

Online Hukuk Devleti Akademisi



Uygulayıcı Eğitimi Elkitabı

özgür
bir
toplum
için



Canberra
Australia
www.canberra.gov.au

Canada



Online Hukuk Devleti Akademisi

Uygulayıcı Eğitimi Elkitabı

Prof. Dr. Mustafa Erdoğan

Prof. Dr. Serap Yazıcı

Avukat Orhan Kemal Cengiz

Avukat Beydağ Tıraş Öneri

Yrd. Doç. Dr. Günel Kurşun

Activity supported by the
Canada Fund for Local Initiatives
Activité réalisée avec l'appui du
Fonds canadien d'initiatives locales

Canada

katkılarıyla

**Online Hukuk Devleti Akademisi:
Uygulayıcı Eğitimi Elkitabı**

**Mustafa Erdoğan, Serap Yazıcı, Orhan Kemal Cengiz,
Beydağ Tıraş Öneri, Günel Kurşun**

© Özgürlük Araştırmaları Derneği, 2020

Editör: Ali Rıza Çoban

Yayına Hazırlayan: Ali Rıza Çoban, Barış Yardımcı

Tasarım: Serbest Kitaplar (serbestkitaplar.com)

Activity supported by the
Canada Fund for Local Initiatives
Activité réalisée avec l'appui du
Fonds canadien d'initiatives locales

Canada

*Bu kitap Kanada Büyükelçiliği desteği sonucu hazırlanmıştır.
Bu çalışmadaki görüşler yazarlara aittir, Özgürlük Araştırmaları Derneği ve Kanada Büyükelçiliği'nin görüşlerini yansıtmaz.*



📍 Çankaya Mah., Atatürk Bul., No.160 D.10 Çankaya, Ankara

☎ (312) 213 24 00 🌐 www.oad.org.tr ✉ info@oad.org.tr

f [ozgurlukarastirmalari](https://www.facebook.com/ozgurlukarastirmalari) 🐦 [ozgurlukar](https://twitter.com/ozgurlukar)

İÇİNDEKİLER

TAKDİM	1
1. HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNE GİRİŞ Mustafa Erdoğan	5
2. HUKUK DEVLETİ İLKESİ Prof. Dr. Serap Yazıcı	23
3. CEZA HUKUKU AÇISINDAN AİHS 6. MADDE BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKI Av. Orhan Kemal Cengiz	61
4. İÇ HUKUK VE AİHS KAPSAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI Av. Z. Beydağ Tıraş Öneri	83
5. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 5. MADDESİ BAĞLAMINDA ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI Dr. Günal Kurşun	99

Mustafa Erdoğan

Mustafa Erdoğan 1956 yılında Trabzon'da doğdu. Lisans, yüksek lisans ve Doktora öğrenimini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı; 1991'de Doçent, 1997'de Profesör oldu. Mustafa Erdoğan idarî yargıda (1983-85), Ankara Üniversitesi (1985-1990) ve Hacettepe Üniversitesi'nde (1991-2010), emekliliğinden sonra da İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (2010-2016) öğretim üyesi ve dekan olarak çalıştı. Prof. Erdoğan ayrıca 1997-98, 2003 ve 2007-2008 yıllarında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki muhtelif üniversitelerde ve düşünce kuruluşlarının da misafir araştırmacı olarak bulundu.

Liberal fikriyatın Türkiye'deki önde gelen temsilcilerinden olan Mustafa Erdoğan; 2014 yılında Bican Şahin, İhsan Dağı, Erdal Türkkan, Melih Yürüşen, O. Kemal Cengiz ve Veli Kondak'la birlikte Özgürlük Araştırmaları Derneği'ni kurdu. Erdoğan daha önce de merhum Kâzım Berzeg ve Atilla Yayla'yla birlikte Liberal Düşünce Topluluğu'nu (1992) kurmuştu.

Yazı hayatına 1970'lerin ikinci yarısında başlayan Mustafa Erdoğan 1996'dan itibaren on yıl kadar *Liberal Düşünce* dergisinin editörlüğünü yaptı. Bu arada birçok akademik ve yarı-akademik derginin yayın veya danışma kurullarında yer aldı. Kırk yılı yaklaşan akademik kariyeri boyunca anayasa hukuku, Türk siyasî hayatı, liberal siyaset teorisi, adalet ve insan hakları alanlarında makale ve kitap olarak çok sayıda eseri yayımlandı. Mustafa Erdoğan ayrıca 1990'lar başlarından itibaren geniş kitlelere hitap eden yazı ve konuşmalarıyla da bir kamusal entellektüel profili çizdi.

Türkiye Bilimler Akademisi aslı üyesi olan Prof. Erdoğan'ın başlıca eserleri şunlardır:

Türk Anayasa Hukuku (2. b., 2019), *Anayasa Hukukuna Giriş: Genel Esaslar* (2. b., 2019), *Özgürlük, Hukuk ve Demokrasi* (2018), *Hukuk ve Adalet* (2017), *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset* (9. b., 2016), *Anayasal Demokrasi* (12. b., 2015), *İnsan Hakları: Teorisi ve Hukuku* (4. b., 2014); *Aydınlanma, Modernlik ve Liberalizm* (2006); *Demokrasi, Laiklik, Resmi İdeoloji* (2. b., 2000); *Liberal Toplum, Liberal Siyaset* (2. b., 1998); *Anayasacılık, Parlamentarizm, Silâhlı Kuvvetler* (1993). Prof. Erdoğan bu arada toplumsal ve siyasal teori alanında birçok kitap ve makaleyi de Türkçeye çevirdi.

Serap Yazıcı

Serap Yazıcı, 1984'te Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı üniversitede yüksek lisans (1986) ve doktora (1995) eğitimini tamamladı. 2000 yılında doçent, 2009'da profesör oldu. Askerî Müdahalelerin Anayasal Etkileri, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri: Türkiye İçin Bir Değerlendirme, Demokratisleşme Sürecinde Türkiye, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye – Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine isimli kitapların yazarı olan Yazıcı, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

Orhan Kemal Cengiz

1968 yılında İzmir’de doğdu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun oldu. 1996 yılında İzmir Barosu İnsan Hakları Merkezi Direktörü olarak görev aldı. 1997-1998 yıllarında Londra’da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne açılan davalar üzerinde çalıştı. İzmir Barosu İşkenceyi Önleme grubunun kurucularındandır. Uzun yıllar boyunca Türkiye’de yaşayan dini azınlıkların avukatlığını yürüttü. İnsan Hakları Gündemi Derneği’nin kurucusu ve 2003-2012 yılları arasındaki başkanıdır. Tahir Elçi Vakfı Yönetim Kurulu üyesidir. Pek çok gazete ve yayın organında köşe yazarlığı yapmıştır.

Kaleme aldığı kitaplar ve raporlar: “İnsan Hakları Hukuku Alanında Uluslararası Mechanizmalar” (KHRP, Ege yayınevi 1999); “Uygulamacılar İçin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne Başvuru Rehberi” (İzmir Barosu, 2001); “Protestanların Türkiye’de Karşılaştıkları Hak İhlallerinin İnsan Hakları Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (TPKB, 2002); “Sivil Toplum Kuruluşları İçin Hukuk El Kitabı” (STGM, 2007); “Turkey And the World Around It” (Liberte, 2008); “Türkiye’de Nefret Suçları” (Hakan Ataman’la birlikte, 2009, İHGD); “Türkiye’de Derneklerin Örgütlenme Özgürlüğü Önündeki Engeller” (TUSEV, 2010); “70 Soruda Roman Hakları” (Günal Kurşun’la birlikte-İHGD, 2013). Umut Ağacı (Roman), İndie yayınları, 2019. “Türkiye’nin Dini Azınlıkları-İnsan Hakları Açısından Bir Değerlendirme”, Girişim Ajansı, 2020.

Çevirileri: “Düşünce, İnanç, Vicdan ve İfade Özgürlüğü” (2000, Belge Yayınları); “İşkencenin Rapor Edilmesi El Kitabı” (2000, Essex Üniversitesi); Standartları İşler Kılmak, İyi Cezaevi Uygulamaları İçin Bir Rehber” (2001, BG); “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakları Savunmak ve İlerletmek” (AAAS, 2004); “İşkenceyle Mücadele-Yargıçlar ve Savcılar El Kitabı” (2004, Essex Üniversitesi) “Gazetecilik, Medya ve İnsan Hakları Haberciliği Mücadelesi” (2006, İnsan Hakları Politikaları). “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Giriş”, Avrupa Konseyi ve özgürlük Araştırmaları Derneği Yayını, 2019.

Halen serbest avukatlık yapmaktadır. (orkece@gmail.com)

Z. Beydağ Tıraş Öneri

Z.Beydağ Tıraş Öneri, 1967 Isparta doğumludur. Bornova Anadolu Lisesi Almanca Bölümü ve İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. 1991 yılından beri İzmir’de avukatlık mesleğini yürütmektedir. İzmir Barosu Kadın ve Çocuk Hakları Komisyonu, CMUK Koordinasyon Kurulu ve İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Daimi Çalışma Grubunda aktif olarak çalıştı. 1996-1998 yılları arasında İzmir Çocuk Platformu sekreteryası üyesi olarak görev yaptı, “Çocuk ve Suç” alt grubunda çeşitli eğitim ve araştırma konularında çalıştı.. 1995 yılından beri özellikle Çocuk Suçluluğu, Çocuk Yargılaması, BM Çocuk Hakları Sözleşmesi, AİHS ve İnsan Hakları Hukuku ile ilgili birçok sivil toplum kuruluşunda gönüllü çalışmalar yaptı ve eğitim çalışmalarına katıldı, kitap ve makalelere katkı sundu.

2000/2002 döneminde İzmir Barosu Yönetim Kurulu üyesi, 2001/2002 döneminde İzmir Barosu Genel Sekreteri, Staj Eğitim Merkezi Yöneticisi, İzmir Barosu Dergisi ve Bülteni Sorumlu Yazı İşleri Müdürü, 2012-2014 döneminde İzmir Barosu Türkiye Barolar Birliği Delegeesi olarak görev yaptı. 2004 yılından beri İzmir Barosu Staj Eğitim Merkezi eğitmen kadrosunda yer alarak; Avukatlık Hukuku alanında ders veriyor.

Halen İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD) yönetim kurulu üyesi ve Genel Sekreteridir. Derneğin yürütücüsü olduğu İzmir Ayrımcılık Karşıtı Ağ ve diğer organizasyon ve etkinliklerde eğitmen, danışman ve koordinatör olarak çalışmakta, İHGD tarafından yürütülen “Ulusalüstü ve Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ulusal Hukukta Uygulanmasına Yönelik Seminerler” dizisinde ; Tahir Elçi Vakfı İnsan Hakları Akademisi “ Çevrimiçi AİHS Seminerleri” nde “AYM/AİHM kararları ışığında Ayrımcılık Yasağı” alanında eğitmenlik yapmaktadır.

Günel Kurşun

1975 Ankara doğumlu Dr.Günel Kurşun, Ankara Gazi Anadolu Lisesi ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. Yüksek lisans ve doktorasını da aynı fakültede yapan Kurşun, 675 sayılı KHK ile üniversiteden ihraç edilemeden önce, Adana Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında yardımcı doçent olarak görev yapıyordu. Eğitimsen üyesi olan Günel Kurşun’un ihracına gerekçe olarak Today’s Zaman gazetesinde İngilizce yazdığı hükümetin insan hakları ve ceza hukuku politikalarını eleştiren makaleleri ve aynı Fakültede görev yaptığı bir başka akademisyenin ihbar ve şikayetleri gerekçe gösterilmiş, yargılandığı davaların tümünden beraat etmiştir. Temmuz 2017’de İstanbul Büyükkada’da, daha önce onlarca benzerine katıldığı bir insan hakları atölye çalışması sırasında diğer dokuz insan hakları savunucusuyla birlikte gözaltına alınan Kurşun, 13 gün İstanbul Terörle Mücadele Şubesi gözaltısından sonra tutuklanarak gönderildiği İstanbul Silivri 9 nolu Cezaevi’nde 100 gün geçirmiş, böylelikle senelerce teorik olarak anlattığı ceza muhakemesi ve infaz sistemini doğrudan pratik anlamda test etme şansını yakalamıştır. Kamuoyunda “Büyükkada davası” olarak bilinen dava halen devam etmektedir. 1999’da Uluslararası Af Örgütü Türkiye Şubesi ve 2003 yılında da İzmir merkezli İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD)’nin kurucularından biri olan Kurşun, dört yıl süreyle İHGD’nin başkanlığını yürütmüş, İHGD ve Tahir Elçi İnsan Hakları Vakfı bünyelerinde AİHS ve AİHM uygulamaları konusunda dersler vermektedir. Halen insan hakları alanında çatı kuruluş olan İnsan Hakları Ortak Platformu’nun yürütme kurulu üyeliğinde bulunan Günel Kurşun’un Soykırım Suçu, Ceza Muhakemesinde Hüküm, 70 Soruda Roman Hakları (Orhan Kemal Cengiz ile birlikte), Ayrımcılık ve Nefret Suçları, 101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi adli kitapları, insan hakları ve ceza hukuku alanlarında onlarca yayınlanmış makalesi bulunmaktadır. Avukatlık ruhsatnamesi iptal edilerek avukatlık yapmasına da izin verilmeyen Kurşun, İngilizce ve İtalyanca bilir; Ali Berk’in babasıdır.

TAKDİM

BU KİTAPÇIK UYGULAYICILARA YÖNELİK HUKUK DEVLETİ EĞİTİMİNDE başvuru kaynağı olarak kullanılmak üzere hazırlanmıştır. Eğitimin amacı hukuk devletinin soyut bir kavram değil, gündelik hukuk uygulamasında dikkate alınması gereken somut hukuki ilkeler içerdiği ve hukuk uygulamacıları tarafından yargılamanın her aşamasında gözetilmesi ve ileri sürülmesi gereken hukuki argümanlar sunduğu konusunda farkındalık yaratmaktır. Bu nedenle önce hukuk devletinin teorik ve kavramsal çerçevesini ele alan yazılara yer verilmiş, daha sonra da hukuk uygulayıcılarının, özellikle de avukatların mesleklerini icra ederken davanın her aşamasında ileri sürebilecekleri hukuk devleti argümanlarını inceleyen yazılara yer verilmiştir.

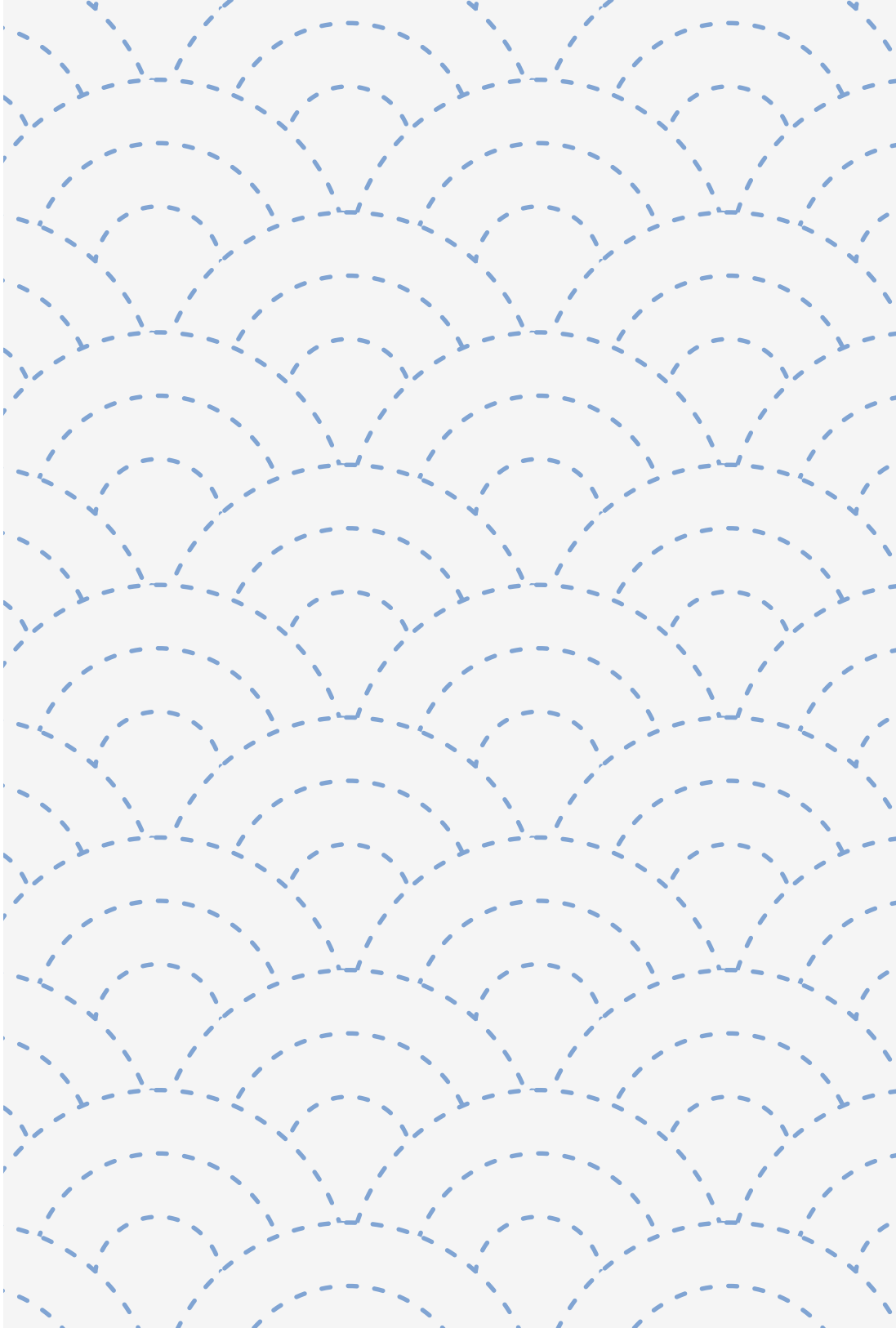
Hukuk devleti ya da hukukun üstünlüğü keyfi yönetimin karşısı olarak, hukuka uygun yönetim anlamına gelmektedir. Dolayısıyla yönetimin hukuka uygunluğunu sağlamak hukuk devletinin temel amacıdır. Ancak uyulacak hukukun, hukukun üstünlüğüne uygun nitelikte olması gerekir. Bu çerçevede yasaların demokratik süreçlerle katılımcı bir şekilde yapılması, idare ve yurttaşlar için öngörülebilirlik ve hukuki güvenlik sağlayacak yapısal niteliklere sahip olması, içeriklerinin de temel haklara saygılı olması zorunludur. Bu nitelikteki yasaların bütün yurttaşlara eşit bir şekilde uygulanmasını sağlayacak usulü ve kurumsal güvencelerin de teminat altına alınmış olması gerekir. Dolayısıyla hukuk devleti dediğimizde, hem yasaların sahip olması gereken yapısal özellikler ve yasaların maddi içeriğine ilişkin nitelikler hem de yönetimin yasalara uymasını ve yasaların bütün bireylere adil ve eşit bir şekilde uygulanmasını

teminat altına alacak adil yargılamaya ilişkin usulü güvenceler ve yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı gibi kurumsal güvenceler akla gelmektedir. Bu güvencelerin her biri yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalı ve herhangi bir sapma gözlenmesi durumunda avukatlar tarafından dile getirilerek müvekkililerin hakları etkin bir şekilde savunulmalıdır.

Kitapçıkta ilk olarak Prof. Dr. Mustafa Erdoğan tarafından kaleme alınan ve hukuk devleti kavramının teorik çerçevesini ele alan giriş yazısı yer almaktadır. İkinci bölümde Prof. Dr. Serap Yazıcı'nın kaleme aldığı hukuk devletinin temel unsurlarını ve sağladığı güvenceleri ele alan yazısına yer verilmiştir. Üçüncü bölümde Av. Orhan Kemal Cengiz'in kaleme aldığı ceza davalarında adil yargılama güvencelerini inceleyen çalışmaya yer verilmiştir. Dördüncü bölümde Av. Beydağ Tıraş Öneri tarafından hazırlanan ayrımcılık yasağına ilişkin temel içtihatları derleyen yazısına yer verilmiştir. Son olarak da ceza hukukçusu Dr. Günal Kurşun'un kaleme aldığı özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin genel güvenceleri inceleyen yazısı yer almaktadır.

Kitapçığın katılımcılara ve okuyucuya faydalı olmasını dilerim.

Ali Rıza Çoban



HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜNE GİRİŞ

Mustafa Erdoğan

HUKUK TOPLUM HALİNDE YAŞAMANIN ZORUNLU BİR UNSURLURDUR. “Nerede toplum varsa orada hukuk (da) vardır” (*Ubi societas ibi ius*) şeklindeki ünlü Latin vecizesi bu gerçeğin yüzyıllar ötesinden gelen özlü bir anlatımıdır. Toplum her şeyden önce ortak yarar için bir işbirliği girişimidir. Öte yandan, farklılıklar içerdiği ölçüde toplum aynı zamanda bir çatışma potansiyeli de taşır. Dünya görüşleri, ahlâkî anlayışları ve çıkarları şu veya bu ölçüde farklı olan birey ve gruplardan oluştuğu için, toplum aynı zamanda bir gerilim ve çatışma kaynağıdır. Öyleyse, toplumu karakterize eden iki ana özellik uyum ve çatışmadır.

Hukukun toplumsal varoluşun kurucu bir unsuru olmasının kaynağı bu iki yönlü gerçekte yatmaktadır. Toplumsal hayat asgarî ölçüde bir barış ve düzenin varlığını gerektirir. Toplumsal uyum ve işbirliğinin olduğu kadar; toplumun amaçlar, değerler ve çıkarlar bakımından çoğulculuğu da ortak kuralların varlığına ihtiyaç gösterir. Özellikle, hem çatışma çıkması ihtimalini azaltacak hem de ortaya çıkan çatışmaları çözüme kavuşturacak, herkes için geçerli olan (ortak) davranış standartları olmadan barış ve düzen içinde bir toplumsal hayat

mümkün değildir. İşte, bu davranış standartlarını kurallar halinde belirginleştirmesi ve herkes için bağlayıcı hale getirmesi bakımından, hukuk toplumu ayakta tutan normatif sistemler içinde önde gelmektedir. Kısaca, hukuk hem toplumun ortak işlerinin kapsamını ve kararlaştırılma usullerini, hem de kişiler ve gruplar arasında çıkan ihtilâfların hangi kurallara göre ve nasıl çözüleceğini gösterir.

Hukukun ve hukukun üstünlüğü ilkesinin siyaset modernliğinin bugün içinde yaşadığımız şartlarında özel bir önemi vardır. Bu şartların önemi, bir cebir organizasyonu olarak modern ulus devletin insanın özgürlük ve onurunu en fazla tehdit eden devasa bir yapı olarak ortaya çıkmış olmasından ileri gelmektedir. Modern ulus-devlet insanların hayatlarına müdahale etmek bakımından geniş yetkilere ve kapasiteye sahiptir. Bu durum nasıl ki insan haklarını kişileri devlet baskıcılığından korumanın en etkili aracı haline getirmektedir (Vincent 2010: 119, 124; Donnelly 1995: 135), modern devlet aynı şekilde hukukun üstünlüğünü de insanları keyfî yönetimin zararlarından korumak için vazgeçilmez yapmaktadır.

Başka bir anlatımla, günümüzde devletin benzersiz bir cebir ve şiddet potansiyeline sahip olması karşısında, bu gücün kötüye kullanılmasına karşı kişilerin korunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu korunma ihtiyacının başka güç yapılarından önce devlete karşı gündeme gelmesi nedensiz değildir. Her şeyden önce, şiddet kullanan özel kişi ve gruplardan farklı olarak, devletler normal olarak hem kendi ülkelerinde şiddetin meşru kullanımı üstünde bir tekel iddiasında bulunurlar, hem de ülkelelerinde yaşayanların kendi emirlerine –başta hukuka- uymakla yükümlü olduklarını iddia ederler. Öte yandan, devletlerin

sahip oldukları güç bireylerin karşı koyamayacakları kadar büyük, muazzam bir güçtür. Onun için, modern bir devletin olağan siyasî hayatında bireylerin devletin gücüne direnmeleri ya imkânsızdır ya da son derece maliyetlidir. İşte hukukun üstünlüğünün arkasında, özellikle devlet gücünü özel güç kullanımından nitelik olarak farklılaştıran bu gerçek yatmaktadır (Gowder 2013: 569-570).

HUKUK DEVLETİ

Bu çalışmanın konusunu oluşturan “hukukun üstünlüğü” teriminin dilimizde kullanıma girmesi pek eski değildir. Bu terimin atıfta bulunduğu ilkenin bizdeki ilham kaynağı Kıta Avrupası olduğu için, Türkçede bu kavramın başlangıçtaki adı, Fransızların “*etat de droit*” ve Almanların “*Rechtstaat*” terimlerinden esinlenmiş olan “hukuk devleti” idi. “Hukuk devleti” terimiyle anlatılmak istenen, kısaca, hukuka bağlı devletli(r). Hukuk devleti ilkesi, devletin bütün iş, işlem ve eylemlerinde önceden konmuş genel kurallar –yani, “kanunlar”- çerçevesi dahilinde hareket etmesini gerektiriyordu. Türkiye’de de uzun süre bu ilkedен anlaşılan, Avrupa’daki anlayışa paralel olarak, devletin işleyişinde genel iradenin tezahürü olarak görülen “kanun”a uygunluk fikri olmuştur. Bu özellikle kamu idaresinin işleyişi bakımından geçerlidir; nitekim “İdarenin kanunîliği” hukuk devletinin ilk çağrıştırdığı ilkelere biri idi.

Hukuk devleti kamu otoritesi kullanan kişilerin indî görüşlerine ve kaprislerine göre değişen bir yönetimin yerine, kurallara dayalı, gayrişahsî, “objektif” bir yönetimi koymayı amaçlar. Böylece, hukuk devletinde adeta “kişiler değil kurallar (kanunlar) yönetecek”ti. Kurallara /kanunlara bağlı yönetimin, en başta, keyfî yönetimi önleyeceği ve kişilere hukukî güvenlik

ve öngörülebilirlik sağlayacağı varsayılıyordu. Keyfiliğe karşı güvence oluşturan hukuk güvenliği hukuk devletinin temel bir gerekliliğidir (Chevallier 2010: 100). Hukukî güvenlik, kamu otoriteleriyle ilişkilerinde kişilerin bugün ve geleceğe dönük olarak güven duygusu içinde olmaları demektir.

Kişilerin yönetimine itirazın kaynağı, yurttaşları yöneticilerinin keyfî yönetimi altında bırakan dizginsiz bir kişisel yönetim korkusudur. Hukuk devleti ilkesi yönetenleri kamusal işlevleri yerine getirirken belirli biçimler ve usuller izlemeye zorlamak suretiyle keyfî iktidarı kısıtlamayı amaçlar. Mamafih, yöneticiler dikkatle kontrol edilse bile, hiçbir siyasî sistem yürütmeye veya onun memurlarına kötüye kullanılma potansiye- li içeren kişisel takdir vermekten büsbütün kaçınmaz. Onun için, hukuk devletinin kurumsal araçları marifetiyle, yöneten- lerin yetkilerini kötüye kullanma fırsatlarının mümkün oldu- ğunca sınırlanması sağlanmak istenir (Bellamy 2003: 119)

"HUKUK DEVLETİ"NDEN "HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ"NE

Türkiye’de "hukukun üstünlüğü" teriminin "hukuk devleti"- nin yerini alması, Anglo-Amerikan hukuk kurum ve kavram- larının 20. yüzyılın ortalarından itibaren kazandığı küresel önemin Türkiye’yi de etkisi altına almasının bir sonucudur. Anglo-Amerikanların Türkçeye "hukukun üstünlüğü" olarak geçen "rule of law" terimi de bu etkinin ülkemizdeki yansıma- larından biridir. Bu terim , "hukuk devleti"nden farklı olarak, devletin hukuka bağlılığından önce, hukukun hükümlerlik veya üstünlüğünü çağrıştırmaktadır.

Birçok düşünür hukukun üstünlüğünü "siyasî bir ideal" olarak nitelemiştir. Örneğin, Hayek’e göre (1960: 206), hukukun

üstünlüğü “hukukun ne olması gerektiğiyle ilgili» olan, «meta-hukukî bir öğreti veya siyasî bir idealdir.” Başka bir deyişle, hukukun üstünlüğünün hukuk açısından olduğu kadar devlet açısından da sonuçları vardır (Raz 2008: 151). Bu ilkenin esaslı bir unsurunu oluşturmadığı siyasî rejimler hür ve medenî toplumsal varoluş için elverişli bir çerçeve oluşturmazlar. “Siyasî ideal” terimindeki “siyasî” nitelemesi hukukun üstünlüğünün devlet örgütlenmesine ilişkin temel bir ilke olduğunu, dolayısıyla hukuka yol göstermesi gerektiğini belirtir. Terimdeki “ideal” kelimesi ise hukukun üstünlüğünün tam olarak gerçekleşmesi mümkün olmasa da vazgeçilmez bir hedef olarak korunması gerektiğini ifade etmektedir. .

Hukukun üstünlüğü teriminin asıl önemi onda bir “üstün hukukîlik” fikrinin saklı olmasından ileri gelmektedir. Üstün hukukîlik hukuk düzeninin içerdiği kuralların genel olarak birtakım yüksek standartlara uygun olmasını gerektirmektedir. Üstün hukukîliğin iki anlamını ayırt edebiliriz: İlk olarak, üstün hukukîlik devletin hukuka bağlı olmasını yeterli görmez; ondan da öte, hukukun devletin üstünde olduğunu ima eder. Buna göre, devlet hukuka değil, hukuk devlete egemen olacaktır. Bundan dolayı, hukukun üstünlüğü hem mutlak egemenliğe ilişkin klasik anlayışın, hem de “hikmet-i hükümet”çi siyaset anlayışının reddini gerektirir. Bunun en önemli sonuçlarından biri, devletin “âli menfaatleri” veya “bekâ”sı bahane edilerek hukukun göz ardı edilmesine izin verilemeyeceğidir. Hukukun devlete üstün olmasının başka bir sonucu, devletin yasama yetkisinin sınırsız olmadığıdır, bu yetkinin de üstünde hukuk vardır. Pratik olarak bu, devletin dilediği gibi kanun yapamayacağı, kanunları hukukun üstünlüğünün evrensel stan-

dartlarına uygun olarak yapmanın devlet için bir yükümlülük olduğu anlamına gelmektedir.

Hukukun üstünlüğü “hukuk devleti”ni de içeren daha geniş ve üst bir kavramdır. Devletin hukuka bağlılığını gerektiren hukuk devletinin temel amacı keyfî yönetimin önlenmesidir. Yaygın deyimle, hukuk devleti “kişilerin yerine kuralların yönetimi”ni koyar, böylece keyfî yönetimden kaçınma ve kişilere güvenlik ve geleceği öngörebilme gibi avantajlar sağlar. Bunlar şüphesiz önemlidir ama hukukun üstünlüğünün sağlanması için yeterli değildir. Çünkü, kurallara bağlı yönetimin keyfiliği önleyebilmesi ve kişilere sahici bir güvence sağlayabilmesi için, hem kuralların bu işleve uygun nitelikte olmaları, hem de hakkaniyetle uygulanmaları gerekir. Başka bir ifadeyle, hukukun üstünlüğünde atıfta bulunulan herhangi bir hukuk değil, kuralları, kurumları ve uygulamasıyla âdil ve hakkaniyetli olan, “üstün” bir hukuktur.

Böylece, belirli niteliklere sahip üstün bir hukukun varlığı “üstün hukukîlik” fikrinin ikinci gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin şu veya bu şekilde bir hukuk sistemine sahip olmasını yeterli görmediğine ve önemli olanın herhangi bir hukuka değil de nasıl bir hukuka sahip olunduğu olduğunu kabul ettiğine göre, burada öngörülen “üstün hukuk”un nispeten ayrıntılı olarak tanımlanmasına ihtiyaç olduğu açıktır. Bir yazarın deyişiyle, hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmek için “(g)enel kurallar rejiminin, iktidarı eline geçiren kişinin kuralları kendi yararına kullanmak için manipüle etmesini imkânsızlaştıracak şekilde geliştirilmesi” gerekir (Loughlin 2015).

Bu yöndeki ilk girişimlerden birini F. A. Hayek yapmıştır.¹ Hayek doğru anlamda hukuk normlarının “âdil davranış kuralları” (“rules of just conduct”) niteliğinde olması gerektiğini kabul etmiş ve bunları esas olarak genellik, soyutluk ve amaçtan-bağımsızlık özellikleriyle tanımlamıştır. O günümüz yasama süreçlerinin tipik ürünleri olan kanunların doğru anlamda kanun olmaktan ziyade bir tür emir olduklarını ileri sürmüştür. Hayek’e göre doğru anlamda kanun (i) geneldir, yani herkes için geçerlidir, (ii) soyuttur, yani belli bir somut durum veya olaydan bağımsızdır, (iii) amaçtan bağımsızdır; yani kişiye ne yapacağını söylemez, fakat sadece onun içinde serbestçe hareket edeceği alanın sınırlarını belirler. Hayek’e göre, ancak bu nitelikteki kurallar veya kanunlar herkese belirlilik ve öngörülebilirlik sağlayabilir (Hayek 2012: 165-66; Hayek 2013: 315-16).²

Lon Fuller’ın bu konuda yaptığı çalışmanın daha kapsamlı ve sistematik olduğu söylenebilir. Fuller *The Morality of Law* (1969, Hukukun Ahlâkî Niteliği) adlı eserinde (ss. 46 vd.), “hukukun içsel ahlâkı” (internal morality of law) adı altında kendi “doğru” hukuk anlayışının kurallar için öngördüğü hukukîlik ölçütlerini belirlemiştir. Bu ölçütler şunlardır: genellik, önceden ilân edilme, geçmişe yürümezlik, açık-seçiklik (anlaşılabilirlik), tutarlılık (çelişmezlik), uygulanabilirlik, istikrar ve uygulamanın kurallara uygunluğu. Fuller, hukukun üstünlü-

1 Hayek kendi hukuk teorisini sistematik biçimde işlediği *Rules and Order*’ı (Kurallar ve Düzen) 1973 gibi nispeten geç bir tarihte yayımlamış olmakla beraber, onun hukukun üstünlüğü hakkındaki ilk eserinin yayın tarihi 1955’tir: *The Political Ideal of the Rule of Law* (Hukukun Üstünlüğü Siyasî İdeali) (National Bank of Egypt, 1955). Düşünür 1960 yılında yayımladığı *The Constitution of Liberty*’de (Özgürlüğün Temel Yapısı) esas olarak buradaki görüşlerini tekrarlamıştır.

2 Bu konuda daha fazla bilgi için, bkz., Erdoğan 2019: 44-49.

ğünün gerekleri olarak da görülebilecek³ olan bu ölçütleri tamamen veya büyük ölçüde karşılamayan bir normatif sistemin hukuk olarak adlandırılmayacağını savunmuştur. Fuller'ın öngördüğü bu standartlar hukuk teorisyenleri ile uygulamacı hukukçular tarafından genellikle kabul görmüştür. Bu standartlara uymak, aynı zamanda, onur sahibi rasyonel fâiller olarak bireylere saygının da bir gereğidir.

Bununla beraber, sırf ideal standartlara uygun olan kuralların –veya “doğru hukuk”un- varlığı hukukun üstünlüğü için yeterli değildir; bu kuralların gerçekten ve hakkaniyetle uygulanıyor olmaları da gerekir. Sözgelişi, anayasası ve kanunları ve diğer kuralları itibariyle “doğru” hukukun standartlarını karşılayan farazî bir devlette, eğer bu kurallara fiilen uyulmuyor veya bunlar uygulamada amaçlarından saptırılıyorsa, yani bir bakıma yazılı normlar “kâğıt üstünde kalıyor”sa, orada hukukun üstünlüğünün varlığından söz edilemez. Bu da, hukukun üstünlüğünün sadece “iyi” kurallara değil, fakat aynı zamanda bunlara bihakkın ve hakkaniyetle uyulmasını sağlayacak kurum ve mekanizmaların varlığına da bağlı olduğu anlamına gelir. Nitekim Joseph Raz (2009) hukukun üstünlüğünün gereklerine, kuralların yapısıyla değil de bir bütün olarak hukuk sisteminin yapısıyla ilgili olan yargı bağımsızlığı, doğal adalet ve yargıya erişim gibi başka unsurlar da eklemiştir.

Bu noktada, hukukun uygulanmasında usulî hakkaniyete riayet gereği devreye girmektedir. Usulî hakkaniyet mahkemeler tarafından hukuk kurallarının somut uyuşmazlıklara uygu-

3 Randy Barnett de (1998: 89), Fuller'ın “hukukun iç ahlâkı”nda hukukiliğin gerekleri ile hukukun üstünlüğünün gereklerinin birleştiğine işaret etmiştir. Esasen, Jeremy Waldron'ın (2008: 10) belirttiği gibi, hukuku hukukun üstünlüğünün gereklerinden bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir.

lanmasında, yani yargılamada izlenecek usulün hakkaniyetin gereklerine uygun olmasını ifade etmektedir. Aslında usul hakkaniyeti sadece mahkemelerce yapılacak yargılamalarda değil, her türlü uyuşmazlık çözümünde gözetilmesi gereken bir ilkedir. Uyuşmazlık çözümlerinde hakkaniyetin gereklerine uyulması hem süreçten âdil bir kararın çıkma ihtimalini artırır, hem de uyuşmazlığın taraflarının bu şekilde verilen kararın âdilliğine güven duymalarını sağlar.

Doktrinde usulî hakkaniyetin başlıca gerekleri eşit muamele, tarafsızlık ve söz hakkı olarak belirtilmektedir. Buradaki anlamında “*eşit muamele*” uyuşmazlık konusunun uyuşmazlığı çözen kişi veya organ tarafından ele alınma biçimiyle ilgilidir ve uyuşmazlıkları çözerken benzer durumlara benzer, farklı durumlara farklı muamele edilmesi anlamına gelmektedir. “Tarafsızlık” uyuşmazlık çözümünde uyuşmazlığın tarafları arasında keyfî ayırım yapılmamasını buyurur. Taraflardan herhangi birinin lehine ya da aleyhine tavır almak uyuşmazlığı çözen makamın –bu arada mahkemenin– tarafsızlığını ihlâl eder. “Söz hakkı” ise uyuşmazlığın her bir tarafının çözüm sürecinde kendi iddia ve kanıtlarını serbestçe ve bihakkın ortaya koyabilmesini ifade eder (Cohn& White & Sanders 2000: 554, 556-558). Bu ilke ceza yargılamasında “silâhların eşitliği”nin gözetilmesini, yani sanığın savunma haklarından iddia makamıyla eşit koşullarda yararlandırılmasını gerektirmektedir. Usulî hakkaniyet günümüzün hukuk dilinde kabaca “âdil yargılama”ya karşılık gelmektedir.

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE EŞİTLİK

Hukukun üstünlüğünün temel değerlerinden biri eşitliktir, hukuk önünde eşitlik. Devletin hukuka tâbi olanlara eşitler olarak

muamele etmesi hukukun üstünlüğünün başlıca gereklerindendir. Hukukun gerek yapısal özelliği, gerekse uygulaması bakımından eşitlikçi olması, ayırım gözetmeksizin herkese eşit olarak uygulanması gerekir.

Hukukun üstünlüğü hem dikey hem de yatay eşitliği sağlar. Dikey eşitlik kamu görevlileri ile kamu görevlisi olmayanlar arasında söz konusu olur ve bir yandan kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanamamalarını, hem de bireylerin devlete karşı olan haklarından emin olmalarını garanti eder. Yatay eşitlik ise kamu görevlisi olmayanların kendi aralarında eşitliğini, yani bildik anlamda “hukuk önünde” (veya “hukuk çerçevesinde”) eşitliği ifade eder. Bu ise kuralların genel olmasıyla sağlanabilir. Buna göre, kamu görevlilerine cebir kullanma yetkisi veren kurallar yurttaşlar arasında ilgisiz veya haklı olmayan ayrımlar yapmaya yapısal bakımdan elverişli olmalı, hem de bu kuralların uygulanmasında kamu görevlileri fiilen ayrımcı davranmamalıdır (Gowder 2013: 565-567).

Aksine hareket etmek için haklı bir neden olmadığı sürece, insanlara eşit muamele etmek adaletin de gereğidir. Ancak, insanlar hukuk karşısındaki konumları bakımından tekdüze değildirler, aralarında farklılıklar vardır. İnsanlar bazı bakımlardan birbirine benzerken, başka bazı bakımlardan da birbirlerinden farklılaşırlar. Her farklılık farklı muameleyi gerektirmez; meselâ, uluslararası insan hakları belgelerinde ve TC Anayasasında (m. 10) belirtildiği gibi, “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler” kişiler arasında ayırım nedeni olamaz. Bundan dolayı, kişilerin hangi farklılıkların onlara farklı muamele için haklı bir neden teşkil edeceğinin –başka bir deyişle, eşitlikten ayrılmayı gerek-

tirdiğinin- belirlenmesine ihtiyaç vardır ki bunu yapmak ilk bakışta görüldüğü kadar kolay değildir.⁴

Paul Gowder’a göre, hukukun üstünlüğünün bir gereği olarak dikey eşitliğin iki işlevi vardır. O bir yandan kamu yetkisi kullananların güç zehirlenmesine karşı bireylere koruma sağlar. Güç zehirlenmesi, kamu yetkisi kullanan görevlileri yetkilerini kullanırken yurttaşlara üstünlük taslamaları veya yurttaşların üstüymüş gibi davranmaları demektir. Dikey eşitlik öte yandan devlet terörüne, yani devletin gücünün bireylere dehşet saçarak boyun eğdirmek için kullanılmasına karşı da koruma sağlarlar. Buna karşılık yatay eşitlik, hukuk aracılığıyla toplum içinde kast yaratılmasını, yani bireyler arasındaki -özellikle de doğuştan gelen gruplara bağlı- hiyerarşilerin desteklenmesini önler (Gowder 2013: 566-567).

ŞEKLÎ VE MADDÎ ANLAYIŞLAR

Hukukun üstünlüğü kimi yazarlarca oldukça geniş anlamda, yani “iyi” bir rejimin neredeyse bütün özelliklerini kapsar şekilde anlaşılmaktadır. Bu yazarlar demokrasi, genel yarar veya etkinlik gibi başka değer veya ilkelerle pekâlâ temellendirilebilecek olan bazı siyasî nitelikleri de hukukun üstünlüğünün gereği olarak takdim etmektedirler. Oysa, hukukun üstünlüğünün gereklerini bu ilkenin –keyfî yönetimi ve kamu gücünün kötüye kullanılmasını önlemek şeklindeki- temel işleviyle kavramsal bakımdan zorunlu ilişki içinde olan gereklerle sınırlı tutmak gerekmektedir. Bu, hukukun üstünlüğünü bağımsız bir ilke olarak kavramlaştırabilmek ve onu diğer siyasî ilkelere ayırabilmek için de zorunludur. Kısaca, hukukun

4 Bu konuda daha genişçe bir tartışması için, bkz. Erdoğan 2017: 106-108; Erdoğan 2020: 33-34, 78-79.

üstünlüğünün gerekleri esas olarak şeklî ve usulî nitelikteki gereklerdir. Bunları yukarıda “Hukuk Devletinden Hukukun Üstünlüğüne” başlığı altında gözden geçirmiştik.

Hukukun üstünlüğünün şeklî-usulî anlayışı açısından temel önemde olan, başta kanunlar olmak üzere hukuk kurallarının maddî içeriğinin ne olduğu değil, kurallarının yapısal özellikleri ve hukuk sisteminin uygulamaya ilişkin kurum ve mekanizmalarının yapı ve işleyişidir. Bu elbette hukukun maddî içeriğinin önemsiz olduğu anlamına gelmez. Şu var ki, hukukun büyük ölçüde yasama yoluyla üretildiği günümüz sistemlerinde hukukun içeriğinin belirlenmesi esas olarak demokratik müzakere yoluyla belirlenmek durumundadır ve bu da demokratik temsil organlarının görevidir.

Buna karşılık, hukukun üstünlüğüne ilişkin maddî anlayışın şeklî-usulî gerekleri zorunlu olarak reddetmesi gerekmede, bu görüş hukukun içeriği bakımından da “âdil” veya belirli siyasî ilke veya ideallerle uyumlu olmasını gerekli görür. Başka bir deyişle, hukukun üstünlüğünü maddî olarak anlayan görüş kanunlar ve kurallar arasında içerikleri bakımından da “iyi” ve “kötü” ayrımı yapılmasına imkân verir (Craig 1997: 467). Ancak, bu anlayışın en büyük sakıncası, hukukun üstünlüğünü –ideolojik pozisyonlara göre değişen- farklı adalet anlayışlarından bağımsız, mümkün olduğunca objektif anlama sahip bir ilke olarak kavramlaştırmayı zorlaştırmasıdır. Haklı olarak dendiği gibi, hukukun üstünlüğünün maddî anlayışına bir kere kapı açılınca, herkes kendi normatif amaçlarını desteklemek üzere hukukun üstünlüğünün retoriksel çekiciliğinden yararlanmaya veya kendi gözde siyasî idealini hukukun üstünlüğünün maddî boyutu olarak ilân etmeye başlar (Waldron 2016; Zanghellini 2016: 239).

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ, ÖZGÜRLÜK VE ONUR

Hukukun üstünlüğü bireysel özgürlükle ve insan onurunun korunmasıyla yakından bağlantılıdır. Birçok düşünür, “yönetimin cebir kullanımını usulünce yapılmış hukuk kurallarının yetkilendirdiği tedbirlerle sınırla”ması bakımından, hukukun üstünlüğünün özgürlüğe hizmet ettiğini belirtmişlerdir. Meselâ Hayek’e göre, hukukun üstünlüğü bireysel özgürlüğün idamesinin sadece esaslı bir şartı değil, aynı zamanda onun kurucu unsurudur (Hasnas 2019: 19). Gerçekten de, Hayek hukukun üstünlüğünün genellik ve gayrişahsilik gibi gereklerinin kişileri başkalarının iradesine bağımlılıktan kurtarmak suretiyle bireysel özgürlüğü koruduğunu savunmuştur. Hayek’in temel iddiası, genel ve soyut kurallar anlamında kanunlara uyduğumuz zaman başka birinin iradesine tâbi olmadığımız, dolayısıyla özgür olduğumuzdur. Buna göre, herkes bir kuraldan aynı şekilde etkilendiği ve kişisel olarak herhangi bir kimseyi hedef almadığı sürece, ortada cebrin varlığından söz edilemez (Bellamy 2003: 126).

Başka bir hukuk teorisyeni, Neil Simmonds da buna benzer şekilde akıl yürüterek, yapısal olarak âdil kurallar çerçevesinde yönetilmenin kişiye “bağımsızlık anlamında özgürlük” sağladığını belirtmektedir. Bu görüşe göre, Fuller’ın öngördüğü “hukukun içsel ahlâkı”nın gerektirdiği gibi önceden yayımlanmış, geleceğe yönelik, istikrarlı, uyulması mümkün, anlaşılabilir ve çelişki içermeyen kurallar tarafından yönetildiğim ve kuralların ihlâline cevap olması durumu hariç, memurlar bireylere karşı şiddete başvurmadıkları sürece, seçeneklerinin başka birinin iradesinden bağımsız olması anlamında özgürümdür (Simmonds 2010: 22). Ayrıca, bireysel özgürlük

bakımından şart olan, geleceği öngörebilme imkânı sağlamak için de Fuller'ın standartları, özellikle de hukuk kurallarının açık-seçik ve geleceğe yönelik olmaları vazgeçilmez önemdedir (Waldron 2016).

Hukukun üstünlüğü öte yandan insan onuruna saygıyla da yakından ilişkilidir. Nitekim, Lon Fuller devletin kural koyarken “hukukun içsel ahlâkı”nın gereklerine riayet ettiği ölçüde kişilere eylemlerinden sorumlu tutulabilen ahlâkî fâiller olarak muamele etmiş olacağını savunmuştur: “(İ)nsan kuralları anlayıp izlemeye ve hatalarından sorumlu tutulmaya muktedir, sorumlu bir fâildir, veya öyle olabilir.” Bundan dolayı, “(h)ukukun içsel ahlâkının ilkelerinden her ayrılış sorumlu bir fâil olarak insanın onuruna bir saldırıdır.» (Fuller 1969: 162) Bunun gibi, Joseph Raz da insan onuruna saygının hukukun üstünlüğüne riayet edilmesini zorunlu kıldığını belirtmektedir. Ona göre, “insan onuruna saygı göstermek kişilere geleceklerini planlayabilen kişiler olarak muamele etmeyi gerektirir.” Bu nedenle, hukuk insanların geleceği öngörebilmelerini sağlamiyorsa veya onların mevcut hukuka güvenerek plan yapmalarını mümkün kılacak olan istikrar ve kesinliğe sahip değilse, bu “hukukun üstünlüğü”nün, dolayısıyla insan onurunun bilinçli olarak ihlâl edilmesi anlamına gelir (Raz 2009: 221-222).

HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE İNSAN HAKLARI

İnsan hakları hukukun üstünlüğünden bağımsız, başlı başına bir değer ve ilke olmak itibarıyla demokratik anayasalar tarafından zaten koruma altına alınmışlardır. Ancak, gerek öğretide gerekse uygulamada insan haklarının hukukî olarak tanınıp koruma altına alınmasının hukukun üstünlüğü ilkesinin de bir gereği olduğu yönünde yaygın bir görüş vardır. Oysa, İnsan

hakları ile hukukun üstünlüğü karşılıklı olarak birbirlerini destekleyen ilkeler olmakla beraber, bunlar varlıklarının ana rasyoneli bakımından farklı ideallerdir ve aralarında ayırım yapmak gerekmektedir (Lamond 2015: 506-507).

Biz de hukukun üstünlüğünün esas olarak şekli ve usulî bir ilke olduğunu düşündüğümüzden, bu ilkenin uluslararası insan hakları belgelerinde ve anayasalarda “insan hakları” adı altında listelenen bütün hak, özlem ve temennilerin değil de, sadece keyfî yönetime karşı bireyler için bir tür güvence niteliğinde olan “koruyucu haklar”ın anayasallaştırılmasını zorunlu kıldığını düşünüyoruz. Bu da kabaca, uluslararası belgelerdeki “sivil hak ve özgürlükler»e tekabül etmektedir. Bu haklar esas itibarıyla kamu gücünün keyfî kullanımına karşı kişilere koruma sağlayan dokunulmazlık haklarıdır.

Bu arada, yurttaşların kamu gücünü dolaylı olarak kontrol etmelerine imkân veren siyasî hakların da bu özellikleri nedeniyle hukukun üstünlüğüyle bağlantılı oldukları söylenebilir-se de; bu, dokunulmazlık haklarınıninkine nispetle daha dolaylı ve zayıf bir bağlantıdır. Bu nedenle, siyasî hakların hukuken tanınması hukukun üstünlüğünden ziyade demokrasinin gereğidir. Bununla beraber, hukukun üstünlüğünün sadece koruyucu hakların tanınmasını zorunlu kıldığını söylemek diğer hakların veya hak iddialarının hukukîleştirilmesine elbette engel değildir. Bu sadece, en azından koruyucu hakları garanti etmeyen bir anayasal ve hukukî sistemin hukukun üstünlüğüyle bağdaşmayacağı anlamına gelir.

KAYNAKLAR

- Barnett, Randy E. (1998), *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law* (New York: Oxford University Press).
- Bellamy, Richard (2003), "The Rule of Law", Bellamy, R. & Mason, A (ed.), *Political Concepts*, (Manchester & New York: Manchester University Press), ss. 118-130.
- Chevallier, Jacques (2010), *Hukuk Devleti*, Çev. Gürcan, E. C. (Ankara: İmaj).
- Cohn, E. S. & White, S. O. & Sanders, J. (2000), "Distributive and Procedural Justice in Seven Nations", *Law and Human Behavior*, Vol. 24, No. 5, ss. 533-579.
- Craig, Paul P. (1997) "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework", *Public Law*, 1997, ss. 467-487.
- Donnelly, Jack (1995), *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Erdoğan, M & Kotkut L, (çev.) (Ankara: Türk Demokrasi Vakfı).
- Erdoğan, Mustafa (2020), *Hukukun Üstünlüğü Elkitabı*, Özgürlük Araştırmaları Derneği.
- Erdoğan, Mustafa (2019), "Hukuk, Kanun, Yasa(ma)", *Pasajlar Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 1, NO. 1, ss. 37-49.
- Erdoğan, Mustafa (2017), *Hukuk ve Adalet* (Ankara: Hukuk Yayınları).
- Fuller, Lon L. (1969), *The Morality of Law* (New Haven & London: Yale University Press, rev. ed.).
- Gowder, Paul (2013), "The Rule of Law and Equality", *Law and Philosophy*, V. 32, Issue 5, ss. 565- 618.
- Hasnas, John (2019), "The Corruption of the Rule of Law", *Social Philosophy and Policy*, Vol. 35, No. 2, ss. 12-30.
- Hayek, F. A. (2013), *Özgürlüğün Anayasası*, Çelikkaya, Y. Z. (Çev.), (Ankara: BigBang Yayınları).
- Hayek, F. A. (2012), *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, Çev. Yayla, A. & Erdoğan, M. & Öz, M. (Ankara: Türkiye İş Bankası).
- Hayek, F. A. (2006/1960), *The Constitution of Liberty* (Routledge Classics).

- Lamond, Grant (2015), "The Rule of Law", Marmor, A. (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law* (New York & London), ss. 495-507.
- Loughlin, Martin (2015), "The Apotheosis of an Ambiguity: The Rule of Law in Contemporary Political Discourse", Özgürlük Araştırmaları Derneği'nin İstanbul'da düzenlediği Türkiye'de Hukukun Üstünlüğü Konferansı'nda sunulan tebliğ, 16 Ekim.
- Raz, Joseph (2009), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (Oxford & New York: Oxford University Press).
- Raz, Joseph (2008), "Hukuk Devleti ve Erdemi", Çev. B. Canatan, *Hukuk Devleti: Hukuki Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (Ankara: Adres), ss. 149-166.
- Simmonds, NE (2010); "Reflexivity and the Idea of Law", *Jurisprudence: An International Journal of Legal and Political Thought*, Vol. I, No. 1, ss. 1-23.
- Vincent, Andrew (2010), *The Politics of Human Rights* (Oxford & New York: Oxford University Press).
- Waldron, Jeremy (2016), "The Rule of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/>>
- Waldron, Jeremy (2008), "The Concept and the Rule of Law", *Georgia Law Review*, Vol. 43, No. 1, ss. 1-61.
- Zanghellini, Aleardo (2017), "The Foundations of the Rule of Law," *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 28/2, ss. 213-40. Available at: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjlh/vol28/iss2/2>

HUKUK DEVLETİ İLKESİ

TEMEL UNSURLARI VE SAĞLADIĞI GÜVENCELER

Prof. Dr. Serap Yazıcı

HUKUK DEVLETİ, BİREYİN ONURUNU, VARLIĞINI, HAKLARINI VE ÖZGÜRLÜKLERİNİ devlet otoritesi karşısında korumak amacıyla kamu makamlarının her türlü eylem ve işleminin hukuka uygunlukla sınırlandığı bir sistemi ifade etmektedir. Bu tanımın biri şeklî diğeri maddi olmak üzere iki boyutu olduğu görülmektedir. Şeklî boyut, devletin bütün organ ve makamlarının her tür eylem ve işleminin hukuka uygun olması gerektiğini ifade etmektedir. Maddi boyut ise hukuka uygunlukla ulaşmak istenen asıl hedefin, bireyin onurunu, varlığını, haklarını ve özgürlüklerini korumak ve güvence altına almak olduğunu göstermektedir. Şu hâlde hukuk devletinin bu iki ana eksen üzerinde inşa edildiğini öne sürmek mümkündür.

Burada üzerinde durulması gereken en önemli nokta, görünüşteki benzerliğe rağmen hukuk devletiyle kanun devleti arasında ne ölçüde derin bir zıtlığın olduğu meselesidir. Hukuk devleti, devlet otoritesinin hukuka uygun davranmakla yükümlü kılındığı, sadece biçimden ibaret olan bir kavram değildir. Hukuk devleti bakımından önemli olan, devlet gü-

cünün uymakla yükümlü kılındığı hukuk düzeninin bireyin haklarını ve özgürlüklerini korumayı esas almasıdır. Buna karşılık kanun devleti, devletin sadece yürürlükteki hukuka uygun davranmasını ifade etmektedir. Bu hukukun bireyin haklarını korumayı esas alması gerekmemektedir. Tam aksine kanun devleti, hukuk kuralları aracılığıyla kamu gücüne fevkalade geniş yetkiler sunmaktadır. Böylece kanun devleti anlayışına dayanan bir siyasal düzende, devletin yürürlükteki hukuka uygun davranması, bireyler yönünden hiçbir güvence yaratmamaktadır. Bu yüzden hukuk devleti, demokratik siyasi düzenlerin olmazsa olmazı – *sine qua non* – olarak fonksiyon icra ederken kanun devleti, otoriter, totaliter veya kişisel yönetimlerin sınırsız güç kullanma eğilimlerine hukukî dayanak ve meşruiyet sağlamaktadır.¹

Bu kavramlar arasındaki zıtlık nedeniyle hukuk devleti ilkesinin ne olduğunu tanımlayan yazarlar, bu ilkenin bireyin haklarıyla ilgili boyutuna özellikle dikkat çekmektedir. Ergun Özbudun’a göre hukuk devleti, “bütün uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerinden biridir. Bu kavram, en kısa tanımıyla, vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, Devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. (...) Hukuk dilinde “hukuk devleti” deyimini, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı “polis devleti” kavramının karşıtı olarak kullanılmaktadır. Hukuk devletinin çağdaş demokratik uygarlığın en önemli aşamalarından biri olduğuna şüphe yoktur. Gerçekten, vatandaşların devlete karşı güven beslemeleri ve kendi kişiliklerini korkusuzca geliş-

1 Serap Yazıcı, Demokratikleşme Sürecinde Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 294-295.

tirebilmeleri, ancak hukuk güvenliğinin sağlandığı bir hukuk devleti sistemi içinde mümkündür.”²

Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu’na göre de “Hukuk devleti kavramından hukukî güven ortamı, devletin hukuka uyması, bunun için de karar ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olması anlaşılır. Buradaki hukuk, herhangi bir hukuk değildir; değerlere bağlı, insan haklarına dayalı demokratik ve liberal bir hukuktur. Bu nedenle de hukuk devleti ve demokratik devlet ilkeleri, birbirlerini tamamlayan ikizlerdir. Çoğulcu-özgürlükçü demokrasinin temelleri bu beraberliğe dayanır.”³

Türk Anayasa Mahkemesi de hukuk devletini tanımladığı pek çok kararında bu ilkenin insan haklarıyla olan ilişkisine dikkat çekmiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuki güvenliği sağlayan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.” (E. 2015-5, K. 2015-82, t. 10.9.2015)

Şu halde hukuk devleti ilkesiyle ulaşılmak istenen asıl hedefin, devlet otoritesini bireyin hakları ve özgürlükleri lehine sınırlamak olduğu açıktır. Bu ise hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkışıyla anayasalcılık arasında hem bir eşzamanlılık olduğunu hem de her iki kavramın ortak bir noktada buluştuklarını gös-

2 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 124.

3 Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 114.

termektedir. Michel Rosenfeld'e göre, "Modern anayasalcılığın üç temel niteliği de, devletin yetkilerinin sınırlandırılması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasıdır. Hukuk devletinin yokluğu halinde çağdaş anayasal demokrasi imkânsız hale gelir."⁴

Mustafa Erdoğan'ın görüşü de aynı yöndedir. Yazara göre "Anayasal devlet, devletin hukukla bağlı bir devlet olarak, hukuk devleti olarak kurulması gereğini ifade eder. Dolayısıyla 'anayasal devlet' ile 'hukuk devleti'nin amacı temelde aynıdır. Hukuk devleti ilkesi, siyasal iktidarın önceden belli edilmiş, açık ve genel yasalara/usullere göre kullanılmasını öngörür. Bu anlamda hukuk devleti, esas itibariyle 'hukuki-teknik' bir kavram değil, siyasi bir idealdir, yani siyasi sistemin belli bir şekilde kurulmasını öngörür."⁵

Bu açıklamalar, hukuk devletinin anayasa hukukçuları kadar siyaset bilimcilerini ve siyaset felsefesi üzerine çalışan yazarları da meşgul edecek geniş bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. Hayek'e göre, "Teknik unsurları bir yana bırakılırsa hukuk devleti, devletin bütün işlemlerinde önceden belirlenmiş ve duyurulmuş olan ve kamu otoritelerinin somut durumlarda zorlama güçlerini nasıl kullanacaklarının oldukça kesin şekilde öngörülmesini ve kişilerin bireysel işlemlerini bu bilgi temelinde planlamalarını mümkün kılan kurallara bağlı olması anlamına gelir."⁶

4 Ergun Özbudun, Anayasalcılık ve Demokrasi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 63.

5 Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2010, s. 9.

6 Friedrich August von Hayek, The Road to Serfdom, University of Chicago Press, Chicago, 1994, s. 80.

Michel Rosenfeld ise, bu kavramı şöyle tanımlamaktadır: “En geniş anlamda hukuk devleti, devletin vatandaşlarını sadece kamusal olarak ilan edilen hukuk kurallarına bağlı kılmasını, devletin yasama fonksiyonunun yargı fonksiyonundan ayrılmasını ve devlet içinde hiç kimsenin hukukun üzerinde olmamasını gerektirmektedir. Modern anayasacılığın zorunlu üç unsuru, yönetim yetkilerinin sınırlanması, hukuk devletine bağlılık ve temel hakların korunmasıdır. Hukuk devletinin yokluğunda, anayasal demokrasi imkânsız hale gelir. (...) Hukuk devletinin neye karşı olduğu açık olsa dahi, neden yana olduğu konusunda bir oydaşma bulunmamaktadır. (...) Anglo-Amerikan rule of law, Alman Rechtsstaat, Fransız état de droit arasındaki zıtlıkların gösterdiği gibi, hukuk devleti, çeşitli hukuk geleneklerinde, farklı anlamlara gelmektedir. Aynı gelenek içinde bile, hukuk devletinin, münhasıran değilse de geniş ölçüde, şekli mi maddi mi olması gerektiği veya öncelikli olarak öngörülebilirlikle mi yahut hakkaniyetle mi ilişkilendirileceği açık değildir.”⁷

“Hukuk devletinin ne olduğunu ve potansiyelinin ne olabileceğini belirlemeden önce, onun asgarî gereklerini aydınlatmak suretiyle, ne olmadığını kısaca not etmek önem taşır. ‘Hukuk devleti’, çoğu zaman ‘kişisel yönetim’in karşısı olarak gösterilmektedir. Bazı durumlarda ‘kişisel yönetim’ (ya da günümüzde diyebileceğimiz gibi ‘belli bir bireyin yönetimi’) genellikle, sınırlandırılmamış ve belki de öngörülemez bir yöneticinin, sınırlandırılmamış ve potansiyel olarak keyfî kişisel yönetimini ifade eder. (...) Eğer kanunlar tek taraflı ve keyfî olarak değiştirilebiliyorsa, genellikle bunlara uyulmuyorsa,

7 Michel Rosenfeld, “The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy”, Southern California Law Review, Cilt 74, 2001, s. 1307-1309.

ya da yönetici ve onun yardımcıları düzenli olarak hukukun üzerinde kalıyorlarsa, hukuka göre yönetim de, 'kişisel yönetim'e dönüşebilir. Dolayısıyla hukuk devleti, en azından, hayli genelleştirilmiş bir hukuka göre yönetimi; önemli ölçüde bir hukukî öngörülebilirliği (bu, genel olarak uygulanabilen, yayınlanmış ve geniş ölçüde geleceğe yönelik kanunlarla sağlanabilir); yasama ve yargı fonksiyonları arasında anlamlı bir ayrılığı ve kimsenin hukukun üzerinde olmadığı ilkesine yaygın biçimde bağlılığı gerekli kılar. Bununla tutarlı olarak, bu asgarî şartları karşılayan herhangi bir hukukî rejimin, 'dar anlamda' hukuk devletinin şartlarını karşıladığı düşünülebilir."⁸

HUKUK DEVLETİNİN UNSURLARI

Yukarıdaki açıklamalar, hukuk devletinin tanımı konusunda bir mutabakat olmasa da kavramın yöneldiği amaç ve dayandığı unsurlar konusunda önemli bir görüş birliğinin varlığını göstermektedir.

Avrupa Konseyi'nin bir kuruluşu olan Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Hukuk Devleti Üzerine Bir Rapor başlıklı çalışmasında İngiliz hukuk sisteminde *rule of law*, Alman hukuk sisteminde *Rechtsstaat*, Fransız hukuk sisteminde *état de droit*, ABD hukuk sisteminde *due process of law* kavramlarıyla ifade edilen hukuk devletinin tanımlanmasındaki güçlüğe işaret etmiştir. Böylece Komisyon, raporunda, hukuk devletinin zorunlu unsurlarına yer vermiştir. Komisyona göre,

8 Michel Rosenfeld, "The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy", Southern California Law Review, Cilt 74, 2001, s. 1313.

"1. Hukukilik (Hukukun üstünlüğü): Bu unsur, sadece bireylerin değil, kamusal ve özel nitelik taşıyan tüm kurum ve makamların, hukukun sınırları içinde hareket etmelerini gerektirmektedir. Bu ilke gereğince kamu makamları, sadece hukukun kendilerine sunduğu yetkileri kullanmakla yükümlülerdir. Hukukilik unsurunun bir başka boyutu ise, doğrudan doğruya ceza hukuku ile ilişkilidir. Bu unsur karşısında ceza hukuku normları, geçmişe yürütülmemeli, suç teşkil eden fiiller, ancak işlendikleri anda mevcut olan ceza hukuku kurallarına göre cezalandırılmalıdır. Nihayet Komisyon, bu unsuru açıklarken, hukukilik veya hukukun üstünlüğü kavramının içerdiği hukuk deyiminin kapsamına da işaret etmiştir. Komisyon'a göre, hukukilik unsuru, sadece ulusal makamlar tarafından belirlenen hukuk kurallarını değil, aynı zamanda uluslararası hukukun gelişimi ile ortaya çıkan uluslararası kuralları da kapsamaktadır. Böylece hukukun üstünlüğüne dayanan bir sistemin kurulmasında, ulusal normlar kadar, uluslararası normlar da ölçü oluşturmaktadır.

2. Hukuki belirlilik: Bu, bireylerin, yargıya ve hukuka güven duymalarının temel koşuludur. Bu güvenin sunulması için devlet, hukuk metinlerine kolayca erişimi sağlamalıdır. Devlet, bu ilke karşısında, yürürlüğe koyduğu normlara saygı göstermeli, bu normların öngörülebilir usuller çerçevesinde uygulanmasını sağlamalıdır. Böylece bireyler, hukuk normlarının etkilerini öngörmek suretiyle, davranışlarını buna göre şekillendirebilmelidirler. Hukuki belirlilik ihtiyacı, takdir yetkisini ortadan kaldırmamakta, bu yetkinin, bireyin haklarını ihlal edecek biçimde kötüye kullanılmasını engellemektedir. Bu ilke karşısında, yürütme ve idareye tanınan takdir yetkisinin alanı, tereddüde yer bırakmayacak bir açıklıkla tayin edilmeli, böylece, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasının yaratması muhtemel hak ihlalleri önlenmelidir. Hukuki belirlilik, hukuk normlarının, açık ve kesin

olmasını gerektirmektedir. Bu ise, bir normun kapsamındaki ilişkilerin ve durumların öngörülebilirliğinin güvencesi olmaktadır. Hukuki belirlilik, aynı zamanda, kesinleşmiş yargı kararlarına saygı gösterilmesi ve bu kararların uygulanması gerektiği anlamına gelmektedir. Hukuki belirlilik ilkesinin gereği olarak, temel hak ve hürriyetlerin müphem ve muğlak hukuk kurallarıyla çiğnenmesine izin verilmemeli, böylece bireylerin hakları, devlet organ ve makamları karşısında korunmalıdır.

3. Keyfiliğin yasaklanması: Modern, karmaşık toplumlarda, takdir yetkisi, bazı idari görevlerin yerine getirilmesi için gerekli olduğu halde, bu yetki, kötüye kullanılmamalıdır. Takdir yetkisinin adaletsiz makul olmayan, akıl dışı ve baskıcı bir biçimde kullanılması hukuk devletiyle bağdaşmamaktadır.

4. Tarafsız ve bağımsız mahkemeler önünde adalete erişim: Herkes, haklarını ve menfaatlerini korumak amacıyla idari kararlar aleyhine dava açabilmelidir. Hukuk devleti esasına dayanan bir sistemde, yargı, hayati bir role sahiptir. Bu, hukukla yönetilen bir devlette, temel bir değer olan adaletin garantisidir. Yargının, uyumsuzlukları, yürürlükteki hukuk kurallarını geçerli tekniklerle yorumlayarak çözüme bağlaması, hayatidir. Yargı tarafsız ve bağımsız olmalıdır. Bağımsızlık, yargının dışarıdan gelebilecek her türlü baskıdan uzak tutulmasını; diğer organlar tarafından, özellikle de yürütme tarafından kontrol edilmemesini ifade eder. Bu gereklilik, demokrasinin temel prensibi olan kuvvetler ayrılığının vazgeçilmez bir parçasıdır. Yargıçlar siyasal etkilere ve yönlendirmelere maruz kalmamalıdır. Tarafsızlık, yargının görünüşte dahi olsa, bir uyumsuzluğun sonuçlarına ilişkin olarak önyargılı olmaması anlamına gelir.

5. İnsan haklarına saygı: Hukuk devletine ve insan haklarına saygı, mutlaka eş anlamlı değildir. Böyle olmakla beraber, bu

iki kavram büyük ölçüde örtüşmekte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi dokümanların yer verdiği haklar açıkça veya zımnen hukuk devletine atıfta bulunmaktadır. Adalete erişim hakkı, tabii hâkim hakkı, aynı suçtan dolayı iki kez yargılanmama hakkı, etkin başvuru hakkı, masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı gibi bazı haklar, hukuk devletiyle çok daha yakından ilişkilidir. Böyle olmakla beraber, Venedik Komisyonu, diğer bazı hakların da hukuk devletiyle ilişkili olduğu düşüncesindedir. Bunlar, hükümetlerin eleştirilmesi imkânını sunan ifade hürriyeti ile özünde adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olan işkencenin, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelelerle cezaların yasaklanması gibi haklardır.

6. Kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı: Kanun önünde eşitlik ilkesi, şekli ve maddi olmak üzere iki boyuta sahiptir. Bu nedenle şekli eşitlik, maddi hukuki eşitliğe olanak sağlayacak bir esneklikle uygulanmalı, ancak bu, ayrımcılık yasağını ihlal etmemelidir. Ayrımcılık yasağı, kanunların gruplar veya kişiler aleyhine ayrımcılık yapmaktan kaçınmaları gerektiği anlamına gelir. Haklı bir temele dayanmayan eşitsiz muamele hukuken yasaklanmıştır. Herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi görüş ya da düşünce, milli veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılığa karşı etkin ve eşit korunması garanti edilmiştir. Kanun önünde eşitlik ise, hiç kimsenin veya hiçbir grubun herhangi bir ayrımcılığa sahip olmaksızın herkesin aynı hukuk kurallarına tabi olması anlamına gelir.”⁹

9 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Report on the Rule of Law, adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25-26 March 2011), Strasbourg, 4 April 2011, [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-e), erişim tarihi: 30.10.2020.

Venedik Komisyonu’nun raporunun yukarıda aktardığım özetini evvelce yayınlanan “Hukuk Devleti ve Yargının Bağlımsızlığı” başlıklı eserimden aldım. Serap Yazıcı, “Hukuk Devleti ve Yar-

Ergun Özbudun hukuk devletinin unsurlarını aşağıdaki gibi sıralamakta ve bu unsurların teoride ne anlama geldiğini ve Türk pozitif hukukunda ne şekilde uygulandığını açıklamaktadır:

- “1. Yürütme işlemlerinin yargısal denetimi,
2. Yasama işlemlerinin yargısal denetimi,
3. Yargı bağımsızlığı,
4. Tabîî hâkim anlamına gelmek üzere kanunî hâkim güvencesi,
5. Ceza sorumluluğunun ilkeleri,
6. Hukukun genel ilkelerine bağlılık.”¹⁰

Kemal Gözler ise hukuk devletinin unsurlarını bu ilkenin genel gerekleri ve özel gerekleri biçiminde ikili bir ayrımla açıklamaktadır. Yazara göre hukuk devletinin genel gerekleri,

- “1. Yasama organı hukuka bağlı olmalıdır.
 2. Yürütme organı hukuka bağlı olmalıdır.
 3. Yargı organı hukuka bağlı olmalıdır.”
- Hukuk devletinin özel gerekleri ise,
- “1. İdare yargısal denetime tâbi olmalıdır.
 2. Hâkimler bağımsız ve teminatlı olmalıdır.
 3. İdarî faaliyetler önceden bilinebilir olmalıdır.
 4. Hukukî güvenlik ilkesi mevcut olmalıdır.
 5. İdarenin malî sorumluluğu mevcut olmalıdır.

gının Bağımsızlığı”, Türkiye’de Siyasal Yaşam – Dün, Bugün, Yarın, (der.) Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 70-73.

10 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 125-138.

6. Diğer gerekler.”¹¹

Şüphesiz her iki yazarın yaklaşımları da hukuk devletinin teoride ve pratikte nasıl anlaşılması gerektiğini açık olarak ortaya koymaktadır. Türk anayasa hukukunun önde gelen isimlerinin yaptığı bu sınıflandırmaya hiçbir eleştiri getirmemekle birlikte, 2016’da¹² yaptığım bir çalışmada hukuk devletinin unsurlarını, bu ilkenin şekli ve maddi unsurları olarak ayırmış ve bu iki temel unsurun ne anlama geldiğini açıklamıştım. Burada da aynı yöntemi izleyeceğim.

HUKUK DEVLETİNİN TEMEL UNSURLARI

Şekli Boyut

Anayasanın Üstünlüğü Kuralı Ve Yasamanın Yargısal Denetimi

Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak yasama organının hukuka uygun davranma yükümlülüğü, her şeyden önce yazılı ve katı bir anayasanın varlığını gerektirmektedir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesinin ortaya çıkması ve gelişmesiyle anayasalcılık arasında zorunlu bir ilişki vardır.

Yasamanın kanun yapma yetkisini kullanırken anayasa ile sınırlanması, anayasanın üstünlüğü ilkesinin varlığı yanında, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yargı kuruluşunun varlığını gerektirir.

Kanunların anayasaya uygunluk denetimi, ilk kez Amerika Birleşik Devletleri’nde Marbury vs. Madison Davası ile 1803’te

11 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 214-222.

12 Serap Yazıcı, “Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı”, *Türkiye’de Siyasal Yaşam – Dün, Bugün, Yarın*, (der.) Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 67-98.

içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır.¹³ Bunu 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın anayasa yargısına yer vermesi izlemiştir. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise 1947'de İtalya, 1949'da Almanya, 1958'de Fransa, 1961'de Türkiye, 1975'te Yunanistan, 1976'da Portekiz, 1978'de İspanya anayasa yargısını kabul etmiştir. Böylece anayasa yargısı, Kıta Avrupa'sında geniş bir alana yayılmıştır. 1980'lerin sonunda Doğu Bloğunun çökmesiyle beraber evvelce bu bloğa dâhil olan devletlerin demokrasiye geçiş süreçleri içinde anayasa yargısını kabul ettikleri görülmektedir. Böylece Polonya 1982'de, Macaristan 1989'da, Bulgaristan 1991'de ve Romanya 1992'de anayasa yargısını kabul etmiştir.¹⁴

Dünyadaki örnekler incelendiğinde anayasa yargısının iki modeli olduğu görülmektedir. Bunlar ABD modeli ve Avrupa modeli olarak adlandırılmaktadır. ABD modelinde, kanunların anayasaya uygunluk denetimi, genel yetkili mahkemeler tarafından somut norm denetimi yoluyla yapılmaktadır. Genel yetkili mahkemelerin verdiği kararlar, ancak taraflar için bağlayıcı (*inter partes*) bir etkiye sahiptir. Genel yetkili bir mahkemenin aldığı karar, ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından onaylandığı takdirde herkes için bağlayıcı (*erga omnes*) bir etki kazanır. Nihayet ABD modelinde anayasaya aykırılığı tespit edilen norm hakkında iptal kararı değil, ancak ihmâl kararı verilebilir. Ne var ki Yüksek Mahkeme'nin onayıyla herkes için bağlayıcı hale gelen bu ihmâl kararı, normun uygulanmaması sonucunu doğurur. Buna *stare decisis* ilkesi denir.

13 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 405.

14 Serap Yazıcı, "Anayasa Yargısı Hükûmet Sisteminin Değil, Hukuk Devleti ve Demokrasinin Garantisidir", *perspektif.online*, 7 Ekim 2020, <https://www.perspektif.online/anayasa-yargisi-hukumet-sisteminin-degil-hukuk-devleti-ve-demokrasinin-garantisidir/>, erişim tarihi: 31.10.2020.

Avrupa modelinde ise kanunların anayasaya uygunluk denetimi, münhasıran bu amaç için kurulan özel yetkili bir mahkeme tarafından yapılır. Bu mahkeme, Anayasa Mahkemesi olarak adlandırılır. Fransa'da ise bu denetimi yapan mahkemeye Anayasa Konseyi adı verilmiştir. Avrupa modelinde özel yetkili mahkeme, kanunların anayasaya uygunluğunu sadece somut norm denetimi yoluyla değil, soyut norm denetimi yoluyla da yapmaktadır. Öte yandan Avrupa modelinde, anayasaya aykırılığı tespit edilen norm, iptal edilir. Bu karar, herkes için bağlayıcı bir güce sahiptir.¹⁵ Avrupa modelinde somut norm denetimine ek olarak soyut norm denetiminin de mevcut olması, anayasa yargısının herkes için bağlayıcı bir etkiye sahip olması, bu modelin ABD modeline kıyasla daha etkin olduğu izlenimini yaratmaktadır. Ne var ki anayasanın üstünlüğü ilkesinin güvence altına alınması; böylece kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması bakımından asıl önemli olan, hangi modelin uygulandığı değil; kanunların istisnasız olarak bağımsız bir yargı kuruluşunun denetimine tâbi olmasıdır.

Cumhuriyet anayasaları incelendiğinde, bu anayasaların hepsinde anayasanın üstünlüğü ilkesinin yer aldığı görülmektedir. Ne var ki 1924 Anayasası'nın 103. maddesi, anayasanın üstünlüğünü kabul ettiği halde, bu Anayasa döneminde bir anayasa mahkemesi mevcut olmadığından kanunların anayasaya uygunluğu sağlanamamıştır. Bunun önemli bir nedeni de, genel yetkili mahkemelerin kendilerinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini görmemeleridir.

Türkiye'de hukuk devleti ilkesiyle bu ilkenin temel unsurlarına ilk kez yer veren anayasa, 1961 Anayasası olmuştur. Bu

15 ABD modeli ve Avrupa modelinin ayrıntıları için bakınız Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin Yayınları, Bursa, 2011, s. 739-745.

Anayasanın 2. Maddesi, Cumhuriyetin nitelikleri arasında hukuk devleti ilkesine, 8. maddesi, anayasanın üstünlüğü ilkesine, 145 ve devamı maddeleri ise Anayasa Mahkemesi'ni düzenleyen hükümlere yer vermiştir. Ne var ki Anayasa, 153. maddesiyle devrim kanunlarını, geçici 4. maddesinin son fıkrasıyla da Milli Birlik Komitesi (MBK) yönetimi döneminde kabul edilen kanunları, anayasaya uygunluk denetiminin dışında bırakmıştır.

1982 Anayasası da, selefi gibi, Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2. maddesinde hukuk devletine, 11. maddesinde ise, anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralına yer vermiştir. Anayasa'nın 146 ve devamı maddeleri ise, Anayasa Mahkemesi'ni düzenlemektedir. Bu Anayasa da, selefine paralel olarak, 174. maddesiyle inkılâp kanunlarına yargı bağımsızlığı sunmuştur. Bundan başka Anayasa, geçici 15. maddesinin son fıkrasıyla Milli Güvenlik Konseyi (MGK) yönetimi döneminde –1980-1983– kabul edilen hukuki tasarruflara yargı bağımsızlığı tanımıştır. Ancak geçici 15. maddenin son fıkrasının içerdiği yargı bağımsızlığı, 2001 Anayasa değişikliğiyle kaldırılmıştır. Böylece MGK yönetimi döneminde kabul edilen hukuki tasarrufların AYM tarafından denetlenmesi olanağı doğmuştur.

Nihayet Anayasa, 148. maddesiyle olağanüstü yönetim usulleri altında kabul edilen kanun hükmünde kararnameleri (KHK), AYM'nin yargı denetimi dışında bırakmıştır. Bu yargı bağımsızlığının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 1991 tarihli içtihadında bu yargı bağımsızlığının anayasal haklar ve hürriyetler yönünden yaratması muhtemel sorunları önemli ölçüde hafifletmiştir (E. 1990/25, K. 1991/1, k.t. 10.01.1991, R.G. Tarih/Sayı: 05.03.1992/21162).

15 Temmuz 2016'daki darbe teşebbüsünü takiben 21 Temmuz itibarıyla başlayan ve Temmuz 2018'e kadar devam eden olağanüstü hal süresince, cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kurulu, 31 olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi kabul etmiş; bu kararnameler hukuk devleti ilkesine ve pek çok anayasal hükme aykırı düzenlemelere yer vermiştir.¹⁶ Ne var ki Anayasa Mahkemesi, bu kararnameler aleyhine yapılan başvurularda 1991 içtihadını terk ederek olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine tanınan yargı bağımsızlığına mutlak bir değer izafe etmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü dönem KHK'larının şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına açıkça belirtilmiş olması karşısında Anayasa'nın, anılan düzenlemelerin herhangi bir ad altında yargısal denetime konu yapılması bakımından Anayasa Mahkemesine bir yetki tanımadığı açıktır." (E. 2016/166, K. 2016/159, k.t. 12.10.2016, R.G. Tarih/Sayı 04.11.2016/29878).¹⁷

Bilindiği gibi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameler TBMM tarafından onaylandıktan sonra kanuna dönüştüğünden bunlar üzerindeki yargı bağımsızlığı da ortadan kalkmaktadır. Böylece kanunlaşan düzenlemeler, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmektedir. Nitekim Mahkeme, kanunla-

16 21 Temmuz 2016'dan 19 Temmuz 2018'e kadar uygulanan olağanüstü hal süresince kabul edilen kanun hükmünde kararnamelerin içerdikleri hukuka aykırılık sorunları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız Serap Yazıcı, "Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri: Kamu Görevinden İhraçlar ve Yol Açtıkları Hukuka Aykırılık Sorunları", Prof. Dr. Metin Günday Armağanı, Atılım Üniversitesi Yayınları, Cilt II, Ankara, 2020, s. 1501-1555, https://www.atilim.edu.tr/uploads/pages/iletisim-1517410938/1601883076-Prof.Dr.Metin_Gunday_Armagani_cilt_2.pdf, erişim tarihi: 31.10.2020.

17 Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki bir başka kararı için bakınız E. 2016/172, K. 2016/165, k.t. 02.11.2016, R.G. Tarih/Sayı 08.11.2016/29882.

şan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerini denetlemeye başlamış; bunların bazı düzenlemeleri hakkında iptal kararı vermiştir.

2017 Anayasa değişikliği ile düalist yürütmeden monist yürütmeye geçildiğinden, Anayasanın cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan bakanlar kuruluna sunduğu olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi de sona ermiştir.

Ne var ki cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçişi sağlayan 2017 Anayasa değişikliği, 119. maddenin 6. fıkrasında cumhurbaşkanına olağanüstü hâl kararnameleri çıkarma yetkisi tanımış ve bu kararnamelerin kanun gücünde olduğunu düzenlemiştir. Aynı değişiklikle Anayasanın 148. maddesi ilk fıkrasında *“olağanüstü hallerde ve savaş hallerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.”* hükmüne yer vermiştir. Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır.

Yürütme ve İdarenin Yargısal Denetimi

Hukuk devleti ilkesi, yürütme ve idarenin de tüm eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olmasını gerektirir. Bu gereklilik, sözü geçen işlemlerin hukuka uygunluk yönünden yargı denetimine tâbi olmasıyla sağlanabilir.

Yürütme ve idarenin hukuka uygunluk denetiminde adlî idare ve idarî yargı olmak üzere iki sistem mevcuttur. İngiltere ve İskandinavya’da uygulanan adli idare modelinde, idari uyuşmazlıklar, bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözüldüğü, genel yetkili mahkemelerde karara bağlanmaktadır. İlk kez

Fransa’da ortaya çıkan ve Türkiye’de de uygulanan idari yargı modelinde ise, idari uyuşmazlıklar, münhasıran bu uyuşmazlıkları çözmek üzere kurulan idari mahkemelerde çözüme bağlanmaktadır. Tıpkı kanunların anayasaya uygunluk denetiminde olduğu gibi, idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde de, bu modellerin her ikisi de aynı etkinlikle işleyebilmektedir. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesi yönünden önemli olan, idari uyuşmazlıkların genel veya özel yetkili mahkemeler önünde çözülmesi değil, bu uyuşmazlıkların tümüne yargı yolunun açık olması ve yargının da bağımsız olmasıdır. Bir başka deyişle, yürütme ve idareye ait her tür eylem ve işlemin, yargı denetimine tabi kılındığı bir sistem, hukuk devletinin inşası için aynı ölçüde elverişlidir.

1924 Anayasası döneminde, idari eylem ve işlemler üzerindeki yargı denetimi yetkisi, Danıştay’a aitti. Danıştay, bu işlemler üzerinde sadece ilk derece denetimini değil, aynı zamanda temyiz denetimini de gerçekleştirmekteydi. Ne var ki, 1924 Anayasası’nın yürürlüğü döneminde, bazı idarî tasarruflar, Danıştay tarafından denetlenememekteydi. Bunun bir nedeni, TBMM’nin kabul ettiği bazı kanunlardan kaynaklanan idarî tasarrufları, bizzat o kanunlarda yer alan hükümler yoluyla, yargı denetimi dışında bırakmasıydı. Diğer neden ise, Danıştay’ın, bazı idarî uyuşmazlıkları, hükümet tasarrufu niteliği taşıdıkları gerekçesiyle, denetim yetkisi dışında görmesi, bu işlemleri denetlemeyi reddetmesiydi. Böylece bu Anayasa döneminde, idari işlemlerin tümünün hukuka uygunluk denetimi sağlanamamaktaydı.

1961 Anayasası, idari yargı alanında ortaya çıkan bu sorunu çözmek amacıyla, 114. maddesinde şu hükme yer vermiştir:

“İdarenin hiçbir eylem ve işlemi hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz.” Böylece yürütme ve idarenin hukuka uygunluğunun denetlenmesinin önünde hiçbir engel kalmamıştır. Anayasa’nın 114. maddesi, 12 Mart ara rejimi döneminde, 20.09.1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Değişik 114. maddeye göre, *“İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.”* Görüldüğü gibi, 1488 sayılı Kanun, maddenin sadece sözel vurgusunu yumuşatmış, maddenin içerdiği kuralın hukuki sonuçları ise aynen muhafaza edilmiştir. Bu değişiklikten sonra da, TBMM’nin herhangi bir kanundan kaynaklanan idari tasarruflara, yargı bağımsızlığı sunmasına olanak olmadığı gibi, Danıştay’ın da hükümet tasarrufu niteliği taşıdığı gerekçesiyle herhangi bir idari uyuşmazlığı denetlemeyi reddetmesi mümkün değildir. Bu nedenle, 1961 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemde, idari tasarruflar üzerinde, hukukun üstünlüğü ilkesinin hâkim kılınmasında bir engel kalmamıştır.¹⁸

1982 Anayasası, 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, 125. maddesinde, idari yargı yolunu düzenlemiş, bu maddenin ilk fıkrasıyla, *“İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.”* kuralına yer vermiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrası, *“Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şûranın kararları yargı denetimi dışındadır.”* hükmünü düzenlemektedir.

Cumhurbaşkanının işlemlerinin bir kısmı, onun devlet başkanlığı sıfatından kaynaklanmaktadır. Başbakanın atanması, kanunların bir kez daha görüşülmek üzere TBMM’ye iadesi,

18 Serap Yazıcı, “Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı”, Türkiye’de Siyasal Yaşam – Dün, Bugün, Yarın, (der.) Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 75-76.

anayasaya aykırı kanunlar aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılması bu niteliktedir. 125. maddede yer alan yargı bağımsızlığı olmasaydı da cumhurbaşkanının devlet başkanlığı sıfatından kaynaklanan bu tür işlemleri aleyhine herhangi bir yargı merciine başvuru olanağı bulunmamaktadır. Çünkü bu işlemler, mahiyetleri gereği olarak ne idarî yargının ne de anayasa yargısının yetki alanındadır. Ne var ki 1982 Anayasası, cumhurbaşkanına bu tür sembolik ve törensel yetkiler dışında güçlü icraî yetkiler de tanımış; bunların hangilerinin cumhurbaşkanı tarafından tek başına, hangilerinin başbakan ve ilgili bakanın karşı-imzasıyla kullanılacağını açık olarak düzenlememiştir. Böylece cumhurbaşkanının tek başına yaptığı icraî nitelikteki idarî işlemler, yargı denetimi dışında kalmıştır.

Uygulama dikkate alındığında, cumhurbaşkanının devlete ait üniversite rektörlerini, YÖK başkanını ve bir kısım üyelerini, Devlet Denetleme Kurulu başkanı ve üyelerini atama işlemlerini tek başına gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu nedenle, sözü geçen işlemler, mahiyetleri gereği, idari işlem niteliği taşımakla beraber, 125. maddedeki yargı bağımsızlığı nedeniyle idari yargının denetimi dışındadır. Bunun ise hukuk devleti yönünden çelişki yarattığı açıktır.¹⁹

Cumhurbaşkanlığı hükûmet sistemine geçişi sağlayan 2017 Anayasa değişikliği ise 125. maddenin cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere ilişkin olan yargı bağımsızlığını ilga etmiştir. Bu yeniliği tek başlı yürütmeye geçişin zorunlu kıldığı bir değişiklik olarak görmek gerekir. Ergun Özbudun'un işaret ettiği gibi "Bundan böyle Cumhurbaşkanı, tüm işlemlerini tek başına yapacaktır. Dolayısıyla, 125'inci maddede yapılan

19 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 336-341.

değişiklikle bu işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamayacağı hükmünün de kaldırılmış olması, doğal bir sonuçtur. Çünkü aksi halde idarî yargı, çok büyük ölçüde işlevsiz kalmış olacaktı.”²⁰

125. maddenin ikinci fıkrası, Yüksek Askerî Şura kararlarına da yargı bağımsızlığı tanımıştır. 2010 Anayasa değişikliği, Yüksek Askerî Şura’nın Türk Silahlı Kuvvetleri’yle ilişik kesmeye ilişkin kararları aleyhine idari yargıya başvurulacağını kabul ederek, bu yargı bağımsızlığını kısmen ilga etmiştir. Böyle olmakla beraber, Yüksek Askerî Şura’nın disiplin cezası içeren diğer kararları aleyhine yargıya başvurma olanağının olmaması, hukuk devletiyle çelişmektedir.

Ne var ki 2017 değişikliği, 125. maddede yer alan “Yüksek Askerî Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.” ibaresini ilga etmiştir. 125. maddenin yürürlükte olan metni şöyledir: “Yüksek Askerî Şûranın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolu açıktır.” Böylece idarî yargı alanındaki bir yargı bağımsızlığı, büyük ölçüde ortadan kalkmıştır.

Anayasa, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu (HSYK) düzenleyen 159. maddesiyle de, Kurul kararları aleyhine idari yargıya müracaatı yasaklamıştır. 2010 Anayasa değişikliği, Kurul’un meslekten men cezası içeren kararları aleyhine yargıya başvurma olanağı tanıyarak, bu yargı bağımsızlığının kapsamını kısmen daraltmıştır. Ne var ki, Kurul’un meslekten men cezası hariç diğer disiplin cezalarını içeren kararları aleyhine halen yargıya müracaat olanağı bulunmaması, hukuk devle-

20 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 308.

tiyle çelişki yaratmaktadır. Bundan başka 2010 Anayasa değişikliği, 129. maddeyle devlet memurları ve kamu görevlilerine ilişkin uyarma ve kınama cezası içeren işlemlere sunulan yargı bağışıklığını da ilga etmiştir. Bu değişiklikle, anılan işlemler aleyhine idari yargıya müracaat olanağının doğması, hukuk devletinin güçlenmesine katkı sağlamıştır.

Nihayet, 2010 Anayasa değişikliğinin Anayasa'nın dilekçe hakkını düzenleyen 74. maddesine eklediği hükümle, kamu denetçiliği kurumunun kuruluşuna olanak tanınması da, hukuk devleti ilkesini güçlendirecek bir yeniliktir. Bilindiği gibi kamu denetçiliği (ombudsman), ilk kez ortaya çıktığı İsveç ve diğer İskandinav ülkelerinde, idarenin hukuka ve hakkaniyete uygunluğunu kamu adına denetleyen özerk bir kurumdur. Hukuk devleti ilkesinin giderek önem kazanmasıyla bu kurum, idari yargı geleneğinin en güçlü olduğu Fransa dâhil olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde ve Latin Amerika'da yaygınlaşmıştır. Üstelik idari yargının yürütme ve idare üzerinde sadece hukukilik denetimi yapabileceği, kamu denetçisinin ise, buna ek olarak hakkaniyete uygunluk denetimini de gerçekleştirebileceği düşünüldüğünde, bu kurumun, hukuk devletinin yerleşmesine katkı sağlayacağı açıktır. Kurumun demokratik dünyadaki emsallerinde, kamu denetçisi, parlamentoların nitelikli çoğunluğu ile toplumun en geniş kesimlerinin tarafsızlığına güven duydukları hukuk profesörleri arasından seçilmektedir.²¹ Ne var ki Anayasa'nın 74. maddesine eklenen hükümle, kamu denetçisinin seçiminde, TBMM'ye, ilk iki oylamada üye tamsayısının üçte iki; üçüncü oylamada üye tamsayısının salt

21 Serap Yazıcı, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye – Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 148-157; Serap Yazıcı, "Kamu Denetçiliği Kurumu", Yargısal Düşün: Türkiye'de Anayasa Reformuna İlişkin Değerlendirme ve Öneriler, Serap Yazıcı (der.), TESEV Yayınları, Mayıs 2010, s. 26-29.

çoğunluğuyla karar verme yetkisi tanınmış; bu sağlanamadığı takdirde, son oylamada, kamu denetçisinin basit çoğunlukla seçimine olanak sağlanmıştır. Bu ise, Meclis'in, ilk üç oylamada adaylar üzerinde uzlaşma sağlayamaması halinde, kamu denetçisinin, son oylamada, sadece hükümet partisinin oylarıyla seçileceği anlamına gelmektedir. Oysa kamu denetçisinin, Anayasa ve 6328 sayılı Kanun gereğince yapacağı denetimin önemli bir bölümü, hükümet partisinin merkezi idare ve yerel yönetimler aracılığıyla yürüttüğü politikalara ilişkin olacaktır. Sadece hükümet partisinin oylarıyla seçilen bir kamu denetçisinin, bu partinin yürütme ve idare alanındaki politikalarını ne ölçüde tarafsız ve bağımsız olarak denetleyeceği, şüphe yaratan bir husustur.²²

Yargının Bağımsızlığı

Yasama ve yürütme organlarıyla idarî makamların hukuka uygunluk denetimine tâbi olmaları, devlet gücünün hukukla sınırlanmasının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Ne var ki yargı denetiminden umulan faydanın hâsıl olması, bu denetimi yapacak olan yargı gücünün bağımsızlığının garantisiyle mümkündür. Yargı bağımsızlığının ise iç ve dış bağımsızlık, kurumsal ve bireysel bağımsızlık olmak üzere farklı yönleri bulunmaktadır.

Yargının dış bağımsızlığı, yargı kuruluşlarının, diğer devlet organları ve kamu makamları karşısındaki bağımsızlığını ifade etmektedir. İç bağımsızlık, yargı gücünü kendi içinden gelmesi muhtemel her türlü müdahaleye karşı korumayı hedefler. Bu hedef doğrultusunda, yargı mensuplarının, sadece kendilerin-

22 Serap Yazıcı, "Hukuk Devleti ve Yargının Bağımsızlığı", Türkiye'de Siyasal Yaşam – Dün, Bugün, Yarın, (der.) Mehmet Kabasakal, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 75-79.

den daha üst düzeydeki meslektaşlarına karşı değil, kendileriyle aynı düzeydeki meslektaşları karşısında da korunmaları gerekir. Böylece bir yargı mensubunun, meslektaşlarının emir ve talimatları, tavsiye ve telkinleri doğrultusunda değil, hukukun üstünlüğü ve kendi vicdanî kanaatleri doğrultusunda karar vermesi sağlanır. Kurumsal bağımsızlık, yargının bir bütün olarak her türlü baskı ve müdahaleden korunmasını ifade etmektedir. Bu yönüyle kurumsal bağımsızlığın, dış bağımsızlıkla belli ölçülerde örtüştüğünü öne sürmek mümkündür. 1961 Anayasası'nın 132. maddesi, kurumsal bağımsızlığı sağlayan bir hükme yer vermiş; bu hüküm, 1982 Anayasası'nın 138. maddesiyle aynen muhafaza edilmiştir. 138. maddeye göre,

“Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.”

Bu hükme rağmen uygulamada siyasi aktörlerin kamuoyuna yaptıkları açıklamalarla yargıya adeta emir ve talimat verdikleri, tavsiye ve telkinde bulundukları bilinmektedir. Bu ise bir ülkede hukuk devletinin inşasında anayasa mühendisliğinin tek başına sonuç doğurmadığını, hukuk devletinin tüm icaplarının yönetenler ve yönetilenler tarafından içselleştirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Bireysel bağımsızlığın iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, hâkimlik teminatıdır. Bu teminat, Türkiye’de ilk kez 1961

Anayasasının 133. maddesiyle hâkimler, 137. maddesiyle ise savcılar yönünden düzenlenmiştir. 1982 Anayasası ise, bu teminatı, hâkim ve savcıları kapsayacak şekilde 139. maddesinde düzenlemiştir. Bu maddeye göre, “Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılanlar veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler hakkında kanundaki istisnalar saklıdır.”

Bu hükme rağmen uygulamada yargı mensuplarının meslekî güvencelerinden yoksun bırakıldıkları bilinmektedir. Bu ise hukuk devleti ilkesinin benimsenmesinde tek başına anayasa hükümlerinin yeterli olmadığını, bu hükümleri uygulayan aktörlerin de hukukun üstünlüğüne bağlılıklarının hayatî değer taşıdığını göstermektedir. Türkiye’deki bir başka sorun ise hâkimlik teminatı kavramının coğrafi güvenceleri kapsamamasıdır. Coğrafi güvence, hâkim ve savcılarının kendi muvafakatlari olmadıkça görev yerlerinin değiştirilemeyeceği şeklinde tanımlanabilir.

Yargı mensuplarının bireysel bağımsızlığının diğer yönü ise, hâkim ve savcılarının özlük hakları üzerinde karar verme yetkisinin özerk kurullara ait olmasıdır. Bu tür kurullar, literatürde, ‘yargı konseyi’ şeklinde adlandırılmaktadır. Yargı konseyinin özerk bir statüye sahip olması ise, üyelerinin sayısı, kompozisyonu, seçimlerinde izlenen yöntem ile bu konseyin kararlarının etkili bir itiraz ve yargı denetimine tabi olmasına bağlıdır.

Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi'nin iki kuruluşu olan Hukuk Yolu ile Demokrasi (Venedik) Komisyonu ile Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu'nun (AYDK) raporları, yargı mensuplarının bireysel bağımsızlıklarının sağlanabilmesi için yargı konseylerinin sahip olmaları gereken özelliklerin neler olduğu konusunda önemli veriler sunmaktadır.

Her iki rapor dikkate alındığında, bir yargı konseyinin siyasal makamlar karşısında özerk olabilmesi için, konseyin üye sayısının bir ülkenin yargı mekanizmasının büyüklüğü ile doğru orantılı olması, üyelerin ağırlıklı olarak yargı mensuplarından oluşması, yargıdan gelmeyen üyelerin tercihen hukuk profesörleri, avukatlar veya yöneticiler arasından seçilmeleri gerekmektedir. Yargı konseyinin özerkliği konusunda, üye kompozisyonu kadar üyelerin seçiminde izlenen yöntem de önem taşımaktadır. Bu raporlara göre, yargı konseyinin yargıçlık mesleğinden gelen üyeleri, yargının tüm kademelerini yansıtmalı ve kendi eşitleri tarafından seçilmelidir. Yargıç olmayan üyeler ise, parlamentoların nitelikli çoğunlukları tarafından seçilmelidir. Üyelerin bir kısmının parlamentolarca seçilmesi, yargı konseyine demokratik meşruiyet ve hesapverirlik kazandıracak, bu ise yargının tümünün meşruiyeti üzerinde olumlu bir etki yaratacaktır. Her iki raporda da özellikle vurgulanan husus, parlamentolara tanınan üye seçme yetkisinin, nitelikli çoğunluk oyuna bağlanmasıdır. Bu husus, yargı konseyinin, dolayısıyla ülkedeki yargı sisteminin, yasama çoğunlukları ve hükümetlerin kontrolüne tabi olmaması yönünden hayati önem taşımaktadır. Böylece parlamentolar, ancak iktidar ve muhalefetin üzerinde uzlaşabildikleri, tarafsızlığına güven duyulan kişiler arasında bir seçim yapmaya teşvik edilecektir. Bütün bunlara ek olarak, yargı konseyinin kararları üzerinde,

etkili bir itiraz denetimi ile yargısal denetim de mümkün olmalıdır. Nihayet, yargı konseyinin kararlarının şeffaf ve erişilebilir olması da, bireysel bağımsızlığın garanti edilmesinde önem taşıyan bir başka noktadır.²³

1982 Anayasasının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu düzenleyen 159. maddesinin ilk metni, Kurul üyelerinin sadece iki yüksek yargı kuruluşundan gelmesi; Adalet Bakanının Kurulun başkanı, Müsteşarının ise tabiî üyesi olması; Kurulun tek daire halinde çalışması; böylece kararlarının etkili itiraz denetimine konu olmaması; Kurul kararları üzerinde yargı denetimi yapılamaması gibi nedenlerle bu raporların sunduğu verilerle bağdaşmamaktadır. 2010’da Kurulun yapısı ve çalışma usulleri önemli ölçüde değiştirilmiştir. Bu değişikliğin uygulamada yol açtığı sorunlar, Kurulu düzenleyen Anayasa hükmünün tekrar değiştirilmesi gerektiği yönünde tartışmalara yol açmıştır. 2017’de 159. madde önemli ölçüde değiştirilmiştir.²⁴ Bu değişiklik, Kurulun adındaki “yüksek” sıfatını kaldırmış; Kurulun on üç üyeden oluşacağını düzenlemiştir. Evvelce olduğu gibi Adalet Bakanı Kurulun başkanı, Müsteşarı ise tabiî üyesidir. Kurulun dört üyesi cumhurbaşkanı tarafından, yedi üyesi ise TBMM tarafından seçilecektir. TBMM’nin yapacağı seçimde *“Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylama-*

23 “Judicial Appointments”, European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion No. 403 / 2006 CDL-AD(2007)028 Or. Engl., Venice, 22 June 2007, <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282007%29028-e>, erişim tarihi: 31.10.2020; “Opinion no.10(2007) of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Council for the Judiciary at the service of society”, CCJE, Strasbourg, 23 November 2007, <https://rm.coe.int/168074779b>, erişim tarihi: 31.10.2020.

24 HSYK’nin yapısı ve çalışma usulleri hakkındaki açıklamaları için bakınız Ergun Özbudun, “Yeni Anayasa ve Yargı Bağımsızlığı”, perspektif.online, 1 Ekim 2020, <https://www.perspektif.online/yeni-anayasa-ve-yargi-bagimsizligi/>, erişim tarihi: 31.10.2020.

da üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır.” Böylece Kurulun üye kompozisyonu, çoğunluk partisi veya partiler bloğunun kontrolüne açık hale gelmiştir. Bu ise yargı mensuplarının bireysel bağımsızlıklarını ortadan kaldıran bu kişileri siyasi aktörlerin emir ve talimatlarına tâbi bürokratlara dönüştüren hazin bir tablo yaratmıştır. Bu tablo karşısında, yasama ve yürütmeye idarî makamların hukuka uygunluk denetiminden umulan yararın ortaya çıkabileceğini düşünmek mümkün değildir.

Maddi Boyut

İnsan Haklarına Saygı

Hukuk devleti ilkesiyle ulaşılmak istenen asıl hedefin, bireyin onurunu, varlığını, haklarını ve özgürlüklerini devlet gücü karşısında korumak olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu nedenle gerçek bir hukuk devletinden söz edebilmek için bu ilkenin, devleti hukuka uygun davranmakla yükümlü kılan şeklî boyutu yeterli olmayıp buna maddi boyutun da eklenmesi gerekir. Hukuk devletinin maddi boyutunun önemli bir unsuru, anayasa düzeninin geniş bir haklar ve özgürlükler listesine yer vermesi, bu özgürlükleri güvence altına almasıdır. Böylece şeklî boyutla maddi boyutun birleştiği bir hukuk devletinden söz etmek mümkün olabilir.

Cumhuriyet anayasaları incelendiğinde, 1924 Anayasası’nın sadece klâsik haklara yer verdiği, içerdiği hakları güvence altına alamadığı, bunların alanının tayini konusunda meclis çoğunluklarına mutlak bir iktidar sunduğu görülmektedir. 1961 Anayasası ise sadece hukuk devleti ilkesine yer vermekle

kalmamış; klâsik haklar yanında sosyal hakları da içeren geniş bir haklar listesine yer vererek bunlara güçlü güvenceler sunmuştur. 12 Mart ara rejimi döneminde 1488 ve 1699 sayılı Kanunlarla yapılan anayasa değişiklikleri, bu hakların alanını sınırlayarak güvencelerini zayıflatmıştır.

1982 Anayasası ise yasakçı ve otoriter bir zihniyetle hazırlandığından temel hak ve hürriyetlerin alanları, önemli ölçüde daraltılmış; üstelik bunların güvenceleri zayıflatılmıştır. Anayasa, geniş bir haklar listesini içermekle birlikte bunları 13. maddenin ilk metniyle kümülatif bir sınırlama rejimine tâbi kılmıştır. Böylece tüm haklar, bu maddenin içerdiği genel nedenlerle ve ilgili maddelerin içerdiği özel nedenlerle sınır lanabilmiştir. Öte yandan Anayasa, 14. maddenin ilk metniyle kötüye kullanma yasağını evrensel anlamından kopararak bu yasağı, hürriyetlerin güvencesi biçiminde değil; yeni bir sınırlama formülü biçiminde düzenlemiştir. Ne var ki Anayasanın 1987'den itibaren geçirdiği değişiklikler, özgürlüklerin alanını önemli ölçüde genişletmiş; bunların güvencelerini güçlendirmiştir. 1995 ve 2001 değişikliklerinin anayasal düzeni önemli ölçüde özgürleştirdiğini belirtmek gerekir.

Öte yandan 2004'te Anayasanın milletlerarası antlaşmaların hukukî statüsünü düzenleyen 90. maddesinde yapılan değişiklik, özgürlük alanlarını genişletmeyi, bunların güvencelerini güçlendirmeyi amaçlayan önemli bir yeniliktir. Bu hükme göre, *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."* Böylece Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin tüm sözleşmeler, kanunların üzerinde bir statüye

yükseltilmiştir. Üstelik Türkiye, 1987’de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını tanımış; 1989’da ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmiştir. Bütün bu yenilikler karşısında, Türkiye’de yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idarî makamların temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümlerini ve AİHM içtihatlarını dikkate alan tasarruflarda bulunması beklenirdi. Ne var ki böyle olmamıştır.

2010 Anayasa değişikliğinin, Anayasa’nın 148. maddesine eklediği hükümle AYM’ye bireysel başvuruları inceleme yetkisini sunması da, haklara sağlanan önemli bir güvencedir. Bu hükme göre, *“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.”* 03.04.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluş Kanununun geçici 1. maddesi gereğince Yüksek Mahkeme, 23 Eylül 2012’den itibaren bireysel başvuruları incelemeye başlamıştır. Yüksek Mahkeme’nin bireysel başvurulara ilişkin bazı kararlarında AİHM içtihatlarını göz ardı ettiği görülmektedir. Buna karşılık bazı kararlarında da AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarına verdiği atıflarla hak ihlâli tespitinde bulunduğu; böylece kamu makamlarını bu ihlâlleri giderecek tasarruflara teşvik ettiği görülmektedir. Ne var ki Yüksek Mahkeme’nin hak ihlâli tespitinde bulunduğu kararlarının bir kısmı, ilgili makamlarca anayasaya aykırı olarak dikkate alınmamaktadır. Enis Berberoğlu başvurusu üzerine Yüksek Mahkeme’nin 09.10.2020 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan kararı buna örnek verilebilir (Başvuru numarası: 2018/30030, Karar Tarihi: 17/9/2020, R.G. Tarih ve Sayı: 9/10/2020-31269).

Sözü geçen kararında Mahkeme, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin ilk fıkrası gereğince hak ihlâlinin varlığına hükmetmiştir. Maddenin ilk fıkrası şöyledir:

“Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez.”

Öte yandan Mahkeme, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince dosyayı, hak ihlâline yol açan yargı kararını veren ceza mahkemesine iletmiştir. Bu fıkra şöyledir:

“Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. (...) Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

Ne var ki hak ihlâline yol açan kararı veren ceza mahkemesi, AYM kararının gereğini yerine getirmemiştir. Ceza mahkemesinin bu tutumu, her şeyden önce, Anayasanın, anayasanın üstünlüğünü düzenleyen 11. maddesiyle çelişmektedir. Öte yandan bu tutum, AYM kararlarının kesinliği ve bağlayıcılığını düzenleyen Anayasanın 153. maddesini de ihlâl etmektedir. Maddenin ilk fıkrası, “*Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir. İptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.*” hükmüne yer vermektedir. Son fıkrası ise “*Anayasa Mahkemesi kararları Resmî*

Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.” şeklindedir.

Görüldüğü gibi 153. maddenin ilk fıkrası, AYM kararları yönünden hiçbir ayırım yapmamış; Yüksek Mahkeme’nin tüm kararlarının kesin ve bağlayıcı olduğunu düzenlemiştir. Maddenin son fıkrası ise tüm devlet organlarını ve idarî makamları, bu kararların gereğini yerine getirmekle yükümlü kılmıştır. Bu düzenleme karşısında ilgili ceza mahkemesinin AYM kararının gereğini yerine getirmemesi, hukuk devleti ilkesinin açık bir ihlâli olmaktadır. Dahası Anayasanın 141. maddesi son fıkrasında *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”* hükmüne yer vermektedir. Ceza mahkemesinin AYM kararının gereğini yerine getirmeyen tutumu, bu hükmün de ihlâl edildiğini göstermektedir. Bu örnek, gerçek bir hukuk devleti yaratmakta, anayasal reformların tek başına yeterli olmadığını; kamu gücünü kullanan tüm aktörlerin hukuk devletinin icaplarına uygun davranma kültürünü geliştirmeleri gerektiğini göstermektedir.

Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı

Kanun önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı, aslında hukuk devletinin içinde saklı olan kavramlardır. Bazı yazarlar, eşitlik kavramının bireylere kamu makamlarına yöneltebilecekleri bir talep hakkı olduğunu öne sürmektedir. Bazı yazarlar ise bu kavramın devlet faaliyetlerinin dayanması gereken temel bir esas olduğu iddiasındadır. Eşitlik ilkesi nasıl yorumlanırsa yorumlansın, bu kavramın şeklî ve maddi olmak üzere iki boyutu vardır. Kavramın şeklî boyutu, kanunların genel, soyut, objektif ve kişilik dışı olması gerektiğini ifade etmektedir. Daha açık bir deyişle, bu boyut karşısında kanun koyucu, ka-

nun yaparken belli bir kişiyi veya toplumun belli bir kesimini imtiyazlı kılamaz. Öte yandan bu yaklaşım, kanun koyucunun belli bir kişiye veya toplumun belli bir kesimine yükümlülük yükleyemeyeceğini de ifade etmektedir. Bu hukuk devletinin de gereğidir.

Kavramın maddi boyutu ise, eşitliğin mutlak olmadığı, nisbi bir değer taşıdığı anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, eşitliğin maddi boyutu, ancak eşit olanların eşitliği düşüncesiyle şekli boyuta esneklik kazandırmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de, kuruluşundan bu yana maddi eşitlik anlayışını kabul etmektedir.²⁵

Eşitlik ilkesi bir yandan bireylere talep hakkı sunarken diğer yandan kamu makamlarının uyması gereken bir esastır. 1961 Anayasası, eşitlik ilkesine, Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısmının Genel Hükümler başlıklı birinci bölümünde 12. maddede yer vermiştir. Bu hükme göre,

“Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

Buna karşılık 1982 Anayasası, eşitliği, devletin genel esaslarını düzenlediği Birinci Kısmında 10. maddede hükme bağlamıştır. Bu hükme göre,

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz

25 Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 154-158.

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

Görüldüğü gibi 1961 Anayasa koyucusu, eşitliği, bireylere talep hakkı sunan bir ilke olarak kabul ederken 1982 Anayasa koyucusu, bu kavramı, devletin genel düzenine hâkim bir ilke biçiminde düzenlemiştir. Ne var ki anayasa koyucuların eşitlik kavramına bakış açısındaki bu fark, sözü geçen ilkenin doğuracağı hukukî sonuçları değiştirmemektedir. 1961 Anayasası döneminde yasama, yürütme ve yargı organları ile idarî makamlar, bu ilkeyi ihlâl eden bir tasarrufta bulundukları takdirde bireyler yönünden bir talep hakkı doğmakta; böylece eşitlik ilkesi bağlamında ayrımcılığa maruz kalan, herhangi bir hakkı ihlâl edilen bir kişi, yargı makamlarına müracaatla hukukî sorunun çözümünü talep edebilmekteydi. Benzer şekilde 1982 Anayasası’nın yürürlüğü döneminde eşitlik ilkesi bağlamında hakkı ihlâl edilen veya ayrımcılığa maruz kalan bir kişi de ilgili mercilere müracaat ederek sorunun çözümünü talep edebilmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin bir anayasanın hangi bölümünde düzenlendiği, bu ilkenin yaratacağı hukukî sonuçları değiştirmemektedir.

1961 ve 1982 Anayasaları arasında eşitlik ilkesini düzenleme biçimleri yönünden ortaya çıkan asıl fark, bu anayasaların içerdiği negatif ayırım yasaklarıyla ilgilidir. 1961 Anayasası, negatif ayırım yasaklarını tadadî olarak sıralamıştır. Buna karşılık 1982 Anayasası, “ve benzeri sebeplerle” ifadesine yer vererek bu ayırım yasaklarını tadadî olarak sıralamamıştır. Bu, 1982 Anayasa koyucusunun zaman içinde farklı bir ayırım yasağının ortaya çıkması halinde anayasa yargısına takdir yetkisi sun-

duğunu gösteren bir durumdur. Böylece herhangi bir kanun, anayasada belirtilen negatif ayırım yasakları dışında bir ayırım yaptığı takdirde bu kanun aleyhine eşitlik ilkesinin ihlâl edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilmesi durumunda Yüksek Mahkeme, Anayasanın 10. maddesinin ilk fıkrasında yer alan “ve benzeri sebeplerle” ifadesine dayanarak söz konusu normu iptal edebilecektir. Şüphesiz bu, özgürlükler yönünden anlamlı bir güvence yaratacaktır.

Günümüzde demokratik anayasaların tamamı, negatif ayırım yasaklarıyla güçlendirilen kanun önünde eşitlik ilkesine yer vermiştir. Ancak insan hakları alanındaki gelişmeler, eşitlik ilkesinin negatif ayırım yasaklarıyla korunmasının adaletin tesisi bakımından yeterli olmadığı inancını yaratmıştır. Bu nedenle dezavantajlı grupların, toplumun diğer kesimleri karşısında güçlendirilmesi amacıyla bu gruplar lehine pozitif ayrımcılık yapılabileceği kabul edilmiştir. Böylece gerek ulusal anayasalarda gerek uluslararası sözleşmelerde negatif ayırım yasakları yanında pozitif ayrımcılık kuralına da yer verilmiştir.

1982 Anayasası'nın 10. maddesinde bu amaç doğrultusunda 2004'te bir değişiklik yapılarak maddeye şu hüküm eklenmiştir: *“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.”* 2010'da ise aynı amaçla maddeye çok daha kapsayıcı olan şu ifade ilave edilmiştir: *“Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.”* Böylece kanun koyucuya sözü geçen gruplar lehine pozitif ayrımcılık yapma imkânı sunulmuştur.²⁶

26 Ayrıntılar için bakınız Serap Yazıcı, *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 343-380; Serap Yazıcı, “Hukuk Devleti ve Yargının Bağım-

Hukuk Normlarının Temel Özellikleri

Hukuk devletinin asıl amacı, bireylerin geleceğe güvenle baktığı bir ortamı sağlamaktır. Bu ise her şeyden önce, hukuk devletinin bir uzantısı olan devlete güven ilkesinin varlığını gerektirmektedir. Bu ilke gereğince hukuk devleti esasına dayanan bir anayasa düzeninde hukuk normları, bazı temel özellikleri sergilemelidir.

Bunlardan biri, hukuk normlarının belirliliği ilkesidir. Bu ilke, hukuk normlarının herkesin anlayabileceği bir açıklıkta olmasını, uygun vasıta ve yollarla yürürlüğe girmesini ve herkesin erişimine açık olmasını ifade etmektedir. Bu ilke aynı zamanda hukuk kurallarının yürürlüğe girmelerinden sonraki olaylara, durumlara ve ilişkilere uygulanabileceğini göstermektedir. Böylece bireyler, geleceklerini yürürlükteki hukuku dikkate alarak planlayabilir, eylem ve işlemlerinin doğuracağı hukukî sonuçlar hakkında emin olabilirler. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi şöyle tanımlamaktadır:

“Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuca yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı

koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. (...) Diğer taraftan, belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilenebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.” (E. 2013-64, K. 2013-142, t. 28.11.2013).²⁷

Türkiye’de uzunca bir zamandan beri uygulanan torba kanun geleneğinin belirlilik ilkesine uymadığı açıktır. Çünkü torba kanunlarla aynı anda birbiriyle ilgisi olmayan çok sayıda kanun üzerinde çeşitli değişiklikler yapılmaktadır. Bu ise belirli bir olaya, duruma ve ilişkiye uygulanacak normun hangi norm olduğunu saptamayı güçleştirmektedir. Hatta torba kanunlar aracılığıyla sık aralıklarla kanunlar üzerinde yapılan değişiklikler, hukukçuların dahi belli bir zaman diliminde belli olaylara ve durumlara uygulanması gereken normun hangisi olduğunu saptamalarını güçleştirmektedir. Bu nedenle yasama organı, torba kanun yapma geleneğini süratle terk etmelidir.

Nihayet hukuk devleti, devlet gücünün ceza hukuku ve ceza yargılaması hukuku alanındaki yetkilerinin de sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Çünkü bu alanlar, devlet otoritesinin en kuvvetle tezahür ettiği, bireyin hak ve özgürlüklerinin devlet gücü karşısında en ciddi tehditlere maruz kaldığı alanlardır. Bu nedenle bir hukuk devletinde suç ve cezanın kanuniliği,

27 Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. E. 2011-65, K. 2013-49, t. 28.3.2013; E. 2014-194, K. 2015-55, t. 17.6.2015; E. 2014-88, K. 2015-68, t. 13.7.2015.

cezanın şahsiliği, masumiyet karinesi, tabîî hâkim ilkesi gibi ilkelerin mevcut olması gerekir. Türkiye’de ilk kez hukuk devleti ilkesine yer veren 1961 Anayasası, 32. ve 33. maddelerinde hukuk devletinin uzantısı olan bu ilkelere de yer vermiştir. Keza 1982 Anayasası da 2. maddesinde yer verdiği hukuk devletinin gereği olarak 37. maddesinde tabîî hâkim anlamında yorumlanması gereken kanunî hâkim ilkesine, 38. maddesinde ise yukarıda zikrettiğimiz diğer ilkelere yer vermiştir. Öte yandan 2001’de yapılan bir değişiklikle, Anayasanın 36. maddesine adil yargılanma hakkını düzenleyen bir hüküm ilave edilmiştir. Böyle olmakla beraber, uygulamada bu ilkeleri ihlâl eden hukuk kurallarının kabul edilebildiği veya yargılama süreçlerinde bu ilkeyi göz ardı eden tutumların sergilenebildiği görülmektedir.

Türkiye 1961 Anayasası’nın yürürlüğünden bu yana bir hukuk devleti olma iddiasındadır. 1961 Anayasası döneminde, bu iddia ile bağdaşması mümkün olmayan bazı uygulamalar gerçekleşmiştir. 1982 Anayasası ise hukuk devleti ilkesine yer verdiği halde bazı hukukî tasarruflara bu ilkeyle bağdaşması mümkün olmayan yargı bağıışıklıkları sunmuştur. Bu yargı bağıışıklılarının bir kısmı zayıflatılmış, bir kısmı ise ilga edilmiştir. Böyle olmakla beraber Türkiye, özellikle son yıllarda, hukuk devletinin özünden hızla uzaklaşmıştır. Böylece anayasal hak ve hürriyetler, devlet gücü karşısında evvelce hiç olmadığı kadar güvencesiz kalmıştır. Bu nedenle Türkiye’nin önünde acil çözüm gerektiren en hayati sorun, hukuk devleti unsurlarını süratle güçlendirmek, anayasal hürriyetlere güvence sunmaktır. Bu yapılmadığı takdirde, iktisadi, siyasi ve sosyal sorunların rasyonel çözümlere kavuşması da mümkün olmayacaktır.

CEZA HUKUKU AÇISINDAN AİHS 6. MADDE BAĞLAMINDA ADİL YARGILANMA HAKKI

Av. Orhan Kemal Cengiz

Madde 6: Adil yargılanma hakkı

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlölükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.
2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.
3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:
 - a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;
 - b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;
 - c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
 - d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının

da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek

- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

Adil yargılanma hakkı hem medeni hak ve vecibeleri ilgilendiren ve hem de bir ceza isnadını konu alan davalar için geçerlidir. Çok kabaca söylemek gerekirse, özel hukuk ve ceza hukuku 6. maddenin kapsamına girmektedir.

Ben çalışmanın bu bölümünde adil yargılanma hakkını bir “ceza isnadı” çerçevesinde yapılan yargısal işlemler çerçevesinde irdeleyeceğim. Ceza hukuku yerine ceza isnadı denmesinden de anlaşılacağı üzere, burada iç hukukta yapılan tasniften ziyade işin doğası üzerinde odaklanılmaktadır. Bir devlet söz konusu yargısal işlemleri ceza yargılaması olarak değil de, örneğin disiplin yargılaması olarak tasnif ediyor veya verilen cezayı idari ceza olarak tarif ediyor olabilir. AİHM, bu anlamda, ceza isnadını “otonom”, yani iç hukukta yapılan tasniflerden bağımsız bir kavram olarak ele almaktadır.

AİHM ceza isnadının unsurlarını Engel ve Diğerleri/Hollanda²⁸ davasında detaylı bir şekilde ele almıştır. Engel kriteri de denen bu ölçütlere göre, AİHM ortada bir ceza isnadı bulunup bulunmadığını anlamak için şu üç unsura bakmaktadır: a) Suçun iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı b) Suçun niteliği c) Kişinin karşılaşılabileceği cezanın ağırlığı.

Bir ceza isnadından söz edebilmek için bu üç unsurun bir arada bulunması gerekmez. Pratik olarak bakacak olursak, iç

28 ECHtR, Engel and Others v. The Netherlands, (Application no. 5100/71 and others), 8 June 1976, para-80-85, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57479%22%7D>

hukukta suç yargılaması olarak tasnif edilen yargılamaların 6. maddenin kapsamında yer aldığı açıktır. Yapılan yargılama “suç yargılaması” olarak tarif edilmiyor ise, bu defa da suçun niteliği ve kişinin karşılaşacağı cezanın ağırlığına bakmamız gerekir. Örneğin Engel ve diğerleri davasında AİHM; birkaç ay süreyle askeri disiplin birimine kapatılmayı gerektiren askeri disiplin suçlarının 6. madde kapsamına girdiğini ama iki günlük “göz hapsinin” ceza hukukunun kapsamında değerlendirilemeyecek kadar kısa bir süre olduğu sonucuna ulaşmıştır¹.

Aşağıda da göreceğimiz gibi, cezaevinde yapılan disiplin yargılamasını da AİHM 6. Madde kapsamında değerlendirmiştir. Bir yargılamanın 6. maddenin kapsamına girip girmediğinin pratik önemi şudur: İç hukukta söz konusu yargılama veya muhakeme işlemleri nasıl tasnif ediliyor olursa olsun, ortada AİHM’nin anladığı anlamda bir ceza isnadı varsa, bu işlemlere muhatap olan kişi 6. maddede güvence altına alınan bütün haklara sahip olacaktır.

Madde 6/1: Bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı

Ceza yargılamasını yapan mahkeme, yürütmeden, taraflardan² ve Parlamento’dan bağımsız olmalıdır³.

Mahkemelerin ve yargı mercilerinin “bağımsız” olup olmadığını değerlendirirken AİHM, bu mercilerin a) Üyelerinin atanma şekli ve görev süresine; b) Dışarıdan gelecek baskılara

1 Engel and others, para.85

2 ECHtR, Ringeisen v. Austria, (Application no. 2614/65), 16 July 1971, para. 95, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57565>

3 ECHtR, Demicoli v. Malta, (Application no. 13057/87), 27 August 1991, para.36-42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57682>

karşı güvencelerinin bulunup bulunmadığına ve c) Söz konusu yargısal makamın bağımsız bir görüntü verip vermediğine bakmaktadır⁴.

AIHM'nin tarafsızlıktan anladığı da, yargılamayı yapan makamın herhangi bir önyargıya sahip olmaması ve taraf tutmamasıdır⁵.

Madde 6/1: İddia ve savunmanın eşitliği (Silahların eşitliği)

Hakkaniyete uygun yargılamadan türeyen “silahların eşitliği” prensibi gereğince, bütün yargılama boyunca iddia ve savunma aynı hak ve yükümlülöklere sahip olmalıdır. Birisi diğere göre avantajlı ya da dezavantajlı bir durum içinde olmamalıdır.

Gerek iddia ve gerekse savunma makamı diğeri tarafından mahkemeye sunulan tüm iddia ve savunmalardan haberdar olmalı ve bunlar üzerine kendi yorumlarını sunma imkânı bulunmalıdır.

AIHM'nin Öcalan/Türkiye⁶ kararında da belirttiğı gibi, taraflardan her birine, muhatabına karşı dezavantajlı duruma düşürmeyecek olan koşullar altında davasını takdim etme olanağı verilmelidir. Bu bağlamda dosyada bir kısıtlama bile olsa, duruşma öncesi deliller sanığa ulaştırılmalı ve sözlü ifadesi-

4 ECHtR, Findlay v. The United Kingdom, (Application no. 22107/93), 25 February 1997, para.73, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58016>

5 ECHtR, Micallef v. Malta, (Application no. 17056/06), 15 October 2009, para.93, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95031>

6 ECHtR, Öcalan v. Turkey, (Application no. 46221/99), 12 May 2005, para.140, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:\[%22%C3%96calan%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-69022%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22fulltext%22:[%22%C3%96calan%22],%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-69022%22]})

ni verirken, sanığın avukatı aracılığıyla deliller üzerine görüş sunması engellenmemelidir.

Makhfi/Fransa⁷ davasında AİHM, savunma yapmadan önce avukatın 15 saat 45 dakika bekletilmiş olmasını silahların eşitliği ilkesine aykırı bulmuştur. Silahların eşitliği ilkesi gereği, iddia makamının görüşlerini sunabildiği yargılamanın her aşmasında savunma da karşı görüşlerini ileri sürebilmelidir. Silahların eşitliği prensibi sadece iddia ve savunmanın kendi argümanlarını sunabilmeleri açısından değil, ama aynı zamanda kendi tanıklarının mahkemeye çağırabilmeleri açısından da geçerlidir⁸.

Borisiva/Bulgaristan⁹ davasında AİHM'nin tanıkların çağırılması konusunda iddia ve savunma makamlarının eşitsiz bir durumda olmalarına yönelik fikir yürütme biçimi öğretici niteliktedir:

“Mahkeme, başvurunun (...) duruşmada, izin verilirse çağıracağı tanıkların savcılık tanıklarının ifadelerini çürüteceğini defaatle öne sürmesine rağmen herhangi bir tanık çağırmasına izin verilmediğini not etmektedir. Başvurunun çağırarak istediği tanıkların isimlerini yerel mahkemeye bildirmediği doğrudur. Ancak savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve olanaklara sahip olmadığını göz önüne alarak Mahkeme, başvurunun bunu hemen yapabilecek durumda olmamasını makul karşılamaktadır. (...) Mahkeme, duruşmaya hazırlanmak ve kendi

7 ECHtR, Makhfi v. France press release , (Application no. 59335/00), 19.10.2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%2259335/00%22\],%22itemid%22:\[%22003-1162568-1212099%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2259335/00%22],%22itemid%22:[%22003-1162568-1212099%22]})

8 ECHtR, Bönisch v. Austria, (Application no. 8658/79), 6 May 1985, para. 32 [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57443%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57443%22]})

9 ECHtR, Borisova v. Bulgaria, (Application no. 56891/00), 21 December 2006, Para.47-48, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-78794%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-78794%22]})

Bir akademisyenin meslektaşlarına hakaret ettiği iddiasıyla para cezasına çarptırılmasını konu alan Boldea/Romanya¹² davasında da, AİHM, suçun temel unsurlarının yerel mahkeme tarafından yeterince açıklanmadığını, başvuru tarafından sunulan delillerin gözönüne alınmadığını ve temyiz mahkemesinin de, başvuru tarafından temyiz için ileri sürülen hiçbir gerekçeyi ele alıp değerlendirmedeğini belirterek, gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM Fabris/Fransa¹³ davasında, tarafların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde mevcut hak ve özgürlüklerle ilgili sunumlarını yerel mahkemelerin özel bir ihtimamla ele alması gerektiğini belirtmiştir. Buradan anlamamız gereken şudur: Bir ceza davasında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan hakların ihlal edildiği tartışıldığında yerel mahkemeler, gerekçeli kararında bu iddiaları ele almakla mükelleftirler.

Madde 6.1: Makul sürede yargılanma hakkı

AİHM'nin Kart/Türkiye davasında da belirttiği gibi, ceza hukuğu alanında, makul sürede yargılanma hakkı, kişinin kendisine karşı yöneltilen suçlamanın sonucuna ilişkin bir belirsizlik durumunda çok uzun süre kalmaması için getirilmiştir¹⁴.

Makul sürenin hesaplanmasında başlangıç, kişiye karşı resmi

12 ECHtR, press release, Boldea v. Romania, (application no. 19997/02), 15.02.2007, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["19997/02"\],"itemid":\["003-1922707-2027588"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

13 ECHtR, Fabris/France, (Application no. 16574/08), 7 February 2013, para.72, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-116716%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-116716%22]})

14 Kart/Turkey, (Application no. 8917/05), 3 December 2009, para.68, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-96007%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-96007%22]})

suçlamanın getirildiği andır¹⁵. Pratik olarak pek çok vakada bu, kişinin gözaltına alındığı ana işaret eder. Yani, ceza davasında yargılama süresinin makul olup olmadığı iddianamenin kabulü veya kişinin tutuklandığı günden değil, daha ilk gözaltına alındığı andan itibaren hesaplanacaktır. Ceza davasında sürenin sonu, suç ithamının kesin hükümle karara bağlandığı andır.¹⁶

AİHM'nin Mitchell ve Holloway/Birleşik Krallık¹⁷ davasında da belirttiği gibi, davanın süresinin makul olup olmadığı, her vakanın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir. Bu bağlamda vakanın arz ettiği nitelik (ne denli kompleks bir yapıya sahip olduğu); başvuru ve vekilinin tutumları ve görevli makamların tutumları ile başvuru için neyin risk altında olduğuna bakılmalıdır.

Ceza davasındaki makul süre ile, tutukluluktaki makul süre (Madde 5/3) birbirinden tamamen bağımsız ve ayrı kavramlardır.

Dava uzun bir zamandan beri sürmekte ise, süregiden bir ihlal söz konusu olduğundan, yargılama bitmeden bireysel başvuru yoluna gidilebilir.

Madde 6/2: Masumiyet karinesi/masum sayılma hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

15 ECHtR, Deweer v. Belgium, (Application no. 6903/75), 22 February 1980, para.42, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57469"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

16 ECHtR, Eckle v. Germany, (Application no. 8130/78), 15 July 1982, para. Para 77, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57476"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

17 ECHtR, Mitchell and Holloway v. The United Kingdom, (Application no. 44808/98), 17 December 2002, para.51, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60823>

Masumiyet karinesi, kişinin kesin hükümle mahkûm edilmesine kadar masum sayılmasını ifade eder. Sanığın suçlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü iddia makamının üzerindedir. Şüphe durumunda, bundan sanık yararlanacaktır. Bu klasik anlamının yanı sıra, aşağıda göreceğimiz gibi, AİHM masumiyet karinesini çok geniş bir alanı kapsayan bir hak olarak görmektedir.

Tacizle suçlayanın otomatik mahkumiyeti

Bir kişinin suç duyurusunda bulunmasının ardından, hakkında şikâyetle bulunduğu kişinin beraat etmesi üzerine, kendisine karşı açılan davada otomatik olarak mahkûm edilmesi nedeniyle masumiyet karinesi ihlal edilir. AİHM Klouvi/Fransa¹⁸ davasında cinsel taciz iddiasının ardından, kendisine karşı şikâyetle bulunulan kişinin (delil yetersizliği nedeniyle) beraat etmesi ve bu beraatın kesinleşmesi üzerine, bu kişinin şikâyeti üzerine taciz konusunda şikâyetçi olan kadının mahkûm edilmesi nedeniyle 6/2'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Çünkü, Fransız hukuku, kesinleşen beraatı, şikâyetle bulunan için otomatik bir mahkûmiyet sebebi olarak kabul etmektedir, ki bu AİHM'e göre masumiyet karinesinin ihlalidir.

Ölen kişinin suçlu ilan edilmesi

Ceza yargılaması sürerken ölen bir kişinin, yargılama tamamlanmadığı halde suçlu ilan edilmesi masumiyet karinesine aykırıdır ve Sözleşme'nin 6/2. maddesini ihlal eder. Vulakh/

18 ECHtR, Press release, Judgements concerning France and Germany, Klouvi v. France, 30.06.2011, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{"fulltext":\["30754/03"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{)

Rusya¹⁹ davasında AIHM bu konuyu açıklığa kavuşturmuştur. Polisin yaptığı operasyonla organize suç örgütü üyesi olduğundan şüphelenilen kişiler gözaltına alınmış; bu haberi duyan ve örgütün lideri olduğu öne sürülen Vitaliy Vulakh nişanlısını vurduktan sonra intihar etmiştir. Dolayısıyla da yargılanması söz konusu olmamıştır. Ancak suç örgütünün üyelerinin mahkumiyeti üzerine, onların işledikleri suçlardan zarar gördüğünü iddia edilen kişiler, sanıklara ve bu arada çetenin lideri olduğu iddia edilen Vulakh'ın yakınlarına karşı da tazminat davaları açmış ve kazanmışlardır. AIHM, Vitaliy Vulakh'ın mahkumiyetiyle sonuçlanan bir hüküm bulunmamasına rağmen, Rus mahkemelerinin onu, ciddi suçlar işlemiş bir çetenin lideri olarak ilan etmelerinin masum sayılma hakkının ihlali olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Hukuk mahkemesinin suçlu ilan etmesi

AIHM'nin Teodor/Romanya²⁰ davasında da tespit ettiği gibi, hukuk mahkemeleri, sonuçlanmamış ceza davasındaki belge ve bilgilere referansta bulunabilirler. Ancak, ceza yargılaması sonucu mahkûm olmayan bir kişiyi bir şekilde “suçlu” ilan ederlerse madde 6/2'nin ihlali ortaya çıkacaktır. Örneğin Romanya'ya karşı açılan bu davada AIHM'nin tespit ettiği gibi, hukuk mahkemesinin suçun zaman aşımına uğramış olmasının “suç tespitini ortadan kaldırmadığı, sadece başvurusunun cezai bir yaptırıma çarptırılmasını engellediği,” yönündeki beyanı masumiyet karinesinin ihlali niteliğindedir.

19 ECHtR, Vulakh and Others v. Russia, (Application no. 33468/03?, 10 January 2012, para.36-37, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-108500>

20 ECHtR, Teodor v. Romania summary, (Application no. 46878/06), 4.6.2013, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#/%22itemid%22:\[%22002-7609%22\]\)](https://hudoc.echr.coe.int/tur#/%22itemid%22:[%22002-7609%22]))

Beraatın delil yetersizliğinden olması önemli değildir

AIHM beraat kararlarının türüne göre masumiyet karinesinin koruyuculuğunun kapsamında bir değişiklik meydana gelmeyeceğini belirtmektedir. AIHM'nin Tendam/İspanya²¹ kararında yaptığı aşağıdaki tespitler bu bakımdan oldukça önemlidir:

"...kesinleşen bir beraat kararından sonra bir sanığın masumiyeti hakkında şüpheler ifade edilmesi artık kabul edilemez (...) beraat kararı bir kez kesinleştikten sonra, Sözleşme'nin 6(2). fıkrası uyarınca şüphe yararına bir beraat söz konusu olsa bile, beraat kararının sebeplerinden elde edilmiş olanlar dahil, suçluluk konusunda şüpheler ifade edilmesi masumiyet karinesiyle bağdaşmamaktadır, (...) Gerçekten de daha sonra verilen yargı kararları ya da kamu makamlarının yaptığı açıklamalar, şüpheli hakkında önceden verilmiş olan beraat kararına açıkça karşı gelen bir suçluluk tespiti şeklindeyse, Sözleşme'nin 6(2). fıkrası açısından sorun yaratabilir (...) Mahkeme ayrıca, masumiyet karinesinin özel bir görünümü olan '*in dubio pro reo*' ilkesi uyarınca, kişinin delil yokluğu nedeniyle serbest bırakılması ile masum olduğunun hiç bir şüphe götürmeyecek şekilde tespit edilmiş olması nedeniyle serbest bırakılması arasında hiç bir nitelik farkı bulunamayacağını belirtmektedir. Gerçekten de beraat hükümleri her seferinde ceza yargıcının benimsediği gerekçelere göre değişmez. Tam aksine ilgilinin cezai sorumluluğu hakkında doğrudan ya da dolaylı biçimde beyanda bulunan tüm makamlar, Sözleşme'nin 6(2). fıkrası çerçevesinde, bir beraat kararının hüküm kısmına saygı duymalıdır. Bakanlık başvurusunun tazminat talebini geri çevirmek için, beraat kararına göre

21 AIHM, Tendam-İspanya, (Başvuru no. 25720/05), Türkçe çeviri, 13 Temmuz 2020, para.36-41, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-111147%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-111147%22]})

‘başvurucunun suça iştirak etmediğinin yeterli düzeyde kanıtlanmadığını’ belirtmiştir (...) Mahkeme, delil yokluğu nedeniyle verilen beraat kararı ile suç içeren eylemin yokluğunun tespiti dayanan beraat kararı arasında ayırım gözetken bu mantığın sanık hakkında önceden verilen beraat kararını tanımadığı, halbuki ceza yargıcının kabul ettiği sebep ne olursa olsun, tüm yargı makamlarının bu beraat kararının hüküm kısmına uymaları gerektiği kanısındadır (...) Sonuç olarak, sözü geçen içtihadın uygulanmasına ilişkin Bakanlığın kararına onay veren ulusal mahkemeler, ortaya çıkan soruna bir çare bulmamışlardır... Bu unsurlar, Mahkeme’nin Sözleşme’nin 6(2). fıkrasının ihlal edilmiş olduğu sonucuna varması için yeterlidir.”

Susma hakkı

AIHM’nin McGuinness/İrlanda²² davasında da belirttiği gibi, Sözleşmenin 6. maddesinde açıkça söz edilmemiş olsa da susma hakkı ve kendini suçlayıcı beyanda bulunma hakkı, bu maddedeki adil yargılama kavramının tam da kalbinde yer alırlar. Bunun mantığı da şudur: şüpheli yetkililerin uygulayabileceği yolsuz baskılara karşı korunmalı ve böylece altıncı maddedeki amaçların boşa çıkarılmasının önüne geçilmelidir. Kişinin kendini suçlamama hakkı, iddia makamının, sanığın iradesi hilafına onu zorlayıp baskı altına alarak elde edilen delillere başvurmadan, kendi iddialarını ispatlamakla mükellef olmasını gerektirir. Bu manada, susma hakkı Sözleşmenin 6/2. maddesindeki suçsuzluk karinesi ile yakın bir bağlantı içindedir.

Burada dikkat edilmesi gereken ince ayırım şudur: AIHM kişiden bilgi almak için onu birtakım yaptırımlarla tehdit etmeyi

22 ECHtR, McGuinness v. Ireland, (Application no. 34720/97), 21 December 2000, para. 40, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-59097%22%7D>

değil, kişinin bilgi vermeyi reddetmesi üzerine bir yaptırıma çarptırılmasını masumiyet karinesine aykırı bulmaktadır.

Susma ve kendi kendini suçlamama hakları, sadece ceza muhakemesinin uygulandığı davalar için söz konusu değildir. AİHM'nin anladığı anlamda bir ceza isnadının bulunduğu her durumda bu hak mevcuttur. Örneğin, JB/İsviçre²³ davasında, AİHM, vergi kaçırdığı iddiasıyla başvuru hakkında yürütülen soruşturma sırasında, kendisinden istenen gelirleriyle ilgili belgeleri temin etmemesi nedeniyle idari para cezası verilmesini, susma/kendi kendini suçlamama hakkının bir ihlali olarak değerlendirmiştir.

Funke/Fransa²⁴ davasında AİHM, başvuruçunun gümrük memurları tarafından istenen belgeleri vermemesi nedeniyle mahkûm edilmesini 6. madde açısından incelemiştir. AİHM'e göre, başvuruçunun gümrük yetkilileri tarafından kendisini suçlu duruma düşürecek belgeleri vermeye zorlanması ve bunları vermeyi reddettiği için mahkûm edilmesi (bu ilgili ülkenin Gümrük yasalarına dayanıyor bile olsa) onun susma hakkının ve dolayısıyla da adil yargılanma hakkının bir ihlali niteliğindedir.

Madde 6/3: Suçlamayı Öğrenme hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

23 ECHtR, JB v. Switzerland, (Application no. 31827/96), 3 May 2001, para. 69-71, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-59449%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59449%22]})

24 ECHtR, Funke v. France, (Application no. 10828/84), 23 February 1993, para 41-44, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57809%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57809%22]})

AIHM'nin Pelissier ve Sassi/Fransa²⁵ davasında da belirttiği gibi, Sözleşmenin 6/3 maddesinde düzenlenen suçlamayı öğrenme hakkı, sadece suçlamanın hangi eylem ve olgulara dayandığını değil fakat aynı zamanda bu eylemlerin hukuken nasıl nitelendiğini de öğrenme hakkını içerir.

Sanığa verilecek bilgi, her koşulda, yeterli bir savunma yapabilme bakış açısıyla, suçlamanın kapsamını bütünüyle anlamasına yeterli olacak düzeyde olmalıdır²⁶. 6/3. madde kapsamında verilmesi gereken bilgi, 5/2. Madde kapsamında verilmesi gerekenden çok daha ayrıntılı olacaktır²⁷.

AIHM, Sadak, Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye davasında suç niteliğinin karardan hemen önce, sanıkların savunmalarını hazırlamalarına olanak vermeyecek şekilde değiştirilmesini 6. maddenin 3. f fıkrasının a ve b bendi hükümlerine aykırı bulmuştur²⁸.

Madde 6/3: Savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

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

Bu maddede yer alan “savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak” ibaresi dava için sanığın ve

25 ECHtR, Pelissier and Sassi v. France, (Application no. 25444/94), 25 March 1999, para.51, <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5408161-6766993>

26 CHtR, Mattocchia v. Italy, aktaran legislationline, <https://www.legislationline.org/documents/id/17298>

27 Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Turhan Kitabevi, Aralık 2019, s. 294

28 Gözübüyük, Gölcüklü, Saygılı, a.g.e, s. 295

vekilinin yapması gereken her türlü esaslı savunma aktivitesini içine alır. Sanık, bütün ilgili savunma argümanlarını yargılamanın yapıldığı mahkeme önüne getirebilmesine ve sonucu etkileyebilmesine olanak verecek şekilde, kendi savunmasını herhangi bir kısıtlamayla karşılaşmaksızın ve uygun bir tarzda hazırlayabilmelidir. Sanığın savunmasını hazırlamak için yeterli zamana sahip olup olmadığı değerlendirilirken davanın yapısına, vakanın karmaşıklığına ve dava sürecine özel bir dikkat gösterilmelidir²⁹.

Madde 6/3-b bendi hükmü uyarınca sanığa sağlanacak kolaylıklar, bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenmesi olanağı, savunma yapabilmek için duruşmada bulunabilmek, sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi ve gerekçeli mahkeme kararının sanığa usulünce tebliğidir³⁰.

AİHM'nin Hüseyin ve Diğerleri/Azerbaycan davasında da belirttiği gibi, avukatların dosya inceleme formu imzalamış olmaları, savcılık dosyalarını incelemek için kendilerine yeterli zamanın verildiğini tek başına göstermez³¹. Somut olayda savunma avukatlarına dosya fotokopileri verilmemiş, sadece kısa bir süre incelemelerine izin verilmişti. AİHM, bu vakada 6/3 b'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bazı koşullarda, sanığa yeterli sürenin verilmesi için mahkemenin duruşmayı kendiliğinden ertelemesi de gerekli olabilir.

29 ECHtR, Gregacevic v. Croatia, (Application no. 58331/09), 10 July 2012, para. 51, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-112090"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

30 Gözübüyük, Gölçüklü, Saygılı, a.g.e, s. 296

31 ECHtR, Huseyn and Others v. Azerbaijan, (Applications nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05), 26 July 2011, para.174-177, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-105823"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

AIHM’ “kolaylıklar” ibaresinden, cezaevindeki sanık için, kişinin makul konsantrasyon düzeyinde okuyup yazmasına imkân veren tutukluluk koşullarına sahip olmasını anlamaktadır. Aynı şekilde, sanığın yaşamsal önemdeki bir duruşmaya çıkmadan bir gece önce yorucu bir yolculuğa çıkarılarak fiziksel ve ruhsal direncinin azalmasını da, bu ilkenin ihlali olarak kabul etmektedir. Yine bu bağlamda AIHM, sanığın, avukatların ve mahkeme heyetinin aşırı derecede yorulduğu, 17 saat-ten fazla süren bir duruşmayı da 6/3-b’nin ihlali olarak kabul etmiştir³².

6. maddenin 3.paragrafındaki kendini savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından faydalanma hakkı, sadece ceza mahkemelerindeki yargılamalarda değil fakat her nerede hükme bağlanıyor olursa olsun, ceza isnadı getirilen her durum ve koşulda geçerli olan bir haktır.

Madde 6/3: Kendini bizzat savunmak veya müdafinin yardımından yararlanma hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

Mahpuslara disiplin soruşturması sonucu ek ceza verilmesini konu alan Ezeh ve Connors/Birleşik Krallık³³ davasında AIHM konuyu Sözleşme’nin 6/3. maddesi kapsamında değer-

32 ECHtR, *Moiseyev v. Russia*, (Application no. 62936/00), 9 October 2008, para.221, [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-88780%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-88780%22]})

33 ECHtR, *Press Release, Ezeh and Connors v. United Kingdom*, (Application nos. 39665/98 and 40086/98), 9.10.2003,

lendirmiştir. Mahkeme, herhangi bir ceza isnadıyla karşılaşan kişinin kendini bizzat savunmak istememesi halinde, seçtiği bir avukatın yardımından faydalanma hakkı olduğunu hatırlatmıştır. Bu olayda ise, mahpusları cezalandıran cezaevi idaresi mahpusun böyle bir hakkı olmadığı sonucuna ulaşmış, onların bu kararı da Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmıştır. AİHM cezaevindeki disiplin soruşturmasında mahpusun avukat yardımından faydalanamaması nedeniyle 6/3. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu haktan vazgeçilebilir

AİHM'nin Yoldaş/Türkiye³⁴ kararında ortaya koyduğu tespitler, gözaltında avukat yardımından yararlanmanın önemi, kapsamı ve bu haktan vazgeçilip geçilemeyeceği konusunda önemli tespitler içermektedir. AİHM'ye göre, kişinin gözaltında avukat yardımından faydalanması hakkaniyete uygunluk bakımından önemli bir kavramı oluşturmaktadır. Sözleşmenin 6/1. maddesi ile öngörülen adil yargılanma hakkının yeterince “somut ve etkili” olabilmesi için, kural olarak bir avukata erişimin, sanığın polis tarafından ilk sorgusu sırasında gerçekleşmesi gerekir. Prensip olarak, suç unsurunu teşkil eden ve polis sorgusu sırasında avukat aracılığıyla verilmeyen beyanların mahkûmiyetin dayanağı olarak kullanılması savunma haklarına geri döndürülemez biçimde zarar verir. AİHM bu haktan gözaltına alınan kişi tarafından vazgeçilebileceğini de şu sözlerle ifade etmiştir:

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%2239665/98%22\],%22itemid%22:\[%22003-849707-870555%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2239665/98%22],%22itemid%22:[%22003-849707-870555%22]})

34 AİHM, Yoldaş/Türkiye, (Başvuru no. 27503/04), kararın özet çevirisi, 23 Şubat 2010, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-175879%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175879%22]})

“AİHM bu bağlamda, 6. maddenin lafzının bir kimseye kendi isteğiyle aleni ya da zımni olarak adil yargılanma hakkını güvence altına alan haklardan vazgeçmesine engel teşkil etmediğini hatırlatır (...) Bununla birlikte, AİHS’nin etkinliği bakımından, adil yargılanma hakkından feragat etme durumunun muallâk bir yapıda olmaması ve asgari bir ciddiyet düzeyine ulaşması gerekir.”

Bunun için de gözaltına alınan kişinin avukat yardımından yararlanmama isteği hür iradesiyle ve gönüllü olarak ortaya konulmuş olmalıdır. Bu şekilde avukat yardımından faydalanma hakkından vazgeçen kişi sonradan Sözleşmenin 6/3. maddesinin ihlal edildiğini ileri süremez. Somut olayda AİHM bu unsurlar bulunduğu için 6/3’ün ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Avukatla görüşmeye getirilen sınırlamalar

AİHM’nin S/İsviçre davasında da belirttiği gibi sanığın kimse-
nin duyamayacağı bir şekilde avukatıyla iletişim kurabilme hakkı, demokratik bir toplumda adil yargılanma hakkının temel gereklerinden birisini oluşturur. AİHM’ye göre, eğer bir avukat müvekkilinden, izlenmeden, mahrem bir şekilde talimat alamıyorsa, onun yaptığı yardımın işe yararlığı büyük ölçüde ortadan kalkacaktır. Halbuki, Sözleşme uygulanabilir ve etkili hakları güvence altına almaktadır³⁵.

Madde 6/3: İddia tanıklarının sorguya çekme hakkı

Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının

35 ECHtR, S. v. Switzerland, (Application no. 12629/87; 13965/88), 28 November 1991, para. 48, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57709%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57709%22]})

da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek

Çekişmeli yargılama ilkesinin bir gereği olarak, sanık aleyhine olan bütün deliller ve sanık aleyhine ifade veren tanıklar, kural olarak mahkeme huzuruna getirilmeli; sanık ve avukatları tarafından sorgulanabilmelidir.

AIHM'nin Al-Khawaja ve Thery/Birleşik Krallık³⁶ davasında da belirttiği gibi yukarıda sözünü ettiğimiz prensipten iki gereklilik ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, bir tanığın duruşmaya katılmaması durumunda bunun geçerli bir sebebi olmalıdır. İkinci olarak, bir sanığın mahkumiyeti, büyük oranda veya bütünüyle bir tanığın (ister soruşturma aşamasında, isterse kovuşturma aşamasında ifade vermiş olsun) ifadeleri üzerine kurulmuş ve sanık bu tanığı sorgulayamamışsa 6/3-d'nin ihlali ortaya çıkacaktır.

Gizli/anonim tanıklar konusunda da AIHM, organize suçla mücadelenin gereklerini göz önüne alarak bir ayrıma gitmektedir. Mahkemenin, soruşturma aşamasında bu tanıkların ifadelerinin dayanak alınmasına bir itirazı bulunmamaktadır. Ancak AIHM'ye göre kovuşturma aşamasında gizli tanıkların kullanılması ve mahkumiyetin bu tanık ifadelerine dayandırılması ise bambaşka bir meseledir. Bu durumda 6/3-d'nin ihlali ortaya çıkacaktır.

AIHM'nin Khodorkovkiy/Rusya davasında da belirttiği gibi 6/3-d deki "tanıkları" sorgulama hakkı aynı zamanda bilirk-

36 ECHtR, Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, (Applications nos: 26766/05 and 22228/06), 15 December 2011, Para. 119, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-108072%22%7D>

şileri sorgulama hakkını da içermektedir. AİHM'e göre, sanığın sadece bilirkişilerin/uzmanların hazırladıkları rapora karşı kendi diyeceklerini bildirme değil fakat aynı zamanda, doğrudan sorgu yoluyla, bu kişilerin güvenilirliklerini sorgulama hakları bulunmaktadır³⁷.

Madde 6/3: Tercüman yardımından yararlanmak

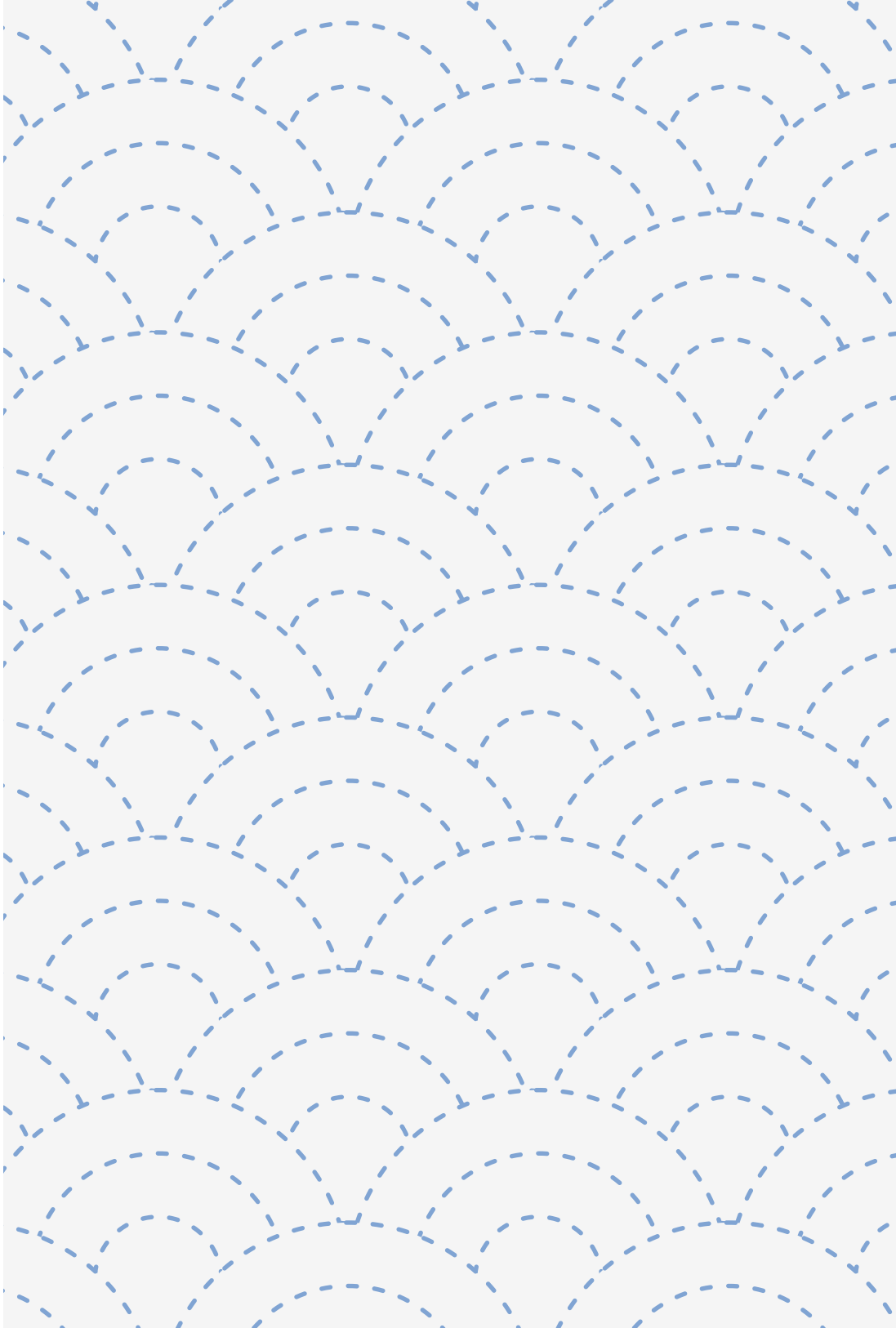
Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak

Mahkemede kullanılan dili anlamayan sanığa ücretsiz tercüman sağlanmalıdır. Mahkemeler sadece tercüman sağlamakla değil ama aynı zamanda bu hizmetin düzgün bir şekilde verilmesini temin etmekle ödevlidirler³⁸.

37 ECHtR, Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia (Applications nos. 11082/06 and 13772/05), 25 July 2013, para. 711, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-122697%22%7D>

38 ECHtR, Cuscani v. The United Kingdom, (Application no. 32771/96), 24 September 2002, para.39, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-60643%22%7D>



İÇ HUKUK VE AİHS KAPSAMINDA AYRIMCILIK YASAĞI

Av. Z. Beydağ Tıraş Öneri

KONUyla İLGİLİ MEVCUT YASAL DÜZENLEMELER

İç Hukukta:

- Anayasa Madde 10
- TCK m. 3/2 Ayrımcılık yasağı
- TCK m. 122 Doğrudan ayrımcılık
- TCK m. 216 Halkı kin ve düşmanlığa teşvik
- İş Kanunu m. 5 Eşit davranma ilkesi
- Medeni Kanun m. 68 Eşitlik ilkesi

Uluslararası Hukukta:

Birleşmiş Milletler Ayrımcılıkla Mücadele Mekanizmaları

- Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
- Engellilerin Haklarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
- İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi
- Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Avrupa Konseyi Ayrımcılıkla Mücadele Mekanizmaları

- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
- Avrupa Sosyal Haklar Komitesi
- Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu

AİHM'E GÖRE AYRIMCILIK YASAĞI

AİHS' in "Ayrımcılık yasağı " başlığını taşıyan 14. Maddesine göre;

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

Ek 12 Numaralı Protokolün "Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması" başlığını taşıyan 1. maddesi de şöyledir;

1. Yasayla öngörülmüş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya

sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır.

2. Hiç kimse, hangisi olursa olsun hiçbir kamu makamı tarafından özellikle birinci fıkrada belirtilen gerekçelere dayalı bir ayrıma maruz bırakılamaz”

Sözleşme ve Protokoller mevcut öteki normatif hükümleri tamamlamaktadır. Yani 14. madde bu şekilde tamamlayıcı bir haktır. Bununla beraber, çiğnendiği ileri sürülen Sözleşme hükmü konusunda bir ihlalin saptanmadığı durumlarda da, olayın 14. madde açısından incelenerek bu madde hükmünün ihlal edildiği sonucuna varılması her zaman mümkündür ve bu sıfatla kendisi özerk bir kapsama sahiptir.

Yani; 14.maddenin ihlal edilmiş sayılması için aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına gerek yoktur. Fakat şikâyet konusu olayın Sözleşmede ve ek protokollerde yer alan hak ya da özgürlüklerden en az birisinin kapsamına girmediği durumlarda 14. maddenin uygulanma yeteneği yoktur.

Mahkemenin de belirttiği gibi, 14. madde Sözleşme ile tanınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımı yasaklamış değildir; 14. madde bağlamında yasak olan husus, ayrımın “objektif ve makul bir nedenden mahrum bulunması”, yani “meşru bir amaca yönelik olmaması” ve “güdülen amaçla kullanılan araç arasında makul bir ölçülülük ilkesine” sahip bulunmamasıdır.

Bireye ya da bir grup bireye diğerlerinden farklı davranmak için nesnel ve makul bir haklı sebep, gerekçe olmalıdır. Aynı

şekilde farklı muamelenin çok iyi bir nedene de dayanması gerekmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, bir ayrım (*distinction*) "nesnel ve makul bir gerekçeye sahip değilse", başka bir ifade ile "meşru bir amaca" sahip değilse veya kullanılan araç ile varılmak istenen amaç arasında "makul bir orantılılık bağı" yoksa, ayrımcıdır.

Doğrudan Ayrımcılık

Doğrudan ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişi veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muameleyi ifade eder. Doğrudan ayrımcılıkta kişinin kusurlu olup olmadığına bakılmaz. Doğrudan ayrımcılığa, istihdam edilen kadın ve erkek çalışanlar arasında salt cinsiyete dayalı ücret farklılıkları yaratılması; aynı suçtan dolayı farklı ırklara farklı cezalar verilmesi ya da bir köken için suç olmayan bir fiilin bir diğeri için suç olarak düzenlenmesi; kişilerin etnik kökenini aşayıcı sınıfların kullanılması, salt engelli olduğu için bir kişiye iş verilmemesi örnek olarak verilebilir.

Doğrudan ayrımcılığın yargı önünde ispatlanabilmesi, ayrımcılık mağduru olduğunu iddia eden kişinin durumunu karşılaştırılabileceğimiz benzer durumda olan bir kişiye referans verilmesine bağlıdır. Doğrudan ayrımcılığın varlığını ortaya koymak için zorunlu bu "karşılaştırma öznesi"nin doğru bir şekilde belirlenmesi gerekir. Ancak bu belirlemenin yapılması bazı durumlarda zorlaşabilir. Sadece aynı ve benzer durumda olanlar arasında karşılaştırma yapılabilir. Bazı durumlarda sağlanabilir bir karşılaştırma ögesinin belirlenmesi mümkün olmayabilir ya da ayrımcılık ancak varsayımsal bir karşılaştırma öznesi ile ispatlanabilir.

Dolaylı Ayrımcılık

Dolaylı ayrımcılık, görünüşte tarafsız olan bir hükmün, uygulamanın ya da ölçütün belli bir gruba ait kişileri bu gruba ait olmayan diğer kişilerle karşılaştırıldığında dezavantajlı bir konumda bırakmasıdır. Söz konusu hüküm, uygulama ve ölçütler, meşru bir amaçla nesnel olarak haklı çıkarılmadıkları takdirde dolaylı ayrımcılık söz konusudur. Genel bir politika veya tedbirin, belli bir grup üzerinde orantısız ölçüde olumsuz etkileri olduğu hallerde, bu politika veya tedbirler özellikle bu gruba yönelmemişse dahi, ayrımcılık sayılabileceği göz ardı edilemez. (*Hugh Jordan v. the United Kingdom*, 24746/94, May 2001, para.154)

Engelliler İçin Uygun Önlemlerin Alınması

İstihdam Çerçeve Direktifi işverenlerin engelli bir kişinin istihdam erişimini, katılımını, işinde ilerlemesini ve eğitimini sağlayacak uygun önlemleri almalarını öngörmektedir. Uygun önlemlerin alınmasına örnek olarak,

- Bedensel engelli bir kişinin işyerinde çalışabilmesi için gerekli özel çalışma masası ve sandalyesinin işveren tarafından temini
- İşverenin işitme engellilerin mesleki eğitimden yararlanabilmeleri için işaret dili ile eğitim yapılma olanağı tanınması
- Görme engeli olan bir kişinin çalışma saatlerinin yoğunluk olmayan saatlere kaydırılması, verilebilir.

İşverenler mali ve diğer bakımlardan kendilerine aşırı yük getiren önlemleri almak zorunda değildir. Bununla birlikte, bu önlemleri alma olanakları bulunan işverenler söz konusu önlemlerin alınmasının “orantısız” olduğunu ve kendisine aşırı yük getirdiğini ileri süremez

Devletlerin Takdir Yetkisi

Devletler birbirine benzer durumlar arasındaki hangi farkların, hangi farklı hukuki işlemi, nasıl ve hangi ölçüde meşru kıldığını tayinde belli bir takdir marjına sahiptirler. Ancak bu takdir marjının kapsamı durum ve koşullara, konulara ve içeriğe bağlıdır. (Rasmussen/ Danimarka kararı)

İspat Yükünün Karşı Tarafa Geçmesi

Günümüz hukuk sistemlerinde genel olarak yargı organları önünde iddiaların gerçekliğinin belirlenmesinde her tarafa kendi iddiasını ispat etme zorunluluğu getirilmektedir. İspat yükünün karşı tarafa geçmesi, ispat yükümlülüğünün davacıdan davalıya aktarılması durumudur. Ayrımcılık alanında, genel hukuk anlayışını yansıtmayan böyle bir kurumun kabul edilmesinin nedeni bu alanda davacıların iddialarını ispatlamakta karşılaştıkları güçlüklerdir. Bununla birlikte, ispat yükünün karşı tarafa geçmesi kuralı ceza hukuku ve ceza usul hukuku alanlarında uygulanmaz. İspat yükünün karşı tarafa geçmesi kuralı kendilerine eşit işlem ilkesinin uygulanmaması nedeniyle ayrımcılık yapıldığını iddia eden kişileri bunu ispat külfetinden kurtarmakta ve hakkında dava açılan kişiler eşit işlem yapma ilkesini ihlal etmediklerini ispatlamak zorunda kalmaktadır.

Avrupa Birliği hukuk sisteminde bu kural ilk olarak, kadınlara farklı ücret ödenmesi durumunda işverene ayrımcılık yapmadığını ispatlama yükümlülüğü getiren Avrupa Adalet Divanı'nın *Enderby-Frenchay Sağlık Kurumu ve Sağlık Bakanlığı* (C-127/92) kararı ile ortaya çıkmıştır.

Pozitif Yükümlülük

Devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak başlıca üç yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmektedir:

- Saygı gösterme yükümlülüğü; Kişinin yararlanmakta olduğu ya da salt kişisel çabasıyla, başkaca bir olanağa gereksinim duymaksızın yararlanabileceği bir hakkını kullanmasına devlet tarafından müdahale edilememesi anlamına gelmektedir.
- Koruma yükümlülüğü; Devletin hak sahiplerini, üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumasını ve failleri cezalandırmasını, her türlü devlet-dışı tehdit ve ihlâlin önlemesi gereğini işaret eder.
- Uygulama/ Gereğini yerine getirme yükümlülüğü; hakların tüm bireyler için tam olarak gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir.

Ayrımcılığın önlenmesi için; iç hukukta gerekli hukuki ve idari düzenlemeleri yapmak yanında, bu haklara saldırıda bulunan kamu görevlileri veya sivil kişileri etkin bir şekilde soruşturmak ve kovuşturmak da devletin pozitif yükümlülüğünün bir parçasıdır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesindeki hakları tanıma ödevinin taraf devletlere yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda pozitif yükümlülükler de getirdiğini içtihatlarıyla ortaya koymuştur. 1979 tarihli İrlanda'ya karşı Airey ve Belçika'ya karşı Marckx davaları ve 1985 tarihli Hollanda'ya karşı X&Y davalarında, pozitif yükümlülükler konusunda daha sonra oluşturulan hukukun temelleri atılmıştır.

AİHM, Devletin bireyin aile ve özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi konusundaki yükümlülüğünün altını çizmiş ve 8. madde uyarınca “saygı” unsuruna uyma konusunda adım atma yönünde pozitif yükümlülüğü olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir. Esas olarak; toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına bakılmalıdır.

Genellikle 8. madde, 14. madde ile bağlantılı olarak ele alınmaktadır. Örneğin; eşcinsel çiftler bakımından Mahkeme, eşcinsel birlikteliklerin hukuken tanınmasına yönelik süregiden uluslararası harekete önem vermektedir (Oliari ve Diğerleri /İtalya), ancak evliliğe erişimi karşı cins çiftlere sınırlı tutma seçeneğini Devletlere açık bırakmıştır (Schalk ve Kopf / Avusturya). Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık bakımından Mahkeme, farklı muamelenin Sözleşmeye uygun görülebilmesi için çok önemli gerekçelerin ortaya konulması gerektiğini belirtmiştir. Yine, belli bir ülkedeki geleneklere, genel varsayımlara ya da ağır basan sosyal tavırlara dayanılması, cinsiyet temelinde farklı muameleyi haklı kılmak bakımından yetersiz bir gerekçedir.

Mahkeme, birçok kararında; evlilik dışı doğan çocukla evlilik içinde doğanların farklı yasal prosedürlere tabi olması, evlat edinme hakkı kapsamında bireylere farklı muamele yapılması, boşanmış eşlerden birine çocuğun velayetinin verilmesi veya soyadı konusunda sadece cinsiyete dayalı değerlendirme yapılmasını ihlal kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM KARARLARI

Ünal-Tekeli no. 29865/96

Benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı “farklı muamele” olduğu şüphesizdir. Aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmaz.

Opuz/Türkiye no. 33401/02

Eşine ve annesine karşı uygulanan şiddet karşısında yetkili makamların sergilediği kayıtsızlığın, kadınlara karşı ayrımcılık olarak yorumlandığı ilk dava olmuştur. Ayrımcı adli pasiflik, Türkiye de aile içi şiddeti teşvik eden bir atmosfer yaratmıştır. Ceza hukuku sistemi ayrımcılığı önleyecek caydırıcı bir etkiye sahip değildir.

Emel Boyraz / Türkiye no. 61960/08

TEDAŞ’ta güvenlik görevlisi olmak için gerekli sınavları geçmiş ancak erkek olmadığı ve ‘askerlik hizmetini yapmadığı’ gerekçesiyle başladığı işinden atılmıştır. Boyraz’ın bu görevi ifa etmesinde yetersiz olduğunu gösteren bir delil ileri sürülememiş ve elektrik şirketinde sadece erkek çalışanların güvenlik görevlisi olarak işe alınması gerekliliğini haklı çıkaran gerekçeler de kanıtlanamamıştır.

Ebru Demirel no. 30733/08, 11.07.2018

AİHM, Hülya Ebru Demirel’in kadın olduğu için güvenlik görevlisi olarak atamasının iptal edilmesi nedeniyle 8.md. ile birlikte 14. maddenin ihlaline ve 11.000 Euro maddi ve manevi tazminata hükmetmiştir.

Enver Şahin no. 23065/12

Sonradan engelli olan başvuru üniversite binalarında gerekli düzenlemelerin yapılması talebinin reddedilmesi nedeniyle eğitimi bırakmak zorunda kaldığını belirtmiştir. AİHM, engelli öğrencinin eğitim hakkını diğer öğrencilerle eşit düzeyde kullanması için gerekli özenin gösterilmediğini ve çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulamadığını belirtip 14. madde ile birlikte 1. Protokol 2. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Çam /Türkiye no. 51500/08

2004 yılında İTÜ Devlet Konservatuvarı sınavını kazanmasına, hastaneden okuması yönünde herhangi bir engeli olmadığına dair rapor almasına rağmen ve öğrenciliğe kabul şartları arasında buna engel bir düzenleme olmamasına rağmen görme engelli öğrencinin konservatuara kaydının yapılmaması, eğitim hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalidir. [Kararın 64-68. paragrafları, devletin engelli öğrencilere yönelik ayrımcılığa karşı yükümlülükleri açısından ayrı bir önem taşıyor.]

X /Türkiye no. 24626/09

Eşcinsel bir tutuklunun güvenlik gerekçesiyle de olsa 13 ay boyunca 5 metre karelik tek kişilik hücrede, diğer tutuklularla görüşmesine izin verilmeden, açık havaya çıkarılmadan ve herhangi bir sosyal faaliyette bulunmasına da izin verilmeden tutulması, AİHS 3.madde ile birlikte 14. maddenin de ihlalidir.

Gerger/Türkiye no. 24919/94

Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki bir suçtan dolayı di-

ğer kanunlar uyarınca mahkûm edilen kişilere oranla şartla salıverme açısından içeride geçirilmesi gereken sürenin daha uzun olmasının,14. maddenin ihlali oluşturmadığı sonucuna varmıştır. AİHM'e göre, burada farklı insan grupları arasında değil, farklı suç türleri arasında bir ayırım söz konusudur.

E.B. /Fransa no. 43546/02

Bu dava, lezbiyen ilişkisi nedeniyle evlat edinme talebinin reddedilmesi ile ilgilidir. Başvuran evlat edinme başvurusu sürecinin her aşamasında, cinsel yönelimi temelinde ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını ve özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edildiğini iddia etmiştir. AİHM 8.madde ve 14.madde ihlaline karar vermiştir.

Cem Vakfı/Türkiye no. 32093/10

Cem Vakfı, Alevilerin devletin sağladığı din hizmet ve olanaklarından yararlanamaması ve bu hizmetin sadece Sünni İslama mensup Müslümanlara verilmesinin (AİHS) 9'uncu maddesine aykırı olduğunu savunmuştur. Türkiye'de devletin din ve inançlara yaklaşımını "hedefle orantısız" olarak tanımlayan AİHM, Alevilere yönelik uygulamanın "akla uygun ve objektif temele dayanmadığına" ve bu nedenle Alevilere "dinsel ayrımcılık" yapıldığına hükmederek 9. ve 14. madde açısından ihlal bulgulamıştır.

Mizzi /Malta no. 26111/02

Malta hukukuna göre baba olan kişi çocuğun kendisine ait olmadığını doğumdan itibaren üç ay içinde iddia edebilir. Buna karşın çocuğun kendisi ve diğer ilgili kişiler için bir süre yoktur. 20 yıl sonra çocuğun kendisine ait olmadığını kan testi ile

ispatlayan babanın talebi süre yönünden reddedilmiştir. AİHM bu olayda baba ile çocuğun ya da diğer kişilerin farklı dava açma sürelerine tabi olmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur

Abdülaziz, Cabales and Balkandalı/BK no. 9214/80 9473/81 9474/81

Erkeklere sağlanan eşini göçmen olarak ülkeye getirme hakkının kadınlara sağlanmaması ayrımcılıktır. İşgücü pazarını korumak haklı amacına dayansa bile, söz konusu tasarruf ile güdülen amaç orantılı değildir.

Lindsay /BK no. 11089/84

Evli kadınları işe geri dönmeye teşvik eden vergi teşvikleri kanunu erkeklere karşı bir ayrımcılık gütmaz. Önemli bir bireysel hakkın söz konusu olduğu ve davacının büyük bir dezavantajla karşılaşmış olduğu durumlarda, pozitif bir yükümlülük söz konusu olabilir

Baczowski ve diğerleri /Polonya no. 1543/06

Eşcinseller için eşitlik isteyen bir sivil toplum kuruluşunun Varşova’da yapmak istediği gösteri yürüyüşüne izin verilmesi, hem toplantı özgürlüğünün hem de ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin sözleşme maddesinin ihlalidir.

Gaygusuz /Avusturya no. 17371/90

İşsizlik sigortası fonuna Avusturya vatandaşı olan çalışanlarla aynı katkı payını ödeyen başvurucunun Avusturya vatandaşları ile aynı durumda olduğu; bu nedenle; işsizlik ve sağlık sigortasından yararlanma açısından Avusturya vatandaşları ile yabancılar arasında yaratılan farklılığın hiçbir objektif ve ma-

kul bir haklı sebebinin bulunmadığı belirtilerek,14.maddeye aykırılık tespit edilmiştir.

Aksu /Türkiye no. 4149/04

Roman Dernekleri adına şikayetçi olan Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ali Rafet Özkan'ın yazdığı "Türkiye Çingeneleri" adlı kitabın ve Türk Dil Kurumu sözlüğünün ayrımcı ifadeler içerdiğini belirtmiştir. AİHM, eserin, Türkiye'deki Roman halkının tarihini ve sosyo-ekonomik yaşam koşullarını inceleyen akademik bir çalışma olduğunu, şikâyet konusu bölümlerde gerçekte Türk toplumunda Romanlar hakkında ağır basan önyargılara atıfta bulunulduğunu, Roman topluluğuna hakaret etme gibi bir niyetinin olmadığı sonucuna varmıştır.

Smith ve Grady / BK no. 33985/96 33986/96

İki eşcinsel İngiliz Deniz Kuvvetleri'nden ihraç edilmiştir. AİHM, cinsel konuların bireyin "özel yaşamının en mahrem yanı" olduğunu belirterek bu alana yapılan müdahalelerin özel yaşamın korunmasına ilişkin maddenin ihlali sonucuna varmıştır. Ayrıca "bir heteroseksüel çoğunluğun homoseksüel bir azınlığa karşı önyargılı davranışlarının" sözleşmenin işkence ve kötü muameleyi yasaklayan maddesi kapsamına girebileceğini de söylemiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Remezan Orak ve Diğerleri B. No. 2013/2229

İşe iade talebinde bulunan başvurucuların akitlerine son verilirken aynı durumdaki diğer sendikanın üyesi olan kişiler işe iade edilmiştir. İşverenin bu tercihinin, farklı sendika üyeliği

dışında objektif ölçü ve sebeplere dayandığına ilişkin herhangi bir açıklama veya değerlendirmeye rastlanmamıştır. Bu sebeple Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Hayriye Özdemir B. No. 2013/3434

Çocuğun soyadına ilişkin belirlemelerde yalnızca babanın soyadının esas alınması ve bunun sürdürülmesi suretiyle öngörülen farklılık karşında, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine nasıl bir olumsuz etkide bulunacağını yargısal makamlarca açıklanmadığını belirtmiştir.

Cemal Duğan B. No. 2014/19308 (15.02.2017)

Başvurucu "...yolda yürüdüğü sırada etrafa rahatsızlık veren ya da hukuka aykırı herhangi bir harekette bulunmadığı hâlde, sadece travesti olduğu için kolluk görevlilerince rızası dışında resmî araca bindirilerek Emniyet Müdürlüğüne götürüldüğünü, iki veya üç saate yakın bir süre Emniyet Müdürlüğünde bekletilerek hürriyetinden alıkonulduktan sonra idari para cezası tutanağının tarafına tebliğ edildiğini" belirtmiş ve bu şekilde Anayasa'nın 10. ve 19. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Her ne kadar AYM bu kararında; başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuş olsa da, cinsel yönelim temelli ayrımcılıkla ilgili olarak mahkemenin yaklaşımı açısından üzerinde durulması gereken önemli hususlar içermektedir.

T.A.A. Başvurusu B. No. 2014/19081 (01.02.2017)

Başvurucunun HIV Pozitif olması nedeniyle işten çıkarılması suretiyle; Anayasanın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin, 17/1 maddesinde güvence altına alınan mad-

di ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı ve Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE karar verilmiştir.

Şule Bayburt Başvurusu B. No. 2017/38724 (21.07.2020)

Başvuru, velayeti annesinde olan çocuğun annenin soyadını taşıması talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile birlikte incelenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

Medeni Kanun m.321 ve 27 ile 2525 sayılı Soyadı Kanunu m.4 uyarınca ihlal kararı verilmiştir.

Bedrettin Morina Başvurusu B. No. 2017/40089 (05.03.2020)

Yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanma imkânının sonradan vatandaşlığa alınanlar yönünden, sadece vatandaşlığa alınma tarihinden sonraki süre için tanınması nedeniyle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesi ile güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

Tevfik İlker Akçam Başvurusu B. No. 2018/9074 (03/07/2019)

Acil, yoğun bakım ve icap nöbetlerine tabi diğer personele nöbet ücreti ödenmesine rağmen, Uzman doktor olan başvurucuya nöbet ücreti ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NİN 5. MADDESİ BAĞLAMINDA ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI

Dr. Günal Kurşun¹

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenlemektedir². Bu madde, temel olarak bireylerin özgürlüklerinden yoksun bırakılabilecekleri

1 Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Doktoru, gkursun@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8823-3121.

2 Madde 5

Özgürlük ve güvenlik hakkı

1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

bütün durumları sınırlı olarak belirlediğinden, bir anlamda özgürlükten yoksun bırakma hukukunun tespit edildiği üst norm olarak algılanmak durumundadır.

Sözleşmeye ve hukuka göre özgürlükler kural, özgürlüğün sınırlandırılması ise istisnadır. Hangi durumlarda özgürlüğün kısıtlanabileceği bu madde ile belirlendiğinden ve Sözleşmenin temel kurallarından biri olarak, taraf devletler maddede sayılan, özgürlüğün kısıtlanabileceği bu hallere ilave yapamayacağından, özgürlüğü kısıtlayan bu istisnalar genişletilemez³. Sözleşmenin 5/1.maddesinde sınırlı sayı, *numerus clausus* ile belirlenen bu istisnai hallerin dar yorumlanması da gereklidir; zira aksi durum istisnaları genişletmek anlamına gelir⁴. AIHM'e göre kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı, demokratik bir toplumda üstün bir konuma sahiptir ve esas anlamı, özgürlüklerin keyfi ve hukuka aykırı şekilde sınırlandırılmasını engel-

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamaların en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

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

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.

3 ECtHR, *Engel and Others v. The Netherlands*, Application No: 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, para.57, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57479>.

4 ECtHR, *Conka v. Belgium*, Application No: 51564/99, 05.02.2002, para. 42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60026>.

lemektir⁵. AİHM ayrıca, 5. maddeyle yalnızca kişilerin fiziksel özgürlüklerinin korunmasına değil, aynı zamanda teminatların bulunmadığı, hukukun üstünlüğü ilkesinin tahrip edilebileceği ve alıkonan kişilerin en temel hukuki koruma yollarına erişemeyeceği bir konuma düşebileceği hallerde kişisel güvenliklerinin korunmasına da işaret etmektedir⁶.

Çalışmamızda 5.maddenin temel kriterleri tartışılacak ve ülkemiz hukukuyla kimi paralellikler kurulacaktır.

ÖZGÜRLÜK KARİNESİ VE KANUNİLİK

Yukarıda giriş bölümünde ortaya konulduğu üzere, özgürlükler kural, kısıtlamalar ise istisnadır. Buradan hareketle, herkesin özgürlük hakkından istifade etmesi gerektiği, bu hakkın yalnızca istisnaen sayılan durumlarda sınırlandırılacağı söylenebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHS m.5/1'e göre, her türlü özgürlükten yoksun kılma eylemi kanuna uygun olmalıdır. Buradan çıkarılacak ilk sonuç, yasal dayanağı olmayan her türlü özgürlükten yoksun bırakma halinin doğrudan doğruya Sözleşmenin ihlalini ortaya çıkaracağıdır. Bununla birlikte, kanunilik unsurunun yerine getirilebilmesi için, kişilerin yakalama ve tutuklamayla ilgili tüm kuralların açık ve öngörülebilir hükümler olması gereklidir. AİHM'in Baranowski/Polonya davasında da belirttiği gibi,

5 ECtHR, *Ladent v. Poland*, Application No: 11036/03, 18.03.2008, para. 45, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85487>.

6 ECtHR, *Kurt v. Turkey*, Application No: 24276/94, 25.05.2008, para.123, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58198>.

“...özgürlükten yoksun bırakma söz konusu olduğunda, hukuki kesinlik genel prensibine uyulmuş olmalıdır. Bu nedenle, özgürlükten yoksun bırakmanın hangi koşullara tabi olduğu iç hukukta açıkça tarif edilmiş olmalı ve söz konusu yasanın uygulanması öngörülebilir olmalıdır ki, Sözleşmenin aradığı “kanunilik” unsuru yerine getirilmiş olsun...”

Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşmeye uygun olabilmesi için, iç hukukta bu konuda kanuni bir dayanak bulunması yeterli değildir. Ama aynı zamanda bu yasanın hükümlerinin açık ve uygulamasının da öngörülebilir olması gerekir. Bütün bunların amacı da, kişilerin özgürlüklerinden keyfi bir şekilde alıkonulmasının önüne geçmektedir.

Alıkoyma hali hem şekli hukuka, hem maddi hukuka, hem de hukukun ruhuna uymak durumundadır.

Alıkoyma Halinin Hukuka Şeklen Uygunluğu

Bireyin özgürlüğünden mahrum bırakılmasında, ilgili ulusal hukukun ve kanunun gereklerinin yerine getirilip getirilmediği tespit edilmelidir. Belli bir yasa hükmünün özgürlükten yoksun bırakmayla sonuçlanan bir durumu gerekli kılması mutlaka aranmalıdır. Böyle bir hüküm yoksa, bir başka ifadeyle sırf şekli hukuk açısından bile, olmayan bir maddeye dayanarak özgürlükten yoksun bırakmaya başvurulmuşsa, ihlal var demektir. Eski bir başbakanın bazı kamu fonlarını geliştirmekte olan ülkelere aktardığı iddiasıyla özgürlüğünden mahrum bırakılmasına ilişkin bir davada, bu sonuca yol açan fiil gerçek-

7 ECHR, Baranowski v. Poland, Application No: 28358/95, 28.03.2000, para. 52, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525>.

leşmiş olsa bile bunun hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edildiği kanıtlanamamıştır⁸.

Alıkoyma Halinin Hukuka Madden Uygunluğu

AİHM'e göre ayrıca, özgürlükten yoksun bırakmaya ilişkin bulunması gereken şekli bir hüküm kadar, bu hükmün uygulanabileceği fiilen mevcut bir durumun kanıtlanması da araştırılmalıdır. Silah satışlarının engellenmesine yönelik bir protesto gösterisi sırasında broşür ve pankart taşıyan kişilerin asayiş ihlal ettikleri gerekçesiyle gözaltına alınmalarına ilişkin bir davada AİHM, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin konferansa katılmak isteyen bireyleri engelledikleri, engellemeye çalıştıkları ya da insanları şiddete yöneltebilecek herhangi bir provokasyon eyleminde bulunduklarına dair hiçbir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle gözaltıların Sözleşmeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁹.

Alıkoyma Halinin Hukukun Ruhuna Uygunluğu

Özgürlükten mahrum bırakma uygulamasının şekli ve maddi hukuka uygunluğu tek başına yeterli değildir; hukukun ruhuna da uygun olması gerekir. Pek çok olayda, özgürlükten yoksun bırakma uygulamasının başında belli bir hukuki neden, dolayısıyla da hukuki zemin var görünse de, belli bir süre sonra bu zemin ortadan kalkmış olabilir. Dolayısıyla mahrum bırakma süresince mahrum bırakmanın gerekliliği ve hukukiliği araştırılmalıdır. İlgili ülke kanunları uyarınca kişi hakkında tahliye

8 ECtHR, Lukanov v. Bulgaria, Application No: 21915/93, 20.03.1997, para.43-44, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58022>.

9 ECtHR, Steel and others v. The United Kingdom, Application No: 24838/94, 23.09.1998, para.64, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58240>.

kararının verildiği, ancak bu karardan on bir saat sonra hala başvurucunun tahliye edilmediği bir davada AİHM, başvurucuya mahkeme kararının bildirilmemesi, kararın infazıyla ilgili harekete geçilmemesi ve savcılıkça tahliye kararının uygulanmasını engellemek adına başvurucunun başka bir ülkeye iadesiyle ilgili işlemlere başlanması dolayısıyla zaman geçirilmesini hukukun ruhuna uymama olarak değerlendirmektedir¹⁰.

Belli bazı durumlarda AİHM, kanunda olmayan şekillerde özgürlüğün sınırlanması gerekçesiyle kanunilik unsurunun ihlal edildiğine ve dolayısıyla da kişinin özgürlüğünden keyfi bir şekilde mahrum edildiğine hükmetmektedir. AİHM'nin 5/1'in ihlalini tespit ettiği bazı tipik durumlara da kısaca değinmek gerekir.

Tipik İhlaller

Tahliyenin Geciktirilmesi

AİHM'e göre, "tahliye kararlarının yerine getirilmesi sırasında bazı gecikmeler kaçınılmaz da olsa, bu süre minimum düzeyde" olmalıdır. Bu bağlamda mahkeme tarafından hakkında tahliye kararı verilen sanığın gece 00.30'da cezaevine getirilmesine rağmen, tahliye işleminin ancak sabah 8.30'da gerçekleştirilmesi, Sözleşmenin 5. maddesinde belirtilen özgürlüğün kısıtlanabileceği hiçbir durumun içine girmemektedir; bu nedenle de AİHM m.5/1'in ihlal edildiği kanaatindedir¹¹.

10 ECtHR, Quinn v. France, Application No: 18580/91, 22.03.1995, para.42, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57921>.

11 ECHR, Labita v. Italy, Application No: 26772/95, 06.04.2000, para. 171-174, <https://www.refworld.org/pdfid/402a05eba.pdf>.

Anayasa Mahkemesi Kararına Rağmen Tahliye Etmemek

AIHM, Anayasa Mahkemesi'nin tutukluluğun hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi halinde, bu karara karşı direnerek, sanığı tahliye etmeyen derece mahkemesinin Sözleşme'nin 5/1. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AIHM, Mehmet Hasan Altan kararında bu konuyu özetle aşağıdaki şekilde değerlendirmiştir: Türk Anayasasının 153. maddesinin 1. Paragrafına göre Anayasa Mahkemesi kararları “kesin”dir. Yine 153. maddenin 6. fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Bu düzenlemeler karşısında İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi'nin, Anayasa Mahkemesi'nin kesin ve bağlayıcı kararına rağmen sanığı tahliye etmeyi reddetmesi 5/1. maddenin gerekleriyle bağdaştırılamaz. Bir başka mahkemenin, Anayasa Mahkemesi'ne verilmiş, bireysel başvuruları nihai ve bağlayıcı bir şekilde hükme bağlama yetkisini sorgulaması, hukuk devletinin temel prensiplerine ve hukuki kesinliğe aykırıdır¹².

Güvenlik Güçlerince Gözaltına Alınan Kişiden Bir Daha Haber Alınamaması/Kayıtsız Gözaltı

AIHM'nin Timurtaş/Türkiye¹³ kararında da belirttiği gibi, demokrasilerde 5. maddenin içerdiği güvencelerin temel önemi kişilerin yetkililerin elinde keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmama hakkını güvence altına alıyor olmasıdır. Bir kişinin kayıt dışı bir şekilde alıkonulması bu güvencelerin tamamen ortadan kaldırılması anlamına gelir ve 5. maddenin en ağır ihlallerinden birini ortaya çıkarır. Yetkililerin kontrol-

12 ECHR, Mehmet Hasan Altan v. Turkey, Application No: 13237/17, 10.09.2018, para. 137-141, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181862>.

13 ECtHR, Timurtaş v. Turkey, Application No: 23531/94, 13.06.2000, para.103-106, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58901>.

leri altındaki kişiler konusunda hesap verme sorumluluğunu göz önüne alarak 5. madde, onları bu kişilerin kaybolmasına karşı etkili tedbirler almak ve kişinin gözaltına alındıktan sonra bir daha görülmediği yönündeki iddiaları etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlendirir¹⁴.

Tipik ihlaller başlığı altında üzerinde durulması gereken bir başka nokta ise Sözleşmenin 5/1-c maddesidir. Özellikle uygulamacılar için büyük önem arz eden 5/1-c'de birbirinden farklı üç durum düzenlenmektedir. İlk durum her ne kadar Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisinde "inandırıcı sebeplerin bulunması" olarak ifade edilse de, İngilizce aslında "makul şüphe" anlamına gelen *reasonable suspicion kavramıyla açıklanan, kişinin suç işlediğine ilişkin makul bir şüphenin bulunmasıdır. Maddede daha sonra suç işleminin önlenmesi için kişinin tutulması ve üçüncü olarak da suç işleyen kişinin kaçmasını önlemek için tutulması düzenlenmektedir. Her üç durumda da kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının amacı, kişiyi yetkili yasal merci önüne çıkarmaktır*¹⁵. Kişinin sonradan adli merci önüne çıkarılmaması otomatik olarak bu maddenin ihlali anlamına gelmez, önemli olan özgürlüğün kısıtlandığı anda bu amacın bulunmasıdır. Örneğin, cinayet işlediği şüphesiyle gözaltına alınan kişinin, cinayet saatinde başka bir yerde olduğunu kanıtlayıp serbest bırakılması durumunda, gözaltı sırasında yetkili merci önüne çıkarma amacı bulunduğu kabul edilmelidir; daha sonra kişi başka bir yerde bulunduğunu kanıtladığında artık yetkili merci önüne çıkarmaya gerek kalmamıştır.

14 ECtHR, Taş v. Turkey, Application No: 24396/94, 14.11.2000, para. 84, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58976>.

15 ECtHR, Lawless v. Ireland (No.3), Application No: 332/57, 01.07.1961, para.13-14, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57518>.

Yeri gelmişken makul şüpheden ne anlaşılması gerektiğini de kısaca açıklamamız gerekir. AİHM'in anladığı anlamda makul şüphe, ilgili kişinin suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi iknaya yeterli bilgi ve olguların mevcut olmasıdır. Makul şüphe, suçun varlığı ve vasfının kesin olarak ispatlanması anlamına gelmez, bu ancak soruşturma ve hatta kovuşturmanın tamamlanmasının ardından mümkün olabilir. AİHM'nin O'Hara/Birleşik Krallık kararında da belirttiği gibi Sözleşmenin 5/1-c maddesi polisin gözaltına alma sırasında kişinin hakkında dava açmaya yetecek kadar delile sahip olması anlamına gelmez¹⁶. Gözaltına alınan kişinin sorgulanmasının amacı, yakalamanın üzerine inşa olduğu somut şüphenin güçlenmesi veya çürütülmesi için suç soruşturmasını ileriye taşımaktır. Ceza muhakemesi hukuku açısından şüphenin derecelerine de kısaca değinmemiz gerekir. Bir kişinin fiili işlediği konusunda herhangi bir emare, basit şüpheyeye karşılık gelir. Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) açısından makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir¹⁷. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen somut olguların bulunması gerekir. Örnek olarak, bir arabayı durduran polisin koltuğun üzerinde bir mermi bulunduğunu görmesi, bu somut olguya dayanarak arabada silah da bulunabileceği makul şüphesiyle arama yapması verilebilir. AİHM, makul şüpheyi "tarafsız üçüncü bir kişiyi, ilgili kişinin suç işlemesinin mümkün olduğuna ikna etmeye yetecek ölçü ve nitelikte şüphe" olarak tanımlamaktadır¹⁸. Bir kişinin, bir fiili işlemiş olma olasılığının,

16 ECHR, O'Hara v. The United Kingdom, Application No: 37555/97, 16.10.2001, para.36 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59721>.

17 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği, m.6.

18 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.32, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721>.

işlememiş olma olasılığından fazla olduğu durumlarda yeterli şüpheden söz edilir. İddianamenin yazılması için yeterli şüphe gerekir. Bir kişinin söz konusu fiili işlediği hususunda kuvvetli bir olasılık söz konusu ise, bu durumda kuvvetli şüphe vardır.

Ayrıca hatırd tutulması gereken bir husus CMK m. 100'e göre tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin gerekmesidir. Kuvvetli suç şüphesinin bulunması tek başına tutuklama kararı için yeterli değildir. Kuvvetli şüphenin yanı sıra tutuklama nedenlerinden birinin de bulunması gerekir. CMK'da kaçma şüphesi ve delilleri karartma ihtimali tutuklama nedeni olarak öngörülmüştür. Bazı suçlarla ilgili kaçma şüphesi karinesine yer veren yasanın uygulanmasında ciddi sorunlar olduğu açıktır. AİHM belli suçlarla suçlanan kişilerin otomatik olarak tutuklanmasını Sözleşmeye aykırı bulmaktadır¹⁹.

AİHM'e göre şüphenin makul olup olmadığı, davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile anlamlandırılabilir. Bu bağlamda, arz ettiği aciliyet nedeniyle terör suçları özel bir kapsam içinde değerlendirilmelidir. Örneğin, bu suçların soruşturulmasında kaynağın açıklanması bazı kişilerin yaşamını risk altına sokabilir, ancak bu gerekçeler ilgili hükümeti söz konusu kişilerin suç işlediğine dair olgu ve delilleri ortaya koyma zorunluluğundan alıkoyamaz. Bu bağlamda, örneğin sadece kişilerin daha önceden bir örgütle bağlantılı olarak suç kayıtlarının bulunması, yıllar sonra bu kişilerin söz konusu örgütün işlediği suçlarla bağlantılı olarak gözaltına alınmasını meşrulaştıramaz²⁰.

19 CEHD, Alpergin et Autres c. Turquie, Requete No: 62018/12, 22.10.2020, para.45, <http://hudoc.echr.coe.int/tur/i=001-205823>.

20 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.The United Kingdom, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.33-34, <http://hudoc.echr.coe.int/eng/i=001-57721>.

İSNADI ÖĞRENME HAKKI

5. maddenin 2. fıkrasındaki isnadı öğrenme hakkı, temel bir güvence getirmektedir. Gözaltına alınan kişiye, özgürlüğünden mahrum edilmesinin dayandığı olgular ve hukuki durumu basit, teknik olmayan ve anlayabileceği bir dille söylenmelidir. Açıkça görüleceği üzere, bu hak ile, 5. maddenin 4. fıkrasındaki, *özgürlükten yoksun bırakılmaya karşı hukuki müracaat hakkı arasında yakın bir bağlantı bulunmaktadır. Neden gözaltına alındığını bilmeyen bir kişinin durumuna karşı etkili bir itiraz hakkına sahip olduğu* da söylenemez. Ayrıca, gözaltına alınan kişiye bu bilgiler mümkün olan en kısa sürede verilmelidir. Verilen bilginin yeterli olup olmadığı ve bu bilgilerin kısa bir sürede verilip verilmediği değerlendirmesi her olayın kendi özel koşullarına göre değerlendirilir²¹.

Söz konusu bilgilerin şüpheliye veya avukatına verilmesi gerektiği açıktır²². Şüpheliye suçlama ile ilgili olarak verilen bilginin yeterli olup olmadığı her olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendirilmelidir, ancak sadece kanun maddelerinin söylenmesi, örneğin “Terörle Mücadele Kanunu m.7/2 veya TCK m.312 kapsamında gözaltına alındınız” denilmesi AİHS m.5/2’deki yükümlülüğün yerine getirildiği anlamına gelmez²³.

AİHS m.5/2’nin lafzındaki “anladığı dilde bilgilendirilme” mükellefiyetinden tercüman hakkına ulaşılır. Gerçekten de kişi bulunduğu ülkenin dilini anlamıyorsa bilgilendirildiği anlamı-

21 ECHR, Khlaifa and others v. Italy, Application No: 16483/12, 15.12.2016, para.115, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054>.

22 ECHR, Saadi v. The United Kingdom, Application No: 13229/03, para. 53, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76303>.

23 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v. The United Kingdom, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.41, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721>.

na gelmez; anladığı dilde bilgilendirilmek durumundadır. Bu hakkın ulusal hukuktaki bir görünümü olarak CMK m.202/1'de "Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir" hükmü örnek olarak anılabilir.

DERHAL YARGIÇ ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

AİHS m.5/3 uyarınca, aynı maddenin 1-c fıkrasında öngörülen ve yukarıda tartıştığımız koşullarla yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

Derhal yargıç önüne çıkarılma hem hukuki kontrol mekanizmalarının işletilmesi suretiyle kişilerin keyfi bir biçimde özgürlüklerinden mahrum bırakılmasının önüne geçilmesini ve hem de gözaltında kötü muamele görme riskini azaltmayı hedeflemektedir²⁴. Bununla birlikte, AİHM'in Sözleşme m.5/3'deki güvencelerin ne anlama geldiğini açıkladığı, Oral ve Atabay/Türkiye²⁵ davasındaki aşağıdaki değerlendirmeleri, her türlü gözaltı için uygulanması gereken bir rehber niteliğindedir:

"AİHM, AİHS 5. Maddesinin 3. paragrafındaki zorunlulukların yerine getirilmesi için gözaltıların otomatik olarak adli deneti-

24 ECtHR, *Ladent v. Poland*, Application No: 11036/03, 18.03.2008, para.72, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-85487>.

25 AİHM, *Oral ve Atabay/Türkiye* kararın özet çevirisi, sayfa 6, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124266>.

me tabi tutulması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu denetim, gözaltına alınan kişinin önceden talep etmesine bağlı olmamalıdır (...). Zira böyle bir zorunluluk, gözaltına alınan kişiye avukatı aracılığıyla bir mahkemede gözaltının yasal olup olmadığının incelenmesini isteme hakkı öngören AİHS'nin 5/4 maddesinden farklı olan 5/3 maddesindeki güvencenin doğasını değiştirecektir. Tutuklama ve gözaltıyla ilgili ilk otomatik denetimin yasalara uygunluğunu incelemeye imkân vermesi ve tutuklanan kişinin bir suç işlediğinden şüphelenilmesinin makul nedenleri olup olmadığını, yani gözaltının AİHS'nin. maddesinin 1c paragrafında sıralanan itirazlarla örtüşüp örtüşmediğini ortaya koyması gerekmektedir. Bu kıstasların yerine getirilmediği durumlarda, hakimın serbest bırakma kararı alma yetkisi bulunmalıdır (...) Mevcut davada AİHM AİHS'nin 5/3 maddesi anlamında tutmanın yasallığı ile ilgili ilk denetimin, iki başvuranın dört gün iki saat (Ahmet Atabay) ve dört gün dört saat (İsa Oral) gözaltında tutulduktan sonra sulh hakiminin önüne çıkarıldıkları 17 Mart 2002 tarihinde gerçekleştiğini gözlemlemektedir. Bu durumda, dört gün dört saat ve dört gün iki saatlik gözaltı sürelerinin "ivedilik" kıstasına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Her ne kadar Hükümet, Brogan ve diğerleri (...) davasında dört gün altı saatten daha uzun bir gözaltı süresi için ihlâl tespit edildiğini hatırlatsa da, bu karara bakılarak birkaç saat ve hatta birkaç dakika daha kısa süreli gözaltılarda hiçbir ihlâl olmadığı sonucu çıkarılamaz. AİHM, dört günü aşan her gözaltı süresinin, terörle mücadele kapsamında dahi olsa prima facie çok uzun olduğu kanaatindedir (...) Dolayısıyla, mevcut davada olduğu gibi yasallığın uygun ve hızlı bir şekilde denetlenmediği durumlarda AİHM, Ahmet Atabay vakasında dört gün iki saat ve İsa Oral vakasında dört gün dört saatlik gözaltı sürelerinin AİHS'nin 5. maddesinin 3. paragrafının ilk

cümlesinde belirtilen “ivedilik” zorunluluğuna uymadığı kana-
atindedir. Bu itibarla, iki başvurulanla ilgili durumda AİHS’nin 5/3
maddesi ihlâl edilmiştir.”

Bu karardan da anlaşılacağı üzere maksimum gözaltı süresi her halükârda 4 gündür. Bunun üzerindeki gözaltı süreleri Sözleşme m.5/3’ü ihlal etmektedir. Bu ihlalin yasadan kaynaklanması da durumu değiştirmez, çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yargı yetkisini tanıyan devletler, kendi yasalarının AİHM kararlarına aykırı kısımlarına dayanarak AİHS’de tanınan hakları ortadan kaldıramazlar.

Ulusal hukuka baktığımızda ise farklı bir durumla karşılaşmaktayız. Gözaltı süresi, kural olarak kişinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkeme önüne götürülmesi için zorunlu süre hariç, 24 saati geçemez. Bu durum kural olmakla beraber, istisnaları kuralın önüne geçmiş durumdadır. İstisnaların ilki toplu suçlarla ilgilidir. CMK m.2/1-k uyarınca, toplu suç kavramı, aralarında iştirak iradesi bulunmasa bile üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçları ifade eder. Toplu suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedenleriyle, savcılık tarafından gözaltı süresinin her defasında bir günü geçmemek üzere üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak karar verilebilir. Toplu suçlarda gözaltı süresi en fazla 4 gün olabilir.

Hukukumuzda gözaltı konusundaki, kuralın önüne geçen diğer istisna ise, 7145 sayılı kanunla Terörle Mücadele Kanunu’na (TMK) eklenen geçici 19. maddeden kaynaklanmaktadır. Buna göre, 31.07.2018 tarihinden başlayarak üç yıl süre ile terör suçlarında (TCK’da yer alan devlete karşı işlenen suçlar, TMK kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti çerçeve-

sinde (TCK m.220) işlenen suçlar bakımından) gözaltı süresi yol hariç 48 saat, toplu olarak işlenen suçlarda ise 4 günü geçmeyecek şekilde düzenlenmiştir. “Delillerin toplanmasındaki güçlük veya dosyanın kapsamlı olması” nedeniyle süre en fazla iki defa uzatılabilecektir. Yani toplu olarak işlenen terör suçlarında süre 12 güne kadar uzayabilir. Bu durum AİHS’e doğrudan aykırıdır. AİHM, Brogan ve diğerleri-İngiltere kararında 4 günden fazla sürelerin AİHS m.5 kapsamında ihlal oluşturduğu sonucuna varmıştır²⁶.

Gözaltı süreleri azami süreler olup, daha erken işlemlerin bitirilmesi durumlarında sürenin sonuna kadar beklenmesi hak ihlali anlamına gelir. İşlemlerin en kısa sürede bitirilmesi esastır. AİHM, 18 yaşından küçük şüphelilerin 3 gün 9 saatlik gözaltı süresini ilk bakışta, *prima facie*, hukuka uygun görünse bile, *şüphelilerin küçük olduğu, bu süre içinde yalnızca ifade alma işlemi yapıldığı, neden süre uzatımında bulunulduğu konusunda tatmin edici bir açıklama yapılamadığı gerekçesiyle ihlal kabul etmektedir*²⁷.

Madde 5/3’ün ikinci kısmında bahsedilen “makul bir süre içinde yargılanma” hakkı ile kastedilen şey tutukluluk süresidir. Tutukluluk süresi konusunda da birtakım azami süreler belirlenmiş durumdadır. AİHM, tutuklama süresinin makul olması gerektiğini belirtir²⁸. Buna karşın CMK m.102’de, belirlenmiş azami süreler yer almaktadır. Buna göre, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıl, ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde ise

26 ECtHR, Brogan and Others v.UK, Application No:11209/84, 29.11.1998, para.53-62, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57450>.

27 ECtHR, İpek and others v. Turkey, Application No:17019/02, 30070/02, 03.02.2009, para.36-37, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91063>.

28 ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.82, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646>

iki yıldır. Bu sürelerden ilki gerekçesini göstermek kaydıyla altı ay, ikincisi ise yine gerekçe gösterme şartıyla üç yıl daha uzatılabilir. Bu durumda, ağır cezalı işler için maksimum tutukluluk süresi beş yıl olabilmektedir. Bu noktada bir başka istisna düzenlenmiştir. 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 141 inci maddesiyle, bu fıkra da yer alan “üç yılı” ibaresinden sonra gelmek üzere “, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda beş yılı” ibaresi eklenmiş, daha sonra bu hüküm 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanunun 136 ncı maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bu durumda, TCK İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümler'deki suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarda azami tutukluluk süresi yedi yıl olmaktadır (CMK m.102/2).

AIHM, tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında başlangıç zamanını durdurma, yakalama veya gözaltı gibi kişinin fiilen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan başlatmakta, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı ile sonlandırmaktadır²⁹. Yine AIHM kararlarına bakıldığında, tutuklama için belirli bir süre öngörülmediği, her olayın kendi koşulları içinde makul sayılıp sayılmayacağının denetlendiği görülebilir. AIHM tutukluluk süresinin genel olarak, *in abstracto* belirlenemeyeceğini, *davanın somut koşulları içinde bir inceleme yapılarak tutukluluk süresinin makul olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği fikrindedir. Mahkeme kimi kararlarında 48 günlük süreyi*

29 ECtHR, N. V. Federal Republic of Germany, Application No: 9132/80, 16.12.1982, p.173, para.11, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74012> ; ECtHR, Kalashnikov v.Russia, Application No:47095/99, 15.07.2002, para.110, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60606> .

*tutukluluk için makul görmezken*³⁰, kimi kararlarında 4 yıl 3 günlük süreyi makul süre olarak nitelendirebilmektedir³¹.

Tutukluluk süresinin hesabında Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında tutuklulukta makul sürenin hesaplanmasında sürenin bitiş tarihi olarak kişinin serbest bırakılması veya ilk derece mahkemelerince hükmün verilmesi tarihinin esas alınması gerektiğini, bununla birlikte olağan kanun yolları aşamasında kişi tutuklu olsa bile bu dönemin hesaba katılmaması gerektiği fikrindedir³². Aynı yaklaşım, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na da benimsenmektedir³³. Bu tabloya göre, kişinin ilk derece mahkemesindeyken tutukluluğu makul sürenin hesabında dikkate alınacak, olağan kanun yolları olan istinaf ve temyiz aşamalarındaki hükmen tutukluluğu hesap dışında bırakılacaktır. Yargıtay'ın bozma kararı vererek dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderdiği durumda ise, kişinin durumu tekrar suç isnadına bağlı tutuklamaya dönüştüğü için ilk derece mahkemesi önünde geçen süre değerlendirmede dikkate alınacak ve dosya ilk derece mahkemesindeyken tutuklu kalan süreler toplanacaktır³⁴.

30 ECtHR, Nart v. Turkey, Application No: 20817/04, 06.05.2008, para.29-30, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86189>.

31 ECtHR, W. v. Switzerland, Application No: 14379/88, 26.01.1993, para.29,43, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57817>.

32 Anayasa Mahkemesi, Hamit Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, para.40-42, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/338>.

33 YCGK, E.2011/51, K.2011/42, 12.04.2011, "...anılan maddede (CMK m.102) belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verinceye kadar geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira, hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır".

34 Anayasa Mahkemesi, Hamit Kaya Başvurusu, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, para.40-42, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/338>.

Tutuklama süresinin hesabında, ilk derece yargılaması gerekçeli kararın açıklanmasıyla tamamlanmış sayılır, çünkü uygulamada kısa karar adı verilen hüküm açıklandıktan sonra gerekçeli kararın açıklanması pek çok dosyada aylarca sürmektedir. Aslında CMK m.232/3 uyarınca hükmün gerekçesi, tümüyle tutanağa geçirilmişse açıklanmasından itibaren en geç onbeş gün içinde dosyaya konulmak durumundadır. Kanunun bu açık hükmüne rağmen, uygulamada 6-7 ay süren “gerekçeli karar açıklama” sürelerine tanık olunmaktadır. Mahkemeler gerekçesini henüz oluşturmadan, aslında yargılamayı henüz tamamlamadan, sırf tutuklama süresini aşmamak adına karar açıklamaktan vazgeçmediği sürece, bu ihlaller devam edecektir³⁵.

Kanunun öngördüğü tutuklama süreleri azami sürelerdir; dolayısıyla bu sürelerin mantıklı bir gerekçe olmaksızın sonuna kadar uygulanması, kanuni olsa bile hukuki değildir.

Sözleşme m.5/3, tutukluluğu inceleyen yargıca itiraz dilekçesinde sunulan her bir argümanı tek tek ele alma yükümlülüğü getirmemektedir; ancak bu itiraz incelemesinde sanığın salıverilmesi lehinde ve aleyhindeki argümanlar “genel ve soyut” nitelikte olamazlar³⁶.

Derhal yargıç önüne çıkarılma hakkının bir başka vechesi olarak, AİHM içtihat hukuku suç işlediğinden şüphelenilen sanığın tutuklanması için dört tane kabul edilebilir gerekçe ortaya koymuştur³⁷. Bunlar; sanığın mahkemeye gelmeme/kaçma

35 Günel Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s.117.

36 ECtHR, Boicenco v. Moldova, Application No: 41088/05, 11.07.2006, para. 142, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76295>.

37 ECtHR, Piruzyan v. Armenia, Application No: 33376/07, 26.06.2012, para. 94, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111631>.

riski; sanığın tutuksuz yargılanması halinde adaletin yürütümüne zarar verme riskinin bulunması; başka suçlar işleme riskinin bulunması veya kamu düzenini bozma ihtimalinin bulunmasıdır.

Sanığın kaçma riski sadece istenen cezanın ağırlığına bakarak değerlendirilemez. Bu risk başka bazı faktörler göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme, kişinin karakteri, ahlaki yapısı, ikametgâhı, mesleği, malvarlığı, aile bağları ve kovuşturmayla uğradığı ülke ile olan bütün bağları gibi faktörler göz önüne alınarak yapılır³⁸.

AIHM, sanığın tanıklar üzerinde baskı kurma veya muhakeme sürecini başkaca hukuk dışı yollarla engelleme riskinin bütün tutuklama süreci için yeterli bir neden olamayacağını belirtmektedir. Bu bağlamda, sanığa verilecek muhtemel cezanın ağırlığı, onun bu nedenle tanıklar üzerinde baskı kuracağı ya da muhakeme sürecini engellemeye çalışacağı şeklinde bir varsayımı haklı kılamaz. Sanığın işlediği suçtan hareketle onun bu tür eylemlerde bulunabileceği varsayımı tutuklamanın başlangıç aşamasında kabul edilebilir bile olsa, ilerleyen aşamalarda, iddia edilen riskin gerçekten var olduğunu gösteren başkaca faktörler ortaya konamaz ise, bu varsayım da geçerliliğini yitirecektir³⁹.

Sanığın serbest kalması halinde yeni suçlar işleme ihtimali de somut ve inandırıcı gerekçelere dayandırılmalıdır. Örneğin, sanığın işinin veya ailesinin olmamasından hareketle yeni suç-

38 ECtHR, Becciev v. Moldavia, Application No: 9190/03, 04.10.2005, para.58, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70434>.

39 ECtHR; Jarzynski v. Poland, Application No: 15479/02, 04.10.2005, para.43, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70369>.

lar işleyebileceği gibi bir sonuca ulaşamaz⁴⁰. Ayrıca CMK'da yeni suç işleme ihtimalinin tutuklama nedeni olarak düzenlenmediğini hatırlatmak gerekir.

Bazı ağır suçların ve bu suçlara kamunun reaksiyonunun, toplumsal bazı kargaşalara yol açabileceği kabul edilmektedir, ancak tutuklamada bu gerekçeye dayanabilmesi için bunun iç hukukta yerinin olması ve somut olgularla desteklenmesi gerekir. Kamu düzeninin korunması, sivillere karşı savaş suçlarının işlenmesi gibi ağır insan hakları ihlallerini içeren vakalarda bu suçların failleri açısından bilhassa geçerli bir gerekçe oluşturmaktadır⁴¹.

Türkiye hukuku bakımından tutuklama şartları, CMK m.100'de belirlenmektedir. Maddeye göre birtakım tutuklama şartları belirlenmiştir, ancak tüm bu şartlar gerçekleşse bile, tutuklama zorunlu bir tedbir değildir; yani bu şartların gerçekleşmesi durumu illa tutuklama kararı verileceği anlamına gelmez.

Tutuklama şartlarından ilki, kuvvetli suç şüphesi uyandıran somut delillerin bulunmasıdır. Kanun koyucu, 2014 yılında 6526 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile "somut olguların" ibaresini "somut delillerin" ibaresiyle değiştirmiştir. Uygulamada verilen hatalı tutuklama kararlarını bir türlü dengeleyemeyen kanun koyucu, AİHM'den daha fazla tazminat mahkumiyeti almamak adına, pratikte bir anlam ifade etmeyen değişiklik ile hakimlere adeta "öyle hafif emarelerle olmaz, ciddi delil ortaya konulması gereklidir" demektedir. Aslında somut olgu demek, somut de-

40 ECtHR, Sulaoja v. Estonia, Application No: 55939/00, 15.02.2005, para. 64, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68229>.

41 ECtHR, Milankovic and Bosnjak v. Croatia, Applications Nos: 37762/12 and 23530/13, 26.04.2016, para.154, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162676>.

lil demektir⁴². Basit, makul ya da yeterli şüphe değil, kuvvetli şüphe aranmasının elbette bir nedeni vardır. Tutuklama kararı için acil ve zorlayıcı bir şüphenin bulunması gerekir. Bu acil ve zorlayıcı, aynı zamanda da somut olgulara dayanan şüphenin oluşup oluşmadığı olay özelinde hâkim tarafından değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, ülkemizde hakimler arasında, hatta aynı hâkimin farklı dosyalarda verdiği kararlar arasında bile bu konuda bir istikrara rastlamak oldukça zordur. Örneğin bir sulh hakiminin kuvvetli şüphe bulduğu olayda Anayasa Mahkemesi hukukumuzda daha aşağıda bir seviyeyi ifade eden makul şüphe dahi bulmayabilir⁴³. Burada dikkat edilmesi gereken, AİHM'in deyimıyla aslında tarafsız bir üçüncü kişiyi ikna edebilecek şüphe seviyesine ulaşılmasıdır. Gerçekten de AİHM'e göre, AİHS m.5 bağlamında tutuklama kararı verilebilmesi için makul şüphenin söz konusu olması gerekir. İlk bakışta CMK'nın belirlediği şüphe seviyesinin altında bir seviyede şüphe arıyormuş gibi görünen AİHM'e göre, eldeki somut olgular (vakıalar) tarafsız bir üçüncü kişiye gösterildiğinde suçun işlendiği yönünde ikna olabilmesi gerekir⁴⁴. Bu olguların suça dair kesin deliller olması elbette gerekmemektedir⁴⁵, ancak hiçbir somutluğu olmayan, somut olayla ilişkisi kurulamayan, birbirinin aynı bas-

42 Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, Güncellenmiş 15.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.330; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s.220.

43 Anayasa Mahkemesi, Mehmet Hasan Altan Başvurusu, Başvuru No: 2016/23672, 11.01.2018, para.127-151, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2016-23672.pdf>.

44 ECtHR, Fox, Campbell and Hartley v.UK, Application No: 12244-12245-12383/86, 30.08.1990, para.32, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57721> ; O'Hara v.UK, Application No: 37555/97, 16/10/2001, para.34, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59721> .

45 ECtHR, Ferrari-Bravo v.Italy, Application No: 9627/81, 14.03.1984, p.37, para.3, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-73443&filename=FERRARI-BRAVO%20v.%20ITALY.pdf> ; ECtHR, Schertenlieb v. Switzerland, Application No: 8339/78, 12.07.1979, p.218, para.1, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74732&filename=SCHERTENLEIB%20v.%20SWITZERLAND.pdf> .

makalıp ifadelerin tekrarlandığı ya da sanığın suçu işlediği hususunda hiçbir anlam ifade etmeyen ifadelerin de makul şüphe, dolayısıyla da tutuklama gerekçesi yapılması kabul edilemez⁴⁶. CMK, tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesi arayarak bu eşiği daha da yükseğe taşımaktadır. İster makul ister kuvvetli şüphe aransın, önemli olan eldeki olguların objektif bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde suç işlendiği hususunda somut, geçerliliği olan ve yüksek bir şüphe yaratmasıdır.

Kanunumuz tutuklama kararı için kuvvetli şüpheden başka, bir de olayda bir tutuklama nedeni bulunması şartını aramaktadır. Yalnızca kuvvetli şüphenin bulunduğu ancak tutuklama nedenlerinden birinin bulunmadığı bir olayda tutuklama yapılamaz. Tutuklama nedenleri ise CMK m.100/2'de kaçma, delilleri karartma şüphesi ve tutuklama nedeni varsayılabilen durumlar olarak gösterilmektedir. AİHM'e göre tutuklama kararının gerekçesinde elde edilen olguların gösterdiği makul suç şüphesi -CMK'ya göre kuvvetli suç şüphesi- ve tutuklama nedenlerinden birinin varlığı gösterilmelidir⁴⁷. Elbette bu iki şart çerçevesinde, tutukluluğun hukukiliği soyut olarak değil somut olayın koşulları içinde incelenecektir. Tutuklama nedenlerinin varlığını ispat yükü, tutuklananın üzerinde değil, tutuklamayı yapan ve salıvermeyen resmi makamların üzerindedir⁴⁸.

46 ECtHR, Bykov v. Russia, Application No: 4378/02, 10.03.2009, para.66, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91704> ; ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.78-80, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646> ; ECtHR, Ignatov v. Ukraine, Application No:40583/15, 15.12.2016, para.36, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169524> .

47 ECtHR, Labita v. Italy, Application No:26772/95, 06.04.2000, para.153, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58559> ; ECtHR, Boicenco v. Moldova, Application No: 41088/05, 11.07.2006, para.141, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76295> .

48 ECtHR, Moiseyev v. Russia, Application No: 62936/00, 09.10.2008, para.154, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88780> .

Tutuklama konusunda AİHM'in getirdiği bir başka koşul ise, şüpheli ya da sanığa isnat edilen suçun ağırlığının tek başına tutuklama için yeterli bir neden olmadığıdır. Mahkemeye göre ilgili suçun cezasının ağırlığı tutuklama nedenlerine karine teşkil etmez. Mutlaka tutuklama nedenlerinin varlığının somut olay üzerinden tartışılması ve gerekçelendirilmesi gereklidir⁴⁹.

YAKALAMA VE TUTUKLAMANIN HUKUKİ DENETİMİ

Sözleşme m.5/4'e göre, yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye özgürlüğünden yoksun bırakılmasının "yasaya uygunluğunun" özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar hakkında başvuruda bulunma hakkı tanır. Ayrıca, tutukluluğun gözden geçirilmesi esnasında "çeşitli yargı" ile iddia ve savunma makamları arasında "silahların eşitliği" ilkelerine riayet edilmesi gerekmektedir⁵⁰. Buna göre, tutuklamanın hukuka uygun olup olmadığı incelemesi mutlaka duruşmalı olarak, hâkim önünde gerçekleşmelidir. AİHM, tutuklamanın devamına yönelik yapılan her itirazda sanığın dinlenmesine yargılamayı tıkayabileceği gerekçesiyle gerek olmadığı, ancak kişinin makul aralıklarla dinlenmesinin gerekli olduğu kanaatindedir⁵¹. Uygulamada, özellikle so-

49 ECtHR, Mamedova v. Russia, Application No: 7064/05, 01.06.2006, para.74, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75646> ; ECtHR, Panchenko v. Russia, Application No: 45100/98, 08.02.2005, para. 102, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68148> ; ECtHR, Goral v. Poland, Application No:33654/97, 30.10.2003, para.68, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61415> ; ECtHR, Ilijkov v. Bulgaria, Application No: 33977/96, 26.07.2001, para.81, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59613> ; ECtHR, Kovyazin and Others v. Russia, Application No: 13008/13, 60882/12, 53390/13, 17.09.2015, para.84-85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157283> .

50 ECtHR, Çatal v. Turkey, Application No: 26808/08, 17.04.2012, para.32, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110441>

51 ECtHR, Çatal v. Turkey, Application No: 26808/08, 17.04.2012, para.33, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110441> ; CEDH, Knebl c. Republique Tchèque, Requete No: 20157/05, 28.10.2010, para.85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101479> ; CEHD, Altınok c. Turquie Requete No: 31610/08, 29.11.2011, para.54, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-107599> .

ruşturma evresinde ilk tutuklama duruşması dışında gözden geçirme kararlarının büyük çoğunluğu dosya üzerinden duruşmasız şekilde verilmekte, nadiren duruşma açılmaktadır. Müdafinin bu konuda ısrarlı şekilde duruşma açılmasını istemesi gerekir. Talebe rağmen duruşma açılmaması, AİHS m.5/4'ün ihlali kabul edilmelidir. Müdafinin talebi üzerine dahi, pek çok dosyada duruşmasız şekilde, sanık veya müdafii dinlenmeden karar verilmektedir. CMK m.108/1'de 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanunun 16'ncı maddesiyle, fıkarda yer alan "bulundurulacak" ibaresinden sonra gelmek üzere "şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle" ibaresi eklenmiştir⁵². 2013 değişikliğinden sonra, hala hiçbir gözden geçirme kararında duruşma yapılmaması, elbette hukuk devleti sınırları içinde açıklanamaz. Kovuşturma evresinde ise, CMK m.108/3'e göre davaya bakan mahkeme her oturumda veya en geç otuzar günlük aralıklarla yeniden değerlendirmek durumundadır. Bu değerlendirmelerde gerekçelendirme şartı mutlaka yerine getirilmek durumundadır⁵³. AİHM, çeşitli kararlarında basmakalıp ifadelerle verilen tutukluluğun devamı kararları karşısında itiraz müessesesinin herhangi bir başarı şansı olmadığını, tutuklamaya itirazın incelenmesi usulünün çelişme ilkesine aykırı olduğunu ve duruşma yapılmaksızın karar verildiğini belirterek AİHS m.5/3 bağlamında ihlal bulmaktadır⁵⁴.

52 Ceza Muhakemesi Kanunu

Madde 108: (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

53 Behiye Eker Kazancı, AİHS ve AİHM Kararları Çerçevesinde Yakalama ve Tutuklama Koruma Tedbiri ile Kişi Güvenliği ve Hürriyetinin Sınırlandırılması, TBBD, Y.2012, S.98, s.92-93, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2012-98-1121>.

54 ECtHR, Koştı and others v. Turkey, Application No: 74321/01, 03.05.2007, para.22, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80398>; CEDH, Yiğitdoğan c. Turquie, Requete No: 20827/08,

AIHS m.5/4, tutuklamaya itirazı inceleyen yargıca, şüpheli ve avukatı tarafından ileri sürülen her argümanı değerlendirmek gibi bir yükümlülük getirmemektedir, ancak AIHM'in Illijkov/Bulgaristan kararında da belirttiği gibi, şüpheli tarafından ileri sürülen, tutmanın temel koşullarının varlığına ilişkin şüphe yaratan somut olguların yargıç tarafından görmezden gelinmesi bu maddedeki güvencenin içeriğini boşaltır⁵⁵.

Şüphelinin itirazlarına karşı tekrarlanan kalıplaşmış kararların verilmesi de 5/4'ü ihlal edecektir⁵⁶.

TAZMİNAT HAKKI

Gerek madde metninden anlaşıldığı ve gerekse AIHM'nin çeşitli kararlarından da görüldüğü üzere Sözleşme m.5/5 uyarınca, maddenin geri kalan hükümlerinden herhangi birinin ihlal edilmesi halinde tazminat ödenmesini gerektirmektedir⁵⁷. Bu madde uyarınca, yakalama ve tutuklamaya ilişkin hukuka aykırılıklar konusunda ülkeleri kendi iç hukuk sistemleri dahilince tazminat ödemekle yükümlenmiştir.

AIHM, tutuklanan bir kişinin CMK m.141 bağlamında tazminat talep etme imkânı bulunduğunu, ancak maddede belirtilen durumların sınırlı birtakım halleri kapsadığını, dolayısıyla da CMK m.141'in her durum için etkili bir hukuk yolu kabul edilemeyeceğini belirtmekte ve bu durumu da AIHS m.5/5'in

16.03.2010, para.28, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-97712>.

55 ECtHR, Illijkov v. Bulgaria, Application No: 33977/96, 26.07.2001, para. 94, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59613>.

56 ECtHR, G.B and Others v. Turkey, Application No: 4633/15, 17.10.2019, para 176, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196612>.

57 ECtHR, Lobanov v. Russia, Application No: 16159/03, 16.10.2008, para. 54, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88926>.

ihlali saymaktadır⁵⁸. Mahkemeye göre ayrıca, CMK m.141 uyarınca açılacak tazminat davalarının kabul şartı, CMK m.142/1 uyarınca davanın esasına ilişkin kararın kesinleşmesine bağlı olduğundan, dava devam etmekte iken herhangi bir tazminat imkânı tanınmaması nedeniyle de AİHS m5/5 bağlamında ayrıca bir başka ihlal söz konusudur⁵⁹. Bu durumda, CMK m.141 doğrultusunda açılan ve iç hukukta düzenleme bulunmaması nedeniyle reddedilen davaların mutlaka AYM ve AİHM'e götürülmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

CMK m.141 uyarınca, ancak bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle tazminata hükmedilebilir. Her ne kadar doktrinde kabahatlerden ötürü tazminat talep etmenin mümkün olmadığı söylene de Kabahatler Kanunu m.18/3'de belirtilen elkoyma hallerinde tazminata hükmedilebilir⁶⁰. Buna karşın, bir soruşturma veya kovuşturmayaya dayanmayan bir karara ilişkin, örneğin İcra İflas Kanunu m.344/1'deki tazyik hapsi kararından ötürü tazminat, madde metninden hareketle istenemez⁶¹.

SONUÇ

Gerekçeleri yukarıda tartışıldığı üzere, ceza muhakemesi hukuku açısından ve özellikle de soruşturma evresi hakları açısından büyük önem arz eden AİHS m.5 kapsamında, Türkiye'nin

58 CEHD, Altınok c. Turquie, Requete No: 31610/08, 29.11.2011, para.67, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-107599>.

59 CEDH, Kürüm c. Turquie, Requete No: 56493/07, 26.01.2010, para.20, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-96937>.

60 Hakan Hakeri, "Türk ve Alman Hukukunda Koruma Tedbirlerinden Dolayı Tazminat", Ord.Prof. Dr.Sulhi Dönmez Armağanı, C.II, Ankara, 2008, s.873; Ragıp Şahin, Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s.590.

61 Yargıtay 12. CD. 18.06.2013, E.2013/11876, K.2013/16646.

hukuku sorunlu bir noktada bulunmaktadır. Kâğıt üzerinde, m.5 ile yükümlenen hakların büyük bir çoğunluğunun ulusal hukukta karşılıklarının olduğu iddia edilse de bu hakların kullanımı konusunda açılan dava sayıları ve Türkiye'nin AİHS m.5 dolayısıyla aldığı mahkumiyetlerin sayısına bakıldığında, sorun daha belirgin hale gelmektedir. Özellikle uygulama bakımından, m.5 bağlamında getirilen haklara tam olarak, dikkat ve hassasiyetle uyulması yalnızca mahkumiyetleri azaltmayacak, aynı zamanda insan haklarına dayalı bir devlet idealini de güçlendirerek ve bireysel özgürlükleri teminat altına alarak hukuk güvenliği sağlayacaktır.

Online Hukuk Devleti Akademisi



Uygulayıcı Eğitimi Elkitabı

özgür
bir
toplum
için


özgürlük
araştırmaları

Canadian International Policy Centre
Canadian International Policy Centre
Canadian International Policy Centre

Canada