

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 13 | Sayı: 3 | Eylül 2020

TCİD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

Suç ve Ceza dergisi
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin'de
yer almaktadır


TÜBİTAK
ULAKBİM

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ias-partners.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. Öğr. Üyesi 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. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılcan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin Inceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızılarslan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne 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

Eylül 2020

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 yaşını aşmıştır. 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 ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- LES PREUVES NUMERIQUES DANS LE PROCES PENAL TURC
DIGITAL EVIDENCE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE 653
E. Eylem Aksoy RETORNAZ
- İNSAN HAKLARI ODAĞINDA HUKUK GÜVENLİĞİ BİREY-DEVLET EŞİTSİZLİĞİ KARŞISINDA HUKUK GÜVENLİĞİ İLKEİ
LEGAL CERTANTY IN THE HUMAN RIGHTS FOCUS THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTANTY AGAINST INDIVIDUAL-STATE INEQUALITY 671
Sıla ER
- TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA TIP ALANINDAKİ DİJİTALLEŞME SÜRECİNİN YARATTIĞI YENİ HUKUKSAL SORUNLAR
NEW LEGAL PROBLEMS CAUSED BY THE DIGITIZATION PROCESS IN THE FIELD OF MEDICINE IN TURKISH AND GERMAN LAW 697
Yeliz GÜRKAN
- ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDE TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKININ TÜRKİYE'DEKİ UYGULAMASI
PRACTICE OF THE RIGHT OF MEETINGS AND DEMONSTRATIONS IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 731
Royce Betina MENAŞE
- KAHN v. FRANSA
AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİ BAĞLAMINDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN KORUNMASININ KAPSAMI
KAHN v. FRANCE THE SCOPE OF THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED MINORS IN THE CONTEXT OF ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 753
Emre Oğuz MERİÇ

HAZIR GİYİM SEKTÖRÜNDEKİ ŞİRKET
POLİTİKALARININ “İNSAN HAKLARINA
SAYGI SORUMLULUĞU” KAPSAMINDA
İNCELENMESİ
(H&M Grubu Örneği ile)

797

*AN ANALYSIS OF COMPANY POLICIES
IN THE GARMENT SECTOR WITHIN THE
FRAMEWORK OF “DUE DILIGENCE”
(With The Example Of H&M Group)*

Ece TOPTAŞ

Hakemsiz Makale

KARŞILAŞTIRMALI SUÇ ARAŞTIRMASI
HUKUKİ VE TOPLUMSAL YÖNÜYLE
TÜRKİYE VE İNGİLTERE’ DE UYUŞTURUCU
VEYA UYARICI MADDE SUÇLARI

829

*COMPARATIVE CRIME RESEARCH DRUG
OFFENCE IN TURKEY AND ENGLAND BY
LEGAL AND SOCIAL ASPECTS*

Özge AYAS

LES PREUVES NUMERIQUES DANS LE PROCES PENAL TURC *

Doç. Dr. E. Eylem Aksoy RETORNAZ **

ÖZET

Günümüzde bir bilişim sisteminde, elektronik ortamda veya internette bulunan deliller giderek daha fazla önem arz etmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda bu tür delillerin toplanması, ortaya konulması ve tartışılmasına ilişkin kurallar bulunmalıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin bir düzenleme içermekle birlikte, ceza yargılaması bağlamında sayısal (dijital) delillerin toplanması, ortaya konulması ve tartışılması hususunda düzenlemelere yer vermemektedir.

Anahtar Kelimeler: Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital Delil)

DIGITAL EVIDENCE IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE

ABSTRACT

Forensic investigations today increasingly involve evidence which manifests itself in the form of data stored in a computer or in the memory of an electronic device or which is available on the Internet. Even if the Code of Criminal Procedure laid the groundwork with a provision on search and seizure of computers, it is far from

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 25/09/2020. İlk hakem raporu tarihi: 30/09/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 04/10/2020.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, eaksoy@gsu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4174-1775

providing a comprehensive guide to the collection, seizure and use of digital evidence in the context of criminal proceedings.

Keywords: Search and Seizures of Computer, Digital Evidence In Criminal Procedure

Introduction

Les enquêtes judiciaires impliquent aujourd'hui de plus en plus des éléments de preuve qui se manifestent sous la forme de données stockées dans un ordinateur ou dans la mémoire d'un dispositif électronique ou encore qui sont disponibles sur internet. Le droit pénal doit donc s'adapter pour accueillir ces modes de preuve. Cette adaptation est le fruit d'un long processus en droit turc. Même si le code de procédure pénale a posé timidement les premiers jalons en 2005 avec une disposition sur la perquisition et saisie dans les ordinateurs, il est loin dresser un guide complet pour la collecte, la saisie, l'utilisation des preuves numériques dans le cadre du procès pénal. L'entrée en vigueur en 2015 seulement pour la Turquie¹ de la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe témoigne bien de la difficulté de la procédure pénale turque à s'adapter aux défis posés par les nouvelles technologies de l'information.

Cette relative frilosité du législateur turc est d'autant plus surprenante qu'en pratique les preuves numériques ont été très fréquemment utilisées dans le but de pervertir le cours de la justice².

Notre article sera organisé de la manière suivante : premièrement nous présenterons les dispositions régissant la collecte des preuves numériques (I) ; ensuite nous traiterons de l'utilisation de celles-ci dans le procès pénal (II).

I. LA COLLECTE DES PREUVES NUMÉRIQUES

A. Perquisition numérique et saisie de données

Le Code de procédure pénale turc (cpp) contient une disposition spécifique sur la perquisition numérique en vue de

1 Journal Officiel no: 28988, du 02 mai 2014.

2 KESKİN KIZIROĞLU Serap/EROĞLU Fulya/TEPE İlker, "Rapport national turc, Colloque préparatoire (Section III), XIXe Congrès internationale de droit pénal", *Suç ve Ceza*, 2013/1, p. 91.

saisir des données. En vertu de l'art. 134 CPP, le juge peut ordonner la perquisition et saisie des ordinateurs utilisés par le suspect, ainsi que celle des logiciels et des registres figurant sur l'ordinateur. Il convient de noter que cette disposition ne peut s'appliquer qu'au stade de l'instruction. Il n'est dès lors pas possible de recourir à une perquisition pendant le procès devant la juridiction de première instance³. Certains auteurs estiment que l'accusé peut occulter les preuves si la décision de perquisition numérique est octroyée lors de la poursuite⁴. S'agissant des conditions légales d'une telle perquisition et saisie, il y a lieu de distinguer entre plusieurs problématiques différentes. Tout d'abord, le recours à cette mesure doit répondre à certaines conditions générales (i) et seuls certains ordinateurs peuvent être perquisitionnés (ii). Une fois ces conditions matérielles réunies, nous nous pencherons sur les aspects formels, soit la procédure de mise en œuvre de la perquisition numérique (iii).

i. Conditions générales

La perquisition est la saisie des ordinateur est une cette mesure qui ne peut être appliquée qu'en dernier ressort. Elle est soumise à deux conditions cumulatives, soit l'impossibilité d'obtenir des preuves par d'autres moyens, et l'existence d'un fort soupçon fondé sur des preuves concrètes.

S'agissant de la première condition, elle fait l'objet d'un débat nourri dans la doctrine. Un courant d'opinion, estime que la mise en œuvre d'une perquisition numérique implique que toutes les

3 YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, p. 426; ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, c. II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, p. 939. ÖZTÜRK Bahri/EKER KAZANCI Behiye/SOYER GÜLEÇ Sesim, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, p. 156; Pour un avis contraire voir DEĞİRMENCİ Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital Delil)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, p. 318. ; ŞAHİN Cumhur/ÖZTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, p. 361. YAŞAR Yusuf/DURSUN İsmail, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El-koyma Koruma Tedbiri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuki Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 3, s. 8, http://dspace.marmara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11424/5984/1-%20Yusuf%20Ya_ar_smail%20Dursun.pdf?sequence=1&isAllowed (consulté le 14 septembre 2020).

4 CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, p. 449.

autres mesures à disposition, soit celles existant traditionnellement en procédure pénale, aient été épuisées ou qu'elles pourraient être tenues d'emblée pour inefficace⁵. A cela certains auteurs répondent que la condition de subsidiarité est remplie sitôt que seules les mesures moins intrusives ont être prises en considération, la perquisition numérique pouvant, par exemple, être mise en œuvre sans envisager la perquisition d'un domicile⁶. La Cour de cassation semble pencher en faveur de la première approche, considérant que la perquisition numérique doit être utilisée "*exceptionnellement et en dernier recours*" parce qu'elle est à l'origine de "*conséquences négatives dans la sphère privée et en matière de protection des données personnelles*"⁷. Le motif invoqué est d'autant plus surprenant que toute mesure de perquisition implique une ingérence dans la vie privée de la personne concernée.

Pour ce qui est de la seconde condition, soit l'existence d'un fort soupçon fondé sur des preuves concrètes, il s'agit d'une nouveauté introduite en 2014 qui vient encore renforcer le principe de subsidiarité. Il faut donc que d'autres indices concrets soient acquis au dossier avant qu'on puisse envisager une perquisition numérique⁸. De simples soupçons ne suffisent pas⁹.

ii. Ordinateurs susceptibles d'être perquisitionnés

L'art. 134 CPP mentionne uniquement l'ordinateur "utilisé par le suspect" peut être perquisitionnée. Pour qu'un ordinateur appartient à un tiers puisse être perquisitionné, il faut que le suspect

-
- 5 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 426. ; DURAN Gökhan Yaşar, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK), Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S.173-174, p. 222,
- 6 DEĞİRMENCİ, p. 345. Dans le même sens. AKTAŞ Batuhan, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, No.2, 2017, p. 223.
- 7 Y. 16. C.D., E. 2015/4672 K. 2016/2330 T. 21.4.2016. (www.kazanci.com.tr)
- 8 DEĞİRMENCİ, p. 353; APİŞ Özge, "Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama", *Yasama Dergisi*, S. 37, Haziran 2018, s. 72.
- 9 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 426; ÖZTÜRK/EKİCİ KAZANCI/SOYER GÜLEÇ, p. 156; ŞAHİN, p. 751; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 389.

aient utilisé ou utilisent l'ordinateur en question¹⁰. Le suspect peut utiliser matériellement ou accéder à distance à un ordinateur.

Un ordinateur contaminé par un logiciel malveillant de type "cheval de troie" ou "botnet" peut être détourné à distance pour accomplir des actes cybercriminels. Serait-il possible de perquisitionner l'ordinateur ainsi manipulé? Une interprétation aussi large de la notion d'utilisateur aura inmanquablement pour conséquence d'autoriser la perquisition de tous les ordinateurs manipulés à distance. Une telle approche porte atteinte aux droits fondamentaux en raison de son caractère disproportionné¹¹.

Qu'en est-il lorsque l'ordinateur peut être utilisé par plusieurs personnes? Si l'ordinateur n'appartient pas au suspect, la perquisition n'est possible que si on peut établir qu'il l'utilise¹². Lorsque le suspect a configuré un compte personnel sur cet ordinateur, la doctrine considère que la perquisition s'effectuera dans ce cas sur ce compte uniquement¹³. Lorsque la fonction "auto log on" est activée tous les utilisateurs ont accès à tous les paramètres de l'ordinateur. Cette situation se rencontre fréquemment pour les ordinateurs utilisés dans le cadre d'une même famille. Peut-on alors perquisitionner l'ordinateur malgré la présence de données appartenant à des tiers?¹⁴ Le problème se pose tout particulièrement pour la saisie des données. Au cours d'une perquisition "classique", les documents appartenant à des tiers ne peuvent être saisis que s'ils ont été utilisés à des fins délictueuses¹⁵ et la saisie de documents appartenant à des personnes qui peuvent refuser de témoigner n'est pas possible¹⁶. Or l'article 134 du Code de procédure pénale ne fait pas une telle distinction:

10 Y., 1. CD., E. 3891/3230, 14.11.2005.

11 DEĞİRMENÇİ, p. 321; ÜNVER/HAKERİ, p. 947; AKTAŞ, p. 221.

12 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 427; ŞAHİN, p. 755.

13 La doctrine anglo-saxonne se pose d'ailleurs la question de savoir s'il est judicieux de faire la différence entre les différents modes d'utilisation de l'ordinateur avant même de procéder aux opérations de la perquisition, cf. STANLEY Aaron, "The Continuing Evolution of Consent and Authority in Digital Search and Seizure", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. XIX, 2008, p. 185-2018.

14 ŞAHİN p. 755 répond affirmativement en précisant que l'ordinateur appartenant à un tiers peut être perquisitionné sur la base de l'art. 117 CP sur la perquisition concernant des tiers qui s'applique par analogie. Dans le même sens YAŞAR/DURSUN, p. 21

15 Art. 123 CPP

16 Art. 126 CPP

soit la perquisition est autorisée et la saisie des données des tiers l'est aussi, indépendamment de leur implication dans la commission du délit ou de la personne à laquelle elles se rapportent, soit elle ne l'est pas. Une application par voie d'analogie des dispositions restrictives en matière de perquisition et de saisie "classiques" est certainement envisageable, mais elle risque aussi de se heurter à des difficultés pratiques concernant l'identification des données susceptibles devenues ainsi insaisissables. Un problème similaire se rencontre lorsqu'un seul ordinateur n'est pas protégé par un mot de passe ou que celui-ci est utilisé par plusieurs personnes, notamment lorsque des employés se partagent le même poste de travail.

Il convient de noter que l'exigence d'utilisation par le suspect n'est pas toujours respectée en pratique, en particulier lorsque la perquisition est effectuée dans les lieux de travail¹⁷. Dans de tels cas, la perquisition porte sur tous les ordinateurs présents, sans déterminer lequel est l'ordinateur utilisé par le suspect. Se pose alors la question, que nous discuterons plus tard, du caractère illicite de telles preuves.

L'art.134 CPP est muet sur la question d'une éventuelle perquisition d'un ordinateur appartenant à la victime ou au lésé. Cela est particulièrement important lorsqu'un logiciel malveillant a été utilisé pour manipuler un ordinateur à distance. La Cour de Cassation admet la perquisition de l'ordinateur du lésé moyennant son consentement¹⁸. En pratique, cette perquisition est effectuée dans le cadre des pouvoirs généraux d'enquête du parquet dont la police est l'auxiliaire. Cette dernière perquisitionne les ordinateurs de la victime ou du lésé à la demande du parquet, moyennant le consentement de ceux-ci, et dresse les procès-verbaux afin de les verser au dossier de l'enquête¹⁹. Le caractère général de la base légale invoquée nous paraît toutefois problématique et il est douteux que le consentement puisse constituer à lui seul une garantie efficace.

17 KESKİN KIZIROĞLU Serap/EROĞLU Fulya/TEPE İlker, "Rapport national turc, Colloque préparatoire (Section III), XIXe Congrès internationale de droit pénal", *Suç ve Ceza*, 2013/1, p. 95.

18 Y., 11. CD, E.2005/6376, K. 2007/2511, 16.04.2007. (www.kazanci.com.tr)

19 DEĞİRMENÇİ, p.324 ; ŞAHİN, p. 755.

Une dernière difficulté pratique liée à la définition des ordinateurs susceptibles de faire l'objet d'une perquisition concerne les téléphones portables. Le texte de l'art. 134 CPP prévoit uniquement la perquisition des données stockés dans un ordinateur et non celles figurant dans un système informatique. Se pose alors la question de savoir si les données stockées dans un téléphone portable peuvent faire l'objet de perquisition en vertu de l'art.134 CPP²⁰. La jurisprudence opère une distinction entre un smartphone et téléphone portable ordinaire. Dans un arrêt rendu en 2015, la Cour de cassation constate que les smartphones par leur fonction sont assimilés à des ordinateurs si bien que la perquisition de données stockées dans ceux-ci est donc soumise aux conditions prévues dans l'art. 134 CPP²¹. En revanche, les téléphones portables peuvent faire l'objet de la procédure de perquisition et saisie ordinaire. Finalement, la Cour de cassation considère les données stockées dans du matériel informatique tel qu'un disque amovible ou un CD constitue des preuves numériques au sens de l'art. 134 CPP²².

iii. Mise en œuvre de la perquisition numérique

La perquisition numérique doit en principe être autorisée par un juge sur la demande du procureur²³. Toutefois, une perquisition peut être ordonnée en cas d'urgence par le procureur lui-même et soumise à l'approbation du juge dans les vingt-quatre heures, ce dernier devant se prononcer sur sa validité au plus tard dans vingt-quatre heures suivant l'exécution de celle-ci. Les copies prises et les textes décryptés sont immédiatement détruits sur l'expiration du délai d'approbation du juge ou si le juge estime que la décision de perquisition est infondée.

L'art. 119 CPP est appliqué par analogie au contenu de la décision de perquisition²⁴ qui doit donc indiquer l'identité du suspect, le

20 ÖZEN Muharrem/ÖZOCAK Gürkan, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, p.69.

21 Y. 17. CD, E. 2015/27517, K. 2017/1716, 15.2.2017, (karararama.yargitay.gov.tr)

22 Y. 16. CD, E. 2015/4672 K. 2016/2330 T. 21.4.2016, (www.kazanci.com.tr).

23 Art. 134 al. 1 CPP

24 ÜNAL Osman Gazi, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kop-*

délict justifiant la perquisition, le délai dans lequel celle-ci doit être effectuée ainsi que les motifs de celle-ci, notamment en ce qui concerne le respect des principes généraux. Lorsque les données sont cryptées, le juge peut ordonner leur décryptage²⁵.

En règle générale, la perquisition doit être effectuée à l'endroit où se trouve l'ordinateur concerné sans déplacer celui-ci²⁶, en prenant une copie intégrale de toutes les données stockées sur celui-ci²⁷. La perquisition numérique n'implique ainsi pas la saisie physique de l'ordinateur. Ce n'est que si les mots de passe ne sont pas connus ou si les informations cachées sont inaccessibles sur place, que l'ordinateur et tout autre équipement informatique nécessaires peuvent être saisis provisoirement pour récupérer les données et faire les copies nécessaires. Les dispositifs saisis doivent être retournés sans délai sitôt que la copie des données a été effectuée²⁸. Comme le relève la Cour de cassation, le but de ces règles strictes est d'éviter que les données ne soient falsifiées durant la perquisition numérique²⁹. Une modification de l'article 134 en 2018 a permis la saisie provisoire chaque fois que *“la copie des données est susceptible de durer longtemps”* réduisant ainsi considérablement la portée des garanties prévues par le législateur.

Une copie des données copiées dans le cadre de la perquisition et de la saisie doit être remise spontanément au suspect et cet échange doit faire l'objet d'un procès-verbal signé. Jusqu'en 2014, le procureur ou la police n'avaient pas l'obligation légale de remettre au suspect ou à son avocat de telles copies. Ceux-ci étaient confrontés à toutes sortes d'objections. Les agents de la police prétextaient ainsi de ne pas disposer du matériel nécessaires tels qu'un CD-ROM, un disque dur externe, pour graver la copie et exigeaient du

yalama ve Elkoyma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2011, p. 105; DEĞİRMENÇİ, p. 354; AKTAŞ, p. 227; PARLAK Oğuzhan Emre, *Türk Ceza Muhakemesinde Bilişim Sistemlerinde, Arama, El Kopyalama ve Elkoyma*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, p. 63.

25 Art. 134 al. 1 CPP, pour plus de précisions cf. DEĞİRMENÇİ, p. 378-379.

26 Art. 134 al. 2 CPP.

27 Art. 134 al. 3 CPP.

28 Art. 134 al. 2 CPP.

29 Y. 11. CD, E. 2005/6376 K. 2007/2551 T. 16.4.2007.

suspect ou de son avocat qu'ils leur fournissent le matériel sur le champ, sans tenir compte ni de l'heure ni du lieu de la perquisition. Par ailleurs, il arrivait également que les exemplaires remis soient réclamés au motif qu'ils "*contenaient des données constituant une infraction pénale*"³⁰.

Même si la nouvelle réglementation a permis de créer un garde-fou supplémentaire contre les éventuelles falsifications, il existe toutefois des situations où la remise d'une copie des données saisies et l'absence de saisie de l'ordinateur peut s'avérer problématique. Imaginez la situation d'une personne qui détient des images de pédopornographie sur son ordinateur. Suite à la perquisition de son ordinateur la copie, et même l'original, des images doivent être rendus à cette personne qui pourrait ainsi continuer de les utiliser voire les transmettre à des tiers. Un tel résultat est en porte à faux avec l'art. 19 al. 3 let. d de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité, lequel dispose que les Etats parties doivent rendre inaccessibles ou enlever les données informatiques du système informatique consulté³¹.

L'art. 134 al. 5 CPP permet de prendre une copie de certaines données, voire de l'ensemble des données d'un ordinateur, sans procéder à la saisie et à condition de les imprimer sur du papier. Cette disposition est critiquée en doctrine au motif qu'une retranscription intégrale n'est techniquement pas envisageable³². Par ailleurs, cette procédure particulière fait double emploi avec les règles générales que nous venons d'exposer. Elle tout au plus envisageable lorsqu'elle est destinée à être utilisée dans le but de saisir un seul document, par exemple une photographie ou un document word de taille modeste, qui peut être facilement imprimé.

En pratique, l'art. 134 al. 2 CPP a été appliqué de manière à porter préjudice à la fiabilité de la preuve. Dans certains cas, le processus de copie des données sur les ordinateurs saisis dure plusieurs jours, sans que la présence d'un témoin pendant la procédure soit

30 KESKİN KIZIROĞLU /EROĞLU /TEPE, p.96.

31 YENİSEY / NUHOGLU, p. 434.

32 DEĞİRMENÇİ, p. 379. Cf. aussi ÖZEN/ÖZOCAK, p. 70.;ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, p.392.

toujours assurée. En conséquence, il n'est pas possible de contrôler la chaîne de preuve et de s'assurer qu'aucune donnée externe n'a été introduite dans l'ordinateur avant d'en tirer une copie³³. Dans ce cas les preuves ne devraient pas être recevables dans le procès.

L'art. 134 CPP ne prévoit pas la possibilité de procéder à une perquisition numérique à distance. Selon deux auteurs, un tel procédé serait couvert par l'art. 17 al. 3 du Règlement sur les perquisitions judiciaires et préventives prévoyant l'accès aux *“réseaux informatiques, aux registres informatiques tenus à distance et aux équipements amovibles”*³⁴. Toutefois, comme souligné par un autre auteur, une disposition réglementaire ne peut pas élargir le champ d'application d'un texte de loi au sens formel³⁵. A notre avis, cette impossibilité s'étend également aux données stockées dans un *“cloud”*³⁶.

Les données saisies dans le cadre d'une perquisition informatique doivent être entreposées pour la durée de la procédure dans des conditions adéquates afin de garantir leur conservation³⁷.

B. La collecte des données relative au trafic

La législation turque ne contenait pas de disposition spécifique sur la collecte en temps réel des données relatives au trafic. Cependant, la police, afin de déterminer le procureur compétent, s'est vu octroyer des pouvoirs de recherches sur le cyberspace afin de déterminer auprès de quel procureur l'infraction doit être dénoncée³⁸. Elle pouvait ainsi accéder à l'identité des utilisateurs d'internet. Les fournisseurs d'accès, les fournisseurs d'hébergement et les fournisseurs de contenu sont tenus de communiquer ces renseignements requis au département de la police chargé de lutter

33 KESKİN KIZIROĞLU /EROĞLU /TEPE, p. 95.

34 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 435.

35 DEĞİRMENÇİ, p. 366. Pour un avis contraire ŞAHİN, p. 755.

36 DEĞİRMENÇİ estime, au contraire, que le données stockés dans un cloud peut être perquisitionnés a condition que le fournisseur de service de cloud soit en Turquie et que le mot d'utilisateur et et le mot de passe soit reconnu. p.331-332.

37 Art. 9 al. 2 du Règlement sur le butin des infractions.

38 Art. Additionnel n° 6 al. 18 de la Loi sur les devoirs et les fonctions de la Police; introduit par l'IDécret-loi n° 680 du 2 janvier 2017 et transcrit dans le texte par la loi n 7072 du 1er février 2018.

contre la cybercriminalité. Une telle ingérence dans le droit au respect de la vie privée sans décision de justice préalable ne nous paraît guère défendable.

La Cour Constitutionnelle a annulé ladite disposition par un arrêt du 19 février 2020 au motif qu'elle était contraire au principe de l'Etat de droit et au droit au respect de la vie privée³⁹.

S'agissant de la consultation par les autorités de poursuite pénale de données relatives au trafic sur internet, le droit turc se caractérise par une grande confusion en raison des interactions entre le Code de procédure pénale et la législation administrative relative à internet.

S'agissant tout d'abord du courrier électronique, la consultation des données qui s'y rapportent tombent sous le coup des dispositions relatives à la surveillance des télécommunications⁴⁰.

Le sort des autres données relatives au trafic internet est nimbé de nombreuses incertitudes. La loi n°5651 sur la réglementation des publications par le biais d'internet et la lutte contre les infractions commise par cette voie (la loi "internet") prévoyait initialement que les fournisseurs d'accès, d'hébergement et de contenu pouvaient être astreints à transmettre à la direction des télécommunications⁴¹ toutes informations utiles relatives aux usagers d'internet⁴². Ces dispositions ne réglaient pas la question d'une éventuelle transmission des informations aux autorités de poursuite pénale, sans toutefois l'interdire formellement ni même l'assujettir de conditions.

Par un arrêt du 8 décembre 2015, la Cour constitutionnelle turque a annulé les dispositions en questions, au motif qu'elles étaient contraires au principe de l'Etat de droit, au principe de proportionnalité et au droit au respect de la vie privée⁴³. L'arrêt a été publié dans le *Journal Officiel* le 21 janvier 2016, faisant

39 AYM, E. 2018/91, K. 2020/10, 19.02.2020, par. 89-98.

40 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 428. La question fait toutefois l'objet d'un débat, cf. ÜNVER/HAKE-RI, p. 956.

41 Cette entité administrative a été remplacée par le "Conseil des Technologies de l'Informati-on".

42 Cf. les art. 4 al. 3, 5 al. 5 et 6 al. 1 let. d de la Loi

43 AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 8.12.2015, par. 88, 169 et 170.

ainsi courir le délai d'un an assigné au législateur pour procéder aux modifications nécessaires. Ce délai est parvenu à terme sans nouvelle réglementation. En revanche, la Cour constitutionnelle a refusé d'annuler⁴⁴ l'art. 5 al. 3 de la Loi internet, lequel oblige les fournisseurs d'hébergement à conserver les données de trafic pour une durée d'un à deux ans, selon ce que fixera un règlement, et l'art. 6 al. 1 let. b de la même loi qui retenait une obligation similaire pour les fournisseurs d'accès et ce pour une durée comprise entre 6 mois et deux ans.

Il ressort du jeu de ces différentes dispositions, que les fournisseurs précités sont tenus de conserver les données de trafic sans toutefois qu'un texte en vigueur ne précise à qui et à quelles conditions ces données peuvent être transmises dans le but d'être utilisées comme moyen de preuve dans le cadre d'un procès pénal.

II. L'UTILISATION DES PREUVES NUMÉRIQUES DANS LE PROCÈS PÉNAL

A. L'admissibilité des preuves électroniques

La législation turque ne contient aucune règle spécifique sur l'utilisation des preuves numériques au cours des débats. Celles-ci sont soumises au régime des preuves matérielles prévu par le Code de procédure pénale. La preuve est en principe libre, ce qui offre la possibilité aux parties d'avoir recours à toutes les modalités permettant d'établir la vérité. Il n'existe aucune règle légale sur la valeur probante de certains types de preuves.

En vertu de l'art. 217 CPP, le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves qui lui sont apportées au cours des débats et contradictoirement discutées devant lui. Les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve obtenu conformément au droit et le juge décide d'après son intime conviction.

Cependant, la fiabilité des preuves numériques a fait couler beaucoup d'encre. Le fait que les preuves numériques soient ouvertes à la manipulation externe, en particulier lors de la collecte,

⁴⁴ AYM, E. 2014/87, K. 2015/112, 8.12 2015, par. 177.

de nombreux spécialistes considèrent qu'elles ne devraient être considérées comme des preuves solides ou fiables dans la procédure pénale lorsque tous les gardes-fous sont respectés⁴⁵. La Cour de Cassation a d'ailleurs eu l'occasion de constater l'irrégularité de preuves numériques fabriquées de toute pièce après la date de la commission de l'infraction par d'autres personnes que le suspect⁴⁶.

Les doutes liés à la manipulation des données électroniques se posent notamment lors de la prise d'une image du disque dur dans le cadre de la perquisition électronique. Même si une valeur de hachage sécurisée est générée pendant la copie, cela ne permettra pas de détecter le chargement de données provenant d'une source extérieure avant le début du processus de copie, notamment lorsqu'un logiciel malveillant a été utilisé dans le but d'infester un ordinateur avec des fichiers compromettants. Par ailleurs, les garanties énumérées à l'art. 134 CPP sont loin d'être uniformément respectées en pratique. Il n'est pas rare que les images de disque de supports de données telles que des CD, des disques durs externes ou des disques d'ordinateur soient prises dans les postes de police, hors la présence de tout témoin, au motif que la procédure prendra longtemps. Une manière de procéder qui a été légitimée par un décret-loi adopté dans le cadre de l'état d'urgence. Dans ce cas, il n'est absolument pas impossible que des doutes puissent apparaître quant à l'insertion de nouvelles données avant la copie. Aucune base légale ne prévoit, par exemple, que le matériel informatique saisi et en attente de copie sera continuellement placé sous vidéosurveillance et que les images seront conservées jusqu'à la fin de la procédure. Ainsi, dans le cadre des procès que nous venons de mentionner, une liste de contacts contenant les données de plusieurs personnes en relation avec le terrorisme avait été chargée sur le téléphone portable de l'un des accusés, un lieutenant des forces armées, après son arrestation. Ce n'est qu'au prix de multiples objections que le caractère falsifié de ces preuves numériques a été retenu. Pour l'anecdote, les policiers impliqués ont été ultérieurement jugés,

⁴⁵ ÜNVER/HAKERİ, p. 942; YENİSEY/NUHOĞLU, p.432-434

⁴⁶ Y. 16. CD, E. 2015/4672, K. 2016/2330, 21.4.2016

mais acquittés au motif que la falsification avait eu lieu “*par erreur*”⁴⁷. Selon certains auteurs, les preuves numériques ne devraient être utilisées pour fonder une condamnation qu’en présence d’un rapport d’expert digne de foi attestant de leur fiabilité⁴⁸.

En droit turc, les preuves illégales sont totalement inadmissibles. La loi turque adopte un régime très strict à cet égard et l’exclusion est prévu à la fois par la Constitution et par le Code de procédure pénale lui-même. Ainsi, le texte de l’art. 38 al. 5 de la Constitution dispose que “*les preuves obtenues de manière illégale ne peuvent pas être utilisées*”. Cette disposition est concrétisée au plan législatif par l’art. 217 al. 2 CPP, au terme duquel le juge ne peut prendre en considération que les preuves obtenues de manière conforme au droit. Par ailleurs, l’art. 289 al. 1 CPP dispose qu’un jugement fondé sur des preuves illégales doit être cassé indépendamment de leur influence sur l’issue du procès (*ouverture à cassation absolue*). A maintes reprises, la Cour de cassation a indiqué que la violation des règles procédurales relatives à l’obtention des preuves constituait une illégalité au sens des dispositions précitées. Ainsi, le non-respect des règles énumérées à l’art. 134 CPP est susceptible de constituer un moyen de cassation contre le jugement rendu sur le fond⁴⁹. La règle d’exclusion n’a aucune exception. En conséquence, aucune distinction ne peut être faite entre l’illégalité “absolue” et “relative”, ou entre l’illégalité “substantielle” et “formelle” de la preuve, à l’instar de ce qui existe dans d’autres ordres juridiques. En outre, la loi turque adopte le principe d’origine anglo-saxonne de la doctrine du “*fruit de l’arbre empoisonné*” et exclut ainsi toute preuve obtenue indirectement par l’utilisation de preuves illégales.

Les éléments de preuve recueillis par des moyens illégaux ne peuvent jamais être pris en compte dans le jugement. Le fait que les preuves illégales soient la conséquence d’agissements de particuliers n’y change rien. Il convient de noter que certaines infractions pénales

47 KESKİN KIZIROĞLU/EROĞLU/TEPE, p. 92. Cf. également Cumhuriyet, 28 Novembre 2013 (http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/13869/Celebi_nin_telefonuna_selven_nu_mara_yukleyen_polise_beraat.html).

48 YENİSEY/NUHOĞLU, p. 434.

49 Parmi d’autres, Y. 19 CD, E: 2015/4634, K: 2015/5522, T: 13/10/2015.

sont susceptibles de concerner tout un éventail d'agissements de nature à mettre en cause l'intégrité et la fiabilité des preuves électroniques. Les infractions en question pourraient inclure la violation du secret de la communication (art. 132 CP), la violation de la vie privée (article 134 CP), l'accès illégal à un système informatique (article 243 CP), obstruction à l'accès à un système informatique ou destruction ou encore modification des données d'un tel système (article 244 CP), utilisation à des fins criminelles d'un appareil ou outil affecté au service public (article 266 CP) et ou dissimulation, destruction ou altération des preuves d'une infraction (article 281 CP).

B. La valorisation des preuves électronique au cours de l'instance

Selon l'art. 134 al. 1 CPP, les données saisies dans le cadre d'une perquisition informatique peuvent être retranscrites par écrit avant d'être acquises au dossier, il ne s'agit toutefois pas d'une obligation. S'agissant des courriers électroniques, ceux-ci tombent sous le coup des dispositions relatives à la surveillance des télécommunications et ils doivent être retranscrits par une personne que le procureur désignera à cette fin⁵⁰. Un auteur a proposé l'application à la perquisition électronique d'une des dispositions relatives à la surveillance des télécommunications, l'art. 137 al. 3 CPP, afin d'obliger le parquet à détruire dans les dix jours les données dont la collecte n'aurait pas été approuvée par le juge⁵¹. A ce jour, il n'existe toutefois pas de jurisprudence ayant confirmé cette approche, ou même ayant étendu l'application aux preuves numériques des dispositions relatives à la surveillance des télécommunications.

Etant donné qu'aucune règle ne vient encadrer la valorisation des preuves numériques au cours du procès, celles-ci peuvent être insérées dans d'autres moyens de preuve. C'est ainsi que les preuves électroniques peuvent faire l'objet d'une inspection, si elles comportent des données susceptibles d'être perçues par les cinq sens, ou d'une expertise, notamment en cas de contestation au sujet de leur fiabilité.

50 Art. 137 CPP.

51 DEĞİRMENÇİ, p. 380.

Conclusion

Le cadre légal concernant la collecte et l'utilisation des preuves numériques est loin d'être satisfaisant, en dépit de certaines bonnes intentions législatives. Les expériences récentes avec des preuves truquées destinées à pervertir le cours de la justice, devraient inciter à davantage de prudence et susciter des débats au parlement. Malheureusement, cela n'est pas le cas. En l'absence de réformes à brève échéance de nouvelles contestations sont susceptibles de surgir.

BIBLIOGRAPHIE

- AKTAŞ Batuhan, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S.2, 2017, pp. 211-239.
- APIŞ Özge, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama”, *Yasama Dergisi*, S. 37, Haziran 2018, pp. 49-86.
- CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- DEĞİRMENCİ Olgun, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital Delil)*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- DURAN Gökhan Yaşar, “Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK), Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S.173-174, pp. 173-241.
- KESKİN KIZIROĞLU Serap/EROĞLU Fulya/TEPE İlker, “Rapport national turc, Colloque préparatoire (Section III), XIXe Congrès internationale de droit pénal”, *Suç ve Ceza*, 2013/1, p. 69-105.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZEN Muharrem/ÖZOCAK Gürkan, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/1, pp. 43-77.
- ÖZTÜRK Bahri/EKER KAZANCI Behiye/SOYER GÜLEÇ Sesim, *Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbirleri*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- PARLAK Oğuzhan Emre, *Türk Ceza Muhakemesinde Bilişim Sistemlerinde, Arama, El Kopyalama ve Elkoyma*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ŞAHİN Cumhur, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma (CMK m. 134)”, *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, pp. 749-764.
- ŞAHİN Cumhur/ÖZTÜRK Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

STANLEY Aaron, “The Continuing Evolution of Consent and Authority in Digital Search and Seizure”, *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. XIX, 2008, pp. 185-218.

ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.

YAŞAR Yusuf/DURSUN İsmail, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuki Araştırmaları Dergisi*, C. 19, S. 3, s. 3-32, http://dspace.marmara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/11424/5984/1-%20Yusuf%20Ya__ar__smaail%20Dursun.pdf?sequence=1&isAllowed (consulté le 14 septembre 2020).

YENİSEY Feridun/NUHOĞLU Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

İNSAN HAKLARI ODAĞINDA HUKUK GÜVENLİĞİ BİREY-DEVLET EŞİTSİZLİĞİ KARŞISINDA HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ*

Sıla ER**

ÖZET

Yazılmış olan makale, üç ana başlıktan oluşmaktadır. Bu başlıklarla genel kapsamlar belirtilmiş olup alt başlıklar ile detaylandırılmıştır. İlk bölümde, tarihsel açıdan bireyin devlete karşı bir koruma mekanizması geliştirmesi anlatılmıştır. Buna göre; egemen güce karşı bir güvence ihtiyacı belirmiş, bu doğrultuda bireyler haklarını koruma altına alabilmek amacıyla iktidarı çeşitli yöntemlerle sınırlama yoluna gitmiştir. Bunun sonucunda zaman içinde çeşitli anlayışlar gündeme gelmiştir. Hukuk güvenliği ilkesi de bu sınırlama ihtiyacının bir sonucu olarak doğmuştur. İkinci bölümde ise bu kapsamda gündeme gelen hukuk devleti öğretisinden ve bu öğretinin temel taşlarından olan hukuk güvenliği ilkesi ile ilişkisinden bahsedilmiştir. Makalenin üçüncü ve son bölümünde, devlete karşı getirilen bu sınırlamaların özü olan insan hakları ele alınmış, insan hakları fikrinin doğuşu ve insan hakları ile hukuk devleti ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesi ilişkisi aktarılmıştır. Bu bölümde ayrıca, ele alınmış olan konular kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından verilmiş olan kararlar incelenmiş, bu kararlar üzerinden hukuk güvenliği ilkesi ve insan hakları ilişkisi yorumlanmış ve bu konudaki güncel sorunlara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk Güvenliği İlkesi, İnsan Hakları, Hukuk Devleti, Egemen Güç, Gücün Sınırlandırılması

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 26/08/2020. İlk hakem raporu tarihi: 06/10/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 19/12/2020.

** Avukat, İstanbul Barosu, silaer@istanbulbarosu.org.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3533-3916.

LEGAL CERTANTY IN THE HUMAN RIGHTS FOCUS THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTANTY AGAINST INDIVIDUAL- STATE INEQUALITY

ABSTRACT

There are three main titles in this article. The article is outlined in these titles and it is detailed with the subheadings. In the first part, the development of an individual's protection mechanism against the state is explained historically. To explain, the need for assurance against sovereign power had occurred and individuals had tried to limit this power by various methods in order to guarantee their rights. In time, several disciplines were considered in the society. As a result of need to limit power, principal of legal certainty was occurred. In the second part, principal of rule of law discussed in this context and the relation with the principal of legal certainty, which is one of the main element of rule of law, is mentioned. In the third and last part of this article, human rights, which is the essence of these restrictions against the state, are discussed. Besides, the emergence of the idea of human rights and the relation between the principal of rule of law, legal certainty and the human rights is explained. Otherwise, in this part, some of the adjudgments of European Court of Human Rights and The Constitutional Court of The Republic of Turkey is examined and thanks to this examination, the principle of legal certainty and its relations with human rights is commented. After all, the current issues about this subject is mentioned.

Keywords: Principal of Legal Certainty, Human Rights, The Rule of Law, Sovereign Power, Limitation of Power

GİRİŞ

Zaman içerisinde toplum yapısında sınıflaşmanın meydana gelmesiyle beraber yönetim yönünden eşitsizliğin var olduğu bir düzene geçilmiştir. Uygur toplum yapısının oluşmasından bu yana toplumda hakimiyeti elinde bulunduran bir kişi, zümre veya topluluk olmuştur. Bu hakimiyet karşısında güçsüz durumda kalanlar ise, hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla zaman içerisinde çeşitli

yöntemlerle dengeyi sağlamaya çalışmışlardır. *Magna Carta Libertatum*, *Hebeas Corpus Act* gibi belgeler ile dönemin otoritesinin mutlak gücü sınırlandırılmaya çalışılmış, kişi hak ve hürriyetleri güvence altına alınmak istenmiştir. Böylece çeşitli fikir akımları meydana gelmiş, devlet anlayışı zamanla değişmiş ve hukuk devleti öğretisi doğmuştur. Hukuk devleti anlayışına göre; kişi hak ve özgürlüklerinin kanunlarla güvence altına alınması, devlet otoritesinin hukuk kurallarıyla bağlı olması, kuvvetler ayrılığı ilkesinin uygulanması, özgürlüğü temel alan bir demokratik rejimin bulunması gerekmektedir. Bir devlet ancak hukuk güvenliğini sağlayabiliyorsa hukuk devleti sıfatını kazanabilecektir. Hukuk güvenliği çerçevesinde, devlet var olan hukuka bağlı olur, kişi kendini hukuken güvence altında hisseder. İnsan haklarının kısıtlanmasında yönetenin keyfi tutumları değil, hukuk kurallarının öngördüğü haller esas alınır. Böylece temel hak ve hürriyetler devlete karşı güvence altına alınabilir.¹

İnsanın insan olmaktan kaynaklı hakları olarak tanımlanan ‘insan hakları’, insanlık tarihinden bu yana var olan ve gelişen bir kavramdır. Her insanın, insan olmasından dolayı onurlu ve değerli olduğu düşüncesi ile gelişme gösteren insan hakları öğretisine göre; bu onur ve değerın korunması devletin bir ahlaki ödevidir. Bu sayede temel hak ve hürriyetler hukuk kurallarınca güvence altına alınır ve devlet, yönetilenlerin haklarına müdahalede sınırlandırılır. Devlet ile bireyin eşitsiz düzeninden çıkıp hukuk önünde denge sağlanmasının temelinde insan hakları öğretisi yer almaktadır. 17. ve 18. yüzyıllarda çağdaş anlamıyla insan hakları kavramını ve bu amaçla verilmiş olan mücadeleleri görmek mümkündür. Bu öğretı kapsamında insan hakları tüm haklardan üstün tutulmuş, bu üstünlüğün temelına insan değeri kavramı alınmıştır.² Bu denli mühim olan insan hakları da hukuk devletinde hukuk güvenliği ilkesi ile güvence altına alınmakta, otoriteler karşısında üstünlüğünü bu yol ile kazanmaktadır.

İnsan hakları kavramı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde (İHAS) de tanımlanarak hükme bağlanmış, aykırılık durumlarında

1 Gözübüyük Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016, s. 93-96.

2 Uygun Oktay, *Devlet Teorisi*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 470-481.

sözleşme kapsamında bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Bu yolla hukuk devleti ilkesine aykırı davranarak insan haklarını zedeleyecek eylem ve işlemlerin engellenmesi amaçlanmıştır. Benzer şekilde, Türk hukuk sisteminde de insan hakları kavramına yer verilmiş olup, bu haklar anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede uygulamada yaşanan sorunlar karşısında gerekli önlemler alınmalı, anayasal düzende hukuk devleti ilkesi ve hukuk güvenliği ilkesi gereğince insan hakları en etkin şekilde korunmalıdır.

I. İNSANIN DEVLETE KARŞI DUYDUĞU GÜVENLİK İHTİYACININ TEMELİ

A. Devletlerin Kurulma Sürecinde Egemen Olanın Gücü

İnsanlar, ilkel toplumlarda eşitlik kavramını en katı şekilde yaşamış, sınıfsal bir çeşitlik ve işbölümü içerisinde bulunmamışlardır.³ Bu kapsamda esas olan toplum içerisinde üstün olmaktan çok, temel ihtiyaçların karşılanmasıdır. Toplum içerisindeki bu eşitliğin sağlanması için belirli yasaklar ortaya çıkmış, bu yasaklar ve kurallar bütünüyle bir kimsenin iktidara gelmediği, yöneten ve yönetilen kavramlarının ortaya çıkmadığı, toplumsal sınıflaşmanın mevcut olmadığı bir düzen içerisinde yaşamak mümkün olmuştur.⁴ İkel toplumdaki uygar topluma geçişte ise eşitlik düzeninin yıkılarak eşitsizliğin ortaya çıktığı görülmektedir. Bu doğrultuda toplumda işbölümü ile işler görülmeye başlamış, toplumsal yapıda tabakalaşmalar meydana gelmiştir.⁵

Uygar toplumların oluşmasıyla devletin ortaya çıkış sürecinde; toplum yönetenler ve yönetilenler olarak sert şekilde kutuplaşmış, bir grup yönetenler olarak topluma egemen olurken, diğer grup bu egemenliğe boyun eğerek yönetilmeye başlamıştır.⁶ Böylece devlet kavramı ortaya çıkmış ve yönetilenler devlet kavramı ile meşrulaştırılmış kurallara uygun yaşamaya başlamışlardır.

3 Şenel Alaeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2014, s. 41.

4 Uygun, *Devlet Teorisi*, s. 21.

5 Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 41.

6 Bir görüşe göre tarihte devletin kuruluşu; göçebe ve savaşçı çoban topluluklarının, yerleşik ve barışçıl çiftçi toplulukları üzerinde sistemli bir yağma ile egemenlik kurmalarıyla açıklanabilmektedir. Bkz: Şenel, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 42.

B. Bireylerin Devlete Karşı Güvencelerini Sağlama Amacının İlk Görünümleri

Üstün olanın egemen olduğu devlet yapısında, iktidarın mutlak gücü uzun zaman din ve ekonomi gibi çeşitli meşruiyet kanallarıyla toplum üzerinde hakim olmuş, iktidarın sınırlanmasının temelleri çeşitli yollarla dile getirilse de kabul edilen ilk yazılı belgelerin ortaya çıkması Ortaçağı bulmuştur. Buna göre; her ne kadar dönemin başında taslaklarını görmek mümkün olsa da siyasal iktidarın sınırlandırılmasının konusunda ilk yazılı belge *Magna Carta Libertatum* olarak kabul edilmektedir.⁷

Magna Carta Libertatum, kralın vergiler konusunda keyfi uygulamalarına tepki olarak doğmuştur. Böylece; 1215 yılında İngiltere’de kralın vergilendirme yetkisi feodal beyler ve din adamları yararına sınırlandırılmış, her ne kadar sonradan fermanın hükümlerine uyulmasa da, bu fermanla vergilendirmeye yönelik yetkiler meclisin onayına tabi tutulmuştur.⁸ Söz konusu belge, yönetenin hukukla bağlı olması, keyfi davranışlardan kaçınması ve kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasına ilişkin hükümler içermesiyle hukukun üstünlüğü fikrinin ilk göstergelerindedir.⁹ Bu belge ile aslında devletin egemen güç olarak ortaya koyduğu ve tartışılması mümkün olmayan kurallar, yönetilenler bakımından tartışılır hale gelmiş, yöneten üstün güce karşı halk kendini koruma yoluna bu belgenin imzalanması ile gitmeye çalışmıştır. Böylece, devlet karşısında, vergilendirme yolunda halk kendini güvence altına almak istemiş, tek otorite olan devlet egemenliği bu güvence ile sınırlandırılmaya çalışılmıştır.

Devletin karşısında kişinin güvenliğini sağlayan bir diğer önemli belge ise İngiltere’de 1679 tarihinde ortaya çıkmış olan *Habeas Corpus Act* olmuştur. Bu belge ile kişi özgürlüklerinin idarece keyfi sınırlandırmalara tabi tutulmasının önüne geçilmek istenmiş, dev-

7 Turinay Faruk Yasin, *Suçta ve Cezada Kanunilik Prensibinin Anayasal Temelleri*, (Yüksek Lisans Tezi), Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 50-51.

8 Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, *Vergi Hukuku* Ankara: Turhan Kitabevi, 2018, s. 9.

9 Koç Özlem, *Türkiye’de Hukuk Devletin Gelişimi ve 1982 Anayasası* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019, s. 7.

lete karşı kişi hakları güvence altına alınmış, hukuka aykırı uygulamalardan kaçınılması gerekliliği vurgulanmıştır. Söz konusu belge, bugünkü anlamıyla kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının temelini oluşturmaktadır.¹⁰

Bahsi geçen belgelerin ardından, Fransa'da 26 Ağustos 1789 tarihinde Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi imzalanmış olup kralın mutlak egemenliğinin bu belge ile sınırlandırılması sağlanmıştır.¹¹ Bildirge, içerdiği ilkeler doğrultusunda evrensel nitelikli hale gelmiş, tüm zamanlarda ve her yerde geçerli, insan doğasına uygunluğu esas alan doğal hak kuramından kaynaklanan, uluslararası bir belge olarak nitelendirilmiştir.¹² İnsan hakları bu bildiri ile değer ifade ederek uluslararası alanda anlam kazanmaya başlamıştır.¹³

İktidarın mutlak egemenliğini sınırlayarak hukuk devleti yolunda adımlar atılmasını sağlayan bir diğer önemli belge ise İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'dir. Beyanname, 2. Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından hazırlanıp 10 Aralık 1948'de ilan edilmiş, insan hak ve hürriyetleri bu beyanname ile teminat altına alınmak istenmiştir. Kanun önünde eşitlik, keyfi muamele yasağı gibi düzenlemelerle devletin hukuk kuralları ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.¹⁴

Günümüzde de oldukça etkili olan bir diğer önemli belge ise İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir. 4 Kasım 1950'de imzalanıp 3 Eylül 1953'te yürürlüğe giren bu sözleşmede temel amaç, insan haklarının korunması için etkin bir sistem oluşturulmasıdır.¹⁵ Bu doğrultuda sözleşmenin taraflarını bağlayıcı ve yargısal bir denetim sistemi öngörülmüştür. Söz konusu denetim yolu ile insan haklarının devlete karşı güvence altına alınmaları sağlanmaya çalışılmıştır.¹⁶

10 Kılıç Oğuzhan, *Türk Anayasa Hukukunda Kişi Güvenliği Hakkı* (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 17-19.

11 Kılıç, *Türk Anayasa Hukukunda Kişi Güvenliği Hakkı*, s. 20.

12 Turinay, *Suçta ve Cezada Kanunilik Prensiplerinin Anayasal Temelleri*, s. 161.

13 Koç, *Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi ve 1982 Anayasası*, s. 8.

14 Koç, *Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi ve 1982 Anayasası*, s. 9.

15 Kılıç, *Türk Anayasa Hukukunda Kişi Güvenliği Hakkı*, s. 28.

16 Koç, *Türkiye'de Hukuk Devletin Gelişimi ve 1982 Anayasası*, s. 11.

C. Devletin Mutlak Egemenliğine Karşı Güvence Sağlama Gereksiniminden Doğan Hukuk Güvenliği İlkesi

Devlet, var olduğu andan itibaren egemen bir güç olarak konumlanmış olup içerisindeki hiçbir otorite ile eşit değildir.¹⁷ İkel hukuk anlayışı çerçevesinde devletin koymuş olduğu hukuk kuralları, kuralları koyan yönetenleri değil, yalnızca yönetilenleri bağlamaktadır. Devletlere verilen bu mutlak yetki, zaman içerisinde yerini iktidarın gücünde çeşitli yollarla sınırlamalara bırakmış, devlet organlarını da bağlaması öngörülen hukuk kurallarının ortaya çıkması ile ikel hukuk anlayışı yerini hukuk devleti kavramına bırakmıştır.¹⁸

Hukuk, iktidarın örgütlenip kurumlaşmasını mümkün kılarak devletin meşruiyetini sağlarken, aynı zamanda yönetenlere karşı bireye güvence temin etmektedir. Bu çift işlevi ile hukuk, meşruiyetini sağladığı devlet karşısında zayıf durumda olan bireye karşı keyfi davranışları azaltıp iktidarı kurallar ile sınırlamış olacaktır.¹⁹

Bu kapsamda yukarıda bahsedilen belgeler ve tarihteki pek çok benzer hadise ile devlet iktidarı kişilerin haklarını güvenceye almaları hususunda sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Yönetilenler, yönetenlerin üstün gücüne karşı tepki göstererek hukuk önünde eşitliği sağlamaya çalışmış, çeşitli yollarla yetkileri sınırlandırma yoluna gitmişlerdir. Bu doğrultuda devletin hukuk ile bağlanması amaçlanmıştır.

İktidarın sınırlandırılması fikrinde hukuk devleti kavramının bir gereği olarak doğan hukuk güvenliği ilkesiyle ise kamu otoriteleri karşısında yönetilenler için güvence sistemi sağlanır. Bu ilke gereğince bir devlette herkes, uymakla mükellef olduğu hukuk kurallarını önceden bilir ve davranışlarının bu kurallara göre şekillendirir. Bu ilkeye göre; önceden bilinebilen ve sağlıklı şekilde uygulanabilen bu kurallar kişilere güven sağlamalı, aynı şekilde yönetenler de bu kurallara uymak mecburiyetinde olmalıdır.²⁰ Bu yolla birey, bir hukuk devletinde kurallarla sınırlandırılmış bir iktidar yaratmış

17 Tanilli Server, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981, s. 7.

18 Bozdoğan Doğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi* (Doktora Tezi), Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 5.

19 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 10-11.

20 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 5.

olur. Yönetenler ile yönetilenler arasında bir denge hali oluşturularak eşit koşullarla ve objektif kurallarla beraber, baskının olmadığı, sınırlandırılmış iktidarın yasaları dilediği genişlikte değiştiremediği bir sistem yaratılır. Böylece toplumda hukuka güven duygusu oluşur ve kişi, hareketlerinin sonuçlarını hukuk sistemi içerisinde tayin edebiliyor ve hak ve özgürlüklerinin güvence altında olduğundan emin olabilir.

II. HUKUK DEVLETİ KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ

A. Çağdaş Hukuk Devleti

Hukuk devleti düşüncesinin doğumuna insanlık tarihinin uzun yıllar süren mücadeleleri zemin hazırlamış²¹, ancak hukuk devleti öğretisinin ana fikri Fransız Devrimi ile ortaya çıkmıştır. Buna göre; 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile anayasa ve yasalar yoluyla hukuk kuralları somutlaştırılmış ve yasaların anayasaya uygunluğu denetim mekanizması sağlanmıştır. Böylece, hukuk devleti öğretisinin temelleri atılmıştır.²² Hukuk devleti kavramı olarak ise ilk kez Almanya'da kullanılmış olup²³, II. Dünya Savaşı ardından hukuk devleti öğretisine yeniden yönelim ile öğretinin uygulaması yaygınlaşmıştır.²⁴

Hukuk devleti, yönetenlerin hukuk kurallarına dayanmadığı, yönetilenlerde devlete güvensizlik duygusuna yol açan 'polis-devlet'²⁵kavramının karşıtı olarak ifade edilebilir.²⁶ Hukuk devletinde hukuk kuralları en üst düzeyde yer alanlar da dahil olmak üzere tüm kurum, makam ve kişileri bağlamakta ve idarenin eylem ve işlemlerinin sınırlarını çizmektedir. Bu anlayışa göre, yalnızca kanun

-
- 21 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 5.
22 Özbirecikli A. Rana, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Anlayışı Üzerine Bir İnceleme* (Yüksek Lisans Tezi) Hatay: Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 11.
23 Coşkun Erhan, *Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 25.
24 Kaboğlu İbrahim Ö., *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012, s. 20.
25 Polis devlet; devleti yönetenlerin kurallarla bağlı olmaksızın keyfi davranışlarla ülkeyi yönetmeleridir. Bkz: Teziç Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 165.
26 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 155.

ile tanınan yetkiler kullanılabilir ve bu yetkilerin kullanımında sınırın aşılması durumunda sorumluluğun gündeme geleceği öngörülür.²⁷

Hukuk devleti kavramı, özgürlüklerin korunması, devletin hukuk kuralları ile sınırlandırılması ve ölçülülük ilkesi temelleri ile gelişmiş, böylece devlet egemenliğinin mutlak ve yüce bir güç olmasının önüne geçilmesi, yönetenler ile yönetilenlerin hukuk önünde eşit olması sağlanmaya çalışılmıştır. Hukuk devletinde tüm kişi ve kurumlar yürürlükteki kurallara göre hareket ederler. Hukuk kuralları önceden bilinir ve yaptırımlarla güvence altına alınır. Böylece devlet belirli bir hukuk rejimine tabi olur ve hukuk kuralları ile sınırlı olarak faaliyetlerini sürdürür.²⁸

Bir devleti hukuk devleti olarak tanımlarken bu devlette temel hak ve hürriyetlerin güvence altında olması, bu hakların anayasada belirtilip sınırlamalarının ancak kanun ile mümkün olması, kanunların genel olmasının yani yasa önünde herkesin eşit ve benzer durumlar karşısında aynı çözüm yolunun uygulanmasının sağlanması, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin sağlıklı şekilde yapılabilmesi, ayrıca idarenin eylem ve kararlarında hukuka bağlı kalarak yargı denetimine tabi olması ve bu eylem ve işlemlerin en etkin şekilde denetiminin sağlanabilmesi esas alınacaktır.²⁹

Hukuk devletinin var olabilmesi için asolan hukukun üstlüğünün etkin şekilde bulunmasıdır. Hukukun üstünlüğünün mevcut olduğu devlette kişi hak ve hürriyetleri güvence altına alınır, anayasaya uygun bir düzen sürdürülür. Hukukun üstünlüğü ilkesince, idare eylem ve işlemleri hukuka uygun şekilde düzenlenir. Böylece sağlıklı bir hukuk devleti mevcudiyetini sürdürebilir. Hem yönetenler hem yönetilenler önceden konulmuş ve belirli olan hukuk kurallarına uymakla yükümlüdür ve bu durum yönetenlerin egemen olduğu düzeni değiştirerek yasaların egemenliğinin bulunduğu bir hukuk düzenini sağlamış olur.³⁰

27 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 23.

28 Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 22-23.

29 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 155.

30 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 11.

Hukuk devleti öğretisi ile günümüzün ideal devlet profili çizilmiş, devletin hukuk kuralları ile sınırlı olarak hareket edeceği, idarenin karar ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olduğu ve bu güven ortamında insan haklarını gözeten bir devlet düzeni öngörülmüştür.³¹ Server Tanilli; hukuk devleti sürecinin idarenin yaptığı eylem ve işlemlerin yargısal denetime tabi tutulması ile başlamış olup yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğu denetimi ile geliştiğini belirtmiş ve anayasal düzenin kendisini de sorgulayabilen bir devlet-ötesi sistem ile tamamlanacağını öngörmüştür.³²

B. Hukuk Güvenliği İlkesi

Hukuk güvenliği ilkesi geniş anlamıyla ele alınacak olursa, ilkenin temellerini hukukun başlangıcına dahi götürebilmek mümkün olacaktır. İkel toplumlarda da kurallar karşısında eşitliği sağlayacak bir düzen inşa edilmiş olup, öngörülen sonuçların kurallar ile önceden belirlenmiş olduğu söylemek nispeten mümkündür. Ancak, dar anlamıyla hukuki güvenlik ilkesinin temelleri günümüze çok uzak sayılmaz. Dolayısıyla hukuk devleti anlayışının gelişmesi ardından bugünkü tanımıyla hukuk güvenliği ilkesinde geç modern dönemin anlayışı temel alınabilir. Terim anlamıyla ise hukuk güvenliği ilkesi, ancak 20. yüzyıl başlarında Almanya'da ortaya çıkmıştır.³³

Hukuk güvenliği, yönetilenlerin hukuki güvenlik içinde buldukları, hukuk normlarının öngörülebilir olduğu, idarenin eylem ve kararlarında hukuka bağlılığın bulunduğu ve sınırların hukuk yolu ile çizildiği bir sistem olarak tanımlanabilir. Buna göre, yönetilenler hukuk devleti içerisinde hukuk güvenliği ilkesi gereğince güven duygusu ile yaşayabilirler.³⁴ Bu ilke çerçevesinde hukuk kuralları istikrarlı, belirli ve öngörülebilir olacak, aleyhe kuralların geriye yürütülmemesi, kazanılmış hakların korunması gibi çeşitli yollarla hukuki güvence sağlanacaktır.³⁵

31 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 14.

32 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 24.

33 Köküsarı İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi (Doktora Tezi)*, Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 33-35.

34 Altundış Mehmet, *Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi*, 10, 2008, s. 61.

35 Coşkun, *Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 6.

Hukuk güvenliği ilkesinde temel amaç, vatandaşların hukuka güven içerisinde, hukukun üstünlüğünün egemenliği ile temel hak ve hürriyetlerinin korunacağı bilinciyle yaşamalarıdır. Bu hedefle, öncelik, güvenlik ihtiyacının karşılanmasıdır. Buna göre; toplumda insan haklarının güvence altına alınmış olması, hukukun güvenilirliğinin sağlanabilmesi, bu hususta etkin düzenlemelere yer verilmesi, adalet ihtiyacının giderilmesi gerekmektedir. Bu durum, bir hukuk devleti anlayışı içinde, geleceğin öngörülebilir olduğu, keyfi uygulamalara yer verilmeyen, belirli, açık ve kesin kavramlar ile hukuk düzeninde güveninin yaratıldığı bir sistemin varlığı ile sağlanır.³⁶

Hukuk güvenliği ilkesi anayasanın her bölümüne sirayet etmiş bir ilke olmak ile birlikte temelleri Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti tanımında ve Anayasa'nın 5. maddesinde kendini göstermektedir. Anayasa'nın 5. maddesinde devletin amaç ve görevleri tanımlanmış ve bu çerçevede devlete toplumda refah, huzur ve mutluluğu sağlama, temel hak ve hürriyetleri koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu doğrultuda, devletin, toplumda yerleşmiş hukuka olan güveni koruması ve işlem, eylem ve uygulamalarında mevcut güveni zedelememesi gerekmektedir.³⁷ Anayasa'nın 2. maddesinde ise Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu vurgusu yapılmıştır. Buna göre; hukuk devleti kavramı, hukuki istikrarın sağlandığı, hukuka güvenin bulunduğu, kişinin davranışlarını belirlerken mevcut hukuk sistemine güvenle hareket ettiği bir sistemi sağlamakta ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesinin temelleri de söz konusu maddede yer alan hukuk devleti kavramı içerisinde varlığını göstermektedir.³⁸

Hukuk güvenliği ilkesi kapsamında devlet, açık ve güvenilir olma yükümlülüğü altındadır çünkü vatandaşlar hem idarenin uygulamalarının hukuk kurallarına uygunluğuna güven duygusu besler hem de yürürlükteki mevzuatın süreceğine ilişkin bir güven taşır.³⁹ Hukuk güvenliği ilkesi ile bağlı olunacak hukuk kuralları öngörülebilir, önceden bilinebilir, kişiler davranışlarını bu kurallara göre şekillen-

36 Coşkun, *Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 19-24.

37 Altundiş, *Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 62.

38 Yılmaz Elif, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi* (Doktora Tezi), Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 9.

39 Coşkun, *Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 28.

direbilir. Devlet düzeni içerisinde yaşayanlar hukuk kurallarına olan güven duygularını kaybetmeden eylemlerine devam edebilir.⁴⁰

Hukuk güvenliğinde toplumdaki otoritelerin, kamu da dahil olmak üzere, soyut ilkelere tabi olması, hukuk aracılığıyla egemenliğin kullanılmasının şartlara bağlanması gereklidir. Hukuk kurallarının genel, aleni ve açık olması, toplumda uygulanabilirliğine ilişkin duyulan bir güvenin bulunması gerekir. Bu kapsamda Alman Anayasa Mahkemesi de hukuk güvenliğini ‘vatandaşın kendisine yönelik devlet müdahalesini önceden görebilmesi ve buna uygun hareket edebilmesi’ olarak tanımlamıştır.⁴¹

Sonuç olarak hukuk güvenliği ilkesinin mevcut olduğu bir sistemde, kuralların belirli, öngörülebilir ve pratiğin istikrarlı olması sayesinde vatandaşlar bu kurallara güvenerek davranışlarını belirler ve kurallara iradeleri ile uyum sağlar. Kuralların hangi doğrultuda uygulanacağını, davranışlarının sonuçlarının neler olabileceğini bilir ve bu öngörü ile hareket edebilir. Söz konusu kuralların anayasaya uygunluğu sağlanır ve kişi hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi için anayasal bir denetim mekanizmasına tabi tutulur. Bu sayede hukuka ve en temelde devlete bir güven ortamı yaratılmış olup huzurlu bir toplumdan bahsetmek mümkün hale gelir.⁴²

C. Hukuk Devleti ile Hukuk Güvenliği İlişkisi

İlkel çağlardan günümüze, toplumda birlikte yaşamak için sosyal düzeni sağlayan kurallar bulunmakta ve kamu yaptırımını getirilmiş olan kurallar dizisine ise hukuk kuralları adı verilmektedir. Bu kurallar silsilesi zaman içerisinde değişim göstermekte, değişen kurallar için temel anlayışların sarsılmaması toplumdaki huzur ve belirlilik için önem arz etmektedir. Söz konusu kurallarda öngörülebilirliği, belirliliği ve istikrarı sağlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devleti anlayışını temel alan devletlerde bulunması şart unsurlardan biridir.⁴³

40 Coşkun, *Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 5.

41 Sır Onur, *Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi* (Doktora Tezi), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 150-151.

42 Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 144.

43 Yılmaz, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, s. 8-9.

Yönetenlerin üstünlüğünün hakim olduğu, devletin mutlak gücü elinde bulundurduğu ve bu meşruiyetin ‘devlet’ kavramına dayandığı sistemde, yönetilenlerin devlete karşı koruma mekanizmaları olmalı ve yönetilen ile yöneten arasında olması gereken bu eşitlik durumunun, kurallarla güvence altına alınması sağlanmalıdır.⁴⁴ Ancak hukuk kuralları ile sınırlandırılmış bir iktidarın olduğu, hukukun üstünlüğünün esas alındığı bu sistemde, bir hukuk devletinden bahsedilebilmek mümkün olacaktır.

Zamanla pek çok ilkeyi de içerisinde barındırıp bugünkü anlamını kazanan hukuk devleti öğretisi, temelinde hukukun güvenilirliğini, tüm kamu gücünün hukuk kuralları ile bağlı olmasını ve hukukun her zaman hesaba katılabilir olmasını esas almıştır.⁴⁵ Bu anlayış çerçevesinde hukuk devleti, kişilerin mevcut kuralları öngörüp özgürce davranabildiği, kurallara devletin de uymakla yükümlü olduğu bir devlet anlayışıdır. Dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesi, hukuk devleti kavramının temellerinde mevcuttur. Devlet, hukuk güvenliğini sağlar ve kişilere belirli, açık, öngörülebilir ve güvenilir bir hukuk düzeni temin eder. AYM de hukuk devletinde hukuk güvenliğini sağlamanın esas olduğunu belirtmiş ve hukuki güvenlik ilkesini hukuk devletinin bir unsuru olarak ele almıştır.⁴⁶

Hukuk devleti ilkesinden doğmuş olan hukuk güvenliği ilkesi, temel hak ve hürriyetleri anayasada korunan kişilere yönelik bir ilkedir. Bu kapsamda hukuk güvenliği ilkesini hukuk devleti ilkesinin birey üzerinde yoğunlaşmış hali olduğunu söylemek mümkün olacaktır.⁴⁷

Tüm bunlara göre; hukuk devleti anlayışı ile hukuki güvenlik ilkesi birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir öğreti içerisinde temellenmektedir. Bir devleti hukuk devleti olarak adlandırabilmek için söz konusu devlet bünyesinde birçok temel ilke ile birlikte hukuk güvenliği de sağlanmış olmalıdır. Aksi halde bir devleti hu-

44 Yılmaz, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, s. 7-8.

45 Doehring Karl, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)*, trc. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002, s. 214.

46 Yılmaz, *Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi*, s. 37.

47 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 32.

kuk devleti olarak nitelendirmek, yalnızca kağıt üzerinde bir tanım yapmaktan ibaret olarak kalacaktır. Bu kapsamda, devletler, hukuk devleti öğretisini benimsemelerinde en temel ilkelerden biri olan hukuk güvenliği ilkesi doğrultusunda hareket etmeli, kişi hak ve hürriyetleri hukuk güvenliği ilkesi ile hukuk devleti içerisinde korunaklı hale gelmelidir.

III. HUKUK GÜVENLİĞİ İLKESİ İLE İNSAN HAKLARININ BAĞLANTISI

A. İnsan Haklarının Tarihi Ve Günümüzdeki Temeli

Tarih boyunca pek çok felsefi düşüncenin temeli olan; *Cicero*, *Locke*, *Montesquieu*, *Voltaire*, *Rousseau*, *Kant* gibi pek çok düşünürün üzerinde çalıştığı; insanlık tarihinde insanın ortaya çıkışından bugüne, Antik Çağlardan günümüze uzanan insan hakları düşüncesi, pozitif hukuka *Magna Carta Libertatum*'nun da etkisiyle *Petition of Right* ile geçmiş, ardından *Hebeas Corpus Act* ile kişi güvenliği güvence altına alınmış, *Bill of Rights* ve *Act of Settlement* ile meclis üstünlüğü ve yargı bağımsızlığı ilkelerinden bahsedilmiştir. *The Virginia Bill of Rights* ile eşitlik ilkesi vurgulanmış, kişinin insan olmasıyla gelen, doğuştan bir takım haklara sahip olduğu belirtilmiştir. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile insanın özgür ve eşit doğduğunun, temelde bir takım kısıtlanamaz haklara sahip olduğunun altı çizilmiştir.⁴⁸

Evrensel nitelikli bağlayıcı kurallar ise 2. Dünya Savaşı sonrası Birleşmiş Devletler'in kurulması ardından yoğunlukla gündeme gelmiş, bu doğrultuda 10 Aralık 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyanname-si ilan edilmiştir. Evrensel, bağlayıcı ve yaptırıma tabi insan hakları kuralları ise 1953'te yürürlüğe giren İHAS ile belirtilmiş olup söz konusu sözleşme ile temel hak ve özgürlüklere aykırılık durumunda, sözleşmede öngörülen İHAM'a başvuru imkanı tanınmıştır.⁴⁹

İnsan hakları sürekli bir devinim içerisinde ve devamlı bir gelişim sürecinin bir parçasıdır. Tarihte yaşanan olaylar izi ile oluşmuş,

48 Güveyi Nazmiye, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması* (Yüksek Lisans Tezi), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 13-22.

49 Güveyi, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması*, s. 13-22.

zamanla uygulamayla ve toplumsal hareket olmanın ötesinde hukukun temeli haline gelen aşamalarla şekillenmiştir.⁵⁰ Tarih içinde toplum yapıları değiştikçe insan hak ve özgürlükleri kavramlarının algılanış biçimi de değişmiş, zamandan zamana, toplumdan topluma farklı tanımların var olduğu görülmüştür. Tüm bunlarla beraber insan hakları terimi, var olan hak tanımları içerisinde en geniş olanı, olanın değil olması gerekenin ifade edilmesidir.⁵¹ Bu doğrultuda insan hakları, insanın var olduğu tüm tarih aşamalarında varlığını göstermekle beraber, çağdaş insan hakları kavramına 17.-18. yüzyıllarda rastlanılmaktadır.⁵²

Aydınlanma Çağı'nda temel olan "Doğal Hukuk" kavramının temelindeki insanın sırf insan olmasından ötürü sahip olduğu hakların var olması ve bunların mutlak egemen devlet de dahil olmak üzere her otoriteye karşı dokunulmaz olarak nitelendirilmesi düşüncesine dayalı bir öğretiyi var olduğu kabul edilir. Buna göre *John Locke*'un 'Toplum Sözleşmesi' varsayımı çerçevesinde insanların aralarında anlaşarak kurdukları ve bir kısım özgürlüklerinden feragat ettikleri devlet içerisinde, bireyin doğuştan gelen ve tüm kurallardan üstün bazı doğal hakların mevcut olduğu ifade edilir. Devlet, bu karşı konulamaz hakları korumak, bunlara aykırı davranmamak sorumluluğunu taşır. Söz konusu varsayım, birey ile devlet arasındaki temel çerçeveyi çizmiş, çağdaş insan haklarının temellerini oluşmasına zemin hazırlamıştır.⁵³ Böylece Eski Yunan'daki aidiyetin verdiği özgürlük kavramından farklı olarak, günümüzde çağdaş insan hakları anlayışı doğrultusunda kişi hak ve özgürlükleri evrensel nitelikli hale gelmiştir.⁵⁴

Kişinin her türlü hak ve hürriyetini etkin şekilde kullanabilmesi için öncelikle bir hukuk devleti anlayışının ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesinin varlığı şarttır. Birey, birey olmasından doğan haklarını seslendirmekten korkmaz, uygulamanın aleyhine gelişmeyeceğine güvenir ve bu hakların devlet tarafından zedeleneceği korkusu

50 Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 231-232.

51 Tanilli, *Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş)*, s. 161.

52 Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 230.

53 Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, s. 230.

54 Uygun Oktay, *Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları*, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2003, s. 57.

içerisinde yaşamaz. Dolayısıyla insan haklarının temelinde hukuka güvenmek yer alır, hukuk güvenliği ilkesi ile insan haklarının yalnızca kağıt üzerindeki varlığından ötede etkin şekilde kullanılabilmesi sağlanır. Hukukta eşit düzlemdeki yönetilenler ve yönetenler dengesi, bir kurallar silsilesi olmaktan çıkıp somut, kullanılabilir ve toplumun her bir ferdi tarafından hissedilebilir hale gelir.

B. İnsan Hakları Çerçevesinde Hukuk Güvenliği İlkesine Yaklaşımlar

Hukuk devletinde devletin en temel yükümlülüğü; insan haklarını güvence altına almak, idarenin keyfi uygulamalarının önüne geçmektir. Bu doğrultuda devlet, iktidar karşısında kişi hak ve özgürlüklerini anayasa ve yasalarla düzenler ve korur. Anayasada öngörülen kişi hak ve hürriyetleri ancak kanun ile sınırlanır ve bu sınırlamalar da belirli şartlara tabi olarak gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda bireyler ancak hukuk güvenliği ilkesinin temel alındığı, idarenin uygulamalarının yargısal denetime tabi olduğu bir hukuk devletinde haklarını etkin şekilde kullanabilecektir.⁵⁵

AYM kararlarında da bir hukuk devletinden bahsedebilmenin temel koşulu temel hak ve özgürlüklerin korunduğu, saygı duyulduğu, toplumda eşitlik ve adalet duygusunun sağlandığı bir devletin varlığının bulunmasıdır. (AYM 20/09/1990, E. 1990/17, K. 1990/23)⁵⁶ İnsan haklarının hukuk kuralları ile güvence altına alınması, böylece keyfi davranışların önüne geçilmesi gereklidir. Mahkemenin de kararlarında ifade ettiğine göre; hukuk devleti düzeni için hukuk kurallarıyla bağlı, temel hak ve hürriyetlerin anayasa ile güvence altına alınmış olduğu, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel alındığı bir düzen gereklidir. Bu düzenin sağlanmasında hukuk güvenliğinin şart olduğu ve bu sayede toplumda istikrar ve huzur ortamının yaratılarak aslında devlete karşı doğal olarak bir güven duygusunun oluştuğundan bahsedebilmek mümkündür.⁵⁷ (AYM 1.7.1998, E. 1996/74,

55 Bozdoğan, *Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi*, s. 17-18.

56 Anayasa Mahkemesi, 20/09/1990, E. 1990/17, K. 1990/23, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

57 Özbirecikli, *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Anlayışı Üzerine Bir İnceleme*, 20-21.

K.1998/45; AYM, 12.12.1989, E.1989/11, K.1989/48)⁵⁸ Dolayısıyla hukuk devletini oluşturan temel öğelerden biri olan hukuki güvenlik ilkesi doğrultusunda insan haklarının güvence altına alındığı, bu kapsamda pratikte de hukuk kurallarının uygulanmasına ilişkin güvenin korunduğu, yapılacak değişikliklerin hukuki istikrar gözetilerek, insan hakları temel alınarak yapılması gerekliliğinden bahsedebilmek mümkün olacaktır.

Hukuk güvenliği ilkesinin aslolan hukuki temeli, temel hak ve hürriyetlerinin korunmasıdır. Bu ilke, hukuk devletinin bir gereğidir ve ilkeye aykırılık halinde hem toplumdaki hukuka olan güven duygusu zedelenir hem de uygulamada ciddi sorunlar meydana gelebilir. Bu kapsamda hukuk güvenliği ilkesi hukuk devletinin bir gereği olarak İHAS'a genel olarak etki eden temel ilkelerdendir. Söz konusu etkinin en yoğun belirtisi İHAS'ın 5. maddesinde özgürlük ve güvenlik hakkı başlığında kendisini göstermesiyle beraber; adil yargılanma hakkı, suçta ve cezada kanunilik şartı, geriye yürümeme ilkesi, kıyas yasağı gibi düzenlemelerle insan haklarının korumasının sağlanması öngörülmüştür.

İHAM kararları incelendiğinde, 'öngörülebilir hukuk düzeninin' bir hukuk devletinde olması gerekliliği vurgusu dikkati çekebilir. Buna göre İHAS-5. Madde Rehberi'nde aktarılan örnek kararlarda da söz konusu vurgu görülebilecektir.

Özgürlükten mahrum kılma söz konusu olduğunda, hukuki kesinlik ilkesinin yerine getirilmesi özel olarak önem taşımaktadır. Bu nedenle, ulusal hukuk kapsamında özgürlükten mahrum bırakma koşullarının açık biçimde tanımlanması ve hukukun kendisinin uygulamada öngörülebilir olması, böylece Sözleşme ile belirlenen "hukukilik" standardını karşılaması temel önemdedir. Bu standart, tüm hukuki hükümlerin, şartlara göre makul olan bir ölçüde, belirli bir eylemin ne gibi sonuçlara yol açabileceğini öngörmesine (gerekirse uygun tavsiye ile) imkan verecek ölçüde belirli olmasını gereklidir (Creangă-Romanya, Par. 120 ve Medvedyev ve Diğerleri – Fransa [BD], Par. 80).⁵⁹

58 Anayasa Mahkemesi, 1.7.1998, E. 1996/74, K.1998/45; AYM, 12.12.1989, E.1989/11, K.1989/48, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

59 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Madde 5 Rehberi – Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf (Erişim Tarihi: 23.12.2019).

Buna göre hukukun uygulamada öngörülebilir olması, hukuk kurallarının kişinin davranışlarının sonuçlarını tayin edebileceği düzeyde belirli olması ve kuralların anlaşılabilir şekilde açık olması gerekmektedir. Bu kapsamda hukuki belirlilik ilkesi ile hukuka güven sağlanması bir hukuk devletinde önem teşkil etmektedir.

Benzer olarak:

Diplomatik notalar uluslararası hukuk kaynağı olsa da, mürettebatın böylesi notalara dayalı olarak tutuklanması, yeterli ölçüde kesin ve öngörülebilir olmadıkları ölçüde, Sözleşmenin 5 (1) Maddesi bağlamında hukuki olmaz. Özel olarak, mürettebat üyelerinin yakalanma ve tutuklanma olasılığına dair belirli bir göndermenin olmaması Sözleşmenin 5.1. Maddesi kapsamında kesinlik ve öngörülebilirlik gerekliliklerini karşılamamaktadır (Medvedyev ve Diğerleri-Fransa[BD], Par. 96-100).⁶⁰

kararlarında ifade edilmek istenen, İHAS kapsamında bir hukukilikten bahsedilebilmesi için belirlilik ve öngörülebilirliğin şart olduğu, aksi durumda ise hukuka aykırılığın doğma ihtimalinin bulunduğu dur.

Yine İHAM'ın verdiği kararlara bir başka örnek ise;

Bir kişinin ulusal mevzuatta ya da içtibatında belirli bir temeli olmaksızın, iddianameye dayalı biçimde tutuklu olarak tutulması uygulaması Madde 5 (1)'in ihlali anlamına gelir (Baranowski-Polonya, Par. 50-58). Buna benzer biçimde, kesin bir yasal temeli olmaksızın, tutuklamanın kendiliğinden uzatılması uygulaması da Madde 5(1)'e aykırıdır (Svipsta-Letonya, Par. 86).⁶¹

Buna göre; kişi, mevcut hukuk kurallarına dayanmaksızın, kamu otoritesinin keyfi tutumlarıyla tutuklu olarak tutuluyorsa, mevcut sistemde hukuka güvenin zedeleneceği aşıkardır. Bu kapsamda, bir hukuk devletinde ancak yasalar doğrultusunda uygulamalar mümkün olabilmelidir. Aksi takdirde kişi hangi davranışına hangi yaptırımın bağlanacağını tayin edemez ve toplumda var olan hukuk düzeni ve dolayısıyla bunun uygulayıcısı olan devlet, güvenilmez duruma gelir.

60 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Madde 5 Rehberi - Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.

61 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Madde 5 Rehberi - Özgürlük ve Güvenlik Hakkı.

Bu doğrultuda “hukuken öngörülebilirliğin” tartışıldığı ilk kararlardan olan Sunday Times/Birleşik Krallık kararında ise hukuken öngörülebilirlik kavramı “kolay ulaşılabilirlik” ve “önceden görülebilirlik” kavramları doğrultusunda değerlendirilmiş ve bu hususların aksine bir normun hukuk kuralı olarak nitelendirilemeyeceği bildirilmiştir. Böylece bir düzenlemenin yasa haline gelmesinin değerlendirilmesinde temel olarak hukuk güvenliği ilkesi vurgulanmıştır.⁶²

Benzer şekilde İHAS’ın 7. maddesinde suç ve cezaların yasallığı, kanunsuz cezanın olmayacağı ilkesi üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda ‘yasaların öngördüğü’ kavramı ile kanunilik ilkesinin yanı sıra kıyas yasağı da vurgulanarak tüm bu ilkeler doğrultusunda hukuki güvenlik ilkesi ile hukuk devletinin varlığından bahsedilebilecektir. Nitekim Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye davasında İHAM kanunsuz ceza olmaz kuralı çerçevesinde yayımevi sahibinin, gazete sorumlu müdür ve yazarlarına uygulanması gereken düzenlemeye göre cezalandırılmış olduğunu ve bu durumun İHAS’ın 7. maddesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir.^{63,64}

Diğer taraftan, Türk hukukunda hukuk güvenliği ilkesi vurgusunun yapıldığı örnek kararlardan biri ise Kenan Özteriş’e ait Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuruya verilmiş olan karardır. Bu karara göre hukuki güvenlik ilkesi, Anayasa’nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı içinde zımnen var olan bir ilke olup bireyin davranışlarının sonuçlarını makul ölçüde tayin edebilmesini sağlayacak belirlilikte olmalıdır. Kişi, hukuk kuralı ne ise bu düzenlemeye göre hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebileceği ölçüde kesinlik içeren kurallar ile karşılaşmalıdır.⁶⁵

Söz konusu kararlarda belirtildiği üzere bir hukuk devletinde hukuk güvenliği ilkesinin sağlıklı şekilde uygulanması oldukça önemlidir. Bu durumda ancak hukuk kurallarının öngörülebilir olduğu,

62 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru no. 6538/74.

63 Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Saygılı Abdurrahman, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.315-320

64 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru no. 23536/94 ve 24408/94

65 Anayasa Mahkemesi, Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru no. 2012/989, 19/12/2013, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

kişinin mevcut düzende davranışlarının sonuçlarını tayin edebildiği, uygulamanın doğruluğundan kuşku duymadığı, hukuk sistemine güveninin mevcut olduğu bir düzenin bulunması ile bir hukuk devletinden bahsetmek mümkün olacaktır.

C. İnsan Haklarında Hukuk Güvenliği İlkesinin İhlal Edilmesine İlişkin Güncel Sorunlar

Hukuk güvenliği ilkesi bağlamında insan hakları konusunda, uygulamada hukukun uygulanmasına ilişkin güveni zedeleyecek durumların her dönemde belli şekillerde var olduğu söylenebilir. Özellikle son yıllarda, toplumda güvenliğin sağlanması amacıyla insan haklarını daraltıcı pek çok uygulamanın yer aldığı görülmektedir. Bu kapsamda dünya çapında terör ve çeşitli şiddet unsurları da gerekçe gösterilerek kişi özgürlüklerine hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacak sınırlamalar getirilerek güvenlik önlemleri alınmaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesince, devlet otoritesi tarafından uygulamalarda mevcut kurallara, bağlayıcı belgelere uygun hareket edilmesi, toplumda hukuka olan güvenin zedelenmemesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde (İstanbul Sözleşmesi) ve çeşitli bağlayıcı yasalarda öngörülen düzenlemeler açık ve etkin olmasına rağmen, failin cezasında gidilen indirimlerde gerekçelendirme yöntemi veya kolluk kuvvetlerince gerekli düzenlemelerin uygulanmaması pratikte mevcut hukuka güveni zedeleyen örnekler olarak verilebilmektedir.⁶⁶ Hukuka ilişkin güvenin bu denli zarar görmesi ise toplumun hukuk sistemine bakış açısının olumsuz yönde değişmesine yol açmakta, uygulamada hukuk bir çözüm yolu olarak görünmekten çıkmakta ve böylece aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddete ilişkin sorunlar günden güne artmaktadır.

Söz konusu uygulamalardan bir diğeri de, 'torba kanun' yapımında, öngörülen usulü aşkın şekilde, birbirleriyle yakından ilgili olma-

⁶⁶ Tekçe Samet Talha, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi'nde Kadına Karşı Şiddetin Önlenme Mekanizmaları ve Türkiye* (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 126.

yan kanunlar için değişiklik yapılması hususudur. Bu yolla kanunlardaki değişiklikler tek bir çatı altında toplanır ve öngörülen usulün amacını aşmış olur.⁶⁷ Günümüzde yapılan düzenlemelere ilişkin değişikliklerin takibi oldukça zorken, içeriği adından anlaşılmayan torba kanunların bu denli kapsamlı kullanılması pratikte zorluklar doğurmaktadır.⁶⁸ Bu durumda mevcut düzende hukuki belirsizlik meydana gelir ve hukuk güvenliğinin zedelendiğinden bahsedilebilir.⁶⁹

Benzer şekilde, uygulamada, aynı iddianame kapsamında farklı kişilere, farklı mahkemelerden farklı kararların verildiğini görmek mümkündür. Söz konusu kararların aynı gerekçelerle farklı cezaları içermesi, toplumda hukuka olan güveni sarsmakta, hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmektedir.

Bu konuya ilişkin bir başka örnek ise toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamındadır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı Anayasa'nın 34. maddesinde ele alınmış olup bu düzenleme ile herkesin öncesinde izin almaksızın bu hakkını kullanabilmesine imkan sağlanmıştır. Ancak uygulamada idarenin tutumları ile söz konusu hakkın etkili şekilde kullanımının sınırlandırıldığı görülmektedir.⁷⁰ Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çerçevesinde İHAM tarafından verilen kararlara göre; kamu güçlerince, bireylerin bu hakka ulaşımına engel olduğu belirtilerek, güvenlik güçlerinin uygulamada keyfi davranışlar sergilememesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.⁷¹ Bu kararlar doğrultusunda, keyfi davranışlar ve uygulamada sıkça rastlanılan orantısız güç kullanımı ile bir hakkın sınırlandırılmasının hukuk güvenliğini zedelediğinden bahsetmek mümkün olacaktır. Bir hukuk devletinde, hukuka güvenin önemli olduğu ve insan haklarının bu güven ortamı içerisinde etkin şekilde kullanılabilirdiği bir düzen yaratmak gerekliliği açıktır.

67 Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 189

68 Katoğlu Tuğrul, *Ceza Ve Ceza Mubakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 277, Şubat 2015, s. 141-142

69 Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, s. 189

70 Bu tutuma verilecek örneklerden biri ise çoklu Baro sistemine karşı Türkiye'nin farklı bölgelerinden Ankara'ya yürüyüşe geçen Baro başkanlarının Ankara il sınırında kolluk kuvvetlerince toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının sınırlandırılması gösterilebilir. İlgili haber için bkz: <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53158225>, (Erişim Tarihi: 16.12.2020)

71 Bayraktar Köksal, *Hukukun Üstünlüğü*, İstanbul: DER Yayınları, 2011, s. 25-27.

Tüm bunlar dikkate alındığında, devlet dahilinde hem teoride hem pratikte hukukun güvenliğinin temin edilmesi, herkesin hukuk kuralları ile bağlılığının yaratılması, öngörülebilir kurallar ile istikrarın sağlanması ve anayasal sistemler ile bu konuda denetimin yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, insan haklarının güvence altına alındığı, hukukun tüm otoritelerden daha üstün tutulduğu bir sistem mümkün kılınmalıdır.

SONUÇ

İnsan haklarının tarihteki gelişimi aşamasında doğmuş olan fikirlerin temelinde iktidarın hakları kısıtlamasının önüne geçme ve eşitsizler arasında hukuk önünde dengeyi sağlama düşünceleri yer almaktadır. Bunun için hukuk devleti anlayışı ve dolayısıyla hukuk güvenliği ilkesinin varlığı gündeme gelmiş, toplumda bu yolla güvence sağlanmaya çalışılmıştır.

Hukuk devleti, toplumda yönetenler ile yönetilenler arasında mevcut eşitsiz düzene denge getiren, insan haklarının bu yapıda olası ihlallerini, iktidarı sınırlamak suretiyle engellemeyi amaçlayan bir sistem öngörmüştür. Hukuk devleti anlayışı ile hukukun üstünlüğünü temel alan ve faaliyetlerinde hukuka uygun davranan bir devlet anlayışı gündeme gelmiştir. Bu amaçla anayasaya bağlı, insan haklarını güvence altına alan, denetim mekanizmaları ile kamu faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu sağlayan ve kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş bir devlet varlığının gerekliliği üzerinde durulmuştur. Söz konusu hukuk devleti öğretisinde, yalnızca şekli kurallardan bahsedilmez. Bir devletin hukuk devleti olarak nitelendirilebilmesi için hukuk kurallarının toplumdaki etik değerlere de uygun şekilde, genel, soyut ve sürekli kurallar olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, şekli olarak anayasaya uygun, denetim mekanizmalarından geçen kurallarla bir hukuk devleti tanımlanamayacak, hukuk devleti anlayışı için maddi unsurun da bulunması gerekecektir. Buna göre; bir hukuk kuralının yalnızca şekli olarak oluşturulması değil, içeriği de önemlidir. Kurallar ancak, hukukun genel ilkelerine uygun, tarihte zamanla oluşmuş ortak değerleri esas alan belirli bir içeriğe sahip olursa hukuk devleti anlayışının varlığından bahsedilebilecektir.⁷²

72 Uygun Oktay, *Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011, s. 387-389.

Hukuk devletinin en temel ilkelerinden biri ise hukuk güvenliği ilkesidir. Bu ilkeye göre söz konusu hukuk devletinde insan hakları güvence altına alınmış olmalı, hukuk kurallarının temininde hukuki istikrar, öngörülebilirlik ve belirlilik esas alınmalı, kamu otoritelerinin de bu kurallarla bağlılığı sağlanmalı ve bunun için etkin bir denetim mekanizması tayin edilmelidir.

Uygulamada ise insan haklarının güvence altına alınması hususunda hukuk güvenliği ilkesine uygun davranışlarda bulunulması, bir hukuk devletinin varlığından bahsedebilmek için en temel koşullardandır. Buna göre; İHAM kararlarının uygulanmasının sağlanmasının, kişinin aynı koşullarda bir başkası ile farklı şekilde değerlendirilmemesinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince bir kimseye suç isnat edilirken kanunlara dayandırılmasının ve bunlarla birlikte kanunların ve kanun hükmünde olan diğer düzenlemelerin anayasa uygunluğunun denetiminin sağlıklı yapılmasının, toplumda bireylerin hukuka güvenmesi açısından oldukça önem taşıdığını söylemek mümkündür. Aksi halde kişi hak ve hürriyetlerinin ihlalden ve sonucunda hukuka ve dolayısıyla devlete güvenmede toplumsal sorunlarla karşılaşılacağı söylenebilecektir.

Günümüzde, yaşanan olumsuz tutumların geride bırakılmasını sağlamak, hukuk güvenliği ilkesinin tüm şartlardan bağımsız var olduğunu hatırlamak gerekmektedir. Aksi halde mevcut şartlar öne sürülerek hukuk düzenine aykırı uygulamaların önü açılacaktır. Bu güvenlik-özgürlük dengesinin çizgileri belirlenmeli, denge içerisinde özgürlüklerin ağırlığı unutulmamalıdır. Tüm düzenlemelerde kişi özgürlüğünü temel alması yolunda adımlar atmak, hatta bunun için yeni bir *Habeas Corpus Act* hazırlanması gerektiğinden dahi bahsedebilmek mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- Altundiş Mehmet, Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasama Dergisi, 10, 2008.
- Anayasa Mahkemesi, Kenan Özteriş Başvurusu, Başvuru no. 2012/989, 19/12/2013, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)
- Anayasa Mahkemesi, 20/09/1990, E.1990/17, K.1990/23, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)
- Anayasa Mahkemesi, 1.7.1998, E.1996/74, K.1998/45; AYM, 12.12.1989, E.1989/11, K.1989/48, www.anayasa.gov.tr (Erişim Tarihi: 16.12.2020)
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Madde 5 Rehberi - Özgürlük ve Güvenlik Hakkı, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 23.12.2019)
- Bayraktar Köksal, Hukukun Üstünlüğü, İstanbul: DER Yayınları, 2011.
- BBC News/Türkçe, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53158225>, (Erişim Tarihi: 16.12.2020)
- Bozdoğan Doğan, Hukuki Güvenlik İlkesi Açısından Katma Değer Vergisinin Değerlendirilmesi (Doktora Tezi), Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Coşkun Erhan, Vergilendirmede Hukuki Güvenlik İlkesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- Doehring Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), trc. Ahmet Mumcu, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2002.
- Gözübüyük Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.
- Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz, Saygılı Abdurrahman, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Güveyi Nazmiye, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması (Yüksek Lisans Tezi), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 13-22.
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, Başvuru no. 23536/94 ve 24408/94.
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru no. 6538/74.
- Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.

- Katoğlu Tuğrul, Ceza Ve Ceza Muhakemesi Hukuku Bakımından Hukuki Güvenlik İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 277, Şubat 2015.
- Kılıç Oğuzhan, Türk Anayasa Hukukunda Kişi Güvenliği Hakkı (Yüksek Lisans Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Koç Özlem, Türkiye’de Hukuk Devletin Gelişimi ve 1982 Anayasası (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2019.
- Köküarı İsmail, Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.
- Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Özbirecikli A. Rana, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukuk Devleti Anlayışı Üzerine Bir İnceleme (Yüksek Lisans Tezi) Hatay: Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- Sır Onur, Hukuk Devleti Açısından Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi (Doktora Tezi), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Şenel Alaeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2014.
- Tanilli Server, Devlet ve Demokrasi (Anayasa Hukukuna Giriş), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981.
- Tekçe Samet Talha, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi’nde Kadına Karşı Şiddetin Önlenme Mekanizmaları ve Türkiye (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- Turinay Faruk Yasin, Suçta ve Cezada Kanunilik Prensibinin Anayasal Temelleri, (Yüksek Lisans Tezi), Bursa: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
- Uygun Oktay, Demokrasinin Tarihsel, Felsefi ve Ahlaki Boyutları, İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2003.
- Uygun Oktay, Kamu Hukuku İncelemeleri: İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik, İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- Yılmaz Elif, Hukuki Güvenlik İlkesinin Bir Gereği Olarak Vergi Hukukunda Geriye Yürümezlik İlkesi (Doktora Tezi), Ankara: Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.

TÜRK VE ALMAN HUKUKUNDA TIP ALANINDAKİ DİJİTALLEŞME SÜRECİNİN YARATTIĞI YENİ HUKUKSAL SORUNLAR *

Yeliz GÜRKAN **

ÖZET

Her geçen gün gelişmekte olan yapay zekâ, tıp ile birleşince ortaya insanlık için birtakım kolaylıklar ve yeni hukuksal sorunlar çıkmaktadır. Yeni tartışmaların odağında olan tıp alanındaki dijitalleşme süreci hem Alman hukukunda hem de Türk hukukunda kaçınılmaz hukuki yeniliklerin ortaya çıkmasına yol açacaktır. Özellikle sağlık verileri ve yapay zekânın ne kadar etik olabileceği tartışmaları, gelecekte yapay zekânın ilerlemesi ve yaygınlaşmasıyla sağlık hukukunda önemli bir rol oynayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yapay Zekâ, E-Kişilik, Sağlık Verileri, Etik, Otonom Robotlar, Sorumluluk, Dijitalleşme, Big Data, Deep Learning

NEW LEGAL PROBLEMS CAUSED BY THE DIGITIZATION PROCESS IN THE FIELD OF MEDICINE IN TURKISH AND GERMAN LAW

ABSTRACT

The developing of artificial intelligence and medicine day by day shows new conveniences for humanity and new problems in law. The digitalization of medicine leads to new legal issues in Turkish

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 25/11/2020. İlk hakem raporu tarihi: 02/12/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 08/12/2020.

** Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Köln/İstanbul - Çift Diploma Programı lisans öğrencisi, yeliz-1996@hotmail.de, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2618-8799.

and German law. Especially health data and the question, how far artificial intelligence can be ethic will be a big debate in the future, while artificial intelligence will be more common and rising.

Keywords: Artificial Intelligence, E-Person, Health Data, Ethic, Autonomic Robots, Liability, Digitalization, Big Data, Deep Learning

1. GİRİŞ

Günümüzde teknolojik yeniliklere hayatımızın her bölümünde rastlıyoruz. Özellikle veri, kodlama ve enformasyon gibi hayat akışımızda büyük rol oynayan bilim alanları teknolojinin güttüğü faydalardan biridir. Teknolojinin dokunduğu en önemli yerlerden biri ise hiç kuşkusuz sağlık sektörüdür. Sağlık sektöründeki veri aktarımı; hastalıkları daha iyi anlayabilmek, tıptaki nedensellik anlayışını çözebilmek ve böylece hastalıkların önüne geçerek daha iyi tedavi yöntemleri geliştirebilmek açısından büyük bir fırsattır.¹ Tıp alanındaki her yeni teknolojik adım insanlığın gelişmesi ve hayat kalitesinin artmasına katkı sağlamaktadır. Tıp alanındaki yaygın dijitalleşme, küresel olarak politikacıların çözemediği açlık ve yoksulluğa da bir çare olabilecek şekilde görülmektedir. Transhumanizm olarak adlandırılan akım, insanların tıp alanındaki dijitalleşmeyle beraber hastalıkları yenebilmesine daha olanaklı bakmakta, hatta dijitalleşme ve yeni teknolojilerin ölüme bir çare olabilmesi imkânını bile öngörmektedirler. Öyle ki, belki günün birinde bizlere ölümsüzlük imkânı sağlayacak olabilme ihtimalinin varlığı bile insanlık için heyecan verici bir umuttur.²

Tıp alanındaki dijitalleşmenin insanlığa sağlayacağı kolaylıklar ve yardımların yanı sıra, geleneksel olarak insani ilişki yönü ağır basan bir alanın gün geçtikçe bu denli teknolojiyle bağdaşması beraberinde yeni sorunlar ve zorlukları getirecektir. Bu sorunlar kendini etik

- 1 HAYRAN, Osman: “Yeni Tıp Teknolojilerinin Kullanımı ve Etik”, Journal of Biotechnology and strategic health research, Volume 3, Issue 2, 2019, s. 55, https://www.researchgate.net/publication/335473848_Yeni_Tip_Teknolojilerinin_Kullanimi_ve_Etik_Sorunlar (son erişim tarihi: 12.08.2020).
- 2 BROOKS, C. Arthur: “Transhumanist eternal life? No thanks, I’d rather learn not to fear death.”, https://www.washingtonpost.com/opinions/transhumanist-eternal-life-no-thanks-id-rather-learn-not-to-fear-death/2019/11/15/74c566f2-072e-11ea-8292-c46ee8cb3dce_story.html (son erişim tarihi: 1.07.2020).

ve ahlaki anlamda, muhtemel adaletsizliklerin oluşabileceği kuşkusuna ve kişisel sağlık verilerinin korunmasında ağır ihlallerin oluşmasında gösterebilir.

Bu sebepler bilim ve teknolojinin frenlenmesini sağlamamalıdır. Teknoloji ve bilimin bize sunduğu yararlılardan faydalanıp oluşabilecek sorunlar için yeni çözümler üretebilmeliyiz ki ilk başta da belirtildiği gibi, insanlık teknolojiden alabileceği pozitif çıkarılardan yararlanabilsin.

2. TIPTA DİJİTALLEŞME VE YAPAY ZEKÂNIN KULLANILDIĞI ALANLAR

Yapay zekâ, Alman hukuk literatüründe bir kaynakta, “kendi kendine öğrenen ve karar veren bir yazılım”³ olarak tanımlanmıştır.

Başka bir kaynakta ise bu kavram şöyle tanımlanmaktadır: “insan zekâsına benzer bir zekâ ortaya çıkarma çabası, yani adeta bir bilgisayar kurup bu bilgisayarın kendi başına hareket edebilmesini ve öğrenmesini sağlamak.”⁴

Bu bakımdan yapay zekâyı kısaca kendi kendine öğrenebilen ve karar veren bir sistem/bir zekâ olarak tanımlayabiliriz.

Yapay zekâ, dijitalleşme sayesinde günümüzde tıbbın birçok alanında kullanılmaktadır.

Tıpta dijitalleşme ve yapay zekânın başlangıçları, “da Vinci robotu” ile denemeye başladı. Tıpta dijitalleşme ve yapay zekânın kullanılmasının ses getirmesine başlanmasının öncülerinden biri de Vinci robotuyla uygulanan cerrahi müdahalelerdir. Da vinci robotunun kullanımıyla birlikte hem pozitif anlamda hem negatif anlamda birçok kritiğe yer verilmiştir.

Tıp alanında önemli teknolojiler üretildi ve üretilmeye devam ediliyor. Bunlardan bazıları: Nanoteknolojiler, bilişim teknolojileri, genetik teknolojiler, sentetik biyoloji, rejeneratif tıp, robotik uygula-

3 KATZENMEIER, Christian: “*Digitalisierung des Gesundheitswesens*”, Schriftenreihe der Kölner Juristischen Gesellschaft, Band 33, 2019, s. 43.

4 JÖRG, J.: “*Digitalisierung in der Medizin: Wie Gesundheits-Apps, Telemedizin, künstliche Intelligenz und Robotik das Gesundheitswesen Revolutionieren*”, Springer, Berlin, 2018, s. 85.

malar, ve yapay zekadır.⁵ Teşhis aşamasında ve cerrahi müdahaleler ışığında bu dallar sayesinde yapay zeka ile müdahalelerde bulunulmaktadır.

Bunların yanı sıra mobil uygulamalar sayesinde de teknolojinin tıp ile buluştuğunu görebiliyoruz. Dünya Sağlık Örgütüne göre mobil sağlık, akıllı telefon, hasta izleme cihazları, dijital cihazlar (tablet vb.), diğer kablosuz araçlar ve mobil cihazlar kullanılarak, tıp ve halk sağlığı hizmetlerinin desteklenmesi olarak bu uygulamalar ele alınmaktadır.”⁶

Mobil sağlık uygulamaları açısından tüm dünyada büyük bir piyasa oluşmaktadır. Bu uygulamalar kullanıcılara kendi sağlık verilerini ve sağlık durumlarını görme ve yönetme gibi imkânlar sağlamaktadır. Hasta odaklı olan bu uygulamalar, hastanın uygulamadan takip ve gelen hatırlatmalar sayesinde terapisine sadık kalmasını amaçlamaktadır. Bu uygulamadan elde edilen veriler sadece hastaların kendi sağlıkları açısından fayda sağlamasının yanı sıra aynı zamanda hastalıkların ilerleyişi ve bilimsel araştırmalar açısından da ilgi çekici veriler olarak karşımıza çıkmaktadır. ⁷ Bu aşamada doktorların rolü arka plana kaymakta, hatta Almanlar ve İngilizlerin kullandığı bir deyim olan “an apple a day keeps the doctor away”, durumunun, “an app a day keeps the doctor away” olarak aktarılmaya başlandığını söyleyebiliriz.⁸

3. BIG DATA/BÜYÜK VERİ

“Big data” yani büyük veri, büyük miktardaki çok çeşitli verinin son derece hızlı bir şekilde işlenerek yeni ve öngörü içeren bilgiye ulaşma olanağı sunan yeni bir teknoloji anlamına gelmektedir.⁹

5 HAYRAN: s. 55.

6 EKE Erdal, ÇELİK Rukiye, ÇETİN, Burhan: “Mobil Sağlık Uygulamalarının Güvenliğine İlişki Haberler aracılığıyla yaşanan etik sorunların değerlendirilmesi”, 2018, AİBÜ Sosya Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 18, Yıl: 18, Sayı 3, s. 130.

7 Katzenmeier, s. 30.

8 WOOPEN: “Digitalisierung im Gesundheitswesen, Vortrag auf dem 120. DÄT 2017. Nach einer repräsentativen Umfrage im Jahr 2015 konnten sich bereits 16% der Bevölkerung vorstellen, dass Gesundheits-Apps einen Arztbesuch ersetzen”, s. DÄBI 2015, A-1394, s. 9, https://www.bundesärztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/120.DAET/120DA-ETVortragWoopen.pdf (son erişim tarihi: 07.07.2020).

9 KÜZECİ, Elif: “Sağlık Bilişim Teknolojileri ve Yeni Hukuksal Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9 Sayı: 1 Yıl 2018, s. 484.

Bu veriler sağlık sektöründe çokça kullanılmaktadır. Veri analizleri sonucunda küçük verilerden sistematik bir büyük veri mekanizması ortaya çıkmaktadır. Bu veriler sağlık bilgilerini kapsamaktadır ve amacına uygun şekilde, sağlık sektörü için kullanılmaktadır. Lakin bu verilerin amaç dışı kullanıldığı da görülmektedir.

Sağlık sektöründe geçtiğimiz yıllarda big data sayesinde analiz yapan ve kişilerin Google aramalarından yola çıkarak belirli ülkelerde ne kadar sayıda grip hastalığına yakalanmış kişi sayısı olduğu hakkında tespit hedefi güden “Google Flu Trends” adında bir websitesi geliştirilmiştir. Bu sistemde “grip” ve “yüksek ateş” gibi kelimelerin aratılmasıyla kişilerin bu hastalığa yakalanmış oldukları göz önünde bulundurulurken, bu tahmini yaklaşımlarda birtakım hatalar da söz konusu olmuştur. 2009’da domuz gribi salgını süresince Google Flu Trends (“GFT”), big data analizleri ile sağlık verilerini ortaya koymaya çalışmıştır. GFT uygulandığı ülkelerde tahminler yapabilen bu sistem gerçek verilerle uyumlu olmayan veriler de ortaya koymuştur. Örnek vermek gerekirse Kanada’da domuz gripinin ikinci dalgasında Kanada Toplum Sağlığı Kuruluşu (*Public Health Agency of Canada*, “PHAC”)nin ülkedeki domuz gribine yakalanmış hasta sayısı ile GFT tarafından sunulan veriler arasında 160% oranında bir fazlalık ortaya çıkmıştır.¹⁰ 2013’teki grip salgınında ise GFT tarafından, grip ve benzeri hastalıklardan doktor ziyaretinde bulunan kişilerin sayısı olması gerekenden 2 kat fazla bir oran ile belirtilmiştir.¹¹ GFT verilerinin tutarsızlığı 2015 yılında bu sistemi sona sürüklemiştir. Artık GFT üzerinden sağlık verileri analiz edilmemekle birlikte, big data analizleri sonucu ulaşılan bu verilerin tutarsızlığı, big data analizlerinin de ne kadar güvenilir olduğu sorusunu ortaya çıkarmıştır.

Sağlık sektörünün yanı sıra hayatımızın birçok alanında bu verilerin kullanımıyla karşılaşmaktayız. Bunun en büyük örneklerinden biri sosyal medya devi olan Facebook’tur. Facebook, kullanıcıların hesaplarında paylaştıkları bilgileri analiz edip bunlardan çıkarım elde etmektedir. Örneğin ulaştığı bilgilerle kişiye özel reklam veya

10 MARTİN, L. J.: “A look back: investigating Google Flu Trends during the influenza A (H1N1) pdm09 pandemic in Canada, 2009-2010”, Cambridge University Press, s. 420-423, 2016, <https://doi.org/10.1017/S0950268816002636> (son erişim tarihi: 11.08.2020).

11 LAZER, DAVID: “The Parable of Google Flu: Traps in Big Data Analysis”, Science, 2014: Vol. 343, Issue 6176, s. 1203-1205, 2014.

şarkı tarzı paylaşımlarda bulunmaktadır.¹² Bu şekilde hastane yaşamı içerisinde de teknolojinin getirdiği yeniliklerle birlikte büyük veri oluşmaktadır.

Büyük veri kullanımıyla, bu verilerin kullanıldığı kişiler aleyhine bazı hak ihlalleri ortaya çıkmıştır. Buna bir örnek vermek gerekirse, ABD’de büyük bir perakendeci firmanın hangi müşterilerinin hamile olduğunu, henüz bu kişilerin bu bilgiyi aileleri ve arkadaşları ile dahi paylaşmadan öğrenmesi ve buna yönelik bir reklam paylaşması bu kapsamda bir örnektir.¹³ Burada akla gelen başka bir tehlike hamile olan kişinin verilerinin herhangi bir şekilde sızması sonucu, örneğin patronuna ulaşması ve işten çıkartılabilme olasılığının var olduğudur. Bu verilerin sağlık sektörü dışında farklı herhangi bir amaç için kullanılması ve bu bilgilere erişilmesi kişisel verilerin korunması kapsamında tehlike oluşturmaktadır. Bu verileri korumak için hem Almanya’da hem Türkiye’de önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bunlara yazının devamında yazar tarafından detaylıca açıklık getirilecektir.

4. DERİN ÖĞRENME VE FAYDALARI

Yapay zekânın beraberinde getirdiği yeniliklerden biri de derin öğrenme (*deep learning*, “DL”) olarak adlandırılır. “Derin öğrenme, makinelere dünyayı algılama ve anlama yeteneği kazandırmak için en çok kullanılan yapay zekâ yaklaşımıdır.”¹⁴

Derin öğrenme bir insanın öğrenme ve algılama şekline benzer. İnsan beş duyu organıyla her şeyi dışardan algılar. Bunu hissederek, görerek, dokunarak vb. ile yapar. Sonraki aşamada ise duyu organlarıyla algıladığı şeyleri tecrübe ederek, öğrenerek, sezerek vb. ile “output” olarak hafızasına aktarır. Böylece “input” olarak algıladığı şeyler, örneğin bir ses hafızasında output olarak kalır.

12 MÜNCH, Florian: „Autonome systeme im Krankenbaus: Datenschutzrechtlicher Rahmen und strafrechtliche Grenzen (Robotik und Recht, Band 8)”, Nomos Verlag, Baden-Baden 2017, s. 108.

13 KÜZECİ, s. 485.

14 KELEŞ, Ali: “Derin Öğrenme ve Sağlık Alanındaki Uygulamaları”, Journal of Turkish Studies, 2018, s. 117, https://turkishstudies.net/turkishstudies?mod=sayi_detay&sayi_id=382 (son erişim tarihi: 6.07.2020).

Derin öğrenme sistemi de buna paralel bir sistemdir. Derin öğrenmede konumuz dijital verilerdir. Burada dijital bir veri öğrenilerek, karşılaştırılarak ve optimize edilerek depolama alanı/bellek veritabanı tarzında bir yerde output olarak bırakılır.¹⁵ İki sistemde de giriş olarak algılanan sesler veya veriler algılanır ve kendi içinde analiz edilir. Sonrasında bunlardan fayda sağlamak için ve edinilen bilgiler kullanmak için depolanır.

Derin öğrenme pozitif ve negatif bilgileri kaydeder. Yani örnek vermek gerekirse pozitif olaylarda; bu karar doğrudur, hasta başarılı bir şekilde terapiye cevap verdi veya negatif şekilde; bu karar yanlıştı, hasta terapiye cevap vermedi şeklinde çıkarımlarda bulunulur.¹⁶ Öğrenme çağında olan bir çocuk gibi, derin öğrenmede de öğrendikçe ve kapasitesi genişledikçe alanında uzmanlaşacak bir sistem var olup gelişmektedir.

Bu sayede hastalıklara en uygun terapi yöntemi uygulanabilir ve hastalığın atılması için daha verimli bir sistem oluşur. Ayrıca daha hızlı şekilde uygun bir terapi biçiminin bulunması veya doğru ilacın, hatta kişiye özel ilaçların üretime ve kullanıma sunulması da söz konusu olacaktır.

5. TIPTA DİJİTALLEŞME VE ETİK

5.1. Robotların Etik Statüsü

Bir insanın yaşamı boyunca farklı tutkuları, saplantıları ve arzuları vardır. Bunlardan biri de “iyi insan” olma arzudur. Hekimler ve kurumlar bu tutkunun teşviğiyle hastalık tanı ve tedavisinde daha farklı, daha etkili ve daha yeni yöntemler kullanmaktadır. Bunu yaparken de yeni teknolojilerin kullanımının ne kadar etik olduğu sorgulanmaktadır.¹⁷ Buradaki temel sorun, etik bir yapay zekânın mümkün olup olmamasına bir cevap arayışıdır.

Günümüzde robotların etik olarak davranıp davranamayacakları tartışmalı bir husustur. Robotlar birçok filme konu olmakla birlikte

15 HUSS, Ralf: „Künstliche Inteligenz, Robotik und Big Data in der Medizin“, Springer, Berlin 2019, s. 16.

16 HUSS: s. 16.

17 HAYRAN: s. 57.

bu filmlerde genel olarak robotlar günümüze nazaran daha abartılı bir şekilde lanse edilmektedir. Bunun sebebi ise aslında robotların etik davranmadıkları durumunda nasıl bir tehlike oluşturabileceğini gösterebilmektir.¹⁸ Bu ve benzeri aydınlatılma çabaları, robotların etik davranmadıkları vakit ne kadar zarar verici olabileceklerini göstermektedir.

Robotların insan gibi düşünceli ve aynı zamanda bunları deneyimleri ile birleştirmeleri günümüzde üstünde çalışılan konulardır. Bu bakımdan literatürde üç yaklaşım bulunmaktadır. İlk olarak ahlaki bazı kuralların belirlenmesi ya da geleneksel ahlak felsefesinden alınabilecek normatif ahlak kurallarının makineye uygulanması bakımından etik bir çözüm bulunmaya çalışılmıştır.¹⁹ Diğer yaklaşım makinenin, dışarıdan dikte edilen herhangi bir kurallar bütünü olmadan kendi kendine doğruyu ve yanlış kavramasıdır.²⁰ Bu iki yaklaşımın yanı sıra üçüncü yaklaşım olarak makinenin öncelikle bir kurallar setiyle başlaması ve zaman içinde bu kuralları değiştirerek kullanmayı öğrenmesi öngörülmüştür.

Teknolojinin ilerlemesiyle bu tür etik düzenlemeler adeta zorunlu hale gelecektir. Aksi halde teknolojinin her gün daha da güçlenmesiyle birlikte etik anlamda tehlike oluşturacağı öngörülebilir bir sorundur.

Etik anlamda yapay zekanın tıbbi açıdan tehlike oluşturabileceği bir husus ise örneğin beyine yerleştirilmiş bir pildir. Bu durum ise Alman Anayasasının ilk maddesine aykırılık teşkil edebilir. Alman Anayasasının ilk maddesinde insan onuruna dokunulması hiçbir şekilde kabul görmemektedir; “**Die Würde des Menschen ist unantastbar.**” Art. 1 Abs. 1 GG (“İnsan onuru dokunulmazdır.”). Anayasa da en yüksek pozisyonda korunan insan onurunun, kesinlikle hiçbir şekilde başka bir hukuki menfaat ile eşdeğer tutulmaksızın korunduğu kabul edilmiştir.²¹ Yapay zekânın gelişmesiyle tıbbi alanda yapay

-
- 18 ÖZTÜRK DİLEK, Gizem: “Yapay zekanın Etik Gerçekliği”, Ankara Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, 2019, Cilt 2, Sayı 4, s. 50.
- 19 ÇELEBİ, Vedat/İNAL, Ahmet: “Yapay Zeka Bağlamında Etik Problemi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, 2019, Cilt 12, Sayı 66, S. 658.
- 20 ÇELEBİ/İNAL: s. 658.
- 21 MAUNZ/DÜRİG: “Grundgesetz-Kommentar”, GG Art. 1 Abs. 1, Rn. 73, Band 1, 90. Lieferung, 2020.

zekâ kullanımını da insan onurunun dokunulmazlığı açısından riskler içermektedir. 1987’den beri kullanılan bu piller dünya çapında 125.000 kişide kullanılmakla birlikte, bu pillerin yan etkileri olarak karakterde değişiklikler yaratabileceği gözlemlenmiştir.²² Böylece insanın kişiliğine ağır bir müdahale olmaktadır. İnsanın kişiliğine ve insanlığı kişilik olarak fazlaca değiştirecek ve de en önemlisi insan onuruna dokunacak bu tarz müdahalelerden kaçınılmalıdır. Dijitalleşmenin ve yapay zekanın merkezinde insan olmalıdır. Merkez odaklı olmasının sonucu da dijitalleşme ve yapay zekanın sadece kendi içindeki gelişmelere odaklanmasından ziyade final olarak insanlığa sunduğu katkıları ön planda tutulmalıdır.²³ Böylece hak ve hürriyetlere dokunmayan ve insanların güvenebileceği bir yapay zekâ sisteminin oluşması daha muhtemeldir. Yapay zekânın olabildiğince insana yan etki bırakmadan yansıtılması, yapay zekânın etik olup olmadığı sorusuna, “evet” cevabını verebilmek için önemli bir rol oynamaktadır.

Etik ve yapay zeka bakımından bu tartışmalar ve iyileşmeler tıp alanında kullanılan yapay zeka bakımından da olumlu adımlar oluşturmaktadır. İnsan beynine yerleştirilen piller ve tıbbi müdahalelerde kullanılan makine ve otonom robotların yeni etik düzenlemelerle merkeze insanın menfaatlerini koyan bir sistem oluşturma çabaları gelecek için önemli adımlar oluşturmaktadır. Tıpta yapay zeka kullanılırken, özellikle etik kurallar çerçevesinde ve kişinin hak ve hürriyetini zedelemeyen hareket eden robotlar daha güvenli bir sistem oluşturacaktır.

5.2. Doktor-Hasta İlişisine Etkisi

Sağlık sistemimiz hasta odaklı olmalıdır ve bu yüzden yapay zekânın tıpta kullanımını incelerken doktor-hasta ilişkisine de önem vermek gerekmektedir.

Almanya’da yapılan bir araştırmaya göre tıpta yapay zekâ kullanımının insanlar üstündeki en büyük korkusu kişisel verilerin güven-

22 SCHLIESKY, Utz: “Digitale Ethik und Recht”, NJW, 51. Sayı, s. 3692, 2019.

23 DETTLING/KRÜGER: “Erste Schritte im Recht der Künstlichen Intelligenz”, MMR, s. 211, 4. Sayı, 2019.

de olmama olasılığıdır. Ayrıca bazı kişiler de dijitalleşmenin getirdiği video-konferans yöntemiyle yapılan görüşmelerden şikâyetçi olmakta, ve bunun insancıl şefkat ve yaklaşımında eksiklik oluşturacağından kuşku duymaktadırlar.²⁴

Diğer yandan ise tıptaki dijitalleşmeyi iyi yönleriyle kabul eden ve karşılayan birçok insan da bulunmaktadır. Özellikle mobil uygulamalar bakımından bu uygulamaları kullanan insanlar, bu uygulamalar hakkındaki yorumlarını memnun bir şekilde dile getirmektedirler. Buna sebep olarak ise, kullanıcıların hastalıklarıyla veya sağlık durumlarıyla ilgili kendilerinin kontrol yapabilmeleri ve elde ettikleri informasyonlarla daha bilinçli hareket edip kendi durumlarını sorgulayabilmeleridir.²⁵

İnsanların sadece doktor dayatmasıyla bir şey yapmalarından ziyade, kendilerinin de kendileri için bir şey yapmaları, insanları hastalıkları hakkında daha bilinçli olmaya sevk etmektedir. İnsanlar en başta kendi istedikleri ve yaptıklarıyla kendilerine fayda sağlayabilirler. Bu bakımdan insanların daha bilinçli ve düzenli bir şekilde sağlık durumları hakkında bilgi sahibi olarak bazı hastalıkları ilerlemeden de engelleme imkanı söz konusudur.

Ayrıca video-konferans yöntemiyle yapılan doktor hasta görüşmeleri de birçok hasta tarafından pozitif karşılanmaktadır. Bu yöntem ise özellikle günümüzdeki salgın hastalıklarla mücadelede doktor-hasta ilişkisini başka bir boyuta taşıyan yararlı bir alternatif sunmaktadır.

5.3. Otonom Robot Kullanımı ve Adalet Kavramı

Platon, “adalet” hakkında şöyle bir benzetmede bulunmuştur: “Sağlığımız bedenimiz için ne ise adalet de ruhumuz için odur ve adaletsizlik ruhumuz için ne ise hastalık da vücudumuz için aynı şeyi teşkil eder.”²⁶ Adalet sistemimiz, toplumdaki eşitsizliklere bir ça-

24 SCHMIDT-KAEHLER, Sebastian: „Patientenperspektiven 2018, Qualitative Studie zur Digitalisierung im Gesundheitswesen aus Sicht von Patientinnen und Patienten in Deutschland“, 2018, Berlin, S. 4.

25 SCHMIDT-KAEHLER, S. 3.

26 KELSEN, Hans: “Was ist Gerechtigkeit?”, Kapitel 18, 1953, S. 1046 https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/pdf/zivilrecht2004_kapitel18.pdf (son erişim tarihi: 08.07.2020).

redir. Toplum her gün yeniliklerle karşılaşır ve kendini yeniliklerle biçimlendirir. Bu hızlı değişimde elbette kaybedenler ve kazananlar olacaktır.

Örneğin dünyanın her geçen gün daha fazla dijitalleşmesi beraberinde yeni sorunlar getirecektir. Tıp alanında gerçekleşen dijitalleşme sürecinde de adalete ihtiyaç duyulacaktır. Yani özgürlüğü güvenceleyen, barış sağlayan ve insanların güvenini diri tutan bir sisteme insanlar ihtiyaç duyacaktır.²⁷ Kişisel verilerin korunması bakımından oluşabilecek sorunları önlemek için adaletin tıp alanındaki dijitalleşme ve yeni teknolojilerin getirdiği yeni taleplerle olan imtihanı daima zamana uygun ve güncel olmalıdır. Aksi takdirde adaletli bir şekilde toplumda oluşan sorunlara bir cevap bulunması olanaksız olacaktır.

Amerika'da COMPAS adlı bir sistemde kişilerin tekrar bir suç işleyeceğinin ne kadar olası olduğu tahminen öngörülmektedir. Bu sistemde negatif olarak göze çarpan bir husus siyahi vatandaşların beyaz vatandaşlara göre daha fazla suç işlemesini işaret etmesidir. Suç işleyeceği yüksek riziko oranı verilen beyazlar 23.5% oranındayken siyahilerde bu oran 44.9% olarak verilmektedir.²⁸ Bu durumda yapay zekâ sisteminin ırkçı yaklaşımlar sergilediği ve böylece adaletli bir şekilde davranmadığı da görülebilmektedir.

Günümüzde her geçen gün gücüne güç katan yapay zekâ ve algoritma sistemlerinin varlığı adaletin güçsüzleşmesine ve buna gerek duyulmamasına yol açacağı endişesi artmaktadır.²⁹ Buna rağmen adalet sisteminin yapay zekâ karşısında etkisini kaybetmesi söz konusu olamaz.

Adaletten başka özgürlüğümüzü güvence altına alacak, çatışmaları çözümleyecek ve insanların güvenini sağlayacak benzer bir sistem yoktur. Bu nedenle yapay zekâ ve otonom robot kullanımı adaleti bastırmaktan ziyade, günümüze uygun yeni olguları saptayarak insanların özgürlüklerini güvence altına almaya devam etmelidir.

27 KATZENMEIER: s. 18.

28 STEEGE, Hans: "Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz", MMR, 2019, Heft 11, s. 715.

29 KATZENMEIER, S.18.

6. KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİ

6.1. Almanya, Türkiye ve Avrupa’da Kişisel Sağlık Verilerinin Tarihçesi

Kişisel verilerin korunması hakkında dünyadaki ilk yasal düzenleme 1970 yılında Hessen Eyaletinde yapılmıştır.³⁰ Bu düzenlemeyi örnek olarak Almanya’daki diğer eyaletlerde (Batı Almanya) 1981 yılına kadar kişisel verilerin korunması hakkında bir düzenleme çıkarmışlardır. 1992 yılından itibaren ise Almanya’nın eski doğu eyaletlerine de kişisel verilerin korunması hakkında düzenlemeler gelmiştir. Bunların yanı sıra Almanya’da tüm eyaletleri kapsayan *Datenschutz-Grundverordnung* (“DSGVO”) ve *Bürgerliches Gesetzbuch* (“BDSG”) adlı iki düzenleme yer almaktadır.³¹

1981 yılında Avrupa Konseyinde Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesi imzalanmış ve kabul edilmiştir.³² Bu sözleşme Türkiye tarafından kabul edildiği sene imzalanmakla birlikte, sözleşme Türkiye’de 35 sene sonra 2016 yılında onaylanmış ve Mecliste kabul görmüştür.³³

25.05.2018’den beri geçerli olan ve eski 95/46 Europäische Gemeinschaft (“EG”) Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Düzenlemenin yerini alan (EU) 2016/679 sayılı Düzenleme ile tüm Avrupa Birliği (“EU”) üyeleri ülkelerin kapsamına giren yeni bir düzenleme getirilmiştir.³⁴ Bu düzenleme ile Avrupa Birliği üyelerinin kanunlarında büyük değişiklikler oluşmuştur.

Bunların yanı sıra hem Almanya’da hem Türkiye’de sağlık alanındaki kişisel verileri koruma amaçlı yönetmelikler ve düzenlemeler getirilmiştir. Türkiye’de “Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik” 21.06.2019’da Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Almanya’da ise DSGVO, BDSG ve 16 eyaletin özel düzenlemeleri dışında hastanelere özel düzenlemeler de yer almaktadır. Ayrıca 2017 yılında dijital-

30 MÜNCH: s. 69.

31 MÜNCH: s. 69.

32 YILMAZ, Sanem Sabire: “Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu”, Ankara 2019, s. 30.

33 DÜLGER, Murat Volkan: “Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı”, 2019, s. 461.

34 ARNING, Marian Alexander: “Tagungsbericht von der 18. Herbstakademie der deutschen Stiftung für Recht und Informatik, (6.-09. September, Heidelberg)”, 2019, s. 135.

leşme etkisiyle reforma uğramış olan §203 Alman Ceza Kanunu'nda (*Strafgesetzbuch*, “StGB”) da kişisel sağlık veriler hakkında düzenlemeler yer almaktadır.³⁵

6.2. Sağlık Verilerinin Korunmasının Kapsamı

Yapay zekânın getirdiği yeniliklerden bir diğer konu da kişisel verilerin korunmasıdır. Özellikle hasta mahremiyeti ve kişinin özel yaşam alanına saygı konusunda sorunlar yaşanmaması önemlidir. Yapay zekânın kullanımı kişisel veriler bahis olunca özellikle şeffaf bir kullanım olmalıdır ki, insanlar otonom robotlarla ilişki halinde olurken bu sistemlere güvenebilsinler.

Bu güveni sağlamak için şeffaf bir sisteme gerek duyulur. Bu ise hukuksal düzenlemeler ile sağlanmıştır.

a. Alman Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri

Almanya'da kişisel verileri ve kişisel sağlık verilerini korumayı amaçlayan hukuksal düzenlemeler yer almaktadır. Bunlar Avrupa Birliğinin 2018'de getirdiği düzenleme olan DSGVO, Alman ulusal kanunu olan BDSG, ve her bir eyaletin kişisel verileri koruma hakkında kanunudur. Bunların yanında özel olarak sağlık sektörünü ilgilendiren düzenlemeler de vardır. Ayrıca doktorun, hasta mahremiyetinin gizliliği hakkında yükümlülükleri vardır.³⁶

Yapay zekâ ile yapılan araştırmalar ve sağlık alanında elde edilen veriler sayesinde sağlık sisteminde pozitif yönde iyileşmeler hedeflenmektedir. Bunun için ise elde edilen sağlık verilerinin değerlendirilmesi gerekir. Alman hukukunda farklı farklı eyalet bazında olan ve hukuksal düzenlemeler bakımından elde edilen verilerin değerlendirilmesinde zorluklar yaşanmaktadır. Öyle ki Kuzey Ren-Vestfalya eyaletindeki Sağlık Verilerini Koruma Kanunu (*Gesundheitsdatenschutzgesetz*, “GDSG NW”) uyarınca, bilimsel araştırma için hastaların verilerinin alınması, bilimsel araştırmacıların zaten müdahale sonucunda bu verilere erişimi varsa kullanılabilir (§ 6 Abs. 1 S. 1

35 § 203 StGB: https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_203.html (son erişim Tarihi: 26.07.2020)

36 KATZENMEIER: s. 23.

GDSG NW). Bundan başka, bir araştırma amacı için kişinin verilerini vermemek istememesinin sebebi daha önemli ve değerli veriler söz konusu değil ise veya kişinin izninin alınması söz konusu değilse bu verilerin kullanılabilmesi düzenlenmiştir (§ 6 Abs. 1 S. 2 GDSG NW). Buna karşın § 12 Abs. 1 Hamburgisches Krankenhausgesetz (“HmbKHG”) hükmü, bir hastanenin tedavi sonucunda alınan kişisel verilerinin izinsiz bir şekilde bilimsel araştırma için kullanılmasına izin vermiştir. Bu iki eyaletteki düzenlemeleri karşılaştırmak gerekirse, Hamburg’da hastalardan izin alınabilmesinin imkânsız olması durumu sağlık verilerinin kullanımı için gerekmemektedir. Ayrıca Kuzey Ren-Vestfalya’da araştırma için kişinin kendi çıkarlarından çok daha önemli ölçüde bir araştırma sebebi aranmışken, Hamburg’da sadece basit bir üstünlük yeterli sayılmıştır.³⁷

Eyaletlerde görülen bu farklılıklar sonucunda ulaşılan verilerin bir arada değerlendirilmesinde güçlükler yaşanmaktadır.³⁸

Eyaletlerdeki düzenlemelerden hariç olmak üzere, ulusal olarak BDSG düzenlemesi ve Avrupa Birliği Konseyinden geçen DSGVO düzenlemesinde de kişisel verilerin kullanımına ilişkin detaylar saklıdır. DSGVO düzenlenmesinin kullanılabilmesi için bir gerçek kişinin Avrupa’da, dijital kişisel verilerinin bir sistemde kullanılması, işlenmesi, kayıt edilmesi veya kayıt edilecek olması söz konusu olması gerekir.³⁹

DSGVO düzenlemesi gereğince kişisel verilerin herhangi bir şekilde kullanılması, işlenmesi veya başkalarına iletilmesi yasaktır.⁴⁰ Bu yasağın birtakım istisnaları da vardır. Bunlardan biri Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gereğince ilgilinin rızasının alınmasıdır. Bu durum ise çoğu zaman tam olarak kişilerin neye rıza gösterdiklerini bilmeden gerçekleşir. “clicking without reading” olarak adlandırılan bu fenomende ilgililer adeta “kör” gibi kişisel verileri koruma sözleşmesini okumadan kabul etmektedirler.⁴¹ Bu durumun önüne geçip in-

37 HÄNOLD, Stefanie: “KI-Forschung in der Medizin benötigt eine Reform datenschutzrechtlicher Regelungen”, 2020, Heft 6, ZD-Aktuell, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-ZDAKTU-ELL-B-2020-N-07046> (son erişim tarihi: 12.08.2020).

38 HÄNOLD: ZD-Aktuell.

39 CLAUSEN/SCHROEDER-PRITZEN: „MAH Medizinrecht“, 2020, §23 Rn. 25.

40 SPECH-RIEMENSCHNEIDER: „beck-online. GROSSKOMMENTAR“, §823 BGB, 2020, Rn. 1314.

41 SPECH-RIEMENSCHNEIDER: §823 BGB, 2020, Rn. 1316.

sanların bilinçlenmesine katkıda bulunmak için Alman hukukunda ileride Creative Commons-Lisanları tarzında ikonlarla rıza gösterme işleminin yürütülmesi sağlanabilecektir.⁴²

DSGSVO §6 Abs. 1 Buchst. f'de yer alan bir düzenlenmeye göre Pseudonymisierung⁴³ sayesinde, yapay zekâ sistemlerinin verilere erişim sağlaması ve verilerden kazanım çıkararak çalışması karşılıklı çıkarları tartmak koşuluyla olanaklı görülebilir.⁴⁴ Bu sayede kişinin kim olduğuna dair bilgilere erişimin zorlaştırıldığı gibi, sağlık alanındaki yapay zeka teknolojileri de verilerden kazanım sağlayabilecektir.

DSGSVO §9 Abs. 1 DSGVO'da ise özellikle yasak kişisel veriler yer almaktadır. Bunların arasında ırkın, etnik kökenin, politik düşüncenin, dini ve dünya görüşünün, sendika kaydının, cinsel yönelimin ve sağlık bilgilerinin paylaşılmasının yasak olduğu özellikle belirtilmiştir. Bunun sebebi ise özellikle bu sebeplerden ötürü çokça ortaya çıkan ayrımcılık vakalarıdır. Sayılan konular hakkında kişisel verilerin kullanılması ve paylaşılması ise ancak kişinin açıkça rıza göstermesinden geçer. Zımnî rıza burada kabul görmez. Genel olarak tüm Avrupa ülkelerinde 2018'den beri geçerli olan DSGSVO düzenlemesinin kapsamı ve bazı istisnaları bunlardan ibarettir.

DSGSVO olarak geçen Avrupa Konseyi düzenlemesi Avrupa'nın tüm ülkelerinde öncelikli olarak uygulanır ve ulusal mevzuatı ikincil konuma sürükler. Bu bakımdan Alman BDSG kanunundaki düzenlemelerin DSGVO'nun içeriğine herhangi bir zıtlık içerdiği anda DSGVO hükümleri uygulanacaktır

b. Türk Hukukunda Kişisel Sağlık Verileri

Türk hukukunda sağlık verilerinin korunması hakkında 4 mevzuatta kişisel verilere ilişkin düzenleme yer almaktadır. Bunlar Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Türk Ceza Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmeliktir.

42 SPECH-RIEMENSCHNEIDER: Rn. 1316.

43 Kişinin tanınmasını zorlaştırmak amacıyla ismin veya kişinin tanınmasını sağlayan bilgilerin bir kod ile değiştirilmesi.

44 Platform 4.0/Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: „Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0“, 2019, s. 13.

Bunlardan ilkinde değinmek gerekirse, **Anayasa** md. 20’de özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Madde’nin son fıkrasında, *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”* şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu fıkra 2010 yılında yürürlüğe girip kişisel verilerin korunması için etkili bir şekilde Anayasal bir temel oluşturmuştur.

Türk Ceza Kanununda ise (md. 132 vd.) Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı suçlar başlığı altındaki 9. Bölümde kişisel verilerin gizliliği hakkında düzenlemeler yer almaktadır. Bu maddelerde kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi veya aktarılması durumunda nasıl bir ceza oluşacağı kararlaştırılmıştır. Bu konuya kişisel sağlık verilerinin ihlali tartışılırken girilecektir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 7.04.2016’da yürürlüğe girmiştir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (“KVKK”) amacı “kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile, temel hak ve özgürlükleri korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usulleri düzenlemek”tir.⁴⁵

Kişisel verilerin işlenmesi KVKK md. 5 kapsamında genel kural olarak kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez. Bu kurala 2. fıkra ile birtakım istisnalar getirilmiştir. Madde 5’in belirlediği istisnalar sağlık verileri açısından geçerli değildir. Md. 6’da özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu başlıkta hassas verilerin işlenmesi yasaklanmıştır. Sağlık verileri de hassas veriler başlığı altında incelenir ve bu verilerin işlenmesinin ancak bazı istisnalar ışığında mümkün olabileceği KVKK çerçevesinde belirtilmektedir.⁴⁶

45 YILMAZ: “Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu”, Ankara 2019, s. 92.

46 YILMAZ: S. 92.

Bu istisnalar KVKK md. 6 fıkra 3'te belirtilmiş olup şu şekilde sıralanmıştır: “Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansman planlaması ve yönetim, amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir”.⁴⁷

Sağlık verilerine ilişkin KVKK'da kısaca bu düzenlemeler yer almakla birlikte daha detaylı bir şekilde **Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelikte** düzenlemeler yer almaktadır. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik 21.06.2019'da yürürlüğe girmiştir.

Yönetmeliğin kapsamı md. 2'de de belirtildiği üzere, kişisel sağlık verisi özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerinin, Sağlık Bakanlığı tarafından yürütülmekte olan süreç ve uygulamalara ilişkin faaliyetlerini kapsar.

Yönetmelik hükmünde ilk kez kişisel sağlık verisi kavramı yer almaktadır ve bu kavram şöyle tanımlanmıştır: “Kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler”. Bir başka kullanılan terim ise “kimliksizleştirme” terimidir. Yönetmelikteki tanımı ise şöyledir: “Kişisel verilerin; kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiyle ilişkilendirilememesi için teknik ve idari tedbirlerin alınması şartıyla ve farklı bir ortamda muhafaza edilen diğer verilerle bir araya getirilmeksizin ilgili kişiyle ilişkilendirilemeyecek şekilde işlenmesi”. Bu kavram ise yukarıda değindiğim Alman hukukunda da kullanılan “Psydonimisierung” kelimesinin anlamından esinlenmiş bir terimdir. Bu terim Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer alan bir kavram olmakla birlikte, tüzük kapsamında, farklı bir ortamda tutulan ek bir bilgi kullanılmaksızın, kişisel verinin kimliği belirli ya da belirlenebilir bir kişi ile ilişkilendirilmemesi için gerekli idari ve teknik tedbirler alınarak işlenmesi şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁸

47 Mevzuat.gov.tr, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6698.pdf> (son erişim tarihi: 31.07.2020)

48 GÖÇMEN UYARER, Sinem: “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması*”, 2019, Ankara, s.150.

Yönetmelik md. 6 ve devamında kişisel sağlık verilerine erişim ve erişim sağlayabilecekler belirtilmiştir. İlk olarak md. 6'da sağlık personellerinin verilere erişimi düzenlenmiştir. Bu kapsamda sağlık personelleri, kişilerin sağlık verilerine, ilgili kişiye sunulan sağlık hizmetinin gereği kadar erişebilecektir. Yönetmeliğin devamında e-Nabız⁴⁹ ile ilgili düzenlemeler yer alır. Sağlık verisine tedaviyi uygulayan hekimin ulaşabilmesi Yönetmelik md. 6 fıkra 2'ye göre e-nabız hesabı kullanıcısı olanlar gizlilik tercihlerini kendileri belirleyerek karar verirler. E-Nabız hesabı olmayanlar için ise aile hekim tarafından süre sınırı olmaksızın hastanın bilgilerine erişilebilecektir.⁵⁰ Aile hekimi dışında hekimlerin de belirli süreler içinde verilere erişebilecekleri belirtilmiştir.

Bakanlık birimlerinin verilere erişimi için ise ilk olarak sayı sınırı getirilmiştir. Her birimden en fazla üç kişiye yetki verilebilmektedir. Başka bir kısıtlama ise yetkinin kullanılacağı konu bakımındandır. Burada yetkili kılınan kişilerin, bu yetkiyi, yalnızca sağlık hizmetleri ile finansman planlanması ve yönetimi ile denetleme ve düzenleme görevleri kapsamında kullanılacağı hüküm altına alınmıştır.⁵¹

Değirmeye değer görülen bir diğer husus ise çocukların sağlık verilerine erişimdir. Mülga Yönetmelik olan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte ebeveynler izne ihtiyaç duyulmaksızın çocukların sağlık verilerine erişebilmekteydiler. Yeni Yönetmelikle birlikte ise ayırt etme gücüne sahip çocukların e-Nabız üzerinden erişim imkânları olması ve düzenlemelerde bulunabilmesidir.

Bir diğer önemli husus ise bilimsel amaçlarla işlemedir. Anonim hale getirilen verilerle bilimsel çalışmalar yapılabilir. Ayrıca kişisel sağlık verileri, ilgili kişilerin özel hayatının gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ve suç teşkil etmemek kaydıyla alınacak tedbirler doğrultusunda bilimsel amaçlarla işlenebilir.⁵²

49 ilgili kişilerin sağlık verilerine kendilerinin, hekimlerin veya yetki verdikleri üçüncü kişilerin erişimini sağlayan, e-Devlet uygulamalarına uygun olarak Bakanlıkça kurulan sistem. (Yönetmelik md. 4 fıkra 1 d bendi).

50 CAN, Neslihan: "Hasta Mahremiyeti Hakkı", TBB Dergisi (147), 2019, s. 198.

51 DÜLGER: "Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik'e İlişkin Değerlendirme", 2020, s. 6.

52 DÜLGER: S. 9.

Son olarak değinmek istenilen madde, md. 6'nın 6. fıkrasındadır. "Mahremiyet düzeyi daha yüksek olan, başkaları tarafından görülmesi ve bilinmesi halinde kişilerin sosyal hayatını ve ruh sağlığını olumsuz etkileme riski taşıyan kişisel sağlık verileri Bakanlıkça belirlenir ve sağlık personelinin bu verilere erişimine ölçülü kısıtlar getirilebilir." Bu maddede bazı verilerin daha önemli olduğu ve diğer verilerden ayrıştırılmasına karar verilmiştir. Mahremiyeti yüksek bu veriler ancak Bakanlığın adaletli ve şeffaf bir şekilde karar vermesi durumunda etkili bir düzenleme olmuş olacaktır.

6.3. Mobil Sağlık Uygulamalarında Kişisel Sağlık Verileri

Mobil sağlık uygulamaları gün geçtikçe çoğalmakta ve hayatımızda önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle pandemi döneminde koronavirüsün yayılmasını azaltma amaçlı Almanya'da bir uygulama çıkmıştır. "Corona-Warn-App" (korona uyarı uygulaması) olarak geçen bu uygulamada özellikle kişisel verilere önem verilmiştir. İnsanların güvenini kazanıp bu uygulamayı indirerek koronavirüsün yayılmamasına katkı sağlamaları için oluşturulan uygulamada net bir şekilde kişisel verilerin güvende olduğu belirtilmiştir. Sadece genel bir belirtmeyle yetinmeyip devletin resmi bir internet sayfasında detaylı bilgi verilmiştir. Uygulamanın indirilmesiyle beraber isim veya e-mail adresi istenmemekte, veriler anonimleştirilmekte ve kimlik-sizleştirme dediğimiz metot uygulanmaktadır.⁵³ Buna göre bir kişi pozitif çıkan test sonucunu uygulamaya yüklemesiyle karşı tarafa kim olduğuna dair herhangi bir bilgi ulaştırılmayacaktır. Karşı taraf sadece eğer pozitif testi olan biriyle karşılaşmışsa bunun bilgilendirilmesini yapılacaktır. Bu bakımdan ne kadar çok insan kullanırsa o kadar faydalı olabilecek bir uygulama tasarlanmıştır.

Türkiye'de ise "Evdekal" uygulaması geliştirilmiştir. Fakat bu uygulamada şeffaf bir şekilde bir kişinin gün içinde koronavirüs testi pozitif çıkmış biriyle karşılaşmış olmadığı paylaşılmamaktadır. Bundan ziyade genel olarak konum bilgilerine erişerek bölgenin ne kadar riskli bir bölge olduğu bilgisi verilmektedir. Kanımca Alman-

53 Corona-Warn-App (Die wichtigsten Fragen und Antworten) <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/corona-warn-app/corona-warn-app-faq-1758392> (son erişim Tarihi: 1.08.2020).

ya'daki sistem daha hedef odaklı bir sistemdir. Bir kişinin koronavi-rüs testi pozitif olan bir kişiyle karşılaşmış olması bu kişiyi daha temkinli davranmaya itecektir. Türkiye'de de bu sistemin kişisel veriler kapsamında kullanılması gerekir. Bu bakımdan Almanya'da olduğu gibi anonim bir şekilde ve kişinin kendi isteğiyle karşı tarafın pozitif olan kişinin bilgilerine ulaşmasına olanak sunmadan gerçekleşmesi gerekir. Böylece daha şeffaf bir sistem oluşmuş olacaktır. Özellikle E-Nabız sistemindeki verileri kimliksizleştirilmiş bir şekilde sadece gerekli bilgileri, yani koronavi-rüs testi pozitif olan kişilerin pozitif olduklarına dair bilgi ve konum bilgileri paylaşarak gerçekleştirilebilir.

Mobil sağlık uygulamalarındaki kişisel veriler, kişinin rıza gösterdiği çerçevede ve ülkelerdeki düzenlemelere uygun bir şekilde kullanılabilir. Kişisel Verilerin Güvenliği Genel Sözleşmesi genel olarak uzundur ve çok az kişi tarafından okunur. Bu bakımdan ilerideki düzenlemelerde daha basit ve kolay bir şekilde okunabilecek ve anlaşılacak kişisel verilerin güvenliği hakkında sözleşmelerin yapılması önem arz etmektedir.⁵⁴

6.4. Kişisel Sağlık Verilerinin İhlali ve Sorumlu Tutulacak Kişiler

a. Alman Hukuku

Alman hukukunda kişisel verilerin ihlali durumunda Art. 83 DSGVO'da para cezası verilebilmesi için şartlar belirlenmiştir. Bu şartlar sırasıyla şöyledir: a) ihlalin şekli, ağırlığı ve sürekliliği; b) kasten veya ihmal ile işlenmiş olması; c) sorumlu kişinin herhangi bir ihlali azaltma çabası d) sorumlu kişinin sorumluluk derecesi; e) önceden gerçekleşmiş herhangi bir ihlal; f) sorumlu kişinin denetim kuruluşu ile ortaklaşa zararı azaltma çabası; g) verilerin kategorileri; h) sorumlu kişinin ihlali denetim kuruluşuna bildirip bildirmediği; i) öngörülen tedbirlere uyulması; j) öngörülen davranış kurallarına uyulması ve k) herhangi bir ihlali ağırlaştırıcı veya hafifletici hal olarak sıralanabilir. Bu şartların değerlendirilmesi durumunda ortaya bir yaptırım tutarı çıkacaktır. Bu tutar ise özel duruma göre son derece farklılıklar göstermekle birlikte son derece yüksek meblağlar da söz konusu

⁵⁴ KATZENMEIER: s. 32.

olmaktadır. Öyle ki, „Deutsche Wohnung“ tarafından kiracıların kişisel verilerini kaydetmesinden ötürü 14,5 milyon Avro para cezası kesilmiştir.⁵⁵ Alman BDSG düzenlemesi de DSGVO'nun 83. maddesine atıf içermektedir.

Bunun dışında §203 Abs. 1 StGB çerçevesinde de bir sorumluluk hali doğabilir. Doktorların sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde kişisel bilgileri meslek sırrı olarak saklama yükümlülükleri vardır. Kişisel verilerin doktor tarafından hukuka aykırı bir şekilde paylaşılması durumunda para cezası veya bir seneye kadar hapis cezası verilir. 2013 tarihli bir kararda, doktorun hastanın kişisel verilerini izinsiz bir şekilde websitelerinde paylaşması sonucunda § 203 Abs. 1 StGB ihlali söz konusu olduğundan mahkeme 2.000.000 Avro miktarında bir ceza öngörmüştür.⁵⁶

b. Türk Hukuku

Kişisel sağlık verileri kişisel verilerin temel hak ve özgürlüklere daha çok etki eder nitelikte olan verilerden olup bu verilerin korunması özellikle hasta mahremiyeti ve hasta mahremiyeti hakkının korunması açısından oldukça önemlidir.⁵⁷

Bu bakımından kişisel sağlık verileri ile ilgili düzenlemelere aykırı davranış sergileyen kişilere çeşitli kanunlarda düzenlenen yaptırımlar uygulanmaktadır.

Bunlardan biri Türk Ceza Kanunu'nda (“TCK”) düzenlenmiştir. TCK md. 132 ve devamında karşımıza çıkan cezalar kişisel hayatın gizliliği çerçevesinde korunan değerlere ilişkindir. Bunlardan bizim için en önemlisi TCK md. 135’de belirtilen kişisel verilen kaydedilmesi maddesidir. Bu maddeye göre “Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. “(2) Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki

55 GÖPFERT/ HELM/ DAHL: “Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien: Praxisleitfaden am Beispiel der Corona Krise”, Frankfurt am Main 2020, s. 29.

56 Oberlandesgericht Bamberg, Karar: 10.04.2013 - 3 U 282/12 <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2013%2Fcont%2Fbeckrs.2013.07716.htm&anchor=Y-300-Z-BECKRS-B-2013-N-07716> (son erişim tarihi: 1.08.2020).

57 DÜLGER: “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, 2020, s. 115 https://www.academia.edu/42616837/Sa%C4%9Fl%C4%B1k_Hukukunda_Ki%C5%9Fisel_Verilerin_Korunmas%C4%B1_ve_Hasta_Mahremiyeti (son erişim tarihi: 31. 07.2020).

kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır”.

Burada da görüleceği üzere sağlık verilerinin önemi son derece yüksektir ve yaptırımını diğer bazı kişisel verilerin yaptırımlarına göre daha ağırdır.

TCK md. 136’da ise kişisel verilerin hukuka aykırı bir şekilde başkasına verme, yayma veya ele geçiren kişiden söz edilmektedir. Bu maddeyi ihlal edebilecek kişiler ise hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler, bunların yardımcıları, teknik ekip, diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarıdır.⁵⁸

TCK md. 137’de nitelikli hale ilişkin düzenleme yer almaktadır. Burada ise maddedeki fiili işleyebilecek fail (a) bendine göre kamu görevlileridir. Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılması, kamu görevlisinin fail olmasına yol açacaktır. (b) bendinde yer alan diğer nitelikli hal ise suçun belli bir meslek veya sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi suçu nitelikli bir hal olarak sayılmıştır. Bir psikiyatrin, hastasının bilgilerini, boşanma davasına esas olmak üzere hastanın eşi ile paylaşması buna örnek olarak verilebilir.⁵⁹

Yönetmelikle korunan hakların ihlalinde ise KVKK’nın 17 ve 18. maddelerince işlem yapılır. KVKK’nın 17. Maddesi TCK’ya atıf içermektedir. 18. maddede ise KVKK’nın belirli maddelerindeki hukuka aykırılıklara özel suç listesi oluşturulmuştur. Bunlara değinmek gerekirse aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk Lirasından 1.000.000 Türk Lirasına kadar ve Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı harekete edenler hakkında 20.000 Türk lirasına kadar idari para cezası verilir.

58 YILMAZ: s. 115.

59 YILMAZ: s. 133.

“Yönetmelik gereklerini yerine getirmeyen kamu görevlileri için idare hukuku kapsamında öngörülmüş olan disiplin soruşturması hükümleri uygulanır.”⁶⁰

Bu suçların yanı sıra Türk hukukunda sır saklama yükümlülüğü altında olan kişilerin de incelenmesi gerekir. Sır saklama yükümlülüğü kapsamında tartışılan “sır” kelimesi “mesleki sırdır”. “Mesleki sır, kişilerin icra ettikleri meslekleri uyarınca öğrendikleri üçüncü kişilere ait gizli bilgilerdir.”⁶¹ Bizim için önemli olan meslek mensupları ise doktorlardır. Doktorlar “Hipokrat yemini” ederek sır saklama yükümlülüğü altına da girmektedirler. Doktorların öncelikli sır saklama yükümlülüğü mesleğe başlarken ettikleri Hipokrat yeminiyle beraber TCK’da da “belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle” kişisel verilere aykırı suçların işlenmesi belirtilmiştir. Doktorlar da sağlık mensuplarından sayılıp, bu kişilerin TCK md. 136 gereğince, kişisel verileri hukuka aykırı olarak açıklama/sır saklama yükümlülüğü vardır.⁶²

6.5. İleride Alınması Gereken Hukuksal Önlemler

Genel olarak bugüne kadar hem Almanya’da olsun hem Türkiye’de olsun ileriye yönelik başarılı ve etkili adımlar atılmıştır.

Almanya’da dikkat edilmesi gereken bir husus, Almanya’da eyalet sistemi olduğundan birçok farklı düzenlemenin yer almasıdır. Bu nedenle kişisel verilerin bir yerde toplanabilmesi zorlaşacaktır. Eyaletlerde farklı düzenlemelerin olması yerine bazı durumlarda tüm ülkede aynı düzenlemeler olması gerekir ki, bilimsel amaçlar için kişisel sağlık verilerin toplu halde değerlendirilmesine bir olanak sağlanabilsin.

Türk hukukunda ise henüz tamamen kişisel sağlık verileri hakkında bir sistemin oturduğu söylenemez. Kişisel Sağlık Verileri Hak-

60 DÜLGER: “*Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’e ilişkin Değerlendirme*”, 2020, s. 10, https://www.academia.edu/398444597/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fl%C4%B1k_Verileri_Hakk%C4%B1nda_Y%C3%B6netmelike_%C4%B0li%C5%9Fkin_De%C4%9Feriendirme (son erişim tarihi: 31.07.2020), 2020.

61 ERGÜDEN. Çiçe: “*Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi*”, https://www.academia.edu/40904181/KI%C5%9FSEL_SA%C4%9FLIK_VERILERININ_I%C5%9FLENMESI, (son erişim tarihi: 31.07.2020), 2019, s. 22.

62 YILMAZ: s. 103.

kındaki Yönetmelik henüz yeni bir yönetmelik olduğundan bunun uygulama açısından neler getireceği ilerleyen zamanlarda belli olacaktır.

Ayrıca Türk hukukundaki belirlenmiş cezalar caydırıcı niteliğe sahip değildir. Kişinin özel hayatı, mahremiyeti ve bu verilerin paylaşılması sonucunda bu verilerin üçüncü kişilerin eline ulaştıktan sonra etkili bir şekilde bu verilerin kurtarılamayacağından cezalar daha caydırıcı olmalıdır.

7. YAPAY ZEKÂNIN TIBBİ MÜDAHALELERDE KULLANIMI

7.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

Yapay zekâ teknolojinin gelişmesiyle birlikte pek çok amaç için kullanılmaktadır. Yapay zekânın kullanımı ve insanlarla girdiği etkileşim sonucunda çeşitli zararlar ortaya çıkmaktadır. Yapay zekâ, otonom karar ve davranışları neticesinde hayat, beden tamlığı, sağlık, özel yaşam gizliliği, kişisel veriler, şeref ve haysiyet gibi kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerleri ihlal edebileceği gibi, etik ve ekonomik hataları neticesinde manevi ve maddi zarara da neden olabilir.⁶³ Bunlara örnek vermek gerekirse otonom bir robotun tıbbi müdahale aşamasında hastaya zarar vermesi veya hastaya yanlış teşhis konulması sonucunda hastanın ölmesi gösterilebilir.

Bu robotlara örnek olarak da Vinci robotu ve kanser tedavisinde kullanılan “Cyberknife robotu” verilebilir. Amerika’da üretilen da Vinci robotu ağırlıklı olarak prostat operasyonlarında kullanım bulmakta iken, Cyberknife robotu ise radyoterapide kullanılmaktadır.⁶⁴ Da Vinci robotunun kullanım esnasında dünden bugüne insan üzerinde çeşitli zarar ve hasarlar oluşturmuştur. Bazı vakalara örnek olarak; bir histerektomi ameliyatında hekimin kontrolündeki robotun kaza ile bir kan damarını kesmesi sonucu hastanın kaybedilmesi, prostat ameliyatı esnasında hastanın kalın bağırsağının delinmesi,

63 AKKURT, Sinan Sami: “Yapay zekanın Otonom Davranışlarından kaynaklanan Hukuki Sorumluluk” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 0, Sayı 13, s. 43.

64 BRAND, Oliver: “Haftung und Versicherung beim Einsatz von Robotik in Medizin und Pflege”, 2019, Medizinrecht, s. 943.

yine bir histerektomi ameliyatında robot kolunun hastanın yüzüne vurması sayılabilir.⁶⁵

Bir başka komplikasyon ise Chicago’da bir hastanede da Vinci robotunun kullanımı sonunda oluşmuştur. Burada kişi bağırsaklarından yaralanmış ve bu yaranın iltihaplanması sonucu hayatını kaybetmiştir.⁶⁶ Da Vinci robotu en çok operasyon hatası olan robotlardan biri olmakla beraber, teknolojinin ilerlemesiyle daha verimli sonuçlar elde etmektedir. Özellikle Almanya’da, çoğunlukla komplikasyon çıkmayan operasyonlar yürütüldüğü hususu birçok raporda belirtilmektedir.

Robotların meydana getirdikleri bu hatalı davranışlar sonucunda oluşan hataların kim tarafından veya nasıl bir şekilde karşılanacağı ve zararların kim veya kimlerin sorumluluğunda olacağı sorularına cevap ise bir sonraki bölümde cevap bulacaktır.

7.2. Özel Hukukta Sorumluluk

Robotların uğrattıkları zararlardan ötürü kimin sorumlu tutulacağı Türk ve Alman hukukunda tartışmalı bir husustur. Bu duruma net bir şekilde açıklık getirilmesinin mümkün olması zor olsa dahi iki hukuktaki güncel durumu değerlendirdikten sonra ihtimaller çerçevesinde bir sonuca varmak mümkün olabilecektir.

Bunun için öncelikle özel hukuktaki sorumluluk çerçevesine kısaca değinmek gerekecektir.

7.2.1. Üreticinin Sorumluluğu

E-kişilik tartışmasına girmeden değinmek istediğim bir diğer husus ise üreticinin sorumluluğudur.

Alman hukukunda Produkthaftungsgesetz (“ProdHaftG”) ve §823 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (“BGB”) çerçevesinde üreticinin sorumluluğuna belirli şartlar dahilinde gidilebilmekle beraber otonom robotlarda üreticinin sorumluluğuna gidilmesi tartışmalı bir husustur.

65 BÖRÜ, Şafak Parlak: “Robotik Cerrahi Müdahalelerden doğan Hukuki Sorumluluk”, 2019, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, s. 763.

66 „System-Neustart am OP-Tisch”, 11.04.2013. WELT, <https://www.welt.de/gesundheit/artic-le160307851/System-Neustart-am-OP-Tisch.html> (son erişim tarihi: 11.08.2020).

Öyle ki, otonom robotlarda ve bu şekilde bağımsız davranan ve deep learning denen mekanizma sayesinde insana ihtiyaç duymadan kendini geliştirebilen bir sistemden bahsetmekteyiz.⁶⁷ Ayrıca başka sistemlerin ağlarıyla etkileşim halinde olan otonom robotların yaptıkları hatalar ve verdikleri zararlar ne kadar ve nasıl bir derecede üreticiye yüklenebilir sorusu ortaya çıkmaktadır. Bunun cevabı ise çok zordur. Türk ve Alman hukukunda insan yardımı olmadan kendini geliştirebilen ve bağımsız bir şekilde karar verebilen bu robotların meydana getireceği hatalarda üreticinin sorumluluğuna gidilmesi olanaksız görülmektedir.

4703 Sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun kapsamında üretici piyasaya sadece güvenli ürünler arz etmek zorundadır (md. 5 f.3). Teknik düzenlemelere uygun ürünlerin güvenli olduğu kabul edilecektir; teknik düzenlemenin bulunmadığı hallerde, ürünün güvenli olup olmadığı ulusal veya uluslararası standartlara; bunların olmaması halinde ise söz konusu sektördeki iyi uygulama kodu veya bilim ve teknoloji düzeyi veya tüketicinin güvenliğe ilişkin makul beklentisi dikkate alınarak değerlendirilecektir.⁶⁸

Özel hukukta pek bir cevap bulamayan otonom robotların meydana getirdiği zararların kimin sorumluluğunda olacağı sorusu ortaya yeni tartışmalar atmaktadır ve gelişen bu sisteme yetişmek için yeni tartışmaların konu bahis olması hukuki açıdan mecburi hale gelmiştir.

7.3. Ceza Hukukunda Sorumluluk

7.3.1. Robotların Hak Süjesi Tartışması: Yeni Bir Hak Süjesi Olarak Elektronik Kişilik

Kişi, hak sahibi varlık, kişilik ise kişi olmaya bağlı olarak sahip olunan tüm hakların ve yetkilerin oluşturduğu hukuki durumu ifade etmektedir.⁶⁹ Hak ehliyeti kişinin hak ve borçlara sahip olma

67 BRAND: s. 947.

68 OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: „Borçlar Hukuku Genel Hükümler“, İstanbul 2018, S. 242.

69 OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Kişiler Hukuku”, İstanbul 2018, s. 2.

ehliyeti, fiil ehliyeti ise bir kimsenin iradi davranışla hukuki sonuç elde edebilmesini ifade etmektedir.⁷⁰ Türk ve Alman hukukunda bu kavrama sahip olan iki kişilik vardır; gerçek kişi (natürliche Person) ve tüzel kişilik (juristische Person). Hukukun tüm insanları kişi olarak kabul etmesi ahlak ve değer yargılarının sonucudur.⁷¹ Yapay zekâ ise ne bir gerçek kişidir ne de bir tüzel kişidir. Bu durumda yapay zekânın hukuki kişiliği tartışmalıdır. Robotların kişilik sahibi olması onları hak ve fiil ehliyeti sahibi yapacağından hak ve borç altına girme ve iradi davranışlarla hukuki sonuç elde etme imkânı doğacaktır. Bu bakımdan robotların bu haklara sahip olması ihtimali ne tür sonuçlar doğuracak olması öngörülebilir bir durum olmamakla birlikte ileri oluşabilecek riskler de güncel bir tartışma konusudur.

Güncel ceza hukuku sistemimizde bir suçun faili olarak sadece gerçek kişiler ve tüzel kişiler öngörülmüştür. Fakat üstte de değinildiği üzere mevcut hukuk sistemimizdeki düzenlemeler ile otonom robotların meydana getirdiği zararlardan sorumluluğun kime ait olduğunu çözmek olanaklı görülmemektedir.

Yapay zekâ sahibi robotların bağımsız bir şekilde karar vermeleri hukuk sistemini yeni tartışmalara sürüklemiştir. Bunlardan belki de en önemlisi Avrupa Parlamentosunun 2017 yılında sunduğu bir raporda otonom robotların e-kşilik adı verilen yeni bir statüye sahip olmaları konuşulmuştur.⁷²

Bunun yanı sıra ülkemizde Samsun Barosundan da bu konuda bir atak gelmiştir. Samsun Barosu gerçek ve tüzel kişiler yanında “insansılar” başlıklı ek yapılmasına dair çalışmalar yürütmektedir.⁷³

E-kşilik olarak yeni bir hukuki statü ortaya çıkması belki de tüm sorunlara cevap bulabilecektir. Yapay zekâ sahibi robotlara ilişkin

70 OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKATY-ÖZDEMİR: s. 48.

71 KARA KILIÇASLAN, Seda: “Yapay zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği üzerine tartışmalar”, YBHD, Yıl 4, sayı 2019/2, S. 372.

72 (2015/2103(INL) „Entwurf einer Entschliessung des Europäischen Parlaments mit Empfehlung an die Kommission zu zivilrechtlichen Regelungen im Bereich Robotik”, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_DE.html?redirect, 27.01.2017 (son erişim tarihi: 10.08.2020).

73 SAĞIROĞLU, Güç Gönel: “Medeni Kanun 2.0’ın yeni ‘kişisi’ robotlar olabilir”, 2017, <http://www.samsunbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=79411> (son erişim tarihi: 9.08.2020).

e-kişilik tartışması bir kesim tarafından onaylanmakla birlikte, gelecekte robotların nasıl ilerleme kayıt edeceği veya insanlardan daha üstün bir şekilde olabilecekleri ihtimali karşısında büyük endişeler taşıyan hukukçular ve bilim insanları da vardır. Öngörülemeyecek bir sistem olduğunu savunan ve bu nedenle robotlara hukuki statü verip onları hak ve borç altına sokabilme gibi haklar tanımak bazıları için korkutucu sonuçların meydana geleceği endişesini doğurmaktadır. Robotlara e-kişilik statüsünün verilmesini reddeden bir görüşe göre “Yapay Zekâ veya Robot Kanunu” gibi düzenlemeler olmadığı için hukukun şu anki özel hukuk düzenlemeleriyle sorumluluk sorunlarının çözülebilmesinin gerektiğini savunulmaktadır.⁷⁴ Başka bir görüş ise hukuki bir devrime ihtiyaç olmadığını ve e-kişilik üzerinden yürütülen hukuki tartışmaların şu anki teknolojik yeniliklerden de öte bir tartışma olduğunu savunmaktadır.⁷⁵

Bir diğer görüş ise yeni bir hukuki statünün tüzel kişilik statüsüyle karşılaştırılmasının doğru olmadığını öne sürmektedir. Tüzel kişiliklerde gerçek kişilerden oluşan ve karar alan organlar vardır. Bu nedenle tüzel kişiler bağımsız birer kişi olsalar bile, insan iradesine muhtaçtırlar, insan iradesi olmadan kurulamaz, karar alamaz ve bir işlem uygulayamazlar.⁷⁶ Bunun yanı sıra e-kişilik olarak üçüncü bir hukuki statü oluşacaksa bu 3. kişiliğe de gerçek ve tüzel kişilere tanınan haklar ve borçlar tanınmalıdır. Alacaklı veya mağdur olan kişiye karşı olan borçlarını ödenebilmesi için e-kişilik sahibi robotun malvarlığı olması gerekir. Bu durum ise yeni sigorta modelleri ile finanse edilebilir olacaktır.⁷⁷

Henüz ilk aşamasında olan bu tartışma konusu yapay zekânın zaman içinde ilerlemesiyle daha oturmuş ve belki de daha çok e-kişilik devrimini savunan insanlara ulaşacaktır.

74 WİLLECKE, Lukas: “Künstliche Intelligenz und Recht – Gegenwart und Zukunft”, MMR – Aktuell, Cilt 2, 2020, <https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fmmraktuell%2F2020%2F425656.htm&pos=2&hlwords=on> (son erişim tarihi: 11.08.2020).

75 ENSTHALER, Jürgen: “Industrie 4.0 erfordert keine juristische Revolution”, Zeitschrift zum Innovations-und Technickrecht, 1/2017, 5. Jahrg., s. 1.

76 ZEYTİN, Zafer/GENÇAY, Eray: “Hukuk ve Yapay Zeka: E-kişi, Mali Sorumluluk ve bir Hukuk uygulaması”, TAÜHFED, 1/2019, s. 47.

77 KLUGE, Vanessa/MÜLLER, Anne-Kathrin: “Autonome Systeme”, Zeitschrift zum Innovations-und Technickrecht, 1/2017, 5. Jahrg., 2017, s. 30.

7.3.2. Suç ve Cezanın Şahsiliği İlkesi

E-kişilik tartışmasının yanı sıra ceza hukukundaki suç ve cezanın şahsiliği ilkesine de değinmek gerekir.

Bir BGH kararında da ceza hukuku anlamında kusurlu davranışı sergileyebilen kişi olarak kendi kararlarını verebilen doğru ve yanlış ayırt edebilen bir insan gösterilmiştir.⁷⁸ Bu bakımdan her iki hukuk düzeninde de robotların hem kusurlu davranabileceği olanaksız görülmüştür hem de her iki hukuk sisteminde de fail kavramında sadece gerçek kişiler kapsam içinde tutulmuştur. Ayrıca robotların kusurlu davranış sergileyebilecekleri de güncel sistemimizde reddedilmektedir. İleride deep learning mekanizması sayesinde robotların tamamen insandan bağımsız hareket ederek kendi kusurluluk çerçevesinde hareket etmesi ve etik olarak hareket edebilmesi durumunda suç ve cezanın şahsiliği ilkesi çerçevesinde de otonom robotların cezalandırılması daha çok tartışılacak bir husus olacaktır.

TCK md. 20’de “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.” Bu durumda otonom robotların kendilerinin bağımsız bir şekilde verdiği kararlardan ötürü başkasının sorumluluğuna gidilmemesi gerekir.

Ceza hukukunda fail ise kusurlu eylemi ile suç teşkil eden haksızlığı tek başına veya başka bir gerçek kişiyi, bir hayvanı, bir robotu vs. araç olarak kullanarak yahut başka kişilerle birlikte ika eden kimse olarak belirlenmiştir.⁷⁹ Bu tanımda ise fail olarak gerçek kişiler öngörülmüştür.

Her iki hukuk sisteminde önemli bir husus olan “Kusursuz suç ve ceza olmaz.” prensibi (“nullum poena sine culpa”) de cezanın şahsiliği ile iç içe geçmiş bir prensiptir. Bu prensibe göre bir kişi işlediği fiilden dolayı sadece bu fiilden dolayı suçlanabilir, yani burada kendi isteği ve arzusuyla yapabilecek iradeye sahip bir insandan bahsedilmektedir.⁸⁰

78 BGHSt 2, 194, 18.3.1952, 200. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=18.03.1952&Aktenzeichen=GSSt%202/51> (son erişim tarihi: 12.08.2020).

79 ARTUK/GÖKÇEN: “Ceza Hükümler Genel Hükümler”, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 309.

80 ADAM, Jürgen/SCHMİDT, Karsten/SCHUMACHER, Jörg: “Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?”, NstZ, Heft 1, 2017 s. 7.

Robotların davranışları sonucu oluşan zararlarda nedensellik bağımlı takip edebilmek de gün geçtikçe zorlaşacaktır. Bağımsız hareket eden bir robotun ne derecede başka bir insanın sorumluluğuna gidebileceği soru işaretidir. Bu durumda bağımsız robotun tek başında işlediği bir suçtan söz edilebilecektir. Bu durum da cezanın şahıslığı ilkesine uygun olacaktır fakat bunun için iki hukuk sisteminde de değişiklikler yapıp robotlara e-kişilik statüsünün verilmesi söz konusu olmalıdır.

8. SONUÇ

Türk ve Alman hukuk sistemleri açısından yapay zekânın tıpta getirdiği yenilikçi adımların ve faydaların yeni düzenlemelere yer açacağı hiç kuşkusuz öngörülebilir bir durumdur. Bununla birlikte şu an birçok tartışma olmakla birlikte e-kişilik ve etik başlıkları altında ileride nasıl düzenlemeler getirileceği merak konusudur. Robotların hayatımızda her geçen gün daha fazla rol oynaması ister istemez hayatımızı değiştirecektir. Almanya'da 4. Endüstri 4.0 olarak da adlandırılan bu gelişmeler 3 büyük endüstriyel devrimden sonra gelen 4. Büyük devrim olarak sayılmaktadır. Almanya tarafından bir devrim niteliğinde görülen yeni teknolojik gelişmeler ülkemizde ve dünya çapında da önemli bir rol oynayacaktır.

Her iki ülkede de yapay zekânın ilerlemesiyle birlikte özellikle sağlık verilerine ilişkin önemli düzenlemeler yer almakla birlikte insanların güvenini daha da sağlamak için siber saldırılara karşı daha dayanıklı sistemler tasarlanmalıdır. Twitter gibi büyük devlerin bile siber saldırılara maruz kaldığı günümüzde, insanların sağlık verilerinin daha da önemli olduğu ve bunların daha da güvenli bir şekilde korunması önem arz etmektedir.

En önemlisi ise koşarak ilerleyen yapay zekâ sistemine hukuki açıdan emekleyerek cevap verilmemesine özen gösterilmesidir. Bu sayede adaletsizliklerin önüne geçilmesi daha gerçekçi bir yaklaşım olacaktır.

KAYNAKÇA

- ADAM, Jürgen/ SCHMİDT, Karsten/ SCHUMACHER, Jörg: “Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?”, NstZ, Heft 1, sayfalar 1-64, 2017.
- AKKURT, Sinan Sami: “Yapay Zekanın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 0, Sayı 13,s. 39-59, Haziran 2019.
- ARNING, Marian Alexander: “Tagungsbericht von der 18. Herbstakademie der deutschen Stiftung für Recht und Informatik, (6.-09. September, Heidelberg)”, 2017.
- ARTUK/GÖKÇEN: “Ceza Hükümler Genel Hükümler”, 12. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- BRAND, Oliver: “Haftung und Versicherung beim Einsatz von Robotik in Medizin und Pflege”, Medizinrecht, sayfalar 943-950, 37. Yıl, 12. Cilt, Aralık 2019.
- BÖRÜ, Şafak Parlak: “Robotik Cerrahi Müdahalelerden doğan Hukuki Sorumluluk”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, sayfalar 758-775, 2019.
- CAN, Neslihan: “Hasta Mahremiyeti Hakkı”, TBB dergisi, (147), sayfalar 183-220, 2020.
- ÇELEBİ, Vedat/İnal, Ahmet: “Yapay Zeka Bağlamında Etik Problemi”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 12, SAYI 66, sayfalar 651-661, 2019.
- CLAUSEN/SCHROEDER-PRİNTZEN: “MAH Medizinrecht”, 3. Baskı, C. H. Beck, München, 2020.
- DETLİNG/KRÜGER: “Erste Schritte im Recht der Künstlichen Intelligenz”, MMR, sayfalar 209-276, 4. Sayı, 2019.
- ENSTHALER, Jürgen: “Industrie 4.0 erfordert keine juristische Revolution”, Zeitschrift zum Innovations-und Technickrecht, 1/2017, 5. Jahrg., sayfalar 1-60, 2017.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- DÜLGER, Murat Volkan: “Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti”, https://www.academia.edu/42616837/Sa%C4%9Flık_Hukukunda_Ki%C5%9Fisel_Verilerin_Korunmas%C4%B1_ve_Hasta_Mahremiyeti (son erişim tarihi: 31. 07.2020), 2020.

- DÜLGER, Murat Volkan: “Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik’e ilişkin Değerlendirme”, https://www.academia.edu/39844597/Ki%C5%9Fisel_Sa%C4%9Fl%C4%B1k_Verileri_Hakk%C4%B1nda_Y%C3%B6netmelike_%C4%B0li%C5%9Fkin_De%C4%9Ferlendirme (son erişim tarihi: 31.07.2020), 2020.
- EKE, Erdal/ÇELİK, Rukiye/ÇETİN, Burhan: “Mobil Sağlık Uygulamalarının Güvenliğine İlişki Haberler aracılığıyla yaşanan etik sorunların değerlendirilmesi”, AİBÜ Sosya Bilimler Enstitüsü Dergisi, Cilt 18, Yıl: 18, Sayı 3, sayfalar 129-145, 2018.
- ENSTHALER, Jürgen: “Industrie 4.0 erfordert keine juristische Revolution”, Zeitschrift zum Innovations- und Technickrecht, 1/2017, 5. Jahrg., s. 1, 2017.
- ERGÜDEN Çiçe: “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi”, https://www.academia.edu/40904181/KIŞISEL_SAĞLIK_VERİLERİNİN_İŞLENMESİ, (son erişim tarihi: 31.07.2020), 2019.
- GÖÇMEN UYARER, Sinem, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, 2019.
- GÖPFERT, Burkard/ Helm, Rüdiger/ Dahl, Holger: “Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien: Praxisleitfaden am Beispiel der Corona Krise”, Deutscher Fachverlag GmbH, Fachmedien Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2020.
- HAYRAN, Osman: “Yeni Tıp Teknolojilerinin Kullanımı ve Etik”, 2019 https://www.researchgate.net/publication/335473848_Yeni_Tip_Teknolojilerinin_Kullanimi_ve_Etik_Sorunlar, Journal of Biotechnology and Strategic Health Research (son erişim tarihi 12.08.2020).
- HÄNOLD, Stefanie: “KI-Forschung in der Medizin benötigt eine Reform datenschutzrechtlicher Regelungen”, 2020, Heft 6, ZD- Aktuell, <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-300-Z-ZDAKTUELL-B-2020-N-07046> (son erişim tarihi: 12.08.2020).
- HUSS, Ralf: “Künstliche Inteligenz, Robotik und Big Data in der Medizin”, Springer, Berlin, 2019.
- JÖRG, J.,: “Digitalisierung in der Medizin: Wie Gesundheits-Apps, Telemedizin, künstliche İntelligenz und Robotik das Gesundheitswesen Revolutionieren”, Springer, Berlin, 2018.
- KARA KILIÇASLAN, Seda: “Yapay zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği üzerine tartışmalar”, YBHD, Yıl 4, Sayı 2019/2, sayfalar 363-389, 2019.

- KATZENMEIER, Christian,: “Digitalisierung des Gesundheitswesens”, Schriftenreihe der Kölner Juristischen Gesellschaft, Band 33, 2019.
- KELEŞ, Ali: “Derin Öğrenme ve Sağlık Alanındaki Uygulamaları”, 2018, https://turkishstudies.net/turkishstudies?mod=sayi_detay&sayi_id=382, (son erişim tarihi: 6.07.2020).
- KELSEN, Hans: “Was ist Gerechtigkeit?”, Kapitel 18, 1953 https://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/pdf/zivilrecht2004_kapitel18.pdf (son erişim tarihi: 08.07.2020).
- KÜZECİ, Elif: “Sağlık Bilişim Teknolojileri ve Yeni Hukuksal Sorunlar”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9 Sayı: 1 Yıl 2018.
- KLUGE, Vanessa/MÜLLER, Anne-Kathrin: “Autonome Systeme”, InTer, 1/2017, 5. Jahrg., s. 1-60, 2017.
- MAUNZ/DÜRİG: “Grundgesetz-Kommentar”, Band 1, 90. Lieferung, München, 2020.
- MÜNCH, Florian: “Autonome systeme im Krankenhaus: Datenschutzrechtlicher Rahmen und strafrechtliche Grenzen (Robotik und Recht, Band 8)”, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: “Kişiler Hukuku”, 17. Baskı İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 14. Baskı, İstanbul 2018.
- ÖZTÜRK DİLEK, Gizem: “Yapay zekanın Etik Gerçekliği”, Ankara Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, sayfalar 47-59, 2019.
- Platform 4.0/Bundesministerium für Wirtschaft und Energie: “Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0”, 2019.
- SAĞIROĞLU, Güç Gönel: “Medeni Kanun 2.0’in yeni ‘kişisi’ robotlar olabilir”, 2017, <http://www.samsunbarosu.org.tr/Detay.aspx?ID=79411> (son erişim tarihi: 9.08.2020).
- SCHLIESKY, Utz: “Digitale Ethik und Recht”, NJW, 51. Sayı, sayfalar 3673-3744, 2019.
- STEEGE, Hans: Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz, MMR, Heft 11, Seite 705-776, 2019.
- SPECHT-RIEMENSCHNEIDER: “beck-online. GROSSKOMMENTAR”, §823 BGB, 2020.
- Sebastian Schmidt-Kaehler: “Patientenperspektiven 2018, Qualitative Studie zur Digitalisierung im Gesundheitswesen aus Sicht von Patientinnen und Patienten in Deutschland”, Berlin, 2018.

- WILLECKE, Lukas: “Künstliche Intelligenz und Recht – Gegenwart und Zukunft”, MMR – Aktuell, Cilt 2, 2020, <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Fmmraktuel-1%2F2020%2F425656.htm&pos=2&hlwords=on> (son erişim tarihi: 11.08.2020).
- WOOPEN, “Digitalisierung im Gesundheitswesen, Vortrag auf dem 120. DÄT 2017. Nach einer repräsentativen Umfrage im Jahr 2015 konnten sich bereits 16% der Bevölkerung vorstellen, dass Gesundheits-Apps einen Arztbesuch ersetzen”, sayfalar 1-9, DÄBI 2015, https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/pdf-Ordner/120.DAET/120DAETVortragWoopan.pdf (son erişim tarihi: 07.07.2020).
- YILMAZ, Sabire Sanem: Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu”, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2019.
- ZEYTİN, Zafer/GENÇAY, Eray: “Hukuk ve Yapay Zeka: E-kişi, Mali Sorumluluk ve bir Hukuk uygulaması, TAÜHFD, 1/2019, 2019.

ANAYASA MAHKEMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI İŞİĞİNDA TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKININ TÜRKİYE'DEKİ UYGULAMASI *

Royce Betina MENAŞE **

ÖZET

Demokratik rejimin vazgeçilmez ve en temel unsuru düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğüdür. Söz konusu özgürlüğün kullanılmasında başlıca araçlardan biri, kamuoyuna düşüncelerini serbestçe ifade edebilmek adına toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenlemektir. Dolayısıyla, düşünce özgürlüğünün bir uzantısı olarak karşımıza çıkan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını düzenleyen, koruyan, ve gerektiğinde sınırlayan yasalara ihtiyaç duyulmuştur. Anılan hak, temsil ettiği demokratik değerlerin önemi itibarıyla, bizzat Anayasa'ca ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde¹ (AİHS) korunmaktadır. Öte yandan, devletlerin toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkına yönelik olası müdahalelerinin keyfiyete ve ihlallere yol açmaması adına milletlerarası normlar düzenlenmiştir. Ancak ne yazık ki Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde toplanma özgürlükleri açısından en fazla ihlale yol açan üçüncü ülke konumundadır.² AİHM önünde görülen davaların yanı sıra Anayasa Mahkemesi (AYM) de 2012 yılından bugüne toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı bağlamında birçok içtihata imza atmıştır. Bu çalışmada devletin ve kolluk

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 24/07/2020. İlk hakem raporu tarihi: 19/11/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 24/11/2020.

** Stajyer Avukat, İstanbul Barosu, roycemenashe@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-1995-7334.

1 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 18 Mayıs 1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme bu tarihte yürürlüğe girmiştir.

2 Violations by Article and by State, 2019 (Devletlere ve AİHS Maddelerine Göre İhlaller) https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2019_ENG.pdf (E. T.: 20.08.2020)

güçlerinin söz konusu hakka müdahalelerinin hukuka uygunluğu, iç hukuk, milletlerarası anlaşmalar ve içtihatlar ışığında tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

PRATICE OF THE RIGHT OF MEETINGS AND DEMONSTRATIONS IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The indispensable and most fundamental element of the democratic regime is the freedom to express and disseminate ideas. One of the main tools in the exercise of this freedom is to organize meetings and demonstration marches in order to freely express their thoughts to the public. Therefore, acts were needed to regulate, protect and, when necessary, limit the right to assembly and demonstration, which is an extension of freedom of thought. The mentioned right is protected by the Constitution and the European Convention on Human Rights (ECHR), due to the importance of the democratic values it represents. On the other hand, international norms have been regulated in order that possible interventions of the states towards the right of assembly and demonstration do not cause arbitrariness and violations. Unfortunately, Turkey is the third country that led up to in terms of violation of freedom of assembly in order for the European Court of Human Rights decisions. In addition to the cases before the ECHR, the Constitutional Court has ordered many jurisprudence in the context of the right to assembly and demonstration since 2012. In this study, the legality of the interventions of the state and law enforcement forces to the right will be discussed in the light of domestic law, international agreements and case law.

Keywords: Freedom of Assembly and Association, Meetings and Demonstration, European Court Of Human Rights, European Convention On Human Rights

I. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ

İç hukuk ile milletlerarası hukuk arasındaki ilişki ve milletlerarası hukukun temel dayanağı olan milletlerarası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri Türk anayasal sisteminde daima tartışma konusu olmuştur. Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan başlıca iki görüş bulunmaktadır³;

- Dualist görüş (ikici görüş);

Milletlerarası sözleşmeler ve iç hukuk kuralları iki ayrı düzenden ibarettir. İç hukuk devletin eşit olarak değerlendirdiği kişiler arasında sağladığı düzendir, milletlerarası hukuk ise birbiriyle eşit olan devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Buna göre iç hukuk ile milletlerarası hukuk kuralları arasında çatışma olamaz. Zira yerel mahkemeler ancak iç hukuku uygular, “milletlerarası hukuk kurallarının uygulanabilmesi için bu kuralların iç hukuk kurallarına dönüştürülmüş olması gerekmektedir”.⁴

- monist görüş (tekçi görüş);

Bu görüşü benimseyenler açısından hukuk düzeni tek bir düzenden ibarettir ve sükeleri daima kişilerdir. Söz konusu iki düzenden üstün üçüncü bir düzen olmaması sebebiyle, iki düzenin arasında hiyerarşik bir ilişki mevcuttur. Bu ilişkinin neticesi olarak da milletlerarası hukuk iç hukuktan üstün konumdadır. Şayet bir iç hukuk kuralı bir milletlerarası hukuk kuralı ile çatışır ise, çatışan kural ya değiştirilir ya da kaldırılır.⁵

Türkiye monist, yani tekçi görüşü benimsemiştir. Nitekim 2004 yılında yapılan bir değişiklik ile Anayasa'nın 90/5. maddesine “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümler-*

3 Brownlie, Ian, Principles of Public International Law -Fourth Edition- Oxford, 1990, s. 32 vd.

4 Tunç, Hasan, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı, 2000, s. 174-180 (E. T. 27.06.2020)

5 Ender Ethem Atay, Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı, Hukuk Kurultayı, 2000

ri esas alınır” cümlesi eklenmiştir. Böylece Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca, usulüne uygun olarak imzalanıp yürürlüğe girmiş bulunan insan hak ve özgürlüklerine ilişkin milletlerarası sözleşmeler yasa hükmündedir ve normlar hiyerarşisi bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez. Milletlerarası anlaşma ile kanun hükmü arasında bir çatışma olması durumunda, milletlerarası anlaşmaya üstünlük tanınacağı açıklığa kavuşturulmuştur. AYM'ne göre; “*başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanununu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.*”⁶

Bu sebeple, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bahsi geçen bu kurala tabidir ve dolayısıyla hükümleri öncelikle uygulanacaktır.⁷

Bu bağlamda, konumuz olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını düzenleyen başlıca iki madde bulunmaktadır;

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 11/1: “*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.* 11/2: “*Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ablakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.*”⁸
- Anayasa madde 34: “*Herkes, önceden izin almadan, silabsız ve saldırsız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*

6 AYM, Sevim Akat Eşki Kararı § 41, B. No: 2013/2187, Tarih: 19/12/2013
<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/68aa4186-521f-4bf9-9c03-f0e0bb-f55a88?wordsOnly=False> (E. T. 27.06.2020)

7 Bilgin, Ahmet Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 82-90 (E. T. 21.08.2020)

8 <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>

34/2: *Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. 34/3: Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.*"

Anılan iki madde dışında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin⁹ 20. maddesi ve yine imzacısı olduğumuz Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin¹⁰ (MSHUS) 21. ve 22. maddeleri de bu hakkı düzenlemektedir. Ancak, makalemizde anılan hakkı sarıh ve detaylı bir biçimde ele alan ve ülkemizle ilgili pek çok ihlal kararına imza atan AİHM ve dolayısıyla AİHS üzerinde durulacaktır.

Anayasa'nın 34. maddesinin son fıkrasında karşımıza çıkan, "*toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir*" hükmünden hareketle yürürlüğe giren 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun uygulamada keyfiyete yer verip vermediği ve dolayısıyla AİHS ve Anayasal haklarla çelişip çelişmediği incelenmelidir.

II. AİHM VE AYM KARARLARI IŞIĞINDA TOPLANMA VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKI

Toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, Avrupa Konseyi'ne göre "*siyasal demokrasiyi somutlaştıran temel özgürlüklerin arasında yer*

-
- 9 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır
- 10 Türkiye Sözleşme'yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşme'nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

alır”.¹¹ Aynı şekilde, gerek AİHM¹² gerek AYM’ne¹³ göre ifade özgürlüğü ve toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı birbirinden bağımsız düşünülemez. AYM’ne göre, Anayasa’nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, Anayasanın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğünün özel bir görünümüdür; “*İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunun düşünülmesi ve bu niteliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmesi gerekir.*”¹⁴

Öte yandan, toplanma özgürlüğünün gerek AİHS gerek Anayasa’ya göre en önemli unsuru barışçıl olmasıdır. AİHS’in 11. maddesindeki “barışçıl” ifadesi ile Anayasa’nın 34. maddesindeki “silahsız ve saldırısız” olma ifadeleri benzer gibi görünmekle birlikte farklılık arz etmektedir. Ancak AYM verdiği kararlarda söz konusu farklılığa değinmemiş, ilk ilke kararında “*Anayasa’nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır*” ifadelerine yer vermiştir.¹⁵ Şiddete, silahlı direniş veya isyana teşvik etme ve demokrasinin ilkelerini reddetme¹⁶ gibi

- 11 Karan, Ulaş, Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, 2018, s. 43-47 (E. T. 27.06.2020)
- 12 Primov ve Diğerleri v Rusya § 92, Başvuru No: 17391/06 (HUDOC) <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-144673%22%5D%7D> (E. T. 27.06.2020)
- 13 AYM, İptal Davası Açanlar: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif Hamzaçebi, Engin Altay ve Muharrem İnce ile birlikte 119 Milletvekili, Esas No: 2014/101, Karar No: 2017/142, Tarih 28.09.2017 <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6f73903e-39ec-4cea-8fde-37aa2db-6c62f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E. T. 20.08.2020)
- 14 AYM, Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı § 115, B. No: 2013/3924, Tarih: 6/1/2015 <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/8f680799-94b4-4f13-bf22-fe1b7c169346?wordsOnly=False> (E. T. 27.06.2020)
- 15 Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, §119
- 16 Kudrevicius ve Diğerleri v Litvanya § 92, Başvuru No: 37553/05 (HUDOC)

haller ise AİHM tarafından barışçıl olmama kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁷

AYM barışçıl olduğu sürece toplantının hangi amaçla yapıldığının bir önemi olmadığını ifade etmektedir,¹⁸ AİHM içtihatlarında ise ifade özgürlüğünün özel bir şekli olan barışçıl toplanma hakkının demokratik toplumun temeli olduğu ve toplantı ve gösterilerin amaç ve şekil bakımından sınırlanamayacağını vurgulanmaktadır.¹⁹ Nitekim, Friedl v Avusturya kararında mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir; “Barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı demokratik bir toplumda temel haklardan biridir. Aynı ifade özgürlüğü gibi, [bu hak da] demokratik toplumun temellerinden birini teşkil etmektedir. İste bu sebeple bu hak dar yoruma tabi tutulmamalıdır.”²⁰ Ancak, bir toplantının barışçıl olmadığı, yani şiddet içerdiği görüldüğünde bu özgürlüğe sınırlama getirilmesi makul kabul edilmektedir.²¹ Keza şiddet içeren toplantı ve gösterilere müdahale edildiği takdirde AİHM’e yapılan başvurular esasa girilmeden kabul edilemez bulunmaktadır.²² Ülkemizde getirilen sınırlamaların meşruluğu ve ölçülülüğü daha sonra değerlendirilecektir.

Toplanma özgürlüğünün ülkemizdeki uygulanış biçiminde ortaya çıkan sorunların başında, söz konusu hakkın Anayasa’da ve Sözleşme’deki düzenleniş biçiminde ortaya çıkan farklılıklar gelmektedir. İki madde arasındaki başlıca fark AİHS 11. maddesinde bulunmayan ancak Anayasa’da yer alan “önceden izin almadan” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Toplanma özgürlüğünün kullanılması bakımından, Sözleşme’ye taraf devletlerde üç ayrı yöntem benimsenmiştir; tam

-
- <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-158200%22%5D%7D> (E. T. 03.12.2020)
- 17 Article 11, The Conduct of Public Assemblies in the Court’s Case-Law, Council of Europe, Tarih: 22/05/2015, s. 6 vd
https://www.echr.coe.int/Documents/Public_assemblies_ENG.pdf (E. T. 03.12.2020)
- 18 AYM, Osman Erbil kararı § 48, B. No: 2013/2394, Tarih: 25/3/2015
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/7dc12ec8-af2b-43d5-944a-48c6d2cca10b?wordsOnly=False> (E. T. 20.08./2020)
- 19 Djavit An v Türkiye § 60, Başvuru No: 20652/92 (HUDOC)
<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60953%22%5D%7D> (E. T. 27.06.2020)
- 20 Friedl v Avusturya, Başvuru No: 15225/89 (HUDOC)
<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57917%22%5D%7D> (E. T. 12.08.2020)
- 21 Karan, age, s. 52
- 22 İnce, Hüseyin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 2015, s. 8 (E. T. 12.08.2020)

serbesti, izin, ve bildirim şartı.²³ AİHM, demokratik bir toplumun gereklerini göz önünde bulundurarak, her olayı ayrı ayrı değerlendirmekte, ve “bildirim” şartının gizli bir yasaklama olup olmadığını araştırmaktadır.²⁴ Örneğin, *Skiba/Polonya*²⁵ kararında, izin veya bildirim şartı aranmasını tek başına hakkın özüne dokunan bir önlem olarak değerlendirilemeyeceğini, ancak *Balçık ve Diğerleri/Türkiye*²⁶ kararında izin veya bildirim sisteminin hakkı ortadan kaldırmayı amaçlayan üstü kapalı bir engel olarak kullanılmaması gerektiğini hükme bağlamıştır.²⁷

Bununla birlikte, Türkiye bu konuda farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır zira Anayasa'nın lafzı, açıkça toplanma hakkının önceden izin şartına bağlanamayacağı yönündedir. Burada, benimsenebilecek yöntemlerin arasından, yasa koyucuya tam serbesti ya da bildirim usulünden birini seçme yetkisi verildiği ortaya çıkmaktadır. Sözleşme uyarınca yerel hukukta daha özgürlükçü ifadelerle yer verildiği durumlarda normlar hiyerarşisi göz ardı edilerek iç hukuk uygulanmalıdır. Ancak AYM'nın içtihatlarının bazıları, hem Sözleşmenin bu hükmü hem de Anayasa'nın net ifadesine rağmen, ne yazık ki bu yönde değildir; “*Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkânı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz.*”²⁸

Öte yandan, AYM, Osman Erbil²⁹ kararında, kolluk güçlerinin gösterinin bildirim usulüne uyulmadan yapıldığı gerekçesiyle, söz

-
- 23 Şirin, Tolga, Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme, 2015, s. 81 vd. (E. T. 27.06.2020)
- 24 Oya Ataman v Turkey § 36, Başvuru No: 74552/01 (HUDOC)
<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22fulltext%22:%5B%22oya%20ataman%20v%20turkey%22%5D%22itemid%22:%5B%22001-78330%22%5D%7D> (E. T. 27.06.2020)
- 25 Skiba v Polonya, Başvuru No: 10659/03 (HUDOC)
Şen, Ersan, AYM Kararı Işığında Toplantı ve Gösteri Hakkı, 2015
<https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1434753-aym-karari-isiğında-toplantı-ve-gosteri-hakki> (E. T. 27.06.2020)
- 26 Balçık ve diğerleri v Türkiye § 49, Başvuru No: 25/02 (HUDOC)
<https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-83580%22%5D%7D> (06.07.2020)
- 27 Çımrın, Çiğdem, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017, s. 21 (E. T. 27.06.2020)
- 28 Ali Rıza Özer ve diğerleri kararı, §122
- 29 Osman Erbil kararı, § 52

konusu gösterinin barışçıl niteliği göz önüne alınmaksızın, yasaya aykırılık sebebiyle güç kullanılarak dağıtılmasının yanlış olduğunu, zira bu tutumun bildirim usulünün koruduğu hukuki yarar ile de bağdaşmadığını vurgulamıştır.³⁰

AYM'nin bu konuda verdiği kararlar net bir mutabakat sağlamamaktadır. Bu nedenle, Anayasa'da yer alan "izin almaksızın" ibaresini sıklıkla bertaraf edecek şekilde uygulanan 2911 sayılı Kanun ve bilhassa Kanun'un 10. maddesinin kamu otoritelerine protesto amaçlı yapılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izne bağlıymış gibi engelleme hakkını tanıyıp tanımadığı yakından incelenmelidir.³¹

III. 2911 SAYILI KANUN'UN³² ANAYASA'YA VE SÖZLEŞME'YE UYGUNLUĞU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHM içtihatlarında, devletlerin yasayla toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını idari açıdan bazı düzenlemelere tabi tutabileceği kabul edilmektedir.³³ Ancak, bu düzenlemeler hürriyetin özüne dokunmamalı, toplanma hakkının kullanılmasını ortadan kaldıracak şekilde uygulanmamalıdır.

O halde 2911 sayılı Kanun bu hakkı ortadan kaldıracak nitelikte midir? İlgili Kanun'un 9. ve 10. maddelerinde detaylı bir biçimde düzenlenen "bildirimde bulunma" şartı ve bildirim usulleri izin alma olarak yorumlanırsa hakkın özüne darbe vurulacağı açıktır.

Daha önce bahsi geçen AYM'nin Osman Erbil kararı da bunu destekler niteliktedir; "*Derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir*".³⁴

30 Karan, age, s. 47

31 Şen, Ersan, AYM Kararı Işığında Toplantı ve Gösteri Hakkı, 2015 <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1434753-aym-karari-isiginda-toplanti-ve-gosteri-hakki> (E. T. 27.06.2020)

32 Kabul Tarihi: 6.10.1983 Resmî Gazete Tarih: 8.10.1983 Sayı: 18185

33 Guide on the Case-Law of the European Convention on Human Rights, Mass Protests, 29 February 2020 https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Mass_protests_ENG.pdf (E.T. 21.08.2020)

34 Osman Erbil kararı, § 52

Öte yandan, Kanun'un 10. maddesinin birince fıkrasında yer alan, toplantı yapılabilmesini kırk sekiz saat önceden bildirim yapılması usulüne tabi kılan hükmün iptali için AYM'ne yapılan başvuru mahkemece reddedilmiştir. Mahkeme'nin konuya ilişkin değerlendirmesi şu şekildedir; *“Bildirim, toplantı veya gösterinin düzenleneceği günden önce yapılması zorunluluğu getirilmesinin kamu otoritelerinin alması gereken tedbirlere ilişkin ihtiyaçtan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu sürenin makul olması ve bireyler açısından toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlenmesini imkânsız ya da anlamsız kılmayacak şekilde belirlenmesi gereklidir. Kamu otoritelerinin alması gereken tedbirlerin mahiyeti göz önüne alındığında kırk sekiz saatlik sürenin makul olduğu ve kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin gözetildiği kanaatine varılmaktadır.”*³⁵

Ancak, Mahkeme'ye yapılan itirazda da belirtildiği gibi, bildirimle ilişkin düzenlenen detaylı şekil şartları³⁶ söz konusu hakkın kullanımını zorlaştırmaktadır. Ayrıca, ani gelişen yani bildirimde bulunulması imkansız kılınan hallerde de bildirim şartı yerine getirilmediği için toplantı istemsizce kanuna aykırı hale gelmekte ve hak kısıtlanmaktadır. Anlık gelişen toplantılar bakımından toplantı öncesinde bildirim şartı tek başına belirleyici olmamalı, toplantının barışçıl bir biçimde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ön planda tutulmalıdır.³⁷

Kanunen toplantı veya gösteri yürüyüşü hakkının izne bağlı olmadığı, barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşünün engellenmemesi gerektiği tartışmasız olsa da, kamu otoritesi, önceden herhangi bir izne bağlı olmaksızın silahsız ve saldırısız, yani barışçıl toplantı veya gösteri yürüyüşlerine müdahale edip engellemek istediğinde, “bildi-

35 AYM, İptal Davası Açanlar: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif Hamzaçebi, Engin Altay ve Muharrem İnce ile birlikte 119 Milletvekili, Esas No: 2014/101, Karar No: 2017/142, Tarih 28.09.2017

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/6f73903e-39ec-4cea-8fde-37aa2db-6c62f?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (E. T. 27.06.2020)

36 2911 Sayılı Kanun'un 9. ve 10. maddeleri; toplantının yapılmasından 48 saat önce, çalışma saatleri içinde, düzenleme kurulunun tamamının imzalayacağı bir bildirim, toplantının yapılacağı yerin valiliğine veya kaymakamlığına verilmesi gerekmektedir. Bu bildirimde toplantının amacı, toplantının yapılacağı yer, gün, başlayış ve bitiş saatleri; düzenleme kurulunun başkan ile üyelerinin açık kimlikleri, meslekleri, ikametgâhları ve varsa çalışma yerlerinin belirtilmesi gerekmektedir.

37 Oya Ataman / Türkiye, § 42

rim usulünü” kasten hatalı uygulayabilmekte ve bu sistemi bir izin sistemine dönüştürebilmektedir.³⁸ AİHM’ye göre asıl amacı hakkın etkin bir biçimde kullanılması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamak olan izin ve bildirim sistemleri, Türkiye aleyhine yapılan başvurular kapsamında geliştirilen özgün kavramla, hakkın kullanımına yönelik “gizli bir engel” (hidden obstacle) oluşturmaktadır.³⁹ Nitekim, bildirim usulüne uyulmuş olmasına rağmen, kamu düzeni ya da genel ahlakın korunması gibi gerekçelere dayanarak, 1 Mayıs ve 8 Mart yürüyüşleri gibi birçok toplantı engellenmiştir, ancak makalenin devamında bu konudaki en çarpıcı örnek olarak kabul edilen LGBT Onur Yürüyüşleri üzerinde durulacaktır.

Anayasa’da düzenlenen toplanma hakkının özüne dokunmayacak şekilde, hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılan 2911 sayılı Kanun, AİHM içtihatları ve AİHS’nin ilgili maddelerinde tanınan özgürlükleri koruyacak ve özlerine dokunmayacak şekilde yorumlanmalı ve uygulanmalıdır. Aynı şekilde 2911 sayılı Kanun’da kolluk kuvvetlerinin yetkilerini, görev ve sorumluluklarını ayrıca katılanlara uygulanacak cezai yaptırımları düzenleyen maddeler de AİHS kuralları ve AYM, AİHM içtihatları ışığında değerlendirilmelidir. Bu nedenle Kanun’un 32. maddesinde düzenlenen “*Toplantı ve Gösteri Esnasında Dağılma-makta İsrar ve Direnme Suçu*” da bu çerçevededir. İlgili maddede yer alan “direnme” suçunun oluşabilmesi için: kanuna aykırı olarak düzenlenen bir toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmış olunması, kolluk ihtarına ve zor kullanılmasına rağmen katılanların dağılma-makta ısrar etmesi aranmaktadır. İkinci fıkrada ise direnme suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir; birinci fıkrada suçun oluşması için zor kullanmaya karşı eylemsizlik yani “pasif direnme” yeterliyken, suçun nitelikli hali ancak “*ibtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde*” oluşmuş olacaktır.⁴⁰

38 Özenç, Berke, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekan Kısıtlamaları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2015, s. 105-108 (E. T. 12.08.2020)

39 Oya Ataman / Türkiye, § 38

40 Türkeli, Gözde, Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Suçu, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 94-111
<http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000723.pdf> (E.T. 29.06.2020)

Bu maddede düzenlenen suçun temel unsuru toplantıya katılmak değildir; toplantıya katılmış olmak yalnızca suçun ön şartıdır. Dolayısıyla, 32. maddede cezalandırılan eylem yetkili makamlar tarafından verilen dağılma emrine uyulmamasıdır. Öte yandan direnme suçuna sebebiyet veren “kanuna aykırı olarak düzenlenen” toplantı başladığı an itibariyle kanuna aykırı olabileceği gibi sonradan da kanuna aykırı hale gelebilecektir. Bu durumda toplantı veya yürüyüşün hukuka aykırılığı kamu otoritesinin ihtarı ile ortaya çıkacaktır. Ancak ihtarla rağmen, katılanlar dağılmamakta ısrar ederse bu eylemleri suç oluşturacaktır. Ne yazık ki uygulamada, suçun maddi unsuru yani direnme eylemi oluşmadığı halde yalnızca toplantıya katılmış olunması, yani ön şartın gerçekleşmiş olması yeterli görülerek, kolluk kuvvetleri katılanları direnme suçunu işledikleri gerekçesiyle yakalamakta ve gözaltına almaktadır. 2911 sayılı Kanun’un “Toplantı Şekil ve Şartları” başlıklı üçüncü bölümü toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin düzenlenmesini oldukça zor şartlara tabi tutmaktadır. Bu nedenle düzenlenen toplantılar çoğu kez söz konusu şartları karşılayamadığı gerekçesiyle doğrudan kanuna aykırılık oluşturmakta ve kamu düzeninin bozulmasının engellenmesi gerekçesiyle kolluk müdahalesine konu olmaktadır. Özünde kanuna aykırı olmayan, barışçıl gösteri yürüyüşleri sırasında polislin orantısız müdahalesine direnmenin suç oluşturup oluşturmadığı, hatta meşru savunma kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği de tartışılmalıdır. Zira kolluk görevlisinin müdahalesi hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilecek olsa da barışçıl bir toplantıda uygulanacak orantısız güç haksız bir saldırı olarak nitelendirilebilir ve dolayısıyla direnme suçunun oluşmasını engelleyebilecektir. Öte yandan katılanların dağılmasına elverişli şartlar ve gerekli alan olmadığı halde kolluğun ihtarına uyulmadığı gerekçesiyle zor kullanılması bilhassa Sözleşme’nin ve Anayasa’nın ruhuna aykırıdır.

Bu hususta karşımıza çıkan bir diğer sorun ise, direnme suçunun oluştuğu gerekçesiyle açılan soruşturmalarda savcıların suçun oluşup oluşmadığının tespiti için üstte sayılan şartları somut olaya uygulamamalarıdır. Zira CMK m. 170 uyarınca savcıların iddianame hazırlarken vuku bulan olayları hukuki temellere oturtmaları ve “*iddianamede, yüklenen suçu oluşturan olayları, mevcut delillerle*

ilişkilendirmeleri” gerekmektedir. Bu bağlamda, 2911 sayılı Kanun’a muhalefet edildiği gerekçesiyle açılan davalarda uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan, “ihtara rağmen”, “orantılı şekilde müdahale edilmiştir” gibi basmakalıp ifadeler iddia makamı tarafından somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğini açıkça göstermektedir.

AIHM barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşüne yönelik uygulanan ölçüsüz tedbirlerin ve bu hakkı kullananlar hakkında dava açılarak ceza yaptırımına maruz bırakılmalarını, hakkın dolaylı olarak sınırlandırılması olarak yorumlamış ve AIHS 11. maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir. Aynı şekilde AYM de Osman Erbil kararında “*barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmalar da toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebilir*” ifadelerine yer vermiştir.⁴¹

IV. KOLLUK KUVVETLERİNİN MÜDAHALE ÖLÇÜTLERİ

Yukarıda da belirtildiği üzere, toplanma özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için aranan en önemli şart toplantı veya yürüyüşün şiddet içermesi olacaktır. Ancak, bir toplantının barışçıl olup olmadığı her zaman açık değildir, toplantı veya gösteri yürüyüşünün barışçıl olup olmadığını belirlemek adına hakkı kullanmak isteyen kişilerin veya örgütlerin öncelikle niyetlerini anlamak için tutum ve söylemlerine bakmak gerekecektir.⁴² AIHM barışçıl bir toplanmaya karışan “*arzi şiddet*”⁴³ ile toplantıyı organize edenlerin istedikleri “*kasıtlı şiddet*” arasında ayırım yapmıştır.⁴⁴ Bu nedenle, toplantıya katılanların yalnızca bir kısmının şiddete teşvik eden davranışlarda bulunması toplantıyı “barışçıl” kategorisinden çıkarmaya yetmeyecektir, başka bir deyişle toplantıya müdahaleyi haklı kılmayacaktır.⁴⁵

41 Rai ve Evans v Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05 (HUDOC) [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:%22rai%20evans%20v%20united%20kingdom%22,%22itemid%22:\[%22001-96022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22fulltext%22:%22rai%20evans%20v%20united%20kingdom%22,%22itemid%22:[%22001-96022%22]}) (E. T. 27.06.2020)

42 İnce, age, s. 8

43 Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2006, s. 44 (E. T. 27.06.2020)

44 Clayton, R., Tomlinson, H., *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2000, s. 161 vd.

45 Ezelin v Fransa, Başvuru No: 11800/05 (HUDOC) [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:\[%22001-57675%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{%22itemid%22:[%22001-57675%22]}) (E. T. 27.06.2020)

Unutulmamalıdır ki insan haklarını korumak devlet bakımından iki tür yükümlülük doğurmaktadır; pozitif yükümlülük ve negatif yükümlülük.⁴⁶ Zira gerçek bir toplanma özgürlüğü yalnızca devletin müdahalede bulunmama görevinden ibaret değildir, söz konusu yükümlülüğün yalnızca negatif yükümlülük olarak anlaşılması Sözleşme'nin 11. maddesinin ruhuyla bağdaşmamaktadır. AIHM'ne göre, toplanma özgürlüğü gibi özgürlüklerin yer aldığı “temel” veya “ilk kuşak” haklar söz konusu olduğunda, devletin, yasal düzenlemeler yapmak, bu özgürlüklerin kullanılmasını kolaylaştıracak idari önlemler almak, üçüncü kişilerce bu özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelere karşı katılanları korumak gibi birtakım önlemler alması da gerekmektedir.⁴⁷

Ancak, ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olması sebebiyle temel özgürlüklerin içinde yer alan toplanma özgürlüğü mutlak bir hak değildir, yani sınırlanması mümkündür. Bu sınırlamanın belli bir rejime uyması yani milletlerarası standartlarla uyumlu olması sınırlamanın keyfiyetini engeller ve sınırlanan hakkı güvence altına alır.⁴⁸

AIHS'de ve Anayasa'da ayrıca AIHM ve AYM içtihatları çerçevesinde kolluk güçlerinin toplanma hakkına müdahalelerinin hukuki dayanağı olup olmadığını tespit etmeye yarayan şartlar mevcuttur.⁴⁹

Buna göre;

- **Müdahalenin varlığı:** AYM, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlaline dair iddiaları araştırdığında öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığını belirlemeye çalışmaktadır.⁵⁰
- **Sınırlamanın kanuniliği ve öngörülebilir olması:** AIHS'nin 11. maddesi kamu makamlarının müdahalesinin kanunen ön-

46 Öllinger v Avusturya, Başvuru No: 76900/01 (HUDOC)

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Mass_protests_TUR.pdf (E. T. 27.06.2020)

47 Sindicatul Pastorul Cel Bun v Romanya, Başvuru No: 2330/09 (HUDOC)

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-122763%22%5D%7D> (E. T. 27.06.2020)

48 Doğru, age, s. 42-50

49 Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe, 31.08.2019 (E. T. 27.06.2020)

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ENG.pdf; AYM Ali Rıza Özer ve diğ. leri kararı, § 104; AYM Fatih Taş Kararı § 50.

50 AYM, Fatih Taş Kararı § 68, B. No: 2013/1461, Tarih: 12/11/2014

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/c0ac0d15-be4a-417b-855b-6cf-15d62adcd?wordsOnly=False> (E. T. 27.06.2020)

görülebilir olmasını ve iç hukukta dayanağı olması gerektiğini düzenlemektedir (prescribed by law). Başka bir deyişle, bir yargı makamının veya idari makamın toplanma ve gösteri özgürlüğüne yaptığı müdahalenin yetkisini nereden aldığını açıkça ortaya koyabilmelidir.⁵¹ Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlükler ancak kanun ile sınırlanabilir. Bu nedenle AYM bir hakka yönelik sınırlamanın kanuni dayanaktan yoksun olması durumunda aşağıda belirtilen diğer ölçütler bakımından bir değerlendirme yapmaksızın ihlal kararı verebilmektedir.⁵²

- **Sınırlamanın meşru bir amaç taşıması:** toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ancak Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerle müdahale edilebilir. Bu sebepler sınırlı sayıdadır ve dar yorumlanmalıdır. (Anayasa madde 34/2: “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla*”; AİHS madde 11/2- “*ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla*”.) Dolayısıyla yapılan müdahalenin kanuniliği araştırıldıktan sonra sayılan sınırlı sayıdaki meşru amaçlardan birisi ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği incelenmelidir. Sayılan amaçlar soyut ve belirsiz gibi gözükse de AİHM ve AYM içtihatları ile somutlaştırılmalıdır. Bu nedenle her somut olayda hakkın sınırlanması gerektiğini savunan makamın müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleştirildiğinin ispat yükü altında olduğunun kabulü büyük önem taşımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta AİHS ve Anayasa'da yer alan “*genel ahlakın korunması*” ifadesidir. “Genel ahlaka aykırılık” hukuken tanımlanması oldukça güç bir ölçü olması sebebiyle bu konuda AİHM'de bir fikir birliği oluşmamıştır. Dolayısıyla imzacı

51 Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford 2009, s. 530 vd.

52 AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No: 2014/256, Tarih: 25/6/2014
<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d6210a91-8f0a-4a2f-bcb8-5b56407fb522?wordsOnly=False> (E. T. 27.06.2020)

devletlere sayılan diğer amaçlara nazaran çok daha geniş bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin ülkemizde keyfiyete yol açtığı görülmektedir. Bu bağlamda, örnek olarak, özellikle ülkemizde tartışma konusu olan, LGBT Onur Yürüyüşleri gösterilebilir. Zira 2911 sayılı Kanun'un düzenlediği usule göre bildirim şartı her sene yerine getirildiği halde valiliklerden söz konusu yürüyüşler için "genel ahlaki bozduğu" gerekçesiyle "izin" çıkmamakta ve karara karşı gelenlere de zor kullanılmaktadır. Söz konusu yürüyüşlerin barışçıl nitelikleri göz önüne alındığında, hukuken temellendirilmeyen, "genel huzur ve ahlakın bozulması" gibi soyut ifadelerin gerekçe olarak gösterildiği müdahalelerin AİHM içtihatlarına göre meşru bir amaç taşımadığı açıkça görülmektedir.⁵³

- **Sınırlamanın demokratik bir toplumda elzem olması**⁵⁴; AİHM bu konuda imzacı diğer devletlerin tutumlarını kıstas olarak kullanarak devletlere daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Ancak buradan, söz konusu ölçütün AİHM denetimi altında olmadığı değil, her olayın mahkemece ayrı değerlendirileceği sonucuna varılmalıdır.⁵⁵ Bu bağlamda, siyasi partileri eleştirmek, terör olaylarında hayatlarını kaybeden sivil vatandaşları anmak gibi sebeplerle yapılan yürüyüşler ifade özgürlüğüyle toplanma hakkının birebir örtüştüğü ve dolayısıyla demokratik bir toplumda sınırlanması değil teşvik edilmesi gereken eylemler olarak nitelendirilmelidir. "Demokratik bir toplumda gerekli olma" ölçütünün karşılanması için, müdahale ile ifade özgürlüğünü kullanan kişinin bu özgürlüğü arasında orantılı bir denge tutturulması şarttır.⁵⁶ Baro başkanlarının 19 Haziran 2020 tarihinde "Savunma Yürüyor" adı altında

53 Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation Or Gender Identity: Council of Europe Standards, 2011, s. 10 vd.
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047f2a6> (E. T. 27.06.2020)

54 *Vyerentsov v Ukrayna*, Başvuru No: 20372/11 (HUDOC)
<https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22EXECIdentifier%22:%5B%22004-31279%22%5D%7D> (E. T. 27.06.2020)

55 *Galstyan v Ermenistan*, Başvuru No: 26983/03 (HUDOC)
<https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/galstyan-v-armenia-2007-echr-2698603-15-november-2007> (E. T. 27.06.2020)

56 Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009

gerçekleştirdikleri eylem, kolluk güçlerinin müdahalelerinin, demokratik açıdan hiçbir gereksinim bulunmamasına rağmen, hakların kullanımını engellemeleri açısından çok çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir. Zira bağımsız yargının vazgeçilmez unsuru olan savunma makamını temsil eden Baro başkanlarının, gündemde olan yasa teklifine karşı mücadele etmek adına Ankara'ya yürümleri gösteri ve yürüyüş hakkının en temel ve doğal kullanımıdır. Gerçekleştirilen eylemin şiddet içermemesine, ahlak ve adaba uygunsuzluk teşkil etmemesine rağmen Baro başkanları kolluk güçlerinin orantısız müdahalesine maruz kalmış, Başkent'e girişleri engellenmiş, saatlerce aç ve susuz bırakılmışlardır.⁵⁷ Sınırlamanın bu anlamda meşru bir amaç taşıdığı, demokratik bir toplumda gerekli olduğu veya hukuka uygun olduğundan bahsedilmesi mümkün değildir.

Öte yandan, ülkemizde toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkına yönelik ihlallerin büyük bir çoğunluğu toplanma esnasında kolluk kuvvetleri tarafından yapılan müdahalelerin ölçsüzlüğünden kaynaklanmaktadır.⁵⁸ Türkiye'de gerçekleşen eylemlerde sıklıkla kolluğun güç kullanma yetkisini aştığı AİHM içtihatları ile sabittir.⁵⁹ Söz konusu yetki aşımı yalnızca Sözleşme'nin toplanma özgürlüğüne ilişkin 11. maddesine değil, aynı zamanda kişi güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesine, her türlü kötü muameleyi yasaklayan 3. maddesine ve yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesine aykırı olabilmektedir.⁶⁰

2911 sayılı Kanun'un 24. maddesi ve Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in⁶¹ 16. maddesi düzenlemelerine göre kolluk güçlerinin kanuna aykırı olarak nitelendirilen etkinliklere zor kullanarak müdahale etme yetkisi

57 BBC, Ankara Girişinde Durdurulan Baro Başkanlarının Bekleyişi Sürüyor, 22 Haziran 2020 <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53144089> (E. T. 27.06.2020)

58 Zabunoğlu, Gökçe H., AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; 2017 s. 630 vd. (E. T. 27.06.2020)

59 Solmaz, Eren, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" ile "Kötü Muamele Yasası" Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2018, s. 93 vd. (E. T. 27.06.2020)

60 İnce, age, s. 26

61 Resmî Gazete Tarihi: 08.08.1985 Resmî Gazete Sayı: 18836

bulunmaktadır.⁶² Ayrıca, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun⁶³ (PVSK) 16. maddesine göre “polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir”. Aynı maddenin ikinci fıkrasında direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artış gösteren bir usul benimsenmiştir; “bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştirdiğinde silah kullanılabilir”. Bu madde uyarınca kanun koyucu polis güçlerine bu aşamaları kullanmak ve direnişi kırmak için geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. Bu geniş takdir yetkisi, devlet ile bireyi karşı karşıya getiren bu hassas durumlarda hukuki dayanaktan yoksun müdahalelere sebebiyet verebilecektir.

Kolluk kuvvetlerinin orantısız güç kullandığı iddiası sıklıkla karşımıza işkence dışındaki kötü muameleler suçunun işlendiği iddiasıyla çıkmaktadır.⁶⁴ AİHM, kolluğun orantısız güç kullandığı iddia edilen, ülkemizin taraf olduğu çeşitli davalarda Sözleşme'nin işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muameleyi yasaklayan 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁶⁵ Bu ihlallere karşın kolluk güçlerinin suç oluşturabilecek fiillerinin etkin bir soruşturma ve kovuşturma ile araştırılması gerekmektedir. Soruşturmanın etkin bir biçimde yürütülebilmesi için soruşturmadan sorumlu olan ve delilleri toplayan kişilerin müdahalede bulunan kişilerden bağımsız olmaları gerekmektedir.⁶⁶ Aksi takdirde toplumda hukuk düzenine karşı duyulan güven sarsılacaktır.

SONUÇ

Ülkemizde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanımında başlıca iki sorun ortaya çıkmaktadır; barışçıl toplantıların salt izin

62 Toplantı Ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=14500&MevzuatTur=7&MevzuatTer-tip=5>

63 Kabul Tarihi: 4.7.1934 Resmi Gazete Tarih 14.7.1934 Sayı: 2751

64 Altıparmak Kerem, İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu, Toplum ve Bilim, İstanbul 2009, s. 138 vd. (E. T. 27.06.2020)

65 Güler v Türkiye, Başvuru No: 49391/99 (HUDOC) <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%22003-4951673-6065262%22>] (E. T. 27.06.2020)

Ali Güneş v Türkiye, Başvuru No: 9829/07 (HUDOC)

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22001-110262%22>] (E.T. 23.08.2020)

66 Solmaz, age, s. 94

alınmamış olması sebebiyle dağıtılması ve kolluk kuvvetlerinin müdahalelerinin milletlerarası sözleşmelerinin belirlemiş olduğu standartlara uymaması. Gerek AYM içtihatlarında, gerek AİHM'nin Türkiye adına ihlal kararı verdiği başvuruların büyük çoğunluğunda sorun mevzuat eksikliğinden ziyade idari uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, hem Anayasa'nın, hem AİHS'nin esas aldığı özgürlükçü, insan haklarını kendine temel seçmiş sistem ile ülkemizde hala benimsenen, kolluk güçlerinin takdirinin sorgulanamaz olduğu görüşü çatışma halindedir. Halbuki hukuk devleti ilkesi gereği kolluk yetkileri, özünde insan hakları kavramı bulunan çeşitli sınırlamalara ve denetimlere tabi tutulmalıdır. Yukarıda incelenen kararlarda görüldüğü üzere, Türkiye'de, ne yazık ki, günümüzde hala Devleti bireylere üstün görme anlayışı hakimdir. Türk Devletinin ve yargı organlarının temel hak ve özgürlükleri değerlendirirken taraf olduğumuz anlaşmalar ve atıf yapılan kararlar ışığında hüküm vermeleri doğru olacaktır. Aksi takdirde mutlak adaletin sağlanması mümkün gözükmemektedir.

KAYNAKÇA

- Altıparmak, Kerem; *İşkenceyi Nasıl Bilirsiniz? Türkiye'de Orantısız Güç Kullanma Sorunu*; Toplum ve Bilim; 2009
- Atay, Ender Ethem; *Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı*, Hukuk Kurultayı; 2000
- Bilgin, Ahmet Burak; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri*; DergiPark
- Brownlie, Ian; *Principles of Public International Law*; Fourth Edition; Oxford; 1990
- Çımrın, Çiğdem; *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü Bakımından Devletlerin Pozitif Yükümlülüğü*; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2017
- Clayton, R., Tomlinson, H.; *The Law of Human Rights*; Oxford University Press, 2000
- Council of Europe; *Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights*; First Edition; 31.08.2019
- Council of Europe; *Combating Discrimination on Grounds of Sexual Orientation Or Gender Identity: Council of Europe Standards*, 2011
- Doğru, Osman; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü*; Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ankara, 2006
- Eşit Haklar İçin İzleme Derneği; *Toplantı ve Gösteri Hakkı İzleme Raporu 2017*; İstanbul, 2018
- Harris, O'Boyle; Bates, Buckley; *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009
- İnce, Hüseyin; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Altında Barışçıl Gösterilerde Orantısız Güç Kullanılması*; Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2015
- Jacobs, White, Ovey; *The European Convention on Human Rights*; Oxford University Press, 2014
- Karan, Ulaş; *Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kitapları Serisi; Avrupa Konseyi, Nisan 2018
- Özenci, Berke; *Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekan Kısıtlamaları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2015
- Solmaz, Eren; "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" ile "Kötü Muamele Yasağı" Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi; Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2018
- Şen, Ersan; *AYM Kararı Işığında Toplantı ve Gösteri Hakkı*; İstanbul, 2015

- Şirin, Tolga; *Anayasa Mahkemesi'nin Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü Kararlarına Yönelik Eleştirel Bir Değerlendirme; Anayasa Yargısı*, 2015
- Tanör, Bülent; Yüzbaşıoğlu, Necmi; *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017
- Türkeli, Gözde; *Kanuna Aykırı Toplantı ve Gösteri Suçu; İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul, 2019
- Tunç, Hasan; *Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi; Anayasa Yargısı*, 2000
- Zabunoğlu, Gökçe H.; *AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*; 2017

KAHN v. FRANSA AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 3. MADDESİ BAĞLAMINDA REFAKATSİZ ÇOCUKLARIN KORUNMASININ KAPSAMI *

Arş. Gör. Emre Oğuz MERİÇ **

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamında taraf devletlere negatif yükümlülüklerle birlikte pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Bu çerçevede devletlerin, yetki alanları içerisinde bulunan savunmasız bireyleri ve savunmasız grupları koruyucu nitelikte önlemler alması gerekir. Çocuklar ve özellikle refakatsiz olanlar ise savunmasız bireyler olarak kabul edilmektedir. Üç bölümden meydana gelen çalışmada sırasıyla, Khan v. Fransa başvurusu açıklanmış, ardından Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında refakatsiz çocukların korunması ile ilgili Mahkeme içtihatları incelenmiş ve çalışma konusu karar Türk Hukuku bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: AİHS m. 3, İşkence Yasağı, Kötü Muamele, Aşağılayıcı Muamele, Pozitif Yükümlülükler, Refakatsiz Çocuk, Mülteci, Göçmen, Sığınmacı, Savunmasız Bireyler, Savunmasız Gruplar

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 21/08/2020. İlk hakem raporu tarihi: 27/11/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 14/12/2020.

** Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, eomeriç@fsm.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2102-715X.

KAHN v. FRANCE THE SCOPE OF THE PROTECTION OF UNACCOMPANIED MINORS IN THE CONTEXT OF ARTICLE 3 OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

ABSTRACT

The European Court of Human Rights imposes positive obligations as well as negative obligations on states parties within the scope of article 3 of the European Convention on Human Rights. In this context, states should take measures to protect vulnerable individuals and vulnerable groups within their jurisdiction. Children, and especially the unaccompanied ones, are considered vulnerable individuals. In the study, which consists of three parts; case of Khan v. France was explained, and then the Court's case-law on the protection of unaccompanied minors within the scope of Article 3 of the Convention was examined and the Khan's case was evaluated in the context of Turkish Law.

Keywords: ECHR Article 3, Prohibition of Torture, Inhuman Treatment, Degrading Treatment, Positive Obligations, Unaccompanied Minor, Refugee, Immigrant, Asylum Seeker, Vulnerable Individuals, Vulnerable Groups

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca işkence, insanlık dışı muamele ve ceza ile aşağılayıcı muamele ve ceza mutlak bir şekilde yasaklanmıştır ve hiçbir şartta tatbik edilemez¹. Bu hususta kanuni düzenleme yapılması dahi aksi bir yoruma izin vermez; zira yasak uluslararası hukukta *jus cogens* kabul edilmektedir².

Madde, taraf devletlere negatif yükümlülük öngörürken; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, madde kapsamında pozitif yükümlülükler de getirmektedir. Böylece taraf devletler sadece iş-

1 Harris, D. J. v.d., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ed. Hülya Dinçer, Çev. Mehves Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Ankara, Şen Matbaa, 2013, s. 71, *Soering v. Birleşik Krallık*, No: 14038/88, 7 Temmuz 1989, para. 88.

2 Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, Almanya, Avrupa Konseyi, 2002, s. 10, 29.

kence ve kötü muamele yapmamakla değil; aynı zamanda yetki alanları içerisinde bulunan kişilerin anılan muamelelere maruz kalmasını önlemekle yükümlü hale gelmişlerdir³.

Mahkeme, pozitif yükümlülüklerin kapsamını belirlerken, başvuru- rucuların savunmasızlığını özellikle dikkate almaktadır⁴. Savunmasız- lığı farklı şekillerde yorumlayan Mahkeme, kavramı başvuru- rucuların şartlarına uygun olarak kullanmaktadır⁵. Bu doğrultuda savunmasız durum⁶, savunmasız gruplar⁷, savunmasızlık duygusu⁸, savunmasız- lık⁹ gibi çeşitlenen farklı kategoriler¹⁰ altında, taraf devletler için ön-

3 A. v. Birleşik Krallık, No: 25599/94, 23 Eylül 1998, para. 22.

4 Mahkeme, “vulnerable” sıfatını kullanmaktadır. Mahkeme bu kavramı kullanarak başvuru- rucuların, içerisinde buldukları şartlardan, dahil oldukları gruplardan veya kendilerinden kaynaklanan ve onları dış tehlikelere karşı daha savunmasız kılan bir durumda buldukları- nı; dolayısıyla devletlerin korumasına diğer bireylere göre daha fazla ihtiyaç duydukları- nı vurgulamaktadır. Türk öğretisinde, Anayasa Mahkemesi kararlarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin karar çevirilerinde “vulnerable” sıfatının karşılığı olarak savunmasız, korumasız, güçsüz, kırılğan kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Korumasız, himayesiz kavramları daha çok taraf devletin korumasından mahrum kalındığına vurgu yapmaktadır. Kırılğan, kişilerin daha çok manevi yönünü, güçsüz ise özellikle kişilerin fiziksel ve ken- dilerinden kaynaklanan yetersizliklerini belirtmektedir. Savunmasız ise devlet korumasına ihtiyacı ve özellikle kişilerin içlerinde buldukları zor koşulları göstermektedir. Çalışmada, başvuru- rucuların dezavantajlı durumlarını ve içlerindeki buldukları zor şartları öne çıkardığı için savunmasız kavramı tercih edilmiştir. Güçsüz kullanımı için bkz. *Okkali v. Türkiye*, No: 52067/99, 17 Ekim 2006, para. 70 (Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı çevirisi), korumasız kullanımı için bkz. *Z.C.*, B. No: 2013/3262, 11/5/2016, para. 84, *R.K.*, B. No: 2013/6950, 20/4/2016, para. 75, savunmasız kullanımı için bkz. *Opuz v. Türkiye*, No: 33401/02, 9 Haziran 2009, para. 159 (Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı çevirisi), kırılğanlık kullanımı için bkz. Çelik, Elif, *İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Karar- larındaki Görünürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, s. 59.

5 Al Tamimi, Yussef, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, European Journal of Human Rights, 2016/5, s. 572.

6 Mahkeme, gözaltı bulunan kişilerin savunmasız bir durumda (“vulnerable position”) buldu- kları ve bu sebeple ulusal otoritelerin, gözaltındaki kişileri koruma yükümlülükleri oldu- ğu belirtilmiştir. *Salman v. Türkiye*, No: 21986/93, 27 Haziran 2000, para. 99.

7 Mahkeme, çingenelerin savunmasız bir grup (“vulnerable group”) olduğu vurgulandıktan sonra, farklı yaşam tarzlarına ve ihtiyaçlarına ayrıca önem gösterilmesi gerektiği belirtilmiş- tir. *Chapman v. Birleşik Krallık*, No: 27238/95, 18 Ocak 2001, para. 93-96.

8 Mahkeme, transseksüellerin, sosyal gerçekler ile kanun arasındaki çatışmadan kaynaklı anor- mal durumları sebebiyle, savunmasızlık duygusu/hissiyatı (“feelings of vulnerability”) tecrü- be edebileceklerine dikkat çekmiştir. *I. v. Birleşik Krallık*, No: 25680/94, 11 Temmuz 2002, para. 57.

9 Mahkeme, akıl hastası kişilerin savunmasızlığına (“vulnerability”) işaret ederek, bu kişileri savunmasız olarak kabul etmiştir. *Slimani v. Fransa*, No: 57671/00, 27 Temmuz 2004, para. 28.

10 Mahkeme ayrıca toplumdaki hangi grupların veya kişilerin savunmasız kabul edilmesi gerek- tiğine dair tutarlı kıstaslar geliştirmemiştir. Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu Savunmasız

görülen yükümlülük ve dolayısıyla başvuruculara getirilen korumanın kapsamı artırılmaktadır.

Çalışma konusu kararda başvurucu refakatsiz yabancı çocuktur (“*unaccompanied foreign minor*”) ve başvuru konusu olayların gerçekleştiği sırada Fransa’da göçmen durumundadır.

Refakatsiz çocuk¹¹, anne ve babasından ayrı düşmüş, kanunen veya örf ve adete göre korumakla yükümlü olan bir yetişkinin gözetiminde olmayan 18 yaşından küçük kişidir¹².

Göçmen ise, daha iyi yaşam şartlarına kavuşmak için bulunduğu ülkenin korumasına sahip olduğu halde diğer ülkelere giden kişiler olarak tanımlanır. Çeşitli zorunlu sebeplerle bulunduğu ülkeyi terk eden mülteciler ile mülteci statüsü elde etmek amacıyla zorunlu sebeplerle ülkesini terk ettiğini iddia eden ve diğer bir devletten koruma talep eden sığınma hakkı isteyenler¹³ de ülkelerdeki benzer yaşam şartları içerisinde bulunan yabancılardır.

Grupların Yapısal Korunması Konferansı Raporu, Haz. Michael O’Boyle, 12 Şubat 2016, s. 2, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA\(2016\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-LA(2016)003-e), (Erişim Tarihi: 17.12.2020). Mahkeme savunmasızlığın tanımını da yapmamaktadır. Al Tamimi, a.g.e., s. 563.

- 11 İnsan kaçakçıları gibi yetişkin üçüncü kişiler veya yaşlıları diğer çocuklarla diğer bir deyişle onların refakatinde seyahat eden çocukların varlığı karşısında refakatsiz (*unaccompanied*) kavramının kullanılması eleştirilmiştir. Menjívar, Cecilia, Perreira, Krista M., *Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States*, Journal Of Ethnic And Migration Studies, Volume: 45, Number: 2, 2019, s. 201, Bu doğrultuda ayrı düşmüş çocuklar (*seperated children*) kavramının kullanılması önerilmiştir. Kohli, Ravi K. S., *Social Work With Unaccompanied Asylum Seeking Children*, New York, Palgrave Macmillan, 2007, s. 4.
- 12 Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum, February 1997, s. 1, www.unhcr.org/publications/legal/3d4f91cf4/guidelines-policies-procedures-dealing-unaccompanied-children-seeking-asylum.html, (Erişim Tarihi: 1.5.2020), Benzer bir tanım için bkz. Directive 2013/33/Eu Of The European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast), Article 2/e, eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32013L0033, (Erişim Tarihi: 1.5.2020), Committee On The Rights Of The Child General Comment No. 6 (2005) Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin s. 5, <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.12.2020).
- 13 Göçmen (“*migran*” / “*immigrant*”), mülteci (“*refugee*”), sığınma hakkı isteyen (“*asylum seeker*”) kavramlarının tanımları için bkz. Töner Şen, Semir, *Uluslararası Hukuk Bakış Açısı ile Göçmen ve Mülteci Haklarına Kısa Bir Bakış*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2019, s. 142-144, Mülteci tanımı için ayrıca bkz. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme (Convention Relating to the Status of Refugees) madde 1, <https://www.unhcr.org/1951-refugee-convention.html>, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

Mahkeme kararlarında çocukları da savunmasız bireyler olarak kabul ederken¹⁴; özellikle kişisel bütünlüklerinin ihlal edilmesini engelleyici nitelikte devlet korumasından yararlanmaları gerektiğini vurgulamaktadır¹⁵. Bunun yanı sıra sığınma hakkı talep edenleri savunmasız grup olarak nitelendirmekte¹⁶, yabancı çocukların ise savunmasız durumuna dikkat çekmektedir¹⁷. Dolayısıyla çalışma konusu kararda, başvurusunun refakatsiz yabancı göçmen bir çocuk olmasından kaynaklanan savunmasızlığı ve ihtiyaçları ile buna bağlı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi bağlamında taraf devlete getirilecek yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

Üç bölümden meydana gelen çalışmanın ilk bölümünde, çalışma konusu Khan v. Fransa kararının özetine yer verilmiştir.

Takip eden bölümde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki içtihat gelişimi açıklandıktan sonra özellikle refakatsiz çocukların korunması yönünde taraf devletler için öngörülen pozitif yükümlülükler belirtilmiştir. Bu doğrultuda Mahkemenin eski tarihli kararları incelenerek; çocukları koruyucu nitelikte öngörülen çıkarımlar irdelenmiş ve çalışma konusu karar bu içtihat gelişimi bağlamında değerlendirilmiştir.

Son bölümde Anayasa Mahkemesi kararları ve ulusal mevzuat esas alınarak, karar Türk hukuku bağlamında değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde verilecek kararlarda, çocukları daha fazla koruyan ve ihtiyaçlarını gözeten kararların verilebilmesi adına önerilerde bulunulmuştur.

14 *Blokbın v. Rusya*, No: 47152/06, 23 Mart 2016, para. 199.

15 *A. v. Birleşik Krallık*, para. 22, Mahkeme çocukların savunmasız kabul edilmelerinin nedenlerini veya savunmasız kabul edilmelerinde esas alınan kısıtları belirtmemekte, sadece bu durumun sonuçlarını öngörmektedir. Ancak istisnai olarak Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika kararında çocukların, çocuk olmalarından ve kişisel tarihlerinden dolayı savunmasız olduklarını vurgulamıştır. *Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika*, No: 15297/09, 13 Aralık 2011, para. 67. Açıklandığı üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce savunmasız durum veya savunmasız grup içerisinde olanlar gibi farklı kategoriler öngörülmüş olsa da; çocuklar açıkça savunmasız olarak nitelendirilmektedir; dolayısıyla bu çalışmada da Mahkemece öngörülen bu hususun vurgulanması için savunmasız kavramı kullanılmıştır. İkinci bölümde çocukların savunmasızlığına Mahkemece bağlanan sonuçlar ve taraf devletlere getirilen yükümlülükler ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

16 *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*, No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 251.

17 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika*, No: 13178/03, 12 Ekim 2006, para. 55.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

Çalışmada incelenen karar, 12267/16 numaralı Khan v. Fransa başvurusu hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 27 Şubat 2019 tarihinde verilen karardır.

A. Olaylar ve Ulusal Yargılama Süreci

İnceleme konusu başvuru Fransa Cumhuriyetine karşı, 1 Ocak 2004 doğumlu başvuru Afgan vatandaşı Jamil Khan tarafından; Calais fundalığındaki ("*Calais beath*" / "*la lande*") kampın güney bölgesinin tahliyesinin öncesinde ve sonrasında Fransız hükümetince maruz kaldığı tutum ile refakatsiz çocuk ("*unaccompanied minor*") olması sebebiyle tahliye sırasında yaşadığı aşırı savunmasız hal gerekçe gösterilerek; 3 Mart 2016 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılmıştır.

Başvurucunun iddialarına gerekçe olarak gösterdiği, Hakların Savunucusu ("*Défenseur des droits*") isimli Fransa'da yer alan bağımsız anayasal bir kurum¹⁸ tarafından 6 Ekim 2015 tarihinde yayınlanan Yerinden edilmiş kişiler ve temel haklar: Calais bölgesindeki durum ("*Displaced persons and fundamental rights: the situation on the territory of Calais*") adlı rapora göre; Birleşik Krallık tarafından koruma isteyen birçok kişi Fransa'da bulunan Calais bölgesinde toplanmıştır. Calais yakınlarındaki Sangatte isimli yerde 1999 yılında açılan kabul merkezi 2002 yılında kapanınca, göçmenler geçici kamp alanları kurmuş ve bu alanlar "*orman*" ("*jungle*") olarak adlandırılmıştır. Hakların Savunucusu tarafından hazırlanan bahsi geçen raporda, beslenme ve sağlık koşullarındaki yetersizlik ile özellikle refakatsiz çocukların tehlikeye açık bir yaşam sürmesi sonucu; kişilerin insanlık dışı şartlara maruz kaldığı vurgulanmıştır.

Orman adlı bölgede yer alan kamp alanlarını temizlemeye yönelik ulusal otoritelerce operasyonlar yapılsa da; 2015 yılının Mart ayında, göçmenlere, yiyecek, temizlik, tuvalet, sağlık ve barınma konularında yardımcı olacak ve ulusal otoriteler tarafından görevlen-

18 Kurumun resmi internet sayfasında, "bağımsız anayasal bir otorite" olarak tanımlanmaktadır. Çocuk haklarının korunması yönünde faaliyetlerde bulunmaktadır. <https://www.defenseurdesdroits.fr/en/an-independent-institution>, (Erişim Tarihi: 3.12.2020).

dirilen bir dernek yönetiminde hareket edecek “*Jules Ferry Centre*” isimli kabul merkezi kurulmuştur. Bunun üzerine binlerce göçmen merkezin yakınlarında bulunan ve fundalık olarak adlandırılan bölgeye geçmiştir.

Pas-de-Calais Valisinin, 19 Şubat 2016 tarihinde, güvenlik, sağlık ve insan onuru temelli endişeler sonucu verdiği fundalığın güney bölümünün tahliyesi kararı, 29 Şubat 2016 ile 16 Mart 2016 tarihleri arasında icra edilip tamamlanmıştır. Fundalığın kuzey bölümü ise 2016 yılının Ekim ayı sonunda boşaltılmıştır.

Başvurucu, babasının ortadan kaybolması üzerine Birleşik Krallığa sığınmak amacıyla 2015 yılının Ağustos ayının sonunda Afganistan'dan ayrılmıştır. Eylül 2015'te Fransa'ya vardığıktan sonra Calais fundalığının güney bölgesindeki bir barakaya yerleşmiş ve *Cabane juridique* isimli hükümet dışı örgütle irtibat kurmuştur. *Cabane juridique* 19 Şubat 2016 tarihinde başvurucu adına, geçici yerleşiminin sağlanması ile sığınma başvuruları hususunda yardımcı olmak üzere vasi atanması hakkında karar verilmesi talebiyle hakime başvurmuş; aynı gün hakim vasi atanması talebini kabul etmiştir. Hakim 22 Şubat 2016 tarihinde, başvurucunun kaldığı bölgenin boşaltılacağı ve bu sebeple çok daha büyük tehlikelere maruz kalabileceğine vurgu yaparak, Birleşik Krallık'ta yaşayan aile üyelerinin yanına gidene kadar, Çocuk ve Aile Koruma Departmanı gözetiminde geçici olarak bir yere yerleştirilmesi yönünde, Fransız Medeni Muhakeme Kanununun (“*Code of Civil Procedure*”) 514. maddesi uyarınca kendiliğinden icra edilebilir nitelikte karar vermiştir.

Bahsi geçen geçici yerleşim kararı icra edilmemiş ve başvurucu 20 Mart 2016 tarihinde yasadışı yollarla İngiltere'ye ulaşmış; bunun üzerine hakim, başvurucunun kaçtığı ve kendisinden başkaca haber alınamadığı gerekçesi ile geçici yerleşim kararını kaldırmıştır.

B. Başvuru Tarihi ve AIHM'deki Süreç

Calais fundalığının güney bölümünün tahliyesi devam ederken; başvurucunun da içerisinde yer aldığı on beş refakatsiz yabancı çocuk, iki hükümet dışı organizasyonla birlikte Mahkeme İç Tüzüğü'nün 39 maddesi çerçevesinde geçici tedbir uygulanması için 2 Mart 2016

tarhinde başvuru da bulunmuşlardır. Başvuruda, tahliyenin durdurulması ile yerinden edilen göçmenlere kalacak yer sağlanması ve desteklenmeleri adına gerekli önlemlerin Taraf Devlet tarafından uygulanması talep edilmiştir. 3 Mart 2016 tarihinde ise başvuru, avukatları aracılığıyla 3. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla başvurusunu yapmıştır. Mahkeme aynı gün hükümet ve başvuruçuların temsilcilerinden daha fazla bilgi talep etmiş ve geçici tedbir hakkındaki incelemesini ertelemiştir. Tarafların cevaplarını alan Mahkeme, 9 Mart 2016 tarihinde Hükümete geçici tedbirleri bildirmeme kararı almıştır. Mahkeme, hakim tarafından verilen geçici yerleşim kararları uyarınca ilgili çocukların tespit edildikleri anda yetkili otoriteler tarafından gözetileceği ve gerekli bakımın sağlanacağına dair Taraf Devletin taahhüdü olduğu belirtmiştir.

Başvuru, 6 Eylül 2017 tarihinde Hükümete tebliğ edilmiştir. Başvuran ve Hükümet, davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında yazılı görüş bildirmişlerdir. Ayrıca dört farklı hükümet dışı organizasyondan yazılı görüşleri alınmıştır.

C. Tarafların İddiaları

1. Başvuruçunun İddiaları

Başvuruçucu, kendisi hakkında Çocuk ve Aile Koruma Departmanı gözetiminde geçici olarak bir yere yerleştirilmesi yönünde hakim kararı olmasına ve fundalığın güney bölümünün tahliyesi sırasında sığındığı baraka yıkılmasına rağmen; Pas-de-Calais otoriteleri ve Valilik tarafından barınağa alınması hususunda herhangi bir işlem yapılmadığını öne sürmüştür. Kuzey bölgesinde yer alan kabul merkezlerinin ise refakatsiz çocuklarca başvurulabilir olmadığını, dolayısıyla diğer pek çok benzer konumdaki çocukla birlikte insan sayısının çok daha fazla olması sebebiyle kötü yaşam koşullarına sahip kuzey bölgesindeki barınaklara yerleşmek zorunda kaldığını eklemiştir. Geçici yerleşim tedbirini öngören hakim kararının uygulanmaması ve refakatsiz yabancı çocukların korunması yükümlülüğünün Fransız otoritelerce yerine getirilmemesi sonucu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3, 6/1 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuru yapmıştır.

2. Devletin İddiaları

Hükümet, geçici yerleşim yerinin ayarlandığını ancak başvuru-
cu, avukatı, vasisi veya davasını takip edenler tarafından yetkililer-
le irtibata geçilmediğini ve başvurucunun nerede olduğu hakkında
bilgilendirme yapılmadığını; dolayısıyla başvuru hakkında verilen
hakim kararının icra edilemediğini iddia etmiştir. Çocuk bakım hiz-
metlerinin, başvurucunun bulunması için fundalıkta faaliyet göste-
ren dernekle iletişime geçtiğini ancak kendisine ulaşamadığını ek-
lemiştir. 22 Şubat 2016 tarihli kararın üzerinden 1 ay dahi geçmeden
Birleşik Krallık'a vardığının altını çizerek, başvurucunun en baştan
beri uzun süreli barınak ve bakım hizmetlerinden yararlanmayı değil
Birleşik Krallık'a gitmeyi istediğini belirtmiştir.

D. Mahkeme'nin Değerlendirmesi ve Kararı

Başvurucunun geçici yerleşiminin sağlanması hususunda 22 Şu-
bat 2016 tarihinde verilen hakim kararının icra edilmemesi ve bu
nedenle Calais fundalığındaki kötü yaşam şartları içerisinde birkaç
ay boyunca bulunmasına rağmen 12 yaşında çocuk olan başvurucu-
ya uygun sığınacak yerin sağlanamaması sebebiyle; Sözleşme'nin
3. maddesi uyarınca davalı Taraf Devletin pozitif yükümlülüklerini
yerine getirip getirmediğinin Mahkemece tespiti gerekmektedir.

Mahkemeye göre, taraf devletlerin, yargı yetki alanları içerisin-
deki bireylerin işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamelelere
maruz kalmalarını engelleyecek gerekli tedbirleri almaları gerekir.
Özellikle refakatsiz yabancı çocuklar, toplumdaki en savunmasız
bireylerdir; korunmaları adına Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında
taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunur.

Calais fundalığında beslenme ve sağlık koşullarındaki yetersizlik
ile özellikle refakatsiz çocukların tehlikeye açık bir yaşam sürmesi
sonucu kişiler insanlık dışı şartlara maruz kalmıştır. Lille İdare Mah-
kemesi Hakimi de 23 Kasım 2015 tarihinde verdiği kararında, teh-
like altındaki refakatsiz yabancı çocukların sayımının yapılması ve
yerleşimleri hususunda gerekli tedbirlerin alınması adına Pas-de-Ca-
lais Valisini görevlendirirken fundalıktaki kötü yaşam koşullarını
ayrıntılı bir şekilde tarif etmiştir. Bu şartlarda refakatsiz yabancı ço-

cuklar, fiziksel şiddet ve cinsel istismar tehlikesi altında kalmışlardır.

Mahkemeye göre, refakatsiz yabancı çocukların korunması ve bakımı noktasında Taraf Devletlerin pozitif yükümlülüğünün yanı sıra başvuruçunun küçük yaşından dolayı dikkat çekmesi sebebiyle; başvuruçunun geçici yerleşimi hakkında hakim kararı alınmadan önce dahi ulusal otoriteler tarafından tespit edilmesi gerekirdi. Ancak mevcut aksi durum refakatsiz yabancı çocukların tespitine yönelik uygulamaların yetersizliğini göstermektedir.

Hükümet her ne kadar başvuruçunun ihmali nedeniyle hakkında verilen geçici yerleşim kararının icra edilemediğini iddia etse de; başvuruçunun yetkili makamlara ulaşamaması, içinde bulunduğu yaşam koşulları ve ilgili kurumlara uzaklığı ile açıklanabilir. Ayrıca başvuruçunun bu noktadaki hareketsizliği, otoritelerin gerekli tedbirleri alması ve koruma sağlaması hususundaki sorumluluklarını ortadan kaldırmadığı gibi, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmelerini haklı göstermez.

Başvuruçunu, hükümet dışı örgütlerden yardım almasına rağmen; Fransız otoritelerinin koruma sağlamaması üzerine yaklaşık 6 ay boyunca fundalıkta sağlığı tehdit eden, tehlikeli ve güvensiz koşullar altında yaşamını sürdürmüştür. Calais fundalığındaki barakalarda geçirdiği süre boyunca, güvenlik, barınma, hijyen, beslenme ve sağlık açısından bir çocuk için hiç uygun olmayan şartlar altında yaşamıştır. İçerisinde bulunduğu ciddi tehlike arz eden yaşam koşullarının yanı sıra başvuruçunun hakkında verilen geçici yerleşim kararının icra edilmemesi birlikte değerlendirildiğinde; Taraf Devletin yükümlülüklerini yerine getirmediği, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali sonucunu doğuran asgari şiddet eşliğinin de aşıldığı tespit edilmiştir. Sonuç olarak Fransız otoritelerinin gerekli tedbirleri alma noktasındaki başarısızlıkları sonucu başvuruçunu aşağılayıcı muameleye maruz kalmış ve Sözleşmenin 3. maddesi ihlal edilmiştir.

Bu sebeplerle Mahkeme;

- a. Sözleşme'nin 3. maddesine göre başvuruçunun kabul edilebilir olduğuna,

- b. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine,
- c. Sözleşme'nin 8. maddesi ile 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesi açısından kabul edilebilirlik incelemesi yapılmasının gerekmediğine,
- d. Sözleşme madde 44 § 2'ye uygun olarak; davalı devletin başvurucuya kararın kesinleştiği tarihten başlamak üzere üç ay içerisinde, her türlü vergi masrafları ile birlikte, 15 000 Euro (on beş bin euro) tazminat ödemesine;
- e. Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren, ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına karar vermiştir.
- f. Başvuranın adil tazmine ilişkin diğer taleplerini reddetmiştir.
- g. Sözleşme madde 77 §§ 2. ve 3. fıkraları uyarınca, karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; 28 Mart 2019 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

II. KARARIN ÖNEMLİ KISIMLARI VE MAHKEMENİN İÇTİHAT GELİŞİMİ

Karar, 3. madde çerçevesinde taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin doğumu ve kapsamına dair özellikle savunmasız bireyler olarak kabul edilen refakatsiz yabancı çocukları temel alarak ayrıntılı çıkarımlarda bulunmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında düzenlenen işkence yasağına ilişkin içtihadını uzun zamandır geliştirmekte, ihlal meydana getiren fiillere dair şartları zamanın koşullarına göre değiştirmektedir. Çalışma konusu kararla karşılaştırılabilecek ve değerlendirilmelere ışık tutacak mahiyetteki Mahkeme'nin içtihatları tarandığında, öncelikle madde 3 kapsamında kabul edilen muamele türleri üzerinde durulmalı, sonrasında ise toplumda savunmasız durumdaki kişilere yönelik, devletin pozitif yükümlülüklerine değinilmeli ve özellikle refakatsiz yabancı çocuklar merkeze alınarak yükümlülüklerin çerçevesi belirlenmelidir.

Başvurucu, herhangi bir bildirimde bulunulmadan veya kalacak yer ve koruma sağlanmadan fundalığın güney bölgesinde bulunan barakasının yıkılması karşısında özel ve aile hayatına saygı hakkını öngören 8. maddesi ile mülkiyet hakkını öngören 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğini de iddia etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, başvurudaki asıl sorunun 3. madde kapsamında ele alınarak bir sonuca varıldığını belirterek; diğer şikayetler açısından ayrıca bir değerlendirme yapılmasının gerekli olmadığını belirtmiştir. Çalışmada bu husus üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

A. Sözleşmenin 3. Maddesi Kapsamında Değerlendirilen Muamele Türleri ile Asgari Şiddet Seviyesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre, işkence, insanlık dışı muamele ve ceza, aşağılayıcı muamele ve ceza yasaklanmıştır. Bahsi geçen her bir muamele maddenin ihlali sonucunu doğurmakla birlikte, Mahkeme içtihatlarında aranan şartlar dikkate alındığında işkence en ağır; aşağılayıcı muamele veya ceza ise en hafif ihlal kabul edilebilir¹⁹. Nitekim incelenen davranışın hangi muamelenin kapsamına gireceğinin belirlenmesinde alınan ölçütlerden biri de davranışın ağırlığıdır²⁰.

Hangi muamele türü olursa olsun, 3. madde kapsamında değerlendirilebilmesi, diğer bir deyişle yasak alanda kabul edilebilmesi belirli bir asgari şiddet seviyesine ulaşmasına bağlıdır²¹. Asgari seviyenin değerlendirilmesi ise görelidir ve başvurunun koşullarına, muamelenin mahiyetine, süresine, uygulanma şekline, fiziksel ve zihinsel etkilerine²², bazı durumlarda ise cinsiyete, yaşa, mağdurun

19 Çor, Yaşar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 75, 2008, s. 69, Haysiyet kırıcı davranışın en hafif ihlal niteliği olduğuna dair benzer yönde: Bozbayındır, Ali Emrah, *İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 145, Eylül 2018, s. 50, Mahkeme verdiği bir kararda sırasıyla işkence ve insanlık dışı ceza açısından değerlendirme yapmış, yeterli acı seviyesine ulaşılmadığı kanaatiyle son olarak aşağılayıcı cezanın söz konusu olduğu sonucuna varmış; böylece muameleler arasında bir sıra gözettiliği ortaya koymuştur. *Tyrer v. Birleşik Krallık*, No: 5856/72, 25 Nisan 1978, para. 29-35.

20 Bozbayındır, a.g.e., s. 49.

21 "De minimis" kuralı olarak da adlandırılır. Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006, s. 3.

22 Tek başına zihinsel acılar da 3. maddenin ihlalini doğurabilir. *Soering v. Birleşik Krallık*, para. 100, 108, Fiziksel acıların yanında zihinsel acıların da madde kapsamına girdiğine yönelik ayrıntılı

sağlık durumuna bağlıdır²³; dolayısıyla muamelenin şiddetini etkileyecek olayın tüm şartları değerlendirilmelidir. Ayrıca muamele veya cezanın insanlık dışı ya da aşağılayıcı olmasından bahsedebilmek için; belirli bir meşru muamele veya ceza sonucu kaçınılmaz olarak ortaya çıkan acı ve aşağılamanın ötesine geçmelidir²⁴.

Bir muamelenin, işkence niteliğinde veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı olup olmadığı kadar, asgari şiddet seviyesinin aşıp aşılmadığı günün koşulları ışığında belirlenmelidir; zira Mahkemenin sıklıkla vurguladığı üzere Sözleşme yaşayan bir enstrümandır (“*a living instrument*”)²⁵. Bu doğrultuda Mahkeme, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasında yükselen standarda uygun olarak; demokratik toplumlardaki temel değerlerin ihlallerinin değerlendirilmesinde, içerisinde bulunulan zamanı dikkate alıp muamelenin sınıflandırılmasını değiştirebileceğini vurgulamaktadır²⁶.

Çalışma konusu karara konu olayla ilgisi açısından değinmek gerekir ki, Mahkemenin muamele türü ile asgari şiddet seviyesini tespit etmek için yaptığı değerlendirmede esas aldığı önemli kıstaslardan bir diğeri de mağdurun içinde bulunduğu çaresiz durumdur²⁷. Mağdur konumunda olan kişilerin; çocuklar, cinsel saldırı veya ev içi şiddet mağdurları, engelliler ya da azınlık mensupları gibi toplumda yer alan savunmasız gruplardan birine dahil olup olmadıkları önem arz eder²⁸. Nitekim bu kişilerin muhatap oldukları muamelelerin, ulaşması gereken asgari şiddet seviyesi daha aşağı kabul edilebilir²⁹.

örnekler ve açıklamalar için bkz. Arai-Takahashi-Yokoi, Yutaka, *Kademeli Tabkir Derecesi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 3 Uyarınca Tabkir Edici Muamele veya Ceza Eşliğinin Tanımlanması*, Çev. Keyhan Çevirmenlik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’de İnsan Hakları Derleme Eserler, Ed. Birsen Erdoğan, 1. Cilt, Başkent Klişe Matbaacılık, 2008, s. 136.

23 *Ireland v. Birleşik Krallık*, No: 5310/71, 18 Ocak 1978, para. 162, *Kudka v. Polonya*, No: 30210/96, 26 Ekim 2000, para. 91.

24 *Labita v. İtalya*, No: 26772/95, 6 Nisan 2000, para. 120.

25 *Soering v. Birleşik Krallık*, para. 102, *Tyrer v. Birleşik Krallık*, para. 31.

26 *Selmouni v. Fransa*, No: 25803/94, 28 Temmuz 1999, para. 101.

27 Altıparmak, Kerem, *Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?*, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015, s. 169.

28 Mahkeme, bir grubu savunmasız kabul ederken, tarihsel olaylar, devletlerin tasarrufları, diğer uluslararası materyaller gibi çeşitli belirleyici faktörleri dikkate almaktadır. Savunmasız grupların belirlenmesindeki bu sistematik olmayan yaklaşım, grupların tespitinde ve grupları koruyucu hükümlerin belirlenmesinde Mahkemeye esnek bir saha yaratmaktadır. Baumgärtel, Moritz, *Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume: 38, Issue: 1, 2020, s. 16, 18.

29 *İbrahim Demirtaş v. Türkiye*, No: 25018/10, 28 Ekim 2014, Yargıç Sajó ve Yargıç Keller’in müşterek muhalefet şerhi para. 13.

Anlaşılacağı üzere devletlerin negatif yükümlülüğünün yanında, 3. maddenin ihlali sonucunu doğuracak muamelelerden koruyucu nitelikte önlemler alma şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunur ve özellikle savunmasız bireyler yönünden bu husus ayrı bir önem taşır³⁰. Savunmasız bireylerin veya savunmasız grupların içlerinde buldukları durum da dikkate alınarak taraf devletlere bu doğrultuda mevzuat ve politika yaratması gerekliliği vurgulanır³¹. Böylece savunmasız kabul edilen bireylere ve gruplara yönelik daha etkili önleyici tedbirler alınabilmesine ve özel bir koruma alanı yaratılmasına imkan sağlanır³².

B. Sözleşmenin 3. Maddesi Kapsamında Kötü Muameleyi Önleme Yükümlülüğü

Sözleşme metninden anlaşılacağı üzere, öngörülen hak ve yükümlülüklerin ihlal edildiği iddiasıyla başvurular ancak devlete karşı yapılabilir, aksi halde kabul edilemezlik kararı verilir³³. Ancak sadece devletler tarafından gerçekleştirilen ihlallerin incelenmesinin yeterli koruma sağlamadığı anlaşıldığında; hak ve özgürlüklerin daha etkili bir şekilde korunması adına Mahkeme içtihatları ile pozitif yükümlülükler öngörülmeye başlanmıştır³⁴. Zira sözleşme ile garanti edilen koruma kuşatıcı olmalı, devlet veya üçüncü kişilerden kaynaklananlar arasında fark olmaksızın tüm tehlikeleri kapsmalıdır³⁵. Bu amaçla Mahkemece verilen kararlarla, devletin öldürmeme, işkence yapmama, özel hayata müdahale etmeme şeklindeki negatif

30 Alt başlıklarda bu husus üzerinde ayrıntılı değerlendirmeler yapıldığından daha fazla detaya girilmemiştir.

31 Al Tamimi, a.g.e., s. 583.

32 Baumgärtel, a.g.e., s. 17, Peroni, Lourdes, Timmer, Alexandra, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume: 11, Issue: 4, October 2013, s. 1076.

33 Engle, Eric, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, *Hanse Law Review*, Volume: 5, Number: 2, 2009, s. 169.

34 Metin, Yüksel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 27, Güz 2010, s. 120, Mahkeme 3. maddenin temel önemi karşısında kapsamının ve uygulama alanının esnek tutulması gerektiğini vurgulamış ve pozitif yükümlülük öngörürken bu yorumuna da başvurmuştur: *D. v. Birleşik Krallık*, No: 30240/96, 2 Mayıs 1997, para. 49, *Pretty v. Birleşik Krallık*, No: 2346/02, 29 Nisan 2002, para. 50-51.

35 Florczak-Wątor, Monika, *The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State*, *International and Comparative Law Review*, Volume: 17, Issue: 2, s. 45.

yükümlülüklerin yanı sıra, yaşam hakkı, insan onuru ve özel hayatın korunması gibi Sözleşme ile öngörülen hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesini önleme ve bu hak ve özgürlükleri devlet dışı etkilere karşı koruma yükümlüğü ortaya çıkmıştır. Böylece devlet önlemlerine karşı korumanın yanı sıra devlet önlemleri vasıtasıyla koruma fikri öne çıkarken³⁶; Sözleşme metni ile getirilen koruma kapsamının genişletilebilmesine imkan sağlanmıştır³⁷. Nitekim Sözleşmenin yaşayan bir enstrüman olduğu ve günün koşullarına göre yorumlanması gerekliliği karşısında; sosyo-ekonomik değişikliklerden, bilimsel ve teknolojik gelişmelerden kaynaklanan yeni tehlikeler de dikkate alınarak; hak ve özgürlüklerin korunması noktasında yükselen standart yakalanmalıdır³⁸. Aynı yönde Mahkemeye göre Sözleşme, teorik veya hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti üzere vardır³⁹; başka bir ifadeyle zamanın şartlarına göre dış dünyada karşılığı olan hak ve özgürlüklerin korunması amaçlanmaktadır. Dinamik veya gelişmeci yorum olarak adlandırılan Mahkemenin tatbik ettiği bu yorum yöntemi sayesinde Sözleşme modernize edilerek günün koşullarına uygun bir şekilde amacını yerine getirebilmektedir ki özellikle yabancıların 3. madde kapsamında özel olarak korunması gerekliliğine yönelik bakış açısı da bu temelden doğmuştur⁴⁰.

Pozitif yükümlülüklerin aslında Sözleşmede yer aldığı ve ancak doğru bir yorumla ortaya çıkarılabilecekleri de söylenmiştir⁴¹. Örneğin Sözleşme'nin 8. ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, öngörülen hak ve özgürlüğün sınırlandırılma nedenleri arasında sayılarak; özellikle 3. kişilerden kaynaklanan ihlaller açısından devlete pozitif yükümlülük getirdiği kabul edilmiştir⁴². Sözleşmenin etkili başvuru hakkı öngören 13. maddesi, hakların kötüye kullanılması yasağını öngören 17 maddesi

36 Florczak-Wątor, a.g.e., s. 41.

37 Akandji-Kombe, Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Belçika, Avrupa Konseyi, 2008, s. 6.

38 Florczak-Wątor, a.g.e., s. 45.

39 *Airey v. İrlanda*, No: 6289/73, 9 Ekim 1979, para. 24.

40 Metin, a.g.e., s. 119.

41 Florczak-Wątor, a.g.e., s. 42.

42 Pozitif yükümlülüklerin kaynağını ayrıca insan onuruna ve Sözleşme'nin 1. maddesine dayandıran görüşler için bkz. Metin, a.g.e., s. 116-118.

ve bunun yanı sıra herkes ve hiç kimse öznelerini içeren tüm maddeler dahi pozitif yükümlülüklerin kaynağı olarak yorumlanmıştır⁴³. Mahkeme ise pozitif yükümlülüklerin kaynağı olarak, taraf devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan herkesin Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlüklerini güvence altına alma yükümlülüğünü öngören Sözleşmenin 1. maddesini esas almaktadır⁴⁴. Bu sayede yetki alanlarında korunan hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir ihlalden, taraf devletler sorumlu tutulabilir⁴⁵.

Mahkeme emredici bir pozitif yükümlülük tanımı yapmamakla birlikte⁴⁶, başvuru konusu hak ve özgürlüklerle ilgili olarak başvurucunun haklarının güvence altına alınması için makul ve uygun önlemler alınmasından bahsetmektedir⁴⁷. Başvurulardan birinde ortaya konan muhalefet şerhinde yapılan kısa tanıma göre, negatif yükümlülükler devletlerin ihlal edici eylemlerden kaçınmasını gerektirirken, pozitif yükümlülükler ise devletlerin koruyucu yönde harekete geçmesini ister⁴⁸. Dolayısıyla pozitif yükümlülüklerin ayırıcı özelliği, insan haklarının korunmasında devletlere aktif olma zorunluluğu getirmesidir⁴⁹.

Sözleşmenin 3. maddesi açısından ise Mahkeme, taraf devletlerin yetki alanlarındaki kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalmasını engelleyecek nitelikte önlemler almaları gerektiği sonucuna varmıştır ve kapsama üçüncü kişilerden kaynaklanan kötü muameleleri de dahil ederek 3. maddede bakımından yatay etkiyi kabul etmiştir⁵⁰. Dolayısıyla Mahkemenin öngördüğü pozitif yükümlülük, hem devlet ajanlarından hem de üçüncü kişilerden kaynaklanan kötü muamelelere karşı, kişileri

43 Pozitif yükümlülüklerin doktrinsel gerekçelendirmeleri için bkz. Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Oxford, Routledge, 2012, s. 19-22.

44 *A. v. Birleşik Krallık*, para. 22, *Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan*, No: 24760/94, 28 Ekim 1998, para. 102, *Secic v. Hırvatistan*, No: 40116/02, 31 Mayıs 2007, para. 52.

45 *Assanidze v. Georgia*, No: 71503/01, 8 Nisan 2004, para. 137.

46 Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, s. 2, Metin, a.g.e., s. 114, Akandji-Kombe, a.g.e., s. 7.

47 *López Ostra v. İspanya*, No: 16798/90, 9 Aralık 1994, para. 51.

48 *Gül v. İsviçre*, No: 23218/94, 12 Şubat 1996, Yargıç Martens'in muhalefet şerhi para. 7.

49 Xenos, a.g.e., s. 57.

50 *A. v. Birleşik Krallık*, para. 22.

koruyucu önlemler alması yönünde devletlerin somut fiiller gerçekleştirilmesini gerektirir⁵¹. Sadece üçüncü kişilerden kaynaklanan ihlallerin önlenmesi hususunda değil, farklı kaynaklardan oluşan tehditlere karşı kişilerin sağlığının korunması, temel hak ve özgürlüklerinin muhafaza edilmesi yönünde devlet aktif bir rol üstlenmelidir⁵². Taraf devletlere kötü muameleyi önleme yükümlülüğü şeklinde getirilen pozitif yükümlülükler ile Mahkeme; sistematik ve daha büyük insan hakkı sorunlarını çözebilmekte ve toplumda yer alan savunmasız bireyleri ve savunmasız grupları da daha etkin bir şekilde koruyabilmektedir⁵³.

Üçüncü kişilerden veya diğer kaynaklardan ortaya çıkabilecek ihlallere karşı devlete pozitif yükümlülükler getirilirken aynı zamanda yükümlülüğünün sınırının çizilmesi gerekir. Çağdaş devletlerde kontrolü sağlamanın zorluğu, insan davranışlarının öngörülemezliği ve kaynak yönetimine dikkat çeken Mahkeme, pozitif yükümlülüğün ulusal otoritelere imkansız veya orantısız bir yük yüklememesi gerektiğini belirtir⁵⁴. Devletlerin, üçüncü kişilerden veya diğer kaynaklardan ortaya çıkan ihlallerden her durumda sorumlu tutulması mümkün değildir⁵⁵. Bununla birlikte Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında değerlendirme yapan Mahkemeye göre, özellikle çocuklar gibi toplumda savunmasız kabul edilen bireylerin kötü muameleye maruz kaldığı veya en azından kötü muamele riski altında olduğu bilgisinin ulusal otoritelerce farkında olunması ya da farkında olunması gerektiği durumlarda yükümlülük doğar⁵⁶. Bu durumda kötü mua-

51 Mowbray, a.g.e., s. 44.

52 Metin, a.g.e., s. 121.

53 Viljanen, Jukka, *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol, Number: 62/63, s. 262.

54 *Osman v. Birleşik Krallık*, No: 23452/94, 28 Ekim 1998, para. 116, Mahkeme, aktarılan çıkarımları Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında yapmış olsa da, 3. madde açısından yapılan değerlendirmelerde Osman başvurusuna atıf yapılmakta ve benzer sonuçlara varılmaktadır. Bu hususta bkz: *Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, No: 29392/95, 10 Mayıs 2001, para. 73, Sonraki kararlarda ise Mahkeme, Osman başvurusuna atıf yapmaksızın 3. madde kapsamında değerlendirme yaparken benzer hususları ortaya koymuştur: *Đorđević v. Hırvatistan*, No: 41526/10, 24 Temmuz 2012, para. 139.

55 Florczak-Wątor, a.g.e., s. 51.

56 *E. ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, No: 33218/96, 26 Kasım 2002, para. 92, 96, 99, *Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 73.

mele riski gerçek ve yakın olmalıdır⁵⁷. Ulusal otoritelerin, kişilerin bakımı ve gözetiminden sorumlu olduğu durumlarda da yükümlülüğünün doğacağını eklemek gerekir⁵⁸. Mahkemeye göre 3. madde çerçevesinde pozitif yükümlülük açısından; ulusal otorite başarısız olmasaydı veya ihmalde bulunmasaydı kötü muamele gerçekleşmezdi çıkarımının ortaya konması önemli değildir; devletin, sonucu değiştirme veya zararı azaltmaya yönelik gerçek bir potansiyel barındıran makul ve mevcut önlemleri almaması sorumlu tutulmasına sebebiyet verir⁵⁹. Daha önce de açıklandığı üzere bu noktadan sonra ise artık kötü muamelenin varlığı ile muamelenin asgari şiddet seviyesini aşmış aşmadığı değerlendirilerek sonuca ulaşılır.

C. Kötü Muameleyi Önleme Yükümlülüğü Yolları

Kötü muamele ihtimalinde Mahkeme taraf devletlere temelde iki pozitif yükümlülük getirmektedir. Ulusal otoritelerin bildiği veya bilmesi gerektiği kötü muameleleri engellemesi ve bu doğrultuda önlemler alması ile bireylerin kötü muamele iddiaları karşısında etkili bir soruşturma yapması Mahkemece taraf devletlere getirilmiş yükümlülüklerdir⁶⁰.

Gerekli önlemlerin alınması öncelikle uygun kanunların hazırlanıp yürürlüğe konmasını ve aynı zamanda etkili bir şekilde uygulanmasını gerektirir⁶¹. Çıkarılacak kanuni düzenlemeler ise elbette Sözleşme ve Mahkeme içtihatları ile uyumlu olmalı, getirilmek istenen korumayı iç hukukta sağlayıcı nitelik arz etmelidir⁶². Hukuk sisteminin yeterli koruma sağlamadığı durumlarda devletin sorumluluğuna gidilebilecektir⁶³.

Devlet, pozitif yükümlülüğü kapsamında yasal çerçeve oluştururken kötü muamele niteliğindeki fiilleri suç olarak düzenlemesi ya da suç oluşturan bir muamele hakkında etkili bir soruşturma yapması

57 *Đorđević v. Hırvatistan*, para. 139.

58 *Reidy*, a.g.e., s. 56.

59 *E. ve diğ. v. Birleşik Krallık*, para. 99.

60 *M. ve M. v. Hırvatistan*, No: 10161/13, 3 Eylül 2015, para. 136.

61 *Florczak-Wątor*, a.g.e., s. 51.

62 Şenol, Cem, *AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi*, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, 2012, s. 282.

63 *Mahmut Kaya. v. Türkiye*, No: 22535/93, 28 Mart 2000, para. 115.

kadar; risk altında olan kişilere de ulaşmalıdır. Gerekliğinde kötü muameleye maruz kaldığı veya kalacağı tehlikesi ortaya çıkan kişilerin buldukları ortamdaki alınması gibi fiziksel müdahaleler yapması da gerekebilir⁶⁴ ki özellikle çalışma konusu karara konu refakatsiz çocukların korunması hususunda bahsi geçen müdahaleler oldukça önemlidir.

D. Refakatsiz Çocukların Korunması Yönünde Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Mahkeme, çocuklar ve diğer savunmasız bireylerin Devlet koruması altında olduklarını, kişisel bütünlüklerinin ihlal edilmesine karşı caydırıcı ve etkili koruma sağlayan önlemler alınması gerektiğini vurgular⁶⁵.

Mahkeme, çocuklara yönelik koruma sahasını geniş tutarken, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19. ve 37. maddelerine de atıf yapar⁶⁶. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin giriş bölümünde, çocukların, fiziksel ve zihinsel açıdan gelişmemiş oldukları ve dünya üzerindeki tüm ülkelerde zor koşullarda yaşadıkları dikkate alınarak; doğdukları andan itibaren uygun yasal koruma da dahil özel güvenlik önlemleri ve bakıma ihtiyaç duydukları ifade edilir⁶⁷. Mahkemenin atıf yaptığı 19. ve 37. maddelerinde ise sırasıyla, zihinsel ve fiziksel her türlü şiddete karşı çocukları koruyucu uygun yasal, idari, sosyal ve eğitsel önlemler almaları hususunda devlete pozitif yükümlülük öngörülür ve çocuklara karşı işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele yasaklanırken, insan olmasından kaynaklanan onuruna uygun davranılması gerekliliği belirtilir⁶⁸.

Çocuklara karşı kötü muamele hallerinde de Mahkeme öncelikle asgari şiddet eşliğini araştırır⁶⁹. Eşiğin aşıldığı sonucuna vardığında ise pozitif yükümlülüğün doğması noktasında; ulusal otoritelerin bu

64 Mowbray, a.g.e., s. 45-46.

65 *A. v. Birleşik Krallık*, para. 22, *Opuz v. Türkiye*, para. 159, *Đorđević v. Hırvatistan*, para. 138.

66 *A. v. Birleşik Krallık*, para. 22.

67 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (Erişim Tarihi: 27.4.2020).

68 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (Erişim Tarihi: 27.4.2020).

69 *Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 73.

durumu bildiği veya bilmesi gerektiği kriterini temel alarak sonuca ulaşır⁷⁰. Örneğin ebeveynlerinin ihmali sonucu uzun süre boyunca fiziksel ve psikolojik acıya maruz kalan çocuklar hakkında bilgi sahibi olan ulusal otoritelerin gerekli önlemleri almamasını, ulusal hukuk sisteminin uygulanmasındaki başarısızlık olarak gören Mahkeme 3. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷¹. Aksi durumda ise diğer bir deyişle ulusal otoritelerin kötü muamele hakkında bilgisi olmadığı veya kötü muameleyi bilmesi gerekmediği hallerde; 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır⁷².

Refakatsiz çocukların kötü yaşam koşulları içerisinde kaldığı ve bu sebeple Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında değerlendirme yapıldığı iki Mahkeme kararı öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga başvurusudur⁷³.

Her ikisi de Kongolu başvuruçular sırasıyla anne ve olayların gerçekleştiği tarihte 5 yaşında olan kızıdır. İlk başvuruçucu anne, Kanada'ya ulaşmış ve mülteci statüsü alarak daimi ikamet iznine sahip olmuştur. İlk başvuruçucu, Hollanda'da yaşayan ve Hollanda vatandaşı olan erkek kardeşi K.'den; o sırada Kongo Demokratik Cumhuriyeti'nde büyükannesinin bakımında olan ikinci başvuruçucu kızını, yanına Kanada'ya getirmesini istemiştir. Yeğeni ikinci başvuruçucuyla Belçika'ya varan K., gerekli belgeleri sağlayamadığı için ikinci başvuruçucu transit merkezine alınmıştır. 3. madde kapsamında Mahkemece tartışılan hususlar; ilk başvuruçunun yanına ulaşana kadar ikinci başvuruçunun; yasadışı yetişkin göçmenlere tahsis edilmiş transit merkezinde yaklaşık 2 ay kalması ve Kanada'ya ulaştırılmadan önce Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne geri götürülmesi sırasında içinde bulunduğu koşullar ve gördüğü muamelelerdir.⁷⁴

Mahkeme 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşırken yaptığı çıkarımlara göre; ikinci başvuruçucu 5 yaşında ve refakatsiz olmasına rağmen, yetişkinlerle eşit koşullarda tutulmuş ve kendisine danışmanlık yapacak ve eğitiminde yardımcı olacak bir uzmandan

70 E. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 92.

71 Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, para. 74.

72 D.P. and J.C. v. The United Kingdom, No: 38719/97, 10 Ekim 2002, para. 110-114.

73 Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika, No: 13178/03, 12 Ekim 2006.

74 Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika, para. 1, 8-37, 42-49.

yararlandırılmamıştır. Tutulduğu yerin kendisine uygun olmadığı hususunda ulusal otoriteler bilgilendirilmesine rağmen süreç iki ay devam etmiştir. Mahkemenin vurguladığı üzere 5 yaşında olan başvuru tamamen yetişkinlere muhtaçtır ve tutulduğu yerde kendisine sunulan bakım, uygun olmaktan çok uzaktır. Yabancı bir ülkede yasadışı göçmen statüsü altında oldukça savunmasız durumdadır. İçinde bulunduğu şartlar başvuru dikkate değer bir sıkıntı içine sokmuştur. Sonuç olarak başvuru tutulma şartları Mahkemece insanlık dışı muamele kapsamında kabul edilmiştir. Başvurucunun sınır dışı edilmesi sürecinde de uygun hazırlık, gözetim ve güvencelerin sağlanmadığı sebebiyle de aynı sonuca ulaşılmıştır.⁷⁵

Mahkeme kararında, 3. madde kapsamında devlete pozitif yükümlülük öngörürken; ikinci başvuru iki niteliğine dikkat çekmiş ve bu nitelikleri sebebiyle toplumda oldukça savunmasız gruplar arasında yer aldığını kabul etmiştir⁷⁶. Bahsi geçen nitelikler başvuru hem çocuk hem de yasadışı göçmen statüsünde olmasıdır. Ancak dikkate değer husus başvuru çocuk olmasından ötürü savunmasız olmasına, onun yasadışı göçmen statüsünden kaynaklanan savunmasızlığına nazaran üstünlük tanınması ve belirleyici faktör olarak kabul edilmesidir⁷⁷. Başka bir deyişle Mahkeme başvuru çocuk olmasından kaynaklanan ihtiyaçlarına daha fazla önem vererek, sadece bu yönden yaptığı değerlendirme ile ihlal kararına ulaşmıştır. Ayrıca sadece çocuk olmasına değil 5 yaşında olmasına vurgu yapmış ve yükümlülüklerin kapsamını başvuru yaşına göre tayin etmiştir.

Sonuç olarak başvuru içerisinde bulunduğu şartlardan ulusal otoritelerin haberdar olmasına rağmen gerekli önlemlerin alınmaması; ihlal sonucunu doğurmuştur. Mahkemenin kararı, savunmasız durumda olan çocuklara verdiği koşulsuz destek sebebiyle büyük önem taşımaktadır⁷⁸.

75 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika*, para. 50-59, 66-71.

76 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika*, para. 55.

77 *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika*, para. 55.

78 Boeles, Pieter, Bruins, Marianne, *Case Reports of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee*, *European Journal of Migration and Law*, Volume: 9, Number: 2, 2007, s. 261.

Karar, Nsona başvurusunda⁷⁹ verilen daha eski tarihli kararlar karşılaştırıldığında; Mahkemenin, çocukların ihtiyaçlarının gözetilmesi ve korunmaları hususunda daha geniş çapta pozitif yükümlülükler getirdiği, bu doğrultuda içtihadını çocukları koruyucu yönde geliştirdiği söylenebilir. Nsona başvurusunda da başvuruculardan Francine Nsona, Zaire⁸⁰ vatandaşıdır; olayların gerçekleştiği zaman 9 yaşındadır ve refakatsiz olarak Hollanda'dan Zaire'ye dönmüştür⁸¹. Ancak başvurucunun tek başına yaptığı seyahati ve başvurucuya etkilerini değerlendiren Mahkeme, her ne kadar aynı yaşta olmasalar dahi Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga başvurusundaki çocuğun yüksek yararını gözeterek çıkarımlarına benzer yorumlarda bulunmuştur. Daha çok sınır dışı edilen kişilerin, gönderilecekleri ülkede görecektikleri kötü muamele riski açısından değerlendirme yapmış⁸², başvurucunun 9 yaşında olmasından kaynaklanan ihtiyaçları ve yolculukta karşılaşılabileceği riskleri, maruz kalabileceği zihinsel acıları ayrıntılı bir şekilde değerlendirmemiştir⁸³. Yabancı veya çocuk olmasından kaynaklanan savunmasızlığına da değinmemiştir. Başvurucunun seyahatinin acı verici bir deneyim olması gerektiğini belirtse de asgari şiddet seviyesinin aşılmadığı, hükümetin ise üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiği kanaatiyle ihlal olmadığı sonucuna ulaşmıştır⁸⁴.

Üzerinde durulması gereken diğer karar ise Rahimi başvurusu⁸⁵ hakkında verilmiştir. Başvurucu Afgan uyruklu, başvuruya konu olayların yaşandığı zamanda 15 yaşında bir çocuktur. Ebeveynlerinin Afganistan'da bir çatışmada ölmeleri üzerine ülkesini terk ederek Yunanistan'ın Lesbos adasına gelmiştir. Burada yakalanan başvurucu Pagani Gözaltı Merkezi'ne yerleştirilmiştir. İki gün merkezde

79 *Nsona v. The Netherlands*, No: 23366/94 28 Kasım 1996.

80 Olayların gerçekleştiği tarihte Zaire olan devlet, günümüzde Kongo Demokratik Cumhuriyeti adını taşımaktadır. Diğer bir deyişle başvurucu, Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga başvurusundaki başvurucu gibi Kongolu'dur.

81 *Nsona v. The Netherlands*, para. 6, 87.

82 *Nsona v. The Netherlands*, para. 92, 100.

83 Nykanen, a.g.e., s. 340-341, Başvurucunun yaşı, kendisi ile ilgilenebilecek kişilerden ayrılmış olması, Zaire'ye döndükten sonra göçmen bürosuna yerleştirilmesi birlikte değerlendirildiğine, 3. madde kapsamında yasaklanan muamele türünün mevzu bahis olduğunun kabul edilebileceği yönünde bkz. Kilkelly, a.g.e., s. 648.

84 *Nsona v. The Netherlands*, para. 99-103.

85 *Rahimi v. Yunanistan*, No: 8687/08, 5 Nisan 2011.

tutulduktan sonra herhangi konaklayacak yer veya ulaşım aracı sağlanmaksızın serbest bırakılmıştır. Başvurucu Athina'ya refakatsiz olarak gelmiş ve birkaç gün evsiz kaldıktan sonra hükümet dışı organizasyonların yardımıyla bir otele yerleştirilmiştir.⁸⁶

Başvurucu sadece iki gün Pagani Gözaltı Merkezi'nde tutulmasına rağmen Mahkeme, merkezin çok kötü yaşam şartları ile başvurunun savunmasız durumunu birlikte nazara alarak, insan onuruna yaptığı atıfla tutulma şartlarını aşağılayıcı muamele olarak yorumlamıştır. Başvurucunun serbest bırakılmasından sonrasındaki zaman dilimi açısından ise Mahkeme öncelikle başvurunun refakatsiz olup olmadığını değerlendirmiştir; zira bu hususu, taraf devletin pozitif yükümlülüğünü belirleyici bir etken niteliğinde görmektedir. Ancak başvuru ile taraf devletin iddiaları uyuşmadığı için, ulusal otoriteler ile diğer güvenilir kaynaklara başvurarak makul şüphenin ötesinde bir ispat derecesine ulaşma kıstasını devreye sokmuştur. Hükümet dışı organizasyonlardan aldığı bilgiler doğrultusunda yakın bir akrabası tarafından başvurucuya refakat edilmediği sonucuna varmıştır. Serbest kaldıktan sonra refakatsiz olan ve tek başına kalan başvurucuda, hükümet dışı organizasyonlara ulaştığında aşırı zayıflık, karanlık korkusu gibi fiziksel ve psikolojik belirtilere rastlanması karşısında taraf devletin gözetim ve bakım yükümlülüğünü yerine getirmediği ve 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.⁸⁷

Mahkeme, Rahimi başvurusu kararında da yabancı bir ülkede yasadışı göçmen olarak bulunan refakatsiz çocuğun savunmasızlığına vurgu yaparak bu hususun belirleyici olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun serbest bırakıldıktan sonraki yaşam koşullarına dair herhangi bir düzenleme olmaması ile ulusal hukuka göre vasi atanması gerektiği halde aksi tutum sergilenmesi; yasal çerçevenin ve ulusal politikaların eksikliği olarak yorumlanmıştır.⁸⁸

86 *Rabimi v. Yunanistan*, press release, s. 1-2.

87 *Rabimi v. Yunanistan*, press release, s. 3-5.

88 *Rabimi v. Yunanistan*, para. 87, 88, 91, Slingenberg, Lieneke, *The Right Not to be Dominated: The Case Law of the European Court of Human Rights on Migrants' Destitution*, Human Rights Law Review, Volume: 19, Issue: 2, 2019, s. 304-305.

E. Değerlendirme

Çalışma konusu başvuru, refakatsiz bir çocuk olan başvurucunun içerisinde bulunduğu kötü yaşam şartları sebebiyle doğan pozitif yükümlülüklerin taraf devlet tarafından yerine getirilememesine ilişkindir.

Mahkeme, 3. madde kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünü değerlendirdiği ve başvurucuların çocuk olduğu diğer kararlarındaki benzer çıkarımları yapmıştır. Bu doğrultuda 1. madde ışığında taraf devletlerin, yetki alanlarındaki kişileri koruma yükümlülüğü ile toplumdaki savunmasız bireylerden olan çocuklara yönelik ulusal otoritelerce bilinen veya bilinmesi gereken kötü muamelelere karşı etkili koruma ve makul önlemlerin alınması gerekliliğine değinmiştir. Ayrıca Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga başvurusundakine benzer yönde, başvurucunun yabancı bir çocuk olmasından ötürü aşırı savunmasız durumunu kararın belirleyici faktörü olarak göstermiştir.⁸⁹

Mahkeme başvuru konusu olayları değerlendirdiğinde ise taraf devletin pozitif yükümlülüklerinin doğumunu ve kapsamını oldukça geniş yorumlamayı tercih etmiştir. Başvurucunun, *Cabane Juridique* adlı bir hükümet dışı organizasyon aracılığıyla barınma ve vasi atanması talebiyle yaptığı başvuru, hakim tarafından kabul edilmesine rağmen Mahkeme taraf devletin yükümlülüklerini yerine getirme noktasındaki yeterliliğini sorgulamıştır. Zira Mahkemece vurgulandığı üzere başvurucu yaşından dolayı kolaylıkla fark edilebilecek bir çocukken ve hakime başvurmadan önce birkaç ay boyunca fundalıkta kalmasına rağmen, onun barınması ve diğer ihtiyaçlarının giderilmesine yönelik fiiliyatta bulunulmamış, başvurucunun tespiti dahi yapılmamıştır. Mahkeme fundalıkta bulunan refakatsiz yabancı çocukların, kendilerine önerilen bakım ve koruma önlemlerine her zaman uymadıkları gerçeğini kabul etse de bu kayıtsızlığın hiçbir şartta ulusal otoritelerin hareketsizliğini haklı kılmayacağını vurgulayarak görüşünü kuvvetlendirmiştir.⁹⁰

Refakatiz çocuklarla ilgili verilen ve yukarıda değinilen diğer iki başvurudan farklı olarak başvurucu, ulusal otoritelerin kontrolünde-

89 *Kban v. Fransa*, No: 12267/16, 28 Şubat 2019, para. 73-74.

90 *Kban v. Fransa*, para. 29-31, 88, 90.

ki herhangi bir merkeze veya kuruma yerleştirilmemiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında yapılacak bir değerlendirmede, kişilerin gözetim altında bulunması veya sığınma başvurusu sebebiyle gözetim altına alınmaları gibi özellikle ulusal otoritelerin kontrolünde oldukları durumlarda devlet, insan hakkı ihlallerinin önlenmesi adına gerekli önlemler almalı ve etkili hukuki sistemi kurmalıdır⁹¹. Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga ile Rahimi başvurularında başvuru çocuklar, ulusal otoritelerin denetimi altındaki gözetim kurumlarında tutulmuşlardır ki Mahkeme de bu hususu vurgulayarak devletin pozitif yükümlülüğünü belirlemiştir. Çalışma konusu başvuruda ise değinildiği üzere başvuru, herhangi bir merkeze yerleşmediği gibi Mahkeme de pozitif yükümlülüğün ortaya çıkması için başvuru devlete ait bir kuruma yerleşmesini ve bunun yanı sıra yerleşmek için başvurmasını dahi aramamıştır. Mahkeme, devletin, birkaç ay boyunca kötü yaşam şartları altında olmasına rağmen başvuru çocuğu tespit etmemesini ve bu hususta gerekli önlemleri almamasını pozitif yükümlülüklerin ve dolayısıyla 3. maddenin ihlali olarak yorumlayarak koruma sahasını genişletmiştir.

Anlaşılabileceği üzere çocukların üstün yararının gözetilmesi gerekliliği karşısında Mahkeme, ulusal otoritelerin kötü muamele riskini somut olarak bildikleri veya bilmeleri gerektiği anda harekete geçmelerini beklemektedir. Bunun da ötesinde mağdur çocuklar önlemlerin uygulanmasına kayıtsız kalsa dahi sorumluluğu yine taraf devlete yüklemektedir. Böylece refakatsiz çocuklarla ilgili diğer kararlara nazaran devletin pozitif yükümlülüklerinin başlangıcı ve özellikle kapsamına dair daha koruyucu çıkarımlarda bulunmuştur.

Mahkeme her ne kadar pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden taraf devleti sorumlu tutsa da kararda dikkat çeken hususlardan biri de başvuru devletin hareketlerindeki belirsizliğe (“*ambiguity of the applicant’s conduct*”) ve ulusal otoritelerin yükümlülüklerinin zorluğuna yapılan vurgudur⁹². Böylece taraf devlet tarafından öne sürülen, başvuru devletin bakım ve gözetiminin sağlanacağı uygun bir yere yerleştirilmesi kararının yerine getirilmesi için

91 Xenos, a.g.e., s. 142-143.

92 Khan v. Fransa, para. 91.

ulusal otoritelerce gerekli çalışmaların yapıldığı iddiası kısmen de olsa kabul edilmiştir. Bunun da ötesinde Mahkemece, taraf devletin gerekçelerini aynen kabul eder nitelikte, başvuru esas amacının barınmak değil; İngiltere'ye gitmek olduğu vurgulanmıştır. Verilen ihlal kararının gerekçesinin tamamı ve başvuru içerisinde bulunduğu durum dikkate alındığında; bahsi geçen kabul, kararın geri kalanıyla tutarsız bir nitelik kazanmaktadır. Nitekim Mahkeme, yukarıda aktarıldığı üzere refakatsiz çocuklar, devlete ait bir kuruma yerleşmek amacıyla başvurmasalar veya başvuru sonrasında hareket-siz kalsalar dahi onların bakım ve gözetimi için taraf devletlerin harekete geçmesini aramaktadır. Gerekçenin diğer kısımları da benzer çıkarımlarla yükümlülüğü tamamen ulusal otoritelere atfetmektedir. Ayrıca Hakların Savunucusu (*"Défenseur des droits"*) tarafından hazırlanan rapora göre, yerel idari bir otorite olan *"Conseil général"* tarafından fundalıktaki çocuklarla iletişim kurulması için yapılan çalışmalar; çevirmen olmadan ve az eğitilmiş kişilerce yürütülmüştür⁹³. Mahkeme de diğer çıkarımları ile uyumlu ve isabetle başvuru kişinin yaşının yanı sıra Fransızca bilgisinin yetersizliğini gerekçesine eklemiştir. Başvuru içerisinde bulunduğu şartlara dair diğer bir husus ise fundalıkta yer alan çocukların kendi hayatlarını tehlikeye düşürecek yasadışı yolculukları göze almak zorunda kalmalarıdır⁹⁴. Hal böyleyken taraf devlet tarafından öne sürülen ve Mahkemece kabul edilen, başvuru kişinin yerleşmekten ziyade seyahat amaçlı hareket ettiği çıkarımı fundalıktaki koşullarla uyuşmadığı gibi çocuğu koruyucu bir bakış açısını da yansıtmamaktadır. Zira yerine getirilmeyen 22 Şubat 2016 tarihli kararda hakim, başvuru kişinin Birleşik Krallık'ta bulunan aile üyeleriyle bir araya getirilmek üzere güvenli bir yere yerleştirilmesine karar vermişken; başvuru kişinin yaşamını tehlikeye sokabilecek bir yolcuğu göze alması onun başka çaresi kalmadığını gösterir niteliktedir. Kararın içeriğinin ayrıntılı bir şekilde başvurucuya ulaşmadığı düşünülse dahi; başvuru kişinin güvenli ve sağlıklı bir yaşam alanına ulaşmayı öncelikle tercih edeceği aşkar-

93 *Khan v. Fransa*, para. 16.

94 Çalışma konusu Khan başvurusuna konu Calais fundalığındaki durum hakkında Kızıl Haç tarafından hazırlanan çalışmada; fundalıkta bulunan çocukların yaklaşık yüzde doksanının refakatsiz olduğu, birçoğunun Birleşik Krallığa geçmek için oldukça tehlikeli yolculukları defalarca denediği belirtilmiştir. Busler, Debbie, *British Red Cross response to young migrants in Calais, France*, International Review of the Red Cross, 99 (1), 2017, s. 44.

dır. Bunun da ötesinde başvuruçunun esasen seyahati amaçladığı ve tehlikeyi göze aldığı ve dolayısıyla davranışlarının tutarsız olduğu kabul edilse dahi; bir çocuğun bakım ve gözetimi hususunda taraf devletin pozitif yükümlülüğü azalmayacaktır. Nitekim Mahkemenin hem daha önceki benzer kararlarında hem de incelenen kararda belirttiği üzere; çocuğun içerisinde bulunduğu şartlar kadar yaşından ve gelişim düzeyinden kaynaklanan yetersizlikleri ve ihtiyaçları da her bir somut olayda dikkate alınacak ve her zaman çocuğun yüksek yararı gözetilecektir. Çocuk, içerisinde bulunduğu şartlardan, bilgi ve tecrübe düzeyinden veya yaşından kaynaklanan ve onu zararlı sonuçlara götüren seçimler yapsa da korunması esas olduğu için; onun belirli şekillerde harekete geçmesini beklemek ve böylece taraf devletin yükümlülüğünü hafifletmek çocukların gözetimi noktasındaki temel anlayışa aykırı olacaktır. Sonuç olarak Mahkemenin anılan çıkarımları, her ne kadar karardaki sonucu değiştirmese de; gerekçenin diğer kısımlarıyla uyumsuz olduğu gibi, çocukların korunması bakımından gelişen içtihadı sekteye uğratacak mahiyettedir.

Kararda farklı nitelikte kabul edilebilecek dikkat çeken hususlardan bir diğeri de; dört farklı hükümet dışı organizasyonun görüşlerinden yararlanılmasıdır. Her ne kadar hükümet, başvuruçunun fundalıktaki varlığına ve ulusal otoritelerden herhangi bir yardım almadığına dair herhangi bir itirazda bulunmasa da⁹⁵; fundalıktaki yaşam şartlarının ve özellikle refakatsiz çocuklara karşı ortaya çıkan zararlar veya risklerin tespit edilmesi noktasında bu görüşler önem arz etmektedir. Nitekim Rahimi başvurusunda başvuruçunun refakatsiz olup olmadığı dahi hükümet ve başvuruçunun arasında uyumsuzluk konusu olmuş ve ispatı gerekmiştir. Elbette böyle bir yararlanma, olayın gerçekleştiği yerdeki hükümet dışı organizasyonların sayısına ve olaya vakıf olmalarına bağlıdır; dolayısıyla her kararda birden fazla organizasyondan faydalanmak mümkün olmayabilir. Ancak önem arz eden Mahkemenin Khan başvurusunda, dört farklı hükümet dışı organizasyondan yararlanarak ispat sorununu kolaylıkla aşmasıdır.

Sonuç olarak refakatsiz çocuklarla ilgili bir üst başlıkta değinilen iki karar ile çalışma konusu karardan anlaşılacağı üzere; pozitif yü-

95 *Khan v. Fransa*, para. 77, 79.

kümlülüklerin ortaya çıkarılmasında olduğu gibi Mahkeme, yaşayan bir enstrüman olarak gördüğü Sözleşmeyi yorumlayarak; çocuklara nasıl muamele edilmesi gerektiği noktasında değişen şartlara uygun standartlar belirlemektedir⁹⁶. Bunun da ötesinde, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne ve Birleşmiş Milletler nezdinde ortaya konan diğer çalışmalar ışığında, çocukları ilgilendiren her hususta çocuğun yüksek yararını gözetmesi, dolayısıyla standardı düşürmeyecek aksine her duruma göre çocuğun hak ve özgürlüklerini koruyucu etkili önlemler öngörmesi ve içtihatlarını bu yönde geliştirmesi daha etkin bir koruma sahası yaratacaktır⁹⁷.

III. KARARIN TÜRK HUKUKU BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Anayasa madde 17 uyarınca kötü muamele kapsamına alınanlar; işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muameledir.

Anayasa Mahkemesi kötü muamele iddiasını incelerken, ceza hukuku sorumluluğu ile Anayasa ve uluslararası hukuktan doğan sorumluluğun belirlenmesini ayırmakta; değerlendirmenin kaynağı olarak ise Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmenin taraf olunan protokollerini göstermektedir⁹⁸. Anayasa madde 17 ile öngörülen kötü muamele türlerini, Sözleşmede belirtilen muamele türlerinin muadili olarak gören Anayasa Mahkemesi, değerlendirmesinde AIHM gibi belirli bir ağırlık derecesine ulaşılmasını ararken, muamelenin fiziksel ve ruhsal etkilerini esas almaktadır⁹⁹.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete pozitif yükümlülük öngörmekte; kamusal makamlardan ve üçüncü kişilerden kaynaklanabilecek kötü muamele risklerine karşı yetki alanında bulunan tüm bireyleri devletin koruma yükümlülüğü

96 Nykanen, Eeva, *Protecting Children? The European Convention on Human Rights and Child Asylum Seekers*, European Journal of Migration and Law, Volume: 3, Issues: 3 and 4, 2001, s. 335.

97 Kilkelly, Ursula, *Nsona v. the Netherlands The Treatment of Minors and the European Convention on Human Rights*, International Journal of Refugee Law, Volume: 8, Number: 4, 1996, s. 648.

98 Bireysel Başvuru: *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, para. 96.

99 Bireysel Başvuru: *İşıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, para. 35.

olduğunu belirtmektedir¹⁰⁰. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelere atıf yapan Mahkeme, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir¹⁰¹. Mahkeme, özellikle çocuklar gibi toplumdaki savunmasız bireylere karşı etkili hukuki ve fiili önlemler alınması; bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde kötü muameleyi önlemek için makul fiillerde bulunulması hususlarında devlete yükümlülük getirerek AIHM kararlarında öngörülen yükümlülükleri ve koşulları aynen kabul etmektedir¹⁰². Anayasa Mahkemesi hukuki ve fiili olmak üzere yükümlülüğün temelde iki yönünün olduğunu vurgulamaktadır. Bunlar kötü muameleye karşı koruyucu nitelikte mevzuatın meydana getirilmesi ile önleyici idari tedbirlerin alınmasıdır¹⁰³. Mahkemece yapılan diğer bir ayrıma göre ise, devletin hem önleyici yükümlülüğü hem de soruşturma yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰⁴.

Anlaşılabacağı üzere Anayasa Mahkemesi, çocukların kötü muameleye muhatap olması karşısında devlete getirilen pozitif yükümlülüklerle ilgili AIHM tarafından ortaya konulan çıkarımları kabul etmektedir. Bu doğrultuda çocukların devlet dışı kaynaklardan kötü muameleye maruz kalmaları sebebiyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünü değerlendirdiği kararları bulunmakla birlikte¹⁰⁵, refakatsiz yabancı çocuklarla ilgili verilmiş bir kararına rastlanmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin refakatsiz yabancı çocuklarla ilgili halihazırda verilmiş bir kararı olmasa da yakın gelecekte bu hususta başvuruların yapılması ihtimal dahilindedir. Zira yasadışı bir şekilde ülkeye giriş yapan düzensiz göçmen ve mülteci sayısı Türkiye'nin bulunduğu coğrafya sebebiyle yüksekken¹⁰⁶; Suriye'deki iç savaş se-

100 Bireysel Başvuru: *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, para. 51.

101 Bireysel Başvuru: *Z.C.*, para. 58-59.

102 *Z.C.*, para. 84, Bireysel Başvuru: *R.K.*, para. 75.

103 Bireysel Başvuru: *R.Y.*, B. No: 2015/19588, 28/5/2019, para. 27.

104 *R.Y.*, para. 36.

105 *Z.C.*, para. 56-105, *R.Y.*, para. 41-49.

106 Atasü Topçuoğlu, Reyhan, *Hayatı Değiştirmek İçin Yola Çıkanlar -Yola Çıkınca Değişen Hayatlar: Bir Müracaatçı Grubu Olarak Göçmen Çocuklar*, Toplum ve Sosyal Hizmet, Cilt: 25, Sayı: 1, Nisan 2014, s. 91.

bebiyle bu sayı her geçen gün daha da artmaktadır¹⁰⁷. Artan düzensiz göçmen ve mülteci sayısının içerisinde önemli bir kısım ise çoğu zaman savunmasız kalan ve korumaya ihtiyaç duyan çocuklardır¹⁰⁸.

Herhangi bir sebeple ailelerinden ve yakınlarından ayrı kalan refakatsiz çocuklar¹⁰⁹, fiziksel ve zihinsel açıdan çeşitli tehlikelere maruz kalabilmektedir¹¹⁰. Refakatsiz çocuklar, beslenme ve barınma ihtiyacının karşılanmaması başta olmak üzere insan ticareti gibi suç örgütleri tarafından işlenen çeşitli suçlarla karşı karşıya kalarak ciddi risk altında bulunmaktadır¹¹¹. İhtiyaçlarının karşılanmaması sonucu çocuklar suça sürüklenebilmektedir¹¹² ki göç eden yabancı çocuklarda suça sürüklenme çok daha fazla görülmektedir¹¹³.

Türkiye uluslararası örgütlerle yapılan işbirlikleri ile çocukların barınması, beslenmesi, eğitimi gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması

-
- 107 T.C. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan istatistik verilerine göre, 2005-2013 yılları arasında yakalanan düzensiz göçmen sayısının ortalaması yaklaşık 48.000 iken; 2019 yılında yakalanan düzensiz göçmen sayısı yaklaşık yarım milyon kişidir. www.goc.gov.tr/duzensiz-goc-istatistikler, (Erişim Tarihi: 30.04.2020), Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (UNHCR) tarafından hazırlanan 2019 raporunda da 3,5 milyon aşkın sayıyla diğer ülkelere göre açık ara en fazla sayıda mültecilere ev sahipliği yapan ülke konumuna gelmiştir. UNHCR, Mid-Year Trends, 2019, s. 9, www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/5e57d0c57/mid-year-trends-2019.html, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).
- 108 Birleşmiş Milletler Çocuk Fonu (UNICEF) tarafından hazırlanan 2018 yıllık raporuna göre 3,6 milyonu aşkın Suriyeli mültecinin 1,6 milyonu çocuktur. UNICEF, Yıllık Raporu, 2018, s. 5, www.unicef.org/turkey/raporlar/unicef-turkiye-yillik-raporu-2018, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).
- 109 2005-2012 yılları arasında 876 refakatsiz çocuk Türkiye'ye sığınma talebinde bulunmuştur. Atasü Topçuoğlu, a.g.e., s. 92, Suriye'den gelen göçmen ve mülteci sayısı bu sayının ciddi bir şekilde arttığını tahmin etmek zor değildir.
- 110 UNICEF, Humanitarian Action for Children, 2018, www.unicef.org/turkey/raporlar/hac-overview, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).
- 111 Düzel, Başak, Alış, Sıla, *Düzensiz Göçle Gelen Suriyeli Mülteci Çocuklar Bağlamında Türkiye'de Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu Ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi*, Asia Minor Studies, Cilt: 6, Sayı: AGP Özel Sayısı, Ekim 2018, s. 262, Ankara ve İstanbul'da bulunan yaşları 12-17 arasında değişen 32 göçmen çocukla ve aileleriyle yapılan görüşmeler sonucu ortaya çıkan verilere göre çocuklar; kötü beslenme ve barınma, refakatsiz kalma, insan ticareti, çocuk işçi olma, tıbbi yardım alamama, psikolojik sorunlara maruz kalma gibi fiziksel ve zihinsel tahribat yaratacak nitelikte tecrübeler yaşamaktadırlar. Atasü Topçuoğlu, a.g.e., s. 97-99.
- 112 Refakatsiz çocukların suça sürüklenmesi ile bu durumun önlenmesine yönelik tedbir önerisi için bkz. Tapan, Metin Gani, Derin, Murat, *Suçta Sürüklenen Refakatsiz Suriyeli Çocuk: Sosyal Hizmet Müdabalesi Olgu Sunumu*, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 64, Haziran 2019, s. 856-860.
- 113 Göç ile suça sürüklenme arasındaki ilişki hakkında yapılmış bir ampirik çalışma için bkz. Erkan, Rüstem, Erdoğan, M. Yüksel, *Göç ve Çocuk Suçluluğu*, Aile ve Toplum, Yıl: 8, Cilt: 3, Sayı: 9, Ocak-Şubat-Mart 2006, s. 81-88.

noktasında çeşitli önlemler almaktadır¹¹⁴. Refakatsiz çocukların korunması ve ihtiyaçlarının sağlanmasına yönelik mevzuata bakıldığında 6458 sayılı 4 Nisan 2013 tarihinde kabul edilen Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu öne çıkmaktadır. Sorumlu bir kişinin etkin bakımına alınmayan ve kanunen ya da örf ve adet gereği kendisinden sorumlu bir yetişkinin refakati bulunmaksızın Türkiye'ye gelen veya Türkiye'de kalan çocuklar tabirini refakatsiz çocuğu tanımlamak için kullanan Kanunun 3. maddesi, refakatsiz çocukları özel ihtiyaç sahibi kişiler arasında saymaktadır. Kanunun birçok maddesinde çocuğun yüksek yararına vurgu yapılarak uluslararası metinlerde öngörülen temel ilke kabul edilirken, 66. maddesi ile uluslararası koruma başvurusunda bulunan refakatsiz çocuklar hakkında özel düzenleme bulunmaktadır. Başvuru yapan çocuklar hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu hükümler uygulanabileceği gibi; görüşü de dikkate alınarak çocuklar, uygun konaklama yerlerine veya yetişkin akrabalarının veya koruyucu bir ailenin yanına ya da yaşı uygun olanlar barınma merkezlerine yerleştirilebileceklerdir. 29310 sayılı 29 Mart 2015 tarihli Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği ile de Kanuna uygun olarak anılan merkezlerin yapısı ve işleyişi düzenlenmiştir¹¹⁵. 29656 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin madde 113 maddesi ise refakatsiz çocukları özel ihtiyaç sahibi kişiler arasında sayarak; uluslararası koruma işlemlerinin gerçekleştirilmesinde öncelik ve kolaylık sağlanması gerektiğini hüküm altına almıştır.

Önceki başlıklarda açıklanan refakatsiz çocuğun yetişkinlerle birlikte tutulmasının incelendiği *Rabimi v. Yunanistan* kararı ile refakatsiz çocuğun yetişkinlerle birlikte tutulması ve seyahat etmesinin değerlendirildiği *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika* kararlarında AİHM, çocukların yaşlarına uygun gerekli bakım ve gö-

114 UNICEF, Yıllık Raporu, 2018, www.unicef.org/turkey/raporlar/unicef-türkiye-yillik-raporu-2018, (Erişim Tarihi: 30.04.2020), Türkiye'de Refakatsiz Çocuklara Erişim Ve Çocuğun Yüksek Yararına Yönelik Hizmet Sunumunun Teşvik Edilmesi Projesi Değerlendirme Raporu, www.ailevecalisma.gov.tr/uploads/chgm/uploads/pages/refakatsiz-cocuklara-yonelik-calismalar/proje-degerlendirme-raporu-tukce.pdf, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

115 Çocuk destek merkezlerinin yaklaşık 10 ilde faaliyette bulunmaktadır. Tapan, Derin, a.g.e., s. 856, Çocuk destek merkezleri ile ilgili bilgi için bkz. www.ailevecalisma.gov.tr/chgm/uygulamalar/cocuk-destek-merkezleri, (Erişim Tarihi: 30.04.2020).

zetimden yoksun bırakıldıklarına dikkat çekmiş ve sonuç olarak başvuruya konu diğer hususlarla birlikte 3. madde açısından ihlal kararı vermiştir. Anılan kararlar ışığında, Türkiye'deki hukuki düzenlemelerle çocuklara özgü barınma merkezlerinin uygulamaya sokulması, oldukça isabetli bir çalışma olarak kabul edilmelidir.

Türkiye, 1951 tarihinde Cenevre'de imzalanmış olan Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Sözleşme'yi 1961 tarihinde coğrafi sınırlama ile onaylamıştır ve bu sınırlama ile sözleşmeyi uygulamaktadır¹¹⁶. Sınırlama sebebiyle sadece Avrupa ülkelerinden gelenler mülteci statüsünde kabul edilmektedir. Mülteci statüsüne girmeyen yabancılara tanınan diğer koruyucu statüler ise şartlı mülteci, ikincil koruma ile geçici korumadır ve tüm statüler Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda öngörülmektedir. Uluslararası koruma talep eden kişilere verilecek her bir statünün kabul ve kabul sonrası şartları ile tanınan imkanlar da farklılık göstermektedir. Verilecek statüler her bir refakatsiz çocuk açısından da farklı olacağı için, çocuklar kanunda öngörülen usul ve şartlara göre farklı statüler altında değerlendirileceklerdir. Örneğin Suriyeli çocuklar Avrupa ülkelerinden gelmedikleri ve şartlı mülteci olunması için aranan şartları sağlamadıkları için geçici koruma altında olan çocuklardır¹¹⁷. Açıklanan farklı statüler altında, çocukların üstün yararlarının ve ihtiyaçlarının tam olarak karşılanıp karşılanmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki hem Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda hem de ilgili Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte refakatsiz çocukları koruyucu mahiyette ve çocuğun yüksek yararı vurgusu ile birlikte öngörülen tedbirler, uluslararası koruma başvurusu yapan tüm refakatsiz çocukları kapsamaktadır. Kanunun 66, 75 ve 79, yönetmeliğin ise 123. maddesinde düzenlenen hükümler, koruyucu hükümlerin kapsayıcı olduğunu ortaya koymaktadır. Benzer doğrul-

116 Ekşi, Nuray, *Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 7, 2016, s. 560. Sözleşme 5 Eylül 1961 tarihli 10898 sayılı Resmi Gazete'de ilan edilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/10898.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

117 Ekşi'ye göre uluslararası koruma talep eden her çocuğa mülteci çocuk ifadesi kullanılmamalı, kendilerine verilen statüye göre mülteci çocuklar, şartlı mülteci çocuklar, ikincil koruma altında alınan çocuklar ve geçici korunan çocuklar olarak ayırım yapılmalıdır. Ekşi, a.g.e., s. 562, 573.

tuda Kanunun 95. maddesi başvuru yapan veya koruma statüsü alan özel ihtiyaç sahiplerinin barındırılmasına öncelik verileceği belirtilmiştir ki refakatsiz çocuklarda bu kişilerdendir. 2014/6883 numaralı Geçici Koruma Yönetmeliği uyarınca da geçici koruma altında olan refakatsiz çocuklara benzer koruyucu tedbirler öngörülmüştür. Anlaşılacağı üzere hem başvuru hem de kabul sonrası süreçte refakatsiz çocuklar için getirilen güvenceler tüm statüler içi ortak uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte geçici koruma statüsü, diğer statülerden farklı olarak kitlesel bir koruma talebi olduğu¹¹⁸ için özellikle refakatsiz çocukların tespiti oldukça zorlaşacaktır. Dolayısıyla zorunlu kitlesel göç sebebiyle uygulama alanı bulan geçici koruma statüsü açısından özellikle refakatsiz çocukların tespiti ve ihtiyaçlarının karşılanması hususunda ayrıntılı ve etkili tedbirlerin öngörülerek uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan AİHM tarafından getirilen taraf devletin yetki alanı içerisindeki kötü muameleyi bilmesi gerektiği kıstasının da geçici koruma statüsü bakımından kitlesel akınlar dikkate alınarak yeniden değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Ayrıca sonuç başlığı altında açıklanacak olan ve çocuk mülteciler hakkında koruma öngören birçok uluslararası anlaşma hükümlerinin, farklı statüler öngörülmesi sebebiyle Türkiye’de uygulama alanı bulamayacağı veya çocuklar için yeterince koruyucu bir saha yaratamayacağı düşünülebilirse de; çocuğun yüksek yararı vurgusu yapan diğer hükümler ile diğer uluslararası anlaşmalar ve AİHM içtihadı ışığında ulusal ölçekte etkili koruma mekanizmalarının hayata geçirilmesi elzem olmaktadır. Bu doğrultuda statüleri farklı olsa da refakatsiz yabancı çocukların, öncelikle çocuk olmalarından daha sonra ise içlerinde buldukları zor koşullardan kaynaklı ihtiyaçları gözetilerek hukuki düzenlemeler ve uygulamalar yapılması gerekmektedir.

Sonuç olarak çocukların korunması hususunda hukuki ve fiili birçok çalışmanın yapıldığı her ne kadar yadsınamazsa da; Türkiye yasadışı göç ve mülteci akını karşısında verdiği mücadelede, özellikle refakatsiz yabancı çocukların korunması noktasında AİHM tarafından öngörülen pozitif yükümlülükleri göz önünde bulundur-

118 Çelikel, Aysel, Öztekin Gelgel, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 22. bs., İstanbul, Beta Basım, 2016, s. 152.

malıdır. AİHM kararlarında atıf yapılan ve Türkiye'nin kabul ederek taraf olduğu ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹¹⁹ ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹²⁰ hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca anılan anlaşmalar kanun hükmündedir ve ulusal hukukta yer alan kanun maddeleri ile farklı hükümler içermeleri halinde anlaşma hükümleri esas alınmalıdır. Ulusal mevzuatta açıkça bir düzenleme bulunmadığında diğer bir deyişle çatışma olmadığında kabul edilen anlaşma metinleri idari makamlar tarafından doğrudan tatbik edilmelidir¹²¹. Çatışma halinde ise Anayasa'da öngörüldüğü üzere yargı organları ve idari organlar tarafından anlaşma hükümleri uygulanmalıdır. Bunun da ötesinde AİHM içtihatları ile öngörülen yükümlülüklere de uygun hukuki zemin hazırlanması ve gerekli tedbirlerin alınması gerekmektedir. Aksi halde AİHS, taraf olunan ek protokolleri, çocuk haklarını koruyan uluslararası anlaşmalar ve AİHM içtihatlarını temel alan Anayasa Mahkemesinin, refakatsiz yabancı çocuklarla ilgili başvurularda, etkin korumada başarısız olunması sebebiyle AİHM ile benzer olumsuz sonuçlara ulaşması kaçınılmaz olacaktır.

SONUÇ

Çalışma konusu karar, Sözleşme'nin 3 maddesi ile öngörülen kötü muamele yasağı açısından getirilen pozitif yükümlülükleri, toplumda savunmasız bireylerden olan yabancılar ile refakatsiz çocuklar açısından yeniden yorumlaması ve kapsamını belirlemesi sebebiyle önem taşımaktadır. Bu hususta ortaya çıkarılmış ilk karar olmamasına rağmen, içtihatların istikrar kazanması ve her olayla kapsamın yeniden çizilmesi ve genişletilmesi; savunmasız bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına hizmet ettiği için değerlidir.

119 Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Türkiye tarafından onaylanarak 27 Ocak 1995 tarihli resmi gazetede ilan edilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22184.pdf>, (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

120 Avrupa Konseyi Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Türkiye tarafından 18 Ocak 2001 tarihli kanun ile onaylanmıştır. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4620.html>, (Erişim Tarihi: 17.12.2020).

121 Anlaşmalar yasama organı açısından da bağlayıcı olacağı için, ihdas edilecek yeni kanuni düzenlemelerin anlaşma metniyle çatışmaması gerekir. Bilir, Faruk, *Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 1, 2005, s. 83, 88.

Yabancı kişilerden özellikle mülteciler ile sığınma hakkı talep edenler, vatandaşı oldukları veya buldukları ve zorunlu olarak terk ettikleri devletin korumasından yararlanamamaları sebebiyle savunmasız kalmakta; hak ve özgürlüklerini temin eden özel uluslararası hükümlere ve korumaya ihtiyaç duymaktadırlar¹²². Sığınma hakkı isteyenler, AİHM tarafından toplumda savunmasız kabul edilen yabancılar¹²³. Mahkeme ayrıca, üst başlıklarda değinildiği üzere çocuk göçmenlerin de savunmasız durumlarına vurgu yapmaktadır¹²⁴. Ancak Khan başvurusu kararında da ortaya konduğu üzere, Mahkemenin pozitif yükümlülükler hususunda öncelik tanıdığı ve yabancılıktan üstün tuttuğu diğer savunmasız bireyler ise çocuklar ve özellikle refakatsiz olanlardır.

Refakatsiz çocukların yaşını ve içerisinde buldukları çevrede karşılaşılabilecekleri zorlukları dikkate alan AİHM, çocukların hak ve özgürlüklerini koruyucu uluslararası belge ve çalışmalara da atıf yaparak etkili bir koruma getirmektedir. Khan başvurusu ile de tekrar ettiği üzere çocukların üstün yararı gereği onları herhangi bir kaynaktan gelen ve 3. madde kapsamında kabul edilebilecek tüm kötü muamelelere karşı korunmalarını sağlamak üzere devlete pozitif yükümlülükler öngörmekte ve yükümlülüklerin kapsamını da geniş tutarak aynı zamanda çocukların hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik taraf devletlere yol gösterici olmaktadır.

Çocukların korunması, eğitim barınma, beslenme gibi temel ihtiyaçlarının karşılanması noktasında Mahkeme, pozitif yükümlülükleri çocuğun yaşını esas alarak belirlemektedir. Zira her çocuğun içerisinde bulunduğu yaşa göre psikolojik ve fizyolojik gelişimi, ihtiyaçları, toplumun onları nasıl gördüğü farklılaşmakta; onlara uygulanması gereken muamele de çeşitlenmektedir¹²⁵. Bu doğrultuda Mahkeme, başvurucunun olayın gerçekleştiği tarihlerdeki yaş başta

122 Grech, Omar, *Migrants' and Refugees' Rights: A Brief International Law Perspective*, Migration in the Mediterranean: Human Rights, Security And Development Perspectives, Ed. Omar Grech, Monika Wohlfeld, Malta, Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, 2014, s. 40.

123 *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan*, No: 30696/09, 21 Ocak 2011, para. 232.

124 Göçmenlerin savunmasız kabul edilip edilmemesi noktasında her bir somut olay bağlamında sonuca varılması, diğer bir deyişle tüm göçmenlerin savunmasız kabul edilmemesi yönünde bkz. Baumgärtel, a.g.e., s. 23, 28.

125 Nykanen, a.g.e., s. 324-325.

olmak üzere kendisinden ve çevresinden kaynaklı şartlara göre taraf devletlerin alması gereken önlemleri belirleyerek, yükümlülük sahasını esnek tutmakta ve daha etkili bir koruma sağlamaktadır.

Mahkeme refakatsiz yabancı çocuklara karşı kötü muamele riskini değerlendirirken daha önce de üzerinde durulduğu gibi çocuk olmalarını, yabancı olmalarına üstün tutmaktadır. Diğer bir başvuruçuların çocuk olmalarından kaynaklanan ihtiyaçları üzerinde öncelikle durmaktadır. Sadece bu değerlendirme ile ihlal sonucuna ulaştığı için göçmen, mülteci veya sığınma talebinde bulunmuş olmalarını ve bu statüden kaynaklı içlerinde buldukları durumu çoğu kararında ayrıca değerlendirmedeği görülmektedir¹²⁶. Bununla birlikte çoğu zaman ülkesinden zorunlu sebeplerle ayrılan çocukların, yaşlarından doğan ihtiyaçlarının yanı sıra yabancı statülerine bağlı ortaya çıkabilecek riskler üzerinde de durulması ve bu doğrultuda taraf devletlere yükümlülükler öngörülmesi; refakatsiz yabancı çocukların korunması noktasında daha isabetli sonuçlara ulaştırabilir. Bu nedenle refakatsiz yabancı çocuklar hakkında koruyucu hükümler öngörülürken, yaşları sebebiyle ortaya çıkan ihtiyaçlarının yanı sıra göçmen veya mülteci olmalarından ötürü yaşadıkları tecrübeler ve karşılaştıkları koşullar da dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır¹²⁷.

Çoğunlukla mülteci konumunda olan veya sığınma talep eden refakatsiz çocuklar, buldukları ülkeden zorunlu sebeplerle ayrıldıkları için vize almadan gizlice seyahat ederler; dolayısıyla seyahatleri süresince çeşitli zorluklara ve tehlikelere maruz kaldıkları gibi aynı zamanda geldikleri ülkede düşmanca bir tavırla karşılaşabilirler¹²⁸.

126 İstisnai de olsa Mahkemenin, çocukların aynı zamanda sığınma talebinde bulunan kişi olmasını da dikkate alarak sonuca ulaştığı kararları da mevcuttur. Örneğin *Muskhadzhiyeva ve diğerleri v. Belçika* kararında, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 22. maddesine de atıf yaparak 3. madde kapsamında ihlal kararı vermiştir. *Muskhadzhiyeva ve diğerleri v. Belçika*, No: 41442/07, 19 Ocak 2010. Benzer yönde *Popov v. Fransa* kararında da başvuruçunun hem yaşından hem de sığınma talebinde bulunmasından kaynaklanan özel ihtiyaçlarına vurgu yaparak sonuca ulaşmıştır. *Popov v. Fransa*, Nos: 39472/07, 39474/07, 19 Ocak 2012, para. 91. Bununla birlikte Mahkemenin özellikle göçmen ve mülteci çocuklarla ilgili kararlarında çocuğun yabancı olmasından kaynaklı ihtiyaçlarını yeterince dikkate almadığı görülmektedir.

127 Lawrence, Jeanette A. v.d., *The Rights of Refugee Children and the UN Convention on the Rights of the Child*, Laws, Volume: 8, Issue: 3, September 2019, s. 2-6.

128 Menjívar, Perreira, a.g.e., s. 199, 201. Mahkeme yakın tarihli kararlarında başvuruçunun aynı zamanda engelli oluşunu onun savunmasızlığı artıran bir faktör olarak görmüştür. *I.E. v. Moldova Cumburiyeti*, No: 45422/13, 26 Mayıs 2020, para. 23, *L.R. v. Kuzey Makedonya*,

Ailelerinden ve yakınlarından ayrı düşmelerinin yanı sıra; tek başlarına bilinmeze giden yolculuklarında ağır stres altında seyahat etmektedirler¹²⁹ ki kötü muamelenin zihinsel ve psikolojik etkilerini de dikkate alan Mahkeme açısından bu durum önem arz etmektedir. İhtiyaçları karşılanmayan refakatsiz yabancı çocuklar, içlerinde buldukları şartlardan daha iyisine geçiş yapmak için, çoğu zaman oldukça riskli ve yasadışı seyahatleri göze almakta ve hayatlarını dahi tehlikeye atmaktadırlar¹³⁰. Anlaşılabileceği üzere refakatsiz yabancı çocuklar, sadece yaşlarından dolayı değil, zorunlu yasadışı göçleri sebebiyle ciddi tehlikelere maruz kalmaktadırlar¹³¹. Dolayısıyla hem çocuk hem de göçmen veya mülteci olmalarından kaynaklı kişisel, hukuki veya sosyal durumları sebebiyle özel bir korumaya ihtiyaç duymaktadırlar¹³².

Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesi'nin (UNHCR Executive Committee) "Mülteci Çocuklar" ("Refugee Children") adlı kararında da mülteciler içerisinde bulunan çocukların özel ihtiyaçlarına dikkat çekilirken, koruma ve destekten ilk olarak çocukların yararlanmaları gerektiğine vurgu yapılmıştır¹³³. Sığınma başvurusunu incelemekle sorumlu Avrupa Birliği üyesi devleti olabildiğince hızlı bir şekilde tespit etmek ve bu sürecin kötüye kullanılmasını engellemek için öngörülen Dublin Tüzüğü'nün (Dublin II Regulation)¹³⁴ 6. ve 15. maddelerinde de, refakatsiz çocukların başvurularında her zaman çocukların üstün yararının gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir¹³⁵. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 22.

No: 38067/15, 23 Ocak 2020, para. 80 Benzer bir yorumla refakatsiz çocuğun, göçmen veya mülteci olmasına da benzer sonuçlar bağlanması mümkündür.

129 11-19 yaşları arasındaki 283 göçmen latin çocuklar ve yetişkinlerle, göç tecrübeleri ve zihinsel sağlıkları hakkında yapılan 2 saatlik anketler sonucunda, ciddi stres bulguları elde edilmiştir. Çalışma ve sonuçlar için bkz. Ko, Linda K., Perreira, Krista M., 'It Turned My World Upside Down': *Latino Youths' Perspectives on Immigration*, *Journal of Adolescent Research*, 25(3), s. 478, 487.

130 Busler, a.g.e., 2017, s. 44.

131 Temelde cinsel, ekonomik, insan ticareti ve suçla ilgili olmak üzere refakatsiz çocukların maruz kaldığı çeşitli tehlikeler için bkz. Frontex, *Unaccompanied Minors in the Migration Process*, 2017, s. 21-22 data.europa.eu/euodp/en/data/dataset/unaccompanied-minors-in-migration-process, (Erişim Tarihi: 19.6.2020).

132 Goodwin-Gill, Guy S., *Unaccompanied Refugee Minors*, *International Journal of Children's Rights*, Volume: 3, Issues: 3 & 4, 1995, s. 413.

133 www.unhcr.org/excom/exconc/3ae68c432c/refugee-children.html, (Erişim Tarihi: 19.6.2020).

134 343/2003 numaralı 18 Şubat 2003 tarihli tüzük.

135 eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32003R0343, (Erişim Tarihi: 19.6.2020).

maddesi ile de, refakatsiz olsun veya olmasın mülteci sayılan veya mülteci statüsü kazanmaya çalışan çocukların haklarını kullanabilmesi için koruma sağlanması gerektiği yönünde taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir¹³⁶. Anlaşılacağı üzere uluslararası çalışmalar ve belgelerde de hem çocuk olmalarına hem de mülteci ve sığınma talebinde bulunan kişilerden olmalarına önem atfedilerek yükümlülükler belirlenmektedir.

Sonuç olarak Mahkeme, çocukların kötü muamelelere karşı korunması adına içtihatlar geliştirerek, ulusal düzeyde fiili ve hukuki anlamda, hem yasal çerçevenin hazırlanmasına hem kötü muamelelerin önlenmesine hizmet edecek şekilde yerel otoritelerin harekete geçmesine zemin hazırlamaktadır. Refakatsiz çocuklarla ilgili taraf devletlere kapsamlı yükümlülükler öngörerek daha koruyucu çıkarımlarda bulunmaktadır. Bununla birlikte özellikle refah seviyesi yüksek Avrupa Birliği ülkelerine yoğun göç ve iltica akınları karşısında¹³⁷; çocuk olmalarının yanı sıra, ülkelerini çoğu zaman zorunlu sebeplerle terk etmelerinden ve yabancı olmalarından kaynaklı ihtiyaçları üzerinde de ayrıca durulması gerekmektedir. Böylece refakatsiz yabancı çocukların içerisinde buldukları riskli dünya daha iyi anlaşılmalı ve tam bir koruma sağlanması adına ayrıntılı içtihatlar öngörülmesine imkan sağlanmış olur.

136 <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>, (Erişim Tarihi: 19.6.2020).

137 Avrupa Birliği istatistik ofisi Eurostat tarafından paylaşılan verilere göre 2010-2019 yılları arasında 10 senede 28 Avrupa Birliği ülkesine refakatsiz çocuk olarak kategorize edilmiş sığınma talebinde bulunan başvuru sayısı toplam 297525'tir; diğer bir deyişle senede ortalama yaklaşık 30 bin refakatsiz çocuk Avrupa Birliği ülkelerine sığınma talebinde bulunmaktadır. ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/tps00194/default/table?lang=en, (Erişim Tarihi: 17.5.2020). Refakatsiz çocuk sayısının veride belirtilenden çok daha fazla olduğu tahmin edilebilir. Zira çocuklar sığınma talebine bulunmadığında hükümetler tarafından yasadışı göçmen olarak kategorize edilmektedirler. Menjivar, a.g.e., s. 206.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Belçika, Avrupa Konseyi, 2008
- Al Tamimi, Yussef, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, *European Journal of Human Rights*, 2016/5, Sayfa: 561-583
- Altıparmak, Kerem, *Anayasa Mahkemesinin Zor Sorusu: İşkence ve Kötü Muamele, Ama Hangisi?*, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 32, 2015, Sayfa: 145-184
- Arai-Takahashi-Yokoi, Yutaka, *Kademeli Tabkir Derecesi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 3 Uyarınca Tabkir Edici Muamele veya Ceza Eşiğinin Tanımlanması*, Çev. Keyhan Çevirmenlik, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'de İnsan Hakları Derleme Eserler*, Ed. Birsen Erdoğan, 1. Cilt, Başkent Klîşe Matbaacılık, 2008
- Atasü Topçuoğlu, Reyhan, *Hayatı Değiştirmek İçin Yola Çıkanlar -Yola Çıkınca Değişen Hayatlar: Bir Müracaatçı Grubu Olarak Göçmen Çocuklar*, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, Cilt: 25, Sayı: 1, Nisan 2014, Sayfa: 89-107
- Baumgärtel, Moritz, *Facing the challenge of migratory vulnerability in the European Court of Human Rights*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Volume: 38, Issue: 1, 2020, Sayfa: 12-29
- Bilir, Faruk, *Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri*, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2005, Sayfa: 77-107
- Boeles, Pieter, Marianne Bruins, *Case Reports of the European Court of Human Rights and the Human Rights Committee*, *European Journal of Migration and Law*, Volume: 9, Number: 2, 2007, Sayfa: 253-276
- Bozbayındır, Ali Emrah, *İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)*, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 145, Eylül 2018, Sayfa: 45-60
- Busler, Debbie, *British Red Cross response to young migrants in Calais, France*, *International Review of the Red Cross*, 99 (1), 2017, Sayfa: 43-51
- Çelik, Elif, *İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, Sayfa: 57-77
- Çelikel, Aysel, Öztekin Gelgel, Günseli, *Yabancılar Hukuku*, 22. bs., İstanbul, Beta Basım, 2016

- Çor, Yaşar, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme Kapsamında İşkence Görmeme Hakkına Bakış Açısı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 75, 2008, Sayfa: 63-93
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukukunda İşkence ve Kötü Muamele Yasağı*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2006
- Düzel, Başak, Sıla Alış, *Düzensiz Göçle Gelen Suriyeli Mülteci Çocuklar Bağlamında Türkiye'de Refakatsiz Göçmen Çocukların Durumu Ve Başlıca Risklerin Değerlendirilmesi*, Asia Minor Studies, Cilt: 6, Sayı: AGP Özel Sayısı, Ekim 2018, Sayfa: 258-274
- Ekşi, Nuray, *Mevzuat ve Antlaşmalar Kapsamında Çocukların Uluslararası Korunması, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 7, 2016
- Engle, Eric, *Third Party Effect of Fundamental Rights (Drittwirkung)*, Hanse Law Review, Volume: 5, Number: 2, 2009, Sayfa: 165-173
- Erkan, Rüstem, M. Yüksel Erdoğan, *Göç ve Çocuk Suçluluğu, Aile ve Toplum*, Yıl: 8, Cilt: 3, Sayı: 9, Ocak-Şubat-Mart 2006, Sayfa: 79-90
- Florczak-Wątor, Monika, *The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State*, International and Comparative Law Review, Volume: 17, Issue: 2, Sayfa: 39-53
- Goodwin-Gill, Guy S., *Unaccompanied Refugee Minors*, International Journal of Children's Rights, Volume: 3, Issues: 3 & 4, 1995, Sayfa: 405-416
- Grech, Omar, *Migrants' and Refugees' Rights: A Brief International Law Perspective*, Migration in the Mediterranean: Human Rights, Security And Development Perspectives, Ed. Omar Grech, Monika Wohlfeld, Malta, Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, 2014, Sayfa: 40-49
- Harris, D. J., M. O'Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ed. Hülya Dinçer, Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Ankara, Şen Matbaa, 2013
- Kilkelly, Ursula, *Nsona v. the Netherlands The Treatment of Minors and the European Convention on Human Rights*, International Journal of Refugee Law, Volume: 8, Number: 4, 1996, Sayfa: 640-650
- Ko, Linda K., Krista M. Perreira, *'It Turned My World Upside Down': Latino Youths' Perspectives on Immigration*, Journal of Adolescent Research, 25(3), Sayfa: 465-493
- Kohli, Ravi K. S., *Social Work With Unaccompanied Asylum Seeking Children*, New York, Palgrave Macmillan, 2007
- Lawrence, Jeanette A., Agnes E. Dodds, Ida Kaplan, Maria M. Tucci, *The Rights of Refugee Children and the UN Convention on the Rights of the Child*, Laws, Volume: 8, Issue: 3, September 2019, Sayfa: 1-22

- Menjívar, Cecilia, Krista M. Perreira, *Undocumented and unaccompanied: children of migration in the European Union and the United States*, *Journal Of Ethnic And Migration Studies*, Volume: 45, Number: 2, 2019, Sayfa: 197-217
- Metin, Yüksel, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlıkın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, Cilt: 7, Sayı: 27, Güz 2010, Sayfa: 111-132
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004
- Nykanen, Eeva, *Protecting Children? The European Convention on Human Rights and Child Asylum Seekers*, *European Journal of Migration and Law*, Volume: 3, Issues: 3 and 4, 2001, Sayfa: 315-346
- Peroni, Lourdes, Alexandra Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, *International Journal of Constitutional Law*, Volume: 11, Issue: 4, October 2013, Sayfa: 1056-1085
- Reidy, Aisling, *İşkencenin Yasaklanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, *Almanya, Avrupa Konseyi*, 2002
- Slingenberg, Lieneke, *The Right Not to be Dominated: The Case Law of the European Court of Human Rights on Migrants' Destitution*, *Human Rights Law Review*, Volume: 19, Issue: 2, 2019, Sayfa: 291-314
- Şenol, Cem, *AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi*, *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:1, 2012, Sayfa: 259-287
- Tapan, Metin Gani, Murat Derin, *Suçta Sürüklenen Refakatsiz Suriyeli Çocuk: Sosyal Hizmet Müdahalesi Olgu Sunumu*, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Cilt: 12, Sayı: 64, Haziran 2019, Sayfa: 855-860
- Töner Şen, Semir, *Uluslararası Hukuk Bakış Açısı ile Göçmen ve Mülteci Haklarına Kısa Bir Bakış*, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 1, Ocak 2019, Sayfa: 133-154
- Viljanen, Jukka, *The Role of the European Court of Human Rights as a Developer of International Human Rights Law*, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra Fadrique Furio Ceriol*, Number: 62/63, Sayfa: 249-265
- Xenos, Dimitris, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Oxford, Routledge, 2012

Elektronik Kaynaklar

data.europa.eu

ec.europa.eu

eur-lex.europa.eu

www.goc.gov.tr

www.ohchr.org

www.unhcr.org

www.unicef.org

www.venice.coe.int

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A. v. Birleşik Krallık, No: 25599/94, 23 Eylül 1998

Airey v. İrlanda, No: 6289/73, 9 Ekim 1979

Assanidze v. Georgia, No: 71503/01, 8 Nisan 2004

Assenov ve diğerleri v. Bulgaristan, No: 24760/94, 28 Ekim 1998

Blokhin v. Rusya, No: 47152/06, 23 Mart 2016

Chapman v. Birleşik Krallık, No: 27238/95, 18 Ocak 2001

D. v. Birleşik Krallık, No: 30240/96, 2 Mayıs 1997

D.P. and J.C. v. The United Kingdom, No: 38719/97, 10 Ekim 2002

Dorđević v. Hırvatistan, No: 41526/10, 24 Temmuz 2012

E. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, No: 33218/96, 26 Kasım 2002

Gül v. İsviçre, No: 23218/94, 12 Şubat 1996

I. v. Birleşik Krallık, No: 25680/94, 11 Temmuz 2002

I.E. v. Moldova Cumhuriyeti, No: 45422/13, 26 Mayıs 2020

Ireland v. Birleşik Krallık, No: 5310/71, 18 Ocak 1978

İbrahim Demirtaş v. Türkiye, No: 25018/10, 28 Ekim 2014

Kanagaratnam ve diğerleri v. Belçika, No: 15297/09, 13 Aralık 2011, para. 67

Khan v. Fransa, No: 12267/16, 28 Şubat 2019

Kudła v. Polonya, No: 30210/96, 26 Ekim 2000

L.R. v. Kuzey Makedonya, No: 38067/15, 23 Ocak 2020

Labita v. İtalya, No: 26772/95, 6 Nisan 2000

López Ostra v. İspanya, No: 16798/90, 9 Aralık 1994

M. ve M. v. Hırvatistan, No: 10161/13, 3 Eylül 2015

- Mahmut Kaya. v. Türkiye*, No: 22535/93, 28 Mart 2000
M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan, No: 30696/09, 21 Ocak 2011
Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga v. Belçika, No: 13178/03, 12 Ekim 2006
Muskbadzbiyeva ve diğerleri v. Belçika, No: 41442/07, 19 Ocak 2010
Nsona v. The Netherlands, No: 23366/94 28 Kasım 1996
Okkalkı v. Türkiye, No: 52067/99, 17 Ekim 2006, para. 70
Opuz v. Türkiye, No: 33401/02, 9 Haziran 2009
Osman v. Birleşik Krallık, No: 23452/94, 28 Ekim 1998
Popov v. Fransa, Nos: 39472/07, 39474/07, 19 Ocak 2012
Pretty v. Birleşik Krallık, No: 2346/02, 29 Nisan 2002
Rabimi v. Yunanistan, No: 8687/08, 5 Nisan 2011
Salman v. Türkiye, No: 21986/93, 27 Haziran 2000
Secic v. Hırvatistan, No: 40116/02, 31 Mayıs 2007
Selmouni v. Fransa, No: 25803/94, 28 Temmuz 1999
Slimani v. Fransa, No: 57671/00, 27 Temmuz 2004
Soering v. Birleşik Krallık, No: 14038/88, 7 Temmuz 1989
Tyrrer v. Birleşik Krallık, No: 5856/72, 25 Nisan 1978
Z. ve diğerleri v. Birleşik Krallık, No: 29392/95, 10 Mayıs 2001

Anayasa Mahkemesi Kararları

- Bireysel Başvuru: *Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014
Bireysel Başvuru: *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014
Bireysel Başvuru: *R.K.*, B. No: 2013/6950, 20/4/2016
Bireysel Başvuru: *R.Y.*, B. No: 2015/19588, 28/5/2019
Bireysel Başvuru: *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013
Bireysel Başvuru: *Z.C.*, B. No: 2013/3262, 11/5/2016

HAZIR GIYİM SEKTÖRÜNDEKİ ŞİRKET POLİTİKALARININ “İNSAN HAKLARINA SAYGI SORUMLULUĞU” KAPSAMINDA İNCELENMESİ(H&M Grubu Örneği ile) *

Ece TOPTAŞ **

ÖZET

“İnsan haklarının korunması” konusunun, devletler üstü bir sorun olarak kabul edildiği 1945 sonrası dönem içerisinde 1970’lerin küreselleşme hareketinin güçlü bir şekilde ortaya çıkardığı “iş dünyası” aktörünü özellikle incelemek gerekmektedir. Bu iş dünyası aktörlerinden, birden fazla ülke ile koordinasyon halinde olan çokuluslu şirketler de ekonomik güçlerini kullanarak yarattıkları iktidar alanı ile hem hak ihlallerinin oluşmasına hem de bunların süreklilik kazanmalarına sebebiyet verebileceklerdir. Bu çokuluslu şirketlerin yarattıkları iktidar alanından kaynaklanabilecek hak ihlallerinin önüne geçilmesi amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan Rehber İlkeler metni ile insan haklarının iş dünyasında etkili bir şekilde korunmasını hedefleyen bir yol haritası çizilmiştir. Rehber İlkeler, üçlü sacayağı üzerine inşa edilmiş bir metindir: Koruma, saygı duyma ve telafi edici çözüme erişim. Bu çalışmanın da yoğunlaştığı alan olan şirketlere yönelik “saygı duyma” yükümlülüğü, her ne kadar bir yaptırım olmasa da, devlet dışı bir aktöre insan haklarını koruma yükümlülüğünü yüklemiş olması yönüyle önemlidir.

Düşük sermaye ile geniş bir istihdam alanı yaratan ve bu şekilde ülkelerin ekonomik kalkınma süreçlerine destek verdiği için özellikle gelişmekte olan ülkelerin başlıca ekonomi kanallarından olan

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 31/10/2020. İlk hakem raporu tarihi: 07/11/2020. İkinci hakem raporu tarihi: 14/11/2020.

** Avukat, İstanbul Barosu, a.ecetoptas@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5389-8454.

“tekstil ve hazır giyim sektörü” alanında faaliyet gösteren çokuluslu şirketlerin incelenmesi ise, bu “insan haklarına saygı duyma” yükümlülüğü yönünden özel bir önem arz etmektedir. Sahip oldukları ekonomik gücün de etkisiyle çokuluslu şirketler, gelişmekte olan ülkelerdeki insan haklarının korunmasına yönelik var olan eksikliklerden faydalanarak ve faaliyetleriyle mevcut ihlal ortamını besleyip derinleştirerek çalışmalarına devam edebilecektir. Bu sebeple de Rehber İlkeler metninin ikinci sacayağı olan “insan haklarına saygı gösterme” yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi ve bu alanın geliştirilmesi, insan haklarının korunmasının etkin bir şekilde sağlanması için gereklidir.

Bu gereklilik esas alınarak çalışmada ilgili sektörün öncülerinden biri olan H&M Grubu’nun şirket içi ve tedarik zincirine yönelik politikaları, Rehber İlkeler metnine uyumlulukları ile karşılaştırılmış ve “kağıt üzerinde” olarak tabir edebileceğimiz bir şekilde uyumlu oldukları da görülmüştür. Ancak yine somut durum üzerinden bakıldığında, kağıt üzerindeki bu uyumun ne kadarının pratik yansımasının olduğunun tartışmalı olduğunu kolaylıkla söyleyebilmekteyiz. Özellikle içinde bulunduğumuz COVID-19 sürecinde gerçekleşen ihlaller yönünden incelemelerin yapılmasıyla, hem H&M Grubu hem de diğer çokuluslu şirketler açısından, politika taahhütlerinin tüm operasyon ağlarına yansıtılmadığı gerçeği daha görünür hale gelerek şirketlere yönelik yükümlülüklerin ve aynı zamanda denetimlerin daha sıkı olduğu uluslararası metinlerin de ön plana çıkması muhtemel olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler, Rehber İlkeler, H&M Grubu, İnsan Haklarına Saygı Sorumluluğu, Küreselleşme

**AN ANALYSIS OF COMPANY POLICIES IN THE GARMENT
SECTOR WITHIN THE FRAMEWORK OF “DUE DILIGENCE”
(With The Example Of H&M Group)**

ABSTRACT

In the period after 1945, when the fundamental rights accepted as a “supranational term”, business actors based on the globalization movements should be especially examined. As a business actor,

multinational companies which are in coordination with more than one country will be able to cause violations of the fundamental rights by using their economic power. The Guiding Principles were developed by the United Nations to prevent these violations. This instrument includes United Nations’ “Protect, Respect and Remedy” framework on the topics of human rights and transnational corporations and other businesses/companies.

The examination of these multinational companies in the garment industry, which is the main economic resource for the developing countries, is particularly important to efficiently protect the human rights. Businesses must act with “due diligence” to avoid the infringement the fundamental rights. In order to ensure the protecting human rights, it is important to fulfillment of the “due diligence” responsibility by the companies.

Based on that importance, in this study the internal policies and supply chain policies of the H&M Group, one of the leaders of the garment sector, were compared in terms of their compliance with the Guideline Principles. However, it is observed that they are compatible in a way that can be described as “on paper”. When we look at the current situation, we can easily say that it is debatable how much of this compatibility on paper has a practical reflection. Especially, following the end of this pandemic period, both the H&M Group and other multinational companies, the fact that their policy commitments are not reflected in all operational networks will become more visible.

Keywords: United Nations, Guiding Principles, H&M Group, Due Diligence, Globalization

GİRİŞ

Tekstil ve hazır giyim sektörü, hem düşük maliyetlerle yüksek kâr elde etme imkanına sahip olunması hem de geniş istihdam alanları oluşturabilme potansiyeli taşıması sebebiyle uluslararası ticarete önemli bir büyüklüğe sahiptir. Giyim sektörünün bireylerin temel ihtiyaçlarından birine yönelik olmasının da, sektörün bu büyüklüğe kavuşmasında önemli bir rolü vardır.

Globalleşen dünya ile birlikte ülkeler arası sınırların çok daha şeffaf olması sonucu artan ticari ilişkilerin etkisiyle; dünya ekonomisi içerisinde önemli bir hacme sahip olan bu sektörde gerçekleştirilecek insan hakları ihlallerinin öncelikli olarak incelenmesi gerekecektir. Özellikle düşük sermaye ile kurulabilen bu sektöre ait çokuluslu şirketlerin güçleri ve sektörün faaliyet gösterdiği ülkelerde geniş istihdam sağlama imkanı birleşince; ucuz iş gücünün bulunduğu gelişmekte olan ülkelerde, bu çokuluslu şirketlerin kolaylıkla hak ihlallerine sebebiyet vermeleri de mümkün olabilecektir. Bunun en yakın örneklerini, COVID-19 pandemisi ile de ayrıca görmekteyiz. Tüm ülkelerin -değişen yoğunluklarla da olsa- pandemi ilanı ile birlikte çeşitli önlemler aldığını biliyoruz. Bu süreç; arz/talep dengesindeki değişiklikler, küçülmeye giden şirketler, artan işsizlik, sağlıklı olmayan çalışma koşulları şeklinde arttırılabilecek sorunlarla bir anda karşı karşıya kalan çokuluslu şirketlerin (ve doğal olarak devletlerin de), uluslararası hukukta “due diligence” olarak nitelenen, “insan haklarına saygı gösterme sorumlulukları” konusunu ne kadar yerine getirebildiklerini gözler önüne seren bir pratik çalışma şekline bürünmüştür.

Bu çalışmada, hazır giyim sektörünün öncü şirketlerinden olan ve dıştan alım şeklindeki ticaret modeli ile çalışan H&M Grubunun, insan haklarını koruma sorumluluklarına dair politikalarını ve bu politikalarının ne kadarını gerçekleştirdiğine yönelik tedarik zincirlerini kapsayacak “sahaya ait” davranışlarının, BM Rehber İlkeler metni ışığında kısaca incelemesi yapılacaktır.

1. KÜRESELLEŞME NEDİR

“Küreselleşme” kavramıyla ilgili olarak, üzerinde uzlaşılmış tek bir tanımdan söz etmenin mümkün olmadığını söyleyerek söze başlayabiliriz¹. Kavrama dair tanımlar, sürecin oluşum sebeplerini ve sonuçlarını da kapsayacak şekilde geniş bir yaklaşımla ele alınır.

Gelişen ulaşım ve iletişim kanallarının da etkisiyle ülkelerin birbiriyle bağlantıda kalmasının iyice kolaylaştığı 1800’lerin sonuyla

1 DUMANLI KÜRKCÜ, Duygu, *Küreselleşme Kavramı ve Küreselleşmeye Yönelik Yaklaşımlar*, <http://dergipark.org.tr/tr/pub/tojdoc/issue/13013/156790> (Erişim Tarihi: 20.04.2020), sayfa (s.) 2

birlikte, ülkeler arası ticaretin de bu ulaşım kolaylığıyla geliştiğini söyleyebiliriz². 1900'lü yılların ortasına kadar yoğun bir savaş gündemiyle boğuşan dünya, ikinci yarısından itibaren insan hakları da dahil olmak üzere “evrensel” bir ortak paydada buluşmak için çeşitli girişimlerde bulunmuştur³. İşte kısaca her konuda ülkeler arası sınırların kaldırılmasını amaçlayan adımların atıldığı bu dönemde; “dev işveren takımı” diyebileceğimiz özel sermayeyi elinde bulunduranların, serbest piyasa idealleri ile “sınırsız olarak” hareket etme isteklerine yönelik eylemlerinin oluşturduğu etkiler de kendisini göstermektedir.

1970 itibariyle ulaşımındaki gelişmeler, ülkeler arası işbirlikleri, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle üretimin kolaylaşması ve ürünlerdeki çeşitliliğin getirdiği rekabetin artışı ile ilgili olarak ülkeler arasındaki entegrasyon sürecinin hızlandığı kabul edilmektedir⁴. Buraya kadar açıklananların özeti olarak, ülkeler arası bir birleşme/yakınlaşma halinden bahsedildiğini söyleyebiliriz. David Held bu giderek artan birleşme yakınlaşma halini nitelemek için “örtüşen kader toplulukları” (*overlapping communities of fate*)⁵ tabirini kullanmaktadır. Ülkeler arasındaki bu “kader birliği” küreselleşme kavramının kısa bir nitelemesi olarak da kabul edilebilir. Bu kader birliği sadece ekonomik anlamda değil; aynı zamanda kültürel, ticari ve hukuk alanında da kendisini göstermektedir⁶. Ezcümle; sadece ekonomide değil, tüm alanlarda dünyanın bütünleşmesi anlamına gelmektedir⁷.

İşte dünyanın ekonomi alanında tek bir pazar haline gelme hedefini barındıran ve bunu destekleyen gelişmelerin yaşandığı dönem

- 2 AKTAN, Coşkun Can, *Globalleşmenin Tarihsel Gelişimi* (“AKTAN, Can, *Globalleşme*”), <http://www.canaktan.org/yeni-trendler/globallesme/tarihsel.htm> (E.T. 21.04.2020), s. 1
- 3 Buna örnek olarak; etkin olamadığı şeklindeki eleştirilere maruz kalan Milletler Cemiyeti'nin bugünkü “Birleşmiş Milletler” (1945) adıyla anılmasını, kendisinden sonraki bağlayıcı evrensel/bölgesel insan hakları metinlerini etkileyen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin oluşturulma tarihini (1948), küresel bazdaki üyeleri arasında ekonomik istikrarı amaçları arasında sayan (1961) Ekonomik Kalkınma Ve İşbirliği Örgütü'nün (“OECD”) kuruluş tarihi sayılabilir.
- 4 AKTAN, Can, *Globalleşme*, <http://www.canaktan.org/yenitrendler/globallesme/tarihsel.htm> (E.T. 21.04.2020), s. 1
- 5 HELD, David, *Globalisation: the dangers and the answers* (“HELD, David, *Globalisation*”), s. 1.
- 6 Adı geçen eser (“A.g.e”), s. 1
- 7 AKTAN, Coşkun Can; ŞEN, Hüseyin, *Globalleşme ve Türkiye*, https://www.researchgate.net/publication/283119781_GLOBALLEŞME_VE_TURKIYE, (E.T. 21.04.2020), s. 2

de; uluslararası arenada bir aktörden daha bahsetmek gerekecektir: İş dünyası. Küreselleşme kavramına yönelik geliştirilen bazı yaklaşımlara göre iş dünyası aktörlerinden olan şirketlerin piyasada var olmaları, devletlerin devlet dışı aktörler ile sürekli olarak rekabet halinde olmalarını sağlayarak ulus-devletin egemenlik gücünü zayıflatacak niteliktedir⁸. Özellikle, insan haklarının ulus-üstü mesele olarak kabul edilmesini izleyen, 1900’lerin ikinci yarısından itibaren sesini daha çok duyurmaya başlayan bu aktörün uluslararası insan hakları hukukundaki yerini belirlemek gerekecektir.

a. İş Dünyası ve İnsan Hakları

İnsan hakları; herhangi bir ayrımcı başlık içermeden, bireyin sırf insan olması sebebiyle doğuştan sahip olduğu hak ve özgürlükleri ifade eden bir kavramdır⁹. Bu hak ve özgürlüklerin korunması yaklaşımındaki temel aktör de “devlet” olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar hak ve özgürlüklerin korunması konusunda birincil aktör devlet olarak kabul edilse de tüm sorumluluğu bu aktöre yüklemek; hakların, ihlali önleyecek şekilde, etkin bir şekilde korunmasını zorlaştıracaktır. Yukarıda kısaca bahsedilen süreçle ortaya çıkan bu aktörlerin hareketlerinin izlenmesi ve denetlenebilmesi insan haklarının korunması açısından büyük önem arz edecektir.

Pek çok devletin ekonomik gücünü geride bırakabilecek donanımda olan bu iş dünyası aktörlerinin, bireylerin yaşamına iyi ya da kötü etkide bulunabilme konusunda büyük bir potansiyellerinin mevcut olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu aktörlerden olan çokuluslu şirketlere yönelik tanımlar incelendiğinde ise, kendilerine ait olmasa dahi birçok ülkede koordinasyon ve denetleme gücüne sahip firmalar şeklinde tanımlandığı gözlemlenmektedir. Bu koordinasyon hali şirketlerin ekonomik sistemin temel aktörü olma saiki ile hareket etmelerini sağlamaktadır¹⁰. Ekonomik sistemin bir aktörü olmalarından kaynaklı olarak ekonomiden etkilenmekle birlikte aynı

8 ÇETİN, Beyzade Nadir, *Küresel Şirketlerin Jeopolitik Etkisi*, s. 41, https://www.academia.edu/29123307/KÜRESEL_ŞİRKETLERİN_JEOPOLİTİK_ETKİSİ (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

9 KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*; (“KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku*”), Legal Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 229-231

10 ÇETİN, Beyzade Nadir, *Küresel Şirketlerin Jeopolitik Etkisi*, s. 43, https://www.academia.edu/29123307/KÜRESEL_ŞİRKETLERİN_JEOPOLİTİK_ETKİSİ (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

zamanda ekonomiyi dönüşüme zorladıklarından da söz edebiliriz. İşte bu dönüşüm talebi de, kendi menfaatlerini gerçekleştirme amacına uygun bir küresel siyasi düzenin oluşmasını sağlamak olarak açıklanabilir¹¹. Sahip oldukları bu ekonomik güçlerin itici kuvvetinden yararlanarak, siyasi alandaki bu dönüşüm talebinin muhatapları olan devletler üzerinde etkileri de kaçınılmaz olacaktır¹². Özellikle birden fazla ülkede mal ve hizmet üretimi yapan çokuluslu şirketler yönünden bu potansiyel daha da büyük olacak ve tedarik zincirlerinin içerisinde yer alan gelişmekte olan ülkelerin koruma mekanizmalarının açıklarından yararlanarak pek çok hak ihlaline veya var olan hak ihlallerini beslemelerine sebep olacaktır¹³.

Açıklanan bu sebeplerle insan haklarının korunmasının tam ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi adına iş dünyasının da bu alandaki sorumluluğunu belirlemek bir ihtiyaç haline gelmiştir. Bu ihtiyaç doğrultusunda da hazırlanan metinlerden biri, BM tarafından İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeleri metni¹⁴ olmuştur. Ancak belirtmekte fayda var ki, bu ihtiyaç doğrultusunda BM tarafından hazırlanan tek metin Rehber İlkeler metni değildir. Aynı doğrultuda BM Küresel İlkeler Sözleşmesinden de bahsedebiliriz. Küresel İlkeler Sözleşmesini, kısaca, “*kurumsal sorumluluk*” yaklaşımlarını içeren ve katılımın gönüllülük esasına dayalı olduğu bir metin olarak niteleyebiliriz¹⁵. Sürdürülebilir bir küresel ekonominin sağlanması hedefinin benimsendiği bu sözleşme 10 ilkedен oluşmakta ve bu ilkeler BM tarafından kabul edilmiş evrensel bildirgelere dayanmaktadır¹⁶. İnsan hakları, çalışma hakları, çevre hakları ve yolsuzlukla mücadele ana başlıklarını taşıyan bu bildirge; ayrıntılı bir içeriğe ve etkili bir izleme/yaptırım gücüne sahip olmaması yönüyle eleştiril-

11 A.g.e., s. 45

12 A.g.e., s. 45

13 ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan, *Non-State Actors And Human Rights*, s. 1463

14 2011 yılında kabul edilen Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeler metninin orijinal hali için Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin sitesi ziyaret edilebilir, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

15 İstanbul Bilgi Üniversitesi, *Küresel İlkeler Sözleşmesi Nedir?*, <https://ungc.bilgi.edu.tr/tr/sss.html> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)

16 Global Compact NetworkTürkiye, <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/> (Erişim Tarihi:28.05.2020)

mektedir¹⁷. Ancak, şirketlerin özellikle finansal krizlerden korunmak için “uzun vadeli bir değer yaratma ihtiyacı”¹⁸ hissetmeleri; hem bu sözleşmeye taraf olmayı hem de belirtilen ilkelerin operasyonun tüm aşamalarında uygulanmasını sağlayacak şekilde benimsenmesini kolaylaştırmıştır.

Rehber İlkeler metnine geri dönecek olursak; bu metnin ise 3 sacayağı bulunmaktadır. Bu sacayakları arasında bir hiyerarşik ilişki bulunmamakta; etkin bir insan hakları korumasının iş dünyasında sağlanması için üçünü de destekleyecek adımların atılması gerekmektedir. Bu sacayakları devletin koruma yükümlülüğü, iş dünyasının saygı duyma yükümlülüğü ve son olarak da telafi edici çözüme erişim sağlanmasıdır¹⁹. Her ne kadar bir hiyerarşik sıralama mevcut olmasa da, metnin muhatabı olan devlet ve iş dünyası aktörlerinden aynı davranışlarda bulunmalarını beklemek gerçekçi olmayacaktır²⁰. Bu yaklaşım doğrultusunda, ilk sacayağı olan “koruma yükümlülüğü” için metinde devlet ve iş dünyası adına insan haklarını koruma konusunda kavram ayırımına gidilmiştir. Uluslararası insan hakları metinlerinin temel aktörü olan devlete bu konuda “yükümlülük”, şirketlere ise “sorumluluk” yüklenmiştir.

Rehber İlkeler metninin ikinci sacayağında olan “*respect*” kısmında düzenlenen “*due diligence*” kavramına da değinmek gerekecektir. Kavram kısaca şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu olarak açıklanabilir. Fakat bu kavramla vurgulanan asıl olarak şirketlerin tüm operasyon sürecinde, süreklilik arz edecek şekilde,

-
- 17 CONFINO, Jo, *Cleaning up the Global Compact: dealing with corporate free riders*, 2012 <https://www.theguardian.com/sustainable-business/cleaning-up-un-global-compact-green-wash> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- 18 Bu yaklaşım George KELL tarafından şurada dile getirilmiştir: CONFINO, Jo, *Cleaning up the Global Compact: dealing with corporate free riders*, 2012, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/cleaning-up-un-global-compact-green-wash> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- 19 RUGGIE, John, *Protect, Respect, Remedy, A Framework for Business and Human Rights*, 2008, s. 191, https://learn.bilgi.edu.tr/bbcswebdav/pid-391724-dt-content-rid-3328324_1/courses/TRIB01.PG.2019.2.LAW_638.01/J.Ruggie_PPP-A.Framework.for.Business%26HR..pdf (Erişim Tarihi: 16.05.2020)
- 20 YILDIRIM, Engin, *Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi*, 2014, s. 9 atfı ile: RUGGIE, John, *Interim Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, Economic and Social Council, United Nations, E/CN.4.2006/97, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/110/27/PDF/G0611027.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

insan haklarına saygı sorumluluğunu devam ettirmeleridir²¹. Dolayısıyla bu “insan haklarını koruma sorumluluğu” sadece faaliyet sonuç raporlarıyla, belirli aralıklarla elde edilen veriler şeklinde yüzeysel olarak değil; şirketin varlığı boyunca devam edecek bir süreç şeklinde ele alınacaktır²². Bu sorumluluğun kapsamı; mevcut ve potansiyel insan hakları etkilerinin farkında olma, bunları önleme ve ele alma şeklinde belirlenir²³. Bu vurgu, Rehber İlkeler metninde de aynı şekilde yer almıştır²⁴.

Tabii ki bu noktada “insan hakları” kavramından ne anlaşılması gerektiği de özellikle belirlenmelidir. Bazı ülkelerin insan hakları koruma prosedürü açısından iyi bir karneye sahip olmaması, devletin bu koruma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumu söz konusu olabilir. Bu ülkelerde faaliyet gösteren çokuluslu şirketlerin -devletlerin “yükümlülükleri yerine getirmeme” halinden yararlanarak ihlale sebebiyet vermemeleri adına- koruma sorumluluklarında bulunan “insan hakları” kavramının içeriği faaliyette bulunulan ülke ile sınırlı tutulmamıştır. Rehber İlkeler metninin maddeleri incelendiğinde de, “uluslararası tanınmış insan hakları” kavramının kullanıldığı görülecektir²⁵. Bu ifade ile vurgulanan aslında minimum düzey olarak da ifade edebileceğimiz İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İkiz Sözleşmeler olarak bahsettiğimiz Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine ek olarak Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (‘ILO’) Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi’dir. Evrensel nitelikli bu insan hakları metinleri, iş dünyası aktörlerinin saygı sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde başrolü oynayacaktır. Fakat bunların minimum eşikler olduğunun da akıldan çıkarılmaması gerekmektedir.

21 ABRAHAMS, Désirée; WYSS, Yann, *HRIAM*, s.15 https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FGuidetoHRIAM.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

22 UN General Assembly (A/HRC/11/13), *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, s.18 para.71, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

23 ABRAHAMS, Désirée; WYSS, Yann, *HRIAM*, s.15 https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FGuidetoHRIAM.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

24 UN Guiding Principles, m. 17. Aynı şekilde, süreç vurgusunun olduğu bir diğer madde olarak m. 19’u örnek verebiliriz.

25 “... internationally recognized human rights...”, UN Guiding Principles, m. 12.23 ve 31.

Üçüncü sacayağı olan “telafi edici çözümün sağlanması” ise, şirket tarafından herhangi bir hak ihlali gerçekleşmesi halinde yargısal ve yargısal olmayan her türlü şikayet mekanizmasının oluşturulması ve etkin olarak işletilmesi anlamına gelecektir. Rehber İlkeler metni çözüm mekanizmalarının oluşturulmasında yargısal çözüm mekanizmalarını devletin koruma yükümlülüğünün bir uzantısı olarak görmekle birlikte²⁶, yargısal olmayan çözüm mekanizmalarının pratik etkisine duyulan ihtiyacın da altını çizmektedir²⁷. Yargısal olmayan çözüm mekanizmaları Rehber İlkeler metni uyarınca: Meşru, erişilebilir, öngörülebilir, adil, şeffaf ve diyalogu temel alan bir yapıda olma şeklinde sıralanabilir²⁸. Yargısal olmayan çözüm mekanizmaları devlet temelli olabileceği gibi, Rehber İlkeler tarafından iş dünyasının devlet dışında kalan diğer katılımcılardan olan şirketler ve meslek örgütlerinin de bu çözüm mekanizmalarının oluşturulması konusunda görevli kılındığı görülmektedir. Çözüm mekanizmalarının oluşturulması için sorumlu kılınan katılımcılar yönünden gösterilen bu kapsayıcı yaklaşım, çözüm mekanizmasının içeriği yönünden de gösterilmiştir. Rehber İlkeler metninin üçüncü ayağı olan telafi edici çözümler, sadece gerçekleşen insan hakları ihlallerine yönelik bir çözüm üretmeyi değil; aynı zamanda şirket faaliyetlerinin risk ve insan haklarına yönelik olumsuz etkilerinin araştırılmasını da kapsamaktadır²⁹. Her ne kadar bu devlet dışı telafi edici çözüm mekanizmalarının ihlali gerçekleştiren veya gerçekleştirme potansiyelini taşıyan şirketler üzerinde doğrudan bir yaptırım gücü bulunmasa da, şirketin itibar ve saygınlık gibi piyasadaki gücünü de-

-
- 26 ŞİMŞEK, A. Aslı, *İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında*, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, (*İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi*"), Onlki Levha Yay., İstanbul, 2019, https://www.academia.edu/38484542/A._Aslı_Şimşek_İnsan_Hakları_Hukuku_ve_İş_Dünyası_İlişkisi_Hukuki_Yükümlü_ile_Kurumsal_Sorumlu_Arasında_Prof._Dr._Sabih_Arkana_Armağan_On_İki_Levha_Yayıncılık_İstanbul_Ocak_2019_s._1161-1199, s. 1189, (Erişim Tarihi: 09.11.2020)
- 27 Bu konu, Rehber İlkeler metninin 27. maddesinde “Hukuki sistemlerin, etkili ve yeterli kaynaklara sahip olması ihtimalinde dahi, tüm ihlallere cevap verecek yükü taşıyamayacağı” şeklinde açıklanmıştır.
- 28 Bu konu, Rehber İlkeler metninin 31. maddesinde “*Hukuki olmayan şikayet mekanizmaları için etkililik*” başlığında sıralanmıştır.
- 29 İSPIRLİ ARMAĞAN, Merve, *Uluslararası Hukukta Çokuluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri*, 2019, s. 64 <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000379.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

vam ettirmesini sağlayan olgulardaki olumsuz kanaatleri önlemek adına itici bir kuvvet oluşturacağı da açıktır³⁰.

Rehber İlkeler metni; yumuşak hukuk kuralları arasında ele alınır, yasal bağlayıcılıkları yoktur, devletler ve iş dünyası aktörlerine yönelik yükümlülükler yaratmak yerine mevcut standartların ve oluşturulan etkilerin tutarlı ve kapsamlı olarak ele alınmasını, eksiklerin belirlenmesini ve iyileştirilmesini hedefler³¹. Bu da temel olarak yaptırımı bulunmayan, gönüllülük esasına dayalı bir metin olmasını sağlar³². Ancak böyle olması, metnin uygulama gücünün olmadığı veya zayıf olduğu anlamına da gelmemektedir. Birçok uluslararası örgütte, bu Rehber İlkeler metninde belirlenmiş olan prosedürler ışığında çeşitli düzenlemeler yapılması sağlanarak, dolaylı yoldan çokuluslu şirketler yönünden bir zorunluluk temasının yaratılması mümkün hale getirilebilir³³.

2. TEKSTİL VE HAZIR GIYİM SEKTÖRÜ

Konumuz olan H&M Grubuna giriş yapmadan önce, kısaca tekstil ve hazır giyim sektörünü de tanımak gerekecektir. Tekstil elyaf hazırlama, iplik ve kumaş elde etme sürecini; hazır giyim ise elde edilen kumaşlardan giyim ürününün oluşumuna kadar devam eden süreci ifade etmektedir³⁴. Giyim eşyalarının, gıdadan sonra gelen temel ihtiyaçlar kategorisinde olmasından dolayı, sektörün piyasa üzerindeki genişliğini de tahmin etmek zor olmayacaktır. Üstelik; temel tüketim ihtiyaçları arasında olmasına ek olarak; sağladığı geniş istihdam imkanı, düşük denilebilecek sermaye ve yüksek ihracat

30 A.g.e., s. 65

31 ORTEGA, Olga, *Human Rights Due Diligence for Corporations: from Voluntary Standards to Hard Law at Last?*, 2013, s. 55 https://www.academia.edu/6405339/Human_Rights_Due_Diligence_for_Corporations_from_Voluntary_Standards_to_Hard_Law_at_Last# (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

32 ŞİMŞEK, A. Aslı, *İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi*, s. 1164 (Erişim Tarihi: 17.05.2020)

33 Örnek olarak, OECD'nin ihracat kredisi verilmesinde şirketlere yönelik Rehber İlkeler metninde belirtilen “human rights due diligence” değerlendirmesinin yapılması gerektiğine yönelik yaklaşımı bulunmaktadır. <https://www.shiftproject.org/news/oecd-human-rights-due-diligence-export-credit-agencies/> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

34 YILMAZ, Tuğba, *Dünya Tekstil Ve Hazır Giyim Ürünleri Ticaretine Uygulanan Ticaret Politikaları* (“YILMAZ, Tuğba, *Dünya Tekstil ve Hazır Giyim Ürünleri Ticaretine Uygulanan Ticaret Politikaları*”), <http://www.istemiparman.com.tr/dunya-tekstil-ve-hazir-giyim-urunleri-ticaretine-uygulanan-ticaret-politikalari/>, 2014, (Erişim Tarihi: 11.05.2020)

oranlarıyla da ülkelerin ekonomik kalkınma süreçlerine destek verebilen bir alandır³⁵. Düşük sermaye ile birlikte geniş bir istihdam alanı yaratabilme potansiyeline sahip olması, bu sektörün neden özellikle gelişmekte olan ülkelerin başlıca ekonomi kanallarından biri olduğunu da açıklamaktadır. Aslında tam da bu nedenle, bu sektördeki insan hakları ihlallerinin engellenmesi ve bu konuda üretim ağını kalkınma düzeyi düşük ülkelerde oluşturmuş çokuluslu şirketlerin insan haklarının koruması konusundaki sorumluluklarını almalarının sağlanması özel önem arz etmektedir.

Düşük işgücü maliyetleri, devlet faaliyetlerinin şeffaflığının sağlanamaması, hak arama mekanizmalarının etkililiğinin yeterli olmaması, insan haklarını koruma anlayışının benimsenmemiş olması gibi arttırılabilecek pek çok nedenle birlikte bireylere yeterli korumanın sağlanamadığı ülkelerde; çokuluslu şirketlerin var olan eşitsizlik ortamından yararlanarak, bunu daha da derinleştirecek şekilde hareket etmelerini önlemek gerekmektedir.

İşte tüm bu sebeplerle birlikte, her ne kadar sektör özelinde ticarete yönelik çeşitli uluslararası düzenlemeler olsa da -Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ekinde yer alan Tekstil ve Giyim Anlaşması gibi konuları bir kenara bırakarak- korumanın tam ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi adına “iş dünyasının insan haklarını koruma sorumluluğu” içeriğini belirleyen Rehber İlkeler metninin, bu şirketlerin faaliyetlerine entegre edilmesi gerekmektedir.

a. H&M Grubu

H&M Grubu, çeşitli alt markalara sahip İsveç menşeli bir hazır giyim grubudur³⁶. Aynı zamanda çokuluslu bir yapıya sahip olmanın da etkisiyle, faaliyetlerini “değerler” ve “küresel politikalar” üzerine oluşturmuş bir şirkettir. Dolayısıyla pek çok veriye siteleri üzerinden erişmek mümkündür, diyebiliriz.

Öncelikli olarak insan hakları politikasını incelediğimizde, Rehber İlkeler metniyle birlikte uluslararası insan hakları konusunda

35 YILMAZ, Tuğba, *Dünya Tekstil ve Hazır Giyim Ürünleri Ticaretine Uygulanan Ticaret Politikaları*, 2014

36 H&M Group, <https://hmgroup.com/about-us.html> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

minimum eşik olarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine doğrudan atıf verildiğini görmekteyiz. Bu her ne kadar Rehber İlkeler metninde yer alan bilgilerin tekrarı niteliğinde olsa da, ILO Bildirgesinden bu bölümde bahsedilmemiş olması dikkatten kaçmamalıdır. Her ne kadar Rehber İlkeler metninin benimsendiği vurgusu mevcut olsa da, ILO metinlerinden bahsedilmemiş olması şirketin işçilerine yönelik politikası hakkında fikir verici bir durumdur³⁷.

H&M Grubunun; “*Human Rights Policy*” başlığı altındaki genel vurgusunun şirketlerin sürdürülebilirliğini sağlama yönünde olduğu söyleyebiliriz³⁸. Ayrıca yine bu kısımda ILO Bildirgelerine, OECD Çokuluslu Şirketler Rehberine ve BM’nin Küresel İlkeler Sözleşmesine de değinilmiştir. Grup, insan hakları konusunda minimum eşik olarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesine atıf verdiği bölümde (bu bölüm, sitede bulunan giriş kısmında yer alan, bu sebeple öncelikli olarak belirtilen bölümdür) ILO sözleşmelerinden ve OECD ile Küresel İlkeler Sözleşmesinden bahsetmemiştir. OECD’nin Çokuluslu Şirketler Rehberi ve BM’nin – gönüllü katılım esasına dayalı olan – Küresel İlkeler Sözleşmesi şirketin “sürdürülebilirlik” hedefleri arasındaki insan hakları politikaları kapsamında ele alınmıştır. Bu yönüyle de aslında insan haklarına yönelik ikili bir yaklaşımlarının olduğu söylenebilir: Birincisi, daha temel nitelikte saydıkları hak kategorilerinin bulunduğu bölüm olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve İkiz Sözleşmelerden oluşan bölüm; ikincisi ise çalışanlara ve birlikte iş yaptıkları aktörlere yönelik (örnek olarak, birlikte çalıştıkları tedarik zincirleri verilebilir) olan, şirketin sürdürülebilirliğini sağlamak adına -ekonomik boyutuyla ön plana çıkan- ILO Bildirgeleri, OECD Çokuluslu Şirketler Rehberi ve BM Küresel İlkeler Sözleşmesi bölümü olmuştur. Kısacası, Grubun

37 Her ne kadar metnin ilerleyen kısımlarında tekrar değinecek olsam da, burada eklemek gerekir ki H&M Grubu COVID-19 pandemisi sebebiyle bini aşkın kişinin işine son vereceğini açıkladı. <https://dokuz8haber.net/emekdunyasi/koronavirus-iscileri-vuruyor-hm-iscileri-isten-cikartacak/> (Erişim Tarihi: 17.05.2020)

38 H&M Group, *Human Rights Policy*, 2012 <https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/masterlanguage/CSR/Policies/Human%20Rights%20Policy.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)

“birlikte çalıştığı” kişilere/şirketlere yönelik düzenlemeleri aslında ilk bölümden ayrı bir noktada tutulmuştur. Ve bu anlayış, ILO’dan kaynaklı olarak, şirket bünyesindeki çalışanların haklarına da ekonomik bakış açısıyla yaklaşıldığını ortaya koymaktadır.

Bu ayrım şu yönüyle şirket açısından mantıklı olabilir: H&M’in iş modeli ürünlerin dışarıdan tedarik edilmesi yöntemine bağlıdır³⁹. Dolayısıyla, ürünlerin üretiminden dağıtımına kadar olan zincirin tamamında çeşitli şirketlerle çalışmaktadırlar. Bu denli üçüncü kişilere bağlı bir ticari ilişkinin tamamında insan haklarının Rehber İlkeler metninde vurgulanan şekilde, ilk halkadan itibaren etkin olarak korunması için, sistematik bir düzenleme oluşturulduğu söylenebilir.

Yukarıda da değinildiği üzere, H&M ürünlerini dışarıdan tedarik eden bir hazır giyim grubudur. Rehber İlkeler metninin 11. maddesine göre, şirketlerin insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu kapsamında hem ihlalden kaçınmaları hem de haklar üzerinde olumsuz bir etkiye sebep olmuşlarsa da bunun ele alınmasını sağlayacak şekilde davranmaları gerekmektedir. Bu insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu, şirketlerin sadece merkezlerinin (özellikle hazır giyim markaları yönünden satış şubelerinin de) bulunduğu yerde değil, her nerede faaliyet gösterirlerse gösterecekleri bu sorumluluğa sahip bir şekilde hareket etmelerini gerektirmektedir⁴⁰. Dolayısıyla insan haklarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamak için, Rehber İlkelerde de benimsendiği üzere, sadece çokuluslu şirketin sebep olduğu insan hakları olumsuz etkilerinin değil; aynı zamanda bu şirketlerin iş ortaklarının sebep olduğu olumsuz etkilerden de sorumlu olmaları ve mevcut bir olumsuz etkiye katkıda bulunacak şekilde hareket etmemeleri gerekmektedir⁴¹. Şirketin iş ortaklarıyla olan süreci de kapsayacak şekilde, faaliyetinin her aşamasında (gerek kendisinden gerekse üçüncü kişilerden kaynaklı) oluşan bu olumsuz etkileri de değerlendirerek ele alması beklenecektir. Dolayısıyla, dışarıdan tedarik şeklinde faaliyet gösteren bu şirketin -özel-

39 GORANSSON, Susanne; JONSSON, Angelica; PERSSON, Michaela, *Extreme Business-Models in the Clothing Industry- A Case Study of H&M and ZARA*, 2007, s. 34, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2%3A230949/FULLTEXT01.pdf> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

40 UN Guiding Principles, m. 11

41 UN Guiding Principles, m. 17/a

likle tedarik zincirindeki- iş ortaklarıyla çalışma aşamalarında ortaya çıkan ihlallere yönelik müdahalelerin neler olduğu incelendiğinde, Rehber İlkeler metninde “*due diligence*” olarak belirtilen, “insan haklarına saygı gösterme” anlayışını yansıtıp yansıtmadıkları bilgisine ulaşılabacaktır.

b. H&M Grubunun Tedarik Zincirine Yönelik Politikaları

H&M Grubunun dıştan alım şeklinde çalışıyor olması, onun tedarik zincirine yönelik politikalarının incelenmesini özellikle önemli hale getirmektedir. Dıştan alım şeklinde çalışma, şirketin kendi bünyesinde bir üretim alanının olmaması, bunun yerine üretimde dışarıdan şirketler/kişiler ile çalışmaya gidildiğini göstermektedir. Sektörün güçlü aktörlerinden olan bir çokuluslu şirketin sadece kendi bünyesinde olan bir üretim ağının olmaması sebebiyle bu ağdaki hak ihlallerinden sorumlu tutulmaması, genellikle gelişmekte olan ülkelerin ucuz işgücünden yararlanarak kâr marjını yükseltebilmelerine rağmen herhangi bir sorumluluk almıyor olmalarına; yani kâr odaklılık ile insan haklarına saygı sorumluluğu dengesini hak aleyhine bozarak, insan haklarının etkili olarak korunamamasına sebebiyet verecektir. Her ne kadar tedarik firmasının faaliyetlerinin sorumluluğunun doğrudan merkez şirkete ait olmasını gerektirecek yasal bir zorunluluk olmasa da; gelişen toplumsal beklenti sayesinde bu firmaların olumsuz insan hakları etkilerinin, güçlü konumda olan merkez çokuluslu şirketin farkında olması ve hesap verme sorumluluğunun oluşturulması amaçlanmıştır⁴². Rehber İlkelere de yansıyan ve ikinci sacayağı olan “insan haklarına saygı gösterme sorumluluğu” içerisinde sayılan bu anlayış doğrultusunda çokuluslu şirketlerin politika taahhütlerini yerine getirip getirmediğini incelemek için tedarikçi firmalarına yönelik denetim ve çözüm yöntemlerini de incelemek gerekecektir⁴³.

H&M Grubu, “*Human Rights Policy*” başlığı altında tedarik zincirine ait düzenlemeleri ayrıca belirtmiştir. Tedarik zinciri içerisinde

42 ABRAHAMS, Désirée; WYSS, Yann, *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management (HRIAM)* (“HRIAM”), s.28 https://d306pr3pise04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FGuidetoHRIAM.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

43 UN Guiding Principles, m. 17/a

insan haklarının korunmasını sağlamak adına zincirde birlikte çalıştıkları tedarikçiler ve iş ortaklarıyla karşılıklı diyalog ve işbirliği içinde olduklarının vurgusu bulunmaktadır. Şirketin insan hakları politikası taahhütleri içerisinde, sadece bu cümleye dahi yer veriliyor olmasından çıkacak en önemli sonuç; şirket, tedarik zincirinde oluşabilecek insan hakları ihlallerinden sorumlu olduklarını kabul etmektedir, diyebiliriz. İlgili kısımda ayrıca mevcut veya olası insan hakları etkilerinin değerlendirilmesinden de bahsedilmektedir. Bu da aslında, yine Rehber İlkeler metninde vurgulandığı gibi, insan haklarının korunması sorumluluğunun bir politika taahhüdü şeklinde belirlenmesi hedefine uygundur⁴⁴. Politika taahhüdünün amacı; şirketten kaynaklanan veya şirketin katılımıyla artan olumsuz bir insan haklarına etki durumunun oluşumunun mümkün olduğunca önüne geçmektir. Yani; şirketin olumsuz etki oluşturmasını engelleyecek şekilde hareket etmesi, şirketin tüm faaliyetlerini öncelikle insan haklarını koruma sorumluluğunu gözeterek planlaması beklenir. Böyle bir politika taahhüdünün olmaması, sadece şikayet mekanizmalarıyla oluşan etkinin değerlendirilmesi ve zararın giderilmesine yönelik yaklaşımların benimsenmesi; korumadan ziyade sistematik olarak devam eden olumsuz insan hakları etkilerinin oluşumuna sebebiyet verebilir ve hatta şirketler yönünden yapılacak savunmalarda “olumsuz etkilerin giderilmesi” çalışmaları olumlu bir adım gibi gösterilerek, ihlallerinin üstünü kapatmak için kullanılan bir kılıf haline bürünebilir. Metnin 15. maddesinde de açıkça anlaşıldığı üzere; insan hakları etkilerini tespit eden, önleyen, azaltan ve bu etkilerin şirket tarafından nasıl ele alındığını belirten, ayrıca sebep olunan veya katkıda bulunulan olumsuz etkilerin telafi edilmesini sağlayan çözüm süreçlerinin şirket politikasında bulunması gerekmektedir. “Tespit etme, önleme ve azaltma” niteliklerini taşıyan bir insan hakları politikası taahhüdü, şirketin faaliyetlerinin başlangıç aşamasından itibaren sürece dahil olmasını sağlayacaktır. Hak korumasının sürekliliği için bu politika taahhüdüne ihtiyaç bulunmaktadır.

Politika taahhütlerinin, insan haklarının korunması konusundaki sürekliliği sağlaması; bu metinlerin sahip olması istenen özelliklerden kaynaklanmaktadır. Rehber İlkeler metninin 16. maddesinde,

44 UN Guiding Principles, m. 15

bu taahhütlerin barındırması gereken özellikler belirlenmiştir. Bunlar doğrultusunda politika taahhüdü:

- şirketin üst kademesi tarafından onaylanmış,
- şirketin etki derecesi ve çalışma alanına göre temas edebileceği insan hakları başlıklarının uzmanlar tarafından belirlenmiş,
- paydaş olarak nitelenen (personelleri/iş ortakları ve faaliyetlerinin her aşamasında etkileşimde buldukları diğer grupların) tarafların katılımcılık esasına dayanarak, insan hakları beklentilerinin farkında olacak şekilde,
- kamuya açık ve şeffaf bir metin şeklinde olmalıdır.

Diyaloga ve işbirliğine dayanan, çalışma alanına göre kapsamlı bir şekilde belirlenmiş, insan haklarını koruma içerikli bir taahhüt metninin en üst kademe tarafından onaylanması demek; şirketin asıl karar mercisinin, her adımda, sorumluluğunun farkında olarak hareket etmesini ve hareket sonuçlarının geri dönüşünü de incelemesini, kısacası şirket yönetiminin “farkında olmasını” sağlamak demektir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, Grubun insan hakları politika taahhüdü tedarik zincirinde koruma sorumluluğunu üstlendikleri vurgusunu taşıyan bir metin niteliğindedir. Burada, “*Human Rights Policy*” başlığının dışında, tedarik zincirindeki insan haklarını koruma sorumluluğunun sürekliliğini sağlamak adına ayrıca bir taahhütnamenin bulunduğu da belirtilmiştir: *Sustainability Commitment* (“Taahhütname”)⁴⁵. Dolayısıyla şirket nezdinde tedarik zincirindeki insan haklarını koruma vurgusu ön plana çıkan başlıklar arasındadır, diyebiliriz.

Şirketin Sürdürülebilirlik Taahhüdü; içerik bakımından insan hakları politikalarını desteklemekle birlikte, ayrıca geliştirici bir özelliğe de sahiptir. Aslında, sitede bulunan “*Human Rights Policy*” başlığı altında temel hedeflerinin; “*Sustainability Commitment*” başlığı altında ise bu temel hedeflerin daha kapsamlı bir açıklamasının yer aldığını da söyleyebiliriz.

⁴⁵ H&M Group, *Human Rights Policy*, 2012 <https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/masterlanguage/CSR/Policies/Human%20Rights%20Policy.pdf> (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

H&M Grubu, bu Taahhütname içerisinde bir şirketin ancak sürdürülebilirliği sağladığı noktada başarılı olabileceğinden söz etmiştir. Ve yine bu hedef doğrultusunda dikkat çeken bir vurgu olarak, sürdürülebilirliği üç temel sacayağı üzerinden ele almışlardır ve bu üç temel konuda mevcut yasal düzenlemelere uymanın ötesine geçerek, bunları daha ileriye taşıyan bir stratejiyle hareket etmeyi hem kendileri hem de birlikte çalıştıkları iş ortakları yönünden bir misyon haline getirmişlerdir⁴⁶. Bu sacayakları:

1. Ayrımcılığın ve çocuk işçiliğinin engellendiği, örgütlenme özgürlüğü ve toplu pazarlığı kapsayacak şekilde çalışma haklarının garanti altına alındığı, diyalogun benimsendiği, işçilerin temel ihtiyaçlarının karşılandığı asgari yaşam ücretlerinin olduğu Sağlıklı İşyerleri Kriteri
2. Şimdiki ve gelecek kuşakların temiz su ve hava gibi temel ihtiyaçlarını karşılayan doğal kaynakların sorumluluk esasıyla kullanılması ve korunmasını hedefleyen Sağlıklı Ekosistem Kriteri
3. Hayvanlar üzerinde testlerin yapılmamasını da kapsayacak şekilde Hayvan Refahı Kriteri

şeklinde. Hazır giyim sektörü gibi büyük ve doğal kaynak tüketiminin fazla olduğu sektör aktörlerinin özellikle çevresel haklara karşı daha koruyucu olması önemlidir. Bu aktörün büyüklüğüne ve alanına göre farklılık göstermekle birlikte, H&M Grubu gibi içerisinde kozmetik, ev tekstili ürünlerin de barındığı ve dıştan alıma dayanan ticaret modeline sahip çokuluslu şirketlerde bunlara tedarikçiler yönünden özellikle önem verilmesi gerekecektir. Aksi takdirde Rehber İlkeler metninin hedeflediği koruma mekanizmasının, etkin bir şekilde, operasyonun tamamına entegre edilmesi mümkün olmayacaktır. Yine, metne uygun bir şekilde, uyulması gereken prosedürlerde uluslararası mevzuat veya yereldeki kurallar arasında bir çatışma çıkması durumunda en yüksek korumayı sağlayan metinlerin geçerli olacağı da belirtilmiştir. Bu nitelermeler, özellikle iş ortakları yönünden de zorunlu olarak benimsenmesi gereken başlıklar olması yönüyle önemlidir.

⁴⁶ H&M Group, *Sustainability Commitment*, s. 1, https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Sustainability%20Commitment/Business%20Partner%20Sustainability%20Commitment_en.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

Şirketin faaliyet ortakları yönünden getirilen düzenlemelerin bir diğeri de “*Code of Ethics – Business Partner Commitment*” başlığı altında kendisini göstermektedir. Şunu eklemek gerekir ki metinlerin tamamına bakacak olursak, birlikte faaliyet yürütülen gruplar farklı isimlerle belirtilmiştir. İş ortakları, doğrudan olmayan iş ortakları, tedarikçiler, kuruluşlar, acenteler, servis sağlayıcılar vs. şeklinde sayılmıştır. Etik kodların bulunduğu bu metinde, açıkça birlikte faaliyette bulunan kişi ve kurumların tamamı “iş ortağı” olarak nitelenmiştir⁴⁷. Dolayısıyla, Taahhütnamede de belirtilen iş ortakları kelimesini bu şekilde geniş yorumlamak gerekecektir. Etik kodlarının içeriği; yolsuzlukla mücadele⁴⁸, ticari sırların saklanması, şirketin hediye politikası gibi alanların sorumluluklarını iş ortaklarına ulaşacak şekilde genişletmektedir.

Buraya kadar açıklanan verilerle, H&M Grubu Rehber İlkeler metni anlayışına sahip bir şirket olarak tespit edilebilir. Ancak, kağıt üzerinde düzenlenen bu verilerin pratiğe yansımaları da incelenmelidir, çünkü “*due diligence*” kavramı kapsamında, operasyonun tamamına yayılacak şekilde, etkin olarak bu korumanın gerçekleşmesi için olumsuz etkilerinin izlenmesi gerekmektedir⁴⁹. İş ortakları yönünden, Grubun Taahhütnamede belirttiği koşulların yerine getirilip getirilmediği denetiminin nasıl sağlandığının tespit edilmesi gerekmektedir. H&M bu denetimi performans verilerinin değerlendirme, kendi denetçilerini göndererek yazılı rapor elde etme ve habersiz ziyaretlerle yapmaktadır⁵⁰. Yine bu kısımda, denetimlerin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için ortakların bilgilendirme konusunda özellikle şeffaf olmaları gerekmektedir. Taahhütnamede; iş ortaklarının sahip oldukları her türlü verinin ve uygulamaların paylaşımı için şeffaf olmayan bir yaklaşım benimsemesi veya kasten yanlış bilgi aktarması halinde, bunun doğrudan Taahhütnamenin ihlali şeklinde

47 H&M Group, *Code of Ethics*, s. 1, [https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Policies/Code%20of%20Ethics%20-%20Business%20Partner%20English%20\(April%202012%20Revised%20April%202014\)_en.pdf](https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Policies/Code%20of%20Ethics%20-%20Business%20Partner%20English%20(April%202012%20Revised%20April%202014)_en.pdf) (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

48 Bu başlık aynı zamanda BM Küresel İlkeler Sözleşmesinin 10. İlkesinde sayılmaktadır: Global Compact, <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/> (Erişim Tarihi:28.05.2020)

49 UN Guiding Principles, m. 19. Ayrıca, bu izleme mekanizmasının sahip olması gereken özelliklere de m. 21’de değinilmiştir.

50 H&M Group, *Sustainability Commitment*, s. 2, https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Sustainability%20Commitment/Business%20Partner%20Sustainability%20Commitment_en.pdf (Erişim Tarihi:21.05.2020)

kabul edilerek aradaki ilişkinin sonlandırılmasının gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Denetim konusunda şeffaflığın garanti altına alınması öncelikli kriterleri olmuştur, diyebiliriz.

Burada, şirketin bu politika taahhüdünü destekleyici bir veriden bahsedebiliriz: Rana Plaza felaketi. Giyim sektörünün tedarik zincirindeki felaketlerinden biri olarak kabul edilen, 2013 yılında Bangladeş’in başkenti Dakka’da gerçekleşen Rana Plaza adlı konfeksiyon fabrikasının çökmesi sonucu 1000’in üzerinde işçi ölmüş ve bu felaketin yarattığı etki sebebiyle tedarik zincirindeki problemler de tüm dünyanın dikkatini çekmiştir⁵¹. H&M Grubu açısından, Bangladeş’te bina ve yangın güvenliği şartlarının sağlanmıyor olması sebebiyle 2009 yılından itibaren plaza tipi çok katlı binalarda faaliyet gösteren tedarikçilerle çalışmama kararı alınmıştır⁵². Grup, binada birlikte çalıştığı bir tedarikçisi olmasa da kalıcı iyileşmenin sağlanması için birlikte hareket edilmesi gerektiği vurgusuyla, bölgedeki koruma düzenlemelerinin sağlanmasında aktif olarak rol aldıklarını da açıklamıştır.

Grubun birlikte çalıştığı iş ortakları ile faaliyetlerinin denetlenmesi adına belirli girişimlerde bulunması ve bunları bir politika taahhüdü kapsamında belirtmesi iyi olmakla birlikte yeterli değildir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki tedarik zincirinde bulunan sorunlara yönelik eylem planlarının neler olduğunu ve nasıl hareket ettiklerini de incelemek gerekecektir. Her ne kadar düzenleme yeri açısından Sürdürülebilirlik Taahhütnameşi başlığı altında düzenlenmiş olsa da, Rehber İlkeler ışığında yorumlandığında çalışanların kendisini ve ailesini geçindirecek şekilde asgari bir yaşam ücretinin belirlenmesi ILO kapsamında da koruma altına alınan temel bir insan hakları konusudur. Dolayısıyla, yine Rehber İlkeler ışığında, şirketin bu asgari ücrete dair sorumluluğu tüm iş ortaklarının operasyonları nezdinde de devam edecektir. Bu sorumluluk gerek Rehber İlkeler metni, gerekse kendi politika taahhütlerinden kaynaklanmaktadır.

-
- 51 OBERTREIS, Rolf, *Facia Sonrası Zihniyet Değişikliği*, 2018
<https://www.deutschland.de/tr/topic/ekonomi/rana-plaza-felaket-sonrasinda-bengladeste-ki-tekstil-endustrisi> (Erişim Tarihi: 24.05.2020)
- 52 H&M:s comment on fire and building safety in Bangladesh, 2013, https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/company_responses/h&m-response-re-bangladesh-building-collapse.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2020)

Atıfta buldukları gibi, ILO metinlerine uygun olarak, asgari ücret çalışanlarının ve onların ailelerinin temel ihtiyaçlarını karşılayabileceği seviyede olmalıdır⁵³.

Grup her ne kadar asgari ücrete dair politikalarını uluslararası standartlar seviyesinde düzenlediğini iddia etse de; tedarikçilerinin ücret politikalarının Bangladeş ve başka pek çok ülkede asgari ücretten daha düşük seviyede olduğu tespit edilmiştir⁵⁴. Bangladeş tedarik zincirindeki bir kadın işçiyle yapılan mini röportajda ayrıca 13 saatlik günlük çalışma süresinin de olduğu anlaşılmaktadır⁵⁵.

Hindistan merkezli bir sivil toplum örgütü olan Cividep’in, Hindistan’daki giyim sektörü işçilerinin asgari ücretlerine dair çokuluslu şirketlerin görevlerini yerine getirmediğini bildirdiği raporda da benzer tespitler söz konusudur⁵⁶. H&M Grubunun Bangalore/Hindistan bölgesindeki Factory B olarak belirtilen ve 3000’den fazla işçisi olan tedarikçisinin mevcut durumunun burada çalışan işçiler tarafından anlatıldığı raporda çalışma koşulları ve kazanılan ücretle, Grubun tedarikçiler için de geçerli kabul ettiği taahhütlerinin uyuşmadığı görülmektedir⁵⁷. İşe geç gelmesinde ücret kesilmesi, çalışma saatleri uzunluğu, tatillerde çalışmaya zorlanma, ücretsiz fazla mesai yapılması, günlük üretim hedeflerinin işçi tarafından gerçekleştirilememesi halinde istifa etmesini bekleme ve mobbinge maruz bırakılma vs. gibi sebeplerin sıralandığı, olumsuz bir çalışma ortamı mevcuttur⁵⁸. Asgari ücretle ilgili olarak ise, fazla mesaiyle dahi elde edilen toplam paranın yeterli olmadığı ve asgari düzey bir yaşam standardının yakalanması açısından en az 2 katı kadar kazancın ele

53 H&M Group, *Sustainability Commitment*, s. 4, https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Sustainability%20Commitment/Business%20Partner%20Sustainability%20Commitment_en.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

54 ARONSSON, Charlie; SJODIN, Maria, *Broke In Bangladesb*, 2019, s.6, https://fairfinanceguide.se/media/494728/fairaction-bankrapport_20190131.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2020)

55 A.g.e., s. 20

56 PARAKUNI, Gopinath vd., *Mind the gap How the global brands are not doing enough to ensure a dignified life for workers in the garment and electronics industry in India (“Mind The Gap”)*, 2015 http://cividep.org/wp-content/uploads/2017/04/FIVH_CIVIDEP_Mind_the_gap_2015-20-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

57 PARAKUNI, Gopinath vd., *Mind The Gap*, s. 53, 2015, http://cividep.org/wp-content/uploads/2017/04/FIVH_CIVIDEP_Mind_the_gap_2015-20-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed.pdf (Erişim tarihi: 22.05.2020)

58 A.g.e., s. 53

geçmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁹. Üstelik, raporda bulunan tespitlerden bir diğeri işçilerin geldiği bölgelere dayalı bir asgari ücrete dair ayrımcılık da söz konusudur (bölge dışından gelen yeni işçilerin Bangalore’deki kıdemli işçilerden daha fazla ücret kazandığı belirtilmiştir)⁶⁰.

Bir diğerk dikkat çekici durum olarak, 2015 tarihli bu rapora göre H&M Grubunun tedarikçisi olan bu firma işçilerinin sendikası yoktur. 3000’den fazla kişinin çalıştığı ve çeşitli sorunların dile getirildiği bu tedarik firmasının sahiplerinin örgütlenmeye izin vermediği açıkça fark edilmektedir⁶¹. Taahhütnamesinde bunu garanti altına alan H&M Grubunun, bununla ilgili de bir çözüm geliştirmedeği görülmektedir. Üstelik Grubun Sürdürülebilirlik Taahhütnamesinde belirtilen denetim usullerinden olan habersiz ziyaretlerin pratikteki gerçekleşme şekline ilişkin olarak rapora bakıldığında, son derece etkisiz olduğu da anlaşılmaktadır. Röportaj yapılan işçiler; markaların yılda bir ya da iki kez ziyarete geldiğini, sadece geldikleri zamanla sınırlı olacak şekilde iş güvenliği önlemlerinin alındığını, yetkili kişilerle sadece belirlenen bazı işçilerin görüşebildiğini ve bu görüşülen kişilerin mevcut sorunları iletmeyecek olan “sadık işçiler” arasından seçildiklerini söylemişlerdir⁶².

Yukarıda açıklanan sorunlar H&M Grubunun tedarik zincirindeki diğerk firmalarda da yer bulan, sistematik problemlerdir. Dolayısıyla bunu sadece Hindistan’daki Bangalore bölgesi ile sınırlı tutmamak gerekir. Nitekim, bir diğerk örnek olarak yine Hindistan’daki Tamil Nadu bölgesinde yaşananlardan da bahsedebiliriz. 2018 yılındaki bir habere göre, Grubun tedarik firmalarında kötü çalışma koşullarına bağlı olarak gerçekleşen işçi ölümlerine karşı sessiz kaldığı söylenmiştir⁶³. Üstelik bu noktada, bu işçilerden birinin çift vardiya zorlandığı için intihar eden 14 yaşında bir kız çocuğu olduğunu da

59 A.g.e, s. 55

60 A.g.e, s. 55

61 A.g.e, s. 56

62 PARAKUNI, Gopinath vd., *Mind The Gap*, s. 57, 2015, http://cividep.org/wp-content/uploads/2017/04/FIVH_CIVIDEP_Mind_the_gap_2015-20-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed.pdf (Erişim tarihi: 22.05.2020)

63 PANDEY, Ashutosh, *India: Walmart, H&M in spotlight after string of textile workers deaths*, 2018, <https://www.dw.com/en/india-walmart-hm-in-spotlight-after-string-of-textile-workers-deaths/a-44714948> (Erişim Tarihi: 24.05.2020)

ayrıca belirtmek gerekir. Hindistan’daki giyim sektörü işçileriyle çalışan bir kuruluş olan READ direktörü Karrupusamy Raman; H&M Grubunun da arada bulunduğu çeşitli çokuluslu şirketlerin, tedarikçilerindeki kötü çalışma koşullarını bilmek bir yana tedarikçilerinin tamamını bile tanımadıklarını belirtmiştir⁶⁴.

Sonuç olarak söyleyebiliriz ki; H&M politika taahhüdü konusunda “*due diligence*” kavramına sahip bir çokuluslu şirket olarak görmekle birlikte, bunu tedarik zincirindeki işçilerin haklarını koruma konusuna entegre etmede yetersiz kalmıştır. Büyük bir pazar payına sahip olan bu hazır giyim sektörü şirketinden; kendisine ait bir üretim sistemi de olmadığı için tedarik zinciri üzerinde daha etkin ve yeterli düzeye ulaşmış bir insan haklarını koruma sorumluluğuna sahip olmaları beklenirken; zincir üzerinde süreklilik kazanmış olumsuz insan hakları etkilerinin olduğu gözlemlenmektedir.

3. COVID-19 Krizi ve Şirketlerin İnsan Haklarına Saygı Sorumluluğu

Şirketlerin “*due diligence*” olarak bahsettiğimiz insan haklarına saygı sorumluluğunun incelenmesi, COVID-19 pandemisinin yarattığı küresel krizde özel bir önem arz edecektir. Bu pandemi Rehber İlkeler metninin bir pratiği olarak da görülebilir, çünkü kısa sürede tüm dünyayı etkisi altına alan bu sağlık krizinde henüz bilim insanlarının dahi üzerinde uzlaştığı önlemlerden bahsedilemiyor; şirketlerin kısa süre içerisinde tüm operasyon aşamalarını kapsayacak şekilde çalışanlarının bilgilendirilmesi, hastalığı kontrol altına almak için başvuru yüz tanıma sistemleri veya ateş ölçümünün yapılması gibi yeni teknolojilerin, çalışanların özel hayatlarının gizliliğini ihlal etmeyecek şekilde kullanılması, koruyucu ekipmanlar gibi bulaşma riskinin önüne geçilmesi amacıyla sağlık ve güvenliklerinin sağlanması; ücretsiz izin ve işten çıkarılmanın önlenerek ekonomik kazanımların korunmasına kadar kapsayıcı olacak şekilde risk analizi yapmaları ve herhangi bir ihlal yaşanmadan, acilen önlem almaları gerekecektir⁶⁵.

64 A.g.e, 2018

65 Business & Human Rights / Semilla Consultores, *COVID-19: How To Take Advantage Of The Due Diligence Framework To Manage The Crisis*, 2020, s. 7-8-9, <https://www.business-human->

Çokuluslu şirketler yönünden tedarik zincirindeki hak korunmasının sağlanması daha da önemli olacaktır. Çünkü tedarikçiler için COVID-19 pandemisinin yaratacağı sağlık krizinin yanında, birçok iş yerinin iptal edilen veya ödemesi yapılmayan siparişler yüzünden üretimi durdurmasıyla, işçilerin herhangi bir sosyal güvenceye sahip olmadan ve hatta yasal hakları olan ücretlerini dahi alamadan işten çıkarılmaları mümkün hale gelecektir⁶⁶. Pandemi sürecinde tedarik zincirlerinde alınabilecek önlemler konusunda yapılan bir çalışmada örnek olarak çokuluslu şirketlerden olan Unilever’ın tedarik zincirindeki küçük ve orta ölçekli işletmeler için finansal destek sağlanması adına erken ödeme ve kredi sistemi oluşturdukları söylenmiştir⁶⁷. Bu tarz kapsayıcı ekonomik önlemlerin alınması önem arz edecektir.

Öncelikle somut duruma bakacak olursak; COVID-19 pandemisi kapsamında alınan önlemler sebebiyle şirketlerin birçok satış mağazasının kapanmak zorunda kalması, tüketicilerin ihtiyaç harcamalarının başka alanlara kayması hazır giyim markaları için satışlarının büyük oranda durması anlamına gelmektedir⁶⁸. Bu sebeplerle tedarikçilere verilen siparişlerin iptali veya ertelenmesi gündeme gelmiş; talep dengesindeki bu ani değişimle de oluşan zorlu koşulların etkisiyle tedarikçi firmaların kapanması, işçilerin zorunlu ücretlerinin veya kıdem tazminatlarının dahi ödenmeden gönderilmesine sebep olmuştur⁶⁹.

Tedarik zincirlerinin bulunduğu ulusal hukuk sistemlerinin işçilerin haklarını ne derecede korudukları önemli olmakla birlikte, hakların korunması yönünden başvurulabilecek tek argüman da bu değildir. Rehber İlkeler metninin 23. maddesine göre şirketlerin insan haklarını koruma sorumluluğu aynı zamanda uluslararası hukuk

rights.org/sites/default/files/documents/COVID%2019_business%20and%20human%20rights.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

66 A.g.e., s. 11

67 A.g.e., s. 13

68 MANSUR, Elmira, *Hazır Giyimde Koronavirüs Salgını*, s. 1, 2020 https://stratejico.com/_upload/pdf/KoronavirüsZHazırZGiyimeZEtikleri.pdf (Erişim Tarihi:27.05.2020)

69 ANNER, Mark, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains*, 2020, s.1, <https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020-1.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

kuralları kapsamında da belirlenmiştir⁷⁰. Dolayısıyla, bu süreçte kişilerin ihtiyacı olan ve faaliyetin durdurulmasına kadar varabilecek önlemlerin sonucunda işçilerin zararlarını minimize etme zorunlulukları bulunacaktır. 27 Mart 2020 tarihli Mark Anner’in raporunda, 21-25 Mart tarihleri arasında Bangladeş’teki hazır giyim sektörüne ait tedarik firmalarında çalışan 1 milyon üzerindeki işçi ya işten çıkarıldığı, ya da ücretsiz izne zorlandığı belirtilmiştir⁷¹. Ve üstelik, bu tedarikçilerle çalışan şirketlerin, yasal zorunluluklara göre, işten çıkarılan işçilerin kıdem tazminatlarına katkıda bulunmaları gerekirken bu şirketlerin %97’si mücbir sebep varlığına dayanarak bu katkı zorunluluğunu reddetmiştir⁷². Yalnızca dört günde ve tek bir ülkede gözlemlenen bu durum, pandeminin yarattığı insan hakları krizine ve şirketlerin bunu besleyebilme gücüne somut bir örnektir⁷³.

H&M Grubununun bu dönemdeki davranışlarını kısaca inceleyecek olursak; yukarıda da bahsedilen Hindistan’daki tedarik zinciri çalışanlarının sigorta kayıtlarının yapıldığı ancak sigortalar için ödenen fonun kesintisinin yine işçilerin ücretlerine yansıtıldığı görülmektedir⁷⁴. Röportaj yapılan çalışanlar, yıllık 14 günlük izin hakları olmasına rağmen doktorların dahi rüşvet almadan 10 günü aşan sağlık iznini vermediklerini söylemişlerdir. Her ne kadar bu örnek sadece Hindistan’a ait olsa da, somut durum diğer ülkelerdeki tedarikçi firmalar açısından da değişmeyecektir. Üstelik, bahsedilen etkilerin olduğu bu rapor, günümüz dünyasını sarsan COVID-19 pandemi-sinden önce hazırlanmıştır. Pandemi kaynaklı küresel krizin henüz oluşmadığı ve ülkelerin -tabiri caizse- içine kapanmadığı bir dönemde dahi tedarik zincirindeki çalışanların sağlık ve sosyal güvencelerinin etkin bir şekilde korunamadığı ortadadır.

70 UN Guiding Principles, m. 23/1-a bendi

71 ANNER, Mark, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains*, 2020, s.2, <https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020-1.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

72 A.g.e., s.2

73 A.g.e., s.2. Bu sayfanın dipnotunda Kamboçya ve Myanmar’da da benzer durumlardan bahsedilmiştir.

74 PARAKUNI, Gopinath vd., *Mind The Gap*, s. 56, 2015, http://cividep.org/wp-content/uploads/2017/04/FIVH_CIVIDEP_Mind_the_gap_2015-20-ilovepdf-compressed-ilovepdf-compressed.pdf (Erişim tarihi: 22.05.2020)

Bu kriz döneminde çokuluslu giyim şirketleri tarafından benimsenen yaklaşımlar arasında dikkat çeken; bu çokuluslu şirketlerin tedarik zincirindeki üretimlerini el dezenfektanı ve maske gibi koruyucu ekipman üretimine geçerek, faaliyetlerini bir çeşit sosyal sorumluluk projesi haline dönüştürmeleridir. Bu “sorumluluk üstlenme ve salgınla mücadeleye destek verme” olarak lanse edilen davranış; çalışanların işe gelmeye devam etmesi ve fabrikaların da faaliyette kalması için bir sebep haline gelmiştir⁷⁵. H&M Grubu da, tedarik zincirindeki üretimi hastaneler ve sağlık çalışanları için kişisel koruyucu ekipman üretimine yönelen şirketlerden biridir⁷⁶. Bu şekilde devam eden faaliyetler, henüz bilim insanlarının dahi salgının yayılmasını önlemek için kesin verilerle destekleyemediği önlemler şirketler tarafından nasıl belirlenecektir, kontrolü nasıl yapılacaktır, üretimin devam etmemesi halinde işçilerin ücret garantisıyla evlerinde kalması nasıl sağlanacaktır, şeklindeki soruları akla getirecektir. Üstelik Grup; tedarik zinciri haricinde, kendi operasyon ağlarındaki 1000’i aşkın işçinin işine son vereceklerini de açıklamışlardır⁷⁷. İşten çıkaracakları kişilere bir yıllık ücretlerine denk gelecek kıdem tazminatı ve yeni kariyer vaadi gibi çeşitli alternatifler sundukları da yine belirtilmiştir. En büyük hissedarı, dünyanın en zengin kişileri arasında ilk 100’de bulunan biri olan şirketin tedarik zincirindeki ihlallerle ilgili acil tedbirler alması bir yana, kendi merkez faaliyetlerine bağlı çalışanları dahi işten çıkarıyor olmaları; bir noktada iş dünyası aktörlerinin ne kadar güçlü olduklarının ve insan haklarını koruma sorumluluklarının neden daha sıkı politikalarla desteklenmesi gerektiğinin de bir kanıtı niteliğinde olmuştur.

75 MANSUR, Elmira, *Hazır Giyimde Koronavirüs Salgını*, s. 1, 2020 https://stratejico.com/_upload/pdf/KoronavirüsZHazırZGiyimeZEtikleri.pdf (Erişim Tarihi:27.05.2020)

76 Business & Human Rights / Semilla Consultores, *COVID-19: How To Take Advantage Of The Due Diligence Framework To Manage The Crisis*, 2020, s. 13, https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/COVID%2019_business%20and%20human%20rights.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

77 <https://dokuz8haber.net/emekdunyasi/koronavirus-iscileri-vuruyor-hm-iscileri-isten-cikartacak/>

(Erişim Tarihi: 28.05.2020)

SONUÇ

“Ülkeler arası kader birliği”⁷⁸ olarak nitelenmiş küreselleşme döneminin ön plana çıkan aktörlerinden olan *iş dünyasının*; Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkeler metni ile “*due diligence*” denilen insan haklarını koruma sorumluluğunu üstlenmeleri sağlanmıştır. Bu kapsamda H&M Grubunun politika taahhütleri incelendiğinde, kağıt üzerinde etkin ve geniş kapsamlı bir korumaya sahip oldukları görülmektedir. Ancak, çeşitli örnekler de incelendiğinde, bu çokuluslu şirketin tedarik zincirinde süreklilik kazanmış çeşitli olumsuz insan hakları etkilerinin olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Pek çok noktada tedarik zincirinde gerçekleşen ihlallerden haberdar olduklarını ve düzeltmek için çeşitli adımlar attıklarını belirtirler de, bu konuda ne kadar çaba gösterdikleri ve bu zincirdeki çalışanlar lehine nasıl somut kazanımlar elde ettikleri tartışmalıdır. Dolayısıyla, bu çalışmada yapılan incelemeyle birlikte, şirketin “*due diligence*” sorumluluğunu yeteri kadar yansıtamadığını söyleyebiliriz.

Henüz kısa bir zaman geçmesine rağmen yarattığı büyük çaplı kriz ile tüm iş dünyasını etkisi altına alan ve almaya da devam edecek olan COVID-19 pandemisi sebebiyle çeşitli hak ihlallerinin de yaşandığı bu dönemde çokuluslu şirketler tarafından alınan tedbirler de özellikle önemli hale gelmiştir. Ekonomik güçleri açısından pek çok ülkeyle kıyaslanan bu çokuluslu şirketlerin, pandemi sürecinde tedarik zincirindeki “insan haklarına saygı sorumluluğu” kavramını devam ettirebilmeleri Rehber İlkeler metninin bir pratiği olarak da görülebilir. Bu kapsamda H&M Grubunun attığı adımlar ise, diğer pek çok iş dünyası aktörü gibi yeterli olmamakla birlikte, pek çok insanın işine son verilmesiyle de yaratılmakta olan büyük bir işsizlik dalgasına katkıda bulunmaktadır. Çalışmada da sayılan bu önlemler sadece H&M Grubu özelinde alınan önlemler değil; pek çok şirketin piyasadaki değerini korumak ve ticari faaliyetlerini devam ettirmek için, kâr odaklı olarak başvurdukları önlemlerdir.

Pandemi ile ortaya çıkan küresel kriz, şirketlerin insan haklarının korunmasında ne kadar kilit rol oynadıklarını da göstermiştir. Pande-

78 HELD, David, *Globalisation: the dangers and the answers* (“HELD, David, Globalisation”), s.1.

minin sona ermesinden sonra çeşitli kazanımların olacağını tahmin etmek de zor değildir: Tıpkı George Kell'in “*finansal krizlerin BM Küresel İlkeler Sözleşmesine taraf olanların sayısını arttırdığı; krizden korunmak ve faaliyet sürekliliğini sağlamak isteyen şirketlerin/kurumların bu Küresel İlkeler Sözleşmesi ile uzun vadeli değerler yaratma hali içerisine girdiği*”⁷⁹ yaklaşımı gibi, bu pandemi ile ortaya çıkan küresel kriz sona erdikten sonra, özellikle çokuluslu şirketlerin politika taahhütlerinin tüm operasyon ağlarına yansıtılmadığı gerçeği daha bilinir hale gelecek ve şirketlerin insan haklarını koruma sorumluluğu konusunda daha sıkı düzenlemelerin yapıldığı uluslararası metinler ön plana çıkacaktır.

79 George KELL; bu yaklaşımı şurada dile getirmiştir: CONFINO, Jo, *Cleaning up the Global Compact: dealing with corporate free riders*, 2012, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/cleaning-up-un-global-compact-green-wash> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)

KAYNAKÇA

- ABRAHAMS, Désirée; WYSS, Yann, *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management (HRIAM)* https://d306pr3pisc04h.cloudfront.net/docs/issues_doc%2Fhuman_rights%2FGuidetoHRIAM.pdf (Erişim Tarihi: 23.05.2020)
- AKTAN, Coşkun Can, *Globalleşmenin Tarihsel Gelişimi (“AKTAN, Can, Globalleşme”)*, <http://www.canaktan.org/yeni-trendler/globallesme/tarihsel.htm> (E.T. 21.04.2020)
- AKTAN, Coşkun Can; ŞEN, Hüseyin, *Globalleşme ve Türkiye*, https://www.researchgate.net/publication/283119781_GLOBALLESME_VE_TURKIYE, (E.T. 21.04.2020)
- ALSTON, Philip, GOODMAN, Ryan, *Non-State Actors And Human Rights*
- ANNER, Mark, *Abandoned? The Impact of Covid-19 on Workers and Businesses at the Bottom of Global Garment Supply Chains, 2020*, <https://www.workersrights.org/wp-content/uploads/2020/03/Abandoned-Penn-State-WRC-Report-March-27-2020-1.pdf> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)
- ARONSSON, Charlie; SJODIN, Maria, *Broke In Bangladesh, 2019*, https://fairfinanceguide.se/media/494728/fairaction-bankrapport_20190131.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2020)
- Business & Human Rights / Semilla Consultores, *COVID-19: How To Take Advantage Of The Due Diligence Framework To Manage The Crisis, 2020*, https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/COVID%2019_business%20and%20human%20rights.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2020)
- CONFINO, Jo, *Cleaning up the Global Compact: dealing with corporate free riders, 2012*, <https://www.theguardian.com/sustainable-business/cleaning-up-un-global-compact-green-wash> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- ÇETİN, Beyzade Nadir, *Küresel Şirketlerin Jeopolitik Etkisi, s. 41*, https://www.academia.edu/29123307/KÜRESEL_ŞİRKETLERİN_JEOPOLİTİK_ETKİSİ (Erişim Tarihi: 09.11.2020)
- DUMANLI KÜRKÇÜ, Duygu, *Küreselleşme Kavramı ve Küreselleşmeye Yönelik Yaklaşımlar*, <http://dergipark.org.tr/tr/pub/tojdac-issue/13013/156790> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)
- Global Compact NetworkTürkiye, <https://www.globalcompactturkiye.org/10-ilke/> (Erişim Tarihi:28.05.2020)
- GORANSSON, Susanne; JONSSON, Angelica; PERSSON, Michaela, *Extreme Business-Models in the Clothing Industry- A Case Study of H&M*

- and ZARA, 2007, <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2%3A230949/FULLTEXT01.pdf> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)
- H&M Group, <https://hmgroup.com/about-us.html> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)
- H&M Group, *Code of Ethics*, [https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Policies/Code%20of%20Ethics%20-%20Business%20Partner%20English%20\(April%202012%20Revised%20April%202014\)_en.pdf](https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Policies/Code%20of%20Ethics%20-%20Business%20Partner%20English%20(April%202012%20Revised%20April%202014)_en.pdf) (Erişim Tarihi: 21.05.2020)
- H&M Group, *Human Rights Policy*, 2012 <https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/masterlanguage/CSR/Policies/Human%20Rights%20Policy.pdf> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)
- H&M Group, *Sustainability Commitment*, https://hmgroup.com/content/dam/hmgroup/groupsite/documents/en/CSR/Sustainability%20Commitment/Business%20Partner%20Sustainability%20Commitment_en.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2020)
- H&M, *H&M:s comment on fire and building safety in Bangladesh*, 2013, https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/company_responses/h&m-response-re-bangladesh-building-collapse.pdf (Erişim Tarihi: 24.05.2020)
- HELD, David, *Globalisation: the dangers and the answers* (“HELD, David, Globalisation”) <https://dokuz8haber.net/emekdunyasi/koronavirus-iscileri-vuruyor-hm-iscileri-isten-cikartacak/> (Erişim Tarihi: 17.05.2020)
- <https://www.deutschland.de/tr/topic/ekonomi/rana-plaza-felaket-sonrasinda-bengladesteki-tekstil-endustrisi> (Erişim Tarihi: 24.05.2020)
- İSPİRLİ ARMAĞAN, Merve, *Uluslararası Hukukta Çokuluslu Şirketler ve İnsan Hakları Yükümlülükleri*, 2019, s. 64 <http://nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/ET000379.pdf>, (Erişim Tarihi: 09.11.2020)
- İstanbul Bilgi Üniversitesi, *Küresel İlkeler Sözleşmesi Nedir?*, <https://ungc.bilgi.edu.tr/tr/sss.html> (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- KABOĞLU, İbrahim, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*, (“KABOĞLU, İbrahim, Anayasa Hukuku”), Legal Yayınları, 8. Baskı, İstanbul 2012
- MANSUR, Elmira, *Hazır Giyimde Koronavirüs Salgını*, 2020 https://strategico.com/_upload/pdf/KoronavirüsNZHazırZGiyimeZEtkileri.pdf (Erişim Tarihi: 27.05.2020)
- OBERTREIS, Rolf, *Facia Sonrası Zihniyet Değişikliği*, 2018
- ORTEGA, Olga, *Human Rights Due Diligence for Corporations: from Voluntary Standards to Hard Law at Last?*, 2013, <https://www.academia>

edu/6405339/Human_Rights_Due_Diligence_for_Corporations_from_Voluntary_Standards_to_Hard_Law_at_Last# (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

PANDEY, Ashutosh, *India: Walmart, H&M in spotlight after string of textile workers deaths*, 2018, <https://www.dw.com/en/india-walmart-hm-in-spotlight-after-string-of-textile-workers-deaths/a-44714948> (Erişim Tarihi: 24.05.2020)

PARAKUNI, Gopinath vd., *Mind the gap How the global brands are not doing enough to ensure a dignified life for workers in the garment and electronics industry in India*, 2015 http://cividep.org/wp-content/uploads/2017/04/FIVH_CIVIDEP_Mind_the_gap_2015-20-i-lovepdf-compressed-ilovepdf-compressed.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

RUGGIE, John, *Interim Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Economic and Social Council, United Nations*, E/CN.42006/97, <https://www.ohchr.org/en/issues/transnationalcorporations/pages/reports.aspx> (Erişim Tarihi: 09.11.2020)

RUGGIE, John, *Protect, Respect, Remedy, A Framework for Business and Human Rights*, 2008, https://learn.bilgi.edu.tr/bbcswebdav/pid-391724-dt-content-rid-3328324_1/courses/TRIB01.PG.2019.2.LAW_638.01/J.Ruggie_PPP-A.Framework.for.Business%26HR..pdf (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

RUGGIE, John, *Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, A/HRC/11/13, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/128/88/PDF/G0912888.pdf?OpenElement> (Erişim Tarihi: 23.05.2020)

SHIFT, *OECD Includes Human Rights Due Diligence in Recommendations for Export Credit Agencies*, 2016, <https://www.shiftproject.org/news/oecd-human-rights-due-diligence-export-credit-agencies/> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

ŞİMŞEK, A. Aslı, “İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında”, Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan, Oniki Levha Yay., İstanbul, 2019, https://www.academia.edu/38484542/A._Aslı_Şimşek_İnsan_Hakları_Hukuku_ve_İş_Dünyası_İlişkisi_Hukuki_Yükümlü_ile_Kurumsal_Sorumlu_Arasında_Prof._Dr._Sabih_Arkana_Armağan_On_İki_Levha_Yayıncılık_İstanbul_Ocak_2019_s._1161-1199 (Erişim Tarihi: 17.05.2020)

United Nations, *Guiding Principles On Business And Human Rights*, 2011, https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2020)

YILDIRIM, Engin, *Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Hakları Rehber İlkelerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi*, 2014, https://www.academia.edu/30810934/BİRLEŞMİŞ_MİLLETLER_İŞ_HAYATI_VE_İNSAN_HAKLARI_REHBER_İLKELERİNİN_Engin_Yıldırım (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

YILMAZ, Tuğba, *Dünya Tekstil Ve Hazır Giyim Ürünleri Ticaretine Uygulanan Ticaret Politikaları* (“YILMAZ, Tuğba, *Dünya Tekstil ve Hazır Giyim Ürünleri Ticaretine Uygulanan Ticaret Politikaları*”), <http://www.istemiparman.com.tr/dunya-tekstil-ve-hazir-giyim-urunleri-ticaretine-uygulanan-ticaret-politikalari/>, 2014, (Erişim Tarihi: 11.05.2020)

KARŞILAŞTIRMALI SUÇ ARAŞTIRMASI HUKUKİ VE TOPLUMSAL YÖNÜYLE TÜRKİYE VE İNGİLTERE'DE UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SUÇLARI

Özge AYAS *

ÖZET

Uyuşturucu suçları gelişmiş ve gelişmekte olan toplumların mücadele etmesi gereken başlıca sorunlardan olup toplumlarda ortaya çıkma nedenlerinin gözlemlenebilmesi sorunun kaynağına inme noktasında oldukça önemlidir. Sanayi Devrimi sonrası dünyada değişen ekonomik yapı, toplumsal yapıda köklü değişikliklere neden olmuş ve bu değişiklikler toplumlarda çözümlere ve bununla birlikte toplum fertlerinin aidiyetlerini yitirerek içinde yaşadıkları topluma yabancılaşmalarına neden olmuştur. Bu yabancılaşma ile birlikte sosyal sınıf atlama, rekabet, geçimini sürdürebilmekten daha fazlasını elde etmeye yönelik bitmek bilmez çalışma ve tüketme döngüsü bireyleri yalnızlığa da sürüklemiştir. Bireyciliğin artmasıyla bu adeta toplumdan izole olma hali fertleri psikolojik, toplumsal ve ekonomik pek çok sorunun ortasına itmiştir. Uyuşturucu madde kullanımı ve bu maddelere bağlı suça karışma oranları bu bireylerin maruz kaldığı söz konusu sorunlar nedeniyle (ekonomik ve toplumsal nedenlerle yıllar arasında dalgalanmalar görülse de) içinde bulunduğumuz bilgi çağında giderek artmaktadır. Bu çalışmamızda narkotik suçlar, içinde bulunduğumuz pandemi dönemi koşullarındaki son durum da dikkate alınarak Türkiye ve İngiltere özelinde hukuki ve sosyolojik yönü ile ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Karşılaştırmalı Suç Araştırması, Narkotik Suçlar, Uyuşturucu Madde Kullanımı, Ceza Hukuku, Sosyoloji, Türkiye, İngiltere

* Avukat, Ankara Barosu, ozgeayas94@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5358-4183.

COMPARATIVE CRIME RESEARCH DRUG OFFENCE IN TURKEY AND ENGLAND BY LEGAL AND SOCIAL ASPECTS

ABSTRACT

Drug offences are the main problems that developed and developing societies must deal with, and observing the causes of their emergence in societies is very important at the point of getting to the source of the problem. After the Industrial Revolution, the changing economic structure in the world caused radical changes in the social structure, and these changes caused dissolution in societies and with it, the members of society lost their belonging and became alienated from the society in which they lived. Along with this alienation, the endless cycle of work and consumption aimed at achieving more than social class, competition, and sustenance has also led people to loneliness. With the increase of individualism, this state of isolation from society has pushed members into the middle of many psychological, social and economic problems. Drug use and drug-related crime rates are increasing in the age of informatics we are in due to the problems these individuals are exposed to (although there are fluctuations between the years for economic and social reasons). In this study, narcotic crimes will be considered with a legal and sociological aspect in Turkey and the UK, taking into account the latest situation in the conditions of the pandemic period in which we are in.

Keywords: Comparative Crime Research, Drug Offences, Drug Use, Criminal Law, Sociology, Turkey, UK

Türk ve İngiliz Yasalarında Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçu

I. TÜRK MEVZUATINDAKİ YERİ

Narkotik kelimesi Yunanca narke (uyku)¹ sözcüğünden türetilmiş olup günümüzde özellikle resmi asayiş birimlerinde uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri ifade etmek için kullanılır. Resmi asayiş birim-

1 Özbek Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, (s. 712)

lerince kanuni tabirin yerine, narkotik suçlar ifadesi yaygın şekilde kullanılır.

Türk hukukunda ilk defa 1858 tarihli ceza kanunu sağlığa zararlı toksik maddeleri yasaklamıştır. 1926'da yürürlüğe giren 765 sayılı kanunun ilk metninde 403-408. maddeleri arasında uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarına ilişkin cezai hükümler yer alır.²

Güncel Türk mevzuatında uyuşturucu madde suçları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun üçüncü kısmında yer alan Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiştir. Uyuşturucu madde terimi, kullanımı halinde bireyler üzerinde psikolojik ve fizyolojik olumsuz etkilere neden olan doğal ve kimyasal maddeler için kullanılır. Tıbbi usule uygun olarak belirli dozlarla kullanılması gereken uyuşturucu ve uyarıcı etkisi olan bazı ilaçların reçetesiz veya ruhsatsız şekilde yahut yasadışı yollarla temini de bu suç kapsamında uyuşturucu madde olarak değerlendirilecektir. Uyuşturucu madde suçları, söz konusu uyuşturucu maddenin imal, ithal, ihracı; ülke içinde satılması, satışa arz edilmesi, başkalarına verilmesi, nakledilmesi, sevk edilmesi, depolanması, satın alınması, kabul edilmesi veya bulundurulması fiilleri ile gerçekleştirilir.

Türk Hukukunda uyuşturucu madde imal, tedarik ve ticaretine dair diğer yasal düzenlemeler ise 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ile 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanundur. 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanun haşhaş bitksine dair düzenlemeler içerirken 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun ise uyuşturucu madde ithal ve ihracına dair esaslara bir sınır çizer.

Uygulanan Cezalar

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 188. maddesinin 1. fıkrasında uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihracı halinde failin 20 yıldan 30 yıla kadar hapis ve 2000 günden 20000 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.³

2 İçli Tülin, *Uyuşturucu Madde Bağımlıları ile Sosyoloji Bir Çalışma*, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, 02.02.1984, (s.77)

3 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 188: "Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya

İlgili kanunun 191. maddesinde ise “kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak” suçu düzenlenmiştir. Cezası uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti suçundan hafif olup amaç uyuşturucu madde bağımlısı bireyi topluma yeniden kazandırmaktır. Burada yapılan yargılama failin rehabilite edilerek topluma kazandırılıp kazandırılmayacağı sorunu üzerinden ilerler. Sözünü ettiğimiz bu amaç, 191. maddenin 2. fıkrasında belirginlik kazanır.⁴ İlgili fıkrada, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında bu fiilinden ötürü başlatılan soruşturmada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verileceği belirtilmiştir. İlgili kanun metninde bahsi geçen şartlar, savcının kamu davasını açmada takdir yetkisine dairdir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171. maddesinin 2.

ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihrac eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve iki bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(2)(3) (2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir. (3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülkede satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve bin günden yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.(1)(2) (Ek cümle: 18/6/2014 - 6545/66 md.) Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz

4 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu 191: “(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır. (3) Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir. (4) Kişinin, erteleme süresi zarfında; a) Kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi, b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması, c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, hâlinde, hakkında kamu davası açılır. (5) Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, dördüncü fıkra uyarınca ihlal nedeni sayılır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmaz.”

fıkrasında yer alan düzenlemede cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebileceği belirtilmiştir.⁵ Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 191. maddesinin 2. fıkrasında Ceza Muhakemesi Kanununun belirttiğimiz düzenlemesine, uyuşturucu madde ticareti amacı gütmeyen kullanıcılara özgü bir istisna getirilmiştir. Bu istisna ile kamu davasının açılmasının ertelendiği 5 yıllık sürenin 1 yıllık bölümünde şüpheli hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu sürenin Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla 1 yıl daha uzatılması mümkündür. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen birey bu denetim süreci içerisinde tedaviye tabi tutulabilir. Şüphelinin bu 5 yıllık erteleme süreci içerisinde; uyması gereken yükümlülöklere aykırı davranması, yeniden kullanmak maksadı ile uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması halinde hakkında kamu davası açılacaktır. Kanun koyucu bu düzenleme ile uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti yapmayan, sadece kullanıcı olan bağımlı bireyi derhal cezalandır-

5 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171: “(1) Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verebilir. (2) (Değişik:17/10/2019-7188/19 md.) Uzlaştırma ve önödeme kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, Cumhuriyet savcısı, üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören veya şüpheli, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir. (3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için;(1) a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması, b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi, c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması, d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı ve Cumhuriyet savcısı tarafından tespit edilen zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,(1) koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir. (4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanı işlemez. (5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir. (6) (Ek:17/10/2019-7188/19 md.) Bu madde hükümleri; a) Suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar, b) Kamu görevlisi tarafından görevi sebebiyle veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen suçlar ile asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar, c) Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, hakkında uygulanmaz.”

mak yerine topluma kazandırmayı amaçlar. Bu yönüyle uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunun kanuni düzenlemesi bize özellikle bu suç bakımından telafi edici/ onarıcı yaptırım teorisinin rehberliğinde ilerlendiğini gösterir. Bu teoride amaç, toplumun kurallarından sapma niteliğini taşıyan ve aynı zamanda kanun metinlerinde ihlali cebri müeyyideye bağlanan fiilin failini cezalandırmak değildir, oluşan zararı telafi etmektir. Burada Ceza Hukukuna dair bir konu ele alındığından teoriyi, bireyin uyuşturucu madde kullanmak suçunu işleyerek toplum sağlığına, birey olarak kendisine, ebeveyn olarak örnek teşkil ettiği, rol model olduğu başka fertlere verdiği psikolojik ve maddi zararların telafisi, bu zararları onarma, bireyi topluma yeniden kazandırma yönleri ile yorumlamak yerinde olacaktır.

Kısaca belirtmek gerekirse kanun koyucu her durumda ve her vaka da yalnızca kanunda düzenlenen suç tipine uygun hukuka aykırı insan davranışını⁶ cezalandırma yoluna gitmez, farklı öncelikleri de gözetir. Bunun bir örneği de yine uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına dair olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 192. maddesinde yer alan düzenlemedir.⁷ İlgili maddenin birinci fıkrası uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişinin suç olgusu resmi makamlarca haber alınmadan önce bu mercilere durumu bildirmesi, suçun aydınlatılmasına yardımcı olması halinde kişi hakkında cezaya hükmolunmayacağını düzenler. Yine

6 Koca, Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 76.

7 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 192: "(1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarına iştirak etmiş olan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin saklandığı veya imal edildiği yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz. (2) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, bu maddeyi kimden, nerede ve ne zaman temin ettiğini merciiine haber vererek suçluların yakalanmalarını veya uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmesini kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. (3) Bu suçlar haber alındıktan sonra gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve fail veya diğer suç ortaklarının yakalanmasına hizmet ve yardım eden kişi hakkında verilecek ceza, yardım niteliğine göre dörtte birden yarısına kadar indirilir. (4) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini isterse, cezaya hükmolunmaz. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/16 md.) Bu durumda kamu görevlileri ile sağlık mesleği mensuplarının 279 uncu ve 280 inci maddeler uyarınca suçü bildirme yükümlülüğü doğmaz."

aynı maddenin ikinci fıkrasında ise uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma suçuna dair bir etkin pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulunduran kişi durum resmi mercilerce haber alınmadan suçu aydınlatmaya yönelik eylemlerde bulunması veya dördüncü fıkrada belirtildiği üzere tedavi olmak amacıyla sağlık kuruluşlarına başvurması halinde cezalandırılmayacaktır. Kanun koyucu suçlunun rehabilitesini, topluma kazandırılmasını, uyuşturucu madde ticareti suçu bakımından suçu aydınlatmak istemesini, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu bakımından ise hem suçun aydınlatılmasını hem de kişinin madde bağımlılığından kurtulmak için adım atmasını önemsemektedir. Bu kişilerin toplumla bağlarının kopmaması adına onlara bir fırsat daha vermek istenilmiştir. Bu bakımdan toplum sağlığının sürekliliğine de büyük bir katkı sunulmuş olacak; suçlu, hükümlü sıfatının getirdiği ağır toplumsal yükün altına girmeden bağımlılığınan kurtulma ve yeniden toplumda sağlıklı bir birey olarak var olma imkanı bulacaktır.

II. İNGİLİZ MEVZUATINDAKİ YERİ

İngiliz hukukunda ise uyuşturucu ve uyarıcı maddelerin kullanımının sınırlarını çizen üç ana hukuki metin vardır. Bunlar: Uyuşturucunun (Yahut İlaçların) Kötüye Kullanımı Yasası (1971), İlaç Yasası (1968) ve Psikoaktif Maddeler Yasası (2016).

İngiliz dilindeki ifadesiyle The Misuse of Drugs Act (1971) bazı ilaçların tıbbi olmayan kullanımını önlemeyi amaçlamakla birlikte tıbbi olan ilaçların da tedavi dışı kullanımını sınırlandırır. Bu yasaya tabi ilaçlar “kontrollü ilaçlar”⁸ olarak bilinir. Aynı zamanda

8 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/38/section/2> (15.09.2020) The Misuse of Drugs Act Section 2, Controlled drugs and their classification for purposes of this Act: “(1)In this Act— (a)the expression “controlled drug” means any substance or product for the time being specified i)in Part I, II or III of Schedule 2, or (ii)in a temporary class drug order as a drug subject to temporary control (but this is subject to section 2A(6)); (b)the expressions “Class A drug”, “Class B drug” and “Class C drug” mean any of the substances and products for the time being specified respectively in Part I, Part II and Part III of that Schedule, and (c)the expression “temporary class drug” means any substance or product which is for the time being a controlled drug by virtue of a temporary class drug order; and the provisions of Part IV of that Schedule shall have effect with respect to the meanings of expressions used in that Schedule. (2)Her Majesty may by Order in Council make such amendments in Schedule 2 to this Act as may be requisite for the purpose of adding any substance or product to,

bu yasa ilaçları A Sınıfı, B Sınıfı ve C Sınıfı olmak üzere üç sınıfa ayırır:⁹

A Sınıfı: Kokain ve “crack, ecstasy, heroin, LSD, methadone, methamphetamine (crystalmeth), fresh and prepared magic mushrooms (Sınır sistemini etkileyen bir tür mantar, doğal ve sentetik kullanımı da uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı olarak nitelendirilir.)”. A Sınıfı, saydığımız bu maddelerden oluşup insan sağlığına en büyük tehdidi barındıran uyuşturucu madde sınıfıdır.

B Sınıfı: Amfetamin, barbitüratlar, kodein, ketamin, spice (bir çeşit uyuşturucu) ve esrar gibi sentetik karabinoidlerden oluşur. Tıbbi esrar ise kanun metninde yapılan düzenleme ile 1 Kasım 2018'den itibaren uzman doktorlar tarafından reçetelenebilmektedir. Mephedrone, methylone, methedrone ve MDPV dahil olmak üzere tüm cathinone türevleri 2010 yılında B sınıfı maddeler olarak kontrol altına alınmıştır. B Sınıfı olarak saydığımız bu maddeler birey ve toplum sağlığına orta derecede tehlikeli kabul edilir.

C Sınıfı: Arabolik steroidler, benzodiazepinler, GBL ve GHB, BZP'den oluşur. A ve B grubuna nazaran insan sağlığına yönelik daha az tehdit içeren maddelerdir.

Uyuşturucunun (ilaçların) Kötüye Kullanımı Kanununda düzenlenen suçlar ise şu şekilde düzenlenmiştir: Kontrol altında olan (kasdedilen ilgili kanunun kapsamına giren ve devletin kontrolü altındaki uyuşturucu madde içeren ilaçlardır) bir ilaç bulundurmamak, üçüncü bir kişiye tedarik etme niyetiyle bulundurmamak, kontrollü ilaçların üretimi ve doğal halinin yetiştirilmesi (Hint keneviri vb.), başka bir kişiye kontrollü ilaç vermek, kontrollü bir uyuşturucu (yahut doğrudan uyuşturucu olmayıp sayılan maddeleri içeren ilaç) sağlamak ve temin etmek, kullanımı yasaklanan kontrollü ilaçları (esrar veya afyon) tüketmek, tedarik etmek veya üretmek; barbitüratlar, metadon, amfetaminler, çeşitli sakinleştirici ilaçlar ile bazen eroin gibi devlet kontrolünde olan uyuşturucu maddeler bir doktor reçetesi ile elde

or removing any substance or product from, any of Parts I to III of that Schedule, including amendments for securing that no substance or product is for the time being specified in a particular one of those Parts or for...”

9 <https://www.drugwise.org.uk/what-are-the-uk-drug-laws/> (11.09.2020)

edilebilir. Doktorun bu maddelerin kullanımını tıbbi açıdan zaruri gördüğü durumlarda sayılan uyuşturucu maddeleri bulundurmak İngiliz hukuk sisteminde suç olarak kabul edilmemiştir.

Uygulanan Cezalar

Türkçe ifadesi ile Uyuşturucunun (İlacın) Kötüye Kullanımı Yasası tıpkı Türk Ceza Kanununda olduğu gibi uyuşturucu maddeleri yasa dışı bulundurmaya, bu maddelerin tedarik ile ithalat ve ihracatını yasaklar. İngiliz mevzuatında kullanımı, tedariki, satış ve ticareti yasaklanan söz konusu uyuşturucu veya uyarıcı maddelere yönelik sınıflandırmalarda değişiklikler olabilmektedir:

1971 tarihinde yürürlüğe giren Uyuşturucunun (İlaçların) Kötüye Kullanımı Kanununa 2011'de yeni bir terim kazandırılmıştır. Geçici sınıf uyuşturucu olarak adlandırılan bu maddelerin kullanımının birey ve toplum sağlığını daha az etkilediği düşünülmüş ve cezai müeyyidede para cezası ile yetinilmiştir. 2018'de ise İngiliz kanun koyucusu, tıbbi esrarın kullanımına hukuki bir zemin hazırlamış ve uzman doktorlarca bu maddenin reçete edilebileceğini kabul etmiştir.

Maksimum cezalar ise suçun niteliğine göre belirlenir ve cezalar uyuşturucu ve uyarıcı madde veya ilacın kanuni tanımda geçen sınıfa göre belirlenir. A sınıfı uyuşturucu maddelerin bulundurulmasında 7 yıl ve üzeri hapis cezası öngörülebilirken, maddenin tedarikinde ise suçlu müebbet hapis cezasına mahkum edilebilir. B sınıfı uyuşturucu maddelerde ise 5 yıl ve üzeri hapis cezası öngörülebilirken, söz konusu maddenin tedariki gerçekleştirilmişse yine 14 yıl ve üzeri hapis cezasına mahkumiyet mümkündür. C sınıfı ise az riskli uyuşturucu madde sınıfı olduğundan bulundurma fiilinin işlenmesi halinde verilebilecek ceza 2 yıl ve üzeri hapis cezası, ilgili maddenin 3. kişilere temininde ise 14 yıl ve üzeri hapis cezası öngörülebilir. Kullanılan yahut ticareti yapılan uyuşturucu madde sınıfı ve ceza oranlarına dair detaylı tablo ise şu şekildedir:¹⁰

10 Psikoaktif Maddeler Metni Bilgi Formu: 1971 Uyuşturucunun Kötüye Kullanımı Yasasına Genel Bakış. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/455578/20150821_-_Fact_sheet_-_MDA.pdf (15.09.2020)

SUÇ	A SINIFI UYUŞTURUCULARDA MAKSİMUM CEZA	B SINIFI UYUŞTURUCULARDA CEZA	C SINIFI İLAÇLARDA CEZA
Üretim	Müebbet hapis	14 yıl hapis	14 yıl hapis
Tedarik/Üretim	Müebbet Hapis	14 yıl hapis	14 yıl hapis
Bulundurmak	7 yıl hapis	5 yıl hapis	2 yıl hapis
Arz Niyetiyle Bulundurmak	Müebbet Hapis	14 yıl hapis	14 yıl hapis
Tesiste Ruhsatsız Bulundurma	14 yıl hapis	14 yıl hapis	14 yıl hapis

Daha az cezayı gerektiren suçlarda hükmedilebilecek ceza oranları düşmekle beraber dosya, öncelikle Sulh Mahkemelerine intikal edecektir. Türkiye uygulamasında da benzer şekilde soruşturma işlemleri süresince Sulh Ceza Hakimlikleri aktiftir. Türk yargı sisteminde uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti söz konusu ise 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 12. maddesi gereğince söz konusu dava yetkili Ağır Ceza Mahkemesinde görülecektir. Aynı kanununun 11. maddesinde düzenlendiği üzereyse uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçunda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemeleri olacaktır.

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçlarına Dair Karşılaştırmalı Oranlar

I. TÜRKİYE'DE DURUM

İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığının 2019 yılında hazırladığı uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına dair raporuna göre uyuşturucu ve uyarıcı madde arzı ile kullanım ve ticaretine dair vakalarda artış görülmektedir. Türkiye genelinde 2017 yılında toplam 118.482 vaka görülmüşken bu sayı 2018 yılında %22,23 artış göstererek 144.819'a yükselmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü Narkotik Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Türkiye Uyuşturucu ve Uyarıcı Bağımlılığı İzleme Merkezi verileri doğrultusunda ele geçirilen eroin miktarı ise 2016 yılında 5.585 kilogram, 2017 yılında 12167 kilo artışla 17752 kilogram,

2018 yılında ise 2017 yılına göre 779 kilogram artışla 18531 kilogra-
ma ulaşmıştır. 2018 yılında emniyet birimleri, tarihinde ele geçirdiği
en yüksek eroin rakamına ulaşmıştır.¹¹ İçişleri Bakanlığının resmi
sosyal medya hesabından yayınladığı 2020 yılı Ağustos ayı verilerine
göre ise narkotik suçlara ilişkin gerçekleştirilen 12.160 operasyonda
16.241 kişi gözaltına alınmış, 1.391 kişi ise tutuklanmıştır. Operas-
yonlarda ele geçirilen uyuşturucu ve uyarıcı madde tutarları ise; 70
kilogram bonzai, 233 kilogram metamfetamin, 280 kilogram skunk,
706 kilogram eroin, 62 kilogram kokain, 31.434.735 kilogram kök
kenevir ile 51 kilogram afyondur. Ele geçirilen diğer uyuşturucu ve
uyarıcı maddeler ise 7 ton 995 kilogram esrar, 167.010 captagon,
44.934 adet ecstasy, 87.910 adet sentetik eczadır.¹²

II. İNGİLTERE'DE DURUM VE KÜRESEL SALGININ ETKİSİ

İngiliz emniyet teşkilatının internet sitesinde herkesin erişimine
açık olarak paylaştığı verilere göre İngiltere'nin başkenti Londra'da
2020 yılının Haziran ayı verileri ile Temmuz ayı verilerini karşılaştı-
racak olursak genel suç oranları %11,68 oranında artmıştır. 2019 yılı
ile karşılaştırdığımızda ise genel suç oranlarında %5,91 oranında bir
düşüş söz konusudur. 2020 yılı içerisinde aylara göre kıyaslayacak
olursak genel suç oranları Şubat, Mart ve Nisan aylarında azalışa geç-
miştir. Şubat ayında 73.152 suç işlenmiştir, Nisan ayında ise 48.443'e
gerilemiştir.¹³ Bu oranların ortaya çıkmasında, dünyayı etkisi altına
alan COVID-19 virüsünün sebep olduğu salgının etkisi büyüktür. İn-
giltere'de ve dünyada bu süreçte çeşitli tedbirler alınmış, karantina
uygulamaları ile salgın kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Bireyler bu
olağanüstü durumda acil gereksinimler dışında evlerinden çıkmadık-
larından genel suç oranlarında gözle görülür bir azalış gerçekleşmiştir.
Haziran ve Temmuz ayları ile birlikte ise İngiltere'de ve dünyada sal-
gın önlemleri daha esnek hale getirilmiş, hastalıktan korunmak için
alınması gereken tedbirleri hayata geçirmek bireylere bırakılmıştır. Bu
süreçte zorunlu evde kalma uygulamaları ve sokağa çıkma yasakları
gündeme gelmediğinden suç oranlarında artış gözlenmiştir.

11 <http://www.narkotik.pol.tr/kurumlar/narkotik.pol.tr/TUB%C4%B0M/Ulusal%20Yay%-C4%B1nlar/2019-TURKIYE-UYUSTURUCU-RAPORU.pdf> (14.09.2020)

12 https://twitter.com/TC_icisleri?s=03 (15.09.2020)

13 <https://maps.met.police.uk/sd/stats-and-data/met/crime-data-dashboard/> (14.09.2020)

Uyuşturucu ve uyarıcı madde suçu oranlarında ise 2020 yılı Haziran ayı ile kıyaslandığında Temmuz ayında %4.43'lük bir düşüş yaşanmıştır. 2019 yılı ile 2020 yılı Temmuz ayı verilerini karşılaştıracak olursak uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları oranında %23,30'luk yükseliş göz çarpmaktadır. 2020 yılı Mart ayında 3898 olan suç işleme sayısı, Nisan ayında 5248, Mayıs ayında ise yükselişini sürdürerek 6634'e ulaşmıştır. 2020 yılı Haziran ayında ise düşüğe geçerek 4806'ya inmiştir. 2020 yılı Temmuz ayında ise uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı ve ticaretine dair adli mercilere yansıyan vaka sayısı azalışını sürdürerek 4593'e gerilemiştir. Mart, Nisan ve Mayıs aylarında işlenen narkotik suç sayısındaki bu yükselişin nedeni pandemi sürecinde yaşanan hastalığa yakalanma korkusu ile işyerlerinin kapanması ve evde kalmanın verdiği bunalım hali olarak değerlendirilebilir. Dünyada salgın sürecinin başlarında vakaların en yoğun görüldüğü ülkelerden biri de İngiltere olmuştur. Ve bu durum salgının yayılımını azaltmak adına gerçekleştirilen, sosyal hayata dair bir dizi önlemleri beraberinde getirmiştir. Pandemi sürecinde ülke yönetimi tarafından getirilen, toplumsal hayata yönelik bu sıkı önlemler, Haziran ayı itibarıyla esnetilmiş ve bunun sonucunda bunalım halinden kurtulan bireyler arasında uyuşturucu ve uyarıcı maddelere ilişkin suç oranlarında düşüş gözlenmiştir.

Suç Oranlarındaki Artışın Analizi

I. UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SUÇLARINA BÜTÜNCÜL BİR BAKIŞ

Suç olgusu ülkelerin sosyo-kültürel yapıları ile sıkı bir etkileşim içindedir. Bir toplumda suç oranlarının seyrini anlamak için ilgili ülkeyi ekonomik, sosyal, kültürel ve tarihi öğeleriyle bir bütün olarak incelemek gerekir. Suçu etkileyen ekonomik faktörleri ele alırsak nüfus¹⁴ konusuna da değinmek gerekir. İktisadi anlamda nüfus, üretim döngüsünde mal ve hizmet üreten, kazancı kendisi için gelir kavramı ile adlandırılırken işveren literatüründe "gider, maliyet" kavramlarıyla ifade edilen iş gücüdür. Söz konusu üreten nüfusun tüketim faaliyetleri ise kendisi için gider kalemini oluştururken iş-

14 Yıldırım Arzu, *Sosyokültürel Yapı ve Suç Olgusu Üzerindeki İlişki: Malatya İli Örneği*, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 16 (Özel Sayı I): 1-7, 2014, (s. 2.)

veren için gelir kalemidir. Nüfusun mal ve hizmetlere olan talebi ile oluşan arz, istihdamın sürekliliğini sağlar. Kısaca; nüfus miktarı, iktisadi gelişme ve bu gelişmenin yarattığı değerın nüfusa dağıtılması ile (milli gelir) toplumun sosyo-kültürel yapısı da şekillenir. Kontrolsüz nüfus artış ve azalışları, iktisadi yapıyı ve beraberinde sosyo-kültürel yapıyı da etkiler. Suç kavramı da bu etkileşimle karşımıza çıkar. Örnek vermek gerekirse aşırı nüfus artışı ülkelerin nüfusa yetecek istihdamı yaratamamasına neden olur. Bu da beraberinde işsizlik, ekonomik gelirden azalış, devlet yardımlarının işsiz sayısına yetememesi gibi sorunları doğurur ve suç kavramı bu noktada karşımıza çıkar. Aynı şekilde kontrolsüz nüfus azalışı da devletlerin suç ve suçlulukla mücadeleleri açısından olumsuz etkiler doğurabilir. Kontrolsüz nüfus azalışı ülke ekonomisinde bireylere daha fazla gelir olarak yansısı da (Kişi Başına Düşen Milli Gelir, üretilen milli değerın daha az bireye dağılacak olması kast edilmiştir) işverenler için işgücü sorunu yaratır. Bu durum da ilgili ülkenin işçi göçü almasına neden olur ve söz konusu göçler de göçe bağlı suçları beraberinde getirir.

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri ve Almanya gibi gelişmiş ülkelere yaşanan yoğun göçle suç oranları da artış göstermektedir. Yeni toplum düzenine entegre olmaya çalışan farklı aidiyetlere, farklı kültür ve tarih birliğine sahip olan bireyler hem yeni geldikleri toplumla kültür çatışması yaşamakta hem de bu yeni sosyal yapının kendilerine atfettiği etiketlemelerle baş etmeye çalışmaktadır. Bu çok yönlü yabancılaşma ve yalnızlaşma sürecinde suç ve suçluluk olgusunun varlığı kaçınılmazdır.

II. TÜRKİYE ANALİZİ-NARKOTİK SUÇLARA SOSYOLOJİK BİR BAKIŞ

Ülkemizde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarına dair 1984 yılında yapılan öncü bir çalışma¹⁵ ışığında bu suçların sosyolojik bağlamda dün ve bugününü ele almak yerinde olacaktır. Söz konusu çalışma, Balıkesir ili Burhaniye Kapalı Cezaevinde bulunan narkotik suçlar sebebiyle hükümlü olan bireylerle yapılmıştır. Yapılan çalış-

15 İçli Tülin, *Uyuşturucu Madde Bağımlıları ile Sosyolojik Bir Çalışma*, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, 02.02.1984.

mada hükümlülerin % 67'si yoksul olduğunu ifade etmiştir, cevaplayanların bir kısmı uyuşturucu ve uyarıcı madde bağımlılığının nedeninin “geçim sıkıntısı” ile açıklamıştır. Hükümlülerin %90.20'si çok çocuklu ailelerdendir, bu demek oluyor ki hane halkı yeterli gelir elde edememekte, elde edilen gelir çok kişi arasında paylaşılmak zorunda kalmaktadır. Eğitim olanaklarına erişimleri ve ekonomik durumları göz önüne alınırsa iyi gelir getiren, düzenli çalıştıkları bir işleri yoktur. Katılımcıların %72,55'i serbest meslek erbabıdır. Bu da düzensiz gelir, ekonomik sorunların doğurduğu psiko-sosyal sorunlar ile beraberinde suç ve suçluluğu doğurur. Düşük yaşam kalitesi bireyleri hayatta kıymetli bir amaç edinmekten koparmakta, madde bağımlılığına sürüklemektedir.

Ekonomik nedenlerin yanı sıra ebeveyn ve arkadaş alt kültürü de suç ve suçlulukta önemli bir rol oynar. Kişi ilgili grubun bir ferdi olmakla o grubun edindiği zararlı alışkanlıkları da kabul etmiş olur, bu durum da toplumda suç oranlarının önlenemez ancak belirli bir düzeyde tutulabilir derecede artışının bir nedenidir. Örneğin sözünü ettiğimiz kıymetli çalışmada uyuşturucu ve uyarıcı madde bağımlılarının %70'nin uyuşturucu maddeyi yalnız kullandığı, esrar maddesini ise çevreden öğrendiği tekniklerle kullandıkları tespit edilmiştir. Alt kültürde esrar maddesini kullanmaya yönelik bir inanç ve değer birliği oluşturulduğu söylenebilir, suç teşkil eden bu fiil, grup davranışı haline getirilmiştir.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde suçlarına eğilimde sosyal ve ekonomik nedenlerin yanı sıra suça karışan bireylerin yaş aralığı da önemli bir faktördür. Ülkemizde, daha önce değindiğimiz 1984 yılında yapılan araştırmanın devamı olan 1985 tarihli araştırma raporunda ise Burhaniye Kapalı Cezaevindeki uyuşturucu bağımlısı mahkumların yaş aralığı 22-25'tir.¹⁶ 2017 yılı verilerine göre ise uyuşturucu ve uyarıcı madde ticareti ve kullanma suçlarının işlendiği yaş aralığı 16-25'tir.¹⁷

16 İçli Tülin, *Uyuşturucu Madde Suçlarında Bazı Sosyal Faktörler*, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Cilt 3, Sayı 2, 1985, (s. 118.)

17 Bahar Atalay, *Uyuşturucu Madde Kullanımının Nedenleri ve Bağımlılık Oluşum Sürecinde İletişimsel Yaklaşımların Rolü ve Önemi: Polis Kayıtları Üzerinden Olgusal Bir İnceleme*, İstanbul Üniversitesi İletişim Bilimleri Dergisi, 2018/2, Sayı 55, (s.7)

Ülkemizde 20. yüzyıl ile sanayi toplumuna geçiş ve 21. yüzyıla gelen bilgi çağı ile toplumsal yapıda değişimler gözlenmiştir. 1950'lerin tarım toplumundan miras kalan sıkı örf ve adetler ile ahlaki değerler modern zamanların üretim biçimleri ve yeni düşünce sistemi ile harmanlanmıştır. Ortaya çıkan Karma Ekonomi ve Serbest Piyasa Ekonomisi gibi iktisadi sistemler toplumu cemiyetleştirmiştir (köy hayatından şehirleşme, endüstri, şirketler ve sendikalarla iç içe bir yaşama geçiş). Yeni ekonomik düzenin ve onun beraberinde getirdiği sosyal ortamın şartlarına uyum sağlayamayan bireyler suçla sürüklenmiştir. Sosyal medya ve internet siteleri gibi uyuşturucu ve uyarıcı maddelere dair bilgi ve paylaşımlara rahatlıkla erişilebilecek sanal ortamların sayısının artması da uyuşturucu madde suçlarını işleyenlerin yaş aralığındaki düşüşün bir nedenidir.

III. İNGİLTERE ANALİZİ-NARKOTİK SUÇLARA SOSYOLOJİK BİR BAKIŞ

Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerde ve İngiltere gibi gelişmiş ülkelerde uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarındaki artış büyük bir toplumsal sorundur. Ülke yönetimleri açısından da vatandaşlara ayrılması gereken kaynakların, bu suçlu bireylerin rehabilitesine ayrılması bakımından büyük bir mali yükü beraberinde getirmektedir.

İngiltere'de suçluluk ve narkotik suçlarını ele almak için II. Dünya Savaşı sonrası kırılma yaşayan toplumsal düzeni yakından incelemek gerekir. Savaş sonrası yeni hükümet Beveridge Raporu ile toplumda oluşan ekonomik tahribatı gidermek adına sosyal devlet yasaları çıkarır.¹⁸ Bu yasalarla halka eğitim, barınma, iş gibi sosyal olanaklar sağlanmak istenmiştir. Dönemin en önemli yasası 1944 tarihli Butlar Kanunudur. Bu kanunla eğitim kurumlarının ücreti kaldırılmış ve bireylere eğitimden toplumun geri kalanı ile eşit olarak yararlanma hakkı tanınmıştır. Bu yasayla eğitim alma imkanına kavuşan, ebeveynleri işçi veya serbest meslek erbabı olan dar gelirli alt sınıf gençler üniversite eğitimi de alabilmiştir. Böylece alt sınıftan gençler, II. Dünya Savaşı öncesinin toplumunda sadece üst sınıftan

18 Aydoğan Buhara Oya, Uygur Ege Ufuk, *II. Dünya Savaşı Sonrası İngiltere'de Toplumsal Hayat, Sınıf Sistemi ve Yabancılaşma*, Ankara Üniversitesi DTCF Antropoloji Dergisi, Sayı: 33 (Haziran 2017), (s. 109-121)

gençlerin edinebildiği meslekleri edinmeye başlamışlardır. Böylece alt sınıf-üst sınıf ayrımı ortadan kalkarak ekonomik ve mesleki konumunu güçlendirme potansiyeli olan geniş bir orta sınıf meydana gelmiştir. Ancak eski toplum düzeninin alt sınıfından ailelerde ve sosyal çevresinde yetişen bireyler orta ve üst sınıflar seviyesinde meslek ve yaşam kalitesine eriştikçe çeşitli aidiyet sorunlarıyla karşılaşmıştır. Bireyler kendilerini, ne içinde yetiştikleri alt sınıfın sosyal yapısına ne de kendi emek ve başarıları ile çıktıkları üst sınıfın sosyo-kültürel yapısına ait hissedebilmiştir. Bu durum fertlerin hem kendilerine hem de topluma yabancılaşmalarına neden olmuştur. Özellikle gençler üzerinde etkisini gösteren yabancılaşma ile o dönemin öfkeli gençliğini tanımlayan “Teddy çocuklar” ve “öfkeli genç adam” kavramları öne çıkmıştır.¹⁹

Ülke içindeki hukuki gelişmelere ek olarak savaş sonrası devletlerin birbirleri ile etkileşimleri de İngiliz toplumu üzerinde önemli değişikliklere zemin hazırlamıştır. II. Dünya Savaşı sonrası Amerika ile artan etkileşim ve ülkeden gelen askerlerle İngiliz toplumunun sınıf sistemi değişmiş, vatandaşlar arası eşitlik vurgusu ön plana çıkmıştır.

Sözünü ettiğimiz bu topluma yabancılaşma ve eşitlik kavramları dönemin İngiliz gençliği üzerinde büyük bir değişim yaratmıştır. Sanayi toplumunun yarattığı rekabetin de etkisiyle bireyci ve bir o kadar yalnız hale gelen gençler toplumun yazılı ve sözlü kurallarına olan inançlarını da yitirerek bağımsız, kural karşıtı bir yaşayışa sürüklenmiştir. Bu durum suç oranlarında ve özellikle uyuşturucu ve uyarıcı madde suçlarında artışa neden olmuştur.

SONUÇ

Türk Ceza Kanunumuzda düzenlendiği şekliyle uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, resmi asayiş birimlerimizin kullandığı tabir ile narkotik suçlar,²⁰ gelişmiş ve gelişmekte olan toplumlar için büyük bir sorundur. Bu suçların istatistiklere yansıyan vaka ve ele geçirilen madde sayılarında yıldan yıla gözlenen artış üzerinde ülkelerin sosyal ve ekonomik dinamikleri, istihdam ve sosyal yardımların ye-

19 Aydoğan Buhara Oya, Uygur Ege Ufuk, a.g.e., (s. 120)

20 <https://www.egm.gov.tr/narkotik-suclar> (14.09.2020)

tersizliği gibi konuların etkisi büyüktür. Ancak son yıllarda özellikle Orta Doğu ülkelerinde gözlenen parçalanmış yapılarla birlikte bu ülkelerden gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelere yaşanan yoğun göç de suç oranlarındaki bu artışın nedenidir. Göçle birlikte hızla maddi gelir elde edecek bir iş bulamayan bulsa da göç alan ülke vatandaşlarına göre daha kısıtlı haklara sahip olan bu bireyler rahatlıkla suçla sürüklenebilmektedir.

Öte yandan içinde bulunduğumuz küresel COVID-19 salgını döneminde suç oranlarında gözle görülür bir değişim yaşanmıştır. Asya ve kimi Avrupa ülkelerinde Şubat, Mart, Nisan ve Mayıs ayları boyunca süren sokağa çıkma sınırlamaları, işyerlerinin kapanması, eğitim hizmetlerinin internet üzerinden yürütülmesi, toplu taşıma araçlarına dair ulaşım hizmetlerinin sınırlandırılması, ülkeler arası havayolu trafiğinin askıya alınması gibi pek çok örnek uygulama ile salgının yayılma hızı yavaşlatılmaya çalışılmıştır. Bu ülkelere geç uyum sağlayan İngiltere, salgınla Türkiye'ye nazaran bir ay kadar erken tanışmasına rağmen alternatif mücadele yöntemlerini tercih etmiştir. Ancak salgının ciddiyeti ortaya çıktıkça söz konusu karantina uygulamaları ve toplumsal hayata ilişkin sınırlandırmalara İngiltere de başvurmuştur. Bu süreçte, salgının daha sonra sıçradığı ülkemiz de gereken tedbirleri almıştır. Dikkat çekicidir ki ele aldığımız oranlardan anlaşılacağı üzere, bu tedbirler süresince diğer suç oranlarında azalış gözlenirken uyuşturucu veya uyarıcı madde suç oranlarında özellikle karantina sürecinde dikkate değer bir artış yaşanmıştır. Önlemlerin azaltıldığı dönemde ise bu suç oranlarında azalış gözlenmiştir. Bu durumun temel nedeni karantina ve sosyal kısıtlama dönemi şartlarında iş ve eğitim hayatı ile sosyal hayattan uzak kalan bireylerin sürüklendikleri bunalım halidir. İngiltere özelinde ise çalışmamızda ele aldığımız oranlarda karantina döneminde gerçekleşen artışın temel nedeni COVID 19 salgının bireylerde yarattığı buhran hali olmakla birlikte, sanayi devrimi sonrası yükselen bireyci ve yalnızlaşan toplum yapısının da yükselen uyuşturucu veya uyarıcı madde suç oranlarıyla yakından ilgili olduğu kanaatindeyiz.

Narkotik suçlar özelinde ele aldığımız söz konusu oransal değişimi toplumsal ve hukuki yönleriyle doğru analiz etmek, ülkelerin kaynaklarını suç ve suçlulukla mücadelede değil, vatandaşlarının

refahına yönelik yatırımlarda kullanmaları açısından oldukça önemlidir. Bu sebeple çalışmamızda hukuk, sosyoloji ve iktisadi bilimler temelinde, resmi makamların yayınlamış olduğu suç oranlarını da kullanarak suç, suçluluk, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları konularını İngiltere ve Türkiye özelinde ele aldık.

KAYNAKÇA

- Bahar Atalay, Uyuşturucu Madde Kullanımının Nedenleri ve Bağımlılık Oluşum Sürecinde İletişimsel Yaklaşımların Rolü ve Önemi: Polis Kayıtları Üzerinden Olgusal Bir İnceleme, İstanbul Üniversitesi İletişim Bilimleri Dergisi, 2018/2, Sayı 55
- Giddens Anthony, Kapitalizm ve Modern Sosyal Teori, 2012, İletişim Yayınları, İstanbul
- İçli Tülin, Uyuşturucu Madde Bağımlıları ile Sosyoloji Bir Çalışma, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, 02.02.1984,
- İçli Tülin, Uyuşturucu Madde Suçlarında Bazı Sosyal Faktörler, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi Cilt 3, Sayı 2, 1985
- Koca, Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 76
- Özbek, Doğan, Bacaksız Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 711-746
- Aydoğan Buhara Oya, Uygur Ege Ufuk, II. Dünya Savaşı Sonrası İngiltere'de Toplumsal Hayat, Sınıf Sistemi ve Yabancılaşma, Ankara Üniversitesi DTCE Antropoloji Dergisi, Sayı: 33, Haziran 2017
- Yıldırım Arzu, Sosyokültürel Yapı ve Suç Olgusu Üzerindeki İlişki: Malatya İli Örneği, KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Özel Sayı I: 1-7, 2014

