



# KÜRESEL BAKIŞ

## ÇEVİRİ HUKUK DERGİSİ

( Üç Ayda Bir Yayınlanır )

18

**YIL:5, SAYI:18, Temmuz 2015**

**ISSN: 2146-1376**



**SAHİBİ/OWNER**

Yılmaz AKÇİL  
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi

\*

**GENEL EDİTÖR/GENERAL EDITOR**

Ertan AYDIN  
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı

\*

**EDİTÖR/EDITOR**

Aşkın GÜVEN  
Hâkim

**SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/EDITOR IN CHIEF**

Fethullah SOYUBELLİ  
Hâkim

\*

**YAYIN KURULU/EDITORIAL BOARD**

Yılmaz AKÇİL  
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı  
Danıştay Üyesi  
Rifat İNANÇ  
Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı  
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK  
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK  
Yargıtay Üyesi

Dr. Gürsel ÖZKAN  
Danıştay Üyesi

\*

**KAPAK TASARIM/COVER DESING**

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK

\*

**YAYIN YÖNETİM MERKEZİ  
PUBLICATION MANAGENEMET CENTER**

Türkiye Adalet Akademisi  
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095  
Çankaya - Ankara

**Tel:** 312 489 81 80 • **Faks:** 312 489 81 01

**E-posta:** bilimsel.dergi@taa.gov.tr

**Web:** www.taa.gov.tr

**BASKI**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,  
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ/ANKARA

## YAZIM VE YAYIM KURALLARI

- \* Dergide; hukuk, adalet, adli bilimler, yargı, yönetim, devlet ve sosyal bilimler konularında yabancı dilde yazılmış hakemli ve hakemsiz makaleler ile yüksek mahkeme kararları ve mevzuat hükümlerinin çevirilerine yer verilmektedir.
- \* Dergiye gönderilen çevirilerin daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar bu hususu çeviri gönderimi sırasında kabul etmiş sayılır. Bir başka yerde yayımlanmış olan çeviri eserlerin yayın hakkı çeviri sahibine ait olması durumunda çeviri ücreti ödenip ödenmeyeceği Yayın Kurulunun takdirine bağlıdır.
- \* Dergiye gönderilecek çeviri makale çevirisi ise; söz konusu makalenin yazarından, makalesinin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren yazının yanı sıra, makalenin Türkçe'ye çevirilerek yayımlanmasına izin verdiğini gösteren izin yazılarının (e-posta yolu ile de alınmış olabilir) Türkiye Adalet Akademisi Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanlığına ulaştırılması gerekmektedir.
- \* Çevirilerin öncelikle [www.taa.gov.tr](http://www.taa.gov.tr) internet sitesinden "makale ve çeviri gönder" bölümünden gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
- \* Çeviri eser göndermek isteyen yazarların, çevirisini yaptıkları metnin orjinal halini de yayımlandığı kaynağı da belirtmek suretiyle metin (word) olarak göndermeleri gerekmektedir. Metin 11.5 Times New Roman, 6nk atr aralığı, iki yana yaslı, kenarlardan 2, üst taraftan ise 3 cm boşluklu olacak şekilde yazılmalıdır.
- \* Dergiye gönderilen çeviriler Yayın Kurulunun uygun bulması ile incelemek üzere bir hakeme gönderilebilir. Çeviri eser üzerinde hakemlik yapacak kişilerde dil yeterliliğine ve akademik unvana dikkat edilir. Hakem denetiminden geçmiş olan bir çeviride bu husus dipnot olarak gösterilir.
- \* Çeviri eser gönderenler, metnin ilk sayfasında ad, soyad, akademik unvan, görev, e-posta gibi bilgileri belirtmek zorundadır.
- \* Yazarlara ve hakemlere "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Teklif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" hükümleri kapsamında hesaplanan ücretin 2 katı tutarında çeviri ücreti ödenmektedir.
- \* Dergiye gönderilen çevirilerin yayımlanıp yayımlanmayacağı e-posta ile yazarlarına bildirilir.

- \* Hatalı veya izinsiz çevirilerden kaynaklanan sorumluluk çevirene aittir. Türkiye Adalet Akademisi'nin saptadığı yayın ilkeleri doğrultusunda metinler üzerinde biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

## DANIŐMA KURULU\*

Prof. Dr. Adem Sözüer  
Prof. Dr. Ahmet Gökçen  
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz  
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu  
Prof. Dr. Ali Güzel  
Prof. Dr. Anıl Çeçen  
Prof. Dr. Arzu Ođuz  
Prof. Dr. Atilla Özer  
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay  
Prof. Dr. Bahri Öztürk  
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz  
Prof. Dr. Bilge Öztan  
Prof. Dr. Cevdet Yavuz  
Prof. Dr. Cumhuri Şahin  
Prof. Dr. Ejder Yılmaz  
Prof. Dr. Emine Akyüz  
Prof. Dr. Ender Ethem Atay  
Prof. Dr. Enver Bozkurt  
Prof. Dr. Erdal Tercan  
Prof. Dr. Erkan Küçükğüngör  
Prof. Dr. Faruk Turhan  
Prof. Dr. Feridun Yenisey  
Prof. Dr. Fügen Sargin  
Prof. Dr. Gökhan Oral  
Prof. Dr. Hakan Hakeri  
Prof. Dr. Hakan Pekanitez  
Prof. Dr. Haluk Burcuođlu  
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutođlu  
Prof. Dr. Hasan Bacanlı  
Prof. Dr. Hasan Tunç  
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz  
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk  
Prof. Dr. İbrahim Kabođlu  
Prof. Dr. İhsan Erdođan  
Prof. Dr. İmdat Elmas  
Prof. Dr. İsmail Kayar  
Prof. Dr. İsmail Kırca  
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin  
Prof. Dr. Kayıhan İçel  
Prof. Dr. Kemal Gözler  
Prof. Dr. Kudret Güven  
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz

Prof. Dr. Mehmet Tevfik Gülsoy  
Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz  
Prof. Dr. Metin Feyziođlu  
Prof. Dr. Metin Günday  
Prof. Dr. Mithat Sancar  
Prof. Dr. Muhammet Özekes  
Prof. Dr. Muharrem Kılıç  
Prof. Dr. Mustafa Akkaya  
Prof. Dr. Mustafa Avcı  
Prof. Dr. Mustafa Erdođan  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım  
Prof. Dr. Mustafa Koçak  
Prof. Dr. Nadir Arıcan  
Prof. Dr. Nevzat Koç  
Prof. Dr. Nuray Ekşi  
Prof. Dr. Osman Doğru  
Prof. Dr. Osman Pehlivan  
Prof. Dr. Ömer Ulukapı  
Prof. Dr. Salih Cengiz  
Prof. Dr. Sami Selçuk  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin  
Prof. Dr. Selma Çetiner  
Prof. Dr. Serap Yazıcı  
Prof. Dr. Sermet Koç  
Prof. Dr. Serpil Salaçin  
Prof. Dr. Sühâ Tanrıverdi  
Prof. Dr. Şanal Görgün  
Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı  
Prof. Dr. Şükrü Kızılot  
Prof. Dr. Tankut Centel  
Prof. Dr. Tayfun Akgüner  
Prof. Dr. Tefvik Odman  
Prof. Dr. Timur Demirbaş  
Prof. Dr. Turan Yıldırım  
Prof. Dr. Ümit Biçer  
Prof. Dr. Veli Özer Özbek  
Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı  
Prof. Dr. Yavuz Atar  
Prof. Dr. Yener Ünver  
Prof. Dr. Yusuf Karakoç  
Prof. Dr. Zehra Odyakmaz

\* Sıralama isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

## İÇİNDEKİLER

Karşılıklı Anlaşma Usulüne Eklenen Tahkim Hükümü: Yeni BM Model Vergi Anlaşması Hakkında Düşünceler.....	1
Allison CHRISTIANS <i>Çeviren: Doç. Dr. Leyla ATEŞ</i>	
69/123, Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Hukukun Üstünlüğü.....	7
<i>Dr. Ahmet ULUTAŞ</i>	
Türk Sığınmacıların Töre Cinayeti Sebebiyle Birleşik Krallık'a Sığınma Başvuruları ve Sığınmada Cinsiyet Boşluğu.....	13
Doç. Dr. Sibel SAFİ <i>Çeviren: Arş. Gör. Eda Ayca ARAS</i>	
Absürtler Ülkesine Hoş Geldiniz Terörle Mücadelede Yeni Suç Tipleri.....	41
Profesör Dr. Mark A. Zöllner, TRIER <i>Çeviren: Semih YUMAK, LL.M.</i>	
Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Çözümü İçin Yeknesak Politikalar.....	63
<i>Tamer SOYSAL</i>	
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölüm Emel BOYRAZ/Türkiye Kararı .....	71
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Bölüm Asiye GENÇ/Türkiye Kararı.....	99

***Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi'nin tarandığı veri tabanı:***



# KARŞILIKLI ANLAŞMA USULÜNE EKLENEN TAHKİM HÜKMÜ: YENİ BM MODEL VERGİ ANLAŞMASI HAKKINDA DÜŞÜNCELER

Allison CHRISTIANS\*

Çeviren: Doç. Dr. Leyla ATEŞ\*\*

Birleşmiş Milletlerin vergi komitesi, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasında kullanılmak üzere tasarlanan Birleşmiş Milletler model vergi anlaşmasının son versiyonunu geçen ay açıkladı. 2011 güncellemesindeki önemli yenilikler arasında “tahkim”in karşılıklı anlaşma hükmüne bir seçenek olarak eklenmesi, bilgi değişimi hükümlerinin genişletilmesi ve tahsilât hükmüne yardımın eklenmesi yer almaktadır. Bu yazı söz konusu değişikliklerden ilkinde odaklanmaktadır.

“Tahkim” terimi tırnak içine, gerçek anlamda tahkim olarak kabulü mümkün olmadığından alınmıştır. Tıpkı eşdaşı OECD gibi, BM model anlaşmasının yeni hükmü daha ziyade uzman kararına ya da daha az yargısal nitelikte olan, üçüncü kişi görüşüne benzemektedir.

Çünkü tahkimin uluslararası vergi hukuku dışındaki hemen hemen tüm bağlamlarda bir numaralı özelliği, bağımsız bir kurulca incelendikten sonra ortaya çıkan neticenin tarafları bağlayıcı gücüdür. Tahkim yargısal kararlara alternatif olarak getirildiğinden, taraflar tahkim kurulunun kararını reddedebiliyorsa, o zaman gerçekte beyanı karar değil tavsiye niteliğinde olacak bu kurul, sadece, bir harici görüş elde edilmesi aracı gibi görünmektedir. BM modelinin hükümleri bu hususta OECD’nikilerden daha kötüdür. Çünkü BM modelinde, vergi mükellefinin dışında tahkim isteyen ve bedelini kendileri ödeyen taraflar (yetkili makamlar) kurul kararını geçersiz hale getirebilir. OECD modeline göre, yalnızca

---

\* Allison Christians Wisconsin Üniversitesi Madison, Wisconsin’nde (ç.n. yeni McGill Üniversitesi Hukuk Fakültesi H. Heward Stikeman Vergi Hukuku Kürsüsü Montreal, Quebec’de) hukuk doçentidir. Ulusal ve uluslararası vergi hukuku ve politikası alanında yazmakta ve öğretmektedir. Kendisini Tax, Society & Culture adlı blogundan ve Twitter’da @taxpolblog adresinden takip edebilirsiniz.

\*\* İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Mahmutbey Dilmenler Cad. No: 26, 34218 Bağcılar/İstanbul, leylaates@hotmail.com.

vergi mükellefi bu talihsiz güce sahiptir.

Bir sona ulaşmada menfaati olan herkes reddedebiliyorsa, tahkimin hangi amaca hizmet ettiği merak edilebilir. Bazıları tümüyle bağlayıcı bir vergi tahkimi önündeki engelin egemenlik olduğunu – bağımsız bir karar vericiye bırakmanın tek başına devlete ait olan bazı münhasır hukuksal alanları ihlal edebileceği gerekçesiyle- ileri sürmektedir. BM komitesi yerinde olarak bu savunulamaz tutumu, “egemenlik, yetkili makamları bir vergi ihtilafında anlaşmaya varamadıkları takdirde, devletlerin özel vergi uzmanlarından teşekkül bir tahkim heyetinin kararıyla bağlı sayılacaklarını öngören bir vergi anlaşmasına girmelerini engellemektedir” diyerek reddetti.<sup>1</sup> Eğer durum buysa, yetkili makamlara tahkim kurulunun karar verme yetkisini geçersiz kılma imkânı tanıma kararı gerçekten garip gözükmektedir. Bunun, gelişmekte olan ülkeler dâhil olsun olmasın, vergi anlaşması işleyişini nasıl geliştireceği katiyen açık değildir.

Eğer ülkelerin istedikleri yetkili makam karar verme sürecinin parçası olarak özel vergi danışmanlarından görüş alma imkânı ise, neden bunu başarmak üzere bir model hükümü tasarlayacaklarını ve bunun karşılıklı anlaşma usulü sürecini alternatif uyumsuzluk halli ile genişletmek veya desteklemekle ilgili olduğu samimiysiz düşüncesini geçersiz kılamayacaklarını açıklamamaktadır. Uzman kararı olarak adlandırılırsa, sonrasında tahkim alanındaki kimseler en azından uluslararası vergicilerin nereye varmaya çalıştıklarını anlayabilir. Daha iyisi, aslında olduğu gibi-bağlayıcı olmayan üçüncü parti görüşü olarak adlandırılabilir ve tahkimciler tamamen dışarıda bırakılabilir.

Fakat vergi anlaşması modeli tasarısını hazırlayan BM’den ve başka yerlerden kimselerin neden bunun gerçek amaç olduğunu kabul etmek istemeyebilecekleri sosyopolitik açıdan açıklanabilir. Çünkü tüm bu tahkim işinin birincil anlamı uzmanları seçmek (vergi avukatları, muhasebeciler, ve iktisatçılar) ve bu özel sektör çalışanlarını iki devlet arasında gelirin paylaşılması konusunda de facto olarak karar verici konumuna yükseltmektir.

---

<sup>1</sup> BM Vergi Konularında Uluslararası İşbirliği Uzmanlar Komitesi, Uyuşmazlıkların Halli Altkomite Raporu: Karşılıklı Anlaşma Usulünün Geliştirilmesi için Ek Mekanizma Olarak Tahkim (6 Ekim 2010).



Uluslararası vergi hukuku yapımının bu şekilde özelleştirilmesi herkesi, özellikle sıkıntı vereceği gelişmekte olan ülkeleri, uzmanların sıklıkla sadece gelişmekte olan ülkelere belirlenir görünmesi karşısında endişeye sevk etmelidir. BM bu olasılığı göz önünde bulundurmuş ve “tahkim sürecinin adil sonuçlara ulaşması için hakem kurulunca gelişmekte olan ülkelerin (ve geçiş ülkelerinin) pozisyonlarının anlaşılmasını teminen bu ülkelere bağımsız ve tarafsız hakemleri bulundurmaları gereklidir.” şeklinde açıklamada bulunmuştur. Aynı zamanda, Komite “uluslararası vergilendirmedeki uzman grubunun oldukça sınırlı olması ve büyük çoğunluğunun profesyonel faaliyetlerinden veya yayınlarından görüldüğü üzere yanlı olması”ndan endişe etmektedir. Komite devamlı tarafsızlığı sağlamak için denenecek yollar bulunduğunu açıklasa bile, bunun gelişmekte olan ülkeler için büyük bir endişe kaynağı olduğu açıkça görünmektedir. Dahası OECD temsilcileri, konferanslarda ve çalıştaylarda, gelişmiş ülkelere vergi uzmanlarının ulaşılabilirliğini, başka türlü bu kişilerden tek taraflı olarak danışmanlık almak çok pahalı olabileceğinden, gelişmekte olan ülkelere tahkimi satış unsuru olarak yüksek sesle dile getirme fırsatını kaçırmamaktadır. Tahkim: başka türlü ilgisiz kalacak vergi uzmanlarının hedefiniz için yarışmasını sağlamanın ucuz yolu.

Belki de, genel bilgisini, deneyimini ve çeşitli vergi konularındaki uluslararası uzlaşma hakkındaki görüşlerini kullanmak suretiyle gelişmiş ve gelişmekte olan iki ülke arasında vergilendirme haklarının nasıl dağıtılacağını belirleyecek olan, sadece veya ekseriyetle gelişmiş ülke uzmanlarından oluşan bir uzman kararı kurulunun bakışını göz önünde bulunduralım. Bu yapılamada gelişmekte olan ülkeler için daha çok kontrol değil risk görünmektedir. Dahası, bu fiilen vergi anlaşmalarının yorumlanmasında OECD politika pozisyonlarının hâkimiyetinin devamını sağlar. Bu hâkimiyet çeşitli vergi politikası konularına bakışa bağlı olarak az veya çok hoş görülebilir, ama transfer fiyatlandırması-anlaşma temelli uyuşmazlık hallinin her biçiminde karar verilmesi gereken en yaygın konu- gibi konularda mevcut fikir ayrılığı dikkate alındığında özellikle problemli görünmektedir.

Bu etkenler uzmanların seçiminin çok önem taşıdığını göstermektedir. Bir tahkim uzmanının dile getirdiği üzere:

*tıpkı emlak değerinin sürdürülebilirliğini sağlayan üç elemanın “konum, konum, konum” olması gibi, herhangi bir tahkimin bütünlüğünü sağlayan en kritik etkenlerin “hakem, hakem, hakem” olduğu gözlenmektedir.<sup>2</sup>*

Hakemlerin kararı ihtilafın çözümüdür. Bu, gelişmekte olan ülkelerden uzmanlar daima ve mutlaka gelişmiş ülkeler lehine karar verecekler demek değildir; BM’in ortaya koyduğu kaygının aksine, tersi de doğru olabilir. Ancak diğer bağlamlarda tahkim literatürüne bir bakmak, endişe etmek-devletlerin işbirliği halinde gelirlerinin dağıtımını için kabul ettikleri yapı ilerlerken en azından ihtiyatlı olmak için bir neden olduğunu ortaya koymaktadır. Bu özellikle transfer fiyatlandırması gibi devamlı uluslararası vergi politikasının büyük ve hararetli çekişmeli konularına isabet etmesi muhtemel şeyleri içeren hadiselerde doğrudur.

Uluslararası vergi politikası topluluğunun beklenmedik biçimde büyük bir çoğunluğuna göre, vergi anlaşmalarında tahkim gerçekte yetkili makamları anlaşma çabalarında acele etmeye zorlayan bir araçtan başka bir anlama gelmediğinden, bunlardan hiçbiri gerçekte bir endişe teşkil etmemektedir. Bu yorumcular bizim tahkimi uzlaşma tekerleklerini yağlamak-en fazla bir tehdit ve kesinlikle bir söz değil- görmemizi istemektedir. Fakat eğer dünya etrafındaki hükümetler bütün sıkıntıyı gerçekten kullanma niyetinde olmadıkları tamamen yeni bir uyuşmazlık çözüm kurumu yaratmak için tecrübe ediyorsa, bu cidden inanılmaz olur. Hükümetlerin muhtemel hakemlerin listelerini dikkatlice incelemekle meşgul oldukları gerçeği, bunun asla güvenilir olmadığını akla getirmektedir.

Vergi anlaşması tahkim hükümlerini uzlaşma tekerleklerinin yağı olarak resmetmek yerine, bu hükümleri geniş bir tahta at olarak resmetmek daha doğru olur. İçindeki ordunun ne başarmak istediğine ilişkin spekülasyondan öte çok az şey yapabiliriz. Şüphesiz, tahkim hem uzman hakemlerin kendileri hem de Uluslararası Ticaret Odası gibi yardımcı kuruluşlar için kârlı bir endüstridir. Aynı zamanda kendini uluslararası vergi politikasında “market lideri” olarak tanımlayan OECD tarafından geliştirilen ürünler için bir dağıtım sistemidir. Genel olarak ve belki de karmaşık ve gizemli uluslararası vergilendirmenin dünyasında özellikle,

---

<sup>2</sup> William Park, “Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent,” 46 San. Diego L. Rev. 629, 632 (2009).

alternatif uyuşmazlık çözümü fikrinden hoşlanmak için pek çok sebep olabilir. Fakat vergi anlaşması tahkiminin şekillenme tarzı en azından kaygılandırıcıdır.

BM model tahkim hükmü hem yapısal hem de amacı bakımından tuhaftır ve bu tuhaflığı içinde daha ziyade kozmetik olan farklılıklarına rağmen OECD'nin şematüğünü tam olarak yansıtmaktadır. BM modelinde yetkili makam uyuşmazlık çözüm sürecinin biraz daha uzun olması (OECD modelindeki iki yıla karşılık üç yıl), vergi mükellefi yerine yetkili makamların süreci başlatması gerçeği ve yetkili makamların kendi başlarına neticeden caymayı kararlaştırabileceği gerçeği, BM hükmünü bu şematik denklikten kurtarmamaktadır. OECD modelini vasıflandıran çözülmemiş kurumsal ve sosyopolitik konular, yeni BM modelinde büyümüş, azalmamıştır.

BM komitesinin bu ve benzeri tasarım problemlerinin farkında olduğu ve gelişmekte olan ülkeler için seçenekleri açık tutmaya çalıştığı açıktır. Fakat iki taraflı pazarlıklarda gelişmekte olan ülkelerin itiraz etmek pozisyonunda olamayabilecekleri de açıktır. BM modelinde bir model tahkim hükmünün mevcudiyeti, bu yapıyı uluslararası vergi sahasında uygulamanın yerinde olup olmadığı hakkında sözde bir uzlaşmanın kabulünü gerektirdiğinden, bir ülkenin pazarlık pozisyonunu zayıflatmaya hizmet edebilir. Karşılıklı anlaşma usulünün içine yerleştirildiğinde, artık görmezden gelmek güç olacaktır. Vergi uzmanları kurulunun kararları, tıpkı yetkili makamların kararlar gibi daima gizli olacağından, geniş vergi camiasının durumun nasıl geliştiğini izlemek için etkin bir vasıtası olmayacaktır.

Vergi anlaşması tahkimi hakkında derinden şüpheli olmak için iyi nedenler vardır ve BM modelinin OECD modelinden önemsiz ayrılımları bu beliren düzenin gelişmekte olan ülkeler için taşıdığı bilhassa endişe verici özelliklere yönelmemektedir. Gelişmekte olan ülkeler yakın gelecekte –zorunu olsun olmasın- vergi anlaşması tahkiminin kabulüne direnirlerse tümüyle bağışlanabilirler.



## 69/123, ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZEYDE HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ

**Karar (Resolution) Genel Kurul tarafından 10 Aralık 2014 Tarihinde  
Kabul Edilmiştir**

[VI. Komite'nin Raporu üzerine (A/69/502)]

**Dr. Ahmet ULUTAŞ\***

Genel Kurul,

16 Aralık 2013 tarihli ve 68/116 sayılı kararını hatırlatarak,

BM Şartında ve uluslararası hukukta yer alan ve daha barışçıl, müreffeh ve adil bir dünya için vazgeçilmez temeller olan amaçlara ve ilkelere bağlılığını teyit ederek ve bunlara kati saygıyı teşvikte ve dünya çapında adil ve kalıcı barışın kurulması kararlılığını yineleyerek,

İnsan Hakları, hukukun üstünlüğü ve demokrasinin, birbirleriyle bağlantılı ve karşılıklı olarak birbirlerini destekleyen ve BM'nin evrensel ve bölünmez çekirdek değerlerine ve ilkelerine ait olduğunu teyit ederek,

Hukukun üstünlüğüne hem ulusal hem uluslararası düzeyde evrensel bağlılık ve uygulama ihtiyacına ve onun adalet ilkeleriyle birlikte uluslararası hukuka ve hukukun üstünlüğüne dayalı uluslararası düzen için devletlerarasında işbirliği ve barışçıl birlikte var olma için hayati olduğuna kati bağlılığı teyit ederek,

Hükümetlerin hukukun üstünlüğünü teşvik etmek ve pekiştirmekteki çabalarını desteklemek için Şart uyarınca BM tarafından gerçekleştirilen faaliyetleri hatırd tutarak ve güçlendirilmiş teknik yardım ve kapasite inşası yoluyla üye ülkelere talepleri üzerine, kendilerine düşen uluslararası yükümlülüklerin iç hukukta uygulanmasında verilen desteği güçlendirme ihtiyacını vurgulayarak,

---

\* Dr. Hakim/Adli Müşavir, ahmetulutas1@gmail.com

Hukukun üstünlüğünün ulusal ve uluslararası düzeyde ilerlemesinin, kalıcı ekonomik büyümenin gerçekleştirilmesi, sürdürülebilir kalkınma, yoksulluğun ve açlığın ortadan kaldırılması ve tüm temel insan hak ve özgürlüklerinin korunmasında hayati olduğuna ikna olmuş olarak ve sınıraşan tehditlere karşı ortak güvenliğin Şart ve uluslararası hukuk uyarınca etkili işbirliğine dayalı olduğunu kabul ederek,

Tüm devletlerin uluslararası ilişkilerinde BM'nin amaç ve ilkeleri ile bağdaşmayacak şekilde güç kullanma veya kullanma tehdidinde bulunmaktan kaçınma ve uluslararası uyuşmazlıklarını Şartın VI. Bölümü uyarınca, uluslararası barış ve güvenliği ve adaleti tehlikeye atmayacak şekilde barışçıl yollarla çözüme yükümlülüğünü teyit ederek ve henüz böyle yapmamış olan ülkelere de Statüsüne uygun olarak Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisini kabul etmeyi değerlendirmeleri çağrısında bulunarak,

Ulusal ve uluslararası düzeyde adalet ve iyi yönetişime olduğu gibi hukukun üstünlüğüne de saygı duyulması ve teşviki edilmesinin BM ve üye ülkelerinin eylemlerine rehberlik etmesi gerektiğine ikna olmuş olarak,

2005 Dünya Zirvesi Sonuç Bildirgesi paragraf 134 (e)'yi anımsayarak,<sup>1</sup>

1. Genel Kurulun 67.Oturumunun yüksek düzeyli bölümü sırasındaki ulusal ve uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğü hakkındaki yüksek düzeyli toplantısını ve bu toplantıda benimsenen deklarasyonu <sup>2</sup> anımsar, deklarasyonun 41. paragrafı uyarınca BM Genel Sekreterince sunulan raporu not eder ve VI. Komiteden BM'nin üç sütunu ile hukukun üstünlüğü bağlantısını daha da geliştirmek için araç ve yolları değerlendirmeye devam etmesini talep eder;

2. Gönüllü taahhütler yoluyla hukukun üstünlüğünü güçlendirme çabalarını onaylar, henüz böyle yapmamış olan devletleri de ulusal önceliklerine dayalı olarak bireysel veya topluca taahhütte bulunmayı değerlendirmeye cesaretlendirir ve taahhütte bulunan devletleri de bu konulardaki bilgi, birikim ve iyi uygulama değişimine cesaretlendirir;

---

<sup>1</sup> Karar 60/1.

<sup>2</sup> Karar 67/1.

3. Genel Sekreterin BM'nin hukukun üstünlüğü faaliyetlerinin güçlendirilmesi ve koordinasyonu hakkındaki yıllık raporunu not eder<sup>3</sup>;

4. Genel Kurulun uluslararası hukukun ve onun kodifikasyonunun artan oranlı geliştirilmesini cesaretlendirici rolünü ve devletlerin uluslararası hukuk altındaki yükümlülükleriyle bağlı olduklarını bir kere daha teyit eder;

5. BM Şartında yer alan ilkeler uyarınca, uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün desteklenmesi ve teşvikinin zaruri olduğunu da teyit eder;

6. Genel Sekreterin yönetim ofisinde, Hukukun Üstünlüğü Koordinasyon ve Kaynak Grubu ve Hukukun Üstünlüğü Birimi tarafından, "Uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün teşviki" konusunda, üye ülkelerle başlatılan diyalogu memnuniyetle karşılar ve bu diyalogun uluslararası düzeyde hukukun üstünlüğünün teşviki amacıyla sürdürülmesi çağrısı yapar;

7. Ulusal düzeyde hukukun üstünlüğüne bağlılığın önemini ve talepleri üzerine üye ülkelere, güçlendirilmiş teknik yardım ve kapasite inşası yoluyla uluslararası yükümlülüklerinin içeride uygulanmasına desteğin güçlendirilmesi ihtiyacını vurgular;

8. Genel Sekreterden BM kuruluşları ile bağış yapanlar ve alanlar arasında daha fazla koordinasyon ve uyum sağlaması talebini ve kapasite inşası faaliyetlerinin etkinliğinin geliştirilmesi için muhtemel önlemler de dahil olmak üzere bu tür faaliyetlerin etkinliğinin daha fazla değerlendirilmesi çağrısını yineler;

9. Bu bağlamda, hukukun üstünlüğü faaliyetlerinin ulusal bağlama bağlı olması gerektiğinin ve devletlerin kendi hukukun üstünlüğü sistemlerini geliştirirken farklı ulusal deneyimleri olacağının bilincinde olarak, yasal, siyasal, sosyoekonomik, kültürel, dinsel ve diğer yerel hususiyetleri gözönüne alarak, uluslararası normların ve standartların üzerine bina edildiği ortak özelliklerin de bilincinde olarak, ulusal sahipliğin artırılması için Hukukun Üstünlüğü Merkezi yardımıyla ulusal perspektifler yerleştirilmesi ve tüm paydaşlar arasında diyalogun güçlendirilmesi çağrısı yapar;

---

<sup>3</sup> A/69/181.

10. Genel Sekretere ve BM sistemine, uygun olduğu ölçüde, neredeyse BM'nin temas ettiği tüm alanlarda hukukun üstünlüğünün öneminin farkında olarak, ilgili faaliyetlerinde hukukun üstünlüğüyle ilişkili faaliyetlere kadınların da katılmaları dahil olmak üzere, hukukun üstünlüğü veçhesine sistematik olarak yer vermeleri çağırısı yapar;

11. BM sistemi içindeki mevcut görevler kapsamında, Hukukun Üstünlüğü Koordinasyon ve Kaynak Grubu'nun, Hukukun Üstünlüğü Birimi tarafından da desteklenen ve Genel Sekreter Yardımcısının liderliği altındaki genel koordinasyon ve uyum rolüne tam desteğini bildirir;

12. 63/128 sayılı ve 11 Aralık 2008 tarihli kararının 5.paragrafı uyarınca, Genel Sekreterden, bir sonraki BM'nin hukukun üstünlüğü faaliyetleri hakkındaki yıllık raporunu vakitlice sunmasını talep eder;

13. Geçiş adaletinin anahtar unsuru olarak hukukun üstünlüğüne güvenin yeniden tesisinin önemini tanır;

14. Üye ülkelerin, adli yardım da dahil herkesin adalete erişimini teşvik eden; adil, şeffaf, etkili, ayrımcı olmayan ve hesap verebilir hizmetler sunmak için gerekli tüm adımları atma taahhütlerini hatırlatır; daha ileri diyalog ve adli yardım dahil adalete erişim yoluyla ve uygun düştüğü ölçüde hem medeni hem cezai yargılama usullerinde, hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesindeki ulusal uygulamaların paylaşılmasına cesaretlendirir; hükümetlere talepleri üzerine bu bağlamda sunulan yardımın yoğunlaştırılması ihtiyacını vurgular;

15. Ulusal uygulamaların paylaşımının ve katılımcı diyalogun önemini vurgular ve Genel Sekreteri, hukukun üstünlüğü konusundaki en iyi ulusal uygulamalarının gönüllü olarak paylaşımı için üye ülkelere yollar önermeye ve Genel Kurula 70.Oturumda sunacağı yıllık raporuna 61/39 sayılı ve 4 Aralık 2006 tarihli, 62/70 sayılı ve 6 Aralık 2007 tarihli, 63/128 sayılı ve 11 Aralık 2008 tarihli, 64/116 sayılı ve 16 Aralık 2009 tarihli, 65/32 sayılı ve 6 Aralık 2010 tarihli, 66/102 sayılı ve 9 Aralık 2011 tarihli ve 67/97 sayılı ve 14 Aralık 2012 tarihli kararlar uyarınca yapılan tematik tartışmaların analitik özetini dahil etmeye davet eder;

16. Genel Sekreteri ve BM sistemini hukukun üstünlüğü faaliyetlerine yüksek



öncelik vermeye cesaretlendirir;

17. Uluslararası Adalet Divanı ve BM Uluslararası Ticaret Hukuku ve Uluslararası Hukuk Komisyonunu, Genel Kurula sundukları raporlarında hukukun üstünlüğünü teşvikteki rolleri hakkındaki yorumlara yer vermeyi sürdürmeye davet eder;

18. Hukukun Üstünlüğü Koordinasyon ve Kaynak Grubu ve Hukukun Üstünlüğü Birimini, üye ülkelerle düzenli, şeffaf ve kapsayıcı bir şekilde ve bilhassa gayri resmi bilgilendirmelerle etkileşim içinde olmayı sürdürmeye davet eder;

19. Hukukun Üstünlüğü Biriminin görevlerini etkin ve kalıcı bir şekilde yerine getirmesi ihtiyacını ve kendisine bu etkinin sağlanması için gerekli olan uygun vasıtaların sağlanması gereğini vurgular;

20. “Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Hukukun Üstünlüğü” başlıklı bir maddeyi 70. Oturumunun geçici gündemine dahil etmeye karar verir ve üye ülkeleri, “Hukukun Üstünlüğünün Teşviki ve İlerletilmesinde Çok Taraflı Sözleşme Süreçlerinin Rolü” alt başlığı üzerine yapılacak olan VI. Komite tartışmasına yorumlarını odaklamaya davet eder.

68. Genel Kurul  
10 Aralık 2014



# TÜRK SIĞINMACILARIN TÖRE CİNAYETİ SEBEBİYLE BİRLEŞİK KRALLIK'A SIĞINMA BAŞVURULARI VE SIĞINMADA CİNSİYET BOŞLUĞU\*

Doç. Dr. Sibel SAFİ\*\*

Çeviren: Arş. Gör. Eda Aycan ARAS\*\*\*

## ÖZET

Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi, mülteciye dair basit bir tanım sunar ve sorun da töre cinayeti gibi ciddi insan hakkı ihlali olan durumların, bu Sözleşmede meşru olarak mülteci tanınması sağlayacak temellerden birine dâhil edilemediği durumlarda ortaya çıkar. Töre cinayetleri genellikle özel ya da aile içi bir durum olarak görülmüştür ve mevcut tanımlar ile Cenevre Sözleşmesi'nin yorumu içinde cinsiyete dayalı zulmün tanınması önündeki engel de, bu zulmün yapıldığı “Üçüncü Dünya” ülkelerinin kültürel farklılıkları olduğu görüşüdür. Birleşik Krallık, sığınma talebinin temeli olan töre cinayeti sebebiyle korkuyu “belli bir toplumsal gruba mensubiyet” kriterine göre değerlendirir. Ancak “belli bir toplumsal gruba mensubiyet” i yorumlamak için yargı mercilerince kullanılan metotlar, töre cinayetlerine dayalı sığınma taleplerinin yargılamasını olumsuz etkileyen ve tutarsız hükümlere ve adil olmayan farklılıklara yol açan bir uygulama birliğinin eksikliğini ortaya koymaktadır.

## GİRİŞ

Pek çok kültürde aile bağları toplumda önemli rol oynar; bireyin kimliği böyle bir kültürle sıkı sıkıya bağlıdır ve ailenin onurunun ailenin her bir üyesine birey-

---

\* Makale, “Honour Killing Asylum Applications Of Turkish Asylum-Seekers In The Uk And Asylum Gender Gap” adıyla Gendered Perspectives on International Development (GPID) Working Papers (2013) dergisinde yayınlanmıştır. Ayrıca Doç. Dr. Sibel Safi'nin “Death by Culture: Accountability in International Law” kitabında da yer almıştır. (Lambert Academic Publishing, 2013 pp.89-101.)

\*\* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

\*\*\* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, edaaycanaras@gmail.com .

sel olarak yansımaları algısı vardır. Bunun bir sonucu olarak da, aile adını lekelemek aile üyelerinden ciddi şiddete varan tepkiler gelmesine yol açabilir ki töre cinayetlerinde olan da budur.<sup>1</sup> Londra'daki bir olayda, Kürt bir baba, 16 yaşındaki kızı Heshu Yones'u bir erkek arkadaşı olduğu yönündeki dedikodular ve "fahişe gibi davranışları" üzerine öldürmüştür. İngiltere'den başka bir örnekte ise Pakistanlı bir erkek, annesinin yardımıyla kız kardeşini boğarak öldürmüştür. Öldürme sebepleri ise ailenin, kızlarının evlilik dışı ilişki yaşadığını düşünmesidir.<sup>2</sup> "Şeref" e dayalı şiddet üç temel unsuru taşımaktadır: bir kadının davranışı üzerinde kontrol, bir erkeğin bu kontrolün kaybı üzerine duyduğu utanç duygusu ve bu utancın artması ve kadınlar ile LGBT üyelerine yönlendirilmesinde bir topluluk ya da ailenin katılımı.<sup>3</sup> Yasalar "şeref" suçlarını ve cinayetlerini; aile şerefini koruma algısından kaynaklanan ve erkeklerin üzerlerindeki kontrolüne meydan okuyan kadın davranışında vücut bulan şiddet olarak tanımlamaktadır. Bunların içerisinde geleneksel ideolojinin öngördüğü şekilde kadınlara atanan cinsel, ailevi ve toplumsal roller ve beklentiler yer alır.<sup>4</sup>

Eşcinsellik de akrabalar tarafından işlenen töre cinayetlerine bir temel oluşturur. Bir olayda, Ahmet Yıldız, eşcinsel bir Türk öğrenci, aile onurunu kurtarmak adına bir kafe dışında aile üyeleri tarafından öldürülmüştür.<sup>5</sup> Uygun düşünce cinsiyet rolleri ve davranışlarını düzenleyen sosyal ve kültürel normlar göstermektedir ki eşcinseller de insan hakları ihlaliyle yüzleşmekte ve zulüm çekmektedir. Bazı kültürlerde, cinsel yönelimi serbestçe seçme ve uygulayabilmede geleneksel kısıtlamalar vardır ve bu davranışların aileye ve topluma utanç getirdiğine inanılır.<sup>6</sup> Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği şöyle der: "LGBT bireyler tarafından yapılan başvurular, genellikle fiziksel ve cinsel şiddet, uzun süreli alıkoyma, tıbbi istismar, infaz tehdidi ve töre cinayetlerini açığa çıkarmaktadır."<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Bedell, 2004.

<sup>2</sup> Uluslararası Af Örgütü, 1999.

<sup>3</sup> Ilkcaracan, 1998.

<sup>4</sup> Ilkcaracan, 1998.

<sup>5</sup> Independent, 2008.

<sup>6</sup> Dever&Bacon, 2010.

<sup>7</sup> UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, 2011.

Özel raportörün 2002'deki kadınlara karşı şiddet içeren kültürel uygulamalara ilişkin BM raporuna göre<sup>8</sup> töre cinayetleri Mısır, Ürdün, Lübnan, Fas, Pakistan, Suriye, Türkiye, Yemen ve diğer Akdeniz ve Basra Körfezi'ndeki diğer ülkelerde işlenmekle beraber Fransa, Almanya, Birleşik Krallık gibi batılı ülkelerin göçmen topluluklarında da görülmektedir. Bu rapora ek olarak, töre cinayetleri, Bangladeş, Brezilya, Ekvator, İsrail, İtalya, Fas, İsveç, Türkiye ve Uganda'da da yaşanmaktadır. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün savunma direktörü, töre cinayeti uygulamasının "kültürler arası ve dinler arası" olduğunu söyler.<sup>9</sup>

Potansiyel kurbanların az alternatifi vardır. Eğer anavatanından zamanında kaçabilecek kadar şanslıysa, sığınma, onlara özellikle yaşama haklarını korumak için sunulması gereken önemli bir çözümdür.

Amerika Birleşik Devletleri'ndeki bir sığınma kararında, Yaylaçiçeği v. Gonzales<sup>10</sup>, Türkiye'de kökten dinci bir aileye mensup olan Mehriban Yaylaçiçeği başını başörtüsüyle kapamak gibi sıkı giyinme kurallarına tabiydi ve evden biri olmadan dışarı çıkmasına izin yoktu. Bir seferinde telefonda biriyle konuşmak gibi aile kurallarına ters gelen bir hareketi sonucu erkek kardeşlerince bıçaklanmıştı. Mehriban turist vizesiyle ABD'ye kaçmayı başardı ve Türkiye'ye gönderilirse aile adına leke sürdüğü gerekçesiyle aile üyelerince öldürüleceği korkusuyla sığınma talebinde bulundu.<sup>11</sup> Orta Doğu ilişkileri ve Türkiye'deki insan hakları konusunda uzman olan tanık, Mehriban'ın dönmeye zorlanması durumunda bir töre cinayeti kurbanı olacağını belirtti.<sup>12</sup> Bu davada uzman tanığın vardığı sonuç, Türkiye'de polislin genelde yeteri ilgiyi göstermediği ve cezaların hafif kalması nedeniyle töre cinayetlerinin yaygınlığı gerçeğine dayanmaktaydı.<sup>13</sup> Mehriban'ın sığınma başvurusu reddedilmişti, çünkü Türkiye'de belli bir toplumsal gruba mensubiyet kriterini kanıtlayamamıştı. Prochazka'nın savına göre bu tarz davalarda mahkemeler sıklıkla, başvuranın zulme maruz "belli bir toplumsal gruba" mensubiyetini ortaya

---

<sup>8</sup> UNHCR handbook, protection of women and girls, 2002.

<sup>9</sup> Mayell, 2008.

<sup>10</sup> US.175 F. App'x 33,34 – 7th Circuit 2006.

<sup>11</sup> US.175 f. App'x 33-34 – 7th Circuit 2006.

<sup>12</sup> Prochazka, 2012.

<sup>13</sup> Prochazka, 2012.

koyamaması sebebiyle başvuruyu reddetme yoluna gitmektedir.<sup>14</sup>

Belirli bir toplumsal grup, zulüm görme riskinden başka değişmez karakteristik özellikler paylaşan yahut toplum tarafından grup olarak algılanan veya insan onuru açısından önemli nedenler yüzünden bir araya gelen insan topluluğudur. Belirli bir toplumsal gruba mensubiyet, Cenevre Sözleşmesi'nde belirtilmiş ve sığınma başvurusunda bulunulabilecek beş temelden biridir. 1951 Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair Cenevre Sözleşme, mültecinin kim olduğunu tanımlayan, sığıma tanınan bireyin haklarını ve sığınma veren devletin sorumluluklarını ortaya koyan çok taraflı bir sözleşmedir. Cenevre Sözleşmesi, mültecinin basit bir tanımını yapar ve mültecinin “ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korkan” kişi olduğunu söyler.<sup>15</sup> Sorun, töre cinayeti gibi ciddi insan hakları ihlallerinin, sözleşmede yer alan ve meşru bir şekilde mülteci tanınması sağlayan beş temelden birine açıkça girmediği zaman ortaya çıkmaktadır.

Birleşik Devletler, sığınma temeli olarak töre cinayetine kurban gitme korkusunu ele alırken belli bir toplumsal gruba mensubiyeti yorumlamakla birlikte Shah ve Islam (Pakistan) davasına atıfta bulunur. Shah ve Islam davasında, beraber temyizde bulunanlar, Pakistan'da aile içi şiddete maruz kalmış ve bunun sonucu olarak Birleşik Krallık'a kaçmış Pakistanlı, evli iki kadındı. Birleşik Krallık'ta kalmalarına istisnai bir izin çıktıktan sonra, bu iki kadın “belli bir toplumsal gruba aidiyet” kriterine dayanarak mülteci başvurusunda bulundular. Başvurularında, Pakistan'da yanlış bir şekilde kocaları tarafından zina yapmakla suçlandıklarını ve Pakistan'a dönerlerse cinsel ahlaksızlık nedeniyle kendilerine karşı cezai sürecin başlayacağını ve bunun kırbaçlama ya da taşlamayla ölüm cezasına kadar uzanabileceğini belirtmişler; sonuçta da mülteci statüsünü kazanmışlardır.<sup>16</sup>

Bununla birlikte, Cenevre Sözleşmesi'ne göre, geniş bir grupla zulmü paylaşmaya dayalı bir iddianın ayrı tutulmasına yönelik bir belirleme yoktur. Bir kadın,

---

<sup>14</sup> Prochazka, 2012.

<sup>15</sup> Cenevre Sözleşmesi, 1951.

<sup>16</sup> Judgments-Islam (A.P.) v.secretary of state for the home department Regina v. Immigration Appeal Tribunal and another ex Parte Shah. Conjoined Appeals.

tek başına ya da aynı zulmü paylaşarak belli bir grup oluşturan insanlarla zulüm edilip edilmediğine bakılmaksızın mülteci olarak değerlendirilmeye alınmalıdır.

28 Ekim 2002 tarihinde, Birleşik Krallık'a yapılan bir sığınma başvurusunda, Türkiye'den Kırççek<sup>17</sup>, iznini almadan kendisinin evlenmesini ayarlayan babasından zulüm görme korkusunu taşımaktaydı. Aynı zamanda, aile adını lekelediği gerekçesiyle müstakbel eşinden de zulüm görme korkusu taşımaktaydı. Dava sırasında hâkim; toplumsal grubun, Türkiye'de toplumsal normları çiğneyen ve ailelerine utanç getiren kadınlar olarak tanımlanması durumunda bu grubun zulümden bağımsız olarak var olup olamayacağını açık ve net olmadığını belirtti. Başvuranın iki temel korkusu babasından ve müstakbel kocasından duyduğu korkuydu ki bu da bireysel bir durum olarak değerlendirildi.<sup>18</sup>

Davacının iddialarına göre, kendisi sosyal normları çiğnemişti çünkü artık baskire değildi ve bu açığa çıkacak, uğrayacağı ayrımcılık da Devlet tarafından tolere edilecekti. Türkiye'deki yasaların kadınlara karşı açık bir ayrımcılık içerdiğini ve bunun bir örneğinin de töre cinayetlerine uygulanan ceza indiriminin olduğunu öne sürdü. Hâkimlerin geleneğe önem verdiğini ve üzerlerinde daha hafif cezalar verilmesi konusunda toplumsal bir baskı olduğunu; kadınların Türkiye'de ikincil bir statüye sahip olduğunu ve Türk yasalarının Pakistan yasaları kadar ileri gitmemesine rağmen arada ciddi bir fark olmadığını belirtmiştir. İddiasına göre, kendisi Türkiye'deki sosyal normları çiğneyen kadınlar toplumsal grubunun bir üyesini oluşturmaktaydı.

47. paragrafta hâkim, Lordlar Kamarası'nın Shah ve İslam kararına atıfta bulunarak Pakistan'daki kadınların belli bir toplumsal gruba üye olduğunu; hepsinin, cinsiyetlerinin getirdiği sabit karakteristiklere sahip olduğunu ve grup olarak yaşadıkları toplumda kendilerine karşı ayrımcılık yapıldığını ve yine grup olarak devlet korumasından yoksun olduklarını belirtmiştir. Hâkime göre aynıları Türkiye için söz konusu olamazdı. Başvuru da Türkiye'de belli bir grup kadına karşı devlet tarafından göz yumulan veya onaylanan bir toplumsal ayrımcılık olmadığı gerekçesiyle başarısız olmuştur. Hâkim, başvuranın Türkiye'ye dönmesi

---

<sup>17</sup> Turkey CG(2002) UKIAT 55491-Kircicek.

<sup>18</sup> UKIAT 55491 – Kırççek.

üzerine Türk otoritelerince sunulacak korumayı seçmesi gerektiğini belirterek sonuca varmıştır.<sup>19</sup>

Birleşik Krallık'taki 4 Ekim 2002 tarihli başka bir sığınma başvurusunda da<sup>20</sup> başvuran Sever, ilk mülakatında eşcinsel olduğunu söylemediğini, çünkü SEF'i (statement of evidence form – kanıt beyan formu) tamamlarken yanında kayınbiraderi olduğunu ve kayınbiraderinin cinsel yönelimini ciddi bir şekilde reddedeceğini belirtti. 1999 ya da 2000 yılında, eşcinsel olduğunu anladıktan sonra iki polis memurunun kendisine ağaçlık bir alanda tecavüz ettiğini iddia etti. O sırada gözaltında değildi, ancak polis memurları davranışlarından dolayı şikâyetinde bulunursa ailesine söyleyecekleri tehdidinde bulundular. Başvuran, aynı zamanda askerlik hizmeti için kendisine çağrı geldiğini doğrulayıp, her ne kadar otoriteleri eşcinsel olduğu konusunda ikna edebilirse bu hizmette bulunması gerekmesede bu durumda “pembe kart” alacağını ve ailesinin eşcinsel olduğunu öğrenip aile onurunu lekelediği gerekçesiyle öldürüleceğini belirtti.<sup>21</sup>

Başvuranın iki polis memuru tarafından tecavüze uğrayıp uğramadığı konusunda hâkim şu sonuca vardı: Tecavüz gerçekleşmiş olsa bile, bunun sorumlusu polis memurları bu saldırıyı eşcinselleri korkutmak ve aşağılamak amacıyla resmi bir politika sonucu yapmamışlardır ve bu hareketlerine üstlerince göz yumulmayacaktır. Bu nedenle hâkim, bu kişilerin devletin sorumluluğunu doğuracak şekilde zulmün vekilleri olarak tanımlanamayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda, hâkim, başvuranın askeri hizmete itirazını değerlendirmiş; bunula birlikte başvuranın eşcinselliği resmen kabul edilmeden önce taciz edilebileceğini not etmiştir.<sup>22</sup>

Fakat Türkiye'de eşcinselliğin aile onurunu lekeleyen bir sebep olmasına rağmen hâkim davayı cinsel yönelimin töre cinayetlerinin başlıca sebeplerini oluşturması açısından değerlendirmemiştir. Başvuran, Türkiye'ye dönmesi durumunda, cinsel yönelimin sosyal normlara ve dine bir itaatsizlik oluşturması sebebiyle töre cinayetinin kurbanı olacağını iddia etmiştir. Hâkim de sonuç ola-

---

<sup>19</sup> UKIAT 55491-Kircicek.

<sup>20</sup> MS-Risk-Homosexual-Turkey CG(2002)UKIAT 05654-Sever.

<sup>21</sup> MS-Risk-Homosexual-Turkey CG(2002)UKIAT 05654-Sever.

<sup>22</sup> UKIAT 05654-Sever.



rak, başvuranın Mülteci Sözleşmesi'nde açıklandığı gibi sağlam temele dayanan bir zulüm görme korkusu yaşamadığını ve Türkiye'deki belli bir toplumsal gruba aidiyeti ispatlayamadığı için başvurusunun reddedildiğini belirtmiştir.<sup>23</sup>

Bununla birlikte 2007'de Yeni Zelanda'daki bir davada, Türk başvuranın aynı sebeplerden dolayı töre cinayetine kurban gitme korkusuna ve kadınlara karşı cinsiyetleşmiş baskıya dayanan iddiası Sözleşme'ye göre bir ölüm tehdidi olarak kabul edilmiş ve bu kişiye mülteci statüsü verilmiştir.<sup>24</sup> Kürt toplumunun bir üyesi olan başvuran, ölüm tehdidi altındaydı; çünkü başvuran boşanma istemekte, kocasının ailesi de buna izin verilmeyeceği ve böyle bir şeyin hiç yaşanmadığı gerekçesiyle potansiyel faildi. Kürt aile, bütün Kürt toplumu önünde aşağılanmaları sebebiyle "onurlarını temizlemek" için toplumsal bir baskı altındaydı. Yeni Zelanda Mülteci Durumu Temyiz Makamlığı, onurun Türkiye'de önemli bir değer olduğunu ve bunun erkekleri, kadınlar ve onların cinselliği üzerinde katı bir kontrol uygulamaya zorladığını kabul etmektedir. Hâkimin belirttiği üzere, bu topluluk kuralları ve davranış kodları, kolektif kararlar ve cezalandırma fiilleri ile alakalıdır.<sup>25</sup> Eninde sonunda, Türk toplumunda gücün dağıtımı ve uygulanmasına yahut kadın üzerindeki katı ataerkil baskısına ilişkindir.<sup>26</sup> Mülteci Durumu Temyiz Makamı'nın kararında belirtildiği üzere Türkiye'de onur, örf-adet hukukuna yerleşmiş ve kadınlarla erkeklerin ahlaki değerlerini düzenlemiştir.<sup>27</sup> Mülteci Durumu Temyiz Makamı; başvuranın, sunduğu olgular ışığında belli bir toplumsal gruba, Türkiye'deki kadınlar grubuna ait olduğu; bu grubun bir üyesi olarak devlet dışı kişiler tarafından (kocas, kocasının ailesi ve kendi ailesi) zarar görme tehlikesi içinde bulunduğu ve etkin devlet korumasından yoksun olduğu sonucuna vardı.<sup>28</sup>

Bunlar, "belli bir toplumsal grup" kriterini sunarak sığınma talepleri reddedilen kadınlar açısından davalarda bir yeknesaklık eksikliğini gösteren örneklerdir. Mahkemeler sıklıkla, başvuranlardan belli bir toplumsal gruba ai-

---

<sup>23</sup> UKIAT 05654-Sever.

<sup>24</sup> New Zealand-Appeal no:76044.

<sup>25</sup> New Zealand-Appeal no:76044.

<sup>26</sup> Erturk, 2003.

<sup>27</sup> New Zealand-Appeal no:76044.

<sup>28</sup> Appeal no:76044.

diyetlerinden dolayı zulüm görme tehlikesini ortaya koymalarını beklemektedir. Bir potansiyel töre cinayeti mağduru, sığınma talebinde bulunduğu zaman, “belli bir toplumsal grup” tanımı konusundaki yeknesaklık eksikliği tutarsız kararlara yola açıp kadınların koruma taleplerinin bir devlette kabul edilip başka bir devlette kabul edilmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bir toplumsal grubu tespit ederken, mahkemelerin genelde esnek analizler sunduğu görülmektedir.

Bununla birlikte, töre bir kural olarak bazı toplumların örf adet hukuku içerisinde yer almakta ve toplumun ahlaki değerlerini düzenlemektedir. Örf adet hukuku içerisine yerleşmiş toplumsal normların ihlali düşünülünce, Sözleşme kriterlerinden “siyasi düşünce” kriterine göre değerlendirilmelidir. “Siyasi düşünce” kriteri çerçevesinde değerlendirme, töre cinayetleri sebebiyle sığınma taleplerine bir çözüm olmalıdır; çünkü LGBT bireylerin ve kadınların baskıcı töre kurallarına karşı dirençleri siyasi bir direnç olarak algılanmalıdır. 1951 tarihli sözleşmede, “siyasi düşünce” kavramı; belli limitler çerçevesinde, politika, kural, örf adet hukukunu ilgilendiren konularda geniş olarak algılanmalıdır.<sup>29</sup> Cenevre Sözleşmesi’ne göre siyasi mülteci, düşünceleri sebebiyle takip edilen birey olarak algılanmaktadır. Töre cinayetlerinin potansiyel mağdurları ise toplumla çatışan düşünceleri nedeniyle toplum baskısına maruz kalmaktadır. LGBT bireyler de töre cinayetlerine kurban gitmektedirler, çünkü cinsel yönelimin toplum içinde uyulması beklenen kendi kuralları vardır. Töre cinayeti bazı toplumlarda örf adet hukuku haline gelen bir olay olmuş, kurbanlar toplum tarafından düzenlenmiş uygun cinsiyet rollerini yerine getirmeye zorlanmıştır. Bununla birlikte, failer de yine toplum kurallarına uygun olarak ve mevcut hukuki düzenin dışında yer alan metotlarla aile şerefini sağlamak için baskı altında bulunur. Baba ya da erkek kardeş gibi hükümet dışı unsurlar, suçlanan kişinin toplum kurallarına itaat etmediği kararını kendileri verir. Örneğin, 2008’de Irak’tan bir davada, Rand Abdel Kader, Irak’ta İngiliz bir asker ile ilişkisi olduğu için babası tarafından öldürülmüştü. Baba, polis tarafından gözaltına alınmış, fakat iki saat içerisinde serbest bırakılmıştır. Serbest bırakıldıktan sonra, polis memurlarını kastederek “Onlar erkek ve şeref ne olduğunu biliyorlar.” demiştir.<sup>30</sup> Ayrıca,

---

<sup>29</sup> Supreme Court of Canada in Attorney General v.Ward-1993.

<sup>30</sup> Guardian, 2008.

“İki oğlumu da uyardım. Eğer herhangi bir eşcinsel ilişkiyle kendilerini kirletirlerse Rand ile aynı sonu paylaşacaklardır. Bu suçlar ölümü hak ediyor, Allah'ın adına ölümü hak ediyor.” diyerek eklemiştir.<sup>31</sup> Bu örnek gösterdiği üzere, mevcut hukuki düzenin dışında toplumun kendi kuralları vardır ve bazen polis memurları bu toplumun parçası olarak bireysel bir şekilde bu olaylara göz yumabilmekte ve bunun sonucu olarak bu olaylar hukuk düzeni önünde yer almamaktadır. Ayrıca bazı toplumlarda, cinsiyet ayrımcılığı doğrudan yasalaştırılmış ve ayrımcı olguları da içeren bazı toplumsal normlar, aşağıda da inceleyeceğimiz gibi kurumsallaştırılmıştır.

Bu makalenin ilk bölümünde giriş ile birlikte töre cinayetleri, Birleşik Krallık'ın mevcut sığınma hukuku mekanizmaları A.B.D ve Yeni Zelanda kararlarıyla karşılaştırmalı olarak kısaca sunulmakta; belirli bir toplumsal grup kriterinin gereklilikleri ve bununla ilgili verilen kararlarda yeknesaklık olmadığı kısa bir açıklamayla sağlanmaktadır. İkinci bölüm ise, Türkiye'de töre cinayetlerinde devlet koruması eksikliğini, ayrımcı yasalara devletin dâhil olmasını, mevcut hukuki yorum metotları altında belirli bir toplumsal gruba aidiyet kriterinin elverişliliğini, Birleşik Krallık yasalarının işleyişini ve sığınması reddedilebilecek pek çok kadın için sağladığı kapsayıcı koruma teminini ortaya koymakta; bunu yaparken de kültürel görecelik ve evrensel yaklaşımları beraber tartışmaktadır. Bu makale, Cenevre Sözleşmesi'ni yorumlamada bir reform sunarak ve töre cinayeti tehdidinden kaçıp sığınma arayanlar için yeknesak uygulamaya olan ihtiyacın altını çizerek insancıl bir çağrıyla sonuçlanmaktadır.

## I. İHTİLAFIN ARKA PLANI

### A. Devlet Dışı Organlar Aracılığıyla Zulüm ve Kültürel Farklılıklar

Bazı kültürlerde kadınlar ve LGBT bireyler, hukukun veya kültürel ya da dini kuralların empoze ettiği ve haklarını kısıtlayan ayrımcı muameleye ve toplumsal törelere maruz kalırlar.<sup>32</sup> Bu kültürlerde kadınlar giyimleri için belli bir kurala uymak durumunda ve belli eğitimleri almalarına izin verilmemekte yahut bazı

---

<sup>31</sup> Guardian 2008.

<sup>32</sup> Crawley, 2001.

alanlarda çalışmamakta, aileleri tarafından seçilen erkekle evlenmeye zorlanmakta veya önemli medeni ve siyasi haklardan yoksun bırakılmaktadır.<sup>33</sup> Kadının statüsünün daha aşağı olduğu varsayımına dayanan dini, kültürel ve toplumsal kurallara karşı gelmeleri sonucu zulüm korkusu yaşayan kadınlar, zulüm sayılabacak kadar ciddi bir ayrımcılığa maruz kalabilirler (örneğin Sierra Leone'deki kadın sünneti, Pakistan ve Türkiye'deki töre cinayetleri, Hindistan'da çeyiz sebebiyle kadın yakmalar). Bu karşı çıkma sonucu zulme varacak şekilde orantısız ağır cezalarla cezalandırılabilirler (örneğin İran gibi kadınların ruj sürdüğü için kamçıldığı ülkelerde, ya da Afganistan gibi kadınların erkek bir akrabaları eşlik etmeden sokağa çıkmaları sonucu taşlandığı yahut öldürüldüğü ülkelerde).<sup>34</sup>

Bunlar, pek çok ülkede töre konseptinin öneminde aksettirilmekte ve kadınlar itaatsizlik gerekçesiyle öldürülmektedir.

Batılı bazı devlet mahkemelerinde, sanığın dini ya da kültürel arka planı bir mazeret olarak dikkate alınabilir. Örneğin, İsveç'te Elden A. Davasında, kızını töre sebebiyle öldüren babanın cezası kültürel geçmişi nedeniyle hafifletilmiş, kasten adam öldürme yerine taksirle adam öldürmeden mahkûm olmuştur.<sup>35</sup> Hâkimler ve avukatlar belli suçlar için sanıkların cezalarını azaltmak adına kültürel, etnik ve dini geçmişlerine dayanmış; , “kültürel faktörleri geleneksel savunmaya dâhil ederek” kültürel farklılıkları sanığın akli durumunu değerlendirmek için kullanmıştır.<sup>36</sup> People v Chen davasında mahkeme, kültürel savunmayı, kendisini aldattığı için karısını öldüren Çinli bir göçmenin cezasını azaltmak için kullandı; çünkü mahkeme Chen'in şiddete yönelmesinin sebebinin erkekliğini kaybetmesiyle ilgili geleneksel Çin değerleri sebep olduğuna kanaat getirdi.<sup>37</sup>

Örneğin, İngiliz Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında, ülkesine dönmesi halinde kadın sünnetine zorlanmaktan korkan Sierra Leone'li bir kadının sığınma başvurusu reddedilmiştir. Hâkimlerden biri, kadın sünnetinin Sierra Leone nüfusunun çoğunluğu tarafından kabul edilen bir uygulama olduğunu ve bu nedenle

---

<sup>33</sup> Crawley, 2001.

<sup>34</sup> Yuval-Davis, 1995.

<sup>35</sup> Swedish v. 6 NORA 2 [1998], 89.

<sup>36</sup> Spatz, 2001.

<sup>37</sup> Sikora 2001.

ortada bir ayrımcılık olamayacağı argümanını öne sürdü.<sup>38</sup>

Benzer bir şekilde, bir Avustralya davası olan R v. Dincer'de, Türk kökenli olan sanık, 16 yaşındaki kızını kendisini utandırdığı sebebiyle öldürmüştü. Davada esas soru, haksız tahrik savunmasıyla bir indirim yapıp suçlamaların kasten adam öldürmeden taksirle adam öldürmeye düşüp düşemeyeceğiydi. Sanık, Türk ve Müslüman bir altyapıya sahip olduğunu ve bunun "ortalama insan" kriterinde değerlendirmeye alınması gerektiğini ileri sürmüştü. Avustralya Yüksek Mahkemesi, bu kültürel savunma iddiasını reddetti ve etnik kökenin ritüel bir öldürmede ya da sanığın dini veya politik inançlarının yönlendirdiği bir öldürmede dikkate alınmaması gerektiğini ve bunun kendini kontrol etmede "ortalama insan" kriterine dahil edilemeyeceğini belirtti.<sup>39</sup>

Kültürel farklılıklara dayanan savunma sebebiyle bu zulümlerin normalleşmesi; hakların kültürel mi yoksa evrensel mi olması gerektiği tartışmasını beslerse, bu çatışma kolaylıkla kadınların zulüm görmesine yol açabilir. Zorluk da "kültürel farklılık" savunmasının nereye kadar, kadınların haklarına saldırı ve zulüm içeren durumlarda gerçek bir savunma olarak kabul edilebileceği hususunda ortaya çıkmaktadır.<sup>40</sup> Rao'nun belirttiği üzere, kültürel farklılığı korumaya olan ihtiyaca dayanan evrensel haklara karşı getirilen argümanlar aslında farklı çıkarılara hizmet etmekte ve kadınların özgürleşmesine sıcak bakmayan rejimlerce uygulanabilir olmaktadır.<sup>41</sup> "Geleneksel" kültürleri korumaya yönelik iddialar, genellikle aile içinde kadınların boyun eğdirilmesine yol açacak şekilde, aile hayatı gibi alanlarda kontrol sağlamayı öngörür. Molyneux ve Razavi'nin tartıştığı üzere, kadınlıkla birlikte ataerkil otorite ve maskülen ayrıcalıkla özdeşleştirilen roller ve sembolizm genellikle kültürel göstergelerdir ve kadınların bireysel haklarını; "geleneksel", "otantik" veya "ulusal" değerleri empoze etmeye çalışanlarla çatışma içine sokar.<sup>42</sup> Eğer kadınların haklarına yönelik "geleneksel veya kültürel uygulamalar" ve bu durumlara dayanan iddialar arasındaki çatışmalar,

---

<sup>38</sup> Refugee Women's Resource Project Asylum Aid, 2005.

<sup>39</sup> 1982, Viktorya Yüksek Mahkemesi R V. Dincer davasını gördü.

<sup>40</sup> Rao, 1995.

<sup>41</sup> Rao, 1995.

<sup>42</sup> Molyneux, Razavi, 2002.

siğınma başvurularında meşru bir zemin bulmazsa, bu kolaylıkla kadınların zulmüne yol açabilir.

Jack Donnelly, bütün insanların insanlıklarından kaynaklanan hakları olduğunu ve bu hakların cinsiyet, milliyet, etnik köken gibi şartlara bağlanamayacağını ve evrensel bir şekilde en üst seviyede yer alan insan haklarının, eş gibi başka bir insanın yahut kurumun emrine tabi kılınmayacağını ortaya koyarak güncel evrensel yaklaşım doktrinini en iyi şekilde özetleyen kişidir.<sup>43</sup>

## B. Cenevre Konvansiyonu

1951 Mülteci Sözleşmesi ve Mültecilerin Durumuna İlişkin 1967 Protokolü, literatürde de sıkça belirtildiği üzere<sup>44</sup> 2. Dünya Savaşı sonrası Avrupa'sında yapılmış ve bireyleri, siyasal inançları ya da kişisel kimlikleri nedeniyle devlet zulmünden koruma ihtiyacının arttığı Soğuk Savaş döneminde biçimlenmiştir. Fakat sözleşme, dar yorumuyla beraber kadınlara ve LGBT bireylere uluslararası koruma sağlama konusunda hak sağlamamaktadır.

## II. ZULMÜ NE OLUŞTURUR?

1951 Mülteci Konvansiyonu kapsamında zulüm iki unsuru barındırmalıdır: öncelikle "ağır zulüm" (ya da tehdidi) olmalı ve ikinci olarak devlet, bireye koruma sağlamakta aciz veya isteksiz olmalıdır. Fakat tecavüz, töre cinayeti, gelin yakma, kadın sünneti, zorla kısırlaştırma, zorla kürtaj, aile içi şiddet gibi durumların hepsi kadına karşı düzenli olarak işlenen şiddet olaylarıdır.

Kanada rehberindeki kriterleri takip edildiğinde, gittikçe kabul edildiği üzere kadın mültecilerin zulüm deneyimleri 4 geniş kategoride toplanmaktadır.<sup>45</sup>

1. Erkeklerle aynı sebeplerle ve aynı durumlarda zulüm görmekten korkan kadınlar. Bunlar; kadınların kimlikleri nedeniyle – ulusal, ırksal ve toplumsal veya belirli inançları nedeniyle zulme uğramaları durumlarını kapsar. Bu kategorideki kadınlar, sıklıkla bir kadın olarak zulme uğrarlar (örneğin tecavüze uğ-

---

<sup>43</sup> Donnelly, 1998.

<sup>44</sup> Shacknove, 1985; Collinson, 1993.

<sup>45</sup> Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4.

rarlar). Diğer bir deyişle, kadınlar, aynı eylemlerde bulunan ya da aynı kimliği paylaşan erkeklerden farklı şekillerle zulme uğrayabilirler.<sup>46</sup>

2. Zulümden sadece akrabalık sebepleriyle korkan kadınlar. Bu kişiler aynı zamanda, ailelerinin erkek üyelerinin görüşleri sebebiyle zulme uğrayabilirler. Örneğin, bir siyasi aktivistin eşinin de aynı görüşleri taşıyor olduğu düşünülebilir.<sup>47</sup>

3. Cinsiyet sebebiyle ciddi ayrımcılık sonucu zulüm korkusu yaşayan ve devletin onları korumaktan aciz veya isteksiz olması sebebiyle sistematik şiddet görme tehlikesi yaşayan kadınlardır.<sup>48</sup>

4. İhlal edilen dinsel, geleneksel veya sosyal normlar yüzünden zulüm korkusu yaşayan kadınlar.<sup>49</sup>

Savaş zamanı zulüm, bireylerin elinde ve onların toplulukları içinde olmakta ve devlet aracılığıyla olmayan bu zulümler genellikle, uluslararası koruma için gerekli olan devlet kusuru olmadığı gerekçesiyle devre dışı bırakılmakta ve bireysel taciz olarak değerlendirilmektedir.<sup>50</sup> Bu argüman, devletin vatandaşlarına karşı çifte sorumluluğunu tanımada yetersiz kalmaktadır çünkü devletler hem vatandaşlarının haklarını korumak için pozitif yükümlülükle bağlıdır hem de onların hakkını kendisi de ihlal etmemelidir.

1988 yılında, Inter-Amerikan Mahkemesi, Velasquez-Rodriguez davasında şu karara vardı: “İnsan haklarını ihlal eden yasadışı bir fiil, başlangıçta devlete direkt olarak atfedilemese bile (örneğin bir bireyin fiili olması ya da sorumlu kişinin tespit edilememesi sebebiyle) o devletin uluslararası sorumluluğuna yol açabilir. Bunun sebebi sadece fiilin kendisinden değil, Sözleşme gereği bir ihlali önlemek ya da ona karşılık vermekle yükümlü devletin özen yükümlülüğü yerine getirmemesinden kaynaklanmaktadır.”<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4.

<sup>47</sup> Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4.

<sup>48</sup> Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4.

<sup>49</sup> Compendium of Decisions: Canadian Guideline 4.

<sup>50</sup> Crawley, 2001.

<sup>51</sup> Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).

Eğer devlet, kadınları taciz ve şiddete karşı etkin yasal korumadan mahrum bırakıyorsa bu, devlet tarafından suç ortaklığı teşkil eder. Eğer tacizler kontrol edilmezse, mevcut yasalar kadınları koruma konusunda bir kanıt teşkil edemez. Örneğin, töre cinayetlerinin, gelin yakmaların sıklıkla yaşandığı ülkelerde cinayet yaygınlaşmış bir suçtur ve bu suçlar nadiren kovuşturulur. Eğer yasaları destekleyecek siyasal bir arzu yoksa, tek başına yasalar kadınları kötü muameleden koruyamayacaktır. Hükümetlerin, kadınları koruyacak yasaları uygulamamasının ardında pek çok sebep olabilir. Bunların arasında cinsiyete dayalı ayrımcılığın “önemsiz” görülmesi, bunun kültürel veya özel bir durum olduğu algısı, kadın haklarının tam bir insan hakkı olarak tanınmaması ve tacizin önlemek için fazla yayılmış olması gibi sebepler vardır.<sup>52</sup>

Cenevre Sözleşmesi'ne göre, sığınma başvurularında başvuranın, o zulmün kaynağının hükümet olduğunu ya da hükümetin o kişiyi zulümden korumada aciz ya da isteksiz kaldığını ortaya koyması önemlidir. Eğer zulüm, cinsiyetçi görünmeyen ama uygulamada kadını hedef alan ve hükümet tarafından uygulanan ayrımcı kanunlar aracılığıyla yapılıyorsa o zaman devlet müdahalesi açıktır.<sup>53</sup>

Töre cinayetlerinde devletin korumaması sorunu, toplumsal töreler ve ayrımcılıkla alakalı sığınma başvurularında önem taşır, çünkü sıklıkla aile ve topluluk üyeleri devletin yaklaşımının uygulanmasını güvenceye alırlar.<sup>54</sup>

Cinsiyete dayalı zulüm, bazı durumlarda diğer zulümlerden daha gizlidir ve kadının davranışlarında sınırlama şeklinde kendini gösterebilir veya kadının belli bir şekilde davranmasını zorlamayı içerebilir.<sup>55</sup> Kadınlar pek çok bağlamda, hukuk ya da kültürel veya dini normlar aracılığıyla icra edilen ve kadınların haklarını, fırsatlarını kısıtlayan ayrımcı muameleye ve toplumsal törelere maruz kalırlar. Cinsiyetleşmiş sosyal töreler ve ayrımcılık, kanunlaşmış ayrımcılık olarak kendini göstermekle beraber bununla sınırlı değildir.<sup>56</sup> Örneğin; davranışsal kısıtlamalar: bir erkek “koruyucu” olmadan sokağa çıkmama, bekâr kalmanın

---

<sup>52</sup> Bunch, 1990.

<sup>53</sup> Kelly, 1994.

<sup>54</sup> Bhabha, 1993.

<sup>55</sup> ADIMA, 1996.

<sup>56</sup> Crawley, 2001.



sonuçlarını da içerecek şekilde evlilik kökenli zarar, ayrılık, boşanma ve dulluk.<sup>57</sup>

### A. Devlet Korumasında Acizlik

“Ciddi bir zarar” korkusunu ortaya koymak için bir kadın, devletin onu korumada aciz olduğunu ya da korumaya isteğinin olmadığını da ortaya koymalıdır. Toplumsal töreleri ve töre konseptini ilgilendiren sığınma başvurularında, ayırıcı kanunlar aracılığıyla ya da başka sebeplerle kadına verilen zarardan devletin direkt olarak sorumlu olduğu durumlar dışında, kadınlar sıklıkla devletin etkili koruma sağlayamaması sebebiyle devlet dışı aktörlerden de zarar görme korkusu içindedir.<sup>58</sup>

Bazı durumlarda devlet, toplumsal töreleri ve töre konseptini kurumsallaştırmıştır; bu nedenle sığınma başvurusunda bulunan kadınların yaşadığı ya da yaşamaktan korktuğu zararlardan direkt olarak sorumludur. Örnek olarak; Suriye (548) ve Libya (562) Ceza Kanunları, maddelerin uygulamasını muğlak davranışları içeren durumlara genişletmekte ve zina durumlarında hem indirim için bir mazeret hem de istisna sağlamaktadır. Bazı kanunlar bu mazereti eş, oğul, baba ve kurbanın erkek kardeşine kadar genişletmekteyken diğerleri bundan sadece kocaların yararlanmasını öngörür (örneğin; Mısır, Kuveyt, Tunus). Fas Ceza Kanunu ve değiştirilmiş Ürdün Ceza Kanunu, sadece zina durumlarında olmak üzere hem kadına hem erkeğe indirim hakkı tanınmasıyla diğer kanunlardan ayrılır.

Pakistan’da, töre cinayetlerini de içeren pek çok aile içi şiddet vakası Kısas ve Diyet Hükümleriyle kuşatılmıştır. Kısas ve Diyet Hükümleri’ne göre bir birey ve varisi bütün kontrolü ele geçirmektedir. Bunun sonucu olarak töre cinayetlerinde, örneğin mağdurun babası failden tazminat talep edebilir veya fail kızın kendi erkek kardeşiyse baba faili affetme yoluna gidebilir ve töre cinayeti bu şekilde çözümlenmiş olur. Pakistan ve Filistin’de kabile adaleti (Jirga) siteminde, töre suçlarında tazminat; para veya zedelenmiş onuru telafi etmek için kadın verilmesi şeklinde olabilir. Kabile adalet sistemi töre cinayetleriyle iki şekilde baş eder. Birincisi, bir “jirga” töreye karşı gelen kadının öldürülmesini emredebilir.

---

<sup>57</sup> Copelon R., 1994.

<sup>58</sup> Crawley, 2001.

İkinci olarak, bir “jirga” bir töre cinayetinin ardından anlaşmazlığın uzlaştırılması yoluna gidebilir. Jirga'nın uzlaşmayı hedeflemesi durumunda; töre cinayetleri ne soruşturulur ne de kovuşturulur ve failer cezalandırılmaz.<sup>59</sup>

Bu durumlarda, devlet yargısı ve devlet otoriteleri anlaşmazlıkları çözmek için bazen kabile adaleti sistemine dönmekte ve bu da devlet yargısının gelecekte kabile adaleti sistemi gibi alternatif sistemlerle yerinden edilebileceği algısına yol açmaktadır.

Eğer bir devlet, sistemsiz olarak kadınları koruma yükümlülüğünü ihmal ederse, uluslararası soruşturmalarda sorumlu tutulmalıdır. Bir devlet, kadınların haklarının reddine olanak tanıyor, bunu hoş görüyor, haklı gösteriyor veya mazur görüyorsa; orada devlet korumasında bir acizlik vardır.<sup>60</sup>

### III. TÜRKİYE'DE TÖRE CİNAYETLERİ

Türkiye'de töre cinayetleri yaygındır ve farklı eğitim düzeylerinde görülür ve failere çok az kusur bağlanır. İtaatsizlik töre cinayetlerini haklı çıkarmak için en çok kullanılan sebeptir.

2008 yılı Haziran ayında Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'nın bir raporu, sadece İstanbul'da her hafta bir töre cinayeti işlendiğini ve geçmiş 5 yılda da 1000 vaka tespit edildiğini ortaya koymaktadır.<sup>61</sup> Kadın ve Aile Bakanlığı istatistiklerine göre, son 5 yılda töre cinayetlerinde 1806 kadın öldürülmüştür, bu da sayının gittikçe arttığını göstermektedir. Ayrıca 5375 kadın da aynı dönemde intihar etmiştir. Bazı durumlarda, kadınlar ve kızlar öldürülmez fakat burunları kesilir; istenmeyen evliliklere zorlanır ( buna tecavüzcülerle evlendirme de dâhildir) veya dışlanır ve aileleri tarafından reddedilirler ve başka bir yerde yaşamaya zorlanırlar. Aynı şekilde, “ahlaksız” duruma dâhil olan adam da bazen öldürülür veya yaralanır.

Amerika Birleşik Devletleri Dış İşleri Bakanlığı'na göre, 2010 Yılı Ülkelere Göre İnsan Hakları Raporu'nda Türkiye, aile için şiddet mağduru kadınlara barı-

---

<sup>59</sup> Mansour, 1982.

<sup>60</sup> Crawley, 2001.

<sup>61</sup> Turkish Daily News, 2008.

nak sağlanması hakkındaki kanunu uygulama konusunda yavaş bir gelişme kaydetmektedir. Hükümet, 2005 yılında, töre cinayetlerine verilen cezayı arttırdıktan sonra aile üyeleri, onurlarını korumak için kızları üzerinde intihar etmeleri için baskı kurmaktadırlar.<sup>62</sup> Guardian Weekly'e göre<sup>63</sup> Güneydoğu'da yer alan 250.000 nüfuslu Batman şehrinde 2001 yılından beri 300'den fazla kadın intihara teşebbüste bulunmuştur. Bir cinsiyet perspektifinden, ceza kanunu genel anlamda yeterlidir; fakat uygulama aşamasında ciddi sorunlarla karşılaşmakta ve toplumsal gerçeklikte ciddi bir boşluk var olmaktadır. Güneydoğu Bölgesi'nde, namus özellikle önemlidir, çünkü kurallar örf-adet hukukuna kodifiye edilmiştir, bu da "töre" olarak anılmaktadır.

Çeyiz ya da gelin parası uygulanan ataerkil yapılarda, kadınların vücutları ve cinselliklerini düzenleyen katı kurallar vardır.<sup>64</sup> Aile erkeklerinden oluşan bir toplantıda, bir töre cinayetine karar verilir ve genellikle en genç erkek çocuk bu ölümü gerçekleştirir ve cinayet mahkemeye intikal ederse yaşından dolayı daha az ceza alması söz konusu olur.<sup>65</sup>

#### **IV. TÖRE CİNAYETLERİNDE BİRLEŞİK KRALLIK SİĞİNMA BAŞVURUSU POLİTİKASI**

Birleşik Krallık, töre sebebiyle öldürülme korkusunu kabul etmek için Shah ve İslam – Pakistan<sup>66</sup> davasına atıfta bulunmakta ve sözleşmeyi yorumlayarak belirli bir toplumsal gruba aidiyet kıstasını kullanmaktadır. Birleşik Krallık davalarında, cinsiyetleşmiş toplumsal normlardan kaçan kadınların belirli bir toplumsal grup oluşturup oluşturmadığı konusundaki görüşler genelde olumsuzdur. BMMYK, belirli bir toplumsal grubun tanımının yapılmasında yardımcı olmuş ve şunu ortaya koymuştur: belirli bir toplumsal grup, zulüm görme riskinden başka ortak karakteristik özellikleri taşıyan veya toplum tarafında bir grup olarak algılanan gruptur.<sup>67</sup> Karakteristik özellikler genellikle temelden kaynaklanan, değişmeyen

---

<sup>62</sup> state.gov.turkey-2010.

<sup>63</sup> Guardian, 2007.

<sup>64</sup> Cook, 1994.

<sup>65</sup> Mansour, 1982.

<sup>66</sup> Lordlar Kamarası, 1999.

<sup>67</sup> CIRB, 1996.

ya da kimlik, bilinç ya da insan hakları açısından esas teşkil eden özelliklerdir. Uluslararası içtihat, belirli bir toplumsal grubun varlığını belirleme açısından iki yaklaşım vardır. Birincisi “korunan özellikler” ya da “değişmezlik” tir, bu da grubun değişmez bir özellik veya insan onuruna esas teşkil edip asla reddedilmemesi gereken bir özellik taşımasıdır.<sup>68</sup>

Ejusdem generis doktrini olarak anılan bu doktrin, kadınların belirli bir toplumsal grup oluşturduğuna kanaat getirilen Shah ve İslam davasında Lordlar Kamarası tarafından en yararlı bulunan doktrindir. Ejusdem generis, kelime anlamıyla “aynı türden” demek olup spesifik terimleri takip ederek daha genel bir terimi tanımlamaya yardımcı olan bir yapı kuralıdır ve yasa belirli, tutarlı insan sınıflarını numaralandırdığında ya da özellikle listelediğinde yorumlanmalıdır. Bu da belirli bir toplumsal grup tanımını sonuçta manasız hale getirecektir, zira devlet koruması yokluğunda devlet ya da devlet dışı aktörler tarafında zulme uğramış herkes bu kategoriye girer ve mülteci statüsüne sahip olur.<sup>69</sup> Grubun; uyum, işbirliği veya dayanışma içinde olması şartı aranmadığı gibi gönüllü, derneksel bir ilişkiye de gerek yoktur. Üyelerinin homojen olmalarına gerek yoktur ve geniş sayıda insanı barındırabilir.<sup>70</sup>

## **V. POLİTİKA, BİR KADININ CİNSİYETLEŞMİŞ POLİTİKALARA DİRENDİĞİ DURUMLARDA BUNU POLİTİK DİRENİŞ SAYACAK ŞEKİLDE DEĞİŞTİRİLMELİDİR**

Belirli bir toplumsal grup kriterinde, değişmez özellikleri paylaşan veya insan onuruna esas teşkil eden sebepler için bir araya gelen gruplardan başka toplumsal gruplar da mevcuttur. Zulüm ihtimaline göre bu grupların çerçevesini oluşturmak, her bir durumun diğeriyle alakası olmasına rağmen her zaman yeknesaklıkla sonuçlanmaz. Sözleşmenin mülteci tanımı, zaman ve yer gibi kişisel durumlara dikkat etmeyi gerektirir; zira bütün durumlar, risk altında olanları benzer unsurları taşıyan diğerlerinden ayırt etmek için birleşebilir.

1951 Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme kapsamında “belirli bir toplumsal gruba aidiyet” kavramına dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiyesi

---

<sup>68</sup> Goodwin-Gill, McAdam, 2007.

<sup>69</sup> Yahyaoui Krivenko, 2010.

<sup>70</sup> Macdonald I. QC and Toal R, 2008.

2004/9 şunu belirtmektedir: “belirli bir toplumsal grup”, zulüm görme riskinden başka ortak özelliklere sahip ya da bu özelliklerin kendisine atfedildiği gruptur ve toplum tarafından bir grup olarak algılanır ya da devlet ya da zulmü yapanlar tarafından bir grup olarak tanımlanır ve başvuran, zulmü yapanın toplumsal gruba yönelik saikine dair kanıtları sunmak zorundadır.<sup>71</sup>

Pek çok akademisyen, cinsiyet temelli iddialara yaklaşım konusunda bir reform için çağrıda bulunmuştur. Töre cinayetleri, dünya çapında pek çok ülkede büyük bir problem teşkil etmektedir ve potansiyel mağdurlar fazla alternatife sahip değildir; bu nedenle sığınma, hayatlarını korumak adına özellikle sağlanması gereken bir çare olmalıdır. Fikrimize göre, potansiyel mağdurlara siyasi düşünceleri sebebiyle sığınma sağlamak, devletin tutarsız sığınma politikalarına çare olmalıdır. Çünkü eğer bir kadın veya LGBT birey, cinsiyetleşmiş baskıya karşı geliyorsa bu direniş siyasidir.

Birleşik Krallık'taki Sığınma Başvurularının Belirlenmesi İçin Cinsiyet Rehberi, atfedilmiş siyasi düşüncüyü, “Bir kadın, kadına karşı kurumsallaşmış ayrımcılığa karşı koyarsa ya da toplumsal veya kültürel normlardan bağımsız olarak görüşlerini belirtirse yahut gerçek siyasi düşüncesi ya da isnat edilmiş veya edilecek siyasi düşünceler sebebiyle zarar görmekten korkuyorsa; o kadın, hareketleri ya da hareketsizliği sebebiyle, kurulmuş siyasi/toplumsal yapıda siyasi olarak zıt görüşlerini belirtiyor olarak algılanır.”<sup>72</sup>

Özel alan ise kadınların eşit muamelesi açısından tartışmalıdır ve kamu ile özel alanın farklılaşması, sığınma başvurularında bir ayrımcılığa yol açmaktadır. Pek çok ülkede; evlilik, boşanma, velayet, miras gibi özel alana ait hassas konular dini, geleneksel ve örfi uygulamalara göre karara bağlanmaya devam etmektedir. Aile için şiddet “özel” bir konu olarak algılanmakta ve ataerkil otonomi, normlara karşı gelen mağdurları töre cinayetleri gibi acımasız cezalara maruz bırakmaktadır.

---

<sup>71</sup> Üye Devletlerin Bakanlar Komitesi'nin “1951 Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme kapsamında “belirli bir toplumsal gruba aidiyet” konsepti hakkındaki 2004/9 no'lu tavsiyesi.

<sup>72</sup> RWLG Birleşik Krallık'taki Sığınma Başvurularının Belirlenmesi İçin Cinsiyet Rehberi - 1998/4.17.

Bazı durumlarda töre cinayetlerinde cinsiyet temelli ayrımcılık, toplumsal uygulamalar kadar yasallaşmış ayrımcılık aracılığıyla da vuku bulmaktadır. Yasallaşmış ayrımcılık durumlarında bir kadın, ayrımcılığın doğasının zulüm anlamında ciddi bir zarar düzeyine yükselme açısından yeterli olduğunu ispat etmek durumundadır. Bununla beraber, sözleşme temellerine göre bir kadının sığınma başvurusu ulusal bir yasaya ya da devlet politikasına itiraza dayanamaz.

Örneğin, pek çok farklı yerde, kadınların direnişinin cinsiyete dair toplumsal normlara karşı geliş şekline vuku bulabileceğine ve devletin zorladığı kıyafet politikasına karşı gelişin kişisel amaçlardan ziyade politik amaçlarla yapıldığına dair karar mercileri tarafından gittikçe yaygınlaşan bir kabul vardır.<sup>73</sup>

### **Sonuç: “Siyasi düşünce” Geniş Anlamda Algılanmalıdır:**

Mülteci Sözleşmesi’ndeki “siyasi düşünce”, insan hakları alanındaki kısıtlamalar çerçevesinde devlet, hükümet ve politika mekanizmalarının dâhil olduğu her alandaki her görüşü kapsayacak şekilde geniş anlamda algılanmalıdır.<sup>74</sup>

Avustralya Karar Mekanizmaları İçin Cinsiyet Sorunları ADIMA Rehberi/1996; cinsiyete dayalı olarak düşünce, vicdan ve dine aykırılıkla muhtemel zulümün kadının toplum hayatına katılımını etkileyebileceğini belirtir<sup>75</sup> ve kadının davranışı ve statüsünün devlet onaylı dini hiyerarşiyle belirlendiği ya da kadının siyasi, medeni ve ekonomik hayata katılımının engellendiği bazı topluluklarda toplumsal baskı oluşturabilecek cinsiyete dayalı muamele örneklerini açıklar. Pek çok toplumun uyguladığı zorunlu evlilik, kendi başına zulüm sebebi olmayabilir; fakat bebek katli, zorunlu kürtaj, kadın sünneti gibi kadının fiziksel ve ruhsal sağlığında ciddi sorunlara yol açabilecek zulüm verici uygulamalar mevcuttur.<sup>76</sup>

Konvansiyonel formun politik çekişmelerinden farklı olan toplumsal kurallara ve törelere karşı gelmek, genellikle “kişisel” olarak değerlendirilmiş ve politik olarak düşünülmemiştir. Bunun bir sonucu olarak da kadınlar ve LGBT bireyler, karşı kaldırımları için Cenevre Sözleşmesi’ne dayanıp mülteci hukuku çerçeve-

---

<sup>73</sup> Crawley, 2001.

<sup>74</sup> Kanada Yüksek Mahkemesi, Attorney general v. Ward/1993.

<sup>75</sup> ADIMA, 1996.

<sup>76</sup> ADIMA, 1996.

sinde koruma sağlamada zorluklar yaşamışlardır. Siyasi düşünce, kadınların ve LGBT bireylerin aşırı, kurumsallaşmış baskıya karşı gelişlerini de kapsmalıdır. Toplumdaki sosyal ya da kültürel egemenlikten bağımsız olarak fikirlerini sunan ya da yasalaşmış ayrımcılığa karşı çıkan bir kadın ya da LGBT birey, kendi siyasi düşüncesinden dolayı zulüm görmüş ya da zulüm görme korkusu yaşıyor olabilir. Macklin, cinsiyete dayalı itaate karşı koymanın da siyasi düşünce olduğunu ortaya koyar.<sup>77</sup> Ataerkillik, güç ilişkileriyle bir sistemde cinsiyete dayalı itaat oluşturduğunda; biyolojik değil ama kişisel karşı koyuş siyasi olarak algılanmalıdır.

Eğer bir kadın boşanma talep ederse, kocasını reddetmesi toplumca kabul edilen bir davranış değildir, çünkü o bir kadındır. Belli bir toplumsal tutuma meydan okuyan bu durumda, kadın zulme uğrayabilir ve kadınların nasıl davranmaları gerektiği hususu siyasi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda açıktır ki, kocalarına itaat etmeyen bu kadınlar sadece kadın olduğu için cezalandırılmamaktadır; fakat davranışları kabul görmemekte, diğer bir deyişle “münasip” bir kadın olmayı reddettikleri için cezalandırılmaktadırlar.<sup>78</sup>

Bazı durumlarda kadınlar direkt ya da kasıtlı olarak kurumsallaşmış toplumsal normlara karşı çıkmazlar, ancak deneyimlerinin sonuçları olarak kendilerine bir siyasi düşünce atfedilebilir. Örneğin tecavüze uğrayan kadının zinacı olarak sunulması; bekâr, ayrılmış, boşanmış, dul ya da lezbiyen kadınların toplumdan dışlanması ve kıyafet tarzına aykırılığın politikleşmesi.<sup>79</sup>

Cinsel yönelim, başlı başına siyasi düşüncenin bir ifadesi olarak algılanabilir, zira yasalar ve toplumsal normlar kadınları karı/anne, erkekleri de koca/baba olacak şekilde uygun bir cinsiyet rolü olarak sunmada ana etkilidirler.

Genellikle kadınlarla ilişkilendirilen bazı özel konular, kamu alanındaki durumlardan daha az politik değildir. Her dava; belirli coğrafik, tarihi, siyasi, sosyo-kültürel köken gibi durumlara dikkat edilerek değerlendirilmelidir. Siyasi düşünceye dayanan mültecilik tanımı; her kadının, güçlerin toplumdaki dengesiz

---

<sup>77</sup> Macklin,1995.

<sup>78</sup> Spickerboer, 1994.

<sup>79</sup> Crawley, 2001.

dağılımına karşı farklı bir zorluğu olduğu ya da kendi hayatını kontrol edebilme otonomisine ilişkin farklı bir savı olduğu gerçekliğini yansıtmalı ve eşitsizliğin altında yatan yapılar özellikle değerlendirilmelidir. Türban takma ya da takmama özgürlüğü, erkek egemenliğinden ve şiddetinden özgür olmak, üreme haklarını kullanmak ve kadın sünnetini reddetmek, eğitim almak ya da bir işte çalışmak, yanında biri olmadan dışarı çıkmak, cinsel açıdan özgür olmak ya da olmamak, partnerini seçmek gibi çatışmalar siyasi bir doğası olan özel hayatın sınırını çizmektedir.

Auckland'deki bir temyizde, bir töre suçuyla öldürülme riskine ve İran'daki kadınların cinsiyetleşmiş baskıya karşı gelmelerine dayanan iddiada yapılan analiz, o ülkedeki kadınlar üzerinde erkeklerin ve devletin uyguladığı güce odaklanmıştır. Kadınları emri altına alarak ayrımcı muameleye yol açan kabileye ait değerler ve dini ideolojiye karşı geliş, mülteci tanımına göre siyasi düşünce temelinde nitelendirilmiştir.<sup>80</sup>

Sonuç olarak yargı sistemlerinde, sözleşmedeki belirli bir toplumsal grup kriterini kullanmak, muhtemel töre cinayeti mağdurlarının sığınma başvurularında istikrarsızlıklar yaratabilir, bu da tutarsız kararlara ve adil olmayan farklılıklara yol açabilir. Fikrimizce, Cenevre Sözleşmesinin yorumlanmasında yapılacak bir reform, sığınma politikalarındaki tutarsızlıkları düzeltebilir ve cinsiyete dayalı zulümden doğan sığınma başvurularındaki haksız muamele sebebiyle oluşan farklılığa çare olabilir ve bütün yargı sistemlerinde töre cinayeti durumları için yeknesak bir uygulama yaratabilir.



---

<sup>80</sup> Appeal No. 2039/93 Re MN/1996, Auckland.



## KAYNAKÇA

### Kitaplar

- A.A.Mansour, 1982, 'Hudud crimes', in M. C. Bassiouni (ed.) The Islamic criminal justice system, Oceana Publ., 195-201, 197-200.
- ADIMA. "Guidelines on gender issues for decision-makers (Australia) July 1996 Appendix 4/ 4.10-Possible Persecution by violation of thought, conscience and religion".
- ADIMA Guidelines on Gender Issues for decision-makers-Australia/1996.
- Bhabha J, 1993, Legal problems of women refugees, Women; A Cultural Review vol 4, no 3, pp 240-249.
- Bunch, 1990, Human Rights Quarterly, Women's Rights as Human Rights, Toward a Re-vision of Human Rights, Humanitarian Rights Quarterly vol 12, no 4, pp.486-498.
- CIRB Guidelines on "Women Refugee Claimants Fearing gender-related persecution": Canada, November 1996 III/1.
- Collinson S ,1993, Beyond Borders: Western Europe Migration Policy Towards the 21st Century, London: Royal Institute of International Affairs.
- Cook, R. J.1994, 'State accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women', in Human Rights of Women: National and International Perspectives, R.J. Cook (ed.), University of Pennsylvania Press, p. 228-256.
- Crawley, Heaven. 2001. Refugees and Gender: Law and Process. 2nd ed. Bristol, UK: Jordan Publishing Limited in association with Refugee Women's Legal Group (RWLG).
- Copelon, R ,1994, Surfacing gender; re-engraving crimes against women in humanitarian law, Hastings Women's Law Journal vol 5, no 2, pp 243-266.
- Donnelly, Jack, 1998, International Human Rights ,Westview Press.
- Erturk, Yakin, 2009-UNHCR-Special Rapporteur on violence against women,

its causes and consequences-[www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/SRWomen/Pages/SRWomenIndex.aspx).

- Geraldine Bedell, 2004, Death before Dishonour, OBSERVER, Nov. 21, 2004, available at <http://observer.guardian.co.uk/magazine/story/0,,1355883,00.html>.

- Goodwin-Gill and McAdam, 2007, The Refugee In International Law, Oxford Publication.

- Ilkcaracan 1998; Turk Hukuk Sitesi 2004 ed. Istanbul: Women for Women's Rights.

- Kelly, N, 1994, Guideliness for women's asylum claims of women, Cornell International Law Journal vol 26, no 3, p 625-674.

- Lindsey Devers, Sarah Bacon, 2010, Interpreting Honour Crimes: The Institutional Disregard Towards Female Victims of Family Violence in the Middle East, International Journal of Criminology and Sociological Theory.

- Macdonald I. QC and Toal R. 2008, Macdonalds's Immigration Law & Practice , 7th Edition, London: LexisNexis, p. 847.

- Macklin, A ,1995, Refugee women and the imperative of categories, Human Rights Quarterly vol 17, pp. 213-277.

- Mayell, Hillary, 2008-02-08 "Thousands of Women Killed for Family "Honor". National Geographic.

- Maxine Molyneux and Shahra Razavi. 2003, Democracy, Governance and Human Rights. Programme Paper Number 10. Gendered Justice, Development and Rights.

- Prochazka, 2012, There is no honour in honour killings: why women at risk for defying socio-sexual norms must be considered a 'particular social group' under asylum law 34-02-445.

- Rao, A. 1995, The Politics of gender and culture in International Human Rights Discourse, international feminist perspective, New York, Routledge.

- Recommendation Rec(2004)9 of the Committee of Ministers to Member States on the Concept of “Membership of a Particular Social Group” (MPSG) in the Context of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees.
- RWLG Gender Guidelines for the Determination of Asylum claims in the UK-1998/ 4.17).
- Shacknove A ,1985, ‘Who is a Refugee?’ in Ethics, Vol. 95, No. 2 (Jan., 1985), pp. 274-284 Published by: The University of Chicago Press.
- Sikora, Damien W., 2001, Differing Cultures, differing culpabilities? A sensible alternative, using cultural circumstances as mitigating factor in sentencing. Vol.62:1695.
- Spatz, M.2001,, ‘A “lesser” crime: a comparative study of legal defences for men who kill their wives’, 24 Colum. J .L. & Soc. Probs, 597.
- Spijkerboer, T (1994) Women and Refugee Status; Beyond the Public/Private Distinction (Emancipation Council, The Hague).
- Yahyaoui Krivenko E., 2010, ‘Muslim women’s claims to refugee status within the context of child custody upon divorce under Islamic Law’, in International Journal of Refugee Law , 22(1), p. 49.
- Yuval-Davis, Nira (1995) ‘Women, Ethnicity and Empowerment’. Special issue on ‘Shifting Identities, Shifting Racisms’, in K. Bhavnani and A. Phoenix (eds) Feminism and Psychology 4, 1: 179-98.

### **İnternet Siteleri**

- Amnesty International, “Pakistan: Honour Killings of Women and Girls,” <http://www.amnesty.org/en/library/info/ASA33/018/1999> Accessed 28 October 2013.
- United Nations High Commission of Refugees, “UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity” <http://www.refworld.org/docid/48abd5660.html> Accessed 28 October 2013.
- United Nations High Commission of Refugees, “UNHCR Handbook for the pro-

tection of women and girls (2002) Provisional release for the consultation purposes.” [www.un.org/.../unhcr\\_handbook\\_for\\_the\\_protection\\_of\\_women\\_and\\_girls.pdf](http://www.un.org/.../unhcr_handbook_for_the_protection_of_women_and_girls.pdf). Accessed 01 November 2013 .

- The 1951 Geneva Convention relating to the Status of refugees and its 1967 Protocol, <http://www.unhcr.org/4ec262df9.html> Accessed 03 November 2013.

- Refugee Women’s Resource Project Asylum Aid, 2005. Accessed 01 November 2013 <http://www.asylumaid.org.uk/publications.php?category=2&search=Search&page=7> Refugee Women’s Resource Project Asylum Aid, 2005 Accessed 03 November 2013.

- Immigration and Refugee Board of Canada, “Compendium of Decisions: Guideline 4 - Women Refugee Claimants Fearing Gender-Related Persecution (Update),” (February 2003) <http://www.refworld.org/docid/4713831e2.html>. Accessed 1 November 2013.

- United States Department of State. “Country Reports on Human Rights Practices 2010 - Turkey” <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2010/eur/154455.htm> Accessed 03 November 2013.

- Guardian weekly 23 August 2007, United Kingdom “When wrong boyfriends or clothes lead daughters to kill themselves Families in Turkey accused of forcing young women to take their own lives” <http://www.theguardian.com/world/2007/aug/23/turkey.gender> Accessed 03 November 2013.

- Recommendation Rec(2004)9 of the Committee of Ministers to Member States on the Concept of “Membership of a Particular Social Group” (MPSG) in the Context of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees-30 June 2004/9 <http://www.refworld.org/category,LEGAL,COEMINISTERS,RESOLUTION/4278d1524,0.html> Accessed 03 November 2013.

- United Nations High Commission of Refugees “Sexual Orientation and gender identity in International Human Rights Law:” UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity, II, B. para 14. Accessed 03 November 2013.

- United Nations High Commissioner for Human Rights, “Working towards the

elimination of crimes against women committed in the name of honour” Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Accessed 03 November 2013.

- Department of Immigration and Multicultural Affairs “Refugee and Humanitarian visa Applicants” July 1996-cgrs.uchastings.edu/documents/legal/**guidelines\_aust.pdf** Accessed 03 November 2013.

- The Guardian, Afif Sarhan in Basra and Caroline Davies-The Observer, Sunday 11 May 2008 “Her crime was to fall in love. She paid with her life” <http://www.theguardian.com/world/2008/apr/27/iraq.military1> Accessed 03 November 2013.

- United Nations High Commission of Refugees, Guidelines on International Protection Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a Particular Social group” within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (HCR/GIP/02/02) Accessed 03 November 2013 .

- Council of Europe Committee of Ministers Recommendation 2004/9 on the concept “membership of a particular social group-Recommendation Rec(2004)9 of the Committee of Ministers to member states on the concept of MSPG in the context of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees” <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=105993&Site=CM> Accessed 03 November 2013.

- <http://www.theguardian.com/world/2003/oct/03/gender.uk-Heshu> Yones(2003) Accessed 03 November 2013.

- <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/was-ahmet-yildiz-the-victim-of-turkeys-first-gay-honour-killing-871822.html>-Ahmet Yildiz (2008). Accessed 03 November 2013.

## **Davalar**

- The Supreme Court of Canada in Attorney general v. Ward [1993] 2 S.C.R. 689, para. 57 (Can.).

- United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal MS(Risk-Homosexual)Tur-

key CG(2002)UKIAT 05654-Sever.

- United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal YK(PSG-Women) Turkey CG(2002)UKIAT 55491-Kircicek.
- United States Asylum Tribunal Yaylacicegi v. Gonzales, US. 175 F. App'x 33, 34 (7th Cir. 2006).
- New Zealand Refugee Status Appeals Authority Auckland Refugee Appeal No: 76044/ 11 September 2008.
- The Supreme Court of the State of Hawai, People v. Chen Lu case, SCWC 12-0000360.
- The Supreme Court of Victoria Australia R v. Dincer.[1983] vr 460.
- Judgments, Islam (A.P.)v. secretary of state for the home department Regina immigration Appeal Tribunal and another ex Parte Shah. Conjoined Appeals[1997] Imm.A.R. 145.
- Auckland, New Zealand. Appeal no 2039/93 REMN 12 February 96.
- Velasquez Rodriguez Case, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).
- Swedish verdict', 6 NORA 2 [1998], 89.-Elden A. case Nora: Nordic Journal of Women's Studies, 6(2), 89-96. George, L. (2006).

# ABSÜRTLER ÜLKESİNE HOŞ GELDİNİZ TERÖRLE MÜCADELEDE YENİ SUÇ TİPLERİ\*

Profesör Dr. Mark A. Zöller, TRIER\*\*

Çeviren: Semih YUMAK, LL.M.\*\*\*

*Modern toplumda islamcı teröristler aracılığıyla oluşturulan baskı ve gözdağına özellikle ceza hukuku araçlarıyla tepki verilip verilemeyeceği, verilecekse de hangi ölçüde verileceği sorusu günümüzün çözüme kavuşturulmamış sorunlarından birisidir. Alman kanun koyucu, 2009 yılında Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi'nde "valiz bombacısı" ve "Sauerland grup üyelerine" karşı yürütülen yargılama sürecinde çıkardığı ve bu çalışmada yoğun tartışmalarla ele alınan, devlete karşı işlenecek ağır şiddet suçlarına hazırlığın takibi (GVVG) kanunu ile birlikte yerini açık bir şekilde ifade etmiştir. Aşağıda belirtilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere – zorunluluktan dolayı zaman zaman kısa da olsa – yalnızca kanun tekniği ve hukuk devleti temel ilkeleri değil, aynı zamanda uluslararası terörizmin psikolojik genel çerçevesi yanlış değerlendirilmiş ve bu yanlış değerlendirme sonucu hedefe ulaşılamamıştır.*

## I. TERÖRİZM BASKISI

İslamcı adı altında artan günümüz terörizmin karşısında, karar verilmesi gereken keskin bir dönemecin içinde bulunuyoruz. Dünyanın her yerinden terörist aktivitelerle ilgili haber ya da gazete yazıları verilmeyen bir gün olsun. Terör

---

\* Yazarın Trier Üniversitesi'nde 19.2.2010 tarihindeki dipnotlarıyla birlikte sunduğu ilk ders konuşması. Sunum şekli esas itibarıyla muhafaza edilmiştir.

\*\* Trier Üniversitesi Hukuk Fakültesi Alman, Avrupa ve Uluslararası Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Ekonomi Ceza Hukuku Profesörü. Belirtilen makale Goldtamer's Archiv für Strafrecht adlı derginin 2010 Yılı 11. Sayısında yayımlanmıştır. Makale yazarından izin alınarak çevrilmiştir. Bu çalışmanın çevirisinin tarafımızca yapılması, her konuda yazar ile paralel düşündüğümüz anlamına gelmemektedir. Çalışmada bahsedilen yeni suç tiplerinin Türkçe çevirisi en sonda bulunmaktadır (çevirenin notu-çn).

\*\*\* Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi, MEB Yurtdışı Lisansüstü Eğitim Bursiyeri, semihyu@hotmail.com.

olaylarını bastırmada kullanılacak doğru yol ve yöntemler üzerine yürütülen toplumsal tartışmalar tam gaz yol ilerlemektedir. Tartışmaların çıkış noktası ve fitilin ateşlenmesi ise, hiç kuşkusuz acı sonuçlar doğuran 11 Eylül 2001 tarihli İkiz Kule ve Pentagon saldırılarıdır. Etkisi hala geride kalmamış bu saldırılarda şok edici gerçek, aralarında altı Alman'ın da olduğu yaklaşık 3000 kişinin ölmesiydi.<sup>1</sup> Bu gerçekten daha da vahim olan ise, Dünya Ticaret Merkezi ve Pentagon'a yapılan saldırıların hazırlıklarının büyük bir bölümünün Almanya'da yapılmış olduğu bilgisine ulaşılmıştı.<sup>2</sup> El Kaide bağlantısının Hamburg-Harburg Üniversitesi çevresindeki bir hücresi, güvenlik güçlerince fark edilmeden, zamanını ve enerjisini uçakların canlı bomba olarak kullanıldığı bu ölümcül saldırının planına harcamıştır. Uzun soluklu bir uykudan uyanılmasıyla 11 Eylül 2001 böylece sonlanmış oldu. Son olarak Kızıl Ordu Fraksiyonunun (RAF) 1998 yılında<sup>3</sup> kendisini feshetmesinden sonra yalancı bir hava oluştu; Almanya'da insanlar Alman olarak diğerlerine göre daha güvendedi. 11 Eylül 2001'den itibaren bizler için, yani Almanlar için de günümüz, özellikle islamcılık altında gelişen terörizm vasıtasıyla yıldırma, gün geçtikçe en yakınlarımıza ulaşır oldu. Çok geçmeden, sadece birkaç ay sonra, Nisan 2002'de, El-Kaide'nin Tunus'taki El-Ghriba Sinagogu'na 5000 kg'lık araba içerisindeki patlayıcı bomba ile yaptığı saldırıda, 14'ü Alman turist olmak üzere toplamda 21 kişi öldü. Haziran 2006'da Lübnan asıllı bir zanlı, öğle arası vaktinde Köln ana tren garından hareket edip Koblenz ve Dortmund'ta gidecek olan bölgesel trene "Muhammed karikatürlerinin" inti-

---

<sup>1</sup> Bir Alman vatandaşı Dünya Ticaret Merkezi kulesinin güney yanına saldırıda bulunan UA 175 sefer sayılı uçakta, bir diğer Alman vatandaşı Pennsylvania'ya düşen UA 93 sefer sayılı uçakta ve iki Alman vatandaşı da New York'taki bu kulenin içinde bulunuyordu.

<sup>2</sup> 11 Eylül 2001 saldırılarının tarihsel gelişimi için bkz. The 9/11 Commission Report – Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks Upon the United States, 2004, 160 vd.; *Wright*, Der Tod wird Euch finden: Al-Qaida und der Weg zum 11. September 2001.

<sup>3</sup> 20.4.1998 tarihinde Reuters haber ajansına aşağıdaki açıklamayı içeren bir mektup geldi: "Yaklaşık 28 yıl önce 14 Mayıs 1970 tarihinde özgürlük hareketi RAF kuruldu. Bugün bu projeyi bitiriyoruz. RAF içindeki şehir gerillası oluşumu artık tarihtir. Biz, yani hepimiz, son zamana kadar RAF içerisinde yapılanmışıdır. Bu kararı birlikte yükleniyoruz. Artık şimdiden itibaren biz - bu bağlamda diğerlerimiz gibi - RAF yapılanmasının eski militanlarıyız. [...] Bu projenin bitimi ile ilgili aldığımız karar gösteriyor ki, bu yolda başarılı olmadık. [...] RAF mahkumlarına giydirilen yüzlerce yıl hapis, gerillalarımızı yok etmeye çalışan diğer teşebbüsler gibi bizleri yıldırılmamış, kontrol altına alamamıştır. Bizler egemen güç karşısında yüzleşmeyi seçtik. Bizler 27 yıl öncesinde RAF için özne olmaya karar vermiştik. Öznesi olduk ve bugün onu tarihe bırakıyoruz."



kamı olarak valizin içine doldurulmuş bombalar ile birlikte bindi. Bombalar patlatılmak istense de düzenekteki hatadan dolayı patlamadı. Bu şekilde oluşan ve önlenen saldırının failine karşı hüküm, ilk olarak Aralık 2008’de<sup>4</sup> Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi’nin karar gerekçesinde açıklığa kavuştu. Gerekçe şu şekildeydi: “Eğer patlasaydı yaklaşık 15 metre büyüklüğünde ve geçtiği yeri toz buz edebilecek bir ateş topu oluşurdu. Patlama esnasında ise trende birçok yolcu olacağından, geniş bir alanda düşünülmesi zor bir kan gölü meydana gelirdi.”

Aynı şekilde Eylül 2007’de daha da kötüsü olabilecek bir saldırı, bir parça şans ve de Alman güvenlik güçlerinin yerinde müdahalesi ile önlenildi. “Sa-uerland Grubu” diye bilinen islami cihat birliğinin üyeleri, Almanya’da yaşayan Amerikalıların gittiği diskotek, bar yahut havaalanlarına saldırı hazırlığındayken yakalandı.<sup>5</sup> Zanlılar patlayıcı yapımı üretimi için kullanılan temel maddeleri, özellikle de güvenlik altına alınmış fiçılarda saklanan hidrojen peroksitleri kimyasal ürünlerin ticaretini yapan birisinden aylar öncesinden elde etmiş ve uzunca bir süre zarar görmeden muhafaza etmişlerdi. Toplumda dehşet verici bir saldırı etkisi yapmak istemişlerdi. Son olarak Afganistan’da ISAF Barış Gücü’nün bir parçası olarak konuşlandırılmış ve orada terörist saldırı girişimlerinden ötürü günden güne mağdur olan Alman askerleri görmezlikten gelinemezdi. Bu acı gerçek, beklenmeyen bir şekilde 4.9.2009 tarihinde Alman komutanı *Georg Klein*’ın, Taliban tarafından idare edilen ve sivillerin de bulunduğu tankerele

---

<sup>4</sup> Düsseldorf Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG Düsseldorf), 9.12.2008 tarihli kararı – III-VI 5/07; Federal Yargıtay Mahkemesi 3. Ceza Dairesi (der 3. Strafsenat des BGH) bu karara karşı yapılan temyiz başvurusunu 24.11.2009 tarihli kararıyla reddetti ve karar böylece kesinleşmiş oldu (3 StR 327/09).

<sup>5</sup> OLG Düsseldorf, 4.3.2010 tarihli, III-6 StS 11/08 ve III-6 StS 15/08 sayılı kararıyla, İslam’a sonradan geçmiş Alman vatandaşları *Fritz Gelowicz* ve *Daniel Schneider*’ı yurtdışında faaliyet gösteren bir terör örgütüne üye oldukları; bu bağlamda cinayete teşebbüs, patlayıcı saldırı üretimi, anayasal organları tehdit ve tasavvur edilemeyecek boyutta kitlesel ölümlere yol açacak tesir gücü yüksek bombalarla terör saldırıları planlamak gerekçeleriyle içtima dahilinde toplamda 12 yıl hapis cezasına; Türk vatandaşı *Adem Yılmaz*’ı infaz görevisine karşı direnme kapsamında işlenen adam öldürmeye teşebbüs, yurtdışında faaliyet gösteren bir terör örgütüne üye olma, bu bağlamda cinayete teşebbüs, patlayıcı saldırı üretimi, anayasal organları tehdit ve tasavvur edilemeyecek boyutta kitlesel ölümlere yol açacak tesir gücü yüksek bombalarla terör saldırıları planlamak gerekçeleriyle içtima dahilinde 11 yıl hapis cezasına; ülkünün yardımcısı Türk asıllı Alman *Attila Selek*’i, yurtdışında faaliyet gösteren bir terör örgütüne yardım etmek ve tasavvur edilemeyecek boyutta kitlesel ölümlere yol açacak tesir gücü yüksek bombalarla terör saldırıları planlamak gerekçeleriyle 5 yıl hapis cezasına hükmetti. Karar kesinleşmiştir.

karşı verdiği hava saldırısı emri, yani “Kunduz olayı” ile başlamıştır. Alman komutanının verdiği bu emir Afgan halkında kötü bir izlenim bırakmış ve bundan sonraki olayların arka planında yer edinmiştir.<sup>6</sup> Hindukuş’taki konuşlandırma şu ana kadar 21’i saldırılarda ve çatışmalarda olmak üzere toplamda 40 Alman askerinin hayatına mal olmuştur.

Günümüz terörizmi aslında uzun zamandır kapımızın önünde durmaktadır. Bu vesile ile mücadeleyi olağan kılacak ve başarıya ulaştıracak her türlü toplumsal güç mekanizmaları harekete geçirildi. Hukuk, özellikle de ceza hukuku, bu bağlamda sadece mekanizmayı hareket ettiren küçük dişli görevini görebilir. Yani bir ceza hukuku hükmü, suçla ilgili verilen ceza, özellikle özgürlüğü bağlayıcı ceza ile iyileştirme ve güvenlik tedbirleri sonucuna ulaştırır. Ceza hukuku vatandaşın özgürlüklerine müdahale eden bu tutumunu, hukuk düzenimizin ilkeleri ve yasakları gereği diğer tedbir ve imkânlar yetersiz kaldığında güvenceye alır.<sup>7</sup>

Ceza hukukunun bu özsel içeriğine rağmen Alman kanun koyucu, neredeyse son on yıldır genel terör tehlikesine karşı uygun ve yerinde tepkiler verme arayışında tutarsız bir şekilde sınırları zorlamaktadır. Kanun koyucunun bu tutarsız arayışları aşağıda 4.8.2009 yılında yürürlüğe giren – GVG<sup>8</sup> diye de anılan – ağır şiddet suçlarının hazırlığı ve takibi kanunu örneğiyle açıklanacaktır. Ama öncesinde uluslararası terörizmin aktörlerine karşı neler yapabiliriz ve hukuki çerçevede hangi özel durumlar söz konusu olmaktadır meselelerini – kısa bir biçimde – bir defa daha açıklığa kavuşturmalıyız. Daha sonrasında ise birincil olarak, kanun koyucunun terör ceza hukukunun geleceğini belirleyecek dönemde neden böyle bir yanlış yola sapabildiğinin açıklanması gerekecektir.<sup>9</sup> Yalnız yer

---

<sup>6</sup> Alman kamuoyunda “Kunduz olayı” olarak bilinen hava saldırısında toplam 142 sivil hayatını kaybetmiştir. Olay sonrası Alman Savunma Bakanı görevinden alınmış, yeni görevlendirilen Savunma Bakanı ise Genelkurmay Başkanı’nı ve Bakanlık müsteşarını görevinden almıştır. Bkz. erişim tarihi: 11.01.2015 (çn).

<http://www.dw.de/alman-meclisinde-afganistan-tart%C4%B1%C5%9Fmas%C4%B1/a-5496707>

<sup>7</sup> Bkz. Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl. (1996), § 1 I. 1.

<sup>8</sup> BGBl. I, S. 2437; ayrıca Zöller, *Terrorismusstafrecht – Ein Handbuch*, 2009, 562 vd.; Bader NJW 2009, 2853 vd.; Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling NstZ 2009, 593 ff.; Radtke/Steinsiek JR 2010, 107 vd.

<sup>9</sup> Yanlış yola sapılmasının yanında “tehlikeli bir yola girildiği” ile ilgili de Walter KJ 2008, 443 (450).

dolayısıyla sunduğum bu taslak için iki sınırlandırma yapmalıyım. Biri, ilgili suç tiplerini maddi ceza hukuku açısından incelememiş ve böylece ceza muhakemesi açısından gündeme gelebilecek müdahale kurallarını, yani gerekli koruma tedbirleri konusunu büyük ölçüde işlememiş olmamdır. Diğer sınırlamam ise, 21. Yüzyıl günümüz terörizminin aktörlerinin üzerine yapacağım gerçekçi değerlendirmelerimin birincil olarak, aktörleri dinen motive edilmiş terörizm sahasında şekillenen ve günümüz güvenlik anlayışını önemli bir ölçüde etkileyen islamcı terörizm ile ilgili olmasıdır.

## II. TERÖRİST KİMDİR VE NEDİR?

Anlamsız fakat bir o kadar da hukuk politikası tartışmalarında çoğu zaman şaşırtıcı bir şekilde göz ardı edilen bir (ön) soru ile başlayalım: Terörist tam olarak kimdir ve nedir?

### A. Kavramsal Belirsizlik

Birçok disiplinin bu karanlığı aydınlatmak için giriştiği çok çeşitli akademik çabalar, daha şimdiden orta büyüklükteki bir kütüphaneyi doldurabilir.<sup>10</sup> Bu kavramsal belirsizlik için iki gerekçe dillendirilir: İlki, “terörizm” kelimesinin iki bin yıllık tarihi gelişim sürecindeki semantiği ile ideolojik motivasyon üzere şiddete başvurmanın anlamının sürekli değişmesidir.<sup>11</sup> Örnek verilecek olursa, Fransız devrimi, Alman nasyonal sosyalizmi ve Rus stalinizmi süresince yahut korku egemenliğinin hüküm sürdüğü devlet şekillerine bakılacak olursa, terörizm 20. Yüzyılın ortalarından itibaren hep kişisel şiddetin ifadesi olmuştur. Diğer gerekçe ise, burada daha çok mağdur açısından dile getirilen<sup>12</sup> güçlü bir siyasi kavramın söz konusu olmasıdır.<sup>13</sup> Bunu Filistin örneği açıkça göstermektedir: Her iki taraf – yani İsraililer ve Filistinliler – birbirlerini terörist olmakla suçlamaktadır.

---

<sup>10</sup> Ayrıca krş. – pars pro toto – Alex P. Schmid, 1983 tarihli kitabının birinci basımında “Political Terrorism: A Research Guide” 100’den fazla farklı terörizm tanımını incelemiştir.

<sup>11</sup> Ayrıntılı bilgi için Zöllner (dipnot -dn- 8), 12 vd., 102.

<sup>12</sup> Schulte, Terrorismus- und Anti-Terrorismus-Gesetzgebung, 2008, 18.

<sup>13</sup> Hoffman, Terrorismus – Der unerklärte Krieg, 2006, 15; Mager, Terrorismusbekämpfung zwischen Freiheit und Sicherheit, 2005, 17; Wandscher, Internationaler Terrorismus und Selbstverteidigungsrecht, 2006, 30; Weigend, Nehm-FS, 2006, 151; Zöllner JZ 2007, 763 (764).

Günlük konuşmada terörizm, kullanılmasından çekinilen bir kavram olmuştur.<sup>14</sup> Terörist olduğu iddia edilen ile sorunları konuşmak gereksiz görülür. Kim terörist etiketi ile uzunca bir süre sonunda istediğini alamamışsa, hukuk önünde ciddi bir toplumsal meşruluk sorunu yaşar. Bunun aksine kim de istediği başarıya bu vesileyle ulaşabilecekse; uluslararası politika sahnelerinde ve basın açıklamalarında gerilla, partizan ya da özgürlük savaşçısı olarak yer bulur ve böylece hedefine ulaşmada ciddi bir rekabet avantajı elde etmiş olur. Eski Amerikan Başkanı *Ronald Reagan*'a ait olan ve çokça alıntı yapılan: “Birilerinin teröristi diğerlerinin özgürlük savaşçısıdır” sözü ise, sorunu bir başka noktaya taşır.

### **B. Ceza Hukukunun Bakış Açısı**

Ceza hukuku alanındaki durum daha kolay gibi gözükse de; Alman hukuk sisteminde terörizm ile ilgili yasal bir tanım öngörülmemekte ve terörizm suçu tarzında bir düzenleme de mevcut bulunmamaktadır. Ancak teröristlerin suçlu oldukları gerçeği konusunda bir şüphe yoktur. Terörist saldırılar gerçekleştirenler, insanları öldürürler (§ 211 ff. StGB<sup>15</sup>) ve yaralarlar (§§ 223 ff. StGB), hürriyetlerinden yoksun kılarlar (§ 239 ff. StGB), kişilerin mallarına zarar verirler (§ 303 StGB) yahut kara, hava veya deniz araçlarını tehlikeye neden olacak bir biçimde sevk ve idare ederler (§§ 315b, 316c StGB).

Böylece ceza hukuku içerisinde şu soru sorulur: Tipik ve karakteristik açıdan bir teröristi durdurabilecek olan özel şey nedir? Ceza kanunu burada çok da tatmin edici bir cevap sunmaz. Ülke içi ve ülke dışındaki her türlü terörist guruplara katılım §§ 129a ve 129b maddelerinde cezai yaptırım altına alınsa da, durum sıradan suç örgütlerine katılım ile karşılaştırıldığında ortaya ilgi uyandırıcı bir sonuç çıkar. Çünkü sıradan bir örgüte suç işlemek için katılımında bulunan, kanun koyucunun açık arzusuna göre, yani § 129b' nin ifadesinden ( “suçlar”), sadece suç örgütüne katılımdan dolayı cezalandırılır. Buna karşılık suç örgütü § 129 I ve § 129 II'de belirtilen katalog suçları (örneğin cinayet, adam öldürme, rehin alma ya da kundaklama suçları) işlemeyi amaçlar ise, cezalandırma birden - sanki bir

---

<sup>14</sup> *Münkler*, Die neuen Kriege, 2002, 175; *Hetzer*, Rechtsstaat oder Ausnahmezustand?, 2008, 84.

<sup>15</sup> Açılımı “Strafgesetzbuch” olup Alman ceza kanununu ifade etmektedir. Çalışmamızda Türkçe karşılığı AlmCK şeklinde kullanılacaktır (çn).

temiz el vasıtasıyla - terör örgütüne çevrilir. Kanun koyucu açıkça şu kabulden yola çıkar ki, bir suç örgütü, katılımcılarının işlemeyi tasarladığı ya da işlediği suçlarla belli edilen seviyeyi aştığı takdirde aniden terör örgütüne dönüşebilir. Bu hiç de uygun olmayan bir çıkış...

Sıradan suçluları terörist yapan belirleyici unsur, onun suç işlerken takındığı özel motivasyonudur.<sup>16</sup> Terörizm, insanların ağır suç işlemeleri gerçeğinden daha fazla anlama sahiptir. Terörizm, suç işlemenin haricinde, failerin siyasi, dini ya da herhangi bir ideolojik tasavvur ile hareket etmelerini şart koşar.<sup>17</sup> Failerin tasavvuruna göre bununla toplumda hedeflenen durumun gerçekleştirilmesi kastedilir. Bu sebepten dolayı konunun ceza hukuku içerisinde “terörizme monte edilmiş suçluluk” şeklinde bahsi geçmesi daha yerinde olacaktır.

Hükümet binasına patlayıcı maddeleri depo eden islamist bir saldırganı örnek olarak alalım: Saldırgan hiç şüphe yok ki birçok insanın ölmesini ya da en azından yaralanmasını ve de kıymetli eşya ve malzemelerin zarar görmesini ister. Ancak bu normalde ne kendi amacı ne de failin kişiliğinden kaynaklanan egoist isteklerinden kaynaklanır. İslamistlerde varılmak istenen belli bir nihai hedefe, “hakiki inanca” geri dönüş söz konusu olur. Onlara göre bu şekilde, yaşadıkları siyasi, toplumsal ve ekonomik sorunlar çözüme kavuşabilir. İslamist şiddet suçlarının nihai amacı, hilafetin tekrardan getirilmesidir; yani şeriat diye bilinen klasik islam kanunlarına göre yönetilen teokratik bir devlet yapısı. Terörist bu nihai hedefe yaklaşmak için suç işler, hatta amacına uygun gözüken her türlü suçu işler. Dolayısıyla diyebiliriz ki, teröristleri durdurabilecek özel olan şey, işlenen suçların ağırlığı, suçun işleniş şeklinin yoğunluğu ya da mağdur sayısının fazlalığı gibi objektif kriterlere göre değil; aksine doğrudan failin neticesinden yola çıkan ve teröristleri karakterize eden kişisel güdülerin gerekçelerine göre belirlenmelidir.

---

<sup>16</sup> Herzog, Terrorismus – Versuch einer Definition und Analyse internationaler Übereinkommen zu seiner Bekämpfung, 1991, 93 vd.; Cryer/Friman/Robinson/Wilmshurst, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 2007, 290 vd.; Kühne, Schwind-FS, 2006, 103; Weigend, Nehm-FS, 151 (162); Sedgwick 30 Studies in Conflict & Terrorism (2007), 97 (99); a.A. Symeonidou-Kastanidou European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2004, 14 (22); Spinellis, Schlüchter-GS, 2002, 823 (829).

<sup>17</sup> Zöllner (dn 8), 146.

### III. BİR KOMÜNİKASYON (İLETİŞİM) STRATEJİSİ OLARAK TERÖRİZM

Teröre monte edilmiş suçluluğun özelliği, sadece dolaylı olarak varılmak istenen nihai hedefte, yani kendi ideolojik tasavvurlarına göre toplumsal düzeni kurmaya çalışma tarafında yatmaz. Aksine terörist nihai hedefe ulaşma yolunda ara bir hedef de amaçlar. Bu ara hedef, korku ve baskıyı yaymadan ibarettir.<sup>18</sup> Suçlar, daha doğru bir ifade ile kamu düşüncesini baskı aracılığıyla etkilemek için icra edilir. Terörizm bir iletişim stratejisidir<sup>19</sup> ve – geçmiş yılların tecrübeleri de gösterdiği gibi – bu tarz çok da başarılıdır. “Komünikasyon” kavramı Latince “communicare” kelimesinden türetilmiştir ve “bildirmek, haber vermek, katılımı sağlamak ya da beraberce yapmak” ile de eş anlamlıdır.<sup>20</sup> Bununla başka bir insanı katılımında bulunmaya çağıran sosyal bir davranış ifade edilir. İşte teröristlerin tam da yaptığı budur. Onlar için önemli olan bu suçları işlemek değil, aksine işledikleri suçlar vasıtasıyla içinde buldukları toplum ile bilgilerin aktarımı üzerinden iletişime geçmektir.

Konuyu bir örnek üzerinden daha anlaşılır kılmak için: İsrail’de bir okul servisine ya da Afganistan’da konuşlandırılan Alman askerlerinin kontrol noktasına yapılacak bir bomba yüklü araba saldırısı ile İsrail ya da Alman devletinin pes etmiş ve aciz düşmüş duruma gelmesi istenmez. Bu tarz iğneleyici, mesaj verici saldırıların devletin askeri ya da stratejik konumunu sarstığı düşünülmesi anlamsızdır. Bunu teröristler de bilmektedir. Fakat terörist bu davranışıyla sadece “ben bugün sizin 20 öğrencinizi ya da on askerinizi öldürdüm” mesajı vermez. Bu eylemi ile aynı zamanda şunu da ifade eder: Terörist ya da uzantısı terör

---

<sup>18</sup> Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi de aynı şekilde, terörle mücadele ile ilgili 13.6.2002 tarihli çerçeve kararında (ABI L 164, 3 v. 22.6.2002) şuradan yola çıkar ki; a harfinden i’ye kadar belirtilen eylemler ancak toplum üzerinde ağır bir korku salacak yahut kamusal mevkileri veya uluslararası organizasyonları hukuka aykırı bir şekilde bir şey yapmaya ya da yapmamaya zorladıklarında veyahut bir ülkenin ya da uluslararası bir organizasyonun siyasi, anayasal, ekonomik ya da sosyal temel yapılarını ciddi bir şekilde etkisiz kılmak veya yok etmek amaçları izlendiği takdirde terörist suç olarak nitelendirilmektedir.

<sup>19</sup> Krş. *Hoffman* (dn. 13), 268 vd.; *Pawlik*, *Der Terrorist und sein Recht*, Jahr 12; terörizm ve iletişimin birbiri ile bağlantısı için *Jenkins*, in: *Carlton/Schaerf* (ed.): *International Terrorism and World Security*, 1975, 13 vd.; *Schmid/de Graaf*, *Violence as Communication and Terrorism*, 2002; *Peterleitner*, *Terrorismus als mediales Ereignis*, 2010; *Shoshani/Sloane* 31 *Studies in Conflict & Terrorism* (2008), 627 vd.

<sup>20</sup> Bkz. Özgür Wikipedia ansiklopedisi içerisinde “Komünikasyon” arama sözcüğü. Şuradan ulaşılabilir: <http://de.wikipedia.org/wiki/Kommunikation>.

örgütü her zaman, her yerde birilerine saldırıda bulunabilir. Ve bu düşmanlarını yok edese ya veya izlediği ideolojik hedefin gerçekleşmesine kadar devam eder. Terörizmin devlete ve onun vatandaşlarına karşı vermek istediği asıl mesaj: “Güvende değilsiniz!” mesajıdır. Terör örgütü bu şekilde mevcut egemen yapının yok olmasını ister. Devletin vatandaşını etkili bir şekilde koruyamadığı inancı tesis edilmeye başladığında, terör örgütü, kamusal düzeni sağlayan güçlerin toplumun gözünde bir an önce değerini kaybetmesini umar.

Burada modern terörizmin ikiyüzlülüğü yatmaktadır. Örneğin RAF’ın terörist komandoları, kurban edileceklerin çoğunu itinalı bir biçimde önceden belirlemiştir. İşverenler başkanı *Hanns-Martin Schleyer*’in kaçırılması ve öldürülmesi yahut Deutsche Bank’ın yönetim kurulu sözcüsü *Alfred Herrhausen*’in öldürülmesi olayları, RAF’ın mücadele ettiği siyasi ve toplumsal sistemin temsilcilerinin etkisini sembolik olarak azaltma girişimlerine tipik örneklerdir. Modern terörizmin 21. yüzyıldaki savunucuları, en başta farkına zor varılan El-Kaide bağlantısı, tehditkâr iletişim bugünü daha da ileriye götürmüştür. Onların stratejik konseptlerine göre bilinçli bir şekilde *masumlar*, başka bir ifade ile, uyuşmazlığa dahil olmamış ilgisiz insanlar kurban edilmektedir. Ölümcül saldırılar, mücadele edilen egemen güçlerin temsilcileri, yani örneğin yüksek mevkilerdeki politikacılar, suçla mücadele edenler ya da ekonomiye yön verenler üzerine hedefli değildir. Bunun yerine mücadele edilen toplumdaki sıradan insanlar – benim ve senin gibi insanlar – öldürülmektedir. Bu da bir çeşit iletişimdir. Şu mesaj gönderilir: Kimse güvende değildir ve herkes kurban olabilir. Modern terörizm böylece kurbanın kişiliğinde bulunan içeriksel anlamı şahıslar üstüne taşır ve eylemin sembolik başarısını bununla eşdeğer kılar.

#### IV. TERÖRİZM NEDEN İŞE YARIYOR

Terörizm fenomeni ile mücadele için geliştirilen ceza hukuku stratejilerinde her zaman, suçların işlenişinin arka planı ile bunların arkasında yatan iletişimsel tarafı arasında bir ayırım yapılması gerekir. Bunun için kemikleşmiş bir örnek Münih’te yapılan 1972 Olimpiyatlarında yaşanan şaşırtıcı ve sıra dışı olaylardır. Bir PLO komandosu “Kara Eylül Örgütü” namına olimpiyat köyüne izinsiz bir şekilde giriş yaptı, iki İsraili sporcuyla öldürdü ve dokuz kişiyi rehin olarak aldı. Ba-

şarısız kurtarma operasyonu sonucunda Fürstfeldbruck askeri havaalanı kan gölüne döndü, beşi bu komando tarafından olmak üzere rehinelere hepsi öldü. İlk bakışta bu operasyon büyük bir başarısızlık olarak gözükmektedir. Sonunda bununla ilgili bütün teröristler öldürüldü ya da hüküm giydi. Aynı şekilde 236'sı İsrail'de ve beşi Almanya'da olmak üzere hapisanede bulunan Filistinlilerin (bunlara ilaveten ayrıca *Andreas Baader* ve *Ulrike Meinhof*) serbest bırakılması talebi netice vermedi. Yalnız Münih saldırısının iletişim tarafı, çarpıcı bir biçimde başarı elde etmişti. Münih olimpiyat köyünden bildirimde bulunmak için toplanan yaklaşık 6.000 basın temsilcisinin ilgisi, çoğunlukça göz ardı edilen Filistin özgürlük hareketinin durumuna kaydı.<sup>21</sup> Bu saldırıdan sonra Filistinli terör örgütüne katılımın yüksek bir şekilde arttığı tespit edildi.<sup>22</sup> Ve sonuç olarak PLO yaklaşık bir buçuk yıl sonra Birleşmiş Milletlerde özel gözlemci statüsü kazandı.

Modern terörizm özellikle de şundan dolayı işe yarıyor; çünkü basının globalize edildiği toprak parçalarında yaşıyoruz. Teröristler, basın ve televizyon gibi dünya geneli yönetilen kitle iletişim araçlarını ve de interneti kendilerinin yıldırıcı mesajlarını yayan ve çoğaltan araçlar olarak kullanmaktadırlar. Bilirler ki, uzak bir ülke olan Afganistan'da Alman askerinin öldürülmesi, çok az bir süre içinde bütün haber kanallarının işleyeceği baskın bir konu olacaktır. Benzer durum yazılı basın ve internet forumları için de geçerli olacaktır. Önceleri Çin'de keseden pirinç düşmesi insanları ilgilendirmezken şimdilerde ise bu durumu en geç akşam haberlerinde öğreniyoruz. İşte böylece teröristler çarpıcı olan olaylara ya da haberlere karşı yoğun ilgimiz ile birlikte mücadelelerini sürdürmektedirler. Çünkü batının kitle iletişim araçları terörist saldırılarının mesajını destansı bir biçimde şu sebepten dolayı yaymaktadır: Tüketim tarafından, yani bizim tarafımızdan oluşturulmuş talep dolayısıyla. Bir terör örgütünün yaşayabileceği en kötü şey, etkinliğinden kimsenin haberdar olmamasıdır. Düşünün ki, terörist bir saldırı oluyor ve kimse oraya doğru bakmıyor!

---

<sup>21</sup> Cooley, Green March, Black September: The Story of the Palestinian Arabs, 1973, 126; Hirst, The Gun and the Olive Branch, 1977, 311; Hoge, in: Miller (ed.), Terrorism: The Media and the Law, 1982, 96; Hoffman (dn. 13), 119.

<sup>22</sup> Schmid/de Graaf (dn. 17), 31.



## V. DEVLETE KARŞI İŞLENECEK AĞIR ŞİDDET SUÇLARINA HAZIRLIĞIN TAKİBİ KANUNU (GVVG)

Kanun koyucunun terörle mücadele maddi ceza hukukundaki en yeni işlemine – Devlete Karşı İşlenecek Ağır Şiddet Suçlarına Hazırlığın Takibi Kanunu’na, kısaca GVVG<sup>23/</sup>ye – gelelim. 4 Ağustos 2009 tarihinde yürürlüğe giren bu kanun özellikle §§ 89a, 89b ve 91 maddeleri olmak üzere AlmCK’na üç yeni suç tipi getirmiştir.

### A. Kanunun Amacı ve Düzenlemelerin İçeriği

Kanunlaşma sürecinin çıkış noktası, Federal Almanya eski Adalet Bakanı *Zypries*’in 21.4.2008 tarihli dikkat çeken basın açıklamasıdır.<sup>24</sup> Eski Adalet Bakanı bu basın açıklamasında, daha sonrasında kanunun büyük bir bölümünü oluşturacak hükümet tasarısının ana noktalarını açıkladı.<sup>25</sup> Tasarıda “terör kompları” diye bilinen yerlerde ikamet edenlerin cezalandırılması özellikle isteniyordu. Bunun nedeni ise Sauerland grubu ve valiz bombacıları diye bilinen zanlıların tutuklanmasıydı. Fakat aynı zamanda, Alman güvenlik güçlerinin, kendilerini islamcı diye nitelendiren kişilerin Afganistan-Pakistan sınırına silah talimi ve bomba eğitimi gibi terörist eğitimleri alabilmek üzere seyahat ettikleri bilgisini somut bir biçimde açıklayamamalarına da atıf yapılmaktaydı. Ayrıca, Almanya Federal Cumhuriyeti tarafından da imzalanan ve 1.6.2007 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi<sup>26</sup> madde 7’nin içerdiği terörist amaçlı eğitimi ceza altına alma yükümlülüğü de, bir başka neden olarak gösterilmişti.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Almanca açılımı “Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten” şeklindedir (çn).

<sup>24</sup> Ayrıca bkz. 21.4.2008 tarihli basın açıklamasına “Zypries – Neue Straftatbestände wegen Vorbereitung terroristischer Straftaten” şuradan ulaşılabilir: <http://www.bmj.bund.de>.

<sup>25</sup> Bkz. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 25.3.2009 (BT-Drs. 16/12428), aynı şekilde die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages v. 26.5.2009 (BT-Drs. 16/13145, 4); kanun taslağının hazırlık süreci için *Backes* StV 2008, 654 vd.; *Deckers/Heszel* ZRP 2008, 169 vd.; *Gierhake* ZIS 2008, 397 vd.; *Montag* DRiZ 2008, 141; *Radtke/Steinsiek* ZIS 2008, 383 vd.; *Uhl* DRiZ 2008, 140; *Walter* KJ 2008, 443 vd.; *Beck*, Paulus-FG, 2009, 15 (21 vd.); *Kauder* ZRP 2009, 20 vd.; *Sieber* NSTZ 2009, 353 vd.; *Weißer* ZStW 121 (2009), 131 (145 vd.); hazırlanan tasarının kaynakça yönünden değerlendirilmesi girişimi için *Wasser/Platzeck* DRiZ 2008, 315 vd.

<sup>26</sup> SEV Nr. 196.

<sup>27</sup> Ayrıca bkz. Komisyonun Avrupa Birliği üyesi ülkeleri, terörist suçları işlemek üzere kamusal

Yürürlüğe giren bu kanunun neticesi birçok açıdan hayal kırıcıdır. Maddi açıdan çok çeşitli tarzda hataları içerisinde barındırmaktadır.<sup>28</sup> Belirsiz kavramların ve yer yer ucu açık ifadelerin kullanılması,<sup>29</sup> Alman ceza hukukunun yurtdışı ile ilişkili olaylarda uygulanabilirliği ile ilgili düzenlemelerde uluslararası kamu hukuku standartlarının göz ardı edilmesi<sup>30</sup> ve Federal Adalet Bakanı lehine kovuşturma yetkisinin saklı tutulması<sup>31</sup> mevzuları başka yerlerde ayrıntılarıyla incelenmiştir.<sup>32</sup> Bunlar Alman ceza mevzuatı alanında standartların düştüğü üzücü örneklerdir. Bu yeni suç tiplerinin “ruhunu” incelemek yerine, kendime yeni düzenlemelerden birkaç örneği çıkış noktası edinerek anlatımımı sürdürmek ve böylece kendimi sınırlamak istiyorum.

§ 89a II Nr. 1 AlmCK’na göre, başkasının önderliğinde ya da aracılığında silahların, patlayıcı maddelerin üretilmesinde veya bu gibi tertiplerin düzenlenmesinde yer alarak devleti tehlikeye düşürecek ağır şiddet suçları işleme hazırlığında olan kişi cezalandırılmaktadır. Burada çok geniş bir şekilde teröre monte edilmiş suçların gerisinde bulunmaktayız. Somut bir saldırı girişiminin gerçekleşmesine zamansal açıdan çok uzaktayız. Burada sadece soyut tehlike olduğu ve ileride belki de teröre monte edilmiş bir suç *işleyebileceği* varsayılan davranışlar cezalandırılmaktadır. Bu kazanımın arka planında, potansiyel suçluların her zaman ilk olarak onlara terör saldırıları için gerekli temel bilgileri aktarabilecek

---

çağrılarını ve aynı şekilde terörizm amaçlı angaje etmeleri ceza altına almakla yükümlü kılan 2002/475/JI sayılı çerçeve kararını (dn. 18) değiştiren 28.11.2008 tarihli, 2008/919/JI sayılı çerçeve kararının 1. maddesi. Ayrıntılı bilgi için *Zimmermann* ZIS 2009, 1 vd.

<sup>28</sup> *Walter* KJ 2008, 443 (448 vd.).

<sup>29</sup> Örneğin AlmCK m. 89a II Nr. 1’de geçen “sağlığa zararlı diğer maddeler (andere gesundheitsschädliche Stoffe)” ve “diğer tecrübeler (andere Fertigkeiten)” ifadeleri; AlmCK m. 89a II Nr. 3’te “önemli (wesentlich)”; AlmCK m. 89a II Nr. 4’te “önemsiz malvarlığı değerleri (nicht unerhebliche Vermögenswerte)”; AlmCK m. 89b I’de “ilişkiler (Beziehungen)”, aynı şekilde “devleti tehlikeye sokacak ağır şiddet suçu” ifadesi de kendi başına belirsizlik içerir.

<sup>30</sup> Krş. § 89a III ve § 89b III AlmCK.

<sup>31</sup> Krş. § 89a IV ve § 89b IV AlmCK.

<sup>32</sup> §§ 89a, 89b ve 91 AlmCK maddelerini ayrıntılı bir biçimde şerh ederek kanunun hatalarını ortaya koyan çalışmalar için bkz. *Paeffgen*, in: NK, 3. Aufl. (2009), aynı şekilde *Zöller* (dn 8), 564 vd.; *Deckers/Heusel* ZRP 2008, 169 vd.; *Gierhake* ZIS 2008, 397 (403); *Beck*, Paulus-FG, 15 (23 vd.); *Gezeas/Grosse-Wilde/Kießling* NSTZ 2009, 593 (595 vd.); *Radtke/Steinsiek* JR 2010, 107 (108); belirlilik ilkesi ile ilgili sorunsal için *Fischer*, StGB, 57. Aufl. (2010), § 89a Rn 38 vd.; buna karşılık *Bader* NJW 2009, 2853 (2855) şaşırtıcı bir şekilde ne orantılılık ne de belirlilik ilkeleri açısından bir aykırılık tespit etmek istemez.

birilerine ihtiyaç duyacağı fikri yatmaktadır. Bu fikir bizi öyle bir saçma sonuca götürmektedir ki, artık kanunun ifadesini federal silahlı kuvvetlerde askerliğin yerine getirilmesi, ehliyet kursuna ya da pilot okullarına yazılma, judo-karate gibi spor kulüplerinde faaliyet gösterme veyahut akşamları koşuya çıkma karşılayabilir; çünkü bu tarz kazanılan yetenekler de daha sonraları terörist hevesler uğruna yararlı olabilecektir.<sup>33</sup> Kanun koyucu ne yazık ki cezalandırmanın hazırlık hareketleri içerisine doğru geriye çekilmesinde durmak bilmiyor ve kendinden emin bir şekilde “hazırlığın hazırlığını” da cezalandırma içine alıyor. Bu durum kendisini özellikle yeni getirilen AlmCK § 89b’de göstermektedir. Daha sonra, terör örgütleriyle en basit biçimde bile olsa iletişim kurma ceza altına alınıyor. Örneğin, devleti tehlikeye düşürecek ağır şiddet suçlarını öğrenmek amacıyla El-Kaide bağlantısının temsilcine ilgili dokümantasyonlar ve materyallerin istendiği bir e-posta yollamak cezalandırılabilir. Bu durumda, bilgileri talep edenin gelecekte bir zamanda somut bir saldırıya teşebbüs edeceği ya da bir saldırıyı gerçekleştireceği meselesi tamamıyla şüphelidir. Aynı durum özellikle terör ile ilişkili bilgi içerikli yazıların, kılavuzların (örneğin patlayıcı teçhizatların kurulumu gibi) hazırlanmasına yardımda bulunanların ya da bunları internet üzerinden indirenlerin cezalandırıldığı AlmCK § 91 için de geçerlidir.

## B. Cezalandırmanın Geriye Çekilmesinde Hatalı Gerekçeleştirme

Alman ceza hukukunda sıradan hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaz. Örneğin kanun koyucu bu konsepti geçtiğimiz yıllarda özellikle de çevre-ekonomi-uyuşturucu-dış ticaret-bilişim alanındaki soyut tehlike suçlarını adım adım genişleterek izlemiştir.<sup>34</sup> Terörle ilişkili devlet aleyhine işlenmiş suçların cezalandırılmasında terörist örgütlerin etkisi günümüze kadar yer edinmiştir. Bu suçlar örgütçe işlenen ya da örgüt tarafından planlanması zorunlu suçlardır. AlmCK § 129a yurtiçi örgütlerini, AlmCK § 129b ise yurtdışı terör örgütlerini ceza altına almaktadır. Bu düzenlemeler ile

---

<sup>33</sup> Krş. *Deckers/Heusel* ZRP 2008, 169 (171); *Montag* DRiZ 2008, 141; *Zöller* (dn 8), 569; § 89a II Nr. 1 AlmCK’nun uygulama alanında yer alan “özel tecrübeler (sonstige Fertigkeiten)” ifadesinin anayasaya aykırılığında Federal Almanya Anayasası madde 103 II’ nin öne sürülmesine dair *Gazeas/Grosse-Wilde/Kießling* NSTZ 2009, 593 (597).

<sup>34</sup> *Hassemer* ZRP 1992, 378 (381).

kanun koyucu açıkça şunu ifade etmiştir ki; artık vücut bütünlüğü, yaşam ya da irademizi belirleme ve yönlendirme gibi yüksek değerdeki hukuksal menfaatler söz konusu olduğunda ceza soruşturmasında yetkili konumda olmama, tepkisiz kalma niyetinde değildir. Ama zaten AlmCK § 129a ve § 129b, patlayıcı bomba saldırılarında olduğu gibi, işlenen suçun geri planında gerçekte terörist yapıların olduğu bu durumlara soruşturma makamlarının bilakis müdahil olmasını mümkün kılmaktadır. 2007 yılında “Sauerland grubunun” tutuklanması açıkça bu durumu ortaya koyar.

Tabii ki de terörle mücadele ceza hukukunun bu tarz önleyici fonksiyonu - AlmCK § 30’un genel hükümlerdeki etkisi gibi<sup>35</sup> - kendisini bir sistem bölünmesi olarak gösterir. Cezalandırmanın soyut tehlike suçları yardımıyla geriye çekilmesi akımı, sağlam gerekçelerle etkin bir şekilde tartışma konusu yapılmakta ve eleştirilmektedir.<sup>36</sup> Fakat terörle mücadele alanında – detaylı eleştirilerde – bende her seferinde bu ilkenin ciddi bir alternatifi olmadığı inancı uyanmaktadır. Eğer ceza hukuku terör suçları alanından tamamıyla uzak tutulmak istenirse, o zaman bu iş de facto olarak istihbarat kurumlarına, yani Anayasayı Koruma Teşkilatına<sup>37</sup>, Federal İstihbarat Servisine<sup>38</sup> ve Askeri Koruma Teşkilatına<sup>39</sup> devredilmiş olur.<sup>40</sup> Ancak bu teşkilatlar örneğin soruşturma için başlangıç şüphesinin gerekliliği, masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, şüpheli ya da sanığa haklarını anlatma yükümlülüğü, savunma hakkı gibi hak ve ilkelerle bağlı olan, adli çerçevede cezai soruşturmalar yapan güvenlik makamları değildirler.

GVVG ile yeni ihdas edilen suçlar, yani terör örgütleri ile ilişkilerden dolayı cezalandırma, hukuki bir bakış açısı ile değerlendirildiğinde işte tam da burada

---

<sup>35</sup> AlmCK § 30’un yasallaştırılması etrafındaki tartışmalar için bkz. MK-Joecks, 2003, § 30 Rn 11 vd.; NK-Zaczyk, § 30 Rn 1 vd.; Roxin, AT II, 2003, § 28 Rn 1 vd.; Köhler, AT, 1997, 544; Jakobs ZStW 97 (1985), 751 (765 vd.).

<sup>36</sup> Krş. Örneğin *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat – Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte, 1989; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998; *Wohlens*, Deliktstypen des Präventionsstrafrecht – Zur dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, 2000; *Hassemer* NSTz 1989, 553 vd.; aynı yazar ZRP 1992, 378 vd.

<sup>37</sup> Almanca adı Bundesverfassungsschutz şeklindedir (çn).

<sup>38</sup> Almanca adı Bundesnachrichtendienst olup, kısaltması BND şeklindedir (çn).

<sup>39</sup> Almanca adı Militärische Abschirmdienst olup, kısaltması MAD şeklindedir (çn).

<sup>40</sup> *Griebaum*, Nehm-FS, 125 (137).

noksanlık belirmektedir.<sup>41</sup> Bu tarz örgütlerin tehlike arz eden hususi potansiyelleri sadece işledikleri baskıcı suç fiillerinden ve tipik toplu hareket tarzlarından anlaşılmaz; aksine karakteristik olan kendilerine temel edindikleri grup dinamiğidir.<sup>42</sup> Eğer birden fazla kişi bir amaç doğrultusunda suç işlemek için bir araya gelirse, bu birliktelik düzenli bir şekilde kendi dinamiğini üretir. Liderler, örgüt üyeleri ve destekçileri arasındaki karşılıklı iletişim bireysel şüpheleri ve düşünceleri ortadan kaldırır, suç işlemek için ek bir motivasyon elde edilir ve örgütün organizasyon yapısı sayesinde kriminal eylemlerin planlanması ve icra edilmesi kolaylaştırılır.<sup>43</sup> Bir grup her zaman bir cazibe etkisi uyandırır. Şüpheyle yaklaşanlar ve çekinenler kazıkta bekletilir; çünkü bunlar hain olarak kullanılmak istenecektir. Terörist bir örgüt efsane transatlantik gemisi ile karşılaştırılabilir; yani bir defa yola çıkmış olanın durması zordur.

Grup dinamiği süreci dikkate alınarak cezalandırmanın geriye çekilmesinin kanunlaştırılması yeni AlmCK § 89a, § 89b ve § 91 düzenlemelerinde yer almaktadır. Kanuni materyallere göre hazırlık hareketlerinin, terörist bir örgütün varlığına ya da oluşumuna işaret etmese ve terörist bir örgüte katılımı ya da yardımı içermese bile takip edilmesi gerekliydi.<sup>44</sup> Böylece federal hükümet kanunlaşma sürecinde iddiasını dile getirdiği gibi yeni “tek kişilik hücreler” bulmuş oldu.<sup>45</sup> Bu şaka gibi ifadelerin arkasında ne yazık ki ciddi bir mesaj saklıdır. Bu Alman ceza hukuku sistemi içerisindeki bir setin yıkılmasından daha fazlasını ortaya koyar. Yani GVVG, Almanya'nın devlete karşı işlenen suçlarla mücadelesinde önem kazanmış ciddi bir ilkesinden vedalaşma anlamına gelmektedir: *Suçun tek kişilik failinin hazırlık hareketlerinden dolayı cezalandırılmaması*.<sup>46</sup>

---

<sup>41</sup> Krş. *Backes StV* 2008, 654 (659).

<sup>42</sup> BGHSt 28, 147 (148); 41, 47 (51); BGH NJW 1992, 1518; LK-Krauβ, 12. Aufl. (2009), § 129 Rn 4; MK-Miebach/Schäfer, 2005, 7./8. Aufl. (63. Lfg., März 2005) § 129 Rn 4; SSW-Patzak, 2009, § 129 Rn 6; Schroeder, Sfraftaten gegen das Strafrecht, 1985, 6; Rudolphi, Bruns-FS, 1978, 315 (320); Radtke/Steinsiek JR 2010, 107 (108).

<sup>43</sup> LK-Krauβ, § 129 Rn 4; SK-Rudolphi/Stein, 7./8. Aufl. (63. Lfg., März 2005) § 129 Rn 3; NK-Ostendorf, § 129 Rn 5; Nehring, Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland, 2007, 420 vd.; Gierhake ZIS 2008, 397; Weißer ZStW 121 (2009), 131 (136).

<sup>44</sup> BT-Drs. 16/12428, 2.

<sup>45</sup> Bu ifadeye katkı yapan çalışma: Puschke, Mitteilungen der Humanistischen Union Nr. 204 (1/2009), 1 vd.

<sup>46</sup> Gierhake ZIS 2008, 397 (405).

Ceza hukuku, yaptırımlarıyla birlikte bakıldığında, müdahalesini yoğun hissettiren bir alandır. Toplum tarafından seilmeyen, hoş karşılanmayan her şey dolayısıyla temel ilke olan *subsidiarite* (ikincillik) ilkesine göre suç tanımına sokularak yaptırım altına alınamaz.<sup>47</sup> Ceza hukuku sadece toplum hayatının temel ilke ve değerlerini güvence altına almalıdır. İnsanların huzur içerisinde beraber yaşantısına alternatiflerin olduğu algısına acilen ceza hukukunun araçlarıyla müdahale edilmemelidir.<sup>48</sup> Anayasa hukukumuz, özellikle de hukuk devleti ilkesi, eylemin en basit şekliyle sıradan tehlikeliliğine istinaden cezalandırma gereksinimini yasaklar.<sup>49</sup> Bu yüzden de sadece vatandaşın temel hak ve özgürlüklerine müdahale edildiği hukuken savunulduğu müddetçe yeni tehlike suçları ihdas edilebilir.<sup>50</sup> Önem açısından söylemek gerekirse, AlmCK § 89a, § 89b ve § 91'deki yeni suç tiplerinde yer alan fiiller artık terörist saldırılarda aranan gerekli şartlardaki değişikliğe hizmet etmektedir. Burada ihtiyaç duyulan ön bilgilerin (örneğin silah ya da patlayıcılarla ilgili durumun soruşturulması) veya gerekli suç aletlerinin (örnek olarak silahlar, zehirli içerikler ya da mali kaynaklar) soruşturulması söz konusudur. Bu davranış biçimleri, sorunsuz bir şekilde ya da zorunlu olarak saldırılarla bağlantı kurulabilecek tarzda değildir. GVG'nin bakış açısında yer alan bu fiillerin her defasında bir insanın yaralanmasına ya da ölmesine veyahut kıymetli ürünlerin yok edilmesine fırsat ya da zaman bulup bulmayacağı, daha yıldızlar kadar uzaklarda yer alan söylemlerde ifadesini bulsa gerektir.<sup>51</sup> Potansiyel failler işleyecekleri şiddet suçlarından vazgeçme mücadelesini her zaman gösterebilirler. AlmCK § 89a vd.'nda fail tarafından gelecekte işlenecek olan suç ile ilgili iradi karar, AlmCK § 129a ve § 129b'de ön plana çıkan grup dinamiğine dahil olmaktan farklı olarak, her zaman eksiktir.<sup>52</sup> Bu durumda, internetten bir bomba yapımının indirilmesi ile gerçek bir patlayıcı maddenin

---

<sup>47</sup> Son çare olarak "*ultima ratio*" ceza hukuku için bkz. BVerfGE 39, 1 (47); 90, 145 (172 vd.); Roxin, AT I, 4. Aufl. (2006), § 2 Rn 97 vd.; Jescheck/Weigend, AT, § 1 I. 2.

<sup>48</sup> Roxin AT I. Rn 97 vd.; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. Aufl. (2008), Rn 24; Walter KJ 2008, 443 (445).

<sup>49</sup> Gierhake ZIS 2008, 397 (405).

<sup>50</sup> Gierhake ZIS 2008, 397 (399).

<sup>51</sup> Yazar burada "noch in den sprichwörtlichen Sternen" ifadesini kullanarak durumun absürtlüğüne deyimsel bir ifade bulmuştur. Anlam tam karşılanamadığından bu haliyle sunulabilmıştır (çn).

<sup>52</sup> Gierhake ZIS 2008, 397 (402); Weißer ZStW 121 (2009), 131 (149).

kullanılması arasında doğal bir ilişki bulunmamaktadır. Bu tarz internet kullanıcıları her zaman farklı bir şeye – ve genellikle de muhtemel birçok olayda olduğu gibi – karar verebilir. Böylece 2009 yılında yürürlüğe giren bu suç tipleri, suçun gerçek ihlalinin her durumda fail tarafından belirlenecek davranışa bağlı soyut tehlike durumunu düzenlemektedir.<sup>53</sup> Cezalandırmanın bu şekilde geriye çekilmesinin ceza hukukunca savunulacak bir tarafı yoktur, orantısızdır ve sonuç olarak hukuk devletine aykırıdır.

### C. Korkunun Zaferi?

Politikanın bu tarz orantısız tedbirler için neyi harekete geçirdiği sorusu gündeme gelir. Cevap ortadadır: Yalın bir korku. Bununla kişisel ya da en azından siyasi sorumluluk alma karşısındaki korku ifade edilir. Uluslararası terörizm karşısındaki korkunun bilinçlerimizde ne kadar kök saldığını, 20.1.2010’da Münih havaalanında yaşananlar örnek olarak gösterir. Bir dizüstü bilgisayar çantasının kontrolündeki yanlış bir alarm, doğru düzgün bir gerekçe olmadan terör saldırısı varsayımı ile büyük bir paniğe sebep oldu ve Almanya genelindeki tüm uçuşların saatlerce durmasını beraberinde getirdi. Her hâlükârda ciddi bir durum için yasal tedbirlerle belgelendirilmek isteniyor ki, en azından vatandaşın korunması için elimizden gelen her türlü şey yapıldı. Bu tarz yasal tedbirlerle uygulamada gerçekten etkili olunup olunmayacağı ve hukuki olarak anayasaya uygunluğu meseleleri ise ikinci plandadır. Toplum genelinin hislerinin yatıştırıldığı, fakat etkili bir uygulama alanı olmayan “sembolik bir ceza hukuku” oluşturulmaktadır.<sup>54</sup> Ne kadar ters bir durumdur ki, – reform için çıkış noktası olmasına rağmen yürürlüğe giren kanunun hiçbir yerinde teröristlerden ya da terör kamplarında bulunmaktan bahsedilmez. Muhtemelen yeni getirilen suçların uygulanabilirliği bu kanunun amacı değildi. Bilgisayarına cihat için kitapçık kaydeden, daha sonra yargılamada içten ağlayan ve pişmanlığını tam bir şekilde gösteren bir islamiste bunları etkili şiddet suçları işlemeyi öğrenmek için yaptığını söylemeyi, hiç düşünmeden hayaller dünyasına atfedebiliriz.

---

<sup>53</sup> Fischer, § 89b Rn 1; Gierhake ZIS 2008, 397 (402).

<sup>54</sup> Krş. Hassemer NStZ 1989, 553 vd.; aynı yazar Roxin-FS, 2001, 1001 vd.; Schulte (dn 12), 233; Radtke/Steinsiek JR 2010, 107 (108).

Gerçek şudur ki, maddi ceza hukuku kurallarının harekete geçirilmesi vasıtasıyla usul hukuku soruşturma yetkileri kullanılmak istendi.<sup>55</sup> Daha kanunun başlığı gerekçesiz ve doğru olmayan bir biçimde devlete karşı işlenecek ağır şiddet suçlarının “takibi” ifadesini vurgular.<sup>56</sup> Artık günümüz mevzuatına göre AlmCK § 89a fiili; telefonların dinlenmesi (§ 100a II Nr. 1a StPO<sup>57</sup>), geniş şekilde dinleme yetkisi (§ 100c II Nr. 1a StPO), şüpheli olmayanların aranması (§ 103 I 2 StPO), sokaklarda ve mekânlarda kontrol noktalarının oluşturulması (§ 111 I 1 StPO; ayrıca krş. § 163d I StPO), tutuklama kararı çıkartılması (§ 112a I Nr. 2 StPO) ya da malvarlığına el konulması için (§ 443 I 1 Nr. 1 StPO) gerektirir. Ceza usul hukuku koruma tedbirlerinin silahlarının güçlendirilmesi de terörist baskıya karşı korkunun onaylanmasıdır. Aynı şekilde hiç de güzel olmayan başka bir gerçek daha vardır: Genel toplumsal güvenliğin iyileştirilmesi, örneğin uzun yıllardır kronik bir şekilde eksik kadro ile hizmet gören polis ve yargı teşkilatına yeni kadroların eklenmesi ile sağlanabilir. Fakat bu yeni kadrolar olmayan ya da harcanılmak istenmeyen para anlamına gelmektedir. Böylece kadrolar için ayrılacak harcamalarının üzeri masraf olmalarından dolayı silinmektedir. Buna karşılık yeni kanun yapımı ile istenene daha ucuz sahip olunabilir. Kanun ile ek masraf oluşmadığı, kanun tasarılarının birçoğunda mutlu edici bir şekilde ifade edilir.<sup>58</sup>

## VI. ABSÜRTLER ÜLKESİ YOLUNDA

Korku tarafından belirlenen bir hukuk politikası, bizi Federal Cumhuriyet hukuk devleti formundan Absürdistan diye adlandırılabilir bir devlet yönetim şekline doğru yönlendirir. *Heriben Prantl*, Güney Alman Gazetesi iç politika bölümü yöneticisi, bu gelişimi daha geçenlerde yayımlanan kitabının başlığında

---

<sup>55</sup> NK-*Paaffgen*, § 89a Rn 3; *Fischer*, § 89a Rn 6; *Walter* KJ 2008, 443 (445 vd.); *Beck*, Paulus-FG, 15 (31); *Sieber* NSTZ 2009, 353 (354 vd.); uygulamada beklenen olası sorunlar için *Radtke/Steinsiek* JR 2010, 107 (109).

<sup>56</sup> Aynı şekilde *Fischer*, § 89a Rn 6 kanun başlığını ilginç bulur.

<sup>57</sup> Almanca açılımı Strafprozessordnung olup, Alman Ceza Usul Kanunu’nu ifade etmektedir. (çn)

<sup>58</sup> GVVG’nin “kamusal bütçeye finansal etkileri ile ilgili D başlığında” matbu olan şu ifade yer alır: “1. Harcama Yetkisi İçermeyen Bütçe Giderleri Yok 2. Harcama Yetkisi Yeni ceza kurallarının yürürlüğe girmesi neticesiyle şu an için ne federal ne de eyalet çapında hesap edilemeyen ek yargılamalarda, soruşturma makamları ve mahkemeler için ek giderler oluşabilir. Federal captaki olası ek giderler, harcama yetkisi ile ilgili planlarda muhafaza edilir.”



isabetle ifade etmiştir. Başlık şöyledir: “Kanun Koyucu Olarak Terörist”.<sup>59</sup> Eğer terörizm korku ve yıldırımı yayarak nihai hedefine yaklaşmak isteyen bir iletişim stratejisi ise, o zaman bizler bu durumu engellemek üzere olağanüstü hal durumlarının sürekli genişletilmesi şeklinde tepki vermemeliyiz. Her geçen gün hukuk devleti ilkelerini terörle mücadele adı altında kurban ettikçe, teröristlerin bize resmettiği hukuksuzluklar devleti tablosuna emin adımlarla ve yavaş yavaş “kehanetini kendince gerçekleştirenler gibi” ulaşıyoruz. Yanlış anlaşılmalarda olmasın diye tekrar belirtiyorum: Teröre monte edilmiş suçlar, insanlığın en fena kötülüklerinden birisidir. Masum insanları ideolojik hedeflerini gerçekleştirmeye malzeme etmek için öldüren ve yaralayanlar, en sertliğiyle ceza hukukunca takip edilmelidir. Fakat ortada elle tutulur bir aciliyet yokken, toplumumuzun hususi şahsiyetini ifade eden hukuk devleti temel ilkelerini kurban etmeye son vermek zorundayız. Daha fazla göz kararına, daha az sınırları aşmaya; daha fazla normalleşmeye daha az olağanüstü hal durumlarına; daha fazla düşünmeye daha az paniğe ihtiyacımız vardır. Yoksa El-Kaide ve yandaşları uzun zamandır istediğini şimdi alabilir<sup>60</sup>; ve o zaman da durum gerçekten şöyle olur: “Absürtler ülkesine hoş geldiniz!”

### **Çalışmada Bahsi Geçen Yeni Suç Tiplerinin Çevirisi (çn):**

#### **§ 89a Devleti Tehlikeye Düşürecek Ağır Bir Şiddet Suçuna Kalkışma**

(1) Devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna kalkışan altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçu, § 211 veya § 212’de yer alan vücut bütünlüğüne karşı işlenen ya da § 239a veya § 239b’de belirtilen durumlara göre belirlenen ve kişisel özgürlükleri ihlal eden, bir devletin ya da uluslararası bir kuruluşun güvenliğine ya da varlığına zarar vermeye yahut Federal Almanya Cumhuriyeti’nin anayasal ilkelerini yürürlükten kaldırmaya, yok etmeye yarayan veya bu ilkelere zarar veren fiillerdir.

---

<sup>59</sup> Prantl, Der Terrorist als Gesetzgeber – Wie man mit Angst Politik macht, 2008.

<sup>60</sup> Benzeri değerlendirmeler GVVG daha tasarı aşamasındayken Walter KJ 2008, 443 (450)’de göze çarpar: “Hukuk devletimiz islamist terör tehlikesinden dolayı sınırlarını kaybetmektedir. Hukuk devletinin sınırlarını kaybetmesi, teröristlerin yapabileceğinden daha fazlası zarara sebebiyet verir.”

(2) Birinci fıkra ancak failin aşağıda belirtilen şekillerde devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna kalkışmasıyla uygulanabilir:

1. Başka birisine talimat vererek ya da birilerinden talimat alarak, gerekli hususi düzenekleri ya da diğer elverişli becerileri birinci fıkrada belirtilen fiilleri işlemek için ateşli silahların, patlayıcı maddelerin, patlayıcı ya da yanıcı düzeneklerin, atom yakıt maddesi ya da diğer benzeri radyoaktif içeriklerin, zehir içeren veya zehirli içerik meydana getiren, diğer sağlığa zararlı maddelerin yapımında ve üretiminde bulunan,

2. Bir numarada açıklanan silahları, malzemeleri ya da düzenekleri belirtildiği şekilde üreten, kendisine ya da başkalarına temin eden, muhafaza eden ya da bir başkasına devreden,

3. Bir numarada belirtilen silahların, malzemelerin ya da düzeneklerin üretimi için önemli olan maddeleri ya da içerikleri temin ya da muhafaza eden,

4. Fiillerin işlenmesi için önemsiz olmayan maddi değerleri toplayan, kabul eden ya da tedarikini sağlayan.

(3) Birinci fıkra, bu fiillere kalkışma yurtdışında gerçekleşse de uygulanır. Teşebbüs, Avrupa Birliği devletleri dışında gerçekleşirse, birinci fıkranın geçerliliği, fiilin bir Alman tarafından işlenmiş olmasına ya da yurtiçinde maddi şartları sağlayan bir yabancı tarafından işlenirse veya yurtiçinde devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna kalkışma bir Alman'a karşı ya da bir Alman vasıtasıyla işlenmiş olmasına bağlıdır.

(4) Üçüncü fıkranın ikinci cümlesinin söz konusu olduğu durumlarda suçun takibi için Federal Adalet Bakanlığı'nın izni gereklidir. Eğer fiil bir Avrupa Birliği devleti sınırları içerisinde işlenmişse ve devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna kalkışma ne bir Alman tarafından ne de yurtiçinde bir Alman'a karşı ya da bir Alman tarafından işlenmemişse, suçun takibi Federal Adalet Bakanlığı'nın iznine tabidir.

(5) Daha az cezayı gerektiren durumlarda hapis cezası üç aydan beş yıla kadardır.

(6) Mahkeme aynı zamanda denetimli serbestliğe hükmedebilir (§ 68 Fıkra 1); § 73d uygulanabilir.

(7) Mahkeme takdiri değerlendirmesine göre cezayı indirebilir (§ 49 Fıkra 2) ya da fail özgür iradesi ile devleti tehlikeye düşürecek tarzda daha başka ağır şiddet suçlarına kalkışmaktan vazgeçerse ve diğer suç teşkil eden fiillerin hazırlığı ya da işlenmesine sebep olduğu ve bildiği bu tehlikeye engel olursa yahut tehlikeyi önemli bir derecede azaltırsa veyahut fail kendi iradesi ile bu fiillerin işlenişini önlerse, mahkeme bu hükümlere göre cezalandırmaktan vazgeçebilir. Failin katkısı olmadan anılan tehlikeye engel olunursa veya önemli bir derecede tehlike azaltırsa yahut devleti tehlikeye düşürecek tarzdaki ağır şiddet suçlarının tamamlanması önlenirse, failin özgür iradesine bağlı ciddi gayreti cezalandırmaktan vazgeçme için yeterlidir.

### **§ 89b Devleti Tehlikeye Düşürecek Ağır Bir Şiddet Suçunu İşlemek İçin Bağlantıların Kabulü**

(1) § 89a fıkra 2, numara 1’de belirtilen devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna kalkışma niyetinde olan, § 129a’ya ve aynı şekilde § 129b’ye göre örgüt bağlamında talimat alan, bağlantıları kabul eden ya da sürdüren, üç yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkra hükmü hukuka uygun bir şekilde mesleğin icra edilmesinde ya da mesleki bir yükümlülüğe hizmet edildiğinde uygulanmaz.

(3) Birinci fıkra hükmü yurtdışı bağlantılarının sürdürülmesi ya da kabul edilmesi sonucunda da uygulanır. Bağlantıların sürdürülmesi ya da kabul edilmesi hükmü sadece Avrupa Birliği devletleri dışında bir Alman ya da yurtçinde maddi şartları sağlayan bir yabancı tarafından işlenirse geçerlidir.

(4) Suçun takibi şu durumlarda Federal Adalet Bakanlığı’nın iznine tabidir:

1. Üçüncü fıkranın ikinci cümlesi ile ilgili durumlarda ya da

2. Bağlantıların kabulü ya da sürdürülmesi Avrupa Birliği’nin diğer üye devletlerinde bir Alman tarafından işlenmemişse.

(5) Failin kişisel kusurunun hafif olduğu durumlarda, mahkeme bu hükme göre cezalandırmaktan vazgeçebilir.

### **§ 91 Devleti Tehlikeye Düşürecek Ağır Bir Şiddet Suçunu İşlemek İçin Rehberlik Etme**

(1) Her kim aşağıdaki fiilleri işlerse üç yıla kadar hapis ya da adli para cezası ile cezalandırılır:

1. Yayımı ve çoğaltılması durumunda başkalarının devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçu (§ 89a) eğilimini harekete geçiren ya da bu isteği uyandıran, devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçuna hizmet eden, tavsiyelerde bulunan ya da bir başkasını ulaşılabilir kılan yazılar (§ 11 fıkra 3),

2. Numara 1’de belirtilen tarzdeki yazıları devleti tehlikeye düşürecek tarzda ağır bir şiddet suçu için temin eden.

(2) Birinci fıkra hükmü şu durumlarda uygulanmaz:

1. Vatandaşın açıklama içerikli fiilleri, anayasaya aykırı girişimleri önlemek için giriştiği fiiller, bilim ve sanat özgürlüğüne, öğretim ya da araştırma amacına, tarihe hizmet eden fiiller veya aynı amaca hizmet amaçlı kaleme alınan raporlar ya da

2. Hukuka uygun bir şekilde mesleğin icra edilmesindeki ya da mesleki bir yükümlülüğe hizmet edildiği esnadaki fiiller.

(3) Failin kişisel kusurunun hafif olduğu durumlarda, mahkeme bu hükme göre cezalandırmaktan vazgeçebilir.

# ALAN İSMİ UYUŞMAZLIKLARININ ÇÖZÜMÜ İÇİN YEKNESAK POLİTİKALAR

Tamer SOYSAL\*

(UDRP KURALLARI-Türkçe Metni)\*\*

(ICANN Tarafından 24 Ekim 1999’da Onaylandığı Şekliyle)

**1. Amaç.** Bu Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Halli için Yeknesak Politikalar (“Uyuşmazlık Politikası”) İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu (ICANN) tarafından kabul edilmiş olup, Kayıt Sözleşmenize referans gösterilerek dahil edilmiştir ve siz ile üçüncü kişiler arasında - biz (kayıt otoritesi) istisna – kayıt ettirmiş olduğunuz İnternet Alan Adınızın kaydı veya kullanımından doğabilecek uyuşmazlıklarla ilgili hüküm ve şartları belirler. Bu Politikaların 4 üncü maddesinde yer alan düzenlemeler, [www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm](http://www.icann.org/udrp/udrp-rules-24oct99.htm) adresinde bulunan Alan İsmi Uyuşmazlıklarının Halli için Yeknesak Politika Kuralları (“Prosedür Kuralları”)’na ve seçilmiş idari-uyuşmazlık-çözüm servis sağlayıcısının ek kurallarına göre uygulanacaktır.

**2. Beyanlarınız.** Bir alan adı kaydı yaptırmak için başvurmanız, veya var olan alan adı kaydınızı devam ettirmek veya yenilemek talebinde bulunarak bize beyan ediyor ve temin ediyorsunuz ki (a) kayıt Sözleşmesi’nde verdiğiniz bilgilerin eksiksiz ve doğru olduğunu; (b) bilginiz dahilinde, alan adı kaydınızın üçüncü bir tarafın haklarını ihlal etmeyeceğini; (c) alan adını kanuna uygun olmayan bir amacı gerçekleştirmek için kayıt ettirmediğinizi; ve (d) alan adınızı kasıtlı olarak herhangi bir kanun veya düzenlemeyi ihlal etmek amacıyla kullanmayacaksınız. Alan adı kaydınızın bir başkasının kanuni haklarını ihlal edip etmediğini tespit etmekten siz mesulsünüz.

---

\* Hâkim, [tamer.soysal@gmail.com](mailto:tamer.soysal@gmail.com).

\*\* Orijinal İngilizce metin için bkz. Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy-UDRP, <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-en>.

### 3. İptaller, Transferler ve Değişiklikler.

Aşağıdaki durumlarda alan adının iptaline, transferine veya başka şekillerde alan adı kaydında değişiklikler yapacağız:

- a. Madde 8’deki şartlara uygun olarak, sizden veya yetki verdiğiniz acentanızdan yazılı veya elektronik ortamda bir talep gelmesi halinde;
- b. Yetkili mahkeme veya tahkim mahkemesinden bu yönde bir emir gelmesi halinde; ve/veya
- c. ICANN tarafından kabul edilen bu Politika’da düzenlenen ve sizin de taraf olduğunuz idari hükümler uyarınca, İdari Panel’den bu yönde bir Karar çıkması hallerinde (Bkz. Madde 4 (i) ve (k))

Ayrıca Alan Adı Kayıt Sözleşmeniz veya başka kanuni ihtiyaçlara göre de alan adı kaydınızı iptal edebilir, transfer edebilir veya değiştirebiliriz.

### 4. Zorunlu İdari Hükümler

Bu madde zorunlu idari hükümlerin uygulanmasını gerektiren uyuşmazlık çeşitlerini düzenlemektedir. Bu hükümler [www.icann.org/udrp/approve-providers.htm](http://www.icann.org/udrp/approve-providers.htm) adresinde listelenen idari uyuşmazlık çözümü servis sağlayıcılarından (her biri bir “Sağlayıcı”dır) biri tarafından uygulanacaktır.

#### a. Uyuşmazlıklara Uygulanabilirlik

Üçüncü bir tarafın (“Şikayetçi”) yetkili Sağlayıcıya, Prosedür Kurallarına uygun olarak yaptığı başvuru bazı zorunlu idari hükümlere tabi olmanızı gerektirecektir;

- (i) Alan adınızın şikayetçinin hak sahibi olduğu ticari bir marka veya hizmet markası ile aynı veya iltibasa mahal verecek şekilde benzer olması; ve
- (ii) Alan adınız üzerinde herhangi bir hak veya haklı menfaatiniz olmaması; ve
- (iii) Alan adınızın kötüniyetli olarak tescil edildiği ve kullanıldığı.

İdari süreçte şikayetçi bu üç halin de varlığını ispatlamalıdır.

**b. Kötüniyetli Tescil ve Kullanımın İspatı.** Aşağıda sınırlı sayıda olmaksızın örnek kabilinden sayılan durumlardan birinin varlığının Panel tarafından saptanması 4 (a)(iii) maddesinde belirtilen alan adının kötüniyetli tescili ve kullanımı şartının ispatı anlamına gelecektir:

- (i) Alan adınızı, alan adınız için harcadığınız miktarın çok üzerinde bir fiyata sonradan ticari veya bir hizmet markasına veya onun rakibi olan firmalara satmak, kiralamak veya transfer etmek için aldığınızın anlaşılması halinde;
- (ii) Alan adınızı, ticari veya bir hizmet markası sahibinin kendi markasına karşılık gelen alan adını almasını önlemek amaçlı bir davranışın karşılığı olarak kayıt ettirmeniz halinde; veya
- (iii) Alan adınızı, rakip bir firmanın işlerini bozmak amacıyla kayıt ettirmeniz halinde; veya
- (iv) Alan adınızı, şikayetçi marka ile karıştırılabilecek şekilde seçerek bilinçli olarak şikayetçi marka ile web siteniz veya web sitenizde sunduğunuz mal veya hizmet arasında kaynak, sponsorluk, ticari bir bağlantı veya onay varmış gibi göstererek, internet kullanıcılarını ticari bir kazançla ulaşmak için web sitenize çekmek için kullanmak;

**c. Şikayetçiye Cevaben Alan Adınız Üzerindeki Kanuni Hak ve Menfaatlerinizi Nasıl İspatlayacaksınız.**

Bir şikayetle karşı karşıya kaldığınızda, cevabınızı Prosedür Kuralları Madde 5’de belirttiği şekilde hazırlamanız gerekir. Panel’in, bunlarla sınırlı olmaksızın, aşağıdaki hallerin herhangi birinin, sunulan tüm delillerin sonucunda oluştuğuna karar vermesi halinde, Madde 4(a)(ii)’de ki amaca uygun şekilde alan adınız üzerindeki hak ve menfaatleriniz ispatlanmış olacaktır.

- (i) Uyuşmazlık hakkında size bir bildirimde bulunulmadan önce, alan adınızı veya buna benzer bir ismi iyiniyetli olarak mal veya hizmet arzı için kullanmış veya kullanılması için bir takım hazırlıklar yapmış olmanız; veya
- (ii) Siz (birey, şirket veya başka bir organizasyon adı altında) ticari bir marka veya hizmet markası haklarına sahip olmadığınız halde, yaygın bir şekilde alan adı ile bilinmeniz durumunda; veya

(iii) Alan adınızı, sözkonusu markayı karalamak veya tüketicileri yanlış yönlendirerek ticari kazanç sağlama amacı olmaksızın, kanuni sınırlar içerisinde ticaretten uzak ve dürüst bir şekilde kullanmanız durumunda.

**d. Sağlayıcının Seçimi.** Şikayetçi ICANN onaylı Sağlayıcılardan birini şikayet dilekçesini vermek suretiyle seçmelidir. Seçilen Sağlayıcı 4 (f) Paragrafında tarif edilen birleştirme hali hariç, anlaşmazlık sürecini yürütecektir.

İdari Panel'in Toplanması, Çalışması ve İdari İşlemlerin Başlaması. Uyuşmazlıkla ilgili kararı verecek panel ("İdari Panel") toplanması, çalışması ve idari işlemlerin başlaması Prosedür Kuralları'nca belirlenmiştir.

**e. Birleştirme.** Siz ve Şikayetçi arasında birden fazla uyuşmazlık olması halinde, siz ya da şikayetçi bunların birleştirilerek tek bir İdari Panel tarafından incelenmesini bir dilekçe ile talep edebilir. Bu başvuru ancak taraflar arasında henüz tamamlanmış ilk uyuşmazlığa bakan İdari Panel'e yapılabilir. Bu İdari Panel, birleştirilecek uyuşmazlıklar ICANN tarafından kabul edilmiş bu Politikalar veya sonraki versiyonu Politikalara göre incelenmesi şartı sağlandığı sürece, uyuşmazlıkların bir kısmını veya tümünü birleştirerek görebilir.

**f. Masraflar.** İdari Panel'de bu Politikalara göre görülen her uyuşmazlıkta ücretler bir Sağlayıcı tarafından belirlenir ve şikayetçi tarafından ödenir. Sadece İdari Panel'i Prosedür Kuralları Paragraf 5(b)(iv)'de belirtilen şekilde birden üç paneliste çıkarma durumunda tüm masraflar siz ve şikayetçi arasında eşit olarak ödenecektir.

**h. İdari Hükümlerle İlgimiz.** İdari Panel'in çalışmalarına ve idaresine hiçbir şekilde karışmayız ve karışmayacağız. Ayrıca İdari Panel tarafından alınan hiçbir karar sonucundan sorumlu olmayacağız.

**i. Çözümler.** İdari Panel işlemleri sonucunda şikayetçiye sağlanabilecek çözümler alan adının iptali veya alan adının transferi ile sınırlı olacaktır.

**j. Bildirim ve Yayın.** İdari Panelin bizde kayıt ettirmiş olduğunuz bir alan adı ile ilgili vermiş olduğu her türlü kararı Sağlayıcı bize bildirir. İdari Panel'in vermiş olduğu kararın bir kısmını düzeltmek için yeniden incelediği istisnai durumlar haricinde; Bu Politika'ya göre verilen tüm kararlar internette olduğu gibi yayınlanır.



**k. Mahkemeye Başvurulabilirlik.** Madde 4’de belirtilen Zorunlu İdari Hükümler, sizi veya şikayetçiyi, Zorunlu İdari Hükümlere başlanmadan önce veya böyle bir süreç sonuçlandıktan sonra, uyuşmazlığı bağımsız bir çözüm için yetkili bir mahkemeye başvurmadan alıkoymaz. Eğer İdari Panel alan adı kaydınızın iptali ya da transferi yönünde karar verirse, kararı yerine getirmeden önce, İdari Panel’in kararını bize bildirmesinden itibaren 10 iş günü (merkezimizin bulunduğu yerdeki şekliyle) bekleyeceğiz. Daha sonra kararı uyguluyoruz; meğer ki sizden bu on iş günü içinde şikayetçiye karşı şikayetçinin UDRP Usul Kuralları (RUDRP)’nin 3(b)(xiii) maddesine göre yetkisini kabul ettiği mahkemelerden birinde dava açmış olduğunuza dair resmi bir belge (Şikayetin Mahkeme tarafından usulüne göre onaylanmış sureti gibi) alalım. (Genellikle, yetkili Mahkeme merkezimizin bulunduğu yer ya da Whois veri tabanımızda gözükten adresinizdedir. Ayrıntılar için UDRP Usul Kuralları (RUDRP) madde 1 ve 3(b)(xiii)’ye bakınız.) Bu on iş günü süre içinde bu tür bir belge alırsak ve (i) taraflar arasında çözüm sağlandığına dair tatmin edici bir delil; (ii) davanızın reddedildiği veya geri alındığına dair tatmin edici bir delil; veya (iii) davanızın reddedildiğine dair veya alan adını kullanmaya devam etmeye hakkınız olmadığına dair mahkeme kararını, alıncaya kadar İdari Panel kararını uygulamayacağız ve başka bir işlem yapmayacağız.

**5. Tüm Diğer Uyuşmazlıklar ve Dava Açma.** Siz ile bizim dışımızda üçüncü bir taraf arasında, alan adı kaydınız ile ilgili olarak çıkan ve 4 üncü maddedeki Zorunlu İdari Hükümlere tabi olmayan diğer tüm uyuşmazlıklar siz ile üçüncü taraf arasında Mahkeme, tahkim veya diğer mevcut usullerle çözüme bağlanmalıdır.

**6. Uyuşmazlıklarla İlgimiz.** Siz ile bizim dışımızdaki üçüncü bir taraf arasında alan adı kaydınız ve kullanımınız ile ilgili çıkan herhangi bir uyuşmazlığa hiçbir şekilde katılmayacağız. Bizi taraf olarak gösteremeyeceğiniz gibi sair surette böyle bir usule dahil de edemezsiniz. Böyle bir usulde bizi taraf olarak göstermeniz halinde, uygun olduğunu düşündüğümüz her türlü savunmayı yapmak ve kendimizi savunmak için gerekli diğer tüm tedbirleri almak hakkımızı saklı tutarız.

**7. Mevcut Durumun Korunması.** Yukarıda belirtilen 3 üncü madde hükmü istisna olmak üzere alan adı kaydına ilişkin durumu Politika'ya göre iptal, transfer, aktive, deaktive etmeyeceğiz veya diğer başka türlü değiştirmeyeceğiz.

#### **8. Uyuşmazlık Sırasında Transferler.**

**a. Alan adının Yeni Sahibine Transferi.** Alan adınızı; (i) Madde 4'e göre idari işlemler devam ederken veya idari süreç sonuçlandıktan itibaren 15 iş günü (merkezimizin bulunduğu yerdeki şekliyle) süresince; veya (ii) Alan adınızla ilgili bir dava veya tahkim süreci devam ederken bir başkasına transfer edemezsiniz meğer ki alan adı transfer edilecek taraf, yazılı olarak, mahkeme veya hakemin vereceği karara bağlı olacağını kabul etmiş olsun. Bu bende aykırı olarak yapmış alan adı transferlerini iptal etme hakkımızı saklı tutuyoruz.

**b. Kayıt Kurumunun Değiştirilmesi.** Alan adı kaydınızı Madde 4'e göre idari işlemler devam ederken veya idari süreç sonuçlandıktan itibaren 15 iş günü (merkezimizin bulunduğu yerdeki şekliyle) süresince başka bir kayıt kurumuna transfer edemezsiniz. Ancak bizde kayıt edilmiş olan alan adınız size karşı Politika Kuralları'na göre devam eden idari işlemlerin konusu olmaya devam etmek kaydıyla, alan adınızın yönetimini dava veya tahkim süreci devam ederken başka bir kayıt kurumuna transfer edebilirsiniz. Mahkeme veya tahkim süreci devam ederken alan adı kaydınızı bize transfer etmeniz durumunda, böyle bir uyuşmazlık, alan adının transfer edildiği kayıt kurumunun alan adı uyuşmazlığı politikasına tabi kalmaya devam eder.

**9. Politika Değişiklikleri.** ICANN'ın izniyle bu Politikayı herhangi bir zamanda değiştirme hakkımızı saklı tutarız. Değiştirilen Politikayı, yürürlüğe girmesinden önce, en az otuz (30) takvim günü içinde bildireceğiz. Bu Politika, şikayetin sağlayıcıya sunulması suretiyle kabul edilmediği sürece, uyuşmazlık sonuçlanıncaya kadar size yürürlükte bulunan Politikalar uygulanacaktır. Bunun dışında uyuşmazlığın yaptığımız değişikliğin yürürlüğe girmesinden önce, esnasında veya sonra ortaya çıktığına bakılmaksızın, bir alan adı kaydı ile ilgili herhangi bir uyuşmazlıkta bütün değişiklikler sizi bağlayacaktır. Politika'da yapılan değişikliği kabul etmemeniz durumunda, başvurabileceğiniz tek yol bizimle olan alan adı kaydınızı iptal ettirmek olacaktır ancak bu durumda bize ödemiş olduğunuz ü-

retler iade edilmeyecektir. Değiştirilmiş Politika alan adı kaydınızı iptal edinceye kadar size uygulanacaktır.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

## İKİNCİ BÖLÜM

### EMEL BOYRAZ/TÜRKİYE KARARI \*

(Başvuru no. 61960/08)

#### KARAR

STRAZBURG

2 Aralık 2014

**Emel Boyraz/Türkiye davasında,**

**Başkan,**

Guido Raimondi,

**Yargıçlar,**

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Nebojša Vučinić,

Egidijus Kūris,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

ve Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı Abel Campos'un katılımıyla oluştur-

---

\* İşbu karar Sözleşme'nin 44 §2 maddesinde belirlenen koşullara uygun olarak kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayriresmî çeviri, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

lan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm) heyeti yapılan gizli müzakereler sonrasında 4 Kasım 2014 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

## **USUL**

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan 61960/08 no'lu dava, bir Türk vatandaşları olan Emel Boyraz'ın ("başvuran") 1 Aralık 2008 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurudan ibarettir.
2. Başvuran Batman'da görev yapan avukat İ. Solak tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlileri tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuru 1 Mart 2010 tarihinde Hükümet'e iletilmiştir.

## **OLAYLAR VE OLGULAR**

### **I. DAVANIN KOŞULLARI**

4. Başvuran, 1975 doğumludur ve Elazığ'da ikamet etmektedir.
5. Başvuran, 19 Ekim 1999 tarihinde, devlet memuru olmak için bir sınava girmiştir. Sınavda başarılı olmuştur ve belirtilmeyen bir tarihte Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı tarafından, devletin işlettiği bir elektrik şirketi olan TEDAŞ'ın Batman Şubesinde güvenlik görevliliği işine atandığı konusunda bilgilendirilmiştir. Söz konusu şirket, başvuranın sınav işlemleri sırasında yaptığı beş tercihten ilkidir.
6. 5 Temmuz 2000 tarihinde TEDAŞ Batman Şubesi insan kaynakları birimi, başvurana, "erkek olma" ve "askerlik görevini tamamlamış olma" şartlarını taşımadığı için atanmadığını bildirmiştir.
7. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na gönderilen 9 Ağustos 2000 tarihli bir mektupta, TEDAŞ'ın insan kaynakları birimi Bakanlık'tan, başvuran ile birlikte çeşitli nedenlerle işe alınması mümkün olmayan birçok kişi yerine atanması için yeni kişilerden oluşan bir liste göndermesini talep etmiştir. Başvurana ve B.U., R.B. ve A.O.C. isimlerinde diğer üç kişiye ilişkin olarak, TEDAŞ insan kaynakları birimi, Bakanlığa bu kişilerin kadın olduklarını ve bu nedenle güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmayacaklarını bil-

dirmiştir. Mektupta, güvenlik görevlilerinin şehir merkezlerinden uzakta kırsal alanlarda bulunan depoları, şalt sahalarını ve trafo merkezlerini saldırılara karşı ve yangın ve sabotaj durumlarında koruma görevleri olduğu belirtilmiştir. Güvenlik görevlileri ayrıca gece ve gündüz çalışmak ve saldırı halinde uzun namlulu silahlar dâhil olmak üzere silah ve fiziksel güç kullanmak zorundadırlar. Bu nedenle, kadınların güvenlik görevliliği işine uygun olmadığı düşünülmüştür.

8. Başvuran, 18 Eylül 2000 tarihinde Ankara İdare Mahkemesi önünde TEDAŞ Genel Müdürlüğü aleyhinde bir dava açmış ve TEDAŞ Batman Şubesi'nin kararının mali sonuçlarıyla iptalini istemiştir. Başvuran, yazılı ifadesinde söz konusu göreve atanmak için erkek olma şartının olmadığını ve bu görev için gerekli tüm şartları yerine getirdiğini belirtmiştir. Başvuran, ayrıca, söz konusu göreve atanmasının reddedilmesi neticesinde tercih etmiş olduğu diğer dört görevden birine atanma fırsatından mahrum kaldığını ve 1999 yılında başarılı olduğu için 2000 yılında tekrar sınava giremeyeceğini ifade etmiştir.
9. Belirtilmeyen bir tarihte, TEDAŞ Genel Müdürlüğü, idare mahkemesine söz konusu görevin şartlarından birinin Devlet Personel Başkanlığı tarafından “askerlik görevini tamamlamış olma” olarak ilan edildiğini ve bu nedenle yalnızca erkeklerin bu göreve getirilebileceklerini belirtmiştir. Bu nedenle, bir kadın olan başvuran güvenlik görevlisi olarak işe alınmaz.
10. Ankara İdare Mahkemesi, 27 Şubat 2001 tarihinde, TEDAŞ Batman Şubesi'nin kararını iptal etmiştir. Mahkeme, “askerlik görevini tamamlamış olma” şartının yalnızca erkek adaylar için geçerli olduğunun düşünülmesi gerektiğine ve TEDAŞ'ta kadınların güvenlik görevlisi olarak çalışmalarına daha önce bir sınır konmadığına karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca, başvuranla aynı nedenlerden TEDAŞ aleyhine dava açan başka bir kadın olan Y.P.'nin davayı açtıktan sonra güvenlik görevliliğine atandığını belirtmiştir.

11. 27 Şubat 2001 tarihli kararın ardından, TEDAŞ Batman Şubesi başvurana sözleşme imzalamayı teklif etmiştir. Başvuran, 11 Temmuz 2001 tarihinde görevine başlamıştır. Başvuran, 1 Mart 2002 tarihinde, eşinin Elazığ'da yaşıyor ve çalışıyor olması nedeniyle TEDAŞ Elazığ Şubesi'ne tayin edilmiştir.
12. TEDAŞ tarafından, 8 Mayıs 2001 tarihinde, 27 Şubat 2001 tarihli karara itiraz edilmiş ve Danıştay'dan Ankara İdare Mahkemesi kararının yürütülmesinin durdurulmasını ve daha sonra söz konusu kararın bozulmasını talep edilmiştir. TEDAŞ'ın avukatı, *inter alia*, Y.P.'yi ilk olarak reddeden ve "erkek adaylar için, askerlik görevini tamamlamış olma" şartı olan TEDAŞ Gaziantep Şubesi'ndeki görevin aksine, Batman Şubesi'ndeki güvenlik görevlisi alımı ilanında "askerlik görevini tamamlamış olma" şartının bulunduğunu belirtmiştir. Avukata göre, bu ifade söz konusu görev sadece erkek adaylara ayrılmıştır ve bu nedenle başvuranın durumu Y.P.'den farklıdır.
13. 27 Haziran 2001 tarihinde Danıştay, yürütmenin durdurulması talebini reddetmiştir.
14. Danıştay 12. Dairesi, 31 Mart 2003 tarihinde, Ankara İdare Mahkemesi'nin kararını bozmuş ve söz konusu görev için aranılan askerlik görevini tamamlamış olma şartının erkek adaylar için geçerli olduğunu ve bu şartın görevin mahiyeti ve kamu çıkarları doğrultusunda meşru olduğuna hükmetmiştir. Yüksek mahkeme bu nedenle idarenin kararının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.
15. Başvuran, 1 Ağustos 2003 tarihinde, 31 Mart 2003 tarihli kararın düzeltilmesini talep etmiştir. Dilekçesinde başvuran güvenlik görevliliği işinin erkek adaylara ayrılmadığı ve bu nedenle yüksek mahkemece verilen kararın eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.
16. Başvuran 17 Mart 2004 tarihinde TEDAŞ Elazığ Şubesindeki görevinden çıkartılmıştır. TEDAŞ insan kaynakları birimi başkan yardımcısı tarafından gönderilen mektuba göre, başvuranın sözleşmesinin 31 Mart 2003 tarihli Danıştay kararı nedeniyle sona erdirilmiştir.



17. Başvuran, 22 Mart 2004 tarihinde, Danıştay'a başvuruda bulunmuştur. Başvuran, işten çıkarıldığını belirtmiş ve yüksek mahkemeden 31 Mart 2003 tarihli kararın yürütmesinin durdurulmasına hükmetmesini talep etmiştir. Başvuran, dilekçesinde, söz konusu görevin sadece erkeklere ayrılmadığını, çünkü kadınlar üzerinde arama yapmak gibi bazı işlemlerin kadın memurlar tarafından gerçekleştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.
18. 16 Nisan 2004 tarihinde başvuranın talebi 12. Daire tarafından reddedilmiştir.
19. Danıştay ayrıca 11 Ekim 2005 tarihinde başvuranın düzeltme talebini reddetmiştir.
20. Ankara İdare Mahkemesi, 21 Şubat 2006 tarihinde, Danıştay kararını göz önüne alarak başvuranın davasını reddetmiştir.
21. Başvuran, 24 Nisan 2006 tarihinde temyiz yoluna gitmiştir. Başvuran yazılı ifadesinde TEDAŞ aleyhinde aynı gerekçelerle kadın adaylar tarafından açılmış üç tane daha benzer dava olduğunu ve bu davalardan, TEDAŞ Batman Şubesi'nde atanmaya hak kazandığı güvenlik görevliliği işine başvuranla aynı nedenlerden dolayı atanmayan R.B. tarafından açılanın Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu önünde derdest halde bulunduğunu belirtmiştir. Başvuran ayrıca yüksek mahkemenin TEDAŞ lehine karar vermesi halinde başka bir devlet görevine başvurma fırsatını kaybedeceğini ifade etmiştir.
22. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 6 Aralık 2007 tarihinde, R.B. lehine karar vermiştir. Genel Kurul, "askerlik görevinin tamamlanmış olması" şartının sadece erkek adaylar için geçerli olduğunun düşülmesi gerektiğine ve bu nedenle R.B.'nin TEDAŞ Batman Şubesi'ne atanmasının reddedilmesinin hukuka aykırı olduğuna hükmetmiştir.
23. Danıştay 12. Dairesi, 12 Şubat 2008 tarihinde, 21 Şubat 2006 tarihli kararı onamış ve söz konusu kararın hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, kararında Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararının içeriğini belirtmiş ancak yorum yapmamıştır.

24. Başvuran, 17 Mart 2008 tarihinde, 12 Şubat 2008 tarihli kararın, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun R.B.'nin lehinde karar verdiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkını ve eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek, söz konusu kararın düzeltilmesini talep etmiştir. Başvuran, ayrıca, ayırmacılık yapıldığını ileri sürmüştü ve Anayasa uyarınca kamu istihdamında ayırmacılık yapılamayacağını belirtmiştir.
25. Danıştay 12. Dairesi, 17 Eylül 2008 tarihinde, başvuranın talebini reddetmiştir.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI MEVZUATLAR

### A. Anayasa

26. Türkiye'nin söz konusu zamanda yürürlükte olan Anayasası'nın ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

#### **Madde 10 - Kanun önünde eşitlik**

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırılm gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

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

#### **Madde 70 - Hizmete girme**

"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

### B. 2575 sayılı Danıştay Kanunu

27. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 38. maddesine göre, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, Danıştay Dairlerinin idare mahkemelerinin

önceki kararlarını bozmasının ardından, bu önceki kararlara ilişkin idare mahkemelerinin ısrar kararlarını incelemekle görevlidir.

28. 2575 sayılı Kanun'un 39. maddesi uyarınca, İçtihatları Birleştirme Kurulu, dava dairelerinin veya idari ve vergi dava daireleri kurullarının kendi kararları veya ayrı ayrı verdikleri kararlar arasında aykırılık veya uyumsuzluk görüldüğü veyahut birleştirilmiş içtihatların değiştirilmesi gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay Başkanının havalesi üzerine, Başsavcının düşüncesi alındıktan sonra işi inceler ve lüzumlu görürse, içtihadın birleştirilmesi veya değiştirilmesi hakkında karar verir.

### **C. Avrupa Sosyal Şartı (değiştirilmiş şekli)**

29. 2007 yılında Türkiye tarafından onaylanan Avrupa Sosyal Şartı'nın (değiştirilmiş şekli) 20. maddesi aşağıdaki gibidir:

### **Madde 20 - İstihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı**

"Akit Taraflar, istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayırım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkının etkili bir biçimde kullanımını sağlamak amacıyla, bu hakkı tanımayı ve bunun aşağıdaki alanlarda uygulanmasını sağlamak ve teşvik etmek için uygun önlemler almayı taahhüt ederler:

- a. İşe giriş, işten çıkarılmaya karşı korunma ve yeniden işe yerleştirilme;
- b. Mesleki yönlendirme, eğitim, yeniden eğitim ve rehabilitasyon;
- c. İstihdam koşulları ve ücreti de kapsayan çalışma koşulları;
- d. Yükselmeyi de kapsayan meslekte ilerleme."

### **D. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında BM Sözleşmesi**

30. 1985 yılında Türkiye tarafından onaylanan Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Hakkında BM Sözleşmesi'nin 11 § 1 maddesi aşağıdaki gibidir:

“1. Taraf Devletler, istihdam alanında kadınlara karşı ayrımı önlemek ve kadın- erkek eşitliği esasına dayanarak eşit haklar sağlamak için özellikle aşağıda belirtilen konularda bütün uygun önlemleri alacaklardır:

- a. Bütün insanların vazgeçilmez hakkı olan çalışma hakkı;
- b. İstihdam konularında eşit seçim kriterlerinin uygulanması da dahil, erkeklerle eşit istihdam imkanlarına sahip olma hakkı;
- c. Serbest olarak meslek ve iş seçme hakkı, terfi, iş güvenliği, hizmetin tüm şartları ve avantajlarından faydalanma hakkı, çıraklık ileri mesleki eğitim ve bilgi yenileme eğitimi dahil, mesleki eğitim ve sürekli eğitim görme hakkı;
- d. Sosyal yardımlar dahil eşit ücret hakkı, eşdeğerdeki işte eşit muamele ve işin cinsinin değerlendirilmesinde eşit muamele görme hakkı;
- e. Ücretli izinle birlikte, özellikle emeklilik, işsizlik hastalık, sakatlık, yaşlılık ve diğer çalışamama hallerinde sosyal güvenlik hakkı;
- f. Güvenli şartlar içinde çalışma hakkı ve sağlığın ve bu arada doğurganlığın korunması hakkı.”

## HUKUKSAL DEĞERLENDİRME

### I. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİYLE BİRLİKTE SÖZLEŞMENİN 14. MADDESİNİN İHLALİNE İLİŞKİN İDDİA HAKKINDA

31. Başvuran, Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca idari makamların kararlarının ve yerel mahkeme kararlarının, cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettikleri konusunda şikâyetçi olmuştur.
32. Hükümet, bu iddiaları reddetmiştir.
33. Mahkeme, nezdindeki davaların olaylarına ilişkin olarak hukukta öngörülen tanımlamalara vakıf olan (bkz., *Akdeniz/Türkiye*, no. 25165/94, § 88, 31 Mayıs 2005; *Zorica Jovanovic/Sırbistan*, no. 21794/08, § 43, 26 Mart 2013; ve, *İhsan Ay/Türkiye*, no. 34288/04, § 22, 21 Ocak 2014) ve mevcut davanın koşullarını dikkate alan Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesi uyarınca incelenmesi gerektiğine hük-

metmiştir. Sözleşme'nin 8. ve 14. maddeleri aşağıdaki gibidir:

### **Madde 8**

"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."

### **Madde 14**

"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."

### **A. Kabul edilebilirlik**

#### **1. Sözleşme 'nin 35 § 1 maddesine uygunluk**

34. Hükümet, başvuranın, adli makamların veya devlet memurlarının davranışları nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararın telafi edilmesini talep ederek hiçbir idari veya hukuk mahkemesi önünde dava açmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 35. maddesine uygun davranmadığını ileri sürmüştür. Ayrıca, Hükümet, başvuranın Mahkeme'ye altı aylık süre sınırı içinde başvuruda bulunmadığını iddia etmiştir.

35. Başvuran, mevcut iç hukuk yollarını tükettiğini belirtmiştir. Türk hukuku uyarınca zorunlu olmamasına rağmen, Danıştay kararlarının düzeltilmesini bile talep ettiğini belirtmiştir.

36. Hükümet'in başvuranın iç hukuk yollarını tüketmediğine ilişkin iddiası hakkında, Mahkeme, başvuranın iddialarının görevine başlayamamasına ve daha sonra kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, başvuranın idare mahkemeleri önünde idari makam-

ların kararlarının iptal edilmesi için dava açtığını ve mali kaybının telafi edilmesini talep ettiği gözlemlenmektedir. Mahkeme, bu nedenle, başvuranın Sözleşme uyarınca şikâyet ettiği konulara iç hukukta uygun adli makamların dikkatini çektiği görüşündedir. Ayrıca, Hükümet, idari veya hukuk mahkemesi önünde tazminat davasının başvuranın zararını ne şekilde telafi edeceğini belirtmemiştir. Buna ek olarak, Hükümet, başvururankine benzer durumlarda açılan bir davanın söz konusu mahkemeler önünde başarılı olduğuna ilişkin hiçbir örnek sağlamamıştır. Mahkeme, buna göre, bu başlık altında Hükümet'in itirazını reddetmektedir.

37. Hükümet'in altı ay kuralına ilişkin itirazı hakkında, Mahkeme, son kararın 17 Eylül 2008 tarihinde verildiğini ve başvuranın 1 Aralık 2008 tarihinde başvuru yaptığını gözlemlemektedir. Bu nedenle Mahkeme, mevcut başvurunun altı aylık süre sınırına uygun olduğu görüşündedir ve Hükümet'in bu yöndeki itirazını reddetmektedir.

## **2. 8. madde ile birlikte Sözleşme 'nin 14. maddesinin uygulanabilirliği**

38. Hükümet, ne 8. maddenin ne de 14. maddenin mevcut davaya uygulanabilir olduğunu, çünkü bu davanın Sözleşme tarafından güvence altına alınmayan bir hak olan devlet memuru olarak çalışma hakkıyla ilgili olduğunu belirtmiştir. *Glaserapp/Almanya* (28 Ağustos 1986, A Serisi no. 104), *Kosiek /Almanya* (28 Ağustos 1986, A Serisi no. 105) ve *Thlimmenos/Yunanistan* ([BD], no. 34369/97, AİHM 2000-IV) kararlarına atıfta bulunarak, Hükümet, bir kişinin devlet memuru olarak atanmasının reddedilmesinin, Sözleşme uyarınca dile getirilecek bir şikâyete dayanak oluşturmayacağını ileri sürmüştür. Ayrıca, Hükümet, başvuranın başka bir görevin şartlarını yerine getirdiği sürece devlet memurluğuna atanabileceğini belirtmiştir.
39. Başvuran, cevap olarak, yerel makamların TEDAŞ Batman Şubesi'nde güvenlik görevliliği işi için kendisini aday olarak kabul ettiklerini ve kadın olduğunu bilmelerine rağmen göreve atadıklarını ileri sürmüştür. Bunun yanında, başvuran 11 Temmuz 2001 ve 17 Mart 2004 tarihleri arasında TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak çalışmış ve daha sonra görevinden

- çıkarılmıştır. Başvuran, son olarak, idari ve adli kararlar nedeniyle, kamu sektöründe başka görevlere başlama ve benzer bir sınava girme fırsatını kaybettiğini iddia etmiştir.
40. Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin benzer durumlarda kişilerin Sözleşme'den doğan hak ve özgürlükleri doğrultusunda gerekçesiz bir şekilde farklı muamele görmekten koruduğunu hatırlatmaktadır. Bu hüküm, yalnızca Sözleşme ve protokollerinin esasa ilişkin diğer hükümleri tarafından korunan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak etkili olduğundan dolayı, bağımsız bir şekilde var olamaz. Ancak, 14. maddenin uygulanması, söz konusu hükümlerin bir veya birden fazlasının ihlal edilmesini öngörmemektedir ve bu kapsamda özerktir. 14. maddenin uygulanabilir olması için, davanın koşullarının Sözleşme'nin veya protokollerinin esasa ilişkin diğer hükümlerinin kapsamına girmesi yeterlidir (bkz., yukarıda anılan, *Thlimmenos*, § 40, ve *Sidabras ve Dziautas /Litvanya*, no. 55480/00 ve 59330/00, § 38, AİHM 2004-VIII). Mahkeme, bu nedenle, 14. maddenin uygulanabilirliği konusunda karar vermek için davanın koşullarının Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamına girip girmediğini belirlemelidir.
41. Bu bağlamda, Mahkeme, devlet memurluğuna atanma hakkının kasten Sözleşme'den çıkartıldığını hatırlatmaktadır. Sonuç olarak, bir kişinin devlet memuru olarak atanmasının reddedilmesi, Sözleşme uyarınca dile getirecek bir şikayete dayanak sağlayamaz (bkz., *Vogt/Almanya*, 26 Eylül 1995, § 43, A Serisi no. 323, ve *Otto/Almanya* (k.k.), no. 27574/02, 24 Kasım 2005).
42. Ancak Mahkeme, mevcut davada incelenen konunun başvuranın devlet memuru olarak çalışma hakkına sahip olup olmadığıyla ilgili olmadığı görüşündedir. Başvuran, yerel mahkemelerin kendisini devlet memuru olarak atamayı reddetmeleri konusunda şikâyetçi olmamıştır. Başvuran, örneğin, söz konusu görev için gerekli niteliklere sahip olmadığı gerekçeyle devlet memuru olmadığı konusunda şikâyetçi olmamıştır. Bu başlık altında yapmış olduğu itirazları, cinsiyeti nedeniyle farklı muamele gördüğüyle ilgilidir (karşılaştırınız, *Glaserapp/Almanya*, 28 Ağustos 1986, §

52, A Serisi no. 104; ve *Kosiek/Almanya*, 28 Ağustos 1986, § 38, A Serisi A no. 105). Bunun yanında, başvuran devlet memuru olmak için girdiği sınavda başarılı olmuş ve Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı tarafından TEDAŞ Batman Şubesinde güvenlik görevliliği işine başlayabileceği konusunda bilgilendirilmiştir, ancak daha sonra TEDAŞ Batman Şubesi başvurunu işe almayı reddetmiştir (bkz., yukarıdaki 5. paragraf). Ayrıca, 27 Şubat 2001 tarihli Ankara İdare Mahkemesi kararının ardından, 11 Temmuz 2001 tarihinde başvuruna sözleşme imzalatılarak güvenlik görevliliği işine alınmıştır ve başvuran 11 Mart 2004 tarihine kadar TEDAŞ Batman ve Elazığ Şubelerinde çalışmıştır (bkz., yukarıda 11. ve 16. paragraflar). Bu koşullar altında, Mahkeme'ye göre, başvuran, devlet memurluğuna atanan ve daha sonra işten çıkarılan bir görevli olarak görülmelidir.

43. Mahkeme, devlet memuru olarak atanan bir kişinin, işten çıkarılmasına ilişkin olarak, söz konusu işten çıkarılma 8. madde dâhil olmak üzere Sözleşme uyarınca haklarını ihlal ediyorsa, şikâyetle bulunabileceğine tutarlı bir şekilde karar vermiştir. Devlet memurları Sözleşme kapsamı dışında tutulmamaktadır (bkz., yukarıda anılan *Glaserapp*, § 49; yukarıda anılan, *Kosiek*, § 35; yukarıda anılan, *Vogt*, § 43; ve *Wille/Lihtenştayn* [BD], no. 28396/95, § 41, AİHM 1999-VII). 8. maddeye ilişkin olarak, Mahkeme birçok davada, devlet memurluğu görevinden çıkarılmanın özel hayat hakkına müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir (bkz., *Özpınar/Türkiye*, no. 20999/04, §§ 43-48, 19 Ekim 2010; ve *Oleksandr Volkov/Ukrayna*, no. 21722/11, §§ 165-167, 9 Ocak 2013).
44. Mevcut davanın koşulları göz önüne alındığında, Mahkeme idari makamların başvurunu cinsiyeti nedeniyle 2004 yılında görevinden çıkartmalarını hatırlatmaktadır. Mahkeme'ye göre, "özel hayat" kavramı kişisel kimlikle ilgilidir ve kişinin cinsiyeti kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu nedenle, sadece cinsiyete dayanarak işten çıkartma kadar zorlayıcı bir tedbir, kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahiptir. Mahkeme, bu nedenle, başvuranın sadece cinsiyetine dayanılarak işten çıkarılmasının özel hayata saygı hak-



kına müdahale teşkil ettiği görüşündedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, § 71, AİHM 1999-VI). Bunun yanında, başvuranın işini kaybetmesinin kendisinin ve aile hayatının maddi refahında hissedilir sonuçlara yol açmış olabileceğinden dolayı başvuranın işten çıkartılması, “yakın çervesini” etkilemiştir (bkz., yukarıda anılan, *Oleksandr Volkov*, § 166). Başvuran, ayrıca, işini kaybetmesi neticesinde sıkıntı ve kaygı duymuştur. Ayrıca, başvuranın işten çıkartılması, profesyonel düzeydekiler de dahil olmak üzere diğer insanlarla olan ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetisini etkilemiştir (bkz., yukarıda anılan *Sidabras ve Dziutas*, § 48; yukarıda anılan, *Oleksandr Volkov*, § 166; ve yukarıda anılan *İhsan Ay*, § 31). Bu nedenle, Mahkeme, 8. maddenin başvuranın şikâyetine uygulanabilir olduğu görüşündedir.

45. Son olarak, başvuran, hakkındaki idari ve yargı kararları nedeniyle kamu sektöründe başka bir işe girme ve benzer bir sınava girme fırsatını kaçırdığını iddia etmiştir. Ancak, Hükümet, bu iddianın gerçekliğini reddetmiştir. İki taraf da iddialarını kanıtlamamıştır. Mahkeme, söz konusu iddia hakkında karar vermenin gerekli olmadığı görüşündedir. Mahkeme’ye göre, Hükümet’in iddia ettiği gibi başvuranın kamu sektöründe başka bir işe girebileceği farzedilse bile, bu durum başvuranın cinsiyeti nedeniyle işten çıkartılmasının ve devam eden yargılamaların özel hayatı üzerindeki meydana geldiği iddia edilen yıkıcı etkiyi silmeye yeterli olmayacaktır (bkz., *mutatis mutandis*, *I.B./Yunanistan*, no. 552/10, § 72, AİHM 2013).
46. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Mahkeme, Sözleşme’nin 14. maddesinin, Sözleşme’nin 8. maddesi ile birlikte ele alındığında, bu davanın koşullarında uygulanabilir olduğu görüşündedir ve Hükümetin itirazını reddetmektedir.

### 3. Sonuç

47. Mahkeme, başvurunun bu kısmının Sözleşme’nin 35 § 3 (a) maddesi hükmü gereğince açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve ayrıca başka hiçbir gerekçeyle kabul edilemez olarak nitelendirilemeyeceğini belirt-

mektedir. Bu nedenle, başvuru kabul edilebilir olarak nitelendirilmelidir.

## B. Davanın esası

48. Hükümet, yerel makamların başvuruları güvenlik görevliliği işine atamayı reddetmelerinin tarafsız ve makul bir gerekçesi olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, söz konusu görevin, mahiyeti ve erkek personele olan ihtiyaç göz önüne alındığında erkek adaylara ayrıldığını belirtmiştir. TEDAŞ insan kaynakları biriminin görüşlerine atıfta bulunarak (bkz., yukarıda 7. paragraf), Hükümet, bütün kadın adayların söz konusu göreve atanmalarının reddedildiğini ileri sürmüştür.
49. Başvuran, cevap olarak, Ankara İdare Mahkemesi kararından sonra TEDAŞ Batman ve Elazığ Şubeleri'nde güvenlik görevlisi olarak çalıştığını belirtmiştir. Bunun yanında, idare mahkemeleri, TEDAŞ Gaziantep ve Batman Şubelerine güvenlik görevlisi olarak çalışmalarını daha önce reddedilen Y.P ve R.B. isimlerinde diğer iki kadının lehine karar vermişlerdir. Başvuran, Hükümet'in görüşlerinin davanın koşullarına uygulanabilir olmadığını görüşündedir.
50. Mahkeme, 14. maddeye ilişkin olarak bir meselenin ortaya çıkması için, karşılaştırılabilir durumlarda kişilere farklı muamelede bulunmuş olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Farklı muamele, tarafsız ve makul bir gerekçesi olduğunda, diğer bir deyişle, meşru bir amaç gütmeyişinde veya izlenen yol ile varılmaya çalışılan hedef arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurulmadığında, ayrımcılık teşkil etmektedir. 14. maddenin anlamı çerçevesinde ayrımcılık kavramı, ayrıca, Sözleşme uyarınca daha iyi bir muamele öngörülmemesine rağmen, bir kişinin veya grubun, uygun bir gerekçe olmaksızın, diğerinden daha az iyi davranışa maruz kaldığı durumları kapsamaktadır (bkz., *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, § 82, A Serisi no. 94 ve *Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan* [BD], no. 29381/09 ve 32684/09, § 76, AİHM 2013).
51. Sözleşmeciler Devlet, benzer durumlarda farklı bir muamelenin gerekip gerekmediği ve ölçüsü konusunda takdir yetkisine sahiptir (bkz., *Ünal Tekeli/Türkiye*, no. 29865/96, § 52, AİHM 2004-X (alıntılar), ve yukarıda

anılan *Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan* [BD], § 76, AİHM 2013, ve orada anılan davalar). Takdir yetkisinin kapsamı, davanın koşullarına, konusuna ve arka planına göre çeşitlilik göstermektedir (bkz., yukarıda anılan, *Ünal Tekeli*, § 52), ancak Sözleşme'nin gerektirdiklerinin gözlemlenmesine ilişkin nihai kararları vermek Mahkeme'nin görevidir (bkz., *Kafkaris /Kıbrıs* [BD], no. 21906/04, § 161, AİHM 2008). Muamele farklılığının cinsiyete dayandığı yerlerde, Devlete tanınan takdir payı dardır ve böyle durumlarda, orantılılık ilkesi, güdülen amaca varılması için, sadece, söz konusu tedbirin genel olarak uygulanmasını gerektirmemektedir; ancak, davanın koşullara uygun olduğu da gösterilmelidir. Mahkeme, ayrıca, cinsiyet eşitliğindeki ilerlemenin bugün Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin temel hedefi olduğunu ve böyle bir muamele farklılığının Sözleşme'ye uygun olarak değerlendirilebilmesi için çok ağır nedenlerin ileri sürülmesinin gerektiğini hatırlatmaktadır (bkz., *Konstantin Markin/Rusya* [BD], no. 30078/06, § 127, AİHM 2012 (alıntılar)).

52. Mevcut davada, Mahkeme ilk olarak, hem idari makamların hem de Danıştay 12. Dairesi'nin TEDAŞ Batman Şubesi'nde güvenlik görevliliği işinin erkekler için ayrıldığı ve bu nedenle bir kadın olan başvuranın bu görev için uygun olmadığı görüşünde olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme'ye göre, benzer durumlarda kişiler arasında cinsiyete dayalı "farklı bir muamele" gösterildiği açıktır.
53. Erkek ve kadınlar arasındaki muamele farklılığının 14. madde uyarınca tarafsız ve makul olarak gerekçelendirilip gerekçelendirilmediği sorusuna ilişkin olarak, Mahkeme, Hükümet'in TEDAŞ'ın Batman Şubesi'ndeki güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilen söz konusu görevin mahiyetine ve oradaki çalışma koşullarına ilişkin görüşlerine dikkat çekmektedir (bkz., yukarıda 48. paragraf). Bu açıklamalar, ayrıca, aynı şubenin insan kaynakları birimi tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na sunulmuştur (bkz., yukarıda 7. paragraf). Mahkeme, bu bağlamda, söz konusu açıklamalardaki temel görüşün, güvenlik görevlilerinin kırlık kesimlerde geceleri çalışmak zorunda olduklarından ve korudukları bölgeye saldırı olması halinde ateşli silah kullanmak zorunda olduklarından

dolayı belirli risk ve sorumluluk gerektiren faaliyetler gerçekleştirdiklerine ilişkin olduğunu gözlemlemektedir. İdari makamlarını kadınların söz konusu risklerle yüzleşemeyecekleri ve böyle sorumluluklar üstlenemeyecekleri görüşünde oldukları anlaşılmaktadır. Ancak, idari makamlar veya Hükümet, kadınlara isnat ettikleri bu yetersizliğe ilişkin olarak bir açıklamada bulunmamışlardır. Ayrıca, Danıştay 12. Dairesi kararları, idare açısından söz konusu görüşlere ilişkin hiçbir değerlendirme içermektedir. 12. Daire de söz konusu görev için neden sadece erkeklerin uygun olduğuna ilişkin herhangi bir başka gerekçe göstermemektedir.

54. Mahkeme, göreve ilişkin bazı faaliyetlerin mahiyetlerine veya yerine getirildikleri bağlama göre meşru gerekçeler olabileceğinin farkındadır. Ancak, mevcut davada, ne idari makamlar ne de Danıştay 12. Dairesi, TEDAŞ Batman Şubesi'nde güvenlik görevliliği işine sadece erkeklerin atanmasına ilişkin gerekliliğin gerekçesini kanıtlamıştır. 12. Daire'nin kararında böyle bir gerekçenin olmayışı, söz konusu karardan yalnızca üç ay önce Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun R.B.'nin açtığı davada, TEDAŞ Batman Şubesi'nde güvenlik görevliliği işine bir kadının atanmasına hiçbir engel olmadığına hükmettiği düşünüldüğünde özellikle dikkate değerdir. Mahkeme, ayrıca, sadece Batman'daki güvenlik görevlilerinin kırk kesimlerde gece nöbetlerinde çalışmak zorunda olmaları ve belirli koşullar altında ateşli silah ve fiziksel güç kullanmaları gerekebileceği gerekçesiyle kadın ve erkek arasında farklı muamele yapılmasını kendi içinde gerekçelendirilemeyeceği görüşünü desteklemektedir.
55. Ayrıca, başvuran güvenlik görevlisi olarak 11 Temmuz 2001 ve 17 Mart 2004 tarihleri arasında TEDAŞ Batman ve Elazığ Şubelerinde çalışmıştır. Mahkeme, başvuranın daha sonra güvenlik görevliliği işinden çıkarılmasının nedeninin görevinin gerektirdiği riskleri veya sorumlulukları üstlenememesi değil, yargı kararları olduğunu belirtmektedir. Dava dosyasında başvuranın TEDAŞ'ta güvenlik görevlisi olarak görevlerini cinsiyeti yüzünden yerine getiremediğine işaret eden hiçbir şey yoktur.
56. Özet olarak, söz konusu farklı muamelenin meşru bir hedef güttüğü ka-

nıtlanmamıştır. Mahkeme, başvuranın mağduru olduğu söz konusu muamele farklılığının, cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğine hükmetmiştir.

Buna göre, 8. madde ile birlikte Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmiştir.

## II. SÖZLEŞMENİN 6 Ş 1 MADDESİNİN İHLALİNE İLİŞKİN İDDİA HAKKINDA

57. Başvuran, Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca idari mahkemeler önünde açtığı davaların makul bir süre içinde sonuçlandırılmadığından şikâyetçi olmuştur. Başvuran, ayrıca, aynı başlık altında, yerel mahkemelerin benzer davalarda çelişen kararlar verdiklerini, Danıştay 12. Dairesinin, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun R.B. ile ilgili verdiği kararı dikkate almayarak bu konuda ileri sürdüğü savlarını göz önünde bulundurmadığını belirtmektedir.

58. Hükümet, söz konusu iddiaları reddetmiştir.

59. Mahkeme, bu şikâyetlerin Sözleşme'nin aşağıda belirtilen 6 Ş 1 maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği görüşündedir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili ... karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından, ... makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

### A. Kabul edilebilirlik

#### 1. Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği

60. Hükümet, başvuran hakkında verilen idari kararların kamu hukuku kapsamına girdiği için 6. maddenin, mevcut davaya uygulanamayacağını belirtmiştir.

61. Başvuran, bu konuda herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

62. Mahkeme, ilk olarak, bu başlık altında Hükümet'in itirazını, *Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya* [BD] (no. 63235/00, §§ 40-64, AİHM 2007-II) davasında belirtilen ilkeler ışığında inceleyeceğini belirtmektedir. Bu kapsamda, Mahkeme, başvuranın iç hukuk uyarınca güvenlik görevliliği işine başvuru hakkına sahip olduğunun tartışılmadığını ve 6 Ş 1 maddesinin anlamı çerçevesinde gerçek ve ciddi bir “tartışma” (Fransızca

metinde “contestation”) olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, ayrıca, başvuranın güvenlik görevliliği işinden çıkartılmasının hukukiliğine itiraz etmek için açıkça mahkemeye erişim hakkının olduğunu gözlemlemektedir. Sonuç olarak, başvuranın yerel mahkemeler önünde idari kararlara itiraz etme hakkı bulunmaktaydı. Yerel mahkemeler, başvuranın itirazlarını esası yönünden incelemişler ve bu yolla başvuranın haklarına ilişkin tartışmayı karara bağlamışlardır. Mahkeme, bu nedenle, Sözleşme’nin 6. maddesinin mevcut davada uygulanabilir olduğuna hükmeder ve Hükümet’in itirazını reddeder (bkz., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan, *Vilho Eskelinen ve Diğerleri*, §§ 61-62; *Lombardi Vallauri/İtalya*, no. 39128/05, § 62, 20 Ekim 2009; *Eero Penttinen/Finlandiya* (k.k.), no. 9125/07, 5 Ocak 2010; ve *Juricic /Hırvatistan*, no. 58222/09, §§ 53-56, 26 Temmuz 2011).

## 2. Sözleşme ‘nin 35 § 1 maddesine uygunluk

63. Mahkeme, *Ümmühan Kaplan/Türkiye* (no. 24240/07, 20 Mart 2012) davasında pilot karar usulünün uygulanmasından sonra yeni bir iç hukuk yolu sağlandığı gözlemlemektedir. Mahkeme, *Turgut ve Diğerleri/Türkiye* kararında (no. 4860/09, 26 Mart 2013) yeni bir iç hukuk yolu öngördüğünden dolayı, başvuranların iç hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle yeni bir başvuruyu kabul edilemez olarak nitelendirdiğini hatırlatmaktadır. Böylece, Mahkeme, özellikle, bu yeni iç hukuk yolunun ilk bakışta (*a priori*) erişilebilir olduğu ve yargılamaların uzunluğuna ilişkin şikâyetler açısından makul tazminat imkânı sağladığı görüşündedir.
64. Mahkeme, ayrıca, *Ümmühan Kaplan/Türkiye* davasındaki kararında (yukarıda anılan, § 77) davalı hükümete daha önce gönderilen bu tür başvuruların incelenmesine devam edebileceğine vurguda bulunduğu işaret etmiştir. Mahkeme, mevcut davada, Hükümet’in yeni iç hukuk yoluna ilişkin itirazda bulunmadığını belirtmektedir. Yukarıdaki bilgiler ışığında, Mahkeme mevcut başvuruyu incelemeye devam etmeye hükmetmektedir (bkz., *Rıfat Demir/Türkiye*, no. 24267/07, §§ 34-36, 4 Haziran 2013).

### 3. Sonuç

65. Mahkeme, başvurunun bu kısmının Sözleşme'nin 35 § 3 (a) maddesinin anlamı çerçevesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve hiçbir başka gerekçeyle kabul edilemez olmadığını belirtmektedir. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir olarak nitelendirilmelidir.

### B. Davanın esası

#### 1. Yargılama işlemlerinin uzunluğu hakkında

66. Hükümet, yargılama işlemlerinin uzunluğunun, davanın karmaşıklığı ve tarafların tutumu göz önüne alındığında makul olmadığını düşünülme-yeceğini ileri sürmüştür.

67. Başvuran iddiasını tekrar etmiştir.

68. Mahkeme, 18 Eylül 2000 tarihinde başlayan ve 17 Eylül 2008 tarihinde sona eren dönemin dikkate alınması gerektiği görüşündedir. Bu nedenle, iki dereceli yargı aşaması sekiz yıl sürmüş, dava bu sürenin dışında Danıştay önünde yaklaşık olarak yedi yıl üç ayda görülmüştür.

69. Mahkeme, mevcut davadaki duruma benzer durumların dile getirildiği davalarda birçok kez Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir (bkz., emsal davalar arasında, *Frydlander /Fransa* [BD], no. 30979/96, § 43, AİHM 2000-VII, ve yukarıda anılan *İhsan Ay*, § 48). Kendisine sunulan bütün bilgi ve belgeleri inceleyen Mahkeme, Hükümet'in mevcut koşullarda farklı bir sonuca varmayı gerektirecek hiçbir gerçek veya ikna edici kanıt ortaya koymadığı görüşündedir. Bu konudaki içti-hadını göz önüne alarak, Mahkeme, yargılama işlemlerinin uzunluğunun aşırı olduğu ve "makul süre" şartına uyulmadığı görüşündedir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

#### 2. Yargılama işlemlerinin adilliği hakkında

70. Hükümet, başvuranın iddialarını yerel mahkemelere sunduğunu ve yargılama işlemleri sırasında alınan bütün kararların kapsamlı gerekçeler

içerdiğini ileri sürmüştür. Hükümet, dava dosyasında başvuran taraftan açılan davaların adil olmadığına işaret eden hiçbir göstergenin olmadığını iddia etmiştir.

71. Başvuran, cevap olarak, Danıştay 12. Dairesi'nin Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun R.B. lehine verdiği kararı dikkate almadığını ve sonuç olarak en üst mahkemenin aynı durumdaki iki kişi hakkında çelişkili kararlar verdiğini öne sürmüştür.
72. Mahkeme, ilk olarak, konuyu inceleyen son derece mahkemesi olan aynı mahkemenin gördüğü benzer davalarda verilen çelişkili kararların, tutarlılık sağlayan bir mekanizmanın yokluğunda, adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğini ve dolayısıyla hukukun üstünlüğü ilkesine dayanan bir Devletin temel parçalarından biri olan yargıya olan güven unsurunun zedelenmiş olacağını hatırlatmaktadır (bkz., *Balazoski/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti*, no. 45117/08, § 30, 25 Nisan 2013, ve orada anılan davalar). *Jordan Jordanov ve Diğerleri* davasında, Mahkeme, aynı mahkemece benzer davalarda verilen çelişkili kararlar Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca yasal belirlilik ilkesini ihlal ettiği durumlarda incelenmesi gereken meseleleri tespit etmiştir: (1) yerel mahkemelerin içtihadında "derin ve devamlı farklılıkların" bulunup bulunmadığı; (2) iç hukukun bu tutarsızlıkları ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmalar öngörüp görmediği; (3) bu mekanizmaların uygulamaya konulup konulmadığının ve gerekirse, bu mekanizmaların uygulamaya konulmuş olmasının etkileri (bkz., *Jordan Jordanov ve Diğerleri/Bulgaristan*, no. 23530/02, § 49, 2 Temmuz 2009). Sonuç olarak, Sözleşmeciler Devletler, hukuk sistemlerini, farklılık gösteren kararların alınmasından kaçınacak ve ciddi çelişkileri yeterli usuli araçlarla ortadan kaldıracak şekilde düzenleme yükümlülüğüne sahiptir (bkz., *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye [BD]*, no. 13279/05, § 55, 20 Ekim 2011).
73. Mevcut davada, Mahkeme, başvuran tarafından bu başlık altındaki iddialarını desteklemek için TEDAŞ Batman Şubesi'nde güvenlik görevlisi işine atanması cinsiyeti gerekçesiyle reddedilen R.B. lehine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen bir kararın sunul-



duğunu belirtmiştir. Danıştay 12. Dairesi'nin ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun, benzer olduğu görülen davalarda farklı sonuçlara vardıkları doğru olmasına rağmen, Danıştay içtihadında “derin ve devamlı farklılıkların” olduğu söylenemez. Mahkeme, ayrıca, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'na göre, davacının doğrudan erişimi olmamasına rağmen, Danıştay'ın bir dairesinin ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun bir karar konusunda tutarsızlığa düştüğü durumlarda, İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun içtihatları çelişkiyi gideren ve hukuki bağlayıcılığı olan bir karar verdiğini belirtmektedir. Bu unsurları dikkate alan Mahkeme, yargısal tutarsızlıkların giderilmesine ilişkin olarak yukarıda anılan hükmün mevcut davaya uygulanıp uygulanmadığını ve etkisinin ne olduğunu daha fazla incelemek için hiçbir neden olmadığına hükmetmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Arişanu/Romanya* (k.k.), no. 17436/09, 28 Ocak 2014). Bu koşullar altında ve Mahkeme'nin benzer davalarda bile olsa ulusal mahkemelerin farklı kararlarını karşılaştırma yükümlülüğü olmadığını göz önünde bulundurarak, Mahkeme, 12. Daire ve İdari Dava Daireleri Genel Kurulu arasındaki yorum farklılığının kendi içinde Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal etmediği görüşündedir.

74. Ancak, Mahkeme, adaletin tecelli ettirilmesine ilişkin ilkesini yansıtan yerleşik içtihadına göre, mahkeme kararlarının dayandırıldıkları gerekçelerin yeterince açıklanması gerektiğini hatırlatmaktadır. Gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamı kararların mahiyetine göre değişiklik göstermektedir ve davanın koşulları ışığında belirlenmelidir. 6 § 1 maddesi, mahkemeleri verdikleri kararlarına ilişkin gerekçeleri göstermekle yükümlü tutmasına rağmen, bu durum her konuda ayrıntılı cevap verilmesi şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu nedenle, bir itirazı reddeden temyiz mahkemesi, ilke olarak alt mahkeme kararının gerekçelerini doğrulamalıdır (bkz., *Garcia Ruiz/İspanya* [BD], no. 30544/96, § 26, AİHM 1999-I; *Hirvisaari/Finlandiya*, no. 49684/99, § 30, 27 Eylül 2001; ve *Stepanyan/Ermenistan*, no. 45081/04, § 35, 27 Ekim 2009).
75. Mahkeme, başvuranın itirazında, Danıştay 12. Dairesi'nin dikkatinin R.B. tarafından açılan davaya çekmesinin taraflar arasında tartışma

konusu olmadığını belirtmektedir (bkz., yukarıda 21. paragraf). Ayrıca, 12. Daire, 12 Şubat 2008 tarihli kararında, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 6 Aralık 2007 tarihinde R.B. hakkında verdiği karar metninden alıntı yapmıştır (bkz., yukarıda 23. madde). Ancak, Danıştay 12. Dairesi başvuranın beyanlarını veya 6 Aralık 2007 tarihli kararı göz önüne almayarak Ankara İdare Mahkemesi kararını onamıştır. İtirazları inceleyen bir mahkeme tarafından böyle bir karara bağlama yöntemi, mevcut davanın koşullarında kabul edilebilir olmasına rağmen, adil yargılanma gereklilikleri yerine getirilmemiştir. İdare mahkemesi kararının ardından ve başvuranın temyiz başvurusunu sonuçlandırmadan önce, İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, idare mahkemesi kararıyla çelişen bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, bu koşullar altında, başvuranın R.B. davasına ilişkin beyanları 12. Daire'nin yeterli bir gerekçe ortaya koymasını gerektirmiştir. Ek olarak, başvuranın 6 Aralık 2007 tarihli karara açıkça atıfta bulunan kararın düzeltilmesine ilişkin talebi de hiçbir gerekçe gösterilmeksizin 12. Daire tarafından reddedilmiştir (bkz., yukarıda 25. madde). Mahkeme, bu nedenle, Danıştay 12. Dairesi'nin kararlarında yeterli gerekçe gösterme görevini yerine getirmediği görüşündedir.

Bu nedenle, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

### **III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI**

76. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

#### **A. Tazminat**

77. Başvuran maddi ve manevi tazminat olarak sırasıyla 200.000 avro ve 50.000 avro ödenmesini talep etmiştir.

78. Hükümet, talep edilen miktarların dayanaksız ve aşırı olduğunu belirte-

rek söz konusu taleplere itiraz etmiştir.

79. Mahkeme, başvuranın maddi tazminat talebine dayanak oluşturacak hiçbir belge sunmadığını gözlemlemektedir. Bu nedenle, mahkeme bu talebi reddetmektedir. Ancak, Mahkeme, başvuranın sadece Mahkeme'nin ihlal kararıyla telafi edilemeyecek kadar sıkıntı çekmiş olduğuna hükmetmektedir. Bulunan ihlalin mahiyetine ve hakkaniyet temeline dayanarak bir karar verilmesi gerektiği göz önüne alındığında, Mahkeme manevi tazminat olarak başvurana 10.000 avro ödenmesine karar vermektedir.

### **B. Masraf ve Giderler**

80. Başvuran, ayrıca, iddialarını kanıtlamak için herhangi bir belge ibraz etmeksizin yerel mahkemeler önünde yapılan masraf ve giderler için 5.000 avro ve Mahkeme önünde yapılan masraf ve giderler için 7.500 avro talep etmiştir.
81. Hükümet söz konusu talebe itiraz etmiştir.
82. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvurana, masraf ve giderlerin ödenmesine karar verilebilmesi için, bu masraf ve giderlerin gerçek, zorunlu ve miktar bakımından makul olduğunun ortaya konulması gerekmektedir. Mevcut davada başvuran, talep edilen masrafları gerçekten yaptığını göstermemiştir. Bilhassa, sözleşme, ücret anlaşması veya avukatının dava üzerinde harcadığı saatlerin bir dökümünü gösteren yazılı delil sunulmamıştır. Dolayısıyla Mahkeme, bu başlık altında hiçbir tutara hükmetmemektedir.

### **C. Gecikme Faizi**

83. Mahkeme, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğuna karar vermiştir.

### **BU NEDENLERLE, MAHKEME,**

1. Başvuruyu kabul edilebilir olarak *nitelendirir*;
2. Bir oya karşı altı oyla Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine *hükmeder*;

3. Oybirliğiyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin yargılama işlemlerinin aşırı uzun sürdüğü gerekçesiyle ihlal edildiğine *hükmeder*;
4. Oybirliğiyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin Danıştay'ın çelişen kararlar verilmesi nedeniyle ihlal edilmediğine *hükmeder*;
5. Oybirliğiyle Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin Danıştay kararlarında yeterli gerekçe olmadığı gerekçesiyle ihlal edildiğine *hükmeder*;
6. *Oy birliğiyle,*

(a) Davalı Hükümet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi doğrultusunda, üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere manevi tazminata ilişkin olarak 10.000 avronun (on bin avro) vergi olarak ödenmesi gereken miktar hariç olmak üzere ödenmesine;

(b) Yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına *karar verir*.

7. Oybirliğiyle başvuranın adil tazmine ilişkin taleplerinin geri kalanını *reddeder*.

İşbu karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 77 §§ 2. ve 3. maddeleri uyarınca, 2 Aralık 2014 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Abel Campos  
Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Guido Raimondi  
Başkan

İşbu kararın ekinde, Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi uyarınca Yargıç Spano'nun ayrık görüşü yer almaktadır.

G.R.A.  
A.C.

## YARGIÇ SPANO'NUN KISMI MUHALİF GÖRÜŞÜ

### I.

1. Başvuranın sadece cinsiyetine dayanarak işinden çıkartılması açıkça yanlış bir davranıştır. Ancak, Türkiye Sözleşme'ye Ek 12. Protokol'ü onaylamadığından dolayı, başvuran, mevcut davadaki olayların Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamına girdiğini ileri sürmediği için Mahkeme önünde tazmin talebinde bulunamamıştır. Bu nedenle, yukarıda daha detaylı bir şekilde açıklandığı gibi, mevcut davada 8. madde ile birlikte ele alındığında 14. maddenin ihlal edildiğine dair çoğunluk görüşünden farklı düşündüğümü belirtmek istiyorum.
2. *Fernandez Martinez/İspanya* ([BD], no. 56030/07, 12 Haziran 2014) davasında anılan Büyük Daire kararında, Mahkeme, 8. maddenin çalışmaya veya sabit süreli bir sözleşmenin yenilenmesine ilişkin genel bir hakkı kapsamamasına rağmen, “özel hayat” kavramının ayrıntılı bir tanıma sahip geniş bir terim olduğuna işaret eden önceki içtihadını bu kapsamda hatırlatmaktadır. Mahkeme, aksi halde, bu kavramın kişinin özel hayatını istediği gibi yaşayabildiği “yakın çevresine” sınırlandırılmayacak kadar ve söz konusu çevreye dâhil olmayan dış dünyadan tamamen çıkartılacak kadar dar olacağına hükmetmiştir (aynı kararda, § 109). Büyük Daire, bu nedenle, “özel hayat” kavramının işe ilişkin faaliyetlerin dışında olmasının hiçbir gerekçesi olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, başvuranın durumunun somut incelemesi sonucunda, (1) işten çıkarılmanın “başkalarıyla ilişkisine bağlı olarak gelişen sosyal kimliğinin oluşmasına etkide bulunduğu” veya (2) “özel hayatla ilgili unsurlar katı manada söz konusu iş için niteleyici bir kriter olarak görüldüğü tespit edildiğinde”, bir devlet memurunun işten çıkartıldığı bir durumda 8. maddenin uygulanabileceğine karar vermiştir (aynı kararda, § 110).
3. *Volkov/Ukrayna* (no. 21722/11, § 166, AİHM 2013) davasında, Mahkeme, daha önce, bir devlet memurunun işten çıkartılmasına ilişkin inceleme yaparken diğer iki unsura dayanmıştır: (3) “işten çıkarılmasının başvuranın ve ailesinin maddi refahında yol açtığı somut sonuçlara yol

açacağından dolayı kişinin yakın çevresini etkileyip etkilemediği” ve (4) “başvuranın işten çıkarılmasının nedeninin iş hayatındaki ününe zarar verip vermediği”.

4. Mahkeme içtihadında devlet memurunun işine son vermeye ilişkin davalarda 8. maddenin uygulanmasını gerektiren bireysel unsurlar incelendiğinde, ilgili her bir birey için bu unsurların *mahiyetleri gereği gerçeğe dayalı ve kişisel* oldukları açıkça görülmektedir. Bu nedenle, devlet memurluğu görevinden çıkartılan bir başvuranın açıkça veya zımnen, hem yerel mahkeme önünde hem de gerekiyorsa Mahkeme önünde Mahkemece belirtilen gerekli unsurlara uygun olarak işten çıkarılmasının özel hayatını etkilediğini ileri sürmesi gerektiği açıktır. Belirli bir davada söz konusu unsurların varlığını re’sen, diğer bir deyişle, başvuranın ulusal düzeyde veya Mahkeme önünde işten çıkartılmasının özel hayatını etkilediğini ileri sürmediği durumlarda, bu durumu tespit etmek Mahkeme’nin görevi değildir. Ancak, mevcut davada çoğunluk tam olarak bu şekilde hareket etmiştir.

### III.

5. Hem yerel mahkemeler önünde hem de Mahkeme önünde, başvuran güvenlik görevliliği işinden çıkarılmasının cinsiyet ayrımcılığı teşkil ettiğini iddia ederek, sadece Sözleşme’nin 14. maddesine dayanmıştır. Mahkeme içtihadı uyarınca gerekli dört unsurun birinin veya birkaçının (bkz., yukarıda 3. ve 4. paragraflar) davasında var olduğuna ilişkin veya işten çıkartılmasının özel hayatını Sözleşme’nin 8. maddesinin anlamı çerçevesinde etkilediğine ilişkin herhangi bir iddiada bulunmamıştır.
6. Başvuran tarafından 8. maddenin davasına uygulanabilirliğine ilişkin olarak herhangi bir beyanda bulunulmamasına rağmen, çoğunluk, başvuranın işten çıkartılmasının söz konusu hükmün kapsamına girip girmediğini re’sen inceleme yetkileri olduğuna karar vermiştir. Kararın 44. paragrafında, bu nedenle ilk olarak, çoğunluk “sadece cinsiyete dayanarak işten çıkartma kadar zorlayıcı bir tedbirin kişinin kimliği, öz algılama, öz saygı ve sonuç olarak özel hayatında olumsuz etkilere sahip olduğu” ve

- “başvuranın işten çıkartılmasının sadece cinsiyetine dayanmasının [bu nedenle] başvuranın özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiği” sonucuna varmıştır.
7. Çoğunluğun yukarıda anılan gerekçeleri şu soruların ortaya çıkmasına neden olmuştur: 8. maddenin bu şekilde yorumlanması doğru ise, işe almada cinsiyet ayrımcılığına ilişkin davalarda, söz konusu hükmün bir yandan 14. madde ile ve diğer yandan 12 No’lu Protokol’ün 1. maddesi ile birlikte ele alındığında arasındaki fark nedir? Eğer sadece cinsiyet ayrımcılığına dayanarak işten çıkartma kendi içinde devlet memurunun özel hayatına müdahale teşkil edecek bir tedbirin alınması için yeterliyse, bu yorum esas olarak 12 No’lu Protokol’ün 1. maddesini bu kapsamda gereksiz kılmamakta mıdır? Farkı göremediğimi belirtmek istiyorum.
  8. İkinci olarak, kararın 44. paragrafında, çoğunluk, “başvuranın işten çıkartılmasının, kendisinin ve aile hayatının maddi refahında hissedilir sonuçlara yol açmış olabileceğinden dolayı başvuranın ‘yakın çevresini’ etkilediği” sonucuna varmıştır. Son olarak, aynı paragrafta 8. maddenin uygulanabilirliğine ilişkin bulgularında, çoğunluk, başvuranın “işini kaybetmesinin neticesinde sıkıntı ve kaygı duyduğunu; başvuranın işten çıkartılmasının, profesyonel düzeydekiler de dâhil olmak üzere diğer insanlarla olan ilişkilerini ve niteliklerinin cevap verdiği işi yapma yetisini etkilediğini” belirtmişlerdir.
  9. Ancak mevcut davada başvuran bu doğrultuda hiçbir iddiada bulunmamıştır. Bu çıkarımlar, devlet memuru işinden çıkarılmasının ilgili kişinin özel hayatını kaçınılmaz bir şekilde etkileyeceğine ilişkin olarak herhangi bir kanıtla desteklenmeksizin Mahkeme’nin soyut varsayımlarına dayanmaktadır.
  10. Bir devlet memurunun ayrımcılık temelinde işten çıkartılmasıyla ilgili 14. madde kapsamına giren davalarda bir yandan 8. madde ile diğer yandan 12 No’lu Protokol’ün 1. maddesinin uygulanabilirliği arasındaki sınırları gereğince belirlemek için, başvuran, yukarıda Mahkeme içtihadında belirtildiği bahsedilen unsurların bir veya birden fazlasının varolduğunu işten çıkartılmasının özel hayatını etkilediği çıkarımını desteklemek

için ikna edici bir şekilde göstermeliydi (bkz., yukarıda 2-3 paragraflar). Mevcut davada başvuran sadece 14. maddeye dayandığından ve davasının koşullarının 8. maddenin kapsamına girdiğini iddia etmediğinden dolayı, Mahkeme önündeki olayların ve kanıtların 44-46. paragraflarda yargıçlar tarafından belirtilen sonucu gerekçelendirdiği görüşüne katılmıyorum.



# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

## İKİNCİ BÖLÜM

### ASIYE GENÇ/TÜRKİYE \*

(Başvuru No. 24109/07)

#### KARAR

STRAZBURG

27 Ocak 2015

**Asiye Genç/Türkiye davasında,**

#### **Başkan**

Guido Raimondi,

#### **Yargıçlar,**

Işıl Karakaş,

András Sajó,

Helen Keller,

Paul Lemmens,

Robert Spano,

Jon Fridrik Kjølbro,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm) 9 Aralık 2014 tarihinden itibaren

---

\* İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2015. Bu gayri resmi çeviri, Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, İnsan Hakları Daire Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

de gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

## **USUL**

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan (No. 24109/07) davanın temelinde, Türk vatandaşı Asiye Genç'in ("başvuran") 28 Mayıs 2007 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru bulunmaktadır.
2. Başvuran, Ankara'da görev yapan Avukat A. Çay tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ise ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuru 16 Ocak 2012 tarihinde Hükümet'e bildirilmiştir.

## **OLAYLAR**

### **I. DAVANIN KOŞULLARI**

#### **A. Küçük Tolga Genç'in ölümü**

4. Başvuran Asiye Genç, 1976 doğumlu olup, Burdur'da ikamet etmektedir.
5. Hamile olan başvuran, sancılanması üzerine 30 Mart 2005 tarihinde, eşi Bülent Genç ile birlikte Gümüşhane Devlet Hastanesi'ne gitmiştir.
6. Başvuran 31 Mart 2005 tarihinde saat 23.00'e doğru sezaryenle 2,5 kg. ağırlığında, 36 haftalık prematüre<sup>1</sup> bir erkek bebek (Tolga Genç) dünyaya getirmiştir.
7. Tolga, doğumundan kısa bir süre sonra solunum sıkıntısı yaşamıştır.
8. Gümüşhane Devlet Hastanesi'nde yenidoğan ünitesi bulunmaması sebebiyle, doktorlar yeni doğan bebeğin, 110 km. uzaklıkta, Trabzon'da bulunan Karadeniz Teknik Üniversitesi Farabi Devlet Hastanesi'ne (Bundan böyle metinde "KTÜ Farabi" olarak anılacaktır.) sevk edilmesine karar vermişlerdir.
9. KTÜ Farabi Devlet Hastanesi 1 Nisan 2005 tarihinde sabah saat 1.15 sı-

---

<sup>1</sup> Hamilelik süresi 41,5 hafta olduğunda, doğum "miadında/normal zamanında" olarak değerlendirilir.

ralarında, hastanedeki yenidoğan yoğun bakım ünitesinde yer olmadığı gerekçesiyle Tolga'yı hastaneye kabul etmemiştir.

10. Tolga sabah saat 2.00 sıralarında Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi (Bundan böyle metinde "TDÇH" olarak anılacaktır.) getirilmiştir. Buradaki nöbetçi hekim, Bülent Genç'e boş küvoz bulunmadığını ve tekrar KTÜ Farabi Devlet Hastanesi'ne gitmeleri gerektiğini bildirmiştir.
11. Hastaneye vardıklarında, KTÜ Farabi Devlet Hastanesi doktorları bir kez daha, yenidoğan servisinde yer olmaması sebebiyle prematüre bebeği kabul edemeyeceklerini ileri sürmüşlerdir.
12. Bunun üzerine, Tolga'yı bir kez daha TDÇH'ye götürmeyi denemişlerdir.
13. Yaşanan bu olay boyunca ambulandan hiç ayrılmadığı görünen Tolga, sabah saat 3.30 sıralarında yine ambulanda hayatını kaybetmiştir.

#### **B. Ailenin şikâyeti ve hazırlık soruşturması**

14. Başvuran ve eşi Bülent Genç, 6 Nisan 2005 tarihinde şikâyette bulunmuşlardır.
15. Özellikle KTÜ Farabi Devlet Hastanesi doktorları K.M. ve T.Ö.'nün mahkûmiyetini talep etmişlerdir.
16. Olayla ilgili olarak, cezai ve idari olmak üzere iki soruşturma açılmıştır.
17. Yürütülen soruşturmalar kapsamında, çok sayıda tanığın ifadesi alınmıştır. Tanık ifadelerinin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

#### *Müteveffanın yakınları:*

**Başvuran:** "Hamileliğim normal seyrediyordu. Doktorlar, bebeğimin pozisyonu nedeniyle sezaryenle alınmasını tercih ettiler. Doğum, başta 25 Nisan 2005 olarak öngörüldü; ancak 30 Mart 2005 gecesi, sancılarım başladı ve ertesi gün sezaryenle doğum yaptım. Daha sonra neler yaşandığını bilmiyorum. Bebeğimin, solunum sıkıntısı çekmesi nedeniyle bir başka hastaneye sevk edildiği; ancak hastanede yer olmaması nedeniyle hastanenin, bakımını üstlenmediği ve doktorların onunla ilgilenmeye tenezzül etmediği, bir hastanenin bahçesinde, ambulansın içinde hayatını kaybettiği söylendi. Oğlumun ölümünden sorumlu olan şahısların cezalandırılmasını istiyorum."

**Bülent Genç:** Oğlum, Gümüşhane Devlet Hastanesi'nde prematüre olarak dünyaya geldi. Doktorlar, oğlumun daha donanımlı bir başka hastaneye sevk edilmesine karar verdiler. KTÜ Farabi Hastanesi'nde yer olmaması sebebiyle onu hastaneye kabul etmediler. Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi de aynı gerekçelerle oğlumun hastaneye kabul etmedi. Doktorlar, oğlumla ilgilenmek yerine, idari formalitelerle vakit kaybettiler. Acil bir durum olmasına rağmen, onu muayene etmeye bile tenezzül etmediler. Doktorların teşhis koymaları ve onu tedavi etmeleri gerekirdi. 4 saat boyunca oğlumun bir doktor tarafından görülmesi için çabaladık; ama hiçbir hastane bakımını üstlenmeyi kabul etmedi. Hastaneler arasında defalarca gelgitten sonra, bir hastanenin bahçesinde, ambulansın içinde hayatını kaybetti. Eğer oğlum hastaneye vaktinde kabul edilseydi, ölmeyecekti. Sorumlular cezalandırılmalıdır.”

**Ö.B.:** “Bülent Genç arkadaşımıdır. Olay akşamı onunla beraberdim. Birlikte arabayla, ambulansı takip ettik. KTÜ Farabi Hastanesi'nde nöbetçi pediatrist T.Ö., hastanede yer olup olmadığı önceden teyit edilmeden sevk edildiği için sinirliydi. Bebekle hiç ilgilenemedi. T.Ö., olayın idari yönüyle ilgileniyordu ve diğer hastanelerde gerçekten yer olmadığını doğrulayan belgeler istiyordu. Teyit için, öncelikle Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ni daha sonra ise Giresun Devlet Hastanesi'ni aradı. Bize, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'nde yer olduğunu ama nöbetçi doktorun sadece gitmek istemediğini belirtti. Hastaneden, yer olmadığına dair imzalı resmi bir belge talep etmemizi tavsiye etti. Bu taleple, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi doktorlarının, muhakkak tutumlarını değiştireceklerini, bir yer bulunacağını ve çocuğu kabul edeceklerini ekledi. Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ne giderken, Doktor K.B. bize, boş hiçbir yer olmadığını ve çocuğun bakımını üstlenemeyeceklerini söyledi. Acil olarak tıbbi müdahale gereken çocukla ilgilenmek yerine, hastanede yer olmadığını gösteren bir belge hazırlamakla uğraşmayı tercih etti. Bu nedenle 45 dakika kaybettik. Hastaneler arasında sayısız gelgitten sonra, çocuğun kalbi durdu. Acil doktor müdahalesi onu kurtarmaya yetmedi. Kimse bu çocuğun bakımını üstlenmek istemedi. Hiçbir acil doktoru onu muayene etmedi. Hepsini çocuğun hastaneye kabulünü reddetti ve her ne pahasına olursa olsun onun bir başka hastaneye sevk edilmesi için çalıştılar. Acil tıbbi tedaviye ihtiyacı olan bir çocuğa karşı sergilenen bu kayıtsızlık onu öldürdü.”

*Tıbbi personel:*

**O.Ü.:** “Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde kadın doğum doktoru olarak görev yapıyorum. Asiye Genç’in sezaryen işlemi olağan seyretti. Doğumdan sonra çocuğu çocuk doktoruna emanet ettik. Çocuk ağlıyordu. Olayların sonrasını bilmiyorum; çünkü çalışmaya devam ettim.”

**E.K.:** “Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde ebeyim. Asiye Genç, bir erkek çocuk dünyaya getirdi. Kollarıma aldığımda çocukta herhangi bir anormallik yoktu. Birdenbire, bilmediğim bir nedenle, nefes almakta zorluk çekti. Doktor N.A. duruma hemen müdahale etti. Çocuk entübeydi. Ambulansla bir başka hastaneye sevk edildi.”

**N.A.:** “Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde çocuk doktoru olarak çalışıyorum. Bebeği doğumdan yaklaşık beş dakika sonra gördüm. Acil olarak müdahale ettim; çünkü düzgün nefes almıyordu ve nabızı zayıftı. Durumu stabilize olduğunda, daha donamlı bir hastaneye sevkini düzenledik. Bana, KTÜ Farabi Hastanesi’nde yer olduğu söylendi. Çocuk ambulansla nakledildi ve bu nakil sırasında entübeydi.”

**N.S.:** “Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde anestezi uzmanı olarak görev yapıyorum. Asiye Genç, sezaryenle 36 haftalık prematüre bir bebek dünyaya getirdi. Kısa bir süre sonra, ebe, bize çocuğun solunum güçlüğü çektiğini haber verdi. Çocuk doktoru gerekli tedavide bulunmak için hemen müdahale etti. Uygun tıbbi ünite bulunmaması nedeniyle bir başka hastaneye sevk edilmesine karar verdi. E.İ. ile birlikte ambulansla gittim. Çocuk, entübeydi. Nakil işlemi kuvöz içerisinde sağlandı. KTÜ Farabi Hastanesi’nde, nöbetçi çocuk doktoru T.Ö., çocuğu muayene etmedi. Yalnızca, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi’ne gidilmesi gerektiğini söyledi. Oraya vardığımızda, Doktor K.B. de, yer olmaması nedeniyle çocuğu kabul etmedi. Bu kararı, çocuğu stetoskopta bile dinlemeden verdi. Hastaneler arasında gelgit yaptık; ama kimse çocuğu hastaneye kabul etmedi. Çocuk, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi’nde ambulansla hayatını kaybetti.”

**E.İ.:** “Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde hemşire olarak çalışıyorum. Olay günü nöbetçiydim. Çocuk, bize, KTÜ Farabi Hastanesi’ne götürmemiz için bir kuvöz içerisinde emanet edildi. Orada, Doktor K.M., bize çocuğun bakımını üst-

lenmeyeceklerini ve uzman bir pediatrişinin onunla ilgilenmesi gerektiğini söyledi.

Doktor T.Ö.'yü görmemizi söyledi. Yaptığımız budur. Doktor T.Ö., çocuğu stetoskopla bile dinlemeden, hastanede yer olmadığını ve çocuğun Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ne nakledilmesi gerektiğini söyledi. Hemen oraya gittik. Doktor K.B., çocuğu muayene etmedi. Bize yalnızca hastanede yer olmadığını söyledi. Yaklaşık yarım saat, çocuğun sorumluluğunu alması için ısrar ettik. Reddetti. Bunun üzerine, KTÜ Farabi Hastanesi'ne gitmek için yeniden yola koyulduk. Doktor T.Ö., çocuğu kabul etmeyi yine reddetti ve Giresun Devlet Hastanesi'ne nakledilmesi için ısrar etti. Çocuğun babası ve ben, bu karara karşı çıktık. Doktor T.Ö., Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'nde yer olmadığına dair resmi bir belge göstermememizi istedi. Kimse bize böyle bir belge vermeyi düşünmediğinden, ona bu belge gösteremedik. Bunun üzerine bizden yeniden Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ne dönmemizi istedi. Kati olarak reddetmesi karşısında, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'ne gitmek üzere bir kez daha yola çıktık. Orada, çocuk hastaneye kabulü doktorlar tarafından yine reddedildi. Çocuk, sabah 3.30 sıralarında ambulanda hayatını kaybetti.”

**K.M.:** “Olayın meydana geldiği akşam, KTÜ Farabi Hastanesi Yetişkin Acil Servisinde nöbetçi idim. Çocuğun babasıyla telefonda görüştüm. Kendisine, pediatrişinin benim alanıma girmediğini, ama Çocuk Acil Servisine gitmesinde ona yardım edebileceğimi söyledim.”

**T.Ö.:** “Olayın meydana geldiği akşam, KTÜ Farabi Hastanesi'nde Pediatri Servisinde nöbetçi idim. Gümüşhane Devlet Hastanesi, yer olup olmadığı hususuyla ilgili olarak bizimle irtibata geçmedi. Çocuk doğrudan bizim hastanemize nakledildi. Derhal onunla ilgilendim. Vücudunda bulunan mekonyum dışında, iyi görünüyordu. Hayati fonksiyonları normaldi. Oksijen saturasyonunu kontrol ettim. Oran % 95 ve 100 arasındaydı. Çocuğun mekonyum soluma riski olduğundan, daha sıkı bir gözetim sağlamak amacıyla hastanede tutmayı tercih ettim. Bununla birlikte, pediatri servisinde yer olamadığını öğrendim. Çocuğun babası, bana, Doktor K.M.'nin kendilerine hastanede yer olduğunu söylediğini ifade etti. Bunun üzerine, yetişkin acil servisinde olan Doktor K.M.'yi aradım. Bana, yenidoğan servisinde yer kaldığını düşündüğünü ama teyit etmek için aramanın

gerekli olacağını düşünemediğini söyledi. Ben de bu durum karşısındaki memnuniyetsizliğimi bildirdim. Bir arkadaşıyla birlikte gelen çocuğun babası, yer olmaması nedeniyle çocuğu hastaneye kabul etmeme kararına şiddetle karşı çıktı. Oysa ben yalnızca prosedürü uyguladım. Pediatri Servisi Şefi, bizden kesin olarak, boş yer olmaması durumunda, hastaları kabul etmememizi ve derhal nakillerini sağlamamızı istemişti. Yapmaya çalıştığım buydu. Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'nden bir şahıs, bana telefonda, boş yer olduğunu söyledi. İdari formaliteler yerine getirildikten sonra, ambulansla taşıma raporu düzenledim. Bununla beraber, Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi'nin çocuğu kabul etmemesi nedeniyle yaklaşık iki saat sonra ambulans tekrar hastanemize geldi. Bunu kanıtlayan herhangi bir resmi belge olmadığından, hastayı yeniden aynı hastaneye sevk ettim. Çocuğun bakımını üstlenmediğimizden, çocuğun hastane kaydını yapamadım ve tedavi dosyasını düzenlemedim.”

**Doktor A.A.:** “Doktor T.Ö.’nün çocukla ilgilendiğini gördüm. İyi görünüyordu ve entübe değildi. Oksijen saturasyon oranı yaklaşık % 95’di.”

**Hemşire A.A.:** “Olayın meydana geldiği akşam, KTÜ Farabi Hastanesi Pediatri Servisi’nde herhangi bir entübe çocuk gördüğümü hatırlamıyorum.”

**İ.E.:** “KTÜ Farabi Hastanesi’nde doktorum. Çocukla, Doktor T.Ö. ilgileniyordu. Gördüğüme göre, genel durumu oldukça memnun ediciydi. Oksijen saturasyon oranı yaklaşık % 95’di.”

**Y.A.:** “KTÜ Farabi Hastanesi Pediatri Servisi Şefiyim. Asistanım Doktor T.Ö., çocuğun hastaneye kabul etmeme hususunda haklıydı; zira servis dolu olduğunda hasta kabul edemiyoruz. Buna karşılık, hastane dosyasının hazırlaması gerekirdi.”

**K.B.:** “Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi’nde nöbetçiydim. 1 Nisan 2005 tarihinde sabah saat 2’ye doğru, entübe bir yenidoğan taşıyan bir ambulans hastanemize geldi. Çocuğu kuvözden çıkarmak istemedim; çünkü prematürelere hipotermi riski vardır. Tavsiye almak için Doktor M.K. ‘yı çağırdım; çünkü çocuğun solunum yardımına alınması gerekiyordu ama serviste hiç boş yer yoktu. Bir yer bulmak için diğer hastaneleri aradım; ama boşunaydı. KTÜ Farabi Hastanesi’ne geri dönmelerini söyledim. Yaklaşık bir saat kadar sonra, hastanemizde boş yer

olmadığına dair resmi bir belge istemek için geri geldiler. Öyle bir belge vermedim; ama eğer bana inanmıyorlarsa servisi ziyaret edebileceklerini söyledim. Bütün bunları açıklarken, bana birdenbire çocuğun kalbi durduğu bildirildi. Yeniden canlandırma için hemen ambulansla müdahale etmeye gittim; ama bütün çabalarım rağmen, çocuğu kurtaramadım. İhmalkârlık olduğunu düşünmüyorum. Eğer çocuğu kabul etmiş olsaydık, klasik bir yatakta tedavi edecektik. Sıcaklığı kontrol edemeyecek ve bu koşullarda suni havalandırma sağlayamayacaktık; bu durum da zaten muhtemelen yine çok hızlı bir ölüme neden olacaktı.”

**M.K.:** “Tavsiye almak için K.B. beni aradı. Yer olmadığından, en yakın üniversite hastanesine sevk edilmesini söyledim. Hasta, ambulansla bir kuvözün içerisindeydi. Oysa hastanede boşta kuvözümüz bile yoktu. Eğer hastayı kabul etmiş olsaydık, çok daha hızlı kaybederdik. Gerçekten başka türlü yapamazdık. Ayrıca, bana söylenene göre, Gümüşhane Devlet Hastanesi bize transport kuvözü ödünç vermek istemedi.”

18. Olayın meydana geldiği akşam yenidoğan servislerindeki boş yerlerle ilgili olarak, yürütülen ceza soruşturması neticesinde, Gümüşhane Devlet Hastanesi’nde yalnızca tek bir kuvöz bulunduğu ve bunun da arızalı olduğu tespit edilmiştir.
19. Kapasitesi on dört ile sınırlı olan KTÜ Farabi Devlet Hastanesi’nin doğumunda beş; yenidoğan ünitesinde ise on dokuz çocuk vardı.
20. TDÇH’de dört adet kuvöz bulunmaktaydı; bunlardan üçü dolu olup, dördüncüsü ise arızalıydı. Bununla birlikte bu kuvözlerde havalandırma sistemi de bulunmuyordu.
21. Cıvarda bulunan diğer iki hastaneden biri olan Fatih Devlet Hastanesi’ndeki dokuz kuvözden ikisinin 31 Mart 2005 tarihinde saat 15.00’te boş olduğu; ama bunlarda havalandırma sistemi bulunmadığı tespit edilmiştir.
22. Giresun Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Hastanesi’nde ise yenidoğan servisi bulunmuyordu.
23. Tolga’ya klasik otopsi yapılmıştır. Yapılan otopsi neticesinde, bilhassa, çocuğun akciğerlerinde “asfiksi kanama” bulguları tespit edilmiştir.



### **C. Tıbbi personel hakkında açılan ceza soruşturması**

#### *1. KTÜ Farabi Devlet Hastanesi doktorları K.M ve T. Ö. hakkında*

24. Gümüşhane Cumhuriyet savcısı 12 Mayıs 2005 tarihinde, yetkisizlik kararı vererek dosyayı Trabzon Savcılığına göndermiştir.
25. Trabzon Cumhuriyet savcısı, KTÜ Farabi Devlet Hastanesi'nin Karadeniz Teknik Üniversitesi Rektörlüğü'ne bağlı olması sebebiyle 1 Haziran 2005 tarihinde dosyayı Rektörlüğe göndermiştir.
26. Doktorlardan oluşan soruşturma komisyonu 20 Ekim 2005 tarihinde, bahse konu personelin herhangi bir kusuru bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma izni verilmesine gerek olmadığına dair bir rapor düzenlemiştir.
27. Danıştay 19 Ocak 2006 tarihinde söz konusu kararı onamıştır.

#### *2. Gümüşhane Devlet Hastanesi Doktoru N.A. hakkında*

28. Gümüşhane Valisi 2 Mayıs 2005 tarihinde, görevi ihmal suçu bulunmadığı kanaatiyle Doktor N.A. hakkında ceza soruşturması açılmasını reddetmiştir.
29. Gümüşhane Cumhuriyet savcısı 9 Mayıs 2005 tarihinde, Doktor N.A.'nın, çocuğu, boş yer bulunmayan bir hastaneye sevk ettirmemesi gerektiği gerekçesiyle bu karara itiraz etmiştir.
30. Trabzon Bölge İdare Mahkemesi 18 Mayıs 2005 tarihli kararıyla savcının itirazının reddine karar vermiştir.
31. Savcı 31 Mayıs 2005 tarihinde, *ipso jure* kesinleşmiş bu kararı dikkate alarak, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir.
32. Bu karar, Ağır Ceza Mahkemesi'nde itiraz edilmemesi üzerine 23 Haziran 2005 tarihinde kesinleşmiştir.

#### *3. TDÇH doktorları K.B. ve M.K. hakkında*

33. Trabzon Valisi 3 Mayıs 2005 tarihinde, Doktorlar K.B. ve M.K. hakkında, görevi ihmal suçu bulunmadığı kanaatiyle soruşturma açılmasını reddetmiştir.

34. Trabzon Cumhuriyet savcısı, bahse konu şahısların suç işledikleri ve görevi ihmal nedeniyle mahkemeye verilmeleri gerektiği kanaatiyle bu karara itiraz etmiştir.
35. Trabzon Bölge İdare Mahkemesi 8 Haziran 2005 tarihinde savcının itirazının reddine karar vermiştir.
36. Savcı 21 Haziran 2005 tarihinde, bu kesinleşmiş karara uyarak, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir.
37. Bu karar, Ağır Ceza Mahkemesi'nde itiraz edilmemesi üzerine 22 Temmuz 2005 tarihinde kesinleşmiştir.

#### **D. Sağlık Bakanlığı tarafından başlatılan idari soruşturma**

38. Sağlık Bakanlığı Trabzon İl Sağlık Müdürlüğü soruşturma komisyonu re'sen idari soruşturma başlatmaya karar vermiştir.
39. Yürütülen idari soruşturmalar sonunda, Trabzon Valisi, 26 Nisan 2005 tarihinde, Doktorlar K.B. ve M.K. hakkında ek soruşturma izni verilmesine karar vermiştir.
40. Buna karşılık, Vali, Doktor T.Ö. ile ilgili olarak yürütülen soruşturma hususunda, soruşturma komisyonunun konuyla ilgili vardığı sonuçları göz önünde bulundurmuş ve görevi ihmal nedeniyle ceza soruşturması açılmasına karar vermiştir.
41. Bu amaçla, Trabzon Cumhuriyet savcısı 17 Mayıs 2005 tarihinde, dosyayı yeniden T.Ö.'nün bağlı olduğu Karadeniz Teknik Üniversitesi Rektörlüğü'ne göndermiştir.
42. Rektörlük derhal idari soruşturma açmıştır.
43. Açılan idari soruşturma, bakanlık soruşturma komisyonunun vardığı ilk sonuçları doğrulamaya imkân vermiştir.
44. Rektörlük 25 Ağustos 2006 tarihinde T.Ö. hakkında ceza soruşturması açılmasına izin vermiştir. Söz konusu kararın ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

“Müfettiş-Doktor S.M. 26 Nisan 2005 tarihli raporunda, Doktor T.Ö.'nün ihmali bulunduğu ve sorumluluğu bulunduğu kanaatine varmıştır.

Müfettiş-Doktor G.Ç. 26 Haziran 2006 tarihli raporunda, Doktor T.Ö.'nün hastanın hastane kaydını yapması ve tedavi dosyası düzenlemesi gerektiği kanaatine varmıştır.

Dosyada yer alan unsurlar, tedavi dosyasının KTÜ Farabi Hastanesi'nde yer olmadığını anlaşılmasına imkân vermektedir.

Hastanın bu hastaneye nakli, iletişim ve koordinasyon eksikliğinden ileri gelmektedir.

KTÜ Farabi Hastanesi'nde, hastanın durumu çok ciddi olduğu halde ve hayati riski bulunmasına rağmen herhangi bir yeterli müdahalede bulunulmamıştır.

Üstelik KTÜ Farabi Hastanesi tıbbi personelin tanık ifadelerinden başka, hastanın tıbbi muayeneden yararlandığını gösteren herhangi bir başka unsur bulunmamaktadır.

Ayrıca, hastanın adına herhangi bir idare tarafından düzenlenen bir hastane ya da tedavi dosyası bulunmamaktadır.

Doktor T.Ö.'nün, "Hastanın idari kaydının yapılmamasının nedeni hastaneye kabul edilemeyecek olmasıdır." şeklindeki açıklaması kabul edilemez bir tutumdur.

Bu olayda, Doktor T.Ö. 'nün ihmali ve kusuru bulunduğu sonucuna varılmaktadır."

45. T.Ö. 14 Eylül 2006 tarihinde bu karara itiraz etmiştir.

46. Danıştay 25 Temmuz 2007 tarihinde, kararın yeniden gözden geçirilmesini haklı gösterecek nitelikte yeni delil unsurları bulunmadığı gerekçeyle, 25 Ağustos 2006 tarihli kararı iptal etmiş (yukarıdaki 44. paragraf); daha önce verdiği 19 Ocak 2006 tarihli kararı (yukarıdaki 27. paragraf) kesinleşmiştir.

## II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

47. İlgili iç hukuk kuralları *Sevim Güngör/Türkiye* ((kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 75173/01, 14 Nisan 2009) kararında yer almaktadır.

## HUKUKİ DEĞERLENDİRME

### I. DAVANIN KONUSU

48. Başvuranın şikâyetleri aşağıda yer almaktadır.
49. Başvuran, Sözleşme'nin 2. maddesini ileri sürerek, bilhassa oğlunun ölümü ile ilgili olarak iç hukukta yürütülen soruşturmanın yetersiz olduğundan şikâyet etmektedir.
50. Başvuran aynı zamanda, Sözleşme'nin 3. maddesini ileri sürerek, Tolga'nın ölümüne neden olan koşullardan da şikâyet etmektedir.
51. Öte yandan, Sözleşme'nin 13. maddesini ileri sürerek, ölüme neden olan olayların ve sorumluların belirlenmesi için iç hukukta etkin bir hukuk yolu bulunmadığını ileri sürmektedir.
52. Hükümet bu sav ve iddialara karşı çıkmaktadır.
53. Dava konusu olay ve olguların hukuki tavsifini yapmakla yetkili olan Mahkeme, başvuran tarafından ifade edilen şikâyetlerin, Sözleşme'nin yalnızca 2. maddesi açısından bir inceleme yapılmasını gerektirdiği kanaatinde. Söz konusu maddenin ilgili bölümü aşağıdaki şekildedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. (...)”

### II. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

#### A. Kabul edilebilirlik hakkında

54. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Öncelikle, başvurayı 31 Mayıs ve 21 Haziran 2005 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itiraz etmemekle suçlamaktadır (yukarıdaki 32 ve 37. paragraflar).

Daha sonra, başvuranın, tazminat talebiyle öncelikle hukuk mahkemelerine ya da idari mahkemelere başvurması gerektiği kanaatinde.

Hükümet aynı zamanda, altı ay süre kuralına uyulmaması bağlamında kabul edilemezlik itirazında bulunmaktadır.

55. Ceza hukukunda kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara karşı itiraz yoluyla ilgili olarak Mahkeme, somut olayda, söz konusu kararların, idare

mahkemesinin kesinleşmiş kararları göz önüne alınarak savcı tarafından verildiğini gözlemlemektedir. İdare mahkemesinin kesinleşmiş kararları, suçlanan doktorlar hakkında soruşturma açılmasının reddedilmesinin yasallığını onaylamakta ve soruşturma açılıp açılmaması hususundaki süreç idare mahkemesinin yargı yetkisine bütünüyle tabidir (yukarıdaki 31 ve 36. paragraflar). Bu koşullarda, Mahkeme, Asiye Genç'in itirazının, yargılamanın sonucunu nasıl değiştirebileceğini anlamamaktadır. Ayrıca, Hükümet, Ağır Ceza Mahkemesi önündeki bu tür bir hukuk yolunun, benzer durumlarda, uygun ve etkin nitelik arz ettiğini gösteren herhangi bir karar ibraz etmemektedir.

Bu nedenle, Hükümetin ilk itirazının birinci kısmı reddedilmelidir.

56. Başvurunun gecikmeli olarak yapılması bağlamındaki itirazla ilgili olarak, Mahkeme, Doktor T.Ö. hakkında başlatılan yargılamanın, ilgili hakkında ceza soruşturması açılması izni veren 25 Ağustos 2006 tarihli Rektörlük kararını iptal eden 25 Temmuz 2007 tarihli Danıştay kararıyla sona erdiğini kaydetmektedir (yukarıdaki 46. paragraf).

Başvuran 28 Mayıs 2007 tarihinde Mahkeme'ye başvuruda bulunduğundan, altı ay süre kuralı ihlal edilmemiştir.

57. Farklı türde tazminat davalarının mevcudiyetine dayalı itirazla ilgili olarak ise, Mahkeme, öncelikle, Hükümet'in belirttiğinin aksine (yukarıdaki 54. paragraf), başvuranın oğlunun yaşam hakkına yönelik ihlalin hukuk ya da idari bir dava aracılığıyla telafi edilemeyeceğini değerlendirmektedir ve dolayısıyla, ulusal mahkemeler tarafından sonuç olarak - cezai, idari ya da disiplinle ilgili - herhangi bir kusur tespit edilmemiştir. Mahkeme, başvuranın hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler önünde davayı kazanmayı nasıl makul olarak umduğuna anlam verememektedir; zira bunun için başvuranın, bu yargılamaların birinde veya diğerinde, en azından bir kusurun bulunduğunu kanıtlaması gerektiği kanaatindedir (yukarıdaki 26, 27 ve 46. paragraflar). Esasen, mevcut dava, *Karakoca/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 46156/11, 21 Mayıs 2013 davasından bu hususta ayrılmaktadır. Somut olayda, sonunda, ilgili ma-

kamların kusur ya da ihmalinin bulunmadığının tespit edildiği ve bunların Danıştay tarafından onandığı ön idari soruşturmalar yürütülmüştür. Hükümet'in -üstelik, ifadelerini desteleyecek nitelikte içtihadî örnekler vermeden- bu bağlamda ileri sürdüğü ilk itiraz kabul edilemezdir.

58. Başvurunun, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka hiçbir kabul edilemezlik gerekçesi bulunmadığını tespit eden Mahkeme, kabul edilebilirliğine karar vermektedir.

## **B. Esas hakkında**

### **1. Tarafların İddiaları**

59. Başvuran, Devletin, sağlık koruma sisteminin tamamını yöneten ve denetleyen gerekli tıbbi tedavileri sağlamaya yönelik genel yükümlülüğüne rağmen, yetkililerin, oğlunun yaşam hakkını koruma pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatindedir. Acil tıbbi bakıma ihtiyacı olan bir yenidoğanın, imkânların yetersiz olması nedeniyle hastaneler tarafından bakımının üstlenilmemesi başvuruna tamamıyla anormal görünmektedir. Dolayısıyla başvuran, yetkililerin, söz konusu durumda gerekli olan acil tedaviyi sağlamamaları nedeniyle Tolga'nın ölümünden sorumlu oldukları sonucuna varmaktadır.
60. Öte yandan, başvuran, somut olayda yürütülen soruşturmaların, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini yerine getirmediğini iddia etmektedir.
61. Başvurana göre, Valinin, olayda adı geçen doktorlar hakkında ceza soruşturması açılmasına izin vermemesi, ölümün gerçek koşullarının belirlenmesine ve sorumluların cezalandırılmasına engel olmaktadır.
62. Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediği iddiası üzerinde durarak, ayrıca, çok sayıda ve her düzeydeki bilimsel rapora dayanarak, ifade edilen olaylar ve olaya karışan bütün kişilerin sorumluluklarının, gerektiği gibi bağımsız olan yetkili organlar tarafından incelendiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle, yürütülen soruşturmaların etkinliğine ilişkin herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır.

63. Hükümete göre, bahse konu soruşturmalar, hastanelerin Sağlık Bakanlığı'nın genelgelerine uygun bir şekilde çalıştıklarını ve olay günü hastanelerde boş yer bulunmadığını açıkça ortaya koymaktadır; bu koşullarda, haklı olarak, nazarında, tıbbi personele herhangi bir ihmalkârlık atfedilemeyeceği sonucuna varmıştır.
64. Hükümete göre, her halükarda, Sözleşme, üçüncü şahıslar hakkında ceza soruşturması açılmasına yönelik hiçbir hakkı güvence altına almamaktadır; ulusal mahkemeler, delilleri değerlendirmenin yanı sıra maddi hukuk ile usul hukukunu yorumlamak ve uygulamak için daha geniş yetkiye sahiptirler.

## 2. Mahkeme 'nin Değerlendirmesi

### a) Genel İlkeler

65. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin birinci cümlesinin, Devlete yalnızca kasten ve yasaya aykırı şekilde ölüme sebebiyet verilmesini engelleme zorunluluğu getirmekle kalmayıp, aynı zamanda Devlete kendi yargı yetkisi altında bulunan kişilerin yaşamını korumaya yönelik gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklediğini hatırlatmaktadır.
66. Bu ilke, kamu sağlığı alanına da uygulandığından, (bk. diğer kararlar arasında, *Powell/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 45305/99, AİHM 2000-V, ile *Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], No. 32967/96, § 48, AİHM 2002-I), yetkililerin kamu sağlığı politikaları kapsamındaki eylem ve ihmalleri, bazı durumlarda, yetkililere 2. madde açısından sorumluluk yükleyebilmektedir (yukarıda anılan *Powell* kararı).
67. Söz konusu alanda, 2. maddenin Devlet'e yüklediği pozitif yükümlülükler, her şeyden önce, sağlık personeli bakımından yüksek bir yeterlik seviyesi sağlamaya yönelik ve ister özel ister devlet hastaneleri olsun, hastanelerin, hastaların yaşamlarının korunmasını teminat altına almaya elverişli tedbirler almalarını gerektiren düzenleyici çerçeve oluşturulmasını gerektirmektedir.

Bununla birlikte, bir Sözleşmecî Devlet, bu gerekliliklere riayet edilmesi amacıyla gerekeni yaptığında, bir hastanın tedavisi kapsamında sağlık

çalışanlarının yaptığı bir değerlendirme hatası veya sağlık çalışanları arasında koordinasyon sağlanamaması gibi sorunlar, bir Sözleşmecî Devletî Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülük kapsamında hesap vermeye yükümlü kılmak için özel olarak tek başlarına yeterlidirler (bk. özellikle, yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio* kararı, § 49 ve yukarıda anılan *Powell* kararı).

68. Sözleşme'nin 2. maddesi, aynı zamanda, dava konusu olayların kamu denetimine açılmasına imkân veren yani ister özel sektör, ister kamu sektöründe olsun, sağlık çalışanlarının sorumluluğu altında yaşamını yitiren bir kişinin ölüm nedeninin belirlenmesini ve söz konusu sağlık çalışanlarının, gerektiğinde, eylemlerinin sorumluluğunu üstlenmelerini zorunlu kılan etkin ve bağımsız bir yargı sistemi kurulmasını da gerektirmektedir (bk. özellikle, yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio* kararı, § 49; bilhassa özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin yaşamının korunması ve sağlığı ile ilgili olarak, bk. yukarıda anılan *Powell* kararı, *Anguelova/Bulgaristan*, No. 38361/97, § 130, AİHM 2002-IV, *Naoumenko/Ukrayna*, No. 42023/98, § 112, 10 Şubat 2004, *Tais/Fransa*, No. 39922/03, §§ 96 ve 98, 1 Haziran 2006, *Huylu/Türkiye*, No. 52955/99, §§ 57-58, 16 Kasım 2006 ve *Dzienciak/Polonya*, No. 77766/01, § 91, 9 Aralık 2008).
69. Bilhassa, ölümün şüpheli olduğunu düşündürecek inandırıcı nedenlerin olması halinde, Sözleşme'nin 2. maddesi, ölüm olayının temelindeki koşulların belirlenmesi için, yetkililerin kendiliğinden, hızlıca, bağımsız, tarafsız ve etkin bir resmi soruşturma başlatmalarını gerektirmektedir (bk. *mutatis mutandis*, *Tararieva/Rusya*, No. 4353/03, §§ 74, 75 ve 103, AİHM 2006-XV (özetler), *Kats ve diğerleri/Ukrayna*, No. 29971/04, §§ 116 ve 120, 18 Aralık 2008, *Gagiu/Romanya*, No. 63258/00, § 68, 24 Şubat 2009, *Makharadze ve Sikharulidze/Gürcistan*, No. 35254/07, § 87, 22 Kasım 2011 ve *Gülay Çetin/Türkiye*, No. 44084/10, § 87, 5 Mart 2013).
70. Makul ivedilik ve özen gereksinimi bu bağlam içinde zımni olarak yer almaktadır. Esasen, bu tür davaların kısa süre içinde incelenmesi, sağlık hizmetlerinin tümünden yararlanan kişilerin güvenliği için önem taşımaktadır (*Byrzykowski/Polonya*, No. 11562/05, § 117, 27 Haziran 2006).



Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından yükümlülüğü, iç hukukta öngörülen koruma mekanizmaları yalnızca teorik olarak mevcutsa yerine getirilemez: Bu koruma mekanizmalarının, bilhassa pratik olarak da etkin bir biçimde işliyor olması gerekmektedir; bu da, davanın hızlı ve gereksiz gecikmelere maruz kalmadan incelenmesini gerektirmektedir (*Silih/Slovenya* [BD], No. 71463/01, § 195, 9 Nisan 2009).

Ayrıca, bu bağlamda yürütülecek resmi soruşturma -niteliği ne olursa olsun- yalnızca eksiksiz değil, bu anlamda ihtilaf konusu ölümlerin koşullarını aydınlatmak için temel unsurların tamamını karşılamalı (örnek olarak, yukarıda anılan *Tararievva* kararı, § 92), aynı zamanda sağlık personeli ve ilgili kurumların, tespit edilebilecek muhtemel kusurları telafi etmelerine elverişli olmalıdır (bk. diğer kararlar arasında, *mutatis mutandis*, yukarıda anılan *Makharadze ve Sikharulidze* kararı, § 89 ve yukarıda anılan *Byrzykowski* kararı, *ibidem*).

71. Bununla birlikte, etkin bir adli sistem oluşturma yönündeki pozitif yükümlülüğün, her türlü durumda, mutlaka cezai yargı yolunu gerektirmediği hatırlatılmalıdır. Tıbbi ihmalkârlıkların kendine özgü bağlamında (bk. yukarıdaki 67. paragraf), benzer yükümlülük örneğinin, söz konusu hukuk sisteminin, ilgililere, suçlanan doktorların sorumluluğunun belirlenmesi ve gerektiği takdirde duruma uygun tüm hukuki yaptırımların uygulanması amacıyla tek başına hukuk mahkemelerine - veya idare veyahut disiplin mahkemelerine- ya da ceza mahkemeleri önünde bir başvuruyla birlikte başvuruda bulunma imkânı tanınması halinde yerine getirilebilmektedir (yukarıda anılan *Calvelli ve Ciglio* kararı, § 51, *Vo/Fransa* [BD], No. 53924/00, § 90, AİHM 2004-VIII ve *Trocellier/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 75725/01, 5 Ekim 2006; bilhassa Türkiye'ye dair davalar ile ilgili olarak, bk. yukarıda anılan *Karakoca* kararı, yukarıda anılan *Sevim Güngör* kararı, *Aliye Pak ve Habip Pak/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 39855/02, 22 Ocak 2008 ve *Serap Alhan/Türkiye* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 8163/07, 14 Eylül 2010).
72. Bu nedenle, Sözleşme, üçüncü kişilere karşı ceza soruşturmaları açma hakkını güvence altına almasa bile, Mahkeme, Sözleşme'nin 2. madde-

sinin gerektirdiği etkili adli sistemde cezalandırma mekanizmasının yer alabileceğini ve bazı koşullarda yer alması gerektiğini birçok defa ifade etmiştir (yukarı anılan *Calvelli ve Ciglio* kararı, § 51).

73. Esasen, genel olarak, Devlet görevlilerine veya organlarına atfedilebilir kusur, değerlendirme hatasının veya ihmalin ötesine geçtiğinde, insanların hayatını tehlikeye atan kişiler aleyhinde hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da hakkında soruşturma açılmaması, yargılanabilir kişilerin kendi inisiyatifleri ile kullanabilecekleri diğer her türlü hukuk yolunun dikkate alınmamasına, dolayısıyla Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmesine yol açabilmektedir (bk. *mutatis mutandis*, *Öneriyıldız/Türkiye* [BD], No. 48939/99, § 93, AİHM 2004-XII).

Bu yaklaşım, Sözleşmeci bir Devletin makamlarının, vatandaşların tümüne sağlamakla yükümlü oldukları tıbbi bakımı vermeyi reddederek bir kimsenin hayatını tehlikeye atmaları halinde veya tehlikeye attıklarının kanıtlanması halinde, kamu sağlığı alanında da geçerlidir (*Chypre/Türkiye* [BD], No. 25781/94, § 219, AİHM 2001-IV, *Nitecki/Polonya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 65653/01, 21 Mart 2002 ve daha yakın zamanda *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk/Türkiye*, No. 13423/09, § 105, 9 Nisan 2013).

#### **b) Bu ilkelerin somut olaya uygulanması**

74. Somut olayda, öncelikle, başvuranın, şahısların hiçbirini yenidoğanın ölümüne kasıtlı olarak neden olmakla suçlamadığını belirtmek uygun olacaktır. Başvuranın Sözleşme'nin 2. maddesi ile birlikte 13. maddesini ileri sürerek şikâyet ettiği husus, tazminat ödenmemesi sorunuyla da ilgili değildir (*mutatis mutandis*, yukarıda anılan *Öneriyıldız* kararı, §§ 145-149).

Başvuran, buna karşılık, suçlanan tıbbi personele atılı suçların basit bir ihmalkârlığın ya da değerlendirme hatasının ötesine geçtiğini ve bebeğin ölümünün, doğrudan, bakımını üstlenmeyi reddeden doktorlara yüklenebileceğini ileri sürmektedir.

75. Bu bağlamda, ulusal makamların bu trajediyi önlemek için kendilerinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadıklarını ve bil-hassa, genel anlamda, küçük Tolga'nın hayatını korumak için uygun tedbirleri alma yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini araştırmak Mahkeme'ye düşmektedir.
76. Mahkeme öncelikle, mevcut davanın olay ve olgularının yukarıda 66. paragrafta belirtilen ve kayıtsız şartsız tıbbi düzendeki ihmalkârlıklarla ilgili olan davalarda incelediklerinden büyük ölçüde farklı olduğunu gözlemlemektedir. Bu nedenle, Mahkeme somut olayda, bu içtihatla ortaya konulan kriterlerin ve ilkelerin, olay ve olguları değerlendirmesinde kendisine kısmen rehberlik edebilmelerine rağmen, oldukları gibi doğrudan yorumlanamayacakları/benimsenemeyecekleri kanaatine varmaktadır.
77. Dolayısıyla, Mahkeme, davanın olgusal unsurlarını ve dosyaya konulan belgeleri dikkate alarak, somut olayda, ne başvuranın prematüre doğan ve solunum sıkıntısı yaşayan oğlunun sağlık durumunun ciddiyetinin ne de acil bir tıbbi müdahalenin gerekliliğinin tartışmaya mahal vermediğini kaydetmektedir. Yetkilere göre üç belirgin yönü bulunan koşulların bir araya gelmesi nedeniyle başvuranın oğlunun yaşamının tehlikeye atıldığını anlamak için, yenidoğan komplikasyonlarını tedavi etme konusunda donanımlı olmayan bir hastanede sezaryen yapılmasının uygunluğu sorunu haricinde (yukarıda 8. paragraf), Sağlık Bakanlığı'nın raporunda kaydedilen 25 Ağustos 2006 tarihli tespitleri incelemek yeterli olacaktır:
- Bürokratik endişelerin neden olduğu ihmalin/özensizliğin yanı sıra hastaneler arasında etkin koordinasyon sağlanamaması;
  - Başvurulan hastanelerin yenidoğan servislerinde yeterli yer bulunmaması, bazı kuvözlerin arızalı olması nedeniyle durumun daha da ciddilik kazanması;
  - Hiçbir şekilde acil tıbbi muayenenin yapılmamış olması.
78. Dolayısıyla, Gümüşhane Devlet Hastanesi, küçük Tolga'nın bir başka hastaneye kabul edilmemesi durumunda yaşamının riske gireceğini göz ardı edemezdi. Bebeğin, derhal bakımının üstlenilmiş olması halinde hayatta

kalma ihtimaline dayanmaya gerek kalmadan, Mahkeme, bu riske rağmen, bebeğin sevk edilmesi yönünde seçim yapmadan evvel, söz konusu personelin, hastanın KTÜ Farabi Devlet Hastanesi'nde bakımının üstlenileceğinin garanti altına alınması için gerekli tedbirleri almadığını kaydetmektedir (yukarıdaki 8 ve 9. paragraflar).

79. Hastaneler arasındaki koordinasyon eksikliği, teçhizat olmadığı gerekçesiyle bebeği kabul etmeyi reddeden KTÜ Farabi Devlet Hastanesi ile Trabzon Doğum ve Çocuk Hastanesi arasında neticeye varılmayan nakil girişimleriyle kendisini gösteren müteakip süreçler sırasında devam etmiştir. (yukarıdaki 10-13. paragraflar).
80. Bu konuyla ilgili olarak, Hükümet, kendi nazarında, hastanelerde yer olmaması hususu doktorlara yüklenemez bir nesnel engel teşkil ettiğinden, benzer durumun sağlık çalışanlarına sorumluluk yüklenmediğini ileri sürmektedir. Dosyada yer alan unsurlar göz önüne alındığında, Mahkeme, somut olayda hastaneler arasında koordinasyon olmaması ve müdahalede bulunmaları için çağrılan doktorlardan herhangi birisi tarafından yenidoğanın bakımının üstlenilmemesinin, basit bir yer olmayışıyla haklı gösterilemeyeceği kanaatindedir. Esasen, Mahkeme için olay akşamı, küçük Tolga'nın dünyaya geldiği Gümüşhane Devlet Hastanesi'nde bulunan tek kuvöz arızalı olduğunu tespit etmek yeterlidir. Civardaki diğer hastanelerde bulunan teçhizatın sayısı ve durumu da tatmin edici olarak değerlendirilemez (yukarıdaki 17-22. paragraflar) Bu da, Devlet'in, devlet hastanesi hizmetinin ve daha genel olarak, sağlığın korunması sisteminin düzgün olarak organize edilmesiyle ve işleyişiyle yeterince ilgilenmediğini ve sadece hasta yoğunluğundan kaynaklanan öngörülemez bir yer olmayışına bağlı olmadığını göstermektedir.
81. Söz konusu ihmaller/eksiklikler nedeniyle, hayati tehlikesi bulunan prematüre bebek, herhangi bir uygun tedavi uygulanmasını veya muayene edilmeyi bekleyerek ambulansla defalarca boşuna gelgit yapmıştır. Yalnızca, *in situ* hastanede yatan diğer bebeklerin klinik tablosuyla, onun durumunun aciliyetini karşılaştırmak için muayene edilmiştir. Ve bu durum bebeğin aynı ambulans içerisinde hayatını kaybetmesiye son bulmuştur.

82. Bu nedenle, uygun acil tedaviye ulaşamayan başvuranın oğlu, hastane hizmetlerinde yaşanan bir aksaklığın kurbanı olarak kabul edilmelidir. Başka bir ifadeyle, çocuk, kendisine sağlanan tedavilerde bir ihmalkârlık ya da değerlendirme hatası yapıldığı için değil (yukarıda 66. paragraf), aynı durumun hayatı tehlikeye atacak nitelikte tıbbi bakımı üstlenmemekle benzerlik göstermesinden anlaşıldığı üzere, sadece kendisine herhangi bir tedavi sunulmadığı için hayatını kaybetmiştir (bk. yukarıda anılan *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk* kararı, §§ 97 ve 105).
83. Somut olayda, suçlanan tıbbi personelin bir kısmının tutumu, savcı tarafından suç teşkil etmeye elverişli olarak kabul edilmesine rağmen, idari makamların izin vermemesi nedeniyle, söz konusu davada, küçük Tolga'nın tıbbi olarak tedavisini üstlenmeyen sorumlular hakkında suçlama bulunmaması ve soruşturma açılmaması Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından sorun teşkil etmektedir (bk. aynı zamanda, yukarıda anılan *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk* kararı, § 105); (yukarıdaki 29, 34 ve 40. paragraflar; bk. aynı zamanda, yukarıda anılan *Huyllu* kararı, § 74 ve *Prado Bugalla/İspanya* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 21218/09, 18 Ekim 2011).
84. Somut olayda, suçlanan doktorların muhtemel suçluluğunun ötesinde, devletin sunduğu sağlık hizmetlerinin uygulanması bakımından ileri sürülen iddialar karşısında davalı devlet tarafından verilen adli tepkinin değerlendirilmesinin önem arz ettiği bir gerçektir.
- Esasen, davayla ilgili olarak başvuru ulusal mahkemelerden, somut olayda tespit edilen eksikliklerin kamu sağlığı hizmetinin gereklilikleriyle ve hastane yönetmeliğiyle bağdaşıp bağdaşmadığını, şayet bağdaşıyorsa hangi ölçüde bağdaştığını araştırmak ve gerektiği takdirde, bu bağlamda sorumluları belirlemek amacıyla hareket etmeleri yasal olarak beklenebilir.
- Ancak hiç kimse, yenidoğanların acil servise kabul edilmesi ya da yenidoğan servisleri arasındaki koordinasyon konusunda uygulanabilir protokollerin uygulanma şeklini kontrol etmeye ve bu servislerde gerekli görülen teçhizatın bulunmamasının nedenlerini - ve bilhassa arızalı kuvöz sayısını- tespit etmeye çalışmamıştır.

85. Bu hususta, dava dosyasında, küçük Tolga'nın yaşamını şüphesiz, hatta kesin olarak, riske atan tüm bu unsurlar hakkında valilik organları ya da savcılıklar veyahut idari mahkemeler tarafından yapılan en ufak bir eleştiri ya da kınamanın bulunmaması belirleyici bir rol oynamaktadır. Ancak risk altındaki kamu menfaati göz önüne alındığında, eleştirel bir bakış açısı oluşturulması önemlidir. Tedavinin hangi koşullarda verildiğini ya da verilmediğinin ve olayların seyrinde bir etkiye sahip olabilecek olası eksikliklerin tespit edilmesi, esasen, karşılaştırılabilir hataların hastaların zararına tekrarlanmaması amacıyla söz konusu olabilecek sağlık hizmetlerindeki aksaklıkları gidermek için gereklidir (*mutatis mutandis*, yukarıda anılan *Byrzykowski* kararı, § 117, 27 Haziran 2006, yukarıda anılan *Makharadze ve Sikharulidze* kararı, § 89).
86. Bundan dolayı, Türk yargı sisteminin söz konusu feci olaya karşılık verme şekli küçük Tolga'nın ölümünün kesin koşullarını aydınlatmaya elverişli değildi. Soruşturma, özellikle, sağlık hizmetleri idaresindeki kusurlarla ilgili olarak daha önce tespit edilen temel unsurların hiçbirini herhangi bir soruşturmaya konu olmadığından tamamlanmamıştır.
87. Kısacası, Mahkeme, bir yandan gerekli acil tedavinin sağlanmamasına neden olan koşulları ve diğer yandan, bu bağlamda iç hukukta yürütülen soruşturmaların yetersizliğini göz önünde bulundurarak, Devletin, küçük Tolga Genç ile ilgili olarak, Sözleşme'nin 2. maddesinden ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmediğine kanaat getirmenin uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

Dolayısıyla, Sözleşme'nin 2. maddesi ihlal edilmiştir.

### III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

88. Başvuran manevi tazminat olarak 100.000 avro talep etmekte; fakat maddi tazminat ile masraf ve giderlerin ödenmesi bağlamında herhangi bir iddiada bulunmamaktadır.
89. Hükümet, bu meblağın aşırı olduğu kanaatine varmakta ve Mahkeme'yi başvuranın iddialarını reddetmeye davet etmektedir.
90. Mahkeme, hakkaniyete uygun olarak, tespit edilen ihlal nedeniyle başvurana maruz kaldığı manevi zarar bağlamında 65.000 avro ödenmesi-

nin uygun olduğunu kanısındadır.

91. Öte yandan, Mahkeme gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermektedir.

**BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,**

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine;
3.
  - a) Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, davalı Devletin başvurana kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden ulusal para birimine çevrilmek üzere ve vergi başlığı altında tahsil edilebilecek her türlü miktarın da eklenmesi suretiyle, manevi tazminat olarak 65.000 avro (altmış beş bin avro) ödemekle yükümlü olduğuna;
  - b) Yukarıda anılan sürenin bitiminden itibaren ve ödeme tarihine kadar, gecikme faizi olarak Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere bu süre boyunca uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek basit faiz oranının uygulanmasının uygun olduğuna;
4. Adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine *karar vermiştir*.

Fransızca olarak yazılan işbu karar Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları gereğince 27 Ocak 2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Stanley Naismith  
Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi  
Başkan

İşbu karar ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrasına uyarınca yazılan, Yargıçlar Lemmens, Spano ve Kjolbro'nun ayrık oy görüşü yer almaktadır.

G.R.A.

S.H.N.

**YARGIÇLAR LEMMENS,  
SPANO VE KJOLBRO’NUN MÜŞTEREK MUTABAKAT ŞERHİ**

(Çeviri)

1. Bizler, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiği yönünde oy kullandık; ancak ayırık bir oy görüşü bildirmemiz gerektiği kanaatindeyiz; zira kararda ifade edilenlere kısmen katılıyoruz.
2. Sözleşme’nin 2. maddesinin esas yönünden ihlal edildiği görüşüne eksiksiz olarak katılıyoruz. Bundan dolayı, başvuranların acil tıbbi tedaviye ihtiyacı olan yeni doğan bebeklerinin, söz konusu hastaneler arasında önceden herhangi bir iletişim ve koordinasyon sağlamadan ve çocuğun muayene etmeden ve herhangi bir tıbbi bakım uygulamadan dört buçuk saat boyunca bir hastaneden diğerine gönderilmesi, bu bebeğin hayatını tehlikeye attığını şüphesiz kabul ediyoruz. Yetkililer, çocuğun hayatının, ilgili sağlık personelinin eylemleri ya da ihmalleri nedeniyle tehdit altında olduğunu biliyorlardı ya bilmeleri gerekiyordu. Somut olayın kendine özgü koşullarında, bu eylem ve ihmaller, sağlık çalışanının basit bir değerlendirme hatasının ya da belli bir hastanın tedavisinde sağlık çalışanları arasındaki özensiz bir koordinasyonun ötesindedir (bk. diğer kararlar arasında, *Powell/Birleşik Krallık* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 45305/99, AİHM 2000-V ve *Eugenia Lazar/Romanya*, No. 32146/05, § 68, 16 Şubat 2010). Bizim görüşümüze göre Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiği tespitini, yukarıda bahsedilen tek bir yönle sınırlamalıydı.
3. Mevcut dava, aksaklıklar yaşanan bir sistem olarak kendisini gösteren Türk sağlık sistemindeki yapısal bir sorunla ilgili olmayıp, başvuranların çocuğuna uygulanan tedavideki eylem ve ihmaller sonucunda meydana gelen trajik bir olayla ilgilidir (kararın 80, 82 ve 85. paragrafları).
4. Ayrıca, hastalar için sınırlı sayıda yer olmasını, kuvözlerin sayısı ya da niteliğini veyahut başvuranların çocuğunun durumunun aciliyeti ile hastaneye yatan diğer çocukların durumu arasında mukayese yapılmamasını eleştirmeye imkân veren herhangi bir unsur görmemekteyiz. (kararın 80



- ve 81. paragrafları). Genel olarak, Sözleşme'nin 2. maddesi, devlet hastanelerinde belli bir düzeyde, belli bir derecede ya da belli bir nitelikte tedavi ve donanım gerektirdiği şeklinde yorumlanamaz. Tedavi verme kapasitesi ile tedavinin düzeyi ve donanımın niteliği, Devletlerin, aralarında ihtiyaçların öncelikliği ve sınırlı finans kaynaklarının gerçekliğinin bulunduğu çok sayıda etkeni göz önünde bulundurarak zor kararlar almaları gereken bir alandan kaynaklanmaktadır.
5. Kanımızca, somut olayda, ulusal makamların, somut olayın kendine özgü koşullarında, bireyleri suçlamak ya da haklarında soruşturma açmak için yasal dayanak bulmamış olmaları nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından bir sorunun varlığını iddia etmeye imkân verecek daha fazla yeterli unsur bulunmamaktadır (kararın 83. paragrafı). 2. maddeyle ortaya konulan usul gereklerine riayet etme, sonuç yükümlülüğü değil, vasıta yükümlülüğüdür.
  6. Bununla beraber, bizce, hiçbir şey somut olayda yürütülen soruşturmanın kapsamını eleştirmeye imkân vermemektedir. Başvuranlar, çocuklarının ölümünden sorumlu olduklarını iddia ederek, bazı kişiler hakkında suç duyurusunda bulunmuşlardır. Sonuç olarak, cezai ve idari soruşturmalar yürütülmüştür. İç hukukta yürütülen bu soruşturmalarda varılan sonuçlara dayanarak, Mahkeme, davanın olaylarını inceleyebilmiş ve Sözleşme'nin 2. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğini tespit edebilmiştir. Kanımızca, soruşturma, hastaların hastanelere kabul edilmesine ya da hastaneler arasındaki koordinasyona ilişkin ilgili kuralların işleyişinin, donanım ya da kuvöz sayısının eksikliğini açıklayan nedenleri değerlendirmesini gerektirmediği için soruşturmanın eksik ve tamamlanmamış olduğu sonucuna varmak için yeterli dayanak bulunmamaktadır (84-87. paragraflar). Bize göre, bu unsurlar, iç hukukta yürütülen soruşturmaların alanına ve konusuna girmemektedir.

