

SERT ÇEKİRDEKLİ TEMEL HAKLAR

Dr. Pertev BİLGEN*

I. Anayasanın 15. maddesine göre, olağanüstü hallerde (=savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü haller), tabii olağan hallerde evleviyetle, bazı temel hak ve özgürlüklerin bazı unsurlarına dokunulamaz, kullanılmalrı kısmen veya tamamen durdurulamaz veya Anayasanın bu unsurlar için öngördüğü güvencelere aykırı tedbirler alınamaz. Gerçekten Anayasanın 15. maddesinin II. fıkrasına göre: "... savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına¹ (AY 17), maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz² (AY 17); kimse din, vicdan³ (AY 24), düşünce ve kanaatlerini⁴

* İ.Ü.Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı ve İdare Hukuku Profesörü

¹AY 17.-"... meşru müdafı hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili mercinin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkraya hükmü dışındadır.

²AY 17.-"... kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." Anayasa "rızası olmadan" dediğine göre devlet tek taraflı işlem yapamayacak, egemenliğini, kamu kudretini kullanamayacaktır.

³AY 24.-"Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz."

⁴AY 25.- "Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya

Şu halde, bu temel hak ve özgürlükler hakkında devlet organlarından hiç biri işlem veya eylem yapamayacaktır. Örneğin, bireylerin düşüncel ve kanaatlerini veya dini inançlarını açıklamaya zorlanmasının sebep ve usullerini düzenleyen bir kanun yapılamayacağı gibi, hiç bir mahkeme veya idari makam bir kişinin düşüncelerini açıklanmaya zorlanmasına karar veremez ve uygulayamaz. Veya işkence yapılması sebepleri ve usulleri hakkında bir kanun yapılamayacağı gibi hiç bir mahkeme veya idari makam birine işkence yapılmasına karar veremez ve uygulayamaz. Demek ki, olağan veya olağanüstü hallerde, bu temel haklar konusunda işlem yapılması ve uygulanması (=egemenliğin, kamu kudretinin kullanılması) tüm devlet organlarına yasaklanmıştır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme

Olağanüstü haller; Meşru harp fiilleri neticesinde vaki ölüm

Madde 15: "1. Harp veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike halinde her Yüksek Akit Taraf ancak, durumun iktiza ettiği nisbette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerle tezat teşkil eylememek şartıyla, işbu sözleşmede derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilirler.
-2. Yukarıdaki hüküm, meşru harp fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz."

Yaşama hakkı; Ölüm cezası;

Madde 2: "1. Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun

zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz."

⁵AY 38.- "Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. -Suç ve ceza zamanasını ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkraya uygulanır. -Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."

ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez⁶. 2- Öldürme aşağıda derpiş edilen zaruret halleri dışında, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış telakki olunamaz: -a) Her ferdin gayrimeşru cebir ve şiddete karşı korunmasını sağlamak için, -b) Kanun hükümleri dahilinde bir tevkifi yerine getirmek veya kanuna uygun olarak mevkuf bulunan bir şahsın kaçmasını önlemek için, -c) Ayaklanma veya isyanı kanuna uygun olarak bastırmak için."

Eziyet ve işkence; Haysiyet kırıcı ceza; Haysiyet kırıcı muamele;
Madde 3: "Hiç kimse işkenceye, gayriinsani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz."

Kölelik

Madde 4/I: "Hiç kimse köle ve kul halinde tutulamaz."

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi; Ceza kanunlarının geçmişe etkili olmaması ilkesi

Madde 7: "1. Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz. -2. İşbu madde, işlendiği zaman medeni milletler tarafından umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına veya cezalandırılmasına mani değildir."

II. Doktrinde Anayasanın 15. maddesinde sayılan temel hak ve özgürlükler,

⁶Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6.No.lu Protokol,

Md 1- "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu tür bir cezaya çarptırılıp idam edilemez."

Md 2- "Bir devlet, savaş zamanında ya da yakın (**imminent**) savaş tehdidi durumunda işlenen eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hüküm bulundurabilir. Bu tür bir ceza, ancak yasayla belirtilmiş durumlarda ve yasa hükümleri uyarınca uygulanabilir. Adigeçen Devlet bu yasanın ilgili hükümlerini Avrupa Konseyi sekreterine bildirir".

Md 3- Sözleşmenin 15. maddesine dayanarak bu Protokolün hükümlerine aykırı davranılmaz."

Md 4- "Sözleşmenin 64. maddesine dayanarak bu protokolün hükümlerine aykırı davranılmaz."
Türkiye bu Protokolü imzalamıştır.

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya dair Sözleşmenin 15. maddesi ile karşılaştırılmakta, temel hak ve özgürlükler arasında bir ayırım yapılmakta ve olağanüstü hallerde bile dokunulamayan, kullanılmalari kısmen veya tamamen durdurulamayan veya Anayasanın bu temel hak ve özgürlükler için öngördüğü güvencelere aykırı tedbirler alınamayan *bu haklara sert çekirdekli temel haklar denilmektedir*. Böyle bir ayırım yaparak temel hak ve özgürlükler arasında bir hiyerarşi yaratılması benim düşünceme göre mümkün bulunmamaktadır. Evvela, Anayasaya göre de, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya dair Sözleşmeye göre "yaşama hakkı" sert çekirdekli temel haklar arasında değildir. Çünkü, *Anayasa'ya göre yaşama hakkı. olağan⁷ ve olağanüstü⁸ hallerde, yalnız yürütme ve idare organına karşı korunmuştur*. Kanun koyucu "bir insanın öldürülmesi sebepleri ve usulleri hakkında bir kanun" yapabileceği gibi (=idam hakkını gerektiren suçlar), mahkemeler ve T.B.M.M. de "bir insanın öldürülmesine" (=idam edilmesine) karar verebilirler. Adliye teşkilatına dahil olan bir savcı da bir insanı öldürebilir (=idam cezasını infaz edebilir). Sözleşmeye ve Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin 6 No.lu Protokola göre ise olağan zamanlarda idam cezası kaldırılmıştır ama savaş ve yakın savaş tehdidi hallerinde idam cezasına izin verilmiştir⁹. Öte yandan, eğer böyle bir ayırım yapılacaksa, sert çekirdekli temel haklar Anayasanın 15. maddesinde veya sözleşmede sayılan temel haklar ve özgürlüklerden ibaret değildir. Sözleşmenin 15. maddesine göre "*hiç kimsenin köle ve kul*" tutulmama hakkı da bu haklar arasındadır. Buna karşılık, *masumiyet karinesi ile din, vicdan ve düşünce ve kanaatleri açıklamaya zorlama yasakları* da Sözleşmeye göre sert çekirdekli temel haklardan değildir. Dahası, *Angarya yasağının¹⁰ (=Çalışma özgürlüğü AY 48, AY 18)), bir insanın kendisini veya kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya delil*

⁷AY 17.- "Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali..."

AY 87.- "Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, ... mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek..."

⁸AY 15.- "... Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazı dışında..."

⁹Türkiye bu Protokolü imzalamamıştır.

¹⁰Angarya parasız zorla çalıştırmadır. Anayasada ayrıca sözü edilen zorla çalıştırma ise paralı zorla çalıştırmadır. Anayasanın 18. maddesinin İkinci fıkrasında düzenlenmiştir.

göstermeye zorlanması yasağının¹¹ (AY 38), hatta tüm zorlama yasaklarının¹² (=ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya¹³, (AY 24) dernek¹⁴ (AY 33) ve sendikalara¹⁵ (AY 51) üye olmaya, üye kalmaya ve üyelikten ayrılmaya zorlama yasakları), genel müsadere yasağının¹⁶ (AY 38), vatandaşın sınır dışı edilmesi ve yurda girmesinin önlenmesi yasaklarının¹⁷ (AY 23), suç sebebi ile vatandaşın geri verilmesi yasağının¹⁸ (AY 38), ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin¹⁹ (AY 38), ilk ve orta öğretimden sonraki din eğitim ve öğretimin kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine²⁰ bağlı olmasının²¹, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulma yasağının²² niçin sert çekirdekli temel haklar arasında bulunmadığı ve bu sebeple, olağanüstü hallerde bu hakların kısmen veya tamamen durdurulması veya bunlar hakkında Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınmasını anlamak benim için

mümkün bulunmamaktadır²³. Olağan hallerde olduğu gibi olağanüstü hallerde de saydığım bu temel hak ve özgürlükler konusunda işlem yapılması ve uygulanması (= egemenliğin, kamu kudretinin kullanılması) tüm devlet organlarına²⁴ yasaklanmıştır. Bu sebeptir ki, bazılarınca, Anayasa ve Sözleşmenin 15. maddeleri dayanak gösterilerek yapılan sert çekirdekli temel haklar ayrımı sun'i ve kabul edilemez bir ayırımdır²⁵.

¹¹AY 38.- "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."

¹²Çünkü her zorlama herkesin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlali ile mümkündür. Veya her zorlama işkenceyi birlikte getirir.

¹³AY 24.- "Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, ... zorlanamaz."

¹⁴AY 33.- "Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz."

¹⁵AY 51.- "Hiç kimse sendikaya üye olmaya, üye kalmaya, üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."

¹⁶AY 38.- "Genel müsadere cezası verilemez."

¹⁷AY 23.- "Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz."

¹⁸AY 38.- "Vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilemez."

¹⁹AY 38.- "Ceza sorumluluğu şahsidir."

²⁰Anayasa "kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcilerinin talebine bağlıdır" dediğine göre devlet tek taraflı işlem yapamayacak, egemenliği, kamu kudretini kullanamayacaktır.

²¹AY 24.- "Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır."

²²Anayasa "rıza"dan söz ettiğine göre tek taraflı işlem yapamayacaktır.

²³Olağanüstü hallerde vatandaş suç sebebiyle niçin geri verilsin? Bir kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayan beyanda bulunmaya niçin zorlansın? Niçin genel müsadere cezası verilsin? Vatandaş niçin sınır dışı edilsin? Vatandaşın yurda girmesi niçin yasaklansın? Ben olağanüstü hallerin gerekli kıldığı haklı, makul ve hukuki sebepler bulamıyorum.

²⁴Yalnız devlet organlarına karşı değil bireylere karşı da korunmuşlardır.

²⁵Doğru olanı, bazı temel hak ve özgürlüklerin yapılarının herhangi bir müdahaleye elverişli olmadığıdır.