

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 1

Sayı: 2

Güz 2014



Sahibi

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

Yayın Kurulu

Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel
Doç. Dr. Serdar Kale
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

Adres

İstanbul Medipol Üniversitesi
Kavacık Kampüsü
Kavacık Mah. Ekinciler Cad.
No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL
Tel: 0216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

Baskı

Tekin Ozalit İnterpano
Eğ. Ger. Paz. San. ve Dış.Tic.Ltd.Şti.
İmsan San Sit. E Blok No: 2
İkitelli-K.Çekmece/İstanbul
www.tekinozalit.com
Tel: 0212 696 53 00
Faks: 0212 696 53 01

ISSN

ISSN: 2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman
Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk
Prof. Dr. M. Âkif Aydın
Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Nihat Bulut
Prof. Dr. Talat Canbolat
Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Fethi Gedikli
Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi
Prof. Dr. Mehmet Helvacı
Prof. Dr. Serap Helvacı
Prof. Dr. Macit Kenanoğlu
Prof. Dr. Mahmut Koca
Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Prof. Dr. İzzet Özgenç
Prof. Dr. Yücel Sayman
Prof. Dr. Cevdet Yavuz
Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir
Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal
Yrd. Doç. Dr. Harun Demirbaş
Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut
Yrd. Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe
Yrd. Doç. Dr. Selman Ögüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi senede iki sayı
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

İÇİNDEKİLER

| | |
|---|-----|
| Levent KORKUT | 5 |
| Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları <i>Citizenship As Political Identity: Definitions Of Citizenship In The Constitutions Of Turkey And World States</i> | |
| Murat Volkan DÜLGER | 43 |
| Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti <i>Protection of Personal Data In Health Law And Patient Privacy</i> | |
| Esra AĞRALI - Gerçek Şahin YÜCEL | 81 |
| The Concept Of European Citizenship And Its Evolution <i>Avrupa Vatandaşlığı'nın Konsepti ve Evrim Kavramı</i> | |
| H. Basri BÜLBÜL | 109 |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret <i>Conscientious Objection in The Decisions Of European Court Of Human Rights</i> | |
| Mücahid ÖZBEK | 127 |
| Une Etude Sur Les Principes Constitutionnels Intangibles Dans La Constitution De Bosnie-Herzegovine <i>Bosna-Hersek Anayasası'nın Değiştirilemez Hükümleri Üzerine Bir Değerlendirme</i> <i>A Study On The Inalterable Regulations in The Constitution Of Bosnia-Herzegovina</i> | |
| Sinan SEÇKİN | 143 |
| Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar İncelemesi (Hiro Balani/İspanya) <i>Examining Of European Court Of Human Rights Decision (Hiro Balani/Spain)</i> | |

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları

Citizenship As Political Identity: Definitions Of Citizenship
In The Constitutions Of Turkey And World States

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The relation between individual and state is called citizenship in modern states. In the age of nation states, citizenship has been a major topics of constitutionalist movement. The contemporary constitutions regulate basic principles and rules on citizenship and stipulate sections and provisions on political identity, legal status, right ownership, social and cultural identity and participatory capacity of citizens. In this article, after focusing on the formation of citizenship as political identity in the constitutions of Turkey and other countries, ethnicity and equality based approaches for the construction of citizen identity will be examined and Constitution Reconciliation Commission’s work on definition of citizenship be evaluated.

Keywords: Citizenship, constitution, constitutional reform, political identity, constitution making.

GİRİŞ

Vatandaşlık, hukuk öznesinin özel bir görünüş biçimidir. Romalı hukukçu Gaius, hukukun ya kişilere ya şeylere ya da eylemlere ait olduğu tespitinde bulunarak, hukukun öznesini “kişi” (person) olarak belirlemiştir. Kişi, günümüz hukukunda hak ve yükümlülüklerin öznesi olarak tanımlanmaktadır. Kişiler, tasarrufta bulunma, hak ve fiil ehliyetine sahip olma yetkileri ile donatılmıştır. Kişiliğin kazanılması ise gerçek kişiler bakımından sağ olarak dünyaya gelme şartına bağlanmıştır. Hukuk tarihinde hak ve yükümlülüklerle sahip olabilen kişiler ile devlet arasındaki ilişki ise farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Kişi-devlet ilişkisi, yöneten-yönetilen ilişkisidir. Bu nedenle de kişi ile siyasi iktidar arasındaki tüm ilişki biçimlerini içerir. Acaba, tasarrufta bulunma yetkisine sahip kılınan hukuk öznesi, siyasi iktidarla ilişkilerinde benzer bir yetkiye sahip midir? Eğer sahipse bu tasarruf yetkisi neleri içermektedir? Hukuk öznesinin siyasi iktidarla olan ilişkisi günümüze kadar ortaya çıkan devlet sistemlerinde pasif ilişki ve aktif ilişki olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Pasif ilişki, kişinin siyasi iktidara karşı edilgen bir konumda bulunduğu, siyasi iktidarı belirleme, ona müdahale etme ve hak ve özgürlüklerini siyasi iktidara karşı ileri sürme şansına sahip olmadığı devlet düzenlerinde gözlemleyebileceğimiz bir tabiiyet ilişkisidir. Aktif ilişki ise, kişinin siyasi iktidarla ilişkilerinde siyasi iktidarı belirleme, yönlendirme, değiştirme amacıyla tasarrufta bulunabildiği, hak ve özgürlükleri temelinde siyasi iktidarla eşit bir ilişkiye girebildiği vatandaşlık ilişkisini ifade eder. Delanty’e göre vatandaşlık bir siyasi topluluğa üye olmayı ifade eder. Bu bağlamda, hukuk öznesi olarak vatandaşlığın çerçevesini haklar, sorumluluklar, katılım ve kimlik ve bunlar arasındaki karşılıklı ilişkiler oluşturur.¹ Vatandaşlık, hukukun öznesi olan kişinin sahip olduğu tasarruflar evreninin, siyasi toplulukla olan ilişkiler alanına doğru genişlemesidir. Hukuk öznesi kişi, vatandaşlık kimliği ile siyasi toplulukla olan ilişkilerinde de aktif özne sıfatını kazanır. Vatandaşlığa yer vermeyen bir siyasi sistemde kişiler başka kişiler ve insan dışı dünya ile ilişkilerinde özgür bir şekilde tasarruflarda bulunabilse dahi devlet ile kişiler arasındaki ilişkiler tek yönlüdür ve kişiler edilgen bir konumdadır.

I- Vatandaşlık Kavramının Tarihsel Gelişimi

Vatandaşlık kavramının tarihine baktığımızda, kavramın ilk olarak antik çağda Yunan ve Roma uygarlıklarında kullanıldığını görmekteyiz. Modern vatandaşlık ise ulus devletin temel yapı taşı olarak önem kazanmış bir kavramdır. Antik dönemde, Yunan şehir devletleri ve Roma İmparatorluğunda olmak üzere iki vatandaşlık anlayışının geliştiğini söyleyebiliriz. Antik Yunan vatandaşlığı, vatandaşın kural koyucu ve yönetici rolünü vurgular. Aristo, insanı “politik hayvan” (*zoon politicon*) olarak tanımlar. Çünkü insan doğası gereği siyasi toplum içinde yaşayan bir canlıdır. Siyasi toplum ise doğal bir kategoridir. Siyasi toplum doğanın bir ürünüdür. Dolayısıyla, sadece şehir devlette (*polis*) insanın potansiyeli tam olarak ortaya çıkar. Ancak, şehir devletin insanın kural koyucu ve yönetici olabilmesi için belli niteliklere sahip olması gerekir. 20 yaşının üzerinde olmak, erkek olmak, aile reisi olmak, savaşçı olmak, köle sahibi olmak vatandaşlığı hak etmenin ön koşullarıdır. Özetle, antik Yunan’da vatandaşlık, kurallarını koyarken ve yönetirken doğrudan demokrasi ve eşitlik temelinde hareket eden

1) G. DELANTY, (2000), *Citizenship in a Global Age, Society, Culture, Politics*, Open University Press, Buckingham.

ve belli bir homojen kültüre sahip topluluğun üyesi olmaktır. Vatandaş, sınıf farklılıkları ile değil şehrin geleceği için erdemle hareket eder².

Antik Roma ise, Atina örneğiyle benzeşen yönleri olsa da farklı bir vatandaşlık kurgusunu hayata geçirmiştir. Başlangıçta Yunan şehir devletleri gibi Roma Devleti de şehre aidiyeti esas almışsa da, zaman içinde iki önemli farklılık ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki Roma'nın İmparatorluk döneminde vatandaşlığın İmparatorluğun Avrupa, Asya ve Afrika'daki tüm yayılım alanlarında yaşayanlara genişletilmesidir. Böylece vatandaşlık "şehre aidiyeti" ifade eden siyasi bir kavram olmaktan çıkarak "yasal statü" konumuna gelmiştir. İkinci olarak, Roma vatandaşlığı süreç içinde artan bir şekilde kural koyan ve yönetici olan vatandaş olmaktan çıkmıştır. Roma vatandaşlığı, oy kullanmayan vatandaş (*civitas sine suffragio*), ya da siyasi katılımcı rolü olmayan vatandaş olarak adlandırılabilir. Roma vatandaşlığı, hukukun üstünlüğü içinde özgürlük ve mülkiyet hakkı doğal hukuk anlayışı içinde korunan, hak ve çıkar sahibi sivil kişiyi ifade eder³.

Quentin Skinner antik dönemde Yunan şehir devletleri ile Roma İmparatorluğunu karşılaştırarak bu iki devlet yapısının farklı cumhuriyetlere karşılık geldiğini ileri sürmüştür. Skinner, Yunan şehir devletlerinde etik bir öze dayalı homojen toplum yapısının komüniteryan anlayışa vücut verdiğini oysa Roma'da temel olanın toplulukla bütünleşmiş erdemli vatandaş değil, hak özneliği olduğu görüşündedir. Roma İmparatorluğunun vatandaşlara tanıdığı haklar günümüze göre çok kısıtlıdır. Ancak, vatandaşlığın çerçevesini belli bir kültürel topluluğun üyeliği ile değil, İmparatorluk egemenliğinde yaşayan insanların hak sahipliği oluşturmaktadır. Geçen yüzyılda, kökenlerini Yunan şehir devletlerine kadar geri götürebileceğimiz anlayışın organik ve etnik homojenleştirmeye yönelen, yine kökenlerini Roma İmparatorluğunda bulacağımız yaklaşımın da coğrafya temelinde hak özneliğini esas alan bir cumhuriyetçiliğe yöneldiğini söyleyebiliriz⁴.

Modern vatandaşlık anlayışı, 1776 Amerikan Bağımsızlık Savaşı ile 1789 Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan anayasacılık hareketi ile şekillenmiştir. Bu erken dönem vatandaşlık kurgusunun en önemli özelliği antik Yunan ve Roma anlayışlarını birleştirerek, "yasal vatandaşlık" ile "siyasi vatandaşlık" modellerini bir araya getirmesidir⁵. Modern vatandaşlığın dört temel direği bulunmaktadır. Bunlardan ilki eşitliktir. Bir devletin ülkesinde yaşayan ve hukuki olarak yabancı sa-

2) J. G. A. POCK, (1995), "The Ideal of Citizenship since Classical Times", Theorizing Citizenship, Suny Press, New York, s. 29-52.

3) POCK, a.g.e., s.40-45.

4) Bkz. Quentin SKINNER, (1998), Liberty Before Liberalism, Cambridge University Press, Cambridge.

5) Richard BELLAMY, (2008), Citizenship, A very Short Introduction, Oxford University Press, New York.

yılmayan herkes eşit bir şekilde vatandaşlık statüsüne sahiptir. İkinci olarak, tüm vatandaşlar negatif özgürlüklere sahiptir. ABD'de kabul edilen Virginia Bildirgesi ile Fransız Devrimi sonrasında ilan edilen Vatandaş Hakları Bildirgesi bu hak ve özgürlükleri çerçeveleyen ilk yazılı anayasal dokümanlardır. Üçüncü olarak, vatandaşların siyasi yaşama katılımını sağlamaya yönelik siyasi hak ve özgürlükler de anayasal belgelerle garanti altına alınmıştır. Vatandaşların siyasi yönetime katılım hakları demokrasinin modern anayasal devletlerin ayrılmaz bir özelliği haline gelmesine önyak olmuştur. Son olarak, sosyal ve kültürel haklar vatandaşların refah devletinde sahip olduğu haklar arasına dahil edilmiştir. İmparatorlukla şehir devlet arasında bir boyuta sahip olan ulus devlet hem şehir devlet sisteminin, hem de imparatorluk geleneğinin vatandaşlık yaklaşımlarını birleştirmiştir.

Günümüze gelecek olursak, insan hakları alanında son iki yüzyılda görülen gelişmeler sonucunda, temel hak ve özgürlüklerin sadece vatandaşlar için değil, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan fakat devletin egemenlik alanında yaşayan tüm bireylerin hak ve özgürlükleri olduğu ilkesi tüm anayasal demokrasilerde kabul edilmiştir. Bununla birlikte, siyasi katılım haklarının sadece vatandaşlara tanınan haklar kategorisi olarak düzenlenmesi uygulamasına devam edilmektedir. Siyasi katılım hakkı ve hukuk önünde eşitlik günümüzde de vatandaşlığın temel özellikleridir. Avrupa Birliği üyesi devletlerin düzenlemelerinde ise Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarının diğer üye devletlerin ülkelerinin yerel yönetimlerinde seçme ve seçilme haklarına sahip olması ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke ile birlikte siyasi hakların vatandaşlara münhasır haklar olma özelliği, yerel yönetimlerle sınırlı olmak üzere, Birlik üyesi devletlerin vatandaşları bakımından terkedilmiştir diyebiliriz. Modern devlet sistemlerinde siyasi haklar alanı dışında eşitlik ilkesi de yabancıları içine alacak şekilde bireysel haklar alanına ilişkin bir ilke halini almaktadır. Tüm bu gelişmeler vatandaşlarla, vatandaş olmayanlar arasındaki uçurumun giderek kapandığına ve çağımız ulus devletlerinin bireylerin hak ve özgürlüklerinden hareketle anayasal sistemlerini şekillendirdiklerine işaret etmektedir. Ancak, günümüz devletlerinde de vatandaşlık, devlet ile birey arasındaki siyasi ilişkinin oluşturulması bakımından önemini korumakta, vatandaşlar siyasi haklarını bu statü ile kullanmakta ve kendi ülkeleri dışında vatandaşı oldukları devletlerin korumasından yararlanmaktadır. Daha da önemlisi, günümüz dünyasında bireyle devletler ya da devlet-üstü siyasi yapılar arasında vatandaşlık dışında bir bağ bulunmamaktadır. Avrupa Birliği alanında dahi, bireyler ulus-üstü siyasi haklardan ancak belli bir üye devletin vatandaşı olmaları nedeniyle yararlanabilir.

Günümüz demokratik toplumlarında, sadece vatandaşların sahip olduğu hakların –ya da bunların bir kısmının- vatandaş olmayan, ancak ikametgâh sa-

hibi olan, hatta kalıcı ikametgâhı dahi bulunmayan kişilere doğru genişletilmesi küreselleşme ile birlikte düşünüldüğünde devam edecek bir eğilim olarak görülebilir. Artık yabancı kişiler ikametgah izni ile vatandaşların sahip olduğuna benzer haklara erişebilecekleri bir devlet sistemi içinde yaşamaya başlamışlardır. Göçler ile ulus devletlerin görece homojen ve istikrarlı olan nüfus yapıları hızla değişmekte, birden fazla vatandaşlığa sahip olabilme konusunda “tek vatandaşlık” yaklaşımından “çoklu vatandaşlık” uygulamasına geçilmektedir⁶.

Anayasacılık hareketi tarihi boyunca vatandaşlık anayasalarda hukuki bir statü, siyasi kimlik, hak öznesi, sosyal ve kültürel kimlik ve demokratik karar alma mekanizmalarına katılım yönleriyle düzenlenmiştir. Siyasi kimlik olarak vatandaşlık, bireyin vatandaşlık statüsünü neye dayanarak kazandığını ifade eder. Siyasi kimlik anlamında vatandaşlığı bir millet, etnik ya da sosyal grup, ırk, coğrafya ve devletle doğrudan ilişkilendirerek tanımlayabiliriz. Ya da böyle bir tanım yapmaksızın vatandaşlığı hukuki statü ile ilişkilendirebiliriz. Hukuki statü anlamında vatandaşlık, vatandaşlığın hukuken nasıl kazanıldığı ve kaybedildiğine ilişkin hukuki ilke ve kurallar bütünüdür. Vatandaşlığın kazanılmasında iki ana ilke doğumla kazanma (*ius sanguinis*) ve doğum yeri (*ius soli*) olarak adlandırılır. Bunlardan ilki kişinin ana ve babasının vatandaşlığını ya da bir gruba mensubiyetini esas alırken, ikincisi sadece coğrafya ile vatandaşlığın kazanılmasına olanak tanır. Anayasalar ayrıca sonradan vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kurallara da yer verir. Vatandaşlığın kazanılması konusunda anayasalar genellikle ilkelere yer verip detaylara ilişkin düzenlemeleri yasalara bırakırlar⁷. Vatandaşlığın siyasi kimlik ile hukuki statü boyutları arasında da bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin, doğumla kazanma ilkesinin katı bir şekilde uygulanması vatandaşlık etnik kökenle tanımlanmasa dahi, etnik homojenliği olan toplumlarda bu yapının korunmasına hizmet edebilir.

Vatandaşların hak ve sorumlulukları da anayasalarda düzenlenir. Genelde anayasalar hangi hakların genel olarak bireylere, hangi hakların sadece vatandaşlara ait olduğuna ilişkin hükümler içerir ve başta seçme ve seçilme olmak

6) David OWEN, (2010), “Resident Aliens, Non-State Resident Citizens and Voting Rights: Towards a Pluralist Theory of Transnational Political Equality and Modes of Political Belonging”, Citizenship Acquisition and National Belonging: Membership, Belonging and Liberal Democratic State (Der. Gideon Calder, Phillip Cole ve Jonathan Seglow) içinde, Palgrave MacMillan, New York ss.55-57; Aleksandra MAATSCH, (2011), Ethnic Citizenship Regimes, Europeanization, Post-War Migration and Redressing Past Wrongs, Palgrave MacMillan, New York, s. 41-43.

7) Harald WALDRAUCH, (2005), “Acquisition of Nationality”, Acquisition and Loss of Nationality: Policies and Trends in 15 European States Vol 1. Comparative Analyses, (Der. Rainer Bauböck, Eva Ersboll, Kees Groenendijk ve Harald Waldrauch) içinde, Amsterdam University Press, Amsterdam, ss. 121-175

üzere siyasi haklar ile sosyal hakların bir kısmının kullanımını salt vatandaşlara özgüler. Ancak yukarıda değindiğimiz gibi, bazı devletler bu hakların kullanımını yabancılara doğru genişletebilmektedir. Anayasalar ayrıca askerlik ödevi gibi vatandaşların temel sorumluluklarını da düzenleyebilmektedir⁸.

Anayasalarda başka bir düzenleme alanı sosyal ve kültürel kimliktir. Sosyal ve kültürel kimlik, bir kişinin üyesi bulunduğu sosyal ve kültürel gruptan kaynaklanan özelliklerinin bir bütünüdür. Sosyal ve kültürel kimliklerin anayasal düzeyde tanınması kişilerin sosyal ve kültürel özelliklerini yaşama geçirebilecek hareket alanını genişletir. Anadilini kullanma, anadilinde eğitim, dini ve kültürel gelişim hakkı gibi çok-kültürlüğe dayalı ve çoğulcu uygulamalar demokratik devletlerin anayasalarında yer almaktadır⁹. Vatandaşların sosyal ve kültürel kimliği ile siyasi kimlik arasında bir ilişki kurulabilir. Siyasi kimliğin kan ve soy bağı ile etnik kökene bağlı kıldığı sistemlerde sosyal ve kültürel kimlikle ilgili çoğulcu düzenlemelere yer verilmeme olasılığı yüksektir.

Katılımcılık, vatandaşın demokratik rejimlerdeki rolünün seçmen olmanın ötesinde, ister ulusal ister yerel düzeyde olsun günlük siyasi karar alma mekanizmalarına doğrudan etkide bulunabilmesidir. Böylece, katılımcı demokrasilerde vatandaşın toplumun siyasi yaşamına temsilcileri ile katılmasının dışında yeni ve doğrudan katılımı sağlayacak kanallar oluşturulmuş olur. E-demokrasi, yerel yönetimlere sivil katılımı sağlayacak ara kademeler, yerel ve ulusal düzeyde referandumlar, sivil toplum örgütlerinin siyasi karar alma mekanizmaları ile işbirliği yapması, belli bir sayıda katılımı milletvekillerinin geri çağırılması ya da yasa teklifi verilmesi, katılımcı bütçe yapımı gibi yöntemler günümüz demokrasilerinin bir kısmında başvurulan katılımcı vatandaşlık örnekleridir¹⁰.

II- Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

A- Avrupa'dan Örnekler

Vatandaşlığın siyasi kimlik boyutunu kişi ile devlet arasında kurulan ilişki

-
- 8) Bu konuda küresel ölçekte kapsamlı bir çalışma için Bkz. Rita J. SIMON ve Alison BROOKS, (2009) *Rights and Responsibilities of Citizenship the World Over*, Lexington Books, Lanham.
- 9) Will KYMLICKA, (2001), *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, New York. Will KYMLICKA ve Wayne NORMAN, (2003), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York.
- 10) Katılımcılık türleri için Bkz. Smith GRAHAM, (2009), *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation*, Cambridge University Press, New York; Archon FUNG, (2004) *Empowered Participation*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey; Terry F. BUSS ve F. Stevens REDBURN ve Kristina GUO, (2006), *Modernizing Democracy: Innovations in Citizen Participation*, M. E. Sharpe Publications, Armonk, New York; Shah, Anwar (2007), *Participatory Budgeting*, World Bank Publications, Washington D.C.; Giovanni MORO, (2009) *Citizens in Europe: Civic Activism and the Community Democratic Experiment*, Springer, New York.

oluşturur. Bu ilişki bir kültüre ya da medeniyete, coğrafyaya, halka, etnik ya da ırksal gruba referans verilerek kurulabilir. Ulus devletin şekillenmesi ile birlikte, ulusun yapı taşı olarak görülen vatandaş bu devlet yapısının kurucu unsuru haline gelmiştir. Ancak bu yapı taşı niteleyen ve ulusa aitliğinin tespitine yarayacak ölçütün ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Kimin vatandaş olduğunun saptanmasında farklı ölçütler kullanılmıştır. Söz konusu farklılıklar toplumun sosyolojik, iktisadi ve siyasi yapısı ile tarihsel koşullarından kaynaklanmaktadır. Onsekiz ve ondokuzuncu yüzyıllarda vatandaşlık sınıfsal farklılıklar temelinde sosyo-ekonomik statü esas alınarak kurgulanmıştır. Kültürel ya da iktisadi anlamda burjuva sınıftan olanlar vatandaş olarak görülmüş, toplumun geriye kalan yoksul kesimleri ise devletin uyrukları olarak algılanmıştır. Fransa’da vatandaş kelimesi yerine kullanılan “*citoyen*” “şehirli”, “şehre ait olan” gibi anlamlar içermektedir. Britanya’da üst sınıf üyesi erkekler, özellikle de siyasi haklar bakımından vatandaş olarak kabul edilmişlerdir. Yoksullar ve kadınlar ise bu haklardan mahrum bırakılmıştır¹¹. Ondokuzuncu yüzyılın sonundan itibaren vatandaşın kimliğini tayinde kültürel özellikler varlığını korumaya devam ederken sınıfsal bakış terkedilmiştir. Vatandaşlığın siyasi kimliği fiziksel görünüş, coğrafi paylaşım, etnik farklılık, dini ayrımlar ve siyasi değerler esas alınarak şekillenmeye başlamıştır. Bu ölçütler, içeridekiler-dışarıdakiler, bizden olanlar-yabancılar ayrımlarına dayalı bir kategorileştirmeye dayandırılmıştır.

Fransa’da 1789 Devrimi sonrasında bireyin otonomisine dayalı liberal bir yaklaşımla vatandaş tüm etnik ve soy bağlarından bağımsız bir şekilde ulusun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir. Ulus ise aynı yasama organında temsil edilen ve aynı yasalara tabi olan vatandaşlar topluluğu şeklinde tanımlandığından, etnik temeli değil, devlet sınırları içinde yaşayanları kapsayan coğrafyayı esas alan bir vatandaşlık anlayışı kabul görmüştür. Bireyin ve ulusun geleceği bakımından güçlü ve merkezîyetçi bir devlet anlayışı 3. Cumhuriyet döneminde en olgun düzeyine erişmiştir. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru Fransa’da otonom bireyi daha az vurgulayan, ulusu ve kültürü daha ön plana çıkaran, çok kültürlülüğe karşı entegrasyonu temel alan bir kamu hukuku yaklaşımı güç kazanmaktadır. Bu gelişmeler vatandaşlıkla etnik köken ve diğer grup kimlikleri arasındaki mesafenin korunduğunu göstermektedir. Ancak Fransa vatandaşlık ile kültür arasındaki bağı güçlü bir şekilde muhafaza etmeye devam etmektedir. Dil ve kültür Fransız vatandaşını belirleyen önemli unsurlar arasındadır. Kültü-

11) Örneğin ABD, İngiltere ve Latin Amerika devletlerinde vatandaşlığa bağlı siyasi haklar mali güce ve cinsiyete göre belirlenmekteydi. Bkz. Francisco Ibarra PALAFOX, (2011), “Constitutionalism and Citizenship: Facing Multicultural Challenge” *Mexican Law Review*, Cilt: 4, Sayı: 1, s. 59-76.

rün ön plana çıkması, Fransız Anayasa geleneğinde etnik kimliği temel alan bir vatandaşlık tanımına gidilmemesinin temel nedenidir¹².

Almanya, vatandaşlık konusunda Fransa’dan oldukça farklı bir çerçeve geliştirmiştir. Alman birliği sağlanmadan önce çok sayıda prenslikten oluşan alman devletlerinde ortak birleştirici unsur Alman halkına aidiyettir. Çok sayıda küçük devletin yayıldığı bir coğrafyayı birleştirmekte zorlanan Almanlar, birliklerini ortak kültüre dayanan Alman halkını esas alarak gerçekleştirmiştir. Kant, Fransızca *citoyen* kelimesine benzeterek vatandaş karşılığı şehirli *staatsbürger* teriminin kullanılmasını önermişse de, bu önerinin pek rağbet görmediğini, vatandaşın Almanca karşılığı olarak iki farklı terimin ön plana çıktığını görmekteyiz: *staatsangehörigkeit* (devlete aidiyet) ve *volksangehörigkeit* (halka aidiyet). Günümüz Alman Anayasasında bu iki terim kullanılmaktadır. Her iki terimde de vatandaş pasif bir şekilde, “aidiyet” kavramı ile ifade edilmektedir. Alman birliğinin, kültürü temsil eden bireylerin değil, farklı Alman gruplarının bir araya gelmesiyle sağlanması, Alman anayasacılık geleneğini kimlik ağırlıklı, pasifleştirilmiş bir vatandaşlık kurgusuna itmiştir. Etnik grup ya da milliyet-devlet-pasif birey üçlemesi Alman vatandaşlık kurgusunun temeline yerleştirilmiştir. Vatandaşın kimliğinin tasarımında birey-devlet ilişkisi pasif, halk-devlet ve millet-devlet ilişkileri aktif bir rol oynamıştır. Bunun bir sonucu olarak günümüz Alman Anayasası vatandaşlığı ulus üzerinden tanımlarken etnik yapıya da yer veren bir ifade biçimini korumaktadır. Son yıllarda Habermas tarafından tanıtılan, ülkemizde “anayasal vatandaşlık” olarak adlandırılan, “anayasal vatanseverlik” (*verfassungspatriotismus*) kavramlaştırması özü itibarıyla kimlikleri homojenleştirici Alman anayasal yaklaşımını değiştirmeye yöneliktir¹³.

Siyasi kimlik olarak vatandaşlığın tarihi bakımından en ilginç örnek Britanya’dır. Diğer birçok kamu hukuku alanında olduğu gibi vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler bakımından da Britanya kendine özgü geleneksel yaklaşımlarını muhafaza etmiştir. Yazılı bir anayasası bulunmayan Britanya’da vatandaşlık feodal dönemlerden beri kullanılan tebaa terimi ile birlikte kullanılmıştır. Onsekizinci yüzyılda İngiltere ve İskoçya krallıklarında yaşayan Protestan nüfusu kapsayan vatandaşlık 1707 tarihli Birlik Yasası ile düzenlenmiş, bu tarihten itibaren çıkarılan çok sayıda kanunla kapsamı genişletilmiştir. Önce ülke dışından gelen

12) Cécile LABORDE, (2004), “Republican Citizenship and the Crisis of Integration in France”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, s. 46-73.

13) Ulrich K. PREUß, (2004), “Citizenship and the German Nation”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, s. 22-45.

Protestan ve Musevi göçmenlerin vatandaş olarak kabul edilmesi, daha sonra deniz aşırı ülkelerde yaşayanlara tanınan özel statülü vatandaşlık hakları ve 1870 yılında neredeyse isteyen herkesin Britanya tebaası olabilmesine olanak veren yasal düzenleme, Britanya vatandaşlık sistemine esneklik kazandırmıştır. Sürekli değişen iktisadi ve sosyal koşullar içinde bireylerin kendi şahsi çıkarlarına göre bir vatandaşlık tercihinde bulunabilmelerine olanak tanıyacak kadar esnek bir vatandaşlık sistemi içinde, vatandaş herhangi bir grup aidiyeti ile sınırlandırılmamak zorundadır. Britanya vatandaşlık sistemi son dönemlerde küresel göç nedeniyle bu esnekliğini yitirmiştir. Bununla birlikte vatandaşlığa kabulün sınırlandırılması siyasi kimlik tanımla ile değil, teknik hukuki araçlarla gerçekleştirilmektedir. Britanya'daki bu uygulamalar Amerika Birleşik Devletlerini de etkilemiştir. Bireyin hak ve özgürlüklerini esas alan aktif vatandaşlık anlayışının, etnik yönü bulunmayan bir ulus tanımla ile birlikte uygulandığı Anglo-Amerikan sistemi vatandaşlığı esas olarak birey-devlet arasında hukuki bir bağ olarak görmektedir. Vatandaşın sosyal aidiyetleri, toplumun siyasi ve sosyal kültüründe etkili olsa dahi vatandaşlık bağının oluşmasında önem taşımaz¹⁴.

Siyasi kimliğin tanımlanması bakımından hukuk sistemlerinin gösterdiği çeşitlilik ve farklı modeller ışığında, vatandaşlığın anayasal tasarımı içinde belirleyici olan unsur ya da unsurların neler olduğu araştırma konusu olmuştur. Bu konuda Avrupa devletlerini içeren yeni bir ampirik çalışma, erken dönemlerde demokratikleşen ve imparatorluk ya da kolonyal bir geçmişe sahip ülkeler olan Britanya, Fransa ve Belçika'da vatandaşlıkla ilgili politikaların oluşturulmasında katı ve dar çerçeveli olmayan bir anlayışla hareket edildiği; buna karşın demokratikleşmesi geç dönemlere rastlayan ve imparatorluk geçmişi olmayan ülkelerde daha katı ve daraltıcı politikaların ve buna uygun bir hukuki yaklaşımın egemen olduğu görülmektedir. Bu grupta Federal Almanya, İtalya, Yunanistan yer almaktadır¹⁵. Aynı çalışmada vatandaşlık düzenlemelerin katılığı veya esnekliğinde nüfus ve ülke büyüklüğünün bir önem taşımadığı saptanmıştır.

B- Dünya Anayasalarında Durum

Aşağıda Tablo 1'de görüleceği üzere günümüz anayasalarının önemli bir kısmı vatandaşlığı normatif düzeyde salt hukuki statü üzerinden kurmaktadır. Vatandaşlığın hukuki statü üzerinden kurulması devletle kişi arasındaki siyasi bağın oluşturulmasında vatandaşlığın kazanılması yöntemleri dışında bir tanımla-

14) Jose HARRIS, (2004), "Nationality, Rights and Virtue: Some Approaches to Citizenship in Great Britain", *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, s. 73-91.

15) Marc Morjé HOWARD, (2009), *The Politics of Citizenship in Europe*, Cambridge University Press, New York, s. 43-51.

ma yapılmaması anlamına gelir. Kan esası, doğum yeri ve sonradan kazanılma yöntemlerinden biriyle ya da bu ilkelerin birlikte uygulanmasıyla vatandaş olan ya da vatandaşlığa kabul edilenler artık o devletle siyasi olarak ilişkilendirilmiş kişilerdir. Bu ilişkilendirme biçimi normatiftir ve tek başına ülkenin kültüründe ulus, etnik köken ve soy temelli bir yaklaşımın olmadığını göstermez. Ancak siyasi kimliğin oluşumunda normatif bir nitelendirmenin yapılmadığına işaret eder. Vatandaşlık tanımının yer almadığı anayasalar kişileri normatif ve şekli anlamda belli bir sosyal ya da etnik grubun üyesi haline getirmezler.

Tablo 2'de ise kişi ile devlet arasındaki ilişkiyi etnik kimlikle kurmayan, ancak tüm etnik grupları sayma yoluna giderek bu grupların kültürel çeşitliliğini eşitlik temelinde normatif bir ifadeye kavuşturan anayasalar bulunmaktadır. Etnik çeşitliliği ve eşitliği normatif bir dile dönüştüren bu anayasalarda tek bir etnik gruptan hareket edilmemesi vatandaşın siyasi kimliğinin belirlenmesinde etnik kökene dayanılmadığı duygusunu uyandırmaktadır. Ancak bu düzenlemelerde, kişilerin anayasa metninde sayılan her bir etnik grubun üyesi olarak nitelendirildiklerini ve dolayısıyla da mikro düzeyde etnik kimliğe yer verildiğini görmekteyiz. Bu nedenle Vatandaşların etnik gruba aidiyetleri bu anayasalarda da gözetilmekte, fakat baskın etnik grupla diğerleri arasında bir eşitlik olduğu vurgulanmaktadır. Vatandaş baskın etnik grubun üyesi olmaya normatif anlamda zorlanmamakta, ancak ülkedeki etnik gruplardan birinin üyesi olarak nitelendirilmektedir. Ülkelerindeki etnik yapıları anayasalarında sayma yoluyla düzenleyen devletlere baktığımızda, bu sistemlerin özellikle ortak kimlik sorunu yaşayan, ülkedeki farklı sosyal grupların daha önceki dönemlerde çatışma içinde oldukları, savaş ya da iç savaş geçmişi olan siyasi yapılar (Afganistan, Hırvatistan, Makedonya ve Karadağ) olduklarını gözlemek mümkündür.

Vatandaşlığın siyasi kimliğinin belirlenmesinde kullanılan bir başka yöntem Tablo 3'te görüldüğü gibi etnik kökene atıf yapmayan nötr bir vatandaşlık tanımının oluşturulmasıdır. (Amerika Birleşik Devletleri, Azerbaycan, Bangladeş, Çin, Endonezya, Fiji, Irak, İran, İsviçre, Kongo, Portekiz, Vietnam). Bu anayasalarda vatandaşlığın devletle kişi arasındaki ilişki olduğunun anayasa metnine yazılması "malumun ilanı" olarak değerlendirilebilir. Vatandaşlığın bir etnik ya da benzeri grup aidiyetiyle ilişkilendirilmediği bir sistemde tanım yapılması ihtiyacı da ortadan kalkmaktadır. Totolojik niteliklerine rağmen bu tanımların kullanılması, devletle birey arasındaki ilişkinin kurulmasında başkaca bir aidiyetin bulunmadığının normatif ifadeye kavuşturulma ihtiyacı ile açıklanabilir.

Tablo 4'de vatandaşlığı etnik kökenle tanımlamayan, ancak anayasa metninde etnik kökenle ilişkili ifadelere yer veren anayasalar bulunmaktadır. Bu anayasalarda devletle kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisi ırk, kavim ya da etnik aidiyet

üzerinden kurulmasa da anayasa metninde söz konusu yapılara ait terimler kullanılmaktadır.

Tablo 5'te vatandaşlığı ırk, soy ya da etnik aidiyetine göre tanımlayan ya da böyle bir tanımlama yoluna gitmese dahi anayasanın başlangıç kısmında veya metnin bölümlerinde söz konusu aidiyetleri düzenleyen anayasalar yer almaktadır. Bahreyn, Fas, Federal Almanya, Kuveyt, Liberya, Lübnan, Tunus ve Ürdün anayasaları bu gruba girmektedir. Vatandaşlığın ırka aidiyetle ifade edildiği tek örnek 1986 tarihli Liberya Anayasasıdır. Bunun dışında kalan anayasaların tümünde aidiyet etnik köken üzerinden kurulmuştur.

III- Türkiye’de Vatandaşlık: Anayasacılık Tarihine Bir Bakış

A- Osmanlı Dönemi Gelişmeleri (1839-1909)

Hukuk tarihimiz bakımından vatandaşlık kavramının tartışılmaya başlanması ve ilk hukuki düzenlemelerin ortaya çıkışı on dokuzuncu yüzyıla rastlar. Modern vatandaşlık anlayışının Amerikan Bağımsızlık Savaşı ile Fransız Devriminden sonra yayılmaya başladığı dikkate alınacak olursa 1800’lerin ortalarından itibaren Osmanlı Devletinde vatandaşlığın konuşulması yeni gelişmelerin Osmanlıya çok da geç ulaşmadığının bir kanıtıdır. Bu yüzyıla kadar, Osmanlı Devleti kendine özgü siyasi sistemi olan bir imparatorluk yapısına sahipti. Bu sistemin kamu hukuku bakımından özgünlüğünü kazandıran iki kurumu Osmanlı millet sistemi ve reaya adı verilen tüm Osmanlı tebaasının sahip olduğu hukuki statü ya da statülerdir.

Osmanlı Devleti sınırları içinde yaşayan topluluklar “millet sistemi” içinde otonom niteliğe sahip gruplara dönüşmüşlerdir. Bu grupların millet olarak adlandırılması, modern devletin oluşması döneminde ortaya çıkan millet ve milliyetçilik terimleri ile karıştırılmasına neden olabilmektedir. Osmanlı Devletinde millet denince ortak kültürel miras ya da etnik köken değil kişilerin ait oldukları dinler esas alınmaktaydı. Tüm Müslümanlardan oluşan hakim millet yanında, Ortodoks Hristiyanlar (Yunan, Bulgar, Sırp, Romen, Arap ve Bizans Ortodoks Hristiyan ahalisi) Rum milleti olarak adlandırılmıştır. Yahudiler ve Ermeniler de din bazında millet olarak kabul edilmişlerdir. Gayrimüslimlere tanınan otonomi tarihi süreç içinde ortaya çıkmıştır. Bu süreç dış baskıların değil iç dinamiklerin etkisi altındadır¹⁶.

Osmanlı Devletinde yönetici konumundaki askeri tabaka ile ulema dışında kalan vergi mükellefi halkı ifade eden bir terim olarak “reaya” terimi kullanılmıştır. Kısaca Osmanlı tebaasına verilen isim olan reaya Arapçada “birinin çıkarla-

16) Mehmet Akif AYDIN, (2014), Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, 12. Baskı, s. 144-150.

rını gözetmek, bakmak, mukayyet olmak, gütmek” anlamlarına gelir¹⁷. Osmanlı Devletinde reaya terimi “vergi ödemekle yükümlü, yönetilen tabaka” anlamında kullanılmıştır. Reayanın Sultana şikâyetlerini iletebilmesi ve refahının devletin geleceği bakımından önemsenmesi çağın diğer devletlerinin halklarına göre yaşantısının daha iyi olmasına neden olmuştur. Ayrıca her ne kadar Müslüman olan ve olmayan reaya arasında bazı farklar konulmuşsa da yine dönemin diğer devletlerine göre herkesin can ve mal güvenliği daha iyi sağlanmaktaydı. Bununla birlikte reaya siyasi haklara sahip değildi.

Osmanlı Devletinin on dokuzuncu yüzyılda gerçekleştirdiği reformlar reaya statüsünü de sona erdirmiştir. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile 1856 tarihli Islahat Fermanları Osmanlı tebaasını vergi ve askerlik yükümlülükleri bakımından yeniden düzenlemiştir. Böylece, vergi ödeme yükümlülüğü reayayı tanımlama gücünü kaybetmiş, din ve sınıf farkı gözetmeksizin tüm Osmanlı tebaasının eşit kılınması yeni bir siyasi düzenin habercisi olmuştur¹⁸.

Osmanlı Devletinde vatandaşlık ile ilgili ilk düzenleme büyük ölçüde 1851 tarihli Fransız Vatandaşlık Kanunundan esinlenerek hazırlanan 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmanlı Kanunnamesidir. Bu kanunname 9 maddede Osmanlı uyrukluğunun kazanılması ve kaybedilmesi koşullarını düzenlemektedir. Kanunname, vatandaşlığın siyasi boyutuna yönelik bir hüküm içermez, sadece vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi ile ilgili hükümler içerir. Bu düzenlemenin gelecekte nasıl bir vatandaşlık anlayışının egemen olacağına ilişkin bir ipucu içermediğini söyleyebiliriz¹⁹.

1876 Anayasası, hiç kuşkusuz, vatandaşlıkla ilgili hukuki düzenlemeler içinde klasikten moderne geçişi güçlü bir şekilde yansıtan ilk belgedir. 1876 Anayasasının 8inci maddesi, “Devleti Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine her hangi din veya mezhepten olursa olsun bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve iza'e edilir” hükmünü içerir. 1876 Anayasası ile birlikte Osmanlı tebaası vatandaş kimliğini kazanmıştır. 1876 Anayasasında, bireyi temel alan, eşitliğe dayalı, kapsayıcı vatandaşlık tanımı, klasik Osmanlı anlayışını modernleştirirken Osmanlı İmparatorluğu yapısı içinde oluşmuş çeşitliliğin devamını sağlamaya elverişli bir toplum yapısını hedeflemiştir. Bu tanım, her ulus ve dinden, Osmanlı coğrafyasında devletin egemenliği altında yaşayan herkesi içeriyordu.

17) İslam Ansiklopedisi (2007), Reaya maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Cilt 34, s. 490.

18) Suna KİLİ ve Şeref GÖZÜBÜYÜK, (2000), Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 21-23; Türkiye Diyanet Vakfı, a.g.e., s. 492.

19) Rona AYBAY, “Tebaa-i Osmani'den T.C. Yurttaşına Geçişin Neresindeyiz?”, 75 Yılda Tebaadan Yurttaşa Doğru, içinde, (Der. Artun Ünsal), Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998.

1876 Anayasası vatandaşlığı eşitliğe dayalı ve kapsayıcı bir şekilde tanımlamakla birlikte, vatandaşın siyasi yaşama katılması konusunda sınırlandırıcı bir yaklaşımı benimsemiştir. 1876 Anayasasının ilk haline vatandaşın siyasi yaşama katılımını sağlayan dernek kurma ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları dâhil edilmemiştir. Ancak, 1909 yılında yapılan değişikliklerle bu haklar da anayasanın kapsamına alınmıştır²⁰.

B- Cumhuriyet Dönemi Gelişmeleri

Henüz Cumhuriyet ilan edilmeden ve Osmanlı Devleti varlığını sürdürürken, Kurtuluş Savaşı sırasında kabul edilen 1921 Anayasasında vatandaşlığı tanımlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, 1921 Anayasasının 3. Maddesinde “Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Anayasa, yeni kurulan Türkiye Devleti ile Misak-ı Milli adı verilen bir siyasi coğrafya üzerinde yaşayan kökenleri ne olursa olsun tüm insanların siyasi birliğini ifade etmiştir. Ayrıca, bu anayasada etnik kimlik ifadesi anlamına gelebilecek herhangi bir ibare kullanılmamıştır²¹. 1921 Anayasası üzerine çalışan anayasa hukukçuları, anayasanın siyasi birlik ve bağımsızlık temelinde tüm toplumu siyasi ve coğrafi bir şekilde tanımlama eğiliminde olduğu konusunda birleşmektedir²².

Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Anayasası vatandaşlık konusunda 1876 ve 1921 Anayasaları ile oluşturulan kapsayıcı ve coğrafya esasına dayalı vatandaşlık anlayışını daraltıcı bir yaklaşım sergiler. 1924 Anayasası vatandaşlığı “Türklerin Kamu Hakları” başlığı altında Anayasanın 88inci maddesinde düzenler. Bu düzenlemeye göre, “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk itlak olunur (denir)”. 1924 Anayasasının oylanması sırasında yapılan tartışmalar bu maddede yer alan “Türk” kelimesinin referansı üzerine yoğunlaşmıştır. Eskişehir milletvekili Abdullah Azmi Efendi Meclis Genel Kuruluna Türk kelimesinin tabiiyete mi yoksa milliyete mi referans verdiğini sormuştur. Gelibolu milletvekili Celal Nuri Beyin önerilen metinde yer alan Türk ibaresinin milliyete değil tabiiyete karşılık geldiğini ifade etmesi üzerine söz alan Bozok milletvekili Ahmet Hamdi Bey, “Efendim, buyuruyorsunuz ki, bu

20) Nihat BULUT, (2008), “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, s. 1-15.

21) Vahap COŞKUN, (2009) “Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16-19, Yıl: 2007-2008, Diyarbakır, s. 9; Bülent TANÖR, (2004), Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 253-255.

22) Ergun ÖZBUDUN, (1992), 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, s. 23; Osman CAN, (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, Uluslararası Anayasa Kongresi, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara s. 131; COŞKUN, “Cumhuriyet Anayasalarında...”, s.11; TANÖR, a.g.e., s. 247.

tabiiyeti tespit etmiyor, milliyeti tespit ediyor. Hâlbuki madde Türkiye ahalisine din, ırk farkı gözetmeksizin Türk deyince nasıl olur da milliyeti tayin etmiyor da tabiiyeti tayin ediyor buyuruyorsunuz? Milliyeti tayin ediyor” şeklinde cevap vermiştir. Hamdullah Suphi Bey ise “Siz lisan ayrılığı, mektep ayrılığı, devlet ayrılığı güdünüz. Ondan sonra geliniz bana deyin ki bizi Türk telakki et. Eğer böyle muhalif iseniz elimden gelmez. Çünkü ruhumun inanmasına imkân yoktur” diyerek azınlıkların Türk olarak nitelenmelerine karşı çıkmıştır. Tartışmaya katılan Konya milletvekili Naim Hazım “Türk” kelimesinin “Türkiyeli” şeklinde tadilini istemişse de bu öneri benimsenmeyerek madde yukarıdaki şekliyle kabul olunmuştur²³.

1924 Anayasasının vatandaşlık tanımının içeriği konusunda günümüze kadar uzanan bir tartışma başlamıştır. Acaba 1924 Anayasasındaki vatandaşlık tanımıyla etnik olarak “Türk” olmasa da vatandaş olarak herkesin Türk olduğu mu kastedilmektedir? Yoksa ülkede yaşayan herkes Türk etnik kimliğinin bir parçası mı yapılmaktadır?

Günümüzde bazı yazarlar 1924 Anayasasındaki “Türk” teriminin etnik kökene gönderme yaptığını iddia etmektedir. Diğer bir grup yazar ise terimin etnik kökenle ilgili olmadığı görüşündedir. Terimi etnik kökenle ilişkilendiren yazarlar, tanımın kimliklerin geliştirilmesine izin vermediğini²⁴, azınlıklara hiçbir gönderme yapılmadan herkesin “Türk” olarak nitelendirildiğini²⁵, Türkleştirme politikalarının anahtarı olarak kullanıldığını²⁶ ifade etmişlerdir. Terimi etnik kökenle ilişkili olmadığı görüşünde olan yazarlar ise 1924 Anayasasındaki vatandaşlık tanımının kapsayıcı olduğunu²⁷, coğrafi vatandaşlık bağını vurguladığını²⁸, Türklerden kastın etnik olarak Türkler olmadığını²⁹ ve terimin milliyeti ifade etmediğini³⁰ ileri sürmüşlerdir.

1924 Anayasasındaki vatandaşlık düzenlemesinin Osmanlı dönemi yaklaşımindan farkı coğrafya esasından uzaklaşmasıdır. Osmanlı Devleti ya da Fransız

23) TBMM Zabıt Ceridesi (1924), Cilt 8/1, s. 908-911.

24) COŞKUN, “Cumhuriyet Anayasalarında...”, s. 13

25) Taha PARLA, (1995), Türkiye’deki Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları: Cilt 3 -Kemalist Tek Parti İdeolojisi ve CHP’nin Altı Oku, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 209.

26) Suavi AYDIN, (2009), “Amacımız Devletin Bekaası”, Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar içinde, TESEV Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, s. 31.

27) Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, (2007), Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye, Detay yayıncılık, Ankara, s. 45.

28) TANÖR, a.g.e., s.309.

29) Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ, (2013), Vatandaşlık Üzerine bir Tez, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 246.

30) Hicri FİŞEK, (1961), Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türk Matbaası, Ankara, s. 23.

anayasacılık tarihinde olduğu gibi etnik kimlikler üstü bir terim çerçevesinde vatandaşlık tanımlanmış olsaydı 1924 Anayasası döneminden günümüze kadar uzanan bir tartışma da ortaya çıkmayacaktı. Anayasada farklı kimliklerin haklarının düzenlenmemiş olması, Lozan Antlaşması ile kabul edilmiş olan azınlıklara ilişkin hakların anayasa metnine aktarılmamış olması da 1924 Anayasasının kapsayıcı bir yaklaşım geliştirmediğinin bir göstergesidir. 1924 Anayasasını yapan Meclisin toplumun tümünü temsil edecek şekilde demokratik bir anlayışla oluşturulmaması ve 1876 Anayasasının kurucusu olduğu Osmanlı vatandaşlık sistemi ve meşrutî monarşinin İmparatorluğun dağılmasını önleyememesi 1924 Anayasasının yönelimini tayin eden önemli faktörlerdir. Cumhuriyet döneminde Osmanlı döneminin iyi bir muhasebesinin yapılamaması ve tepkisel bir tutum takınılması da bu yaklaşım değişikliğinin nedenleri arasındadır. Toplumsal dokusu bakımından Osmanlı Devletinin mirasını devralan Türkiye Cumhuriyeti, anayasal kurumları, dayandığı felsefe bakımından radikal bir kopuş içindedir³¹.

Bu kopuşun modernleşme modelleri ile ilgisi üzerinde duran yazarlar Cumhuriyet modernleşmesinin toplumsal katılıma açık olmayan, tepeden inmece ve seçkinci özelliğine dikkat çekerler. Toplumun kendi tarihi, kültürel özellikleri ve geçmiş tecrübelerini görmezden gelen bir yaklaşımın toplumu yukarıdan değiştirmeye yönelmiş olması, toplumsal dönüşüm ve değişimin, olumlu sonuçları ile birlikte geleceğe önemli sorunlar bırakmıştır³². Seçkinci Cumhuriyet eliti aynı zamanda “Batılılaşma” hedefine sahiptir. Batının oldukça öykünmeci bir bakış açısıyla ve toplumsal katmanların talepleri dikkate alınmadan referans alınması sonucunda ne Batı tam olarak analiz edilebilmiş ne de toplumun gerçek ihtiyaçları belirlenebilmiştir. Batıda vatandaşlık ve birey-devlet ilişkilerinin her devlette ayrı bir gelişim çizgisi oluşturması ve anayasacılık hareketlerinin birbirinden farklı modeller geliştirmesi gerçeğine bakılmadan hareket edilmiş olması, Britanya, Fransız ve Alman sistemlerinin temel özelliklerinin tam olarak anlaşılmasına neden olmuştur. Osmanlı Devletinin son dönemlerinden itibaren başlayan Batılılaşma hareketi Fransa model alınarak gerçekleştirilmiştir. Ancak, Osmanlı Devletinde hakim olan mevcut toplumsal yapıyla Batıdan alınan yeni kurumları uyumlaştırma ve birleştirme düşüncesi, Cumhuriyetin ilk döneminde tamamen terk edilerek tarihsel bağ kopartılmaya çalışılmıştır. Bu bakış açısı farklılığı vatandaşlık ile ilgili anayasal düzenlemelere de yansımıştır.

31) CAN, a.g.e., ss. 128-130; Meltem Dikmen Caniklioğlu (1996), *Sivil Toplum ve Türkiye'deki İzdüşümleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 118.

32) Bkz. Levent KÖKER, (2007), *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.

1961 ve 1982 Anayasaları, vatandaşlıkla ilgili düzenlemelerde 1924 Anayasasından da katı bir tutum içindedir. 1961 Anayasasında vatandaşlık, Anayasanın “Türk vatandaşlığı” kenar başlığını taşıyan 54üncü maddesinin ilk fıkrasında, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür” şeklinde tanımlanmıştır. 1982 Anayasası 1961 Anayasasındaki tanımı 66ıncı maddenin ilk fıkrasında olduğu gibi korumuştur. Madde kenar başlığı da 1961 Anayasasındaki halini muhafaza etmiştir. 1924 Anayasasında Türklük sadece vatandaşlık bağı bakımından düzenlenirken 1961 ve 1982 Anayasalarında vatandaşların tümünün “Türk” olduğu kuralı kabul edilmiştir. Her iki anayasanın hazırlık aşamasında “Türk” terimini vatandaşlıkla özdeşleştiren bu düzenlemeye karşı çıkanlar olmuştur. 1961 Anayasası hazırlık döneminde Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından hazırlanan tasarıda “Türk vatandaşlığı” tanımının belirsizlik oluşturabileceği ve sadece belli bir ırka mensup olanları ifade etmek için kullanılabileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca, 1982 Anayasası yapım sürecinde Danışma Meclisi üyesi olan İhsan Göksel “Türk” ve “Türk vatandaşı” terimleri arasında fark olduğunu ileri sürmüştür. Göksel'e göre, “Vatandaş bir devletin ahalisinden ve tebaasından olan kişidir. Türk kelimesi ise aynı kültüre mensup, dil, kültür ve ülkü birliğiyle birbirine bağlı olan Türklerin oluşturduğu sosyal topluluğa denir. (...) Bunların Türkle has olanlarını üzerinde taşımayan kimse ise Türk olamaz. Bu manevi değerler arasına soy ve tarih birliğini de katabiliriz. İnsanların gönlüne, kafasına, kanına ve ruhuna sinen bu hasletleri, vatandaşlığa kabul edilen birisinin kafasına, kanına ve ruhuna sindirmek mümkün değildir. (...) Türkiye'de yaşayan her Türk vatandaşdır ama her vatandaş Türk değildir”³³.

C- Yeni Anayasa Yapım Süreçlerinde Vatandaşlık

1- Ergun Özbudun Başkanlığında Hazırlanan Öneri

2007 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümeti tarafından oluşturulan Ergun Özbudun başkanlığında bir komisyon³⁴ yeni anayasa taslağı çalışmalarında bulunmuş ve çalışmaları sonucunda ortaya çıkan öneriyi toplumla paylaşmışlardır. Bu öneri hukuki süreçlerde kullanılmamışsa da sonraki tartışmalarda referans verilen bir çalışma olmuştur. Önerinin vatandaşlıkla ilgili kısmına baktığında tek bir öneri yapılmadığı, alternatifli üç önerinin hazırlandığı görülmektedir. Bu üç öneri aşağıdaki gibidir:

Alternatif 1- Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

33) Danışma Meclisi Tutanakları, Dönem 2, Cilt: 9, Birleşim: 137, s. 41.

34) Grup Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Zühtü Arslan, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Levent Köker, Prof. Dr. Serap Yazıcı ve Prof. Dr. Fazıl Hüznü Erdem'den oluşmaktaydı.

Alternatif 2- Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkese, din ve ırk farkı gözetmeksizin Türk denir.

Alternatif 3- Vatandaşlık temel bir haktır. Kanunun öngördüğü esaslara uygun olarak bu statüyü kazanan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

2- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışmaları

12 Haziran 2011’de gerçekleşen genel seçimler öncesinde öne çıkan tartışma konusu yeni bir anayasaya olan ihtiyaçtı. Tüm siyasi partilerin seçim öncesi faaliyetlerinde bu konuyu öne çıkartmaları ve vaatlerde bulunmaları, seçim sonrasında yeni anayasanın yapımı için TBMM içinde bir komisyonun oluşturulması fikrini güçlendirdi. AKP, Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulması fikrini öne çıkararak, TBMM’de temsil edilen dört partiden, 10 Ekim 2011 tarihine kadar üçer milletvekilinin adını belirlemesini istedi. TBMM’de temsil edilen dört siyasi partinin, üçer üye ile eşit biçimde temsil edileceği bir komisyonun kurulmasında uzlaşıldı. Bu çerçevede, yeni anayasayı yazmak üzere TBMM’de, “Anayasa Uzlaşma Komisyonu” kuruldu. Uzlaşma Komisyonu ilk toplantısını 19 Ekim 2011’de yaptı. Anayasa Uzlaşma Komisyonu, TBMM’nin İç Tüzüğü’nde belirtilen Komisyonlardan ayrı bir *ad hoc* Komisyon olarak kuruldu. Komisyon’un yetkileri, çalışma aşamaları ile süresi, teknik destek ve danışman desteği ile Komisyon’un hangi koşullarda dağılabileceği 15 maddelik bir Çalışma Esasları metninde belirtildi³⁵.

Komisyon’da yazım süreci başlamadan önce, vatandaşlar ile sivil toplum kuruluşlarına bir çağrı yapıldı. Bu çağrının amacı TBMM Başkanı Cemil Çiçek tarafından “toplumun bütün kesimlerince benimsenecek daha katılımcı, şeffaf ve demokratik bir anayasa” oluşturmak olarak belirtildi. Komisyon, 4 Mayıs 2012’ye kadar, 42 siyasi partiyi, 39 meslek örgütü ve sendikayı, 79 dernek, vakıf ve platformdan oluşan sivil toplum kuruluşlarını üniversiteler ile çeşitli kurumları dinledi. Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na, çeşitli iletişim kanallarıyla 64 bin kişi tarafından görüş bildirildi. Bu görüşlerin 440’ı sivil toplum kuruluşlarından geldi. Komisyon çalışmaları, 2013 Kasım ayında bir ortak uzlaşma metni ortaya çıkmadan sona erdi. Üzerinde uzlaşılan maddelerin mevcut anayasaya eklenmesi önerisi ise kabul görmedi.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları çerçevesinde her partinin temsilcileri kendi önerilerini hazırlayarak Komisyona sunmuşlardır. Bu öneriler aşağıdaki gibidir:

35) Bkz. TESEV (2012), Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 (Ekim 2001-Ocak 2012), (Der. Ferhat Kentel, Levent Köker ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul; TESEV (2012) Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2 (Şubat 2912-Haziran 2012), (Der. Mehmet Uçum ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.

Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)

Vatandaşlık

(1) Vatandaşlık temel bir haktır; kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(2) Hiç kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Cumhuriyet Halk Partisi (CHP)

Vatandaşlık (Türk Vatandaşlığı) (Türkiye Vatandaşlığı)

Not: Vatandaşlık maddesinin, Anayasa’nın başlangıç bölümü ve Cumhuriyet’in temel nitelikleri ile birlikte tartışılması gereklidir. Zira vatandaşlık kavramı ulus kavramı ile yakın ilişki içindedir.

Vatandaşlığın ırk, dil ya da din birliği olmayıp; bireyi ”bir arada yaşama arzusuna dayalı olarak“ devlete bağlayan hukuksal bir ilişki olduğu göz önüne alınarak bu konular düzenlenmelidir.

Milliyetçi Hareket Partisi (MHP)

Türk Vatandaşlığı

Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk’tür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiç bir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz.

Barış ve Demokrasi Partisi (BDP)

Vatandaşlık

Türkiye vatandaşlığının kazanılmasında, kullanılmasında ve kaybedilmesinde, dil, din, ırk, etnik köken, kültür, cinsiyet, cinsel yönelim ve benzeri farklılıklar gözetilemez. Vatandaşlığa ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

(2) Hiç kimse kendi isteği dışında vatandaşlıktan çıkartılamaz.

Vatandaşlık tanımı konusunda siyasi partilerin farklı önerilerde bulunmaları bu önerilerin uzlaştırılarak ortak bir ifadenin oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte Komisyon çalışmaları boyunca siyasi partiler bu uzlaşmaya ulaşmamıştır. Vatandaşlık ile ilgili madde Komisyon’un uzlaşmaya varamadığı konu-

lar arasında yer almaktadır³⁶. Komisyonunda siyasi partiler arasındaki uzlaşmayı sağlamak üzere gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda ortaya çıkarılan birleşik metin aşağıdaki gibidir:

Vatandaşlık (AK Parti ve BDP) / Türk Vatandaşlığı (MHP) / Vatandaşlık-Türk Vatandaşlığı (CHP)

(AK Parti) (1) Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ana veya babanın çocuğu doğumla vatandaşlık kazanır.

(3) Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(4) Hiç kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(CHP) (1) “Türk vatandaşlığı” dil, din, ırk, cinsiyet, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplere bağlı olmaksızın herkesin “eşitlik” temelinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması anlamına gelir.

(2) Vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine dair usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Vatana bağlılık ile bağdaşmayan eylemlerin mutlak biçimde zorunlu kıldığı haklı nedenler bulunmadıkça kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(MHP) (1) Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.

(2) Türk vatandaşı babanın veya Türk vatandaşı ananın çocuğu Türk vatandaşıdır.

(3) Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(4) Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(5) Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz.

Not: Vatandaşlığı edinme ve vatandaşlıktan çıkarılma konusu üst komisyonunda değerlendirilebilir.

36) Bu konuda sivil toplum örgütlerinde de tam bir uzlaşma olmamakla birlikte, etnik temele dayanmayan bir tanım yapma çabasının hakim olduğu görülmektedir. Komisyon’a gönderilen sivil toplum önerilerine bakıldığında, az sayıda sivil toplum örgütünün, 1982 Anayasası’nın 66. maddesindeki vatandaşlık tanımının aynen muhafaza edilmesi gerektiği görüşünde olduğu, daha geniş olan ikinci grupta yer alan sivil toplum kuruluşlarının, mevcut anayasadaki tanımda kısmi değişiklik yapılmasını talep ettiği görülmektedir. Üçüncü grupta yer alan önerilerde ise hiçbir etnik kimliğin anayasada yer almaması gerektiği savunulmaktadır. Bu son gruba ait önerilerde siyasi kimliğin, etnik bir kimlik olarak değil, daha soyut ilkeler temelinde yansız bir şekilde düzenlenmesi talep edilmektedir. Bkz. TESEV, I, II, III.

(BDP) (1) Türkiye vatandaşlığının kazanılmasında, kullanılmasında ve kaybedilmesinde, dil, din, ırk, etnik köken, kültür, cinsiyet, cinsel yönelim ve benzeri farklılıklar gözetilemez. Vatandaşlığa ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

(2) Hiç kimse kendi isteği dışında vatandaşlıktan çıkartılamaz³⁷.

Yukarıda görüleceği gibi, birleşik metinde vatandaşlık tanımı konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Komisyon birleşik metninde iki parti (MHP ve BDP) ilk önerilerini aynen muhafaza etmiş, diğer iki parti ise (AKP ve CHP) önerilerinde değişikliğe gitmiştir. AKP ilk sunmuş olduğu vatandaşlık tanımı içermeyen ilk önerisini, vatandaşlığın aidiyet temelinde tanımlanmadığı, sadece birey ile devlet arasındaki hukuki bağın ifade edildiği öneri ile değiştirmiştir. Bu yeni öneri partinin anlayışında esaslı bir değişiklik oluşturmamış, etnik temele ya da aidiyete dayalı olmayan bir bakış açısıyla hareket edilmiştir. Değişikliğin nedeni Komisyon çalışmalarında uzlaşmayı sağlama umudu ile açıklanabilir. Böylece AKP, tanım yapılmaması ya da etnik aidiyete bağlı olmayan bir nötr tanım yapılması seçeneklerini alternatifli olarak CHP ise ilk önerisinde tam olarak düzenlemediği madde içeriğini Komisyon çalışmaları sırasında geliştirmiştir. CHP’nin ilk önerisinde ve Komisyon birleşik metnine sunduğu taslakta partinin kendi içinde de bazı konularda net bir sonuca ulaşmadığı gözlemlenmektedir. Madde kenar başlığı için farklı önerilerin (“vatandaşlık”, “Türk vatandaşlığı” ve “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı”) sunulmuş olması ve bu başlıkların aidiyet bakımından oldukça farklı anlamlar içermesi parti içinde de bir uzlaşma olmadığına işaret etmektedir. Bu farklılıklar CHP tarafından yapılan tanıma da yansımış, tanım içinde hem “Türk vatandaşlığı” hem de “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı” ibareleri birlikte kullanılmıştır.

IV- Yeni Anayasa Çalışmalarının Değerlendirilmesi

Tümüyle yeni bir anayasanın yapılmasına yönelik çalışmalar 2007 tarihinden sonra gündeme gelmiş ve yaygın toplumsal destek bulmuştur. Yukarıda özetlediğimiz geçmiş çalışmaların sonuç vermemiş olması bu konudaki güçlü isteği sonlandırmamıştır. Önümüzdeki dönemlerde de bu çalışmalar devam edecektir. Çok sayıda değişiklik geçirmesine rağmen 1982 Anayasasının günümüz toplum ihtiyaçlarını karşılayamaması, toplumun farklı kesimlerinin anayasa değişikliği taleplerini sürdürmesi, değişiklikler sonucunda anayasanın mantıksal bütünlüğünün bozulmuş olması ve askeri müdahale döneminde yapılan bir anayasanın demokratik açılımların önünde engel oluşturması yeni anayasa talebinin temel dinamiklerini oluşturmaktadır.

37) Taylan BARIN, (2014), Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, AKP, CHP, MHP ve BDP’nin Anayasa Önerileri, XII Levha Yayınları, İstanbul, s. 181-184.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları gelecekte gerçekleşecek anayasa yapım çalışmaları için değerli bir zemin oluşturmaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın sonuçlarını değerlendirmek toplumun ortak isteği olan yeni anayasa yapımını kolaylaştıracaktır.

1- Madde Kenar Başlığı

1961 ve 1982 Anayasalarında vatandaşlığın düzenlendiği Maddelerin kenar başlığı “Türk vatandaşlığı” olarak belirlenmişti. Uzlaşma Komisyonu bu konuda bir uzlaşmaya varamamıştır. Adalet ve Kalkınma Partisi ile Barış ve Demokrasi Partisi “vatandaşlık”, Milliyetçi Hareket Partisi “Türk vatandaşlığı” önerilerinde bulunurken Cumhuriyet Halk Partisi önerisinde “vatandaşlık”, “Türk vatandaşlığı” alternatifleri birlikte yer almıştır.

“Vatan” terimi Arapça kökenlidir. Arapçada ikamet yeri, ortak yer, ülke anlamına gelen vatandan türetilen vatandaş, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca gibi dillerde kullanılan terimlere (*citizen*, *citoyen*, *ciudades*, *cittadino*) anlam bakımından hem benzerlik gösterir, hem de farklılıklar içerir. Vatandaş, bu dillerdeki muadilleri gibi belli bir coğrafyadan olmaya işaret eder, ancak Latince kökenli dillerde terimin anlam içeriğinde bulunan “şehirli” ve “burjuva” gibi alt anlamlar vatandaş teriminde bulunmaz. Bu çerçevede, vatandaş, anlam içeriği bakımından, belki de dünya dillerinde sosyal ve iktisadi gruplara aidiyete en az yer veren terimdir. Madde kenar başlığının vatandaşlık olarak düzenlenmesi Madde kenar başlığında “Türk vatandaşlığı” yerine sadece “vatandaşlık” teriminin kullanılması konusunda MHP dışından kalan üç partinin uzlaşma olasılığı bulunmaktadır.

2- 1961 Ve 1982 Anayasalarında Yer Verilen “Türk Devleti” İbaresini

1961 ve 1982 Anayasalarındaki vatandaşlık düzenlemesine yönelik eleştirilerden biri de anayasa metinlerinde bulunan “Türk devleti” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Her iki anayasada da devletin adında bir uyum sağlanamamış ve “Türkiye Devleti”, “Türkiye Cumhuriyeti” ve “Türk Devleti” ibareleri birlikte kullanılmıştır. Oysa Anayasanın değiştirilmesi yasaklanan 1inci maddesi devletin adını “Türkiye Cumhuriyeti” olarak belirlemiştir. Bu ifadenin tüm anayasa metninde standart olarak kullanılması gerekir. Bir devletin birden fazla resmi adı olacaksa bu durum Anayasa’da belirtilmeli ve hangi adın ne maksatla kullanıldığı açıklanmalıdır³⁸. Yeni anayasa önerilerinde 1961 ve 1982 Anayasalarındaki “Türk devleti” ibaresine MHP dışındaki partiler yer vermemişlerdir. 1982 Anayasasında madde içinde kullanılan “Türk Devleti” ibaresi “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” şeklinde düzenlen-

38) 1982 Anayasası Danışma Meclisi faaliyetleri sırasında bu farklılığın nedeni sorulmuş, Meclis üyesi Kemal Dal “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” ile “Türk Devleti” ibarelerinin eşit anlamda kullanıldığını ileri sürmüştür. Bkz. Danışma Meclisi Tutanakları, Dönem 2, Cilt 9, Birleşim 137, s. 39.

miştir. Önerilen bu düzenleme biçimi devlet adının anayasa metninde standart bir şekilde kullanılmasını sağlayacağı gibi Anayasanın başka hiçbir maddesinde yer verilmeyen bir ifadenin yorumlanmasındaki güçlüklerle de son verecektir.

3- Vatandaşlık Tanımı

Diğer devletlerin anayasalarına bakıldığında ulusal ya da etnik köken ve soy esas alınarak vatandaşlığın normatif tanıma kavuşturulduğu örneklerin son derecede az sayıda olduğunu görmekteyiz. Anayasaların büyük bir çoğunluğu vatandaşlığı ayrıca tanımlama ihtiyacı duymamıştır. Bu anayasalardan bazıları vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin genel ilkeleri hüküm altına almış, bazıları ise buna dahi gerek duymadan vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konusunun yasalarla düzenleneceği kuralı ile yetinmiştir. İncelenen 112 anayasadan 79’u bu kategoride yer almaktadır. Vatandaşlık tanımı yapan anayasalarda ise ikili bir yapı görmekteyiz. Bazı anayasalarda vatandaşlık tanımı herhangi bir etnik referans içermeyecek şekilde yapılırken, diğerlerinde etnik referans tanımın unsuru haline getirilmiştir. İncelenen 112 anayasanın içinde sadece 15 anayasada vatandaşlık etnik temelle tanımlanmış ya da vatandaşlık dışında etnik temele referans verilmiştir. 12 devlet anayasasında ise bir vatandaşlık tanımı yaparken, tanımın etnik bir referans içermemesine dikkat edilmiştir. 4 örnekte ise vatandaşlık tanımı yapılmamakla birlikte ülkede yaşayan tüm etnik yapılara atıfta bulunulmuştur.

Cumhuriyet tarihi boyunca yürürlükte olan anayasaların vatandaşlık tanımında yer verdiği “Türk” terimi, hukuki statü ile etnik aidiyet yaklaşımlarını birlikte içeren bir çerçevede içinde formüle edilmiştir. Bu anayasalarda yapılan vatandaşlık tanımları hukuki bir bağa işaret etse de etnik imadan kurtulamamıştır³⁹. Vatandaşlık tanımları, bireyle devlet arasındaki bağı ya da hukuki statüyü doğrudan Türklük ile kurmamakta ve doğrudan etnik temeli esas almamaktadır. Bununla birlikte, önce bireyle devlet arasındaki hukuki bağ kurulmakta, sonra da bu bağa sahip herkesin Türk sayılacağı (1924 Anayasası) ya da Türk olduğu (1961 ve 1982 Anayasaları) hüküm altına alınmak suretiyle dolaylı bir etnik referans kullanılmaktadır. Bu düzenleme biçimiyle Cumhuriyet anayasacılığının günümüze kadar Fransız evrenselci vatandaş modeli ile kan bağı ve etnik kökeni öne çıkaran Alman modelinin bir karışımını ürettiğini söyleyebiliriz. Kaya ve Tarhanlı’nın belirttiği gibi, bu yaklaşım tarzı kimliğin oluşturulmasında kaygan bir zeminin oluşmasına olanak tanımıştır⁴⁰. Tarihi geçmişi ve kültürel mirasları çok farklı ve

39) Mustafa ERDOĞAN, (2003), Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 4, Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, s. 142.

40) Ayhan KAYA ve Turgut TARHANLI, (2005), “Türkiye’de azınlıklar ve Anayasal Yurttaşlık”, Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları (Der. Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul, s. 15.

birbirine zıtlıklar içeren iki geleneğin vatandaşlık bakışını birleştirmeye çalışan, aynı zamanda da o toplumlardan önemli farklılıklar içeren üçüncü bir sosyal yapıya aktaran böyle bir tanımlama çabası sorunsuz olmayacaktır.

Yeni anayasa önerilerinde ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında 1982 Anayasasındaki düzenlemeye alternatif olarak tanımın hiçbir etnik referans içermeyecek şekilde yapılması ya da tanım yapılmaması önerileri mevcuttur. Anayasa Uzlaşma Komisyonuna katılan siyasi partilerden sadece MHP, 1982 Anayasasında yapılan vatandaşlık tanımının aynen korunmasını savunmuştur. CHP, “Türk vatandaşlığı” ibaresini muhafaza ederken, yeni bir tanımla vatandaşların eşitliğini vurgulamıştır. AKP ve BDP ise etnik referans içermeyen bir tanım yapılmasını ya da tanım yapılmaksızın vatandaşlığın düzenlenmesini önermektedir.

Özbudun, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki Türklük tanımının etnik ve ırkı bir temeli olmadığını, Cumhuriyetin ilk dönemindeki uygulamalardan kaynaklanan sapmalar nedeniyle bu ifadenin asıl anlamının bulanıklaştığını ileri sürmüştür⁴¹. Buna karşın, her iki anayasadaki tanımın vatandaşlığı etnik kökene dayandırdığını ya da en azından toplumda farklı kökenden gelen insanlarda bu hissiyatı uyandırdığı iddia edilmektedir⁴². Özbudun’un bakış açısı yürürlükteki bir anayasal hükümden ne anlamamız gerektiğine ilişkin bir yorum olarak değer taşımaktadır. Böylece, vatandaşlık tanımını yorum yoluyla etnik etkilerden uzak bir anlama kavuşturulmak istenmiştir. Ancak, bu yorumun uygulamaya hâkim olmadığı görülmektedir.

1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasasından farklı olarak vatandaşlığa esas olan Türklüğü tüm vatandaşların ortak bir niteleyicisi olarak ele almaktadır. Dolayısıyla, toplumun tümü normatif bir zorlama ile belli bir grubun üyesi olarak gösterilmektedir. Bu yönüyle iki anayasanın da 1924 Anayasasına göre grup aidiyetini daha fazla vurguladığı ve kişilerin kimliklerini daha sert bir şekilde tayin ettikleri söylenebilir. Üstelik yukarıda görüldüğü gibi bu anayasaların hazırlık çalışmalarında ileri sürülen görüşler de “Türk” kavramının etnik içeriğinden bağımsız ele alınmadığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan, bu anayasalarda yer alan “Türk” kavramının toplum tarafından kapsayıcı bir anlamda algılanmadığını ve değiştirilmesi gerektiğini savunan önemli bir toplumsal grubun bulunduğuna işaret etmek gerekir. Memur-Sen

41) Ergun ÖZBUDUN, (1997) “Milli Mücadelede Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik (Der. Bilgin, Nuri) Bağlam Yayıncılık, s. 70.

42) Naz ÇAVUŞOĞLU, (2012), “Yeni Bir Anayasa için Somut Öneriler: ‘Yurttaşlık’/‘Vatandaşlık’” Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, İstanbul, s. 414; Vahap COŞKUN (2009) “Anayasal Vatandaşlık”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı, Heinrich Böll Stiftung Derneği, İstanbul, s. 85; Fazıl Hüsnü ERDEM,

tarafından elli bin kişilik bir ankette sorulan “Yeni anayasanın etnik kimliklerden arındırılması gerektiğini düşünüyor musunuz?” sorusuna cevap verenlerin %34’ü Anayasa kesinlikle etnik kimlikten arındırılmalıdır şeklinde olumlu cevap vermiş, %26.5’i arındırılması gerektiğini, % 17.5’i ise etnik kimliklerden arındırılması görüşüne kısmen katıldığını beyan etmiştir⁴³.

1961 ve 1982 Anayasalarının yürürlükte olduğu dönemlerde çıkarılan yasalarda ve mahkeme kararlarında “Türk” terimi etnik köken ve soy anlamında kullanılmıştır. 2009 yılında yürürlüğe giren 5901 sayılı Vatandaşlık Kanununun geçici 1inci maddesinin başlığında “Türk soylu yabancılar” ifadesi kullanılmıştır. 2006 tarihli 5543 sayılı İskân Kanununun 3üncü maddesinde, göçmen, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına ve toplu halde Türkiye’ye gelip bu kanun gereğince kabul olunanlardır” şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, bir kararında Türklüğü “insani, dini, tarihi değerler ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli ve manevi değerler bütünü” olarak tanımlamıştır⁴⁴. Bu yasalarda ve yargı kararlarında geçen “Türk”ten devletle vatandaşlık arasındaki bağı oluşturan kapsayıcı bir terim değil, “soy” ve “etnik grup” anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türklük konusunda Özbudun tarafından yapılan yorumun genel kabul görmediği ortadadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan tanımlamanın uluslararası antlaşmalar ile tanınmış ya da tanınmamış dini, dilsel ya da etnik azınlık grupları dışladığı görüşündedir⁴⁵. AİHM ayrıca Türk Ceza Kanununun 301inci maddesinde yer alan “Türklük” ibaresinin “Türk Milleti” ile değiştirilmesinin de bu kavramların yorumunda büyük bir anlam değişikliğine neden olmadığını düşünmektedir⁴⁶.

1982 Anayasasındaki vatandaşlıkla ilgili hükmün yeni anayasaya aynen aktarılmasının konuyla ilgili tartışmaları sonlandırmayacağı açıktır. Bu tanımda kullanılan terimlerin anlamıyla ilgili hukuki sorunlar ve belirsizlikler de farklı yorumlara zemin oluşturmaya devam edecektir.

3- Yeni Anayasa Önerilerinde Alternatif Bir Kimliğe Yer Verilmemesi

Önerilerin hiç birinde “Türk” kelimesinin alternatifi olacak şekilde kimlik içerikli bir ibare kullanılmamıştır. Geçmiş dönemlerde geliştirilen önerilerde “Türk” terimine alternatif olarak sunulan “Türkiyeli” ibaresi, Özbudun başkanlığındaki komisyon çalışması ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu önerilerinde bu-

43) Memur-Sen, (2011), Yeni Anayasa Araştırması, Algı, Beklenti ve Talepler, Yayın No. 13, Ankara, s. 95.

44) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11 Temmuz 2006, E. 2006/9-169, K. 2006/184.

45) AİHM, İkinci Daire, *Dink-Türkiye Davası*, Karar Tarihi: 14 Eylül 2010.

46) AİHM, İkinci Daire, *Altuğ Taner Akçam-Türkiye Davası*, Karar Tarihi: 25 Ekim 2011.

lanmamaktadır. Köker, “Türkiyeli” teriminin daha kapsayıcı olduğu, ancak en doğru çözümün tüm etnik, dinsel, kültürel ve ırki kimliklerden uzak, vatandaşlığın hak olduğunu ve bireylerin kendi istekleri dışında bu haktan mahrum bırakılmayacaklarını belirten bir düzenlemenin kabul edilmesi olduğu görüşündedir⁴⁷. Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında “Türk” terimine başvurulmamasını savunan önerilerde alternatif bir ifadenin ikame edilmemiş olması yerindedir. “Türk” yerine “Türkiyeli” ya da benzeri bir kavramın kullanılması bu konuda yeni bir tartışma başlatacaktır. Daha da önemlisi vatandaşların bu kimliği geniş bir uzlaşma içinde benimseyecekleri konusunda herhangi bir netlik de bulunmamaktadır.

SONUÇ

Modern ulus devletin ortaya çıkması uluslaşma hareketlerini başlatmış ve birey bir siyasi siije olarak ortaya çıkmıştır. Osmanlı anayasacılık hareketi çeşitliliği içeren Osmanlı toplumunu bu gelişmelerle uyumlu hale getirmeye çalışmıştır. 1876 Anayasasındaki vatandaşlık tanımı kapsayıcı bir şekilde bireyin siyasi kimliğini düzenlemiştir. 1924 Anayasası bu çizgiden uzaklaşmış, 1961 ve 1982 Anayasaları ise vatandaş tanımını yaparken aidiyeti daha güçlü vurgulamıştır. Türkiye’de son dönemlerde yapılan tartışmalar bu mirası tekrar hatırlayan ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alan bir seyir izlemektedir. Kapsayıcı vatandaşlık yaklaşımı toplumda ve siyasi partilerde oldukça güçlü sayılabilecek bir destek bulmaktadır.

Türkiye’de anayasacılık hareketi yeni bir sürece girmiştir. Bu süreç henüz yeterli bir berraklık ve ortak anlayış oluşturamamış olsa dahi yeni anayasa için önerilerin tarihi tecrübeler, toplumsal miras ve küreselleşen dünyadaki gelişmeler dikkate alınarak yapılması, değişim ve reform taleplerinin daha köklü ve kalıcı bir anayasal düzenlemeyle sonuçlanmasına neden olacaktır. Tüm vatandaşların kendilerini dışlanmaksızın içinde bulabilecekleri bir anayasal çerçevenin oluşturulması ve vatandaşlık gibi bireyleri doğrudan ilgilendiren bir konuda geçmiş tartışmaların tekrar etmemesinin sağlanması yeni anayasa çalışmalarında vatandaşlık düzenlemesine ilişkin önerilerin temel hareket noktası olmalıdır. Dünya anayasalarındaki örnekler vatandaşlıkla ilgili farklı düzenleme biçimleri olduğunu göstermektedir. Bu konudaki genel eğilim bir vatandaşlık tanımına anayasa metninde yer verilmemesi şeklindedir. Eğer bu seçenek genel kabul görmezse vatandaşlığın etnik kimlik imasına neden olmayacak şekilde tanımlandığı örneklerden de yararlanılabilir. TBMM Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında söz

47) Levent KÖKER, (2009), “Kültürel Çoğulculuk ve Anayasa”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı içinde, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

konusu seçeneklerin tartışılmış olması, henüz hangi seçeneğin benimseneceği konusunda yeterli bir uzlaşa sağlanamamış olmakla birlikte, yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Gelecekteki anayasa yapım çalışmalarında bu tecrübe yol gösterici olacaktır.

Tablo 1- Vatandaşlık Tanımı İçermeyen Anayasalar

1992 tarihli Angola Anayasası⁴⁸, 1994 tarihli Arjantin Anayasası⁴⁹, 1998 tarihli Arnavutluk Anayasası⁵⁰, 1993 tarihli Andorra Anayasası⁵¹, 1920 tarihli Avusturya Anayasası⁵², 1994 tarihli Beyaz Rusya Anayasası⁵³, 1981 tarihli Belize Anayasası⁵⁴, 1970 tarihli Belçika Anayasası⁵⁵, 1990 tarihli Benin Anayasası⁵⁶, 1966 tarihli Botswana Anayasası⁵⁷, Britanya hukuk sistemi⁵⁸, 1991 tarihli Bulgaristan Anayasası⁵⁹, 1992 tarihli Cibuti Anayasası⁶⁰, 1996 tarihli Çad Anayasası⁶¹, 1992 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası⁶², 1849 tarihli Danimarka Anayasası⁶³, 1991 tarihli Ekvator Ginesi Anayasası⁶⁴, 1983 tarihli El Salvador Anayasası⁶⁵, 1997 tarihli Eritre Anayasası⁶⁶, 2005 tarihli Ermenistan Anayasası⁶⁷, 1992 tarihli Estonya Anayasası⁶⁸, 1955 tarihli Etiyopya Anayasası⁶⁹, 1987 tarihli Filipinler Anayasası⁷⁰, 1999

48) http://www.servat.unibe.ch/icl/a000000_.html (16 Eylül 2014).

49) http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94_e.html (16 Eylül 2014).

50) http://president.al/?page_id=663&lang=en (16 Eylül 2014).

51) http://www.andorramania.com/constit_gb.htm (16 Eylül 2014).

52) <http://www.verfassungen.de/at/indexheute.htm> (16 Eylül 2014).

53) http://www.president.gov.by/ru/constitution_ru/ (16 Eylül 2014).

54) <http://www.nationalassembly.gov.bz/index.php/constitution-belize> (16 Eylül 2014).

55) <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/6353> (16 Eylül 2014).

56) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Benin1990English.pdf> (16 Eylül 2014).

57) http://www.chr.up.ac.za/undp/domestic/docs/c_Botswana.pdf (16 Eylül 2014).

58) Yazılı bir anayasası bulunmayan Britanya'da vatandaşlık sistemi oldukça karmaşık olmakla birlikte kanunlarda etnik ya da sosyal kökene dayalı bir vatandaşlık tanımı bulunmamaktadır. 1983 yılında yürürlüğe giren ve tabiiyeti düzenleyen yasa, kapsamı oldukça geniş bir tabiiyet sistemi kurmuştur.

59) <http://www.constitutionnet.org/files/Djibouti%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

60) <http://www.constitutionnet.org/files/Djibouti%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

61) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chad1995English.pdf> (16 Eylül 2014).

62) <http://www.hrad.cz/en/czech-republic/constitution-of-the-cr.shtml> (16 Eylül 2014).

63) http://www.thedanishparliament.dk/Publications/The_Constitutional_Act_of_Denmark.aspx (16 Eylül 2014).

64) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/EquatorialGuinea1991English.pdf> (16 Eylül 2014).

65) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/ElSalvador1983English.pdf> (16 Eylül 2014).

66) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Eritrea1997English.pdf> (16 Eylül 2014).

67) www.president.am/en/constitution/ (16 Eylül 2014).

68) <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/5674> (16 Eylül 2014).

69) <http://www.angelfire.com/ny/ethiocrown/Constitution.html> (16 Eylül 2014).

70) <http://www.chanrobles.com/philsupremelaw2.html#.VHIKOPmsVSo> (16 Eylül 2014).

tarihli Finlandiya Anayasası⁷¹, 1958 tarihli Fransa Anayasası⁷², 1991 tarihli Gabon Anayasası⁷³, 1997 tarihli Gambiya Anayasası⁷⁴, 1992 tarihli Gana Anayasası⁷⁵, 1985 tarihli Guatemala Anayasası⁷⁶, 1980 tarihli Guyana Anayasası⁷⁷,

1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası⁷⁸, 1948 tarihli Güney Kore Anayasası⁷⁹,

1995 tarihli Gürcistan Anayasası⁸⁰, 1987 tarihli Haiti Anayasası⁸¹, 1949 tarihli Hindistan Anayasası⁸², 2002 tarihli Hollanda Anayasası⁸³, 1982 tarihli Honduras Anayasası⁸⁴, 1978 tarihli İspanya Anayasası⁸⁵, 1974 tarihli İsveç Anayasası⁸⁶, 1947 tarihli İtalya Anayasası⁸⁷, 1944 tarihli İzlanda Anayasası⁸⁸, 1962 tarihli Jamaika Anayasası⁸⁹, 1947 tarihli Japon Anayasası⁹⁰, 1972 tarihli Kamerun Anayasası⁹¹, 1982 tarihli Kanada Anayasal Kanunu⁹², 1995 tarihli Kazakistan Anayasası⁹³, 2010 tarihli Kenya Anayasası⁹⁴, 2007 tarihli Kırgızistan Anayasası⁹⁵, 1991 tarihli

71) <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf> (16 Eylül 2014).

72) <http://www2.assemblee-nationale.fr/> (16 Eylül 2014).

73) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Gabon1991English.pdf> (16 Eylül 2014).

74) <http://www1.umn.edu/humanrts/research/gambia-constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

75) http://www.judicial.gov.gh/constitution/second_schedule/home.htm (16 Eylül 2014).

76) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate85.html> (16 Eylül 2014).

77) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guyana/guyana96.html> (16 Eylül 2014).

78) <http://www.thehda.co.za/uploads/images/unpan005172.pdf> (16 Eylül 2014).

79) http://www.ccourt.go.kr/home/att_file/download/Constitution_of_the_Republic_of_Korea.pdf (16 Eylül 2014).

80) <http://www.parliament.ge/en/kanonmdebloba/constitution-of-georgia-68> (16 Eylül 2014).

81) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987.html> (16 Eylül 2014).

82) <http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf> (16 Eylül 2014).

83) <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2008/10/20/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.html> (16 Eylül 2014).

84) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html> (16 Eylül 2014).

85) http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_o.pdf (16 Eylül 2014).

86) <http://www.riksdagen.se/en/Documents-and-laws/Laws/The-Constitution/> (16 Eylül 2014).

87) http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (16 Eylül 2014).

88) <http://www.government.is/constitution/> (16 Eylül 2014).

89) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jam62.html> (16 Eylül 2014).

90) http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html (16 Eylül 2014).

91) http://cambodia.ohchr.org/klc_pages/KLC_files/section_001/section_01_01_ENG.pdf (16 Eylül 2014).

92) <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (16 Eylül 2014).

93) <http://www.parlam.kz/en/constitution> (16 Eylül 2014).

94) <http://www.kenyaembassy.com/pdfs/The%20Constitution%20of%20Kenya.pdf> (16 Eylül 2014).

95) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/kyrgyz_const.pdf (16 Eylül 2014).

Kolombiya Anayasası⁹⁶, 2006 tarihli Kongo (Demokratik Kongo Cumhuriyeti) Anayasası⁹⁷, 1949 tarihli Kosta Rika Anayasası⁹⁸, 1976 tarihli Küba Anayasası⁹⁹, 1993 tarihli Lesoto Anayasası¹⁰⁰, 1922 tarihli Letonya Anayasası¹⁰¹, 1992 tarihli Litvanya Anayasası¹⁰², 1868 tarihli Lüksemburg Anayasası¹⁰³, 2010 tarihli Madagaskar Anayasası¹⁰⁴, 1994 tarihli Malavi Anayasası¹⁰⁵, 1992 tarihli Mali Anayasası¹⁰⁶, 1992 tarihli Moğolistan Anayasası¹⁰⁷, 1994 tarihli Moldova Anayasası¹⁰⁸,

1991 tarihli Moritanya Anayasası¹⁰⁹, 2004 tarihli Mozambik Anayasası¹¹⁰, 1990 tarihli Namibya Anayasası¹¹¹, 1999 tarihli Nijerya Anayasası¹¹², 1814 tarihli Norveç Anayasası¹¹³, 1995 tarihli Orta Afrika Cumhuriyeti Anayasası¹¹⁴, 1973 tarihli Pakistan Anayasası¹¹⁵,

1992 tarihli Paraguay Anayasası¹¹⁶, 1993 tarihli Peru Anayasası¹¹⁷, 1997 tarihli Polonya Anayasası¹¹⁸, 1991 tarihli Romanya Anayasası¹¹⁹, 2003 tarihli Ruanda

96) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf (16 Eylül 2014).

97) www.servat.unibe.ch/icl/af00000_.html (16 Eylül 2014).

98) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html> (16 Eylül 2014).

99) <http://www.constitutionnet.org/files/Cuba%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

100) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=216171 (16 Eylül 2014).

101) <http://www.saeima.lv/en/legislation/constitution> (16 Eylül 2014).

102) http://www.servat.unibe.ch/icl/lh00000_.html (16 Eylül 2014).

103) http://www.servat.unibe.ch/icl/lu00000_.html (16 Eylül 2014).

104) https://www.constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010.pdf (16 Eylül 2014).

105) http://www.africa.upenn.edu/Govern_Political/mlwi_const.html (16 Eylül 2014).

106) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Mali.pdf> (16 Eylül 2014).

107) http://www.servat.unibe.ch/icl/mg00000_.html (16 Eylül 2014).

108) <http://www.presedinte.md/eng/constitution> (16 Eylül 2014).

109) http://www.servat.unibe.ch/icl/mr00000_.html (16 Eylül 2014).

110) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_%28in_force_21_01_05%29%28English%29-Mozlegal.pdf (16 Eylül 2014).

111) http://www.servat.unibe.ch/icl/wa00000_.html (16 Eylül 2014).

112) <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm> (16 Eylül 2014).

113) <https://www.stortinget.no/Global/pdf/Constitutionenglish.pdf?epslanguage=no> (16 Eylül 2014).

114) [http://confinder.richmond.edu/admin/docs/CentralAfricanRepublic1995English\(Summary\).pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/CentralAfricanRepublic1995English(Summary).pdf) (16 Eylül 2014).

115) http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf (16 Eylül 2014).

116) http://www.servat.unibe.ch/icl/pa00000_.html (16 Eylül 2014).

117) <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/latin-america-caribbean/Peru/Constitution%20Peru.pdf> (16 Eylül 2014).

118) http://www.servat.unibe.ch/icl/pl00000_.html (16 Eylül 2014).

119) <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371> (16 Eylül 2014).

Anayasası¹²⁰, 1993 tarihli Rusya Anayasası¹²¹, 2006 tarihli Sırbistan Anayasası¹²², 1991 tarihli Sierra Leone Anayasası¹²³, 1980 tarihli Şili Anayasası¹²⁴, 1995 tarihli Uganda Anayasası¹²⁵, 1996 tarihli Ukrayna Anayasası¹²⁶ ve 1996 tarihli Umman Anayasası¹²⁷.

Tablo 2- Ulusal Ve Etnik Kimliğe Eşitlik Temelinde Yer Veren Anayasalar

Afganistan¹²⁸

2004 tarihli Anayasa madde 4:

(2) Afganistan milleti Afganistan vatandaşlığına sahip olan tüm bireylerden oluşur.

(3) Afganistan milleti aşağıdaki etnik gruplardır: Peştun, Tacik, Hazara, Özbek, Türkmen, Beluci, Paşai, Nuristani, Aymak, Arap, Kırgız, Kızılbaş, Gucur, Barahvui ve diğerleri.

Hırvatistan¹²⁹

1990 tarihli Anayasa

Hırvatistan Anayasası vatandaşlığı tanımlayan özel bir madde içermemekte birlikte Anayasanın Başlangıç kısmında “Hırvatistan Cumhuriyetinin Hırvat ulusu ile vatandaşlık bağı olan Sırp, Çek, Slovak, İtalyan, Macar, Alman, Avusturyalı, Ukraynalı, Ruthenyalı, Yahudi ve diğer yerleşik ulusal azınlıklardan oluştuğu” ifadesine yer vermiştir.

Makedonya¹³⁰

1991 tarihli Anayasa

Başlangıç: Makedonya sınırları içinde yaşayan Arnavut, Türk, Sırp, Vlač, Roma ve Boşnak ve diğer halkların üyeleri Makedonya Cumhuriyeti vatandaşları ve Makedonya halkıdır.

120) http://www.servat.unibe.ch/icl/rw00000_.html (16 Eylül 2014).

121) <http://archive.kremlin.ru/eng/articles/ConstMain.shtml> (16 Eylül 2014).

122) <http://aceproject.org/ero-en/regions/europe/RS/constitution-of-the-republic-of-serbia-2006/view> (16 Eylül 2006).

123) <http://www.sierra-leone.org/Laws/constitution1991.pdf> (16 Eylül 2014).

124) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf> (16 Eylül 2014).

125) http://www.parliament.go.ug/new/images/stories/constitution/Constitution_of_Uganda_1995.pdf (16 Eylül 2014).

126) http://www.justice.gov/eoir/vll/country/foreign_law/ukraine/constitution.pdf (16 Eylül 2014).

127) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180952 (16 Eylül 2014).

128) http://www.servat.unibe.ch/icl/af00000_.html (16 Eylül 2014).

129) http://www.servat.unibe.ch/icl/hr00000_.html (16 Eylül 2014).

130) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239363 (16 Eylül 2014).

Madde 4: Makedonya Cumhuriyeti vatandaşları Makedonya Cumhuriyeti vatandaşlığına sahiptir.

Karadağ¹³¹

2007 tarihli Karadağ Anayasası,

Anayasada vatandaşlığı tanımlayan bir maddeye yer verilmemiştir. Anayasanın “Başlangıç” kısmında, “Karadağlılar, Sırpalar, Boşnaklar, Arnavutlar, Müslümanlar, (...) bu anayasayı kabul Hırvatlar ve diğer halklardan oluşan Karadağ’ın özgür ve eşit vatandaşlarının ettikleri” ifade edilmiştir.

Tablo 3- Etnik Referansı Olmayan Vatandaşlık Tanımlarını İçeren Anayasalar:

Amerika Birleşik Devletleri¹³²

1787 tarihli Anayasa 14üncü değişiklik:

Birleşik Devletlerde doğan veya onun vatandaşlığına geçip yetki alanına tabi olan herkes Birleşik Devletlerin ve ikamet etmekte olduğu eyaletin vatandaşdır.

Azerbaycan¹³³

1995 tarihli Anayasa madde 1:

(2) Azerbaycan Cumhuriyetinin ülkesinde ve Azerbaycan devletine bağlı yerlerde yaşayan Azerbaycan halkı Azerbaycan Cumhuriyetinin vatandaşlarından oluşur.

Bangladeş¹³⁴

1972 tarihli Anayasa madde 9:

Vatandaşlık

(2) (...) Bangladeş vatandaşları Bangladeşli olarak adlandırılır.

Çin¹³⁵

1982 tarihli Anayasa madde 33:

Çin Halk Cumhuriyeti uyruğunda olan herkes Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşdır.

131) <http://www.skupstina.me/images/documents/constitution-of-montenegro.pdf> (16 Eylül 2014).

132) http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (16 Eylül 2014).

133) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Azerbaijan1978Azerbaijani.pdf> (16 Eylül 2014).

134) <http://www1.umn.edu/humanrts/research/bangladesh-constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

135) <http://english.people.com.cn/constitution/constitution.html> (16 Eylül 2014).

Endonezya¹³⁶

1945 tarihli Anayasa madde 26:

(1) Vatandaşlar, Endonezyalı yerliler ile kanunlar çerçevesinde vatandaşlığa kabul edilen yabancı kökenli kişilerden oluşur.

Fiji¹³⁷

2013 tarihli Anayasa madde 5:

(1) Tüm Fiji vatandaşları Fijili olarak adlandırılır.

Irak¹³⁸

2005 tarihli Anayasa madde 18:

Irak vatandaşlığı her Iraklının hakkıdır ve Iraklı uyruğunun temelidir.

İran¹³⁹

1979 tarihli Anayasa madde 41:

(1) İran vatandaşlığı, her İranlının tartışılmaz hakkıdır (...).

İsviçre¹⁴⁰

(1) 1999 tarihli Anayasa Madde 37:

Bir komün ve o komününün bağlı olduğu Kanton vatandaşlığına sahip olan herkes İsviçre vatandaşıdır.

Kongo (Brazzaville)¹⁴¹

1992 tarihli Anayasa madde 21:

Her Kongolu, Kongo vatandaşlığı hakkına sahiptir.

Portekiz¹⁴²

1976 tarihli Anayasa madde 4:

Kanunların veya uluslararası sözleşmelerin Portekiz vatandaşı olarak gördüğü herkes vatandaştır.

136) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181087 (16 Eylül 2014).

137) <http://www.fiji.gov.fj/getattachment/8e981ca2-1757-4e27-88e0-f87e3b3b844e/Click-here-to-download-the-Fiji-Constitution.aspx> (16 Eylül 2014).

138) <http://gjpi.org/library/primary/iraqi-constitution/> (16 Eylül 2014).

139) http://www.servat.unibe.ch/icl/irooooo_.html (16 Eylül 2014).

140) http://www.servat.unibe.ch/icl/szooooo_.html (16 Eylül 2014).

141) http://www.servat.unibe.ch/icl/cfooooo_.html (16 Eylül 2014).

142) http://www.servat.unibe.ch/icl/poooooo_.html (16 Eylül 2014).

Vietnam¹⁴³

2013 tarihli Anayasa madde 47:

Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti vatandaşı Vietnam uyruğunda olan kişidir.

Tablo 4- Ulus ya da Etnik Temele Referans Veren Anayasalar

İrlanda¹⁴⁴

1937 tarihli Anayasa madde 9 ve “Başlangıç” kısmı:

Anayasanın 9uncu maddesinde anayasanın yürürlüğe girmesinden önce İrlanda Devleti vatandaşı olan kişilerin anayasanın yürürlüğe girmesiyle İrlanda vatandaşı (Anayasa’da kullanılan Éire etnik grubu ifade eder) olacağı hükmü bulunmaktadır. Anayasada ayrıca İrlanda milleti (Irish nation) ve İrlanda halkı (The people of Éire) ifadelerine yer verilmiştir.

Kamboçya¹⁴⁵

1993 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, metinde pek çok maddede “Khmer vatandaşı” ibaresi kullanılmaktadır.

Laos¹⁴⁶

1991 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte “Lao vatandaşı” ve “Lao uyrukluğu” ibarelerine Anayasada yer verilmiştir.

Macaristan¹⁴⁷

2011 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, anayasanın çeşitli maddelerinde “Macaristan Cumhuriyeti vatandaşları” ve “Macar vatandaşlar” ibareleri birlikte kullanılmaktadır.

Slovakya¹⁴⁸

1992 tarihli Anayasa

Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte “Başlangıç” kısmında “Biz Slovak milleti” şeklinde bir ibare yer almakta ve anayasanın “Slovak milleti” tarafından yapıldığı vurgulanmaktadır.

143) <http://www.na.gov.vn/htx/English/C1479/#CFCoGV3XSuoO> (16 Eylül 2014).

144) http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Publications/Publications_Archive/Publications_2012/Bunreacht_na_h%C3%89ireann-March2012.pdf (16 Eylül 2014).

145) http://cambodia.ohchr.org/klc_pages/KLC_files/section_001/section_01_01_ENG.pdf (16 Eylül 2014).

146) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/laos.pdf> (16 Eylül 2014).

147) <http://www.kormany.hu/download/e/02/00000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf> (16 Eylül 2014).

148) http://www.concourt.sk/en/A_ustava/ustava_a.pdf (16 Eylül 2014).

Slovenya¹⁴⁹

1991 tarihli Anayasa

Anayasa vatandaşlık tanımı içermez. Anayasada vatandaşlık, “Sloven vatandaşlığı” olarak ifade edilmiştir. Çoğunluğu Roman, Sırp, Hırvat ve Boşnaklardan oluşan ve eski Yugoslavya vatandaşı olan gruplara vatandaşlık hakkı verilmemiş olması etnik temelli bir ayrımcılığa neden olmaktadır.

Yunanistan¹⁵⁰

1975 tarihli Anayasa madde 4/3:

Kanunla belirlenen vatandaşlık niteliklerini taşıyan herkes Yunan vatandaşdır. Ayrıca, hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa maddelerinde “herkes” gibi kapsayıcı bir ifade yerine “Yunan vatandaşları” ibaresi kullanılmaktadır.

Tablo 5- Vatandaşlığı Etnik Temelle Tanımlayan ya da Etnik Temele Yer Veren Anayasalar**Bahreyn¹⁵¹**

1973 tarihli Anayasa

Bahreyn Anayasasında etnik temelli ayrı bir vatandaşlık tanımı bulunmakla birlikte Anayasanın “Başlangıç” kısmında “vatandaşların büyük Arap toplumuna karşı sorumluluğu olduğu” ifade edilmektedir. Anayasanın 7. Maddesinde ise “eğitimin değişik kademelerinde vatandaşların Araplıklarıyla gurur duyacak şekilde yetiştirilecekleri” kural altına alınmıştır.

Fas¹⁵²

1996 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımı bulunmamaktadır. Anayasanın “Başlangıç” kısmında Fas Krallığının Büyük Arap Magrebi'nin bir parçası olduğu ifade edilmiştir.

Federal Almanya¹⁵³

1949 tarihli Anayasa

Madde 116. Alman vatandaşlığı

149) <http://www.seepag.info/download/slovenia/The%20Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Slovenia%20-%20bilingual.pdf> (16 Eylül 2014).

150) <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20agliko.pdf> (16 Eylül 2014).

151) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Bahrain.pdf> (16 Eylül 2014).

152) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Morocco.PDF> (16 Eylül 2014).

153) <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (16 Eylül 2014).

(1) Bu Anayasadaki anlamda Alman, diğer yasal düzenlemeler saklı kalmak üzere, Alman vatandaşlığına sahip olanlar veya Alman soyundan olup 31 Aralık 1937 tarihindeki Alman İmparatorluğu sınırları içinde kabul edilmiş olan mülteci veya sürgün edilenler ile bunların eşi veya füru.

(2) 30 Ocak 1933 ve 8 Mayıs 1945 tarihleri arasında siyasi, ırkî veya dinî nedenlerle vatandaşlıktan çıkarılanlar ve bunların füru, başvuruları üzerine tekrar vatandaşlığa alınırlar. Bunlar, 8 Mayıs 1945'den sonra Almanya'da yerleştikleri ve aksine bir istekte bulunmadıkları takdirde vatandaşlıktan çıkarılmış sayılmazlar.

Kuveyt¹⁵⁴

1962 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Ancak Anayasanın “Başlangıç” kısmında “Kuveyt devletinin Arap milliyetçiliğini, dünya barışını ve medeniyeti geliştirme rolü” olduğu vurgulanmıştır.

Liberya¹⁵⁵

1986 tarihli Liberya Anayasası

Anayasanın 27. Maddesinin “b” fıkrası sadece siyahların ve siyah kökenlilerin doğuştan ya da sonradan Liberya vatandaşı olabileceği kuralını içermektedir. Böylece vatandaşlık ırksal renk unsuru ile çerçevelemiştir.

Lübnan¹⁵⁶

1926 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Anayasanın 1inci maddesinde “Lübnan'ın Arap kökenli ve kimlikli” olduğu hüküm altına alınmıştır.

Tunus¹⁵⁷

2014 tarihli Anayasa madde 4:

Tunus Cumhuriyeti Arap Magrebinin bir parçasıdır (...).

Ürdün¹⁵⁸

1952 tarihli Anayasa

Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, Anayasanın “Başlangıç” kısmında “Ürdün halkının Arap milletinin bir parçasını oluşturduğu” ifade edilmiştir.

154) http://www.servat.unibe.ch/icl/ku00000_.html (16 Eylül 2014).

155) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/liberia.pdf> (16 Eylül 2014).

156) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=184204 (16 Eylül 2014).

157) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Tunisia_2014_EN.pdf (16 Eylül 2014).

158) http://www.kinghussein.gov.jo/constitution_jo.html (16 Eylül 2014).

KAYNAKLAR

- Aybay, Rona, “Tebaa-i Osmani’den T.C. Yurttaşına Geçişin Neresindeyiz?”, 75 Yılda Tebaadan Yurttaş Doğru, içinde, der. Artun Ünsal, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Aydın, Mehmet Akif (2014), Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, 12. Baskı.
- Aydın, Suavi (2009), “Amacımız Devletin Bekaası”, Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar içinde, TESEV Yayınları, 3. Baskı, İstanbul.
- Barın, Taylan (2014), Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, AKP, CHP, MHP ve BDP’nin Anayasa Önerileri, XII Levha Yayınları, İstanbul.
- Bellamy, Richard (2008), Citizenship, A very Short Introduction, Oxford University Press.
- Bulut, Nihat (2008), “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, ss. 1-15.
- Buss, Terry F., Redburn, F. Stevens ve Guo, Kristina (2006) Modernizing Democracy: Innovations in Citizen Participation, M. E. Sharpe Publications, Armonk, New York.
- Can, Osman (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, Uluslararası Anayasa Kongresi, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara.
- Caniklioğlu, Meltem Dikmen (1996), Sivil Toplum ve Türkiye’deki İzdüşümleri, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Çavuşoğlu, Naz (2012), “Yeni Bir Anayasa İçin Somut Öneriler: ‘Yurttaşlık’/‘Vatandaşlık’” Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, İstanbul, ss. 405-429.
- Çoşkun, Vahap (2009) “Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16-19, Yıl: 2007-2008, Diyarbakır, ss. 1-21.
- Çoşkun, Vahap (2009) “Anayasal Vatandaşlık”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı, Heinrich Böll Stiftung Derneği, İstanbul, ss. 81-87.
- Delanty, G. (2000), Citizenship in a Global Age, Society, Culture, Politics, Open University Press, Buckingham.
- Erdoğan, Mustafa (2003), Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset, 4. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara.
- Fişek, Hicri (1961), Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- Fung, Archon (2004) Empowered Participation, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- Harris, Jose (2004), “Nationality, Rights and Virtue: Some Approaches to Citizenship in Great Britain”, Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 73-91.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan (2007), Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye, Detay yayıncılık, Ankara.
- Howard, Marc Morjé (2009), The Politics of Citizenship in Europe, Cambridge University Press, New York.
- Kaya, Ayhan ve Tarhanlı, Turgut (2005), “Türkiye’de azınlıklar ve Anayasal Yurttaş-

lık”, Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları (Der. Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul.

- Kili, Suna ve Gözübüyük, Şeref (2000), Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Köker, Levent (2007), Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Köker, Levent (2009), “Kültürel Çoğulculuk ve Anayasa”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı içinde, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.
- Kymlicka, Will (2001) Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship, Oxford University Press, New York.
- Kymlicka, Will ve Norman, Wayne (2003), Citizenship in Diverse Societies, Oxford University Press, New York.
- Laborde, Cécile (2004) “Republican Citizenship and the Crisis of Integration in France”, Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 46-73.
- Maatsch, Aleksandra (2011), Ethnic Citizenship Regimes, Europeanization, Post-War Migration and Redressing Past Wrongs, Palgrave MacMillan, New York.
- Memur-Sen, (2011), Yeni Anayasa Araştırması, Algı, Beklenti ve Talepler, Yayın No. 13, Ankara.
- Moro, Giovanni (2009) Citizens in Europe: Civic Activism and the Community Democratic Experiment, Springer, New York.
- Owen, David (2010), “Resident Aliens, Non-State Resident Citizens and Voting Rights: Towards a Pluralist Theory of Transnational Political Equality and Modes of Political Belonging”, Citizenship Acquisition and National Belonging: Membership, Belonging and Liberal Democratic State (Der. Gideon Calder, Phillip Cole ve Jonathan Seglow) içinde, Palgrave MacMillan, New York ss.52-74).
- Özbudun, Ergun (1992), 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara. Can, Osman (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, Uluslararası Anayasa Kongresi, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara.
- Özbudun, Ergun (1997) “Milli Mücadele Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik (Der. Nuri Bilgin) Bağlam Yayıncılık, ss. 63-70.
- Parla, Taha (1995), Türkiye’deki Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları: Cilt 3 -Kemalist Tek Parti İdeolojisi ve CHP’nin Altı Oku, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Palafox, Francisco Ibarra (2011), “Constitutionalism and Citizenship: Facing Multicultural Challenge”, Mexican Law Review, Cilt: 4, Sayı: 1, ss. 59-76.
- Pocock, J. G. A. (1995), “The Ideal of Citizenship since Classical Times”, Theorizing Citizenship, Suny Press, New York.
- Preuß, Ulrich K. (2004) “Citizenship and the German Nation”, Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 22-45.
- Shah, Anwar (2007), Participatory Budgeting, World Bank Publications, Washington D.C..

- Simon, Rita, J. ve Brooks, Alison (2009) *Rights and Responsibilities of Citizenship the World Over*, Lexington Books, Lanham.
- Smith Graham (2009), *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation*, Cambridge University Press, New York.
- Skinner, Quentin (1998), *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Tanör, Bülent (2004), *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 10. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- TESEV (2012) *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 (Ekim 2001-Ocak 2012)*, (Ed. Ferhat Kentel, Levent Köker ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.
- TESEV (2012) *Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2 (Şubat 2012-Haziran 2012)*, (Ed. Mehmet Uçum ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.
- Topuzkanamış, Şafak Evran (2013), *Vatandaşlık Üzerine bir Tez*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- TBMM Zabıt Ceridesi, (1924) Cilt 8/1.
- Türkiye Diyanet Vakfı (2007), *İslam Ansiklopedisi*, Cilt 34, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Waldrauch, Harald (2005), "Acquisition of Nationality", *Acquisition and Loss of Nationality: Policies and Trends in 15 European States Vol. 1. Comparative Analyses*, (Der. Bauböck, Rainer, Eva Ersboll, Kees Groenendijk ve Harald Waldrauch) içinde, Amsterdam University Press, Amsterdam, ss. 121-175.

ÖZET

Modern devletlerde bireyle devlet arasındaki ilişki vatandaşlık olarak adlandırılır. Ulus devletler çağında vatandaş anayasacılık hareketinin temel konularından biri olmuştur. Vatandaşlığa ilişkin temel ilke ve kurallar anayasal hükümlerle düzenlenmiştir. Günümüze gelinceye kadar anayasalar vatandaşlığı siyasi kimlik, hukuki statü, hak sahipliği, sosyal ve kültürel kimlik, katılımcılık boyutlarıyla düzenlemiştir. Bu makalede vatandaşlığın siyasi kimlik boyutunun nasıl şekillendiğini, Türkiye'nin ve diğer devletlerin anayasalarında nasıl bir içeriğe kavuşturulduğu ele alınacaktır. Son yıllarda gündeme gelen demokratik yöntemlerle yeni bir anayasa yapmaya yönelik çalışmalar TBMM içinde kurulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu ile sonuçlandırılmak istenmişse de 2011-2013 yılları arasında faaliyet gösteren Komisyon faaliyetleri bir uzlaşma metni ortaya çıkmadan sona ermiştir.

Anahtar kelimeler: Vatandaşlık, anayasa, anayasal reform, siyasi kimlik, anayasa yapımı.

Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti

Protection of Personal Data In Health Law And Patient Privacy

Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan Dülger

İstanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The importance of personal data appreciated with the development of the technology and the spread of the internet. As a result of the widespread use of internet, handwritten informations filed by a limited number of people was opened to everyone lawfully or unlawfully related or unrelated to personal data. Especially seizing, sharing and procesing personal health data, which called “sensitive data” through illegal methods, can cause serious damages as discrimination. However, sharing these information is a violation of right to private life, patient privacy right and the obligation of doctor - patient confidentiality. Despite the importance of this issue, Turkey does not have a code on the protection of personal data. In our study, international legislations on personal data protection and the regulations that Turkey already had, are discussed in the light of the implementation in our country.

Keywords: Personal data, sensitive personal data, right of patients, privacy of personal health data, right to privacy, medical confidentiality.

GİRİŞ

Kişisel veri, tartışmalı ve sınırları tam olarak çizilemeyen bir kavramdır; ancak yine de kısaca insana ait, bireyi tanımlayabilecek her türlü bilgi olarak tanımlanması mümkündür. Aslında insanın, insan olarak evrendeki yerini alması ve toplumdaki konumu, insana bağlı bazı değerleri kişisel veri haline getirmektedir, örneğin kişinin adı, adresi, hastalıkları, medeni durumu, cinsel tercihleri, etnik kökeni, siyasi düşüncesi hep kişisel veri olarak kabul edilen bilgilerdir. Bununla birlikte özellikle geçtiğimiz yüzyılda bilim ve teknolojiye gelişmeler

ve bunun topluma ve toplumsal hayatı oluşturan bileşenlere yansımaları pek çok bilgiyi kişisel veri haline getirmiştir. Bu bağlamda banka hesap numarası, sosyal güvenlik numarası, vatandaşlık numarası ve elektronik posta adresinin şifresi bunlara örnek olarak gösterilebilir. Buna göre kabaca kişisel verilerin ikiye ayrılması mümkündür, birinci grupta insanın varoluşundan kaynaklanan kişiliğine ilişkin bilgiler yer almakta, ikinci grupta ise insanın modern bilişim toplumunda yer alması nedeniyle kendisine verilen ya da çeşitli hizmetlere ulaşmasında kullanılan bilgiler yer almaktadır. Ancak bu ayrım kişisel verilerin değeri ve korunmaya hak kazanımları açısından bir fark yaratmamaktadır.

Kişisel veriler, yukarıda belirtildiği üzere ilk insanlardan bu yana var olan gelmiştir. Ancak bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla kişisel verilerin varlığı ve önemi ortaya çıkan sorunlar nedeniyle daha iyi anlaşılmalıdır. Zira daha önce az sayıdaki kişi ya da kurumun elinde yazılı halde dosyalanmış olan bu bilgiler bilişim teknolojisinin gelişmesi ile dijital ortama aktarılmış, internetin yaygınlaşması sonucunda da hukuka uygun ya da aykırı olarak ilgili ilgisiz herkesin erişimine açılmıştır.

İşte kişisel veriler ile ilgili tehlikenin ortaya çıkış noktası da bu olmuştur. Zira ilgisiz kişilerin kişisel verilere erişebileceği ve bunları kullanabileceği/yayabileceği endişesi dahi kişiler üzerinde gerçek bir tehdit oluşturmaktadır.

I- Kişisel Verinin Tek Başına Korunmaya Değer Bir Hak Olup Olmadığı Sorunu

Kişisel verilerin korunması, insan haklarından olan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı bakımından da önem arz etmektedir. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, gerekse Anayasanın 20. maddesinde kişinin temel haklarından sayılarak güvence altına alınmıştır¹. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hem ulusal üstü hukuk açısından bir insan hakkı, hem de ulusal hukuk açısından Anayasa normu ile düzenlenmiş bir temel hak ve özgürlüktür².

Öğretide kişisel verilerin, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı mı yoksa kendi başına bağımsız bir kavram mı olduğu konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır:

Bunlardan ilkinde, bir gerçek kişinin "*kendine özel olan ve gizli kalmasını is-*

1) Handan YOKUŞ SEVÜK, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008, s.782.

2) Kişisel verilerin korunmasının bir hak olarak tanımı ve niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010, s.60-103.

teyeceği hayat olaylarını” koruyan özel hayatın gizliliği hakkının tanımı ve kişinin üçüncü kişilerin gözetimi ile denetimden uzak, insan onuruna uygun olarak yaşayabilmesini öngören amacı dikkate alındığında kişisel verilerin korunması kavramının, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³.

Bu konudaki ikinci görüşte ise, kişisel verilerin korunması hakkının ilk aşamada özel yaşamın gizliliği hakkı içinde değerlendirilebileceği, ancak gelişen teknoloji karşısında özel yaşamın gizliliği hakkına geleneksel yaklaşımla ve bu alanda benimsenen ilkelerle kişisel verilerin korunmasının yetersiz kaldığı, bu nedenle tarihsel süreç içerisinde kendisinden daha köklü bir hak alanı olan özel yaşamın gizliliği hakkından ayrılmaya başladığı; bu anlamda kişisel verilerin korunmasının özel yaşamın gizliliği hakkının özellik taşıyan türü olduğu ve kendine özgü bazı gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak algılanmaya başladığı, ancak bunların birbiriyle organik ilişkisi bulunan alanlar olduğu ifade edilmektedir⁴.

Biz de bunlardan ikinci görüşe katılmaktayız çünkü her ne kadar kişisel veriler özel hayatın gizliliği kavramının içinden çıkmış olsa da zamanla hem teknolojiadaki gelişmeler hem de bu verilerin sıklıkla hak ihlaline konu olması nedeniyle ayrı bir kimliğe kavuşmuştur. Ayrıca *“özel hayatın gizliliği”* kavramındaki *“gizlilik”* sözcüğü, kişisel verilerin korunmasıyla tam olarak örtüşmemektedir. Zira korumaya alınan kişisel verilerin mutlaka gizli olması gerekmez, kişinin özel hayatına dâhil olan ve bu alana dâhil olan kişiler tarafından bilinen ancak gizli olmayan bir bilginin, üçüncü kişilerle paylaşılması halinde bu bilgi, kişisel verilerin korunmasından faydalanır, ancak bu gizliliğin korunması değildir. Benzer şekilde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda da korunan hukuksal değer *“sır”* olmayıp, verinin ilgisi olan kişinin kişilik haklarıdır⁵. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da çok yeni tarihli kararında bu görüşlerimizi ifade ettiğimiz bir başka eserimize atıf yapmak suretiyle bu görüşte olduğunu ifade etmiştir⁶.

Kişisel veri; ceza hukuku, medeni hukuk, idare hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku vb. gibi hemen tüm hukuk dallarının ilgi alanına giren çok geniş bir kavramdır. Ancak, bu çalışmada konumuz sağlık hukukunda kişisel verilerin korunması ve hasta mahremiyeti olduğundan, *“hassas veri”* olarak kabul edilen sağlık verileri kavramının ne olduğu, kavramın ulusal ve ulus üstü hukuktaki yeri ile Türkiye’deki durumu incelenecektir.

3) Güçlü AKYÜREK, “Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı”, Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, S.3, Temmuz – Ağustos – Eylül 2011, s.44.

4) KÜZECİ, a.g.e, s.70.

5) Murat Volkan DÜLGER, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s.563, 564.

6) YCGK, 17.6.2014, E. 2012/12-1510, K.2014/331.

II- Tarihsel Süreçte Bir İnsan Hakkı Olarak Kişisel Verilerin Korunması

Kişisel verilerin korunması hukuk dünyasında yeni bir kavram olsa da, kaynağını mahremiyet gibi oldukça köklü ve eski bir kavramdan almaktadır. Mahremiyet, kişinin bağımsız ve özgür var oluşunun temelini oluşturan, dolayısıyla birey olmanın ana unsurlarından birini oluşturan bir kavramdır. Kavram, ilk olarak 1890'da ABD'li Yargıç Brandeis tarafından “*yalnız bırakılma hakkı; hakların en kapsamlısı ve özgür insanlar tarafından en çok değer verileni*” olarak tanımlanmıştır. Sonrasında zaman içerisinde kavramın bedensel-fiziksel mahremiyet, zihinsel-iletişimsel mahremiyet ve bilgi mahremiyeti gibi özel görünümleri ortaya çıkmıştır.

Teknolojinin gelişmesi, yaşamı kolaylaştırmayı ve bireyi özgürleştirmeyi vaat etse de bireyin izlenmesi ve verilerinin kaydedilmesi gözetim toplumu endişesini de beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede, bilgi aktarımının çok kolaylaştığı bir ortamda kişisel verilerin meta haline gelmesi ve bireyin kendine dair veriler üzerindeki kontrol ve denetimini kaybetmesi gibi riskler gündeme gelmiştir⁷.

Kişisel verilerin korunması bir insan hakkı olarak öncelikle insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi bağlamında ele alınmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, 1983 yılında verdiği bir kararda, memurların nüfus sayımı esnasında sayımın ötesinde vatandaşlardan başka birtakım bilgiler almasını ve bilgi vermeyi reddedenlerin yaptırıma tabi tutulmasını öngören Nüfus Sayımı Yasası'nı insan onuru ve kişiliğin korunması hakkına aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Kararda, bu iki hukuki menfaatten yola çıkılarak “*bilgilerin geleceğini belirleme hakkı*” kavramı ortaya konulmuştur⁸.

Veri toplama ve izleme faaliyetleriyle dış dünyaya karşı şeffaflaşan bir bireyin kişiliğini özgürce geliştirebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, bireyin kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkının hukuki güvencelerle korunması önemlidir. Elbette bu koruma sınırsız olmayacaktır; ancak buna getirilen sınırlamaların yasal bir dayanağı olması ve kolaylıkla anlaşılabilir bir şekilde ifade edilmesi gerekir⁹.

III- Çeşitli Uluslararası Belgelerde ve Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Kişisel Verilerin Korunması

Kişisel verilerin korunması görece yeni bir hukuki kavram olduğundan, pek çok uluslararası insan hakları belgesinde buna ilişkin özel bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Bununla birlikte, kişisel verilerin korunmasının altın-

7) M. Cumhur İZGİ, “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, S.1, No.1, 2014, s. 25-29.

8) KÜZECİ, a.g.e., s.112.

9) KÜZECİ, a.g.e.,s.112, 113.

da mahremiyet anlayışı bulunduğu için, özel yaşamın korunmasına ilişkin düzenlemelerin aynı zamanda kişisel veriler üzerinde de etki doğurduğu görülür. Bu doğrultuda uluslararası belgeler incelenecek olunursa, ilk olarak karşımıza *Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 12. maddesi çıkmaktadır:

“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılmaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır”.

Özel yaşamın gizliliğine dair hassasiyet, Birleşmiş Milletler'in *Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi*'ne de yansımıştır. Sözleşmenin *“Mahremiyet Hakkı”* (Right to Privacy) başlıklı 17. maddesi şöyledir:

“1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir”.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin bu madde ile ilgili 1988'de yayınladığı 16 no'lu Genel Yorumun 10. paragrafında kişisel verilere ilişkin değerlendirmelere de yer verilmektedir:

“Kişisel bilgilerin, ister kamu makamları, ister özel birey veya kurumlarca olsun, bilgisayarlar, veri bankaları ve diğer araçlarda toplanması ve tutulması kanunla düzenlenmelidir. Bir kişinin özel yaşamını ilgilendiren bilgilerin, kanun ile onları almak, işlemek ve kullanmak için yetkilendirilmemiş kişilerin eline geçmemesi ve Sözleşme ile uyumlu olmayan amaçlarla hiçbir zaman kullanılmamasının temin edilmesi için etkin önlemler Devletler tarafından alınmalıdır. Özel yaşamının en etkin şekilde korunması açısından, her birey, kişisel verilerinin otomatik data dosyalarında depolanıp depolanmadığını, şayet depolanıyorsa hangi verilerinin ne tür amaçlarla depolandığını, kolaylıkla anlaşılacak bir biçimde öğrenme hakkına sahip olmalıdır. Her birey, hangi kamu makamları veya özel birey veya kurumların dosyalarını kontrol ettiğini veya edebileceğini öğrenme olanağına da sahip olmalıdır. Eğer böylesi dosyalar doğru olmayan kişisel veriler içermekte veya yasal düzenlemelere aykırı bir şekilde toplanmış veya işlenmiş ise, her birey düzeltme veya kaldırma talebinde bulunma hakkına sahip olmalıdır.”

Kişisel verilere ilişkin önemli bir diğer uluslararası belge de OECD'nin (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü) 1980'de yayınladığı *“Mahremiyetin Korunması ve Sınırışı Veri Akışına Dair Rehber İlkeler”* başlıklı metindir. Münha-

sıran bu konuya ilişkin olarak düzenlenen ilk uluslararası metin olması itibarı ile önem taşıyan bu belgede kişisel verilerle ilgili olarak bazı temel ilkelere yer verilmektedir. Bunlar; veri toplamanın sınırlı olması, veri kalitesi, amacın belirliliği, kullanımın sınırlı olması, veri güvenliği, açıklık, bireyin katılımı ve hesap verilebilirlik ilkesidir¹⁰.

Avrupa bünyesindeki mahremiyet düzenlemelerine bakıldığında ilk olarak Avrupa Konseyi'nin *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'ndeki özel yaşama dair 8. maddesi göze çarpmaktadır:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Avrupa Birliği'nin 24 Ekim 1995 tarihli, Birliğin veri koruma hukukunun temelini oluşturan, 95/46 sayılı “*Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımı*” isimli Yönergesi, Birlik içinde yeknesak bir veri koruma hukukunun temelini oluşturmuştur. Yönergeyle amaçlanan, her üye ülkede kişisel verilerin eşit seviyede korunmasının garanti altına alınmasıdır. Başka bir ifade ile Yönergenin iç hukuka aktarılmasında üye ülkelerden beklenen, veri koruması düzenlemelerinin, yeterli bir veri koruması sağlamaları şartıyla, aynı olmalarından ziyade eşit ağırlıkta olmalarıdır¹¹. Öte yandan, *AB Temel Haklar Şartı*'nda da, münhasıran kişisel verilerin korunmasını düzenleyen bir maddeye yer verilmiştir:

“1. Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir.

2. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur. Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir.

3. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir.”

10) OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> 20.8.2014.

11) Murat UYGUN, “Avrupa Birliğinin 95/46 sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku, Ankara, 2010, s. 35.

IV- Kişisel Veri - Hassas Kişisel Veri ve Bu Verinin İşlenmesi Kavramlarının Tanımı

A- Kişisel Veri

Kişisel veri kavramı, İngilizce “*personal data*” kavramından gelmekte olup, yabancı dildeki kavramı tam olarak karşılamaktadır. Bu alanda özellikle ülkemizin konuya ilişkin düzenlemelerinde ve mevzuat çalışmalarında dikkate alınan iki temel uluslararası düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki ülkemizin 1981 yılında imzalamış olduğu ancak henüz onaylamadığı Avrupa Konseyi’nin ürettiği olan “*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulma Sürecinde Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Sözleşme*”dir¹². Sözleşme bu alandaki ilk düzenleme olup, yeknesak kurallar üretilmesinde temeli oluşturmuştur. Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veri, “*kişiyi tanımlayan ya da tanımlayabilen her türlü bilgi*” olarak açıklanmıştır.

Bu alandaki temel metinlerden bir diğeri ise 1995 tarihinde yürürlüğe giren *95/46/EC Veri Koruma Yönergesi*’dir¹³. Bu Yönerge’nin 2. maddesinde ise kişisel veri “*kişisel verinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilintili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴.

Bir kişinin belirlenebilir kılınması, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişinin tanımlanabilmesi, yani şahsın o şahıs olduğunun ortaya çıkarılabilmesi özelliğini ifade etmektedir. Örneğin verilerin bir kimlik numarasıyla ilişkilendirilmesi ya da kişinin psişik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini ifade eden, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere¹⁵ ilişkin herhangi bir bilgi kişisel

12) Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış ancak usulüne uygun olarak onaylanıp Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmediği için Türkiye açısından yürürlüğe girmemiştir. Sözleşmenin özgün metni ve onaylama tablosu için bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=8&DF=11/08/2011&CL=ENG>

13) Avrupa Birliği’nde yeknesak bir hukuk düzenin yaratılmasında temel kaynak Avrupa Topluluğu’nun yürürlüğe koyduğu yönergelerdir. Bu doğrultuda, yeknesak bir veri koruması hukukunun oluşturulması çabaları 90’lı yıllarda ilk kazanımlarını ortaya çıkarmıştır. Veri Koruması Yönergesi’nin ilk taslağı 1990 tarihine dayanmaktadır. Bu taslak veri korumasının topluluk bazında düzenlenmesinde başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nilgün BAŞALP, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.25–32.

14) BAŞALP, a.g.e., s.33.

15) 108 nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde, Veri Koruması Yönergesi’nde ve Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı’nda düzenlenen ve koruma altına alınan kişisel veriler, gerçek kişilere ait bilgileri içermektedir. Dolayısıyla tüzel kişilerin kişisel verileri söz konusu düzenle-

veriyi göstermektedir. Başka bir ifade ile isim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, ses, parmak izleri, genetik bilgiler gibi özellikli bir içerik taşıyan veriler ile dolaylı olarak kişiyi belirlenebilir kulan ölçütlerin kombinasyonu (yaş, meslek, medeni durum, adres vb.) olan veriler kişisel veri kapsamında ele alınabilir¹⁶. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 80. maddesi gereğince bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik inceleme sonuçları kişisel veri niteliğindedir¹⁷.

Verinin belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesi sonucunda ortaya çıkan bilgiye “anonim veri” adı verilmektedir. İstatistik, araştırma, planlama vb. amaçlarla tutulan ve herhangi bir kişiyi belirtmekten ziyade kitlesel bilgi yığını olarak çıkan bu tür veriler, ilgili kişilerle ilişkilendirilmeleri mümkün olmadığından kişisel veri sayılmamaktadır¹⁸.

Aslında ülkemizde bu konuda temel bir çalışma da yapılmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından üç yıllık bir çalışmanın sonucunda 2003 yılında “*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*” hazırlanmıştır. Söz konusu tasarı genel olarak 108 nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Veri Koruma Yönergesi temel alınarak hazırlanmıştır¹⁹, ancak bu alandaki yoğun taleplere rağmen çeşitli gerekçelerle henüz yasalaşamamıştır.

Söz konusu tasarının 3. maddesinde kişisel veri, “*belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgiler*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tasarının gerekçesinde ise söz konusu kavram “*Kişisel veri, bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin aklı, psikolojik, fiziki, kültürel, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin verilerdir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yeni verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir gerçek taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtlı*

melerde güvence altına alınmamıştır. Normatif düzenlemeler ile tüzel kişilerin bilgileri ticaret sicil gazetesinde veya internet sitelerinde kamuya açıklandığından, bunun dışındaki ticari sırların ifşasının ise Türk Ceza Kanunu'nun 239. maddede suç olarak düzenlendiğinden kişisel verilerin tüzel kişilerin verilerini kapsamadığı kabul edilmektedir. Ancak söz konusu düzenlemeler göz ardı edildiğinde, hukuk sistemimizde tüzel kişiler de kişi olarak kabul edildiğinden kişisel verilerin tüzel kişilerin bilgilerini de kapsamaya gerektiği görüşündeyiz.

16) BAŞALP, a.g.e.,s.33, 34.

17) YOKUŞ SEVÜK, a.g.e., s.797.

18) BAŞALP, a.g.e., s.34.

19) BAŞALP, a.g.e.,s.108.

ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabileme özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir” şeklinde tanımlanmaktadır.

6.2.2004 tarih ve 25365 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik” ise bu alandaki bir başka düzenlemedir. Yönetmeliğin 3. maddesinde kişisel bilgiler/veriler, “tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi” olarak tanımlanmıştır.

Bu açıklamalar sonucunda uluslararası düzenlemelerde ve yasa tasarısında yer alan tanımın aslında doğru bir seçim olduğu görülmektedir. Buna göre kişisel veri, “belirli veya kimliği belirlenebilir kişiye ilişkin tüm veriler” olarak tanımlanabilir. Buna göre kişisel veriden söz edilebilmesi için verinin bir kişiye ilişkin ve bu kişinin de belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekir²⁰.

B- Hassas Kişisel Veri

Veri koruma mevzuatına sahip birçok ülkede ve uluslararası düzenlemelerde, özel bir veri türü olduğu kabul edilmiştir. Bu tür hassasiyet gösterilmesi gereken veri türünün özel olarak ayrı bir korumaya tabi tutulması öngörülerek bu yönde düzenlemeler yapılmıştır. Veri koruma düzenlemelerinde kişinin “ırksal veya etnik kökeni, siyasi görüşü, dinsel veya felsefi inancı, sendika üyeliği, sağlık ve cinsel yaşamı ve her türlü mahkûmiyetleri” hassas veri olarak nitelendirilerek kural olarak bu verilerin işlenmesinin yasak olduğu düzenlenmiştir.

Bu doğrultuda, Veri Koruma Yönergesi’nin 8. maddesinde “verilerin özel işleme kategorileri” başlığı ile 108 nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nin 6. maddesinde “özelliikli veri kategorileri” başlığı ile uluslararası düzenlemelere paralel olarak ülkemizde henüz tasarı halinde bulunan “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı”nın ise 7. maddesinde “özelliği olan kişisel veriler” başlığı ile hassas veriler özel bir korumaya tabi tutulmuştur.

Hassas verilerin daha nitelikli korunması ilkesi, ilgili kişi açısından “hassas” sayılan bazı veri türlerinin işlenmesini diğerlerine göre daha sıkı bir denetim altına alma düşüncesine dayanır. Hassas kişisel verilerin bazı ek güvencelerle korunmasındaki temel mantık, bu tür bilgilerin ayrımcılık başta olmak üzere diğer

20) KÜZECİ, a.g.e., s.9.

verilere göre ilgili kişi bakımından daha ciddi zararlar ortaya çıkarabilmesidir.

Hassas verilerin korunmasına ilişkin sorunlar özellikle internet kullanımının artması ve çevrimiçi bilgi paylaşımının çoğalmasıyla daha büyük önem kazanmıştır. İçinde bulunduğumuz bilgi çağında pek çok alanda verilere gereksinim duyulduğu açıktır. O halde verilerin işlenmesinden doğacak zarar ile yarar arasında bir denge kurulması gerekir. Kişisel verilerin korunması hukukunun temelinde de bu düşünce yatar. Dengenin sağlanabilmesi, yararın derecesi ve tehlikenin şiddetini de dikkate almayı gerektirdiğinden, bazı verilerin diğerlerine göre daha yüksek oranda korunmasını yadırgamamak gerekir. Hassas kişisel veri ayrımı yapılan metinlerde hassas veriler sınırlı sayıda tutulmuştur. Diğer bir deyişle hassas kişisel veri kategorilerini genişletmek mümkün değildir. Bu kategoriler, kişinin irksal veya etnik kökeni, siyasal görüşü, dinsel veya felsefi inancı, idari ve adli kayıtları ve sağlık bilgileri gibi bilgilerini kapsamaktadır²¹.

Özel yaşamın korunması söz konusu olduğunda genellikle akıllara gelen, bireylerin başkalarının kınanma, damgalanma gibi gerekçelerle saklamayı arzu edebilecekleri bilgiler olmaktadır. Bununla birlikte, gerçekte sağlanacak korunmayı yalnızca bunlarla sınırlı olarak düşünmek doğru değildir. Zira kişilerin özel olarak gizli tutmaları gerekmeyecek bazı hususları da sırf “başkalarını ilgilendirmemesi” sebebiyle diğer insanlarla paylaşmama hakları vardır. Bu doğrultuda özel yaşamın gizliliğinin sadece kişinin menfaatlerine hanel gelmesinden veya utanmaktan çekinmesi ile izah edilemeyecek daha kapsamlı bir kavram olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, özel yaşamın gizliliği toplumsal yaşamın doğasında olan farklı konumlardaki bireylerle, o konumun gerektirdiği şekilde ilişkilendirme olgusunu olanaklı kılmaktadır. Dolayısıyla, “saklayacak bir şeyin yoksa korkacak bir şeyin de yoktur” gibi bir gerekçelendirme ile özel yaşama müdahale edilmesi savunulamaz²².

C- Kişisel ve Hassas Kişisel Verinin İşlenmesi

Kişisel verilerin korunmasından bahsedebilmek için, öncelikle yukarıda tanımını verilen kişisel verilerin bir takım işlemlere tabi tutulması ve kullanılabilir, belli bir kişiyi tanımlayabilir hale gelmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinin ne olduğunun da tanımlanması gerekir. Yukarıda andığımız sözleşmelerde ve düzenlemelerde kişisel verilerin işlenmesi de tanımlanmıştır²³.

Avrupa Konseyi'nin 108 nolu Sözleşmesi'nde kişisel verilerin işlenmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: “Otomatik işleme, bir bütün veya parçalar halinde

21) KÜZECİ, a.g.e.,s.231,232.

22) KÜZECİ, a.g.e., s.78,79.

23) Cemil KAYA, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFİM, C. LXIX, S.1-2, s.318.

otomatik araçlarla gerçekleştirilmesi halinde aşağıdaki işlemleri içerir; verileri saklama, bu veriler üzerinde mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin gerçekleştirilmesi, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, verilerin saklama yerlerinden geri alınarak/kurtarılarak yeniden kullanılması veya yayınlanması.”

Kişisel verilerin işlenmesi Veri Koruma Yönergesi'nin 2. maddesinde, “*silme veya tahrip etme, engelleme, birleştirme veya sıralama, sağlama ya da dağıtma, iletlemeyle açıklama, toplama, kaydetme, organizasyon, depolama, adaptasyon veya değiştirme, kurtarma, danışma gibi otomatik ya da otomatik olmayan araçlarla kişisel veriler üzerinde yapılan herhangi bir faaliyet veya faaliyet dizisi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nın 3. maddesinde kişisel verilerin işlenmesi “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen, otomatik olan veya olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, silinmesi, yok edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi veya üçüncü kişilere aktarılması gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi*” şeklinde tanımlanmıştır.

Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde ise kişisel bilgilerin işlenmesi, “*otomatik olsun olmasın, toplama, kaydetme, hazırlama, yükleme, uyarılma, değiştirme, geri çağırma, danışma, kullanma, aktarma yoluyla açığa vurma, yayma ya da bunların dışında erişilebilir hale getirme, düzenleme, birleştirme, engelleme, silme gibi yollardan, kişisel bilgiler üzerinden yürütülmekte olan herhangi bir işlem ya da işlemler bütünü*” olarak tanımlanmıştır.

Kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, organize edilmesi, saklanması, değiştirilmesi, uyarlanması, birleştirilmesi, düzenlenmesi, okunması, sorulması, kullanılması, açıklanması, erişilebilir hale getirilmesi, transfer yoluyla başkalarına verilmesi, yayılması ya da hazır bulundurulması için yapılan işlemlerin yanı sıra verilerin kombinasyonu ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlem ya da işlemler bütünü kişisel verilerin işlenmesi tanımı kapsamında değerlendirilebilir. İşleme, otomatik ya da otomatik olmayan prosedür yoluyla gerçekleştirilen kişisel verilerle ilintili olabilecek her türlü süreci içerebilir. Otomatik işlemeden kasıt, verilerin otomasyon sistemlerinin kullanıldığı yöntemlerle, örneğin bilgisayar eliyle işlenmesidir. Bu sayede verilerin toplanmasından başlayarak geçtiği tüm aşamaları kapsayan bütün işlem türleri koruma altına alınmaktadır.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, verilerin işlenmesi otomatik bir prosedüre bağlı değildir. Örneğin; sorumlunun kişisel verileri ister yazılı belge üzerinden ister

bilgisayar monitörü üzerinden okuması işlem tanımı içinde yer alır. Kişinin kendisi için tuttuğu özel kayıtlar ise kişisel verilerin işlenmesi olarak nitelendirilemeyecektir. Örneğin kişinin bilgisayarında tuttuğu adres defterleri vb. kişisel ya da ailevi nitelikteki ilişkiler sonucu tutulan kayıtlar bu kapsamda ele alınmayacaktır. Tabii ki bu bilgiler mesleki ve ticari faaliyetler dâhilinde işlenen kişisel verilerden ayrı olarak değerlendirilmeli ve bu tür verilerin belirsiz sayıda kişinin erişimine açık tutulması hali de hariç tutularak kişisel veri olarak düşünülmelidir.

D- Hassas Verilerin ve Bunun Bir Türü Olan Sağlık Verilerinin İşlenmesinde Kural ve İstisnaları

Anonim veriler üzerinde işlem yapılması kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmemektedir. Zira verinin sahibi ile veri arasındaki illiyet bağı kopmuş olduğundan, bu tür veriler üzerinde yapılan herhangi bir işlem kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali sonucunu da doğurmayacaktır²⁴.

Önceden de bahsettiğimiz üzere, *hassas verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır. Dolayısıyla hassas veriler ancak istisnai durumlarda işlenebilir*. Bu durumda veri koruma hukukunda geçerli olan hassaslık ilkesi, hassas verilerin işlenmesinin “sıradan” olarak nitelendirebileceğimiz kişisel verilerin işlenmesinden daha katı denetime tabi tutulması anlamına gelmektedir. Veri koruma hukukunda “*minimumluk ilkesi*” şeklinde adlandırılan bir ilke geçerlidir. Bu ilke hassas verilerin işlenmesinde dikkate alınması gereken bir sınırlama sebebidir. Çünkü minimumluk ilkesi, toplanan kişisel veri miktarının, verilerin toplanması ve daha sonra işlenmesi amaçlarını başarmak için zorunlu olan miktarla sınırlı kılınmasını gerekli kılar²⁵.

Makalemizin konusu olan sağlık verileri de açıklandığı üzere hassas veri olarak değerlendirilmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere uluslararası düzenlemelerle hassas verilerin kural olarak işlenmesinin yasak olduğu ve ancak bazı istisnalar halinde işlenebilecekleri düzenlenmektedir. Dolayısıyla bakış açımız bu düzenlemelere uyumlu olmak durumundadır.

Sağlık verileri, 108 sayılı Sözleşme ve Veri Koruma Yönergesinde “*tıbbi veri*” olarak nitelendirilmiş ve hassas veri olarak kabul edilen tıbbi verilerin ancak üye devletlerin iç hukukunda gerekli güvenceleri sağlamaları koşuluyla işlenebileceği düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 1997 yılında yayınlamış olduğu *Tıbbi Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı*’nda, “*tıbbi veri*”nin, bireyin sağlığıyla ilgili olan bütün kişisel verileri ve genetik verilerle açık

24) Uğur ERSOY, Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Ankara, 2009, s.16.

25) KAYA, a.g.m., s.324.

ve yakın bağlantısı olan verileri de ifade ettiği belirtilmiştir. Avrupa Konseyi'nin tıbbi veriler açısından koruma sağlayan diğer bir düzenlemesi de “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Hassasiyetinin Korunması Sözleşmesi*”nin 10. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre, herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Ancak, bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de dikkate alınacaktır. Kendi geleceğini “ümitsiz” gördüğü bir vakada kişinin genetik veriler de dâhil olmak üzere bilgilenme hakkını kullanmamak hususunda irade beyanında bulunması mümkündür²⁶.

Veri Koruma Yönergesi'nde hassas verilerin işlenmesinin istisnaları olarak ise şunlara yer verilmiştir:

- Veri sahibinin açık muvafakati. Açık muvafakat, iradenin gönüllü, özgür, iradi ve bilinçli bir şekilde açıklanması ile ortaya çıkabilir. Bu durumda açık muvafakat için veri sahibinin işleme hakkında yeterli ölçüde bilgilendirilmesi gerekmektedir.

- İstihdam alanında, denetleyicinin yükümlülüklerini ve özel haklarını yerine getirme amacı için gerekli olması halinde verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Burada önemli olan ulusal hukuk tarafından yeterli güvencelerin sağlanmış olması ve ulusal hukukun yetki vermesidir. Dolayısıyla söz konusu istisnanın uygulanması için ulusal mevzuatın veri işleme konusunda işverenler üzerine açık bir yükümlülük getirmesi halinde uygulanabilir. Örneğin, İngiltere'de mevzuat uyarınca özürlü ayrımcılığının önlenmesi için işverenlerin istihdam ettiği özürlü çalışanları, cinsel ayrımcılığın önlenmesi için “gay” ve “lezbijen” çalışanların bilgilerini kaydetme yükümlülüğü bulunmaktadır.

- Veri sahibinin fiziksel veya yasal olarak rızasını vermeyeceği durumlarda veri sahibinin veya bir kişinin hayati çıkarını korumak amacıyla hassas verilerin işlenmesi mümkündür. Fiziksel nedenlere bir trafik kazası neticesinde bilinci kapalı bir kişiye kan nakli yapılmasına gerek duyulan durumlar; yasal nedenlere ise bir küçüğün veya akli melekeleri yerinde olmayan bir kişi örnek gösterilebilir. Aynı şekilde bulaşıcı ve ölümcül bir hastalık taşıyan kişinin sağlık bilgisi topluma tehdit oluşturacağından veri sahibinin açık rızası olmaksızın kişinin verileri işlenebilir.

- Hassas veriler, uygun güvencelerle, siyasi, felsefi, dini veya sendikala amaç taşıyan bir vakfın, derneğin ve benzeri diğer kar amacı gütmeyen kuruluşların meşru faaliyetleri sırasında işlenebilir. Ancak bu durumda veri işlemenin sade-

26) Songül ATAK, Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler, TBBD, S.87, 2010, s. 25.

ce bu kuruluşlarla düzenli irtibat halinde olan kişiler hakkında olması ve verilerin, veri sahiplerinin muvafakati olmaksızın üçüncü kişilere açıklanmaması şartı aranır. Yönerge’de bu kuruluşların hassas veri işlemlerinde kilit noktanın “kamu yararı” olduğu belirtilmiştir.

- Veri sahibi tarafından açık şekilde kamuya açıklanan hassas veriler işlenebilir. Buna, bir veri sahibinin televizyon programında HIV virüsü taşıyıcısı olduğu olduğunu söylemesi örnek gösterilebilir. Bu istisna açısından “açık şekilde” ve “kamuya açıklama” ifadelerinin ne anlama geldiğinin tespiti önemlidir. Zira bir kişinin arkadaş ortamında bir hastalığı olduğunu söylemesi ile yanındaki kişilere sınırlarına hâkim olamayarak hassas verilerini söylemesi aynı şekilde değerlendirilemeyebilir. Bu nedenle bu konuda her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

- Hassas veriler, hukuki iddiaları tesis etme, uygulama ve savunma için gerekliyse işlenebilir. Avukatların müvekkillerinin talimatlarını yerine getirirken gerçekleştirdiği birçok faaliyet bu kapsamda değerlendirilebilir.

- Sağlık hizmetlerinin yönetimi veya bakım veya tedavinin sağlanması, tıbbi teşhis, önleyici tıp amaçları için veri işleminin zorunlu olması halinde hassas veriler işlenebilir. Ancak bu durumda mesleki gizlilik yükümlülüğü için ulusal yetkili kuruluşlar tarafından veya eşdeğer gizlilik yükümlülüğüne tabi diğer bir kişi tarafından saptanan ulusal kanun kapsamında sağlık görevlileri tarafından bu verilerin işlenmesi mümkündür.

- Suçlar, mahkûmiyetler ve güvenlik tedbirlerine ilişkin veriler ancak resmi bir makam tarafından işlenebilir. Yönerge, belirli güvenceler dâhilinde üye devletlerin bu kurala istisna getirmelerini mümkün kılmıştır. Örneğin, mahkûmiyetler hakkındaki bilgilerin banka ve sigorta şirketleri gibi potansiyel sahtekârlıkları ortaya çıkarma amaçlı kurumlar tarafından işlenebilir.

- Yönerge’de ulusal kimlik numarası ile diğer tanıttıcı işaretlerin işleme şartlarını belirleme konusunda üye ülkelere yetki vermiştir.

V- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Tıbbi Verilerin Açıklanması

Kişilerin sağlık bilgileri, gelişen teknolojiyle birlikte hekimlerin kişisel notlarından çıkarak elektronik ortamlarda saklanmaya başlanmıştır. Pek çok sağlık kuruluşunda hastaların randevuları, sağlık geçmişine ilişkin bilgiler, tahlil sonuçları, kendilerine konulan tanılar, tedavileri ve bunların süreleri dijital ortamda yer almaktadır²⁷. Hastaların geçmişteki tanı ve tedavilerine hekimlerin

27) KÜZECİ, a.g.e., s.337.

ulaşabilmesi yeni tanların doğru bir şekilde konulmasını, müdahalenin daha çabuk ve daha az riskli gerçekleştirilmesini sağlayabilir. Sağlık alanında yapılan araştırmalarda da hasta bilgilerinin ulaşılabilir olması önemli yarar sağlar. Ancak diğer yandan kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler bir hayli kişiseldir. Bu tür hassas veriler için konuya ilişkin hukuksal metinlerde yüksek düzeyde koruma öngörülmektedir. Kişiler bu tür verilerinin gizli tutulmasını isteyebilirler. Zira bu bilgiler dolayısıyla kişiler tehdide maruz kalabilirler, sevdikleri tarafından terk edilebilirler, işlerinden kovulabilirler, sosyal ayrımcılığa uğrayabilirler, sigorta hizmetine erişimde sorun yaşayabilirler. Böyle bir korku yaşayan kişi yalnızca özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmesi tehdidiyle karşı karşıya kalmaz; bununla birlikte korkan kişinin, sağlık hizmeti almaktan kaçınması halinde, beden bütünlüğüne ve yaşamına yönelen bir tehlike de söz konusu olur²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tıbbi verilerin korunmasına önem vermiştir. Mahkeme'nin önemli kararlarından biri, *Z v. Finlandiya* kararıdır. Davaya konu olan olayda başvuru, HIV virüsü taşımaktadır. Başvurucunun boşandığı eşine karşı hem tecavüz suçundan hem de kasıtlı olarak HIV virüsü bulaştırmak suçundan dava açılmıştır. Bu davada, delil olarak kullanmak amacıyla, başvuru kişinin sağlık durumuna ilişkin doktorlarından bilgi istenmiştir. Başvuru, tıbbi bilgilerin bir ceza davası kapsamında açıklanmasından dolayı 8. madde kapsamında özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bir kişinin HIV virüsü taşıdığına ilişkin verilerin gizliliğinin korunmasının özellikle önem taşıdığını, bu tür bir verinin açıklanması onun özel ve aile yaşamını, iş ve sosyal ilişkilerini ciddi bir şekilde etkileyebileceğini²⁹, ancak aynı zamanda, suçların soruşturulması ve cezalandırılması ile yargılamanın açık olmasının sağlayacağı yararın, bir hastanın ve toplumun tıbbi verilerin korunmasından sağlayacağı yarardan daha fazla olacağını kabul ederek tıbbi kayıtlarının ifşasının, 8. maddenin 2. fıkrası anlamında Sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme'nin bu konudaki bir diğer önemli kararı, *M.S. v İsveç* kararıdır. Başvuru işyerinde geçirdiği bir kaza neticesinde sırtı yaralanmış ve sonrasında ciddi bel ağrıları oluştuğu gerekçesiyle şirkete tazminat davası açmıştır. Sosyal Sigortalar Kurumu başvuru kişinin tedavi olduğu klinikten başvuru kişinin tıbbi kayıtlarını istemiştir. Kliniğin göndermiş olduğu raporda, başvuru kişinin bel ağrılarının kazadan önce geçirmiş olduğu bir rahatsızlıktan kaynaklandığı ve bu nedenle kürtaj olmak zorunda olduğu açıklanmıştır³⁰. Başvuru kişi kürtaj hakkında bilgi içeren

28) KÜZECİ, a.g.e., s.337, 338.

29) ATAK, a.g.m., s.26.

30) ATAK, a.g.m., s.27.

tıbbi kayıtların Sosyal Güvenlik Kurumuna iletilmesinin tıbbi verilerin gizliliğine yönelik bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, iş kazası yüzünden tazminat ödenmesinin koşullarının olup olmadığının anlaşılması için tıbbi kayıtların gönderildiğini, rahatsızlığın iş kazasından kaynaklandığının tespiti halinde kamusal kaynaklar kullanılarak tazminat ödeneceğini, bu konuda ekonomik refahın korunmasının gözetilmesi gerektiğini belirterek söz konusu müdahalenin yasaya uygun olduğunu ve meşru bir amacın olduğu yönünde karar vermiştir.

Mahkeme, *I v. Finlandiya* kararında, tıbbi verilerin gizliliği konusunu ele almıştır. Başvurucu bir devlet hastanesinde hemşire olarak görev yapmaktadır. Aynı hastanede yaptığı tetkiklerde HIV pozitif olduğu ortaya çıkmıştır. Başvurucu, hastalığına ilişkin tıbbi bilgilerin yer aldığı kayıtlara, ilgili bölümde çalışan personel dışında hastane dışında çalışan personelin de rahatlıkla ulaşabileceğinden şikâyetçi olmuştur. Şikâyet üzerine hastane gerekli önlemleri almış ve hastanın sahte isim ve sosyal güvenlik numarasıyla kaydı yapılmış ayrıca tedaviyi yapan personel dışında diğer personelin bu kayıtlara ulaşması yasaklanmıştır. Mahkeme, söz konusu hastanenin devlet hastanesi olması nedeniyle fiillerinden devletin sorumlu olduğunu ve tıbbi kayıtların gizliliğinin hastane personeline karşı korunmasında gerekli önlemlerin yapılan şikâyet üzerine gerçekleştirilmesinden dolayı bu önlemlerin alınmasında başvurucu açısından geç kalındığı belirtilerek, başvurucunun özel yaşam hakkına saygının güvence altına alınabilmesi için Sözleşme'nin 8. maddesinin yüklemiş olduğu pozitif yükümlülüğü devletin yerine getirmediği yönünde karar vermiştir³¹.

S. ve Marper v. Birleşik Krallık kararında, başvuruculardan S, 19 Ocak 2001 tarihinde (henüz 11 yaşındayken) hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanmış ve yürütülecek olan ceza davası için parmak izleri ve DNA örnekleri alınmıştır. Daha sonrasında S, ceza davasından beraat etmiştir. Marper ise, 13 Mart 2001 tarihinde partnerine tecavüz suçundan yakalanmış, parmak izi ile DNA örnekleri alınmış ve yargılama sonucunda Marper'in partneri ile uzlaşması neticesinde dava düşmüştür. Başvurucular yakalandıkları dönemde kendilerinden alınan parmak izi, hücre örnekleri ve DNA profillerinin devletin veri tabanında bulunmasının Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, kişinin sağlığı ile ilgili bilgiler barındırmakla birlikte, DNA profillerinin çok hassas bilgiler içerdiğini belirterek kişinin özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir³².

31) ATAK, a.g.m., s.28.

32) Grand Chamber Judgments and Marper v. The United Kingdom, file:///C:/Users/gozde/Downloads/Grand%20Chamber%20judgment%20S.%20and%20Marper%20v.%20United%20Kingdom%2004.12.08%20(1).pdf, (Çevrimiçi), 14.10.2014

Görüldüğü üzere, Mahkeme kararlarında, “gereklilik” ve “orantılılık” ölçüsünü ön plana çıkarmaktadır³³. Dolayısıyla ilk olarak verilerin açıklanmasının gerekli olup olmadığı ve 108 sayılı Sözleşme’nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen istisna hallerine girip girmediği değerlendirilip, son olarak açıklanacak verilerin yalnızca ihtiyaç kadarının açıklanması gerektiği başka bir deyişle, minimumluk ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

VI- Sır Saklama Yükümlülüğü ile Hasta Mahremiyeti ve Korunması İlişkisi

Sağlık hukukunda kişisel verilerin korunması, özellikle hasta mahremiyeti ve hekimin sır saklama yükümlülüğü bağlamında önem kazanmaktadır. Hassas kişisel veri olan kişilerin sağlık bilgilerinin istisnai durumlar haricinde kimseye paylaşılmaması, saklanması ve işlenmemesi söz konusu olduğunda, bu konuya sıkı sıkıya bağlı olan hekimin sır saklama yükümlülüğü hususu da akla gelmektedir. Sır saklama yükümlülüğü, sağlık çalışanının sadakat yükümlülüğünden kaynaklanan bir alt yükümlülüktür. Bilindiği gibi, hastanın bilgilerini saklama yükümlülüğü çerçevesinde sır, gizli tutulmasında hastanın menfaati bulunan her şeyi içermektedir. Sır kavramından anlaşılması gereken, hekim bakımından sadece belirli ve sınırlandırılabilir kişi grubu tarafından bilinen ve bunun açıklanmamasında hasta bakımından anlaşılabilir, dolayısıyla korunmaya layık bir yarar bulunan durumdur.

Sır saklama yükümlülüğü, temel olarak hekimin hastanın sağlık durumu ya da onun hakkında edindiği kişisel bilgileri üçüncü kişilere aktarmamasıdır. Hekimin sır tutması meslek ahlakının çekirdeği olması ve 1982 tarihli Anayasanın 20. maddesiyle düzenlemesiyle anayasal koruma altında bulunması dolayısıyla “sır” kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu kavram sadece hastalığın türü, gelişimi, teşhis, tedavi tedbirleri, prognoz, psikolojik bozukluklar, maddi ve ruhsal bozukluklar veya özel durumlar, hasta dosyası, röntgen sonuçları, muayene materyali, muayene sonuçlarını değil, ayrıca bütün kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik ve mali durumları da kapsamaktadır³⁴.

Hasta tedavi süreci içerisinde gerek hekime gerekse sağlık kurumuna kendisiyle ilgili pek çok bilgi vermek durumunda kalmaktadır. Ayrıca yine aynı bağlamda yapılan operasyon ve tetkikler aracılığıyla elde edilen veriler de hekimin ve kurumun kontrolüne geçmektedir. Hekimin hastasına ilişkin bilgileri gizli tutması, mesleki değer ve etik bir görevi olarak kabul edilmesine rağmen, gelişen teknoloji ve tıbbın etkisiyle “sır saklama” yerine getirilmesi zor bir yükümlülük

33) ATAK, a.g.m., s.29.

34) Hakan HAKERİ, Tıp Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s.467, 468.

haline gelmiştir. Günümüzde artık hastalara ait tıbbi kayıtlar sadece hekimlerin elinde değildir. Sağlık hizmetlerinin sağlık kuruluşlarında sağlık ekibiyle verilmeye başlanması, hastalara ait kayıtlarının bilgisayar ortamına yüklenmesini gerekli kılmıştır³⁵. Tıpta gizliliği korumanın en önemli yöntemi hasta mahremiyeti ve gizliliğini bir hasta hakkı olarak benimseyen sağlık çalışanlarının varlığıdır. Her düzeydeki sağlık çalışanı bu konuda yükümlülük taşımaktadır³⁶. Hastayla ilgili tıbbi kayıtları ancak doğrudan ilgili kişiler görebilir; diğer sağlık personeli dâhil başka birisinin görmesi bu bilgilere ulaşması mümkün olmamalıdır. Nitekim Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16. maddesi bu şekilde düzenlenmiştir: *“Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir.”*

Hekimin sır saklama yükümlülüğü hususunda karşılaştırmalı hukukta uzlaşma sağlanmıştır. Hukukumuzda da Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesi şu şekildedir:

“Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz.”

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi ise şu şekildedir:

“Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı; a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar. Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez. Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.”

35) Nesrin ÇOBANOĞLU, “Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti”, Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara, s.515.

36) ÇOBANOĞLU, a.g.m., s.520.

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 9. maddesi şöyledir:

“Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.” şeklinde, 31. maddesi, *“Hasta dosyalarındaki bilgilerin geniş bir özeti ile bilgi ve belgelerin örnekleri, isteği durumunda hastaya verilir. Hekim, yasal zorunluluk olmadıkça, bu bilgileri başkasına veremez. Hekim, hastanın kimlik bilgilerini saklı tutmak koşuluyla, bu bilgileri dosya üzerinden yapacağı araştırmalarda kullanabilir.”*

Söz konusu kurallar, mevzuatımızda sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğünü genel olarak düzenlemektedir³⁷.

Hekimlerin meslek kurallarında yer alan sır tutma yükümlülüğü TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen “kişisel verilerin açıklanması suçunu” oluşturabilir. Ancak bu suçun oluşmadığı hallerde dahi meslek kurallarına aykırılık bir disiplin suçu oluşturabilir ve tazminat sorumluluğuna neden olabilir. Ayrıca hekimin sır saklama yükümlülüğü ancak onun hekim olması dolayısıyla açıklanmış olan bilgileri kapsar bunun dışında hekimin mesleği dışında özel bir birey olarak açıklanan sırlar bakımından saklama yükümlülüğü bulunmamaktadır; ancak yine de özel yaşama ilişkin kişisel verilere ilişkin düzenlemelere bakılmalıdır (örneğin TCK m.135 ve 136 gibi). Hekimin hastasıyla olan ilişkisi başka bir deyişle tedavi sürecinin sona ermesiyle birlikte hekimin sır tutma yükümlülüğü sona ermez. Bu yükümlülük sürmeye devam eder. Bunun bir sonucu olarak hastaya ait kayıt ve belgelerin başkalarına devri de mümkün değildir³⁸.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.4.2011 tarihli 2011/4-333 E., 2011/335 K. sayılı kararında, devlet hastanesinde AIDS şüphesiyle test yaptırmak isteyen bir hastanın durumu hakkında hastane görevlileri tarafından basın hastaneye çağrıldığı, basının başhekimliğe geldiği, başhekimin bazı doktorları çağırarak basına bilgiler verdiği, basının hastanın odasına kadar çıkıp fotoğraflarını çekmesi ve ertesi gün sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılmasının bildirilmesine rağmen hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek hastanın AIDS olduğuna ait haberlerin yayınlanması sebebiyle hastanın Sağlık

37) HAKERİ, a.g.e., s.468, 469.

38) HAKERİ, a.g.e., s.470.

Bakanlığı aleyhine açmış olduğu maddi manevi tazminat davasını kazanması üzerine, ödenen tazminatın hastanenin başhekimine rücuen açılan tazminat talebine ilişkindir. Kararda, *“Davalı başhekimin basın elemanlarına henüz AIDS teşhisinin doğrulanmadığını bildirmiş olması, ertesi tarih sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılan hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek AIDS olduğu yönündeki haberler, basında yer alan davalı resimleri ve belirtilen inceleme raporundaki olgular itibarıyla davanın, kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte kusurlu davrandığını göstermektedir. Basın elemanlarının kendilerine verilen bilgilerden fazlasını yazmış olmaları davalının bu sorumluluğunu ortadan kaldırmaz”* şeklinde saptamada bulunulmuştur³⁹.

Hekimin hâkime veya savcıya karşı sır saklama yükümlülüğü bulunmadığı, hatta hâkim veya savcı tarafından istenen belgeler gönderilmek zorunda olduğu da belirtilmelidir. Bunun gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması halinde hekimin sır saklama yükümlülüğü ortadan kalkar. Bunlar, hastanın rızası, zorunluluk hali, yetkili merciin emrinin veya kanun hükmünün yerine getirildiği haller olarak ifade edilebilir⁴⁰.

Hasta haklarının korunması insan onurunun esasıdır ve bu nedenle genel kişilik haklarına dâhildir. Bu itibarla kişisel verilerin başkasına verilmesinin yasaklanmasının arkasında yatan neden anayasal bir hak olan kişilik hakkının korunmasıdır. Hasta olup da hekime hastalığı ile ilgili bilgileri aktaran herkes, bu bilgilerin gizli kalacağı ve ilgisiz kişilere aktarılmayacağına güvenmelidir. Ancak bu suretle hasta ile hekim arasında bir güven ilişkisi oluşturulabilir⁴¹. Temel insan haklarından olan insanın özel yaşamına ve mahremiyetine saygı göstermek gerekir. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi'nin 24. maddesi insanlar üzerinde tıbbi araştırma yürütülürken hastayla ilgili bilgilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi gerektiği *“Araştırmalarda kullanılan kişilerin özel yaşamını ve kişisel bilgilerinin gizliliğini korumak için her tür önlem alınmalıdır.”* şeklinde ifade edilmiştir⁴².

Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 6. maddesi uyarınca:

“Her birey kişisel bilgilerinin, sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanı sıra teşhis ve tedavi yapılırken veya özel ziyaretlerinin gizliliğinin muhafazası hususunda gizli tutulmasını talep etme hakkına sahiptir. Bir bireyin sağlık durumuna veya ona uygulanan tıbbi/cerrahi tedaviye

39) YHGK, 4.4.2001, E.2011/4-333, K. 2011/335

40) HAKERİ, a.g.e., s.471.

41) HAKERİ, a.g.e., s.468.

42) ÇOBANOĞLU, a.g.m., s.520.

ilişkin bilgi ve veriler gizli olmalı ve öyle muhafaza edilmelidir. Tıbbi/cerrahi müdahale sırasında bile kişisel gizliliğe saygı gösterilmeli, yani uygun ortamda yapılmalı ve gerçekten orada bulunması gerekli olan kişiler (hastanın onayı veya özel bir talebi olması durumları hariç) nezdinde yapılmalıdır.”

Amsterdam Bildirgesi m.4.1 gereğince:

“Hastanın sağlık durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır” ve m.4.6’ya göre, “Hastanın tanı, tedavi ve bakım için gerekli olmadıkça ve ek olarak hasta izin vermedikçe, hastanın özel ve aile hayatına girilemez.”

1981 tarihli Lizbon Bildirgesi m.4 uyarınca:

“Hasta, hekimden, tüm tıbbi ve özel hayatına ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı duyulmasını bekleme hakkına sahiptir”.

Aynı bildirme m.8-a gereğince:

“Sadece hastanın çocukları ve torunları, sağlıklarını tehdit eden riskleri öğrenmek için bu bilgileri alabilirler.””

AB’de AB Sağlık Hukuku adı altında ayrı bir dal olmadığı gibi başlı başına sağlık verilerinin gizliliğini düzenleyen herhangi bir direktif de bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AB hukukunun bazı genel hükümleri, sağlık alanında kişisel verilerin korunması üzerinde pek çok sonuç doğurmaktadır. Bu doğrultuda özellikle üye devletlerin bu alandaki düzenlemelerinin birbirleriyle uyumlaştırılması bakımından Verilerin Korunması Yönergesi (95/46/EC) ön plana çıkmaktadır. Ayrıca önceden de belirttiğimiz üzere, mahremiyete ilişkin haklar AB’nin Temel Haklar ve Özgürlükler Şartı’nda da yer almaktadır⁴³.

Sağlık bilgilerinin gizliliğinin önemi, bu konuda öğretilerde daha yakın tarihte başlayan tartışmaların çok öncesinde sağlık mesleğinin etik kodlarında sağlık hizmeti bağlamındaki gizlilik esasının bir sonucu olarak vurgulanmıştır. *“Sağlık bilgilerinin mahremiyeti” (health informational privacy) ve “gizlilik” (confidentiality) birbiriyle ilintili kavramlar olmakla birlikte, yine de bunları birbirinden ayıran bazı niteliklerin bulunduğu unutulmaması gerekir⁴⁴. Bu çerçevede sağlık bilgilerinin mahremiyeti “Bir bireyin kişisel sağlık bilgilerinin toplandığı, kullanıldığı, depolandığı ve aktarıldığı haller üzerindeki denetim yetkisi”, gizliliği ise “Hekim – hasta ilişkisi gibi tipik olarak yakın bir ilişki içerisinde olan iki birey arasındaki güvenin korunmasına odaklanan, sağlık bilgilerinin*

43) Tamara K. HERVEY/Jean V. MCHALE, “Health Law and the European Union”, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, s.159, 160.

44) HERVEY/MCHALE, a.g.m., s. 160.

mahremiyetinin bir görünümü” olarak tanımlamaktadır⁴⁵. Her iki kavram arasında belirli farklar bulunsa da bilgi mahremiyetini gizliliğin yerini alan değil, onu tamamlayan bir kavram olarak değerlendirmek daha yerinde olur⁴⁶.

Hekim – hasta ilişkisindeki gizlilik, iki temel sebebe dayanmaktadır. Bunlardan ilki, hastanın, özellikle toplumca bilinmesini istemediği HIV / AIDS gibi bir rahatsızlıktan muzdarip ise, gizlilik temin edilmedikçe tedavi için başvurmaya yanaşmayacak olması gibi daha uygulamaya dönük bir endişedir. İkinci olarak sağlıktaki mesleki gizlilik, mahremiyet hakkı dâhil olmak üzere birtakım deontolojik gerekçelerle temellendirilmektedir. Böylesi etik ilkelerin ihlali, AB ülkeleri genelinde hem mesleki disiplin yaptırımları hem de medeni ve adli davalarla sonuçlanmaktadır. Söz gelimi Hollanda’da tıbbi gizliliğin ihlali ceza kanununda suç olarak, medeni hukuk bakımından ise 1995 tarihli Tıbbi Tedavi Sözleşmeleri Yasası’nın 457. maddesinde düzenlenmiştir. Birleşik Krallık’ta ise hekim – hasta arasındaki gizliliğin ihlali, ortak hukuk bakımından güvenin ihlali (*breach of confidence*), hastanın gizliliğinin korunmasıysa hastanın mahremiyet hakkının doğal bir parçası olarak kabul görmektedir⁴⁷.

Böylelikle, AB’de sağlık bilgilerinin mahremiyeti açıkça koruma görünürken, gizliliği ilgilendiren ulusal yasaların uygulanması yoluyla sağlık bilgilerine örtülü koruma da sağlanmaktadır. Bununla birlikte, mahremiyet ve gizliliğe yönelik evrensel düzeyde kabul gören bir ihtiyaç bulunsa da uygulamada bu pek çok sınırlamaya tabidir. Söz gelimi sağlık personelinin etik kuralları, “kamu yararı”, bir ceza soruşturmasından kaynaklanan ihtiyaçlar, bunun hastanın kendi iyiliğine olduğunun varsayılması gibi pek çok durumda gizliliğin ihlaline cevaz vermektedir. Kamu sağlığı, belirli hastalıklar söz konusu olduğunda bilgi verilmesi bakımından pek çok ülkede geçerli bir sebep olarak öne sürülmektedir. Öte yandan, Yunanistan örneğindeki gibi kimi ülkelerde ise buna ek olarak bir suç işlendiği şüphesi halinde de kamu yetkililerini bilgilendirmeye yönelik yasal bir yükümlülük vardır⁴⁸.

VII- Kişisel Verilerin Korunmasına Yönelik Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Suçlar

TCK’da kişisel verilerin hukuka aykırı olarak oluşturulması, kullanılması ya da açıklanması ve verilerin yok edilmemesi eylemleri ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir. Böylelikle ülkemiz ceza hukuku düzeni açısından önemli bir boşluk

45) Lawrence O. GOSTIN, “Public Health Law: Power, Duty, Restraint”, 2nd Edition, Berkeley, University of California Press, 2008, s.317.

46) HERVEY/MCHALE, a.g.m., s.161.

47) HERVEY/MCHALE, a.g.m., s.162.

48) HERVEY/MCHALE, a.g.m., s.162, 163.

giderilmeye çalışılmıştır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tipleri 5237 sayılı TCK'nın özel hükümlerin yani suç tiplerinin düzenlendiği ikinci kitabının “kişilere karşı suçlar” başlıklı ikinci kısmının “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almaktadır. TCK'nın 135. maddesinde “kişisel verilerin kaydedilmesi suçu”, 136. maddesinde “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu”, 137. maddede bu suçların nitelikli halleri, 138. maddede “verilerin yok edilmemesi suçu” 140. maddede ise bu suçlara ilişkin olarak tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.

TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen “kişisel verilerin kaydedilmesi suçu” ve 136. maddesinde “verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu” ile ortak hukuksal değerler korunmaktadır. Yasanın sistematüğinden anlaşılacağı üzere bu suç tipleriyle genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özel olarak ise kişisel veriler korunmaktadır⁴⁹.

Günümüzde hastaneler, adli tıp kurumu, sendikalar vb. pek çok kurum tarafından kişilerin sağlık durumları, cinsel yaşamları, DNA örnekleri ya da siyasal düşünceleri gibi özellikle gizli kalmasını isteyeceği bilgiler veri halinde kaydedilmekte ve arşivlerde bulunmaktadır. İşte bu bilgilerin yasadan ya da kişinin verdiği izinden kaynaklanmayan bir şekilde hukuka aykırı olarak bilişim sistemine kaydedilmesi TCK m.135 ile suç haline getirilmektedir. Böylelikle ister bireyler olsun isterse de kurumlar olsun, kişiler hakkındaki bilgileri sanal ortamda ya da yazılı ortamda kayda girerken ya da arşivlerken daha dikkatli davranmak zorundadırlar⁵⁰.

Herkese değil de, ancak belirli ve sınırlı kişilere verilen ve gizli tutulmasında hastanın anlaşılır, makul bir nedenini ve dolayısıyla korunmaya layık bir yararının bulunduğu her türlü veri, tıp hukuku anlamında kişisel veri olarak kabul edilir. Hastanın özel yaşam ve gizli alanına ilişkin verileri kişisel veri olarak kabul etmek gerekir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün önemi karşısında kişisel veri kavramının geniş yorumlanması gerekir. Hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, bedeni eksiklikler ve özellikler, hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları ile kişisel, ailevi, mesleki, ekonomik durumuna ilişkin bütün veriler kişisel veri olarak değerlendirilmelidir. Hastanın adresi ve hastaneye geldiği hususu dahi sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır. Hastanın resmi de kişisel veri kapsamındadır. Nitekim bir plastik cerrahın, hastanın operasyon öncesi ve sonrası fotoğraflarını izinsiz olarak yayınlaması hukuka aykırı bulunmuştur. Hekimin bilirkişi olarak edindiği bilgiler de bu kap-

49) DÜLGER, a.g.e., s.602.

50) DÜLGER, a.g.e., s.578.

samdadır ve bu bilgilerin yetkisiz kişilere aktarılmaması gerekir. Hekimin kişisel verileri açıklamama yükümlülüğü, kendi ailesi açısından da geçerlidir. Önemle vurgulamak gerekir ki, hekimin özel hayatında elde ettiği bilgiler TCK m.135 ve 136'nın koruma alanı içinde değildir⁵¹.

TCK'nın 137. maddesinde "nitelikli haller" başlığı altında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer alan suçlar için failin sıfatından kaynaklanan cezayı artırıcı nitelikli haller öngörülmüştür. 137. maddenin "a" bendine göre 135. ve 136. maddelerde düzenlenen suçların bir kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde failin cezası artırılarak verilecektir. TCK açısından kamu görevlisinin tanımı 6. maddenin "c" bendinde verilmiştir. Buna göre "*kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan kişi*" anlaşılacaktır. Bu bağlamda örneğin sağlık personeli açısından hemen bütün olaylarda bu nitelikli halin gerçekleşmesi söz konusu olabilecektir⁵².

TCK'nın 138. maddesinde ise yasal süresi dolmasına rağmen kişisel verileri sistem içinden yok etmekle görevli olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmemeleri durumu suç haline getirilmiştir⁵³. Bu suç ile sistemde bulunana kişisel verilerin sürekli olarak bu sistemlerde bulunması ve böylelikle her an ulaşılabilirliğinin sağlanmasının önüne geçilerek, verileri sistemden çıkarmayanlara yani bu konudaki görevlerini ihmal edenlere yaptırım öngörülmektedir⁵⁴. 138. maddeye 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkra ile "Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır" hükmü getirilerek suçun cezayı artırıcı nitelikli hali düzenlenmiştir.

İnsanlar doğaları gereği özgür varlıklardır. Bu nedenle sürekli olarak izlenen, haklarında bilgiler toplanan ve fişlenen bireyler olarak yaşamak istemezler. İnsanlarda sürekli izlendikleri duygusunun oluşturulması, içinde buldukları siyasal sisteme karşı da bir güvensizlik ve nefret duygusu yaratabilir; dolayısıyla insanlar güven içinde ve özgür bir şekilde yaşamak isterler⁵⁵.

51) HAKERİ, a.g.e., s.728-730.

52) Hakan HAKERİ, "Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, 2009, s.131.

53) Olgun DEĞİRMENCİ, Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2002, s.157.

54) DÜLGER, a.g.e., s.609.

55) İnsanların sürekli olarak izlendikleri ve fişlendikleri ütöpik bir dünyayı ve bu dünyadaki insan davranışları göstermesi açısından bkz: George ORWELL, Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Çev: Nuran Akgören, İstanbul, Can Yayınları, 1999.

İşte yaşamlarının belli bir kesitinde hukuka uygun bir biçimde de olsa bazı kişisel bilgileri veri şeklinde çeşitli sistemlere girilen bireylerin bu kişisel bilgilerinin bir zaman sonra bu sistemlerden çıkartılması gerekir. Bu verilerin yok edilmesini bireyler istediği gibi devletler de istemelidir. Çünkü vatandaşları hakkında sürekli bilgi toplayan ve bunları kaydeden kısacası vatandaşlarını fişleyen bir devlet asla çoğulcu, özgürlükçü ve demokratik bir devlet olamaz ve vatandaşlarını da bu çağdaş ilkelere bağlı bir toplum haline getiremez. İşte TCK'nın 138. maddesindeki suç tipiyle bunun önüne geçilmek istenmektedir⁵⁶.

Kişisel verilerin açıklanması suçu bakımından ortaya çıkan sorunlardan biri de hekimin reşit olmayan çocuklara ilişkin bilgileri ebeveyninden saklamak zorunda olup olmadığıdır. Bu sorunun önemi, ebeveynin çoğu kez çocukları ile ilgili olarak rıza verme hakkına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Ebeveynin terbiye amacı ve bundan kaynaklanan bilgilenme hakkı, çocuğun karar verme yeteneği arttıkça azalmak durumundadır. Bu sebeple çocuk kendisine çok yakın olanları dahi bilgilenme hakkına sahip olanlardan çıkarılabilir. Örneğin, tek başına bir kadın doğum uzmanına giden genç bir kız, henüz rıza verme hakkına sahip olmasa bile, kural olarak sır saklama yükümlülüğünden sınırsız olarak faydalanma hakkına sahiptir. Elbette somut olayın şartlarına göre karar vermek her zaman daha doğru olacaktır. Çocuğun saklama yararı üstün ise, ebeveynin bilgilenme hakkının bulunmadığını; ebeveynin bilgilenme yararı üstün ise, hekimin sır saklama yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmek gerekir⁵⁷.

Üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konu da, hekimin bir başka hekime hastaya ilişkin verileri açıklamasının suç oluşturup oluşturmayacağıdır. Bu konuda kural olarak hekimin bir başka hekime hastanın kişisel bilgilerini vermesinin, sır saklama yükümlülüğünün ihlal niteliğinde olduğu söylenebilir. Kişisel verilerin bizzat sır saklama yükümlülüğü altında olan bir başka kimseye aktarılması da aynı şekilde suç oluşturur. Bununla beraber, günümüzde tıp bilimindeki gelişmeler, çoğu tıbbi müdahalenin bir ekip çalışması içinde ekipte yer alan sağlık personelinin hastaya ilişkin kişisel verileri bilmesi doğal bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bilgi alma yetkisine sahip kişiler dairesine dâhil kimselere aktarılan bilgiler dolayısıyla kişisel verilerin aktarılması suçu oluşmaz. Konu daha çok “zımni rıza” çerçevesinde değerlendirilebilir. Bilgi alma yetkisine sahip kişiler dairesine dâhil olmayan diğer tüm sağlık personeline verilerin aktarılması, kişisel verilerin verilmesi suçunu oluşturur⁵⁸.

137. maddenin “b” bendine göre ise belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolay-

56) DÜLGER, a.g.e., s.609, 610.

57) HAKERİ, a.g.e., s.731, 732.

58) HAKERİ, a.g.e.,s.734.

lıktan yararlanmak suretiyle bu suçun işlenmesi halinde faile cezası yine artırılarak verilecektir. Burada geçen “belli bir meslek ve sanat” kavramından bilişim sektörüyle ve bu sektörün teknik kısmıyla ilgili bir iş kolu anlaşılmalıdır. Aynı şekilde özel sektörde çalışan sağlık personelinin kamu görevlisi kabul edilmemesi halinde dahi (bize göre kurumun kamu ya da özel olduğuna bakılmaksızın kamu görevi yapmaktadırlar) bu bende göre suçun nitelikli hali kapsamına girmektedirler. Buna göre söz konusu nitelikli hallerden herhangi birisinin gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

Burada değinilmesi ve eleştirilmesi gereken bir konu da 135. maddenin 2. fıkrasında suçun konusuna ilişkin olarak belirtilen “nitelikli (hassas) kişisel verilerin” düzenlenmesidir. Bu fıkrada “*Kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır*” denilmektedir.

Meclis alt komisyonu tarafından kabul edilen ceza yasası tasarısında nitelikli (hassas) kişisel verilerin suçun konusunu oluşturması hali cezayı artırıcı nitelikli hal olarak öngörülmüştü. Ancak Adalet Komisyonu tarafından genel kurula gönderilen ve genel kurulda kabul edilerek yasalaşan metinde nitelikli kişisel verilerin suçun konusunu oluşturması cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bu durumda söz konusu verilerin ayrıca belirtilmesinin de yasa yapma tekniği açısından bir anlamı kalmamıştır. Oysaki alt komisyonda kabul edilen metinde olduğu gibi bu verilerin suçun konusunu oluşturması halinin cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır⁵⁹.

135. maddenin 2. fıkrasının gerekçesinde özellikle suçla mücadele bağlamında kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kaydedilmesinin yasayla hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenebileceği ifade edilmektedir⁶⁰. Buna göre kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine ve ırkî kökenlerine ilişkin bilgilerin kayda alınması her ne suretle olursa olsun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmeyecektir⁶¹.

59) DÜLGER, a.g.e., s.579.

60) “Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkî kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır.”

61) DÜLGER, a.g.e., s.598.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer tüm tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla CMK'nın 46/1-b maddesi gereğince tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır. Ancak çekinme sebebi olmasına ve hastanın da tanıklığa ilişkin rızasının bulunmamasına rağmen hekimin tanıklık yapması durumunda hekim, kişisel verilerin açıklanması suçunu işlemiş olacaktır⁶². Nitekim tıp mesleği mensuplarına sıfatları dolayısıyla ilişkide oldukları hastaları ve bunların yakınlarına ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturmasında bilirkişilikten çekinme hakkı tanınmıştır (CMK m.70/1). Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9/4'de de hekimin, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığı anda olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebileceği öngörülmüştür⁶³.

Ayrıca belirtelim ki sağlık verilerin bilişim sistemlerine yüklenebilmesi için hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mutlaka bulunması gerekir. Burada en sık karşılaşılan nedenler ise ilgilinin rızası ve kanun hükmünü yerine getirmedir.

VIII- Tıbbi Kişisel Verilerin Türkiye'deki Hukuki Rejimi ve Tıbbi Kayıtların Tutulması-Saklanması

Ülkemizde kişisel verilerin korunması ile ilgili bir yasanın hazırlanması için girişimlere 1995 yılında başlanmış olmakla birlikte aradan geçen oldukça uzun süreye rağmen halen bu konuda bir yasa bulunmamaktadır. Bu dönemde konuya ilişkin temel düzenlemeler, Anayasadaki özel yaşamın gizliliği hakkını ve bunu esas alan yasa maddeleri olagelmıştır⁶⁴. Bununla birlikte, 2010'da referandumda kabul edilerek yürürlüğe giren anayasa değişikliği paketi ile Anayasanın özel yaşamı gizliliği hakkını düzenleyen 20. maddesine şu fıkra eklenmiştir:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Her ne kadar fıkrada atıfta bulunulan yasa halen yürürlüğe girmemiş olsa da, bu değişiklik kişisel verilerin doğrudan Anayasal teminata bağlanmış olması açısından olumlu bir adımdır. Söz konusu Anayasa maddesi dışında Anayasanın

62) HAKERİ, a.g.m., s.127.

63) YOKUŞ SEVÜK, a.g.e., s.791.

64) İZGİ, a.g.m., s.32.

kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı, kişi hürriyeti ve güvenliği ile ilgili maddeleri de kişisel verilerin korunmasını ilgilendiren diğer düzenlemelerdir. Bunlara ek olarak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin tarafı bulunduğumuz uluslararası sözleşmelere atıfta bulunan Anayasanın 90. maddesi de bu bağlamda göz ardı edilmemesi gereken bir diğer düzenlemedir⁶⁵.

Türkiye’de sağlık bilgilerinin saklanması ve gizliliğine ilişkin çeşitli seviyelerde önemli düzenlemeler yürürlüktedir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3/f hükmüne göre “Herkesin sağlık durumunu takip edebilmek için gerekli kayıt ve bildirim sistemi kurulur”. Bu düzenleme önemli bir hukuksal dayanak oluşturur. Bununla birlikte hekimlerin ve diğer sağlık personelinin sorumluluğuna ilişkin hükümler adı geçen kanunda yer almamaktadır. Bu konuya ilişkin düzenlemeleri daha çok ilgili yönetmeliklerde ve etik kuralların düzenlendiği belgelerde bulmak olanaklıdır⁶⁶. Konuyla ilgili hukukumuzda bazı önemli yasal düzenlemelere örnek olarak şunlar verilebilir: *Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun* m.72; *Radyoloji, Radyom ve Elektirikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun* m.5; *Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun* m.10/II; *Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun* m.5/III; *Özel Hastaneler Tüzüğü* m.29; *Aile Hekimliği Uygulama Yönetmeliği* m.26, m.27; *Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik* m.17, m.27; *Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği* m.8/c, m.33, m.34; *Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği* m.12/IV; *Özel Hastaneler Yönetmeliği*’nin “Tıbbi Kayıt ve Arşiv, Faturalandırma ve Hastaya Verilecek Belgeler” başlığı altındaki düzenlemeler olan m.48, m.49, m.50 gibi⁶⁷.

Uygulamada ve öğretilerde kabul edildiği üzere hekimin kayıt tutması, mesleki yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu yükümlülük, hekimlik sözleşmesinden veya hastaneye kabul sözleşmesinden doğan yan yükümlülük olup aynı zamanda hekimin özenli tedavi yükümlülüğünün de bir parçasını oluşturur. Kayıt tutma yükümlülüğünün amacı, hastanın tedavisinin güvenli şekilde yapılması ve sürdürülmesinin sağlanması, ileride doğabilecek ihtilaflar bakımından delillerin güvence altına alınması ve gereğinde hesap sorabilme imkânının oluşturulması olarak özetlenebilir. Bununla birlikte birincil amaç, kaydın delil değerine yönelik değil; hastanın tedavi sürecine ilişkin bilgilerin garanti altına alınmasına yöneliktir⁶⁸.

65) İZGİ, a.g.m., s.32.

66) KÜZECİ, a.g.e., s.338.

67) Pervin SOMER, “Tıbbi Kayıtlar” Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, s.529-536.

68) SOMER, a.g.m., s.529.

Uygulamada sıkça yaşanan tıbbi kayıtlara erişim problemine çözüm olarak, *Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi*'nin 2.9. maddesinde olduğu gibi, “*hastaların sağlık kurumlarından taburcu edildiklerinde, tanıları, tedavileri ve bakımları ile ilgili bir yazılı özet alma ve isteme hakkına sahip olduğu*” kuralının ülkemizde de uygulanmasını sağlama amaçlı yasal düzenleme yapılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz⁶⁹.

Türkiye’de sağlık verilerinin gizliliğine ilişkin temel kaynak *Hasta Hakları Yönetmeliği*⁷⁰’dir. Yasa ile izin verilen durumlar ve tıbbi zorunluluklar dışında hastanın özel ve aile yaşamının gizliliğine dokunulamayacağı hasta haklarına ilişkin ilkeler kapsamında yer almıştır. Bu yönetmeliğin ilgili hükümleriyle kişisel verilerin korunmasının temel ilkeleri büyük oranda karşılanmaktadır. Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Bu kayıtlar sadece hastanın tedavisiyle doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir. Hastaya ilişkin olarak sağlık hizmetinin verilmesiyle edinilen bilgiler, yasayla izin verilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamaz⁷⁰.

Kişinin rızasına dayansa bile kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bir bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacıyla yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri rızası olmaksızın açıklanamaz. Bu konuda çeşitli hukuki metinlerde düzenlemeler bulunmaktadır⁷¹.

Elektronik sağlık kayıtlarının; tıbbi hataların azaltılması, verilere hızlı ulaşım sağlanması, daha iyi kalitede veriler elde edilmesi ve bu verilerin çok yönlü olarak sunulması, sağlık bakımının sonuçlarının ölçülebilmesi ve değerlendirilebilmesi, gerektiği yer ve zamanda kanıta dayalı kayıtlardaki işlevlerin yanında sağlık kurumunun birimleri arasında iletişimi ve bilgi alışverişini kolaylaştırma, hasta verilerine çabuk ulaşabilme, verimliliği artırma ve kayıtların okunaklılığına ilişkin avantajı dâhil olmak üzere pek çok faydalı işlevi vardır. Ayrıca hastaların ve harcamaların etkin şekilde izlenmesi, daha iyi dokümantasyon ve hastayla çok fazla zaman harcanmasının önüne geçilmesi, arşiv olarak kullanılacak alandan büyük ölçüde kazanç sağlanması, hasta kayıtları kurum içinde fiziksel olarak dolaşmayacağı için kaybolma riskinin ortadan kalması ek faydalar olarak sıralanabilir. Kısaca elektronik hasta kayıtları, sağlık bakım kalitesini artırır;

69) SOMER, a.g.m., s.546.

70) KÜZECİ, a.g.e., s.340, 341.

71) HAKERİ, a.g.m.,s.118, 119.

maliyeti azaltır; böylelikle verimlilikte artış sağlar, güvenlidir, günceldir ve hasta merkezlidir. Temel amacıysa hasta bakımını desteklemektir. Özellikle hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durumlarda hastaya ait hayati bilgilere ulaşılması son derece önemlidir. Veriler bir kez girilir, ihtiyaç duyulduğu her zaman ve farklı amaçlar için kullanılabilir⁷².

Türkiye’de yakın dönemde yaşanan kimi gelişmeler hastaların kişisel verilerinin güvenliği ile ilgili bazı kaygıların su yüzüne çıkmasına yol açmıştır. Bu çerçevede özellikle Sağlıkta Dönüşüm Projesi başlığı altında sağlık hizmetlerinde gözlemlenen özelleştirmeye dönük eğilim ve kişisel verilerin Sağlık Bakanlığı, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) ve özel sağlık sigortaları eliyle toplanması, kişisel verilerin metalaştırılması riskini beraberinde getirmektedir⁷³.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü’nün açıklamalarına göre, *Ulusal Sağlık Bilgi Sistemi (USBS)*, “sağlıkta dönüşüm projesi kapsamında uygulamaya koyulan reformların en önemli aşamalarından biri”dir. Sözü edilen belgelerde USBS, “tüm vatandaşları kapsayan, bireyin doğumundan önce başlayıp tüm yaşamı boyunca sağlığıyla ilgili verilerden oluşan işlevsel bir veri tabanının, yüksek bant genişlikli ve tüm ülkeyi kapsayan bir iletişim omurgasında paylaşılması ve tele-tıp uygulamalarına varan teknolojilerin mesleki pratikte kullanılmasını temel alan elektronik kayıt sistemidir. Bu sistem ayrıca sağlık hizmeti sunan tüm kurum ve kuruluşların insan gücü, taşınır, taşınmaz, idari ve mali verilerini de kayıt altına alacak şekilde tasarlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir. *Sağlık.NET* ise, “sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden, standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üreterek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformudur.” şeklinde açıklanmıştır⁷⁴.

Bilindiği üzere, Sağlık Bakanlığı 17 Kasım 2012 tarihinde “Sağlık net 2 veri gönderimi” başlıklı bir Genelge yayımlayarak, kamu-özel sağlık kuruluşu ayrımı olmaksızın sağlık hizmeti veren tüm sağlık kurum ve kuruluşlarının *Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS)*⁷⁵2.o. kapsamında yer alan hastaların sağlık verilerini,

72) SOMER, a.g.m., s.549.

73) İZGİ, a.g.m.,s.33.

74) <http://www.e-saglik.gov.tr/belge/1-33811/sagliknet-hakinda.html>, (Çevrimiçi), 15.10.2014

75) USVS, hastane bilgi sistemlerinin referans olarak kullanacağı bir sözlük çalışmasıdır. Sözlük, farklı kategorilerde veri kümelerinin olduğu hiyerarşik terimler arası ilişkilerden oluşmaktadır. Bununla birlikte USVS, bir veri sözlüğü niteliği taşımayan; ancak Sağlık Kodlama Referans Sunucusu (SKRS) bünyesinde yer alacak ve yine ülke çapında referans olarak kullanılacak olan kodlama ve sınıflandırma sistemlerinin tanımlarını da barındırmaktadır. Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS)’nün ilk sürümü, Sağlık Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı tarafından 2007

Sağlık Net 2 sistemine göndermesi zorunlu kılınmıştır. Türk Tabipler Birliği, söz konusu Genelge'nin iptali ve yürütmesinin durdurulması için Danıştay'a başvurmuştur. Bunun üzerine Danıştay 15. Dairesi 12.6.2014 tarih ve 2013/2084 Esas sayısı ile Genelge'nin yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir⁷⁶.

Daire kararının gerekçesi şu şekildedir:

"... Genelgenin dayanağı olduğu ileri sürülen hükümler incelendiğinde, 3359 sayılı Kanununun 3. maddesi (f) bendinin genel bir düzenleme olup, kayıt ve bildirim sisteminin internet üzerinden bir yazılım yoluyla yapılacağı ve kişisel sağlık verisi kapsamındaki verilerin bu sisteme aktarılacağına (dair) bir düzenleme içermediği, 5258 sayılı Kanunun ise aile hekimlerine ilişkin olduğu, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 1. fıkrasının Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün, 11. maddesinin Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün görevlerine ilişkin olduğu, dava konusu Genelgenin dayanağı olarak değerlendirilebilecek tek hükmün 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesinin 1. ve 3. fıkraları Anayasa Mahkemesinin 14.02,2013 tarih ve E:2011/150, K:2013/130 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

İptal hükmünde "Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan "temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler" in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın "Özel Hayatın Gizliliği" başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." hükmüne yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de

yılında oluşturulmuştur. Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü' nün 1.1 sürümü, Sağlık Veri Standartları Geliştirme Komisyonu tarafından hazırlanmış ve 2008 yılının Ocak ayında sağlık alanında tüm paydaşların kullanımına sunulmuştur. USVS 2.0 versiyonu 14 Mart 2012 tarihinde yayınlanmıştır. USVS 1.1 versiyonunda yer alan veriler kamu ve özel 2. ve 3. basamak sağlık kurumlarında toplanırken USVS 2.0; Aile Hekimliğini kapsayacak şekilde hazırlanmıştır. Bu amaçla tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında toplanması gereken elektronik sağlık kayıtlarının içeriği belirlenmiştir ve ayrıca birimlerin ihtiyaç duyduğu verilerde en üst düzeyde fayda sağlayabilecekleri sağlam, sistematik bir yapı kurulmuştur. USVS 2.2 şu anda kullanılan güncel sürümüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.e-saglik.gov.tr/belge/1-33805/usvs.html>, 15.10.2014.

76) Danıştay Kararı için bkz: (Çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr/images/stories/file/2014/ydkabul.pdf>, 15.10.2014

kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilmiştir. Buna göre, Anayasa’nın 20. maddesinde düzenlenen ve “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.” gerekçesine yer verilmiştir. Bu nedenle, yasal dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Genelge’de hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Her ne kadar, 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 73/h-3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen hükümleri yeniden düzenlenmişse de sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemenin önceden yürürlüğe konulan Genelge’nin dayanağını oluşturmayacağı açıktır. Kaldı ki, hassas veri kabul edilen kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, koşulları ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmeksizin ve kişisel sağlık verilerine ilişkin bir sınırlama konulmaksızın, sağlık hizmeti alanların kişisel bilgileri ve bu kişilere verilen hizmete ilişkin bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılmasını öngören 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesindeki 12.07.2013 tarihinde getirilen düzenlemenin sağlık verilerinin kayıt altına alınmasını sağlayan ve bir veri tabanı sistemi şeklinde kurulan Sağlık Net 2 Veri Gönderimi Sisteminin işleyişine ilişkin tüm ayrıntıları kapsayan bir yasal düzenleme olarak kabulü de mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasa’nın 27 nci maddesi uyarınca, davadan yürütmenin durdurulması isteminin kabulü ile T.C. Sağlık Bakanlığı Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü’nce yayımlanan 17.11.2012 tarih ve B.10.O.S8S.O.77.00.00/700/3872 sayılı “Sağlık Net 2 Veri Gönderimi” başlıklı Genelge’nin yürütülmesinin durdurulmasına... oybirliği ile karar verildi.”

Kararda görüldüğü üzere Danıştay, Anayasal koruma altında olan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasının mümkün olmadığına dair karar veren Anayasa Mahkemesi’nin 14.2.2014 tarihli kararına atıfta bulunarak, sağlık verilerinin hassas veri olduğunu ve bunların toplanmasının, işlenmesinin, kapsamının koşullarının ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların mutlaka Kanun’la düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Bahsi geçen Anayasa Mahkemesi’nin 2011/150 E., 2013/30 K. sayılı kararı, Danıştay Kararı’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere 663 sayılı KHK’nın 47.

maddesi ile Sağlık Bakanlığı'nın sağlık kuruluşlarına başvuran hastaların sağlık bilgilerini merkezi olarak toplamasına ilişkin hükmün iptaline ilişkindir.

663 sayılı KHK'nın 47 nci maddesinin 1. fıkrası, *“Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıta ile toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Bu karardan sonra Sağlık Bakanlığı tarafından aynı hüküm 2.8.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6495 sayılı *“Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”*un 73 üncü maddesinin (h) fıkrasının (3) numaralı bendiyle tekrar yasalaştırılmıştır. Söz konusu hükmün Anayasa'nın 20. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali için Anaya Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

Bir diğer uygulama MEDULA sistemi olarak adlandırılan 2007 tarihinden bu yana kullanılan, Genel Sağlık Sigortası ile sağlık tesisleri arasında, sağlık tesislerinin iç süreçlerine müdahale etmeksizin fatura bilgisini elektronik olarak toplamak ve hizmetlerin ödemesini gerçekleştirmek için oluşturulmuş sistem yer almaktadır⁷⁷. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun MEDULA çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu çalışmalarda, kaliteli veri üretebilmesi, geleceğe yönelik sağlık harcaması tahminleri yapılabilmesi, istatistikî bilgi elde edilmesi, risk analizlerinin yapılabilmesi, harcama kalemlerinde değişikliklerin takip edilebilmesi, sağlık politikalarına yön verecek bilgi dayanakları sağlamanın amaçlandığı ifade edilmiştir⁷⁸. Sistemin amaçlar doğrultusunda işletilmesi halinde faydalı olabileceği tartışmasız bir konu olmakla birlikte toplanan verilerin ne şekilde korunduğu, kimlerle paylaşıldığı ve ne kadar süreyle tutulduğu bilinmemekle birlikte elde bu konuda yasal mevzuatın olmaması kişilerin kaygılarını arttırmaktadır.

Genel Sağlık Sigortası MEDULA Web Servisleri Kullanım Kılavuzu'nda yapılan değişiklik ile 1.12.2013 tarihinde özel ve üniversite hastanelerinde Avuç İçi Damar İzi (Biyometrik Kimlik Doğrulama) uygulamaya başlanmış ve tedavi görecektir hastaların sigortalılara her muayene, konsültasyon, kontrol muayenesi, diyaliz, fizik tedavi, radyoterapi, kemoterapi, hiperbarik oksijen tedavisi gibi iş-

77) Kişisel Sağlık Verileri Çalışma Grubu, (Çevrimiçi) <http://www.kisiselsaglikverileri.org/hakkinda.php?id=32>, 20.10.2014.

78) (Çevrimiçi) http://www.tusiad.org/__rsc/shared/file/YadigarGokalp-03072012.pdf, 17.10.2014.

lemlerin her seansında kimlik doğrulaması yaptırmak zorunluluğu getirilmiştir. Türk Tabipler Birliği, Kılavuz hükümlerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Danıştay'da dava açmıştır⁷⁹.

Parmak izi tartışmasız kişisel veridir. Yasal mevzuatımızda parmak izi alınması sınırlı şartların varlığı halinde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ile kolluk kuvvetine verilmiştir. İç hukuk dikkate alındığında Anayasa'nın 17. maddesi ile düzenlenen "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" hükmüne, 20. maddesi ile düzenlenen "herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı" ve 13. maddede düzenlenen "temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir." hükümlerine aykırı bir uygulama olduğu açıktır.

Danıştay 12. Daire Başkanlığı'nın 15.5.2006 tarihli 2005/6811 E., 2006/1959 K. sayılı kararı, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nda görev yapan memur, işçi ve sözleşmeli personelin parmak izlerinin önceden kayıt altına alınmak suretiyle işe giriş ve çıkışlarında parmak izi yöntemiyle mesaiye devamlarının kontrol edilmesi amacını taşıdığı anlaşılan "Personel Devam ve Kontrol Sistemi Uygulaması Projesi" kapsamında, projeyi üstlenen firma tarafından personelin parmak izlerinin alınması işleminin iptali konusunda davacı sendika üyelerinin başvurusuna ilişkindir. Bu kararda görüşü belirten Danıştay Tetkik Hâkimi tarafından, "Anayasa'nın ve uluslararası sözleşmelerle ilgili yapılan değerlendirmelerden sonra, kişisel veri olan "parmak izinin" kamusal alanda da olsa "özel hayatın gizliliği" hakkı kapsamında bulunduğu anlaşılmaktadır. Bireyin izni olmadan parmak izinin alınması, uygulamanın yasal dayanağının bulunmaması, dosyadan anlaşıldığı kadarıyla bu uygulamanın idare ajanları yerine bu işi yüklenen firma çalışanlarınca yapılacak olması, toplanan verilerin ileri de başka bir şekilde kullanılmaya çağına dair bir güvencenin bulunmaması göz önüne alındığında, davacı sendika üyelerinin ve diğer çalışanların hukukunu etkileyen kesin ve yürütülmesi zorunlu bir işlem olduğu kanaatine varılmaktadır." şeklinde saptamalarda bulunulmuştur. Ayrıca kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında, "Özel hayatın gizliliği" hakkının sınırlanabilmesi için "yasallık" ilkesi şart olduğu, bu ilke ile birlikte, sınırlama meşru bir amaç için yapılmalı, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması, orantılı olması, müdahaleyi gerekli kılmak için gösterilen gerekçenin uygun ve elverişli olmasını da şart olarak arandığı belirtilmiştir⁸⁰. Ancak

79) (Çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/biyometrik-4743.html>, 30.10.2014

80) (Çevrimiçi) http://www.kararevi.com/karars/805368_danistay-e-2005-6811-k-2006-1959#.VES3r2d_t8E, 20.10.2014.

söz konusu uygulamada anılan sınırlama sebeplerinin bulunmadığı görülmektedir.

Adından söz ettiren bir başka uygulama Gebe-Bebek Takip Sistemidir (GEBESİS). 2008 yılında Aile Hekimliği'ne geçilmesi ile Aile Hekimlerine yardımcı olmak adına GEBESİS kurulmuştur. Sağlık Bakanlığı'nın amacı anne ve bebek sağlığını gözetim altında tutmaktır. Gebelik testi yaptıran tüm kişilerin sonuçları GEBESİS'e aktarılıyor ve TC Kimlik numaraları hangi aile hekimine bağlı ise gebelik durumu o aile hekimine de bildiriliyor. Aile Hekimi sistemde kayıtlı numaraya mesaj göndererek kişiyi gebelik kontrolleri için aile merkezine davet ediyor. Bu uygulamaya geçildiği sıralarda gebelik testi pozitif çıkan bir kişinin babasının cep telefonuna durumla ilgili bilgi mesajı atıldığı haberi yankı uyandırmıştır⁸¹. Bunun üzerine, Sağlık Bakanlığı tarafından, sistemin açıklarını düzeltereklerini buna ilişkin tedbir aldıkları yönünde açıklamalarda bulunulmuştur. Sistemin amacına ulaşması için, gebelik testi gerçekleştiren kişi sistemle ilgili bilgilendirilerek açık rızası alındıktan sonra bilgilerinin GEBESİS'e aktarılması şeklinde bir uygulamanın gerektiğini düşünüyoruz. Aksi takdirde uygulama açıkça hukuka aykırıdır.

Söz konusu sistemlerin dışında uygulamada yaşanan bir takım eksikliklerden de bahsetmek gerekmektedir. Örneğin ülkemizde hastaların muayeneleri sırasında yakınının veya bir üçüncü kişinin odada bulunmaması, hatta hastanın araştırma hastanelerinde stajyer veya öğrencilerin bulunmamasını isteme hakkına sahip olmasına rağmen uygulamada bu hususun pek fazla dikkate alınmadığı görülmektedir. Kişinin ameliyatta olması durumunda olay daha da vahim hale gelmektedir. Zira ameliyathane dışında bulunan ve kimliği bilinmeyen kişilere doktorlar tarafından bilgi vermektedir. Bu durum açıkça hastanın mahremiyet hakkını, özel hayatının gizliliğini ve doktorun hastasına karşı sır saklama yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmektedir. Bu şekilde hastanın rızası olmaksızın bilgilerinin basında yer aldığı durumlar da olabilmekte ve hastanın mahremiyet hakkı açıkça çiğnenmektedir. Bu gibi durumlar için özel olarak hastanelerde bir birim kurularak hasta hakkında bilgi almak isteyen kişilerin kimlik kontrolleri yapılmasının ardından bu kişilere bilgi verilmesi daha uygun bir düzenleme olacağı düşüncesindeyiz.

Bir diğer durum, özel sağlık hizmeti veren sigorta şirketlerinin müşterilerin tıbbi verilerine ulaşarak sigorta riskini hesaplamak istemeleridir. Bu durumda da açıkça hastanın özel hayatının gizliliği ve mahremiyet hakkı ihlal edilmektedir. Bunun sıkı bir biçimde düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir.

81) (Çevrimiçi) <http://ekonomi.haberturk.com/makro-ekonomi/haber/753536-tebrikler-kiziniz-hamile>, 20.10.2014.

SONUÇ

Sağlık verilerinin korunması ve hasta mahremiyeti, özel yaşamın gizliliği nosyonunun önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Sırlarının ve kişisel verilerinin güvende olacağından emin olamayan hastanın, sağlık kurumlarına başvurmadan imtina edebileceği göz önünde bulundurulduğunda meselenin yalnızca özel yaşam hakkı bağlamında değil yaşam hakkı bağlamında da önemli olduğu görülmektedir. Ayrıca, kişinin mahremiyeti, kendini özgürce geliştirebilmesi açısından da önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu konuda gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde pek çok düzenleme yapılmıştır.

Öte yandan, ülkemizde kişisel verilerin korunması alanında özel bir yasanın halen çıkartılmamış olması bu alanda önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Uygulamada bir tarafta veri işleme idarenin düzenleyici işlemleriyle hukuki zemine oturtulmaya çalışılmakta, diğer tarafta bu konuda Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin defansif bir rol üstlenerek bu yaklaşımı önlemeye çalıştığı görülmektedir. Her ne kadar Yüksek Mahkemeler ile kişisel verilere ilişkin esas ve usullerin Kanun ile düzenlenmesi gerektiği belirtilse ve bunun aksine olan düzenlemeler iptal edilse veya uygulamanın yürütmesi durdurulsa da bu kararların alınmasına kadar geçen sürelerde birçok verinin işlendiği ve veri sahibinin rızası dışında paylaşılmış olduğu görülmektedir. Verilerin paylaşılmamış olması durumunda dahi hukuka aykırı elde edilen verilerin akıbetinin ne olduğunun bilinmediği aşikârdır.

Bunun dışında, var olan genel düzenlemelerde de hasta mahremiyetine ilişkin belirli güvenceler sağlanmış olsa da uygulamada sık sık bunlara riayet etmeyen örneklerle rastlanmaktadır. Bu açıdan gerek münhasıran bu konuyu ele alan düzenlemelerin hızlıca devreye sokulması gerekse uygulayıcıların bu konudaki ilkeler ile yapılmış ve yapılacak olan düzenlemeler ile ilgili daha fazla bilinçlendirilmesi önem taşımaktadır.

Sonuç olarak acilen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkarılmalı, TCK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasının cezası artırılarak suçun nitelikli haline getirilmeli ve sağlık hukukundaki kişisel verilerin korunması için bu alana özgü dayanağını yasadan alan yönetmelik ya da yönetmelikler çıkarılmalıdır. Ancak en önemlisi sağlık mesleği mensupları bu konuda eğitilmeli hatta tıp fakültelerine Sağlık Hukuku dersleri konularak, kişisel verilerin korunması gerekliliği ve korunmamasının sonuçları hem hukuki hem de meslek etiği yönünden geleceğin hekimlerine daha ilk aşamada öğretilmelidir.

KAYNAKLAR

- Akyürek, Güçlü; “Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı”, Suç Ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayını, S.3, Temmuz – Ağustos – Eylül 2011.
- Atak, Songül; “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, Tbbd, S.87, 2010.
- Başalp, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması Ve Saklanması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Çobanoğlu, Nesrin; “Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti”, Ankara Barosu 11. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010, Ankara.
- Değirmenci, Olgun; Bilişim Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2002.
- Dülger, Murat Volkan; Bilişim Suçları Ve İnternet İletişim Hukuku, 3. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Ersoy, Uğur; Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Siyaset Ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Ankara, 2009.
- Gostin, Lawrence O.; “Public Health Law: Power, Duty, Restraint”, 2nd Edition, Berkeley, University Of California Press, 2008.
- Hakeri, Hakan; “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, 16-17 Ocak 2009, Mersin Barosu, 2009.
- Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Hervey, K. Tamara / Mchale, Jean V.; “Health Law And The European Union”, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- İzgi, M. Cumhur; “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, Türkiye Biyoetik Dergisi, S.1, No.1, 2014.
- Kaya, Cemil; “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler Ve İşlenmesi”, İühfm, C. Lxix, S.1-2.
- Küzeci, Elif; Kişisel Verilerin Korunması, Ankara, Turhan Kitapevi, 2010.
- Oecd Guidelines On Theprotection Of Privacyandtransborderflows Of Personal Data, (Çevrimiçi) [Http://Www.Oecd.Org/ İnternet/İeconomy/Oecdguidelinesonthe protectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm](http://www.oecd.org/Internet/İeconomy/Oecdguidelinesonthe protectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm) 20.8.2014.
- Orwell, George; Bin Dokuz Yüz Seksen Dört, Çev: Nuran Akgören, İstanbul, Can Yayınları, 1999.
- Somer, Pervin; “Tıbbi Kayıtlar”” Ankara Barosu 11. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara.
- Uygun, Murat; “Avrupa Birliğinin 95/46 Sayılı Veri Koruma Yönergesi Işığında Kişisel Verilerin Korunması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Avrupa Birliği Hukuku, Ankara, 2010.
- Yokuş Seviük, Handan; “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2008.

ÖZET

Kişisel verilerin önemi, teknolojilerinin gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla daha iyi anlaşılmıştır. Zira az sayıdaki kişi ya da kurumun elinde yazılı halde dosyalanmış bilgiler internetin yaygınlaşması sonucunda hukuka uygun ya da aykırı olarak ilgili ilgisiz herkesin erişimine açılmıştır. Özellikle “hassas veri” olarak nitelendirilen sağlık bilgilerinin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi, işlenmesi veya paylaşılması ayrımcılık başta olmak üzere diğer verilere göre ilgili kişi bakımından daha ciddi zararlar ortaya çıkarabilmesine neden olabilmektedir. Bununla birlikte bu bilgilerin paylaşılması kişinin özel hayatının gizliliği, hastanın mahremiyet hakkını ve doktorun hastasına karşı sır saklama yükümlülüğünün ihlaline yol açmaktadır. Konunun önemine rağmen ülkemizde henüz kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir Kanun bulunmamaktadır. Çalışmamızda kişisel verilere ilişkin uluslararası düzenlemeler ile konuya ilişkin yasal mevzuat ülkemizdeki uygulamalar ışığında ele alınmıştır.

Anahtar sözcükler: Kişisel veri, hassas kişisel veri, hasta hakları, sağlık bilgilerinin mahremiyeti, özel hayatın gizliliği, hekimin sır saklama yükümlülüğü

The Concept Of European Citizenship And Its Evolution

Avrupa Vatandaşlığı'nın Konsepti ve Evrim Kavramı

Esra Ağralı

Marmara Üniversitesi, AB Enstitüsü, AB Hukuku Anabilim Dalı, İngilizce Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi

Yrd. Doç. Dr. Gerçek Şahin Yücel

Marmara Üniversitesi, AB Enstitüsü, AB Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The applications while the beginning of development process of the European Union had considered the individuals only by their contributions to the economy. However, after it was realized that the political union in Europe cannot be achieved without the active participation of European communities, new policies on “building a closer Union between European communities” have been started to applied. Establishing a democratic and balanced Europe requires the direct participation of Union citizens, as well as Union institutions, to the process. In this regard, it is possible to say that the future of Union citizenship depends on the integration process of European Union. Therefore, the concept of European Union citizenship has been evolved since 1970s and still evolving especially by the important rulings of the European Court of Justice.

Keywords: European Union, European Union citizenship, ECJ case laws, Free Movement, Rights of EU citizens.

INTRODUCTION

The Europe was re-constructed after World War II, and the establishment of the European Union has strengthened this construction and built a cooperation between the European countries. After that, now its time to build the “Europeans”. To build a common European identity and a citizenship concept in frame of common values and equal rights, the Union had started to work since the first times. However, the Union firstly passed to process of economic integration. Besides, the Union has evolved by strengthening its political integration together

with its economic power. Therefore, Member States' nationals became the main factor to provide the political integration, who were not a part of decision making process of economic integration in first times of the Union.

As a further development, Maastricht Treaty in 1993 is a milestone to build a "Union citizenship". By Maastricht Treaty, better protecting the rights and interests of Member State nationals has become a new obligation and aim of the Union. Before Maastricht there were many attempts on conferring rights to the citizens; however, those rights only had an economic perspective and stipulated in frame of free movement and residence. The other political and rights were not considered in the beginning. On the other hand, the right to free movement and residence has been the most problematic right which the European Court of Justice has faced many times, and Member States has conflict not only between each other, but also with individuals and Union institutions. However, the other rights conferred to the citizens also have importance in case of citizens. Those political rights became a subject of Union law after building an economic integration between Member States.

Maastricht Treaty brought a new approach to the concept of Union citizenship. By Maastricht, the concept of Union citizenship was included into Union law and became one of the most important subjects of the Court of Justice. Before Maastricht, the concept of Union citizenship were not in agenda of Union. However, it has gained importance by the provisions of Maastricht Treaty and become one of the main issues of Union law. It can be seen that the relationship of Union and individuals is not an output of a conscious policy, but it occurs depending on the cycle of Union's evolution. By years, the Union has used the terms of "An Union closer to its citizens" and "A Union for the citizens" has become such a motto and a principle in its official documents. In post-Maastricht process, the concept of Union citizenship and the rights of citizens has continued to develop by the attempts of the Court of Justice and new Treaty provisions, such as Amsterdam Treaty, Draft Constitution of Union and lastly Lisbon Treaty. However, there were many provisions on Union citizenship, but in those resources, there were not any definition of Union citizenship. It was just defined as that Union citizenship is not replace but the complementary of national citizenship. The concept of Union citizenship is different from concept of classical citizenship. Those differences are based from the European Union and its sui generis legal order. The supranational structure of European Union caused such a sui generis process on construction of legal basis and content of citizenship concept. As a result, a concept was occurred which is dependent and complementary to the citizenship of Member States.

European Union has power over Member States, and imposes rights and legal obligations to them. The Union gains this power and legitimacy by individuals who are the fundamental subject of states to gain legitimacy. Therefore, it is impossible to think a Union without individuals. On the other hand, the Court of Justice also contributes on protecting the statue and rights of the citizens by its jurisprudences. However, there has been conflicts between the provisions or decisions of the Court and national laws. the interests of Member States and provisions of the Union law has been conflicted in years and still it does not reached a final solution and certain implications.

The concept of European Union citizenship is still evolving and especially the case laws occurs as a proof of this evolution. The Court of Justice gives different decisions case by case, even the cases have similar subjects, the appliants are in different situations. The situation of family members, students, non-workers and immigrants differs on provisions and directives. While the Court rules in favor of one applicant, it can rules against another applicant in frame of Union law. This perspective shows us that the concept of Union citizenship still continues its evolutionary process, and the statue and rights of the individuals in European Union is still transforming. Therefore, it is possible to say that the situation and statue of Union citizens in Union legal order may change in future implementations and attempts of the Union.

1- The Characteristics of EU Citizenship and its Historical Evolution

The concept of European Union citizenship has a wide context. It is different from classical term of citizenship; however, it also has similarities in case of individuals. Every national of a state has citizenship rights on the state they reside. However, in European Union the citizens of Member States have different and additional rights rather than non-Union nationals. Citizenship in general terms is that determines the institutionalized relationship between the citizen and the state. Although today the national borders have been removed and globalization becomes widespread, citizenship still maintains its importance as a legal status. As this feature, citizenship separates a state's nationality from another state's nationality, foreigners and stateless persons. The concept of "state" cannot be thought apart and independent from individuals and a particular community. The "humanity constituent" of a state, in other words a permanent population which is dependent a state, is one of the most important and essential grounds which founding a state.¹

1) Rona AYBAY, Vatandaşlık Hukuku, 5. Edition, Istanbul (2004), Istanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, p.3.

There are many definitions on “humanity constituent” of the state: Nation, people, population etc. However, according to the international law, today the only valid measure is “nationality bound”.² The link between the state and the individual for international law purposes has historically been the concept of nationality. Each state has the capacity to determine who are to be its nationals and this is to be recognized by other states in so far as it is consistent with international law.³

In this frame, the EU adopts the individuals who are the nationals of Member States, as the citizens of the Union either. However, the EU is different from classical state and international organization concepts, its citizenship concept is different too. The EU refers a different structure, which The principle of “supranationality” defines this sui generis structure of the EU. In other words, the EU imposes rights and obligations for member states and individuals, has direct effect on national laws and has the capacity to make regulations over the national laws.⁴ Besides, the EU may have decisions which are effective in social and economic life of individuals.

The EU has this power and legitimacy by individuals who are the basic grounds of states. Therefore, it is impossible to think the EU independent from individuals.⁵ On the other hand, the EU has focused on individuals and prioritize them since the first times of the Union, yet one of the subjects of the Union law is individuals. The fact of “the statue of individuals is only determined by the state which he is its national” has been changing and evolving in frame of the EU. As a result of the sui generis relation between the EU and individuals is emerged a citizenship status which is exclusive to the EU.

In official documents of the EU, the relationship between the Union and individuals is mentioned as motto such as “a Union closer to the citizens” or “a Union for citizens and by the citizens.” On the other hand, there are three points occurs in legal relationship between the EU and individuals.⁶ These are;

- Legal status of the citizens in the EU and the rights vested by this statue,
- Protection of the fundamental rights of the citizens,
- Providing the freedom and security of the citizens.

2) Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 2. Edition, Ankara (2004) Turhan Kitabevi, p.141.

3) Malcolm. N. SHAW, International Law, 5. Edition, Cambridge (2005), Cambridge University Press, p.232.

4) Ercüment TEZCAN, Avrupa Birliği Hukuku'nda Birey, 1. Edition, İstanbul (2002), İletişim Yayınları, p.13.

5) TEZCAN, a.g.e., p.13.

6) TEZCAN, a.g.e. p.16.

These three points are the ground of much questions on the concept of Union citizenship. The evolutionary process of the Union citizenship and its current status can clarify these points and their implementation in the EU law.

1- Towards Union Citizenship

The most important step in evolutionary process of Union citizenship is Maastricht period. The developments has not only happened after Maastricht Treaty, but also there were many developments and efforts before Maastricht Treaty entered into force.

The EU citizenship has been the center of the debates during the integration process since 1980s, but the Union citizenship entered to the positive law of the EU with the Maastrich Treaty.⁷ Before the Maastricht Treaty, the citizenship status was not involved in founder treaties; however, some rules on the base of this status were envisaged. The most significant example of this the article 12 of the Treaty Establishing the European Community (TEC) which is on prohibition of national discrimination, and Article 14 on providing free movement in internal market.⁸

On the other hand, according to Article 17(1) EC, *'every person holding the nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall complement and not replace national citizenship'*. So, two points should be emphasized here. First, EU citizenship depends on Member State nationality. As such, only a person holding the nationality of an EU Member State can become an EU citizen. This means that there are currently 28 ways of becoming an EU citizen. Second, and it is a consequence of the derivative nature of EU citizenship, it does not replace national citizenship. EU citizenship should not therefore be confused with a state-like pan-European form of citizenship nor be understood as giving rise to a European nationality. It is conceptually decoupled from nationality and as a matter of fact from any form of European nationalism.⁹ Article 17(2) EC identifies EU citizenship with a legal relationship between the Union and Member State nationals to which are attached specific rights and duties. These correspond to the rights and duties which are already guaranteed by the Treaty and secondary legislation. As such, Articles 18–21 EC can be equated to a standstill clause that prevents the erosion of the *acquis com-*

7) Haluk GÜNUĞUR, *Avrupa Birliği ve Hukuk Düzeni*, Ankara (2006), EKO Avrupa Yayınları, p.47.

8) TEZCAN, a.g.e., p.23.

9) Samantha BESSON, André UTZINGER, "Introduction: Future Challenges of European Citizenship-Facing a Wide-Open Pandora's Box", *European Law Journal*, Vol.XIII, No.5, (September 2007), p.576.

munautaire. It also follows, however, that EU citizenship is evolutionary and can expand to new rights together with the expansion of the scope of the EC Treaty. The list of rights attached to EU citizenship in Articles 18–21 EC mostly recapitulates pre-existing rights and is not exhaustive.¹⁰

At the beginning, individuals were evaluated within the scope of economic freedoms rather than member state nationals. The citizens of a member state who reside in another member state were not considered as a third country citizen. However, this was a limited approach, but it provided rights to the individuals such as free movement and non-discrimination on citizenship and gender. Those rights were also provided to the workers who are member state nationals. However, this citizenship approach which includes only economic rights was not sufficient for building ‘People’s Europe’, whereas at the beginning of European integration, Jean Monnet, who is one of the most important founders of this project, said that “we are not building a coalition between the states, but a union between the people.”¹¹, the integration project were executed far from the people of Europe; therefore, it was successful in economic and technical points, but it had many deficits in political and cultural perspectives. In other words, although a union between people were envisaged rather than states, an integration process which is disconnected from Europeans was occurred.

Although many developments were reached until 1990s, the most significant and important step is taken by the Maastrich Treaty, which was signed in 1992, and entered into force in 1993. In 1970s the citizenship status was based on the idea of creating a common European identity, on the other hand in 1980s, citizenship regulations were based on principles of equality and solidarity. However in 1990s, citizenship was evaluated as a concrete element which directly effects the evolution of European Political Union.¹²

The 1993 amendments to the EC Treaty introduced by the Treaty of Maastricht put in a place a new and rather novel section on citizenship.¹³ The concept of “Citizenship of the Union”, introduced at Maastricht, formed a key part of the Community’s response, aiming to provide the glue to help bind together nationals of all the member states.¹⁴ The preamble to the Treaty on European

10) BESSON, UTZINGER, a.g.m., p.576.

11) Pascal FONTAINE, *Citizen’s Europe*, Brussels, COM.Ec. (1993), p.5.

12) Antje WIENER, *European Citizenship Practice-Building Institutions of a Non-State, USA* (1998), Westview Press, p.252.

13) Jo SHAW, “European Citizenship: The IGC and Beyond”, *European Integration online Papers (EIoP)*, Vol.I, No.003, (1997), p.2.

14) Catherine BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 2. Edition, Oxford (2007), Oxford University Press, p.409.

Union (TEU) states that the High Court Contracting Parties “resolved to establish a citizenship common to nationals of their countries.” In Article B, under the heading ‘Common Provisions’, one of the objectives of the Union is stated to be “to strengthen the protection of the rights and interests of the nationals of its member states through the introduction of a citizenship of the Union”.¹⁵ The detailed TEU provisions on citizenship are contained in a new Part Two of the EC Treaty. Articles 8-8e EC, as inserted by the TEU, contain the provisions on Union citizenship. A citizenship of the Union is established, to be conferred on every person holding the nationality of a member state. The Article 9 under the heading ‘Provisions on Democratic Principles’ in the “Consolidated Version of the Treaty on European Union”¹⁶ refers that;

“Every national of a Member State shall be a citizen of the Union. Citizenship of the Union shall be additional to and not replace national citizenship.”

The TEU does not create a nationality of the Union, but rather a complementary citizenship to citizenship of a member state. The reference to the nationalities of the member states is important. It states clearly the limited nature of EU citizenship. It links back directly to one of the framework ‘constitutional’ provisions of the Treaty of Maastricht itself.¹⁷

In short, a Union citizenship is established with the Maastricht Treaty, and by the addition of ‘*every person holding a nationality of a member state shall be a citizen of the Union*’ the fundamental principle on the issue is determined.¹⁸ The citizenship status which is granted by Maastricht Treaty is a supplementary statute to the national citizenship of a member state. Thus, the Article 8 of the Treaty showed a structural approach by determining that the Union citizenship is dependent to holding a nationality of a member state. In other words, acquisition or loss of the Union citizenship is not independent from acquisition or loss of the nationality of a member state.¹⁹

The concept of European Union citizenship requires specific principles to define its content; thus, as it is defined in Maastricht Treaty and Article 2 of the Draft Constitution; the common values of Europe are freedom, democracy, equality, respect to human rights and rule of law. Alongside those values, it is emphasized that the European communities are loyal to the principles of plural-

15) Twomey O’KEEFFE (Ed.), Legal Issues of the Maastricht Treaty, UK (1994), Wiley Chancery Law, p.89-90.

16) Consolidated Version of Treaty on European Union, O.J., C 83/13, 30.03.2010.

17) SHAW, “The IGC and Beyond”, p.2.

18) TEZCAN, a.g.e., p.27.

19) Gülören TEKİNALP and Ünal TEKİNALP (Eds.), Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul (1997), Beta Yayınları, p.21.

ism, discretion, justice, solidarity and non-discrimination. However, the future of the Union citizenship cannot be depend only those principles and, it would become more clear by the rights granted to the Europeans.²⁰

In the beginning, the Founder Treaties thought the individuals only in economic perspective and had showed a limited approach on citizenship; however, this limited approach has become to change by the courageous jurisprudence of the ECJ, such as its decisions on protection of fundamental rights, prevention of non-discrimination, protection of privacy, immunity of domicile, legal protection against executive actions, right to objection and freedom of expression.²¹ At this point, by the Maastricht Treaty, the concept of citizenship gained a legal statue and validity, and it reinforced the courageous approach of the ECJ, by granting important rights to the European citizens.

The Maastricht Treaty brought a legal validity to the Union citizenship for the first time. The rights which the Maastricht Treaty granted to the Union citizens are virtually as; right to move and reside freely within the Union territories, right to vote or stand in municipal elections for those citizens residing in member states of which they are not nationals, diplomatic and consular protection, and right to petition the EP and to apply to the Ombudsman. Those rights were set by the TEC and Maastricht Treaty, and continued to protect in draft constitution and Lisbon Treaty.²²

1- Rights of EU Citizens

The European citizens have four basic rights such as; right to free movement and residence, right to vote and stand as a candidate in the European Parliament and municipal elections, right to diplomatic and consular protection, right to petition the Parliament and apply to the European Ombudsman.

3-1- Right to Free Movement and Residence

The free movement of persons is the cornerstone of the Union citizenship provisions, as it had been throughout the evolution of the concept of European citizenship. The right to free movement is regarded a right for citizens within the concept of Union citizenship, and it is granted to all Member States due to the reason of Union citizenship. The right to free movement is not general and unlimited, it may be subject to Union law limitations. Therefore, the right to free

20) Maurice ROCHE, "Citizenship and Exclusion: Reconstructing the European Union", Maurice Roche and Rik Van Berkel (Eds.), in *European Citizenship and Social Exclusion* (3-23), England (1997), Ashgate Publishing Limited, Aldershot, p.15.

21) TEZCAN, a.g.e., p.20-21.

22) ROCHE, a.g.e. p.26.

movement is determined in accordance with the Union conditions, and it would be established in an area of without internal borders.²³

The other perspective on the right to free movement is “right to residence”. Without granting right to residence, the application of right to free movement is practically impossible; therefore, these two rights are related and dependent each other. In accordance with the Treaties, these two rights has been issued together, also the ECJ ruled in its *Raulin*²⁴ judgement in 26 February 1992, the persons are allowed to enjoy “right to free movement” and “right to residence” together, and these two rights are not independent from each other.

The right to move and reside freely within the territories of the Member State was regulated and resolved to explicit provision by the Article 18 of TEC. By this provision, this right has been evaluated as independent from an economic activity, and considered as a fundamental individual right.²⁵ The idea of elimination of the borders between member states and individuals is based on the foundation period of the European Economic Community (EEC). In the beginning, free movement of individuals was only considered as an economic actor; however, later it became to evaluate within a wider perspective. In this frame, wider interpretation of the ECJ on “economic activity” and “social advantages”, played an important role on this improvement; as a result, the right of free movement and residence has gotten wider through students, job-seekers, family members of the workers and anyone who wants to benefit from this right.²⁶

The right to free movement and residence is the most problematic part of the four fundamental rights which the EU citizenship grants. The provisions of Treaties and rulings of the ECJ have big importance on shaping the conditions of the right to free movement and residence.

Free movement of persons is one of the fundamental freedoms enshrined in the Agreement on the European Economic Area (the EEA Agreement). It includes the right for EEA nationals to enter, move within, reside and, where appropriate, remain in an EEA State other than the State of which the EEA national is a citizen. In exercising this right, any discrimination on grounds of nationality is prohibited. Within the European Community this right was originally subject to that the person exercising the right was engaged in an economic activity

23) Semra Eren SAYLAN, “Avrupa Birliği Vatandaşlığı ve Gelişim Süreci”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, (2007), p.82.

24) V. J. M. Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Case C-357/89 (1992), ECR I-1027.

25) TEZCAN, a.g.e., p.31.

26) TEZCAN, a.g.e., p.32.

in that State. It was in 1990 when the three residence directives were adopted. These were Directive 1990/364 on a general right to residence²⁷, Directive 1990/365 on retired persons²⁸ and Directive 1993/96 on students.²⁹ The right of residence was conditional according to two criteria: first, the non-economic migrant needed to have comprehensive medical insurance; second, he needed to have sufficient resources so as not to become a burden on the social security system of the host Member State. The introduction of the European Union citizenship together with the development of the ECJ's decision ended up in a situation of an outdated legislation. Therefore, in 2004 the specifics of the EU citizenship were written down in the so-called "citizenship directive".³⁰ It repealed and replaced most of the relevant secondary legislation that existed before to provide a single and coherent framework detailing the Union's citizen's rights.³¹

By entering into force those directives, the beneficiaries of the right to free movement and residence were defined. The Union citizens and their family members are entitled to the right of residence within the territories of Member States. However, some limitations were set on application of this right; according to the Commission's submission, a Union citizen can only be deported, other than in the case of decisions on grounds of public policy, public security or public health, if he/she does not meet the conditions laid down by the Union law for the grant of a right of residence or no longer meets those conditions. On the other hand, Union citizens shall have the right of residence, provided that they themselves and the members of their families are covered by sickness insurance and have sufficient resources to avoid becoming a burden on the social assistance system of the host Member State during their period of residence.³²

At present the right of residence is governed by a number of different regulations and directives. In keeping with the new policy of the Union institutions of making Union law more accessible, the Commission intends to propose the codification of these provisions.

27) Council Directive of 28 June 1990 on the right of residence, O.J., L 180/26, 13.7.1990, p.26-27.

28) Council Directive of 28 June 1990 on the right of residence for employees and self-employed persons who have ceased their occupational activity, O.J., L 180, 13.7.1990, p.28-29.

29) Council Directive of 29 October 1993 on the right of residence for students, O.J., L 317, 18.12.1993, p.59-60.

30) Council Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, O.J., L 158, 30.4.2004.

31) Lehte ROOTS, "European Union Citizenship or Status of Long-Term Resident: A Dilemma for Third Country Nationals in Estonia", *Baltic Journal of European Studies*, Talinn University of Technology, Vol.II, No.1(11),p.69.

32) Geschrieben von Daniel NAUJOKS, ECJ: Union citizens, move and reside freely, C-408/03, Directive 90/364/EEC.

While it is true that the general right of nationals of Member States to reside in other Member States was laid down in Community law well before the Treaty of Maastricht came into force, that Treaty has placed this right on a new conceptual basis by enshrining it in the Treaties themselves. Accordingly, it has now been put on a par with other rights central to Union law and is thus in general to be construed broadly.³³

Besides, Article 21 (1) of the TFEU provides its citizens with the rights that forms an essential element of European citizenship – the right to move and reside freely and to settle anywhere within the European Union’s territory. Its importance has been also enshrined in the preamble of the Charter of Fundamental Rights. There are important legislative texts that reflect the situation; one is removing barriers to free movement, a second is allowing the EU citizens and their family members to travel and reside anywhere in Europe, a third one ensures that they are covered by social security and the fourth one recognises their professional qualifications.³⁴

All the previous and separated and complex Directives on right to free movement and residence has been repealed by the Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States. The Council Directive 2004/38³⁵ aims to provide citizens, and their family members, that are not EU nationals, with protection when moving and residing around the territory of the European Union. It extends, under certain conditions, family reunification rights to partners and family members and they are given autonomous rights in case of death or departure or termination of family ties (termination of marriage or registered partnership). However, Member States may impose certain restrictions upon the right of free movement and residence when it is justified on grounds of public policy, public security and public health. The right to reside in the other Member States is granted as long as the conditions of the right to reside are met; in addition, after fulfilling the certain conditions, there is a possibility after that time period to be granted a right of permanent residence. Then the EU citizens and their family members have increased protection against expulsion.

3-1-1- Debates and Conflicts on Right to Free Movement and Residence

The right to free movement and residence between the Member States of the EU is the most problematic and disputable subject of the concept of Europe-

33) Report from the Commission on the Citizenship, Commission of the European Communities, 1993, p.5.

34) The Right to Free Movement, European Citizens’ House Official Website.

35) Council Directive 2004/38.

an citizenship. The right to free movement and residence has been one of the most important and core subject of the Union law and continues its evolution by ECJ's jurisprudences on several cases besides that the Articles of Treaties, Council Regulations and Directives. In the beginning, the right to free movement and residence was considered and applied as an economic factor; however, later the Union needed to extend its scope into other areas such as social and political aspects. Due to the Union's aim to establish a "political Union" they realized that the only an economic frame in free movement will not be sufficient, especially in a Union which continually integrates and enlarges.

The ECJ has faced many disputes on the application of the right to free movement and residence, especially because of the dependent regulations of the Member States. The Court faced with many conflicts in different beneficiary groups of right to free movement and residence, such as non-workers, students and family members. In case of "non-workers", the ECJ had an important jurisprudence in 1998: The case of *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*³⁶ which is the first major case dealing with this aspect of Union citizenship.

Martinez Sala was a Spanish national resident in Germany for 25 years, who had previously worked in Germany but was not presently working and was receiving social assistance there. She applied for a child-raising allowance but was refused on the basis that she did not have German nationality, a residence entitlement, or a residence permit in Germany. The ECJ found that the requirement of a residence permit for receipt of a benefit was discriminatory where a Member State's own nationals were not subject to the same condition. German government argued that even if this was so, the facts of the case did not come within the scope of the Treaty, and therefore the applicant could not rely on Article 6 of the EC Treaty, which prohibits discrimination on grounds of nationality only within the scope of application of the Treaty. The ECJ held that a child-raising allowance was within the scope "ratione materiae"³⁷ of the Treaty, and went on to consider the argument concerning EU citizenship.³⁸ The ECJ gave its decision emphasizing by Article 8(a) of TEU which provides that "Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member States, subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty

36) *Maria Martiez Sala v. Freistaat Bayern*, Case C-85/96, Judgement of the Court of 12 May 1998, ECR I-2691.

37) Jurisdiction Ratione Materiae, otherwise known as subject-matter jurisdiction refers to the court's authority to decide a particular case. It is the jurisdiction over the nature of the case and the type of relief sought; the extent to which a court can rule on the conduct of persons or the status of things.

38) Case C-85/96, prg.13-19.

and by the measures adopted to give it effect”. Due to Mrs. Sala is a Member State national, she deemed to be a Union citizen as well. The Court stated that “As a national of a Member State lawfully residing in the territory of another Member State, the appellant in the main proceedings comes within the scope *ratione personae* of the provisions of the Treaty on European citizenship.”³⁹

In *Sala* case, the ECJ applied the general principle of non-discrimination on grounds of nationality, on the basis of her EU citizenship. It has been said that the ECJ in this case was willing to explode the linkages which had previously been required in order for the principle of non-discrimination to apply.⁴⁰ Given that all parties agreed that the German decision was sound from a purely national perspective, but void when considered from a Union perspective, the key question was whether the case was governed by domestic German law or by Union law. Before Maastricht Treaty, this may have been a clear-cut case. Martínez Sala was not a worker or an economically active person, and under such circumstances, Union law simply did not apply.⁴¹ However, the ECJ concluded that the denial of child allowance by German authorities was a breach of Union law; concretely, it led to a discrimination based on nationality against a person who was entitled to equal treatment. After Maastricht Treaty-in particular, after European citizenship was established- the relations between a Member State and legally resident nationals of another Member State were governed by EU law, even if the European citizen was economically inactive.⁴²

On the other hand, another proof and issue that the ECJ extended the scope of Union citizenship from an ‘economic factor’ to a European citizenship concept, is the case of students. According to the Council Directive 2004/38 in 2004, the Member States shall recognize the right of residence to any student who is a national of a Member State and who does not enjoy the right to residence under other provisions of Community law where the student assures the relevant national authority, by means of a declaration or by such alternative means as the student may choose that are at least equivalent, that he or she has sufficient resources to avoid becoming a burden on the social security system of the host Member State during his or her period of residence. The student must also be enrolled at an accredited establishment for the principal purpose of following a

39) Case C-85/96, prg.61.

40) Paul CRAIG, Garainne de BURCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford (2008), Oxford University Press, p.859.

41) Agustin José MENÉNDEZ, “European Citizenship After Martinez Sala and Baumbast: Has European Law Become More Human but Less Social?”, *Arena Working Paper*, No.11, Arena Center for European Studies, University of Oslo, (June 2009), p.16.

42) MENÉNDEZ, a.g.m., p.17.

vocational training course there and must be covered by sickness insurance in respect of all risks in the host Member State. Related to this issue, the argument of *Grzelczyk*⁴³ determines the opinion of the Court on the case of students in scope of Union citizenship.

Grzelczyk was a French national studying in Belgium. In his 4th year of study, he applied to the CPAS (Public Social Assistance Centre for Ottignies-Louvain-la-Neuve) for payment of the minimex, a non-contributory minimum subsistence allowance. The CPAS initially granted this, but withdrew it after the Belgian minister decided that Grzelczyk was not entitled to it since he was not a Belgian national.⁴⁴

The ECJ found in its ruling that Mr. Grzelczyk satisfies the conditions for obtaining minimex.⁴⁵ The fact that Mr. Grzelczyk is not of Belgian nationality is the only bar to its being granted to him. It is not therefore in dispute that the case is one of discrimination solely on the ground of nationality. Within the sphere of application of the Treaty, such discrimination is, in principle, prohibited by the Article 6, which must be read in conjunction with the provisions of the Treaty concerning Union citizenship in order to determine its sphere of application. Due to Union citizenship is destined to be the fundamental status of nationals of the Member States, enabling those who find themselves in the same situation to enjoy the same treatment in law irrespective of their nationality, subject to such exceptions as are expressly provided for.⁴⁶ Therefore, as a lawfully resident EU citizen, Grzelczyk was entitled to equal treatment on grounds of nationality under the Article 12 EC, in relation to benefits which fall within the scope of application of the Treaty.

Here the ECJ made its novel move, although it had previously ruled that assistance for students fell outside the scope of the EC Treaty, the combination of a new EC Treaty title on education and the new provisions on EU citizenship had introduced relevant changes. Despite the fact that the rights in Article 18 EC are subject to limitations and conditions, and that the Students' Residence Directive had imposed relevant conditions of sufficient resources and sickness insurance, there was no provision expressly precluding students from entitlement to social security benefits. The ECJ clearly indicated that the advent of Union citizenship has changed the earlier restriction on the entitlement of students to social wel-

43) Rudy Grzelczyk v. CPAS, Case C-184/99, Judgement of the Court of 20 September 2001, ECR I-6193.

44) Case C-184/99, prg.10-12.

45) CRAIG, BURCA, a.g.e., p.863.

46) Case C-184/99, prg.29-31.

fare and to maintenance grants in a host Member State. Additionally, the ECJ in this case indicates that the concept of citizenship will be expanded.⁴⁷

However, in “*Baumbast*”⁴⁸ decision in 2002; the Court had a different approach. Mr. Baumbast was a German national married to a Colombian national with two children. They resided in United Kingdom (UK) from 1990 on, during which time Baumbast worked as an employed person and then as head of his own company. After the company failed he obtained employment in 1993 from German companies based in China and Lesotho. Mrs Baumbast and the two children lived in the UK. They received no social benefits and enjoyed comprehensive medical insurance in Germany where they travelled occasionally for treatment. In 1995 the Home Secretary refused to renew Mr Baumbast’s and the family’s residence permit and documents.⁴⁹ When the case was appealed and came before the ECJ, the Court was asked whether an EU citizen who no longer enjoys a right of residence as a migrant worker in the host Member State can, as a citizen of the EU, enjoy there a right of residence by direct application of Article 18 EC.⁵⁰

The ECJ gave its decision on *Baumbast* by referring that “A citizen of the European Union who no longer enjoys a right of residence as a migrant worker in the host Member State can, as a citizen of the Union, enjoy there a right of residence by direct application of Article 18 EC. The exercise of that right is subject to the limitations and conditions referred to in that provision, but the competent authorities and, where necessary, the national courts must ensure that those limitations and conditions are applied in compliance with the general principles of Community law and, in particular, the principle of proportionality.”⁵¹

In *Baumbast*, the ECJ ruled that the ‘limitations and conditions’ accepted by the Treaty on the right to free movement and residence must be interpreted and applied in a proportionate way. Thus, the new Treaty status of the right to free movement and residence may require a change in the interpretation of the secondary legislation to avoid any disproportionate interference with the Treaty rights; it means that the conditions and limitations set by the State is to be read in the light of the fundamental right to free movement and residence established by the Treaty. According to Craig and Burca, this reasoning recurs often in the Court’s case law, and in particular in those cases concerning access to social benefits for Union citizens.⁵²

47) CRAIG, BURCA, a.g.e., p.864-865.

48) *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department*, Case C-413/99, Judgement of the Court of 17 September 2002.

49) Case C-413/99, paras. 16-27.

50) CRAIG, BURCA, a.g.e., p.851.

51) Case C-413/99, para. 97.

52) CRAIG, BURCA, a.g.e., p.852-853.

Another important point is that the Union citizenship is evolving not only by the Treaty provisions, but also by the case laws which the ECJ rules. In this frame, the situation of non-workers, students and family members were considered and took part in Union law in case of citizenship.

The ECJ had its first serious problem with *Rottmann*⁵³ case in 2010. The Court faced in this case that the situation of an individual who lost his Member State nationality and also lost his Union citizenship. In *Rottmann*, the dispute was only a Member State nationality problem; however, by losing Union citizenship status, the case became the problem and subject of EU law due to the fundamental status of EU citizenship⁵⁴ was disappeared either.⁵⁵

The reference was made in connection with proceedings between Dr Rottmann and the Freistaat Bayern, concerning the latter's withdrawal of the naturalisation of the applicant in the main proceedings. Accused of occupational fraud in his native Austria in 1995, Dr. Janko Rottmann, an Austrian citizen from birth, and EU citizen since the accession of Austria to the Union in 1995, used his EU citizenship rights to move to Germany, where he successfully naturalised in 1999. He lost his Austrian nationality *ex lege* from the moment of naturalisation. An interesting situation occurred, when a European citizen as a result of moving from his native Member State to another and naturalising there lost not only his initial and the newly-acquired nationality, but also his EU citizenship, which made the move and subsequent naturalisation possible in the first place. Faced with imminent statelessness, Dr. Rottmann appealed, arguing that the withdrawal of nationality was contrary to international law, which prohibits statelessness and also contrary to EU law, as it entails the loss of EU citizenship.⁵⁶

The main problem in *Rottmann* case is whether the situation of Dr. Rottmann (withdrawal of naturalisation) is the subject of EU law or a domestic and internal problem. In this frame, according to Advocate-General Poiares Maduro, "This reference for a preliminary ruling raises for the first time the question of the extent of the discretion available to the Member States to determine who their nationals are."⁵⁷

53) Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Case C-135/08, Judgement of the Court of 2 March 2010.

54) The fundamental status of EU citizenship is "Every person holding the nationality of a Member State is a citizen of EU."

55) Francesca STRUMIA, "Remedying the Inequalities of Economic Citizenship in Europe: Cohesion Policy and the Negative Right to Move", *European Law Journal*, Vol. XVII, No. 6, (November 2011), pp. 725-743.

56) Dimitry KOCHENOV, Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of 2 March 2010 (Grand Chamber), *Common Market Law Review*, Vol. XLVII, (November 2010), p. 2.

57) Opinion of Advocate General Poiares Maduro, Case C-135/08, delivered on 30 September 2009, p. 1.

The ECJ referred to Article 15 of Universal Declaration of Human Rights (UDHR)⁵⁸ and “The Convention on the Reduction of Statelessness⁵⁹.” The Article 7 of the Convention states that “*If the law of a Contracting State permits renunciation of nationality, such renunciation shall not result in loss of nationality unless the person concerned possesses or acquires another nationality.*” The Court admitted this Article and stated, by referring *Grzelczyk* that “As the Court has several times stated, citizenship of the union is intended to be the fundamental status of nationals of the Member States,⁶⁰ and the Member States must, when exercising their powers in the sphere of nationality, have due regard to European Union law.”⁶¹

It indicated that it is not necessary to construct any cross-border situation when the status of EU citizenship is at stake; the ECJ is competent to exercise judicial review of nationality decisions of the Member States; the principle of proportionality, which applies in this context; covers both the cases of loss and (re)acquisition of EU citizenship.⁶² The Court ruled in *Rottmann* that “It is not contrary to EU law for a Member State to withdraw from a citizen of the Union the nationality of that State acquired by naturalisation when that nationality was obtained by deception, on condition that the decision to withdraw observes the principle of proportionality.”⁶³ Due to the Court took the issue as a subject of Union law, it made its judgement in light of Union law as well. The Member States must consider Union law on nationality issues, and in case of naturalisation, the case shall be examined in frame of the principle of proportionality, because according to the ECJ, loss of German nationality will effect the loss of Union citizenship as well, so such a penalty will not be proportionate compared to the crime.

The most important output of *Rottmann* is the obligation of Member States to take Union law into consideration on issues relating to acquisition of nationality. In this frame, a Member State shall not bring additional conditions to recognize the nationality which other Member States naturalized, and also while a Member State is taking a decision, the principle of proportionality must be regarded if the decision withdraws the individuals Union citizenship.

58) Article 15 of UDHR refers that: “Everyone has the right to nationality, and no one shall be arbitrarily deprived of his nationality nor denied the right to change his nationality.”

59) Text of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness, adopted by the General Assembly of the United Nations, done at New York on 30 August 1961, <http://www.unhcr.org/3bbb286d8.html>.(10.05.2014)

60) Case C-135/08, para.43.

61) Case C-135/08, para.46.

62) KOCHENOV, “Case C-135/08”, p.6.

63) Case 135/08, para.66.

As the most recent ECJ jurisprudence, *Ymeraga*⁶⁴ case is important to understand. The applicants in the main proceedings are all from Kosovo. In 1999, Mr Kreshnik Ymeraga arrived in Luxembourg at the age of 15 to live with his uncle, a Luxembourg national, who became his legal guardian. Although Mr Kreshnik Ymeraga's application for asylum was rejected by the Luxembourg authorities, his situation was regularised in 2001 and, thereafter, he went on to study and found regular employment. Between 2006 and 2008, Mr and Mrs Ymeraga and Mr Kreshnik Ymeraga's two brothers arrived in turn in Luxembourg. They all applied for international protection in accordance with the law on the right of asylum and complementary forms of protection.⁶⁵ Their application for international protection having been rejected by the Luxembourg authorities, Mr and Mrs Ymeraga and Mr Kreshnik Ymeraga's two brothers applied, on 8 May 2008, for residence authorisations on grounds of family reunification with Mr Kreshnik Ymeraga.⁶⁶ In 2010, Mr and Mrs Ymeraga sought a residence permit for Mr Kreshnik Ymeraga's two brothers. By three decisions of 12 July 2010, the Minister rejected those applications. The action for annulment those decisions was also dismissed by judgment of the Administrative Court of 6 July 2011.⁶⁷

The Court rejected the application based on the reason that although Mr. Ymeraga had made a financial contribution to the expenses of his family members who had remained in Kosovo, his parents could not be regarded as his 'dependants' for the purposes of the Law on freedom of movement. It was rejected as unfounded the alleged breach of Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁶⁸, on the ground that the refusal to grant residence to Mr. Ymeraga's parents and two brothers could not prevent them from continuing their family life with him as it had been after Mr. Ymeraga had left Kosovo and before they arrived in Luxembourg.⁶⁹

The legal conflict on *Ymeraga* case is whether, on the basis of Article 20 TFEU and, potentially, certain provisions of the Charter a right to family reunifi-

64) *Kreshnik Ymeraga and Others v Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, Case C-87/12, Judgement of the Court of 8 May 2013.

65) Case C-87/12, paras.11-12.

66) Case C-87/12, para.13.

67) Case C-87/12, paras.14-16.

68) Article 8 of the Convention states that "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence; and there shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

69) Case C-87/12, para.18.

cation in Luxembourg may be conferred on the family members of Mr Kreshnik Ymeraga.⁷⁰ Except this question of the referring Court, the ECJ emphasized that the Charter makes no difference in this regard. The Court held that on the question of referring court on family reunification, held that according to its Article 51(1)⁷¹, the Charter applies to Member States only when they are implementing Union law. As Mr. Ymeraga has not exercised his right of movement, his situation and that of his family are not governed by Union law, and the Charter remains inapplicable.⁷² The Court emphasized, however, that “such a finding does not prejudice the question whether, on the basis of an examination in the light of the provisions of the Convention, to which all Member States are parties, to the third country nationals in the main proceedings may not be refused a right of residence.”⁷³ Consequently, it is affirmative that the conflict was interpreted in perspective of human rights. The ECJ stated that Mr. Ymeraga may apply to the European Court of Human Rights (ECHR).⁷⁴

As its previous judgements, the ECJ did not reach a certain solution to the conflicts on Union citizenship; however, had a step forward to express the content of citizenship concept. The Court made its examination in *Ymeraga* in perspective of human rights and allow the citizens to apply ECHR; therefore, it became obvious that the importance and effect of the Convention and Charter provisions have increased in judgements on Union citizenship.

Consequently on right to free movement and residence, Since 1993, the Court of Justice has pushed the margins of Union citizenship gradually outwards, concluding that the right to reside in the Member States guaranteed by Article 21 TFEU (Article 18 EC) is directly effective and is therefore enforceable by individual citizens in the national courts against the public authorities of the Member States. Member States may place only proportionate restrictions upon EU citizens' right of residence, even with respect to those persons who are not economically active. The range of coverage provided the principle of non-discrimination, which was historically linked to the applicant carrying out some form of econom-

70) Case C-87/12, para.21.

71) The Article 51(1) of the Charter states that “The provisions of this Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles and promote the application thereof in accordance with their respective powers.”

72) Frield WEISS and Clemens KAUPA, *European Union Internal Market Law*, Cambridge (2014), Cambridge University Press, p.107.

73) Case C-87/12, para.44.

74) Gerçek Şahin YÜCEL, “Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı ile İlgili Son Yaklaşımları”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Vol.XXI, No.2, (2013), p.51.

ic activity in another Member State, even if this only involved being a tourist, has been extended so that the applicant need no longer show an economic concern. Now, this range has been extended so that the applicant need no longer show an economic concern. The equal treatment rights of students moving within the single market have been substantially increased. Professor Dora Kostakopoulou has argued that European citizenship has not been the purely symbolic institution which many initially expected it to be.⁷⁵ Instead, it has evolved, in the hands of the ECJ in particular, in very significant ways beyond the confines of a concept of market citizenship to become both a more political and a more institutionalized figure.⁷⁶

The Union citizenship is not only based on right to free movement, although the right to free movement and residence is the most important pillar of the concept of the EU citizenship. As Jo Shaw stated, by the years, the Union has gained a political perspective in addition to its economic structure. Therefore, the political rights has started to be conferred to the citizens, such as participation to the Union's political life by EP and municipal elections of the Member State where they reside, conferring diplomatic and consular protection to the citizens, and writing petition and apply to the European Ombudsman to declare and solve their complaints. Due to those political rights are also important, it will be studied below, but not in a wider concept and explanation as much as the right to free movement and residence.

3-2- The Right to Vote and Stand for Election in EP and Municipal Elections

The right to vote and stand for election is the most significant right which shows that the European citizenship is the legal and political bond between the individuals and the EU. According to the classical citizenship concept, the right to vote and stand for election is directly related with the citizenship. However, in the EU perspective, this right is not only for the citizens, but also for other individuals who are from another Member State; for individuals, the place where they born is not determinative, but where they reside is determinative. In this frame, the persons gained the right to join the political process in another member state; however, there is a condition that those individuals also have to hold the nationality of another EU Member State, in other words they also have to be in EU citizen status. Thus, a fully equal treatment between the Union citizens is

75) Dora KOSTAKOPOULOU, "Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change", *The Modern Law Review*, Vol.LXVIII, No.2, (March 2005), Wiley Online Library, p.233.

76) Jo SHAW, "EU Citizenship and Political Rights in an Evolving European Union", *Fordham Law Review*, Vol.LXXV, No.5, (2007), p.2551.

aimed to provide in case of EP and municipal elections. However, this right is not in general, this right is only pertain to the EP and municipal elections.⁷⁷

Due to the right to vote and stand for election is considered as directly related with the states' sovereignty power; granting people a right to participation to their political life who are not their national is an important step, which also means to approve people to contribute a formation of a nation state's sovereignty which they do not have any citizenship bond. Therefore, the context of the right to participate in political life and statues of foreigners are determined by states' own national legal regulations.⁷⁸

According to the Article 8b of Maastricht Treaty and Article 22 of the TFEU, the Union citizens shall enjoy the right to vote and stand for election in the Member State which they reside but not the national of that State. This right is is a tool for providing a tight integration, and an aim for a more democtaric Union; then, as well as the right to free movement and residence, the right to vote and stand for election is also at the crossing point of Union law and national laws; therefore, it has effects on national laws. As a result, the right to vote and stand for election created important developments and changings on some Member States' Constitutions, who granted this right only to its nationals.

3-3- Right to Diplomatic and Consular Protection

The right to diplomatic and consular protection is another important right which is conferred to Union citizens. It gives protection to the citizens in a non-EU country by consultate or national agency of any other Member State.

A person who resides in a foreign country may face several problems and obstacles, and these may damage him. This kind of a situation creates the idea of protection of individuals, and diplomatic protection seems as the most effective model to provide it.

Diplomatic protection consists of the invocation by a State, through diplomatic action or other means of peaceful settlement, of the responsibility of another State for an injury caused by an internationally wrongful act of that State to a natural or legal person that is a national of the former State with a view to the implementation of such responsibility.⁷⁹The right to diplomatic and consular protection for EU citizens which was granted by Maastricht Treaty is of capital importance, because all of the EU Member States together have embassies only

77) TEZCAN, a.g.e., p.56.

78) Gözde KAYA, "Avrupa Vatandaşlığı", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (2003), p.91.

79) Draft Articles on Diplomatic Protection, Report of International Law Commission, Supplement No: 10(A/61/10), United Nations, 2006.

in USA, China, Russia, Japan and Switzerland. In other countries except those at least one or more Member State do not have a representative office. Therefore, citizens of one of these countries may have obstacles and risk when they go there in any reason. The importance of the right to diplomatic protection would be understood better by considering all these circumstances.⁸⁰

3-4- Right to Petition and Apply to The Ombudsman

The right to petition the EP and apply to the Ombudsman is a right beyond being one of the rights granted to Union citizens, it may be evaluated as the guardian and protector of other rights as well.⁸¹ On the other hand, both right to petition the EP and apply to the Ombudsman has been granted to not only the Union citizens who are the national of the Member State, but also to all natural and legal persons who reside in a Member State.⁸²

In principle, in accordance with the Annual Report of the Ombudsman in 1995⁸³, while having a dispute, it is up to Union citizen's choice to apply whether to right to petition or apply to the Ombudsman, he/she shall decide which way of application is appropriate for his/her situation. Also in the Report, it was clearly stated that "the right to petition the European Parliament and the faculty to address complaints to the European Ombudsman are complementary, in that they both respond to the same need, and aim at setting up as comprehensive, simple and effective a system as possible for European citizens and residents to find extra-judicial redress and assistance in the European system. The text correctly observes that, 'in cases where the mandate of the Ombudsman is too narrow, the European Parliament (in practice the Committee on Petitions) often has the power to act'".⁸⁴

Although there are legal differences between the right to petition the EP and right to apply to the Ombudsman, in practice, there is a strict cooperation between the Committee of Petitions of the EP and the Ombudsman. In frame of this cooperation, the Committee of Petitions sends the petitions on maladministration of activities of Union institutions or bodies to the Ombudsman to evaluate them as a complaint, by the consent of petitioner. Similarly, by the consent of the applicant, the Ombudsman sends the applications to the EP, which may be evaluated as a complaint.⁸⁵

80) TEZCAN, a.g.e., p.69-70.

81) SAYLAN, a.g.e. p.131.

82) Carlos CLOSA, "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union". *Common Market Law Review*, Vol.XXIX, No.6, (1992), pp.1137-1169, p.1165.

83) Report on the Annual Activity Report (1995) of the Ombudsman of the European Union, C4-0257/96, 30 May 1996, EP Official Website.

84) Annual Report of the Ombudsman (1995), Chp.III, para.7.

85) TEZCAN, a.g.e., p.84.

1- Compendium

The European Integration moves with more intensive and comprehensive steps in institutional, social and political relations, and these steps determines the future enlargement plans and concept. the Union citizens are in center of this process as the most important actors. Their contribution to this process seems as a necessity for a democratic and balanced Europe.⁸⁶ To provide the contribution of citizens to the process, they should be aware of their rights and implementations of the Member States.

The EU has conferred four fundamental rights to its citizens: Right to free movement and residence, right to vote and stand as candidate in EP and municipal elections, right to diplomatic and consular protection, and right to petition the EP and apply to the European Ombudsman. As Union citizens, according to the fundamental status and condition of concept of EU citizenship, every person holding nationality of a Member State shall be a citizen of the Union. All citizens of the Union shall be acted in equal treatment and a national of a Member State who reside another Member State have the same rights with nationals of that state.

Those rights conferred to the Union citizens provides a harmonization between the Member States and their nationals. The rights are in favor of citizens and gives many advantages to them. However, in practice, several conflicts and queations have arisen between Member State legislations. Member States have very different traditions and legislations regarding citizenship, and until we have harmonisation in this area this kind of conflicts will continue to come up. Inflexible clinging to the principle that the rights and duties attached to the concepts of nationality and citizenship are completely left to the free will of each state will simply not do.⁸⁷

While right to free movement and residence mostly seemes as an economic based right to the Union citizens, other rights mostly have political aspects. In the begining, the EU was established based on economic concerns and aims, so the rights conferred to the citizens were also thought by economic activities. Other rights except right to free movement were conferred too, but they were not active as much as right to free movement, in practice. The reason behind, the Union focused on improving and developing its internal market before 1980s. According to *Kochenov*, “Should the system start noticing human beings, and

86) Europe for Citizens Programme, European Commission Official Website.

87) Malin KARVONEN, “The Gibraltar Case: A Critical test of rules concerning EU citizens and franchise in elections to the European Parliament”, Master Thesis, University of Lund, Faculty of Law, 2005, p.72.

paying serious attention to their situation, the coherence of a presentation of people as merely one of the means of production weakens quite naturally.”⁸⁸ Therefore, political rights has been conferred to the Union citizens, and their impact has increased since they have started being active and the citizens became aware of their political rights.

While the provisions included in Part II TFEU establish economic freedoms alongside non-economic rights and also contain general references to ‘other’ rights contained in the Treaties, plentiful non-economic elements allow for a clear separation between the logic of Part II and the other Parts of the TFEU focusing on the economic freedoms. The distinct nature of the concept is also confirmed by the Preamble and Article 3 EU, which refers to EU citizenship in the context of building an area of freedom, security and justice for the citizens, rather than the internal market.⁸⁹

Conclusion

The concept of European citizenship has been followed a paralel course with the consolidation of Europe in political and legal grounds. During the period from European Communities to Maastricht Treaty, individuals were concerned with their contribution of economic life, not with their citizenship status. In that period, right to free movement and residence of persons who are in an economic activity became the current issue in frame of individual rights. However, this limited approach has been considered comprehensively by the judgements of the ECJ, which were beyond the Community policies.

However, the main problems arise between the Member States are mostly about right to free movement and residence, which is closer to the economic concerns of the Member States rather than other rights, the market ideology ups again. According to *Kochenov*, citizenship and the market are in conflict with each other, producing particularly strange outcomes and ruining the coherence and the very workability of the European project. The Court’s jurisdictional deployment of EU citizenship is seen in case laws. To cut a long story short – it is meticulously analyzed in the literature anyway – suffices it to say that the Court builds jurisdiction for the supranational legal order based on the need to protect the status of EU citizenship and the rights stemming there from. In this context one should not be misled by the outcomes: even in the cases where the test does not bring the Court – for one reason or another – to satisfactory results enabling

88) Dimitry KOCHENOV, “The Citizenship Paradigm”, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series, No.08, (June 2013), p.25.

89) KOCHENOV, “The Citizenship Paradigm”, p.26-27.

it to take the side of the claimant, the very deployment of the new EU citizenship- based jurisdiction test is of fundamental importance, notwithstanding all the problems it potentially brings about in the context when lawyers are too used to the internal market ideology to instantly comprehend the logic of EU citizenship as an alternative tool of EU integration.⁹⁰

The ECJ has had many conflicts and faces many questions on the implementation of the rights by Member States. Both politically and economically, many of the EU Member States find themselves in increasing difficulties. The activism of the Court of Justice EU citizenship has in recent years become something of a leader or driver of integration processes, e.g. in areas where case law has resulted in significant protections against deportation for the third country national family members of EU citizens. Although the Courts activism has developed the concept of EU citizenship in some interesting ways since the late 1990s (such as the case of *Martínez Sala*, which first established the space within which the concept of citizenship could evolve independently of existing constraints of the free movement rights established by the Treaties and subsequent legislation) in practice the Court cannot and should not usurp the role of the Member States as the masters of the Treaties in this and other areas, for to do otherwise would be to risk its entire legitimacy. There are, therefore, normative boundaries to the concept of EU citizenship, although recent case law has meant that it is not entirely clear where these are located.⁹¹

Consequently, it is obvious that there are still problems on implementation of the rights conferred by the Treaty. The EU has been tried to solve the conflicts and make clarify the content of the implementation of the rights by the Union institutions and Member States. Although the Treaty provisions set the fundamental character of the concept of Union citizenship, the case laws of the ECJ has also important role to determine that content. When the former jurisprudences of the ECJ are examined, it can be seen that the evolution process of Union citizenship is both dependent to the Treaty provisions, case laws and cooperation between Member States and Union institutions.

90) Kochenov, "The Citizenship Paradigm", p.38.

91) Jo SHAW, "EU Citizenship and the Edges of Europe", CITSEE Working Paper, No.2012/19, University of Edinburgh, (29.6.2012), p.6.

BIBLIOGRAPHY

- Aybay, Rona, *Vatandaşlık Hukuku*, 5. Edition, Istanbul: Istanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2004.
- Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. 2. Edition, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Besson, Samantha and André Utzinger, "Introduction: Future Challenges of European Citizenship-Facing a Wide-Open Pandora's Box", *European Law Journal*, Vol.13, No.5, (September 2007).
- Closa, Carlos, "The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union". *Common Market Law Review*, Vol.29, No.6, 1992, pp.1137-1169.
- Craig, Paul and Garainne de Burca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- Fontaine, Pascal, *Citizen's Europe*, Brussels, COM.Ec. 1993.
- Günuğur, Haluk, *Avrupa Birliği ve Hukuk Düzeni*, Ankara: EKO Avrupa Yayınları, 2006.
- Karvonen, Malin. "The Gibraltar Case: A Critical test of rules concerning EU citizens and franchise in elections to the European Parliament", Master Thesis, University of Lund, Faculty of Law, 2005.
- Kaya, Gözde, "Avrupa Vatandaşlığı", Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- Kochenov, Dimitry, Case C-135/08, Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Judgment of 2 March 2010 (Grand Chamber), *Common Market Law Review*, Vol. 47, 2010, November 3, 2010, p.2.
- Kochenov, Dimitry, "The Citizenship Paradigm", University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series, No.08, June 2013.
- Kostakopoulou, Dora, "Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change", *The Modern Law Review*, Vol.68, No.2, March 2005, Wiley Online Library.
- Menéndez, Agustin José, "European Citizenship After Martinez Sala and Baumbast: Has European Law Become More Human but Less Social?", Arena Working Paper, No.11, Arena Center for European Studies, University of Oslo, June 2009.
- O'Keefe, Twomey (Ed.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, UK: Wiley Chancery Law, 1994.
- Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, 2. Edition, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Roche, Maurice, "Citizenship and Exclusion: Reconstructing the European Union", Maurice Roche and Rik Van Berkel (Eds.), in *European Citizenship and Social Exclusion* (3-23), England: Ashgate Publishing Limited, Aldershot, 1997.
- Roots, Lehte, "European Union Citizenship or Status of Long-Term Resident: A Dilemma for Third Country Nationals in Estonia", *Baltic Journal of European Studies*, Tallinn University of Technology, Vol.2, No.1(11).
- Saylan, Semra Eren, "Avrupa Birliği Vatandaşlığı ve Gelişim Süreci", Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler (Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2007.
- Shaw, Jo, "European Citizenship: The IGC and Beyond", *European Integration Online Papers (EIoP)*, Vol.1, No.003, 1997.

- Shaw, Jo, “EU Citizenship and Political Rights in an Evolving European Union”, *Fordham Law Review*, Vol.75, No.5, 2007.
- Shaw, Jo, “EU Citizenship and the Edges of Europe”, CITSEE Working Paper, No.2012/19, University of Edinburgh, 29.6.2012.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 5. Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Strumia, Francesca, “Remedying the Inequalities of Economic Citizenship in Europe: Cohesion Policy and the Negative Right to Move”, *European Law Journal*, Vol.17, No.6, November 2011, pp.725-743.
- Şahin Yücel, Gerçek, “Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın Avrupa Birliği Vatandaşlığı ile İlgili Son Yaklaşımları”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, Vol.21, No.2, 2013.
- Tekinalp, Gülören and Ünal Tekinalp (Eds.), *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınları, 1997.
- Tezcan, Ercüment, *Avrupa Birliği Hukuku’nda Birey*, 1. Edition, İstanbul: İletişim Yayınları, 2002.
- Weiss, Fried and Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- Wiener, Antje, *European Citizenship Practice-Building Institutions of a Non-State*, USA: Westview Press, 1998.

Regulations/Directives/Cases and Other Legal Documents:

- Annual Report of the Ombudsman (1995).
- Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department, Case C-413/99, Judgement of the Court of 17 September 2002.
- Consolidated Version of Treaty on European Union, O.J., C 83/13, 30.03.2010.
- Council Directive of 28 June 1990 on the right of residence for employees and self-employed persons who have ceased their occupational activity, O.J., L 180, 13.7.1990.
- Council Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004, O.J., L 158, 30.4.2004.
- Council Directive of 28 June 1990 on the right of residence, O.J., L 180/26, 13.7.1990.
- Council Directive of 29 October 1993 on the right of residence for students, O.J., L 317, 18.12.1993.
- Draft Articles on Diplomatic Protection, Report of International Law Commission, Supplement No: 10(A/61/10), United Nations, 2006.
- Europe for Citizens Programme, European Commission Official Website.
- Geschrieben von Daniel Naujoks, ECJ: Union citizens, move and reside freely, C-408/03, Directive 90/364/EEC.
- Janko Rottmann v. Freistaat Bayern, Case C-135/08, Judgement of the Court of 2 March 2010.
- Maria Martiez Sala v. Freistaat Bayern, Case C-85/96, Judgement of the Court of 12 May 1998, ECR I-2691.
- Opinion of Advocate General Poaires Maduro, Case C-135/08, delivered on 30 September 2009.

- Report from the Commission on the Citizenship, Commission of the European Communities, 1993.
- Report on the Annual Activity Report (1995) of the Ombudsman of the European Union, C4-0257/96, 30 May 1996, EP Official Website.
- Rudy Grzelczyk v. CPAS, Case C-184/99, Judgement of the Court of 20 September 2001, ECR I-6193.
- V. J. M. Raulin v Minister van Onderwijs en Wetenschappen, Case C-357/89 (1992), ECR I-1027.

Websites:

- The Right to Free Movement, European Citizens' House Official Website.

ÖZET

Avrupa Birliği'nin gelişim sürecinin başında yapılan uygulamalarda, bireyler yalnızca ekonomiye sağladıkları katkılar çerçevesinde düşünülmüşlerdir. Ancak, Avrupa'daki siyasi birliğin Avrupa halklarının aktif katılımı olmadan gerçekleşmeyeceğinin farkedilmesiyle birlikte, "Avrupa halkları arasında daha yakın bir Birlik kurulması" amacıyla yeni politikaların uygulanması gündeme gelmiştir. Demokratik ve dengeli bir Avrupa kurabilmek için AB Kurumlarının olduğu kadar Birlik vatandaşlarının da sürece doğrudan katılımı gereklidir. Bu bağlamda, Avrupa vatandaşlığının geleceğinin AB bütünleşme sürecine bağlı olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle, AB vatandaşlığı kavramı 1970'lerde başlayan serüvenini, özellikle Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın önemli içtihatlarıyla günümüzde de gelişerek sürdürmektedir.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Birliği, Avrupa Birliği Vatandaşlığı, ABAD Kararları, Serbest Dolaşım, AB Vatandaşlarının Hakları.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret

Conscientious Objection in The Decisions Of European
Court Of Human Rights

H. Basri Bülbül

İstanbul Medipol Üniversitesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

With the decision of European Commission of Human Rights *Grandrath/The Federal Republic of German* in 1966, it has been established that conscientious objection is not recognised at the Convention as a right. For many years this case-law had not changed. But the Court took important steps in the *Thlimmenos/Greece* and *Ülke/Turkey* decisions about leaving this case law. Together with the *Bayatyan/Armenia* decision conscientious objection is recognised as a right within the scope of article 9 of European Convention of Human Rights. Turkey is the only European Council member state that has not recognised the right to conscientious objection although there are many Court's decision against it. It is expected from Turkey to take necessary steps about this issue to resolve the problem.

Keywords: Conscientious Objection, Compulsory Military Service, European Court of Human Rights, Freedom of Thought, Conscience and Religion.

A- GİRİŞ

Zorunlu askerliğin bir sonucu olarak ortaya çıkan vicdani reddin tarihi aslında ilkçağlara kadar dayanmakla birlikte modern ulus devletin doğuşu ve en önemli aygıtlarından biri olan orduya asker temini için tüm ulusa başvurması; vicdani reddin yaygınlaşmasını tetikleyen en önemli unsur olmuştur. Vicdani ret talepleri temelde dini gerekçelere dayalı olarak ortaya çıkmıştır. Hıristiyanlığın çeşitli mezheplerinde her türlü silah kullanımına karşı gelişen pasifist inanç, vicdani reddin kökenlerini oluşturur. Ancak zamanla vicdan kavramının sekülerleşmesiyle birlikte dini inanç haricindeki diğer inançların da ret gerekçesi ola-

rak gösterilmeye başlanması vicdani reddin kapsamını oldukça genişletmiştir¹. Hatta vicdani ret, geniş anlamda sadece zorunlu askerliğe karşı değil pozitif hukukun öngördüğü herhangi bir zorunluluğa, dini veya vicdani kanaatler dolayısıyla itiraz olarak da tanımlanmıştır². Ancak bilinen ve dar anlamıyla vicdani ret, zorunlu askerliğe karşı bir itiraz olarak anlaşılmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1967 tarih ve 337 sayılı tavsiye kararında vicdani ret askerlik hizmeti yapmakla yükümlü kimselerin vicdani ya da dini, etik, ahlaki, insani, felsefi ya da benzer güçlü kanaatleri dolayısıyla askerlik yükümlülüğünden muaf tutulma hakkı olarak tanımlanmıştır³.

Özellikle Birinci Dünya Savaşı'nda vicdani ret talepleri İngiltere ve Amerika'da yoğun olarak gündeme gelmiş, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ise devletler vicdani reddi yavaş yavaş tanımaya başlamışlardır. İlerleyen yıllarda Avrupa ülkelerinin neredeyse hepsi farklı şekillerde de olsa vicdani reddi tanımıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Bayatyan/Ermenistan* davasında vicdani ret hakkını sözleşme kapsamında bir hak olarak kabul ederken, bu hususta uluslararası bir konsensüs oluştuğunu vurgulamıştır. Bugün itibariyle Avrupa Konseyi üyesi 47 devletten bu hakkı tanımayan tek ülke Türkiye'dir. Bu açıdan vicdani ret hakkının gündemde tutulması ve bu konudaki çalışmaların sürdürülmesi gerekmektedir. Bu çalışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konudaki içtihatları ve kısaca Türkiye'nin vicdani ret karşısındaki durumu ele alınacaktır.

B- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Vicdani Ret

Vicdani ret Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. 2011 yılına kadar Avrupa Konseyi yargı organları vicdani reddi çeşitli maddelerle bağlantılı olarak ele almışlar; ancak doğrudan 9. madde çerçevesinde incelemekten çekinmişlerdir⁴. *Bayatyan/Ermenistan* kararıyla birlikte Mahkeme içtihadını yenilemiş, vicdani reddin başka bir maddeyle bağlantı kurmaya

1) Özgür Heval ÇINAR, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret ve Türkiye, 1. Baskı, İstanbul (2014), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.20.

2) Abdurrahman EREN, Türk Hukukunda Vicdani Ret, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 61-3, (2006), s.104.

3) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin zikredilen kararı için bkz: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=15752&lang=en> (E.T.: 20.09.2013)

4) Sözleşme'nin 9. maddesi şu şekildedir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

gerek kalmaksızın 9. madde çerçevesinde ele alınması gerektiğine hükmetmiştir. Bu bakımdan konuyu *Bayatyan/Ermenistan* kararı öncesi ve sonrası olarak iki bölümde incelemek yerinde olacaktır.

1- Bayatyan/Ermenistan Kararı Öncesi Hukuki Durum

Sözleşme'nin yargı organlarından Komisyon vicdani ret ile ilk defa *Grandrath/Federal Almanya Cumhuriyeti* başvurusunda karşılaşmıştır⁵. Başvuran Albert Grandrath Yehova Şahidi'dir. Dini inançları gereği orduda görev yapmayı reddeden Grandrath yetkili makamlar tarafından vicdani retçi olarak tanınmış; fakat bunun yerine alternatif sivil hizmet vermek üzere çağrılmıştır. Ancak Grandrath alternatif sivil hizmeti de reddetmiştir ve bundan dolayı hakkında cezai işlemler başlatılmıştır. Sonuç olarak başvuran hapis cezasına mahkum olmuştur. Temyiz başvurularından sonuç alamayan Grandrath, nihayet din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur.

Başvuran sadece 9. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Komisyon re'sen, başvurunun 4. ve 9. maddeler çerçevesinde incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Yalnızca 9. maddenin ihlali iddiasına ilişkin incelemesinde Komisyon, şu iki hususu dikkate almıştır:

1. Başvuranın yapmakla yükümlü olduğu alternatif sivil hizmetin onun dinini açığa vurma hakkını sınırlandırıp sınırlandırmayacağı;

2. Başvuranın yapmakla yükümlü olduğu; ancak dinine veya vicdanına aykırı olan alternatif sivil hizmetin 9. maddenin ihlaline sebep olup olmayacağı⁶.

Komisyon birinci hususta, başvuranın normal hayatta yerine getirdiği dini vecibelerini alternatif sivil hizmeti yerine getirirken de yapmasının mümkün olacağını; bu nedenle alternatif sivil hizmetin dinini açığa vurma hakkını sınırlandırmayacağı sonucuna varmıştır⁷. İkinci hususta ise başvuran her ne kadar 9. maddenin ihlal edildiğini ileri sürse de sözleşmenin 4. maddesinin zorunlu askerliğe ilişkin açık bir hüküm içerdiğini, bu sebeple başvurunun esas olarak 4. madde temelinde incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Vicdani ret kavramı sözleşmede yalnızca kölelik ve zorla çalıştırma yasağına ilişkin 4. maddenin 3. fıkrasında bu yasağın istisnası olarak geçmektedir:

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

(...)

5) Grandrath/Almanya, Başvuru No: 2299/64, 12.12.1966.

6) ÇINAR, a.g.e., s. 159.

7) A.g.k., p. 31.

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet.

(...)"

Bu hükümden hareketle Komisyon, vicdani retçilere dayatılan alternatif sivil hizmetin bir hak ihlali oluşturmadığı; sözleşmenin hiç kimseye vicdani sebeplerle alternatif sivil hizmetten kaçınma hakkı tanımadığı sonucuna varmıştır⁸. Komisyon bu durumda 9. maddedeki "vicdan ve din özgürlüğü" terimlerinin yorumuna ilişkin başkaca soruları incelemenin gereksiz olduğuna ve bağımsız olarak değerlendirildiğinde 9. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁹.

Benzer şekilde Komisyon *G.Z./Avusturya* davasında 9. maddeyi yorumlarken 4/3(b) hükmünün gözardı edilemeyeceğine karar vermiş; "vicdani reddin meşru sayıldığı ülkelerde" ifadesinin açık bir şekilde vicdani reddi tanıyıp tanımama ve eğer tanıdıysa alternatif sivil hizmet zorunluluğu getirip getirmeme hususunda taraf devletlere seçme hakkı tanıdığı tespitinde bulunmuştur. Komisyon bu nedenle vicdani retçileri tanıma ve bunun için özel düzenlemeler yapma noktasında sözleşmenin taraf devletlere herhangi bir zorunluluk getirmediğini belirtmiştir. Diğer yandan vicdani retçileri tanımayan devletlerde, 4/3(b) hükmünün zorunlu askerlik hizmetini reddedenlerin cezalandırılmasını engelleyen bir yönünün olmadığı belirtilmiştir¹⁰.

Komisyon bu kararlarla birlikte içtihadını pekiştirmiştir. Aynı şekilde *Vicdani Retçiler/Danimarka* kararında Komisyon sözleşmenin taraf devletlere vicdani reddi bir hak olarak tanıma yükümlülüğü getirmediğini tekrarlamış¹¹ ve önceki kararlara "yerleşik içtihat" nitelemesiyle atıf yapmıştır¹². Bu içtihadın değişmesi için *Bayatyan/Ermenistan* kararını beklemek gerekecektir.

N./İsveç davasında başvuran derin kişisel inançları gereği askerliği ve alternatif sivil hizmeti reddetmektedir. Başvuran Yehova şahitlerine tanınan askerlikten ve alternatif sivil hizmetten muafiyetin kendisine tanınmadığı gerekçesiyle 14. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmektedir¹³. Komisyon Yehova Şahitleri'nin

8) A.g.k., p.32.

9) A.g.k., p.32-33.

10) *G.Z./Avusturya*, B.N.: 5591/72, 02.04.1973, p.1.

11) *Vicdani Retçiler/Danimarka*, B.N.: 7565/56, 07.03.1977, s.118.

12) Benzer kararlar için bkz: *A./İsviçre*, B.N.: 10640/83, 09.05.1984; *Autio/Finlandiya*, B.N.: 17086/90, 06.12.1991; *Peters/Hollanda*, B.N.: 22793/93; *Heudens/Belçika*, B.N.: 24630/94, 22.05.1995.

13) Sözleşmenin "Ayrımcılık Yasağı" başlıklı 14. maddesi şu şekildedir:

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

günlük hayatın bütününe yayılan ayrıntılı ve katı dini yükümlülükleri olduğunu, zorunlu askerliğin ve alternatif sivil hizmetin reddinin de bu yükümlülükler kapsamında olduğunu belirtmiştir. Bir kimsenin salt askerlikten muafiyet için böylesine katı kuralları olan bir topluluğa katılmasının düşünülemeyeceğini belirten Komisyon, aynı durumun pasifist düşünceler veya başka gerekçelerle askerlik hizmetini reddedenler için geçerli olmadığını vurgulamıştır. Başka bir deyişle Komisyon, eğer Yehova Şahitleri gibi dini gerekçelerle vicdani retçi olanlar dışında başka gruplara da bu hak tanınırsa bunun kötüye kullanılabileceğini ifade etmeye çalışmaktadır. Bu sebeple söz konusu ülkede vicdani ret hakkının yalnızca Yehova Şahitleri'ne tanınmasını objektif ve makul bulmuş ve başvuruyu reddetmiştir¹⁴. Ancak bireylerin inançları arasında kolaylık veya zorluğa göre bir ayırım yapılması veya sırf din dışı olması sebebiyle bu inançların göz ardı edilmesi eleştiri konusu olmuştur¹⁵.

Komisyon yukarıda zikredilen başvuruları dar bir çerçeveden ele almış, vicdani reddin 9. madde çerçevesinde bir insan hakkı olduğunu vurgulayan erken dönem Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tavsiye kararlarından ve aynı doğrultudaki Bakanlar Komitesi kararlarından oldukça geride kalmıştır¹⁶. Komisyon'un ilk kararlarının özgürlükçü bir seyir izlediğini söylemek mümkün değildir¹⁷. Vicdani ret meselesi iki davada Mahkeme önüne getirilmiştir¹⁸. Ancak Mahkeme de Komisyon gibi, 9. maddenin uygulanabilirliğini incelemeyi gerekli görmemiştir. Fakat konuyu Sözleşme'nin 14. ve 3. maddeleri çerçevesinde ele almış ve ihlal kararı vermiştir. Bu açıdan bu iki karar önem arz etmektedir.

Thlimmenos/Yunanistan davasında Yehova Şahidi Yunan vatandaşı Bay Iakovos Thlimmenos, vicdani retçi olduğunu beyan ederek askeri üniforma giymeyi reddettiği için emre itaatsizlik suçundan mahkum olmuştur. Başvuran cezasını tamamladıktan sonra 12 kişinin alınacağı sözleşmeli muhasebecilik görevi için açılan sınavda 2. olmuş; ancak ağır cezadan mahkum edildiği gerekçesiyle atanması reddedilmiştir. Yunanistan kanunlarına göre cezası beş yıldan az olan suçlar hafif suçlardır ve dini gerekçelerle alternatif sivil hizmeti reddedenler, söz konusu hizmet ile eşdeğer bir süre kadar hapis cezasına çarptırılırlar ve bu süre beş yıldan azdır. Başvuran esasında alternatif sivil hizmeti reddettiği için

14) N./İsveç, B.N.: 10410/83, 11.09.1984, s.207-208.

15) Kasım KARAGÖZ, Komisyon ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII., 1-2, s.884.

16) Bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) 1967 Tarihli ve 337 Sayılı Tavsiye Kararı; AKPM 1977 Tarihli ve 816 Sayılı Tavsiye Kararı; AKPM 2001 Tarihli ve 1518 Sayılı Tavsiye Kararı; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1987 Tarihli ve R (87) 8 Sayılı Tavsiye Kararı.

17) KARAGÖZ, a.g.e. s.884.

18) Thlimmenos/Yunanistan, B.N.: 34369/97, 06.04.2000; Ülke/Türkiye, B.N.: 39437/98, 24.06.2006.

çarpıtıldığı cezadan değil, ağır suç işleyenlerin söz konusu göreve atanmasını engelleyen yasanın, dini gerekçelerle alternatif sivil hizmeti reddedenler ile diğer sebeplerden dolayı mahkum olanlar arasında bir ayırım yapmamasından şikayet etmektedir. Başka bir deyişle başvuran, dini inançlar sebebiyle mahkumiyetin başka sebeplerle mahkumiyetlerden farklı sonuçlar doğurması gerektiğini savunmaktadır. Göreve atanmamasının doğrudan dini inançlarını açığa vurma hakkı ile bağlantılı olduğunu ileri süren başvuran, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme başvuruyu 9. madde kapsamında incelemeye gerek görmemiş, 9. madde ile bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde ele almıştır.

Mahkemeye göre aynı durumda olan kişilere aynı davranılmadığı zaman 14. maddenin ihlali söz konusu olmakla birlikte makul ve objektif bir gerekçe olmaksızın farklı durumda olan kişilere farklı davranılmaması da 14. maddenin ihlaline sebep olur¹⁹. Bundan dolayı dini inançları sebebiyle askeri üniformayı reddettiği için mahkum olan bir kişi ile herhangi bir sebepten mahkum olan kişi arasında söz konusu atama işlemine ilişkin bir fark olması gerektiğini belirten Mahkeme, başvurunun 9. madde ile bağlantısını saptayarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Diğer yandan Mahkeme, dini inançlarını açığa vurmaktan dolayı mahkum olmanın mesleki anlamda bir beceriksizlik veya ahlakibir alçaklık anlamına gelmediğini; dolayısıyla başvuranın mesleğe uygun olmaması gerekçesi ile göreve atanmamasının isabetsiz olduğuna karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme daha önce üniforma giymediği için mahkum olan başvuranın daha sonra başka yaptırımlara maruz bırakılmasını orantısız bulmuştur. Sonuç olarak Mahkeme, ağır suçlardan dolayı sözleşmeli muhasebecilik görevini engelleyen yasada uygun istinai halleri düzenlemediği gerekçesiyle ilgili devletin 9. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir²⁰.

Vicdani ret meselesinin *Bayatyan/Ermenistan* kararından önce mahkemenin önüne geldiği bir diğer dava ise *Ülke/Türkiye* davasıdır. Bu davada başvuran Osman Murat ÜLKE Savaş Karşıtları Derneği'nin başkanı olup anti-militarist düşünceleri ve savaş karşıtlığı sebebiyle zorunlu askerlik hizmetini reddettiği için "Halkı Askerlikten Soğutma" suçunu işlediği iddiasıyla yargılanmış ve mahkum edilmiştir. Cezasını çektikten sonra askeri birliğe gönderilen Ülke, vicdani retçi olduğunu belirterek üniforma giymeyi ve tıraş olmayı reddetmiştir. Ancak Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesi uyarınca "Emre İtaatsizlikte Israr" suçundan dolayı hüküm giymiştir. Cezasını tamamladıktan sonra yine birliğe gönderilmiş ve yine üniforma giymeyi reddettiği için tekrar aynı suçtan mahkum

19) Thlimmenos/Yunanistan, p.45.

20) A.g.k., p. 47.

olmuştur. Bu döngü 8 kez tekrarlanmış ve başvuran toplamda 701 gün cezaevinde kalmıştır. Başvuran son mahkumiyetinden sonra güvenlik güçleri tarafından halen aranıyor olmasından dolayı saklanmış ve her türlü dernek faaliyetine son verip resmi makamlarla olan tüm irtibatlarını koparmıştır²¹. Ülke, AİHM'ye yaptığı başvuruda savunduğu görüşler nedeniyle uğradığı kovuşturma ve mahkumiyetlerin, sözleşmenin 3., 5., 6. ve 9. maddelerini ihlal ettiğini sürmüştür²². Hükümet ise vicdani reddin sözleşme kapsamında tanınan bir hak olmadığı yönünde savunma yapmıştır²³.

Mahkeme değerlendirmesinde başvuranın ilk mahkumiyetini 9. madde kapsamında incelemeyi gerekli görmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, birbiri ardına gelen kovuşturma ve mahkûmiyetlerin işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin 3. madde çerçevesinde ele alınmasına karar vermiştir. Mahkeme çok sayıda kovuşturma ve mahkumiyetin, başvuranın zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmasıyla sonuçlanmadığını belirtmiştir. Bu noktada Türk hukukunda dini veya vicdani sebeplerle zorunlu askerlik hizmetini reddedenler için uygulanacak uygun bir yasal düzenlemenin olmadığına dikkat çeken Mahkeme, bundan dolayı başvuranın hala bitmez tükenmez bir kovuşturma ve mahkûmiyet tehlikesi altında olduğunu ifade etmiştir. Bu yaptırımların ömür boyu devam etme tehlikesi göz önüne alındığında Mahkeme, askerlik hizmetinin yaptırılması için yapılan müdahaleleri orantısız bulmuştur. Mahkeme, sözü edilen uygulamaların daha çok başvuranın düşünsel kişiliğini bastırıldığını, kendisinde korku, sıkıntı, alçalma ve hiçlik duyguları oluşturduğunu ve yaşama isteğini ve direncini kırdığını ifade etmiştir. Gizli kapaklı yaşamının başvuranı adeta bir "sivil ölüme" mahkûm ettiğini belirten Mahkeme, böyle bir cezalandırma yönteminin demokratik bir toplumdaki cezalandırma rejimine uygun düşmediğine hükmetmiştir²⁴. Mahkeme başvuranın diğer iddialarını incelemeyi gerekli görmemiştir²⁵.

Bu kararlarda Mahkeme her ne kadar vicdani reddi 9. madde kapsamında değerlendirmeme hususunda Komisyon içtihatlarıyla aynı doğrultuda karar vermiş olsa da, başvuruyu direk 4/3(b) bağlamında değerlendirme yoluna da gitmemiş ve doğrudan reddetmemiştir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu kararlar, Komisyon'un daha önceki yerleşmiş içtihadının değişmesi yönünde bir basamak olarak kabul edilebilir²⁶. Emsal niteliğindeki bu kararlarda Mahkeme, vicdani ret konusunda bir sorunun olduğunu kabul etmekte ve bu sorununun daha fazla

21) Ülke/Türkiye, p. 41.

22) A.g.k., p.48.

23) A.g.k., p.51.

24) A.g.k., p.62.

25) A.g.k., p.65.

26) ÇINAR, a.g.e. s.168.

göz ardı edilemeyeceğini düşünmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'nin devrim niteliğinde bir karara imza attığını söylemek mümkün değildir.

1- Bayatyan/Ermenistan Kararı Sonrası Hukuki Durum

Daha önce çeşitli kararlar ışığında Komisyon'un ve Mahkeme'nin konuya yaklaşımı ele alınmıştı. 1966'dan bu yana Avrupa Konseyi yargı organlarını meşgul eden vicdani ret konusunda farklı yaklaşımlar ortaya konulmuş olsa da vicdani reddin bir hak olarak tanınması bakımından *Bayatyan/Ermenistan* kararı milat niteliğindedir. Mahkeme Temmuz 2011'de içtihadını gözden geçirmiş ve vicdani reddi 9. madde kapsamında değerlendirmeye karar vermiştir. Başvuran Vahan Bayatyan, bir Yehova Şahidi'dir. Dini inançları gereği askerlik hizmetini yerine getirmeyi bilinçli olarak reddetmiş, bunun yerine herhangi bir alternatif sivil hizmet yapmaya hazır olduğunu belirtmiştir. Ancak Ermenistan'ın zorunlu askerlik uygulamasından dolayı hakkında cezai takibat yapılmış ve "Askerlik Hizmeti İçin Usulen Yapılmış Çağrıdan Kaçmak" suçundan mahkum olmuştur²⁷. İç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'ye başvurmuştur.

Başvuruyu inceleyen daire vicdani retçilerin tanınması hususunda taraf devletlerin seçme hakkı olduğu yönündeki Komisyon kararları gibi 9. maddenin 4/3(b) maddesi ışığında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Ancak başvuran 43. maddeye dayanarak Büyük Daire'ye itiraz etmiştir²⁸. Başvuranın itirazında ileri sürdüğü görüşler şu şekilde toplanabilir:

- Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına bakıldığında 4/3(b) maddesinin 9. maddeyle birlikte okunması asla amaçlanmamıştır. 4/3(b)'nin tek amacı 4/2 madde-si ile garanti alınan hakkın sınırlanmasıdır; bu açıdan vicdani ret hakkını tanı-mamakla birlikte reddettiği de söylenemez.

- 9. maddenin vicdani retçilere uygulanmaması istenmiş olsaydı bu tür bir sınırla rahatlıkla sözleşmeye eklenebilirdi.

- Daire yaşayan/canlı belge doktrinini hiçbir gerekçe göstermeksizin reddet-miştir. Günün koşulları göz önünde bulundurulduğunda vicdani reddin hak ola-rak tanınması hususunda uluslararası bir konsensüs oluşmuştur.

- Mahkeme'nin bu konudaki konumunu netleştirmesi vicdani retçiler açısından büyük önem taşımaktadır.

- Başvuranın mahkumiyeti dini inançlarını açığa vurma hakkına bir müda-haledir ve bu müdahale yasayla öngörülmüş değildir. Zira Ermenistan Avrupa Konseyi'ne katılırken hapis cezalarına mahkum olmuş tüm vicdani retçileri af-

27) Bayatyan/Ermenistan, p.10-13.

28) A.g.k., p.5.

fetmeyi taahhüt etmiştir. İç hukukun da bağlı olduğu bu uluslararası taahhüt yerine getirilmemiştir.

- Başvuran ayrıca müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığını iddia etmiştir .

Hükümet ise bu iddialara şu şekilde karşılık vermiştir:

- Müdahalenin söz konusu olduğu dönemde askerlik hizmeti tüm Ermenistan vatandaşları için zorunluydu. Yehova Şahidi olmak, kanunda askerlikten muafiyet sebepleri arasında sayılmıyordu. Dolayısıyla böyle bir uygulama ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlali olurdu.

- Yaşayan/canlı belge doktrini dönemin şartlarıyla birlikte değerlendirilmelidir.2001-2002 yıllarında gerçekleşen müdahale o zamanki uluslararası toplumun uygulamasına uygundur. Komisyon ve mahkeme yakın zamana kadar vicdani reddi 9. madde kapsamında değerlendirmemiştir. Dolayısıyla Hükümetin yerleşik içtihadı rağmen müdahalelerini muhtemel yeni yaklaşımlara göre düzenlemesi mümkün değildir.

- Yehova Şahitlerine bu hak tanınırsa, diğer dini grupların da bunu talep etmesi mümkün olacak, dolayısıyla vatanın savunması noktasında sorunlar çıkacaktır. Hatta bu sadece askerlikle de sınırlı kalmayacak, örneğin vergi vermeyi reddetme gibi talepler de ortaya çıkacaktır. Bu tür bir yaklaşım, bireylerin devlete karşı yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçınmasına hizmet edecektir.

- Müdahale kanunla öngörülmüştür, söz konusu dönemde vicdani ret hakkı tanınmamıştır.

- Ayrımcılık yasağının ihlal edilmemesi bakımından müdahale demokratik toplumda gereklidir.

Büyük Daire öncelikle Komisyon'un oluşturduğu içtihadı değiştirme gereğinin olup olmadığını incelemiştir. Vicdani ret hususunda 9. maddenin 4/3(b) maddesi ile değerlendirilmesini tartışan Büyük Daire, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına atıf yaparak 4/3(b) hükmünün yalnızca zorla ve zorunlu çalışma kavramının daha iyi açıklanmasına yönelik olduğunu ve bunun 9. madde üzerinde herhangi bir sınırlandırıcı etkisi olmaması gerektiğine işaret etmiştir²⁹.

Büyük Daire kararında karşılaştırmalı hukukta vicdani ret düzenlemelerine, uluslararası organların konuya ilişkin deklare ettikleri metinlere ve yargı organlarının içtihatlarına yer vermiştir. Bunlardan hareketle vicdani reddin artık birçok demokratik devlette tanındığını ve hatta Avrupa Konseyi gibi bazı uluslararası örgütlerin üye devlet kabul ederken bunu bir önkoşul olarak sunduğunu

29) A.g.k., p.100.

belirterek günümüz koşullarında vicdani reddin inkar edilemez bir kurum olduğunu ortaya koymuştur. Sözleşmenin günün koşullarına göre yorumlanması gereken canlı/yaşayan bir belge olduğunu vurgulayan Büyük Daire, bu çerçevede Komisyon'un içtihadına katılmanın mümkün olmadığına ve 9. maddenin 4/3(b) ile birlikte okunmasının gerekli olmadığına hükmetmiştir. Diğer yandan 2000'li yıllara kadar vicdani ret hususunda Dünya'da ve Avrupa'da yaşanan sözkonusu gelişmelere bakıldığında tarihsel olarak vicdani reddin bir hak olarak tanınması yolunda önemli aşamalar kaydedildiği görülmektedir. Bu bakımdan Büyük Daire Ermenistan'ın 9. maddenin yorumlanmasındaki değişikliğin o tarihte öngörülebilir olmadığı iddiasını temelsiz bulmuştur³⁰.

Mahkeme 9. maddenin olaya uygulanabilirliğini şu ifadelerle dile getirmiş ve *"Mahkeme 9. maddenin açık bir şekilde vicdani ret hakkına işaret etmediğini dikkate almaktadır. Ne var ki, zorunlu askerlik yükümlülüğü ile bireyin vicdani ya da içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu dini veya diğer inançları arasında ciddi ve başa çıkılmaz bir çelişkiden hareketle askeri hizmeti reddetmek, 9. maddenin teminatlarından yararlanmak için yeterli derecede ciddi, ikna edici, tutarlı ve önemli bir inanç ya da kanaat oluşturmaktadır."*³¹ diyerek yerleşik içtihadın artık değiştirilmesi gerektiği ilan etmiştir.

Büyük Daire, başvuranın bir Yehova Şahidi olarak askerlik hizmetini içtenlikle ve gerçek dini inançları sebebiyle reddettiği hususunda bir duraksama olmadığını belirtmiştir. Böylece Yehova Şahitleri'nin zorunlu askerlik karşısındaki vicdani ret hakkı hukuki belgelerde tanınır hale gelmiştir.

Büyük Daire 9. maddenin somut olaya uygunluğunu incelerken bu maddeye yönelik bir müdahalenin olup olmadığı, eğer varsa kanunla öngörülüp öngörülmediği ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sorularını ele almıştır. Bir müdahale varsa bu müdahale kanunla öngörülmedikçe, 9. maddenin 2. fıkrasında yer alan meşru amaçlardan birini gütmedikçe ve demokratik toplum düzeyinde gerekli olmadıkça 9. maddeye aykırı olacaktır³².

Büyük Daire müdahalenin kanunla öngörüldüğü hususunda bir tereddüt göstermemiştir. Ermeni yasalarına göre elverişli tüm erkek vatandaşlar için askerlik hizmetinin zorunlu olduğu, buna aykırı davranışın ise cezalandırıldığı açık bir şekilde görülmektedir. Büyük Daire Ermenistan'ın uluslararası taahhütleri ile kanunları arasında bir tutarsızlık olduğunu kabul etmekle birlikte bu meseleyi ele almayı gerekli görmemiştir³³.

30) A.g.k., p.108-109.

31) A.g.k., p.110.

32) A.g.k., p.112.

33) A.g.k., p.114-115.

Büyük Daire müdahelenin meşru bir amaca dayanması hususunda kamu düzenini ileri süren hükümetin iddialarını temelsiz bulmuştur. Büyük Daire 9. maddenin ikinci fıkrası anlamında Hükümet tarafından ileri sürülen amaçlar meşru olsa bile demokratik toplum düzeninde gerekli olma koşulunu sağlamadığından müdahalelerin meşru olup olmadığını incelemeyi gereksiz görmüştür³⁴.

Büyük Daire devamında, demokratik toplum düzeninde gerekli olma koşulunu ele almıştır. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün çoğulcu demokratik toplumun olmazsa olmaz değerlerinden biri olduğunu vurgulamıştır³⁵. Büyük Daire vicdani ret hakkını tanımayan devletlerin inandırıcı ve zorunlu nedenler göstermesi gerektiğine hükmetmiştir:

*“Mahkeme daha önce veya halihazırda zorunlu askerlik hizmeti bulunan Avrupa Konseyi üyesi devletlerin neredeyse tamamının zorunlu askeri hizmet ile bireysel vicdan arasındaki muhtemel çatışmaları gidermek adına alternatifler getirdiğine yukarıda zaten işaret etmiştir. Buna göre, ayınsını yapmamış olan bir devlet yalnızca sınırlı bir takdir marjından yararlanır ve herhangi bir müdahaleyi haklı kılacak zorunlu ve inandırıcı sebepleri göstermek zorundadır. Özellikle, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiğini göstermek zorundadır.”*³⁶

Büyük daire bu ifadelerle zorunlu askerliğe karşı alternatif hizmeti tanımayan devletlerin ciddi bir gerekçe göstermemeleri halinde 9. maddeyi ihlal etmiş olacakları sonucuna varmıştır. Büyük Daire’ye göre Yehova Şahidi olan başvuranın dini inançları ile zorunlu askerlik uygulaması arasında ağır ve ciddi çelişkiler olduğu açıktır. Ermenistan’da alternatif sivil hizmetin tanınmamasından dolayı başvuranın dini inançlarını yerine getirmek adına orduya alınmayı reddetmekten başka seçeneği kalmamıştır. Bu açıdan devlet toplumun tamamının çıkarlarıyla başvuranın çıkarları arasında adil bir denge kurmakta başarısız olmuştur. Vicdani reddini açıklayan ve alternatif sivil hizmete hazır olduğunu belirten başvuranın dini inançları göz önüne alınmaksızın ve başka seçenek sunulmaksızın cezalandırma yoluna gidilmesi Büyük Daire’ye göre demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olarak kabul edilemez³⁷. Diğer yandan Büyük Daire Ermenistan Hükümeti’nin Yehova Şahitleri’ne vicdani ret hakkının tanınması halinde diğer vatandaşlara ayrımcılık yapılmış olacağı iddiasını şöyle çürütmüştür:

“Bu suretle, devletin başvuranı gibi azınlıktaki dini grupların inançlarına saygı duyması ve onlara topluma vicdanlarının emrettiği gibi hizmet verme

34) A.g.k., p.117.

35) A.g.k., p.118.

36) A.g.k., p.133.

37) A.g.k., p.124.

*olanağı sunması hükümetin iddia ettiği gibi ayrımcılık ve haksız eşitsizlikler yaratmaktan ziyade birleştirici ve kalıcı çoğulculuğu sağlayabilir ve toplumdaki hoşgörü ve dini ahengi geliştirebilir.*³⁸

Büyük Daire son olarak dönemin koşulları göz önünde bulundurulduğunda müdahelenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanmadığına vurgu yapmıştır. Zira Ermenistan yetkilileri Avrupa Konseyi'ne katılım sürecinde alternatif sivil hizmet uygulamasını belli bir süre içerisinde hayata geçirmeyi zaten garanti etmiştir. Vicdani retçilerin affedilerek alternatif sivil hizmet görmelerine izin verilmesini de içeren bu taahhüt başvuranın yapılan müdahale ile çelişmektedir. Diğer yandan başvuranın mahkumiyetinin kesinleşmesinden bir yıldan daha kısa bir süre içerisinde alternatif sivil hizmet kanununun kabul edildiğini göz önünde bulunduran Büyük Daire müdahelenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı görüşünde değildir³⁹.

Tarihsel olarak bakıldığında AİHS organlarının vicdani ret ile ilgili verdiği kararların giderek ilerleme kaydettiği ve daha özgürlükçü bir boyuta evrildiği ifade edilebilir. *Bayatyan/Ermenistan* kararı vicdani reddin 9. madde bağlamında bir hak olarak tanınması noktasında mihenk taşı olmuştur. Bu kararla birlikte vicdani ret hakkının sadece dini inançlara değil, başka samimi ve gerçek inançlara da dayanabileceği garanti altına alınmıştır. Bu ise her davanın kendi özel şartları içinde değerlendirilecektir⁴⁰.

Mahkeme *Bayatyan/Ermenistan* kararından sonra önüne gelen altı davada daha ihlal kararı vermiştir. Bunların ikisi yine Ermenistan aleyhine, dördü ise Türkiye aleyhinedir⁴¹.

Erçep/Türkiye davasında Mahkeme Bayatyan kararına atıf yaparak Yehova Şahidi olan Yunus Erçep'in vicdani retçi olduğu gerekçesiyle bir çok kez mahkumiyet almasından ve alternatif sivil hizmetin tanınmamasından dolayı Türkiye'yi mahkum etmiştir⁴². Mahkeme bu kararda Bayatyan kararında geliştirdiği içtihadı istikrar kazandırmıştır. Bu karar Türkiye için önem arz eden bir karardır. Zira Türkiye ilk defa bu kararla vicdani ret hakkından dolayı mahkum olmuştur.

Demirtaş/Türkiye davasında ise başvuran Feti Demirtaş yine bir Yehova Şahidi'dir ve bu sebeple askerlik hizmetini reddettiği için vicdani retçi Yunus

38) A.g.k., p.126.

39) A.g.k., p.138.

40) A.g.k., p.110.

41) Erçep/Türkiye, B.N.: 43965/04, 22.11.2011; Demirtaş/Türkiye, B.N.: 5260/07, 17.01.2012; Tarhan/Türkiye, B.N.: 9078/06, 17.07.2012, Adalet Bakanlığı Gayriresmi Çevirisi; Savda/Türkiye, B.N.: 42730/05, 12.09.2012; Bukharatyan/Ermenistan, B.N.: 37819/03, 10.04.2012; Tsaturyan/Ermenistan, B.N.: 37821/03, 10.04.2012.

42) Erçep/Türkiye.

Erçep'in başına gelenler onun da başına gelmiştir. Art arda gelen kovuşturma ve mahkumiyetlerin başvuranı sivil ölüme mahkum ettiğini tekrarlayan mahkeme *Ülke/Türkiye* kararına atıf yaparak 3. maddenin; *Bayatyan/Ermenistan* ve *Erçep/Türkiye* kararlarına atıf yaparak 9. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁴³.

Bukharatyan/Ermenistan ve *Tsaturyan/Ermenistan* kararları da *Bayatyan/Ermenistan*, *Erçep/Türkiye* ve *Demirtaş/Türkiye* kararlarıyla benzerlik göstermektedir. Mahkeme bu kararlarda *Bayatyan/Ermenistan* kararına atıf yaparak 9. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir⁴⁴.

Savda/Türkiye ve *Tarhan/Türkiye* kararında ise başvuranlar vicdani ret hakkından yararlanmak amacıyla herhangi bir dini inanç ileri sürmemişlerdir. Antimilitarist ve pasifist düşüncelere sahip olan başvuranlar, şiddetin kendisinin bizzat insanlık suçu olduğunu ve askerlik hizmetini reddetmelerinin nedeninin, zorunlu askerlik hizmeti ile samimi barış yanlısı inançları arasındaki ciddi ve aşılabilir bir çatışma olduğunu ifade etmişlerdir. Başvuranlar vicdani retçi olduğu için devletin kendilerine uyguladığı yaptırımların yanında, devletin vicdani ret hakkına ilişkin mevzuat çıkarmamasından da şikayet etmişlerdir⁴⁵.

Mahkeme *Tarhan/Türkiye* kararında başvuranın herhangi bir dini inanç ileri sürmemesi hususunda şu ifadelere yer vermiştir:

*“Başvuranın, vicdani ret hakkından yararlanma şartlarını haiz olup olmadığını tespit edecek bir usulün bulunmaması ile ilgili olarak Mahkeme, yukarıda belirtilen Bayatyan/Ermenistan, Erçep/Türkiye ve Demirtaş/Türkiye davalarında başvuranların inançları gereği askerlik hizmetini reddeden bir dini grup olan Yehova şahitlerine mensup olduklarını gözlemlemektedir. Halbûki, bu davada başvuran Tarhan vicdani ret hakkından yararlanmak amacıyla hiçbir dini inanç ileri sürmemektedir. Hükümet, kendi adına bu hususta açıklama yapmamıştır. O halde, cevap aranacak soru, Tarhan'ın askerlik hizmetine itirazının hangi ölçüde Sözleşme'nin 9. maddesini ilgilendirdiği sorusudur.”*⁴⁶

Mahkeme *Tarhan/Türkiye* davasının öne çıkan özelliğinin, vicdani retçilerin tanınması amaçlı taleplerin incelenmesine yönelik bir mekanizma bulunmaması olduğunu belirtmiştir. Mahkeme zorunlu askerlik hizmetine alternatif öngörmeyen ve başvuranın vicdani ret hakkından yararlanıp yararlanamayacağını saptayacak etkili ve erişilebilir bir usul öngörmeyen bir sistemin, toplumun

43) Demirtaş/Türkiye.

44) Bukharatyan/Ermenistan, Tsaturyan/Ermenistan.

45) Tarhan/Türkiye.

46) A.g.k., p. 57-58.

bütününün çıkarları ve vicdani retçilerin çıkarları arasında adil bir denge sağlayamayacağından bahisle yetkili makamların 9. maddeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmedikleri sonucuna varmıştır. Bu bakımdan 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır⁴⁷.

Bayatyan/Ermenistan kararında Mahkeme askerlik hizmetini dini veya diğer inançlar nedeniyle reddetmenin 9. maddenin garantisi altına alındığına hükmetmişti. Başvuran Vahan Bayatyan Yehova Şahidi olduğu için “diğer inançlar” ifadesini yorumlamaya gerek duyulmamıştı. *Savda/Türkiye* ve *Tarhan/Türkiye* kararlarında ise vicdani redde kaynaklık edebilecek diğer inançlardan ne anlaşılması gerektiğini yorumlamak için iyi bir fırsat olmasına rağmen, Mahkeme buna teşebbüs etmemiş, belki de daha tali nitelikte sayılabilecek bir husustan dolayı ihlal kararı vermiştir. Kısaca devletin vicdani ret taleplerini değerlendirecek bir mekanizma oluşturulmamasından dolayı ihlal kararı vermiştir. Bu kararlardan anlaşılacaktır ki, eğer bir devlette vicdani ret taleplerini değerlendirecek bir merci yoksa, o devletin 9. maddeyi ihlal etmiş olduğu kabul edilecektir. Bu durumda ise şu sorular akla gelecektir: Devletin böyle bir mekanizma oluşturması 9. maddeden kaynaklanan yükümlüğünü yerine getirmiş sayılması için yeterli olacaktır mı? Eğer vicdani ret taleplerini inceleyen mekanizma belli bir dinin veya inancın vicdani redde kaynaklık edemeyeceği ya da sadece belli bir dinin veya inancın mensuplarının vicdani ret hakkına sahip olacağı yönünde süreklilik arz eden bir içtihat oluşturursa, devlet salt mekanizma oluşturmakla 9. madde bağlamındaki yükümlülüğünden kurtulmuş olacaktır mı?

İnsanların vicdanını ve inancının samimiyetini yargılamak kolay bir iş değildir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu “devletlerin, vicdani ret taleplerini bir sorgulama yapmaksızın geçerli kabul etmesini” memnuniyetle karşılamaktadır⁴⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir yandan bireylerin uğradığı mağduriyetleri gidermeye çalışırken diğer yandan da Avrupa düzeyinde asgari bir insan hakları standardı oluşturmaya çalışmaktadır. Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin hemen hepsinde vicdani redde ilişkin yasal düzenlemeler birbirinden farklıdır. AİHM vicdani ret taleplerinin inceleneceği bir mekanizmanın olmamasını 9. maddenin ihlali olarak değerlendirirken, bu mekanizmanın işleyişi veya kararları üzerinde devletlerin takdir marjını tamamen ortadan kaldırmamaktadır.

47) A.g.k., p.61-62.

48) Rachel BRETT, Askerlik Hizmetinin Vicdani Reddi ve Alternatif Hizmette Uluslararası Standartlar, *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret Düşünsel Kaynaklar ve Deneyimler*, Yayına Hazırlayanlar: Özgür Heval ÇINAR, Coşkun ÜSTERCİ, İletişim, 2008, İstanbul, s. 252.

Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi vicdani ret konusunda R (87) 8 Sayılı tavsiye kararında üye devletlere;

- Vicdani retçi statüsü için yapılan başvuruların değerlendirilebilmesi amacıyla uygun bir usul geliştirebileceklerini veya ilgili kişinin ret sebeplerini açıkladığı bir beyanını kabul edebileceklerini,

- Başvuruların değerlendirilmesinde adil bir sürecin işleyeceğine dair her türlü teminatın sağlanmasını,

- Her başvuranın ilk derece kararının temyizini talep etme hakkının olmasını,

- Temyiz merciinin askeri idareden ayrı ve bağımsız bir şekilde teşkilatlandırılmasını, tavsiye etmektedir.

Belirtmek gerekir ki bu ilkeler ne Mahkeme için ne de Sözleşme'ye taraf devletler için bağlayıcıdır. Ancak Mahkeme'nin karar verirken bu ilkeleri göz önünde bulunduracağı ve mekanizmanın etkin bir şekilde çalışıp çalışmadığını değerlendireceği söylenebilir.

Diğer yandan Mahkeme'nin içtihatlarında vicdani ret hakkının kapsamına bir netlik kazandırılmamıştır. Bilindiği gibi vicdani retçiler kendi içinde birçok kısma ayrılmaktadır. Total retçiler, alternatif hizmeti kabul eden vicdani retçiler, seçici vicdani retçiler bunlardan bazılarıdır⁴⁹. Örneğin total retçiler askerlik hizmetini reddettikleri gibi alternatif sivil hizmeti de reddetmektedirler. Mahkeme henüz bu tür bir şikayetle karşılaşmamıştır. Avrupa ülkelerinin pek çoğunun profesyonel orduya geçtiği göz önünde bulundurulduğunda alternatif hizmetin de vatandaşlara bir yükümlülük olarak getirilmesinin yaşayan/canlı belge doktrinini işletilerek ilerleyen zamanlarda kabul edilemez bulunması öngörülebilir.

C- Türkiye'nin Durumu

Anayasa'nın 72. maddesinde "*Vatan hizmeti, her Türk'ün hakkı ve ödevidir. Bu ödevin, Silâh Kuvvetlerde veya kamu hizmetlerinde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. Buna göre vatani hizmetin yalnızca askeri hizmet ile sınırlanmadığı açıktır. Anayasa bu konuda düzenleme yapmayı yasakoyucunun tercihine bırakmıştır. Dolayısıyla anayasal anlamda askeri hizmetin zorunlu olduğu söylenemez. Bu açıdan herhangi bir anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulmadan kanunla yapılacak bir düzenleme ile alternatif sivil hizmetin getirilmesi ve vicdani ret hakkının tanınması mümkündür⁵⁰. Zira görülmektedir ki Anayasa vicdani ret hakkını ne tanımıştır, ne de yasaklamıştır. Ancak yasakoyucu Anayasa'nın

49) ÇINAR, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret ve Türkiye, s. 37.

50) Osman CAN; "Vicdani Ret", Anayasal Bir Hak mı?, Radikal Gazetesi, 10.07.2005.

verdiği bu takdir hakkını zorunlu askerlikten yana kullanmaktadır. 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 1. maddesine göre erkek Türk vatandaşları için askerlik zorunludur: *“Türkiye Cumhuriyeti tebaası olan her erkek, işbu kanun mucibince askerlik yapmaya mecburdur.”* Kanunun getirdiği bazı istisnai haller dışında bu hüküm her tüm erkek vatandaşlara ayırım gözetilmeksizin uygulanmaktadır. Bu istisnalar arasında ise vicdani retçilere alternatif sivil hizmet sağlamaya yönelik bir hal sayılmamıştır. Türkiye’de vicdani retçilere ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden vicdani retçiler birçok farklı yaptırıma maruz kalmaktadırlar. Halkı askerlikten soğutma, emre itaatsizlikte ısrar, firar, bakaya kalma suçları vicdani retçilerin en çok karşı karşıya kaldıkları yaptırımlardır. Türkiye’de dini inançlarını gerçekleştirebilmek, vicdanının emrettiği veya felsefi düşüncesinin gerektirdiği şeyleri yerine getirmek adına zorunlu askerliği reddeden bir kişiyi bir çok kovuşturma ve mahkumiyet beklemektedir. Nitekim *Ülke/Türkiye* kararında bu durum sivil ölüm olarak nitelendirilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* şeklindedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesine göre ise sözleşmeciler devletler taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin vermiş olduğu kesinleşmiş karara uymakla yükümlüdürler. Ancak Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan bir değişiklik yaratmazlar. İhlal kararı karşısında devletlere düşen ihlali ortadan kaldırmaktır. Bunun gerçekleştirilme şekli devletlerin takdirine bırakılmıştır, yani Mahkeme'nin devletlere ne yapması gerektiği yönünde bir talimat verme yetkisi yoktur. Mahkeme'nin kararı yalnızca herhangi bir ihlalin olup olmadığına saptanmasına ilişkin olması hasebiyle “beyan edici” niteliktedir; devletin yükümü ise bu ihlalin kaynağını saptayıp gerekli adımları atmak bakımından bir “sonuç yükümü”dür⁵¹.

Sözleşme'ye aykırılık söz konusu olduğunda bunun giderilmesi için Mahkeme devletin herhangi bir organına işaret etmez; nitekim Mahkeme'nin böyle bir yetkisi de yoktur. Devlet bu ihlali yasama, yürütme, yargı, yerinden yönetim kuruluşları veya diğer organlarından biri aracılığıyla ortadan kaldırma takdirine sa-

51) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. bası, Ankara, 2013, s. 120-128.

hiptir⁵². *Erçep/Türkiye, Tarhan/Türkiye, Demirtaş/Türkiye ve Savda/Türkiye* kararlarına bakıldığında ihlalin mevzuattaki boşluktan kaynaklandığı görülmektedir. Zorunlu askerlik hizmetinin istisnaları arasında alternatif sivil hizmeti saymayarak ve vicdani ret taleplerinin incelenmesine yönelik etkin ve erişilebilir bir usul oluşturmayarak devlet pozitif yükümlülüğünü yerine getirmekte yetersiz kalmıştır. Bu boşluğu doldurmadığı sürece Türkiye'nin benzer davalarda gelecekte tekrar tekrar mahkum olması söz konusu olacaktır. Aynı sebepten dolayı mahkeme önüne defalarca davalı sıfatıyla çıkmamak için Türkiye'nin mevzuatta eksikliği görülen kurumları hayata geçirmesi gerekmektedir⁵³. Bu noktada yasa organının iradesi belirleyici olacaktır. Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi konuya ilişkin gerekli adımların atılması için Türkiye'ye çok defa çağrıda bulunmasına rağmen⁵⁴. Türkiye henüz bu çağrılara karşılık verme yönünde ciddi bir tutum geliştirmemiştir.

D- SONUÇ

Zorunlu askerlik uygulamasının artık terkedildiği ve profesyonel orduya geçişlerin giderek arttığı şu günlerde insanlar üzerinde bir yük olarak nitelendirilebilecek olan zorunlu askerliğe karşı vicdani ret hakkını devletlerin tanımamayı sürdürmeleri daha fazla mümkün değildir. Nitekim AIHM *Bayatyan/Ermenistan* kararı ile vicdani ret hakkının düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün garantisini altında olduğuna hükmetmiştir. Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri uyarınca bu konuda gereken düzenlemeleri hayata geçirmesi beklenmektedir. Bunun önünde anayasal herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yapılacak yasal bir düzenleme ile alternatif sivil hizmetin hayata geçirilmesi mümkündür. Böylece aynı zamanda anayasal bir yükümlülük olan insan haklarına saygılı devlet olma iddiasının altı doldurulmuş olacak, demokratikleşme yolunda da önemli bir adım atılmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- Aydın, Suavi, Toplumun Militarizasyonu: Zorunlu Askerlik Sisteminin Ve Ulusal Orduların Yurttaş Yaratma Sürecindeki Rolü, *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret, Düşünsel Kaynaklar Ve Deneyimler*, Haz. Özgür Heval Çınar-Coşkun Üsterci, İstanbul, İletişim Yayınları, 2008, S. 25-49.
- Brett, Rachel, Askerlik Hizmetinin Vicdanen Reddi Ve Alternatif Hizmette
- Uluslararası Standartlar, *Çarklardaki Kum: Vicdani Ret, Düşünsel Kaynaklar Ve Deneyimler*, Haz. Özgür Heval Çınar-Coşkun Üsterci, İstanbul, İletişim Yayınları, 2008, S.247-267.

52) GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ; a.g.e., s. 125.

53) GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ; a.g.e., s. 126.

54) ÇINAR; Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret ve Türkiye, s. 230.

- Can, Osman, “Vicdani Ret” Anayasal Bir Hak Mı?, *Radikal Gazetesi*, 10.07.2005.
- Çınar, Özgür Heval, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Ret Ve Türkiye, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Çınar, Özgür Heval; Üsterci, Coşkun, Çarklardaki Kum: Vicdani Ret, Düşünsel Kaynaklar Ve Deneyimler, İletişim Yayınları, İstanbul, 2008.
- Gözübüyük, A. Şeref; Gölçüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 10. Bası, Ankara, 2013.
- Gürcan, Ertuğrul Cenk, Zorunlu Askerlik Karşısında Vicdani Ret: Bir İnsan Hakkı (Mı)?, *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 62-1, 2007, S. 89-111.
- Eren, Abdurrahman, Türk Hukukunda Vicdani Ret, *Ankara Üniversitesi Sbf Dergisi*, 61-3, 2006, S. 103-130.
- Karagöz, Kasım, Komisyon Ve Mahkeme Kararları Işığında Avrupa Konseyinde Vicdani Ret Hakkı, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. Xı., 1-2, S. 865-906.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://hudoc.echr.coe.int/>
- <http://hub.coe.int>
- <http://assembly.coe.int/>

ÖZET

Avrupa Konseyi yargı organlarından Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun 1966 tarihli *Grandrath/Federal Almanya* Cumhuriyeti kararıyla vicdani reddin sözleşme kapsamında yer alan bir hak olarak tanınmadığı içtihadı yerleşmiştir. Uzun yıllar bu içtihadta değişiklik olmamıştır. *Thlimmenos/Yunanistan* ve *Ülke/Türkiye* kararlarında Mahkeme bu içtihadattan sapma yolunda önemli adımlar atmıştır. *Bayatyan/Ermenistan* kararı ile de vicdani ret Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesi kapsamında korunan bir hak olarak kabul edilmiştir. Türkiye aleyhine verilmiş AİHM kararlarına rağmen Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında vicdani ret hakkını tanımayan tek ülke konumundadır. Bu bağlamda Türkiye'den sorunun çözümü için gerekli adımları atması beklenmektedir.

Anahtar kelimeler: Vicdani Ret, Zorunlu Askerlik, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü.

Une Etude Sur Les Principes Constitutionnels Intangibles Dans La Constitution De Bosnie-Herzegovine

Bosna-Hersek Anayasası'nın Değişirilemez Hükümleri
Üzerine Bir Değerlendirme

A Study On The Inalterable Regulations in The
Constitution Of Bosnia-Herzegovina

Mücahit Özbek

Istanbul Medipol Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

The Constitution of Bosnia and Herzegovina has been enacted in the particular circumstances of post-war era, after the war of 1992-1995. The Constitution which is the IV. Annex of Dayton Agreement that terminated the bloody and violent war has been written and imposed by international community in the particular context of the given period. The most outstanding feature of the much internationalized constitutional text is its inalterable regulations. The fundamental rights listed under the II. Chapter of the Constitution cannot be subject to any modification, nor removal according to 2. article of X. Chapter. This article, protecting the II. Chapter, also create a self-protection mechanism by prohibiting modification or removal of itself. Although the inalterable regulations in the Constitution seem very extensive in terms of substance and very strong in terms of protection mechanism, it presents some weakness and fragility due to certain reasons.

Keywords: Consitution of Bosnia and Herzegovina, Inalterable Regulations, Dayton Agreement

INTRODUCTION

Le récent acquittement des généraux croates Ante Gotovina et Mladen Markac par le TPIY, dans des conditions peu respectueuses de l'idée de justice¹, a suscité de nombreuses réactions et a naturellement trouvé sa place dans le fil

1) Jean Arnault DERENS, "Justice borgne pour les Balkans", Le Monde Diplomatique, Janvier 2013.

de l'actualité, sans y passer pour un reliquat d'un ancien temps, devenu indigne d'intérêt. Le conflit qui a donné lieu à l'éclatement de l'ex Yougoslavie, même s'il s'éloigne dans le temps, reste un sujet pertinent.

La Yougoslavie, terre des « Slaves du Sud » étymologiquement, est constituée à l'issue de la première guerre mondiale. Elle rentre après la Seconde Guerre Mondiale dans le bloc de l'Est malgré une volonté d'émancipation affirmée par Tito. Celui-ci ira même jusqu'à initier le mouvement des non alignés. A la chute du bloc soviétique, la Yougoslavie se retrouve divisée. A la suite d'élections libres quatre républiques proclament leur indépendance, la Slovénie, la Macédoine, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine. Cette autonomie conduira à des conflits entre les Serbes, représentés majoritairement dans l'armée, et deux entités nouvellement indépendantes, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine. Cette dernière est une véritable mosaïque de peuple et de cultures. Le territoire qui correspond à la Bosnie-Herzégovine actuelle est composé de 50% de Bosniaques de religion musulmane convertis à la suite de la conquête ottomane, d'un tiers de Serbes d'obédience chrétienne (orthodoxe pour la plupart), et de 20% de Croates. Sous l'égide communiste, au sein de l'Etat yougoslave, les relations étaient apaisées. Les spécificités ethniques et religieuses se fondaient dans l'uniformité communiste, et ce, souvent par l'intermédiaire de la force. Lors de l'effondrement de la Yougoslavie, les différences profondes entre communautés ressurgissent et donnent lieu à un conflit meurtrier, qui déchire cette région pendant quatre années, devenant le théâtre de nombreux crimes de guerre, et de tentatives de « purification ethnique » qualifiées par le TPIY² de « crimes contre l'humanité ». Les Serbes menés, par Slobodan Milošević, cherchent à conserver les territoires séparatistes au nom de minorités serbes. Pour mener à bien cet objectif et restaurer une « grande Serbie », les forces armées serbes ne s'embarassent d'aucun scrupule. Aux portes de l'Europe, ce conflit n'est pas résolu par les Européens qui se contentent sous mandat de l'ONU d'y envoyer des soldats tenus de rester spectateurs.

Devant la violence des combats et les atrocités commises, les Etats-Unis d'Amérique, fort de leur suprématie après la chute de l'URSS³, interviennent en apportant leur aide aux Croates. Cette aide permet à la Croatie qui s'allie alors à la Bosnie, de retrouver son intégrité territoriale originelle et pousse les parties sous

2) Pour trouver les détails des 161 affaires, dont 31 en cours, visiter le site du TPIY : <http://www.icty.org/action/cases/4>

3) "C'est alors la fin de l'Histoire", Francis Ford FUKUYAMA, La fin de l'Histoire, Commentaire n° 47 Automne 1989.

l'impulsion des Etats-Unis à signer les accords de Dayton le 21 Novembre 1995.

Cette histoire récente marque au cœur le nouvel Etat de Bosnie-Herzégovine. La Constitution, née dans les affres d'un conflit sanglant, est rédigée par des juristes internationaux, sous influence anglo saxonne, afin d'être l'instrument le plus efficace pour prévenir toute récidive, dans une région qualifiée de pou-drière. La mise en place de la Constitution illustre les prémisses de cette activité complexe et critiquable dans laquelle les Etats Unis semblent persister⁴, qu'est le « nation building ».

La volonté d'empêcher toute récidive et de protéger au mieux les populations civiles, premières victimes, fait adopter au Constituant la forme de l'intangibilité afin de protéger au mieux les droits et libertés fondamentales. Ces dispositions intangibles sont prévues pour résister à l'usure du temps et d'éventuelles révisions constitutionnelles. Un dispositif original adopté à la fin de la seconde guerre mondiale par les Etats vaincus, l'Allemagne et l'Italie par exemple. Elles permettent de « sanctuariser » la volonté du Constituant.

Si les dispositions permettent de figer la volonté originelle des Constituants, l'intangibilité est elle vraiment formelle ?

La lettre et l'esprit de l'intangibilité constitutionnelle (I) souffrent de failles susceptibles de fragiliser les dispositions (II).

I- La lettre et l'esprit de l'intangibilité constitutionnelle

La Constitution bosnienne a été créée dans le contexte particulier d'une sortie de guerre (B.1). Elle a été établie en marge de l'accord international de règlement d'un conflit particulièrement violent, et en ressort donc teintée d'internationalisme (B.2). Ce contexte l'amène à professer un certain nombre de dispositions considérées comme intangibles (A), regardant la protection des droits fondamentaux (A.1) et mesure particulière la protection de cette protection (A.2).

A- Des dispositions textuelles particulièrement protectrices

Le texte constitutionnel bosnien prévoit dans son article 2 les droits fondamentaux qui seront défendus (1) et dans son article 10, il stipule les modalités de cette défense (2).

1- L'article II, les droits fondamentaux garantis

L'article II de la Constitution bosnienne énumère les droits fondamentaux à

4) Autant en Afghanistan qu'en Irak, les Etats-Unis voulaient originellement faire table rase et reconstituer une nation via le « nation building ».

travers huit alinéas. La succession, véritable liste, établit la description la plus claire et la plus exhaustive possible des droits protégés. L'intangibilité de ces règles sera spécifiée plus en avant dans l'article X.

Dès le premier alinéa la Bosnie-Herzégovine s'engage à assurer les « plus hauts niveaux reconnus internationalement de droits de l'homme et libertés fondamentales ». Ce premier alinéa s'apparente à une déclaration d'intention qui conditionne la suite de l'article. Une fois ce principe fondamental établi, s'ensuivent des références faites par le constituant aux droits fondamentaux qui sont reconnus par la Constitution bosnienne. C'est à dire le « *nec plus ultra* » des droits fondamentaux, une formidable référence aux textes les plus protecteurs en matière de droits et libertés fondamentales. L'alinéa 2 prévoit que les dispositions de la CEDH « doivent s'appliquer directement sur le territoire », permettant l'irruption⁵ dans la Constitution d'un standard élevé de règles européennes en matière de droits fondamentaux.

Afin de ne permettre aucune interprétation où s'insinuerait un éventuel écart par rapport au texte, l'article II alinéa 3 dresse une véritable liste de droits fondamentaux dont le respect est imposé. L'article énumère les dispositions de la CEDH, et commet une omission notable, la dignité humaine. L'oubli est comblé par les références nombreuses du texte à la CEDH, et par la mention qui en est faite dans le préambule.

Si ce catalogue est assez long, il n'est pas exhaustif, et la référence à des accords internationaux ou des textes dont le respect est imposé, est mentionné dans les alinéas suivants. L'alinéa 7 fait mention de l'obligation pour la Bosnie-Herzégovine de rester ou de devenir partie d'un certain nombre d'accords internationaux listés par l'annexe première de la Constitution⁶.

La référence faite à des textes extérieurs au sein même de la norme suprême trouve plusieurs raisons. En effet, les rédacteurs de la Constitution n'ont pas voulu dresser seulement un catalogue de droits fondamentaux, mais bien éviter une éventuelle interprétation de ces principes à l'aune des anciens textes et coutumes yougoslaves. Ainsi en intégrant des textes internationaux dont l'interprétation est établie par d'autres Etats, les constituants ont pu éviter ce travers. Une autre nécessité était la mise en scène de dispositions qui seraient clairement compréhensibles et surtout directement opposables aux autorités. La référence aux accords internationaux s'est donc imposée. Cet ensemble de

5) La question de la supériorité de la CEDH sur la Constitution sera abordée plus en avant.

6) Article II/7 de la Constitution de 1995 en vertu duquel "Bosnia and Herzegovina shall remain or become party to the international agreements listed in Annex I to this Constitution".

standards semble efficace pour améliorer la garantie des droits fondamentaux.

L'article II, dans sa simplicité constitue une définition assez précise et efficace, d'un ensemble de droits et libertés reconnus et protégés par la Constitution.

2- Le verrou de l'article X

Les principes intangibles de cette Constitution sont à chercher dans l'article X. Son premier alinéa considère les modalités d'amendement de la Constitution. Pourtant, dans le second alinéa sont contenues les dispositions de l'intangibilité, en effet il est formulé comme suit : « No amendment to this Constitution may eliminate or diminish any of the rights and freedoms referred to in Article II of this Constitution or alter the present paragraph. ⁷»

L'article II est présenté comme intangible par cet alinéa. Le mécanisme même d'intangibilité a été adopté par un certain nombre de Constitutions occidentales, particulièrement dans les pays ayant connu une histoire récente troublée. L'Allemagne et l'Italie ont, dans le but d'inscrire leur volonté intangible de ne jamais recommencer de telles dérives constitutionnelles, adopté de telles dispositions dans leurs Constitutions d'après guerre. En les intégrant dans, ce qui, depuis les travaux du constitutionnaliste autrichien, Hans Kelsen, est considéré comme la « norme suprême » ces dispositions rejaillissent sur l'ensemble de l'ordre juridique de l'Etat. La Bosnie-Herzégovine reprend ce modèle en déclarant intangibles les droits fondamentaux de l'article II. Cependant, elle innove par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article X.

L'article X dans son alinéa 2 protège la déclaration de droits faites à l'article II mais il s'exclut lui-même de toute modification en adoptant un mécanisme de verrou, aussi qualifié de phénomène d'autoréférence. Il prévoit expressément qu'il est impossible qu'on le modifie. Cette innovation juridique laisse à penser et interpelle⁸ aussi bien dans des domaines juridiques qu'extra juridiques. Ainsi, cette auto-protection dresse un rempart considéré comme une sécurité absolue. Absolue, puisqu'elle ne peut juridiquement être révisée d'aucune façon. En effet, tant que l'Etat de droit est respecté et que la Constitution reste appliquée, les dispositions de l'article II et de l'article X ne sauraient jamais changer. La Constitution bosnienne inclut donc deux dispositions intangibles qui peuvent

7) « Aucun amendement à cette Constitution ne saurait éliminer ou diminuer aucun des droits et libertés mentionnés dans l'article II de la présente Constitution ou altérer le présent paragraphe. »

8) «Le problème d'autoréférence (parfois appelé aussi le problème de réflexivité) est on le sait, l'un des problèmes qui ont été les plus étudiés par les logiciens, au point qu'il apparaît parfois comme l'archétype même de la rhétorique et de la logique formelle. Il trouve donc ici une application particulière dans le domaine de droit qui n'a pas manqué de provoquer une moisson d'articles...» Claude KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, 1996, p.125.

sans abus être qualifiées comme telles, puisqu'elles disposent d'un véritable « verrou » garantie de leur efficacité à travers le temps.

Cependant la formulation même de cet article X alinéa 2, ouvre une réflexion pour la doctrine⁹. La Constitution établit qu'aucun amendement ne saurait modifier les droits et libertés de l'article II. La référence aux textes internationaux que l'on trouve dans les dispositions intangibles, est-elle reprise par cette article X ? Il peut sembler que oui¹⁰, selon la doctrine. La formulation, résultat, sans doute, d'une maladresse du constituant soulève un certain nombre d'interrogations.

Ce système spécifique de « verrou » apporté par l'article X alinéa 2 est une particularité de la Constitution bosnienne. La présence de principes intangibles est le fruit d'une histoire tourmentée, qui a amené une protection très forte, voire une surprotection des droits fondamentaux.

B- La protection des droits, une priorité

La Constitution bosnienne a été enfantée dans la douleur des horreurs de la guerre et sous forte influence internationale. En conséquence de quoi la protection des droits est devenue une priorité fondamentale (1.) menée par la communauté internationale (2.) Elle est, cependant, depuis son entrée en vigueur, en tant qu'annexe d'accords internationaux, un gage de paix dans une région chaotique.

1- La Constitution bosnienne, fruit d'une période tourmentée

L'Histoire récente sanglante abordée en introduction, ainsi que l'étude préliminaire de l'histoire constitutionnelle yougoslave permettent d'éclairer certains aspects de la Constitution bosnienne et plus spécifiquement les dispositions intangibles.

Les Constitutions yougoslaves n'ont jamais connues le mécanisme de l'intangibilité, que ce soit avant guerre ou dans le régime titiste. Si l'on retrouve des droits garantis dans le régime yougoslave pré 1945 ils ne sont à aucun moment déclarés intangibles. Dans le régime titiste les droits évoqués ne sont pas de même nature, ce sont essentiellement des droits collectifs, et ne bénéficient d'aucune protection.

Le texte fondamental bosnien de 1996 opte en faveur d'un fédéralisme poussé au sein de l'Etat fédéral de B-H afin de mettre un terme aux diverses revendications issues d'entités ethniques diverses et peu enclines à la coopération. Les

9) Faris VEHAHOVIĆ, "La protection des droits fondamentaux dans la Constitution de Bosnie et Herzégovine", *Pregled revue de L'Université de Sarejevo*, 2009, p. 78.

10) *Ibid*, p. 81.

entités fédérées sont établies sur des critères ethniques afin d'éviter le mélange des différentes populations. Les responsabilités au sein de l'Etat fédéral sont organisées conjointement par les représentants des différentes ethnies. Par exemple, la charge de la présidence leur incombe selon une procédure de répartition égalitaire. La Constitution bosnienne organise ainsi les relations entre des entités très indépendantes. A charge pour l'Etat fédéral de subsister et d'affirmer son pouvoir, sur ses entités fédérées¹¹ ce qu'illustrent bien les efforts de la Cour constitutionnelle.

Afin de caractériser cette Constitution et ces principes intangibles au vu des éléments historiques, il est bon de rappeler que les atrocités commises pendant la guerre achevée en 1996, étaient commandées par des entités politiques dites officielles, des dépositaires de la souveraineté nationale. Ces exactions « officielles » ont eu une influence considérable sur le texte constitutionnel. Mais aussi sur les dispositions « extra constitutionnelles » prises dans les accords de Dayton. Par exemple le poste de Haut Représentant (cf. infra) semble avoir été créé tout spécialement pour répondre à cette préoccupation. Celui-ci dispose de pouvoirs très importants afin de contrôler la bonne marche du nouvel Etat bosnien. La Commission des droits de l'homme en est une autre illustration. Ces dispositions insérées dans les accords de Dayton mais pas dans la Constitution, sont supposées au moment de la signature, provisoires, bien qu'elles soient encore aujourd'hui maintenues. Elles sont la réaction des artisans de la paix aux exactions officielles commises pendant le conflit et le fruit d'une méfiance envers l'Etat de la part des populations et des acteurs des accords de Dayton.

2- Les accords de Dayton, l'influence internationale

La communauté internationale sous l'égide des Américains se saisit du conflit bosnien et l'amène à sa fin grâce à l'intervention de l'OTAN. Le 14 décembre 1995, les principales parties belligérantes se réunissent à Dayton dans l'Ohio aux Etats-Unis pour signer un traité de paix mettant fin au conflit. La Constitution qui est contenue dans l'accord est mise en place de façon permanente contrairement à d'autres dispositions comme le Haut Représentant. Elle est établie avec l'envie de dépoliariser les trois peuples qui occupent la Bosnie, et ce, sans faire de références aux anciens textes yougoslaves. La présence d'une éventuelle allusion au passé aurait pu conduire à une interprétation subjective du texte. La mention des textes et des interprétations internationales traduit le

11) La Cour Constitutionnelle s'est prononcée sur ce point dans plusieurs décisions. CCBiH, affaire n 5/98 du 1er juillet 2000; n 12, 7 juin 1999 ; n 5/98, la décision partielle no III, le 30 juin 2000.

souhait d'objectivité des rédacteurs du texte et le peu de confiance placée dans le système bosnien.

C'est ainsi que le texte fondamental fut rédigé par des auteurs étrangers et adopté en annexe d'un accord de paix. Cette procédure est éminemment originale et traduit une réelle main mise de la communauté internationale sur le règlement du conflit. L'objectivité feinte qui fait adopter une référence à des textes internationaux a pu souffrir de la critique de néocolonialisme ou d'impérialisme¹².

Si les signataires de la Constitution, les factions combattantes, semblent représenter le peuple légitimement, les rédacteurs, eux, peuvent difficilement prétendre à une quelconque représentation. La langue de rédaction de cette Constitution est l'anglais, preuve suprême de l'extranéité de ce texte devenu le texte fondamental bosnien.

Les accords de Dayton adoptent une Constitution bien éloignée de la réalité bosnienne. Toute mention à l'Histoire bosnienne y est écartée, la volonté des rédacteurs semble viser à mettre sur pied un nouvel ordre en B-H. La seule disposition qui évoque le passé est comprise dans l'annexe II, elle concerne les mesures transitoires. Les accusations d'impérialisme américain et de solution imposée de l'étranger font donc peser sur le texte des soupçons d'illégitimité.

Or, une Constitution étrangère peut elle longtemps s'imposer à un pays qui ne l'a pas choisi ? Pour le moment la Constitution n'a pas été contestée ni même modifiée, bien qu'un projet de réforme ait été initié. La présence et les pouvoirs exorbitants du Haut Représentant n'y sont peut être pas étrangers¹³, cet équivalent moderne du « *proconsul* » romain facilite l'application de la Constitution et fluidifie par son autorité les aspérités de cette Constitution si étrangère aux citoyens bosniens. Ses pouvoirs sont très étendus. Il peut imposer de nouvelles lois, destituer ou suspendre des responsables politiques, créer de nouvelles institutions ou en amender la composition. Bien que sous tutelle aujourd'hui, la Bosnie une fois indépendante réellement, saura-t-elle s'approprier cette Constitution et faire en sorte qu'elle réponde à ses spécificités nationales ? Les autorités compétentes pourraient alors décider de passer outre les dispositions intangibles et de les modifier.

L'intangibilité jusqu'alors présentée comme un rempart absolu pour la défense des droits et libertés fondamentales, dévoile ses « talons d'Achille ».

12) Nicolas MAZIAU, "Cinq ans après, le traité de Dayton-Paris a la croisée des chemins : succès incertaine et constats d'échec", *Annuaire français de droit international*, volume 45, 1999, p. 201.

13) Sur ce sujet consulter le rapport du Sénat Français <http://www.senat.fr/ga/ga86/ga864.html>

II- La fragilité de l'intangibilité

L'intangibilité des droits fondamentaux, bien que déclarée et renforcée par le mécanisme du verrou souffre de fragilités, tant dans son contrôle (A), que dans ses références (B).

A- Le contrôle limité de la Cour Constitutionnelle

L'octroi de droits fondamentaux à défendre est un préalable nécessaire à leur respect, mais, pour que celui-ci soit total, il faut pouvoir se doter d'un outil de contrôle compétent. En l'occurrence le texte prévoit ici un contrôle étendu (1) mais limité dans son exercice (2).

1- L'article 6-3, la Cour gardienne

L'article VI de la Constitution traite de la Cour Constitutionnelle. Il en définit la composition, les procédures, la juridiction et l'autorité des décisions. Ces dispositions sont complétées par le règlement de procédure de la Cour adopté après les accords de Dayton.

La Cour Constitutionnelle, telle que le texte la prévoit est composée de neuf membres. Mesure particulière, trois sont désignés par le président de la CEDH. Ces trois membres ne doivent pas être des nationaux ou même des citoyens de pays limitrophes, et ce afin d'éviter tout soupçon de partialité. Tous les juges sont nommés pour une période de cinq années « à moins d'une démission ou d'une destitution par les autres juges ». Les décisions de la Cour sont obligatoires et définitives, il n'y a pas de recours possible. Ce point, bien que commun aux autres pays, est d'une importance particulière dans le contexte bosnien où les Cours Constitutionnelles des différentes entités définissent elles-aussi leurs décisions, comme définitives et obligatoires. Cependant cette opposition formelle n'a su donner lieu, jusqu'ici, à un véritable contentieux au vu de la supériorité affirmée de la Cour Constitutionnelle fédérale.

Selon le Constituant le rôle de la Cour est d'être la gardienne de la Constitution¹⁴. Cette disposition est la source d'où coulent les compétences de la Cour. Plus spécifiquement, la Cour est compétente sur les litiges entre les entités de B-H, entre l'Etat fédéral et une des entités, et entre les institutions de Bosnie-Herzégovine. Cette compétence de contrôle des normes n'est accessible que par la saisine des hautes autorités politiques¹⁵ ou en tant que Cour de dernière

14) Article VI/3-1 de la Constitution de 1995 en vertu duquel "The Constitutional Court shall uphold this Constitution".

15) En vertu l'article VI/3-a al.3 les autorités compétents sont suivants: un membre de présidence, président de conseil de ministres, les présidents de deux chambres parlementaires, un quart des membre de l'une des deux chambres, un quart des assemblés parlementaires des entités.

instance conformément à l'article VI alinéa 3 b. Enfin la Cour peut contrôler la conformité d'une loi à la Constitution dans le cas où un tribunal lui demande de le faire. Ce cas est dans la pratique, assez rare.

Le texte constitutionnel, bien qu'il protège solidement les droits fondamentaux, ne définit pas de rôle précis pour la Cour Constitutionnelle dans cette protection. Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles n'est pas prévu par le texte fondamental. L'absence constatée peut être imputable à une rédaction précipitée ou à la crainte d'un chevauchement de compétences avec un des nombreux organes extérieurs de surveillance des droits de l'homme.

Dans la pratique, la question est encore hypothétique, puisqu'il n'y a pas, jusqu'ici, eu de réformes constitutionnelles. Cependant la Cour semble habilitée à se saisir de ce contrôle de par les dispositions évasives du texte. La Commission de Venise lors d'un de ses rapports sur la Bosnie a incité la Cour à se saisir de cette prérogative¹⁶. S'il semble que la lettre ne soit pas précise sur le sujet, l'esprit est bien celui d'un contrôle étendu de la Cour Constitutionnelle.

Le caractère flou de la Constitution au sujet des compétences de la Cour incite cette dernière à s'arroger un certain nombre de prérogatives. L'étude de cette extension est donc à examiner à travers son moyen d'action, la jurisprudence.

2- Les limites du contrôle, la réalité de la jurisprudence

Les compétences de la Cour Constitutionnelle ne sont pas évoquées de manière précise et exhaustive¹⁷. Sa jurisprudence, bien que récente, nous permet de dresser un tableau sommaire de ses fonctions.

En ce qui regarde ses compétences générales, la Cour s'est reconnue compétente dans plusieurs domaines assez étendus faisant preuve d'interprétation extensive. Elle s'est qualifiée pour connaître des affaires dans lesquelles il s'agit de trancher un litige ayant trait aux droits fondamentaux¹⁸, elle applique dans ce domaine une politique très volontariste. Ainsi, en application, elle statue sur la loi des entités qui ne respectent pas les dispositions de l'article II de la Constitution, dans les cas les plus graves la Cour se permet, en attendant de statuer, d'imposer des mesures provisoires de décision de suspension¹⁹. La Cour Consti-

16) Commission Européenne Pour La Démocratie Par Le Droit (Commission de Venise), "Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et le statut du haut représentant", avis n 308/2004, 2005, p. 29.

17) La formulation du texte constitutionnel est issue de la tradition de l'école juridique américaine qui incite à l'interprétation créative. Pour plus de réflexion sur ce sujet : N. Maziau, « Entretien avec Kasim Begic », Cahiers du Conseil Constitutionnel n 11, décembre 2001.

18) CCBiH, affaire n 6/98, 24 septembre 1999; n 2/99, 24 septembre 1999; n 14/00, 4 mai 2001.

19) CCBiH, affaire n 28/01, 4 mai 2001.

tutionnelle exerce aussi son autorité pour statuer sur le caractère constitutionnel des lois initiées, et des décisions individuelles prises par le Haut représentant. La politique audacieuse entreprise par la Cour est cependant freinée par sa réticence à sortir du contrôle exclusif de la loi, et par le pointillisme méticuleux mis à suivre les moyens invoqués dans les requêtes pour statuer²⁰.

Pendant la Cour s'est établie des limites. Dans l'affaire Sulejman Tihic²¹, la Cour manifeste implicitement son avis en disant qu'elle n'est compétente que pour des litiges entre les entités ou entre une entité et l'Etat et non pour des conflits entre le droit national et international. Une autre limite posée par la Cour est la compétence restreinte face aux institutions internationales²². Elle a été confrontée à la question du statut des juridictions ou organismes organisés par l'annexe 4 du traité de Dayton et, dans ce champ, décline son autorité

Enfin, le contrôle des lois constitutionnelles, le plus à même d'avoir, un jour un impact sur les dispositions intangibles, reste pour le moment une question en suspens. Certains doctrinaires, comme Mme Grewe²³ incitent la Cour à prendre ce pouvoir, et à établir une jurisprudence décisive. Mais en l'absence de modifications constitutionnelles à examiner, il semble difficile à la Cour d'établir une quelconque autorité sur ce sujet.

La Cour Constitutionnelle, dans la pratique donc, limite son contrôle, comme en atteste la jurisprudence. La jeunesse de la Cour cependant, laisse supposer que des cas d'espèce peuvent faire évoluer cette position. Le rôle essentiel qui est joué dans les institutions bosniennes par le droit international constitue au même titre que le rôle de la Cour une menace réelle sur l'intangibilité des dispositions des articles II et X.

B- La référence internationale, source de doutes

La mention présente dans les dispositions intangibles de traités internationaux et l'obligation pour la B-H d'en devenir ou d'en demeurer partie interrogent le juriste quand à l'influence que joue l'international dans cette Constitution (A), ainsi que la réalité concrète de l'intangibilité (B).

20) CCBiH, affaire n 5/99, 3 décembre 1999; n 39/00, 3 mai 2001.

21) CCBiH, affaire n U-5/04, 27 janvier 2006.

22) La Cour constitutionnelle a adopté la seule position possible en déclinant sa compétence : CCBiH, n 7/98, 22 février 1999; n 8/98, 23 février 1999; n 9/98, 24 février 1999; n 11/98, 25 février 1999; n 10/98, 26 février 1999.

23) Constant GREWE, "Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Bosnie-Herzégovine", Cahiers du Conseil constitutionnel n° 27, 2010, p. 5. Aussi voir l'opinion dissidente de Mme Grewe : CCBiH, n U 13/05, 27 janvier 2006.

1- L'influence internationale dans la Constitution

La Constitution a été rédigée par des Constituants internationaux dans un contexte de crise afin de sortir la Bosnie-Herzégovine d'un conflit dévastateur. Cette période se caractérise dans les relations internationales par un très grand pragmatisme des pays dits de « l'Ouest » et qui ne voient après la chute du « bloc de l'Est » plus aucun adversaire et cherchent donc à imposer²⁴ leurs idées. La B-H adopte la Constitution grâce au principe d'applicabilité direct du droit, un contrôle international strict de l'application de la Constitution est organisé. L'internationalisation selon Constance Grewe²⁵ « a paru constituer l'instrument le plus efficace pour rétablir la paix et reconstruire l'Etat ». Cette façon de faire est particulièrement originale, tout comme le contexte. En conséquence de quoi, la Constitution est parcourue d'un double mouvement de constitutionnalisation du droit international et d'internationalisation du droit constitutionnel.

L'article III. 3 reconnaît que les principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de la Bosnie-Herzégovine et de ses entités. A sa suite, l'article II alinéa 7 précise que la B-H doit devenir ou rester partie d'une liste d'accords internationaux et donc les respecter. Poursuivi par la mention de l'article II alinéa 2 qui prévoit l'applicabilité directe et la primauté de la CEDH dans le droit national bosnien. Enfin l'article II alinéa 1 fait de la B-H le territoire où seront assurés « le plus haut niveau de droits de l'homme et de libertés fondamentales internationalement reconnus. ».

La communauté internationale a, grâce à ces références, pu continuer à jouer un rôle actif dans la vie bosnienne. En procédant à une véritable internationalisation du droit constitutionnel, elle s'offre un droit de regard sur l'Etat. L'exemple du district fédéral de Brcko est éloquent. A l'issue de la guerre, la séparation de cette ville entre la Fédération de Bosnie et Herzégovine et la République Serbe de Bosnie n'a pas été du goût de ces deux entités. En conséquence de quoi, une décision d'un tribunal arbitral *ad hoc*, répondant aux règles posées par l'UNCITRAL, créa une nouvelle entité en B-H, la Fédération de Brcko. La création de cette fédération s'est faite par décision arbitrale, donc imposée de l'extérieur par des organisations internationales. Le choix de cette solution pragmatique montre l'influence de la communauté internationale dans le contexte bosnien.

La référence à ces textes internationaux, et leur place dans la Constitution opèrent une véritable internationalisation du droit Constitutionnel, une inter-

24) MAZÍAU, op.cit, p. 184.

25) GREWE, op.cit, p. 4.

vention de l'ordre international dans les affaires intérieures bosniennes. Si ce mouvement se justifie par l'Histoire bosnienne, son pendant, la constitutionnalisation du droit international, jette un certain trouble dans le droit constitutionnel « classique ».

2- Supra et/ou super constitutionnalité

La citation des normes internationales au sein des dispositions intangibles sont de deux ordres : la référence à la CEDH et à son applicabilité directe sur le territoire national, l'obligation pour la B-H de devenir ou demeurer partie de certains accords internationaux. Ces mentions introduisent au sein de la Constitution une norme étrangère, opérant un mouvement de Constitutionnalisation du droit international.

La doctrine se sépare pour déterminer la nature de ces normes dans l'enchevêtrement de droits différents. Il est souvent fait référence à une super constitutionnalité, c'est à dire un ensemble de règles qui sont par leur nature même intangibles, sans qu'il n'existe de hiérarchie dans la Constitution. A la suite de débats, la majorité de la doctrine qualifie cependant ces normes internationales de supra constitutionnelles, c'est à dire supérieures même au texte suprême, une Constitution au-dessus de la Constitution. Constance Grewe l'aborde en ces termes : "Si, dans un système donné, certaines valeurs paraissent à ce point fondamentales qu'elles doivent être protégées contre toute altération, y compris par le pouvoir constituant, on débouche sur l'idée d'une hiérarchie au sein de la Constitution, voire d'une supra-constitutionnalité"²⁶. La hiérarchie qui existe au sein de la Constitution est dominée par les dispositions intangibles, noyau au sein de la Constitution, leur intangibilité les rend supérieures. Toutefois cette vision n'est pas partagée par la Cour Constitutionnelle qui n'y voit qu'une « super constitutionnalité » n'acceptant pas la supériorité d'une partie de la Constitution sur le reste de celle-ci²⁷.

La présence de références internationales au sein même de la « norme suprême » crée une fragilité au cœur de la Constitution. En effet, du fait de la constitutionnalisation du droit international, les normes intangibles qualifiées à l'article II se trouvent à la portée d'une simple modification extérieure. Ainsi, l'intangibilité constitutionnelle est ébranlée par la présence de textes susceptibles de varier au cours du temps remettant en cause le caractère intangible prévu par l'article X de la Constitution. Si la CEDH varie, les dispositions in-

²⁶) GREWE, *op.cit*, p. 4.

²⁷) CCBiH, n U-5/04, préc.

tangibles varieront pareillement et alors, ces dispositions intangibles pourront t'elle toujours être qualifiée comme telles. Le recours à des normes internationales pour rendre plus efficace la Constitution semble soulever des interrogations quant à sa compatibilité avec les dispositions intangibles.

L'étude de la Constitution bosnienne permet l'analyse du système le plus avancé en terme de dispositions intangibles puisqu'elle est le seul pays à disposer du mécanisme de « verrou ». Toutefois, au delà de l'intangibilité réelle de ces dispositions, sujet abordé présentement, il est une question suscitée par cette étude : celle de l'opportunité de dispositions constitutionnelles intangibles. Le fait de « graver dans le marbre » des volontés reflète d'une époque ne paralyse t'il pas toute possibilité d'évolution ? Ces dispositions réputées intangibles doivent t'elles le rester pour l'éternité, les standards de l'article II resteront t'ils *ad vitam æternam* le *nec plus ultra* des droits fondamentaux ? Les perspectives de changement qui s'offrent sont l'élaboration d'une nouvelle Constitution ou le dépassement de la Constitution, c'est à dire ne plus respecter le droit. Carl Schmitt montre les conséquences potentiellement néfastes pour le pays d'une Constitution trop inflexible, elle ne permet pas l'évolution, de surcroit elle est un frein dans le cas de circonstances exceptionnelles²⁸. Ces réflexions sur l'opportunité de l'intangibilité méritent à elles seules un prochain devoir.

KAYNAKLAR

- Commission Européenne Pour La Démocratie Par Le Droit (Commission De Venise); "Avis Sur La Situation Constitutionnelle En Bosnie-Herzégovine Et Le Statut Du Haut Représentant", Avis N 308/2004, 2005.
- Derens, Jean Arnault; "Justice Borgne Pour Les Balkans", Le Monde Diplomatique, Janvier 2013.
- Grewe, Constant; "Le Contrôle De Constitutionnalité Des Lois Constitutionnelles En Bosnie-Herzégovine", Cahiers Du Conseil Constitutionnel N° 27, 2010.
- Klein, Claude; "Théorie Et Pratique Du Pouvoir Constituant", Revue Internationale De Droit Comparé. Vol. 49 N°3, Juillet-Septembre 1997. Pp. 737-739.
- Maziau, Nicolas; "Entretien Avec Kasim Begic", Cahiers Du Conseil Constitutionnel, Volume 11, Décembre 2001.
- Maziau, Nicolas; "Cinq Ans Après, Le Traité De Dayton-Paris A La Croisée Des Chemins : Succès Incertaine Et Constats D'échec", Annuaire Français De Droit International, Volume 45, 1999.
- Vehabovic, Faris; "La Protection Des Droits Fondamentaux Dans La Constitution De Bosnie Et Herzégovine", Pregled Revue De L'université De Sarejevo , 2009.

28) Bien que cette analyse ait été reprise pour justifier certaines dispositions juridiques du régime nazi, elle n'en est pas moins dénuée d'intérêt.

ÖZET

Bosna Hersek Anayasası 1992-1995 savaş yıllarının akabinde, savaş sonrası dönemin hususi şartlarında yazılmıştır. Oldukça kanlı ve şiddetli geçen savaşı sonlandıran Dayton Ateşkes antlaşmasının IV. Eki olarak kabul edilen Anayasa, uluslararası toplum eliyle kaleme alınmış ve dönemin hususi şartları altında taraflara kabul ettirilmiştir. Uluslararası toplum eliyle dayatılan Anayasa metninin en öne çıkan özelliği barındırdığı değiştirilemez hükümlerdir. Anayasanın içinde doğduğu hususi şartların tesiriyle anayasa metninin II. Başlığı altında sayılan temel haklar X. Başlığın 2. Maddesi ile koruma altına alınmış, kaldırılması ve değiştirilmesi yasaklanmıştır. X. Başlığın 2. maddesi kendisinin kaldırılması ve değiştirilmesini de yasaklayarak, kendi kendini koruma mekanizması ihdas etmiştir. Anayasanın değiştirilemez hükümleri oldukça kapsamlı ve şekli anlamda oldukça sağlam görünmesine karşın birkaç açıdan kırılabilirlik ve zayıflık arz etmektedir. Anayasanın uygulanmasını denetlemekle görevli Anayasa Mahkemesi'nin etkin bir şekilde çalışmasının önündeki yapısal ve fiili engellerin yanı sıra, Anayasa metnindeki uluslararası metinlere yapılan atıflar « süper anayasallık » ve « anayasa üstülük » sorunlarını gündeme getirmekte ve belirsizliklere kapı açmaktadır.

Anahtar kelimeler: Bosna Hersek Anayasası, Değiştirilemez Hükümler, Dayton Antlaşması

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Karar İncelemesi (Hiro Balani/İspanya)

Examining Of European Court Of Human Rights Decision
(Hiro Balani/Spain)

Sinan Seçkin

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

ABSTRACT

European Court of Human Rights accepts that to give insufficient reasons for judicial decisions compose a breach of Article 6 para. 1. According to this, the claims which can affect outcome of the proceedings must be answered by court. Indeed, there is necessity of reasoning of judicial decisions in Turkish Law.

Keywords: Reasoning of Judicial Decisions, Right to Fair Trial, Right to Defence

GİRİŞ

Anayasanın 141. maddesi gereği yargı kararlarının gerekçeli olması gerekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de yargı kararlarının gerekçesiz olmasını ya da gerekçenin yetersiz olmasını adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmektedir.

HiroBalani/İspanya kararı da mahkemelerin, tarafların olayın esasına ilişkin, hükmü değiştirebilecek nitelikteki savlarını değerlendirmesi gerektiğini öngörmektedir. Kararın incelenmesinde ilk bölümde karar özetlenerek; yerel mahkemelerin tutumu, tarafların sav ve savunmaları, AİHM'e başvuru karşısında İspanya Hükümeti'nin savunması ve AİHM'in kararı üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde ise gerekçeli karar hakkı açıklanmış ve bu bağlamda AİHM'in kararı değerlendirilmiştir. Ayrıca yargı kararlarının gerekçeli olması açısından Türk Hukuku bakımından da değerlendirmeler yapılmıştır.

I- AİHM'in "Hiro Balani/ İspanya" Kararının İncelemesi

A- Yargılama Öncesi Durum

1- Olay

Hindistan ve İspanya olmak üzere çifte vatandaşlık sahibi Bayan Rito Hiro Balani'nin (başvurucu) kocası adına 1970 yılında Sınai Mülkiyet Sicili'ne kaydedilen ve faaliyet alanı "her türlü masa/duvar saati" olarak belirlenen "Orient H. W. Balani Malaga" isimli bir ticari marka bulunmaktadır. Bu marka daha sonra Bayan Balani'nin adına geçirilmiştir¹.

1985 yılında ise saat üretim ve dağıtımıyla uğraşan Japon şirketi "Orient Watch Co. Ltd." başvurusunun Orient H. W. Balani Malaga isimli markasının Sınai Mülkiyet Sicili'nden terkin için dava açmıştır. Bu davada Japon şirketi, şirketin markası olan Orient Watch'ın 1951 yılında tescil edildiğini ve Paris Konvansiyonu gereği bu tescilin, Konvansiyon'a taraf olan bütün ülkelerde (ki İspanya bu Konvansiyona taraftır) özdeş veya benzer ticari markaların tescil başvurusuna karşı korunması gerektiğini savunmuştur².

Buna karşılık Bayan Balani öncelikle Orient H. W. Balani Malaga ticari markasının terkininin istenebileceği 3 yıllık sürenin dolduğunu ve dolayısıyla kendi ticari markasının yerleşmiş olduğunu ileri sürmüştür. İkinci olarak ise davacı Japon şirketin ticari markası olan Orient Watch'ın orijinal bir marka olmadığını iddia etmiştir. Son olarak 1934 yılında tescil edilen ve 1984 yılında Bayan Balani adına geçirilen "Creacions Orient" adlı bir başka ticari marka olduğunu ve bunun 1951 yılında Japonya'da tescil edilen Orient Watch markasına kıyasla önceliğe sahip olduğunu savunmuştur³.

İspanya'da bu tür uyuşmazlıkların çözüm yeri olan Madrid Bölgesel Mahkemesi, 1988 yılında Bayan Balani'nin markasının artık yerleşmiş olduğu ve bu tarihten sonra terkinin istenemeyeceğine dair iddiasını yerinde görerek Japon şirketin terkin talebini reddetmiştir. Ancak Madrid Bölgesel Mahkemesi Bayan Balani'nin işin esasına yönelik diğer iddialarına ve özellikle 1934'te tescil edilen Creacions Orient markasının önceliği iddiasına kararında değinmemiştir⁴.

Davacı Japon şirketin bu kararı temyiz etmesi üzerine İspanya Yüksek Mahkemesi, bir takım usuli eksiklikler sebebiyle Bayan Balani'ye ait ticari markanın

1) Hiro Balani/İspanya Kararı (Başvuru no. 18064/91); p. 6- 8 (Erişim) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["18064/91"\],"docum entcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-57910"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{) 28 Aralık 2013.

2) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.7

3) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.8

4) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.9

yerleşmiş sayılmayacağına dolayısıyla Japon şirket tarafından söz konusu markanın terkininin talep edilebileceğine karar vermiştir⁵. İspanya Yüksek Mahkemesi Bayan Balani'nin süre bakımından itirazını ve davacı Japon şirketin ticari markasının orijinal olmadığına ilişkin iddialarını reddetmiştir. Buna karşılık 1934 yılında İspanya'da tescil edilen Creacions Orient markasının, 1951 yılında Japonya'da tescil edilen Orient Watch markasına kıyasla önceliğe sahip olduğu şeklindeki iddiaya kararında yer vermemiştir⁶.

Bunun üzerine Bayan Balani, İspanya iç hukukunda yer alan diğer bir kanun yolu (Amparo Appeal) olarak İspanya Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Ancak İspanya Anayasa Mahkemesi Bayan Balani tarafından ileri sürülen hususların herhangi bir anayasal hakkın ihlalini oluşturmadığına hükmetmiştir⁷.

2- Hukuki Sorun

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "Adil Yargılanma" başlıklı 6. maddesi kapsamında "gerekçeli karar hakkı" da yer almaktadır. Ancak bu hakkın kapsamının belirlenmesi, hangi koşulların gerçekleşmemesi durumunda bu hakkın ihlalinin oluşacağına ortaya konması önem arz etmektedir.

Olayda da ilk derece mahkemesinde ileri sürülen bir iddia üzerinde durulmaksızın söz konusu iddia sahibi lehine başka gerekçelerle karar verilmiştir. Bu kararın temyizi üzerine ise temyiz mercii tarafından ilk derece mahkemesi önünde ileri sürülen ancak değinilmeyen bu iddiaya yer verilmeksizin bu kez iddia sahibinin aleyhine olarak hüküm tesis edilmiştir. Bu durumda gerekçeli karar hakkı kapsamında üzerinde durulması gereken nokta mahkemelerin tarafların tüm iddialarını cevaplandırmak zorunda olup olmadıkları ve temyiz merciiin kendi önünde ileri sürülmeyen iddialara cevap vermekle yükümlü tutulup tutulamayacağı olmaktadır.

3- Konuya İlişkin İspanya İç Hukuku

İspanya'da bir ticari markanın ya da ismin tescili, markanın sahibine Sınai Mülkiyet Yönetmeliği'nden kaynaklanan haklarının ihlali durumunda, ihlalde bulunanlara karşı hukuk veya ceza davası açma yetkisi vermektedir. Bir ticari markanın önceliği, sınai mülkiyet siciline markanın tescili için yapılan başvurudan itibaren başlamaktadır⁸.

İspanya tarafından 13.12.1971 tarihinde onaylanan, 20.03.1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına dair Paris Konvansiyonu, sözleşmeye taraf olan dev-

5) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.10

6) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.10

7) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.11

8) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.13

letlerden herhangi birinde tescil edilmiş olan bir ticari isim veya markaya, herhangi bir ücret ödenmeden ya da kayıt yaptırmadan sözleşmeye taraf olan bütün ülkelerde geçerli bir koruma sağlamaktadır. Buna göre Paris Konvansiyonu kapsamında yer alan bir ticari marka veya ismin hamili bulunan kimse, kendi markasından sonra tescil edilen ve onunla bağdaşmayan herhangi bir İspanyol markasının sicilden terkinini talep edebilecektir⁹.

Sınai Mülkiyet Yönetmeliği'nin 270. maddesine göre ticari bir ismin veya markanın sicilden terkin edilebilmesi için ilk derece mahkemesi, Sınai Mülkiyet Sicili Hukuk Departmanı'nın konuya ilişkin görüşünü alarak bir duruşma düzenlemeli ardından hazırladığı dosyayı konu hakkında karar vermek üzere Bölgesel Mahkeme'ye göndermelidir¹⁰.

Bölgesel Mahkeme kararlarına karşı temyiz başvurusunda bulunulurken ileri sürülen itirazlar, İspanya Medeni Yargılama Kanunu'nun 1707. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen iptal nedenlerine uygun olmalıdır¹¹.

İspanya Medeni Yargılama Kanunu'nun 1715. maddesi uyarınca salt usuli problemleri konu edinen temyiz başvuruları hariç olmak üzere temyiz başvurusu kendisine havale edilen Yüksek Mahkeme sadece hükmü iptal etmekle kalmayacak yargılama sürecinde tarafların ileri sürdüğü bütün iddiaları dikkate alarak işin esası hakkında da yeni bir karar verecektir¹².

İspanya Anayasası'nın 120/3. maddesi uyarınca, hükümler daima dayandıkları nedenlere ilişkin bir açıklama içermelidirler ve kamuya açık olmalıdırlar¹³.

İspanya Medeni Yargılama Kanunu'nun 359. maddesine göre; "Hükümler açık ve kesin olmalı ve özellikle yargılama süresince yapılan başvuruları ve ileri sürülen iddiaları açıklamalıdırlar. Mahkemeler davalının lehine ve aleyhine olan tüm hususları bulmalı ve uyuşmazlığın konusunu oluşturan tüm ihtilaflı noktaları karara bağlamalıdırlar. Söz konusu noktalara hükümde ayrı ayrı değinilmiş olmalıdır." Ancak içtihatlar doğrultusunda, eğer bir mahkeme kararında taraflardan birinin talebinin reddedilmiş sayılması bakımından yeterli gerekçeye yer verilmişse bu durumda mahkeme taraflarca ileri sürülen bütün hususlara değinme yükümlülüğü altında değildir¹⁴.

9) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.14

10) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.15

11) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.16

12) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.18

13) Hiro Balani/İspanya Kararı; p. 19

14) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.20

B- Yargılama Safhası

1- Yerel Mahkemelerin Tutumu

İspanya’da süren yargılama esnasında Madrid Bölgesel Mahkemesi sadece kararına dayanak oluşturan iddialar hakkında açıklamada bulunmuştur. İspanya Yüksek Mahkemesi ise Bayan Balani’nin bir takım iddialarına karşı cevap verirken, Creacions Orient markasının önceliği iddiasına değinmemiştir. Bunun üzerine başvuru İspanya Anayasa Mahkemesi ise bu konuya ilişkin olarak “... bu husus temyiz aşamasında ayrıca ileri sürülmediği için, Yüksek Mahkemenin bu hususta doğrudan karar alması beklenemez. Ayrıca Anayasa Mahkemesi’nin birçok içtihadında yer almaktadır ki; Anayasa, mahkemelerden tarafların tüm iddialarını ayrıntılı şekilde cevaplandırmalarını değil, sadece genel olarak onların taleplerini cevaplandırmalarını istemektedir.” şeklinde açıklama yapmıştır¹⁵.

2- Tarafların İddia ve Savunmaları

A) Başvurucunun İddiaları

Başvurucu, İspanya Yüksek Mahkemesi’nin kendi ticari ismi olan “Creacions Orient’in önceliği” iddiasına kararında değinmemesini ve bu hususu açıklamakta yetersiz kalmasını AIHS’nin 6. maddesinin ihlalini oluşturduğunu ileri sürmektedir¹⁶.

B) Taraf Hükümetin Savunması

İspanya Hükümeti ise başvurucunun öncelik iddiasının, Yüksek Mahkeme önünde yapılan yargılamanın konusuyla tamamen ilgisiz olduğunu ve Creacions Orient markasının zaten tescil sebebiyle taklit eşyalardan korunmuş olduğunu belirtmiştir. Hükümete göre dava, saatler hakkındaki bir ticari markanın sicilden terkinine ilişkindir ve hem Sınai Mülkiyet Sicili Hukuk Departmanı hem de Yüksek Mahkeme bu görüştedir¹⁷.

İkinci olarak ise Hükümet, daha önce aynı şirket tarafından açılan ve Orient saatleri için alınan bir ticari markanın sicilden terkininin talep edildiği bir diğer davada Yüksek Mahkemenin başvurucunun yaptığı bir temyiz başvurusunda kısa ve açık biçimde Creacions Orient markasının önceliğine ilişkin iddiayı reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca Hükümet, Yüksek Mahkeme’nin karar verirken başvurucunun markası için üretilen ürünler ile Japon şirketin ticari ismi altında satılan ürünler arasındaki farklılığa dayandığını söylemiştir¹⁸.

15) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.11

16) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.24

17) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.26

18) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.26

3. AİHM'in Değerlendirmesi

Öncelikle İnsan Hakları Komisyonu söz konusu başvuruyu incelemiş ve kabul edilebilir bulmuştur. Komisyon başvurucunun iddiaları doğrultusunda İspanyol Yüksek Mahkemesi'nin başvurucunun ticari ismi Creacions Orient'in önceliği konusunda sessiz kalmasının yürütülen soruşturmanın kapsamı hakkında şüphelere yol açtığını belirtmiştir¹⁹.

AİHM, AİHS'in 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkemelerin hükümlerini gerekçeli olarak vermeleri gerektiğini ancak bunun ileri sürülen her türlü iddia-ya detaylı cevap verilmesi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir²⁰.

Ayrıca mahkeme, gerekçeli karar verme yükümünün kapsamının kararın doğasına göre farklılık gösterebileceğine de hükmetmiştir. Buna göre bir ulusal mahkemenin gerekçeli karar verme yükümünü ihlal edip etmediği sözleşmecı devletlerde var olan kanuni koşullar, geleneksel kurallar, hukuki bakış açısı, hükümlerin kaleme alınmasına ve açıklanmasına ilişkin farklılıklar gibi davaya özgü koşulların ışığı altında belirlenebilecektir²¹.

Bu davada Bayan Balani, diğer hususların yanında "kendisinin sahip olduğu bir diğer markanın önceliğine dayanarak" ticari markasının sicilden silinmesine ilişkin davaya itiraz etmiştir. Bu itiraz ilk derece mahkemesi nezdinde yazılı olarak yapılmış ve yeterince açık ve kesin bir biçimde ortaya konulmuştur. Bu durumda ilk derece mahkemesinin kararını iptal eden ve işin esası hakkında yeni bir karar veren Yüksek Mahkeme, uyuşmazlığın konusunu oluşturdukları sürece yargılama boyunca ileri sürülen tüm hususları, temyiz başvurusunda ileri sürül-mese dahi, incelemek zorundadır²².

Mahkeme'ye göre "Creacions Orient" markasının öncelik hakkına sahip bulunduğu iddiasının sağlam bir temele dayanıp dayanmadığına dair araştırma yapmak kendi görevi değildir. Buna göre "Başvurucunun öncelik iddiasında bulunabilip bulunamayacağı" sorunu ile "başvurucunun sonraki markası olan Orient H. W. Balani Malaga'nın Creacions Orient markası ile uyumlu olup olmadığı" sorunu farklı hukuk ve mantık sorunlarıdır. Dolayısıyla başvurucunun iddiasının ayrı ve kesin bir şekilde cevaplandırılması gerekir. Bunun aksi durumunda Yüksek Mahkeme'nin "Creacions Orient" markasının önceliği iddiası ile meşgul olmayı sadece ihmal mi ettiği, yoksa onu reddetmeyi mi amaçladığı, eğer reddetmeyi amaçlıyorsa gerekçesinin ne olduğunu saptamak mümkün olmaz. Sınai Mülkiyet Sicili Hukuk Departmanı'nın ilk derece mahkemesine sunduğu

19) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.25

20) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.27

21) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.27

22) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.28

raporda bu iddianın reddedilmesi yönündeki görüşü veya Yüksek Mahkeme'nin özdeş içeriğe ilişkin aynı tarafların bulunduğu bir diğer yargılamada bu hususa değinmiş olması durumu değiştirmez²³.

Sonuç olarak Mahkeme, ulusal mahkemelerde görülmekte olan davalarda taraflarca açık, kesin, somut bir şekilde ileri sürülen ve kabul edildiği takdirde davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olan iddiaların ulusal mahkemeler tarafından ayrıca ele alınması ve gerekçe gösterilerek değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir. Olayda da gerekçeli karar hakkı, dolayısıyla da Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında yer alan "hakkaniyete uygun yargılanma hakkı"nın ihlali söz konusudur.

Buna karşılık çoğunluk görüşüne katılmayan Yargıç Bernhardt ayrışık oy gerekçesinde Ruiz Torija/İspanya kararındaki ayrışık oyda yer alan görüşüne atıf yapmıştır. Yargıç Bernhardt bu görüşünde üzerinde durulması gereken temel problemin uluslararası mahkemelerin ulusal mahkemelerin kararları üzerindeki denetim yetkisinin genişliği olduğunu belirtmiştir. Bernhardt'a göre ulusal mahkemeler kararlarını verirken hangi iddia ve sebepleri kararlarına dayanak yapacaklarını belli bir esneklik içinde belirlemelidirler. Bu durumda uluslararası mahkeme sadece ulusal mahkemenin işin esasına ilişkin iddiaları cevaplandırıp cevaplandırmadığına yönelik eleştiride bulunmalıdır. Ayrıca uluslararası mahkeme taraflarca ileri sürülen iddiaların eşit şekilde cevaplandırılıp cevaplandırılmadığı konusunu çözmek için ulusal hukuk hakkında detaylı bir inceleme yaparak hareket etmelidir²⁴.

Ancak burada Mahkeme kararını verirken yapılan denetimin sınırından bahsetmemektedir. Bu durum bir tarafça ileri sürülen her iddianın -en azından önemli olanlarının- ulusal mahkemelerce etkili şekilde cevaplandırılması gerektiği sonucuna yol açar. Ancak bu halde de bir iddianın önemli olup olmadığına kimin karar vereceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla Bernhardt İspanya İç Hukuku hakkında uluslararası kuruluşlardan daha fazla bilgiye sahip İspanya Anayasa Mahkemesi'nin bir hak ihlali olmadığı yönündeki kararının esas alınması gerektiğini belirtmektedir²⁵.

II- AİHM Kararının Değerlendirilmesi

Hüküm, yargılama aşaması sonunda ortaya çıkan sonuçtur²⁶. Bir yargı kararı-

23) Hiro Balani/İspanya Kararı; p.28

24) Ruiz Torija/İspanya Kararı, (Başvuru no. 18390/91) Ayrışık Oy Gerekçesi;(Erişim) [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["ruiz torija"\],"documentcollection": "d2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57909"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) 5 Ocak 2014.

25) Ruiz Torija/İspanya Kararı, Ayrışık Oy Gerekçesi.

26) Hilmi ŞEKER; Hukukta Gerekçe, İstanbul, BETA Yay., 2010, s.581

nın sonucu hüküm fıkrasıyla belirtilmektedir. Ancak bu sonuca hangi yolla, niçin ve nasıl ulaşıldığı “gerekçe”yle ortaya konmaktadır²⁷. Gerekçe, tarafların sunduğu maddi olguların hukuksal niteliğini, yargıcın hükmünü dayandırdığı hukuksal olguları ve bunların nedenlerini açıklamaktadır²⁸. Esasında gerekçe, yargıcın davada belirlediği maddi olaylarla hüküm fıkrası arasında köprü işlevi görmektedir²⁹. Dolayısıyla bir yargı kararının sonucundan öte esasının anlaşılması gerekçenin öğrenilmesi ile mümkün olmaktadır. Bundan dolayı gerekçenin açık, belirgin, tam ve olayın şartlarıyla uyumlu, kararın temelini oluşturan iddia ve savunmanın öne sürdüğü hukuki ve fiili değerlendirmeleri içermesi gerekmektedir³⁰.

Savunma hakkı, gerekçeli karar hakkının kaynağını oluşturmaktadır. Savunma hakkı, bireye davanın açıldığının haber verilmesiyle başlamakta, hükmün kesinleşmesi sürecinde devam etmektedir. Hükümden sonraki savunma hakkı, mahkemelerin oluşumu, kararın verilmesi, hükmün içeriğini öğrenme ve gerekçeli karar alma hakkını içermektedir. Bu noktada gerekçeli karar hakkı, hükmün sebeplerinin öğrenilmesini sağlamaktadır³¹. Bunun yanında yargı kararının gerekçeli olması kanun yollarına başvurma açısından da önem taşımaktadır. Öncelikle kararın ilgisine gerekçeli ve usulüne uygun olarak tebliği edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda ilgilinin etkili bir kanun yoluna müracaat edebilmesi mümkün olmaktadır³². Yargı kararının gerekçesiz olması ise savunma hakkının parçası konumunda olan kanun yollarının etkili şekilde kullanılmaması anlamına gelmektedir.

Gerekçeli karar hakkı yargıya güven duyulmasını sağlayan araçlardan da biridir. Mahkeme önünde hak arayan kişi, hakkını niye alamadığını, hakimin hangi neden ve delillerden dolayı karar verdiğini ancak kararın gerekçesi ile anlayabilecektir³³. Esasında gerekçe, yargı yerinin keyfi hüküm vermediğinin göstergesi ve güvencesidir³⁴. Dolayısıyla gerekçenin yargılamanın taraflarını tatmin edici nitelikte olması gerekmektedir.

Yargı kararlarının gerekçeli olması yargıcın doğru ve sağlıklı düşünebilmesini, tarafsızlığını kanıtlayabilmesini sağlar. Ayrıca gerekçe yazımı yargıcın bilgisi-

27) Yusuf KARAKOÇ; “Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi”, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 16. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.277

28) Müslüm AKINCI; İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.261

29) Baki KURU; Medeni Usul Hukuku, Ankara: Yetkin Yay, 2012, s.462AKINCI;a.g.e., s.261

30) ŞEKER;a.g.e., s.652

31) ŞEKER;a.g.e., s.579

32) Hüseyin TURAN; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gerekçe”, Adalet Dergisi, S.35, 2009, s.108

33) Gülnur ERDOĞAN; Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.162

34) AKINCI, a.g.e.,s.261

ni yenilemesini ve daha fazla sorgulama yapmasını sağlayarak nitelikli yargıçlar yetişmesini de sağlayacaktır³⁵. Bunun yanında yargı kararlarının gerekçelerinin hukukun gelişimine verdiği katkı da yadsınmaz bir gerçeklik olmaktadır³⁶.

AİHS'in 6. maddesi "Adil Yargılanma Hakkını" düzenlemektedir³⁷. Maddeye göre herkes yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul bir süre içinde, aleni ve duruşmalı ve hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkına sahiptir. Söz konusu maddede mahkemelerin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü açıkça düzenlenmemiştir. Ancak AİHM, "hakkaniyete uygun yargılama" deyiminden faydalanarak, gerekçeli karar hakkının adil bir yargılanma için gerekli ve zorunlu olduğunu kabul etmektedir³⁸.

Mahkeme, AİHS'in 6. maddesinin amacını, sözleşmenin başlangıç bölümünde geçen "hukukun üstünlüğü" kavramı ışığında yorumlayarak ve demokratik bir toplumda adaletin demokratik yönetimi hakkını vurgulayarak maddenin dar yorumlanamayacağı görüşündedir³⁹. Buna göre adil yargılanma ya da bir başka deyişle hakkaniyete uygun yargılanma kavramları bir kısmı maddede açıkça belirtilen; bir kısmı ise kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla madde hükmüne zımnen dahil olan unsurlar olarak Strasbourg organlarınca belirlenen birden fazla unsurdan oluşmaktadır⁴⁰.

AİHM'in kararlarında da bir kararda gerekçe gösterilmemesi⁴¹, yasal gerekçe gösterilmemesi⁴², yasal ifadelerin tekrarlanması⁴³, ayrıca ve açıkça bir gerekçelendirme gereksinimi duymaksızın ilk derece mahkemesinin verdiği kararın

35) Çetin AŞÇIOĞLU; "Yargıda Gerekçe Sorunu", Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 8. kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s.156

36) KARAKOÇ;a.g.e.,s.279; Hilmi ŞEKER; "Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal ve Makul Gerekçe Biçimleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi, 10. kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s.31

37) AİHS m.6/1: "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davanın makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda açıklanır; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar davanın tamamı sürsünce veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir."

38) Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 293. Sibel İNCEOĞLU; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, BETA Yay., 2005, s.322, AKINCI;a.g.e., s.262, ERDOĞAN;a.g.e., s.166

39) Yasemin ÖZDEK; Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara, TODAİE, 2004, s.198

40) GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ; a.g.e., s.266

41) Dulaurans v. Fransa <http://hudoc.echr.coe.int>

42) De mor v. Belçika <http://hudoc.echr.coe.int>

43) Georgiadis v. Yunanistan <http://hudoc.echr.coe.int>

onlanması, gerekçenin ilgili kişi tarafından öğrenilememesi⁴⁴, gerekçenin yeterli detaya sahip olmaması⁴⁵, gerekçede tarafların savlarına cevap verilmemesi⁴⁶ gerekçeli karar hakkının ihlaline örnek oluşturmaktadır⁴⁷.

Somut olayda AİHM, ilk derece mahkemesi önünde ileri sürdüğü iddiası temyiz merciince dikkate alınmaksızın aleyhine karar verilen başvurusunun başvurusunu AİHS'in 6. maddesi yönünden incelemiştir.

Yargı önünde hak aramak, kişinin bilerek hareket edebildiği, bilgi niteliğindeki verilere sahip olabildiği durumda anlam ifade eder⁴⁸. Mahkemelerin kararlarını gerekçeli verme yükümlülüğü de 6. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi çerçevesinde Mahkeme tarafından tanınmaktadır⁴⁹. Özellikle kanun yollarının mevcut bulunduğu durumlarda temyiz başvurusunun işlevselliğinin sağlanması mahkeme kararının gerekçeli olmasıyla mümkün olmaktadır⁵⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki gerekçeli karar hakkı sadece sanıklar için bir güvence değil aynı zamanda hukuk davalarında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davalarda da geçerli bir ilkedir⁵¹.

Olayda ise Mahkeme öncelikle gerekçeli karar verme yükümünün kapsamının kararın doğasına göre farklılık arz edebileceğini belirtmiştir. Ardından da davada yer alan bir iddianın sağlam temele dayanıp dayanmadığının araştırmanın kendi görevi olmadığını belirlemiştir.

Mahkeme başvuru tarafından ileri sürülen ancak dikkate alınmayan iddianın İspanya Yüksek Mahkemesi tarafından değinilmesi durumunda davanın farklı şekilde sonuçlanabileceğini de dikkate almıştır. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre başvurusunun bu iddiasının, bir hukuk ve mantık sorunu olarak, cevabının açık ve ayrı biçimde verilmesi gerekmektedir. Aksi halde İspanya Yüksek Mahkemesi'nin bu iddiayı ihmal mi ettiği yoksa red mi ettiği, reddettiyse gerekçesinin ne olduğu belirlenemez.

Görüldüğü üzere Mahkeme, ulusal mahkeme tarafından davanın sonucu ile doğrudan ilgili ve sonucu belirleyici bir iddianın cevaplanmamasını ihlal olarak nitelmiştir. Esasında ulusal mahkemeler kararlarının yapısı ve içeriği bakımından işin doğası gereği takdir hakkına sahiptirler. Nitekim Mahkeme de kendi

44) Hadjianastassiou v. Yunanistan <http://hudoc.echr.coe.int>

45) Georgiadis v. Yunanistan <http://hudoc.echr.coe.int>

46) Ruiz Torija v. İspanya, Van de Hurk v. Hollanda <http://hudoc.echr.coe.int>

47) ŞEKER;Strasbourg..., s.17- 20. İNCEOĞLU; s.325

48) AKINCI; a.g.e., s.260

49) İNCEOĞLU; a.g.e.,s.322

50) GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ;a.g.e., s.293

51) İNCEOĞLU; a.g.e., s.322

rolünün ulusal mahkemelerin gösterdiği gerekçelerin iç hukukta görülen dava sırasında ileri sürülen savları karşılayıp karşılamadığını belirlemek olmadığını belirtmektedir⁵². Ayrıca kararında ulusal mahkemelerin ileri sürülen her türlü iddiaya cevap vermesinin beklenemeyeceğini de belirtmiştir.

Sonuç olarak davanın esasına yönelik bir iddianın cevapsız bırakılması adil yargılanma hakkına gölge düşürmektedir. Mahkeme'nin ihlal kararına ulaşırken ulusal mahkemelerden beklenen gerekçenin kapsamı üzerinde durmuş olması ve genel ilkeler saptamış olması karşısında ayrışık oy gerekçesinde belirtilen uluslararası mahkemeye çok geniş bir denetim yetkisi sağlandığı savı da dayanaksız kalmaktadır. Bu durumda Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "hakkaniyete uygun yargılanma" hakkının ihlali kararı yerindedir.

Ülkemizde de Anayasanın 141. maddesinin 3. fıkrası "*bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*" şeklindedir. Dolayısıyla mahkemelelerin nihai kararları, ara kararları ya da geçici hukuki koruma kararlarının gerekçeli olması anayasal zorunluluktur⁵³. Yine HMK, CMK ve İYUK gibi usul kanunlarında da yargı kararlarında gerekçenin bulunması gerektiği düzenlenmiştir⁵⁴. Nite-

52) İNCEOĞLU; a.g.e., s.325

53) AKINCI; a.g.e., s.263. ERDOĞAN; a.g.e., s.164

54) HMK m.297/1-c: "Tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaşlıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebepleri"

İYUK m.24: "Kararın dayandığı hukuki sebepler ile gerekçesi ve hüküm..."

CMK m.34: "...mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu madde göz önünde bulundurulur."

CMK m.230: "(1) Mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde aşağıdaki hususlar gösterilir:

a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.

b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.

c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.

d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adli para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.

(2) Beraat hükmünün gerekçesinde, 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıının gösterilmesi gerekir.

(3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıının gösterilmesi gerekir.

(4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri gerekçede gösterilir."

kim Kuru da HMK hükümleri gereğince hükmün gerekçesiz olmasının mutlak temyiz sebebi olması gerektiğini belirtmektedir⁵⁵. CMK'nın 289/1-g maddesinde de kararın gerekçesiz oluşu hukuka kesin aykırılık hali olarak düzenlenmiştir. Danıştay da bir yargı kararının gerekçesiz olmasını, yahut yeter gerekçeye dayanmamasını usul hükümlerine aykırılık sayarak kararı bozmaktadır⁵⁶.

Danıştay'a göre, *“Kararın gerekçesinin, maddi olayın hukuki açıdan değerlendirilmesine ilişkin olacağı da açıktır. Mahkeme kararlarının hüküm fıkrası ile birlikte esas unsurlarından olan gerekçe, yargı mercilerinin yargısal kararlarının doğru, haklı, yasal, makul ve denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirilmesi olarak tanımlanabilir. Yargı kararlarının denetlenmesine olanak verecek şekilde temellendirildiğinden sözedilebilmesi için de davanın sonucuna etkili iddia, olay ve olguların açık bir şekilde ortaya konulması, temyiz başvuru hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesine olanak sağlayacak yeterlikte ve açıklıkta olması gerekmektedir. Temyizen incelenen Mahkeme kararında, konuyla ilgili mevzuat hükümlerine yer verildikten sonra, dosyadaki bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu tesis edilen işlemde kamu yararı ve hizmet gereklerine aykırılık bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş, ancak yargısal incelemeyle varılan sonucun hukuki dayanakları ortaya konulmamış, karar yukarıda belirtilen anlamda denetlenmesine ve temyiz hakkının kullanılmasına yeterli açıklıkta gerekçelendirilmemiş”* olması bozma sebebidir⁵⁷. Yargıtay da benzer şekilde mahkeme kararlarının gerekçeli olması

55) KURU; a.g.e., s.625

56) Şeref GÖZÜBÜYÜK; Yönetmelik Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.505

57) Danıştay 13. D. E. 2007/2822, K. 2008/4487, T. 28.5.2008; “Mahkemelerin uyuşmazlık konusu olayı çözümlenerek vardığı sonuca ilişkin gerekçede; birbiri ile çelişen, tutarlı olmayan ifadelerin kullanılmış olması Anayasanın yukarıda yer verilen kuralı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkına ilişkin 6/1.maddesine de aykırılık oluşturacağına...”; Danıştay 12. D. E. 2002/1760, K. 2005/20, T. 13.1.2005; “...olaya, kaçakçılık cezası değil ağır kusur cezası uygulanması gerektiği sonucuna varılmış ise de; mahkemeyi bu yargıya götüren maddi ve hukuki nedenler hakkında herhangi bir açıklama yapılmamasını(n)” hukuka aykırı olduğu hakkında bkz. Danıştay 7. D. E. 1998/1345, K. 1999/3900, T. 25.11.1999; “...mahkemece bilirkişi raporunun sonuç kısmındaki değerlendirmelerin olduğu gibi karara alınarak uyuşmazlığın niteliği ve çözümüne ilişkin dayanılan hukuki sebepler ve gerekçelere de yer verilmemesinin” hukuka aykırılık oluşturduğu hakkında bkz. Danıştay 3. D. E. 2001/3496, K. 2002/4361, T. 19.12.2002 ; Aynı yönde bkz. Danıştay 12. D. E. 2002/1760, K. 2005/20, T. 13.1.2005 Erişim: www.kazanci.com 18 Eylül 2014. “Yargılama Hukukunda, yargı (hüküm), uyuşmazlığı çözmekle görevli ve yetkili yargı yerinin yargılama sürecinin sonunda ulaştığı “sonuç” tur. Yargı yerinin bu sonuca ulaşırken bir gerekçeye dayanması, hem Anayasamızda, hem de Yargılama Hukukumuzda yer alan ilkelere aittir. Gerekçe, yargıcın, çözümlenmek durumunda olduğu uyuşmazlığa uygulanması gereken soyut hukuk kuralının saptanmasında, yorumlanmasında ve tüm ayrıntılarıyla ortaya konulup nitelendirilen maddi olaya uygulanmasında izlemiş olduğu yöntemi gösteren ve bu özelliği sebebiyle, yargılamanın objektivitesi ile varılan yargının doğruluğu konusunda davanın taraflarına güven, üst yargı yerine de denetleme olanağı veren açıklamadır. Yukarıda sözü edilen ilke ile sağlanmak istenen amaç da,

gerektiğini belirtmektedir⁵⁸.

Ayrıca 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda bireysel başvuru yolu düzenlenmiştir. Buna göre herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bu durumda gerekçeli karar hakkı da AİHS kapsa-

budur. Oysa, temyize konu kararda, mevzuat hükümlerine yer verilmesine ve olay hakkında açıklamalarda bulunulmasına karşın, mevzuatın yorumu ve açıklanan maddi olaya uygulaması yapılmaksızın, dava konusu işlemin kanun ve usul hükümlerine uygun bulunmadığı sonucuna varılmış bulunmaktadır."Danıştay 7. D. E.2003/2139, K.2004/202, T.31.12.2004;;Danıştay 7. D. E.2003/326, K.2004/2807, T.09.11.2004; Danıştay 7. D. E.2001/4131, K.2004/1066, T.19.04.2004 Erişim: www.hukukturk.com18 Eylül 2014.

- 58) "...mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunludur. Zira taraflar ancak gerekçe sayesinde hükmün hangi maddi ve hukuki sebebe dayandırıldığını anlayabileceklerdir."Yargıtay 19. H.D. E. 2013/7436 K. 2013/10995 T. 12.6.2013; Yargıtay 9. H.D.E. 2012/38121K. 2013/4071T. 4.2.2013; "...yerel mahkeme 2. direnme olarak adlandırılan kararın gerekçe kısmında Yargıtay'ca bozulmasına karar verilen 1. direnme kararının gerekçesine atf yapmak suretiyle davayı kabul ettiğini belirterek, görünürde bir gerekçeye yer vermişse de; bunun Anayasanın ve yasanın aradığı anlamda yasal bir gerekçe olarak kabulü olanaklı değildir. Çünkü Yargıtay'ca bozulan karar (kararın hem hüküm fıkrası hem de gerekçesi) ortadan kalkacağından, hukuki geçerliliğini yitirir."YargıtayHGK E. 2011/11-344 K. 2011/436T. 22.6.2011;"Kararın gerekçesiyle hüküm fıkrasının birbirine aykırı olmaması gerekir."Yargıtay 7. H.D.E. 2014/6169K. 2014/14915T. 1.7.2014; "Somut olayda, suçun sanık tarafından işlendiğine ilişkin kanıtların neler olduğunun açıklanıp, mahkeme kararlarının Anayasanın 141, 5271 sayılı CMK.nın 34, 230, 289/1-g maddelerine uygun biçimde yazılması ve gerekçelendirilmesi gerektiği düşünülmeyen, sanığın üzerine atılı mala zarar verme ve taksirle yaralama suçlarını işlediğinin sabit olduğu kanaatine varıldığı da belirtilmeden yazılı şekilde sanık hakkında güvenlik tedbirine hükmedilmesi.. (hukuka aykırıdır)"Yargıtay 15. C.D.E. 2013/20014K. 2014/10288T. 26.5.2014;"... davalı süresinde verdiği cevap dilekçesinde, davacı tarafın taleplerinin zaman aşımına uğradığını belirterek zaman aşımı itirazında bulunmuştur. Mahkeme ön inceleme duruşmasında, herhangi bir gerekçe belirtmeksizin zaman aşımı itirazının reddine karar vermesi.. (hukuka aykırıdır)."Yargıtay3. H.D.E. 2014/651K. 2014/2101T. 13.2.2014; "...şikayetin şikayet nedenleri arasında faize faiz istenilemeyeceği şikayeti de bulunmaktadır. İcra Mahkemesi'nce bu konu karar gerekçesinde tartışılmamış ve bu hususta açıkça olumlu ya da olumsuz karar verilmeden itirazın reddine karar verilmiştir. ...Faize faiz talep edilemeyeceği yönündeki şikayet hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi isabetsizdir."Yargıtay8. H.D.E. 2013/6840K. 2013/13215T. 24.9.2013; "...mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve hükmün gerekçesinde iddia ve savunmada ileri sürülen görüşlerin yazılması, kanıtların tartışılarak değerlendirilmesi, hükme esas alınan kanıtlar ile mahkemece ulaşılan kanaatin, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiilinin belirtilmesi, bu fiilin nitelendirilmesinin yapılması yasal zorunluluk olup ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 16.12.1992 tarihli "Hadjianastassiou - Yunanistan" kararında da belirtildiği üzere; kanun yoluna başvurulabilme hakkını etkin bir şekilde kullanabilmenin ön koşulu olan mahkeme kararının gerekçeli olması hususu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında adil yargılama hakkının da bir parçası olduğu nazara alınmadan, sanığın üyesi olduğu iddia ve kabul edilen suç işlemek amacıyla kurulan örgütte hiyerarşik ilişkinin ne şekilde kurulduğu ve buna dair sübut delillerinin nelerden ibaret olduğu açıklanıp denetime olanak verecek biçimde karar yerinde gösterilmeden yetersiz gerekçe ile mahkumiyet kararı verilmesi, (hukuka aykırıdır)" Yargıtay 9. C.D.E. 2011/10473K. 2014/2696T. 11.3.2014 Erişim: www.kazanci.com30 Aralık 2014.

mında AİHM tarafından korunan haklardan olduğundan, Anayasa Mahkemesi-ne bu hakkın ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuru yapma imkanı da getirilmiş olmaktadır⁵⁹. Bu hususun yargı kararlarının gerekçelendirilmesi konusunda önemli bir denetim işlevi görmesi beklenmektedir⁶⁰.

III- SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca mahkemelerin hükümlerini gerekçeli olarak vermeleri gerektiğini ancak bunun ileri sürülen her türlü iddiaya detaylı cevap verilmesi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir

Ayrıca mahkeme, gerekçeli karar verme yükümünün kapsamının kararın doğasına göre farklılık gösterebileceğine de hükmetmiştir. Buna göre bir ulusal mahkemenin gerekçeli karar verme yükümünü ihlal edip etmediği sözleşmecı devletlerde var olan kanuni koşullar, geleneksel kurallar, hukuki bakış açısı, hükümlerin kaleme alınmasına ve açıklanmasına ilişkin farklılıklar gibi davaya özgü koşulların ışığı altında belirlenebilecektir.

Gerekçeli karar hakkının temelini savunma hakkı oluşturmaktadır. Nitekim kanun yollarına başvurulması ancak kararın gerekçeli olması sonucunda anlam kazanmaktadır. Yine gerekçeli karar, yargıcın tarafsızlığını sağlayarak yargıya duyulan güvenin artmasını sağlamaktadır.

Türk Hukukunda da mahkeme kararlarının gerekçeli olma zorunluluğu bulunmaktadır. Nitekim yargı kararının gerekçeli olmamasının bir temyiz sebebi olduğu da kabul görmektedir. Ayrıca "bireysel başvuru" yoluyla da Anayasa Mahkemesine gerekçeli karar hakkının ihlal edilip edilmediğini denetleme imkanı getirilmiş bulunmaktadır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Müslüm, İdari Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008.
- Aşçıoğlu,Çetin, "Yargıda Gerekçe Sorunu", Hukuk Felsefesi Ve Sosyoloji Arkivi, 8. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2003.

59) Bunun yanında Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetinin gerekçeli karar hakkını da kapsadığını kabul etmek gerekmektedir.

60) Örneğin AYM Bireysel Başvuru p.31-70, B. No: 2013/7800, T. 18.06. 2014http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/de3fdod1-cced-4a35-8377750ed661dd6b?wordsOnly=False (E.T.: 30.12.2014) Buna karşılık bir başka kararda "Dosya muhtevasına, dava evrakı ile yargılama tutanakları münderecatına, mevcut deliller Mahkemece takdir edilerek karar verildiğine ve takdirde bir isabetsizlik bulunmadığına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun hükmün onanmasına" şeklindeki gerekçenin yeterli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. AYM Bireysel Başvuru p.51 B.No: 2013/3351 T.18.09.2013Erişim: http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/6ea335e6-9999-4441-b422-afce4ab757fb?wordsOnly=False30 Aralık 2014.

- Erdoğan, Gülnur, Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2011.
- Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
- Gözübüyük, Şeref/ Gölçüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- İnceoğlu, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, İstanbul, Beta Yay., 2005.
- Karakoç, Yusuf; “Yargı Kararlarının Dili Ve Gereğesi”, Hukuk Felsefesi Ve Sosyoloji Arkivi, 16. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2007.
- Kuru, Baki; Medeni Usul Hukuku, Ankara, Yetkin Yay, 2012.
- Özdek, Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku Ve Türkiye, Ankara, Todaie, 2004.
- Şeker, Hilmi; Hukukta Gereğesi, İstanbul, Beta Yay., 2010.
- Şeker, Hilmi; “Strazburg Yargı Kararlarında Doğru, Haklı, Yasal Ve Makul Gereğesi Biçimleri”, Hukuk Felsefesi Ve Sosyoloji Arkivi, 10. Kitap, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004.
- Tan, Turgut; İdare Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2011.
- Turan, Hüseyin; “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Mahkeme Kararlarında Gereğesi”, Adalet Dergisi, S.35, 2009.
- <http://hudoc.echr.coe>
- www.hukukturk.com
- www.kazanci.com

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yargı kararlarının gereğesindeki yetersizlikleri AİHS’in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali kabul etmektedir. Bu doğrultuda yargılamada olayın esasına ilişkin iddiaların cevaplanması gerekir. Türk Hukukunda da yargı kararlarının gereğeli olması zorunluluğu bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Gereğeli Karar Hakkı, Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkı

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın İlkeleri

1. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) “Hakemli Dergi” statüsünde olup yılda iki sayı (Bahar, Güz) olarak yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, ilk gelen sayıda yayımlanır. Ancak Yayın Kurulu makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayımlama hakkını saklı tutar.
3. Gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulunca yapılır. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak hazırlanmamış olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir.
4. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak hazırlanmış yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, metinde yalnızca belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakem tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur. Hakem raporunun olumsuz olması durumunda, ikinci bir hakem incelemesi yapılmaz ve yayımlanmayan yazılar, yazara iade edilmez.
5. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, **kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara** da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların yayımlanması veya geri çevrilmesi, Yayın Kuruluna bağlıdır.
6. Yazılar “Microsoft Word” programında metin yazı tipi Times New Roman ana metin 1,5 satır aralığında 12 punto, kaynakça 10 punto, dipnot tek satır aralığında 10 punto, normal stil olmak üzere elektronik posta yoluyla, ekli Word dosyası şeklinde hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr adresine gönderilir.
7. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar hangi dilde kaleme alınır alınsın, her bir yazıda 250 sözcüğü geçmeyen **Türkçe ve İngilizce özetlerin**; her iki dilde **yazı başlığı ile en fazla beşer anahtar sözcüğün** yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekir.
8. Yazarlar, **unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, iletişim adresleri ile telefonlarını ve e-mail adreslerini** çalışmalarının başına ekleyecekleri üst kapak sayfası ile birlikte bildirmelidir.
9. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesine aittir. Yazarlar, telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği **kaynakçaya** yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

a. Kitap

İlk geçtiği yerde: Yazar(lar)ın adı ve soyadı, Eserin tam adı, (varsa) tercüme edenin, hazırlayanın veya editörün adı ve soyadı, baskı, basıldığı yer (basım yılı), yayınevinin ismi, sayfa numarası.

Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10.bs., İstanbul (2009), Beta Basım Yayın Dağıtım, s. 34.

İkinci geçtiği yerde: Aynı yazarın tek eseri kullanılıyorsa yazarın soyadı, sayfa numarası. (Eren, s. 178.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılıyorsa, yazarın soyadı, kısaltılmış eser adı, sayfa numarası. (Eren, *Borçlar*, s. 178)

b. Makale:

İlk geçtiği yerde: Yazar(lar)ın adı ve soyadı, makalenin tam adı, derginin adı, (varsa) cilt numarası (romen rakamı ile), (varsa) sayı numarası, basım yılı, sayfa numarası.

Merih Öden, “Anayasa Mahkemesi ve Olağanüstü Hal ve Sıkıyönetim Kanun Hükümünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, LIIX, 3, (2009), s. 659-691.

İkinci geçtiği yerde: Yazar(lar)ın soyadı, makalenin kısaltılmış adı, sayfa numarası. (**Öden, “Anayasa Mahkemesi”, s. 659.**)

c. Arşiv belgesi:

İlk geçtiği yerde: Başbakanlık Osmanlı Arşivi (BOA), **İrade** Mesâil-i Mühimme (İ. Mes. Müh.), 2079.

Esere atıf aşağıdaki gibi olmalıdır:

BOA, İ. Mes. Müh., 2079.

d. İnternet ulaşımına sahip çalışmalar:

Rıza Ayhan, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan, I, 2, s. 31-40 (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/1_2_3.pdf, erişim 13 Haziran 2010).

Esere atıf aşağıdaki şekilde yapılmalıdır:

Ayhan, s. 31.

e. Yargıtay kararları

Y, 11. HD, 17.10.2010, E. 2001, K. 9990