

**AİHM’İNİN ÖNLEYİCİ TUTUKLAMAYLA İLGİLİ VERDİĞİ KARARLAR
BAKIMINDAN TEMELLENDİRİLEBİLİR AYRIMCILIK^{ed}****JUSTIFIABLE DISCRIMINATION IN THE CONTEXT OF ECHR’S DECISIONS ABOUT
PREVENTIVE DETENTION**Muhammet KOÇAKGÖL*  **Makale Bilgi***Gönderilme: 22/04/2020
Kabul: 26/06/2020***Anahtar Kelimeler***Temellendirilebilir
Ayrımcılık,
Önleyici Tutuklama,
AİHM,
İnsan Hakları.***Article Info***Received: 22/04/2020
Accepted: 26/06/2020***Keywords***Justifiable
Discrimination,
Preventive Detention,
ECHR,
Human Rights.***Özet**

Ayrımcılık konusu birçok durumda ortaya çıkabilmekte ve bazı durumlarda çeşitli gerekçelerle savunulabilmektedir. Etik bakımdan kimi ayrımcılıkların ise temellendirilebilir olabileceği belirtilmektedir. Bu durumlardan biri olan önleyici tutuklama gelecekte işlenecek bir suçu engellemek amacıyla tehlikeli kişilerin tutuklanması olarak tanımlanmaktadır. Önleyici tutuklama için kişinin mevcut durumda bir suçu işlemek üzere harekete geçmesi veya geçmişte suç işlemiş olması da her zaman gerekmemektedir. Bu çalışmada önleyici tutuklamanın etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları kapsamında tartışılmıştır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen davalarda önleyici tutuklama konusu detaylı şekilde ele alınmıştır. Bununla ilgili “kanunsuz ceza olmaz” ve “özgürlük ve güvenlik hakkı” kapsamında önleyici tutuklamaya ilişkin kararlar incelenmiştir. Bu çalışmada da mahkemenin yaptığı tartışmalar bu maddeler ekseninde değerlendirilmeye birlikte mahkûmlarla ilgili bir “ayrımcılık” yapıldığından hareket edilmiştir. Etik değerlendirme bakımından mahkemece verilen kararların temellendirilebilir ayrımcılık kapsamında sayılıp sayılmayacağı konusu ele alınmıştır. Bu yapılırken Ioanna Kucuradi’nin etik görüşüne başvurulmuştur. Bu kapsamda AİHM’nin önleyici tutuklama konusunda verdiği kararlarının temellendirilebilir ve çelişkili olup olmadığıyla ilgili ulaşılan sonuç paylaşılmıştır.

Abstract

Discrimination occurs in various contexts and it may be justified for several reasons in some situations. It is stated that some discriminations may be ethically justifiable. Preventive detention, one of these situations, is defined as the detention of dangerous persons in order to prevent a crime to be committed in the future. It is not always necessary for a preventive detention to be involved in a crime or have committed a crime in the past. In this paper, it is discussed whether preventive detention is ethically justifiable or not in the context of European Court of Human Rights’s cases, because preventive detentions are dealt with in detail in the cases before the European Court of Human Rights. In this regard, cases about preventive detention are analyzed within the scope of “no punishment without law” and “right to liberty and security”. In this study, the discussions made by the court are evaluated on the basis of these articles and it has been accepted that a “discrimination” has come into view for the prisoners. Whether decisions made by the court are ethically justifiable or not is handled in the light of ethical evaluation. In doing this, Ioanna Kucuradi’s ethics is taken as a base. In the light of her views, the result about ethical justifiableness of preventive detention is shared.

I. GİRİŞ

İnsan haklarının gereği gibi uygulanması için *ayrımcılık yasağı* önemli bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bu konuda “*Bu Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” hükmüne yer vermektedir.¹ Burada ayrımcılığa konu olabilecek köken, ulusal aidiyet, dil ve din gibi unsurların sınırlayıcı değil örnekleyici olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle işlenen suç ne olursa olsun AİHS’de yer alan diğer hak ve ilkeler bakımından olduğu gibi *kanunsuz ceza verme yasağı*² ve *güvenlik ve özgürlük hakkı*³ bakımından da hiçbir hükümlünün ayrımcılığa uğramaması gerektiği belirtilebilir.

Bu anlamda cezası tamamen infaz edilmiş hükümlülerle ilgili olarak işledikleri suça veya hükümlünün kişiliğine göre ayrımcılık yapılmaması ve neticede infaz tamamlanır tamamlanmaz bu kişilerin istisnasız özgür bırakılması beklenmektedir. Ancak ülkelerin infaz tamamlanmasına rağmen “*önleyici tutuklama*” adı altında cezası tamamen infaz edilen kişileri özgür bırakmadığı görülmekte ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de bu konuya ilişkin çeşitli kararları bulunmaktadır.

Tutuklama kavramı ceza hukukundaki teknik tanımı suçlu olduğu hususunda henüz kesin hüküm bulunmayan fakat suç işlediği şüphesi kuvvetli olan kişinin özgürlüğünün yargıç tarafından geçici olarak kaldırılması şeklindedir.⁴ Özgürlüğe yönelik ciddi bir müdahale olması nedeniyle tutuklama için kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunması, kaçma veya delilleri karartma şüphesi, tutuklama nedeninin bulunması gibi birtakım sıkı şartlar aranmaktadır.⁵ Önleyici tutuklama (*preventive detention*) gelecekte işlenecek bir suçu engellemek amacıyla tehlikeli kişilerin tutuklanması olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla ceza tekniği açısından tutuklama kavramını bire bir karşılamadığı belirtilmelidir. Zira önleyici tutuklama için kişinin mevcut durumda bir suça girişmesi veya geçmişte suç işlemiş olması da gerekmemektedir. Ancak çoğu ülkede önleyici tutuklama kapsamında kişinin tehlikeli sayılması için geçmişte suç işlemiş olma şartı aranmaktadır.⁶ Diğer taraftan önleyici tutuklamanın kapsamı zamanla genişletilmiş ve

¹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 14.

² Kanunsuz Ceza Verme Yasağı AİHS 7. Maddede “1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. 2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” şeklinde düzenlenmiştir.

³ Özgürlük ve Güvenlik Hakkı AİHS 5. Maddede “1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz: a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması; b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması; d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması; e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması; f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; 2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur. 3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir. 4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. 5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁴ Nur CENTEL/Hamide ZAFER: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2019, s.393.

⁵ Yener ÜNVER/Hakan HAKERİ: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2017, s.340-343; Ahmet GÖKCEN, Murat BALCI/M. Emin ALŞAHİN/Kerim ÇAKIR: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2020, s.407-410.

⁶ Michael CORRADO: “Punishment Quarantine and Preventive Detention”, Criminal Justice Ethics içinde, 2(15), 1996, s.3.

bunun daha fazla genişleyebileceği de iddia edilmektedir.⁷ Teorik olarak önceden suç işlemiş olma şartı aranmaması ve bunu öngören hukuki düzenlemelerle karşılaşılması bunu destekler niteliktedir. Örneğin karşısındaki cinsel bir avmış gibi gören kimseler (*sexual predators*) için önceden suç işlemiş olma şartı aranmaksızın önleyici tutuklamaya maruz bırakma görülebilmektedir.⁸ Örneğin Amerika’da *Illinois Cinsel Bakımdan Tehlikeli Kişiler Yasası* (*Illinois Sexually Dangerous Persons Act*) kapsamında önceden suç işlemiş olma şartı aranmamakta ve tehlikeli görülen kişilerin önleyici tutuklama kapsamında süresiz hapse atılması mümkün kılınmaktadır.⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen davalarda da önleyici tutuklama konusu detaylı şekilde tartışılmıştır. Yapılan tartışmalar *kanunsuz ceza verme yasağı* ile *güvenlik ve özgürlük hakkı* etrafında yoğunlaşmıştır. Bu çalışmada da mahkemenin yaptığı tartışmalar bu maddeler ekseninde değerlendirilmekle birlikte mahkûmlarla ilgili bir “ayrımcılık” yapıldığından hareket edilecektir. Ancak bu ayrımcılığın temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığı mahkeme kararlarındaki argümanlar çerçevesinde tartışılacaktır. Bununla ilgili temellendirilebilir ayrımcılıkla ve önleyici tutuklamayla ilgili olarak anahtar karar niteliğinde sayılabilecek *M./Almanya, Bergmann/Almanya* ve kısmen *Del Rio Prada/İspanya* davalarındaki tartışmalar temel alınacaktır. Bu tartışmalardan önce insan haklarıyla ve insan olanaklarıyla ilgisinde ayrımcılık ve temellendirilebilir ayrımcılık kavramlarından söz edilecektir. Devamında önleyici tutuklamayla benzer sonuçlar içeren ve benzer kaygılarla geliştirildiği iddia edilen Parot doktrininden bahsedilecek, sonrasında ıslah olmadığı iddia edilen suçlular bağlamında önleyici tutuklama ele alınacaktır. Bu kapsamda, AİHM’nin önleyici tutuklama ve temellendirilebilir ayrımcılık konusundaki kararlarının insan hakları ve etik bakımdan temellendirilip temellendirilmediğiyle ilgili ulaşılan sonuca yer verilecektir. Bu yapılırken asıl tartışılan konu önleyici tutuklamanın hukuken savunulabilir olup olmamasından ziyade AİHM’nin bakmış olduğu somut davalar kapsamında yapılan ayrımcılığın etik bakımdan, etik teoriler bakımından ise *Ioanna Kuçuradi*’nin etik görüşü kapsamında temellendirilebilir olup olmadığına ilişkin olacaktır.

II. ETİKLE İLİŞKİLİ OLARAK AYRIMCILIK VE TEMELLENDİRİLEBİLİR AYRIMCILIK

Ayrımcılık aynı değerde olduğu düşünülenlerden birine farklı davranılması şeklinde ortaya çıkabilmektedir.¹⁰ Ancak eşit davranmayı gerektirmeyen her durumun etik bakımdan temellendirilmesi gerekmektedir.¹¹ Kuçuradi’nin etik görüşü kapsamında yapılan ayrımcılığın temellendirilip olup olmadığını söyleyebilmek için insanın değerinin bilgisinden hareket edilip edilmediği ve bu temelde doğru bir değerlendirme yapıp yapılmadığına bakmak gerekmektedir. Bu bağlamda öncelikle insanın değeriyle anlatılmak istenenin ne olduğunun ortaya konması gerekmektedir. Fakat insan değeriyle neyin kastedildiğini daha anlaşılır kılmak için Kuçuradi’nin hocası olan Takiyettin Mengüşoğlu’nun görüşlerine değinilebilir. Mengüşoğlu düşünsel anlamda insanın değeri fikrinden bir adım öncesi olarak nitelenebilecek insanı diğer canlılardan ayıran niteliklerden ve insanın varlık yapısından söz etmektedir. Bu noktada insanın varlık yapısı ve varlık bütünündeki yerini ayrı bir sorun olarak ele almıştır.¹² Buna göre insan isteyen¹³, yapıp-eden¹⁴, disharmonik bir varlıktır¹⁵ ve insanı bu tür nitelikleri ve varlıktaki yeri bağlamında ontolojik bir bütün olarak görmek gerekmektedir.¹⁶ Mengüşoğlu’nun insanın nitelikleri ve varlık bütünündeki yerine ilişkin düşüncelerinin öğrencisi Kuçuradi tarafından insanın değeri ve olanakları fikriyle geliştirildiği belirtilebilir. İnsanın değeriyle *Kuçuradi* insanın diğer canlılar

⁷ Stephen J. MORSE: “Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention”, Boston University Law Review içinde, 76(113), 1996, s.114.

⁸ CORRADO, 1996, s.3.

⁹ CORRADO, 1996, s.11.

¹⁰ Harun TEPE: Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Bilgesu Yay., Ankara 2016, s.186.

¹¹ Harun TEPE: Etik ve Metaetik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011, s.40.

¹² Takiyettin MENGÜŞOĞLU: “Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler”, Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu Anısına içinde (Hazırlayan: İoanna KUÇURADI), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s.2.

¹³ Takiyettin MENGÜŞOĞLU: İnsan Felsefesi, Doğubatu Yay., Ankara 2015, s.193.

¹⁴ MENGÜŞOĞLU, 2015, s.144.

¹⁵ MENGÜŞOĞLU, 2015, s.441.

¹⁶ Takiyettin MENGÜŞOĞLU: Felsefeye Giriş, Doğubatu Yay., Ankara 2014, s.311.

içerisindeki özel yerini, onun özelliklerinin bütünü ve onu diğer canlılardan ayıran olanaklarını kastetmektedir.¹⁷ İnsan hakları da insanın değerini tanıma ve koruma istemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁸ Yani, insanı diğer canlılardan ayıran ve onun yapısal olanaklarını da kapsayan olanakların gerçekleştirilmesinin nesnel koşulları insan hakları olarak görülmektedir.¹⁹ Bunların ihlali sonucunda da ayrımcılık ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle ayrımcılık politik anlamda bir sebep olarak görülse de etik yönüyle bir sonuç olarak değerlendirilebilmektedir.²⁰ Bunun sebebi olarak ise etik bakımdan yoksunluk gösterilebilir. Böylece ayrımcılığın etik olmayan kimi değerlendirmelerin sonucunda ortaya çıktığı belirtilebilir. *Kuçuradi*'nin ifadeleriyle ayrımcılığa değer yargılarına göre hareket edilmekte ve bu değer yargılarının eyleme veya duruma uygulanması şeklinde bir değer biçme yapılmaktadır.²¹

Bu noktada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği kararlarda gerçekten değer biçmeyle ortaya çıkan bir ayrımcılık mı yapıldığı yoksa temellendirilebilir bir ayrımcılık mı yapıldığının ortaya konması gerekmektedir. Bununla ilgili aşağıda *Kuçuradi*'nin düşünceleri temel alınarak iki noktaya değinilecektir. Bunlar temellendirilebilir ayrımcılığın insan hakları ve etik temelinde tanımlanması ile normların veya ilkelerin temellendirilmesidir. Bu iki nokta ortaya konduktan sonra ise AİHM'nin gerekçelendirmeleri üzerinde durulacaktır.

Ayrımcılık çoğu kez hem etik hem de insan hakları ihlali sorunu olarak ortaya çıkmaktadır.²² Bu anlamda ayrımcılık olarak adlandırılan şey ise aynı olan veya aynı değeri taşıdığı düşünülenlerden birinin diğerinden farklı muameleye tabi tutulmasıdır. Bir grup ya da kişinin kendileriyle doğrudan ilgisi olmayan bazı özelliklerden dolayı kayırılması veya haksızlığa uğraması durumlarında ayrımcılıktan söz edilmektedir.²³ Örneğin işe alınan kişiye ırkından dolayı iltimas edilmişse, o halde aynı durumda olan diğer aday açısından haksızlık oluşacaktır.²⁴ Burada oluşan haksızlık ayrımcılığın bir sonucu gibi görülmektedir. Oysa hareket edilen nokta "*Benim ırkımdan olan daha iyidir.*" şeklindeki bir değer yargısına dayanmakta ve bundan dolayı da esasında bu değer yargısına dayalı değerlendirmenin bir sonucu olarak ayrımcılık ortaya çıkmaktadır. Yani bilinen anlamıyla ayrımcılık, etnik köken ve inanç gibi değer yargılarıyla ilişkili nedenler sonucunda belirlemekte ve etik olarak sorunlu bir bakışın sonucunda ortaya çıkmaktadır.²⁵ Burada tipik önyargı ve değer biçmelere dayanıldığı için temellendirilebilir bir ayrımcılığın olmadığı açıkça görülmektedir.

Diğer taraftan pozitif ayrımcılık gibi bazı ayrımcılıklarda etik olarak temellendirilebilirlik söz konusu olmaktadır.²⁶ AİHM içtihatları da bununla paralel bir yol izleyerek muamele farklılığının meşru ve haklı bir sebebe dayanmasını, gerçekleştirilmek istenen amaçla araçlar arasında ölçülü olmayı aramaktadır.²⁷ Dolayısıyla ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğini göstermek için ayrımcı sayılan bir muamelenin etik bakımdan temellendirilebilir olması aranmaktadır. Kız çocuklarının eğitim imkânından faydalanması için okula gönderilmeleri karşılığında maddi yardım yapılması erkek çocuklarla kıyaslanınca ayrımcılıktır. Ancak burada belli bir insan hakkını (eğitim hakkını) hayata geçirmek için harcanan haklı (insanın yapısal olanaklarını geliştirici) bir çaba söz konusu olduğu için temellendirilebilir bir ayrımcılıktan söz edebiliriz. Benzer örnekleri geliri fazla olandan fazla vergi alınması, dezavantajlı gruplara işgücü içerisinde kota konulması örneklerinde de görebiliriz. Bu örneklerde de en azından etik bakımdan tartışılabilir, etik bakımdan temellendirilebilir durumlar söz konusudur.

¹⁷ İoanna KUÇURADİ: "Felsefe ve İnsan Hakları", İnsan Haklarının Felsefi Temelleri (Yayına Hazırlayan: İoanna KUÇURADİ) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009a, s.73; İoanna KUÇURADİ: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011, s.2,72.

¹⁸ KUÇURADİ, 2009a, s.73.

¹⁹ KUÇURADİ, 2011, s.72.

²⁰ TEPE, 2016, s.185.

²¹ TEPE, 2016, s.185, 187-188.

²² TEPE, 2016, s.190.

²³ TEPE, 2016, s.185.

²⁴ TEPE, 2016, s.188.

²⁵ TEPE, 2016, s.188.

²⁶ TEPE, 2016, s.185-186.

²⁷ Ulaş KARAN: "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", Anayasa Yargısı içinde, S.32, 2015, s.238. Detaylı bilgi için bkz. Ulaş KARAN: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin kararlarında temellendirilebilir bir ayrımcılık yapıp yapmadığını belirlemek için ise normların veya ilkelerin temellendirilebilirliğinden de bahsetmek gerekmektedir. Çünkü verilen kararlar *kanunsuz ceza verme yasağı* ile *özgürlük ve güvenlik hakkı* bağlamında verilmiş olup pozitif norm haline gelmiş ilkelerle ilgilidir. Aşağıda detaylı şekilde incelenecek olan kararlarda ise bu ilkeler ve davaya konu olan somut durumdan hareket edilecektir. Dolayısıyla ilkelerle ilgili temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığını belirleyebilmek için bir normun etik ve insan haklarıyla ilgisinde nasıl temellendirilmesi gerektiği belirlenmelidir.

Normlar genel geçer olma iddiasına sahip önermeler olarak karşımıza çıkmakta ve değerlendirme yapabilmemiz için bize değer ölçüleri sağlamaktadır. Değer yargıları ve buyrukların yanı sıra normların kapsamına ilkeler de girmektedir. Diğer normlar gibi ilkeler de olumlu bir değerlendirme için kendilerine uygun olarak hareket edilmesini beklemektedirler.²⁸ Hukuktaki birçok ilkenin uygulanmasını da bu kapsamda değerlendirmek mümkündür.

Bütün ilkeler ise pozitif veya negatif bir temellendirmeye tabi tutulabilir. Ancak gereklilik olarak karşımıza çıkan ilkelerin temellendirilebilir olması demek onların “neden gerekir” sorusuna yanıt vermesi anlamına gelmektedir.²⁹ Aşağıda AİHM'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği kararlarda da “neden gerekir” veya “neden gerekmez” sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Mahkeme bu sorulara cevap verirken *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *güvenlik ve özgürlük hakkı* kapsamında ilkelere dayanarak hareket etmektedir. Belli bir suçlu bakımından bu ilkeler ihlal edilmiş denilirken aslında söz konusu ilke “neden gerekir” sorusu cevaplanmış, ihlal kararı olmadığına karar verilirken de bu ilke “neden gerekmez” sorusuna yanıt verilmeye çalışılmıştır.

Etik bakımdan temellendirilebilir olmaktan bahsetmek için insanın değerinin bilgisinden hareket edilmesi gerektiği belirtilmişti. Bir ilkenin bu bilgiye dayanarak çıkarılması ise *Kuçuradi*'ye göre *absürde indirgeme (reductio ad absurdum)*³⁰ yoluyla temellendirilmesine bağlıdır. Yani bir insan belli bir şekilde davranırsa veya davranmazsa insanın yapısal olanaklarını gerçekleştirme olanağı artar denilebiliyorsa temellendirilebilirlikten söz edilebilecektir.³¹

Kanunsuz ceza verme yasağı ve *güvenlik ve özgürlük hakkı* ilkeler olarak ele alındığında insanın yapısal olanaklarını geliştiren niteliğe sahip olduğu söylenebilir. Çünkü insanın yapısal olanakları onu diğer canlılardan ayıran özel yerini anlatmakta ve insan hakları da bu olanakların kişilerde koruma istemeleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla istisnasız her bir insan için bu olanakların sağlanması insanın varlıktaki yerini, kendi değerini korumak anlamına gelmektedir.³² Böyle bakıldığında mahkemenin tartıştığı ilkelerin uygulanması beklenir ki kişinin olanakları engellenmesin ve insanın değeri korunmuş olsun. Ama diğer taraftan yine *Kuçuradi*'nin belirttiği gibi ilkeler tarihsel anlamda her zaman için geçerli olabilir, fakat her tek durum için aynı söylenemez.³³ Aşağıda da AİHM'nin önleyici tutuklamaya ilişkin verdiği iki karar ve temellendirilebilirlikle kıyaslama yapmak açısından *Del Rio Prada/İspanya* davası incelenecek ve her tek durum için hükümlülerle ilgili yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığı *Kuçuradi*'nin etik görüşü kapsamında tartışılacaktır.

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN ÖNLEYİCİ TUTUKLAMAYA İLİŞKİN KARARLARINDA TEMELLENDİRİLEBİLİR AYIRIMCILIK

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önleyici tutuklamaya ilişkin kararlarında “temellendirilebilir ayrımcılık” kavramı kullanılmamakla birlikte yapılan ayrımcılıklarda ihlal olduğuna veya olmadığına karar verdiği görülmektedir. Ancak esasında bilinen anlamıyla bir ayrımcılığı onaylama şeklinde değil de temellendirilebilir bir ayrımcılık olup olmadığı tartışılmaktadır. Önleyici tutuklamadaki kararlarda (*M./Almanya ve Bergmann/Almanya*) olduğu gibi Parot doktrininde (*Del Rio Prada/İspanya*) de hükümlünün tehlikeliliği konusunda

²⁸ Ioanna KUÇURADİ: Çağın Olayları Arasında, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009b, s.175-176.

²⁹ KUÇURADİ, 2009b, s.178-179.

³⁰ Burada Kuçuradi'nin absürde indirgeme yöntemini sadece insanın değerinin bilgisiyle ilgili çıkarılan ilkeler bakımından kullandığı, her türlü bilgiye ulaşmada kullanmadığı belirtilmelidir.

³¹ KUÇURADİ, 2009b, s.179-180.

³² KUÇURADİ, 2009a, s.73-74.

³³ KUÇURADİ, 2009b, s.180.

kaygılanılmakta ve bu doktrin gerekçe gösterilerek belli hükümlülere farklı infaz rejimi uygulanarak diğerlerinden farklı muamele edilmektedir.

A. Parot Doktrini ve Önleyici Tutuklama

Parot doktrini adını İspanya'daki Henri Parot isimli bir terör hükümlüsünden almıştır. Bu doktrin ayrılıkçı bir grup diye bilinen ETA üyesi suçluyla ilgili geliştirilmiştir. İspanya'daki davada İspanyol Yüksek Mahkemesi birden çok suçtan hüküm giymiş olan Parot'un cezasını her bir suç için ayrı ayrı çekmesini 2006'da onaylamıştır. Bu şekliyle Parot'un aldığı toplam ceza ise 4000 yıldan fazladır. Oysa o zamana kadar İspanyol Ceza Kanununa göre hükümlünün toplam yatacağı hapis cezası 30 yıl ile sınırlandırılmıştır.³⁴ Bu şekilde ETA üyesi suçluların, tecavüzcülerin ve politik olmayan nedenlerden ötürü cinayet işlemiş olanların cezaevinde daha uzun sürelerle tutulması istenmiştir.³⁵ Böyle bir uygulamaya gidilmesinde birçok cinayetin zanlısı olan ve çok tehlikeli görülen Parot'un serbest bırakılmaması için mahkeme üzerindeki sosyal ve politik baskının etkili olduğu belirtilmektedir.³⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gelen ve Parot doktrininin tartışıldığı dava da *Del Rio Prada* isimli hükümlünün açmış olduğu davadır. *Prada*'nın sekiz ayrı ceza yargılaması sonucunda 1982-1987 yılları arasında işlenen suçlardan ötürü 3.000 yıldan fazla hapis cezasına çarptırıldığı, ama İspanyol Ceza Kanununa göre bu cezanın en fazla 30 yılının infaz edilebileceği belirtilmiştir.³⁷ Bu durumda mevcut Ceza Yasasına göre 1987 yılında tutuklanıp yargılanmaya başlayan *Prada*'nın en geç 2017 yılında özgür bırakılması beklenmektedir. Hatta bununla ilgili Ulusal Mahkeme 23 Haziran 2008'deki kararında *Prada*'nın 27 Haziran 2017 tarihinde serbest bırakılmasına hükmetmiştir.³⁸

Ancak 2008 yılı Nisan ayında cezaevi yönetimi ceza indirimlerini (remissions) de göz önüne alarak *Prada*'nın 2008 yılı Temmuz ayında özgür bırakılması konusunda *İspanyol Ulusal Mahkemesine (Audiencia Nacional)* başvurmuştur. Ceza indirimlerinin konusu ise hükümlünün iyi haliyle ilgili olan hücrelerini, ortak alanları, hapishaneyi temizlemesi ve üniversite öğrenimini yerine getirmesiyle gerekçelendirilmiştir. Fakat Ulusal Mahkeme İspanya'da *Yüksek Mahkeme (Supreme Court)* tarafından yeni bir emsal karara konu olan Parot Doktrinine dayanarak bu teklifi reddetmiştir. Buna göre 30 yıl sınırı, işlenen bütün suçların toplamı için değil, her bir suç için müstakil olarak uygulanacaktır.³⁹ Bunun üzerine *Prada*, kararı temyiz etmiş ancak *Yüksek Mahkeme* ve *Anayasa Mahkemesi (Constitutional Court)* ayrımcılık, özgürlük hakkı, kanunilik, hukuk tarafından etkin korunma ve geriye yürümezlik ilkelerinin ihlal edildiğine dair yapılan başvuruları reddetmiştir.⁴⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Del Rio Prada/İspanya* davasında yukarıda bahsi geçen sosyal baskının, kanunsuz ceza verme yasağını ihlale izin veremeyeceğine hükmettiği görülmektedir. Mahkeme yapılan başvuruda *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *özgürlük ve güvenlik hakkı* bakımından ihlal kararı vermiştir.⁴¹ Gerekçelendirmesinde ise kanunsuz ceza verme yasağı bakımından öngörülebilirliğe vurgu yapmıştır.⁴² Bu durum kanunsuz ceza verme yasağının üçüncü taraflarca (*Uluslararası Hukukçular Komisyonu*) da geniş yorumlanması gerektiği ve hukuku uygulamada keyfiliği önleme bakımından bunun gerekli olduğu argümanı ile desteklenmiştir. Böylece komisyon, geriye yürümezliğin sadece maddi kurallara değil prosedürlere de uygulanması gerektiğini belirtmiştir.⁴³ Neticede mahkeme mahkûmun ileride bir Parot doktrini çıkacağını öngörmesinin beklenemeyeceğini, bu beklense dahi aleyhe cezanın geriye yürütülemeyeceğini söylemiştir. Bu nedenle de kanunsuz ceza verme yasağının ihlal

³⁴ Graciela RODRIGUEZ-FERRAND: "Spain: Parot Doctrine After the ECHR Decision", The Law Library of Congress içinde, 2014, s.1-2: (<http://www.loc.gov/law/help/parot-doctrine/spain-parot-doctrine.pdf>) (Erişim Tarihi: 09.11.2019).

³⁵ Mark J., MCKENZIE: "The Influence of the European Court of Human Rights on the Behavior of National Courts in Terrorism and National Security Cases: A Case Study of Supreme Courts in Denmark, the U.K, and Spain", 2014, s 19. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491723) (Erişim Tarihi: 9.11.2019).

³⁶ RODRIGUEZ-FERRAND, 2014, s.3.

³⁷ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 11-12.

³⁸ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 13,20.

³⁹ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 16-17.

⁴⁰ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 19, 21-22.

⁴¹ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 118 ve 132.

⁴² Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 91-93.

⁴³ Case of *Del Rio Prada v. Spain* Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 75-76.

edildiği sonucuna varılmıştır.⁴⁴

Özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından ise mahkeme özgürlükten alıkonulmanın kanuni olmak zorunda olduğunu belirtmiştir.⁴⁵ Bu kapsamda mahkûmun daha önceden kanunla kurulmuş bir mahkeme tarafından yargıldığı açık olmakla birlikte kanunsuz ceza verme yasağında belirtildiği gibi mahkûmun sonradan çıkacak bir kararla fazladan 9 yıl hapis yatmayı öngöremeyeceği ve bu nedenle de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.⁴⁶ Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Parot doktrini kapsamında infaz rejiminin hükümlü aleyhine yorumlanmasını ve kişinin tutuklu bırakılmasını ihlal olarak değerlendirmiştir. Bu değerlendirme tarzıyla AIHM yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olmadığını belirtmiş olmaktadır. Çünkü Parot doktrini toplamda 93 terör suçlusuna ve 37 diğer suçluya (uyuşturucu, cinsel saldırı, insan öldürme suçları) uygulanmıştır.⁴⁷ Bu da geriye kalan binlerce suçluya bu doktrininin uygulanmadığını ve bu yönüyle bir ayrımcılık yapıldığını göstermektedir.

İspanya’da yargıçların verdiği kararları savunmak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararını eleştirmek için İspanya İçişleri Bakanı ve Adalet Bakanı, Parot doktrinini korumak için ellerinden geleni yaptıklarını açıklamış ve yirmi kişiyi öldürenle bir kişiyi öldürenin aynı cezayı almaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ayrıca içişleri bakanı teröristlerle ve azılı suçlularla mücadele için bu doktrin çok önemli olduğunu vurgulamıştır.⁴⁸ Bu argümanların etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığı yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığını da gösterecektir. Bunlardan ilki absürde indirgeme, ikincisi normların veya ilkelerin temellendirilmesiyle ilgili olarak yukarıda belirtilmişti. Bunları öne sürülen argümanlara uygulamak mümkündür:

1) Absürde indirgeme kullanılarak bir çıkarsama yapıldığında Parot doktrininin savunulabilir olduğunu söylemek zor görünmektedir. Eğer yirmi kişiyi öldürenle bir kişiyi öldüren aynı cezayı almayacaksa ve yirmi kişiyi öldüren ömür boyu hapiste kalacaksa o halde 30 kişiyi öldüren birine ne yapılacaktır? İşkenceyle mi öldürülecektir veya 100 kişinin katili daha da fazla mı işkence çekirilerek öldürülecektir? Bu tür bir çıkarsama insanın yapısal olanaklarına katkıda bulunmayı sağlasa kabul edilebilirdi.⁴⁹ Oysa bu örnek bakımından olanakların ortadan kaldırılması söz konusudur.

2) Parot doktrininin etik bakımdan temellendirilemez olduğunu göstermenin diğer bir yolu da ilkelerin temellendirilmesiyle ilgilidir. *“Suçu fazla olan fazla cezalandırılmalıdır.”* şeklinde bir ilkeden söz etmek mümkündür. Ancak bunun her tek durumda, özellikle de azami eşğin üzerinde cezaların verildiği bazı durumlarda geçerli saymak mümkün değildir. Çünkü daha önce belirtildiği gibi ilkeler her tek durum için geçerli değildir. İlkeler bilgiye dayanmadığında uydurmalar olarak karşımıza çıkabilirler. İddia edilen ise ilkeyle bir gerekliliğin yerine getirildiği şeklindedir. Ancak bu gereklilik ancak bilgiyle veya bilgiler zinciriyle yanıtlandığında temellendirilebilir hale gelir.⁵⁰ Parot doktrininde ise bilgiye dayalı bir temellendirmeden değil, *“Teröristse veya ağır suçluyorsa yasal olmasa da fazla ceza çekmelidir.”* şeklinde bir inanca veya önyargıya dayanıldığı görülmektedir. Prada’nın cezaevinde sorumluluklarını yerine getirip eğitimine devam etmesi gibi somut bulgulara rağmen tehlikeli görülmesi ise somut olayda önyargıya dayanıldığını ispatlar niteliktedir.

Neticede Parot doktrinine bakıldığında suçlular arasında cezanın infazına dönük ayrımcı bir uygulama olduğu ve önleyici tutuklama bakımından bu ayrımcılığın temellendirilebilir bir ayrımcılık olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Parot doktrini kapsamında etik bakımdan temellendirilebilir bir uygulamanın olmadığı kolayca görülebilmektedir. Çünkü ezbere bir değerlendirmeden hareket edilmiştir. Bu tür ezbere değerlendirmeler ise Kuçuradi’ye göre değer biçme olarak görülmektedir.⁵¹ Bu durumda ise *“ezbere değerlendirmelerin şeyin değerini görmenin yolunu kapattığı, bunun da sonuçta insanların harcanmasına yol açtığı”*

⁴⁴ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 115-118.

⁴⁵ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 125.

⁴⁶ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 128-130.

⁴⁷ Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013, par. 44.

⁴⁸ https://elpais.com/elpais/2013/10/21/inenglish/1382356317_763117.html (Erişim Tarihi: 13.11.2019).

⁴⁹ KUÇURADİ, 2009b, s.179.

⁵⁰ KUÇURADİ, 2009b, s.179-180.

⁵¹ İoanna KUÇURADİ: İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2013, s.29.

söylenilebilir.⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ihlal kararı vererek ortada temellendirilebilir bir ayrımcılığın olmadığını ve cezası biten hükümlülerin serbest bırakılması gerektiğine hükmetmiş olmaktadır. Bunu yaparken yargıçların uygun ölçüyü belirledikleri görülmektedir. Adaleti gerçekleştirmek için uygun sözleşme hükümlerine başvurulduğu ve bu haliyle yargıcın özgürlüğünden yararlanarak her tek durumda adaleti gerçekleştirmesi söz konusudur. Bu özgürlükten nasıl yararlanılabileceğini de *Kuçuradi*'ye göre her defasında yargıçlar her olayda mümkün olmasa da kendileri bulmalıdırlar.⁵³ Prada örneğinde Parot doktrininin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki ilkelere aykırı olduğu yargıçlar tarafından saptanmış ve karar verme özgürlüğünden ilkelerden sapma pahasına faydalanmaya dahi gerek kalmamıştır. Çünkü yapılan ayrımcılığın etik bakımdan temellendirilebilir bir yönü olmadığı somut olayda salt ilkeler uygulanarak da ortaya konabilmiştir.

Fakat eğer bir hükümlü tekrar tekrar suç işlemekteyse ve özgür bırakıldığında suç işleyeceğine kesin gözüyle bakılıyorsa yapılan ayrımcılığın temellendirilebilir olup olmadığı bulanıklaşmaktadır. “*Bu tür kişiler için de aynı ilkeleri uygulamak adaleti gerçekleştirmeye yarar mı veya insanın değerini koruma bakımından yerinde olur mu?*” sorularını yanıtlamak zorlaşmaktadır. Çünkü bir taraftan suçlular serbest bırakılırsa tekrar suç işleyecek kaygısı - önleyici tutuklamaya karşı çıkanlar için ise önyargısı- dururken diğer taraftan bu kişilerin olanaklarının geliştirilmesi için cezaları bittiğinde serbest bırakılmaları gerektiği düşüncesi yer almaktadır. Bu durum da *Kuçuradi*'nin belirttiği yargıcın özgürlüğünden faydalanması ve her tek durumda nasıl yararlanabileceğini bulmasının her zaman mümkün olmayabileceğine⁵⁴ işaret etmektedir. Aşağıda bu belirsizliğin veya ikilemin ancak etik değerlendirmeye açığa çıkarmaya yarayacak iki dava incelenecek ve AİHM'nin tartışmaları etik temellendirilebilirlik bakımından ele alınacaktır.

B. İslah Olmadığı İddia Edilen Hükümlülerde Önleyici Tutuklama

Parot doktrini uygulamakla insan hakları ihlallerine yol açıldığı kolayca görülmektedir. Her ne kadar “*Teröristi, tecavüzcüyü, katili serbest mi bırakalım!*” şeklinde yaygın bir inanç ve itiraz olsa da bu kişilerin de özgür bırakılmaması için yeterli etik temellendirme bulunmamakta ve bu yönüyle suçlular arası yapılması istenen ayrımcılığın temellendirilebilir bir tarafı görünmemektedir. Ancak bunun aynısını cezanın rehabilitasyon işlevi göz önüne alındığında ve ıslah olmadığı düşünülen bir hükümlü olduğunda söylemek zorlaşmaktadır. Çünkü tekrar tekrar cinayet işlemiş, tecavüz etmiş ama pişmanlık duymamış ve bilimsel olarak da bu eylemlere devam edeceğine kesin gözüyle bakılan kişilerden söz edilmektedir. AİHM'nin de bu konuda *kanunsuz ceza verme yasağı* ve *özgürlük ve güvenlik hakkı* kapsamında bu tür suçlulara önleyici tutuklamanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda verdiği iki temel kararı bulunmaktadır. Bunlardan *M./Almanya* davasında oybirliğiyle ihlal kararı verilmişken *Bergmann/Almanya* davasında oybirliğiyle ihlal olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Ulaşılan bu sonuçların etik bakımdan temellendirilebilir olup olmadığına her iki ilke bakımından ayrı ayrı bakılabilir.

1. Kanunsuz Ceza Verme Yasağı Bakımından

Kanunsuz ceza verme yasağı suç işlenmeden yasayla cezası öngörülmemen bir eylemden dolayı kimsenin cezalandırılmayacağını yanı sıra suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha fazla bir cezanın da verilemeyeceğini içermektedir.⁵⁵ Önleyici tutuklamada ise *pervasız bir tehlikelilik (reckless endangerment)* nedeniyle başkalarının ciddi biçimde zarar göreceğinden hareketle suç işlenmeden birinin tutuklanması sakat bir düşünme tarzı olarak görülmektedir. Çünkü eğer bir kişi tehlikeli olduğu için tutuklanacaksa ve devlet o kişiyi tutuklamamışsa, bu durumda o kişi kendi kendini sırf tehlikeli olduğu için ele vermek zorundadır şeklinde bir çıkarsama dahi yapılabilmektedir.⁵⁶ Böyle bakıldığında kanunsuz ceza verilemeyeceği ilkesinin ötesinde suç fiili olmadan ceza verilmesi gündeme gelmektedir ki bunu insan haklarını temel alan hukuk sistemlerinde, hatta birçok ilkel hukuk düzeninde dahi görmek zordur. Fakat önleyici tutuklama sorununun bu kadar basit olmadığı somut olaylara bakılarak anlaşılabilir. Bunun içinse ilkelerle birlikte somut durumlara da bakmak gerekir. Avrupa İnsan

⁵² Harun TEPE: Varlık ve Bilgi Ontolojik Yaklaşımla Felsefe Yapmak, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2017, s.116.

⁵³ İoanna KUÇURADİ: Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2015, s.151-153.

⁵⁴ KUÇURADİ, 2015, s.153.

⁵⁵ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 7.

⁵⁶ Phillip MONTAGUE: “Justifying Preventive Detention” Law and Philosophy içinde, S.18, 1999, s.174.

Hakları Mahkemesi'nin *M./Almanya ve Bergmann/Almanya* davaları sorunun soyut kanunilik ilkesinden ziyade somut olayı incelemeyi de gerektirdiğini göstermek açısından elverişlidir.

M./Almanya davasında, başvurucaunun ceza ehliyeti kazandıktan sonra sadece birkaç hafta hapis hane dışında yaşadığı ve sürekli işlediği suçlar nedeniyle cezaevinde yattığı belirtilmiştir. İşlediği suçlardan bazıları gasp, şantaj ve insan öldürme olup dört kez de cezaevinden kaçmıştır.⁵⁷ Patolojik zihinsel hastalığı olduğu için ceza indirimi de yapılmıştır. Ancak hastanedeki uzman bir kişi *M*'nin artık patolojik beyinsel bir rahatsızlığı olmadığını rapor etmiştir.⁵⁸ *Bergmann/Almanya* davasında da benzer şekilde başvurucaun *Bergmann*'ın çocuğun cinsel istismarı, kundaklama, gasp, silahla yaralama ve öldürmeye teşebbüs dâhil birçok suç işlediği ancak uzun yıllardır alkol bağımlısı olduğu göz önünde bulundurularak cezasında indirim yapıldığı belirtilmiştir. Ayrıca *cinsel sapkınlık (sexual deviance)* tanısı konulduğu da ifade edilmiştir.⁵⁹

Her iki davada da Alman Mahkemesi önleyici tutuklama kapsamında hükümlüleri serbest bırakmamıştır. Her iki başvurucaun da 10 yıllık maksimum önleyici tutuklama süresinin geriye dönük uzatılmasının kanunsuz ceza verme yasağını ihlal ettiğini iddia etmiştir.⁶⁰ Neredeyse aynı özelliklere sahip iki davada AİHM farklı kararlar vermiştir. *M./Almanya* davasında oy birliğiyle ihlal kararı verilmişken⁶¹, *Bergmann/Almanya* davasında yine oy birliğiyle ihlal olmadığına karar verilmiştir.⁶² Burada farklı sonuçlara ulaşılmasında sadece ilkelerden hareket edilse önleyici tutuklamayı 10 yıla sınırlayan yasal düzenlemenin kişi ceza aldıktan sonra uzatılması söz konusu olduğu için birinde ihlal varken diğerinde olmadığı şeklinde verilen kararların çelişkili olduğu söylenebilecekti. Ancak AİHM somut durumun özelliklerine bakarak farklı sonuçlara ulaştığı için etik bakımdan bir çelişkinin olduğu, sadece ilkelerin uygulanmasından hareketle söylenemez.

M./Almanya davasında önleyici tutuklama kapsamında kişinin en fazla 10 yıl tutulabileceği yasa da açıkça belirtilmektedir. Buna rağmen mahkeme kararıyla bu sürenin uzatılması ek cezalandırma anlamına geleceği için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanunsuz ceza verilemeyeceği ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶³ Bununla ilgili bir kişinin mutlaka suç işleyeceğini önceden kestirmenin mümkün olmadığına dair görüşlere yer verilmiş ve başvurucauna önleyici tutuklama uygulamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi bakımından ceza olarak nitelendirildiği ve bunun kanunsuz ceza olmayacağı ilkesiyle uyumlu olmadığı gerekçe olarak gösterilmiştir.⁶⁴ Diğer taraftan *Bergmann/Almanya* davasında başvurucaunun cezaevinde değil de tedavi amacıyla bir merkezde (Rosdorf Centre) tutulduğu, kişiyi cezalandırma amacının olmadığı ve tedavi edilmeye çalışıldığı belirtilmiştir. Ayrıca cezaevinin aksine bu merkezdeki şartların çok daha iyi olduğu vurgulanmıştır. Merkezde her bir kişiye bireyselleştirilmiş tedavi ve terapilerin uygulandığı da söylenmiştir.⁶⁵ Bu nedenle *Bergmann/Almanya* davasının *M./Almanya* davasıyla neredeyse tamamen örtüşen şartları olmakla birlikte *M.* hapis hane de tutulurken *Bergmann*'ın tedavi amaçlı bir merkezde tutulması gibi nedenlerden ötürü arada farklılık olduğu belirtilmiştir.⁶⁶ Bu nedenle *Bergmann*'a uygulananın artık ceza sayılamayacağı ve bu nedenle de kanunsuz ceza verme yasağı konusundaki ihlal iddiasının reddedilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.⁶⁷

Kanunsuz ceza verilmez ilkesinden hareket edildiğinde başvurucaunlardan *M.*'ye uygulananın ceza olduğu, *Bergmann*'a uygulananın ise tedavi olduğu söylenerek kanunsuz ceza verme yasağı bakımından aradaki fark ortaya konulmuştur. Ancak her ikisinde de başvurucaunların özgür bırakılmaması söz konusudur. Bu nedenle özgürlük ve güvenlik bakımından yapılan gerekçelendirmelere bakmak gerekmektedir. Zaten mahkeme de önleyici tutuklamanın hapis cezası gibi özgürlükten yoksun bırakma özelliği olduğunu belirtmiştir.⁶⁸ Bu nedenle *özgürlük ve*

⁵⁷ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 7-9.

⁵⁸ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 10-11.

⁵⁹ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 6-9.

⁶⁰ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 2; Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 3.

⁶¹ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 137.

⁶² Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 183.

⁶³ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 134-136.

⁶⁴ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 132-133.

⁶⁵ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 166-169.

⁶⁶ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 164 ve 173.

⁶⁷ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 182-183.

⁶⁸ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 164.

güvenlik hakkı bakımından yapılan tartışmalardan bahsedilmelidir.

2. Özgürlük ve Güvenlik Hakkı Bakımından

Özgürlük ve güvenlik hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde sıralanan belli istisnalar dışında bir kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisnalar içerisinde akıl hastalarının yasaya uygun olarak tutulması da yer almaktadır.⁶⁹ Ancak bu istisna kapsamına cezaevinde tutmanın giremeyeceği belirtilmelidir. *M./Almanya* davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *M.*'nin artık akıl hastası olmadığını belirtmiştir.⁷⁰ Öyle olsaydı dahi kişi cezaevinde tutulduğu için önleyici tutuklamanın cezalandırıcı olduğu sonucuna ulaşılabilecekti. Mahkeme, 5. maddedeki diğer istisnalardan bir suçun işlenmesini önleme hükmünün olaya uygulanabileceğini belirtmiştir. Ancak burada da yeterince spesifik ve somut olgular bulunmadığı için kişinin tutulamayacağı belirtilmiştir. Geçmiş suçlar burada somut olgu olarak sunulsa bile özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında kişinin işlediği suçla ilgili olarak derhal mahkemeye çıkarılması gerekmektedir. Oysa suç işleme riskiyle tutulan bir kişiyi mahkemeye çıkarmak da mümkün olmayacaktır.⁷¹ Bu nedenle *M.*'nin özgürlük ve güvenlik hakkının da ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.⁷²

Diğer taraftan *Bergmann/Almanya* davasında *Del Rio Prada/İspanya* davasına da atf yapılarak 5. maddedeki özgürlükten alıkoyma istisnalarının sınırlayıcı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kişinin akıl hastası (*unsound mind*) olmasının özgürlükten yoksun bırakmaya neden olması için belli şartlar aranmıştır. Bunlar akıl hastalığının yeterli bir otorite tarafından saptanmış olması, bu hastalığın hapsedmeyi/alıkoymayı zorunlu kılıyor olması (*compulsory confinement*) ve bu hapsedmenin hastalığın devam etmesinden kaynaklı olması gerekmektedir.⁷³ Mahkeme bu şartların oluştuğuna karar vermiş ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴

Neticede *M./Almanya* davasında da, *Bergmann/Almanya* davasında da aynı iki ilkeden hareket edilmiştir. Ancak tamamen zıt sonuçlara ulaşılmış, *M.*'nin serbest bırakılması gerektiğine hükmedilirken, *Bergmann*'ın cezaevinde değil de bir sağlık merkezinde hapsedilmesine karar verilmiştir. Burada *Del Rio Prada/İspanya* davasında olduğu gibi yapılan eylemin insan onurunu koruyucu olup olmadığına ilişkin yine absürde indirgeme ve normların temellendirilebilirliğinden hareket edilebilir:

1) Normların temellendirilmesi ile ilgili olarak ilkelerin her tek durumda geçerli olmadığı ifade edilmektedir.⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *M./Almanya* ve *Bergmann/Almanya* davalarında aynı ilkelerden farklı sonuçlara ulaşmıştır. *Bergmann/Almanya* davasıyla *M./Almanya* davası arasındaki fark *M.*'de bir cezalandırma varken *Bergmann* bakımından bir tedavi olduğunun söylenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla *M.* bakımından haksız bir cezalandırma söz konusu olduğu için ihlal olduğunu söylemek kolay olabilir. Çünkü *M.*'yi cezalandırmak dışında tedavi gibi eylem olanakları da bulunmaktadır. Ancak *Bergmann* bakımından gerçekten bir cezalandırma yoktur ve kişiye özel bir tedavi planı ve rehabilitasyon programı uygulanmaktadır. Bu da kişiyi cezalandırmayla tedavi etme seçenekleri ele alındığında açıkça insanın olanaklarını gerçekleştirilmeye elverişli olanın seçildiğini göstermektedir.

2) Absürde indirgeme uygulandığında her iki dava bakımından da İspanyol Mahkemelerinin ve *M./Almanya* davasında Alman mahkemesinin aksine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları etik bakımdan temellendirilebilir görünmektedir. Çünkü gerçekten tehlikeli olan her suçluyu henüz suç işlemeyen cezalandırmak insanın olanaklarına katkı sağlamamaktadır. Ama onların da *Bergmann/Almanya* davasında olduğu gibi belli olanaklara kavuşturularak sağlık merkezinde tutmak insan değerini koruyucu bir tavır göstermektedir. Burada önyargıya dayanılmadığı ise bilimsel bilgiyle (tıp ve psikoloji) hareket edildiği ve somut olgulara (yıllarca suç işleyip pişman olmama ve tekrar edeceğine dair tekrarlayan işaretler olması) dayanıldığı için söylenebilecektir.

⁶⁹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950, Madde 5.

⁷⁰ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 22 ve 105.

⁷¹ Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 102.

⁷² Case of *M. v. Germany* Application no. 19359/04, 10.05.2010, par. 137.

⁷³ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 95-96.

⁷⁴ Case of *Bergmann v. Germany* Application no. 23279/14, 07.04.2016, par. 115 ve 132.

⁷⁵ KUÇURADİ, 2009b, s.180.

Etik bakımdan temellendirilebilir olmayla ilgili cevaplanması gereken bir soru daha kalmaktadır. O da *M./Almanya* ve *Bergmann/Almanya* davalarının ikisinde de özgürlük feda edilmekteyse nasıl oluyor da her iki karar da etik bakımdan temellendirilebilir sayılabilmektedir? Nasıl böyle bir sonuca ulaşılabileceğine sonuç bölümünde insan haklarının karşılıklı muamele ilkeleri olmasıyla, yani hem insan haklarının taşıyıcısı hem de uygulayıcısı olmasıyla cevap verilmeye çalışılacaktır.

IV. SONUÇ

Önleyici tutuklamada hükümlüler sadece hak sahibi kişiler olarak ele alındığında sadece hakların ihlalden söz edilebilir. Oysa insan hakları sadece hak sahibi olmayla ilgili değil, aynı zamanda bu hakların gereğini yerine getirme bakımından ödevle de ilgilidir. Bununla ilgili *Kuçuradi* insan haklarının insan türünün her bir üyesinin hem hakkı hem de ödevi olduğuna vurgu yapmaktadır. Bu yüzden her kişi için bu hakların korunmasını isteme gereğini dile getirmektedir.⁷⁶ Bu yüzden de önleyici tutuklama konusunda sadece bu muameleye maruz kalan hükümlüler hak sahibi olmadığı gibi bu hükümlülerin insan haklarına uygun davranma ödevi de bulunmaktadır. Bu nedenle bilimsel bilgiyle temellendirmenin yanında insan haklarının ödev olması da önleyici tutuklamada temel olarak kullanılabilir bir ölçüt sağlamaktadır. Ancak bu ölçütün ezberle dayanmayan, değer biçmelerden kaynaklı olmayan temellere dayanması gerekir ki etik bakımdan temellendirilebilir bir ayrımcılıktan söz edilebilsin.

Del Rio Prada/İspanya davasında Parot doktrinine dayanılırken kullanılan ölçütlerin etik bilgiye dayanmadığı görülmekte ve AİHM'nin de kararı bu yönüyle etik bakımdan temellendirilebilir olmanın da ötesinde etiğe uygun görünmektedir. Çünkü somut olaydaki olgulardan hareket edildiğinde *Prada*'yı hapiste tutmanın insanın değer sahibi olmasıyla bağdaşır bir tarafı ortaya konmamaktadır. *M./Almanya* davasında durum biraz daha zorlaşmakla birlikte kişiyi işlemediği suçtan dolayı bir cezalandırma söz konusu olduğu için mahkemenin kamu güvenliği (somut olarak diğer kişilerin güvenliği ve özgürlüğü) için bir kişiyi hapiste tutmayı ihlal olarak görmesi kararda temellendirilmiş görünmektedir.⁷⁷ Burada mahkeme M.'nin insan haklarının gereği bakımından ödevini ihlal edeceğini söyleyerek Almanya'nın kararını onaylaması da mümkündür. Ama bu durumda insanın (bu durumda yargıcın) insan değerinin korumaya yönelik başka olanakları görmemesi söz konusu olacaktır. Ayrıca yargıcın işi işlenmeyen bir suçun cezasını vermek değildir.⁷⁸ Bu nedenle de *M./Almanya* kararında da ihlal kararı verilmesi etik bakımdan temellendirilebilir olmaktan öte yine etik denebilir. Çünkü işlenmeyen suçtan ceza verilemeyeceğinin yanında hükümlüyü hapiste tutmak dışında da olanaklar bulunmaktadır.

Bergmann/Almanya davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ceza verme dışındaki diğer ihtimallere de kapıları kapamadığı görülmektedir. Çünkü bu olayda kişi işlemediği bir suçtan cezalandırılmamaktadır. Ayrıca cezalandırmadakinin aksine çok daha iyi şartlarda tutulmadan bahsedilmektedir. Ama ceza verilmediği kabul edilse dahi *Bergmann*'ın özgürlüğüne yine de müdahale edilmektedir. Diğer taraftan eğer bu müdahale yapılmasa başkalarının özgürlüğüne, geçmiş deneyimlerine bakıldığında ise yaşam hakkı dâhil birçok hakkın ihlal edileceğine dair ciddi bulgular bulunmaktadır. Bu durumda Almanya'da *Bergmann*'a mevcut koşullar içinde insan değerini koruyucu şekilde davranıldığı söylenebilir. Çünkü somut olaya göre sağlanabilecek olanaklardan doğru olanı seçilmiştir. Cezaevi yerine gerçekten de cezaevi olmayan bir merkezde tutulma seçeneği tercih edilmiştir. Bu şartlar altında yargıç, *Bergmann*'ın sağlık merkezinde tutulmasını onaylarsa onun özgürlüğü, tersi karar verse başkalarının özgürlüğü feda edilecektir.

Birinin özgürlüğü mutlaka feda edilecek olmakla birlikte *Bergmann*'ın kendini tutma konusunda problemi olduğu görülmektedir. Bu konuda *Kuçuradi* insanların gitgide kendilerini (hırslarını ve öfkelerini) tutamadığı bir dünyada yaşadığımız tespitinde bulunmaktadır.⁷⁹

⁷⁶ KUÇURADİ, 2011, s.2-3.

⁷⁷ Bu noktada *Kuçuradi* etiği bakımından kamu güvenliğiyle kişi özgürlüğünü karşı karşıya getirmenin doğru olmadığı, çatışmanın çoğu kez birden çok norm olduğu, ancak buradaki durum bakımından kamu güvenliği (başkalarının özgürlüğü ve güvenliği) ve kişi özgürlüğünün hükümlünün özel durumu (kendini tutamama) nedeniyle kaçınılmaz şekilde ortaya çıktığı belirtilmelidir.

⁷⁸ KUÇURADİ, 2015, s.153.

⁷⁹ <https://dusunbil.com/prof-dr-ioanna-kucuradi-korkarim-insan-haklari-tehlikeli-bir-kavram-olmustur-bile/> (Erişim Tarihi: 19.12.2019).

Bergmann ve tehlikeli olduğu uzmanlar tarafından belirlenen kişiler bakımından bu problemin ciddi boyutlarda yaşandığı belirtilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de Bergmann'ın serbest bırakılmasını onaylaması onun kendini tutamayarak yine suç işleyeceği düşüncesine dayanmaktadır ve bu durum somut olgularla, geçmiş deneyimlerle ve bilimsel bilgiyle de temellendirilmiştir. Ayrıca karşılıklı muamele ilkeleri olması nedeniyle Bergmann sadece hak sahibi değil aynı zamanda hakları koruyucu davranma ödeviyle de yükümlüdür. Dolayısıyla Bergmann'ın sağlık merkezinde tutulmasının serbest bırakılarak tekrar suç işleyip hapse girmesinden daha tercih edilebilir olduğu, onun olanaklarını geliştirme açısından da daha iyi olduğu belirtilebilir. Çünkü bu seçenek onun da daha iyi koşullarda yaşamasına olanak sağlayacaktır. Ayrıca bu seçenek insanın bir bütün olarak değerlendirildiği Mengüşoğlu'nun insan görüşüyle de bağdaştığı söylenebilir. Nitekim önleyici tutuklama uygulanan kişinin disharmonik davranma niteliğinin değer duyan kişi olarak değil aksi yönde ortaya çıktığı/çıkacağı görülmektedir. Dolayısıyla Bergmann bakımından yapılan ayrımcılığın, kişiye sağlanabilecek daha iyi bir olanak mümkün olmadıkça, temellendirilebilir olduğu belirtilebilir. Bu nedenle AIHM'nin aynı ilkelerden hareket ederek (özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından) farklı sonuçlara ulaşmasının etik temellendirilebilirlik bakımından bir çelişki oluşturmadığı sonucuna ulaşılabilir.

KAYNAKÇA

- Case of Bergmann v. Germany Application no. 23279/14, 07.04.2016.
Case of Del Rio Prada v. Spain Application no. 42750/09, 21.10.2013.
Case of M. v. Germany Application no. 19359/04, 10.05.2010.
CENTEL Nur/ZAFER Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., İstanbul 2019.
CORRADO Michael: “*Punishment Quarantine and Preventive Detention*”, Criminal Justice Ethics içinde, 2(15), 1996, s.3-13.
GÖKCEN Ahmet/BALCI Murat/ALŞAHİN M. Emin/ÇAKIR Kerim: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2020.
<https://dusunbil.com/prof-dr-ioanna-kucuradi-korkarim-insan-haklari-tehlikeli-bir-kavram-olmustur-bile/> (Erişim Tarihi: 19.12.2019).
https://elpais.com/elpais/2013/10/21/inenglish/1382356317_763117.html (Erişim Tarihi: 13.11.2019).
İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, Roma 1950.
KARAN Ulaş: “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, Anayasa Yargısı içinde, S.32, 2015, s.235-306.
KARAN Ulaş: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, On İki Levha Yay., İstanbul 2017.
KUÇURADI İoanna: “*Felsefe ve İnsan Hakları*”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri (Yayına Hazırlayan: İoanna KUÇURADI) içinde, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009a, s.73-80.
KUÇURADI İoanna: Çağın Olayları Arasında, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2009b.
KUÇURADI İoanna: Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2015.
KUÇURADI İoanna: İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011.
KUÇURADI İoanna: İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2013.
MCKENZIE, Mark J.: “*The Influence of the European Court of Human Rights on the Behavior of National Courts in Terrorism and National Security Cases: A Case Study of Supreme Courts in Denmark, the U.K. and Spain*”, 2014, ss.1-31. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2491723) (Erişim Tarihi: 9.11.2019).
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: “*Ontolojik Esaslara Dayanan Felsefi Antropoloji Hakkında Düşünceler*”, Yüzyılımızda İnsan Felsefesi Takiyettin Mengüşoğlu Anısına içinde (Hazırlayan: İoanna KUÇURADI), Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 1997, s.1-7.
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: Felsefeye Giriş, Doğubatu Yay., Ankara 2014.
MENGÜŞOĞLU Takiyettin: İnsan Felsefesi, Doğubatu Yay., Ankara 2015.
MONTAGUE Phillip: “*Justifying Preventive Detention*” Law and Philosophy içinde, S.18, 1999, s.173-185.
MORSE Stephen J.: *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, Boston University Law Review içinde, 76(113), 1996, s.113-155.
RODRIGUEZ-FERRAND Graciela: “*Spain: Parot Doctrine After the ECHR Decision*”, The Law Library of Congress içinde, 2014, ss.1-8: (<http://www.loc.gov/law/help/parot-doctrine/spain-parot-doctrine.pdf>) (Erişim Tarihi: 09.11.2019).
TEPE Harun: Etik ve Metaetik, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., Ankara 2011.
TEPE Harun: Pratik Etik Etiğin Pratik Sorunları, Bilgesu Yay., Ankara 2016.
TEPE Harun: Varlık ve Bilgi Ontolojik Yaklaşımla Felsefe Yapmak, Türkiye Felsefe Kurumu Yay., 2017.
ÜNVER Yener/HAKERİ Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., Ankara 2017.