeirecht und Strafrecht, Straßburg und Karlsruhe, in: Verfassungsrechtsprechung (Hrsg.:Menzel/Müller/Terpitz), Tübingen 2011, s.903.

30 A.g.e.

31 Gärditz, s.903.

32 A.g.e.

33 Gärditz, s.903.

yazılan bu maddenin meşru bir amacı ortaya koyduğunu ancak Alman kamu gücünün doğrudan uluslararası bir temel hak koruma mekanizmasının buyruğu altına sokmadığını ifade etmektedir.<sup>34</sup>

FAYM bu tespitlerinin AİHM'nin kararlarının temel haklar rejimi açısından hiçbir anlam ifade etmediği şeklinde yorumlamayacağını; tam aksine özellikle ölçülülük safhasında yapılan denetimlerde AİHM'nin tespitlerinin dikkate alındığını da ifade etmiştir.<sup>35</sup>

FAYM ilaveten, AİHM kararlarının tüm organları bağladığını vurgulayarak, diğer ülkelere verilen ihlal kararlarının da gelecekteki muhtemel uluslararası hukuk-ulusal hukuk çatışmasından kaçınmak için bu organlarca takip edilmesi gerekliliğine dikkat çekmiştir. İlaveten FAYM yasa koyucunun da AİHM kararlarını dikkate alma yükümlülüğüne ilişkin değerlendirmelerde bulunmuş ve yasa koyucunun AİHM kararlarını yerine getirme konusunda takdir marjına dikkat çekmiştir. Ancak bu takdir marjı, tehlikede olanlara karşı devletin koruma yükümlülüklerinin doğurduğu gereklilikleri de yok sayacak şekilde yorumlanamaz.<sup>36</sup>

Bu noktada Alman yasa koyucusunun uluslararası hukukla bağlı olmaktan sadece, Alman anayasasının temel yapıtaşları zedelenirse muaf kılınacağı belirtilmektedir.<sup>37</sup> Dolayısıyla FAYM devletin uluslararası camiaya eklemlendiği bir egemenlik anlayışını şart koşmaktadır.<sup>38</sup>

### **III. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin AİHM Kararlarının Etkisinde Verdiği Kararlar**

FAYM'nin doğrudan Almanya'ya karşı verilmiş olmasa da AİHM kararları ışığında verdiği bir diğer karar ise "Başörtüsü II" kararıdır.<sup>39</sup> Mahkeme, bu kararında da anayasa şikâyetinde bulunan başvurusunun AİHM'nde yer alan din ve vicdan özgürlüğünün de ihlal edildiği iddiası üzerine AİHS ve FAYM üzerine bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. FAYM önceki içtihadını tekrar edip bu kararda da AİHS'nin federal hukuk açısından tek başına bir ölçü norm olmayacağını belirtmiştir. Ancak

34 Gärditz, s.903.

35 Gärditz, s.907.

36 Gärditz, s.908.

37 Schaefer, s.103.

38 Schaefer, s.104.

39 BVerfGE 1 BvR 471/10 - 1 BvR 1181/10 .

FAYM'nin çarpıcı bir tespiti ise federe hukuk açısından federe hukukun AİHS'ne aykırılığı durumunda, Anayasa'nın 31. Maddesi uyarınca bir ölçü norm olarak anayasa şikâyetinde Sözleşme'nin dikkate alınacağını belirtmesidir. FAYM'nin bu tespiti, doktrinde bazı eleştirilerle de karşılaşmıştır.<sup>40</sup>

Yine FAYM'nin aşırı sağ parti NPD'nin kapatılmasına ilişkin kararında yoğun bir biçimde AİHS ve AİHM'ne atf edildiği görülmektedir.<sup>41</sup>

Son olarak AİHM kararlarının FAYM açısından bağlayıcılığına ilişkin önemli bir vaka ise kamu görevlilerinin grev hakkıdır. Çünkü Federal İdare Mahkemesi, AİHM'nin bu konuya ilişkin kararlarının Türkiye'ye karşı verildiği gerekçesiyle, kamu görevlilerinin grev hakkına ilişkin kısıtlayıcı yaklaşımını sürdürmüştür.<sup>42</sup> Bu karara ilişkin FAYM'ye yapılmış anayasa şikâyetleri ise mahkeme önünde derdesttir.<sup>43</sup>

#### IV. Sonuç

Ulusal düzeyde temel hakları koruma mekanizması olarak anayasa şikâyetini başarıyla uygulayan bir örnek olan FAYM ile Avrupa kıtası özelinde en etkili uluslararası temel hak koruma mekanizması olan AİHM arasındaki ilişki, tarafların 2000'li yıllara kadar açık bir çatışmadan kaçındığı örneklerden 2000'li yıllarda verilen Görgülü kararı ile iki organın birbirinin temel hak yorumu tekeli iddiasının açık bir çatışmaya dönüştüğü duruma evrilmiştir. En sonunda önleyici güvenlik denetimi kararı ile FAYM, ulusal hukukun önceliğine yine açık bir kapı bıraksa da temelde AİHM kararlarının üstünlüğünü tanımıştır.

40 Bkz. Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, C.F. Müller, Hedeilberg 2015, 4. Auflage, s.403.

41 Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı için bkz. BVerfG - 2 BvB 1/13 -.

42 Federal Alman İdare Mahkemesi'nin bu kararı için bkz. BVerwG Az. 2 C 1.13

43 Bu husustaki güncel tartışmalara ilişkin bkz. G. Buchholtz, Streikrecht für Staatsdiener? – Spagat am Bundesverfassungsgericht, <https://verfassungsblog.de/streikrecht-fuer-staatsdiener-spagat-am-bundesverfassungsgericht/> (Erişim tarihi: 07.05.2018)

## Yayın İlkeleri

1- Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

2- Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili Türkçe'dir. Ancak yabancı dilde yazılan yazılar Yayın Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe yazılmış özet ile birlikte, yayımlanabilir.

3- Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hüküm yurtdışında Türkçe'den başka dilde yayımlanmış yazıların tercümelemleri için uygulanmaz.

4- Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar bir İngilizce bir de Türkçe yazılmış ve her biri 200 kelimeyi aşmayan özet (abstract) ve ayrıca en az 5 adet anahtar kelime içermek zorundadır.

5- Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

6- Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak, bir bütün halinde 10 sayfadan az olmayacak şekilde kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Calibri, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotların şu şekilde olması zorunludur:

Kitap için: Yazar soyadı ve adı, eserin adı (italik), eserin yayın yeri ve yılı, sayfa numarası

Makale için: Yazar soyadı ve adı, makale adı (italik), derginin adı, cilt, sayı, yıl, sayfa numarası (s.)

İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

7- Yazının sonunda "Kaynakça" bölümü bulunmalı ve makalede atıf yapılan eserlerin listesine atıf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

**8-** Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

**9-** Makalenin hakemli olarak yayımlanması talep edilirse, Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan bu yazılar, hakem incelemesine gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. Hakem incelemesinden geçen yazı “Hakemli” ibaresi eklenerek yayımlanır.

**10-** Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.

**11-** Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türk Ceza Hukuku Derneği'ne aittir. Yazılar Türk Ceza Hukuku Derneği'nin [www.tchd.org.tr](http://www.tchd.org.tr) adresinde dijital ortamda yayımlanacaktır ve yazar sayısı kadar dergi basımı yapılacaktır. Yazara bir adet dergi gönderilecektir. Yazar kendisine bir telif ücreti ödenmeyeceğini ve bu yazıdan doğan tüm maddi haklarını Türk Ceza Hukuku Derneği'ne devrettiğini kabul etmiştir.

**12-** Suç ve Ceza Dergisi'nin Mart sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Şubat; Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Mayıs ; Eylül sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Ağustos ; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

**13-** Suç ve Ceza Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, konu kısmına “Suç ve Ceza Dergisi – Makale” yazılmak suretiyle aşağıdaki e-posta adresine yazara ait ORCID numarası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir:

[bilgi@tchd.org.tr](mailto:bilgi@tchd.org.tr)