

ISSN: 1303 - 4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XIX, Sayı: 1  
Vol. XIX, No. 1  
Yıl / Year: 2022**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

*YUHFD Vol. XIX No.1 (2022)*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW**

**Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Canan Aykut Bingöl (Rektör / Rector), Yeditepe Üniversitesi adına /  
*On Behalf of Yeditepe University*

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

**Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. İrem Aksu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul

Tel.: (0216) 578 07 67

**İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

**Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center).*

**Basımcının Adı / Printed by**

Armoni Nuans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.

Yukarı Dudullu Bostancı Yolu Keyap Çarşı B-1 Blk No:24

Ümraniye / İstanbul. Tel.: (0216) 540 36 11

**Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

**Basım Tarihi / Publication Date**

Mart 2022 / *March 2022*

**ISSN: 1303 - 4650**

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) [oktayuygun@yahoo.com](mailto:oktayuygun@yahoo.com)

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Semin Töner Şen) [stonersen@gmail.com](mailto:stonersen@gmail.com)

(Onur Özcan) [onurozcan@yahoo.com](mailto:onurozcan@yahoo.com)

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi  
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos  
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2021*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz. *All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.

*For citations please use the abbreviation: “YUHFD”*

## **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFDF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

## **Yayın Kurulu**

Prof. Dr. Oktay Uygun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İİBF

## **Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Hakem Kurulu**

Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Selda Çağlar, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi  
Prof. Dr. Ömer Ekmekçi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ece Göztepe Çelebi, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Pınar Memiş Kartal, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sultan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Emrehan İnal, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Olgun Akbulut, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. E. Eylem Aksoy Retornaz, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Nur Bolayır, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Kutluhan Bozkurt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Serap Amasya, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hasan Sınar, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hacı Kara, Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Hamide Bağçeci, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Tevfik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Balca Çelener, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi R. Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Ali Hakan Evik, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Birden Güngören Bulgan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Verda Neslihan Akün, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Aysun Altunkaş, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gülay Arslan Öncü, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gözde Atasayan, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek Karademir Aydemir, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Murat Ceyhan, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi İdil Işıl Gül, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Esra Hamamcıoğlu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Ledün Akdeniz, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Berke Özenç, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Tekben, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ufuk Tekin, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Özge Yücel Dericiler, Özyeğin Üniversitesi  
Dr. Elif Başkaracaoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## ***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Ocak ve Haziran aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year in January and June.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli araştırma makaleleri, mevzuat kronikleri, karar incelemeleri ve çevirilerdir. Çeviriler de hakem değerlendirilmesine tabi tutulur. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*The articles that are published in the journal are legal articles, legislation chronicles, case notes, and translations. Translations are also subject to referee evaluation. The Articles are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



*Paper size: A4*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu (**yuhfd@yeditepe.edu.tr**) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, orcid numarasına, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s), orcid id(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They*

*should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

**10)** Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

**11)** Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

*The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*

**12)** Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayın ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara gönderilir. Bilimsel ölçütlere uymayan yazılar Yayın Kurulunca hakeme gönderilmeksizin yazarına iade edilir. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemlerden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*In the first review by the Editorial Board, the manuscripts, which are clearly determined not to comply with the publication and submission requirements, are sent to the author to make the necessary corrections before being sent to the referee. Manuscripts that do not meet the scientific criteria are returned to the author without being sent to the referee by the Editorial Board. The manuscripts found suitable by the Editorial Board are submitted for review by two referees. According to the report from the referees, it is decided to publish, correct or refuse the manuscript. The contributor(s) is immediately informed of the situation. The Editorial Board can send completed or revised text to the referee again.*

**13)** Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

**14)** Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

**15)** Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** ve Hukuk Fakültesinin web sitesine yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS) and Faculty of Law website**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

**16)** Dergi basıldıktan sonra, ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

**17)** Dergimizin Ocak sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Kasım, Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi 20 Nisandır. Bu tarihlerden sonra ulaşan yazılar bir sonraki sayı için değerlendirmeye alınacaktır.

*The last article accepted for January issue of our journal is 20 November, and the last article for June issue is 20 April. The articles that reach after these dates will be evaluated for the next issue.*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Cilt: XIX, Sayı: 1, Yıl: 2022**

**İÇİNDEKİLER**

**ARAŞTIRMA MAKALELERİ**

**YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SAĞLANMASINDA HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU İLE ANAYASA MAHKEMESİNE ÜYE SEÇİMİ ÜZERİNE**

**Prof. Dr. Fahri Bakırcı.....1**  
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi  
e-posta: *fahribakirci@gmail.com*

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BİLGİ EDİNME HAKKI - İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİNE GÜNCEL YAKLAŞIMI**

**Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge Çebi Buğdaycı.....71**  
Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Hukuk Bilimleri Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı  
e-posta: *melikeozge.cebibuğdayci@jsga.edu.tr*

**DİLENCİLİK SORUSU VE DİLENCİLİK YASAKLARINI İNSAN HAKLARIYLA ELE ALMAK: LACATUS v. İSVİÇRE KARARININ UYANDIRDIKLARI**

**Dr. Öğr. Üyesi Elif Çelik .....93**  
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı  
e-posta: *elif.celik@ogu.edu.tr*

**BİRİCİK OLMA HAKKINA İKİ İTİRAZ**

**Arş. Gör. Recep Ersel Erge .....129**  
Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
e-posta: *receperge@atauni.edu.tr*

**UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI KOLAYLAŞTIRMA SUÇU**

**Arş. Gör. Dr. Yiğit İltaş .....151**  
Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı  
e-posta: *yigitiltas@gmail.com*

## **UNUTULMA HAKKI VE CİNSEL SALDIRI FAİLLERİ**

**Arş Gör. Dr. Olcay Karacan .....191**

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**e-posta:** : *olcaykrca@yahoo.com*

## **AİHM, EĞİTİM KURUMLARINDA DİNİ SEMBOLLER BAĞLAMINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKINI NE ÖLÇÜDE TANIMAKTA VE KORUMAKTADIR?**

**Muhammet Dervis Mete .....217**

Edinburgh Üniversitesi Doktora Öğrencisi

**e-posta:** *s1958343@ed.ac.uk*

## **SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN KORUNMASI**

**Dr. Öğr. Üyesi Neslihan Özkerim Güner .....255**

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

**e-posta:** *av.neslihanozkerim@windowslive.com*

## **ÖRGÜT SUÇLARINDAN MAHKÛM OLAN ÖĞRENCİLERİN YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN ÇIKARILMASININ CEZALARIN İNFAZININ AMACI VE EĞİTİM HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

**Dr. Öğr. Üyesi Namık Kemal Topçu & Arş. Gör. Neslihan Can ....283**

Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

**e-posta:** *namikkemal.topcu@erdogan.edu.tr & neslihan.can@erdogan.edu.tr*

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

**Volume: XIX, No: 1, Year: 2022**

**CONTENTS**

**ARTICLES**

**ON THE ELECTION OF MEMBERS TO THE COUNCIL OF JUDGES AND PROSECUTORS AND THE CONSTITUTIONAL COURT IN ENSURING INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY**

**Prof. Dr. Fahri Bakırcı.....1**

TOBB ETÜ Faculty of Law

*e-mail: fahribakirci@gmail.com*

**THE CURRENT APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO INFORMATION AND FREEDOM OF EXPRESSION**

**Asst. Prof. Dr. Melike Özge Çebi Buğdaycı.....71**

Gendarmerie and Cost Guard Academy Faculty of Security Sciences Legal Sciences Administrative Law Department

*e-mail: melikeozge.cebibugdayci@jsga.edu.tr*

**TACKLING THE QUESTION OF BEGGING AND BEGGING BANS THROUGH HUMAN RIGHTS: WHAT LACATUS v. SWITZERLAND EVOKE**

**Asst. Prof. Dr. Elif Çelik .....93**

Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law General Public Law Department

*e-mail: elif.celik@ogu.edu.tr*

**TWO OBJECTIONS TO THE RIGHT TO BE UNIQUE**

**R.A. Recep Ersel Erge .....129**

Atatürk University Faculty of Law

*e-mail: receperge@atauni.edu.tr*

**THE CRIME OF FACILITATING THE USE OF NARCOTIC OR STIMULANT SUBSTANCES**

**R.A. Dr. Yiğit İltaş .....151**

Çukurova University Faculty of Law Criminal and Criminal Procedure Law Department

*e-mail: yigitiltas@gmail.com*

**RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE SEXUAL PERPETRATORS  
R.A. Dr. Olcay Karacan .....191**

Çukurova University Faculty of Law

**e-mail:** : *olcaykrcn@yahoo.com*

**TO WHAT EXTENT DOES THE ECTHR PROMOTE AND  
PROTECT THE RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION IN THE  
CONTEXT OF RELIGIOUS SYMBOLS AT EDUCATIONAL  
INSTITUTIONS?**

**Muhammet Dervis Mete .....217**

Edinburgh University Ph.D. Student

**e-mail:** *s1958343@ed.ac.uk*

**THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTIES IN ARMED  
CONFLICT**

**Asst. Prof. Dr. Neslihan Özkerim Güner .....255**

Çankırı Karatekin University Faculty of Law International Law Department

**e-mail:** *av.neslihanozkerim@windowlive.com*

**THE EVALUATION OF EXPULSION OF CONVICTED STUDENTS  
OF ORGANIZED CRIME FROM HIGHER EDUCATION  
INSTITUTION WITHIN CONTEXT OF THE PURPOSE OF  
PUNISHMENT AND RIGHT TO EDUCATION**

**Asst. Prof. Dr. Namık Kemal Topçu & R.A. Neslihan Can .....283**

Recep Tayyip Erdoğan University Faculty of Law Criminal and Criminal  
Procedure Law Department

**e-mail:** *namikkemal.topcu@erdogan.edu.tr & neslihan.can@erdogan.edu.tr*





# **\* YARGI BAĞIMSIZLIĞININ SAĞLANMASINDA HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU İLE ANAYASA MAHKEMESİNE ÜYE SEÇİMİ ÜZERİNE**

(ON THE ELECTION OF MEMBERS TO THE COUNCIL OF JUDGES AND PROSECUTORS AND THE CONSTITUTIONAL COURT IN ENSURING INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY)

**Prof. Dr. Fahri Bakırcı \* \*\***

## **ÖZ**

*Yargı bağımsızlığı ve anayasanın üstünlüğü ilkesi hukuk devletinin önkoşullarıdır. Bu koşullar yoksa devlet bir tür polis devletidir. Polis devleti bir hukuk devleti olmak yerine bir kanun devleti; anayasal devlet olmak yerine bir anayasalı devlettir. Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için mahkemelerin ve dolayısıyla mahkemelerde görev yapan hâkimlerin bağımsız olması, yani kurumsal ve kişisel bağımsızlığın sağlanmış olması zorunludur. Hâkim bağımsızlığını sağlamanın koşulu hâkim teminatıdır. Hâkim teminatını güvenceye alacak kurum, bağımsız ve tarafsız bir kurum olmak zorundadır. Bu kurumun siyasal iktidara bağımlı olması halinde, hâkimler üzerinde bir baskı oluşturması kaçınılmazdır. Baskı altındaki hâkimlerin bağımsız mahkemelerin üyesi olması mümkün değildir. Bağımsız olmayan mahkemelerin olduğu yerde hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Öte yandan anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek için bağımsız bir Anayasa Mahkemesinin varlığı gerekir. Anayasa Mahkemesi üyeleri siyasal iktidarın etkisiyle seçilirse bu durum Anayasa Mahkemesinin kuvvetler ayrılığı içinde bir karşı dengeleme gücü haline gelmesini önleyecektir. Makalede, hukuk devleti üzerinde bu kadar önemli etkisi bulunan Hâkimler ve Savcılar Kurulu ile Anayasa Mahkemesinin oluşumu üzerinde durulmakta ve bu kurumlar tarihsel bir bakış açısıyla incelenmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Yargı Bağımsızlığı, Hukuk Devleti, Hâkim Teminatı, Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Anayasa Mahkemesi*

---

<sup>#</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 05.09.2021. İlk hakem raporu tarihi: 01.11.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 22.11.2021. Onaylanma Tarihi: 15.12.2021.

\* TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4783-2336

**Esere Atıf Şekli:** Fahri Bakırcı, “Yargı Bağımsızlığının Sağlanmasında Hâkimler ve Savcılar Kurulu İle Anayasa Mahkemesine Üye Seçimi Üzerine”, YÜHFD, C.XIX 2022/1, s.1-70.

## **ABSTRACT**

*The principle of judicial independence and the supremacy of the constitution are the prerequisites for the rule of law. If these conditions do not exist, the state is a kind of police state. The police state is a state of law rather than a rule of law; it is a state with constitution rather than a constitutional state. In order to ensure the judicial independence, it is necessary that the courts and therefore the judges working in the courts be independent, that is, institutional and personal independence must be ensured. The condition of ensuring the independence of the judge is the legal guarantee of the judge. The institution that will secure the guarantee of judge must be an independent and impartial institution. If this institution is dependent on the political power, it is inevitable that it will create pressure on the judges. Judges under political pressures cannot be members of independent courts. It is not possible to talk about the rule of law where there are non-independent courts. On the other hand the existence of an independent Constitutional Court is necessary to ensure the principle of supremacy of the Constitution. If the election of the members of the Constitutional Court is carried out under the influence of the political power it will prevent the Constitutional Court from becoming a counterbalancing power in the separation of powers. The article focuses on the formation of the Council of Judges and Prosecutors and the Constitutional Court, which have such a significant impact on the rule of law, and examines these institutions from a historical perspective.*

**Keywords:** *Judicial independence, Rule of Law, Legal Guarantee of Judges, Council of Judges and Prosecutors, Constitutional Court*

\*\*\*

## **I. GİRİŞ**

1982 Anayasası, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğunu saptadıktan sonra (m. 2) çok sayıda maddesinde hukuk devletinin yaşama geçirilmesine yönelik ilke ve kurallar koymuş ve kurumlar oluşturmuştur. Doktrinde hukuk devleti, genel olarak 'ülkesinde yaşayan kişilere hukuk güvenliği sağlayan, yöneticilerin de hukuka bağlı oldukları devlet'<sup>1</sup> ya da benzer biçimde hukuki güven ortamının sağlandığı, devletin hukuka uyduğu ve bu amaçla devlet organlarının karar ve işlemlerinin yargı denetimine

---

<sup>1</sup> SABUNCU, Yavuz., **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005, s. 83.  
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

bağlı olduğu devlet<sup>2</sup> biçiminde tanımlanmaktadır. Karşıtıyla tanımlanacak olursa hukuk devleti, *polis devleti*'nin zıddıdır. Polis devleti, tam tersine, hukuka bağlı olmayan devlettir. Ancak hukuka bağlı olmayan polis devletlerinde de çeşitli kurum ve kurallar bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk devleti ile polis devletini ayıran temel ölçüt birinde kanunlar bulunması, diğerinde kanunların bulunmaması değildir. Bir devlet ne kadar baskıcı olursa olsun uyulması gereken kanunları ve anayasası olabilir. Kanun ve anayasa, polis devletini ya da baskıcı devleti *kanun devleti* ve *anayasalı devlet* yapar ancak *hukuk devleti* ve *anayasal devlet* yapmaz. Hukuk devletinin “hukuku” yetkili organlar tarafından çıkarılmış anayasa ve kanunları değil, evrensel nitelik kazanmış belli değerlere uygun olarak yapılan düzenlemelerdir. Kanunları olan devlet hukuk devleti değil ama kanun devleti; anayasası olan devlet de anayasal devlet değil ama anayasalı devlettir. Dolayısıyla hukuk devletinde kanunlar ve anayasa vardır; ancak kanunlar ve anayasa evrensel değerlere uygun oldukları ölçüde hukuk devletini ve anayasal devleti doğururlar.<sup>3</sup>

Anayasalar öngördükleri hukuk devletini yaşama geçirmek için sadece onu anmakla ve tanımlamakla yetinmezler ama aynı zamanda hukuk devletine ilişkin çok sayıda kural, ilke ve kurum öngörürler. Anayasacılık tarihimizde de anayasalarımız hukuk devletini güvenceye almak için çok sayıda kural, ilke ve kurumu düzenlemiştir. Ancak hukuk devletini sadece anayasa ve yasalardaki kural, ilke ve kurumlarla güvence altına almak mümkün değildir. Toplumsal ve siyasal yönden yaşanan olumsuz gelişmeler anayasa ve yasalarda hukuk devletini güvence altına alan kural, ilke ve kurumların zaman içinde değiştirilerek etkisizleştirilmesine yol açabilmektedir. Öte yandan bu olumsuz gelişmeler, anayasa ve yasalarda önemli değişiklikler yapılmaksızın da hukuk devletinin rafa kaldırılmasına neden olabilirler. Dolayısıyla hukuk devletinin sadece anayasa ve yasalardaki düzenlemelerle güvence altına alınması olanaklı değildir. Mümtaz Soysal anayasaların sıklıkla değiştirilmemesi gerektiğini ve en kötü anayasanın bile toplum tarafından onararak benimsenebileceğini

<sup>2</sup> TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku.**, 13. Basım, Beta, İstanbul, 2013, s. 105; ALDIKAÇTI, Orhan., **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Toker Matbaası, İstanbul, 1964; ÖZBUDUN, Ergun., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995, s. 328; ANAYURT, Ömer., **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 709;

<sup>3</sup> TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, **2013**, s. 104-105.

belirtmektedir.<sup>4</sup> Buradan yola çıkarak hukuk devletinin korunmasının aynı zamanda toplumun da görevi olduğu sonucu ortaya çıkar. Dolayısıyla hukuk devletini inşa etmenin, sürdürmenin ve güçlendirmenin kolay bir iş olmadığı kendiliğinden anlaşılır. Anayasanın hukuk devletine ilişkin kural, ilke ve kurumları benimsemiş olması yeterli değildir; bunun yanında bütün devlet organlarının da anayasanın üstünlüğü ilkesi gereğince üstlerine düşen sorumluluğu yerine getirmeleri gerekir. Bu kural, ilke ve kurumlardan bir sapma olduğunda, kuvvetler ayrılığı ilkesi gereğince kuvvetler birbirlerini frenlemeli ve dengelemelidir. Fren ve denge mekanizmaları etkin biçimde işlediklerinde, hukuk devletinin işleyişinde karşılaşılabilecek kısmi sorunlar, sistemin kendi dengeleri içinde düzeltilebilir. Ancak bu koruyucu mekanizmaların son derece hassas bir denge içinde çalıştıkları ve dengenin bozulması halinde bu mekanizmaların kendilerinin de zarar gördüğü ve hukuk devletinin özüne ciddi zararlar verdikleri görülmektedir.

Bu bağlamda hukuk devletinin korunmasında iki önemli kurum Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) ile Anayasa Mahkemesidir (AYM). HSK özetle yargı bağımsızlığının en önemli güvencelerinden biridir. Hâkimlik ve savcılık teminatını güvenceye alan HSK siyasal iktidarların etkisine girdiğinde sadece HSK siyasallaşmış olmaz, yargı teşkilatı bir bütün olarak siyasallaşma tehdidi altına girer. Çünkü böyle bir durumda siyasal iktidarcı taraflı davranması beklenen hâkim ve savcılarının, aksine bir davranış içinde olabilmeleri son derece güçtür. Kararını hukuksal kurallara göre değil, karşılaşıacağı yaptırım tehdidinde göre veren bir hâkim ya da savcının artık yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığına göre davranmadığı açıktır. Bu yüzden hâkimlik ve savcılık teminatının koruyucusu olan HSK'nın nasıl oluşturulduğu büyük önem taşımaktadır: Bağımsızlığını kaybeden bir HSK yargı bağımsızlığının ortadan kaldırılmasının doğrudan nedenidir. Bu makalede özellikle 1961 Anayasası döneminden başlanarak Kurulun nasıl bir dönüşüm geçirdiği ve bugün yapısal yönden geldiği nokta seçilme yöntemi yönünden incelenmektedir. Sonuçta, Kurulun bugünkü yapısıyla, yargı bağımsızlığını sağlama potansiyeli değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Hukuk devleti ve bu bağlamda anayasal devletin korunmasında çok önemli bir başka kurum AYM'dir. Hukuk devletlerinde siyasal iktidarların anayasal sınırlar dışına çıkma girişimlerine karşı çıkabilecek ve anayasanın üstünlüğünü güvence altına alabilecek en önemli kurum AYM'dir. Siyasallaşmış ve siyasal iktidarın etkisine giren bir AYM'nin ancak siyasal

<sup>4</sup> SOYSAL, Mümtaz., **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1986, s. 401.

iktidarın izin verdiği ölçüde anayasallık denetimi yapma ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir. Bu nedenle AYM'nin siyasal iktidarın etkisinde olmaması anayasal devletin ve hukuk devletinin en önemli güvencesidir. Makalede AYM'nin, kurulduğu 1961 Anayasası döneminden günümüze nasıl bir dönüşüm geçirdiği irdelenmeye ve bu bağlamda Mahkeme üyelerinin bir kısmının parlamento tarafından seçilmesinin hukuk devleti yönünden hangi anlama geldiği değerlendirilmeye çalışılmaktadır.

Makalede günümüzde hukuk devletinin ciddi yaralar almış olduğu ileri sürülmekte ve incelenmiş olan iki kurulun oluşturulmasında siyasal etkilere izin verilmiş olmasının bu aşınmada başrolü oynadığı iddia edilmektedir. Dolayısıyla makalenin birinci bölümünde HSK'nın oluşumu ve ikinci bölümünde AYM'nin oluşumu tarihsel bir bakış açısıyla incelenmekte ve son bölümde kurumların geçirdikleri dönüşümün hukuk devletinin geriye gidişi üzerindeki etkileri ortaya konmaya çalışılmaktadır.

## **II. HÂKİMLER VE SAVCILAR KURULU**

1982 Anayasası hâkimlerin, görevlerinde bağımsız olduklarını; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermeleri gerektiğini belirtmiştir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin doğal bir sonucu olarak hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz. Anayasa, yargı organının yasama organı tarafından tehdit edilmesini önlemek için görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağını, görüşme yapılamayacağını veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağını öngörmüştür. Bu düzenleme yasama organında, yargı organı ile ilgili ya da yargının görev alanına giren konularla ilgili düzenleme yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Sadece somut bir davanın sonucunu etkilemek için yasama organına sınırlama getirildiği anlamına gelir. Anayasa son olarak yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu; bu organlar ile idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceklerini ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceklerini öngörmüştür (m. 138). Bu hükümler hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde yargı bağımsızlığına ve yargı bağımsızlığının sağlanmasında bağımsız yargıç ve mahkemelere verilen önemi de yansıtmaktadır.

Anayasanın yargı bağımsızlığına ilişkin söz konusu hükümlerinin yaşama geçirilmesinde kilit rolü oynayan hâkimler ve savcılardır. Baki Kuru, yargı

bağımsızlığı ile hâkim ve savcılık teminatı arasındaki bağlantıyı şöyle özetlemektedir:

“Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadıkları, onlardan müstakil oldukları, bu iki organın hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği ve tavsiyelerde bulunamayacağı anlamına gelir. Hâkimlik teminatı ise, hâkimlerin bağımsızlığını korumaya hizmet eden müesseselerden sadece biri ve fakat en önemlisidir.”<sup>5</sup>

Aynı şekilde İnceoğlu da “*bir hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması için temel koşul yargının diğer erklerden, ...yasama ve yürütmeden bağımsız olmasıdır. Yargı bakımından bağımsızlık...diğer müdahalelerden hatta yargıçların kendi meslektaşlarından gelebilecek müdahalelerden de korunmasını içerir*”<sup>6</sup> diyerek hem korumanın alanını genişletmekte ve hem de hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve yargıç güvencesi arasındaki kopmaz ilişkiye dikkat çekmektedir.

Dolayısıyla yargı bağımsızlığına ilişkin madalyonun öteki yüzü *hâkimlik ve savcılık teminatıdır*. Mahkemelerin bağımsızlığı *kurumsal* bir bağımsızlık iken hâkim ve savcı güvencesi bu kurumsal bağımsızlığın altında yatan *kişisel* güvencelerdir.<sup>7</sup> Doktrinde bu bağımsızlık türleri *Objektif* ya da *Nesnel* ve *Şahsi* bağımsızlık olarak da adlandırılmaktadır.<sup>8</sup> Amaç hâkim ve savcılarının her türlü maddi ve manevi baskıdan uzak biçimde bağımsız bir yargı organının üyeleri olarak yargı bağımsızlığını sağlayacak nitelikte kararlar vermesini sağlamaktır. Bu güvenceler, hiçbir biçimde hâkim ve savcılara bu statüyü elde etme başarısı gösterdikleri için verilmiş ayrıcalıklar değildir. AYM de bir kararında “*Hâkimlik teminatı hâkimleri korumak için değil, yargı organını bağımsızlığa kavuşturmak yolu ile adaletin gerçekleşmesini sağlamak için kabul edilmiştir*” sözleriyle bu durumu onaylamıştır.<sup>9</sup>

Aslında hiçbir kamu görevi şahıslara kendi kişisel niteliklerinden dolayı ayrıcalık sağlamaz. Kamu görevlileri ancak kamu hizmetinin daha iyi biçimde yerine getirilmesini ve bu yolla kamu yararının gerçekleştirilmesini

<sup>5</sup> KURU, Baki., **Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966, s. 6.

<sup>6</sup> İNCEOĞLU, Sibel., “Yargı Bağımsızlığı için Anayasal Öneriler”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2012), s. 260.

<sup>7</sup> SABUNCU, 2005, s. 102.

<sup>8</sup> TANİLLİ, Server., **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayınları, İstanbul, 1982, s. 593; KURU, 1966, s. 29.

<sup>9</sup> 15.05.1963 tarihli ve E. 1963/125 ve K. 1963/112 sayılı Karar.

*YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

sağlamak amacıyla hizmetin gerekleriyle sınırlı ayrıcalıkla donatılırlar. Bu ayrıcalıkların kamu görevlileri tarafından kişisel menfaatleri tarafından kullanılması olanaklı değildir ve bu tür eylem ve işlemler cezai yaptırım gerektirir.<sup>10</sup> Bu durum hâkim ve savcılar için de geçerlidir: Hâkim ve savcılar hukuka göre karar verdiklerinde yargı bağımsızlığı gerçekleşmiş ve bu yolla kamu yararı somutlaşmış olur. Bağımsız bir yargı organına duyulan güven sayesinde toplumdaki bütün kişi ve kurumlar bir taraftan sahip oldukları temel hak ve özgürlükleri herhangi bir korkuya kapılmaksızın özgürce kullanırken, öte yandan hukukun dışına çıkma girişiminde bulunmazlar. Bu tür bir girişimde bulunanlar hiçbir etki altında kalmayan bağımsız yargı organı tarafından gerekli hukuksal yaptırımla karşılaşacaklarını bilirler. Bu döngü bir hukuk devletinin güvencesi olarak işler. Özetlemek gerekirse hâkim ve savcılara hukuk devletlerinde görevlerini bağımsızlık içinde yerine getirebilmelerini sağlamak için çeşitli teminatlar verilir ve bu teminatlar sayesinde kamu yararı gerçekleşir.<sup>11</sup> Hâkimler ve savcılar kararlarından dolayı sorumlu tutulmayacaklarının güvencesine sahip olmadıklarında bağımsız davranamazlar ve bu durumda yargı bağımsızlığı kâğıt üzerinde kalmak durumundadır.

Hâkimlik teminatından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde anayasalardan ve kanunlardan hareketle çeşitli ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütler şunlardır:

---

<sup>10</sup> Siyasal liberalizmin ve modern devletin kuramcılarının biri olan John Locke devletin kaynağını insanlar arasında yapılan toplum sözleşmesine dayandırdığı *Yönetim Üzerine İkinci İnceleme* adlı eserinde ‘ayrıcalık’ konusuna öneminden dolayı bir bölüm ayırmıştır. Locke şunları söylemektedir: “*Kamu yararı için Yasanın buyruğu olmaksızın ve hatta bazen Yasaya karşı biçimde takdir yetkisine göre hareket etme İktidarı, Ayrıcalık olarak adlandırılan şeydir... Bu iktidar, Topluluğun yararına ve Yönetimin amaçlarıyla Yönetime verilen güvene uygun şekilde kullanılırken kuşkusuz Ayrıcalıktır ve asla sorgulanamaz... Ancak Yürütme İktidarı ile Halk arasında bir Ayrıcalık olduğu iddia edilen şey konusunda bir soru oluşursa, bu tür bir Ayrıcalığın uygulamasının Halkın iyiliği ya da zararı yönündeki meyli bu Sorunun cevabına kolaylıkla karar verecektir*” (LOCKE, John., **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (çev. F. Bakırcı), 6. Basım, Serbest Yayınları, Ankara, 2021, 14, 160-161, s. 172-173). Ayrıcalıkların kamu yararına kullanılmaması halinde, halkın güvenine aykırı davranılmış olacağından “direnme hakkının” kullanımı bile gündeme gelebilmektedir. Son olarak burada Locke’un yargıyı yürütme erkinin bir parçası olarak gördüğünü eklemek gerekir.

<sup>11</sup> SABUNCU, 2005, s. 102-103.

### 1. Azlolunamama ya da azledilmeme

Görevin huzur ve sükûn içinde yerine getirilebilmesinin ön koşulu görevden çıkarılma korkusu içinde olmamaktır.<sup>12</sup> *Azilden masuniyet prensibi* olarak da adlandırılan bu ilkenin aşağıda incelenecek çeşitli istisnaları bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz mesleğin şeref itibarı ile bağdaşmayan çeşitli durumlarda ya da görevin yerine getirilmesinin sağlık nedeniyle imkânsız olması halinde görevden azledilmenin mümkün olması gerekir. Bu sayede güven ögesinin çok önem taşıdığı bu mesleğin kalkan olarak kullanılması engellenmiş olur<sup>13</sup>. Ancak akıldan çıkarılmaması gereken husus azledilmenin istisnai olması ve koşullar gerçekten oluşmaksızın azlin mümkün olmamasıdır. Hâkim ya da savcılar, azil ile ilgili değerlendirmelerin siyasi gerekçelerle yapıldığı algısına ulaşırlarsa, azil korkusu doğar ve yargı bağımsızlığı en hafif tabiriyle “zedelenmiş” olur.

### 2. Bakanlık emrine alınamama

*Azilden masuniyet prensibine* rağmen bakanlık emrine alınma yoluyla bu prensip işletilemez hale getirilebilir. Bir başka anlatımla “*hâkimlerin bakanlık emrine alınması, ismi değiştirilmiş bir çeşit idari azildir.*”<sup>14</sup> 04.07.1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanununda hâkimlerin “*vekâlet emrine alınama*”ması öngörülmüştür (m. 79/c). Ancak aynı kanunun bir başka maddesinde “*...şeref ve haysiyeti ve itimat ve emniyeti muhil sebeplerden dolayı inzibat meclisinin mütalesası alınarak...lüzum görüldüğü takdirde vekâlet emrine alınabilirler ve haklarında memurin kanunu, hükümlerine göre muamele olunur*” (m. 82) denmektedir. Bu hükmün hâkimlik teminatını dolaylı olarak etkisizleştirdiği ileri sürülerek kaldırılması gerektiği savunulmuştur.<sup>15</sup> Nitekim daha sonraki düzenlemelerde bu hükme yer verilmemiştir. Hâkimin bir soruşturma nedeniyle soruşturmanın selameti için işten geçici olarak el çektirilmesi olağandır. Bu bağlamda 22.04.1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununda da “*...hakkında soruşturma yapılmasına karar verilen hâkim (in)... görevinde devamının soruşturmanın selâmetine yahut yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, geçici bir tedbir olarak işten eli çektirilebil*”eceği öngörülmüştür (m. 53). Burada

<sup>12</sup> GÖZLER, Kemal., **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s. 407.

<sup>13</sup> KURU, **1966**, s. 30-31.

<sup>14</sup> KURU, **1966**, s. 31.

<sup>15</sup> KURU, **1966**, s. 31.



dikkat edilmesi gereken nokta, bakanlık emrine alınmanın bakanlık hizmetine alınmadan farklı olmasıdır.

### **3. Bakanlık hizmetlerine atanamama**

Hâkimlik teminatına zarar verecek hususlardan biri, önceki paragrafta belirtilen durumdan farklı olarak, ortada bir soruşturma da olmaksızın bakanlık hizmetine atanma durumudur. Siyasal iktidarlar, böyle bir olanak varsa kararlarından hoşlanmadıkları hâkim ve savcılar bakanlık hizmetine atayarak onları etkisizleştirebilirler. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki Adalet Bakanlığı, hizmetlerinin yürütülmesinde hâkim ve savcılarının bilgi ve deneyimine ihtiyaç duyulabilir. Bu durumlarda görevlendirilecek kişinin de rızasının olması koşuluyla bakanlığı çeşitli birimlerinde sürekli ya da geçici görevlendirme yapılması mümkündür. Anayasa'nın "*Adalet Bakanlığının merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılar ile adalet müfettişlerini ve hâkim ve savcı mesleğinden olan iç denetçileri, muvafakatlerini alarak atama yetkisi Adalet Bakanına aittir*" (m. 159/12) biçimindeki hükmü bu tür görevlendirmelere olanak tanımaktadır. 1961 Anayasasında bu tür bir hüküm bulunmamasına rağmen 45 sayılı Kanunda buna olanak tanınmıştı. Ne var ki bu kanunda sadece ilgilinin rızası yeterli olmayıp Yüksek Hâkimler Kurulu'nun da kararı gerekmekeydi(m. 94).

### **4. Emekliye sevk edilememe**

Hâkimin erken bir yaşta emekliye sevk edilebiliyor olması, azil yaşağını etkisiz hale getirir. Çünkü bu durumda görev yapması istenmeyen hâkimin bu yolla görevine son verilebilir.<sup>16</sup> Bu bağlamda 1982 Anayasası hâkim ve savcılarının "*kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılama*"yacaklarını (m. 139/1) öngördükten sonra bir başka maddesinde bu yaşı altmışbeş olarak belirlemiştir (m. 140/4).

### **5. Aylık ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmama**

Hâkimlik ve savcılık görevinin yerine getirilebilmesi için bu görevlerde bulunan kişilerin hiçbir şekilde aylık ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılmaması gerekir. Bir mahkemenin kaldırılması nedeniyle, hâkimin yapacak görevinin olmamasından dolayı aylık ve özlük haklarından yoksun bırakılması azil yaşağına aykırı olur. Çünkü aylık ve özlük hakları olmayan bir görevin yerine getirilmesi olanaksızdır ve hâkim dolaylı olarak azledilmiş olur. Bu nedenle Anayasa hâkim ve savcılarının "*...bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun...*" bırakılmasını yasaklamıştır (m. 139/1).

<sup>16</sup> GÖZLER, 2014, s. 407.

Ancak burada bir başka noktaya da dikkat çekmek gerekir. Hâkim ve savcıların, yargı bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde davranmasını güvence altına almak için, hâkim ve savcılara sadece aylık ve özlük hakkı vermek yeterli değildir; bu görevin her türlü maddi ve manevi endişeden uzak biçimde yürütülebilmesi için hâkim ve savcılara toplum içindeki konumlarıyla orantılı haklar tanımak gerekir.<sup>17</sup> Bu sorun “*vicdaniyla cüzdani arasına sıkışan hâkim*” deyiimiyle başarılı biçimde özetlenmiştir.<sup>18</sup> Buradan çıkan sonuç şudur ki hâkim ve savcılara sadece aylık ve özlük hakları garantisi vermek yetmez, onları bağımlılıktan kurtarmak için insani bir yaşam standardı sağlayacak düzeyde gelir sağlamak gerekir.

### **6. Savcılık sınıfına nakledilememe**

Bir hâkimin kararlarından memnun olmayan bir siyasal iktidarın bu hâkimi savcılığa atayarak etkisiz hale getirmesi olanaklıdır. Bu tür bir uygulama da azil ile benzer sonuç doğurabilir. Bu bağlamda 2556 sayılı Hâkimlik Kanunu “*Adliye vekili ayırma meclisinin mütaleasile bağlanmaksızın istihkak kazandıkları sınıf içinde hâkimlikten müddeiumumiliğe ve müddeiumumilikten hâkimliğe tayin edebilir...*” hükmünü içermiştir. Bu kurala dayanılarak kimi hâkimlerin rızaları alınmaksızın savcılığa nakline karar verilmiştir.<sup>19</sup> Konu daha sonra yasama yorumu için TBMM’ye intikal ettirilmiş ve 23.01.1956 tarihli ve 1954 sayılı TBMM kararıyla maddenin “tefsirine mahal olmadığı” öngörülmüştür.<sup>20</sup> Genel Kurul tarafından benimsenen komisyon yorumunda şunlar söylenmektedir:

“Bu kadar güç şartlarla karşılaşan ve onları yenebilmek için yüksek vasıflara ve bilgilere sahip olması iktiza eden hâkimin rolünü bir müddeiumumi veya müfettişin ifa edeceği vazife ile ölçmek bir kıyas maalfarikten başka bir şey değildir. Bunun içindir ki, hâkimin asıl vazifesi değiştirilirken ondan muvafakatini istihsal etmek hâkimin ruh ve zihniyetinde husule getireceği tabii olan tereddüt ve itimatsızlığa mâni olmak yönünden lâbüttür, zaruridir.”

Yorumun esası, hâkimlerin savcılardan daha nitelikli olmasına ve daha düşük nitelikli bir göreve, rıza olmaksızın nakledilmenin doğru olmayacağı anlayışına dayanmaktadır. Yorum doğru sonuca ulaşmışsa da yargı

<sup>17</sup> KURU, 1966, s. 34.

<sup>18</sup> 1998 Adli Yıl açılışında Yargıtay Başkanı Mehmet Uygun, , " *vicdaniyla cüzdani arasına sıkışan hâkim kararının tam ve sağlıklı olacağını düşünmek, insan aklına ters düşer*" diyerek soruna dikkat çekmiş ve daha sonraki yıllarda önemli iyileştirmeler yapılmıştır.

<sup>19</sup> KURU, 1966, s. 39.

<sup>20</sup> Resmi Gazete, 01.02.1956, s. 9222.

bağımsızlığıyla bağı kuramadığından sorunludur. 1962 yılında çıkarılan 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu'nda “*Bir kimsenin hâkimlik görevinden savcılık görevine geçmesi, kendi isteği ve Yüksek Hâkimler Kurulunun muvafakati üzerine Adalet Bakanının kabulü...*” (m. 92) koşullarına bağlanmışsa da bir başka maddede “*Hâkimlik mesleğinde bulunan bir kimsenin savcılık mesleğinde... hizmet icaplarına göre daha ziyade muvaffak olacağı anlaşılırsa, bu kanun hükümlerine göre yetkili merciler tarafından diğer meslek içinde sınıf ve derecesine eşit bir göreve rızasına bakılmaksızın atanması yapılabilir*” (m. 93) hükmüyle 92. maddedeki hüküm etkisizleştirilmiştir. Konu AYM'ye götürülmüş ve iptal ettirilmiştir. Mahkeme, kararında<sup>21</sup> şunları söylemektedir:

“Bir taraftan idarenin arzusu, diğer taraftan Yüksek Hâkimler Kurulunun iradesiyle mesleğini kaybedebileceği endişesine kapılacak bir hâkim, görevini adalet icaplarına uygun şekilde yapmakta müşkülâta düşebilir, bağımsızlığını kaybedebilir. Sadece bir hâkimin bu duruma düşebilmesi ihtimali dahi, Anayasa'nın 133 üncü maddesiyle kabul edilen hâkimlik teminatının ve 7 nci maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı esasının zedelenmesine yeterlidir...Yüksek Hâkimler Kurulu Kanununun 92 nci maddesinde bir meslekten diğer mesleğe ve 94 üncü maddesinde her iki meslekten Bakanlık hizmetlerine geçişte ilgilinin isteği şart koşulmuşken 93 üncü maddede bu esastan uzaklaşılması makul bir sebeple izah edilemez.”

Yargı bağımsızlığını dayanak yapan bu karar soruna tefsir kararından daha doğru bir yerden bakmış ve sözü edilen 93. maddeyi iptal etmiştir. Tefsir kararı, soruna, kişilerin kazanılmış hakları açısından bakarken, AYM kararı yargı bağımsızlığının korunması yönünden bakmıştır.

1982 Anayasası hâkimler için bu tür bir teminat öngörmemiş ve 24.02.1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu bu tür nakilleri olanaklı kılan bir düzenleme yapmıştır.<sup>22</sup> Düzenlemede “*Hizmetin gereklerine, teşkilatın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre, adli yargıda görevli hakimler(in), adli yargıda savcılık ..idari yargıda görevli hakimler(in), idari yargıda savcılık ; idari yargıda görevli savcılar, idari yargıda hakimlik görevlerine, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca nakledilebil*”ecekleri öngörülmüştür. (m. 36) Dolayısıyla günümüzde savcılığa nakledilememe biçimindeki teminatın geçerli olmadığı söylenebilir.

<sup>21</sup> 15.05.1963 tarihli ve E. 1963/125 ve K. 1963/112 sayılı Karar.

<sup>22</sup> GÖZLER, 2014, s. 408.

### 7. Yerlerinin değiştirilememesi teminatı ya da coğrafi teminat

Coğrafi teminat ya da yer bakımından teminat ya da yer teminatı olarak adlandırılan bu teminat hâkimin, terfi suretiyle bile olsa kendi rızası hilafına görev yerinin değiştirilememesini ifade etmektedir. Coğrafya, toplumsal şartlar, yaşam olanakları, eğitim, gelişmişlik düzeyi, iklim gibi yönlerden çok keskin biçimde ayrılıklara sahip olan ülkemizde bu teminat son derece önemlidir. Kuru bu öneminden dolayı konu üzerindeki tartışmaların 1960'lı yıllarda üç seneden fazla gecikmiş olduğu saptamasını yapmaktadır.<sup>23</sup>

Coğrafi teminat 1934 yılında çıkarılan 2556 sayılı Kanunda şu cümleyle ihdas edilmiştir: “Hâkimlik teminatını kazananlar... Muvafakatleri olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez” (m. 79/2-B). Aynı kanunda bu hükmü zayıflatan hükümler bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin ülkemizde coğrafi teminatla ilgili tek düzenleme olduğu hatırlatılırsa önemi anlaşılabilir. Gerçekten de bundan sonraki 1961 ve 1982 Anayasalarında olduğu gibi hâkimlerle ilgili kanunlarda da bu konuda bir hükme yer verilmemiştir. Bu teminatın 1972 yılından sonra ülkemizde mevcut olmadığı ifade edilmektedir.<sup>24</sup>

Kuru tarafından 1960'lı yıllarda Hâkimler ve Savcılar Kanun Tasarısı üzerine yapılan incelemede coğrafi teminat konusunda lehte ve aleyhte ileri sürülen görüşler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.<sup>25</sup> Bu görüşler şöyle özetlenebilir. Coğrafi teminatın aleyhinde olanlar, ülkenin değişik bölgelerinin olanaklarının çok farklı olduğunu ve gelişmiş bölgelerde görev yapan hâkimlerin görev yerlerini değiştirmek istememesi halinde buralarda boşalma olmayacağını; bu durumda da az gelişmiş bölgelerde yaşayan hâkimlerin yaşamlarını bu bölgelerde geçirmek zorunda kalarak mağdur olacaklarını ileri sürmektedirler. Bu durum adalet ilkesinin daha başlangıçta ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Teminatın lehinde olanlar ise hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesine olanak tanınması halinde bunun siyasi bir baskıya dönüşebileceğini ve yargı bağımsızlığını zedeleyebileceğini ileri sürmektedirler. Halk arasında da yerleşmiş deyimle “sürgün yeme” ya da “sürgün olma” biçimindeki yer değiştirmeler hâkimleri baskı altında tutarak belirli siyasal tercihler doğrultusunda karar vermeye zorlayabilmektedir.<sup>26</sup> Bu tartışmada adaletin sağlanmasıyla görevli olan

<sup>23</sup> KURU, 1966, s. 40.

<sup>24</sup> GÖZLER, 2014, s. 408.

<sup>25</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz: KURU, 1966, s. 40-58. Kuru, yaklaşık 80 sayfalık kitabının 18 sayfasını bu konunun tartışılmasına ayırmıştır. Bu da konunun önemine vurgu yapan önemli bir göstergedir.

<sup>26</sup> ANAYURT, 2018, s. 624.

hâkimlerin kendi aralarında bir adalet sağlanması için görev yerlerinin değiştirilmesi gerektiğini kabul etmek ve yargıçların siyasi baskılar altında kalmalarını önlemek için kendileri istemedikçe görev yerlerinin değiştirilmemesi gerektiğini savunmak gerekir. Bu iki zıt amacın başarılabilmesi için, görev yeri değişikliklerinin belirli sürelerle bağlanarak bağımsız ve tarafsız bir kurul tarafından yapılması gerekir. Karar veren kurulun yargı işlevinin yerine en uygun şekilde yerine getirilmesini sağlamak yerine siyasi saiklerle kararlar vermesi halinde, coğrafi teminatın önemi artacaktır. Bir başka anlatımla coğrafi teminatın gerekli olup olmaması, hâkimlerin görev yerlerinin değiştirilmesinde nesnel kriterlerin bulunup bulunmadığına ve bu kriterleri değerlendiren kurulun bağımsız olup olmamasına bağlı olarak değişecektir.<sup>27</sup>



Şekil 1. Hâkimlik Teminatının Gerekleri

Bu bağlamda 1982 Anayasası, hâkimler ve savcılarının adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını görev yapacaklarını ve bu görevlerin meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütüleceğini belirttiikten sonra hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edeceklerini öngörmüş (m. 140) ve ayrı bir maddesinde “hâkimlik ve savcılık teminatı”nı özel olarak düzenlemiştir (m. 139). Anayasa bu düzenlemesinde hâkimler ve savcılarının azlolunamayacaklarını, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacaklarını; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamayacaklarını öngörmüştür.

<sup>27</sup> YAVUZ, Bülent., **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 286.



Şekil 2. 1982 Anayasasında Hâkim ve Savcılık Teminatı

1982 Anayasasında yer alan bu ilkeler doktrinde tartışılmakta olan teminatlarla karşılaştırıldığında bakanlık emrine alınamama teminatı ile bakanlık hizmetine alınamama teminatlarını da kapsadıkları ancak savcılığa nakledilme teminatı ile coğrafi teminatını içermedikleri görülmektedir.

Anayasada hâkimlik ve savcılık teminatına ilişkin bu düzenlemeler yargı bağımsızlığını sağlamada çok önemli olmakla birlikte bunların kişisel ayrıcalığa dönüşmemesi gerekmektedir. Bu nedenledir ki Anayasa bu teminatların kişisel ayrıcalığa dönüşmesini ve bu ayrıcalığın görevle ilgili olmayan biçimde kullanılmasını önlemek için çeşitli istisnalar öngörmüştür. Anayasa bu konuda üç istisna getirmiştir (m. 139):

1. Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olmak,
2. Görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceği kesin olarak anlaşılmış olmak,
3. Meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilmiş olmak.

Buradaki ilk iki ölçütün nesnel olduğunu kabul etmek gerekir. Bir hâkim ve savcı da pekâlâ suç işleyebilir ve suçluluğun saptanabilmesi için yargı organları önünde yargılanabilir. Suçluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen bir hâkim ve savcının, işlediği suçun, meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suç olması halinde hâkimlik ve savcılık teminatının kalkması doğaldır. Aynı şekilde görevini sağlık koşulları bakımından yerine getiremeyeceği anlaşılanların da bu teminatın dışında bırakılmaları olağandır; çünkü

hâkimlik ve savcılık teminatı bu görevin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Bu ilk iki ölçütü ilgili olarak şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki her iki durumda da ortada bir kurul kararı vardır. Birincisinde bir mahkeme kurulunun kararı, ikincisinde bir sağlık kurulunun kararı gereklidir.

Ancak üçüncü ölçüt belirli yönleriyle ilk iki ölçütten ayrılmaktadır ve bu nedenle yargı bağımsızlığını zedeleme tehlikesi taşımaktadır. Bu konuda yetkili kılınmış kurul, ilk iki kuruldan farklı olarak özel olarak görevlendirilmiş HSK'dır. Kurulun meslekte kalmanın uygun olmadığına karar verirken nesnel olması, yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesi yönünden yaşamsal önemdedir. Kurulun nesnel kararlar yerine sübjektif kararlar vermeye başlaması, hâkim ve savcılar üzerinde ciddi bir siyasal baskı oluşmasına neden olabilir. Bu yüzden kurulun oluşumunun siyasal etkilerden arındırılması, hukuk devleti ilkesiyle doğrudan yakın ilişki içindedir.

Öte yandan, Anayasa'ya göre, HSK sadece hâkim ve savcılarının görevden alınmalarına ilişkin kararlar vermemekte ama aynı zamanda hâkim ve savcılarının mesleğe kabulü, atanmaları, geçici yetkilendirilmeleri, disiplin cezasına çarptırılmaları, görevden uzaklaştırmaları, yükseltilmeleri, yer değiştirmeleri ve diğer özlük haklarına ilişkin konularda da tek belirleyici olmaktadır (m. 140). Dolayısıyla HSK'nın belirli bir siyasal yapının etkisiyle oluşturulması, yargı organının bir bütün olarak belirli siyasal güçlerin etkisi altına girmesine neden olabilir. Çünkü hâkim ve savcılarının mesleğe kabul edilmelerinden, yükselmelerine; disiplin soruşturması sonunda cezalandırmalarından meslekten ihracına kadar bütün işlemlerini HSK yürütmektedir. Dolayısıyla bir siyasal iktidarın, hukuki denetimden kaçınmak ve kuvvetler ayrılığını ortadan kaldırarak yargı organını etkisi altına alma istemesi halinde ele geçirmek isteyeceği ilk hedef HSK'dır.

Bu bağlamda Kurulun bugünkü durumunda hukuk devletini koruma potansiyeli hakkında bir değerlendirme yapabilmek için kurulun oluşumuna ilişkin tarihsel bir analiz yapmak gerekir.

#### **A. 1924 Anayasası Dönemi**

1924 Anayasası yargı organı ile ilgili son derece yüzeysel düzenlemeler yapmış ve ayrıntıdan kaçınmıştır. 'Yargı Erki' başlıklı dördüncü bölümde sadece 8 maddeye (m. 53-60) yer verilmiştir. Benzer bir yaklaşımı temel hak ve özgürlükler konusunda da görmek olanaklıdır ve doktrinde bu tür bir yaklaşımın nedeni olarak "TBMM'nin ulusun tek ve gerçek temsilcisi olduğu bir düzende, bu hakların ulus temsilcileri tarafından yasa yoluyla yeterince

*korunacağıının varsayılmış olması*” gösterilmiştir.<sup>28</sup> Muhtemelen aynı gerekçeyle yargıyla ilgili düzenlemelerin yapılması için çoğunlukla TBMM görevlendirilmiştir. Anayasa AYM ve HSK gibi kurumlara yer vermemiş, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkilerinin kanunla gösterileceği (m. 53); hâkimlerin kanunda gösterilen usuller ve haller dışında görevlerinden azledilemeyecekleri (m. 55); hâkimlerin nitelikleri, hakları, görevleri, aylık ve ödenekleri, nasıl tâyin olunacakları ve görevlerinden nasıl çıkarılacaklarının özel kanunla gösterileceği (m. 56); hâkimlerin kanunla gösterilenlerden başka genel veya özel hiçbir görev alamayacakları; hâkimlerin, bütün dâvaların görülmesinde ve hükmünde bağımsız oldukları ve bu işlerine hiçbir türlü karışılmayacağı ancak kanun hükmüne bağlı oldukları (m. 54) öngörülmüştür.

Anayasa, hâkimlerin bağımsızlığı ilkesini benimsemiş olmakla birlikte bunu sağlayacak güvenceleri düzenlememiş<sup>29</sup> ve bu tür düzenlemelerin yapılmasını kanuna bırakmıştır. Dolayısıyla bu dönemde hâkim teminatı ile ilgili olarak ilgili kanunlara bakmak gerekmektedir. Bu dönemde bu konudaki temel kanun 04.07.1934 tarihli ve 2556 sayılı Hâkimler Kanunudur. Kanunda hâkimlerin emekliliklerine ilişkin özel bir düzenleme yer almamakta ve bunların “1683 sayılı askerî ve mülkî tekaüt kanunu hükümleri”ne tabi oldukları öngörülmektedir (m. 69). Yukarıda tartışıldığı gibi bu dönemde hâkimlerin Cumhuriyet savcısı olarak görevlendirilmesi konusunda, 1956 yılında TBMM tarafından yorum yapıncaya kadar, hâkimlerin rızası aranmamış ve ancak sözkonusu yorumdan sonra rıza aranmaya başlanmıştır (m. 62). Kanunda “*hâkimlik teminatı*” başlıklı “*dördüncü bab*” bu konuya ayrılmıştır. Dikkat çekici nokta hâkimlik teminatının kazanılması için “*üçüncü sınıf hâkimliğin 7 nci derecesine geçmiş*” olmanın zorunlu kılınmış olmasıdır. Bu kişilerle ilgili olarak şu teminatlar getirilmiştir:

A - Bir mahkemenin ilgası veya kadrosunun tenkisi sebeplerine müstenit olsa bile maaşlarından mahrum edilemez.

B - Muvafakatleri olmaksızın terfi suretile dahi olsa mevki ve memuriyetleri değiştirilemez.

C - Vekâlet emrine alınamaz.

D - 1683 sayılı kanunun hükümleri dışında tekaüde sevkolunamaz” (m. 79).

<sup>28</sup> EROĞUL, Cem., **Anatüzeeye Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, 7. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2004, s. 259.

<sup>29</sup> GÖZLER, 2014, s. 32.



Dolayısıyla Anayasa’da öngörülmemiş olmasına rağmen kanunda önemli teminatlar bulunduğu söylenebilir. Hatta coğrafi teminat yönünden, kanunun daha sonraki düzenlemelerden daha ileri noktada olduğu söylenebilir. Ancak bu teminattan sadece belli bir düzeyde olan hâkimlerin yararlandırılması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilebilir.

Bu dönemde bir HSK bulunmamasına rağmen “İkinci bab”ın “dördüncü fasıl”ında” (m. 50-55) bir “Ayrırma Meclisi” bulunmaktadır. Meclisin oluşumuna ilişkin düzenleme şöyledir:

“Ayrırma meclisi umumî heyeti, Temyiz mahkemesi birinci reisinin reisliği altında başmüddeiumumî ile Adliye vekilince bir sene müddetle seçilen dört temyiz azasından ve Teftiş heyeti reisi ile hukuk, ceza ve zat işleri umum müdürlerinden teşekkül eder. Bunlardan başka icabında heyet noksanını tamamlamak üzere birinci sınıf hâkimlerden üç ihtiyat aza intihap olunur.

Temyiz azalarından müddetlerini dolduranların bir sene geçmedikçe yeniden seçilmesi caiz değildir.

Ayrırma meclisinin bir umumî kâtibi ve bir de muavini vardır. Bunlar Adliye vekilince tayin olunur” (m. 50).

Ayrırma Meclisi, hâkim ve savcılarının özlük hakları ile ilgili kararların alınmasında Adalet Bakanlığına yardımcı olan karma bir yapıdır. Kurulun üyeleri, temyiz mahkemesi başkan ve üyeleri ile çeşitli genel müdürlerdir. Ancak temyiz mahkemesinden gelecek üyeler Adalet Bakanı tarafından belirlenmektedir. Kurulun diğer üyelerinin bakanlık görevlisi oldukları dikkate alındığında, Adalet Bakanının hâkim olduğu bir yapı karşısında olduğumuz anlaşılır. Ancak söz konusu ayrırma Meclisinin, aynı konularda işler yapması nedeniyle daha sonraki HSK benzeri kurulların nüvesini teşkil ettiği söylenebilir. Ancak buradaki amaç günümüz HSK’sının oluşumunun hâkim teminatı ve yargı bağımsızlığı üzerindeki etkisini değerlendirmek olduğundan Adalet Bakanlığına yardımcı olmak üzere oluşturulan *Ayrırma Meclisi* üzerinde fazlaca durulmayacaktır.

### **B. 1961 Anayasası dönemi**

1961 Anayasası “Yüksek Hâkimler Kurulu”nu (YHK) düzenleyerek yargıç güvencesi açısından tarihi bir adım atmıştır. Düzenlemeyle adli yargıçların özlük işleri Adalet Bakanlığından alınarak bu kurula verilmiştir. Kurulun yapısı ve oluşumu şöyledir:

“Yüksek Hâkimler Kurulu, onsekiz asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Bu üyelerden altısı Yargıtay genel kurulunca, altısı birinci sınıfa ayrılmış hâkimlerce ve kendi aralarından gizli oyla seçilir. Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu, yüksek mahkemelerde hâkimlik etmiş veya bunlara

üye olma şartlarını kazanmış kimseler arasından gizli oyla ve üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile üçer üye seçerler. Bu usûlle Yargıtay Genel Kurulunca iki birinci sınıfa ayrılmış hâkimler ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu tarafından birer yedek üye seçilir...Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Her iki yılda yarısının seçimi yenilenir. Hâkimlik görevinde iken seçilmiş olan üyeler ardı ardına iki defa seçilemez....Adâlet Bakanı, Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına katılabilir; oylamaya katılamaz” (m. 143).

Maddeye göre üye dağılımı şu şekilde gösterilebilir:

Yargıtay Genel Kurulu tarafından	Birinci sınıfa ayrılmış hâkimler tarafından	Millet Meclisi tarafından	Cumhuriyet Senatosu tarafından
<ul style="list-style-type: none"> <li>• 6 Asıl</li> <li>• 2 Yedek</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 6 Asıl</li> <li>• 1 Yedek</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 3 Asıl</li> <li>• 1 Yedek</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• 3 Asıl,</li> <li>• 1 Yedek</li> </ul>

Şekil 3. 1961 Anayasasında YHK'nın Yapısı

Düzenlemede *ilk* dikkat çekici husus, toplam onsekiz üyenin çoğunluğu oluşturan 12'sinin Yargıtay genel kurulu ile hâkimlerin kendileri tarafından, kendi aralarından seçilmesidir. Böylece hâkimlerin özlük hakları ve hâkimlik teminatı ile ilgilenecek kurulun çoğunluğunun hâkimler tarafından ve hâkimler içinden oluşturulması öngörülmüştür. *İkinci olarak* kurula Danıştay genel kurulu tarafından üye seçimi öngörülmemiştir. *Üçüncü olarak* kurula demokratik bir nitelik kazandırmak için Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisine yüksek mahkemelerde hâkimlik yapmış ya da hâkimlik yapma hakkını kazanmış olanlar arasından üçer üye seçme hakkı tanınmış ancak buradaki seçimde, yasama organı üyelerinin vicdanlarına göre karar vermelerini güvence altına almak için gizli oylama esası getirilmiştir. *Dördüncü olarak* seçilecek kişiler üzerinde bir uzlaşmaya varılması zorunlu görülmüş ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verme şart koşulmuştur. *Beşinci olarak* adalet teşkilatının başındaki Adalet Bakanının kuruldaki gelişmeler hakkında bilgilenebilmesi için toplantılara katılmasına izin verilmiş ancak oy kullanmasına; bir başka anlatımla üyelik yapmasına izin verilmemiştir. *Son olarak* savcılar maddenin kapsamı dışında tutulmuş ve

onlar için ayrı bir düzenleme yapılmıştır.<sup>30</sup> Vurgulamak gerekir ki YHK bu haliyle, daha çok yargı mensupları tarafından ve yargı mensuplarının üye seçilmesiyle oluşturulan; yasama organının her bir kanadının üzerinde uzlaşarak sınırlı sayıda üye seçtiği ve bu nedenle de hâkimlik teminatını sağlayarak yargı bağımsızlığına katkıda bulunma potansiyeli olan bir kuruldur.

### C. 1971 Anayasa Değişikliği Dönemi

1961 Anayasası döneminde yargı bağımsızlığını sağlama potansiyeli olan bir Kurul oluşturulmasına rağmen söz konusu dönemde YHK'nın yapısı doktrinde eleştirilmiş ve 1971 Anayasa değişikliğinde bu eleştiriler tümüyle dikkate alınarak çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. 1971 değişikliğine geçmeden önce doktrinde ileri sürülen eleştirileri aktarmak yararlı olabilir. Doktrinde ilk olarak, “*yasama meclislerine Yüksek Hâkimler Kuruluna üye seçme yetkisi verilmesi(nin) isabetli olma*”dığı ileri sürülmüştür. Yasama organı üyelerinin seçecekleri kişileri teker teker tanıma olanaklarının olmaması; yasama organındaki üye seçimlerinin gecikmesi; yasama organı tarafından seçilecek üyelerin siyasal partilerden destek arayacakları ve bunun da siyasal iktidarlar lehine işleyen bir Kurula yol açması<sup>31</sup>; yasama

<sup>30</sup> 1961 Anayasasındaki ilk düzenleme şöyleydi: “*Kanun, Cumhuriyet savcılarının ve Kanun sözcülerinin özlük işlerinde ve görevlerini yapmalarında teminat sağlayıcı hükümler koyar*”(m. 137). Bu hüküm doğrultusunda 22/04/1962 tarihli ve 45 sayılı Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunuyla “Yüksek Savcılar Kurulu” kurulmuştur (ÇELİK, 2018, 1059). 1971 değişikliğiyle ise Kurula anayasal dayanak kazandırılmıştır: “*Yüksek Savcılar Kurulu, Adâlet Bakanının başkanlığında Cumhuriyet Başsavcısı, Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kurulunca seçilen üç asil ve iki yedek üye ile Adâlet Bakanlığı Müsteşarı ve Özlük İşleri Genel Müdüründen kuruludur. Adâlet Bakanı bulunmadığı zaman Kurula Cumhuriyet Başsavcısı Başkanlık eder* (m. 137/3).” Kurul her ne kadar Yüksek Hâkimler Kurulundan farklı olarak yürütme organı temsilcilerinin de üye olduğu bir kurul olarak düzenlenmişse de Yargıtay Ceza Daireleri Genel Kuruluna üye seçme hakkı verilerek karma bir yapı oluşturulmuştur. Kurulun yapısının 1924 Anayasasındaki Ayırma Meclisini andığı görülmektedir.

<sup>31</sup> Sorun şu sözlerle ifade edilmiştir: “*yasama meclisleri üyelerinin, adayları teker teker tanımalarına imkân yoktur. Bundan dolayı Kurul üyeliğine seçilmek isteyenlerin zaruri olarak bir siyasi partinin desteğini araması ve bu hususta çalışması gerekecektir. Bu ise hâkimliğin zaruri vasfı olan bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmaz bir durumdur. ...meclisler...tarafından seçilen üyelerin ...herhangi bir siyasi partiye fikren mütemayil olmaları tabiidir. Başlı başına hükümet kuracak nispette ...çoğunluk sağlayan ve iktidara sahip olan siyasi partinin ...seçilecek üyelerin tamamını kendi temayülünden olan kimselerden seçmesi kabul olduğu gibi, bu üyeler vasıtasıyla YHK'nın kendi iktidarları veya mensupları lehine işlemesine müessir olması da mümkündür*” (KURU, 1966, 20). HSK'nın bugünkü sorunlarına aşına olan bir okuyucunun, bu sözleri duyduğunda geçmişten neden ders alınmadığı konusunda hayıflanması muhtemelen kaçınılmazdır.

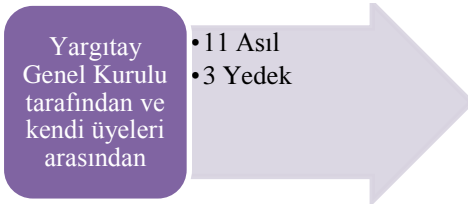
organı tarafından hâkim olmayan üyelerin de seçilme şansının bulunduğu ve hâkim teminatına sahip olmayan bu kimselerin hâkimler hakkında karar vermesinin sakıncalı olması bu isabetsizliğin nedeni olarak açıklanmıştır.<sup>32</sup>

*İkinci olarak* birinci sınıfa mensup hâkimler tarafından ve birinci sınıfa mensup hâkimler arasından seçim yapılması eleştirilmiştir. Gerekçe olarak birinci sınıf hâkimler ile diğer sınıflardaki hâkimler arasında ayırım yapmayı gerektirecek haklı bir neden bulunmaması gösterilmiştir.<sup>33</sup>

*Üçüncü olarak* Kurula seçilen üyelerin görev süresinin dört yılla sınırlı olması ve iki kez seçilememe kuralının sakıncalı olduğu ileri sürülmüştür. Kurulda hâkimlik teminatı bulunmayan üyelerin varlığının ve deneyimli üyelerin yeniden seçilememesinin bir araya gelmesiyle Kurulun hafızasının kaybolabileceği ileri sürülmüştür. Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için bir Anayasa değişikliğinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir.<sup>34</sup>

Doktrindeki bu görüşler TBMM’de yansıma bulmuş 1971 Anayasa değişikliğiyle, Anayasa hükümleri, bu görüşlerin tümünün gereğini yerine getirecek biçimde değiştirilmiştir. 1971 Anayasa değişikliğiyle getirilen düzenleme şöyledir:

“Yüksek Hâkimler Kurulu, onbir asıl ve üç yedek üyeden kuruludur. Üyeler, Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla seçilir...Yüksek Hâkimler Kurulu üyelerinin görev süresi dört yıldır. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler....Adâlet Bakanı, gerekli gördüğü hallerde Yüksek Hâkimler Kurulu toplantılarına başkanlık eder” (m. 143)



Şekil 4. 1971 Anayasa Değişikliğinden sonra YHK’nın Yapısı

Anayasa değişikliğiyle *ilk olarak* Kurulun üye sayısı 18’den 11’e, yani %50’den fazla azaltılmıştır. *İkinci olarak* Kurula yasama organları tarafından üye seçilmesi uygulamasına son verilmiştir. *Üçüncü olarak* Kurula birinci sınıf hâkimler tarafından seçim yapılmasından vazgeçilmiştir.

<sup>32</sup> KURU, 1966, s. 20-21.

<sup>33</sup> KURU, 1966, s. 23.

<sup>34</sup> KURU, 1966, s. 25-26.

*Dördüncü* olarak seçimin birinci sınıf hâkimler arasından yapılmasına gerek görülmemiştir. *Beşinci* olarak süresi dolan üyelerin yeniden seçilmesi olanaklı kılınmıştır. *Altıncı* olarak toplantıya katılma hakkı olan bakana getirilmiş olan oy kullanma yasağı kaldırılmıştır.

Anayasa değişiklik teklifinin gerekçesine bakıldığında yasama meclislerinden ve birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından üye seçilmesi yönteminden “uygulamada görülen aksamalar ve sakıncalar” nedeniyle vazgeçildiği belirtilmiştir. Kurulun üye sayısının azaltılmasının gerekçesi olarak ise Kurul bünyesinde “Müfettiş Hâkimlik” kurumunun ihdas edilmesi gösterilmiştir. Adalet Bakanına oy hakkı verilmesinin gerekçesi olarak oy kullanmanın toplantıya katılmanın doğal sonucu olması gösterilmiştir.

Doktrindeki görüşlerin etkisiyle gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle Kurulun tam bağımsızlığa kavuşacağı ve böylece hâkimlerin bağımsızlığının etkili biçimde garanti altına alınmış olacağı düşünüldüğü<sup>35</sup> yüksek ihtimaldir. Özbudun 1971’de getirilen bu sistemin hem faydalı, hem de sakıncalı yönlerinin olduğunu belirtmektedir. Bu tür bir sistemin faydalı yönü, hâkimlerin yasama ve yürütme organları karşısındaki bağımsızlığını en üst noktaya çıkarmasıdır. Özbudun’a göre bu sistemin sakıncalı yönü ise hâkimlerin, hâkimler tarafından seçilmesi ve bütün özlük işlerinin hâkimler tarafından yürütülmesi nedeniyle bir tür kast sisteminin oluşmasıdır. Kooptasyon modeli olarak adlandırılabilir bu modelde kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisinin oluşumu ve yargı organlarının toplumdaki değişimlere duyarsız kalması söz konusudur. Özbudun bu kurulun milli iradeye dayanmaması nedeniyle milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşüp düşmediğinin de tartışma konusu olduğunu bildirmektedir. Özbudun bu yargısını desteklemek için çeşitli örnekler vermektedir.<sup>36</sup> Bu örnekler çalışmanın sonuç bölümünde özetlenecektir. Ancak burada, halk tarafından ya da Meclis tarafından seçilmemiş bu kurulun “milli iradeye dayanmadığı” “milli egemenlik ve demokrasi ilkelerine uygun düşmediği” biçimindeki yargıların siyasal teoriyle bağdaşmadığını belirtmek gerekir. Nitekim Anayasa, egemenliğin Meclise değil millete ait olduğunu ve milletin de egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları aracılığıyla kullandığını öngörmüştür. Hem Meclis, hem de yargı organları Anayasa tarafından tanımlanan egemenlik yetkisini kullanırlar ve her ikisinin milli iradeyle ilişkisi aynı mesafededir. Seçilmiş organların milli iradeye dayandığı ve atanmışların milli iradeyle

<sup>35</sup> ÖZBUDUN, 1995, s. 334.

<sup>36</sup> ÖZBUDUN, 1995, s. 335-336.

bağının olmadığı iddiası kabul edilebilir bir iddia değildir. Bu tartışmayı şimdilik burada keserek, 1971 yılında getirilen sistemin saf anlamda hâkimlerin “hâkim” olduğu bir YHK öngördüğü söylenebilir. Bu dönemde Yüksek Savcılar Kuruluna anayasal dayanak kazandırılmışsa da henüz iki kurul tek çatı altında birleştirilmemiştir.

#### **D. 1982 Anayasası Dönemi**

12 Eylül 1980 Darbesinden sonra hâkimler ve savcılarla ilgili iki kurul önce MGK tarafından çıkarılan 13/05/1981 tarihli ve 2461 sayılı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu”yla birleştirilmiş ve daha sonra 2461 sayılı Kanunla oluşturulan bu yapı, özü korunarak Anayasaya aktarılmıştır.<sup>37</sup> 1982 Anayasası’nın özgün halindeki düzenleme şöyledir:

“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yapar./ Kurulun Başkanı, Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabî üyesidir. Kurulun üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay Genel Kurulunun, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından, her üyelik için gösterecekleri üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilirler....” (m. 159).

1982 Anayasasının özgün halindeki düzenlemede *ilk olarak* kurulun adı “Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu” (HSYK) olarak değiştirilmiştir. *İkinci olarak* ad değişikliğine koşut olarak savcılar da düzenlemenin kapsamına alınmıştır. Farklı meslekler olan hâkimlik ve savcılık mesleklerinin tek çatı altında birleştirilmesi bundan sonraki dönemde temel eleştiri konularından biri olmuştur. Bu tür bir birleştirmenin yargıç güvencesi ve bağımsızlığı yönünden sakıncalar yaratacağı ileri sürülmüştür.<sup>38</sup> *Üçüncü olarak* kurulun üye sayısı 7’ye düşürülmüştür. Bu sayı 1961’de 18, 1971’de 11’dir. Dolayısıyla üye sayısı 1961’deki sayının 1/3’üne, 1971’deki sayının yarısına yakındır. *Dördüncü olarak* sadece adli yargıdaki hâkim ve savcılar değil idari yargıdaki hâkim ve savcılar da Kurulun yetki alanına sokulmuştur. *Beşinci olarak* idari yargı hâkim ve savcılarının da kapsama alınmasının doğal bir sonucu olarak Danıştay genel kuruluna da üye seçme hakkı verilmiştir. *Altıncı olarak* Adalet Bakanı ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun doğal üyesi haline getirilmiştir. Adalet Bakanının Kurul toplantılarına katılması ve hatta kurula başkanlık etmesi olağan karşılanabilir. Çünkü adalet hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu bu kişilerin yargı organı mensuplarıyla ilgili sorunların görüşüldüğü

<sup>37</sup> ÇELİK, 2018, 1060.

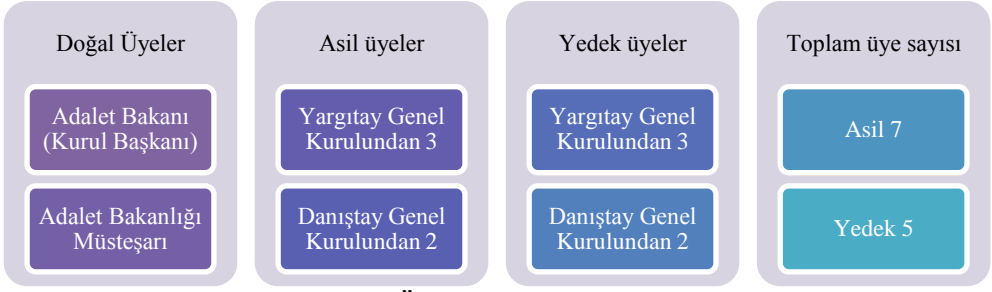
<sup>38</sup> ÇELİK, 2018, 1060.

Kuruldaki müzakerelerden haberdar olması, alınacak önlemlerin isabetli olmasını kolaylaştırabilir. Ancak bunların oy hakkına sahip olacak biçimde doğal üye yapılması, Kurulun kuruluş felsefesine aykırı olmuştur. Böylece ilk defa yargı organı üyeleri hakkında karar verirken yargı organının üyesi olmayan kişilere de söz hakkı verilmiştir. Yürütme organı üyesinin yargı organı üzerinde etkide bulunmasını sağlayan bu gelişme kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Karşılaştırmalı hukukta örneği bulunmayan bu uygulama, yargı bağımsızlığını zedeleme potansiyeli yönünden doktrinde sürekli olarak şiddetle eleştirilmiş ve Kurul hakkındaki en yoğun eleştiri bu konuda olmuştur.<sup>39</sup> *Yedinci olarak* doğal üyeler dışındaki Kurul üyelerinin Yargıtay ve Danıştay üyeleri tarafından seçilmelerine rağmen, Cumhurbaşkanına da seçimde bir rol verilmiştir. Kurul yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşmakta ve doğal üyeler dışındaki beş üyenin üçünü Yargıtay ve ikisini Danıştay genel kurulları seçmektedir. Ancak genel kurullar atanacak üyelerin üç katı kadar aday seçmekte ve Cumhurbaşkanı bunlar arasından atama yapmaktadır. Bu düzenleme doktrinde yargı bağımsızlığıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilse<sup>40</sup> de Soysal bu durumun yargının yürütmeye bağlanması anlamında değil devlet sistemi içinde yargıya verilen yerin yüceliğinin bir sonucu olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Ancak bu yorumun geçerli olabilmesi, sembolik bir ağırlığı olan Cumhurbaşkanının adaylar arasından seçim yaparken nesnel bir titizlik gösterip göstermemesine bağlıdır. Ayrıca yargı üyelerinin seçim yaparken yürütme organının eğilimlerini değil bağımsızlık ilkesini esas alarak hareket etmeleri yargı bağımsızlığı için yaşamsal önemdedir.<sup>41</sup> Özetle yürütme organının, yargı organının tarafsızlığını ve bağımsızlığını güvenceye alacak Kurulun seçiminde söz sahibi olması yargı bağımsızlığını zedeleme tehlikesi taşımaktadır. Bu tehlikenin ortadan kaldırılması yürütmenin tercihlerini yaparken “sembolik” bir yetki kullandığının farkında olmasına bağlıdır.

<sup>39</sup> TANÖR/ YÜZBAŞIOĞLU, 2013, s. 457.

<sup>40</sup> ÇELİK, 2018, 1061.

<sup>41</sup> SOYSAL, 1986, s. 247-248.



Şekil 5. 1982 Anayasasının Özgün Halinde HSYK'nın Yapısı

Burada dikkat çekilmesi gereken husus, asil üyelerin tamamını Cumhurbaşkanının atamasına rağmen, Cumhurbaşkanının bu atamayı istediği kişiler arasından yapmamasıdır: Yargıtay ve Genel Kurulları seçim yapmakta ve belirlenen üç kat aday arasından Cumhurbaşkanı seçim yapmaktadır. Dolayısıyla 1982 Anayasasının getirdiği sistemde, yürütme organına Kurulun oluşumunda bir yetki verilmiş olmakla birlikte, bu yetki sınırsız değildir; asıl seçim yargı organlarının içinde yapılmaktadır. Bu sistemle, 1971'de getirilen saf olarak yargı organları tarafından oluşturulan bağımsız kurul sisteminden vazgeçilse de, 1961'de olduğu gibi yasama organı tarafından Kurula üye seçilmesine izin verilmemiştir. Yürütmenin müdahalesi ise adalet bakanı ile müsteşarının doğal üyeliği dışında, sınırlı bir müdahaledir. Çünkü parlamenter sistemi benimseyen ve devlet organları arasında uyumu gözetme görevi olan sembolik yetkili Cumhurbaşkanına sahip olan bir sistemde Cumhurbaşkanının siyasal saiklerle atama yapması zayıf bir olasılıktır. Cumhurbaşkanı böyle bir atama yapsa bile kendisine önerilen adaylar arasından atama yapmak zorunadır; Yargıtay ve Danıştay genel kurullarının belirlediği bütün adayların yargı bağımsızlığı hassasiyeti olan adaylar olması halinde Cumhurbaşkanı istese bile siyasal yönü ağır basan atamalar yapamaz. Bu sistem yukarıda Özbudun'un sözünü ettiği kooptasyon tehlikesini azaltırken, kurulun siyasallaşmasını da önleme potansiyeline sahip, karma bir sistemdir. Nitekim bu dönemde Kurulun oluşturulma yöntemi çoğunlukla Cumhurbaşkanı tarafından yapılan seçim yönünden değil, Adalet Bakanı ve müsteşarının doğal üyeliği yönünden eleştirilmiştir. Bu nedenle de sistemin pek çok yönden hâkim teminatını ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına güvence oluşturma potansiyeli bulunduğu söylenebilir:

1. Asıl seçim Yargıtay ve Danıştay genel kurulları tarafından yapılmaktadır.



2. Cumhurbaşkanı sembolik yetkilidir ve yaptığı seçim Kurula bir ağırlık kazandırma anlamını taşır.
3. Cumhurbaşkanının mensubu olduğu siyasi partiyle bağıni kesmek zorunda olması ve tarafsızlık yemini etmiş olması siyasi atama yapılmasını önlemenin güvencesidir.
4. Yasama organının üye seçmesi olanağının olmaması, adayların siyasi destekle seçilme olasılığını ortadan kaldırmaktadır.
5. Adalet Bakanı ve müsteşarının Kurulun doğal üyesi olmaları eleştirilse bile Kurulun çoğunluğu bağımsız ve tarafsız hâkimlerden oluşacağından bu mahsur törpülenebilmektedir.

Ancak buna rağmen bu dönemde doktrinde (1) Hâkimlik ve savcılık mesleklerinin tek çatı altında birleştirilmesi, (2) Adalet Bakanının ve Bakanlık Müsteşarının Kurula başkan ve doğal üye olmaları, (3) Yargıdan gelen üyelerin atanmasında son sözün Cumhurbaşkanında olması, (4) Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açık olmaması, (5) Kurulun yargı kökenli üyelerinin yalnızca yüksek yargıçlar arasından belirlenmesi yönünden çeşitli eleştiriler yapılmıştır.<sup>42</sup> Bu dönemde ayrıca Kurulun işleyişine ilişkin çeşitli eleştiriler de yapılmıştır: (6) Kurulun bağımsız bir sekreteryasının bulunmaması ve sekreteryaya görevinin Adalet Bakanlığı bürokrasisi tarafından yürütülmesi, (7) Yargıç ve savcılarının disiplin işlemleriyle ilgili olarak, Kurula bağıli bir teftiş kurulunun bulunmaması ve denetim işlevinin Adalet Bakanlığına bağıli müfettişlerce yerine getirilmesi önemli eleştiriler arasında yer almaktaydı.<sup>43</sup>

### **E. 2010 Anayasa Değişikliği Dönemi**

2010 Anayasa değişiklikleriyle Kurulun yapısında çok önemli şü değişiklikler yapılmıştır:

“Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yirmiiki asıl ve oniki yedek üyeden oluşur; üç daire halinde çalışır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesidir. Kurulun, dört asıl üyesi, nitelikleri kanunda belirtilen; yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe

<sup>42</sup> Hukuk devletlerinde her türlü eylem ve işleme karşı yargı yolunun açık olması gerekir. Nitekim Anayasaya göre “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” Bu genel kuralın istisnalarından biri Anayasanın 159. maddesindedir: “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz.” Madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamakla birlikte, Kurul üyelerinin yargı üyesi olması bu tür bir istisnaya neden olmuş olabilir. Ancak Kurulun yargılama yapan bir organ olmadığı dikkate alındığında bu düşüncenin haklı bir gerekçeye dayanmadığı söylenebilir.

<sup>43</sup> ÇELİK, 2018, 1061.

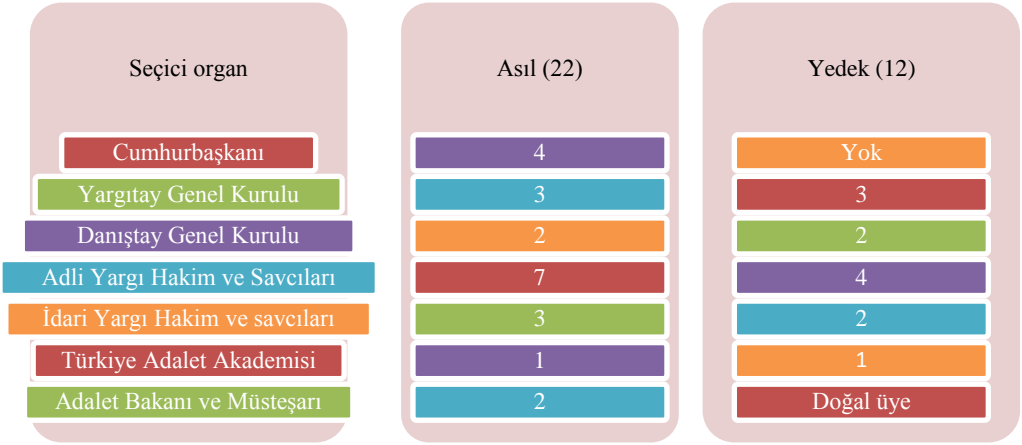
yöneticileri ile avukatlar arasından Cumhurbaşkanınca, üç asıl ve üç yedek üyesi Yargıtay üyeleri arasından Yargıtay Genel Kurulunca, iki asıl ve iki yedek üyesi Danıştay üyeleri arasından Danıştay Genel Kurulunca, bir asıl ve bir yedek üyesi Türkiye Adalet Akademisi Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından, yedi asıl ve dört yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılarını arasından adli yargı hâkim ve savcılarınca, üç asıl ve iki yedek üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idarî yargı hâkim ve savcılarını arasından idarî yargı hâkim ve savcılarınca, dört yıl için seçilir. Süresi biten üyeler yeniden seçilebilir.”

Bu değişikliklerle *ilk olarak* üye sayısı tarihi zirvesine ulaşmıştır: 22 Asıl, 12 Yedek. Oran vermek gerekirse, asıl üyeler üç kattan fazla ve yedek üyeler iki kattan fazla artırılmıştır. Gerekçede üye sayısının artırılmasıyla ilgili şu ifadelere yer verilmiştir: “*Yüksek yargı kurullarıyla ilgili olarak mukayeseli hukuka bakıldığında, bu kurulların Fransa’da 18, İtalya’da 27, İspanya’da 21, Polonya’da 25 ve Portekiz’de 17 üyeden oluştuğu ve bu kurullarda hâkim ve savcılarının da yer aldığı görülmektedir.*”<sup>44</sup> İkinci olarak Cumhurbaşkanına ilk defa hâkim olmayan öğretim üyeleri arasından seçim yapma olanağı getirilmiştir.<sup>45</sup> Kurul üyeliğinde yüksek yargı tekelinin kırılması ve kürsü hâkim ve savcılarında HSYK üyesi olabilme olanağının getirilmesi yargının içsel bağımsızlığı olumlu bir gelişme olarak görülebilir. Çünkü bu yolla kürsünün yargı hiyerarşisinin üst basamaklarındaki yargıçlar karşısındaki bağımsızlığı sağlanmış olur. Bu düzenleme ayrıca kürsü yargıç ve savcılarının ve yüksek yargı dışındaki yargı yerlerinin sorunlarının ve gereksinimlerinin Kurula daha kolay yansımaya katkıda bulunabilir. Ancak “Üstünlerin hukukundan hukukun üstünlüğüne geçiş” sloganıyla gerçekleştirilen bu düzenlemenin, özünde, iktidar blokunun yargı organı üzerinde hâkimiyet kurarak siyasal sistemi denetimi altına alma amacına dönük olarak hazırlandığı dikkate alındığında olumlu gibi görülen bu adımlar olumsuz bir mekanizmaya dönüşmektedir. Nitekim yargı içindeki cemaat yapılanmaları, değişiklikten hemen sonra harekete geçerek Kurul üzerinde ciddi bir hâkimiyet kurmayı başarmıştır. Ekim 2010’da yapılan ilk seçimleri, kamuoyuna ‘Bakanlık Listesi’ olarak yansıyan liste kazanmış ve söz konusu listede yer alan dört Bakanlık bürokrati da HSYK’ye girmiştir. Bu kişiler, daha sonra, HSYK’deki dairelerin başkanlıklarına seçilmiştir. Bu

<sup>44</sup> BAKIRCI, Fahri/ İBA, Şeref., **Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017, s. 575.

<sup>45</sup> Kabul edilen değişiklikte üst kademe yöneticileri arasından da seçme olanağı tanınmışken sonraki bir dipnotta sözü edilen AYM kararıyla bu olanak iptal edilmiştir. *YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

yapı Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurul üyeliği ile birlikte düşünüldüğünde, bağımlı bir yargı düzeninin başlangıç adımlarından birini oluşturmuştur. Nitekim bu gelişmelerden sonra HSYK'nın Adalet Bakanlığında bağımsız olmadığı değerlendirilmiştir.<sup>46</sup> Üçüncü olarak seçici organlar çeşitlendirilmiş ve örneğin Türkiye Adalet Akademisi gibi bir kuruma üye seçme yetkisi verilmiştir. Dördüncü olarak Adalet Bakanının kurul başkanlığı ile müsteşarının doğal üyelikleri sürdürülmüştür. Kurulun yeni yapısı şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 6. 2010 Anayasa Değişikliğinden Sonra HSYK'nın Yapısı

Beşinci olarak, daha önceki dönemde yapılan eleştiriler dikkate alınarak Kurula bağlı bir Genel Sekreterlik kurulması öngörülmüştür. Genel Sekreterin, birinci sınıf hâkim ve savcılardan Kurulun teklif ettiği üç aday arasından Kurul Başkanı olan Adalet Bakanı tarafından atanması öngörülmüştür(m. 159/11). Uygulamada Genel Sekreter çoğunlukla Adalet Bakanlığına bağlı bürokratlar arasından atanmıştır.<sup>47</sup> Dolayısıyla Genel Sekreterlik kurulması daha önceki eleştiriler doğrultusunda atılan olumlu bir adım iken, atamaların Adalet Bakanlığına bağlı bürokratlar arasından yapılmış olması, pratikte oneli bir değişiklik olmadığını göstermektedir. Çünkü eskiden de bu tür hizmetler Adalet Bakanlığı tarafından yürütülmektedir; değişen tek şey Adalet Bakanlığında bu tür hizmetler için özel bir teşkilat kurulmuş olmasıdır. Dolayısıyla Genel Sekreterliğin, bu haliyle eleştirileri karşılama yeteneğinde olmadığını söylemek yanlış olmaz. Altıncı olarak, hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere

<sup>46</sup> ÇELİK, 2018, 1061.

<sup>47</sup> ÇELİK, 2018, 1062.

ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemlerinin, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılması öngörülmüştür. Ayrıca Kurul müfettişleri ile Kurulda geçici veya sürekli olarak çalıştırılacak hâkim ve savcılarının, muvafakatleri alınarak atanması yetkisi Kurula verilmiştir. Daha önce belirtildiği gibi “*yargıç ve savcılarının disiplin işlemleriyle ilgili olarak, Kurula bağlı bir teftiş kurulunun bulunmaması ve denetim işlevinin Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlerce yerine getirilmesi*” eleştiri konusu olmuştu. Dolayısıyla buradaki düzenleme ilk bakışta bu eleştiriye cevap vermekte gibi görünmektedir. Ancak sonuçta inceleme ve soruşturma izni verme yetkisi bakımından herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Bu inceleme ve soruşturmanın Kurul başkanının onayına bağlı olması, eski uygulamanın korunduğu anlamına gelmekteydi; eski sistemde de aynı şekilde inceleme ve soruşturma Adalet Bakanlığına bağlı müfettişler tarafından yapılmaktaydı ki sözkonusu müfettişlerinin harekete geçmesi Adalet Bakanının onayına bağlıydı.<sup>48</sup> Dolayısıyla hem Genel Sekreterlik kurulması, hem de Teftiş Kurulu oluşturulması daha önceden dile getirilen bir gereksinime karşılık gelmesine rağmen uygulamada önemli bir değişiklik olmamıştır.

*Yedinci olarak önceki dönemde “Kurul kararlarına karşı yargı yolunun açık olmaması” önemli bir eleştiriydi ve bu eleştiriyi karşılamak için Kurul kararlarının yargı yoluna açılması sağlanmıştı. Ne var ki “Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulama”*yacağı öngörülmüş ve böylece meslekten çıkarma dışındaki Kurul kararlarının yargı kararlarına kapalı olmasına ilişkin kural sürdürülmüştü. Dolayısıyla Kurul kararlarının önemli bir kısmının yargı denetimi dışında kalması önemli bir eksiklik olarak varlığını sürdürmüştür.<sup>49</sup>

Yeni düzenleme AYM'nin önüne götürülmüş ancak AYM düzenlemeyi genel olarak Anayasaya uygun bulmuş ve sadece birkaç ibarenin iptaliyle yetinmiştir.<sup>50</sup> Mahkeme şu değerlendirmesiyle değişikliği benimsediğini belli etmiştir:

<sup>48</sup> ÇELİK, 2018, 1063.

<sup>49</sup> ÇELİK, 2018, 1063.

<sup>50</sup> AYM'nin 07.07.2010 tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı kararında “... üçüncü fıkra...nın üçüncü tümcesinde yer alan "iktisat ve siyasal bilimler " ve " üst kademe yöneticileri " ibareleri ile beşinci fıkra...nın, birinci tümcesinde yer alan ' ' ancak bir aday için " ibaresi iptal edilmiştir.

“Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden birisi olan yargı bağımsızlığını sağlamak amacıyla yargıç ve savcılarının özlük, tayin, terfi ve disiplin işlerini yürütmek üzere bağımsız idari kurullar (Yüksek Yargı Konseyleri) oluşturulması Güney Avrupa demokrasilerinin yerleşik geleneklerinden birisidir. Türkiye de 1961 Anayasasından beri bu geleneğe dâhil olmuştur. Ancak Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği görülmektedir. Bazı ülkelerde sadece yargıçların bu kurulların üyesi olduğu, bazı ülkelerde ise yargıç olmayan hatta hukukçu olmayan üyelerin bulunduğu, bazı ülkelerde yargı içinden ya da yürütmeden doğal üyelerin bulunduğu, üye seçimlerinde genellikle yargıçlara rol verildiği, ancak parlamentolara ya da devlet başkanlarına da üye seçme yetkisinin tanındığı görülmektedir. Yargıç üyelerin genellikle tüm yargıçları temsil edecek şekilde ilk derece mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve yüksek mahkemelerde çalışan yargıçlar arasından seçildiği anlaşılmaktadır.”

HSYK'nın yapısındaki bu değişiklik, 1961'den beri uygulanmakta olan modeli radikal biçimde değiştirdiğinden sonuçlarını izlemek önemlidir. Çünkü 2010 değişikliğine kadar, sorunları olmakla birlikte iyi kötü işleyen bir sistem bulunmaktadır ve 2010 değişikliğiyle birlikte bu sorunlara odaklanmak yerine bir model değişikliğine gidilmiştir. 2010 değişikliklerinin yürürlüğe girmesinden hemen sonra bu konuda tartışmalar yoğunlaşmış ve tartışmanın tarafları birbirlerini suçlamaya başlamıştır. O dönemde yazılan “*Yargı Meselesi Hallolundu!*” başlıklı kitapta şu sözler söylenmektedir:

“Yargının demokratlaşması talebi, bütün endişelerini ve iddialarını aynıyla ve bu kez aynı iktidarın yeni sahiplerine karşı taşımaya devam etmektedir.”<sup>51</sup>

Bu dönemde bir başka bilimsel toplantıda şu değerlendirme yapılmıştır:

“Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile yapılmak istenen değişiklikler, açık söylemek gerekirse, verilmek istenmeyen bir yetkinin devam ettirilmesi çabasının bir çeşit gizlenmesi anlamını taşımaktadır...Dolayısıyla yürütmenin ve siyasi iktidarın baskısı devam ettirilmek istenmektedir. Bu durum,...yargı bağımsızlığını ihlal etmektedir ve yargının yürütme karşısında güçsüz kalışını sonuçlandırmaktadır.”<sup>52</sup>

<sup>51</sup> ERTEKİN, Orhan Gazi., **Yargı Meselesi Hallolundu! Yargıçların "eşekli demokrasi" ile imtihanı**, 3. Basım, Epos Yayınları, Ankara, 2011, s. 205.

<sup>52</sup> BAYRAKTAR, Köksal, “Genel Değerlendirme”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der.Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 160.

Aynı toplantıda Anayasada yapılan değişikliklerin yargının siyasallaştırılması ve iktidarın yargı üzerinde hâkimiyet kurma arzusunun bir yansıması olduğu ifade edilmiştir.<sup>53</sup> Kurulun yeni yapısı ayrıca birçok yönden eleştirilmiş ve örneğin Türkiye Adalet Akademisinden seçilen üyeye birlikte yürütme organının toplam yedi üyeyi belirlemesi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bulunmuştur.<sup>54</sup>

“Üstünlerin hukukundan hukukun üstünlüğüne geçiş” sloganına dayanan<sup>55</sup> 2010 Anayasa değişiklikleriyle ilgili genel bir değerlendirme yapılırsa Sevinç’in, Arato’dan aktardığı “soğanın cücüğü” benzetmesi iyi bir özet vermektedir: “Dış kabuğu ilerici maddelerden oluşan, ortasında tartışmalı maddelerin yer aldığı bir değişiklik kanunu”.<sup>56</sup> Ancak “dış kabuğu ilerici” niteliğinin de son derece sorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Çelik’in son derece isabetli biçimde saptadığı gibi 2010 anayasa değişikliğinin odağında yargı bulunmaktadır ve değişiklik teklifindeki toplam yirmi dokuz maddeden on ikisinin yargıya ilişkin olması bunun kanıtıdır. Yargıyla çeşitli düzeylerde sorun yaşamış iktidar partisi, sisteme ilişkin değişiklik planlarının engeli olarak yargıyı görmüş ve bu engeli kaldırmayı hedeflemiştir.<sup>57</sup> Siyasal iktidar bu engeli aşabilmek için “yurttaşı, “12 Eylül Anayasası’ndan yana mısın, değil misin?” sorusuyla karşı karşıya bırakmak ve bu yanlış sorudan başkaca sonuçlar elde etmek”<sup>58</sup> yoluna gitmiştir. Dolayısıyla kabuğun dışı “ilerici” olmayıp “ilericilik görüntüsü” vermektedir. “12 Eylül’le hesaplaşma” bu ilerici görüntünün maskesidir ve içerik 12 Eylül’le hesaplaşmanın tam tersine 12 Eylül’ü tamamlamaktadır. Üstelik bu değişiklik de 12 Eylül günlüdür. İkinci 12 Eylül, özünde, birinci 12 Eylül’ü tamamlamakta ve yürütmenin üstünlüğüne giden yolda eksik kalan adımları tamamlamaktadır. Ancak son derece “başarılı” biçimde bir 12 Eylül hesaplaşması olarak sunulmuştur ve “ilerici” olarak nitelenen hamlenin göbeğinde bu hesaplaşma bulunmaktadır. Dolayısıyla 12 Eylül 2010 düzenlemelerinin “dış kabuğu ilerici” olarak

<sup>53</sup> YARSUVAT, Duygun. “Genel Rapor”, 2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 162.

<sup>54</sup> ÖZBEK, Kadir/ ERTOSUN, Ali Suat., Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010, s. 13.

<sup>55</sup> ÇELİK, 2018, 1061.

<sup>56</sup> SEVİNÇ, Murat., “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 65, no. 2, (s. 271-294), 2010, s. 278.

<sup>57</sup> ÇELİK, 2018, 1061.

<sup>58</sup> SEVİNÇ, 2010, 279.

nitelendirilmesi son derece sorunludur. Değişiklik paketinin hedefi yargı organıdır ve yargı organı üzerinde amaçlanan tasarrufların gerçekleştirilmesi için son derece isabetli biçimde, bu makalenin konusu olan AYM ve HSYK seçilmiştir. Çelik 2006, 2010 ve 2012 yıllarında çıkan gazete haberlerine dayanarak o dönemde Başbakan olan Erdoğan'ın görev süresinin ilk döneminde “memleketin üçüncü kamarayla meselesi var” diyerek yargıyla ilgili değişiklik düşüncesinin mesajını verdiğini; 2010 değişikliklerini “yargıya millet eli değdi” biçiminde değerlendirdiğini ve daha sonra “yargı, bir hizbin, dar bir anlayışın, bir grubun arka bahçesi olmaktan çıkmış, milletin yargısı haline gelmiştir” sonucuna ulaştığını belirtmektedir. Gerçekten de “yargıya milletin eli”nin değmesi için önce bir hazırlık süreci geçirilmiş ve el değdikten sonra yargının “milletin yargısı” haline geldiğinin farkında olunmuştur. O dönemde asıl amaç “*Kurulu ve genel olarak yargıyı, iktidar çoğunluğu lehine yeniden biçimlendirmek*”tir<sup>59</sup>, ancak bu amacın ana mimarı olan “cemaat”i unutmamak gerekir. Daha sonraları bir terör örgütü olduğu anlaşılan “cemaat” o dönemde Anayasa değişikliklerinden sonra seçimlerde son derece aktif biçimde çalışmış ve önemli başarılar elde etmiştir. Günümüze kadar gelen süreçte yargı organında yapılan operasyonlar, o dönemde elde edilmiş olan bu başarının kanıtıdır.

#### **F. 2017 Anayasa Değişikliği Dönemi**

2017 Anayasa değişikliğiyle parlamenter sistemden vazgeçilmiş ve “Türk Tipi Başkanlık Sistemi” ya da “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi” adı verilen yeni bir modeline geçilmiştir. Bu kapsamda yapısı değiştirilen kurumlardan birisi de HSYK olmuştur. Yeni adıyla HSK'nın oluşumuna ilişkin düzenlemeler şöyledir:

“Hâkimler ve Savcılar Kurulu onüç üyeden oluşur; iki daire halinde çalışır.

Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabîi üyesidir. Kurulun, üç üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş adli yargı hâkim ve savcılar arasında, bir üyesi birinci sınıf olup, birinci sınıfa ayrılmayı gerektiren nitelikleri yitirmemiş idari yargı hâkim ve savcılar arasında Cumhurbaşkanınca; üç üyesi Yargıtay üyeleri, bir üyesi Danıştay üyeleri, üç üyesi nitelikleri kanunda belirtilen yükseköğretim kurumlarının hukuk dallarında görev yapan öğretim üyeleri ile avukatlar arasında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilir. Öğretim üyeleri ile avukatlar arasında seçilen üyelerden, en az birinin öğretim üyesi ve en az birinin de avukat olması zorunludur.

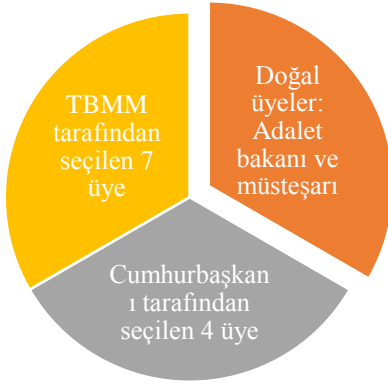
<sup>59</sup> ÇELİK, 2018, 1063.

Kurulun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçilecek üyeliklerine ilişkin başvurular, Meclis Başkanlığına yapılır. Başkanlık, başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyona gönderir. Komisyon her bir üyelik için üç aday, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapar. Birinci oylamada üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçimi tamamlanır” (m. 159/2-3).

Düzenlemenin göze çarpan özellikleri şöyle özetlenebilir: *İlk olarak* kurulun üye sayısı onüç indirilmiştir. *İkinci olarak* yedek üyelik sistemine ilk defa son verilmiştir. *Üçüncü olarak* kurula üye seçme yetkisindeki çeşitlilik azaltılmış ve *Cumhurbaşkanı ve TBMM* olmak üzere iki seçici organ belirlenmiştir. *Dördüncü olarak* daha demokratik olacağı iddiasıyla Kurul üyelerinin çoğunluğunun (7 üye) TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştür. *Beşinci olarak* Cumhurbaşkanının üye seçimi sırasında kendisine aday önerilmesine gerek görülmemiş ve belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler arasından özgürce seçim yapmasına olanak tanınmıştır. Bu değişiklik 2010’da yapılan değişikliğin devamı gibi görünse de yeni anayasal sistemde Cumhurbaşkanının partisi ile bağıni sürdürme hakkını elde etmesi ortada bir devamlılık bulunmadığını gösterir. *Altıncı olarak* Adalet Bakanı ile müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması uygulaması sürdürülmüştür. Ancak bu kural eski sistemin devamı gibi görünse de Anayasada bir sistem değişikliğine gidildiği dikkate alındığında bir devamlılık olmadığı görülür. Çünkü eski sistemde Adalet Bakanı siyasal sorumluluğa sahip bir hükümetin üyesidir ve kendisinin de TBMM’ye karşı siyasal sorumluluğu vardır. Oysa yeni sistemde yürütme organı sadece Cumhurbaşkanından oluşmaktadır ve Adalet Bakanı Cumhurbaşkanının atadığı diğer kamu görevlilerinden birisidir. Aslında Bakanlara tanınan ayrıcalıklar dışında, Adalet Bakanının, statü yönünden müsteşarından bir farkı bulunmamaktadır: her ikisi de yürütmenin görevlisidirler. *Yedinci olarak* TBMM tarafından yapılacak seçimin yöntemi son derece ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

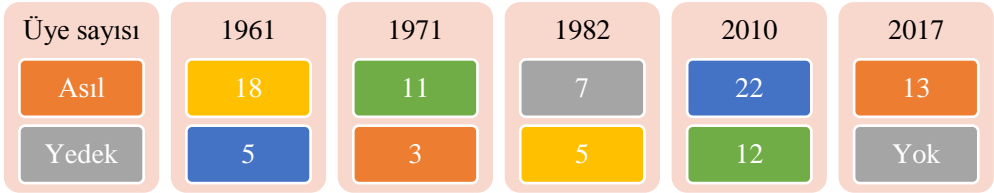


Yeni sistemde kurulun yapısı şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 7. 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonra HSK'nın Yapısı

Kurulun üye sayısındaki değişim başlangıcından günümüze şu şekilde gösterilebilir:



Şekil 8. HSK (YHK- HSYK)'nın Üye Sayısının Zaman İçinde Değişimi

2017 Anayasa değişikliğiyle yapısı ve adı bir kez daha değiştirilen “Hâkimler ve Savcılar Kurulu”nun, “mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kurulur ve görev yap”ması öngörülmüştür. Son düzenlemede Kurulun görevleri şöyle tanımlanmıştır:

“Kurul, adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir.

Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun ve diğer mevzuata (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal

ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma işlemleri, ilgili dairenin teklifi ve Hâkimler ve Savcılar Kurulu Başkanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Soruşturma ve inceleme işlemleri, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırılabilir.

Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” (159/8-9-10).

Hâkim ve savcılarla ilgili bu kadar geniş yetkileri olan Kurulun hâkimlik ve savcılık teminatı ile yargı bağımsızlığı üzerinde çok büyük bir etkisinin olduğu yadsınamaz. AYM yukarıda sözü edilen 2010 yılında verdiği kararının Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin görüşüne dayandırdığı kısmında şunları söylemektedir:

“Avrupa Yargıçları Danışma Konseyinin 'Toplumun Hizmetinde Yargı Konseyleri' üzerine 2007 tarihli 10 No'lu görüşünde, bu kurulların yapısının her durumda yargı bağımsızlığını güvenceye alacak ve görevlerini etkin biçimde yerine getirmesine izin verecek bir şekilde olması, üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması, yargıç üyelerin kendi meslektaşları tarafından seçilmesi, kurulların karma yapılı olması halinde mesleki dayanışma ve kayırmacılığın önlenebileceği ve farklı toplumsal taleplerin temsiline imkân vereceği ancak bu durumda da yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması gerektiği vurgulanmıştır.”<sup>60</sup>

Şimdi bu görüşten yola çıkılarak 2017'den sonra oluşturulan HSK'nın “yürütmenin kontrolünde” olup olmadığı sorusu cevaplandırılabilir. Bu soruyu cevaplandırırken tarihsel gelişimin dikkate alınması yararlı olacaktır. Tarihsel gelişimi de dikkate alan bir değerlendirme kapsamında şunlar söylenebilir:

1. HSK'ya Adalet Bakanı ile müsteşarının doğal üye olmaları eskiden beri şiddetle eleştirilmiştir. Üstelik yeni sistemde Adalet Bakanı bir hükümet üyesi olmayıp yürütme görevlisidir. Adalet Bakanının müsteşarı ise Bakana göre daha alt düzeyli bir kamu görevlisidir. Adalet Bakanı ve Adalet Bakanı müsteşarı doğrudan Cumhurbaşkanlığı tarafından belirlendiğinden, Cumhurbaşkanı, HSK'nin iki üyesini doğrudan belirlemiş olmaktadır. Dolayısıyla yürütmenin HSK üzerinde etkili olma ve yargı bağımsızlığını tehlikeye düşürme potansiyeli, yeni sistemde, Cumhurbaşkanının bakan ve müsteşarla ilişki biçimi nedeniyle artmıştır.

<sup>60</sup> AYM'nin 07.07.2010 tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı Kararı.  
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

Eski sistemde büyük çoğunlukla TBMM üyeleri içinden seçilen hükümet üyeleri, TBMM'ye karşı siyasal sorumluluğa sahipti ve bu bakanların Cumhurbaşkanı'na karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktaydı. Oysa yeni sistemde bakanlar Cumhurbaşkanı'na karşı sorumludurlar.<sup>61</sup> Adalet Bakanı ve müsteşarı Cumhurbaşkanı tarafından hiçbir gerekçe gösterilmeksizin görevden alınabilirler ve bu nedenle Cumhurbaşkanı'na itirazda bulunmaları ne hukuki olarak ne de pratik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı'nın HSK üzerinde etkili olmak ve siyasal kararlar verilmesini sağlamak istemesi halinde Adalet bakanı ve müsteşarına talimat vermesi yeterli olacaktır.

2. Cumhurbaşkanı, 2010 düzenlemesinde olduğu gibi yüksek mahkemelerin genel kurulları tarafından seçilen adaylar arasından atama yapmamaktadır. Öte yandan Anayasanın mevcut hükümlerine göre Cumhurbaşkanı tarafsızlık yemini etmesine rağmen (m. 103) artık mensubu olduğu siyasi parti ile bağıni kesmek zorunda olmadığından tarafsız da değildir. Bir başka anlatımla Cumhurbaşkanı'nın partisi ile bağıni sürdürmesi tarafsızlık niteliğini anayasal olarak ortadan kaldırmıştır. Bu durumda Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olarak kendi siyasal eğilimlerine yakın bulduğu adayları HSK'ya ataması son derece güçlü bir olasılık haline gelmiştir. Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, bakanlarla birlikte üst düzey kamu görevlilerini tek başına atadığından, Adalet Bakanı ve müsteşarı ile birlikte yürütmenin HSK'daki üye sayısı altıya çıkmaktadır. Toplam üye sayısının onüç olduğu düşünülduğünde, yürütmenin HSK'da istediği kararları aldirmek için tek bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır. Bu yüzden de TBMM'den seçilecek üyelerden sadece birinin bile yürütme organının etkisiyle seçilmesi, Cumhurbaşkanı'nın HSK üzerinde hâkimiyet kurmasına neden olabilir. Bu tür bir sonuçla karşılaşmamak için TBMM'de yapılacak seçimde, seçilenlerin tümünün bağımsız ve tarafsız olması büyük önem taşımaktadır. Bunun ne derece mümkün olabileceğini anlayabilmek için TBMM'de yapılan HSK üyeliği seçimlerini incelemek gerekir.

3. Kurulun geriye kalan yedi üyesinin TBMM tarafından değişik kaynaklardan seçilmesi gerekmektedir. Adaylık için başvurulması gereken makam TBMM Başkanlığıdır. Başkanlık, yapılan başvuruları Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden Kurulu Karma Komisyona göndermekle görevlendirilmiştir. TBMM Genel Kurulu'nun yapacağı oylama öncesinde, doğrudan Anayasa hükümleri gereği Anayasa ve Adalet Komisyonlarından

<sup>61</sup> BAKIRCI, Fahri ve diğerleri., **Parlamento Hukukuna Giriş**, Lykeion, Ankara, 2020, s. 468.

oluşan bir “*Karma Komisyon*” kurulması gerekmektedir. Karma Komisyon her bir üyelik için birinci oylamada üye tamsayısının 2/3 çoğunluğuyla; bu çoğunluk sağlanamadığı takdirde ikinci oylamada üye tamsayısının 3/5 çoğunluğuyla üç aday belirlemek durumundadır. İlk iki turda öngörülen çoğunluklar sağlanamadığı takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday adayı arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanmak zorundadır. Teorik olarak her bir adaylık için kuraya girecek iki aday adayından birisinin iktidardan, birisinin muhalefetten olması gerekmektedir. Dolayısıyla Genel Kurula gidecek adaylar arasında kurayla belirlenmiş muhalefet adaylarının bulunması olasılık dâhilindedir. Bu olasılığın güçlenmesi, TBMM komisyonlarında ve Genel Kurulunda liyakat esasına uygun objektif bir seçim yapılmasının önünü açacaktır. Aksine uygulamalarla, tek bir üyenin bile yürütme organının isteğiyle seçilmesine olanak tanınırsa, Kurulun bağımsızlığı ortadan kalkmış ya da en azından Cumhurbaşkanının kişisel tercihinin bırakılmış olacaktır. Bu nedenle şimdiye kadar TBMM’de yapılan iki seçim ve bu seçimlerde oluşturulan teamüller gözden geçirilecektir.

### **1. Geçici Madde Gereğince Yapılan İlk Seçimler: Mayıs 2017 HSK Komisyon Seçimleri**

2017 Anayasa Değişikliğinden sonra Anayasa’nın geçici hükümlerine göre Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kurula üye seçimi yapılması gerekmiştir (Geçici m. 21/C). TBMM Anayasa ve Adalet Karma Komisyonunun 9 Mayıs 2017 tarihli 2. toplantısına ait tutanaklar incelendiğinde<sup>62</sup> şöyle bir yöntem belirlendiği görülmektedir:

“Bu hesaplamayla üye tam sayısının üçte 2 çoğunluğunun arandığı durumda 52 üyeden 35’inin oyu gerekmektedir. Birinci turda yani üçte 2’yle seçim yapılamadığı takdirde bu sefer ikinci turda üye tam sayısının beşte 3 çoğunluğu aranmaktadır. Bu, 32 oydur, 32.... Yine üçüncü turda da beşte 3 çoğunluk aranmaktadır, bu da 32’dir. Eğer üçüncü turda, beşte 3’te de seçilemediği takdirde adaylar, o zaman ikinci ve üçüncü turda üye tam sayısının beşte 3 çoğunluğu sağlanamaması hâlinde üçüncü oylamada en çok oyu almış olan seçilecek üyelerin 2 katı aday arasından ad çekme usulüyle üye belirleme işlemi yapılacaktır. Burada birinci turda üçte 2, ikinci ve üçüncü turlarda da beşte 3 çoğunluk yani önce 35, sonra 32, 32 oy aranacaktır. Tabii, Anayasa’daki hüküm her 1 üyelik için 3 kişi aday

<sup>62</sup> Tutanakların incelenmesinden yöntemin belirlenmesi amacıyla Karma Komisyon tarafından bir alt komisyon oluşturulduğu ve yöntemin, muhalefetin katılmaması nedeniyle iktidar grubunun katıldığı alt komisyon tarafından belirlendiği görülmektedir.

belirlenecek burada. Dolayısıyla, Yargıtaydaki 3 üyeliğin her biri için 3'er kişi, tabiri caizse birer paket hâlinde burada seçilecek, Genel Kuruldaki oylamada o 3 kişi üzerinden bu sefer tek bir kişi içinden seçilecek."<sup>63</sup>

Seçim günü de Karma Komisyonda şu benzer açıklama yapılmıştır:

“Burada, malumunuz, ilk oylamada üçte 2 çoğunluk aranıyor, bu 35'e tekabül ediyor, bu sağlanamadığı takdirde, 35 oy alan çıkmadığı takdirde yeniden beşte 3'le bir 2'nci tur oylama yapacağız. Olmadığı takdirde 3'üncü tur oylama yine beşte 3'le yapılacak, burada da sağlanamadığı takdirde 3'üncü oylamada en çok oy alan 2 kişi arasından ad çekmek suretiyle belirleme yapacağız.”<sup>64</sup>

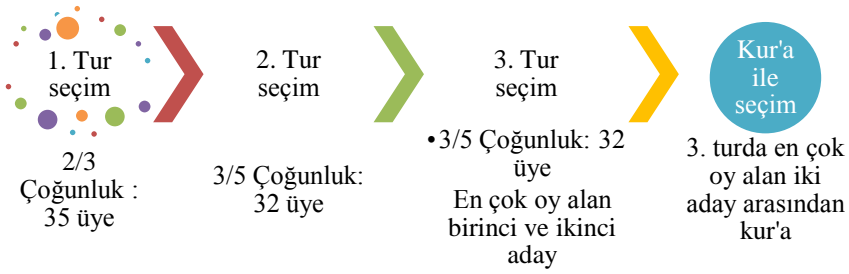
Burada öngörülen yöntem, ilk bakışta Anayasadaki düzenlemeyle çelişkili gibi görünmektedir. Ancak bu çelişkili görüntü Anayasanın, konuyla ilgili geçici madde ve olağan madde düzenlemelerinin birbirinden farklı olmasından kaynaklanmıştır.<sup>65</sup> Anayasa koyucu ilginç biçimde 159. maddede Karma Komisyon için iki türlü seçim öngörmüşken, bir uyarılama amacı taşıyan geçici madde düzenlemesinde üç türlü seçim öngörmüştür. Aynı kurulun oluşumu için, biri geçici, biri sürekli olmak üzere getirilen iki düzenlemenin neden farklı tasarlandığını anlamak güçtür. Geçici maddede 3/5 çoğunluğun iki defa aranması yoluna gidilirken, sürekli maddede bu çoğunluğun bir defa aramak yeterli görülmüştür.

Anayasanın da öngörülen yöntem şu şekilde gösterilebilir:

<sup>63</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 23.

<sup>64</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 10 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 3, Oturum: 1, s. 6.

<sup>65</sup> Doktrinde geçici madde ile olağan maddenin birbirlerinden farklı olduğunun farkına varılmadığından hatalı çıkarımlar yapılmıştır. Örneğin Çelik şöyle demektedir: “*Meclis tarafından yapılan seçimde uygulanacak yönteme ilişkin bir yorum hatasına da burada değinmek gerekir. Tutanaklardan anlaşıldığına göre, gerek karma komisyon başkanı Mustafa Şentop gerekse TBMM Genel Kurulunda seçimin yapıldığı oturumu yöneten Meclis Başkanvekili Akif Hamzaçebi Anayasa hükmünü yanlış yorumlamışlar ve üç tur seçim yapılacağını; üçüncü turda da yeterli çoğunluğun sağlanamaması durumunda ad çekme yöntemine başvurulacağını açıklamışlardır.... Oysa Anayasa hükmü yoruma yer bırakmayacak denli açıktır ve ilk oylamada üçte iki, ikinci oylamada beşte üç çoğunluğun sağlanamaması durumunda ad çekme yöntemine başvurulması gerekir*” (ÇELİK, 2018, 1063). Oysa burada Şentop ve Hamzaçebi değil, onları hatalı bulan Çelik hatalıdır. Çünkü geçici madde, olağan maddeden farklı olarak iki tur yerine üç tür seçim öngörmüştür. Kuşkusuz burada olduğu gibi kafa karışıklığına neden olan maddelerin neden farklı düzenlendiğini anlamak güçtür.



Şekil 9. Karma Komisyona Göre TBMM tarafından HSK Üyeleri Seçimi

Kurula 2017 yılında Anayasanın geçici 21. maddesi gereğince yapılan seçimlere muhalefet partilerinden ikisine mensup milletvekillerinin katılmamıştır.<sup>66</sup> Alt komisyon ve Karma Komisyon görüşmelerinde muhalefetin, iktidarın, bölünme yoluyla adayları tek başına seçtirebileceğinden duyduğu endişenin seçimlere katılmama gerekçesi olarak gösterildiği görülmektedir. Oysa muhalefetin aday belirleme şansı %50'dir. Bu şansa rağmen, muhalefet, adayların tümünün iktidar partisinden seçilmesine izin vermiştir. Muhalefet partilerinden birisi siyasi iktidarın adaylarını doğrudan destekleyerek, diğer ikisi katılmamakla dolaylı destek vererek bu sonucu sağlamışlardır.<sup>67</sup>

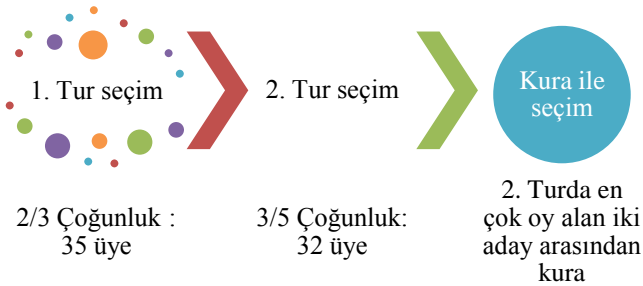
<sup>66</sup> Aslında, bilindiğinin aksine, bu seçimde “Millet İttifakı” olarak bilinen CHP+HDP+İYİ Parti'nin birlikte hareket etmediği görülmektedir. Örneğin Çelik “AKP-MHP bloğu, ikinci turda beşte üç çoğunlukla adayları belirlemiştir” demektedir (ÇELİK, 2018, 1063). Oysa tutanaklar incelendiğinde sadece CHP ve HDP milletvekillerinin alt komisyona üye vermeyeceklerini ve seçimlere katılmayacaklarını açıkladıkları görülmektedir. Buna karşılık İYİ Parti milletvekillerinin bu tür bir açıklamalarına rastlanmadığı gibi oylama sonuçlarına bakıldığında toplantılara katılarak oy kullandıkları görülmektedir. Çünkü “Cumhur İttifakı” olarak bilinen AK Parti+MHP ittifakının iki komisyondaki toplam üye sayıları 30 olmasına rağmen, adaylar 34 oy almışlardır. Bu durumda İYİ Partili üyelerin Cumhur İttifakı adaylarını destekledikleri sonucunu çıkarmak olanaklıdır. Bu tablonun basında dillendirilmemiş olmasının muhtemel nedeni ittifaka zarar gelmesini önlemektir. Dolayısıyla muhalefet partilerinden verilen destek nedeniyle iktidar partisinden adaylarının ilk turda 2/3 çoğunluğa (35 milletvekili) bir hayli yaklaştıkları görülmektedir. Dolayısıyla HSK'nin siyasi iktidarın etkisinde bir kuruma dönüşmesinde muhalefet partilerinden birinin doğrudan payı olduğunu söylemek mümkündür.

<sup>67</sup> Bu noktada şöyle bir itiraz gelebilir: Seçilen adayların belirli partiler tarafından desteklenmiş olması ve muhalefet partilerinden birinin bu adaylara destek vermiş olması, seçilen adayların bir parti aidiyeti olduğunu kanıtlamaz. Bu itirazda haklılık payı bulunmakla birlikte bu konuda basına yansıyanlar ve komisyonda dile getirilenler, bu itirazı geçersiz hale getirmektedir. Bu konuda basında çıkan şu tür haberler partiye sadakatini önemini göstermektedir: “seçilecek 7 üye için gönderilen 83 aday arasında Trabzon doğumlu İbrahim Keskin, dosyasına AKP'li yeni ve eski bakanların ve milletvekillerinin de YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

Anayasanın sürekli maddesinde öngörülen yöntem şöyledir:

“Komisyon her bir üyelik için üç adayı, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğuyla belirler. Birinci oylamada aday belirleme işleminin sonuçlandırılmaması halinde ikinci oylamada üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu aranır. Bu oylamada da aday belirlenemediği takdirde, her bir üyelik için en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile aday belirleme işlemi tamamlanır” (m. 159).

Buna göre Anayasa sadece iki tur seçim öngörmüş ve bu turlarda çoğunluğa ulaşılamaması halinde ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur’ya başvurulmasını istemiştir.



Şekil 10. Anayasaya Göre TBMM Tarafından HSK Üyeleri Seçimi

Geçici madde düzenlemesi ile sürekli madde düzenlemesi arasındaki fark ilkinde 3/5 çoğunluğun iki kez aranması nedeniyle iki tur yerine üç tur seçim yapılmasıdır. Anayasada tanımlanan bu yöntemle kur’ya girecek iki adaydan birinin muhalefet tarafından desteklenen bir aday olma olasılığı yüksektir. Çünkü ikinci turda en yüksek oyu iktidar partisinin desteklediği aday almışsa, ikinci en yüksek oyu muhalefetin desteklediği adayın alması matematik kurallarının doğal sonucudur. Somut olarak rakamlar şöyledir.

*içinde bulunduğu toplam 24 ismi referans gösterdi.... avukatlar kontenjanından başvuran isimlerin önemli bir kısmının AKP ile bağlantısı olması dikkati çekti... TBMM’de 1990’larda irtibat subayı olarak görev yaptığını söyleyen, Diyanet İşleri Başkanlığı’nda müezzin, kayyım, imam ve hatip olarak çalıştığını belirten avukat Ahmet Hilmi Ocak, başvurusunda Manisa-Akhisar Hilaliye Kuran Kursu’nda hafızlık yapmış. Özgeçmişinde merhumŞahin Yılmaz Hoca’nın talebesi olduğunu belirtiyor.... Şaştım, 2015 seçimlerinde milletvekilliği aday adayı olduğunu ve 2002 ile 2009 tarihleri arasında İstanbul AKP teşkilatında Ana Kademe İl Yönetim Kurulu üyesi, AKP kongrelerinde demokrasi hakem üyesi olarak seçildiğini belirtti. Birlik Vakfı, Ensar Vakfı gibi yerlerde yönetim kurulu üyeliklerini hatırlatan Şaştım, hâlen Hukukçu Kadınlar Derneği üyesi olduğunu da kaydetti...” (KARABAĞLI, 2017). “Üye olmak isteyen birçok hâkim ve savcı, AKP milletvekilleriyle temasa geçti...” (ULUDAĞ, 2017).*

Karma Komisyonun toplam üye sayısı 52 (26+26)'dır. İktidar ittifakının komisyondaki üye sayısı 30, muhalefetin toplam oyu 22'dir. İktidar, olağandışı bir durum olmadığı takdirde, birinci ve ikinci turda 35 ve 32'ye ulaşamayacağından ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur'a çekilmesi gerekir. İkinci turda oyların bölünmemiş olduğu varsayımıyla iktidarın adayı 30 oy almışsa, muhalefetin adayı 22 oy almış demektir ve bu iki aday arasından kur'a çekilmesi zorunludur.<sup>68</sup> Bu durumda Kur'ada muhalefetin desteklediği adayın çıkma şansı %50'dir. Yedi üye seçileceği dikkate alırsa, kur'ada muhalefetin 3-4 adayını seçtirmesi olasılık dâhilindedir.

İşin ilginç tarafı muhalefetin bu hesabı görememesi ve yenilgiyi peşin olarak kabullenmesidir. Muhalefet partisi temsilcisi şunları söylemektedir:

“Şimdi burada biz sisteme karşı çıktık “13 kişinin 6'sını siyasi kimliği daha ağır basan bir kişiye, cumhurbaşkanına seçtiriyorsunuz.” dedik. Mevcut, eski Anayasa'daki cumhurbaşkanından daha fazla siyasi kimliği olan, yürütmenin doğrudan doğruya tek temsilcisi olan kişiye seçtiriyorsunuz yani eskiden Bakanlar Kuruluna seçtirmek gibi bir şey; geriye kalan 7'sini de güya Meclise ama kurgulanan sistem son noktada AK PARTİ çoğunluğunun burada seçebileceği bir yapı. Ama çoğunlukla seçer ama ittifakla bilemem, bir tercih ama elinde bu yetki ve imkân var, dağıtır oyları ikiye ve bu şekliyle seçer. Burada saatlerce onu anlattım.”<sup>69</sup>

Muhalefet temsilcisi tarafından yapılan tespitin ilk kısmı doğrudur. 13 üyeden 6'sı siyasal iktidar tarafından seçilmektedir. Ancak Anayasanın tasarladığı sistem TBMM tarafından seçilecek 7 üyenin tümünün çoğunluk tarafından seçilmesine izin vermemektedir. Anayasa, muhalefet partisi temsilcisinin dediği gibi “AK PARTİ çoğunluğunun burada seçebileceği bir yapı” kurmamıştır. Matematiksel olasılık olarak muhalefetin en az 3-4 üye seçtirme şansı bulunmaktadır. Buna rağmen yapılan yanlış hesabın sonucunda muhalefet partilerinin çoğu milletvekilleri seçimlerin yapılacağı toplantıya girmeme kararı almış ve iktidar adayları, toplantıya katılan

<sup>68</sup> Bir an için iktidar bloğunun 30 üyesini iki adaya oy vermem üzere böldüğünü düşünelim. Böyle bir durumda adaylardan birinin 23'ün altına düşürülmemesi gerekir; çünkü muhalefet bloğunun 22 oyu vardır. Bu durumda da 22 oy alan muhalefet bloğu adayının 7 oyda kalan iktidar bloğunun ikinci adayını geçebileceği konusunda kuşku yoktur. Dolayısıyla iktidar bloğu ister oylarını bölsün ister bölmesin, kur'aya girecek ikinci adayın muhalefet bloğundan olacağı konusunda kuşku yoktur.

<sup>69</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 12.



muhalefet milletvekillerinin de desteğiyle 3/5 oy olarak ikinci turda seçilmişlerdir.<sup>70</sup> Bundan sonraki uygulama 2021 yılında yapılmıştır.

## 2. İkinci HSK Seçimleri: Mayıs 2021

Anayasanın geçici maddesine göre tamamlanan 2017 seçimlerinden sonra Anayasa'nın olağan maddelerine göre seçimin 2021 yılında yapılması gerekmiştir. Karma Komisyon başkanı 20 Mayıs 2021'de yapılan toplantıda şunu söylemektedir:

“Tabii, bu usulle ilgili konu çok su götürecek bir konu. Anayasa'nın 159'uncu maddesi gerçekten, tartışmalara izin vermeyecek bir açıklıkta değil. Maalesef, demin de ifade ettiğim gibi, oylamanın kaç defa olacağı, her kişi için ayrı ayrı mı olacağı, her üye için ayrı ayrı mı olacağı, ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği vesaire; kimine göre şöyle, kimine göre böyle. Ben de bir sürü anayasacıyla ve hukukçuyla bu konuda Komisyonumuzdan önce istişarelerde bulundum, Meclisimizin ilgili birimleriyle de oturduk, konuştuk; gerçekten burada çok net bir açıklık yok, yoruma açık kapılar var. Demin de ifade ettim, o yüzden, biz bu usul tartışmasını başlatırsak veya burada böyle bir yolu tercih edersek o zaman doğru bir uygulamayı birlikte bulma imkânımız olmayabilir çünkü burada bir seçim yapacağız. Ama bu işin en doğrusu bence Meclisimizin bir İç Tüzük değişikliği ve İç Tüzük'e bu konuda bir hüküm koyarak bu meseleyi çözmektir. O yüzden de Komisyonumuzun her bir üyesine ve Meclisimizin değerli üyelerine görev düşmektedir. Biz, bunu İç Tüzük'te çözersek bir dahaki seçimde böyle bir tartışmayı yaşamayız.”<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Doktrinde de benzer bir hata görülmektedir. Çelik şöyle demektedir: “İlgili hükmün TBMM'de yapılacak seçimler bakımından da hiçbir açık kapı bırakmayacak biçimde kaleme alındığı belirtilmelidir.... aday belirleme sürecinde, birinci oylamada üye tam sayısının üçte ikisi, ikinci oylamada üye tam sayısının beşte üçü aranacak; bu oylamada da aday belirlenememesi durumunda en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme yoluna başvurulacaktır.... her halükârda TBMM içindeki çoğunluğun/çoğunluk koalisyonunun belirleyeceği adayların seçilmesi sonucunu doğuracaktır. ...sonuçta yine çoğunluğun belirleyeceği adaylar Genel Kurula gönderilecektir. Çünkü ikinci oylamanın ardından ad çekmeye katılacak olanlar, en çok oyu alan iki adaydır, ki bunlar da çoğunluğun desteklediği adlar olacaktır” (ÇELİK, 2018, 1082). Bu tespit yanlıştır ancak muhalefet partilerinin de aynı yanlış düşüncede oldukları söylenebilir. Çünkü varsayımları toplantıya katılsalar bile bütün adayların iktidar bloku tarafından seçilebileceğidir. Oysa en çok oy alan iki adaydan birisi muhalefetin desteklediği aday olmak zorundadır.

<sup>71</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı:4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 17-18.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda Anayasada hiçbir belirsizlik yoktur. Bu belirsizlik siyasal iktidarın TBMM tarafından belirlenecek bütün üyeleri kendisinin belirlemesi isteğinden kaynaklanmaktadır. Bu istek, siyasal iktidarın, Anayasaya aykırı bir yöntem geliştirmesine neden olmuştur. Nitekim Başkan “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda tereddütler bulunduğunu ifade ettikten hemen sonra, bu konuda bir tereddüt bulunmadığını şu sözlerle ortaya koymuştur:

“Tabii, bir kişinin üye adayı olarak Genel Kurula gönderilebilmesi için birinci seçimde Komisyonumuzun üye tam sayısının üçte 2 çoğunluğunun yani 35 üyenin oyunu alması gerekiyor. Eğer bu oy sağlanamazsa oylama ikinci defa tekrarlanacak, burada da beşte 3 oy çoğunluğu yani 31 üyemizin oyunu alması gerekiyor; bu da sağlanmadığı takdirde en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekimiyle oylama işlemi tamamlanacaktır.”<sup>72</sup>

Komisyon Başkanının açıkladığı bu yöntem Anayasada açıkça öngörülüş olan ve Anayasaya uygun olan yöntemdir. Bu durumda şu soruyu sormak gerekir: Başkan Anayasaya uygun yöntemin hangisi olduğunu bildiğine göre neden konuşmasına başlarken “*ikinci turda mı, yoksa, başka turlarda mı en çok oyu alan 2 kişi arasında kura çekileceği*” konusunda tereddütler bulunduğunu ifade etmiştir? Bunun nedeni, Anayasaya aykırı bir yöntemde ısrar ederek bir iptal riskini göze almak yerine kontrol edilebilir bir kayba razı olmanın daha makul görülmesidir. Bir başka anlatımla ortada üç seçenek bulunmaktadır:

1. Anayasaya aykırı bir yöntem kullanarak bütün üyeleri seçtirmek ve AYM tarafından verilecek bir iptal kararı riskini göze almak,
2. Anayasaya uygun bir seçim yaparak bazı üyelikleri ikinci turdan sonra yapılacak kur’a sonuçlarına göre muhalefet partilerine bırakmak; ancak kur’anın sonuçlarını öngörmek mümkün olmadığından istenmeyen miktarda üyelik kaybetmek.
3. Hem Anayasaya aykırılık riskini göze almaksızın, hem de muhalefete umulanın üstünde üye bırakmaksızın muhalefetle uzlaşarak belli sayıda üyeliği onlara vermek.

İktidar grubu muhtemelen zaten 6 üyeliğin kendilerinde olduğunu ve 2-3 üyeliği muhalefete vermenin Kurulun kararları üzerinde bir etkide bulunamayacağı hesabını yaparak üçüncü seçeneği seçmiş ve uzlaşma

<sup>72</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 18.  
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)

yoluna gitmiştir. Komisyon başkanının yukarıda önce tereddütler bulunduğunu açıklaması, ardından doğru yöntemi açıklaması ve son olarak da şu sözleri söylemesi bu hesabın yapıldığını ispatlamaktadır:

“İç Tüzük konusu tartışmalarını saklı tutuyorum çünkü buna gerçekten ihtiyaç var ve bu konunun düzenlenmesi Meclisimiz için bir zaruret arz ediyor. Uzlaşma da olduğu için böyle bir tartışmayla bu uzlaşmayı da zedelemem istiyorum.”<sup>73</sup>

Komisyon Başkanının bu sözlerinden gruplar arasında bir uzlaşma sağlandığı görülmektedir.<sup>74</sup> Oylama sonuçlarına bakıldığında bütün adayların toplam 52 oyun ortalama 45’ini alarak ilk turda 2/3 çoğunlukla uzlaşmayla seçildikleri görülmektedir.<sup>75</sup> Bu sonuçlara bakıldığında ilk bakışta Anayasa’nın gereği olan uzlaşmanın sağlanması amacının gerçekleştiği zannedilebilir. Nitekim komisyonlarda ve Genel Kurul’da yapılan konuşmalardan bu tür bir izlenim edinmek mümkündür. Oysa Anayasa’nın aradığı uzlaşma bu değildir. Anayasa herkesin vicdani kanaatine göre, siyasal parti ayrımı gözetmeksizin oy kullanmasını güvenceye almak için gizli oylama yapılmasını öngörmüştür. Bu durumda siyasal partilerin herhangi bir aday göstermemesi ve adayların özgeçmişlerinin incelenmesinden sonra vicdani kanaatlerine göre oy kullanmaları gerekmektedir. Gizli oylama milletvekillerinin, mensubu oldukları siyasal partilerin etkisinde kalmaksızın oy kullanmalarını güvenceye almaya yöneliktir. Disiplinli parti yapısının egemen olduğu TBMM’de milletvekillerinin olağan koşullarda gruplarının kararları aleyhine eylemde bulunmaları olanaksız yakındır. Gizli oylamayla grupların etkisi kırılmaya ve milletvekillerinin tamamen kişisel kanaatlerine göre oy vermeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Oysa basına da yansıyan haberlerde siyasal parti gruplarının kendi aralarında anlaşarak üyelikleri dört siyasal parti grubu arasında paylaştıkları haberi yer almıştır. Bu durum seçimlere katılmayan bir muhalefet partisinin sözcüsü tarafından şöyle dile getirilmiştir:

<sup>73</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4 Oturum: 1, s. 18.

<sup>74</sup> Basında çıkan haberlerde uzlaşmanın ayrıntılarına yer verilmiştir: “*Hâkimler ve Savcılar Kurulu seçimleri için Millet İttifakı ve Cumhuriyet İttifakı anlaştı. Anlaşmaya göre HSK seçimlerinde 4 üyeyi Cumhuriyet İttifakı, 3 üyeyi Millet İttifakı belirleyecek*”. (Sözcü Gazetesi 2021)

<sup>75</sup> [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Toplantı 4, Oturum: 1, s. 20-36.

“Hâkimler ve Savcılar Kuruluna üye seçiminin ilk kez Mecliste yapılması gerçekten önemli bağımsız ve tarafsız bir yargı mekanizmasına ulaşabilmek açısından çünkü şu anda taraflı ve bağımlı bir yargı var ve bunun en önemli nedenlerinden bir tanesi Hâkimler ve Savcılar Kurulunun bileşimidir. Dolayısıyla bu ilk kez yapılacak seçimin usulünün bir teamüle dönüşmesi, bundan sonraki seçimlerin de bu ilkeler çerçevesinde gerçekleşeceğini varsaymak ve bunu önermek önemliydi. Biz bunu karma komisyonda dile getirdik ve bu şekilde demokratik usulle bir seçim yapılması gerektiğini dile getirdik ancak bu öyle olmadı...Olması gereken, başvuran adayların incelenmesi ki 115 aday var- ve seçimlerin en demokratik yöntemle yapılmasıydı ama öyle olmadı ve kapalı kapılar arkasında kiminin avukatı, kiminin yakını, kiminin partisinde hizmet etmiş olan ve siyasi bagajlarını yanlarında taşıyan isimler belirlendi, liyakat ön plana alınmadı. Biz bunun doğru olmadığını düşünüyoruz ve bundan sonrası için de dört yıl için seçilecek olan Hâkimler ve Savcılar Kurulunun yargı açısından baktığımızda son derece sıkıntılı bir döneme bir kez daha imza atmış olacağını düşünüyoruz. Bunun sadece iktidarın değil, aynı zamanda bizim dışımızdaki muhalefetin de yaptığı yanlış bir tutum olduğunu düşünüyoruz. Bunu dile getirmek istedik ve bu seçimlere bu nedenlerle katılmayacağız. Bunu önemli bir vicdani sorumluluk olarak görüyoruz ve bu nedenle de seçimlerden çekileceğimizi...”<sup>76</sup>

Gerçekten de “*kapalı kapılar arkasında kiminin avukatı, kiminin yakını, kiminin partisinde hizmet etmiş olan ve siyasi bagajlarını yanlarında taşıyan isimler belirlen*”miştir. Muhalefet partisi sözcüleri TV kanallarında yaptıkları açıklamalarda bu anlaşmayı, tarafsız ve bağımsız bir HSK oluşturmak için değil, HSK’da olup bitenleri öğrenebilmek için yaptıklarını ifade etmişlerdir. Aslına bakılırsa, yürütmenin HSK’da zaten 6 üyesi bulunmaktadır ve 13 kişilik Kurul’da çoğunluğu elde etmesi için sadece 1 ek üyeye ihtiyacı vardır. Dolayısıyla her durumda Kurul’un çoğunluğunu sağlama potansiyeline sahiptir. TBMM’nin bağımsız bir Kurul oluşturmak için yapması gereken siyasal partilerden herhangi birinin desteğine sahip olmadığı halde mesleki yeterliliği nedeniyle adayları seçmektir. Siyasal partilerle bağı olmayan üyeler Kurulda yürütme tarafından belirlenen üyelere karşı bir karşı denge oluşturarak bağımsız bir Kurulun yolunu açabilirlerdi. Yukarıdaki anlaşma böyle bir olasılığın önünü tümüyle kapatmıştır.

<sup>76</sup> www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1, s. 15-16.

### 3. Genel Kurulda HSK Seçimleri

Anayasa'ya göre, Genel Kurul'daki seçimler Karma Komisyondaki seçimleri andırmaktadır. Karma Komisyon adaylar arasında bir eleme yaparak seçilecek üye sayısının üç katı kadar aday belirlemekte ve Genel Kurul aynı yöntemle seçilen adayların 1/3'ünü üye olarak seçmektedir: Genel Kurul, karma Komisyon tarafından belirlenen adaylar arasından, her bir üye için ayrı ayrı gizli oyla seçim yapmaktadır. Birinci oylamada üye tamsayısının 2/3 çoğunluğu; bu oylamada seçimin sonuçlandırılmaması halinde, ikinci oylamada üye tamsayısının 3/5 çoğunluğu aranmaktadır. İkinci oylamada da üye seçilemediği takdirde en çok oyu alan iki aday arasında ad çekme usulü ile üye seçiminin tamamlanması gerekmektedir.

Yukarıdaki iki uygulamaya da baktığımızda ana kararın Karma Komisyon tarafından verildiği ve Genel Kurul'da üzerinde fazla tartışma yapılmaksızın komisyonda alınan kararın yerine getirildiği görülmektedir. Örneğin 25 Mayıs 2021'de Genel Kurul'da yapılan seçimde bir muhalefet partisi temsilcisi dışında konuşan olmamış ve seçim bir saati aşmayan bir sürede sonuçlandırılmıştır.<sup>77</sup>

Şimdi bütün bu anlatılanlardan sonra Anayasa değişikliğinin, amacına ne kadar ulaştığı sorusunun cevabını vermek gerekir. Anayasa değişikliğiyle amaçlanan hiç kuşkusuz HSK'nın yapısını parlamentoyu devreye katarak demokratikleştirmektir. TBMM tarafından yapılan seçimlerin Kurula “demokratik bir öz” katacağı ileri sürülebilirse de bu özün varlığı yapılan seçimin niteliğine bağlıdır. Yukarıdaki iki seçim incelendiğinde Kurul'a siyasal parti tarafından desteklenen kişilerin seçilmiş olduğu rahatlıkla söylenebilir. Nitekim bu durum bilindiğinden başvuran adaylar genellikle bir siyasal parti desteği sağlama arayışına girmektedirler.<sup>78</sup> 2017 yılında

<sup>77</sup> www.tbmm.gov.tr/tutanaklar, 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1, s. 1-18. Söz konusu birleşim toplam 2 saat 48 dakika sürmüş ve 18 sayfalık tutanak yazılmıştır. Bu 18 sayfanın 15'i gündem dışı konuşmalar ve grup önerilerine ve sadece 3 sayfası seçime ilişkindir. Adaylar toplam 460 oy alarak ilk turdaki 2/3 koşulunu sağlamış ve seçilmişlerdir.

<sup>78</sup> Siyasal iktidarın gösterdiği adaylar dışındaki kimsenin seçilmesine izin verilmeyeceği aday potansiyeli taşıyan kimseler tarafından da bilindiğinden başvuruda bulunanlar genellikle bu tür bir desteği sağlamış kişilerdir. Bu durum 83 adayın başvurusu üzerine yapılan Komisyon toplantısında şöyle dile getirilmiştir: “Şimdi, aday olma süreçlerine baktığımızda ne yazık ki baştan işaret ettiğimiz bu tehlikelerin tamamının aslında sadece bir vehim değil, yalın, somut gerçeklik olduğunu görüyoruz; müracaatlar ortada. Bakıyoruz -işte şurada bize dağıttığınız, teşekkür ederiz- bir buraya bakalım, buradaki referanslara, referanslarını yazmış: AK PARTİ il başkanı, AK PARTİ milletvekili. Buradaki referanslar, ben uydurmadım, özellikle ihtiyaç duymuş bu referansları yazmaya veya açık kaynaklardan

yapılan birinci seçimde Karma Komisyon çoğunluk sağlanamaması halinde kendi adayları arasından kur'a çekilmesine olanak tanıyan bir yöntem uygulayacağına mesajını vermiş ve muhalefet buna itiraz edeceğine toplantılara katılmama kararı almış ve siyasal iktidar seçilecek üyelerin tümünü belirlemiştir. 2021 yılında yapılan seçimde siyasal partiler, üyelikleri kendi aralarında bölüşmüşlerdir. Dolayısıyla seçilen üyelerin belirli siyasal partilerin desteğine sahip oldukları söylenebilir. HSK'ya parlamento tarafından yapılacak seçimin Kurul'a demokratik bir öz katabilmesi, seçimlerde kişilerin yeterliliklerini dikkate alan bir eleme yapılmasıyla mümkündür; oysa bunun tam tersi yapılmıştır. İktidar partisi son seçimde 7 üyelikten 4'ünü alarak Kurul'un toplam 13 üyesinden 10'unu belirleme şansı elde etmiştir. Dolayısıyla siyasal partilerle bağı nedeniyle seçilen üyelerin hâkim teminatını sağlama düzeylerinin yetersiz kalacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bütün bu nedenlerle 2017 Anayasa değişikliği sonrasında oluşturulan HSK'nın yürütmenin etkisinde hareket etme ihtimalinin kesine yakın olduğu söylenebilir ve bu tasarım 2017 değişikliklerinin genel yaklaşımına uymaktadır. Çünkü 2017 Anayasa değişiklikleri kuvvetler ayrılığını, yasama ve yargı erklerinin, yürütme erkine tabi oldukları bir ilişki biçimi olarak tanımlamıştır: Yargı ve yasama organik olarak yürütme erkinden ayrı olmakla birlikte işlevleri yönünden yürütme erkinin belirlediği çerçeve içinde hareket etmek zorundadırlar. Bu durumda HSK da yargı organını yürütmenin belirlediği hedeflere uygun davranmayı sağlayan bir organ olup üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesi doğaldır. Ancak bu yaklaşımın yargı bağımsızlığını ortadan kaldırdığı söylenmelidir.

Yargı bağımsızlığı ve dolayısıyla hukuk devleti ile ilgili genel değerlendirmeyi tamamlamak için "anayasanın üstünlüğü" ilkesini güvenceye alan AYM'nin yapı ve oluşumunu da incelemek gerekir.

---

*araştırıyorsunuz: Milletvekili adayı, belediye meclis üyesi adayı, belediye meclis üyesi, AK PARTİ il yöneticisi, ilçe yöneticisi. Yani, şu veya bu şekilde, işte biraz önce söylediğim filanca cemaatlerle teması; sosyal medya paylaşımlarına bakıyorsunuz, çok net işaret ediyor. Açıyorsunuz, Facebook'a girseniz yetiyor, Twitter hesabına girseniz "Neyi paylaşmış?" diye görebiliyorsunuz. Değerli arkadaşlar, böyle bir tablo içerisinde... Yani, 83 adayın hepsi böyle demiyorum ama yüzde 80'inin böyle olduğu bir tabloyla karşı karşıyayız. Soruyorum size: Bu bir tesadüf mü?"([https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 09.Mayıs.2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1, s. 12.)*

*YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

### III. ANAYASA MAHKEMESİ

Bir ülkede uygulanan pozitif hukukun anayasal ilke ve değerlere uygunluğu, anayasanın hiyerarşik olarak diğer kurallara üstün olmasıyla sağlanır. Anayasanın korunabilmesi öncelikle, devlet iktidarını kullanan organların bütün faaliyetlerinde anayasaya uygun hareket etmelerine bağlıdır. Yürütme ve yargı organlarının ve idare makamlarının faaliyetlerinde anayasaya uygun hareket etmeleri, dolayısıyla bunu sağlayacak yargı denetimi gibi mekanizmaların varlığı bu yönden önem taşımaktadır. Ancak, hem yürütme, hem de yargı organına karşı sağlanan bu koruma, tek başına yurttaşların hukukî güvenliğini sağlayamaz. Çünkü yasama organının çıkaracağı yasaların anayasaya aykırı olması halinde “*idarenin kanuniliği*” ilkesine uygun olarak faaliyette bulunmak zorunda olan yürütme organının temel hak ve özgürlüklere zarar vermesi kaçınılmaz olur. Yurttaşların temel hak ve özgürlükleri konusunda yeterince titiz davranmayan ya da otoriter eğilimleri olan bir yasama çoğunluğu, çıkardığı kanunlarla temel hak ve özgürlükler için anayasada getirilmiş güvencelere aykırı kurallar koyabilir. Bu durumda çıkarılan kanuna uygun hareket eden yürütme ve yargı organları, kanuna uyarak anayasaya aykırı biçimde temel hak ve özgürlüklere zarar vermiş olurlar. Bu yüzden, anayasa sınırları içinde hukuksal düzenin yaratıcısı olan yasama organının anayasaya uygun hareket etmesinin sağlanması yaşamsal önem taşır.<sup>79</sup> İktidarın sınırlandırılması amacı anayasaların üstünlüğü prensibi tarafından korunabileceği gibi görünmesine rağmen tarihsel süreç, anayasanın üstünlüğü prensibinin tek başına anayasaya uyulmasının güvencesi olmadığını ispatlamıştır. Anayasanın üstünlüğünü korumak etkili bir denetim mekanizmasının kurulmasına bağlıdır ve bu denetim mekanizması kurulmadığı sürece anayasanın üstünlüğü ilkesi kâğıt üzerinde kalmaya mahkûmdur. Bunun bir sonucu olarak, anayasalarda temel hak ve özgürlükleri koruyan soyut normların yanında, bu normlara uyulmasını sağlayacak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerini hayata geçirecek bir kuruma ihtiyaç olduğu söylenebilir. Bu bağlamda anayasaya uygunluğu sağlamaya yönelik bir anayasa yargısı en etkin hukuki teminat olarak keşfedilmiştir.<sup>80</sup>

<sup>79</sup> ÖDEN, Merih., “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Yargı”, *AÜHFĐ* 48, no. 1 (1999): 24.

<sup>80</sup> ERGÜL, Ozan., **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 70; CENGİZ, Burcu., **Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri**, TBMM Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014, s. 2.

Türkiye’de AYM, “anayasanın üstünlüğü” ilkesini hayata geçirmek ve hukuk devletini güçlendirmek için ilk defa 1961 Anayasasında düzenlenmiştir. Eroğul Mahkemesiyle ilgili şu değerlendirmeyi yapmaktadır:

“Yargı alanında önemi güçlülükle abartılacak bir başka yenilik, Anayasa Mahkemesinin kurulmuş olmasıdır. Böylece Türk anayasa geleneğinde bir devrim yapılarak yasaların yargısal denetimi kurumsallaştırılmıştır...bu mahkeme anayasal geleneğimize öylesine güçlü bir biçimde girmiştir ki, artık Türkiye’de Anayasa Mahkemesi olmadan tüze devleti ilkesinin gerçekleştirilebileceğini savunmak neredeyse olanaksızlaşmıştır.”<sup>81</sup>

Hacim darlığı nedeniyle AYM’nin geçirdiği dönüşümü bütün yönleriyle incelemenin olanağı yoktur. Dolayısıyla burada sadece Mahkemenin yapısal olarak geçirdiği dönüşüm incelenecek ve bunun görev ve yetkilerini yerine getirme biçimi üzerindeki etkileri sonuç bölümünde tartışılacaktır.

#### **A. 1961 Anayasası Dönemi**

1961 Anayasasında AYM üyelerinin seçimi ile ilgili kural şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi, onbeş asıl ve beş yedek üyeden kuruludur. Asıl üyelere dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi Başkan ve üyeleriyle Başsavcısı ve Başkanunsözcüsü arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir. Bir üye Sayıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleri arasından aynı usûlle seçilir. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu iki üye seçer. Cumhurbaşkanı da iki üye seçilir. Cumhurbaşkanı, bu üyelere birini, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer....

Yasama Meclisleri, bu seçimleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışında, üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. İlk iki oylamada bu çoğunluk sağlanmazsa, salt çoğunlukla yetinilir. ....

Anayasa Mahkemesine, Yargıtay iki, Danıştay ile Yasama Meclislerinin her biri birer yedek üye seçerler.” (m. 145)

Mahkeme üyeliklerinin dağılımı şu şekilde gösterilebilir:

<sup>81</sup> EROĞUL, 2004, s. 294.





Şekil 11-1961 Anayasası'nın Özgün Halinde AYM'ye Üye Seçimi

Burada incelenen konu açısından dikkat çekici hususlar şunlardır: *İlk olarak* Mahkeme üyelerinin yarıya yakını Yargıtay ve Danıştay tarafından seçilmektedir. *İkinci olarak* Cumhurbaşkanının seçeceği iki üyeden birinin Askeri Yargıtay'dan seçilmesi zorunlu kılınarak, Mahkemeler tarafından seçilen üyelerin sayısı 8'e çıkarılmaktadır. *Üçüncü olarak* Cumhurbaşkanı 2 üye belirleme hakkına sahip olmasına rağmen, bunlardan sadece biri için daha geniş bir yelpazeden üye seçme hakkına sahiptir.<sup>82</sup> *Dördüncü olarak* Mahkemeye demokratik bir öz katmak için parlamentonun iki kanadının beş üye seçmesi öngörülmüş ancak seçilecek kişilerin üzerinde uzlaşılacak kişiler olmasını sağlamak için ilk iki oylamada üçte iki çoğunluk aranması ve üçte iki çoğunluk bulunamadığı takdirde salt çoğunlukla yetinilmesi öngörülmüştür. Ayrıca seçimde vicdani kanaatlere göre oy kullanılmasını sağlamak için gizli oy esası getirilmiştir. *Son olarak* TBMM adına denetim yapmakta olan Sayıştay'a da 1 üye belirleme hakkı verilmiştir.

1971 Anayasa değişikliğinde yukarıdaki dağılım aynen korunmuş sadece ilk iki oylamada üçte iki çoğunluk arama zorunluluğu kaldırılmıştır. Gerekçede bu değişikliğin "seçimlerin zamanında ve maksada uygun şekilde" tamamlanması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

### B. 1982 Anayasası Dönemi

1982 Anayasası, 1961'de getirilen modeli önemli yönlerden değiştirmiştir. Düzenleme şöyledir:

"Anayasa Mahkemesi onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Cumhurbaşkanı, iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek

<sup>82</sup> "Anayasa Mahkemesine asıl veya yedek üye olabilmek için, kırk yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da Başkanlık, üyelik, başsavcılık, Başkanunsözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya onbeş yıl avukatlık yapmış olmak şarttır." (m. 145/3). Dolayısıyla Cumhurbaşkanı bu niteliklere sahip herhangi bir kişiyi üye olarak atayabilirdi.

üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi Başkan ve üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer” (m. 146/1-2).

Düzenlemenin gerekçesinde şu açıklamalar yapılmıştır:

“Geçen yirmi yıllık uygulama sürecinde Anayasa Mahkemesinde boşalan üyeliklere yapılacak seçimlerin uzun süreler beklenildiği halde yapılmadığı bilinmektedir....Mahkemeye katılacak hâkim sayısının çokluğunun, toplanmadaki aksaklıklara bir başka sebep olduğu da meydandadır. Her mahkeme gibi Anayasa Mahkemesinin de yüceliği yanında tarafsızlığı da kesin bir esastır. Böyle bir kuruluşun, Cumhurbaşkanlığı tarafından seçilecek hâkimler ile kurulması Komisyonumuzca daha uygun görülmüştür. Cumhurbaşkanlığı tarafsız ve yüce bir kuruluştur. Bu niteliği nedeniyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi bu yüce makama tevdi olunmuş (tur).”

Üyeler aşağıdaki kurumlardan gelmektedir:

Kaynak	Asıl (11)	Yedek (4)
Yargıtay	2	2
Danıştay	2	1
Askerî Yargıtay	1	-
Askerî Yüksek İdare Mahkemesi	1	-
Sayıştay	1	-
YÖK	1	-
Üst Kademe Yöneticileri ve Avukatlar	3	1

Şekil 12-1982 Anayasası'nın Özgün Halinde AYM'ye Üye Seçimi

Düzenleme ve gerekçesi incelendiğinde şu değişikliklerin yapıldığı anlaşılmaktadır. *İlk olarak* üye sayısının fazlalığının toplantıya engel oluşturduğu düşünülerek üye sayısı 15'ten 11'e düşürülmüştür. *İkinci olarak* parlamento tarafından yapılan seçimlerin sonuçlandırılmaması dikkate alınarak parlamento tarafından seçim yapılması uygulamasına son

verilmiştir. Üçüncü olarak Mahkemenin tarafsızlığının, demokratik yöntemlerle oluşturulmasından daha önemli olduğu düşünülerek bütün üyelerin tarafsız bir kurum tarafından atanması öngörülmüştür. Buna göre bütün üyeler Cumhurbaşkanı tarafından Anayasada sayılan kurumlardan seçilecekti. Ancak Cumhurbaşkanı, bu konuda tümüyle özgür değildi ve asıl seçimleri mahkemeler ve YÖK kendi içlerinde yapmakta ve Cumhurbaşkanına son kararı vermesi için üç kat aday bildirmekteydi. Dolayısıyla Mahkemelerin belirledikleri adaylar içinden sembolik yetkili ve tarafsız Cumhurbaşkanı tarafından son seçim yapılmaktaydı. Cumhurbaşkanı sadece üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından yaptığı seçimde daha geniş bir yetkiye sahipti.

### C. 2010 Anayasa Değişikliği Dönemi

AYM'nin yapısında 1961 Anayasasından 1982 Anayasasına geçerken önemli değişiklikler yapılmakla birlikte, 12. 09. 2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliğinin 1982'den daha köklü bir değişiklik olduğu söylenebilir. Anayasanın yeni düzenlemesi şöyledir:

“Anayasa Mahkemesi onyediden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.” (m. 146)

Anayasada öngörülen düzenlemeye göre dağılım şu şekilde gösterilebilir:

Seçen Kurum/Kaynak	TBMM (3)	Cumhurbaşkanı (14)
Sayıştay	2	-
Serbest Avukatlar	1	-
Yargıtay	--	3
Danıştay	-	2
Askeri Yargıtay	-	1
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi	-	1
YÖK	-	3
Üst Kademe Yöneticileri ve Avukatlar	-	4

Şekil 13-2010 Anayasa Değişikliği Döneminde AYM'ye Üye Seçimi

Sözkonusu değişiklikle *ilk olarak* üye sayısı on yediye yükseltilmiştir. *İkinci olarak* yedek üyelik statüsüne son verilmiş ve mevcut yedek üyelerin asıl üye statüsüne geçmesi öngörülmüştür. *Üçüncü olarak* Mahkemenin demokratik bir öze kavuşturulması için parlamentoya üye seçme hakkı verilmiştir. *Dördüncü olarak* Cumhurbaşkanı tarafından yargı organları dışından seçilecek üyelerin sayısı ile yargı organlarından seçeceği üyelerin sayısı eşitlenmiştir (7-7). Maddede yapılan değişikliklerden bazıları AYM tarafından iptal edilmişse<sup>83</sup> de, radikal değişikliklerin büyük çoğunluğu varlığını korumuştur. Bu dönemde çok sayıda hukukçu yapılan değişiklikleri ciddi biçimde eleştirmiştir:

“Bu yaklaşım aslında ‘denetlenmek istemeyen’ hükümetin ya da ‘siyasal iktidarın’ Anayasa Mahkemesinin ulus adına verdikleri kararları beğenmediklerinden dolayı tekrarladıkları gerçeğin ters yüz edilmiş politikasıdır. Oysa yargı, siyasetin ve Meclis kararlarının demokrasi için gerçekleştiren erklerdir. Bunun teminatı olan Anayasa Mahkemesinin yapısı tamamen değiştirilmiştir. Savunmadığımız 1982 Anayasası’nın Anayasa Mahkemesini düzenlemesinin ötesinde, artık 1961 Anayasası tarafından siyasal iktidarın denetimi amacıyla kurulmuş bir anayasa mahkemesi yoktur.”<sup>84</sup>

#### D. 2017 Değişiklikleri Dönemi

21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa değişiklik Kanunuyla 2010 Anayasa değişikliklerinin özü korunmuş ve Mahkemenin üye sayısı 17’den 15’e düşürülmüştür. Anayasa “Askerî Yargıtay” ile “Askerî Yüksek İdare

<sup>83</sup> 07.07.2010 Tarihli ve E. 2010/49; K. 2010/87 sayılı Karar.

<sup>84</sup> İLKİZ, Fikret, “Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 46.

Mahkemesi”ni kaldırdığından bu mahkemelerden AYM’ye üye atanmasına ilişkin hükümler de kaldırılmıştır.

1982 Anayasasındaki ilk düzenleme maddenin son hali arasındaki farklılıklar kabaca şu şekilde gösterilebilir:

	İlk hal	Son hal
Üye sayısı	11 Asıl 4 Yedek	15 Asıl
Yedek Üye	Var	Yok
Cumhurbaşkanı	11 Asıl 4 yedek	12 Asıl
TBMM	Yok	3 Asıl

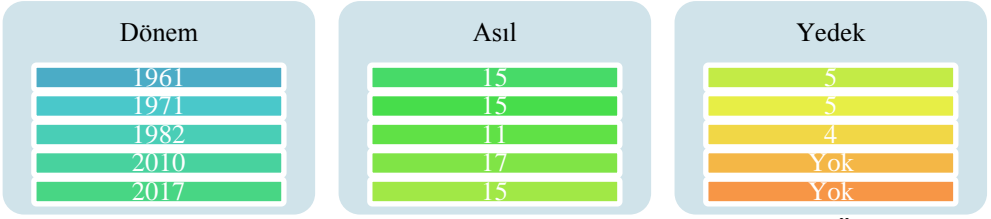
Şekil 14- AYM Üyelerinin Seçimi Karşılaştırması (1982-2017)

Anayasa’nın iki hal arasındaki bir başka karşılaştırmayı üyelerin seçildiği kurumlar yönünden yapmak gerekir:

Kurum	İlk hal	Son hal
Yargıtay	2 Asıl+2 Yedek	3 Asıl
Danıştay	2 Asıl+ 1 Yedek	2 Asıl
YÖK	1 Asıl	3 Asıl
Üst kademe yönetici+ avukat+hakim savcı+AYM Raportörü	3 Asıl+1 Yedek	4 Asıl TBMM Seçer 1
Sayıştay	1 Asıl	TBMM Seçer 2
Askeri Yargıtay	1 Asıl	Kaldırıldı
Askeri Yüksek İdare Mahkemesi	1 Asıl	Kaldırıldı

Şekil 15- AYM Üyelerinin Seçildikleri Kaynak Yönünden Karşılaştırılması (1982-2017)

Son olarak 1961 Anayasasından beri Mahkemenin üye sayısını topluca görmek yararlı olabilir:



Şekil 16- 1961 Anayasası Döneminden Günümüze AYM'nin Üye Sayısı

AYM'nin üye yapısı 1961 Anayasasından 2017 Anayasa değişikliğine kadar geçen dönemde incelendiğinde şunlar söylenebilir. *İlk olarak* 1961 Anayasasında parlamento tarafından Mahkemeye üye seçilmesine olanak tanınmışken, 1982 Anayasası bu olanağı kaldırmış ve 2010 ile 2017 değişiklikleri bu yönden yeniden 1961 Anayasası dönemine geri dönmüşlerdir. *İkinci olarak* 1961 Anayasasıyla getirilen yedek üyelik sistemi, 2010 değişikliğiyle kaldırılmış ve bu durum 2017 Anayasa değişikliğiyle sürdürülmüştür. *Üçüncü olarak* üye sayısı 2010 yılından 2017 yılına azalmış gibi görünse de bunun nedeni Askeri Yargıtay ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kaldırılmış olmasıdır. *Dördüncü olarak* AYM'nin yapısında meydana gelen en önemli değişiklik 2017 Anayasa değişikliğinin dolaylı olarak yarattığı etkinin sonucunda oluşan değişikliktir. Cumhurbaşkanına tarafsızlığı dolayısıyla önerilen adaylar arasından seçim yapma hakkı tanınması, AYM'ye verilen sembolik önemi de yansıtmaktadır. Mahkemenin üyeleri son kertede, devleti temsil eden Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmekle, üyelere verilen önem de gösterilmiş olmaktadır. 1982 Anayasasının özgün halinde bütün üyelerin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesiyle bu nokta daha da belirginleşmiştir. Ancak 2017 Anayasa değişikliğiyle Cumhurbaşkanı artık tarafsız değildir ve mensubu olduğu siyasal partinin genel başkanıdır; dolayısıyla ancak siyasal tercihlerine göre Mahkemeye seçim yapabilir.

AYM'ye üye seçiminde, diğer kurumların üye seçiminde olduğu gibi kişilerin doğrudan aday olmalarına izin verilmemiştir. Çoğunlukla kurumlar kendi içlerinden aday belirlemekte ve kurumların belirlediği adaylar arasından TBMM ve Cumhurbaşkanı tarafından seçim yapılmaktadır. Sayıştay'dan gelecek üyeleri Sayıştay Genel Kurulu belirlemektedir. Kurul her üyelik için TBMM'ye üç aday bildirmektedir. İki üye seçileceği zaman altı aday bildirilmektedir. Serbest avukatlar arasından gelen üyelik için aday bildirimini baro başkanları tarafından yapılmaktadır. Baro başkanları, bir üyenin seçimi için TBMM'ye üç aday bildirmek zorundadırlar. Yargıtay ve Danıştay'dan gelecek üyeler için adayları, bu mahkemelerin genel kurulları

belirlemektedir. Genel kurullar her üyelik için başkan ve üyeleri arasından üç aday bildirmek zorundadırlar. Toplam beş üyelik için bildirilmesi gereken aday sayısı 15'tir. Ancak üyelerin görev süresi farklı zamanlarda sona erdiğinden belirlenecek aday sayısı, seçilecek üye sayısına bağlı olarak değişmektedir. YÖK tarafından bildirilecek üyeler için en az ikisinin hukukçu olması zorunluluğu getirilmiştir. YÖK bu adayları yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından seçmek zorunda olup, kendi üyelerini aday olarak gösteremez. Burada da seçilecek üye sayısının üç katı kadar aday belirlenmek zorundadır. Cumhurbaşkanı dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçmektedir; adaylık başvurusu yapmaya ya da aday bildirmeye gerek yoktur. Şu halde son grupta sözü edilen dört üye dışındaki bütün üyeler kurumların aday göstermesiyle seçilmektedir ve istisnasız biçimde kurumlar seçilecek her üye için üç aday belirlemek zorundadırlar. Cumhurbaşkanının adaylar arasından yapacağı seçim kendi takdirine bağlıdır ve her Cumhurbaşkanı kendi önceliklerine bağlı olarak kendi takdir yetkisini kullanacaktır. Cumhurbaşkanı artık yürütmenin başı olduğundan, kendi politik önceliklerine destek verecek üyeleri seçme eğiliminde olması beklenebilir.

TBMM'de yapılan seçim, TBMM'nin aşamalı çoğunluk uyguladığı klasik seçimlerinden biridir. Seçimin ilk iki turunda üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu, üçüncü turda üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmaktadır. Bu turda da çoğunluk sağlanmazsa dördüncü tura en çok oy alan iki aday katılmakta ve olağan karar yetersayısı bulunması koşuluyla en çok oy alan kişi seçilmektedir.<sup>85</sup> TBMM'nin AYM'ye üye seçmesi demokratik ilkelere göre oluşturulmuş parlamentonun tercihlerinin Mahkemeye yansımaları ve Cumhurbaşkanının iradesinin dengelenmesini sağlayabilir. Ancak bu tür bir anlayışın doğabilmesi parlamentonun çoğulcu yapıyı yansıtan uzlaşmacı bir anlayışla karar verebilmesi gerekir. Anayasada 1961 Anayasasına tepki olarak geliştirilen “*üç ya da dört turlu 2/3, 2/3, 1/2, basit çoğunluk*” formülü ve uzlaşmayı güvenceye alabilen bir formül değildir. Uzlaşmaya dayalı

<sup>85</sup> AYM'ye üye seçiminin Anayasa'daki klasik seçimlerden bir farkı vardır: Seçim dört turlu değil üç turludur. Bunun nedeni üçte iki çoğunluğun ilk iki turda değil sadece ilk turda aranmasıdır. Bu değişikliğin nedeni yapılan bir gözlemden kaynaklanmıştır: İlk turda üçte iki çoğunluk bulunmadığında ikinci turda da bulunamamaktadır. 2010 değişiklikleri sırasında bu gözlemden hareketle AYM'ye üye seçiminde ilk iki turdan biri gereksiz görülerek kaldırılmıştır. Ancak bu farklılık bu paragrafta yapılan saptama üzerinde etkili değildir.

çoğulcu bir anlayışın hâkim olabilmesi için özellikle kutuplaşma eğilimlerinin arttığı dönemlerde aktörleri uzlaşmaya zorlayacak kuralların bulunması gerekir. Buradaki formülün “*ilk iki turda 2/3, 2/3*” şeklindeki kısmı uzlaşmaya zorlayan niteliktedir. Ancak bu çoğunluk bulunmadığından, istisnasız biçimde, formülün “*üçüncü ve dördüncü turda ½, basit çoğunluk*” kısmı devreye girmekte ve uzlaşma arayışını sona erdirmektedir. Aktörler oylamanın başında bu tür bir seçenek olduğunu bildiklerinden, pratikte, sürekli olarak formülün ikinci kısmı işlemektedir. Bu formülün bugüne kadar birinci kısmının işlediği görülmemiştir. Dolayısıyla formülün bu kısmını, *gerçekleşme olasılığı olmayan bir temenniden* ibaret saymak gerekir. Oylamalarda bu turlar yasal bir formalitenin yerine getirilmesi olarak görülmekte ve aktörler daha çok üçüncü turda<sup>86</sup> sonuca gidileceğini bilmektedirler. Yürütmenin Meclis çoğunluğuna sahip olduğu üçüncü ya da dördüncü tura da gitmeye gerek kalmamaktadır. Nitekim AYM seçimlerinde ikinci ve diğer seçimlerde üçüncü turda sonuç elde edilmektedir. Dolayısıyla Mahkemeye TBMM’ye üye seçiminde uygulanan **gerçek kural**, bildirilen adayların Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla seçilmeleridir. Bu çoğunluk yürütme organıyla organik bağı olan ve yürütmeyi destekleyen çoğunluktur. Dolayısıyla Meclis tarafından kullanılan tercihler ile Cumhurbaşkanının tercihlerinin bu sistem içinde ayrışmasının olanaklı olmadığını belirtmek gerekir; Mecliste genellikle çoğunluk partisinin genel başkanı olan Cumhurbaşkanının istekleri doğrultusunda karar alınmaktadır. Bunun anlamı bu sistem içinde parlamentonun seçim yapmasının, Mahkemeye demokratik bir içerik sağlamaktan uzak olmasıdır.

#### IV. SONUÇ

Yargı bağımsızlığı hukuk devletinin en önemli güvencesidir ve yargı bağımsızlığının gerçekleştirilmesi hâkim ve savcılık teminatıyla doğrudan ilişkilidir. Bir mahkemenin bağımsız olması, yani kurumsal bağımsızlık için o mahkemede karar veren hâkimin bağımsız olması, yani şahsi bağımsızlık kavramının var olması gerekir. Vereceği kararın sonucunun başına işler açabileceğini düşünen bir hâkimin kişisel kaygılarla hukuka aykırı kararlar vermesi mümkündür. Öte yandan terfi olanaklarının belirli bir siyasal çoğunlukla özdeşleşmeye bağlı olduğu algısının oluşması, kişisel çıkarlarını kamu yararının önünde tutan kişilerin öne çıkmasına ve yargı organının üst basamaklarına tırmanmasına neden olabilir. İktisattaki “*kötü para iyi parayı*

<sup>86</sup> AYM seçiminde ikinci turda  
YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)



*kovar*” deyimine benzetilecek olursa “*kötü hâkim iyi hâkimi kovar.*” Liyakat ilkesinin yerini siyasal sadakat almaya başladıkça, kamu yararı doğrultusunda faaliyette bulunan yargı mensupları geri plana çekilmeye ve sadakatini gösterenler öne çıkmaya başlarlar. Bu tür bir durumun sonucu yargı bağımsızlığının her geçen gün gerilemesi ve siyasal iktidarı memnun eden bir yargı organının kurumsallaşmasıdır. Bu durum kısa vadede belirli bir siyasal iktidarın işine yarar gibi görünse de yargı bağımsızlığı kalmamış bir devletin hukuk devleti olarak adlandırılmaması nedeniyle, bu durumun kazananı olamaz. Bu çerçeveden bakıldığında hâkimlik teminatı bu görevi yürüten kişiye verilmiş kişisel bir ayrıcalık olmayıp kamu yararının gerçekleşmesinin vazgeçilmez bir önkoşuludur. Bu önkoşulun yerine getirilmesi hâkimlik teminatını güvenceye alan HSK’nın bağımsız olmasına bağlıdır.<sup>87</sup>

Doktrinde ve AYM Kararlarında HSK türü üst yargı kurullarının oluşumunda farklı modeller olduğu ileri sürülmektedir. Örneğin AYM daha önce alıntılanan kararında “*Yüksek Yargı Konseylerinin oluşumuna bakıldığında her ülkede farklı modellerin benimsendiği*”ni söylemektedir. Özbudun bu bağlamda “*bir çeşit kast zihniyetine sahip bir yargı teknokrasisi*” oluşmaması için farklı modellerin benimsendiğini söylemekte ve Fransa’daki Yüksek Hâkimlik Şurası’nı (*Conseil Supérieur de la Magistrature*) örneğini vermektedir. Kurul Cumhurbaşkanınca altısı adliye hâkimleri arasından, biri Devlet Şurası içinden ve diğer ikisi kendi takdirine göre seçilen dokuz üyeden oluşmaktadır. Kurulun başkanı Cumhurbaşkanı, başkanvekili Adalet Bakanı’dır. Bu yetki *paylaşılmış* bir yetkidir, çünkü Cumhurbaşkanı kendi seçtiği iki üye dışındaki üyeleri, üyelerin mensubu oldukları kurulların önerisi üzerine seçmektedir. Aynı şekilde İtalya’da da Yüksek Hâkimlik Şurasının (*Consiglio Superiore della Magistratura*)’nın

<sup>87</sup> Bu bağlamda basın-yayın organlarında sıklıkla dile getirilen bir eleştiriye değinmek gerekir. Ülkede yargılama konusu yapılması gereken olaylarla ilgili yargı organlarının harekete geçmemesi “*yürekli bir savcının*” bulunmaması nedenine bağlanmaktadır. Oysa sorun hiçbir şekilde bir “*yürekli savcı*” meselesi değildir. Yürekli savcının ortaya çıkmaması, hâkim ve savcıların mesleki güvenliklerinin sağlanmış olmasına bağlıdır ve bu güvenliği sağlayacak olan kurum HSK’dır. Siyasi etkiler altında oluşan HSK’nın hâkim ve savcılar üzerinde nesnel bir değerlendirme yapması beklenemez. Bu durumda savcıların, özellikle de siyasal iktidar yönünden sonuçları bulunan olaylara girmek istememeleri son derece doğal ve mantıklıdır. Çünkü bu tür davalar açan bir savcının, çeşitli yaptırımlarla karşılaşması büyük olasılıktır. Dolayısıyla HSK’nın siyasal oluşumlardan etkilenmeyecek biçimde oluşması, “*yürekli savcılarının*” ortaya çıkabilmesinin önkoşuludur. Bu tür bir HSK yapılması olmaksızın “*yürekli savcı*” ortaya çıkamaz; ortaya çıksa bile kısa sürede tasfiye edileceğinden ortaya çıkmasını kimse farkedemez.

üyelerinin 1/3'ü parlamento tarafından, üçte ikisi hâkimlerin kendi aralarından seçilmekte ve Kurulun başkanlığını Cumhurbaşkanı yapmaktadır.<sup>88</sup> Makalede daha önce aktarılan Avrupa Yargıçları Danışma Konseyi görüşünde bu tür kurullarda “üyelerin tamamının ya da çoğunluğunun yargıçlardan oluşması” önerilmekteydi. Buna karşılık Venedik Komisyonu “Yargı içinde korporatizmin olumsuz etkilerinden sakınmak için, yargı bağımsızlığı ve özyönetim ile yargının hesap verebilir olması zorunluluğu arasında bir denge sağlanma(sı),... bu amaca hizmet edecek... karma yapılı bir yargı kurulu oluştur”ulmasından söz etmektedir. Komisyon Kurulun nasıl oluşturulması gerektiğini şöyle açıklamaktadır: “Yargı Kurulu üyelerinin önemli bir bölümü ya da çoğunluğu, yargının kendisi tarafından seçilmelidir. Kurula demokratik meşruluk kazandırmak için, diğer üyeler, gerekli yasal koşulları taşıyan kişiler arasından, olası çıkar çatışmalarını da göz önünde bulundurarak, yasama organı tarafından seçilmelidir.”<sup>89</sup> Çelik, Venedik Komisyonu’nun karma yapılı bir kuruldan yana tavır koymasıyla, yargı mensupları dışındaki üyelerin yasama organı tarafından seçilmesi gerektiğini söylemesiyle ve bu yaklaşımı demokratik meşruluk kavramıyla temellendirmesiyle Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu’ndan ayrıldığını belirtmektedir.<sup>90</sup> Aslında özü yönünden iki görüş arasında farklılık yoktur ve Avrupa Yargıçları Danışma Kurulu ana noktayı yakalamıştır: “...yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması...”. Çelik, yasama organı tarafından kurullara üye seçiminde geçerli olan çoğunlukları incelemekte ve Belçika’da 2/3 çoğunlukla üye seçiminin parlamentodaki partileri uzlaşmaya zorladığını ifade etmektedir. Fransa’da atama yapılabilmesi için Meclisin her iki kanadında da atama komisyonlarında atamanın 3/5 çoğunlukla reddedilmemiş olması gerekir. Kanatlardan birinden böyle bir çoğunluk çıkarsa Cumhurbaşkanı atama yapamamaktadır. İspanya’da parlamentonun her iki kanadının da 3/5 çoğunluğu gerekmektedir. İtalya’da bu çoğunluk parlamentonun meclislerinin birleşik toplantısında ilk turda üye tamsayısının 3/5 çoğunluğuyla ve ikinci turda toplantıya katılanların 3/5 çoğunluğuyla seçildiği görülmektedir. Öte yandan bu kurulun seçiminde nitelikli çoğunluk aranmayan ülkelerde bu durumun ciddi biçimde eleştiri konusu olduğu söylenmektedir.<sup>91</sup> Dolayısıyla Kurul için hangi model

<sup>88</sup> ÖZBUDUN, 1995, s. 335-336.

<sup>89</sup> Aktaran: ÇELİK, Burak., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 87-88.

<sup>90</sup> ÇELİK, 2012, s. 88.

<sup>91</sup> ÇELİK, 2012, s. 100-105.

benimsenmiş olursa olsun, yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde olmayan bir kurul oluşturulamadığı sürece yargı bağımsızlığının sağlanmasının güç olduğunu söylemek gerekir. Bu tür kurulların kurumsal bağımsızlığı kurul üyelerinin hangi yolla seçildiği, yürütme tarafından seçilen üyelerin kurulda ne kadar etkin oldukları, üyelerin geldikleri yer bakımından çeşitliliği, kendisine ait bütçesi ve binası bulunup bulunmadığı, görev ve yetkilerinin kapsamı, hâkim ve savcılar için ayrı kurulların bulunup bulunmadığı gibi hususların bütüncül bir yaklaşımla değerlendirilmesi sonucunda korunabilir.<sup>92</sup>

HSK geçmişiyle birlikte değerlendirildiğinde şu özet yapılabilir: 1961 Anayasası döneminde karma yapılı bir kurul olarak tasarlanmış ve üyelerinin bir kısmı, parlamento tarafından nitelikli çoğunlukla seçilmiştir. 1971 değişikliğiyle üye sayısı 18'den 11'e düşürülmüş ve parlamento tarafından üye seçilmesi uygulamasına son verilmiştir. 1982 Anayasası Kurulun üye sayısını 7'ye indirmiş ve seçimin esas olarak yargıçlar arasında yapılmasına izin vermekle birlikte seçilenler arasından son kararı verme yetkisini Cumhurbaşkanına bırakmıştır. Cumhurbaşkanının parlamenter sistemin sembolik yetkili ve tarafsız Cumhurbaşkanı olduğu düşünüldüğünde bu durum herhangi bir sorun yaratmamıştır. Bu arada 1961 Anayasasında bulunmayan ve 1971 değişikliğiyle Adalet Bakanına oy kullanma hakkı verilmesiyle başlatılıp 1982 Anayasasıyla kurumsallaştırılan Adalet Bakanı ve müsteşarının, Kurul'a doğal üyeliği sürekli bir eleştiri konusu olmuştur. 2010 Anayasa değişikliğiyle Kurul'un üye sayısı 7'den 22'ye çıkarılmış ve ilk defa Cumhurbaşkanına hâkim olmayan 4 üye belirleme hakkı verilmiştir. 2017 Anayasa değişikliğiyle yeniden parlamentoya üye seçme hakkı verilmiş ve üye sayısı 13'e indirilerek Cumhurbaşkanının, hâkim olmayan 4 üyeyi seçme hakkı sürdürülmüştür. Bu arada "12 Eylül ile hesaplaşma" olarak sunulan ve 2010 Anayasa değişikliklerinden başlayarak, 12 Eylül döneminin en çok eleştirilen Adalet Bakanı ile müsteşarının doğal üyeliği uygulaması, "hesaplaşma" argümanı ile çelişkili biçimde sürdürülmüştür. Parlamento hâkim ve savcılarının kendi aralarından seçtikleri üyeler arasından ilk turda 2/3, ikinci turda 3/5 çoğunlukla üye seçme hakkına sahip olmuştur. Bu çoğunluk bulunmadığında kur'a yöntemine başvurulması öngörülmüştür. Sonuç şudur: Adalet Bakanı ve müsteşarının doğal üye olması ve Cumhurbaşkanının dört üyeyi özgürce belirlemesi nedeniyle, yürütmenin,

<sup>92</sup> EKİNCİ, Bezar Eylem., *Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 324.

Kurul'da altı üyesi bulunmaktadır. 13 üyeli Kurul'da çoğunluğu sağlamak için yürütmenin sadece bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır. Cumhurbaşkanının TBMM'de çoğunluk partisinin genel başkanı olduğu düşünüldüğünde, parlamentodaki disiplinli parti yapısı nedeniyle geriye kalan bir üyeliğin sağlanmasının hiç de zor olmadığı anlaşılabilir. Daha da kötüsü 2017 yılında yapılan ilk seçimde, seçime ilişkin olarak yapılan yanlış hesaplamalar nedeniyle muhalefet toplantılara girmemiş ve siyasal iktidar bütün adaylarını seçtirebilmiştir. 2021 seçimlerde uzlaşma önererek yeniden çoğunluğunu garantilemiştir. Çünkü önerilen uzlaşma Anayasa'nın ruhunda olduğu gibi siyasal tercihlerin bir kenara bırakılarak liyakatli adayların seçilmesi şeklinde olmamış belirlenen kontenjanların paylaşılması biçiminde olmuştur. Anlaşmayla muhalefet partilerine üç ve iktidara dört üyelik verilmiştir. Bu anlaşma HSK'nın siyasal bir yapı haline gelmesiyle sonuçlanmıştır. Muhalefet ise bu anlaşmayı yaparken, amacının kendi seçtiği üyeler aracılığıyla Kurul'da olup bitenleri öğrenmek olduğunu beyan etmiştir. Kuru, daha önce aktarıldığı gibi 1966 yılında şunları söylemektedir: *“Kurul üyeliğine seçilmek isteyenlerin zaruri olarak bir siyasi partinin desteğini araması ve bu hususta çalışması gerekecektir. Bu ise hâkimliğin zaruri vasfı olan bağımsızlık ilkesi ile bağdaşmaz bir durumdur.”* Dolayısıyla mevcut haliyle Kurul'un hâkim ve savcı teminatını sağlayacak bağımsız bir yapı olduğunu savunmak zordur. Yürütme doğrudan ve dolaylı olarak Kurul üyelerinin çoğunluğu üzerinde hâkimiyete sahip olduğundan, özellikle önemli siyasal meselelerde belirleyici olma potansiyeline sahiptir.

Benzer bir değerlendirmenin AYM yönünden de yapılması mümkündür. AYM “anayasanın üstünlüğü” ilkesinin hayata geçirilmesini sağlayan en önemli kurumdur. Anayasanın varlığına rağmen anayasaya aykırı yasaların yapılması ve yürürlükte kalması anayasanın üstünlüğünü ortadan kaldırır. Parlatmentonun çalışmasına ilişkin kuralların varlığına rağmen, parlatmentonun bu kurallara aykırı bir işleyiş sergilemesi de ancak AYM'nin denetim yapmasıyla önenebilir.

AYM, ilk defa 1961 Anayasasında, 15 üyeli bir mahkeme olarak oluşturulmuştur. Mahkemeye yargı organları tarafından 7 üye seçilmektedir. Cumhurbaşkanının bir üyeyi Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden seçtiği düşünülürse çoğunluk (8 üye) yargı organları içinden seçilmiş olmaktadır. Sayıştay'dan gelen üyeye birlikte bu sayı 9 olmaktadır. Cumhurbaşkanının özgürce seçebileceği üye sayısı sadece bir (1) dir. Yasama meclisleri beş üyeyi nitelikli çoğunlukla seçmektedir. 1982 Anayasası üye sayısını 11'e düşürmekte, parlatmento tarafından yapılan seçime son vermekte ve

kurumlar tarafından yapılan seçimler sonunda belirlenen üç kat aday arasından son seçimi yapma yetkisini Cumhurbaşkanına vermektedir. Anayasa'nın gerekçesinde Cumhurbaşkanına verilen bu yetkinin gerekçesi olarak “Cumhurbaşkanlığı(nın) tarafsız ve yüce bir kuruluş” olması gösterilmektedir. Bir başka anlatımla bu tercihin nedeni, Mahkemenin önemini, devletin birliğini temsil eden tarafsız Cumhurbaşkanını devreye sokarak gösterme kaygısıdır. 2010 Anayasa değişikliğiyle Mahkemenin üye sayısı 17'ye çıkarılmakta ve bunların 3 ünü seçme yetkisi yeniden parlamentoya bırakılmaktadır. Bu üyelerin geriye kalanı Cumhurbaşkanı tarafından seçilmekte, ancak yargı organları tarafından belirlenecek adaylar arasından belirlenecek üye sayısı ile Cumhurbaşkanının özgür biçimde belirleyeceği sayı 7 olarak eşitlenmektedir. 2017 Anayasa değişikliğiyle üye sayısı 15'e indirilmekte ve yargı organları tarafından belirlenecek adaylar arasından sadece beş üyenin seçilmesine izin verilmektedir. Böylece son değişiklikle Cumhurbaşkanı 15 üyeden yedisini özgürce belirleyebilmektedir. Cumhurbaşkanının Meclisteki partisinin genel başkanı olduğu düşünüldüğünde Meclisten seçilecek üç üyenin belirlenmesinde söz sahibi olma olasılığının yüksek olduğu anlaşılabilir. Üyelerinin en azından çoğunluğu, tarafı Cumhurbaşkanı tarafından belirlenebilen bir AYM'nin anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirme konusunda fazlaca zorlanacağı ya da bu ilkenin hayata geçirilmesinin güç olacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bu aslında sadece bir öngörü de değildir. AYM'nin 1982 Anayasası dönemindeki içtihat değişiklikleri göz önünde bulundurulduğunda, yapı değişimi ile içtihat değişiklikleri arasında bağlantı kurulabilir. AYM 1982 Anayasasındaki sınırlandırılmış şekil denetimini 1991 yılına kadar katı biçimde uygulamış ve bu yıl geliştirmeye başladığı “eylemli içtüzük değişikliği” içtihadıyla içtüzük uygulamalarının anayasaya aykırılığını denetlemeye başlamıştır. Ancak 2008 yılında bu içtihadını değiştirmiş ve 1991 öncesi yorumuna geri dönmüştür.<sup>93</sup> 2010 Anayasa

<sup>93</sup> Bu konu sadece Türkiye’de tartışma ve içtihat değişikliği konusu olmamıştır. Bu konuda taraflarından biri nasyonal sosyalizmin teorisyeni Carl Schmitt olan Almanya ve Avusturya’daki iki tartışmadan söz edilebilir. Almanya’da Weimar Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında yaşanan birinci tartışma sırasında Carl Schmitt, Hukuk Devleti ile Devletin siyasi biçimi arasında bir ayrışma olması ve Hukuk Devletinin şekli bir bileşim olması gerektiğini savunurken, Weimar Anayasasının babası H. Preuss bu düşünceye karşı çıkmıştır. Preuss Anayasa Komisyonundaki görüşmeler sırasında Hukuk Devletinin, Devletin siyasi biçiminden ayrılamayacağını ve bu ikisi arasında sadece görel bir özerklik olabileceğini iddia etmiştir. Weimar Anayasası döneminde *Devlet Yüksek Mahkemesi (Reichsgericht)* 4 Kasım 1925 tarihli kararında, mahkemelerin kanunların şekli denetimini yapabileceklerini kararlaştırmıştır. Mahkemeler bu karara dayanarak kanunların şekil

değişikliklerinden sonra 2012 ve 2013 yıllarında bu içtihadını pekiştirmiştir. AYM, denetiminden kurtulan TBMM'nin, temel kanun, teklif görünümlü tasarı ve torba kanun yollarıyla yasa yapım sürecini Anayasadaki ilkelere aykırı biçimde hızlandırmasının önünü açmıştır. Aynı şekilde AYM 1990'lı yıllardan başlayarak Kanun Hükmünde Kararnamelerin (KHK) “önemli, ivedi ve zorunlu” konulara hasredilmesi gerektiğini bildirmiş ve bu konuda

bakımından anayasaya uygunluk denetimini yapmış ancak esas bakımından denetim yapmamışlardır. Bu dönemde yazdıklarıyla faşist Nazi rejimini meşrulaştırmaya çalışan Ernst Forsthoff, Yüksek Mahkemenin bu kararını bile yargı bürokrasisinin, bir partiler koalisyonu hâkimiyetinde bulunan Parlamente'ya bir güvensizlik ifadesi saymıştır. Bu eğilim, o dönemde, Yüksek Mahkemenin ve mahkemelerin faşist Nazi rejiminin gelişip serpilmesine muhalefet etmesini engellemiştir. Weimar Cumhuriyetinin sınırlarının havaya uçurulmasının nedeni olarak tanımlanan 24 Mart 1933 tarihli tam yetki yasasından yaklaşık bir ay önce, 28 Şubat 1933 tarihinde çıkarılan “ordonans” kamu özgürlüklerinin teminatı Anayasanın 48. maddesine dayanılarak kaldırılmış ve Mahkeme bu düzenlemenin anayasaya esas bakımından uygunluk denetimini yap(a)mamıştır. Böylece Pruss haklı çıkmış ve hukuk devleti ile devletin siyasi biçimi arasında ayırım yapılamayacağı pahalı da olsa kanıtlanmıştır. Çünkü bu denetimsizlik Almanya'yı faşist rejime sürüklemiştir. Weimar Anayasası dönemindeki bu deneyime tepki olarak Bonn Temel Yasası döneminde şekli hukuk devletinden maddi hukuk devletine (*materieller rechtsstaat*) bir geçiş yapılmıştır. Tepki niteliğindeki Bonn Temel Yasasında temel haklar, anayasanın başında tanımlanmış ve daha ilk maddede temel hakların yasama, yürütme ve yargı iktidarlarını bağladığı açıklanarak kanunların anayasaya uygunluk denetiminin maddi temeli hazırlanmıştır. Bazı anayasacılar bu gelişmeyi *Hukuk Devletinden (Rechtsstaat), Yargıçlar Devletine (Richterstaat)* geçişin bir başlangıcı saymıştır. Çağlar daha ılımlı bir formülle *Maddi Hukuk Devletini, Yargıçlar Devleti* ile *Demokrasinin yeni bir sentezi* olarak görmüştür (ÇAĞLAR, Bakır., **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989, s. 169-170). Schmitt'in ikinci tartışması Avusturya'da Saf Hukuk Kuramının kurucusu Kelsen'le AYM konusundadır. 1928 yılında yapılan tartışmanın konusu merkezi anayasa yargısı olmuştur. Sorun anayasanın bekçisinin kim olacağıdır. Schmitt 1929'a kadar belirli bir ölçüde AYM'nin varlığını kabul etmişken daha sonraları, bu koruyuculuğu, devletin birliğini temsil ettiğini ve kamu görevlisi olduğundan tarafsız davranacağını düşündüğü devlet başkanına vermiştir. Schmitt'e göre parlamentonun aldığı kararları denetleyecek anayasa yargısı siyasal hukuksallaştırmamakta, ama hukuku siyasallaştırmaktadır. Kelsen ise AYM'yi azınlıkların güvencesi ve çoğunluğun hukuk ihlallerinin önündeki engel olarak görmüştür. Kelsen hukuk ve siyaseti zıt eksenler olarak görmemiştir. Kelsen'e göre “*negatif yasakoyucu*” olan AYM siyasal bir karaktere de sahiptir. Ona göre AYM parlamento gibi siyasal organlarla çatışmaz ve tam tersine norm denetimiyle kuvvetler ayrılığını pekiştirir. Çoğulcu demokrasi ancak AYM ile korunabilir, anayasal uzlaşmazlıkların öznesi olan devlet başkanı gibi bir anayasal organ anayasanın bekçisi olamaz (KANADOĞLU, Osman Korkut, ve Ahmet Mert Duygun., **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 2. Baskı, Onikilevha yayınları, İstanbul, 2021, 430). Türkiye'de AYM'nin 2008 içtihat değişikliği, tersine de olsa Almanya ve Avusturya'daki gelişmenin benzerinin yaşandığını göstermektedir.

istikrarlı bir içtihat geliştirmiştir. Bu içtihat da 2011 yılında, 2010 Anayasa değişikliğinden hemen sonra köklü biçimde değiştirilmiş ve “KHK’lerin çıkarılabilmesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa’da herhangi bir düzenleme yer alma”dığını söylemiştir. Paralel bir gelişme Olağanüstü Hal (OHAL) dönemlerinde çıkarılan KHK’ler için geçerlidir. Mahkeme 1991 yılında verdiği kararında bir KHK’nin başında OHAL nitelemesi bulunmasının onun OHAL KHK’si sayılması için yeterli olmadığını ve adı OHAL KHK’si olmakla birlikte bu nitelikte olmayan KHK’lerin AYM tarafından denetlenebileceğini kararlaştırmıştır. AYM 2016 yılında bu içtihadından da dönmüş ve AYM’nin adı OHAL KHK’si olan yasal düzenlemeleri denetleyemeyeceğini kararlaştırmıştır. Bu içtihat değişikliklerinin yürütmenin sınırsız davranmasının ve yasama organına karşı orantısız bir güç kazanmasının önünü açtığından kuşku duyulamaz.<sup>94</sup> Burada sözü edilen üç içtihat da 1990’lı yılların başında oluşmuş ve 2010’lu yıllarda tam tersine dönmüştür. Bu dönüşüm yasama organının zayıflaması ve 2017 değişikliğiyle yürütmenin yasama karşısında orantısız bir güç kazanmasına eşlik etmektedir.

Sağlam 2010 Anayasa değişikliklerinin yargı bağımsızlığı üzerindeki etkilerini incelediği makalesinde, bu makalede olduğu gibi HSYK ile AYM’nin oluşum biçimi üzerinde son derece ayrıntılı olarak durmaktadır. Sağlam makalesinin sonunda “güçler ayrılığının ve bağımsız yargının yer almadığı bir yerde demokrasiden söz edilemez. Böyle bir ortamda siyasal iktidar içinde sergilenen güç kavgası, bizi çoğunlukçu bir diktatörlüğe götürür.”<sup>95</sup> diyerek güçler ayrılığı, bağımsız yargı, demokrasi ve çoğunlukçu diktatörlük arasındaki ilişkiye işaret etmektedir. Sağlam son derece isabetli biçimde “Türkiye’de güçler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerine dayalı anayasal sistemin kimyası”nın bozulmasının 2010 Anayasa değişikliklerinin uzantısı olduğu saptamasını yapmaktadır.<sup>96</sup> Sağlam’ın *Cumhuriyet Gazetesinin Olaylar ve Görüşler* köşesinde yazdığı yazıda tarihsel değere sahip şu saptamaları yapmaktadır:

“Bugün Türkiye’de yargı düzeni için iki ayrı 12 Eylül’den söz etmek mümkün. Birinci 12 Eylül, getirdiği anayasa ile yargı düzenini siyasal

<sup>94</sup> Bkz: BAKIRCI, Fahri, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması, Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine”, **Kamu Hukukunun Dönüşümü Sempozyumu (29-30 Nisan 2017)**. Kamu Hukukçuları Platformu İstanbul, 2017, s. 127-196.

<sup>95</sup> SAĞLAM, Fazıl, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, **Teoman Ergül’e Armağan**, (Der. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2017, s. 442.

<sup>96</sup> SAĞLAM, 2017, s. 373.

iktidarın etkisine açtı. İkinci 12 Eylül ise 2010 anayasa değişikliğinin halkoylamasında kabulünden sonra yargıyı siyasal iktidara bağlamanın temelini attı...Halkoylaması için 12 Eylül'den daha uygun ve anlamlı bir gün bulunamazdı. Çünkü iktidar çevrelerince halka '12 Eylül'le hesaplaşmak' diye sunulan bu paket, özünde 12 Eylül anlayışının daha da koyutulmuş olarak AKP'ye uyarlanmasından başka bir şey değildir. Özünde derken, Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) ile ilgili maddeleri kastediyorum. Bunlar anayasa değişikliğinin asıl amacı ve kalbidir. Gerisi bunu örtmeye yönelik zevksiz bir makyajdır.”<sup>97</sup>

Bu saptamaları tamamlayan bir açıklama 2012 yılında “*Demokrasi ve Özgürlük İçin Avrupa Yargıçlar Birliği (MEDEL)*” tarafından hazırlanan raporda yer alan şu ifadelerdir: “*Türkiye’de yargı siyasi gücün emrine verilmiştir ve yargının kontrol ve sınırlandırma işlevlerini yapmasına izin verilmemektedir.*”<sup>98</sup>

Gerçekten de yakın tarihte yaşanmış çeşitli tarihsel olaylar bu saptamaları doğrulamıştır. Türkiye’de devlete paralel bir devlet yapılanması çabası içinde olan FETÖ terör örgütü sadece sivil ve askeri teşkilatların içine sızarak güvenlik güçlerini ele geçirme çabası içinde olmamış ama aynı zamanda yasama ve yargı güçlerini de etkisi altına alarak güçler birliğine dayalı bir sistem inşa etmeye çalışmıştır. Örgüt, kendisi yönünden son derece doğru bir strateji belirlemiş ve yargının ele geçirilmesini öncelikli bir hedef olarak belirlemiştir. Bu bağlamda, “cemaat” adıyla anılan ve günümüzde FETÖ terör örgütü olarak anılan yasa dışı yapının 2010 Anayasa değişikliklerine neden çok büyük bir destek verdiğini ve değişikliklerin kabulü için yoğun bir çaba harcadığını anlamak kolaylaşmaktadır: Örgüt “*yargı siyasi gücün emrine verilme*”ksizin bir ayak bağı olacağına hesabını yapmış ve bu nedenle yargının ele geçirilmesinde iki kalenin, yani HSYK ile AYM’nin ele geçirilmesinin, öncelikli hedefler arasında yer almasını sağlamıştır. Bir başka anlatımla, yargının, güçler ayrılığı ilkesinin işletilmesindeki yaşamsal rolünün farkında olduğundan

<sup>97</sup> SAĞLAM, *İki ‘12 Eylül’ ve Yargı*, 2010. Sağlam aynı yazısında siyasal iktidar tarafından çeşitli ortamlarda dile getirilen “*Anayasa Mahkemesi kararını yok hükmünde sayarız*”( 1), “*Meclis Anayasa Mahkemesi’ni de kaldırma yetkisine sahiptir*”(2), “*...bu kuvvetler ayrılığı denen var ya... O önünüze gelip engel olarak dikiliyor*”(3), “*Yüce Divan’a güvenmiyoruz*”(4), “*Asıl yargı halkın yargısıdır. Yüce Divan’ın lafı mı olur?*”(5)” biçimindeki söylemlere de atıfta bulunarak oluşan yapıyı, Mümtaz Soysal’ın “*kuvvetler yapışıklığı*” kavramıyla tanımlamaktadır.

<sup>98</sup> ARMUTÇU, Oya. «Avrupa'dan zehir zemberek rapor.» *Hürriyet*, 30 06 2012. *YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*



bu organın yürütme organının emrine girmesi amaçlanmış ve son derece bilinçli biçimde, yargının bağımsızlığının sağlanmasında vazgeçilmez önemde olan HSYK ve AYM'nin oluşumuna odaklanılmıştır. Aslına bakılırsa, bu iki kurumun yapı ve işleyişine ilişkin hükümleri 2010 Anayasa değişikliklerinin belkemiğini oluşturmaktadır; taslağın görüşülmesi sırasında “12 Eylül Hesaplaşması” olarak sunulan değişiklikler göstermeliktir. 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra sözkonusu örgüt, HSYK'da yapılan seçimleri de yönlendirmeye çalışmış ve büyük bir başarı sağlamıştır. Nitekim 15 Temmuz darbe girişiminden sonra, örgütün, yargı organını, bu kurumlar üzerinden nasıl ele geçirmeye çalıştığı ortaya çıkmış ve kapsamlı bir tasfiye süreci başlatılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki bu tasfiye sürecinin gerçek bir yargı reformu ile el ele yürütülmesi gerekir. Aksi takdirde bu tasfiyeden sonra, benzer gelişmelerin yaşanması ve yeni tasfiye gereksinimlerinin doğması kaçınılmazdır. Bu makalede incelenen HSK ve AYM'nin oluşumuna ilişkin 2017 Anayasa değişiklikleri bu tür bir reformun önünü açmak yerine 2010 Anayasa değişikliklerini güçlendirme eğiliminde olmuştur.

Yakın tarihte yaşanmış ve sonuçları görülmüş olan bu olaylar HSK ve AYM'nin oluşumunun, yargı bağımsızlığı üzerindeki; yargı bağımsızlığının güçler ayrılığı ilkesi üzerindeki ve güçler ayrılığı ilkesinin hukuk devleti ve demokrasi üzerindeki etkisini tartışmaya gerek bırakmayacak biçimde ortaya koymuştur. Bu kurulların siyasal iktidarın emrine girmesi, yargı bağımsızlığına son verir; bağımsızlığını kaybeden yargı, fren ve denge sistemi içindeki erklerden biri olmaktan çıkar; yargının denetiminden kurtulan siyasal iktidar, dayandığı çoğunluğun oylarıyla bir çoğunlukçu diktatörlüğe kayar. Şu halde tam bir hukuk devleti için bağımsız bir yargının teminatı olan bağımsız bir HSK'nın ve anayasanın üstünlüğünü koruyacak bir AYM'nin varlığı şarttır. Her iki kurulun oluşumunda da siyasi etkilerin belirleyici olması hukuk devleti yönünden büyük tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenlerle hukuk devleti ve yargı reformu yönünde adım atılacaksa, bu kurulların yapısının masaya yatırılarak siyasal etkilerden arındırılması bir zorunluluktur.

Yargı bağımsızlığını sağlamada temel bileşenlerden ikisi olan AYM ve HSK'nın siyasal etkilerden arındırılarak oluşturulması, bir başka anlatımla bu kurumlar üzerinde belirli bir siyasal çoğunluğun hâkimiyet kurmasının engellenmesi ya da yukarıda belirtildiği gibi “...yasamanın ya da yürütmenin kontrolünde bir kurul yapılanmasından kaçınılması...”. hukuk devleti için vazgeçilmezdir. Bu kurumlara demokratik bir öz kazandırmak için parlamentonun belirli bir sayıda üye seçmesine izin vermek öngörülen

amacın tersine sonuçlar doğmasına neden olabilir. TBMM’de olduğu gibi ilk iki turda 2/3 çoğunluk aramak ve bu çoğunluk bulunamadığında nitelikli çoğunluğun miktarını azaltarak niteliksiz çoğunlukla seçime izin vermek, ilk iki turu formaliteye dönüştürmekte ve siyasal çoğunluklar sonraki turlarda kendi adaylarını seçmektedir. HSK örneğinde olduğu gibi nitelikli çoğunluk bulunamaması halinde en çok oy alan iki aday arasında kur’a yoluna gitmek de tam bir çözüm olmamıştır. Açıkça dile getirilmemekle ve henüz uygulanmamakla birlikte siyasal iktidar, birinci ve ikinci turda en çok oy alan iki aday arasında kur’a ile seçim yapma eğiliminde görünmektedir. Muhtemelen bu nedenle muhalefet partileri kur’a yoluna gitmektense iktidar bloku ile anlaşma yapma seçeneğini tercih etmişlerdir. Öte yandan 13 üyeli HSK’nın 6 üyesi zaten doğrudan ve dolaylı olmak üzere yürütme organı tarafından seçilmektedir. Siyasal iktidarın HSK’da çoğunluğu sağlamak için sadece bir üyeye ihtiyacı kalmaktadır ve kur’a ile seçime gidilse bile bu üyeyi elde etme olasılığı yüksektir. Bu kurumlar üzerinde siyasal çoğunluğun hâkimiyet kurmasını engellemek için bu tür olasılıkları tümüyle ortadan kaldırmak gerekir. Bunun için kurulların üyelerinin belirli bir kısmının bizzat kendileri tarafından seçimini olanaklı kılmak ve TBMM tarafından yapılacak seçimlerde siyasal çoğunluğun oylarıyla üye seçimine izin vermemek gerekir. Bu amaçla önerilebilecek formül üye tamsayısının 2/3 çoğunluğunun sağlanamaması halinde, komisyon aşamasında, seçilecek üye sayısının 3-4 katı aday arasından kura ile üye seçmek ve Genel Kurul’da da bu formülü tekrarlamaktır. Hiç kuşkusuz belirtilen amacı sağlamaya yönelik başka formüller de düşünülebilir ve TBMM’nin üye seçiminden tümüyle vazgeçmek de bu formüller arasındadır. İnceoğlu bu konuda 2010 Anayasa değişikliklerinden sonra Avrupa Yargıçları Danışma Kurulunun 10 numaralı görüşüne dayanarak şu tespitleri yapmaktadır:

“Çoğulculuğu sağlamak, korporatizm riskini önlemek için yargıç ve savcı olmayan üyelerin de HSYK içinde olması benimsenebilir. Fakat bu üyelerin hangi oranda yer alacakları, seçimlerinde kimlerin nasıl rol oynayacakları önem kazanmaktadır...Bu yetkinin yasama organına verilmesi gereklidir, fakat bağımsız ve dolayısıyla tarafsız bir yargı sağlayabilmek için kendi başına yeterli bir unsur değildir. ...çoğunlukçu değil çoğulcu bir demokrasiye dayanmak için başka bazı güvenceleri de öngörmek gereklidir...yasama organı tarafından HSYK’ya seçilecek üyelerin sayısı sınırlı tutulmalıdır, yargıç ve savcıların kendi aralarından seçecekleri üye sayısı büyük çoğunluğu oluşturmaldır. Ayrıca yasama organının üye seçme

usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya dönüşmemelidir, iktidar partisi Meclisteki muhalefet partileriyle uzlaşmak zorunda olmalıdır.”<sup>99</sup>

2017 Anayasa değişiklikleriyle bu önerilerin tam tersi yapılmıştır. *İlk olarak* yasama organı adalet bakanı ve müsteşarı dışındaki toplam 11 üyenin 7’sini, yani 2/3’ünü seçmekle görevlendirilmiştir. *İkinci olarak* “yargıç ve savcıların kendi aralarından” üye seçmeleri olanaksız kılınmıştır. *Üçüncü olarak* “yasama organının üye seçme usulü iktidar partisinin tek elinde bir atamaya” dönüşmüştür. *Dördüncü olarak*, “iktidar partisi Meclisteki muhalefet partileriyle uzlaşma”sını tarafsız üyeler üzerinde değil, tam tersine politik taraflılığını ispatlamış üyeler üzerinde sağlamıştır. Bunun sonucu muhalefet partilerinin de onayıyla üyelerin tümüyle siyasallaşması olmuştur. Dolayısıyla yargı bağımsızlığının sağlanması için 2010 Anayasa değişiklikleri üzerinde dile getirilen önerilerin 2017 anayasa değişikliklerinden sonra da geçerliliklerini sürdürdüklerini söylemek mümkündür.

## KAYNAKÇA

- ALDIKAÇTI, Orhan., **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, Toker Matbaası, İstanbul, 1964.
- ANAYURT, Ömer., **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- ARMUTÇU, Oya. «Avrupa'dan zehir zemberek rapor.» *Hürriyet*, 30 06 2012.
- AYM (2010), E. 2010/49, K. 2010/87, K.T. 07.07.2010.
- AYM (1963), E. 1963/125, K. 1963/112, K.T. 15.05.1963.
- BAKIRCI, Fahri, “Yasama Sürecinin Hızlandırılması, Yasama Yetkisinin Devri ve Nedenleri Üzerine”, **Kamu Hukukunun Dönüşümü Sempozyumu (29-30 Nisan 2017)**. Kamu Hukukçuları Platformu İstanbul, 2017, (s. 127-196).
- BAKIRCI, Fahri ve diğerleri., **Parlamento Hukukuna Giriş**, Lykeion, Ankara, 2020.
- BAKIRCI, Fahri/ İBA, Şeref., **Gerekçeli ve Notlu 1982 Anayasası**, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- BAYRAKTAR, Köksal, “Genel Değerlendirme”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der.Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 159-160)

<sup>99</sup> İNCEOĞLU, 2012, 263.

- CENGİZ, Burcu., **Türk Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Sonucunda Verdiği Kararların Nitelikleri ve Etkileri**, TBMM Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2014.
- ÇAĞLAR, Bakır., **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, İstanbul, 1989.
- ÇELİK, Burak., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Yapısal Açından Karşılaştırmalı Bir İnceleme**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012.
- ÇELİK, Demirhan Burak., “16 Nisan Anayasa Değişikliği ve Yeni Hakimler ve Savcılar Kurulu Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 73, no. 4 (s. 1057-1094), 2018.
- EKİNCİ, Bezar Eylem., **Anayasa Hukuku Açısından Yüksek Yargı Kurulları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ERGÜL, Ozan., **Yeni Kurumsalci Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- EROĞUL, Cem., **Anatüzeeye Giriş (“Anayasa Hukuku”na Giriş)**, 7. Basım, İmaj Yayınları, Ankara, 2004.
- ERTEKİN, Orhan Gazi., **Yargı Meselesi Hallolundu! Yargıçların "eşekli demokrasi" ile imtihanı**, 3. Basım, Epos Yayınları, Ankara, 2011.
- GÖZLER, Kemal., **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- İLKİZ, Fikret, “Anayasa Değişikliği ve Anayasa Mahkemesi”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 35-47).
- KANADOĞLU, Osman Korkut, ve Ahmet Mert Duygun., **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**. 2. Baskı, Onikilevha yayınları, İstanbul, 2021.
- KARABAĞLI, Hülya., “HSK seçimi bugün; 83 aday arasından kimler AKP'ye yakın, başvurularında ne yazdılar?” *T24 Bağımsız İnternet Gazetesi*, 10 Mayıs 2017.
- KURU, Baki., **Hakim ve Savcılar Bağımsızlığı ve Teminatı**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1966.
- LOCKE, John., **Yönetim Üzerine İkinci İnceleme**, (çev. F. Bakırcı), 6. Basım, Serbest Yayınları, Ankara, 2021.
- İNCEOĞLU, Sibel., “Yargı Bağımsızlığı için Anayasal Öneriler”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 1, no. 1 (2012): 259-275.
- ÖDEN, Merih., “Cumhuriyetin 75. Yıldönümünde Yargı”, *AÜHFĐ* 48, no. 1 (1999): 23-37.
- ÖZBEK, Kadir/ ERTOSUN, Ali Suat., **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010.

- ÖZBUDUN, Ergun., **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1995.
- SABUNCU, Yavuz., **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2005.
- SAĞLAM, Fazıl., “İki ‘12 Eylül’ ve Yargı” *Cumhuriyet*, 15 Temmuz 2010.
- SAĞLAM, Fazıl., “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı Alanında Son Gelişmeler”, **Teoman Ergül’e Armağan**, (der. Ozan Ergül), Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2017, s. 373-444.
- SEVİNÇ, Murat., “2010 Anayasa Değişiklikleri: Yöntem ve İçerik Eleştirisi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 65, no. 2, (s. 271-294), 2010.
- SOYSAL, Mümtaz., **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara, 1986.
- Sözcü Gazetesi. «HSK seçimi için uzlaşma sağlandı.» *Sözcü Gazetesi*, 20 Mayıs 2021: 1.
- TANİLLİ, Server., **Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş**, Say Yayınları, İstanbul, 1982.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., **1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku**, 13. Basım, Beta, İstanbul, 2013.
- TBMM (2017a), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 09 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 2, Oturum: 1.
- TBMM (2017b), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 10 Mayıs 2017, Dönem: 26, Yasama Yılı: 2, Toplantı 3, Oturum: 1.
- TBMM (2017c), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu İle Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon Tutanak Dergisi*, [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon\\_tutanaklari](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari), 20 Mayıs 2021, Dönem: 27, Yasama Yılı:4, Toplantı 4, Oturum: 1.
- TBMM (2021), *Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, [www.tbmm.gov.tr/tutanaklar](http://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar), 25.05.2021, Dönem: 27, Yasama Yılı: 4, Birleşim: 83, Oturum: 1.
- ULUDAĞ, Alican., AKP ile MHP arasında yeni pazarlık... Hedef yine 330.» *Cumhuriyet*, 30 Nisan 2017.
- YARSUVAT, Duygun. “Genel Rapor”, **2010 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yargı Bağımsızlığı**, (der. Türk Ceza Hukuku Derneği), Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, (s. 161-164).

YAVUZ, Bülent., **Kuruluş ve İşleyişi Açısından Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

#  AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BİLGİ EDİNME HAKKI - İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİNE GÜNCEL YAKLAŞIMI\*\*\*

(THE CURRENT APPROACH OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO THE RELATIONSHIP BETWEEN THE RIGHT TO INFORMATION AND FREEDOM OF EXPRESSION)

*Dr. Öğr. Üyesi Melike Özge Çebi Buğdaycı \* \*\**

## ÖZ

Demokratik devletlerde temel bir insan hakkı kabul edilen bilgi edinme hakkı, pek çok temel hak ve hürriyetin etkin bir şekilde kullanılabilmesine hizmet etmektedir. Bu hak ve hürriyetlerin başında ise ifade özgürlüğü gelmektedir. İfade özgürlüğünün etkin bir biçimde uygulanabilmesi için kişilerin devletin elinde bulunan bilgi ve belgelere erişiminin sağlanması son derece önemlidir. Bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğünü tamamlayan yönüne karşın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinde bilgi edinme hakkının korunup korunmadığı meselesi tartışılmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bilgi edinme hakkı-ifade özgürlüğü ilişkisine önceleri daha temkinli yaklaşmaktayken, süreç içinde katı tutumundan vazgeçerek, bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilmesi için sağlaması gereken eşik kriterleri açıkça ortaya koymaya başlamıştır.

**Anahtar sözcükler:** Bilgi Edinme Hakkı, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

---

<sup></sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 20.11.2021. İlk hakem raporu tarihi: 17.01.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 24.01.2022. Onaylanma Tarihi: 24.01.2022.

\*\*\* Bu makalenin bir bölümü, 6 Ocak 2022 tarihinde Ankara’da düzenlenen Ulusal Bilgi Edinme Hakkı Sempozyumu’nda “AİHM Kararları Bağlamında Bilgi Edinme Hakkı” başlığı ile bildiri olarak sunulmuştur.

\* Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Güvenlik Bilimleri Fakültesi Hukuk Bilimleri Bölümü İdare Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7011-5319

**Eser Atf Şekli:** Melike Özge Çebi Buğdaycı, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bilgi Edinme Hakkı - İfade Özgürlüğü İlişkisine Güncel Yaklaşımı”, YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.71-92.

**ABSTRACT**

*The right to information, which is accepted as a fundamental human right in democratic states, serves the effective use of many fundamental rights and freedoms. The freedom of expression comes first among these rights and freedoms. It is extremely important to ensure that individuals have access to information and documents held by the state for the effective implementation of the freedom of expression. Despite the complementary aspect of the right to information to freedom of expression, the issue of whether the right to information is protected in Article 10 of the European Convention on Human Rights, which regulates freedom of expression, has been discussed. The European Court of Human Rights used to be more cautious about the relationship between the right to information and freedom of expression but the Court abandoned its strict attitude and started to reveal the threshold criteria that the right to information should meet in order to be evaluated in the context of freedom of expression.*

**Keywords:** *The Right to Information, The Freedom of Expression, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights*

\*\*\*

**GİRİŞ**

24/10/2003 tarih ve 25269 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile bilgi edinme hakkı yasal olarak güvence altına alınmıştır. Bu hakkın 1982 Anayasası bağlamında güvence altına alınması ise, “Dilekçe Hakkı” başlıklı 74. maddenin, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 8 inci maddesiyle “Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı” şeklinde değiştirilmesi ile gerçekleşmiştir.

Gerek Anayasal gerek yasal düzlemde güvence altına alınan bilgi edinme hakkının, herhangi bir pozitif hukuk metninde açıkça zikredilmesine gerek olmaksızın, pek çok hak ve hürriyetin doğal bir sonucu olarak var olduğu kabul edilmelidir. Bir kere bilgi edinme hakkı, Anayasa’da açıkça güvence altına alınan pek çok hak ve hürriyet ile doğrudan bağlantılıdır. Bunların başında düşünce ve kanaat hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, hak arama hürriyeti gibi temel haklar gelmektedir<sup>1</sup>. Her şeyden önce bilgi edinme hakkının hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucu

<sup>1</sup> Ayanoğlu’na göre de, bilgi edinme hakkı, bu gibi hak ve özgürlükler içinde mündemiçtir ve Anayasa’nın ruhunda bilgi edinme hakkının var olduğunu kabul etmek icap eder. AYANOĞLU, Taner, “Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, LHD, S. 18, Haziran 2004, 1529-1540, s.1531-1532.



olduğu<sup>2</sup>; bu bağlamda hukuk devletinde korunan düşünce özgürlüğü, dilekçe hakkı, hak arama özgürlüğü, basın özgürlüğü gibi pek çok temel hak ve hürriyetin gerçekleşebilmesi için neredeyse bir ön koşul olarak var olması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Burada sayılan temel hak ve hürriyetlerden belki de en çok düşünce ve kanaat hürriyeti (Any. m. 25) ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (Any. m. 26) ile bağlantısı kurulabilir. Zira düşünce ve ifade özgürlüğü, ancak bir konu hakkında bilgi sahibi olunursa anlam ifade edebilecek hak ve özgürlüklerdendir. Bu bağlamda dünyadaki gelişmelere bakıldığında, bilgi edinme hakkının temelde düşünce özgürlüğü ve onun türevi olan ifade özgürlüğü perspektifinde gelişim seyri izlediği rahatlıkla ifade edilebilir<sup>3</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, bilgi edinme hakkını ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirme safhasına gecikmeli olarak erişmiş bulunmaktadır. Bu çalışma kapsamında Mahkemenin bilgi edinme hakkını ele alış biçiminde yaşanan değişimler, Mahkemenin vermiş olduğu kararlar doğrultusunda ele alınmaya çalışılacaktır. Geline son noktada bilgi edinme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında ne şekilde koruma altına alındığına veya bilgi edinme hakkının AİHS kapsamında korunabilmesi için sağlaması gereken asgari (eşik) kriterlerin neler olduğuna, AİHM' in güncel kararları bağlamında değinilecektir.

## I. AİHM'İN BİLGİ EDİNME HAKKINA İLİŞKİN GEÇMİŞTEKİ YAKLAŞIMI

AİHM, bilgi edinme hakkını çok uzun bir süre AİHS' in 8. maddesinde koruma altına alınan, “*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*” kapsamında değerlendirmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca; “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 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.”

<sup>2</sup> Akıllıoğlu, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 15, S. 2, Haziran 1982, 7-19, s. 49.

<sup>3</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KAYA, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin, Ankara, 2005, s. 209-215.

Mahkemenin bilgi edinme hakkına ilişkin olarak incelediği ilk dava, *Leander v. İsveç*<sup>4</sup> davasıdır. Bu davada, İsveç'te bir müzede geçici bir kadroda çalışmakta iken hakkında yürütülen soruşturmanın olumsuz sonuçlandığı gerekçesine dayanılarak müzedeki işinden çıkarılan başvuran Leander'in, işten çıkarılmasında kullanılan ve özel yaşamı ile ilgili bilgilerinin bulunduğu gizli kayıtlara erişim isteğinin reddi üzerine Sözleşme'nin 6, 8, 10 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları değerlendirilmiştir. AİHM, gizli polis kayıtlarında yer alan başvurana ait bilgilerin, başvuranın özel yaşamına ilişkin olduğunu ve söz konusu bilgilerin gerek kaydedilmesinin, gerekse ilgili makamlarla paylaşılmasının AİHS'in 8. maddesine müdahale niteliğinde olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Buna karşın Mahkeme, davada, söz konusu müdahalenin İsveç hukuku da göz önünde bulundurulduğunda hukuka uygun olduğuna ve Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine kanaat getirmiştir. Söz konusu davada Mahkeme, bilgi edinme hakkının, ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde kapsamında ihlal edildiği iddiasını ise, 10. maddenin bireye, kendisinin kişisel durumu ile ilgili bilginin yer aldığı kayıtlara erişmesine imkân tanımadığı ve devlete de bu tarz bilgileri bireye verme konusunda bir yükümlülük getirmediği gerekçesiyle reddetmiştir<sup>5</sup>.

Bilgi edinme hakkı kapsamında yapılan bir diğer başvuru *Gaskin v. Birleşik Krallık*<sup>6</sup> davasıdır. Bu davada Mahkeme, annesinin ölümünden sonra sosyal hizmetler tarafından bakıldığı süre zarfında hakkında tutulan kayıtlara erişmek isteyen başvuranın bu konudaki talebinin reddini, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, kişinin kendi çocukluk dönemi hakkında tutulan bilgileri elde etme yönündeki talebin reddedilmesi, başvuranın özel ve aile yaşamına saygı duyma anlamında devletin başarısız olduğuna işaret etmektedir. Tıpkı *Leander* davasında olduğu gibi, Mahkeme bu başvuru kapsamında da Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasını kabul etmemiştir. Buna göre, Sözleşmenin 10. maddesi, kişiye böyle bir bilgiyi verme yükümlülüğünü devlete yüklememektedir.

Mahkeme bu kararların akabinde; *McGinley ve Egan v. İngiltere*<sup>7</sup>, *M.G. v. İngiltere*<sup>8</sup>, *Rotaru v. Romanya*<sup>9</sup>, *Sirbu ve Diğerleri v. Moldova*<sup>10</sup>, *Roche v.*

<sup>4</sup> Başvuru No. 0009248/81, T. 26/03/1987.

<sup>5</sup> KAYA, s. 140.

<sup>6</sup> Başvuru No. 00010454/83, T. 7/7/1989.

<sup>7</sup> Başvuru No. 00021825/93 ve 00023414/94, T. 9/6/1998.

<sup>8</sup> Başvuru No. 39393/98, T. 24/12/2002.

<sup>9</sup> Başvuru No. 28341/95, T. 4/5/2000.

*YUHFD Cilt. XIX No.1 (2022)*

*Birleşik Krallık*<sup>11</sup> gibi pek çok kararında bilgi edinme taleplerini Sözleşmenin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir. Bu davaların çoğunun, gerçekten de kişilerin sağlık, köken bulma ve benzeri konularda kişisel veri taleplerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme söz konusu bilgi taleplerinin kişisel durumlara ilişkin olduğundan bahisle 8. madde kapsamında değerlendirme yapmıştır. Peki Mahkeme bu bilgi taleplerini neden ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. madde kapsamında değerlendirmemiştir?

Mahkemenin söz konusu kararlarında kişisel bilgi edinme taleplerinin reddinin Sözleşmenin 10. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, zira 10. maddenin devlete söz konusu bilgileri ilgiliye verme konusunda pozitif yükümlülük getirmedeği vurgulanmış; buna karşın mevcut ve erişilebilir bilgilere erişimin engellenmesi ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmiştir<sup>12</sup>. 10. maddenin lafzına bakıldığında; *“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.”* Görüldüğü üzere 10. maddede gerçekten de açıkça bilgi edinme hakkı yer almamakta; buna karşın *“haber ve görüş alma ve de verme”* ifadelerine yer verilmektedir.

Buna göre, Mahkemenin geçmiş içtihadına bakıldığında, bilgiyi araştırma hakkını düzenlemeyen AİHS’in Mahkeme tarafından dar yorumlandığı açıktır<sup>13</sup>. Maddenin lafzında yer alan *“haber ve görüş alma”*, kişisel nitelikteki bilgileri değil, devletin elinde hazır ve mevcut halde bulunan bilgilere erişimi kapsamaktadır. Buna göre bilgiye erişim hakkı bağımsız bir hak olmaktan ziyade, AİHS’de tanınan diğer hak ve hürriyetlerin gerektirdiği ölçüde kullanılabilir bir hak olarak nitelendirilebilecektir<sup>14</sup>. Dolayısıyla Mahkeme önceki içtihadında bilgi edinme hakkının ne

<sup>10</sup> Başvuru No. 00073562/01, 00073565/01, 00073712/01, 00073744/01, 00073972/01, 00073973/01, T. 15/6/2004.

<sup>11</sup> Başvuru No. 32555/96, T. 19/10/2005.

<sup>12</sup> SOYKAN, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı” AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007,63-74, s. 70; GÜNDÜZ, F. Ebru ve YAZICIOĞLU, İsmail, “Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması”, Anayasa Yargısı, C. 38, S. 1, 2021, s. 171-204, s.175.

<sup>13</sup> DUYMAZ, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, 1367-1403, s. 1390.

<sup>14</sup> DUYMAZ, “İfade Özgürlüğü”, s. 1391.

Sözleşme tarafından tanındığını ne de devlete bu konuda pozitif bir yükümlülük getirildiğini kabul etmektedir. *Guerra ve diğerleri*<sup>15</sup> v. *İtalya* ile *McGinley ve Egan v. İngiltere* gibi kararlarda da vurgulandığı üzere, kişilerin maruz kaldıkları sağlık riski gibi konularda bilgilendirilmesi, ifade özgürlüğünden ziyade özel ve aile yaşamının korunmasına ilişkindir<sup>16</sup>.

Mahkemenin geçmiş içtihadı değerlendirildiğinde, AIHM'in bilgi edinme hakkını toplumsal bir hak olmaktan ziyade, tamamen bireysel bir hak olarak değerlendirdiği sonucuna varılmakta, bu kapsamda da kişi, ancak Sözleşmedeki haklarından herhangi birine yönelik müdahalenin varlığı halinde bilgiye erişim hakkına sahip olmaktadır<sup>17</sup>. AIHM'e göre, Sözleşmenin 10. maddesi genel bilgi kaynaklarına erişmeyi kapsamaktaysa da, idari belgelere erişmenin, anılan maddenin kapsamı dışında olduğu değerlendirilmektedir<sup>18</sup>. Mahkeme, 10. maddenin ihlaline ilişkin yaptığı değerlendirmelerde, bilgi edinme hakkının bir kimsenin başka kişilerin ona vermesini istediği bilgilere ulaşmasının, devlet tarafından sınırlandırılmasını yasakladığını belirtmektedir. Ayrıca Mahkeme 10. maddenin, kişiye kendisi hakkındaki bilgiye erişme hakkını vermediği gibi, devlete de böyle bir bilgiyi kişiye verme yükümlülüğü getirmediğini vurgulamaktadır<sup>19</sup>.

Buna karşın Mahkeme, devletlerin, kamuya açık bilgiye ve genel bilgi kaynaklarına erişilmesini bilinçli tedbirlerle engelleyemeyeceğine de vurgu yapmaktadır<sup>20</sup>. Bu kapsamda Mahkeme, içtihadında çoğunlukla mevcut ve erişilebilir nitelikteki bilgiye erişimin devlet tarafından engellenmesini 10.

<sup>15</sup> *Guerra ve Diğerleri v. İtalya* başvurusunda, diğer başvurulardan farklı olan şey ise, burada talep edilen bilginin kişisel bir bilgi olmaması, çevre ile ilgili bir konuda o yörede yaşayan insanların yani kamunun bilgilendirilmesi talebinin reddedilmesinin 8. madde kapsamında değerlendirilmiş olmasıdır. Mahkeme kamu yararı taşıyan çevreye ilişkin bir konuda yöre halkının bilgilendirilmemiş olmasını özel ve aile hayatına saygı kapsamında değerlendirmiş ve Mahkemenin bu kararı ile bilgi edinme hakkının kapsamını daraltıcı bir yorum tarzı benimsediği ifade edilmiştir. SOYKAN, s. 71.

<sup>16</sup> Örneğin, "*McGinley et Egan kararında nükleer denemelerde görev alan personelin maruz kaldıkları radyasyon düzeyi konusunda bilgilendirilmemesi üzerine Mahkeme, bu tür görevde bulunan kişilerin sağlığı üzerinde gizli ve olumsuz etki yapacak faaliyetlere giren devlet 8. maddeden kaynaklanan yükümlülükleri gereği bu kişilere "ilgili ve doğru" bilgilere ulaşma imkânı tanyan etkili ve ulaşılabilir bir prosedür öngörmelidir.*" Aktaran, DUYMAZ, Erkan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 47, Ekim 2012, 121-160, s. 154.

<sup>17</sup> DUYMAZ, "İfade Özgürlüğü", s. 1391.

<sup>18</sup> KAYA, s. 147.

<sup>19</sup> KAYA, s. 147-148.

<sup>20</sup> MACOVEI, s. 34.

madde kapsamında ifade özgürlüğünün ihlali olarak yorumlamıştır<sup>21</sup>. Hastanede gözetim altında tutulan başvuranın radyo, gazete gibi iletişim araçlarını kullanarak bilgi almasının engellenmesi<sup>22</sup>, kürtaaj yasağı nedeniyle yurt dışındaki kliniklerle ilgili danışmanlık hizmeti veren firmaların kapatılması sonucu ilgililerin bilgi almalarının engellenmesi<sup>23</sup> örneklerinde olduğu gibi mevcut ve erişilebilir nitelikte bir bilgiye erişimin devlet tarafından engellenmesi, Mahkeme tarafından 10. maddenin ihlali olarak yorumlanmıştır. Ancak Mahkemenin, devlet tarafından tutulan kişisel nitelikteki bir kayda erişimin engellenmesini 10. maddeden ziyade, özel hayatı ve aile hayatını korumak konusunda devlete pozitif yükümlülük getiren 8. maddenin ihlali bağlamında değerlendirdiği görülmektedir.

## II. MAHKEME İÇTİHADINDA DEĞİŞME EĞİLİMİ

AİHM fikir ve düşüncenin açığa vurulması ve yayımlanmasının önüne engeller konulmasını insan haklarının çiğnenmesi olarak değerlendirmekte<sup>24</sup> ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğini vurgulamaktaysa da, belli bir döneme kadar kararların pek çoğunda doğrudan bilgi edinme hakkı vurgusu bulunmamaktadır. Mahkemenin uzun bir süre bağımsız bir hak olarak nitelendirmediği bilgi edinme hakkına yaklaşımı zaman içinde değişme eğilimine girmiştir. Bu eğilim, önceleri bilgi edinme hakkının temel bir insan hakkı olduğu vurgusuyla kendini göstermeye başlamışsa da, devletin bu hak ile ilgili yalnızca negatif yükümlülüğü bulunduğu vurgusu devam etmiştir. Sonraları Mahkeme devletin bilgi edinme hakkı karşısındaki yükümlülüklerine vurgu yapmaya başlamıştır. Örneğin *Öneryıldız v. Türkiye*<sup>25</sup> kararında Mahkeme, bölge halkının yaşamını riske atan faaliyetler nedeniyle devletin yalnızca “bilgi edinme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü”ne uymasının yeterli olmayacağı vurgusunu yapmıştır. Ancak bu başvuruda ihlal kararı yaşam hakkına yönelik müdahale nedeniyle verilmiş olup, yaptığı değerlendirmelerden Mahkemenin henüz bilgi edinme hakkı konusunda devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğu fikrine tam olarak açık olmadığı anlaşılmaktadır.

<sup>21</sup> SOYKAN, s. 70.

<sup>22</sup> Herczegfalvy v. Avusturya, Başvuru No. 10533/83, T. 24/09/1992, Aktaran, SOYKAN, s. 70.

<sup>23</sup> Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda, Başvuru No. 14234/88, T. 29.10.1992, Aktaran, SOYKAN, s. 70.

<sup>24</sup> YAŞAMIŞ, Firuz Demir, Tebliğ, Bilgi Edinme Hakkı Paneli-Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği, Haziran 2004, 21-76, s.27.

<sup>25</sup> Başvuru No. 48939/99, T. 30/11/2004.

Mahkemenin bilgi edinme hakkına bakış açısındaki en önemli değişim ise 2006 yılında kendini göstermiştir. Mahkeme, uzun soluklu içtihadında değişikliğe giderek, bilgi edinme hakkını ifade özgürlüğünü koruma altına alan 10. madde kapsamında değerlendirme eğilimine girmiştir. Başka bir ifadeyle 10. maddeyi bilgi edinme hakkı bakımından daha geniş bir biçimde yorumlayarak, bilgi edinme taleplerini bu madde kapsamında değerlendirmeye başlamıştır.

*Sdružení Jihočeské Matky v. Çek Cumhuriyeti*<sup>26</sup> davası, AİHM’in değişen yaklaşımını yansıtmaya bakımından önemlidir. Bu dava, çevreci bir sivil toplum kuruluşu olan başvuruçunun nükleer bir enerji santraliyle ilgili belge ve planlara erişim talebinin Çek makamları tarafından reddedilmesine ilişkindir. AİHM bu davada, herkesin bilgi edinme hakkına sahip olduğunu belirterek, başvuruçunun belgelere erişim talebinin reddedilmesini, 10. madde anlamında bilgi edinme hakkına bir müdahale olarak değerlendirmiş; ancak bu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasına uygun bir biçimde yapıldığı gerekçesiyle ihlal kararı vermemiştir. AİHM bu kararıyla, kamuoyunu ilgilendiren konularda devlet tarafından tutulan bilginin 10. madde kapsamına gireceğini kabul etmişse de, kararda bilgi edinme hakkının kapsamına yönelik bir belirleme yapılmamıştır<sup>27</sup>. Ancak yine de bu karar ile Mahkemenin “*bilgi edinme hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki normatif bağlantıyı tanımamak yönündeki kararlılığının kırıldığı*<sup>28</sup>” kabul edilmektedir.

Mahkeme, daha sonra verdiği *Társaság A Szabadságjogokért v. Macaristan*<sup>29</sup> kararında, kamuoyunu doğrudan ilgilendiren bir konuda bilgi edinme hakkının sınırlarını çizmiş, AİHM’in 10. maddesinde yer alan bilgi alma özgürlüğünü geniş yorumlayarak, kamu idarelerinin bilgiye erişimi engellememe sorumluluğu olduğunu vurgulamıştır. Olayda, uyuşturucu politikaları konusunda faaliyet gösteren bir derneğin, Macaristan Anayasa Mahkemesi uhdesinde bulunan belgelere erişiminin reddedilmesi üzerine AİHM, başvuruçunun erişmek istediği dosyadaki bilgilerin kamusal nitelikte olduğunu ve kişisel veri içermediğini tespit ettikten sonra, son dönemde bilgi edinme hakkının AİHM tarafından daha geniş yorumlandığını hatırlatarak Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM, bu kararında bilgi edinme hakkından ziyade “*bilgiye erişim hakkına yakın bir haktan*” bahsetmekteyse de, bu hakkın devlete

<sup>26</sup> Başvuru No. 19101/03, T. 10/07/2006, Kabul edilebilirlik kararı.

<sup>27</sup> DUYMAZ, “İfade Özgürlüğü”, s. 1391.

<sup>28</sup> SOYKAN, s. 72.

<sup>29</sup> Başvuru No. 37374/05, T. 14/4/2009.

yüklediği pozitif yükümlülükler konusuna açıklık getirmemektedir<sup>30</sup>. Buna karşın söz konusu karar, bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğünü güvence altına alan 10. madde kapsamında değerlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir.

Mahkemenin bilgi edinme hakkına ilişkin görüşünde geçiş aşaması olarak nitelendirebileceğimiz bu kararları her ne kadar bilgi edinme hakkının 10. madde kapsamında değerlendirilmesi bakımından önemli olsa da, bilgi edinme hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler konusunda Mahkemenin sessizliği, gerçek anlamda bir bilgi edinme hakkını henüz tanımadığı şeklinde yorumlanmıştır<sup>31</sup>. Buna karşın söz konusu kararlar Mahkemenin 10. maddeyi devletlere bu konuda pozitif yükümlülük getirdiği yönünde yorumlanarak, bilgi edinme hakkını açıkça bu kapsamda tanıyacağına ilişkin beklentileri de pekiştirmiştir<sup>32</sup>.

### III. BİLGİ EDİNME HAKKININ AİHS 10. MADDE KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

AİHM'in bilgi edinme hakkına dair yorumundaki değişme eğilimi, bilgi edinme hakkının müstakil bir hak olarak tanımlanması yönünde önemli adımlar olarak değerlendirilebilir. Peki, AİHM'in bilgi edinme hakkına ilişkin olarak atıfta bulunduğu AİHS'in 10. maddesi, bilgi edinme hakkını ne şekilde koruma altına almaktadır? Bu soruya net bir cevap vermeden önce kısaca diğer uluslararası düzenlemelerde bu hakkın ne şekilde düzenlendiğine değinmek gerekmektedir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesi bilgi edinme hakkının dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre; “*Her ferdin fikir ve ifade hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malûmat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir*”. Buna göre bilgi edinme hakkı; *bilgiyi arama, elde etme ve yayma* eylemlerinden oluşmaktadır.

<sup>30</sup> DUYMAZ, “İfade Özgürlüğü”, s. 1392.

<sup>31</sup> DUYMAZ, “İfade Özgürlüğü”, s. 1392.

<sup>32</sup> Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün görüş sahibi olma, bilgi ve düşünceyi edinme ile bilgi ve düşünceyi yayma özgürlüklerini kapsadığı; buna karşın bilgiye erişim hakkını güvence altına almadığı ifade edilmiş olsa da; Mahkemenin son yıllarda verdiği kararlar kapsamında bilgi edinme hakkının açıkça tanınmasının olası olduğu yönünde, KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Şubat 2019, s. 71-72.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesinde de bilgi edinme hakkının tanındığı görülmektedir. Maddenin ikinci fıkrasına göre; “Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.” Görüldüğü üzere tıpkı BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde olduğu gibi burada da bilgi edinme hakkı; bilgiyi arama (araştırma), elde etme ve yayma eylemlerinden oluşmaktadır.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi de “Düşünce ve ifade özgürlüğü” başlıklı 13. maddesinin ilk fıkrasında; “Herkesin düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, sınırlar dikkate alınmaksızın, sözlü, yazılı ya da basılı olarak, yahut sanatsal formda yahut bir kimsenin kendi seçeceği herhangi bir başka yolla, her türlü bilginin ve düşüncenin araştırılması, alınması ve yayılması özgürlüğünü de içerir.”<sup>33</sup> hükmüne yer verilmektedir.

Anılan düzenlemelerin tamamında bilgi edinme hakkının, ifade özgürlüğünü düzenleyen hükümler bağlamında ele alındığı ve *bilgi ve fikirlerin aranması, elde edilmesi ve yayılmasını* kapsayacak şekilde müstakil bir hak olarak düzenlendiği görülmektedir.

Sorumuza dönecek olursak, AİHS kapsamında bilgi edinme hakkı bu açıklıkla kabul edilmekte midir? Sözleşmenin 10. maddesinin ilk paragrafında bilgi edinme hakkı “haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğü” bağlamında ele alınmaktadır. Bir görüşe göre bu düzenleme, bilgi edinme hakkına ilişkin diğer uluslararası düzenlemelere çok az farklılıklar dışında benzemektedir<sup>34</sup>. AİHS’te “almak” (receive) ve “yaymak” (impart) sözcüklerine yer verilmişken; diğer Sözleşmelerdeki “aramak” (seek) sözcüğüne yer verilmemiştir. AİHS’te “aramak” sözcüğünün yer almaması nedeniyle, Sözleşmenin bilgi edinme hakkını koruma altına almadığı şeklinde yorumlanması ise tartışmaları beraberinde getirmiştir. Sözleşmede “aramak” ifadesi yer almadığı için AİHS’in bilgi edinme hakkı konusunda devlete pozitif bir sorumluluk yüklediği belirtilmiştir. Zira “arama” eylemi bireylerin talep ettiği bilgiyi temin etme konusunda idareye bir yükümlülük getirmekte ve devleti bilgi edinme

<sup>33</sup> Hükmün çevirisi için bkz. GEMALMAZ, M. Semih, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi-San Jose Paketi”, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri C.I, Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal, 2010, 729-761, <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2015/05/02.pdf> (20/09/2021).

<sup>34</sup> KAYA, s. 131.



hakkının kullanılmasında pozitif anlamda sorumlu tutmaktadır. Oysa AİHS bu sözcüğe yer vermediği için devletin pozitif yükümlülüğünden de bahsetmenin olanaksız olduğu, maddenin lafzi yorumuna göre, yalnızca erişilebilir nitelikteki bilgilere ulaşılmasında devletin herhangi bir müdahalede bulunmamasının yeterli olduğu ifade edilmiştir<sup>35</sup>.

Oysa bir bilgiyi almak için, öncelikle o bilginin aranması gerekmektedir. Kaldı ki, bir bilginin alınması için, bu bilginin bilgi talep edilen tarafından verilmesi de gerekir. Bu noktada, Sözleşmede yalnızca “bilginin alınması”na yer verilmiş olsaydı dahi, bilgi edinme hakkını düzenlediğini ve hatta Sözleşme ile devletlere de bu konuda pozitif yükümlülük getirildiğini kabul etmek gerekecektir.

Doktrinde de bilgi almanın, bilgi edinme anlamına geleceğinden hareketle AİHS’in 10. maddesinin bilgi edinme hakkını güvence altına aldığı ifade edilmektedir<sup>36</sup>. Hatta Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin bilgi edinme hakkını açıkça; “Kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğü” olarak tanımladığı da ifade edilmektedir<sup>37</sup>. Maddenin mevcut haliyle “devletin pozitif bir edimini gerektiren bilgi edinme hakkından ziyade, “bilgi alma hakkı”nı tanımladığı, devletin bireylerin bu haklarını kullanmaları için herhangi bir edimde bulunması gerekmediği<sup>38</sup>” ifade edilmiş olsa da; bilgi alma hakkının kullanılabilmesi için devletin elindeki bilgileri kişilere vermediği takdirde bu hakkın nasıl etkin olarak kullanılabileceği sorusu akla gelmektedir.

Sözleşmenin 10. maddesinin birinci fıkrası aslında, ifade özgürlüğünün üç bileşenini içermektedir: “Fikir sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve fikir alma özgürlüğü ile bilgi ve fikir verme özgürlüğü<sup>39</sup>”. Sözleşmenin 10. maddesi ile garanti altına alınan diğer özgürlüklerin ön koşulu olarak değerlendirilen “fikir sahibi olma özgürlüğü”, 10. madde kapsamında mutlak olarak korunmaktadır<sup>40</sup>. Bilgi ve fikir verme özgürlüğü ise, daha ziyade ülkelerin

<sup>35</sup> Buna karşın diğer uluslararası sözleşmelerde açıkça “aramak” ibaresine yer verildiği için, bahse konu sözleşmelerin devlete bilgiye erişim hakkı konusunda pozitif yükümlülük getirdiği ifade edilmektedir. SOYKAN, s. 67.

<sup>36</sup> Bu doğrultuda detaylı bilgi için bkz. KAYA s. 131.

<sup>37</sup> YAŞAMIŞ, s. 26.

<sup>38</sup> SOYKAN, s. 66.

<sup>39</sup> BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması- Uygulamacılar İçin El Kitabı, (Tuğçe Duygu Köksal Çev.), Avrupa Konseyi Yayını, 2018, s. 15.

<sup>40</sup> “Devletler vatandaşlarına bir konuda telkinde bulunmayı denememeli; bir fikri ya da başkasını taşıyan bireyler arasında ayırım yapılmasına izin verilmemelidir. Ayrıca, devlet

demokratik yapısı için önem arz etmekte olup, hükümeti eleştirme, ekonomik konularda fikir alışverişi, sanatsal performans gibi yaratıcı çalışmalar bakımından önemsenmektedir<sup>41</sup>. Bilgi ve fikir alma özgürlüğü ise, daha ziyade basın özgürlüğü ile birlikte değerlendirilerek, tüm yasal kaynaklar aracılığıyla bilgi toplama ve bilgi arama hakkını kapsamaktadır<sup>42</sup>. Bilgiye erişim hakkı ise bilgi ve fikir alma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir<sup>43</sup>. Mahkeme, bilgiye erişim hakkını bu bağlamda değerlendirmeye başladığı andan itibaren, doğal olarak bilgi edinme hakkına yönelik müdahalelerin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna yaklaşmış olmaktadır. Örneğin *Kenedi v Macaristan*<sup>44</sup> başvurusunda Mahkeme, meşru tarihsel bir araştırma için devletin gizli belgelerine ulaşmak yönünde mahkeme kararı olmasına rağmen, yerel makamlar tarafından bu bilgilere erişimin on yılı aşkın süre boyunca reddedilmesini, yerel makamların yetkilerini, başvuru için ifade özgürlüğü hakkını kullanmasını geciktirerek 10. maddeyi ihlal eder biçimde kötüye kullandıklarını kabul etmiştir<sup>45</sup>.

İfade özgürlüğünden bahsedebilmek için düşünce özgürlüğünün olması nasıl şart ise, düşüncenin oluşabilmesi için de bilgi edinme hakkının güvence altına alınmasının o kadar gereklidir<sup>46</sup>. O halde yalnızca lafzi yorum yaparak, Sözleşmenin “*aramak*” ibaresine yer vermediğinden bahisle, devletin elindeki bilgi ve belgeleri kişilerle paylaşmak konusunda 10. madde kapsamında pozitif yükümlülüğü bulunmadığını kabul eden değerlendirmeler de anlamını yitirmiş gözükmektedir.

---

*tarafından tek taraflı bilgilerin teşvik edilmesi, fikir sahibi olma özgürlüğü için ciddi ve kabul edilemez bir engel oluşturabilir. Bireyler kamuya açık fikirleri takiben kendilerine belirli bir görüşün atfedildiği durumların yaratacağı olası olumsuz sonuçlara karşı da fikir sahibi olma özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Fikir sahibi olma özgürlüğü bireyin görüşlerini bildirmeye mecbur bırakılmamayı içeren “negatif özgürlük” alanını da kapsar.”* BYCHAWSKA-SINIARSKA, s. 15.

<sup>41</sup> BYCHAWSKA-SINIARSKA, s. 15-16.

<sup>42</sup> “...Mahkeme bu özgürlüğü, bu türden bilgi ve düşüncelerin kamuoyuna sunulmasına olanak tanınmasının yanı sıra, özellikle de kamu yararı güden konularda, kamuoyunun uygun şekilde bunlardan haberdar olma hakkıyla birlikte okur.” BYCHAWSKA-SINIARSKA, s. 17.

<sup>43</sup> Youth Initiative for Human Rights v. Sırbistan, Başvuru No. 48135/06, T. 25/09/2013.

<sup>44</sup> Başvuru No. 31475/05, T. 26/05/2009.

<sup>45</sup> BYCHAWSKA-SINIARSKA, s. 18.

<sup>46</sup> YAŞAMIŞ, s. 35.

#### IV. MAHKEMENİN GÜNCEL KARARLARI BAĞLAMINDA BİLGİ EDİNME HAKKI

AİHM'in bilgi edinme hakkına ilişkin yorumunda yaşanan değişim seyri özellikle 2000'li yıllarda farklı bir boyuta ulaşmış ve bilgi edinme hakkının artık açıkça 10. maddede korunan ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirildiği bir sürece evrilmiştir. Öyle ki Mahkeme, bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için açıkça bazı kriterler ortaya koymaya ve bu kriterleri sonraki kararlarında da uygulamaya başlamıştır.

##### A. Bilgi Edinme Hakkının İfade Özgürlüğü Kapsamında Değerlendirilmesi için Mahkemenin Aradığı Eşik Kriterler- “*Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan*”<sup>47</sup> Kararı

###### a. Olayın özeti

Karara konu olayda, bir sivil toplum kuruluşu yürüttüğü bir proje çerçevesinde, emniyet müdürlüklerinin barolar tarafından verilen listelerden yapmış olduğu müdafî atamalarına ilişkin uygulamalarında tutarsızlık olup olmadığını belirlemek amacıyla, Macaristan'daki yirmi sekiz polis teşkilatından, belli bir yılda atanan müdafîlerin isimleri ile kendilerine verilen görev sayılarını talep etmiştir. Talepte bulunulan polis departmanlarından çoğu talebe olumlu yanıt vermiş; buna karşın iki ilçenin polis teşkilatı tarafından söz konusu bilgi talebi, müdafîlerin adlarının kamu yararına ilişkin bilgilerden olmadığı, müdafî isimlerinin kişisel veri niteliğinde olduğu ve ayrıca bu verilerin paylaşılmasının, ilgili polis departmanlarına orantısız bir yük getireceğinden bahisle reddedilmiştir. Sivil toplum kuruluşu, re'sen atanan müdafîlerin, kamu yararına ilişkin bir görev yaptığını ileri sürerek bu iki polis teşkilatına karşı dava açmıştır. Mahkeme, zorunlu savunmanın kamu yararına ilişkin doğası göz önüne alındığında, toplumu bilgilendirmeye yönelik menfaatin, müdafînin mahremiyetini koruma ihtiyacından daha güçlü olduğunu ve her halükarda müdafînin rolü kamuya açık olduğu için kişisel verilerin ihlal edilmediğini ifade etmişse de; ilk derece mahkemesinin bu kararına karşı temyiz yoluna başvurulmuş ve karar bozulmuştur. Başvuran STK, müdafîlerin isimlerini ve atamalarının sayısını gösteren bilgiler kişisel veri olmasına karşın, bunların kamu yararına ifşa edilebilecek bilgiler olduğunu ileri sürerek

<sup>47</sup> Başvuru No. 18030/11, T. 08/01/2016.

teyviz mahkemesi kararının incelenmesini talep etmişse de, sivil toplum kuruluşunun bu talebi Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Başvuran sivil toplum kuruluşu, yetkililerin belirli polis departmanlarından istediği bilgilere erişimini reddetmesinin, Sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen hakların ihlali anlamına geldiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Macaristan hükümeti, ilgili olayda Sözleşmenin 10. maddesinin uygulanabilir olmadığını, zira Sözleşmenin 10. maddesinin yalnızca bilgi alma ve verme özgürlüğünü kapsadığını ve Evrensel Bildiri'nin 19. maddesinin aksine, bilgi edinme özgürlüğüne yapılan herhangi bir atfa da 10. madde kapsamında kasıtlı olarak yer verilmediğini iddia etmiştir. Başvurucu tıpkı bir mahkemeye erişim olmaksızın adil yargılanma hakkının anlamsız olacağı gibi, bilgiye erişimin de ifade özgürlüğü hakkının etkin bir şekilde kullanılması için olmazsa olmaz bir koşul olduğunu ifade etmiştir.

#### **b. Bilgi Edinme Hakkının 10. Madde Kapsamında Değerlendirilmesi İçin Eşik Kriterler**

AİHM, söz konusu davada ele alınması gereken temel sorunun, Sözleşme'nin 10. maddesinin, kamu makamlarının elindeki bilgilere erişim hakkını güvence altına aldığı şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı olduğunu tespit etmiştir. Bu tespitin ardından Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasının, bilgiye erişim hakkını içerdiği şeklinde yorumlanmasının engellenmediği kanaatinde olduğunu açıkça vurgulamıştır<sup>48</sup>.

Mahkeme bilgiye erişimin engellenmesinin, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturup oluşturmadığının her bir davada ve kendi özel koşulları ışığında değerlendirilmesi gerektiğini vurguladıktan sonra, devletin elindeki bilgilere erişim hakkı için dört eşik kriter belirlemiştir. Bunlar; bilgi talebinin amacı, aranan bilginin niteliği, başvuranın rolü ve bilgilerin hazır ve mevcut olmasıdır. Mahkeme tüm bu şartları kümülatif olarak değerlendirmektedir<sup>49</sup>.

**Bilgi Talebinin Amacı:** Bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilebilmesinde bilgi edinmeye yönelik talebin amacı bir ön koşul olarak kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, bir kamu makamının elinde bulunan bilgilere erişim talebinde bulunmak, kişinin "bilgi ve fikirleri alma ve başkalarına verme" özgürlüğünü kullanmasını sağlamaktadır. AİHM, Sözleşmenin 10. maddesinin uygulanabilmesi için, bir kamu

<sup>48</sup> Prg. 149.

<sup>49</sup> Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights-Freedom of Expression, Council of Europe, European Court of Human Rights, 2021, s. 71, [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_10\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf) (10/09/2021).

makamının elinde bulunan bilgilere erişim talebinde bulunan kişinin, kendisinin veya başkalarının bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü kullanması amacını taşımasını aramaktadır<sup>50</sup>. Bu nedenle Mahkeme, bilgi toplamanın gazetecilik faaliyetlerinde veya kamusal tartışmaya zemin oluşturan diğer faaliyetlerde bir hazırlık adımı olup olmadığına vurgu yapmıştır<sup>51</sup>. Bu bağlamda, Mahkemenin basın özgürlüğü alanında, ifade özgürlüğünün kullanılmasının doğasında bulunan 'görev ve sorumluluklar' nedeniyle, Sözleşmenin 10. maddesinin gazetecilere sağladığı güvencenin, “sosyal beklilik” işlevi üstlenen bir STK için de geçerli olacağını belirtmektedir. Bu nedenle, 10. maddenin uygulanabilmesi için, talep edilen bilgilerin ifade özgürlüğünün kullanılması için gerçekten gerekli olup olmadığının tespit edilmesi zorunludur. Mahkemeye göre, bilgi erişiminin engellenmesi, bireyin ifade özgürlüğünü kullanmasını engelleyecek veya bozacaksa, bilgiye erişimin sağlanması gerekli kabul edilecektir<sup>52</sup>.

**Aranan Bilginin Niteliği:** Mahkeme, kamusal öneme sahip bir konuda, aranan verilere erişimin engellenmesinin bilgi alma ve verme hakkına yönelik bir müdahaleyi oluşturduğunu ifade etmektedir<sup>53</sup>. AİHM, erişimi istenen bilgi, veri veya belgelerin, Sözleşme kapsamında paylaşılabilmesi için ortaya çıkan ihtiyacın “kamu yararı testini” karşılaması gerektiğini vurgulamaktadır<sup>54</sup>. Mahkemeye göre kamu yararı ise, kamuoyunu meşru bir şekilde ilgilendirebilecek ölçüde etkileyen, kamuoyunun dikkatini çeken veya önemli ölçüde ilgilendiren, özellikle de vatandaşların veya toplumun refahını etkileyen konularla ilgilidir ve her bir davanın koşullarına bağlı olarak şekillenmektedir<sup>55</sup>. Kamu yararına olduğu düşünülen bilgi kategorilerine; elektronik gözetim önlemlerinin kullanımına ilişkin bilgiler, kamuyu ilgilendiren bir konu hakkında yapılan anayasa şikâyeti hakkında bilgiler, meşru tarihsel araştırmalar için orijinal belgesel kaynaklar örnek olarak gösterilebilir<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Guide, s. 71.

<sup>51</sup> Prg. 158.

<sup>52</sup> Prg. 159.

<sup>53</sup> Prg. 160.

<sup>54</sup> Prg. 161.

<sup>55</sup> Guide, s. 72.

<sup>56</sup> Bu kararlara örnek olarak, Youth Initiative for Human Rights v. Sırbistan; Társaság a Szabadságjogokért v. Macaristan; Kenedi v. Macaristan, Başvuru No. 31475/05, T. 26/05/2009; Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Avusturya, Başvuru No. 39534/07, T. 28/11/2013; Yuriy Chumak v. Ukrayna, Başvuru No.23897/10, T. 18/06/2021 gösterilebilir. Aktaran, Guide, s. 72.

**Başvuranın Rolü:** Yukarıda belirtilen iki kriterin-bir bilgi talebinin amacı ile ilgili ve talep edilen bilginin niteliği- doğal bir sonucu olarak Mahkeme, bilgiyi arayan kişinin de, bilgiyi “alma ve kamuya iletme” konusunda özel bir rolünün bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, Devletin belirli belgelere erişimi engelleyerek başvuruların 10. maddede güvence altına alınan hakkına müdahale edip etmediğini değerlendirirken, başvuranın, faaliyetleri kamu yararına olan konularla ilgili olarak bir sosyal “bekçi köpeği” veya “sivil toplum kuruluşu” rolü üstlenip üstlenmediğine odaklanmaktadır<sup>57</sup>. Mahkeme bu konuda toplumda üstlendiği önemli rolden yola çıkarak, demokratik toplumlarda gazetecilere sağlanacak güvencelerle basının, halkın bilgi alma ve verme hakkını kullanabilmesinde, “bekçi köpeği” rolünü üstlendiğini vurgulamaktadır<sup>58</sup>.

Mahkemeye göre basın, kamuoyunu ilgilendiren konularda bilgi vermede hayati önem taşıyan “bekçi köpeği” rolünü yerine getirmesini sağlamak ne kadar demokratik toplumun çıkarına ise, sivil toplum kuruluşlarının da kamu bekçisi rolünü yerine getirmesini sağlamak, demokratik bir toplumda o kadar gereklidir. Toplumda bekçilik işlevlerini yerine getiren kişi ve kuruluşların, kamuyu ilgilendiren konularda raporlama rollerini yerine getirmeleri için bilgiye erişimlerinin sağlanması gereklidir. Bilgiye erişimin engellenmesi amacıyla oluşturulan engeller, “bekçilik” rolünün etkin bir şekilde yerine getirilememesine neden olabileceği gibi, topluma doğru ve güvenilir bilgi sunulmasını da olumsuz yönde etkileyebilir<sup>59</sup>.

Bu nedenle Mahkeme, bilgilere erişmek isteyen kişinin, bunu kamuoyunu bir “bekçi köpeği” sıfatıyla bilgilendirmek amacıyla yapıp yapmadığının önemli olduğu kanaatinde. Ancak bu durum, bilgiye erişim hakkının yalnızca sivil toplum kuruluşlarına ve basına uygulanması gerektiği anlamına da gelmemektedir. Mahkeme ayrıca, kamuyu ilgilendiren konularda akademik araştırmacıların, yazarların yüksek düzeyde koruma

<sup>57</sup> Prg. 164-165. Ayrıca bkz. Roşianu v. Romanya, Başvuru No. 27329/06, T. 24706/2014; Társaság a Szabadságjogokért v. Macaristan, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung v. Avusturya, Youth Initiative for Human Rights v. Sırbistan. Aktaran, Guide, s. 73.

<sup>58</sup> “Basının görevi, kamu yararını ilgilendiren tüm konularda -yükümlülükleri ve sorumlulukları ile tutarlı bir şekilde- bilgi ve fikir vermektir. Sadece bu tür bilgi ve fikirleri yaymakla kalmaz, aynı zamanda halkın da bunları alma hakkı vardır. Aksi takdirde, basın hayati önem taşıyan “kamu bekçisi” rolünü oynayamazdı.” Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway, Başvuru No. 21980/93, T. 20/05/1999, prg. 59.

<sup>59</sup> Prg. 167.

altına alındığını ifade etmekte ve buna ek olarak, internetin halkın bilgiye erişimindeki rolünü de dikkate alarak blog yazarları ile sosyal medyadaki popüler kullanıcıların da işlevini, 10. maddenin sağladığı koruma söz konusu olduğunda, “*kamu bekçileri*” işlevine benzeterek koruma alanını geniş tutma eğiliminde olduğunu vurgulamaktadır<sup>60</sup>.

***Bilgilerin Hazır ve Mevcut Olması:*** Mahkeme talep edilen bilgi ve belgelerin hazır ve ulaşılabilir olup olmadığını, hükümet tarafından bilginin toplanması için ayrı bir çabaya gerek olup olmadığını ve bu nedenle devlete bir yük getirilip getirilmediğini değerlendirmektedir. Eğer talep edilen bilgi ve belgeler hazır ve mevcut durumda ise, bilgi edinme talebinin karşılanması gerekmektedir. Bunun yanında, bilgi edinme talebinin reddedilme gerekçesi, idari makamlarca bilgi toplanmasının zor olduğuna dayandırılmasına karşın, bilgi toplamanın zorlaşması idarenin uygulamalarından kaynaklanmaktaysa, Mahkeme bu durumun kabul edilemeyeceğini de vurgulamaktadır<sup>61</sup>. Mahkeme ayrıca, yetkililerin bilgileri bir araya getirmesinin idareye orantısız bir yük getirip getirmediği yönünde değerlendirme yapmaktadır<sup>62</sup>.

Mahkeme tüm bu kriterleri ortaya koyduktan sonra somut olay bakımından başvuran STK'nin talep ettiği bilgilerin, açıkça kamu yararına olan bir konudaki tartışmaya katkıda bulunmak amacıyla, bir sivil toplum kuruluşu olarak insan hakları örgütü sıfatıyla yürüttüğü bir anketin tamamlanması için gerekli olduğu sonucuna varıp, yerel makamlar nezdinde hazır ve mevcut olan bilgilere erişimin engellenmesinin, 10. maddede korunan bilgi alma ve verme özgürlüğüne açık bir şekilde müdahale teşkil ettiğine kanaat etmiştir<sup>63</sup>.

Mahkeme son olarak söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirdiği kısımda ise, istenen bilgilerin avukatların mesleki faaliyetlerine ilişkin olmadığı, yapılan anketin kamu avukatlarına yönelik sisteminin etkinliğine dair olduğu ve adil yargılanma hakkıyla doğrudan bağlantılı bir hizmete yönelik herhangi bir eleştiri veya önerilen iyileştirmenin, meşru bir kamu kaygısı konusu olarak görülmesi

<sup>60</sup> Prg. 168.

<sup>61</sup> Prg. 169.

<sup>62</sup> Yurıy Chumak v. Ukrayna, Aktaran, Guide, s. 73. Mahkeme, başvuranın aradığı bilginin "hazır ve ulaşılabilir" olmadığı veya başvuranın aradığı biçimde bulunmadığı sürece, bilgi talebinin reddinin Sözleşmenin 10. maddesindeki haklarına müdahalede bulunmadığına karar vermiştir. Bubon v. Rusya, Başvuru No. 63898/09, T. 07/02/2017, Aktaran, Guide, s. 73.

<sup>63</sup> Prg. 180.

gerektiğini, bilgi talebi kişisel verilerle ilgili olmakla birlikte, kamuya açık olmayan bilgileri içermediği, Hükümet tarafından öne sürülen argümanların, konuyla ilgili olmasına rağmen, söz konusu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu göstermek için yeterli olmadığı kanaatine vararak Sözleşmenin 10. maddesi yönünden ihlal kararı vermiştir<sup>64</sup>.

### **B. Güncel Bir Karar Olarak “Cangı v. Türkiye” Kararı<sup>65</sup>**

AİHM’in, Türkiye’de bilgi edinme hakkının uygulanmasına ilişkin olarak verdiği ve bu hakkın ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için taşıması gereken eşik kriterleri uyguladığı *Cangı v. Türkiye* kararına kısaca değinmek, Mahkemenin bu kriterleri uygulama konusundaki istikrarını ortaya koymak bakımından önem arz etmektedir.

Cangı v. Türkiye kararında başvuran, baraj yapımı projesiyle tehdit altında olan bir antik kentin sular altına kalarak yok olmasına karşı mücadele eden sivil toplum kuruluşlarından birinin üyesidir. Başvuran, antik kentin sular altına kalmasına izin veren Kültürel ve Doğal Mirasları Koruma Kurulunun antik kent sular altında kalmadan yapmış olduğu bir toplantı tutanağının imzalı nüshasını talep etmişse de, Kurul, kurumlar arası hizmete özel bir toplantının söz konusu olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Başvuran, antik kentin su altında kalmasına izin veren kararlarının hukuka uygunluğunun denetimi amacıyla söz konusu tutanağın resmi ve imzalı nüshasını almasının büyük önem taşıdığını ifade etmiştir<sup>66</sup>. Başvuranın ret kararı üzerine Bilgi Edinme Değerlendirme Kuruluna (BEDK) yaptığı başvuru neticesinde, BEDK talep edilen tutanağın, 4982 sayılı Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrası<sup>67</sup> uyarınca, “*kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler*”den olduğu gerekçesiyle, başvuranın itirazını reddetmiştir<sup>68</sup>. Başvuran BEDK’nin kararının iptali için dava açmışsa da, İdare Mahkemesi, ihtilaf konusu işlemin hukuka aykırı olmadığı kanısına varmış ve karar onanmıştır. En nihayetinde başvuranın

<sup>64</sup> Prg. 194, 197, 200.

<sup>65</sup> Başvuru No. 24973/15, T. 29/01/2019, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-192935%22%5D%7D> (18/10/2021).

<sup>66</sup> Prg. 11.

<sup>67</sup> 4982 sayılı Kanun, Madde 26: “*Kurum ve kuruluşların faaliyetlerini yürütmek üzere elde ettikleri görüş, bilgi notu, teklif ve tavsiye niteliğindeki bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluş tarafından aksi kararlaştırılmadıkça bilgi edinme hakkı kapsamındadır.*”

<sup>68</sup> Prg. 12.



Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru da kabul edilemez bulunmuş ve konu AİHM'e taşınmıştır.

AİHM, kendisine yapılan başvuruyu yukarıda detayları ile aktarmış olduğumuz *Magyar Helsinki Bizottság v. Macaristan* kararına atıfta bulunarak değerlendirmiştir. Mahkeme bilgi edinme hakkının kapsamını tanımlamak için *Magyar* kararında ortaya koyduğu kriterleri (bilgi talebinin amacı, araştırılan bilgilerin niteliği, başvuranın rolü ve talep edilen bilgilerin kullanılabilirliği) bu kararında da uygulamıştır.

**Bilgi talebinin amacı:** Mahkeme, başvuranın, baraj projesiyle yıkım tehdidi altında olan antik kentin korunması hakkında faaliyetlerde bulunan sivil toplum kuruluşunun bir üyesi olduğunu ve talep ettiği toplantı tutanağının bir nüshasının, bu toplantının seyri ve antik kente ilişkin makamlar tarafından verilen kararlar hakkında halkı bilgilendirme isteğiyle talep ettiğini ortaya koymuştur<sup>69</sup>. Mahkeme, ilgili makamların söz konusu toplantının imzalı ve resmi tutanağını başvurana sunmayı reddetmelerinin, antik kentin korunmasına ilişkin karar verme prosedürü hakkındaki bilgilerin mahkemelere ve halka iletilmesine engel teşkil ettiğini gözlemleyerek, “*talep edilen belgenin başvuranın ifade özgürlüğünü kullanması amacıyla “gerekli” olduğu*” kanaatine varmıştır<sup>70</sup>.

**Bilginin niteliği:** Mahkeme, baraj sularıyla tarihi bir kentin su altında kalmasının açıkça önemli bir sosyal konuyla veya halkın bilgilendirilme menfaatinin bulunduğu bir sorunla ilgili olması nedeniyle, söz konusu toplantının “*itiraz edilemez bir şekilde kamu yararına ilişkin bir konuyla ilgili olduğunu*” tespit etmiştir<sup>71</sup>.

**Başvuranın rolü:** Mahkeme, başvuranın bir sivil toplum kuruluşu olan girişim grubunun üyesi ve temsilcisi olduğunu ve “*antik kentin korunmasına ve bu kentle ilgili devam eden yargılamalar hakkında bilgilerin yayılmasına ilişkin faaliyetiyle, “halkın bekçi köpeği” rolünü üstlendiğini*” gözlemlemiştir<sup>72</sup>.

**Bilgilerin hazır ve mevcut olması:** Mahkeme, “*bahse konu tutanağın mevcut olduğunu ve bu belgenin iletilmesinin ilgili makamlara ağır bir yük yüklediğinin kendisi önünde ileri sürülmediğini*” kaydetmiştir<sup>73</sup>.

Mahkeme, belirtilen dört kriteri uygulayarak yerel makamların başvuranın talep edilen belgeye erişimini reddederek, Sözleşmenin 10.

<sup>69</sup> Prg. 32.

<sup>70</sup> Prg. 33.

<sup>71</sup> Prg. 34.

<sup>72</sup> Prg. 35.

<sup>73</sup> Prg. 36.

maddesi tarafından korunan haklarının özüne zarar verecek şekilde, bilgi alma ve verme özgürlüğünü kullanmasını engelledikleri kanaatine varmıştır. Söz konusu müdahalenin de 4982 sayılı Kanunun 26. maddesinin birinci fıkrasının metni ile uyuşmayan bir yorumlama nedeniyle<sup>74</sup>, Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası anlamında “kanunla öngörülmediği” kanaatine vararak, somut olayda başvuranın bilgi edinme talebinin reddinin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

## V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, önceleri bilgi edinme hakkını, Sözleşmenin 10. maddesinin kişisel bilgilere erişim hakkını içermediği gerekçesiyle özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. madde bakımından değerlendirmekteydi. İlerleyen yıllarda Mahkeme, bilgi edinme talebinin reddi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına yönelik talepleri 10. madde kapsamında değerlendirmeye almışsa da, bu maddenin bilgi edinme hakkını ne şekilde koruma altına aldığına dair somut belirlemeler yapmaktan uzun süre kaçınmıştır. 2016 yılında vermiş olduğu bir kararla ise Mahkeme, bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğü bağlamında Sözleşmenin korumasından yararlanabilmesi için hangi kriterleri taşıması gerektiğini açık bir şekilde ortaya koymuş ve bu kriterleri, sonradan diğer kararlarında da uygulamaya başlamıştır.

Bu bakımdan Mahkeme, belirlediği eşik kriterleri taşıyan bilgi edinme taleplerini, ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmektedir. Buna göre, kişinin kendisinin veya başkalarının bilgi ve fikir alma ve verme özgürlüğünü kullanması amacına yönelik, kamuoyunu meşru bir şekilde

<sup>74</sup> “Mahkeme, bir yandan, 4982 sayılı Kanun’un 26. maddesinin 1. fıkrasının metnini ve diğer yandan, ulusal makamlar tarafından bu hükme ilişkin yapılan yorumlamayı inceleyerek, bu yorumlamanın öngörülebilir ve makul olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır. Gerçekte, Mahkeme, ulusal makamların kararlarında, faaliyetlerini yürütmek amacıyla kamu kurum ve kuruluşları tarafından elde edilen görüş, teklif, bilgi notu veya tavsiye niteliğindeki bilgi ve belgelerin, aksi yönde bir karar verilmediği sürece - istisna -, bilgi edinme hakkı kapsamına girdiği yönündeki genel ilkeyi tersine çevirdiklerinin anlaşıldığını tespit etmektedir (yukarıda 20. paragraf). Oysa Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu ve İdare Mahkemesi, genel kural olarak, 4982 sayılı Kanun’un 26. maddesinin 1. fıkrasını, bu hüküm tarafından öngörülen bilgi ve belgelerin, kurum ve kuruluşların aksi yönde bir karar vermeleri koşuluyla, 4982 sayılı Kanun kapsamına girmediği yönünde yorumlamışlar ve uygulamışlardır (yukarıda 12 ve 14. paragraflar). Mahkemenin kanaatine göre, 4982 sayılı Kanun’un 26. maddesinin 1. fıkrasının metniyle pek bağdaşmayan bu yorumlama, keyfi bir nitelik taşımaktadır veya en azından, açıkça mantıksızdır.” Prg. 43.

ilgilendirebilecek bilgi ve belgelerin, halkın bekçisi rolünü üstlenen kişiler tarafından talep edilmesi üzerine ve bu bilgilerin idarenin elinde hazır ve erişilebilir olduğu hallerde, söz konusu bilgi edinme talebinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bütün bu kriterleri kümülatif olarak taşıdığı halde reddedilen bilgi edinme taleplerinin ifade hürriyetini ihlal edeceği, Mahkeme bakımından açık bir şekilde öngörülmektedir.

Mahkemenin Sözleşmede açıkça zikredilmese de bilgi edinme hakkının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul etmesi ile önemli bir eşğin aşıldığını söylemek mümkün hale gelmiştir. Buna karşın, devletin elinde bulunan kişisel bilgilerin talep edilmesi halinde bunun Sözleşme kapsamında ifade hürriyeti ile ilişkisi konusunda Mahkemenin yaklaşımı halen açıklığa kavuşmuş değildir. Mahkeme kamuyu ilgilendiren konularda bilgi edinme taleplerini 10. madde kapsamında değerlendirmekle birlikte, Mahkemenin belirlediği kriterler, kişisel bilgi talepleri bakımından uygulanabilir gözükmemektedir. Ancak nasıl ki “*halkın devlet organlarının işleyişi konusunda bilgiden yoksun bırakılması temel bir demokratik hakkın ihlali*”<sup>75</sup> olarak değerlendiriliyor ise, devletin uhdesinde bulunan kişisel bilgilerden kişilerin yoksun bırakılmasının da demokratik hakların, en başta da ifade hürriyetinin ihlali anlamına gelebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

## KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, “Yönetmelik İşlemlerde Gerekçe İlkesi, Amme İdaresi Dergisi, C. 15, S. 2, Haziran 1982, 7-19.
- AYANOĞLU, Taner, “Bilgi Edinme Hakkı ve Yargısal Korunmasına İlişkin Bazı Sorunlar”, LHD, S. 18, Haziran 2004, 1529-1540.
- BYCHAWSKA-SINIARSKA, Dominika, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması- Uygulamacılar İçin El Kitabı, (Tuğçe Duygu Köksal Çev.), Avrupa Konseyi Yayını, 2018.
- DUYMAZ, Erkan, “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, 1367-1403.

<sup>75</sup> The Observer ve The Guardian gazeteleri hakkında alınan tedbir kararı üzerine gazetelerin AİHM’e yaptığı başvuru üzerine verilen karara kısmi karşı görüş yazan yargıç Petiti’den aktarılmış alıntıdır. MACOVEI, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.2, s. 72, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf> (13/09/2021).

- DUYMAZ, Erkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Çevrenin Korunmasına Katkısı”, İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 47, Ekim 2012, 121-160.
- GEMALMAZ, M. Semih, “Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi-San Jose Paketi”, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri C.I, Bölgesel Sistemler, İstanbul, Legal, 2010, 729-761, <https://burakgemalmaz.com/wp-content/uploads/2015/05/02.pdf>.
- Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights-Freedom of Expression, 2021, Council of Europe, European Court of Human Rights [https://www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_10\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_10_eng.pdf).
- GÜNDÜZ, F. Ebru ve YAZICIOĞLU, İsmail, “Bilgi Edinme Hakkı Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması”, Anayasa Yargısı, C. 38, S.1, 2021, s. 171–204.
- KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Şubat 2019.
- KAYA, Cemil, İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı, Seçkin, Ankara, 2005.
- MACOVEI, Monica, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları, No.2, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3610/aihsmad10ifade.pdf>.
- SOYKAN, Cavidan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Bilgi Edinme Hakkı” AÜHFD, C. 56, S. 2, 2007,63-74.
- YAŞAMIŞ, Firuz Demir, Tebliğ, Bilgi Edinme Hakkı Paneli-Mayıs 2004, Türkiye Barolar Birliği, Haziran 2004, 21-76.

**# DİLENCİLİK SORUSU VE DİLENCİLİK YASAKLARINI  
İNSAN HAKLARIYLA ELE ALMAK: LACATUS v. İSVİÇRE  
KARARININ UYANDIRDIKLARI**

(TACKLING THE QUESTION OF BEGGING AND BEGGING BANS THROUGH  
HUMAN RIGHTS: WHAT LACATUS v. SWITZERLAND EVOKE)

**Dr. Öğr.Üyesi Elif Çelik \* \*\***

**ÖZ**

*Bu çalışma, dilenciliği engelleyerek yaptırıma bağlayan yasa ve uygulamaları insan hakları boyutu bakımından konu edinmektedir. Konuya ilişkin bölgesel tarihsel kayıtlar ışığında dilencilik yasaklarını geçmiş ve günümüz arasında bir değerlendirmeden geçirerek, günümüz dilencilik yasalarının rasyoneline ilişkin eleştirel sorular ve potansiyel insan hakları sorunları ortaya koymaktadır. Buna paralel olarak, günümüz dilencilik karşıtı yasalar karşısında insan haklarının nasıl bir rol oynayacağı sorusunu yakın zamanlı bir AİHM kararı üzerinden sorgulamaya açmakta, kararın konu edindiği ve eksik bıraktığı hukuki tartışmaları farklı hukuk sistemleri ışığında tartışma edinmektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** Dilencilik yasakları, özel ve aile hayatının korunması, ayrımcılık yasağı, ifade özgürlüğü, AİHM

**ABSTRACT**

*This study tackles the laws and practices that prohibit and sanction begging through a human rights perspective. In light of the regional historical records on the subject, the study evaluates the past and current begging prohibitions by critically questioning the motives of the contemporary bans and puts forward some potential human rights questions. In parallel to this, it questions the role and use of human rights against the contemporary bans on begging through examining a recent ECtHR case and discusses the legal arguments that were addresses and neglected by this decision in light of the diverse legal systems.*

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 31.10.2021. İlk hakem raporu tarihi: 22.11.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 23.11.2021. Onaylanma Tarihi: 13.12.2021.

\* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-4380-1767.

**Esere Atıf Şekli:** Elif Çelik, “Dilencilik Sorusu ve Dilencilik Yasaklarını İnsan Haklarıyla Ele Almak: Lacatus v. İsviçre Kararının Uyandırdıkları”, YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.93-127.

**Keywords:** *Begging bans, right to a private and family life, prohibition of discrimination, freedom of expression, ECtHR*

\*\*\*

## Giriş

Kişilerin sözcükler, ifadeler, jestler, semboller ve kendilerini ifade edecek performatif davranışlar aracılığıyla yardıma ihtiyaç duydukları çağrısı yapmaları ve bu yönde parasal yardım ya da benzer taleplerde bulunmaları pratiği olarak tanımlanabilecek olan dilencilik, son yıllarda, özellikle Avrupa ülkelerinde yeniden gündeme gelen engel ve cezai yaptırımlarla karşılaşmaktadır.<sup>1</sup> Bu durum ilk kez 2021 yılında AİHM önünde, sonucu insan hakları çevreleri tarafından görece<sup>2</sup> olumlu karşılanan *Lacatus v. İsviçre* kararına konu olmuştur.<sup>3</sup> Karar, İsviçre'nin Cenevre kantonunda dilencililiği cezai yaptırıma bağlayan bir ceza yasasının, Roman bir başvurucuya uygulanmış olmasından doğan hak ihlallerine ilişkindir. Mahkeme, kadın başvurucunun içinde bulunduğu kırılğan durumun özelliklerine de dayanarak<sup>4</sup>, dilencililiği genel kapsamlı bir cezai yaptırıma bağlayan kuralların, bu doğrultuda kişiye uygulanan para cezasının ve kişinin bu cezayı ödeyememesi sonucu özgürlüğünden alıkonulmasının, ilgili olayda AİHS'nin özel ve aile hayatına saygıyı koruyan 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

Kararda ön plana çıkan somut hukuki dayanak, her ne kadar uygulanan yaptırımın orantısızlığından hareketle olsa da, kararın, kırılğan grupların -bu örnekte kesişimsellik içinde olduğu yoksulluk fenomeni karşısında-korunması yönünde olumlu bir yankı uyandırdığı söylenebilir.<sup>5</sup> Öte yandan Mahkeme'nin kararına konu olan dilencililiğin yasal yollarla engellenmesi pratiğinin başta yoksulluk olmak üzere, evsizlik, kent hakkı ve

<sup>1</sup> Bu noktada gözlemlenebilecek olansa olgunun özellikle Kuzey ve Batı Avrupa ülkeleri bakımından yeniden problem olarak el alınmaya başlamamış olmasıdır.

<sup>2</sup> Buradaki çekincelerden önemli biri, dilencilik olgusu konu edinilirken, Mahkemenin ırk ayrımcılığı konusu telaffuz etmekten çekinmiş olmasına ilişkindir. Bu nokta kısmi ayrı görüş bildiren yargıçların da dile getirdiği bir nokta olmaktadır. *Lacatus c. Suisse*, App no.14065/15, 19.04.2021, Opinions séparées, opinion en partie concordante et en partie dissidente du Juge Lemmens, s. 42, para. 1

<sup>3</sup> *Lacatus c. Suisse*, App no.14065/15

<sup>4</sup> Başvurucunun okur yazar olmaması, çok yoksul bir aileden geliyor olması ve başka gelir kaynağının olmaması ve hiç bir sosyal güvenceden faydalanmaması.

<sup>5</sup> Bu önem, Yargıç Lemmens'in ifadesiyle: Sözleşme'nin, kimi zaman zorunlu hayat şartları nedeniyle çoğunluk tarafından benimsenmeyen bir yaşam biçimine sahip olan insanlar da dahil herkesin insan onurunu koruduğunun bir göstergesi olarak anlaşılmaktadır. *Lacatus c. Suisse* s. 42, para. 1

göçmenlik/yabancılik konularının sınırlarında olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Dünya genelinde etkisi giderek artan ekonomik kriz, göç dalgası ve son iki yıla damgasını vuran pandemi fenomeni göz önünde tutulduğunda Mahkeme'nin bu kararı gerek yoksulluk ve insan hakları arasındaki ilişkiyi -dolaylı olarak da olsa- konu edinmiş olması açısından, gerekse dilenme eyleminin genel bir suç olarak düzenlenmesinin belirli kişiler özelinde yaratabildiği insan hakları ihlallerine işaret etmesi bakımından dikkat çekicidir. Evsizlik ve dilenme olgularının sayılan tüm bu sebepler nedeniyle hâlihazırda fazlasıyla görünür olması gerçeği, konuya insan hakları hukuku bakımından yaklaşmayı zamanlı ve gerekli kılmaktadır.<sup>6</sup>

Bu kararın uyandırdığı düşüncelerle yola çıkan çalışmanın seyrinde, özellikle konu olduğu coğrafya bakımından, geçmiş ve günümüz açısından dilencilik yasaklanması ve suç olarak ele alınması konusundaki olay ve argümanlara göz atmak gereği doğmuştur. Böylelikle dilencilik konu edinen yasaklar konusundaki tarihsellik hesaba katılarak, geçmiş ve günümüz motivasyonları arasındaki farka ışık tutulmaya çalışılacaktır. Zira çalışmada konu edinilen Avrupa ülkeleri bakımından, geçmişte dilencilik karşıtı yasalarda ön plana çıkan motivasyon belirli grupların 'disipline' edilmesi ve tarım ya da endüstri çağında zorunlu bir iş gücüne dönüşmesi gereği; son yıllardaki dilencilik karşıtı yasal düzenlemelerdeki örtük motivasyonun yabancı karşıtlığı, romafobi, yoksulluğun, evsizliğin perdelenmesi ve cezalandırılması gibi çok boyutlu olgularla iç içe olduğu düşünülmektedir.<sup>7</sup> Çalışma, günümüzde dilencilik suç olarak düzenlenmesi ve kişilerin bu yönde bir yaptırıma uğraması karşısında insan haklarının nasıl bir rol oynayabileceği genel sorusundan yola çıkarak, dilencilik yasakları karşısında özellikle fayda sağlaması beklenebilecek bazı hakları konu edinecektir. Belirtmek gerekir ki bu çalışma açısından dilencilik, ahlâk felsefesi bakımından uyandırabileceği sorulardan öte, dilencilik ya da 'sadaka' vermeyi 'romantize etmek' ya da 'yermek' amaçlarından bağımsız olarak, fenomenin engellenmesi ve cezalandırılması

<sup>6</sup> Pandemi, iklim krizi ve çatışma sorunlarının barınma hakkı açısından yarattığı sorunlar, konuya ilişkin BM Özel Rapörtör raporlarında gözlemlenebilmektedir. *A/HRC/47/43*, "20 Years Special Rapporteur on the right to adequate housing: Taking stock – moving forward."; *A/75/148*, "Adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living."

<sup>7</sup> Bu saptama yukarıda alıntılanan BM yoksulluk ve insan hakları rapörtörünün raporlarında ve bazı Avrupa Konseyi düzeyi insan hakları izleme raporlarında vurgulanmaktadır. Bknz. *ACFC/OP/V (2019)003*, s. 12.

konusunu özellikle insan hakları ve yoksulluk ilişkisi başta olmak üzere diğer sosyolojik gerçekliklerle kesişimsellik halinde olan bir olgu olarak ele alınmaktadır. Benzer biçimde olgunun insan ticareti ya da zorla çalıştırma vb. konularla olan ilişkisi, organize boyutu ya da küçüklerin dilencilige konu edilmesi gibi farklı cezai başlıklarla olan ilişkisi buradaki tartışmanın dışındadır.

### **I. Dilencilikle İlgili Yasal Düzenlemelerin Tarihine ve Mantığına Kısa Bir Bakış**

Dilencililiğin toplumsal karşılıklarına ilişkin tarihsel ve kültürel olarak söylenebilecekler şüphesiz çok yönlü, farklı ve zengindir. Konuya tarihin hangi noktasından başlayarak bakılacağı ve hangi coğrafyaya odaklanılacağı konunun içeriğinin farklı biçimlerde şekillenebilmesinde rol oynayacaktır. Öte yandan toplum bilimcilerin belirttiği bir nokta ilkel toplumlarda dilencilik olgusuna rastlanmadığı, dilencililiğin sosyal ve ekonomik örgütlemeler çerçevesinde beliren ‘sivilize’ toplumların bir fenomeni olduğudur.<sup>8</sup> Bauman’ın işaret ettiği üzere, içinde dilencilerin de yer aldığı bir grup ‘norm dışı’ insan, modern toplum düzenine içkin korkular ışığında, bir ‘tehdit’ unsuru haline getirilmiş ve yasalar bu şekillendirmede etkin bir rol oynamıştır.<sup>9</sup> Dolayısıyla bugün de dilencililiği cezai bir yaptırıma tutan/tutmak isteyen düzenlemelerin ardındaki normatif gerekçe, çoğu kez, bunun tarih boyunca da böyle olmuş olduğu yönündeki bir kabuldür. Şu var ki, tarih boyunca bu eyleme yönelik toplumsal tepkiler ve cezai yaptırımlarda bugün de olduğu gibi dilenenin kimliği (vatandaş-yabancı, engelsiz-engelli, yetişkin-çocuk) dilencililiğin gerekçesi (çalışamayacak durumda olmak-yoksul olmak-dilenmeyi tercih etmek- dini gerekçeler) ve dilenmenin biçiminin (agresif-pasif) rol oynamış olduğunu söylemek mümkündür. Bu açıdan çalışma, bölge özelinde işaret edilebilecek yasa ve düzenlemelerin ancak bir kısmına tarihsel bir perspektiften bakabilecekken, ilgili düzenlemelerin dilencililiği bugün de olabildiği gibi salt dilencilik eylemi çerçevesinde ele aldığını söyleyebilmek mümkün olmayacaktır. Tarihsel olarak bilhassa Anglosakson düzenlemelerde karşımıza çıkan, dilencililiğin ve Türkçe’ye serserilik/berduşluk/avarelik/başiboşluk vb. olarak çevrilebilecek olan bir üst başlık olan *vagrancy* kategorisi altında ele

<sup>8</sup> Gillin, John L. “Vagrancy and Begging.” *American Journal of Sociology*, vol. 35, no. 3, 1929, s. 424.

<sup>9</sup> Bauman, Zygmunt. *Legislators and Interpreters*, Polity Press, 1989 s. 38,42.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



alınmış olduğudur.<sup>10</sup> Belirtmek gerekir ki bu adlandırma bilhassa kentleşme fenomeniyle belirmiş Avrupa orijinli bir kategorizasyondur ve bu kategoriyle ilişkilendirilegelen kişilerin kim olacağı hiç bir zaman net olmamıştır. Bu bakımdan köylüler, çiftçiler, eski köleler, eski askerler, göçmen işçiler, sokak çocukları, dilenciler, evsizler ve hatta kendi sosyal sınıfının normlarını ihlal ettiği düşünülen üst sınıf mensuplarının bile yeri geldiğinde bu yasaların konusuna girebildiği belirtilmiştir.<sup>11</sup>

Grekçe’de yoksul (*penes*) ve dilenci (*ptochos*) sözcüklerinin bir ayrımı ifade ettiği, yoksulların küçük bir toprakta çalışmakla birlikte ancak zorlukla geçinebilen ve genelde kentin sunduğu imkanlardan yararlanamayan, dilencilerinse iş ve aileden yoksun olan ve kendisine sadaka verilen insanlar olarak ele alındığı ifade edilmiştir.<sup>12</sup> Diğer yandan Avrupa tarihinin ilk mahkemesi olarak addedilebilen *Areaopagus* (Ares) mahkemesinin, yurttaşların zamanını nasıl geçirmesi gerektiğiyle ilgili yorumlarda bulunduğu ve sadaka ile geçim sürenlerin cezalandırılması gerektiği yönünde görüş bildirdiği yönünde bilgiler nakledilmiştir.<sup>13</sup> O hâlde antik dönemdeki dilencilik karşıtı uygulamaların mantığının, yurttaşların sorumluluk duygusuyla korunduğu düşünülen bir toplum anlayışının ahengini konu edindiği düşünülebilecektir.<sup>14</sup> Kıta Avrupası hukuk sisteminin dayandığı Roma hukukunun dilencililiği mutlak olarak yasakladığı söylenemeyecek olsa da, dilencilik yapanlar arasında çalışabilecek durumda olan ve olmayanlar arasında bir ayrıma başvurduğu ve çalışabilecek durumda olan her insanın, vatandaş ya da köle olması ayrımına dayanarak ya ‘sahibine’ ya da topluma katkı sağlaması gerektiği düşüncesiyle hareket ettiği not edilmektedir.<sup>15</sup> Roma hukuku uygulamasında dikkat çeken bir

<sup>10</sup> Yasaya konu edinilen kişilere ilişkin sözcük vagrant/vagabond olarak yer bulmaktadır. Bauman’ın ifadesiyle bu grupla ilişkilendirilen kişiler, bir efendi ya da otoriteye tabi olmamanın yanı sıra evsizlik ve göçebelikle tanımlanabilecek; bir görünüp bir kaybolan nitelikteki türlü çeşitlilikteki insanlardır. Yine İngiltere’de 1531 tarihli yasa da bu kişileri: bedenen tam ve sağlam ve iş görebilir olmakla birlikte, bir işi, toprağı, efendisi ya da geçimini sağlayabileceği bir ticari, sanatsal uğraş ve becerisi olmayan insanlar olarak tanımlayacaktır. *Bauman*, s. 40, 43.

<sup>11</sup> Ocobock, Paul. “Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective.” A. L. Beier/Paul Ocobock (ed.) *Cast Out*, Ohio University Press, 2008, s. 2.

<sup>12</sup> *Ibid*, s. 3.

<sup>13</sup> Blackstone Commentaries on the Law of England 4 içinden alıntılan: Teir, Robert. “Maintaining Safety and Civility in Public Spaces: A Constitutional Approach to Aggressive Begging.” *Louisiana Law Review*, vol. 54, no. 2, 1993, s. 294.

<sup>14</sup> Teir, 292.

<sup>15</sup> Teir, 294.

ayırırsa kentin sakini ya da yabancıları olmak bakımındandır. Bu bakımdan *Iustinianus* yasaları, bir kişinin ‘sağlam’ bir bedene sahip olduğu halde dilencilik yaptığının tespit edilmesi durumunda, bu kişi eğer özgür biri değilse onun, kendisini tespit edenin mülkiyetine geçeceğini ifade etmektedir.<sup>16</sup> Kentin yabancıları olan bir kişinin dilencilik yaptığı yakalandığıdaysa, dilencilik yapan -şayet özgür bir insansa- kendi kentine gönderilmektedir.<sup>17</sup> O halde dilencilik özgür ve köle ayrımı bir yana, kentli ve yabancı ayrımı üzerinden uğrayacağı yaptırıma yönelik farkların Roma hukukundan bu yana gözlemlendiği söylenebilecektir.<sup>18</sup>

Erken Ortaçağ döneminde Batı’da yoksulluk olgusuyla baş etmenin Kilise’nin sorumluluğunda olması nedeniyle dilencilik de tolere edilen bir davranış olduğu ve makbul bir dindarlık adına sadaka vermenin teşvik edildiği yönünde bir genel kanı vardır.<sup>19</sup> Ancak işgücünün düzenlenmesi gereği ve bu yöndeki menfaat dengeleri erken Ortaçağ’a kadar yoksullukla ilişkilendirilen dilencilik bu dönem sonrasında başıboşluk ve serserilikle ilişkilendirilerek suç olarak ele alacak ve bir süre sonra hali hazırdaki işi için daha fazla ücret talep eden işçileri dahi bu kategoriye dahil edecektir.<sup>20</sup> İşte İngiltere’de 14. yüzyılda da ortaya çıkan bir yasa olan *Statute of Laborers* bu düzenlemelerin ilk örneklerindedir. Bunu takip eden yıllarda Fransa’da da benzer bir düzenleme yapıldığı belirtilmektedir.<sup>21</sup> Düzenlemelerin sosyo-ekonomik gerekçesiye Veba salgını sonrası sayısı giderek azalmış olan tarım işçilerinin, feodallerin topraklarını işlemek için yönlendirmesidir.<sup>22</sup> Bu doğrultuda ‘iş gören’ ve ‘görmeyen’ insanlar arasındaki ayrıma ve çalışmaya atfedilen önem ve zorunluluğa dayanarak dilencilik eylemi, yalnızca bedeni çalışmaya elvermeyenlerin yapmasına izin verilen bir eylem olarak kalmıştır. Öte yandan salgın sonrası işveren ve çalışan dengesinde toprak sahiplerinin güçlendirilebilmesi için, yalnızca dilenmek değil aynı

<sup>16</sup>Teir, s. 295. Ayrıca bkz. *Iustinianus Yasaları* 11. Kitap, 25. Başlık, [https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ11\\_Scott.gr.html#25](https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/Anglica/CJ11_Scott.gr.html#25)

<sup>17</sup> Teir, s. 295.

<sup>18</sup> Cicero’nun ifadelerinde dilencileri de dahil ettiği bir grubun kolonilere gönderilmesi yönünde görüşleri olduğu not edilmiştir. Ocobock, s. 4.

<sup>19</sup> Bu dönemde ve öncesinde yoksullara ve dilenenlere yardım etmek asalet ve dindarlıkla eş görülmüştür. Spector, Robert. “Vouchers for Panhandlers: Creative Solutions to an Old Problem.” *U. Pa. J. L. & Social Change*, vol. 3, no. 49, 1996, s. 51.

<sup>20</sup> Clark, Elaine. “Institutional and Legal Responses to Begging in Medieval England.” *Social Science History*, vol. 26, no. 3, Cambridge University Press, 2002, s. 69.

<sup>21</sup>Ocobock, s. 5.

<sup>22</sup> Statute of Labourers, 1349.

zamanda seyahat etmek gibi faaliyetler de ‘serserilikle’ ilişkilendirilmek suretiyle yasaklanacaktır.<sup>23</sup> Feodal dönemin sona ermesinin ardından dilencililiği de içine alan yasalarda egemen olan kaygıya düzenli bir geliri olmayan sınıflar toplum için tehlikeli ve potansiyel kriminal olarak görme saikidir. Üstelik 1500’lü yıllardan itibaren beliren bu düzenlemelerde yer alan cezai yaptırımların eskiye oranla çok daha ağırlaşmış olduğu gözlemlenmektedir.<sup>24</sup> Bunu takip eden dönemdeyse İngiltere’deki toplumsal yapının değişimin etkileri rol oynayacaktır.<sup>25</sup> Böylelikle geçmişte tarımsal faaliyetlerde zorunlu işgücünün sağlanmasına katkıda bulunan yasalar, bu kez endüstriyel düzene geçen kapitalist devletin çalışan bir sınıf yaratarak bu sınıfları disipline etmesine araç olacaktır.

İsviçre Federasyonu’nun kantonlarından biri ve bugün başkenti olan Bern’de özellikle yoksulluğu hedefe alan uygulamaların yüzyıllar öncesine dayandığı bilinmektedir. 1481 yılında çıkartılan bir ferman, Bern vatandaşı olmayan tüm yoksulların bir daha geri dönmek üzere sınır dışı edilmesine karar vermiştir. 1483 yılında bu kez özellikle Fransızca konuşarak dilenen gezginlerin sınır dışı edilmesine ilişkin bir ferman çıkarıldığı bildirilmektedir.<sup>26</sup> Uygulamanın ilerleyen yıllarda hem yoksul hem de hareket halinde olduğu bilinen göçebeler ve hacılar gibi farklı grupları kapsadığı belirtilmektedir. Sadaka verilmesi uygun görülen yerlilerinse, ancak Bern Konseyi tarafından verilen özel bir armayı üzerlerinde taşımaları şartıyla dilencilik yapabilecekleri belirtilmiştir.<sup>27</sup>

İngiltere özelinde 1824 yılına gelindiğindeyse bugün halen tartışmalara konu olan bir yasa olan *Vagrant Act* ortaya çıkmıştır. Bu yasanın, kendinden öncekilerden farklı olarak amacının, hem suçun önüne geçmek hem de işsizlerin sosyal bir sınıf olarak hoş görülmesini yasal bir zemine oturtmak olduğu söylenebilir. İngiltere’deki bu yasalarının hem ABD, hem İngiliz Milletler Topluluğu, hem de sömürge ülkelerine ihraç edildiği ve bugün bu ülkelerden bazılarında hâlen geçerli olduğu bilgisi de not düşülebilir.<sup>28</sup> Bu

<sup>23</sup> Cohn, Samuel. “After the Black Death: Labour Legislation and Attitudes Towards Labour in Late-Medieval Western Europe.” *The Economic History Review*, vol. 60, no. 3, s. 481.

<sup>24</sup> 1500’lü yıllarda dilencilik için izin verilenlerin ancak özel bir biletini üzerlerinde taşıyarak dilenebildikleri tarihçiler tarafından ortaya koyulmuştur. Cresswell, Tim. “The vagrant/vagabond curious career of a mobile subject.” Tim Cresswell/Peter Merriman (ed.) *Geographies Of Mobilities: Practices, Spaces, Subjects* Ashgate, 2011, s. 240.

<sup>25</sup> Chambliss, William J. “A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy.” *Social Problems*, vol. 12, no. 1, 1964, s. 73-74.

<sup>26</sup> Cresswell, Tim. s. 240.

<sup>27</sup> Ibid. s. 240-241.

<sup>28</sup> ABD’de 18. Yüzyılın ortalarından itibaren bu yasaların benimsenmiş ancak çoğunlukla  
YUHFD Vol. XIX No.1 (2022)

yasanın ortaya çıktıktan yüzyıl sonraki etkileriniyse Orwell'in 1929 tarihli bir yazısında gözlemlemek mümkündür. Yazar para, yiyecek ya da üst baş istemenin hapis cezasına tabi bir suç olmasına karşın, başkalarını rahatsız etmek pahasına eğlendirmenin ya da bir şeyler satmanın sorunsuz karşılandığı dönemin İngiliz hukuku karşısında, binlerce insanın yasayı alt etmek için nasıl müzisyen olmadığı hâlde şarkı söyleyip bir enstrüman çalmaya çalıştığını ve böylelikle eğlence sektöründe iş yapıyor görünme yolunu seçtiğini; nasıl kibrit ya da lavanta satarak ticaret yapma özgürlüğünden faydalanır görüldüğünü konu edinmektedir.<sup>29</sup>Bugün İngiltere özelinde bu yasanın bir takım değişikliklere rağmen hâlen yürürlükte olması eleştirilerin odağında olmakla birlikte, özellikle sokakta yaşayan kişiler üzerinde yarattığı hak ihlalleri yakın zamanlı raporlarla da belgelenmektedir.<sup>30</sup> Kıta Avrupası ülkelerinde de var olan ve dilencililiği cezai yaptırıma tabi tutan bu türden ulusal yasaların bir kısmının ortadan kalkmasıysa çok daha yakın zamanlı olabilmiştir.

Görünen o ki, Kıta özelinde tarihsel olarak dilencilik olgusu hemen her zaman başlı başına bir konu ya da suç olarak değil, çoğunlukla, içinde farklı türden yaşam biçimlerinin de dahil olabildiği gezginlik, başı boşluk, işsizlik, köylülük, sokak insanlığı, savaştan dönen askerler gibi kategorilerle ilişkili olarak ele alınmıştır. Dolayısıyla olgunun tarihi ile ilgili söylenebileceklerin tümünün bu kategorilerin tarihiyle de ilişkili olacağı aşıkardır. Öte yandan tarih boyunca bu türden yasaların amacının köksüz, çatısız, geleneksel bir yerleşik hayatın dışında kalmak durumunda kalan ya da bunu tercih eden insanları iktidar kontrolü ve güdümünde tutmak çabası olarak kabul edilebilir. Bu örnekler aracılığıyla gözlemlenebilense tarihsel olarak önceleri bedensel olarak elverişli olduğu hâlde çalışmak yolunu seçmeyen kişilerin bu seçimlerinden dolayı ahlâki gerekçelerle cezalandırılmalarıyken, ilerleyen dönemlerde dilencililiği de içine alan belirli kategorideki insanların,

---

siyahlara karşı kullanılmıştır. Hindistan'da bu yöndeki ilk yasanın 1874 tarihli European Vagrancy Act olduğu ve kapsam olarak avrupa kökenli kişileri hedef aldığı belirtilmiştir. Mukherjee, Duyutimoy. "Laws for beggars, justice for whom: A critical review of Bombay Prevention of Begging Act 1959" *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, no. 2. 2008, s. 280.

<sup>29</sup> Blair, Eric. A. "Beggars in London." *Le Progrès Civique*, 12 January 1929.<https://www.orwellfoundation.com/the-orwell-foundation/orwell/essays-and-other-works/beggars-in-london/>

<sup>30</sup> Sanders, Ben.; Albanese, Francesca. "An examination of the scale and impact of enforcement interventions on street homeless people in England and Wales"  
[https://www.crisis.org.uk/media/237532/an\\_examination\\_of\\_the\\_scale\\_and\\_impact\\_of\\_enforcement\\_2017.pdf](https://www.crisis.org.uk/media/237532/an_examination_of_the_scale_and_impact_of_enforcement_2017.pdf)

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

önceleri feodal düzenin sonrasındaysa modern devletin ekonomik işleyiş ağlarının dışında kalmaları nedeniyle ‘kriminal’ bir sınıfa oturtulması yönündedir. Günümüze gelindiğindeyse, aşağıda örnekleri görülebileceği gibi bu yöndeki yasaların özellikle belirli grupları görünmez kılmak, uzaklaştırmak yönünde iş gördüğü yönünde eleştiriler yankılanmaktadır.

## II. Günümüz Dilencilik Yasaklarının Odağında Kim ya da Ne Var?

Günümüzde dilencililiğin cezai bir yaptırıma tabi tutulması yönündeki bu miladını doldurmuş yasaların ortadan kalkmış olacağı düşünülebilir.<sup>31</sup> Ne var ki Avrupa ülkelerinin bir kısmında bu türden ceza yasalarının ancak 1990’lı yıllarda yürürlükten kalktığı bilinmektedir. Yunanistan<sup>32</sup>, İtalya<sup>33</sup>, Romanya<sup>34</sup>, Macaristan<sup>35</sup>, gibi bazı ülkelerin ceza kanunlarında veya farklı ulusal düzeydeki yasalarında dilencililiği konu edinen yasaklar yer almaya devam etmekteyse de<sup>36</sup> bu çalışmada konu edinilecek olayda da görüleceği

<sup>31</sup> AIHM *Lacatus* davası üzerine yaptığı incelemede 38 Avrupa ülkesindeki dilencilik yasaklarını ele almıştır. Buna göre, Arnavutluk, Finlandiya, Gürcistan, Yunanistan, Moldova, Portekiz gibi ülkeler dilencililiği doğrudan yasaklamamışken, geri kalan 29 ülkede ulusal yasalar ya da yerel düzenlemelerle kısıtlanmıştır. Bunlardan Azerbaycan, Macaristan, Kıbrıs, Hırvatistan, Fransa, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Karadağ, Polonya, Romanya, Birleşik Krallık, Sırbistan, San Marino, Slovenya ve Türkiye gibi ülkelerde dilencilik ulusal yasalarla yaptırıma tabi tutulurken; Almanya, Belçika, Hollanda, İspanya, Rusya, Çek Cumhuriyeti, Bosna Hersek, Letonya, Litvanya ve İsveç gibi ülkelerdeyse dilencililiğin yerel düzeyde kısıtlandığı bilgisi verilmiştir.

<sup>32</sup> Öte yandan 2019 yılındaki değişiklikle dilencilik, artık yalnızca insan ticareti ve zorla çalıştırmayla ilişkili olduğu hallerde bir suç olarak yer almaktadır.

<sup>33</sup> İtalyan Ceza Kanunu, 1995 ve 1999 yılında iki değişikliğe giderek dilencililiği ceza kanunun konusu olmaktan çıkarmıştır. Bugün yalnızca çocuklarla dilenmek ceza kanunu kapsamında olduğu belirtilmektedir. Pailli, Giacomo.; Alessandro, Simoni. “Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town.” *Seattle University Law Review* 39, 2016, s. 1310. Öte yandan 2018 yılında çıkartılan güvenlik yasası gereği, ‘tacizkar dilencilik’ yeniden farklı bir maddede suç olarak yerini almıştır. Curi, Francesca. “Il Reato Di Accattonaggio: A Volte Ritornano.” *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, s. 9

<sup>34</sup> Romanya Ceza Kanununun 214. Maddesinde hâlen yer alıyor. [https://www.legislationline.org/download/id/8291/file/Romania\\_Penal%20Code\\_am2017\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/8291/file/Romania_Penal%20Code_am2017_en.pdf)

<sup>35</sup> Doğu Avrupa ülkeleri arasında bugün Macaristan’da 2000’li yılların ortalarından itibaren yerel otoritelerin dilencililiği, en pasif formunu da dahil edecek biçimde yeni yasaklayıcı düzenlemelere başvurduğu not edilmektedir. Missetics, Balins. “Criminalisation of Homelessness in Hungary.” Jones Samara(ed.) *Mean Streets: A Report on Criminalisation of Homelessness in Europe*, 2013, s. 104.

<sup>36</sup> Bununla birlikte bu konuda her ülke bazında güncel bir bilgi sağlamak olanaklı değildir zira ülkelerin anayasa mahkemelerince anayasal olmadığı gerekçesiyle iptal edilebilen

üzere ülkelerin büyük bir kısmında, konunun ne şekilde ele alınacağı yerel ya da bölgesel yönetimler tarafından belirlenen düzenleme ve yaptırımlara tabi olmaya devam etmektedir. Bunun haricinde pek çok ülkenin ulusal ceza yasaları ya da anayasalarındaki genel eğilim, bu çalışmanın konusu dışında olan agresif, örgütlü, zorla ve çocuklarla/çocuklar aracılığıyla yapılan dilencilik ceza kanunları aracılığıyla konu edilmesi yönündedir.<sup>37</sup> Agresif olmayan, bireysel bir yardım talep etme türündeki dilencilik faaliyetlerine ilişkin yaptırım tasarruflarıysa çoğunlukla yerel idarelere bırakılmış görünmektedir. Son yıllarda hareketlilik kazanan uygulamaların en çok bu idari düzenlemeler aracılığıyla gerçekleştiği gözlemlenebilmektedir. Nihayetinde Avrupa ekseninde bu yöndeki yakın zamanlı yönsemenin dilencilik faaliyetlerini yeniden suç olarak görmek ve bir biçimde yaptırıma bağlamak yönünde olduğu belirtilmektedir.<sup>38</sup> Örnekte Fransa özelinde bu yöndeki genel bir ceza yasasının ancak 1994’de ortadan kalktığı ancak 2011 yılında yapılan yeni düzenlemelerce yerel yönetimlerin kolluk kuvvetlerine bir takım yeni yetkiler verildiği ifade edilmektedir.<sup>39</sup> Bu doğrultuda dilencilik suç olmaktan çıkartmış genel yasalara riayet edilir görünmekle birlikte, idari yaptırımlar yoluyla benzer yasak ve cezalara devam edildiğine dikkat çekilmektedir.<sup>40</sup> Bu düzenlemelerin bir kısmı faaliyeti yalnızca kısıtlamak, belirli gün ve alanlarla sınırlandırmak gibi metotlar seçmektedir.<sup>41</sup>

Geçtiğimiz on yılda, dilencilik yönelttiği yaptırımlar konusu, demokratik sosyal refah devleti olarak bilinen İskandinav ülkelerinde özellikle konu edinilmeye ve ciddi toplumsal tartışmalar yaratmaya başlamıştır. Bu ülkeler özelinde dilencilik yasakları bakımından konu olansa çoğunlukla AB

---

dilencilik ilişkili cezai yaptırımlar, ceza kanunlarının hem farklı maddelerinde, hem de yeni çıkan yasalarda farklı düzenlemelerle hâlen varlık gösterebilmektedirler.

<sup>37</sup> Örneğin İtalyan Ceza Kanunu’nun 670. Maddesi ancak ve kademeli olarak 1999 yılı itibarıyla dilencilik ceza kanununun konusu olmaktan çıkartmıştır. Çocukların dilencilikte araçsallaştırılması yönündeki 671. Madde ise sonrasında 600. Maddeyle ve daha ağır yaptırımlarla yeniden düzenlenmiştir. Pailli, Giacomo.; Alessandro, Simoni. “Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town.” *Seattle University Law Review*, vol. 39, 2016, s. 1309-1310.

<sup>38</sup> *Mean Streets*, s. 11.

<sup>39</sup> Derdek, Noria. “How can it be that anti-poor orders still exist?” *Homeless in Europe Magazine*, 2020.

<sup>40</sup> Bu konuda bir örnek Belçika. Martin, Lucy.; Potts, Cory. “Penal Vision of Homelessness and Responsibilisation in Belgium.” *Mean Streets* s. 77.

<sup>41</sup> *Ibid.* s. 78.

vatandaşı statüsünde olan Roman popülasyon olmaktadır.<sup>42</sup> 2007 tarihindeki AB genişleme dalgası sonrası Bulgaristan ve Romanya'nın birliğe girmesiyle, serbest dolaşım sisteminden faydalanarak daha iyi şartlar için söz konusu ülkelere yönelen Romanların o günden beri doğrudan ve dolaylı çeşitli yaptırımlara maruz kalıyor olduğu bilinmektedir. Bu popülasyon, hem Avrupa'nın 'içindekiler', hem de 'dışındakiler' olarak ele alınabildiği için, gerek göç konusundaki kısıtlayıcı düzenlemelerin, gerekse evsizlik ya da dilencilik konusundaki cezai düzenlemelerin konusu olabilmektedir.<sup>43</sup>

Bu anlamda belki de en çarpıcı uygulamaların Danimarka özelinde olduğunu söylemek mümkündür. Danimarka'nın, dolaşım özgürlüğü bakımından yasal bir engele sahip olmayan AB vatandaşı Romanlara, yalnızca yabancılara uygulanan türde bir dilenme yasağı getirmekle kalmayıp, evsiz ve sokakta yatanlara da oldukça sert polis müdahaleleri getirdiği bilinmektedir. Dilencilik Danimarka ceza kanunda suç olması gerekçesiyle<sup>44</sup>, 2016 yılında bu yönde ilk sınır dışı kararının verildiği de kamuoyuna yansımıştır.<sup>45</sup> 2017 yılında Danimarka parlamentosunca kabul edilerek devreye giren yeni yasakların uygulamasındaysa yine büyük oranda Romanların hedef alındığı dile getirilmektedir.<sup>46</sup> Danimarka'nın farklı etnik gurupları ve yoksulluğu hedef alan ayrımcı yasaları dilencilikle de sınırlı değildir. 2018 yılında "Getto Paketi" olarak bilinen yasayla sosyal konut yasasını değiştiren ülke, bir bölgeyi getto olarak tanımlarken %50 den fazlasının batılı olmayan ülkelere olan ve gelir oranının düşük ya da suç oranının yüksek olduğu yerler olarak tanımlamıştır.<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Bu noktada çalışma açısından vurgulanması gereken bir nokta, çalışmanın Romanlar ve dilencilik arasında kurula gelen 'kültürel' bir kabul ya da bunun doğruluk ya da yanlışlığına dayanmadığıdır. Burada söz konusu fenomenin önemi, hem AİHM kararında başvuruçunun Roman kimliğinin etkin olmuş olması hem de ele alınan yasaların arka planına ışık tutmak bakımındandır.

<sup>43</sup> Borevi, Karin. "Scandinavian Approaches to Begging as a Policy Problem and the Double Insider/ Outsider Status of Marginalized Intra-EU Migrants." *Jnl. Soc. Pol.* (2021) s. 1, 2.

<sup>44</sup> Danimarka Ceza Kanunu'nun 197. Maddesi, polis uyarısına rağmen dilencilığe devam eden kişilere altı aya kadar hapis cezası öngörmektedir. (Burada konu edilen dilencilik sözçüklere dayanan aktif formudur). [https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark\\_Criminal\\_Code\\_am2005\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6372/file/Denmark_Criminal_Code_am2005_en.pdf)

<sup>45</sup> <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/denmark-deports-slovakian-woman-begging-jail-40-days-law-illegal-poverty-a7452391.html>

<sup>46</sup> <https://www.kristeligt-dagblad.dk/danmark/tiggeriloven-har-foreloebig-kun-ramt-udlaendinge>

<sup>47</sup> Buna yönelik eleştiri BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Konseyi'nin, 2019 Danimarka periyodik raporuna ilişkin sonucunda da gözlemlenmektedir. E/C.12/DNK/CO/6

Norveç dilencililiği suç olarak ele alan bir yasayı 2005 yılında ilga etmesine rağmen, 2014 yılında benzer bir ulusal yasa getirmek yönünde tartışmalar yeniden belirmiştir. Çalışmalar, bu tartışmanın yeniden gündeme gelmesinde esasen toplumda Roman azınlığa duyulan negatif damgalamanın etkisinin olduğunu destekler niteliktedir.<sup>48</sup> Nitekim yasanın gündeme geldiği dönemde yüksek gelir seviyesiyle bilinen Norveç'te başkent genelindeki dilencilerin sayısının en fazla 1500 civarında olduğu ve bunların neredeyse tamamının Romanya uyruklu kişiler olduğu belirtilmiştir.<sup>49</sup> Getirilmek istenilen ulusal yasa, insan hakları kuruluşları ve eşitlik ombudsmanının müdahil olması ve ilgili yasanın özellikle Romanları hedef aldığına işaret ederek ayrımcı niteliğine vurgu yapılması nedeniyle hayata geçememiş olsa da, yerel idarelere bu yönde yasaklayıcı yetkiler verilebilmesinin önüne geçilememiştir.<sup>50</sup> Bunun dışında konuyu ele alanlar, bir takım 'yönetsellik' metotlarıyla Romanları hedef alan barınma, geçinme, erişim gibi konulara yönelik kurgulanan ve yaratılan çaresizlik durumlarının ceza hukuku metotlarıyla sağlanamayan amaçlara ulaşmak için elverişli bir araç görevi gördüğüne vurgu yapmaktadır.<sup>51</sup> Bu bakımdan dilencilik yasaklarının ceza kanunu aracılığıyla değil ancak yerel ve idari uygulamalar ve dolambaçlı yöntemler tarafından sağlandığına dikkat çekilmektedir.

İsveç, geçmişte dilencilik ve hatta işsizliği suç olarak düzenleyen ancak 1960'larda terkedilen bir yasaya<sup>52</sup> sahip olmakla birlikte, resmi söyleme göre 2000'li yıllara kadar dilencilik olgusuna yabancı bir ülke olarak kalmıştır. Anılan göç hareketi çerçevesinde İsveç bakımından da 2011 yılından itibaren dilencililiği yasaklamak yönünde benzer tartışmalar özellikle sağ partiler tarafından gündeme getirilerek kamuoyunca da

<sup>48</sup> Lein, Linda. "Public Support for a Ban on Begging in Norway – A Consequence of Negative Stereotypes about the Roma Minority?" University of Bergen Master Thesis (2016)

<sup>49</sup> Engebriksen, Ada I., m.fl.: Kartlegging av situasjonen til utenlandske personer som tigger, *NOVA: Rapport* /2014.

<sup>50</sup> Örneğin Oslo kentinde dışarıda uyumanın yasaklanması yönünde yerel bir yasak olduğu belirtilmektedir. Friberg, Jon. H. "Poverty, networks, resistance: The economic sociology of Roma migration for begging.", *Migration Studies*, vol. 8, no. 2, 2020, s. 229.

<sup>51</sup> Johansen, B. Nicolay. "Controlling Roma in Norway: governing through the administration of social distance." *Punishing the Other* (eds. Eriksson, Anna) Routledge, 2016, s. 305.

<sup>52</sup> Andersson, Robert. "A Culture of Intervention—Vagrancy and Drug Treatment in Sweden from the Late 19th Century Until Today." *Scandinavian Penal History* (eds. Smith P. S/ Ugelvik, T.) Palgrave, 2017, s. 105



desteklenmiştir.<sup>53</sup> Kamusal tartışmalar ve öneriler çerçevesinde, İsveç özelinde dilencilik olgusuyla mücadelede yoksulluk parametresinin gözetildiği, ve düzenlemelerin fenomenin kriminal değil sosyal-ekonomik boyutunu hesaba kattığı belirtilebilmektedir.<sup>54</sup> Ancak burada da ulusal düzeyde olmasa da bölgesel düzeyde dilencililiği yer ve zaman konusunda sınırlandıran ya da ruhsata bağlayan uygulamaların bulunduğu ve sürekli şekillendiği gözlemlenmektedir.<sup>55</sup>

İskandinav ülkelerindeki dilencilik karşıtı yönsemenin, AİHM davasına konu olan İsviçre Konfederasyonu'nda yer alan yerel idarelerce de benimsendiğini söylemek yanlış olmaz. Bilindiği gibi bir AB ülkesi olmamakla birlikte, İsviçre, serbest dolaşım anlaşmasının bir parçası olması itibarıyla Birlik içinden gelen vatandaşların serbest dolaşım güzergahında yer almaktadır. Karara konu olan Cenevre Kantonu, sahip olduğu 1941 tarihli ceza kanununda dilencililiği suç olarak düzenlerken, 2007 yılında kanunda yapılmak istenen değişiklikler, bu yöndeki bir yasağın devam edip etmemesi konusunda da tartışmalara yol açmıştır. Nihayetinde Cenevre Yüksek Konseyi dilencililiği yeni bir biçimde suç olarak düzenleyen yasanın kabulüne karar vermiş ve bu yönde bir takım yeni yaptırımlar ve para cezaları devreye girmiştir.<sup>56</sup> Belirtmek gerekir ki Konfederasyon Ceza Kanunun'da bu yönde bir düzenleme yer almamaktadır. İsviçre'nin son dönemde farklı kantonları yalnızca dilencilik karşıtı düzenlemelerle değil aynı zamanda yoksulluk ve evsizlik karşıtı politikalarla da dikkat çekmektedir. Örnekse, AİHM kararının hemen ardından Basel belediyesi, evsizlere ülkeyi terk etmeleri için herhangi bir Avrupa destinasyonuna tek gidişlik bilet teklif eden bir uygulama başlatmıştır. 'Faydalanıcılar' için tek şartsa ülkeye geri girmeyecekleri yönünde bir anlaşmaya imza atmaları ve buna rağmen ülkeye giriş yapmaları halinde sınır dışı edileceklerini kabul etmeleri olmuştur.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Zelano, Karin. "Vulnerability and deviance: individual reasoning about the proposal to ban begging in Sweden", *Urban Research & Practice*, vol. 12, no. 4, 2019, s. 373.

<sup>54</sup> Bu bakımdan İsveç ve Romanya arasında resmi makamlar düzeyinde imzalanan işbirliği anlaşmaları örnek gösterilebilmektedir. <https://www.government.se/press-releases/2016/02/cooperation-agreement-on-social-welfare-issues-signed-between-sweden-and-bulgaria/>

<sup>55</sup> Henley, Jon. "Swedish town launches controversial £21 begging permit." *The Guardian*, 5.8.2019.

<sup>56</sup> Colombo, Annamaria.; Reynaud, Caroline.; Coulon de Giada. "Begging in Geneva: Which Right to the City?" *Environnement Urbain / Urban Environment* [Online], vol. 10, 2016, s. 197

<sup>57</sup> <https://www.dailymail.co.uk/news/article-9541285/Swiss-city-offers-homeless-people-one-way-tickets-countries-provided-not-return.html>

İskandinav ülkeleri bakımından dilencilikğin engellenmesi ve yasal yaptırıma tabi olması kamusal tartışmalarında rol oynadığı iddia edilen en önemli argüman ilgili ülkelerin sosyal refah devleti oldukları ve yoksulluk ve evsizlikle mücadelede yeterli güvenceleri olduğu olmuştur.<sup>58</sup> Böylelikle hem yasak taraftarları hem de karşıtları bakımından, bu ülkeler özelinde yaşayan insanların dilenmek durumunda kalması, kamuoyunda bu ülkelerin gerçekliğini yansıtmamak olarak algılanmış, ülkenin sosyal devlet anlayışına yönelmiş bir imaj kaybı, standartlarına düşmüş bir gölge, bir hayal kırıklığı olarak yorumlanabilmiş<sup>59</sup> ve dilencilik yapan kişilerin gerekli yardım mekanizmalarından faydalanmadıkları eleştirileri belirlemiştir. Oysa konu edinilen popülasyonun olası yardımlardan faydalanması önünde vatandaşlık temelli bir dizi hukuki ve bürokratik zorluk olduğu bilinmektedir. Zira büyük bir kısmı okur yazar olmayan ve bir sosyal sigorta numarasına sahip olmayan bu insanlar için söz konusu prosedürlere başvurmak ve yardımlardan faydalanmak neredeyse imkansızdır. Bu noktada AB göçmeni pozisyonunda olan bu kişileri yalnızca sınırlı bir dolaşım özgürlüğüne sahip ‘çıplak hayatlar’ olarak tariflemenin mümkün olduğu belirtilmektedir.<sup>60</sup>

Belirtilenler ışığında hem yeni yasaklar hem de eski yasakların yeniden uygulanması, yasakların gerçekte neyi ve kimi hedef alıyor olduğu sorusunu doğurmaktadır. Roman hakları savunucularına göre bu sorunun cevabı romafoobi’ye dayalıdır. Bu görüşe göre bu yöndeki son dönem düzenlemeler, eleştirel ırk çalışmaları süzgecinden geçirilmeli ve özellikle Roman karşıtlığının hukuk marifetiyle sağlanması olarak ele alınmalıdır.<sup>61</sup> Romanlara yönelik şiddet olayları bağlamında AIHM’nin mevcut tutumunun, genellikle bu saldırılardaki ırkçılık saikini görmezden gelmek ve

<sup>58</sup> Bu yasakların gündeme gelmesinde göze çarpan bir diğer argüman da dilencilik faaliyetinin örgütlü olması ve suç grupları tarafından organize ediliyor olması yönündedir. Ancak kamuoyunda bu yönde var olan söylemlerin pratikte kanıtlarla desteklenebilirliği kesin değildir. Yasaklarla hedef alınan dilencilerin daha büyük bir ağına ya da zorla dilendirilme ya da insan ticari suçlarının bir mağduru olup olmadıkları argümanına dayanılacak olduğunda dahi, burada cezalandırılmanın bu faaliyete itilenler üzerinden yapılıyor olacak olması eleştirisi konusudur.

<sup>59</sup> Zelano, s. 381, 383.

<sup>60</sup> Agambenci bu kavramı AB vatandaşı Romanlar için kullanan bu adlandırmayı yapan isimler: Hansson, Erik; Mitchell, Don. “The Exceptional State of “Roma Beggars” in Sweden.” *European Journal of Homelessness*, vol. 12, no. 1, 2018, s. 24.

<sup>61</sup> Buna bir örnek olarak: Memetovic, Sunita. Anti-begging provisions in Europe through the lens of Critical Race Theory, LLM Thesis, *CEU etD Collection* (2021) *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1* (2022)

bunun ispat yükünü başvuruculara yüklemek yönünde olduğu<sup>62</sup> ve bu sebeple Mahkeme'nin adeta ırkçılıktan tamamen uzak bir Avrupa idealizasyonuna hukuk yoluyla katkıda bulunduğu eleştirileri<sup>63</sup> dilencilik yasaklarını ele alırken de yol gösterici olabilecektir. Söz konusu olay özelinde başvuranın Roman azınlığa mensup olmasının önemi özellikle Mahkeme'ye yapılan üçüncü taraf müdahalesinde Avrupa Roman Hakları Merkezi tarafından vurgulanarak, Avrupa genelinde giderek yaygınlık kazanan dilencilik yasaklarında Roman karşıtlığının incelenmesi gerektiğine işaret edilmiştir.<sup>64</sup> Buna karşın Romanların yoğunlukla bulunduğu her Avrupa ülkesi için benzer yasaklardan, toplumsal rahatsızlıktan ya da nefret suçlarından söz edilemeyeceğiyse Avrupa İnsan Hakları Komiseri tarafından gözlemlenerek dile getirilmiştir.<sup>65</sup> Bu bakımdan söz konusu toplumsal 'rahatsızlığın' ve yasakların konu olduğu ülkeler, gerek toplumsal psikolojileri<sup>66</sup>, gerek tarihsel gerçeklikleri<sup>67</sup> ışığında, yabancı düşmanlıkları ve ırkçılık karneleri gözetilerek değerlendirilmelidir. Tüm bunlara ilaveten yoksulluk olgusunun görünür kılınmasını engelleyen politik-ekonomik yaklaşımları hem Romanlar özelinde hem de başlı başına irdeleme konusudur. Öte yandan ihlale konu olan ilgili düzenlemelere yalnızca romafoobi perspektifinden yaklaşmak, ilerleyen dönmelerde AİHM ve yoksulluk ilişkisindeki potansiyel kazanımlara ve bu yöndeki akıl yürütmeye bir kısıt getirmek anlamına gelebilir. Dahası bu yasakların yoksulluğun görünmez kılınması ve bunun sağlanamadığı noktada cezalandırılması ile olan ilgisi, yoksulluğun başlı başına bir ayrımcılık kategorisi olabilmesinin yanı sıra sistemli ayrımcılık ve yoksulluk ilişkisinin

<sup>62</sup> Möschel, Mathias. "Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'?" *Human Rights Law Review* 12 (2012) s. 506.

<sup>63</sup> Ibid. 507.

<sup>64</sup> European Roma Rights Center, *Lacatus c. Suisse*, Third Party Intervention [http://www.errc.org/uploads/upload\\_en/file/third-party-intervention-lacatus-v-switzerland-22-august-2016.pdf](http://www.errc.org/uploads/upload_en/file/third-party-intervention-lacatus-v-switzerland-22-august-2016.pdf)

<sup>65</sup> Komiser, örnekte İspanya'da nadiren bu yönde vakalar yaşandığını not etmektedir. Muižnieks, Nils. Human Rights Comment: "Time to Debunk Myths and Prejudices about Roma Migrants in Europe" <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/time-to-debunk-myths-and-prejudices-about-roma-migrants-in-europe>

<sup>66</sup> Bu yöndeki bir çalışma, İsveç örneğinde Lacatus anlamdaki bir Ötekiyi Romanlar olarak belirlemiştir. Hansson, Eric.; Jansson, David. "Who's afraid of the 'beggar'? A psychoanalytic interpretation of the crises triggered by the begging of 'EU migrants in Sweden.'" *Social & Cultural Geography* (2021) vol. 22, no. 3, s. 343, 344.

<sup>67</sup> Bu yönde resmi bir hesaplama örneği olarak: The Dark Unknown History: White Paper on Abuses and Rights Violations Against Roma in the 20<sup>th</sup> century, *Ministry of Culture Sweden*, 2015.

birbirini nasıl besleyebildiğinin bir bütün olarak gözetilebilmesi ve farklı kırılgan gruplar açısından çıkarılabilecek sonuçlar açısından da önemlidir.

### **III. Yoksulluğun Cezalandırılması Olarak Dilenciliği Engelleyen Yasa ve Uygulamalar Karşısında Başvurulabilecek İnsan Hakları**

Dilencilik karşıtı düzenleme ve yasalar kendilerine normatif bir gerekçe sunarken yoksulluğu ya da belirli bir grubun yoksulluğunu cezalandırmak ya da görünmez kılmak gibi bir açık amacı ortaya koymazlar. Oysa derin yoksulluk ve insan hakları ilişkisini ele alan yaklaşım ve raporlar, yoksulluğun cezalandırılması olgusunu yoksullukla yaşayan insanların otonomilerini azaltan, kısıtlayan ya da yok eden her türlü ulusal, bölgesel ya da yerel düzeydeki idari ve hukuki yaptırımları ve sosyal politikaları dahil edecek şekilde tanımlamaktadır.<sup>68</sup> Bunların bir kısmı doğrudan yoksulları hedef alan ve beraberinde para cezası, velayet kaybı, sosyal yardımların dışında bırakılma, özel ve aile hayatının gizliliğinin ihlali gibi sonuçlar yaratabilen yaptırımlar olabilirken; tarafsız olarak addedilen bir yasa ya da politikanın yoksullara uygulanması da dolaylı yoldan orantısız sonuçlar yaratarak yine ayrımcı bir etki taşıyabilecektir.<sup>69</sup>

#### **A. Ayrımcılık Yasağı?**

Dilenciliği engelleyen yasa ve düzenlemelerin ve kimi zaman bu düzenlemelerin uygulanma biçiminin doğrudan ya da dolaylı bir ayrımcılığa sebebiyet verecek olması öngörülebilirdir. Bu anlamda bu düzenlemelerin örtük motivasyonu genel bir kategori olarak yoksul kişi ve grupları konu edinebilirken, özellikle Doğu Avrupa ve İskandinav ülkeleri örneklerinde gözlemlenebildiği gibi hedefinde belirli özelliklere sahip yoksulların olduğu düzenlemeler olarak da karşımıza çıkabilirler. Nitekim konuyu ele alan BM yoksulluk ve insan hakları raporunda da, dilenciliği ya da yersiz yurtsuzluğu yasaklayan türdeki yasa ve uygulamaların BM Sivil ve Politik Haklar Sözleşmesinin eşitlik ve ayrımcılık yasağı prensibinin bir ihlali olduğuna vurgu yapılmaktadır.<sup>70</sup> Bu noktada AIHM'nin başlı başına değil ancak başka bir madde ile birlikte iş görebilme özelliğine sahip olan ve bu sebeple kimi zaman 'asalak' bir madde olarak tanımlanabilen ayrımcılık yasağına yönelik maddesi akla gelmektedir. Zira yoksulluktan sorumlu özel raportörün de dilencilik karşıtı yasalara ilişkin dikkat çektiği en önemli

<sup>68</sup> Report of the UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, *Extreme Poverty and Human Rights A/66/265*, 2011.

<sup>69</sup> A/66/265, para.3

<sup>70</sup> A/66/265 para. 32.

insan hakları argümanı, eşitlik ve ayrımcılık yasağı maddesi olmaktadır.<sup>71</sup> Dahası yukarıdaki bölümde konu edilen son dönem düzenlemelerde Roman göçmenler bakımından ortaya koyulan veriler, bu maddenin özellikle kırılğan ve marjinal gruplar bakımından elverişli bir madde olarak kullanılabilceğini işaret etmektedir.

Öte yandan *Lacatus* davasında, başvuruçunun dayanaklarından biri olmasına rağmen AİHM, ayrımcılık maddesi bakımından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görmemiştir. Bu hususun konu edinilmemiş olması, gerek dilencilik ve yoksulluk arasındaki ilgiyi, gerekse söz konusu yoksulluğun belirli bir grupla ilişkili olmasını konu edinmek açısından mahkemenin kaçırıldığı bir fırsat olarak ele alınabilir. Oysa davaya ilişkin 3. taraf katılımında bulunan Avrupa Roman Hakları Derneği, konuya içkin olan ayrımcılık hususunun altını üçüncü taraf katılım dilekçesinde özellikle çizmiştir.<sup>72</sup> Aynı şekilde kimi akademik çalışmalar olaya konu olan Cenevre Ceza Kanunu'nda yer bulan 2007 tarihli dilencilik yasağının ardında yatan saikin büyük ölçüde Roman karşıtlığını hedef aldığına işaret edebilmektedir.<sup>73</sup>

Mahkeme'nin ayrımcılık yasağına ilişkin maddeyi ayrıca tartışmaya değer bulmamasının ardında yatan nedenlerden biri olarak ayrımcılık iddiasının ispat yüküne ilişkin geçmişten bugüne takındığı 'ihtiyatlı' tavrın<sup>74</sup> etkili olduğu düşünülebilir. Zira geçmişte benzer durumlardan yakınan başvuruçuların, nötr gibi görünen yasa ve uygulamalar karşısında neden ayrımcı bir pozisyona düştüklerini kolaylıkla ispat edemedikleri de belirtilmektedir.<sup>75</sup> Esasen Mahkeme, genel bir politika veya önlemin, belirli grupları özel olarak hedef almasa da, bu gruplar üzerinde orantısız derecede zarar veren etkileri olması durumunun ayrımcılık taşıyabileceğini geçmişte belirtmiştir.<sup>76</sup> Ancak geçmişteki bazı kararlarında yine bu yöndeki iddiaların salt istatistiklerle kanıtlanmasının ikna edici olmayacağını da belirtmiştir.<sup>77</sup> Bu bakımdan olaya konu olan yasa kapsamında çoğunlukla Romanların

<sup>71</sup> A/66/265 para. 14-18.

<sup>72</sup> European Roma Rights Center, *Lacatus c. Suisse*, Third Party Intervention, para. 39.

<sup>73</sup> Colombo, Annamaria.; Reynaud, Caroline.; Coulon de Giada "Begging in Geneva: Which Right to the City?" s. 2

<sup>74</sup> Arnardóttir, O. Mjöll. "Non-Discrimination Under Article 14 ECHR." *Scandinavian Studies in Law*, 2012, s. 38.

<sup>75</sup> Ibid. s.21.

<sup>76</sup> Press Release issued by the registrar Judgments in the Cases of *Hugh Jordan v. The United Kingdom* *Mckerr v. The United Kingdom* *Kelly and Others v. The United Kingdom* *Shanaghan v. The United Kingdom*. 4. 5. 2001.

<sup>77</sup> Arnardóttir, O. Mjöll., s. 22, 24.

hedef alınmış olmasına ilişkin istatistikler, Mahkeme’yi düzenlemenin Romanları hedef aldığına ikna etmek konusunda yeterli olmayabilir.<sup>78</sup>

Bu noktada Mahkeme’nin, 14. madde kapsamında olayın doğrudan Romanlara yönelik ayrımcı bir uygulama olup olmadığı yönünde bir tartışmayı konu edinmemesi aynı zamanda ülkelerin takdir marjına yönelik giderek artan çekingen tutumunun bir başka örneği olarak da ele alınabilir.<sup>79</sup> Dahası, geçmişteki çalışmaların ortaya koyduğu bir nokta Mahkeme’nin ‘marjinal’ sayılabilecek grupları koruma yönünde gelişme kaydettiğini ancak bu konuda nadiren 14. maddeye yöneldiğini ortaya koymaktadır.<sup>80</sup> Yine de bu nokta, davaya ilişkin yarı mutabık yarı ayrı fikir bildiren Yargıç Lemmens’in görüşlerinde yer bulmuş görünmektedir. Yargıca göre davada ilgili yasa ve yasakların uygulanmasında Roman olan ve olmayanlar arasında bir ayrımcılık olup olmadığı ve ilgili uygulamaların kişilerin kökeninden bağımsız olarak uygulanabilmesindeki objektif ölçütün ne olmuş olabileceği soruları 14. madde bakımından irdelenebilmiş olmaya değerdir.<sup>81</sup>

O hâlde belirtildiği üzere Mahkeme’nin dolaylı ayrımcılık tanımından yola çıkarak ve yasanın yürürlüğe girdiği tarihin sosyolojik verilerine ve uygulanması yönündeki istatistiklere işaret ederek, söz konusu yasağı ayrımcılık yasağı kapsamında kabul edilebilir olarak ele almaya gerek duymaması ve bu bakımdan ayrımcılık kavramını zikretmekten kaçınmış olması eleştiriye açık bir konudur. Başvurucunun Roman gruba mensubiyetinin de ötesinde, Mahkeme’nin ayrımcılık konusunu tartışma edinmemiş olması, yoksulluk ve ayrımcılık arasındaki içselleştirile gelmiş sıkı ilişkiyi ve yoksulluğa yönelen ayrımcı pratiklerin 14. madde kapsamında nasıl korunabileceğini gösterebilmek adına kaçırılmış bir fırsattır.

## B. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı?

<sup>78</sup> *Hugh Jordan v. The United Kingdom* para.154. Alıntılanma yeri Arnardóttir, O. Mjöll., s. 22.

<sup>79</sup> *Garib v. The Netherlands* Mahkemenin kent ve soylulaştırma politikaları çerçevesinde barınma hakkını konu edinen bir davadaki çekimsiz yaklaşıma bir örnek olarak ele alınabilir.

<sup>80</sup> Harvey, Colin.; Livingstone, Stephen. “Protecting the Marginalised: The role of the ECHR.” *Northern Ireland Legal Quarterly* vol. 51, no.3 , 2001, s. 464.

<sup>81</sup> *Lacatus c. Suisse*, Opinion en partie concordante et en partie dissidente du Juge Lemmens, para.2

AİHM'nin 3. maddesinde korunan işkence ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkı, geçmişte nadiren de olsa yoksulluk konusunda özellikle devletin sorumluluğunun söz konusu olduğu bağlamlarda rol oynayabilmiştir.<sup>82</sup> Sosyal yardımdan, barınma ya da sağlık hakkından mahrum kalmanın yaratmış olduğu kimi durumlar, başvuruçuların durumlarının şiddetine paralel olarak 3. madde korumasından faydalanabilmiştir.<sup>83</sup> Dilencilik ve insan hakları ilişkisinde işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hakka başvurulması, kişilerin iradeleri dışında dilencilik yapmak durumunda kalmaları, bu duruma zorla sürüklenmeleri ya da asgari de olsa bu bağlamda bir şiddete<sup>84</sup> maruz kalmaları durumunda akla gelmektedir.

*Lacatus* davasında kısmen ayrı görüş bildiren hakim Lemmens, olay açısından 3. maddenin bir argüman olarak ele alınabilmiş olması gerektiğini yöneltmişse de konuya ilişkin gerekçelerini sunmamıştır. Bu gerekçelere ilişkin akla, kararda rol oynayan iki kavram olan insan onuru ve kırılabilirlik argümanları ve bu argümanların en çok 3. madde tarafından gözetiliyor olması gelebilir. Nitekim davaya ilişkin bazı analizlerde bu maddenin başvurulabilir olabileceği yönündeki görüşlerin dayanak noktasını da yine bu kavramların ilgili maddeyle olan ilişkisi oluşturmaktadır.<sup>85</sup> Bununla beraber 3. madde daha önce ilgili kavramlara dayanılarak farklı bağlamlarda iş görebilmiş olsa da söz konusu olay açısından başvuruçunun dilenmek durumunda kalmasının mı kendisine yöneltilen para cezasının mı yoksa bu cezayı ödeyememiş olması nedeniyle aldığı hapis cezasının mı madde kapsamında ileri sürülebileceği açık değildir. Üstelik madde 3 sağlık, barınma ya da asgari bir yaşam standardı gibi konularda teorik bir rol oynama işlevine sahip olsa da, bu durumun, çoğunlukla doğrudan devlet gözetimi ve denetiminde olan saha ve konularda uygulanabilir olduğu

<sup>82</sup> Lavrysen, Laurens. "Strengthening the Protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR." *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, no. 3, 2015, s. 299.

<sup>83</sup> *Pentiacova and 48 Others v Moldova* App no 14462/03 (ECtHR 2005); *O'Rourke v the United Kingdom* App no 39022/97 (ECtHR 2001); *Larioshina v Russia* App no 56869/00 (ECtHR 2002).

<sup>84</sup> Asgari şiddet kavramının insan onuruyla sıkı ilişkisi özellikle *Bouvid v Belgium* davasında belirgin olmaktadır. *App no 23380/09* (ECtHR 2015)

<sup>85</sup> Heri, Corina. "Beg your Pardon!: Criminalisation of Poverty and the Human Right to Beg in *Lacatus v. Switzerland*." Strasbourg Observers Legal Blog, 2021  
<https://strasbourgothers.com/2021/02/10/beg-your-pardon-criminalisation-of-poverty-and-the-human-right-to-beg-in-lacatus-v-switzerland/>

bilinmektedir.<sup>86</sup> Bu bakımdan *Lacatus* davasındaki başvurucunun İsviçre Devletini ne yönde bir sorumluluk altına soktuğu tartışılabilir olmakla birlikte, başvurucunun kendi dilekçesinde bu maddeye başvurulmadığı görülmektedir. O hâlde dilencilik faaliyetini suç olarak düzenleyen yasa ve uygulamalar karşısında 3. madde kapsamında sorulabilecek soru, söz konusu yasak nedeniyle dilencilikğin engellenmesi, ya da dilenildiği için para cezasına çarptırılmasının, ne noktada ve hangi şartların varlığı halinde insanlık dışı ya da aşağılayıcı bir muamele ve ceza tanımına uygun düştüğüdür. Bu soru ışığında, görünen o ki, bu yöndeki yasaların genelinin insan haklarına aykırılığı iddiası değil, bu yasaklara rağmen münferit dilencilik durumlarında ve kişilerin kırılmalıklarının boyutu dahilinde söz konusu maddenin rol oynayıp oynayamayacağı konu edinilebilecektir.

### C. Özel ve Aile Hayatının Gizliliği Hakkı

Dilencilik, özellikle yoksullukla bağlantılı olarak ele alınacak olduğunda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25. maddesi'nde ve BM Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'nin 11. maddesi'nde yer alan, herkesin kendisi ve ailesi için “yeterli yaşam standardı hakkı” olması akla gelebilecek maddelerden biridir. Ancak bilindiği üzere AİHS her ne kadar yaşayan ve günün ihtiyaçlarına uyarlanan bir sözleşme olarak ele alınsa da özünde sivil ve politik hakları garanti altına alan bir sözleşme olması itibarıyla, özellikle devletin sosyal ve ekonomik haklar bakımından pozitif sorumlulukları konusu kimi zaman dolaylı yollardan ve sınırlı olarak konu edinilebilmektedir. İşte *Lacatus* davasında da konu edinildiği üzere özel hayatın gizliliği ve aileyi koruyan 8. madde geniş bağlamlarda koruma sağlayabilmesi nedeniyle bu yönde kullanılabilmiştir. Zira madde, yukarıda konu edinildiği üzere asgari bir yaşam şartına yönelik bir hak benzeri herhangi bir sosyal ve ekonomik hakkı bünyesinde barındırmayan sözleşmenin, bu hakları yine de dolaylı olarak konu edinebilmesi için başvuru bir maddesi haline gelmiştir.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Lavrysen, Laurens. s. 304.

<sup>87</sup> Mahkeme, teorik ya da hayali hakları korumak yönünde değil, somut ve etkili olan hakları kullanmak yönünde bir amacı olduğunu yinelerken herhangi bir sosyal yardımı olmayan ve yoksulluk halinde olan başvurucunun dilenerek asgari bir geçim sağlaması ve devletinse bunun önüne geçerek kişinin bu yöndeki bir yardım talebini engellemesini, kişinin içinde bulunduğu sosyal ekonomik durum ışığında gözetmiştir. *Lacatus c. Suisse*, para. 57.



Olayda başvuruçunun hayatta kalmak ve varlığını sürdürmek için dilenmek zorunda olduğu gerçeği, başvuruçunun insan onurundan kaynaklanan bir yardım isteyebilme hakkı ve münferit kırılgenliğiyle desteklenmiş ve böylelikle konu maddenin kapsama alanında ele alınmıştır.<sup>88</sup> Mahkeme, bir kişinin yeterli temel ihtiyacı olmaması durumunun insan onurunu ciddi anlamda zedelediğini ve dilenerek kişinin insanlık dışı ve tekinsiz bir durumdan kurtulmanın bir yolunu arayabildiğini kabul etmiştir.<sup>89</sup> Böylelikle kişinin özel ve aile hayatı olarak yorumlanan varoluş şartlarını koruyabilmek adına dış dünyayla kurduğu yardım talebi konunun ilgili madde dahilinde ele alınabilmesinin olanağı olarak görülmüştür.

Ancak unutmamak gerekir ki devletler tarafından dilencililiği suç ya da kabahat olarak düzenleyebilmek yönünde sınınilabilen meşru argümanların hemen hepsi de yine 8. maddenin ikinci bendinde yer alan sınırlamalara dayanabilmektedir. Zira bu madde, hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin yasayla öngörölmek ve demokratik toplumda uygun olmak şartıyla; ulusal güvenlik, kamu güvenliğı, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağılıın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Bu noktada maddenin dili ve sınırları, bu yöndeki düzenlemeleri topyekûn insan haklarına aykırı addedebilmek bakımından elverişli olmayıp ancak mahkemenin diğere değerlendirme ölçütleri olan demokratik bir toplumda gerekli olmak ve daha da önemlisi bu amaçlara ulaşabilmek için kullanılan araçlar bakımından orantılı olabilmek bakımından iş görebilecektir.<sup>90</sup>

Nitekim *Lacatus* davası için de İsviçre devleti, müdahaleye yönelik maddenin ikinci bölümünde yer alan tüm argümanlara ve hatta fazlasına başvurmuş görünmektedir.<sup>91</sup> Kamu yararı, kamu düzeni, kamu güvenliğı vb. argümanların<sup>92</sup> yanı sıra farklı ülkelerdeki benzer kanunların da varlığından

<sup>88</sup> Bununla birlikte Mahkeme, dilenmenin madde 8 kapsamında korunup korunmayacağı soruyla ilk kez karşılaştığını ifade etmiştir. Para. 53, 55, 56.

<sup>89</sup> Para. 56.

<sup>90</sup> Nihayetinde Mahkeme de uygulanan cezanın (miktar ve biçim olarak) uygulanan kişi üzerindeki orantısızlığı ve (ancak) bu noktanın demokratik bir toplumda uygun olmadığı gerekçesine dayanmış ve genel olarak yoksulluğun cezalandırılması fenomeni karşısında Avrupa çapında yaygınlaşan bu türden yasaların bir değerlendirme ya da eleştirisine yönelmemiştir.

<sup>91</sup> Para 76, 77.

<sup>92</sup> Nitekim Avrupa ülkelerinde Romanlar özelinde özellikle kamu düzeni ve güvenliğı argümanına sıklıkla başvurulduğu ve tahliye etme politikalarından, gözetim pratiklerine

yola çıkararak, konuya yönelik ilgili düzenlemelerin kendi ülkesel takdir yetkisi dahilinde olduğu kartını ortaya koymuştur. Ancak AİHM olaya konu olan yasağın benzer düzenleme ve yasaklardan farkına işaret ederek <sup>93</sup> aynı zamanda devletlerin takdir yetkisinin özellikle kişilerin yaşamsal, varoluşsal koşulları söz konusu olduğunda daha sınırlı olacağı konusuna dikkat çekmiştir.<sup>94</sup> Dahası, kararda konu olan hapis cezasının hiç bir somut toplumsal menfaate hizmet eder görünmediği noktasını vurgulamıştır.<sup>95</sup>

Başvurucunun işaret ettiği üzere kendisini bir insan hakları örneği olarak dünyaya sunma iddiasında olan İsviçre Devleti'nin savunmasında insan hakları boyutuyla özellikle dikkat çeken bir nokta, dilenme eyleminin toplumsal yaşama ve başkalarının haklarına zarar verdiği argümanını desteklemek için müşterileri kaçan işletme sahiplerini ve turistlerin sakinliği için tercih ettiği Cenevre'nin bu yöndeki ekonomik kayıplarını örnek gösterebilmiş olmasıdır.<sup>96</sup> BM derin yoksulluk ve insan hakları raporunda yer alan tespitlerden yola çıkarak AİHM tarafından bu yönde işaret edilmiş son derece önemli bir noktaya: bir kente yatırım çekebilmek adına yoksulluğun daha az görünür kılınmasının, devletin iddia ettiğinin aksine insan hakları bakımından meşru bir kısıtlama amacı olmayacağıdır.<sup>97</sup>

İlgili olayda 8. maddenin kullanılmış olması, başvuru lehine olumlu bir sonuç doğurmuşsa da işaret etmek gereken bir nokta vardır. Bu da başvurucunun yoksul, okuma yazma bilmeyen ve herhangi bir sosyal desteği olmayan bir kadın olması itibariyle belirli bir 'kırılganlığı' taşıyor olmasının çıkış noktası oluşudur. Kırılganlık argümanı son dönemde Mahkeme'nin özellikle sosyal ve ekonomik haklardan yana olumlu sonuçlara imza atmasında elverişli bir argüman olarak görünse de, burada insan hakları ve dilencilik ilişkisine dair çıkarılabilecek bir sonuç, bu profildeki bir insanın böylesi bir yasakla karşılaşmış olmasından doğan

---

kadar bu popülasyona uygulanan politikalar bu gerekçeyle meşrulaşmaktadır. Baar, Van Huub. "Europe's Roma and the Institutionalization of Rootlessness." *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: detention, deportation, drowning* (Jansen/Celikates/Bloois eds.) Rowman&Littlefield Publishing, 2015. s. 82.

<sup>93</sup> Mahkeme'nin incelediği yasaklar ulusal ya da bölgesel boyutta olabilmekle birlikte, pek çoğunda eylemin yapılaş biçimi, ya da yapan yaptıran kişisine göre bir fark arz ettiği ve her tür dilencilik faaliyetini topyekûn yasaklayan türden genel cezalar bulunmadığına oysa Cenevre örneğindeki yasağın bu türden olduğuna işaret edilmiştir. *Lacatus c. Suisse*, para. 104.

<sup>94</sup> Para. 103.

<sup>95</sup> Para. 110.

<sup>96</sup> Para. 77, 79.

<sup>97</sup> Para. 113.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

sonuçların yarattığı ihlalin konu edinilebilmesi ile sınırlıdır. Bir başka ifadeyle Mahkeme, doğası gereği bireysel zararlarla ilgilen bir organ olması itibarıyla, yoksulluğun cezalandırılması fenomeni karşısında ancak yeterli ‘mağduriyet’, yeterli miktarda ‘acı çekmek’ gibi bir eşiği kendine ölçüt olarak almış görünmektedir. Bu ise, dilencilik karşıtı yasaların ancak bunlar karşısında yeterli derecede acı çektiğini gösterebilen kişiler bakımından insan haklarına aykırılık teşkil edebileceği gibi dar bir sonuca işaret etmektedir. Bu nokta ve 8. maddenin ilgili olayda uygulanabilmiş olmasına olanak sağlamış olan şiddetli yoksunluk ve dilenmek zorunda olmak kriterleri, Yargıç Ravarani’nin kısmı ayrı görüşünde eleştiri konusu edinilmiş ve böylesi bir dayanağın makbul ve makbul olmayan dilenciler kabulünü barındırabildiğine işaret edilmiştir.<sup>98</sup> Başka bir ifadeyle burada dikkat çekilen nokta dilenme ve insan onuru arasındaki ilişkinin yalnızca şiddetli bir yoksunluk durumu ekseninde ilişkilendirilmeye elverişli bulunmuş olmasıdır. Bu bakımdan madde 8’e başvurulmuş olmasını doğru bulmakla birlikte, buna ilişkin gerekçeye katılmayan Ravarani’ye göre, kişinin dilenmesindeki meşru gerekçe otonomi ve self determinasyon hakkı olarak ele alınmalıdır; bu prensipler madde 8’in uygulanabilirliği için yeterlidir.<sup>99</sup> Bu doğrultuda Yargıca göre dilenmek kişinin kendisi, yakınları vb. için başvurmayı seçebileceği bir yol ve daha da önemlisi temel bir özgürlüktür. Benzer biçimde Ravarani’ye göre cezanın orantısızlığına ilişkin kriterde de rol oynaması gereken şey, başvurucunun içinde bulunduğu durumun özellikleri değil, pasif bir biçimde yapılan dilencilik eyleminin bir hapis cezasına sonuç vermemesi gereklidir.<sup>100</sup>

#### **IV. İfade Özgürlüğünün Korunması Kapsamında Yoksulluğun Sergilenmesi ve Dilencilik?**

Buraya kadar konu edinilen ve AİHS bakımından konu edinilebilmesine olanak sağlayan haklar, Mahkeme’nin somut bir ihlalin telafisine yönelik takındığı bireysel bir tazminata konu olabilecek haklar olup, Mahkeme’nin ifadesiyle Sözleşme’nin soyut ve hayali değil, somut ve etkin hakları konu edinmesinin bir yansıması olarak belirmektedir. Yargıç Ravarani’nin ifadesiyle bu durum, hem olayın, hem de davacının sosyo-ekonomik özelliklerini göz önünde tutmak suretiyle sağlanmaktadır. Ancak Mahkeme’nin bir diğer fonksiyonu da Konsey ülkelerindeki insan haklarıyla

<sup>98</sup> Opinion en partie concordante et en partie dissidente du Juge Ravarani, para. 9

<sup>99</sup> Ibid. para.10

<sup>100</sup> Para. 14.

uyumsuz yasa ve pratiklerin dönüştürülmesi yönünde katkı sağlayabilmesidir. Bu bakımdan Mahkeme kendi rolünü Avrupa kamu düzeninin sağlanması yönünde anayasal bir araç olarak tanımlayabilmektedir.<sup>101</sup> Bu noktada soru, genel olarak ülkelere tanınan takdir marjı ışığında, dilencililiği cezai bir yaptırıma bağlayan ya da engelleyen düzenlemelerin meşruiyetinin ve bu yasaların anayasallığının insan hakları bakımından daha başka nasıl sorgulanabileceğidir. Bir başka ifadeyle bu türden yasa ve düzenlemelerin bir ihlale sebebiyet vermeksizin henüz en başından yanlış olduğu yönündeki bir iddia hangi insan haklarıyla desteklenebilecektir? İfade özgürlüğü hakkının bu noktada devreye girdiği söylenebilecektir.

### A. Birleşik Devletler Yaklaşımı

Dilencililiği suç olarak düzenleyen yasalara karşı ifade özgürlüğü hakkının kullanılması, özellikle 1990'lı yıllarda ABD'de farklı düzeylerdeki mahkemelerde belirgin olmaya başlamış ve bu yöndeki kararlar literatürde tartışma konusu olmuştur.<sup>102</sup> Bu yöndeki yasaklar karşısında dilencililiğin ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiğini düşünen yazarlar, öncelikle dilencililiğin kamusal bir ifade biçimi olduğu argümanından yola çıkmışlardır.<sup>103</sup> Burada da iki yönseme gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki dilenmenin politik bir ifade özgürlüğü kapsamında olduğu yönündeki yaklaşımdır. Bu bakımdan dilencililiğin, Birleşik Devletler Anayasası'nın Birinci Ek maddesi'nde konu edinilen ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin fikirler, ilgili hakkın temelinde yatan aydınlanma, demokratik yönetim, kişisel farkındalık gibi değerlerin dilencilik bakımından da geçerli olduğuna ve korunması gerektiğine işaret etmektedirler.<sup>104</sup> Bunun dışında tartışma edilebilen bir diğer soruysa dilencililiğin ticari bir ifade olduğu iddiasını konu edinmekte ve şayet dilencilik ticari bir ifade olarak kabul edilecekse bu bağlamda korunup

<sup>101</sup> (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* App no. 45036/98, 2005; *N.D. and N.T. v. Spain* App no. 8675/15, 2020).

<sup>102</sup> Bu bakımdan bu dönemde çok sayıda yerel mahkemenin, ifade özgürlüğü argümanına dayanarak belediyelerin uygulamak istedikleri dilencilik karşıtı düzenlemenin yürürlüğe girmesinin engellendiği belirtilmektedir. Ellickson, Robert C. "Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning." *The Yale Law Journal*, vol. 105, no. 5, 1996, s. 1229. Bunun dışında *vagrancy* genel başlığıyla ilişkili yasaların anayasallığına, ancak 1960'lı yıllara gelindiğinde federal mahkemelerce konu edinilebilmiş olduğuna işaret edilmektedir. Teir, Robert., s. 305.

<sup>103</sup> Ellickson, Robert C., s. 1170.

<sup>104</sup> Hershkoff, Helen.; Cohen, Adam S. "Begging to Differ: The First Amendment and the Right to Beg." *Harvard Law Review*, vol. 104, no. 4, 1991, s. 899-904

korunmayacağı sorusuna odaklanmaktadır. Bu doğrultuda erken dönem kimi çalışmalar dilenciliğin geleneksel bir ifade kapsamında sayılamayacağı ve ticari ifade sayılacaksa da -bu türden bir ifadenin daha az koruma bulması nedeniyle- sınırlandırmalara tabii olacağı iddiasını desteklemiş görünmektedir.<sup>105</sup> Öte yandan aksi iddialar ABD Yüksek Mahkemesi'nin geleneksel hayır işlerine yönelik bağış toplama türündeki ifade ve talepleri, ticari bir ifade olarak değil de tam ifade özgürlüğü kapsamında koruduğu gerçeğinden hareketle<sup>106</sup> dilenciliğin bu kapsamda korunmamasının yarattığı ayrımcılığa işaret etmiş ve dilencilik eyleminin ticari bir ifade ile sınırlı görülmemesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>107</sup>

Bu bakımdan kamuya açık alanlarda bağış toplanmasına yönelik söylem ve taleplerle, dilencilik arasında bir korunma farkı olmaması gerektiği; dilenme eyleminde bulunan kişinin -kendisine kulak verene- toplumun bir kesimi ile ilgili farklı bir perspektif sunmakta olduğu; yöneldiği kişinin farkında olmadığı türden sorunlara ve yoksulluğa işaret edebilmekte olduğu; ve böylelikle dinleyenin ya da katılımcıya toplumsal sorumlulukları ile ilgili bir fikir verebildiği argümanlarıyla desteklenmektedir.<sup>108</sup> Buna paralel olarak dilenenin ifadesinde bir hayır kurumu yerine kendisi için para istiyor olmasının bu ifadenin daha az korunabilir olduğu sonucunu doğurmaması gerektiğine de işaret edilmiştir.<sup>109</sup>

Dilenciliğin ifade özgürlüğü korunmasına dahil olmaması gerektiği yönündeki karşı iddialardaysa, ifadenin 'saldırganlığı', 'rahatsız ediciliği' argümanı yer bulabilmektedir. Aslında agresif yolla yapılmayan dilencilik söz konusu olduğunda bu argümanın etkisiz olacağı düşünülebilir.<sup>110</sup> Buna rağmen kamusal alanda dilencilik, evsizlik vb. fenomenlerin toplumun geri kalanı için yarattığı 'zarar' ve 'rahatsızlık' argümanları sıklıkla ilgili yasak ve yaptırımların gerekçesi olarak yer bulabilmektedir. Bu argümana ilişkin kavramsal tartışmalara bir katkı Waldron tarafından yapılmaktadır. Yazar, doğrudan dilencilikle ilgili olmasa da, dilenciliği de içine alabilen evsizlik olgusunun görünümünde, ilgili düzenleme ve yasakların gerekçesi olarak

<sup>105</sup> Patrick B. Gonzales, Robert B. Kuehn, Begging: Free Speech or Poor Conduct, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 5, no. 2, 1990, s. 265.

<sup>106</sup> *Riley v. National Federation of the Blind*, 487 U.S. 781 (1988)

<sup>107</sup> Hershkoff, Helen.; Cohen, Adam S., s. 908.

<sup>108</sup> Hershkoff, Helen.; Cohen, Adam S., s. 905.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Zira ABD Yüksek Mahkemesi, Birinci Ek Maddeye ilişkin en can alıcı noktanın, devletin bir ifadeyi sırf toplumun hoşuna gitmediği, toplum tarafından karşı çıktığı ya da rahatsız edici bulunduğu için yasaklayamayacağı olduğunu belirtmiştir. Hershkoff, Helen.; Cohen, Adam S., s. 909.

belirebilen ‘zarar prensibi’nin -Mill’e referansla- esasen faydalı ve toplum için gerekli bir ‘zarar’ olduğuna işaret etmektedir. Zira bu yöndeki olası bir ‘rahatsızlık’ etik bir hesaplaşma için gereklidir. Waldron, karşılaşılan şey tahammül edilmesi güç ve sıkıntı yaratan türden olsa bile, farklı fikir ve yaşamlarla karşılaşmak suretiyle insanların kendi konfor algılarının sorgulanmasının önemine işaret etmektedir.<sup>111</sup> Waldron, bu yöndeki karşılaşmaların neden rahatsız edici olarak algılanmaması gerektiğine ilişkin verdiği bir örnekte, evsizlik olgusunun henüz sorun olmaya başlamış olduğu bir toplumda bu yönde bir karşılaşmanın, daha önce konudan yeterince haberdar olmayan bir vatandaş üzerinde bir farkındalık yaratacağını ve bu kişinin belki de bu konuda bir şeyler yapmak isteyeceğine işaret etmektedir.<sup>112</sup>

Görünen o ki Birleşik Devletler Anayasa Mahkemesi geçtiğimiz yıllarda Waldron’ın yaklaşımını destekler nitelikte bir karara imza atmıştır.<sup>113</sup> Doğrudan dilencilik konu edinmemekle birlikte, kararda fikirlerin çarpışmasına olanak sağlayan bir kamusal alanın (*Public Fora*) karakterine dikkat çekilirken, yolda yürüyen bir kimsenin hoş gitmeyen bir mesajla karşılaşmasının zararlı değil tam tersine faydalı bir rolü olduğuna işaret edilmiştir.<sup>114</sup> Bu bakımdan dilencilik karşıtı yasaları düzenleyen iradelerce çoğu kez bu düzenlemelerin makul gerekçesi olarak sunulabilen ‘rahatsız edici ifade’ argümanının sorgulanmaktan muaf bir argüman olmadığı ve karara konu olan kamusal forum vurgusunun son yıllarda dilencilik karşıtı yasaları ifade özgürlüğü çerçevesinde korumaya olanak sağladığına dikkat çekilmektedir.<sup>115</sup>

Doğrudan dilencilik konusunu ele almasa da son yıllarda ses getiren bir başka karar, ifade özgürlüğünün içeriğine ilişkin (content based) getirilen kısıtlamaların anayasallığını konu edinen *Reed v. City of Gilbert* kararıdır.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Waldron, Jeremy. “Homelessness and Community.” *The University of Toronto Law Journal*, vol. 50, no. 4, 2000, s. 379, 380.

<sup>112</sup> Waldron, s. 379.

<sup>113</sup> *McCullen v. Coakley*, 134 S. Ct. 2518, 2529 (2014)

<sup>114</sup> *McCullen v. Coakley*, para. 476.

<sup>115</sup> Mead, Joseph. “Why we need Reed”, *ConLawNOW*, vol. 7, no. 1. 2016, s. 41.

<sup>116</sup> Tam olarak dilencilik karşıtı bir yasayı konu edinmese de, amacı ve konusu hedef alınarak ifade özgürlüğüne devlet tarafından getirilen sınırlamaların çoğu kez anayasal olmayacağını konu edinen *Reed v. Town of Gilbert* kararı aynı zamanda dilencilik yasaklayan düzenlemelerin de anayasal olmadığı sonucunu doğurmuştur. Bu bakımdan bu kararın ifade özgürlüğünü ‘içeriğinin tarafsızlığı’ konusunda şimdiden yeni bir standart belirleyici olmuş olduğu belirtilmektedir. Lauriello, Anthony. “Panhandling Regulation After *Reed v. Town of Gilbert*.” *Columbia Law Review*, vol. 116. (2016) s. 1106.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

Birinci Ek Madde'nin yorumlanmasına ilişkin var olan metotlar karşısında getirdiği değişiklik<sup>117</sup> bakımından farklı eleştirilere konu olabilmiş olsa da<sup>118</sup> kararın dilencilik yasakları karşısında kullanılabilmesini elverişli kılan nokta: doğrudan bir ifade içeriğini kısıtlamaya ya da ayrımcılık unsuru barındırmamasına rağmen, belirli durumların varlığı halinde, bir takım düzenlemelerin de anayasal olamayabileceğine işaret etmesi bakımındandır. Bu karar ışığında söz konusu yasa eğer ifade edilen şeyin konusu, amacı bakımından ayrımlara yer veriyorsa ya da kısıtlayıcı yasanın ardındaki saik mesajın olası içeriğine ilişkin bir itirazsa, bu durumda ilgili yasaklayıcı düzenleme ifadenin içeriğine yönelmiş bir yasak olarak değerlendirilebilecektir.<sup>119</sup> Dolayısıyla *Reed* kararı vesilesiyle, özellikle ayrımcılık ögesi taşımayan ve içerik olarak nötr gibi görünen kimi yasakların da belirli durumların varlığı halinde anayasal olmayabileceği sonucunu doğurduğuna işaret edilmektedir.<sup>120</sup> Bu, dilencilik yasaklarına uyarlanacak olduğunda, diğer ifade türleri için olmadığı hâlde dilencilik için söz konusu olan yasaklayıcı düzenlemelerin karşımıza çıktığı görülecektir. Devletin bu yasakları çıkarmadaki motivasyonu ve gerekçesi olan 'ifadenin rahatsız ediciliği'nin de muğlak ve bir önceki örnekte belirtildiği üzere geçersiz olması nedeniyle bu türden yasalar "içeriğe dayalı" düzenlemeler olarak ele alınacaktır. Böylelikle en azından bu yöndeki kısıtlamalar çok sıkı bir denetime maruz kalmakta ve bu minvaldeki kısıtlamaların anayasallığı tartışma konusu olmaktadır. Nitekim *Reed* kararı sonrasında ülke genelinde çok sayıda mahkemenin dilencilik yasaklarına ilişkin düzenlemeleri iptal ettiği belirtilmektedir.<sup>121</sup>

## **B. Avrupa ve AİHM Düzeyinde İfade Özgürlüğü Argümanının Dilencilik Konusunda Uygulanması**

Çoğunlukla yoksullukla el ele yürüyen ve diğer dezavantajların da bir görünümü olabilen dilencilik olgusuyla insan hakları arasındaki ilginin, salt ifade özgürlüğüne yaslanması ya da bu yöndeki engellere ifade özgürlüğü

<sup>117</sup> Mahkemeler ifadenin içeriğinden dolayı baştan sınırlandırma getirdiği varsayılan türdeki yasakları özellikle sıkı bir değerlendirme testine tabi tutmakta ve çoğunlukla anayasal olmadığı sonucuna varmaktadır. Öte yandan Mahkemeler, içeriği konu edinmeyen ya da içerik bakımından tarafsız görünümdeki yasakların ifade özgürlüğüne aykırılığını değerlendirirken daha gevşek bir değerlendirmeye başvuruyordu. *Reed* kararının bu değerlendirmenin yeni ölçütlerini belirlediği belirtilmektedir.

<sup>118</sup> Bir örnek "Free Speech Doctrine After *Reed v. Town of Gilbert*", *Harvard Law Review* 129: 1981, 2016.

<sup>119</sup> Mead, Joseph. s. 38.

<sup>120</sup> Mead, Joseph. s. 45.

<sup>121</sup> Mead Joseph. s. 37.

argümanı ile karşı çıkılması Avrupa bakımından görece az ilgi uyandıracak bir yaklaşım gibi görünmektedir. Pek çok ülke anayasasının sosyal devlet tanımına dayandığı kıtada, dilencilik insan hakları bakımından konu edinilmesinin, salt bir negatif özgürlük anlayışıyla sınırlı olmayabileceği beklenebilir. Bununla birlikte konuyla ilgili Avrupa düzeyinde bazı ülkelerin anayasa mahkemelerince ifade özgürlüğü argümanına dayandığına rastlanmaktadır. Bunlara bir örnek Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin 2012 yılında önüne gelen bir yasa incelemesinde sessiz dilencilik ve agresif dilencilik arasında yaptığı ayırmadır. Mahkeme, ilkinin ifade özgürlüğü kapsamında ele alınması gerektiğinden hareketle bu yöndeki genel kapsamlı yasaları anayasaya aykırı bulmuştur. Bu bakımdan Mahkeme, kişinin başkalarını rahatsız etmeyen bir biçimde yardım talep edebilmesi faaliyetini, ifadenin aynı zamanda bedensel yolla olan ifadeyi ve başkalarıyla iletişim kurabilmeyi garanti altına aldığını da belirtmiştir. Mahkeme bu anlamda dayanışma çerçevesinde olan yardım isteme taleplerinin ifade özgürlüğünün korumasında yararlanabileceğini belirtmiştir.<sup>122</sup> Bir diğer örnekse İrlanda Yüksek Mahkemesinin kararında gözlemlenmektedir.<sup>123</sup> Çalışmanın diğer bölümlerinde zikredilmiş olan 1847 tarihli *Vagrant Act* yasasının<sup>124</sup> 3. bölümünün anayasaya aykırılığı konu edinilen davada, ilgili bölümün ifade ve iletişim özgürlüğüne aykırı olduğu sonucuna varılmışsa da, Mahkeme'nin bu kararının dilencilik karşıtı yeni düzenleme ve yasakların önünde bir engel olmayacağı da belirtilmiştir.<sup>125</sup>

*Lacatus* kararına dönülecek olduğundaysa, başvuruçunun dayandığı maddelerden biri olmasına rağmen, Mahkeme'nin ilgili davayı ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeye gerek duymadığı sonucuyla karşılaşılmaktadır. Mahkeme konuyu 8. madde bakımından ele almış olduğu gerekçesiyle, konunun ayrıca 10. madde bakımından ele alınmasını gerektiren bir durum olmadığını belirtmiştir.<sup>126</sup> Ancak ifade özgürlüğü argümanı Mahkeme hakimlerinden Keller'ın görüşündeki ifadelerde gözlemlenmektedir. Yargıç Keller, farklı bir meseleyi konu edinmesi

<sup>122</sup> G 155/10-9 30.06.2012

[https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_G\\_155-10\\_Bettelverbot\\_Sbg.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_155-10_Bettelverbot_Sbg.pdf)

<sup>123</sup> *Dillon v. Director of Public Prosecutions* [2008], 11R 383

<sup>124</sup> İlgili yasa 1939 tarihinde bir değişikliğe uğramış ve kamusal alanda yapılan dilencilik bir yıla kadar hapis cezasına tabi olan bir suç olarak düzenlenmiştir.

<sup>125</sup> Nitekim ülkede 2011 yılında kabul edilen criminal justice (public order) yasası özellikle agresif dilencilik olarak adlandırılacak davranışları 700 euroya kadar para ya da hapis cezasına tabi tutabilmektedir.

<sup>126</sup> *Lacatus c. Suisse*, para. 120.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



itibariyle, Mahkeme'nin olayı aynı zamanda ifade özgürlüğü bakımından kabul edilebilir bulmuş olması gerektiğine işaret etmektedir. Yargıcın dikkat çektiği oldukça önemli bir nokta, Mahkeme'nin bu tarihten önce dilenciliğin ifade özgürlüğü kapsamında koruma bulup bulmayacağı konusunu ele alma şansının olmamış olduğudur.<sup>127</sup> Bunun da ötesinde Keller, ifadenin yalnızca sözle sınırlı olmadığı vurgusuna da dayanarak, tıpkı Birleşik Devletler literatüründe konu olduğu üzere, 10. maddenin toplumda hoşla gitmeyen, rahatsız edici bulunan ve şoke edici türden ifadeleri koruduğu hatırlatmasını yapmıştır. Bu bakımdan yargıcın görüşüne göre olayda konu olan dilencilik eyleminin madde 10 kapsamına girdiği kesindir. Keller, olayda konu olan türdeki dilenciliğin, yoksulluğun sözcük ve jestlerle iletişime geçme hali olduğuna ve bunun kişinin dili ya da bulunduğu coğrafyadan bağımsız bir evrensel yardım talebi olduğuna işaret etmektedir. Bu çaresizlik ifadesi yargıca göre kişinin diğerlerinden yardım talep ederek iletişime geçme isteğinin açık bir göstergesidir. Nitekim yöneldiği kişilerin buna cevap vermek gibi bir zorunluluğu olmadığı gibi, cevap vermek istenildiği durumlar Keller'a göre temel bir mesajın verilerek sosyal etkileşimin başladığı anlardır.<sup>128</sup> Yargıç Keller'ın bu yorumuna bir başka boyutla eşlik eden bir düşünceyse, dilenenin ifade özgürlüğündeki menfaat kadar dinleyeninkinin de hesaba katılıyor olması gerektiğidir.<sup>129</sup> Böylelikle dilenmenin ifade özgürlüğü kapsamında korunabilmesi, hem dilenenin hem de kendisinden yardım talep edilen kişinin bu mesajı iletebilme ve alabilmeye ilişkin menfaatleri ile desteklenebilecektir. Bu tartışmalar ışığında davanın esasına ilişkin sorunlar her ne kadar 8. madde ile çözümlenmiş olsa da 10. maddenin kabul edilebilirlik bakımından konu edinilmemiş olması, AIHM nezdinde dilencilik ve ifade özgürlüğü ilişkisini ve kıta genelinde bu yöndeki yasaların demokratik bir toplumdaki yerini ele alabilmek bakımından kaçırılmış bir fırsattır.

## **Sonuç**

Görünen o ki yakın bir geçmişe kadar hukukun rolü, dilenciliğin de dahil olduğu kimi kategorileri önce belirlemek sonrasında cezalandırmak şeklinde olmuştur. Bu anlamda dilencilik ve hukuk ilişkisinde tarihsel olarak süregelen asimetrik dengelerinin değişebilmesi ve dilencilik yasaklarının motivasyonları ne olursa olsun meşruiyetlerinin

<sup>127</sup> Opinion concordante de la Juge Keller, para. 4.

<sup>128</sup> Opinion concordante de la Juge Keller, para 9-13.

<sup>129</sup> Kagiarios, Dimitrios., "Is Begging Speech: Assessing Judge Keller's Concurring Opinion in Lacatus vs. Switzerland" *Strasbourg Observers*, 12.02.2021.

sorgulanabilmesi son derece yakın bir döneme denk gelebilmektedir. Bu değişim potansiyelinde rol oynayan insan hakları kavramı ve hukukunun nasıl bir görev göreceği dilencilikğin toplumsal bir olgu olarak mı yoksa münferit bir ifade/eyleme biçimi olarak mı görüleceği sorusuyla da ilişkilidir. Dilencilik, bu çalışmada konu edinilenler ışığında toplumsal bir olgu olarak ele alındığı vakit yoksulluk, yabancı karşıtlığı, ırkçılık, kent ve barınma hakkı, göç vb. çok sayıda farklı fenomenle girift bir ilişkiye bürünmüş görünmektedir. Dolayısıyla hukukla ilişkisinin tüm bu sayılan başlıklar bakımından da gözden geçirilmesi gereği doğmaktadır. O hâlde bu kategorileri konu edinen yasa ve uygulamaların titiz ve eleştirel değerlendirmelere konu olacak olması kaçınılmazdır.

Dilencilikğin cezalandırılması konusunun insan haklarıyla olan güncel ilgisiyse, ilgili yasaklar karşısında somut bir hak ihlaline uğradığını düşünen insanların, kişisel olarak bu ihlali telafi etmeye yönelik mekanizmalara başvurmaları yoluyla belirmiştir. Bu noktada konu edinilebilecek olan haklar, AİHM’nde konu olan *Lacatus* davasındaki tartışmalar ışığında ele alındığında iki nokta önem kazanmaktadır. Bunlardan ilki, özellikle konu edinildikleri coğrafya bakımından ve somut verilerin ışığında konunun aynı zamanda ayrımcılık yasağı kapsamında incelenebilir olmasına duyulan gereksinimdir. Sözleşme’nin ayrımcılık yasağı ilkesinin bu dava bakımından Mahkemece konu edinilmeye gerek duyulmaması, kararın uyandırdığı olumlu yankıya gölge düşürmektedir. Dahası ilgili ayrımcılığın yoksulluk olgusu ekseninde konu edinilebilmiş olması karara ilişkin ayrı bir eksiklik olarak ele alınabilir.<sup>130</sup>

AİHM bakımından ihlale konu olan olayın esası bakımından en etkin maddenin özel ve aile hayatı koruyan madde olarak ele alındığı görülmektedir. İlgili maddenin sosyal ekonomik haklara yönelik ihlallerin konu edinmesinde giderek artan bir rolü olduğu kabul edilebilecek olsa da, bu maddeye başvurulmasına olanak sağlayacak somut durumların, en azından yoksulluk örneğinde insan onuru bakımından oldukça düşük bir eşiği baz almaması gerektiği konusunda dikkatli olunması gerekmektedir. Bu bakımdan ‘mahrumiyet’ ekseninde bu maddeye başvururken, dilenen kişinin olaydaki somut özellikleri ve içinde bulunduğu şartların zorluğu, kısmi karşı görüş bildiren yargıcın saptadığı üzere, makbul ve makbul olmayan bir dilenci ayırımına sebebiyet verebilecektir. Bu durumsa insan

<sup>130</sup> Zira İsviçre devletinin kendi savunmasında yer alan kimi ifadeler, yoksulluğu adeta bir düzen ve hijyen ambalajıyla görünmez kılmak konusundaki tutumunu açıkça ortaya koyabilmektedir.

hakları argümanını, dilencilik karşıtı yasaklara yönelen değil, bu yasaklar karşısındaki mağduriyetin şiddetine odaklanan bir argümana indirgemektedir. Konu edinilen olayda dilencilik, ancak ilgili kişinin tek geçim ve yaşam kaynağı olabilmesiyle sınırlı olarak ele alınmıştır. Bu nedenle kişinin içinde bulunduğu şiddetli kırılma durumu karşısında dilenmesi önünde bir yasak olmasının, insan onuruyla bağdaşmadığı gerekçesinden hareket edilmiştir. Kararın ortaya koyduğu bir nokta, bir davranışa yönelik genel bir yasağın (dilencilik para cezasına tabii olması gibi) devlet bakımından çok ciddi gerekçelere desteklenmesi gerektiği ve bu örnekte radikal bir tedbir olduğu yönündedir. Bu bakımdan söz konusu karardan AİHM'nin dilencilik genel olarak insan haklarıyla korunan bir özgürlük olarak ele aldığı sonucuna ulaşmak aşırı bir yorum olabilecektir.

Son olarak çalışma açısından önemli bir nokta dilencilik ve insan hakları ilişkisinde, AİHM bakımından henüz yeterli dikkate mazhar olmamış olan ifade özgürlüğü argümanı olmaktadır. Dilencilik ardında yatan toplumsal ekonomik faktörler ve iç içe olduğu farklı kırılmalıklar gözetildiğinde, alışlagelmiş biçimiyle negatif karakterine odaklanılan ifade özgürlüğü hakkının ilk etapta en elverişli argüman olamayacağı düşünülebilir. Bunun ardında yatan sebeplerden biri ifade özgürlüğüne ilişkin dar bir yorumun, dilenme eylemini korumaya değer bir ifade kapsamında görmeyecek olması olabilir. Çalışma özellikle Birleşik Devletler literatüründeki tartışma ve kararlar ışığında bu varsayımın aksini ortaya koymaya çalışmıştır. Bu bakımdan kişisel bir otonominin icrasını ve kişilerin mesaj alıp verebilmesi özgürlüğünü ve yardım talebini, mahrumiyete ilişkin alt başlıklara, eşiklere ya da derecelendirmelere gerek duymadan konu edinebilmesi açısından ifade özgürlüğü hakkı, dilencilik yasakları karşısında oldukça elverişli bir argüman olarak görünmektedir. Bu anlamda insan hakları pragmatizmi ışığında değerlendirilecek olduğunda özel ve aile hayatının korunması hakkı, ancak yoksunluk koşullarının yarattığı ekstrem durumların varlığında iş görebilecekken; ifade özgürlüğü hakkı, en başından bu türden genel kapsamlı düzenleme ve yasaların yürürlüğe girmesine engel olabilecek bir potansiyeldedir.

## KAYNAKÇA

Andersson, Robert. "A Culture of Intervention Vagrancy and Drug Treatment in Sweden from the Late 19th Century Until Today." *Scandinavian Penal History* (ed. Smith P. S/ Ugelvik, T.) Palgrave, 2017, 103-125.

- Arnardóttir, O. Mjöll. “Non-Discrimination Under Article 14 ECHR: The Burden of Proof” *Scandinavian Studies in Law*, 2012, 13-39.
- Baar, Van Huub. “Europe’s Roma and the Institutionalization of Rootlessness.” *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: detention, deportation, drowning* (ed. Jansen/Celikates/Bloois) Rowman&Littlefield Publishing, 2015.
- Bauman, Zygmunt. *Legislators and Interpreters*, Polity Press, 1989.
- Blair, Eric. A. “Beggars in London.” *Le Progrès Civique*, 12 January 1929.
- Borevi, Karin. “Scandinavian Approaches to Begging as a Policy Problem and the Double Insider/ Outsider Status of Marginalized Intra-EU Migrants.” *Jnl. Soc. Pol.* 2021, 1-18.
- Chambliss, William J. “A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy.” *Social Problems*, vol. 12, no. 1, 1964, 67-77.
- Clark, Elaine. “Institutional and Legal Responses to Begging in Medieval England.” *Social Science History*, vol. 26, no. 3, Cambridge University Press, 2002, 447- 473.
- Cresswell, Tim.; Merriman, Peter. (ed.) *Geographies Of Mobilities: Practices, Spaces, Subjects* Ashgate, 2011
- Cohn, Samuel. “After the Black Death: Labour Legislation and Attitudes Towards Labour in Late-Medieval Western Europe.” *The Economic History Review*, vol. 60, no. 3, 457- 485.
- Colombo, Annamaria.; Reynaud, Caroline.;Coulon de Giada.“Begging in Geneva: Which Right to the City?” *Environnement Urbain / Urban Environment* [Online], vol. 10, 2016
- Curi, Francesca. “Il Reato Di Accattonaggio: A Volte Ritornano.” *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 1-12.
- Derdek, Noria. “How can it be that anti-poor orders still exist?” *Homeless in Europe Magazine*, 2020.
- Engebritsen, Ada I., m.fl.: Kartlegging av situasjonen til utenlandske personer som tigger, *NOVA: Rapport /2014*.
- Ellickson, Robert C. “Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning.” *The Yale Law Journal*, vol. 105, no. 5, 1996, 1165-1186.
- Harvard Law Review Note. “Free Speech Doctrine After Reed v. Town of Gilbert”, *Harvard Law Review*, vol. 129, no. 4, 2016.
- Friberg, Jon. H. “Poverty, networks, resistance: The economic sociology of Roma migration for begging.”, *Migration Studies*, vol. 8, no. 2, 2020, 228-249.

- Gillin, John L. "Vagrancy and Begging." *American Journal of Sociology*, vol. 35, no. 3, 1929, 424-432.
- Hansson, Eric.; Jansson, David. "Who's afraid of the 'beggar'? A psychoanalytic interpretation of the crises triggered by the begging of 'EU migrants in Sweden.'", *Social & Cultural Geography* vol. 22, no. 3, 2021, 339-356.
- Hansson, Erik; Mitchell, Don. "The Exceptional State of "Roma Beggars" in Sweden." *European Journal of Homelessness*, vol. 12, no. 1, 2018, 15-40.
- Harvey, Colin. ; Livingstone, Stephen. "Protecting the Marginalised: The role of the ECHR." *Northern Ireland Legal Quarterly* vol. 51, no.3 , 2001, 445-466.
- Henley, Jon. "Swedish town launches controversial £21 begging permit." *The Guardian*, 5.8.2019
- Heri, Corina. "Beg your Pardon!: Criminalisation of Poverty and the Human Right to Beg in Lacatus v. Switzerland." *Strasbourg Observers Legal Blog*, 2021
- Hershkoff, Helen.; Cohen, Adam S. "Begging to Differ: The First Amendment and the Right to Beg." *Harvard Law Review*, vol. 104, no. 4, 1991, 896–916.
- Johansen, B. Nicolay. "Controlling Roma in Norway: governing through the administration of social distance." *Punishing the Other* (ed. Eriksson, Anna) Routledge, 2016, 165-183.
- Kagiarios, Dimitrios., "Is Begging Speech: Assessing Judge Keller's Concurring Opinion in Lacatus vs. Switzerland" *Strasbourg Observers*, 12.02.2021.
- Lauriello, Anthony. "Panhandling Regulation After Reed v. Town of Gilbert." *Columbia Law Review*, vol. 116. No. 4, 2016, 1105-1142.
- Lavrysen, Laurens. "Strengthening the Protection of Human Rights of Persons Living in Poverty under the ECHR." *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33, no. 3, 2015, 293-325.
- Lein, Linda. "Public Support for a Ban on Begging in Norway – A Consequence of Negative Stereotypes about the Roma Minority?" *University of Bergen Master Thesis* (2016)
- Martin, Lucie.; Potts, Cory. "Penal Vision of Homelessness and Responsibilisation in Belgium." *Mean Streets*, 75-91.
- Memetovic, Sunita. Anti-begging provisions in Europe through the lens of Critical Race Theory, LLM Thesis, *CEU etD Collection* (2021)

- Mead, Joseph. "Why we need Reed", *ConLawNOW*, vol. 7, no. 1. 2016, 37-50.
- Misetics, Balins. "Criminalisation of Homelessness in Hungary." Jones Samara(ed.) *Mean Streets: A Report on Criminalisation of Homelessness in Europe*, 2013. 101-113.
- Möschel, Mathias. "Is the European Court of Human Rights' Case Law on Anti-Roma Violence 'Beyond Reasonable Doubt'?" *Human Rights Law Review* 12, 2012:479-507.
- Muižnieks, Nils. Human Rights Comment: "Time to Debunk Myths and Prejudices about Roma Migrants in Europe" <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/time-to-debunk-myths-and-prejudices-about-roma-migrants-in-europe>
- Mukherjee, Duyutimoy. "Laws for beggars, justice for whom: A critical review of Bombay Prevention of Begging Act 1959" *The International Journal of Human Rights*, vol. 12, no. 2. 2008, 279-288.
- Ocobock, Paul. "Vagrancy and Homelessness in Global and Historical Perspective." A. L. Beier/Paul Ocobock (ed.) *Cast Out*, Ohio University Press, 2008.
- Pailli, Giacomo.; Alessandro, Simoni. "Begging for Due Process: Defending the Rights of Urban Outcasts in an Italian Town." *Seattle University Law Review* 39, 2016, 1303-1326.
- Patrick B. Gonzales, Robert B. Kuehn, Begging: Free Speech or Poor Conduct, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, vol. 5, no. 2, 1990, 239-265.
- Report of the UN Special Rapporteur on extreme poverty and human rights, *Extreme Poverty and Human Rights A/66/265*, 2011.
- Sanders, Ben.; Albanese, Francesca. "An examination of the scale and impact of enforcement interventions on street homeless people in England and Wales" *Crisis*, London, 2017.
- Spector, Robert. "Vouchers for Panhandlers: Creative Solutions to an Old Problem." *U. Pa. J. L. & Social Change*, vol. 3, no. 49, 1996, 49-109.
- Teir, Robert. "Maintaining Safety and Civility in Public Spaces: A Constitutional Approach to Aggressive Begging." *Louisiana Law Review*, vol. 54, no. 2, 1993, 285-338.
- The Dark Unknown History: White Paper on Abuses and Rights Violations Against Roma in the 20<sup>th</sup> century, *Ministry of Culture Sweden*, 2015.
- Waldron, Jeremy. "Homelessness and Community." *The University of Toronto Law Journal*, vol. 50, no. 4, 2000, 371- 406.

Zelano, Karin. “Vulnerability and deviance: individual reasoning about the proposal to ban begging in Sweden.”, *Urban Research & Practice* vol. 12, no. 4, 372-391.





## # TWO OBJECTIONS TO THE RIGHT TO BE UNIQUE

(BİRİCİK OLMA HAKKINA İKİ İTİRAZ)

Arş. Gör. Recep Ersel Erge\* \*\*

### ÖZ

*Bu kısa değerlendirme yazısı, insanların biricik bireyler olduğu varsayımına karşı çıkmamaktadır. Fakat bu varsayıma dayanan bir biricik olma hakkı talebi problem arz eder. Haktan yana olan görüş esasen insanların genetik benzersizliğiyle ilgilenmekte, bireysel biricikliğin genetik özgünlük ile sınırlı olmadığı gerçeğini görmezden gelmektedir. Buna göre, genetik benzersizliğe dayanan bir biricik olma hakkı söz konusu değildir. Bununla birlikte biriciklik doğru anlaşıldığında bile biricik olma hakkı denilen hakka gerekçe teşkil etmez. Bütün insan hakları, korunmadıklarında potansiyel olarak insanların mahrum edilme riski altında olduğu bir değeri korur. Biriciklik böyle bir koruma gerektirmez, çünkü insanlar ondan mahrum edilemezler. Bireysel biriciklik dokunulmazdır. İnsan hakkı olarak talep edilmek yerine insan hakları fikrini meşrulaştıran bir temel olarak ele alınmalıdır.*

**Anahtar Kelimeler:** Biriciklik, Benzersizlik, Bireysellik, Biricik Olma Hakkı, Benzersiz Olma Hakkı, Benzersizlik Hakkı, Dördüncü Kuşak Haklar, İnsan Hakları

### ABSTRACT

*This brief review does not challenge the assumption that human beings are unique individuals. Claiming a right to be unique based on this assumption, however, is problematic. The pro-right argument is essentially concerned about the genetic uniqueness of human beings, overlooking the fact that individual uniqueness is not limited to genetic authenticity. Therefore, claiming a right to be unique based on genetic uniqueness is not relevant. But even the uniqueness in its proper sense cannot comprise a basis for the so-called right to be unique. All human rights protect a value*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.09.2021. İlk hakem raporu tarihi: 09.12.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 13.12.2021; Onaylanma tarihi: 29.01.2022.

\* Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9368-6221.

**Esere Atıf Şekli:** Recep Ersel Erge, "Two Objections To The Right To Be Unique", YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.129-149.

*potentially at risk of being deprived from people if not protected. Uniqueness does not require such protection, because people cannot be deprived of it. Individual uniqueness is inviolable. Instead of being claimed as a human right, it had better be considered as a ground to justify the idea of human rights.*

**Keywords:** *Uniqueness, Individuality, Right to Be Unique, Right to Uniqueness, Fourth-Generation Rights, Human Rights*

\*\*\*

## INTRODUCTION

Chickens do not have chicken rights just for being chickens, but humans have human rights just for being humans.<sup>1</sup> People are considered to be worthy of those special rights, because as a species human beings are regarded to have a dignity, requiring the utmost protection and thus justifying the idea of human rights. The issue of this review is not to elaborate philosophically on the source and nature of human dignity, but acknowledging this concept is important because the implications of dignity go even beyond the uniqueness of human beings as a species, reaching to the idea of uniqueness of human beings as individuals. The latter idea, the idea that human beings have something *unique* to themselves *individually*, apart from being a member of human species, might be as widely remarked as the first one. Indeed, the identification of the subject or the recognition of the individual is always related to the idea that people are unique entities. This review is going to be based on that very assumption. Therefore, the issue here is neither to discuss the individual uniqueness *per se*.

The problem tackled in this review is whether it is justified to claim a right to be unique to protect the uniqueness of human beings. The aim is to challenge that claim, arguing such a right might not fit the mentality of human rights. If human rights are not rhetoric, they must seriously protect some values that help people have a dignified life.<sup>2</sup> The point is, whether the right to be unique satisfies this criterion is doubtful. This review asserts that

<sup>1</sup> Ioanna Kuçuradi, *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*, 2. b. (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2011), 56-57.

<sup>2</sup> There might be other ways to justify human rights, but human dignity is arguably the most widely relied upon concept to that end: Nihat Bulut, "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 3-4 (2008): 1; Oktay Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltili Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi," *Kamu Hukuku İncelemeleri*, ed. Oktay Uygun (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013); Elif Çelik, "İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü," *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2019): 286.

the right to be unique cannot be claimed as a human right. The most important part of the discussion below will be the examination of the true meaning of “uniqueness” of human beings, which is to some extent misrepresented by the pro-right argument. The discussion will begin with a brief presentation of the pro-right views, then a challenge to those views based on a proper understanding of the concept of uniqueness will follow that, and as a final step the unconformity between the asserted right and the human rights will be demonstrated.

### THE PRO-RIGHT ARGUMENT

The right to be unique is so far “recognised” as a fundamental right only in the “*Constitution of the Republic of Užupis*”, giving it a legal status no more than that of a good wish, since the so-called republic is only a popular neighbourhood in Vilnius, the capital of Lithuania. The right to be unique is provided under article 5, and the other articles include such rights as the right to make mistakes, the right to love, the right to cry.<sup>3</sup> But even someone who is barely familiar to the idea of human rights may object this way of introduction for the pro-right argument with the example of *Užupis*, reminding that human rights are given to people neither by states in their constitutions nor by the international agreements or organizations. Indeed, human rights are not given at all. Philosophically they are considered to be innate to human beings, but this consideration is also accompanied by the understanding that human rights are products of a social evolution.<sup>4</sup>

Human rights have been claimed in a temporal context in return for alleged mass attacks on human dignity. Karel Vasak’s classification of human rights under three generations has long been a classical explanation of this evolutionary approach.<sup>5</sup> To remind it briefly, first-generation rights had been demanded primarily by the bourgeois in their effort to obtain political power while feudalism has been in the phase of dissolution in Europe. The argument was that the old feudal establishment, restraining the new relations required by the market economy, was infringing individuals’

---

<sup>3</sup> For an English translation see “Užupis,” Wikipedia, accessed April 14, 2019, <https://en.wikipedia.org/wiki/U%C5%BEupis>.

<sup>4</sup> Mehmet Yüksel, “İnsan Haklarının Sosyo - Tarihsel Temelleri,” *İnsan Hakları Yıllığı* 25, no. 1 (2007): 3.

<sup>5</sup> A brief restatement of his views can be read in English in: Karel Vasak, “A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights,” *The Unesco Courier*, (November 1977): 29. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>

liberty and equality.<sup>6</sup> Once the fundamental rights required by the new social order –particularly the right to property– were secured by the liberal revolutions of the West, however, it was argued that the new legal and political establishment itself emerged as the source of a new kind of inequality for the masses who had supported the bourgeois in their demands regarding the first-generation rights. And with the effect of the Industrial Revolution sharpening the social differences, the masses started to call for a second-generation of rights, *i.e.* the economic and social rights, which were acknowledged by the states in the democratisation process came as a result of World War I, and were increasingly secured by constitutional guarantees after World War II.<sup>7</sup> Yet another progress in the evolution of human rights after World War II is the argument for a third-generation of rights, such as the right to environment, the right to development and the right to peace, which have been claimed in return for various global problems affecting the international community, and claimed with a demand of equal participation to the resolution of those problems.<sup>8</sup> Although increasingly gaining more ground within the law of human rights, the third-generation rights –or the “solidarity rights”– are still causing more dispute than the first two generations of rights do.<sup>9</sup>

And finally, there is an emerging literature on the fourth-generation rights, in addition to the three classified by Vasak. Although the variety of rights enumerated in this final category<sup>10</sup> does not allow a common and unequivocal justification for those rights, there is also a prevailing approach indicating that the fourth-generation rights have been emerging in return to the threats directed to human dignity by the recent developments in science

<sup>6</sup> M. Semih Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları,” *İnsan Hakları Yıllığı* 7-8, no. 1 (1986): 59. For more on the evolution of the first generation of human rights, see Yüksel, “İnsan Haklarının Sosyo - Tarihsel Temelleri,” 8-14.

<sup>7</sup> Gemalmaz, “Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları,” 62-64; Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007): 35-37.

<sup>8</sup> Ahmet Akbaba, *İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 32-34.

<sup>9</sup> For more on the long-standing debate, see İbrahim Ö. Kaboğlu, “‘Dayanışma Hakları’nın Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?),” *İnsan Hakları Yıllığı* 13, no. 1 (1991): 37-48; Bülent Algan, “Rethinking ‘Third Generation’ Human Rights,” *Ankara Law Review* 1, no. 1 (2004): 126-153; Akbaba, *Üçüncü Kuşak Haklar*, 296-304.

<sup>10</sup> See for example İlker Gündüzöz, “Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım,” *İnsan Hakları Yıllığı* 33, no. 1 (2015): 25. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

and technology.<sup>11</sup> Since the developments especially in biotechnology and information and communication technologies constitute the main concerns for human dignity; the right to personal integrity and the right to protection of personal data are said to be the first two rights that have been well framed and included to the international human rights law.<sup>12</sup> The right to be forgotten might also be added to those two, for it is another “*fundamental human right that the information age has discovered.*”<sup>13</sup> Although it has not yet been a part of international human rights law, it is claimed as a human right on the ground that it helps individuals move away from their pasts and change themselves both in their own eyes and in the eyes of others, and thus let their free will free from the oppression of the past mistakes and finally help fulfil themselves.<sup>14</sup> Indeed, its close relations to the right to protection of personal data and the right to privacy at large makes it a real candidate of a fourth-generation human right. The only practical obstacle on its journey to transform to a human right seems to be a consensus thereon.<sup>15</sup>

The same is not true for “the right to be unique.” It is among the less clarified fourth-generation rights. Meanwhile, one may also encounter “the right to be different”<sup>16</sup> among the fourth-generation category, but those two seem to have different functions. As it is understood from the literature, the right to be different is claimed to meet the needs of vulnerable groups of people such as disabled persons<sup>17</sup> and especially disabled children,<sup>18</sup> persons

<sup>11</sup> Oktay Uygun, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği ...”, 71; Oktay Uygun, *Devlet Teorisi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 498-499; Oya Boyar ve Sezen Kama Işık, “Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 564; Hamide Bağçeci, “Post-Human’s New Generation Rights: An Utopia? The Near Future?” *Kadir Has University Law Faculty Newsletter*, 15 January 2021. <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/28>.

<sup>12</sup> Uygun, *Devlet Teorisi*, 499.

<sup>13</sup> Hasan Elmalca, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 1603.

<sup>14</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu ve Burcu Değirmencioğlu, “Unutulma Hakkının Bir ‘İnsan Hakkı’na Dönüşme Yolculuğu,” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 381.

<sup>15</sup> Salihpaşaoğlu ve Değirmencioğlu, “Unutulma Hakkının...,” 381.

<sup>16</sup> Gündüzöz, “Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde...,” 25, 27.

<sup>17</sup> Francesco Seatzu, “The right to live and be different and the European Convention on Human Rights,” *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies* 1, no. 4 (2013): 301-321.

<sup>18</sup> Earl Schenck Miers, “The Right to Be Different,” *Exceptional Children* 18, no. 8 (May 1952): 225-228. <https://doi.org/10.1177/001440295201800801>; Theresia Degener, “The  
YUHFD Vol. XIX No.1 (2022)

within a religious community,<sup>19</sup> or individuals confined and subjected to enforced therapy due to their lack of criminal capacity.<sup>20</sup> Only exceptionally, the right to be different seems to be associated with “*individual human identities*.”<sup>21</sup> The right to be unique, however, is claimed for every individual regardless of their social identities, based on the idea that every human being has something special to himself.

But what exactly makes an individual unique and how does this fact justify a right to be unique? As reminded above, all generation of rights are deemed to be a reaction to the threats directed to human dignity, and the fourth-generation rights are claimed against the threats arise from the developments in science and technology. Therefore, if there is a right to be unique there must be some solid grounds on which it is claimed. The justification for that right is asserted to be found in the developments in biotechnology – but more on that in a minute. An earlier claim of a right to be unique was not openly linked with the threats originate from the developments in biotechnology or even linked with the theory of human rights at large. Jerry Parsons made an interesting case for the asserted right in 1977. In his editorial titled “*The Right to be Unique*” he complained on writers not being able to determine their own reference style and instead being obliged to abide by the rules of the journals. Parsons referred a dilemma in fact not limited to academic writing: People are assumed to be unique, but various regulations deny their uniqueness by lumping everyone together, restraining free will and individual creativity. Parsons approved that rules, standards and guidelines are needed for people to work together but he suggested that they should be used in a flexible way not to hinder the uniqueness of human beings.<sup>22</sup>

In the mid-nineteenth century John Stuart Mill complained in another context that “*so few now dare to be eccentric*” (because of a “*tyranny of*

---

Right to be Different: Implications for Child Protection.” *Child Abuse Review* 1, (1992): 152.

<sup>19</sup> Bernard Mandelbaum, “The Right to Be Different,” *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought* 12, no. 3/4 (Winter-Spring 1972): 35-42.

<sup>20</sup> Nicholas N. Kittrie, *The Right to be Different: Deviance and Enforced Therapy* (Baltimore, Johns Hopkins Press, 1972).

<sup>21</sup> C.B. Muthamma, “The right to be different,” *India International Centre Quarterly* 25, no. 2/3 (Summer/Monsoon 1998): 100.

<sup>22</sup> Jerry Parsons, “The Right to be Unique,” *Journal of Extension* 15, no. 2 (March 1977): 2-3, <https://www.joe.org/faes-joe/joe/1977march/>.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

opinion”).<sup>23</sup> Parsons seems to acknowledge that the same was true for his time at least in academia (he was particularly interested in authors’ freedom to choose style, as noted above), and it can be said that this had been generally no more true in history than it is today in the twenty first century. A noteworthy feature of the understanding of uniqueness here in this view is that it refers to the immaterial aspect of human beings. It is about choices, character, manners, and everything not related to the organic/material aspect of people. (This way of understanding uniqueness does not provide a justified ground for a right be unique, too, but it is a more realistic and thus appropriate way to look at individual human uniqueness. Both issues are going to be explained under the following titles of this review, starting with the latter.)

The main context within which the right to be unique is asserted, however, is human cloning. In the discussion of ethics regarding human cloning, individual uniqueness is classified as one of the new rights emerging as a result of the developments in medicine, science, and gene technology<sup>24</sup> and more concretely, it is said that being one of the fourth generation of rights, the right to be unique provides protection that the classical rights cannot provide against the abuse of biotechnology.<sup>25</sup> Particularly when claimed against human cloning, the right to be unique is clearly about the genetic uniqueness of human beings.<sup>26</sup> Thus, it refers to the material aspect of individuality.

So far it has been presented that there were two ways to approach individual uniqueness. One cares about the immaterial aspect and the other focuses on to the material aspect. As for the constitution of a full-fledged

<sup>23</sup> John Stuart Mill, *On Liberty* (London: Penguin Books, 2010), 97-98. He obviously means authenticity.

<sup>24</sup> Öztürk Aydın, “Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013), 3, 155, Ulusal Tez Merkezi (342132).

<sup>25</sup> Hamide Bağçeci, “Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış,” *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2018): 13, <https://www.jurix.com.tr/article/18501>.

<sup>26</sup> For a summary of the debate, see M. Onursal Cin, “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar,” in “Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2 (2003): 128-30, <https://dergipark.org.tr/en/pub/suhfd/issue/26631/281052>; George Onyango, “Human Cloning: Assessing Existing Kenyan Law,” *Whittier Law Review* 31, no. 3 (2010): 497-98, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/whitlr31&i=515>; Ceren Gültüter, “Biohukuk Dersinin Düşündürdükleri,” *İnsan Davranışları, Belirleyicileri ve Hukuk: Toplantı Sunumları ve Tartışmalar*, ed. Yücel Sayman (İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi, 2014), 14.

right from those approaches, writers *prima facie* seem to comprise both of them in their arguments. Ömer Ömeroğlu, for example, who was to the best of my knowledge the first writer to tackle the right exclusively in Turkish literature, defines it as “*individual’s right, in terms of his body and personality, to be like oneself and not someone else.*”<sup>27</sup> Obviously the *body* here refers to the material aspect and the *personality* refers to the immaterial aspect of human beings. This definition also says that the right to be unique involves two sub-rights –namely (1) to be like oneself, and (2) not to be like someone else– in terms of both material and immaterial aspects. To clarify his definition, Ömeroğlu gives separate definitions for all the elements therein,<sup>28</sup> which can be summarized as in Table 1.

Table 1

Four elements of the right to be unique, as explained by Ömeroğlu

	Regarding material aspect	Regarding immaterial aspect
To be like oneself	Being able to have an appearance determined by one’s own genes and choices.	Being able to act authentically.
Not to be like someone else	One’s appearance, determined by one’s own genes and choices, being not identical to someone else’s.	Not to be obliged to act in a way that is authentic to someone else.

When put like this in a symmetrical table the understanding of uniqueness in fact seems balanced, comprising both the material and immaterial aspects of individuals. However, while determining the scope of the right under the following five titles,<sup>29</sup> Ömeroğlu clearly gives more weight to the material uniqueness of individuals than to the immaterial aspect:

1. To be born with uninterfered genes.
2. Not to artificially constitute a genetical copy of the person.
3. Not to constitute individuals, by aesthetic or plastic surgery, who shares distinctive body features.

<sup>27</sup> Ömer Ömeroğlu, “Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2008): 100, <https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/issue/46843/587409>.

<sup>28</sup> For details, see Ömeroğlu, “Benzersiz Olma Hakkı,” 101-02.

<sup>29</sup> Ömeroğlu, “Benzersiz Olma Hakkı,” 107-18.



4. Being able to determine one's own appearance in accordance with one's perception of body and not to be obliged to be like someone else in this respect.
5. Being able to constitute one's authentic personality and not to be obliged to be like someone else in this respect.

Only the last content stated above can be associated with the immaterial aspect of individual uniqueness.

The same can be observed in another pro-right study done as a master's thesis. Defining the subject-matter of the right to be unique as "*the contribution provided for the protection and promotion of the material and immaterial entities of human beings, against the developments in science and technology,*"<sup>30</sup> Fatima Kandemir Ergün seems at first to give equal importance to the two aspects of uniqueness, because this definition can be visualized in a symmetrical way either. Indeed, she designates two sub-rights regarding each aspect<sup>31</sup> as shown in Table 2.

Table 2  
The four sub-rights of the right to be unique, as explained by Kandemir Ergün

	Material aspect	Immaterial aspect
1	Prohibition of human cloning.	Right to constitute one's own personality.
2	Right to be born with uninterfered genes.	Right to personalized education.

But while determining the scope of the right to be unique, she also mentions another sub-right, namely the right to personalized medical care, which she does not place anywhere on the material-immaterial distinction. Thus, she too counts five items as the subject-matters of the right to be unique,<sup>32</sup> three of them being essentially in agreement with Ömeroğlu's items at number 1, 2, and 5. The different content that those researchers attributed to the asserted right are Ömeroğlu's items number 3 and 4, and

<sup>30</sup> Fatima Kandemir Ergün, "Benzersiz Olma Hakkı" (Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2019), 5, Ulusal Tez Merkezi (585888).

<sup>31</sup> Kandemir Ergün, "Benzersiz Olma Hakkı," 17-18.

<sup>32</sup> Kandemir Ergün, "Benzersiz Olma Hakkı," 7, 9-10. The second chapter of the study exclusively deals with the scope of the right: Kandemir Ergün, "Benzersiz Olma Hakkı," 58-107.

the rights to personalized medical care and personalized education, mentioned by Kandemir Ergün. Including a sub-right to personalized education, Kandemir Ergün even gives more weight to the immaterial aspect of uniqueness than Ömeroğlu does.

On the other hand, she thinks the material aspect of uniqueness constitutes a more important content for the asserted right than the immaterial aspect. Although she argues that the threats caused by the developments in biotechnology since 1990s reach beyond the material aspect of human beings, she emphasizes the view that those developments are threatening first of all their material aspect. She writes that the right to be unique was required “*especially*” because of “*human cloning and the possibility to make changes in the genetical structure of a human being in a way to affect future generations.*”<sup>33</sup> Accordingly, with the purpose of indicating the legal foundations of the asserted right, she uses more than six pages to explain four prominent international human rights instruments regarding human genome and bioethics, while using only about one page to explain the legal foundations regarding the immaterial aspect of uniqueness.<sup>34</sup>

As a result of all the above-mentioned disparities, it should be legitimate to say that there is a misunderstanding, on the part of the pro-right argument, regarding the true meaning of individual uniqueness of human beings. It is even plausible to question why the concept of human dignity is so tightly attached with the idea of genetic uniqueness (*i.e.* what is the moral ground to oppose human cloning?) but this philosophical debate is beyond the scope of this review. The argument made here is –as the first objection promised in the title– that it is the immaterial aspect of human beings that really defines their uniqueness, so that it must be regarded at least as important as the material side of human beings, otherwise the right to be unique proves to be substantially ill-defined. The two pro-right studies mentioned above surely do not reduce uniqueness to its material aspect, yet emphasizing the involvement of biotechnology and genetics, they insistently highlight the importance of the material uniqueness. Furthermore, despite mentioning to some extent the immaterial aspect of uniqueness too, they do not actually explain how the immaterial uniqueness requires a human right’s protection. The point is, even if they cared to explain this, they could not have accomplished it, because –and this is the second objection to the

<sup>33</sup> Kandemir Ergün, “Benzersiz Olma Hakkı,” 32.

<sup>34</sup> Kandemir Ergün, “Benzersiz Olma Hakkı,” 32-40.  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

asserted right— the immaterial aspect of uniqueness basically does not require the protection of any right. But before that, the true meaning of individual uniqueness must be revealed.

### UNDERSTANDING UNIQUENESS CORRECTLY

There is no point in challenging that the technological advancements might threaten the material uniqueness of human beings. It is hard to understand, however, why such threats are regarded to be so much significant. Because in any case the true meaning of individual uniqueness must be based on the immaterial aspect of human beings. In contradiction to the understanding presented by the pro-right argument, consider for example how Rothbard explains uniqueness within the context of individual liberties:

*“If men were like ants, there would be no interest in human freedom. If individual men, like ants, were uniform, interchangeable, devoid of specific personality traits of their own, then who would care whether they were free or not? Who, indeed, would care if they lived or died? The glory of the human race is the uniqueness of each individual, the fact that every person, though similar in many ways to others, possesses a completely individuated personality of his own. It is the fact of each person’s uniqueness—the fact that no two people can be wholly interchangeable—that makes each and every man irreplaceable and that makes us care whether he lives or dies, whether he is happy or oppressed. And, finally, it is the fact that these unique personalities need freedom for their full development that constitutes one of the major arguments for a free society.”<sup>35</sup>*

Obviously, there is no mention of genetic uniqueness here. This is why individuality claim against cloning is insufficient too.<sup>36</sup> To put it briefly, identical (monozygotic) twins are “clones” too, and actually they share as

<sup>35</sup> Murray N. Rothbard, *Egalitarianism As a Revolt Against Nature and Other Essays*, 2nd ed. (Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 2000), 247. <https://mises.org/library/egalitarianism-revolt-against-nature-and-other-essays>.

<sup>36</sup> See John A. Robertson, “Liberty, Identity and Human Cloning,” *Texas Law Review* 76, no. 6 (1998): 1411-15, <https://ssrn.com/abstract=84948>; Evangelos D. Protopapadakis, “Clones, Prototypes and the Right to Uniqueness,” *Agrafa* 1, no. 2 (2013): 42, [https://philarchive.org/rec/PROCPA?all\\_versions=1](https://philarchive.org/rec/PROCPA?all_versions=1). David Elliott discuss this individuality claim as “*the un-uniqueness objection*” and he refutes it too: David Elliott, “Uniqueness, Individuality, and Human Cloning,” *Journal of Applied Philosophy* 15, no. 3 (1998): 220-28, <https://doi.org/10.1111/1468-5930.00092>.

similar gene-sets as possible,<sup>37</sup> but their physical and even behavioural resemblance does not diminish their individuality. The same conclusion should apply *a fortiori* to the clones, for firstly they are not genetically as similar to their donor (and to their clone siblings if any) as twins are similar to each other,<sup>38</sup> and secondly a clone's age and environment, unlike in the case of twins, would not be the same with those of his donor's too.<sup>39</sup> Thus even a clone would immediately start differentiating psychologically from his donor, developing his own unique personality every other day he lived. "*A clone of X may look like X, but will not be X, although she may be much more like X than like Y*" says Professor Robertson and considering "*the roles of genes in forming personal identity*," he rightly points out that "*[a]ssigning significance to genes ... risks becoming a crude form of genetic essentialism or determinism.*"<sup>40</sup>

This is because a human being is an organism not only made out of its genes or biological material at large; it is a *social organism* interactively developed in a particular environment.<sup>41</sup> "*My identity is what prevents me from being identical to anybody else*" says Amin Maalouf.<sup>42</sup> And here is his approach to identity:

*"Each individual's identity is made up of a number of elements, and these are clearly not restricted to the particulars set down in official records. Of course, for the great majority these factors include allegiance to a religious tradition; to a nationality sometimes two; to a profession, an institution, or a particular social milieu. But the list is much longer than that; it is virtually unlimited. A person may feel a more or less strong attachment to a province, a village, a neighbourhood, a clan, a professional team or one connected with sport, a group of friends, a union, a company, a parish, a community of people with the same passions, the same sexual preferences, the same physical handicaps, or who have to deal with the same kind of pollution or other nuisance.*

<sup>37</sup> Protopapadakis, "Right to Uniqueness," 44.

<sup>38</sup> Protopapadakis, "Right to Uniqueness," 44.

<sup>39</sup> Nancy K. Segal, "Psychological Features of Human Reproductive Cloning: A Twin-Based Perspective," *Psychiatric Times* 23, no. 14 (December 1, 2006). [https://www.psychiatristimes.com/psychological-features-human-reproductive-cloning-twin-based-perspective?qt-resource\\_topics\\_rightrail=0](https://www.psychiatristimes.com/psychological-features-human-reproductive-cloning-twin-based-perspective?qt-resource_topics_rightrail=0). See in the same direction: Elliott, "Uniqueness," 225.

<sup>40</sup> Robertson, "Liberty, Identity and Human Cloning," 1373.

<sup>41</sup> See, *mutatis mutandis*: Elliott, "Uniqueness," 218, see also 23.

<sup>42</sup> Amin Maalouf, *In the Name of Identity: Violence and the Need to Belong*, trans. Barbara Bray (New York: Penguin Books, 2003), 10.

*Of course, not all these allegiances are equally strong, at least at any given moment. But none is entirely insignificant, either. All are components of personality - we might almost call them 'genes of the soul' so long as we remember that most of them are not innate.*

*While each of these elements may be found separately in many individuals, the same combination of them is never encountered in different people, and it's this that gives every individual richness and value and makes each human being unique and irreplaceable.”<sup>43</sup>*

Again, as is in Rothbard's exposition, there is no mention of genetic uniqueness in this passage. On the very contrary, Maalouf consistently refers to the apparently numerous “*components of personality*,” naming them at one point as the “*genes of the soul*.” Even more interestingly, he warns that this metaphor is actually misleading, because those components of personality, or in other words the elements constituting identity, are mostly not innate. People are born with their real genes, this is inevitable, because their bodies are made of those genes in the first place. But the “*genes of the soul*” are acquired later in life, within and by way of the social life of an individual. This approach acknowledges the claim that individual uniqueness cannot be reduced to genetic uniqueness,<sup>44</sup> but it further allows us to claim that genetic uniqueness is not even relevant to individual uniqueness in its proper sense.

The keywords to the proper understanding of individual uniqueness of human beings are the *irreplaceability* regarding *personality*. Both Rothbard and Maalouf refer to the irreplaceability of people in terms of their personalities. Irreplaceability is an integral part of being human, in other words a feature of human nature, and it is strictly tied with the personality, regardless of being a clone or being the dearie child of one's loving parents. That means, if somebody was a clone, even then, this clone-person would be a unique individual, for he would have an irreplaceable personality. Thus, the individual uniqueness is only based on the immaterial aspect of human beings. Genetic uniqueness is another issue, not relevant to the uniqueness of human beings in its proper sense. Therefore, if the right to be unique is claimed on the base of genetic uniqueness, it is destined to be void. The pro-right studies, as noted earlier, surely do not reduce individual uniqueness to its material aspect, but they claim the right *mainly* based on the genetic

---

<sup>43</sup> Maalouf, *In the Name of Identity*, 10-11.

<sup>44</sup> Bağçeci, “İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış,” 36, 42.

uniqueness. Such a claim must be objected because it does not present a true understanding of the uniqueness of human beings.

### UNIQUENESS AS A RIGHT?

To support the argument for a right to be unique, pro-right studies rely on the concepts of individualism or uniqueness in an abstract way. Therefore, any idea that acknowledges the subject, cherishes the individual, or mentions the individual uniqueness is presented as an argument for a right to be unique;<sup>45</sup> or the development of the concept of individual in the history of thought is presented as the intellectual foundation of the right to be unique.<sup>46</sup> However, one cannot find in this abstraction the concrete link between those concepts and the asserted right. The truth is that there is not one. To say that human beings are individuals and to accept that they are individually unique do not mean that those ideas necessarily justify a right to be unique.

On the one hand, any claim can be asserted as a human right as long as it is somehow championed that a dignified life requires this asserted right to be recognized as a human right. Depending on the underlying ideologies, the issue of what a dignified life requires has been controversial, and thus the list of human rights has never been fixed. From this point of view, it seems that there should be no reason to object a right to be unique, too. From another point of view, on the other hand, human rights are at the end a subcategory of *rights* in general, and a right, in the sense it is used in the legal discipline, indicates an entitlement: “*To have a right to x is to be entitled to x.*”<sup>47</sup> But to be entitled to something is only meaningful if it is possible to deny this entitlement to the holder of the right. Only then, a right can have a function for its holder, and this function is nothing but to claim the denied entitlement to the substance of the right.

Accordingly, a right to be unique indicates *an entitlement to be unique*. The problem here is that one cannot be denied or deprived of his uniqueness even if he asks for it. And this is not a moral standard or a presumptive idea but a fact. Considering the nature of human beings, depriving an individual of his uniqueness is impossible. Let us assume that you want to become identical to someone else. You can try your best to change your appearance to resemble him, but to the extent that you are successful at this, you only

<sup>45</sup> Ömeroğlu, “Benzersiz Olma Hakkı,” 102-07.

<sup>46</sup> Kandemir Ergün, “Benzersiz Olma Hakkı,” 21-31.

<sup>47</sup> Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice* (Ithaca: Cornell University Press, 2013), 7.

reduce your material uniqueness. Since you cannot *become* that very person himself, it cannot be said that you deprived yourself of your unique identity. Nobody else can force you to become someone else either. Deniability of individual uniqueness is nothing but a fictitious idea.

Therefore, individual uniqueness is something very different than the substance of the human rights. If someone is arrested because of his publications, that might involve a violation of his freedom of expression. If someone is convicted without trial, that is certainly a violation of his right to a fair trial. The most liberal states may be proud of not violating the freedom of expression, the right to a fair trial or the right to privacy of its citizens, but in any case a possibility for violations always exists. This is why people are considered to have those rights even when they are said to fully enjoy the subject-matters thereof. Unlike the human rights, however, there is no possibility in which a “right to be unique” can be violated. There is no way to deny individual uniqueness to any person. Being individually unique is a natural requirement of being human. Claiming a right to be unique would be as vain as claiming a right to be human. Being human is not a value protected under a right, it is a fact. So as the uniqueness.

The only conceivable threat to individual uniqueness is to copy somebody and paste him, as though he was a folder on a computer’s desktop, to make sure the produced person has exactly the same genes, looks and character with the first person, as a copied folder would have had the exact same look and content with the original one. Considering the human nature, even cloning is not capable of doing this.<sup>48</sup>

Having said that, it is worth noting here that, strictly speaking, even the genetic uniqueness is said to be not at stake in cloning. As Elliott points out, a clone’s genes may not always be the same with those of his donor’s too. It may sound strange, but considering different cloning techniques, Elliott concludes that “*the only ways to get a truly identical clone would be either to have nuclear DNA from a woman put into her own egg or to engage in embryo splitting. ... In all other cases of nuclear transfer, where another individual’s cells or eggs are used, the ‘copy’ is, strictly speaking, genetically non-exact.*”<sup>49</sup> Considering the empirical data, Protopapadakis goes even further than Elliott and concludes that “*exact genomic replication far exceeds the powers of genetic engineering.*” The data she presents show that even in the best attempt the clone –in terms of his genes– will only be

---

<sup>48</sup> Protopapadakis, “Right to Uniqueness,” 42.

<sup>49</sup> Elliott, “Uniqueness,” 218.

very similar to the donor, but never *identical* to it. Adding “other variables that affect gene expression and have a major impact on our phenotype” to these genetic differences, it seems impossible to assert that the biological uniqueness of human beings is threatened.<sup>50</sup>

But there is no need to rely on the relatively small genetic differences or other variables affecting the phenotype, regardless of the importance thereof in biotechnology, to refute the so-called right to be unique. Let us assume for the sake of the pro-right argument, that the term “clone” refers to a biologically *identical* copy of a human being. And to materialize this thought experiment in our minds, we can appeal to an imaginative concept in the phantasy world of fiction: the *Polyjuice Potion* in the *Harry Potter* novels. According to the story, this magical elixir makes the wizard look *exactly* like another person, whose body part such as a strand of hair was added to the potion. Because this fictional drink is capable of what cloning in real life is not: It makes the wizard appear as the *exact* genetic copy of another person. Thus, it constitutes a perfect biological duplication imaginable. However, this is as far as it can do. A *Polyjuice Potion* cannot duplicate the personality of the copied person within the body and mind of the drinker. The disguised wizard, although biologically identical to the copied person, still has his own individual personality and if he wishes to deceive others, he has no option but to act as though he was the copied person.<sup>51</sup>

This thought experiment demonstrates that even in the world of fiction where is said to exist a magical way of cloning that produces an identical biological copy of a person, it is contrary to our common sense to imagine a replacement of an individual in terms of his personality. The point is, again, that regardless of their biological situation human beings are naturally always unique regarding their non-replaceable personalities and there exists no single threat to make people deprive of it. The fictional *Polyjuice Potion* could be a grave violation against the right to privacy of the copied person when applied against his will, but it would never be eligible to threaten the uniqueness of both the clone (the disguised wizard) and the copied person.

This is why it is important to understand uniqueness in its proper sense. And there have always been more assuring and elegant ways of

---

<sup>50</sup> Protopapadakis, “Right to Uniqueness,” 43-44.

<sup>51</sup> *Polyjuice Potion* appears many times in the novels. Those who are not familiar with the story might want to refer to the last two pages of chapter nine and the whole chapter twelve in the second book, where it appears for the first time: J. K. Rowling, *Harry Potter and the Chamber of Secrets* (London: Bloomsbury, 2000), 174, 223-45.



demonstrating this understanding in fiction. I would like to finish by referring to two more works, which *literally* seem to refute each other, but *actually* speak in concert regarding the uniqueness of human beings. Firstly, in a story written by a twentieth century Hungarian writer István Örkény, two straggled soldiers travel together until one of them –the composer– is killed by hostile fire. The thing is that he was composing a new ballad at the very moment he was shot and was about to sing the final line of his original verse. His friend later tries to find a rhymed line to fill in the blank, but he cannot. This is because, according to the narrator, “[w]hat each of us know is different in this life and no one can fill the shoes of another.”<sup>52</sup> It is quite clear here that Örkény uses the verb “to know” in a broad meaning, including all the personal knowledge and feelings of an individual. This is more apparent in the second quote I would like to refer to. It comes from Goethe’s beloved character Werther, and arguably it might be the most romantic way of understanding individual uniqueness: “Ah, was ich weiß, kann jeder wissen – mein Herz habe ich allein.”<sup>53</sup> (Ah, what I know can be known by everyone – my heart belongs only to me).

## CONCLUSION

“The right to be unique” is a problematic concept. Because, firstly, if it aims to protect the material aspect of an individual’s uniqueness, that means it reduces uniqueness to its material aspect. In fact, immaterial aspect of uniqueness outweighs the material one. Claiming the right to be unique to defend the genetic uniqueness, therefore, reveals a misunderstanding regarding the uniqueness of human beings. That does not mean that one cannot demand a human rights protection against the potential risks on the uniqueness of human genome brought by the developments in biotechnology. Defenders of a moral and legal protection against the threats directed to the genetic uniqueness can surely demand and define relevant rights to that end. Such a right, however, cannot be named as a “right to be unique.” Because –and this is the second objection to the asserted right– once understood properly, individual uniqueness of human beings cannot be considered as a value requiring a right’s protection. If the right to be unique aims to protect the uniqueness in its correct meaning (comprising both its material and immaterial aspects), then it is a redundant claim. Uniqueness in

<sup>52</sup> István Örkény, *Bir Dakikalık Öyküleri*, çev. Sevgi Can Yağcı Aksel (İstanbul: Sel Yayıncılık, 2004), 40.

<sup>53</sup> Johann Wolfgang Goethe, *Die Leiden des jungen Werther* (Stuttgart: Philipp Reclam, 1986), 88. <https://archive.org/details/dieleidendesjung00goet>.

its proper sense is a part of human nature, so it is inviolable in that sense, not suitable for a human right protection. Uniqueness may well be, and should be, and actually is a powerful ground to justify the whole idea of human rights, but a right to be unique has no justification for itself.

## BIBLIOGRAPHY

- Akbaba, Ahmet. *İnsan Hakları Hukukunda Üçüncü Kuşak Haklar*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Algan, Bülent. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Algan, Bülent. "Rethinking 'Third Generation' Human Rights." *Ankara Law Review* 1, no. 1 (2004): 121-155.
- Aydın, Öztürk. "Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk." Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2013. Ulusal Tez Merkezi (342132).
- Bağçeci, Hamide. "Post-Human's New Generation Rights: An Utopia? The Near Future?" *Kadir Has University Law Faculty Newsletter*, 15 January 2021. <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/28>.
- Bağçeci, Hamide. "Biyotıp Hukuku Bağlamında İnsan Onuru Kavramına Güncel Bir Bakış." *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 2 (2018): 1-52. <https://www.jurix.com.tr/article/18501>.
- Boyar, Oya ve Sezen Kama Işık. "Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 25, no. 2 (2019): 561-582.
- Bulut, Nihat. "Eski Yunan'dan Aydınlanma Çağına İnsan Onuru Kavramının Gelişimine Genel Bir Bakış." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 3-4 (2008): 1-12.
- Cin, M. Onursal. "Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar." In "Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20. Yıl Armağanı," *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, no. 1-2 (2003): 125-38. <https://dergipark.org.tr/en/pub/suhfd/issue/26631/281052>.
- Çelik, Elif. "İnsan Hakları Hukukunda İnsan Onurunun Yeri ve Rolü." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2019): 282-310.
- Degener, Theresia. "The Right to be Different: Implications for Child Protection." *Child Abuse Review* 1, (1992): 151-155.
- Donnelly, Jack. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Ithaca: Cornell University Press, 2013.

- Elliott, David. "Uniqueness, Individuality, and Human Cloning." *Journal of Applied Philosophy* 15, no. 3 (1998): 217-30. <https://doi.org/10.1111/1468-5930.00092>.
- Elmalıca, Hasan. "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, no. 4 (2016): 1603-1636.
- Gemalmaz, M. Semih. "Tarihselliği Bağlamında İnsan Hakları." *İnsan Hakları Yıllığı* 7-8, no. 1 (1986): 55-68.
- Goethe, Johann Wolfgang. *Die Leiden Des Jungen Werther*. Stuttgart: Philipp Reclam, 1986. <https://archive.org/details/dieleidendesjung00goet>.
- Gültüter, Ceren. "Biohukuk Dersinin Düşündürdükleri." *İnsan Davranışları, Belirleyicileri ve Hukuk: Toplantı Sunumları ve Tartışmalar*, editör Yücel Sayman. İstanbul: İstanbul Medipol Üniversitesi, 2014.
- Gündüzöz, İlker. "Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye'de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım," *İnsan Hakları Yıllığı* 33, no. 1 (2015): 19-33.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. "'Dayanışma Hakları'nın Hukuksal Değeri (Soyut Talepler mi, İnsan Hakları mı?)," *İnsan Hakları Yıllığı* 13, no. 1 (1991): 37-48.
- Kandemir Ergün, Fatima. "Benzersiz Olma Hakkı." Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2019. Ulusal Tez Merkezi (585888).
- Kittrie, Nicholas N. *The Right to be Different: Deviance and Enforced Therapy*. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1972.
- Kuçuradi, İoanna. *İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları*. 2. b. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2011.
- Maalouf, Amin. *In the Name of Identity: Violence and the Need to Belong*. Translated by Barbara Bray. New York: Penguin Books, 2003.
- Mandelbaum, Bernard. "The Right to Be Different." *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought* 12, no. 3/4 (Winter-Spring 1972): 35-42.
- Miers, Earl Schenck. "The Right to Be Different." *Exceptional Children* 18, no. 8 (May 1952): 225-228. <https://doi.org/10.1177/001440295201800801>.
- Mill, John Stuart. *On Liberty*. London: Penguin Books, 2010. 1859.
- Muthamma, C.B. "The right to be different." *India International Centre Quarterly* 25, no. 2/3 (Summer/Monsoon 1998): 97-100.
- Onyango, George. "Human Cloning: Assessing Existing Kenyan Law." *Whittier Law Review* 31, no. 3 (2010): 493-524. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/whitlr31&i=515>.

- Ömeroğlu, Ömer. "Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, no. 2 (2008): 99-132. <https://dergipark.org.tr/en/pub/deuhfd/issue/46843/587409>.
- Örkény, István. *Bir Dakikalık Öyküler*. Çeviren Sevgi Can Yağcı Aksel. İstanbul: Sel Yayıncılık, 2004.
- Parsons, Jerry. "The Right to Be Unique." *Journal of Extension* 15, no. 2 (March 1977): 2-3. <https://www.joe.org/faes-joe/joe/1977march/>.
- Protopapadakis, Evangelos D. "Clones, Prototypes and the Right to Uniqueness." *Agrafa* 1, no. 2 (2013): 40-47. [https://philarchive.org/rec/PROCPA?all\\_versions=1](https://philarchive.org/rec/PROCPA?all_versions=1).
- Robertson, John A. "Liberty, Identity and Human Cloning." *Texas Law Review* 76, no. 6 (1998): 1371-456. <https://ssrn.com/abstract=84948>.
- Rothbard, Murray N. *Egalitarianism as a Revolt against Nature and Other Essays*. 2nd ed. Auburn, AL: Ludwig von Mises Institute, 2000. First published in 1974. <https://mises.org/library/egalitarianism-revolt-against-nature-and-other-essays>.
- Rowling, J. K. *Harry Potter and the Chamber of Secrets*. London: Bloomsbury, 2000. First published in 1998.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar ve Burcu Değirmencioğlu, "Unutulma Hakkının Bir 'İnsan Hakkı'na Dönüşme Yolculuğu." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, no. 2 (2020): 361-388.
- Seatzu, Francesco. "The right to live and be different and the European Convention on Human Rights." *International Journal of Human Rights and Constitutional Studies* 1, no. 4 (2013): 301-321.
- Segal, Nancy K. "Psychological Features of Human Reproductive Cloning: A Twin-Based Perspective." *Psychiatric Times* 23, no. 14. (December 1, 2006). Accessed April 10, 2019. [https://www.psychiatristimes.com/psychological-features-human-reproductive-cloning-twin-based-perspective?qt-resource\\_topics\\_rightrail=0](https://www.psychiatristimes.com/psychological-features-human-reproductive-cloning-twin-based-perspective?qt-resource_topics_rightrail=0).
- Uygun, Oktay. "Çağımızın İnsan Onuruna Yönelttiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi." *Kamu Hukuku İncelemeleri*, editör Oktay Uygun. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Uygun, Oktay. *Devlet Teorisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- "Uzupis." Wikipedia, accessed April 14, 2019, <https://en.wikipedia.org/wiki/U%C5%BEupis>.
- Vasak, Karel. "A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights." *The Unesco*

*Courier*, (November 1977): 29, 32.  
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>.

Yüksel, Mehmet. “İnsan Haklarının Sosyo - Tarihsel Temelleri.” *İnsan Hakları Yıllığı* 25, no. 1(2007): 1-19.



**# UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI  
KOLAYLAŞTIRMA SUÇU**  
(THE CRIME OF FACILITATING THE USE OF NARCOTIC OR STIMULANT  
SUBSTANCES)

**Arş Gör. Dr. Yiğit İltaş\* \*\***

**ÖZ**

*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin artan üretimi, kolay bulunabilirliği gibi durumlar madde kullanımı ve bağımlılığın artmasına ve bu durumun küresel bir halk sağlığı sorunu haline gelmesine neden olmuştur. Zaman içerisinde bu durum sadece kullanan ve/veya bağımlı kişiyi değil tüm toplumun düzenini tehdit eder bir hal almıştır. Ülkemizde uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin sebep olabileceği bireysel ve toplumsal sorunlarla mücadele açısından bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma, yasadışı kullanılması, bulundurulması, ticareti gibi faaliyetler Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) çeşitli yasal düzenlemelerle yasaklanmıştır. Bu düzenlemelerden birisi de TCK'nın 190. maddesinde (m.) düzenlenen "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma" suçudur. Bu çalışmada "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma" suçu ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç kısmında ise konu ile ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Uyuşturucu Madde, Uyarıcı Madde, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma, Alenen Özendirme*

**ABSTRACT**

*Such cases as increasing production of drugs or stimulants, easy accessibility have caused a rise in substance usage and drug addiction and usage and addiction have become a global public health issue. This situation has reached such a status where not only user and/or addicted person but also the whole community order is in danger. In Turkey, facilitating the use of narcotic or stimulant substances, using them illegally,*

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 08.11.2021. İlk hakem raporu tarihi: 05.12.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 13.12.2021. Onaylanma tarihi: 04.01.2022.

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-5728-0902.

**Eserin Atıf Şekli:** Yiğit İltaş, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu", YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.151-189.

possession these drugs and trafficking are prohibited via a variety of legal regulations in Turkish Penal Code in order to fight against personal and social problems which result from drugs or stimulants. One of these regulations is “The Crime of Facilitating The Use of Narcotic or Stimulant Substances” which is regulated in Article 190 of Turkish Penal Code. In this study, “The Crime of Facilitating the Use of Narcotic or Stimulant Substances” will be discussed. In the conclusion part of the study, an evaluation of the topic will be presented.

**Keywords:** Drugs, Stimulants, Facilitating the Use of Narcotic or Stimulant Substances, Public Encouragement

\*\*\*

## GİRİŞ

Bireysel, toplumsal ve teknolojik alanlarda yaşanan hızlı değişimlere bağlı olarak uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kötüye kullanımı artmış<sup>1</sup> bu maddelerin artan kullanımı ve bağımlılığı ise küresel bir sorun ve önemli bir ölüm nedeni haline gelmiştir<sup>2</sup>. Üstelik uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelerin artan üretimi, dağıtımı, reklamı ve kolay bulunabilirliği gibi durumlar madde kullanımı ve bağımlılığına bağlı yaşanan sorunların daha da artmasına neden olmuştur<sup>3</sup>. Öyle ki, madde kötüye kullanımı ve bağımlılığı problemi sadece kullanan/bağımlı kişiyi değil tüm toplum düzenini tehdit eder bir hal almış ve bu sorun en önemli halk sağlığı problemlerinden birisi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Toplum bakımından bu denli büyük bir tehdit içeren bu maddelerin kullanımı, üretimi ve tüketimi toplumun sağlığını ve güvenliğini korumak amacıyla yasaklanmıştır<sup>4</sup>.

Ülkemizde uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin sebep olabileceği bireysel ve toplumsal sorunlarla mücadele açısından bu nitelikteki maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma, yasadışı kullanılması,

<sup>1</sup> ÖZDEN, Salih, Uyuşturucu Madde Bağımlılığı, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Nobel Kitabevi, Ankara, 2019, s. XV; ÇALIŞKAN, Mustafa, Madde Bağımlılığının Biyo-Psiko-Sosyal ve Hukuksal Analizi, Beta Yayıncılık İstanbul, 2018, s. 1.

<sup>2</sup>SINGH, Jyotika / GUPTA, P. Kumar, “Drug Addiction: Current Trends and Management”, *International Journal of Indian Psychology*, 2017, C. 5, S. 1, s. 186; MURPHEY, David / BARRY, Megan / VAUGHN, Brigitte / GUZMAN, Lina / TERZIAN, Mary, “Adolescent Health Highlight: Use of Illicit Drugs”, *Child Trends*, 2013, s. 5; NHS, Drug Use Prevention Among Young People: A Review of Reviews Evidence Briefing, 1st edn, NHS Publication, United Kingdom, 2004, s. 1.

<sup>3</sup> SAHU, K. Kumar / SAHU, Soma, “Substance Abuse Causes and Consequences”, *Bangabasi Academic Journal*, 2012, C. 9, s. 52.

<sup>4</sup> ÖZDEN, s. XV; Çalışkan, Madde Bağımlılığının Biyo-Psiko-Sosyal ve Hukuksal..., s. 1. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



bulundurulması, ticareti gibi faaliyetler çeşitli yasal düzenlemelerle yasaklanmıştır<sup>5</sup>. Bu düzenlemelerden birisi de 5237 sayılı TCK'nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümünde m. 190'da yaptırma bağlanan “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma” suçudur. Kanunun anılan hükmünde birisi “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak” bir diğeri de “uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek” olmak üzere iki farklı suça yer verilmiştir. Hükmün son fıkrasında ise anılan madde kapsamında tanımlanan suçların belirli kişiler tarafından işlenmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağına ilişkin düzenlemeye yer verilmek suretiyle suçun şahsa bağlı nitelikli hali düzenlenmiştir<sup>6</sup>. Dolayısıyla bahsi geçen suç bakımından önem arz eden uyuşturucu veya uyarıcı nitelikte madde verilmeksizin bir başka kişinin bu türden maddeleri kullanılmasını kolaylaştıracak ve/veya özendirecek nitelikte madde metninde belirtilen hareketlerin gerçekleştirilmesidir<sup>7</sup>.

Bu çalışmada esasen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımının ve ticaretinin yaygınlaşması bakımından bir risk faktörü olarak görülebilecek bir suç olan “Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma” suçuna ilişkin, suçla korunan hukuksal değer, suçun unsurları, özel görünüş biçimleri, nitelikli halleri ve anılan suçla ilgili yaptırım ve muhakeme koşulları ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Çalışmanın sonuç kısmında ise konu ile ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.

<sup>5</sup> Türkiye, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin sebep olabileceği gerek bireysel gerekse toplumsal sorunlarla mücadele bakımından yürürlüğe koyduğu çeşitli ulusal düzenlemelere ek olarak, uluslararası düzenlemelerden olan “Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi”, “1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi” ve “1988 Tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”ne de taraftır.

<sup>6</sup> BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KIZIROĞLU, Serap / YILDIZ, A. Kemal / ZAFER, Hamide / AKSOY RETORNAZ, Eylem et al., Genel Tehlike Yaratın, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Cilt V, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 371-372.

<sup>7</sup> AKKAYA, Çetin, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 363; ELMAS, Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 360.

## 1.KORUNAN HUKUKİ YARAR

TCK m. 190’da yer verilen iki ayrı suç olan “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanımının kolaylaştırılması*” ve “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme*” suçları açısından korunan hukuksal yarar bu türden maddelerin kötüye kullanılmasını önlemek suretiyle kamunun sağlığının korunmasıdır<sup>8</sup>. İlgili düzenleme ile kanun koyucunun, uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelerin kullanılmasını kolaylaştıracak davranışlarla mücadele etmeyi ve dolayısıyla da kişileri uyuşturucu veya uyarıcı maddelere götüren tüm yolları kapatarak toplumdaki uyuşturucu salgınına karşı halkı korumayı amaçladığı söylenebilecektir<sup>9</sup>. Bu bakımdan, sağlığın korunması ödevini yerine getirmek isteyen kanun koyucunun bu düzenleme ile insanların bu maddelerden uzak kalabileceğini ve sağlıklı bir şekilde yaşayabileceğini düşündüğü ifade edilmiştir<sup>10</sup>.

Kamunun sağlığını tehlikeye atan hareketlerin sadece sağlığı tehlike altında olan veya zarar gören kişi ya da kişiler bakımından değil kamunun güvenliğine karşı suç sayılmasının sebebinin bu hareketlerin belirli bir ya da birkaç kişinin değil önceden sayıca tespit edilmesi mümkün olmayan kimselerin sağlıklarını tehlikeye atmasından, halkın bu kapsamdaki hareketlerden korunabilmek amacıyla önlem alabilmesinin pek sınırlı hallerde mümkün olmasından ve çoğu zaman sağlıklarına yönelik olarak gerçekleşen tehlikenin varlığından dahi haberdar olmamasından kaynaklandığı söylenebilir<sup>11</sup>.

## 2.SUÇUN UNSURLARI

Bu başlık altında maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık konuları ele alınacaktır.

### 2.1.MADDİ UNSUR

#### 2.1.1.FAİL

Anılan maddenin 1. fıkrasında hükme bağlanan “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma*” ve 2. fıkrasında düzenlenen “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını özendirme*” suçları bakımından fail herhangi bir özellik arz etmez. Bu nedenle de bahsi geçen

<sup>8</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 388.

<sup>9</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar, Tıpkı Basım 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 106.

<sup>10</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 364.

<sup>11</sup> ERMAN, Sahir / ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamunun Selametine Karşı Suçlar ( TCK 369- 413), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995, s. 173-174.

suçların faili herkes olabilir<sup>12</sup>. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasında ise m. 190'da tanımlanan suçların anılan fıkrada saymak suretiyle belirtilen kişiler tarafından işlenmesi hali bu kişilerin meslekleri dolayısıyla suça konu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelere daha kolay ulaşacak olmaları, bu türden maddelerin üretiminde söz sahibi olmaları/katkı sunmaları ve bu gibi durumların ise suçun işlenmesini kolaylaştıracağı sebebiyle cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür<sup>13</sup>.

TCK m. 190/1 bakımından sorumluluğun söz konusu olabilmesi için fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin bir başkasının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasına ilişkin kolaylık sağlaması aranmaktadır<sup>14</sup>. Bu bakımdan kişinin kendi kullanımı maksadıyla uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurması, kendi kullanımı için fiziksel ortam sağlaması ya da başka bir kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde vermesi durumunda TCK m. 190 hükümleri uygulanamayacaktır<sup>15</sup>. Diğer taraftan, failin sorumluluğundan bahsedebilmek için uyuşturucu veya uyarıcı maddeler ile ilgili kendisine kolaylık sağlanan kişinin bu maddeleri kullanması gerekmemektedir<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> PARLAR, Ali / KIZILKAYA, Azmi, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2018, s. 498; KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 262.

<sup>13</sup> BAYRAKTAR et al., s. 375; YENERER ÇAKMUT, Özlem, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu, s. 67-75 in ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem (eds), Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 69; TCK m. 190/3'te; "Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacıyla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır." ifadesine yer verilmek suretiyle TCK m. 190/1 ve 2'de yer alan suçların anılan fıkra kapsamında sayılan kişiler tarafından işlenmesi halinde faile verilecek ceza artırılacaktır. Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>14</sup> YOKUŞ SEVÜK, Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 240.

<sup>15</sup> RUHİ, A. Cemel, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 67; TEZCAN, Durmuş /ERDEM, M. Ruhan Erdem/ ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 675.

<sup>16</sup> GÜNAY, Erhan, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 134.

Suç tek bir kişi tarafından ya da birden fazla kişi tarafından birlikte de işlenebilir. Ayrıca, suç bakımından failin cinsiyetinin de herhangi bir önemi yoktur<sup>17</sup>.

TCK m. 190/2 kapsamında yer alan suçun yayın yoluyla işlenmesi ihtimalinde ise 5187 sayılı Basın Kanunu m. 11'in dikkate alınması gerekmekte olup fail, yazılı bir yayında anılan yazının veya haberin yazarı, tercümanı ya da resim ya da karikatürün çizeri, görsel ve işitsel yayınlarda ise beyanda bulunan ya da haberi sunan kişidir<sup>18</sup>.

### 2.1.2.MAĞDUR

Uyuşturucu veya uyarıcı niteliği olan maddeler sadece kullanan kişilerin refahını, beden ve ruh sağlığını değil tüm toplumun ekonomik, kültürel, sosyal ve siyasal yapısını olumsuz etkilediğinden bu suçun mağduru suçta konu olan maddeyi kullanması kolaylaştırılan ya da özendirilen kişi ya da kişiler değil tüm toplumdur. Bu nedendir ki, suç Kanun'da "*Topluma Karşı Suçlar*" kısmında düzenlenmiştir<sup>19</sup>. Bir diğer ifadeyle suç, mağduru

<sup>17</sup>KURT, Şahin / KURT, Ela, Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, s. 201.

<sup>18</sup> YILMAZ, Enes, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları TCK m. 190", *Türkiye Adalet Akademisi*, 2018, S. 35, s. 357; YAŞAR, Yusuf / İÇER, Zafer / YAZICILAR, Tarık T, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018, C. 76, S. 2, s. 700.

Basın Kanunu m. 11; "*Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir. Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur. Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.*" Basın Kanunu, Kanun Numarası:5187, Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG 26.06.2004/25504.

<sup>19</sup> ELMAS, s. 364; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 389. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

belirli olmayan/ gayrimuayyen suç olduğundan suçun mağduru herkestir<sup>20</sup>. Bu anlamda suçun tek bir ya da belirli bir mağduru yoktur ve mağdur sağlığı bozulma tehlikesi ile karşı karşıya kalan toplum, toplumu oluşturan kişiler ve devlettir<sup>21</sup>. Suçun oluşması bakımından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması kolaylaştırılan veya özendirilen kişinin sayıca bir veya birden fazla olmasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

Her iki fıkrada da düzenlenen suç bakımından mağdur ile kastedilenin kamu ve toplum olduğu ve fakat bu kamu ve toplum ifadesinden sadece yerel anlamda suçun işlendiği kamunun değil, tüm toplumun algılanması gerektiği ve uluslararası kamu düzeninin de bu kavram içerisinde yer almakta olduğu ifade edilmiştir<sup>23</sup>.

Diğer taraftan anılan maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen suçların mağduru bakımından herhangi özellik arz eden bir durum olmadığını ve bu kapsamda yaşı fark etmeksizin herkesin mağdur olabileceğini ve fakat mağdurun çocuk olması durumunun mağdurun bir yetişkin olması halinden farklı olarak düzenlenerek cezayı artıran bir nitelikli hal olarak öngörülmesi gerektiğini ifade eden görüş de bulunmaktadır<sup>24</sup>. Ancak, suç TCK “Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlendiğinden, bu suçla belirli bir kişinin sağlığından ziyade toplumdaki tüm kişilerin sağlığının yani genel sağlığın korunmasının amaçlandığının bu bakımdan da suçun mağdurunun somut bir kişi değil de tüm toplum olduğu ifade edilmiştir<sup>25</sup>. Her ne kadar suç toplumun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olsa da ve mağdur tüm toplum olarak kabul edilse de yaşları gereği çocukların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının neden olabileceği sonuçları bir yetişkin kadar etkili değerlendiremeyeceği gerçeği göz önüne alındığında madde kullanımı kolaylaştırılan ya da alenen özendirilen kesimin çocuk olması durumunda esasen çocuğun kendisinin ve mağdur olarak toplumun uğrayacağı zararın daha büyük olacağına inanılmaktadır. Bu açıdan da bir çocuğun madde kullanımını kolaylaştıran failin, bir yetişkinin madde kullanımını kolaylaştırmasına oranla toplum bakımından tehlikeliliğinin daha büyük olacağı gerekçesiyle alacağı cezanın artırılmasının yerinde olacağına inanılmaktadır.

<sup>20</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 106.

<sup>21</sup> PARLAR / KIZILKAYA, s. 498.

<sup>22</sup> ELMAS, s. 364; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 240.

<sup>23</sup> YENERER ÇAKMUT, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu, s. 67-75 in ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem (eds)..., s. 69.

<sup>24</sup> BAYRAKTAR et al., s. 375.

<sup>25</sup> YAŞAR, İÇER / YAZICILAR, s. 701.

### 2.1.3.SUÇUN KONUSU

TCK m. 190'nın her iki fıkrasında yer verilen suçlar açısından suçun konusu uyuşturucu veya uyarıcı niteliğe haiz olan maddelerdir<sup>26</sup>. Anılan düzenlemeler açısından suçta konu olan maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olması noktasında herhangi bir fark aranmamış ve maddelerin nitelik olarak farklılıkları cezayı etkileyen bir hal olarak öngörülmemiştir<sup>27</sup>. Diğer taraftan, TCK'nın "*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*" suçunu düzenleyen m. 188/4'te uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti

<sup>26</sup> ÖZBEK, V. Özer / DOĞAN, Koray /BACAŞIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 799; Türkiye'nin de taraf olduğu 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının "n" bendinde uyuşturucu madde kavramı; "*1961 tarihli Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinin ve 1961 Uyuşturucu Maddeler Tek Sözleşmesinde Değişiklik Yapan 1972 Protokolü ile Değiştirilmiş 1961 Tarihli Uyuşturucu Maddeler Sözleşmesinin I ve II numaralı Cetvellerinde yer alan doğal veya yapay her türlü madde demektir.*" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin "r" bendinde ise psikotrop madde kavramı tanımlanmıştır. Bahsi geçen düzenlemede psikotrop madde; "*1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesinin eki I, II, III ve IV numaralı cetvellerde yer alan doğal veya yapay herhangi bir madde veya doğal ürün demektir.*" şeklinde ifade edilmiştir. 1988 Tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, RG 11.02.1996/22551; Psikotrop maddeler bir diğer adıyla psikoaktif maddeler literatürde ise, esas olarak merkezi sinir sistemi üzerinde etkisini gösteren ve beynin işlevlerini değiştirmek suretiyle ruh hâlinde, algıda, davranışta ve kişinin bilinç düzeyinde geçici değişikliklere sebep olan kimyasal maddeler şeklinde tanımlanmaktadır. BAŞAK, A. Sadi, "Psikoaktif Maddelerin Analiz ve Bilirkişilik Boyutu", Yeni Nesil Psikoaktif Maddeler Sempozyumu, 2013, s. 5; Bir başka ifadeyle, uyuşturucu maddeler bedene girdiklerinde davranışsal, ruhsal ve bedensel bir takım değişikliklere neden olan, bağımlılık yapan kimyasallardır ve bu maddeler tıp literatüründe psikoaktif maddeler olarak da ifade edilmektedirler. ÖGEL, Kültegin, Uyuşturucu Maddeler ve Bağımlılık, İletişim Yayınları Cep Üniversitesi 157, İstanbul, 1997, s. 11; Diğer taraftan, tespit edilen bir maddenin uyuşturucu veya uyarıcı niteliğe haiz olup olmadığı noktasında emin olunamaması/tereddüt yaşanması ihtimalinde maddenin niteliğinin belirlenmesine ilişkin karar bilirkişi incelemesi sonucu verilecektir. Bu hususta bilirkişi incelemesi ise Adli Tıp Kurumu, Kriminal Laboratuvarları, Emniyet Genel Müdürlüğü gibi uzman kuruluşlar tarafından yapılacaktır. GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK'da Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 35; AKKAYA, Çetin, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 315; İLTAŞ, YİĞİT, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 106.Yargıtay tarafından verilen bir kararda bir maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığına ilişkin kararın Adli Tıp İhtisas Dairesine gönderilmeden verilmesi bozma sebebi olarak ifade edilmiştir. Yargıtay 10 CD, 30978/2008, 29.02.2012 <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 02 Ocak 2022.

<sup>27</sup> RUHİ, s. 67.

suçuna konu olan maddelerin “*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması*” cezayı artıran bir nitelikli hal olarak görülmüştür.<sup>28</sup> TCK’da hakim olan, kişilerin hak ve özgürlüklerini korumada güvence teşkil eden, kanunların açık, belirli olmasını ve geriye yürümemesini gerektiren terim<sup>29</sup> olarak ifade edilen kanunilik ilkesi gereği kanunun anılan maddesinde saymak suretiyle belirtilen ve sayıları artırılması mümkün olmayan bu maddelerin suçta konu olması durumunda failin alacağı cezanın artırılmasındaki neden olarak söz konusu maddelerin insan sağlığı bakımından neden olduğu zararın, yarattığı bağımlılığın, sebep olabileceği toplumsal tehlikenin diğer uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelere oranla daha büyük olması gösterilebilir<sup>30</sup>. Esasında bir uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ticaretinin yapılabilmesi için o maddenin kullanılıyor ve talep ediliyor olması gerektiğine inanılmaktadır. Bu açıdan imal ve ticareti için daha ağır ceza öngörülen bir maddenin, kullanılmasını kolaylaştırmak açısından gerçekleştirilen bir hareketin de bu maddelerin imal ve ticareti riskini artıracak potansiyele sahip olması gerçeği gözetilmeksizin cezayı artıran bir hal olarak öngörülmemesinin bir eksiklik olduğuna inanılmaktadır. Bu eksikliğin varlığında ticareti için daha ağır ceza öngörülen ve fakat kullanılmasını kolaylaştırılacak hareketler yapılması durumunda cezası anılan suçun temel şekline göre ağırlaştırılmayan ve tıpkı diğer uyuşturucu veya uyarıcı maddeler gibi değerlendirilen bu maddeler bakımından etkili bir mücadelenin varlığından da söz edilemeyeceği kanaatindeyiz.

#### **2.1.4.HAREKET**

##### **2.1.4.1.GENEL OLARAK**

TCK m. 190/1 bakımından suçun maddi unsurunu bir kimsenin kendisinden başka bir kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırmak maksadıyla özel yer, donanım veya malzeme sağlaması veya bu türden maddeleri kullanan kişilerin yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alması veya kullanma yöntemleri konusunda bilgi vermesi türünden seçimlik hareketler oluşturmaktadır ki suçun oluşması bakımından

<sup>28</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>29</sup> EŞİTLİ, E. Aygün, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *TBB Dergisi*, 2013, S. 104, s. 225-226.

<sup>30</sup> GÜNDEL, s. 39; ERGÜL, Ergin, Hukuki, Adli Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 155; PARLAR, Ali / DEMİREL, Güleç, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 22.

bu hareketlerden tek birisinin yapılması yeterlidir<sup>31</sup>. Bahsi geçen hareketlerden birden fazlasının aynı anda yapılması durumunda da tek bir suç oluşacağından hareket sayısının birden fazla olması suçun tekliğini etkilemeyecektir. Ayrıca, TCK m. 190/1 kapsamındaki suç sadece anılan fıkra da yer alan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak amacıyla gerçekleştirilen hareketlerden en az birisinin yapılması ile işlenebileceği, sayılan hareketler dışındaki herhangi bir hareket ile işlenemeyeceği, kanun koyucunun söz konusu hareketleri sınırlı bir sayım ile belirlediği için aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtur<sup>32</sup>. Bu açıdan anılan fıkradaki suçun seçimlik ve bağlı hareketli bir suç olduğunu söylemek mümkündür<sup>33</sup>. Suçun oluşması bakımından önemli olan karşıdaki kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı için kolaylık sağlamak olduğundan gerekçede de belirtildiği üzere bu kişinin uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanıp kullanmamasının failin sorumluluğu bakımından herhangi bir önemi yoktur<sup>34</sup>.

İkinci fıkra da düzenlenen suçun hareket unsurunu ise uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirecek şekilde yayın yapmak oluşturmaktadır. Anılan fıkra bakımından suçun tamamlanması için bir başkasının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirecek türden hareketlerin yapılması yeterli olup o kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya özenmesi gerekmemektedir<sup>35</sup>. İkinci fıkra da yaptırıma bağlanan suç da seçimlik hareketli bir suç olduğundan bu hareketlerden herhangi birisinin yapılmasıyla suç tamamlanmış sayılacaktır<sup>36</sup>.

Gerek birinci fıkra da gerekse ikinci fıkra da düzenleme altına alınan suç salt tehlike suçu olduğundan özel yer, donanım veya malzeme sağlandığında, kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alındığında, kullanma yöntemleri konusunda bilgi aktarıldığında, bu maddelerin kullanılması alenen özendirildiğinde ya da alenen özendirecek

<sup>31</sup> KURT / KURT, s. 202.

<sup>32</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 366; PARLAR / KIZILKAYA, s. 499; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 800.

<sup>33</sup> YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, s. 3117.

<sup>34</sup> GÜNAY, s. 134; Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Güncellenmiş 22. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 408.

<sup>35</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 367-368.

<sup>36</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 392.



nitelikte yayın yapıldığında ayrıca bir zararın gerçekleşmesi aranmaksızın suç işlenmiş sayılacaktır. Çünkü anılan düzenlemeler bakımından hareketin kendisi toplum açısından tehlikeli olarak görülmektedir<sup>37</sup>.

#### **2.1.4.2.TCK'nın 190. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen Suç Açısından Hareket Unsuru**

Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımını kolaylaştırmaya yarayan vasıtaların önceden tespit edilmesi mümkün olmadığından, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını kolaylaştırmak ile kastedilenin bu türden maddeleri kullanmak isteyen kişilerin bu maddelere ulaşmalarını çabuklaştırmak ve bu hususu güvenilir hale getirmek olduğu ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Dolayısıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımını kolaylaştıran hareketler TCK m. 190 kapsamında değerlendirilecek olup bu maksat dışında olan bu maddelerin satımını, dağıtımını vs. kolaylaştıran hareketler bu kapsamda değerlendirilemeyecektir<sup>39</sup>. Çalışmanın bu kısmında TCK m. 190/1'de sayılan hareketlere yer verilecektir.

#### **2.1.4.2.1.Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddenin Kullanılmasını Kolaylaştırmak için Özel Yer, Donanım veya Malzeme Sağlama**

Özel yer; yalnızca belirli bir işe, şeye, kişiye ayrılmış, istisnai, dikkate değer, her zaman görülen/olağandan farklı olan yer şeklinde ifade edilebilir<sup>40</sup>. Anılan fıkra da bahsi geçen özel yer ile uyuşturucu veya uyarıcı nitelik taşıyan maddelerin kullanılması amacına özgülenmiş yer<sup>41</sup>; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin ya da kişilerin başkaları tarafından görülmesine engel olabilecek, yakalanması tehlikesini azaltabilecek, gizlenmesinin kolay olduğu ya da bu açılardan kullanıcıya güven verecek ve maddenin kolayca kullanılabilceği bir yer kastedilmektedir<sup>42</sup>. Bu bakımdan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kolay bir biçimde kullanılmasına elverişli olan her yer özel yer olarak ifade edilebilir. Özel yerin umuma açık ya da kapalı olmasına ya da gizli bir bölmesinin bulunmasına gerek yoktur. Bu yer, bir binanın içi gibi kapalı bir

<sup>37</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

<sup>38</sup> ERMAN / ÖZEK, s. 305.

<sup>39</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 671.

<sup>40</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 368; GÜNGÖR, Şener / KINACI, Ali, Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 341.

<sup>41</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 106.

<sup>42</sup> GÜNGÖR / KINACI, s. 341; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncellenmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 499.

yer olabileceği gibi bağ, bahçe gibi açık bir yer de olabilir<sup>43</sup>. Ayrıca, özel yerin mutlak olarak/sürekli olarak madde kullanımına tahsis edilmiş bir yer olması da gerekmez. Önemli olan madde kullanmaya elverişli bir yer olması gerektiğinden madde kullanan kişiler açısından bir barda herkesin kullandığı yer dışında oda ayarlamak da bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>44</sup>.

Özel yer sağlayan kişinin bu yeri sağladığı için ücret alıp almamasının da suçun oluşması bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, yer sağlayan kişi sırf yer sağladığı için bir ücret almayabileceği gibi yer sağlamaktan dolayı alacağı ücreti doğrudan ya da sunmuş olduğu diğer mal ve hizmet fiyatına ekleyerek de talep edebilir<sup>45</sup>. Madde kullandırılan yerde tek bir kişinin ya da birden fazla kişinin bu maddeyi kullanabilecek olup olmaması arasında da fark bulunmamaktadır<sup>46</sup>.

Yazlık veya çiftlik evi, otomobil, yat, gemi, lokanta, bahçe, bağ, diskotek, bar pavyon, otel özel yerlere örnek olarak gösterilebilir<sup>47</sup>. Benzer şekilde evde esrar partisinin düzenlenmesi de özel yer sağlamaya örnek olarak gösterilebilir<sup>48</sup>. Ancak; Yargıtay tarafından verilen bir kararda olay günü kendi evine gelen bir başka kişiyle uyuşturucu madde kullanan kişinin eyleminin TCK m. 190 kapsamında özel yer sağlama niteliği taşımadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığı ifade edilmektedir<sup>49</sup>.

Doktrindeki görüşlerden birisine göre; failin sorumlu tutulabilmesi açısından özel yerin sahibi olması gerekmemekle birlikte zilyet olması yeterlidir<sup>50</sup>. Bir başka görüş ise failin özel yerin maliki hatta zilyedi bile olmasına gerek olmadığını bu kişinin malik ya da zilyet adına hareket eden ya da sağlanan o yerde çalışan bir kişi dahi olabileceğini ifade etmiştir<sup>51</sup>. Önemli olanın özel yer sağlayan kişinin sağlanan özel yer üzerinde

<sup>43</sup> RUHİ, s. 68; ERGEN, Cengiz, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde Suçları İlgili Yasalar ve Yönetmeliklerin En Son İçtihatlarla Açıklanması, Gaye Matbaacılık, Ankara, 1988, s. 67; SOYASLAN, s. 499.

<sup>44</sup> GÜNDEL, s. 130; RUHİ, s. 68; AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 315.

<sup>45</sup> GÜNGÖR / KINACI, s. 342.

<sup>46</sup> SOYASLAN, s. 499; KURT / KURT, s. 204.

<sup>47</sup> Parlar / Kızılkaya, s. 499.

<sup>48</sup> ÇALIŞKAN, Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s. 98.

<sup>49</sup> Yargıtay 10 CD, 18685/1581, 10.03.2014 (Lexpera) <<https://www.lexpera.com.tr/>> Erişim tarihi 22 Temmuz 2021; BAYRAKTAR et al., s. 377.

<sup>50</sup> ÖZDABAKOĞLU, E. Hakan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınları, Ankara, 2007, s. 162.

<sup>51</sup> GÜNGÖR / KINACI, s. 342; AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 368. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

doğrudan tasarrufta bulunan kişi olması gerektiği de ifade edilen görüşlerdendir. Bu bakımdan, evini kiraya veren bir kişinin, kiracısı tarafından evde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması maksadıyla parti verilmesi durumunda suçun işlendiği yerin sahibi olan kişinin malik sıfatına sahip olmasına rağmen o yer üzerinde doğrudan bir tasarruf yetkisine sahip olmadığı için herhangi bir cezai sorumluluğu olmadığı ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Bu noktada özel yer sağladığı iddia edilen bir kişinin anılan düzenleme bakımından fail olarak sorumlu tutulabilmesi için sağlanan özel yerde malik sıfatına sahip olmasının değil o yer üzerinde doğrudan bir tasarruf hakkına sahip olması gerektiğine inanılmaktadır.

Diğer taraftan, failin sorumluluğu bakımından kullanım sırasında orada olup olmadığının önemli olduğu, eğer orada olmadığını ifade ediyorsa ve savunmasının da aksi ispat edilemiyorsa bu suçu işlediği kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Yargıtay tarafından verilen bir kararda “*Yapılan ihbarın ve 28.06.2007 tarihli tutanağın içeriğine ve tüm dosya kapsamına göre; olay sırasında işlettiği kahvehanede bulunmayan sanığın, uyuşturucu madde kullanılmasını kolaylaştırmak için yer temin ettiğine ilişkin savunmasının aksine her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine mahkûmiyet kararı verilmesi*” durumu kanuna aykırı olarak nitelendirilmiştir<sup>54</sup>. Dolayısıyla suça konu olan maddenin kullanımı sırasında orada olmadığını ifade eden ve bu duruma ilişkin ileri sürdüğü savunmasının da aksi ispat edilemeyen ve ispatına ilişkin kesin, kuşkudan uzak ve inandırıcı delil bulunmayan failin anılan düzenleme bakımından sorumluluğun bulunmayacağını söylemek mümkündür.

Donanım veya malzeme sağlamak ile uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelerin kullanılmasını veya kullanıma hazırlanmasını sağlayacak araçların tedarik edilmesi kastedilmektedir<sup>55</sup>. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştıracak her çeşit araç, gereç, tesisat donanım ve malzeme kapsamında değerlendirileceğinden enjektör, maddeyi ısıtma gereçlerinin, esrar için platin tabakanın temini bu kapsamdadır<sup>56</sup>. Donanım

<sup>52</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 801.

<sup>53</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 368-369.

<sup>54</sup> Yargıtay 10.CD, T.08.12.2009, E.2009/6161, K.2009/18916 AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 314-315.

<sup>55</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672.

<sup>56</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 162; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672; KURT / KURT, s. 203-204.

ve malzeme<sup>57</sup> sağlanması noktasında dikkat edilmesi gereken husus madde kullanıcısı olan bir kimseye daha önceden üretilmiş olan bir maddenin kullanılması için donanım veya malzeme sağlanmasıdır. Bu bakımdan kişiye bir maddeyi kullanması için değil de kullanacağı maddeyi üretmesi için donanım ya da malzeme sağlanması durumunda failin sorumluluğu TCK m. 190 değil m. 188 kapsamında belirlenecektir<sup>58</sup>. Bir diğer ifadeyle anılan madde bakımından sorumluluk açısından sağlanan donanım ya da malzemenin yalnızca uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma maksadına yönelik sağlanması gerektiğidir. Aksi halde yani kullanımı kolaylaştırmak maksadıyla değil de uyuşturucu veya uyarıcı nitelikte bir maddenin imalinde kullanılmak maksadıyla sağlanması durumunda TCK m. 188 bakımından sorumluluk doğacaktır<sup>59</sup>.

#### **2.1.4.2.2.Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddeyi Kullananların Yakalanmalarını Zorlaştıracak Önlemler Alma**

TCK m. 190/1-b'de; "*Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan*" ifadesine yer verilmiştir<sup>60</sup>. Bu düzenleme ile hukuken kullanımı yasaklanmış olan uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri kullanan kişilerin madde kullandıklarını çeşitli tıbbi yöntemler aracılığıyla tespit etmeyi mümkün kılan fizyolojik, fiziksel gibi belirtilerin yok edilmesi ya da işlenen suçla ilişkin maddi delillerin ortadan kaldırılması cezalandırılmak istenmiştir<sup>61</sup>. Bir diğer ifadeyle, anılan düzenleme ile madde kullanan bir

<sup>57</sup> Donanım ve malzeme olacak şekilde her iki kavramın da aynı kapsamda kullanmasından ötürü bu kavramların arasındaki farkın ortaya konulması gerekliliği ifade edilmiştir. Yazara göre; donanım uyuşturucu niteliği haiz bir maddenin kullanılması maksadıyla spesifik olarak oluşturulan ve sadece bu amaca özgülenmiş olan ürünlerdir. Bu ürünlerin üretimini şekli ya da üretilirken hangi malzemenin kullanılmış olduğunun herhangi bir önemi yoktur. Fakat, donanımın yalın bir malzemedan daha komplike bir malzeme olması gerektiği vurgulanmıştır. Diğer taraftan, malzeme ise daha basit nitelikteki ürünlerdir. Örneğin, borular ve pet şişelerle oluşturulan bir nargile düzeneği uyuşturucu madde kullanmak maksadıyla hazırlanan bir donanım iken, eroini damara enjekte edebilmek maksadıyla kullanılan enjektör ise bir malzemedir. Bu açıdan her donanımın bir malzeme olduğu söylenebilecektir. Ancak malzemelerin sistemli bir biçimde bir araya getirilmesi suretiyle uyuşturucu madde kullanılmasında kullanılacak bir araç elde edilmesi halinde bir donanımın varlığından bahsedilebilecektir. ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 801; YENERER ÇAKMUT, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı..., s. 3118.

<sup>58</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 315.

<sup>59</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 801.

<sup>60</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>61</sup> TEZCAN, ERDEM / ÖNOK, s. 672.

kişinin, kullanıcı olduğunun tespit edilmemesi maksadıyla vücudunda ya da vücudu dışında bulunan delillerin ortaya çıkmasını engellemek cezalandırılmaktadır<sup>62</sup>. Örneğin, kullanılan maddenin kandaki izini azaltmaya/kaldırmaya ya da tıbben tespit edilmesini zorlaştırmaya yönelik maddelerin temini, kullananların yakalanmasını zorlaştırmak maksadıyla gözcü koymak, alarm ve benzeri sistemler kurmak, şiringaları ortadan kaldırmak, vücutta enjeksiyon yapılan kısma dışardan fark edilmemesi maksadıyla koyu renkte dövme yapmak<sup>63</sup> bu kapsamda değerlendirilecektir.

Diğer taraftan, kullanıcıların yakalanmasını zorlaştıracak önlemler mekânsal da olabilir. Ancak, mekânsal önlemler aynı zamanda yer tedariki olarak da kabul edileceğinden bu türden bir ihtimalin varlığında birinci fıkra uygulanacaktır. Çünkü suça konu olan maddelerin kullanımının kolaylaştırılması maksadıyla özel bir yer sağlanması durumunda bu yerin tespit edilememesi ve dolayısıyla da failin yakalanmaması için de önlemler alınacaktır. Bu bakımdan burada kastedilen kullanılan maddenin etkisini ortadan kaldırmaya ve bu şekilde de kişinin madde kullandığının tespit edilememesine/öğrenilememesine ilişkin önlemler almaktır<sup>64</sup>.

Anılan fıkroda yer alan yakalanma kavramını sadece resmi makamlar tarafından yakalanma şeklinde dar bir biçimde algılamamak ve dolayısıyla da madde kullanan bir kişinin bu maddeleri kullandığının bilmesini/haberdar olmasını istemediği bir kişi tarafından öğrenilmesini de yakalanma olarak kabul etmek gerektiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>.

#### **2.1.4.2.3.Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanılması Yöntemi Hakkında Başkalarına Bilgi Verme**

TCK m. 190/1-c'de; "*Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren*" kişinin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan düzenleme ile uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nasıl kullanıma hazır hale getirileceği ya da vücuda hangi şekilde enjekte edilebileceği hususunda bilgi sağlamak cezalandırılmaktadır. Suça konu olan maddenin nasıl kullanılırsa daha etkili olabileceğine ilişkin bilgi verme ya da tavsiyede bulunma durumunda anılan fıkra kapsamında sorumluluk doğacaktır<sup>66</sup>.

Bu düzenleme ile yaptırıma bağlanan, suça konu olacak maddelerin kullanılması yöntemi hakkında başkalarına bilgi vermek olduğundan bu

<sup>62</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı ..., s. 370.

<sup>63</sup> KURT / KURT, s. 204; TEZCAN /ERDEM / ÖNOK, s. 672; ÖZDABAKOĞLU, s. 162; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 802.

<sup>64</sup> BAYRAKTAR et al., s. 377; ÖZBEK /DOĞAN / BACAKSIZ, s. 802.

<sup>65</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 802.

<sup>66</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672.

türden maddelerin nereden bulunabileceğine<sup>67</sup> ya da maddenin nerede kullanılabileceğine ilişkin bir başkasına bilgi verilmesi durumunda bu fıkra hükmünün uygulanamayacağı belirtilmektedir<sup>68</sup>. Bilgi veren kişinin kullanıcı olup olmadığının, bilgi alan kişinin işi biliyor olup olmadığının, bilgi verme şeklinin, zamanının ve yerinin, sorumluluk açısından herhangi bir önemi yoktur. Ancak verilen bilginin suça konu olan maddelerin satılması, nakletmesi gibi konulara ilişkin olması durumunda fail TCK m. 190 kapsamında değil de TCK m. 188 kapsamında cezalandırılacaktır<sup>69</sup>. Benzer şekilde, ilgili fıkradaki bilgilendirme ile kastedilen kullanmaya yönelik bilgilendirme olduğu için uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nasıl yapılacağına ilişkin bir başkasının bilgilendirilmesi durumunda da bilgilendiren kişinin sorumluluğu TCK m. 188 kapsamında değerlendirilecektir<sup>70</sup>.

Diğer taraftan, kullanılacak maddenin kullanıcı üzerinde nasıl bir etki bırakacağına ilişkin kullanmayı özendirecek şekilde anlatılması durumunda (alenen özendirme varlığı halinde) anlatan kişinin sorumluluğu TCK m. 190/1-c değil de TCK m. 190/2 kapsamında belirlenecektir<sup>71</sup>.

### **2.1.4.3.TCK'nın 190. maddesinin 2. fıkrasında Düzenlenen Suç Açısından Hareket Unsuru**

Bu fıkra kapsamında suç olarak düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirme ve alenen özendirici nitelikte yayın yapma hareketleri ele alınacaktır.

#### **2.1.4.3.1.Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanılmasını Alenen Özendirme**

Anılan fıkarda her ne kadar “alenen” ve “özendirmek” ifadelerine yer verilmiş olsa da bu kavramlara ilişkin mevcut düzenlemede, düzenlemenin gerekçesinde ya da kanunun diğer hükümlerinde herhangi bir tanımlamaya gidilmemiştir. Anılan kavramlara ilişkin tanım hususunda doktrinde yer alan açıklamalar önem arz etmektedir. Aleniyet; kişilerin duyup görmesiyle değil de duyup görebilme ihtimallerinin mümkün olduğu yerlerde fiilin işlenmesi<sup>72</sup> ya da madde kullanımına özendirme herhangi bir sınır olmaksızın açık bir biçimde ve belirsiz sayıdaki kişileri motive edecek

<sup>67</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 163; RUHİ, s. 68.

<sup>68</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 392; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672.

<sup>69</sup> KURT / KURT, s. 204-205.

<sup>70</sup> BAYRAKTAR et al., s. 378; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672.

<sup>71</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 392.

<sup>72</sup> RUHİ, s. 69.

şekilde yapılması olarak tanımlanmıştır<sup>73</sup>. Dolayısıyla, aleniyet bakımından suç olarak düzenlenen hareketin yapıldığı koşullar itibariyle sayıca birden fazla ve belirli olmayan kişiler tarafından algılanabilir nitelikte olması aranmaktadır<sup>74</sup>.

Özendirmek ile kişileri madde kullanımına ilişkin teşvik etmek, isteklendirmek, kullanmaları hususunda kışkırtarak bu maddelerle ilgili kişilerde olumlu/sıcak duygular uyandırmak, maddelerin kullanılmasına etki etmek, bu maddeleri iyi, insanlar için faydalı ya da zararsız olarak tanıtmak ya da onların maddelere karşı olan nefret duygularını ortadan kaldırmak şeklindeki davranışlar kastedilmektedir<sup>75</sup>. Özendirilenin ne şekilde ve hangi yöntemlerle olacağına ilişkin herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir<sup>76</sup>. Bir düşünce açıklaması olarak özendirmek söz, yazı, ses, internet ortamı dâhil yazılı, görsel, işitsel her türlü araçla ifade edilebilir<sup>77</sup>.

Anılan düzenlemedeki suçun oluşması bakımından sadece özendirmek yeterli olmayıp ayrıca bu özendirmek hareketinin aleni olarak yani herkes tarafından duyulacak ya da işitilecek bir yerde yapılmış olması gerekmektedir. Alenen özendirmek bakımından, madde kullanımına özendirmek kapsamındaki hareketlerin başkaları tarafından duyulacak yerde yapılması ya da başkaları tarafından duyulması olanağının yaratılmış olması suçun oluşması bakımından yeterli olduğundan bu kapsamdaki sözlerin duyulmuş veya öğrenilmiş olup olmadığının herhangi bir önemi yoktur<sup>78</sup>. Örneğin; bir kahvehanenin duvarına madde kullanımını özendirecek türden afişlerin asılması durumunda kahvehanede kimse olmasa ve bu afişler henüz bir başkası tarafından görülmemiş olsa dahi anılan fıkra bakımından aleniyet gerçekleşmiştir. Diğer taraftan kendi evinde bir arkadaşına maddenin olumlu etkilerini anlatan ve kullanması durumunda kendisini iyi hissedeceğini belirten ve bu şekilde karşısındakini madde kullanmaya özendiren kişi bakımından aleniyet gerçekleşmemiştir<sup>79</sup>.

Bu bakımdan suçun oluşması için failin kastının, hem madde kullanmaya özendirmeyi hem de aleniyeti içermesi gerekmektedir. Örneğin, parkta uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ve amacı sadece madde kullanmak

<sup>73</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 163.

<sup>74</sup> PARLAR / DEMİREL, s. 389.

<sup>75</sup> SOYASLAN, s. 500; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 672.

<sup>76</sup> YENERER ÇAKMUT, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı..., s. 3120.

<sup>77</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 108.

<sup>78</sup> KURT / KURT, s. 205.

<sup>79</sup> YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler...*, s. 393.

olup bir başkasını özendirme niyeti taşımayan kişinin kastının özendirmeyi kapsadığı söylenemeyeceği gibi sadece gizli bir şekilde bir kişiyi madde kullanmaya özendirmek isteyen ve fakat elinde olmayan nedenlerle madde kullanmaya özendirmek konusunda aleniyet sağlayan kişinin kastının aleniyeti kapsadığı da söylenemeyecektir. Dolayısıyla her iki örnek bakımından da anılan fıkra açısından sorumluluk doğmayacaktır.<sup>80</sup>

Gerçekleştirilen hareketlerin özendirmeye elverişli olması yeterli olduğundan yapılan özendirmenin sonuçsuz kalması bir diğer ifadeyle hiçbir kimsenin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına yol açmamış olması suçun oluşumu bakımından herhangi bir engel teşkil etmediği gibi hareketin başkaları tarafından ne şekilde algılandığının ya da bu hareket sonucunda başkalarının madde kullanıp kullanmamalarının da bir önemi yoktur<sup>81</sup>.

Umumi ya da herkesin girebileceği umuma açık yerler aleni olarak kabul edildiğinden park, cadde, kahvehane, sokak, lokanta, kamu binaları, disko türünden yerler anılan düzenleme bakımından aleni yerlerden sayılacaktır. Bir yerin aleni yerlerden sayılıp sayılmayacağı noktasında herhangi bir tereddüt yaşandığında ise bu noktada bilirkişi görüşüne başvurulması gerektiği ifade edilmiştir<sup>82</sup>.

#### **2.1.4.3.2.Uyuşturucu veya Uyarıcı Maddelerin Kullanılmasını Alenen Özendirici Nitelikte Yayın Yapma**

Aleniyetin özel bir görünüş biçimi olarak kullanımı özendirici nitelikte yayın<sup>83</sup> yapılması ile kastedilen “*özendirici nitelikte sözlerin umuma neşir ve teşhir edilmiş bir yazı, resim veya diğer neşir yollarıyla sarf edilmiş olması*” şeklinde ifade edilmiştir<sup>84</sup>. Bu bakımdan yayın kavramı ile yazı, resim veya sesin çok fazlaca sayıda kişilerin bilgisine ulaşabilecek şekilde dağıtılması, teşhir kavramı ile ise bunları herkese açık ya da herkesin girebileceği yerlerde kişilerin bilgisine sunulması<sup>85</sup> ya da “*her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlar ile çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarının herhangi bir şekilde kamuya*

<sup>80</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 319.

<sup>81</sup> BAYRAKTAR et al., s. 379; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 250-251.

<sup>82</sup> ELMAS, s. 373.

<sup>83</sup> TCK “Tanımlar” başlıklı m. 6/1-g’de; basın ve yayın yolu deyiminden “Her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar” anlaşılacağı ifade edilmiştir. Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>84</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 673.

<sup>85</sup> İbid 673.



*sunulması*” ifade edilmiştir<sup>86</sup>. Anılan düzenleme bakımından sorumluluğun doğabilmesi için önemli olan yayının çok fazlaca sayıda kişiye ulaşabilecek ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını teşvik edici nitelikte olmasıdır. Bu niteliklere sahip yayının yazılı, görsel, sesli olup olmamasının, süreli ya da süresiz olmasının önemi olmadığı gibi kişilerce öğrenilmiş olması da önemli değildir<sup>87</sup>.

TCK m. 190/2'nin ilk cümlesinde suç olarak düzenlenen “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirme*” ile aynı fıkranın ikinci cümlesinde suç olarak düzenlenen “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirici nitelikte yayın yapma*” hareketleri bakımından aynı ceza öngörülmüştür. Ancak ikinci cümlede yaptırma bağlanan madde kullanımının yayın yoluyla özendirilmesi ihtimalinin birinci cümleye oranla çok sayıda kişiyi etkileyebilme ihtimalinin bulunmasından dolayı bu kapsamdaki hareketin daha ağır cezalandırılması gerektiğinden bahisle mevcut düzenleme eleştirilmektedir<sup>88</sup>. Benzer şekilde, pek çok suç bakımından suçun yayın yoluyla işlenmesi cezayı ağırlaştıran bir neden olarak kabul edilirken bu suç bakımından düzenlenmemesi de bu konuda getirilen eleştirilerden bir diğeridir<sup>89</sup>. Bu noktada, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirici nitelikte yayın yapmanın uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirmeye oranla daha çok sayıda kişiyi etkileyebilme ihtimali olduğu ve diğer bazı suçlar bakımından da suçun yayın yoluyla işlenmesi ihtimalinin cezayı ağırlatan bir neden olarak kabul edildiği gerçeği dikkate alındığında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanımının yayın yoluyla özendirilmesinin daha ağır bir biçimde cezalandırılması gerektiğine inanılmaktadır.

Diğer taraftan, TCK m. 188'te yer verilen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarının bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında işlenmesi haline ilişkin olmak üzere TCK m. 189'da düzenlemeye yer verilmişken, uyuşturucu veya uyarıcı nitelikteki maddelerin kullanımının kolaylaştırılmasının, özendirilmesinin ya da bu nitelikte bir yayın yapılmasının bir tüzel kişinin faaliyeti kapsamında gerçekleştirilmesi ihtimaline yer verilmemiş olması da eleştirilmektedir<sup>90</sup>.

<sup>86</sup> PARLAR / KIZILKAYA, s. 500.

<sup>87</sup> KURT / KURT, s. 205.

<sup>88</sup> GÜNDEL, s. 131; YAŞAR / İÇER / YAZICILAR, s. 721.

<sup>89</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 108.

<sup>90</sup> YILMAZ, s. 355.

## 2.2.MANEVİ UNSUR

Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden ancak kasten işlenebilen bir suçtur<sup>91</sup>.

TCK m. 190/1’de yer verilen suçlar bakımından kast;

- a) bir başkasının suça konu olan maddeyi kullanacağını bilen ve bu kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmak isteyen failin bu kişiye isteyerek özel yer, donanım veya malzeme sağlaması,
- b) bir başkasının suça konu olan maddeyi kullanacağını bilen ve bu kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmak isteyen failin bu kişinin yakalanmasını zorlaştıracak/bu işin açığa çıkmamasını sağlayacak önlemler alması,
- c) bir başkasının suça konu olan maddeyi kullanacağını ve ayrıca kendisince bilgi verilen yöntemlerin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasına ilişkin olduğunu bilen failin bu kişinin madde kullanmasını kolaylaştırmayı istemesi ve bu kişiye isteyerek madde kullanma yöntemleri hakkında bilgi vermesi

şeklinde ifade edilebilir<sup>92</sup>. Örneğin, evinde bilgisi dışında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılan bir kişinin TCK m. 190 kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma suçu bakımından kastının varlığından söz edilemeyeceğinden bu kapsamda sorumluluğu da olmayacaktır<sup>93</sup>.

TCK m. 190/2’de hükme bağlanan suç bakımından kast ise fail tarafından gerçekleştirilen hareketlerin suça konu olan maddelerin kullanılmasını özendirdiğinin veya özendirme olasılığı olduğunun, alenen

<sup>91</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 805; YENERER ÇAKMUT, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı..., s. 3121; “Özel bir yer sağlayarak bir kimsenin uyuşturucu madde kullanmasını kolaylaştırma suçunun oluşabilmesi için, sanığın, uyuşturucu maddeyi kolaylıkla kullanmaya elverişli herhangi bir yerden, başkasının yararlanmasını sağlayarak, o kişinin uyuşturucu madde kullanmak fiilini kolaylaştırması ve mülkiyet ya da zilyedliğinde bulunan bu yerin, bir başkasının uyuşturucu madde kullanımını kolaylaştıracağını bilerek ve bu sonucu isteyerek hareket etmesi, yani genel kastının bulunması gerekmektedir.” Yargıtay 10 CD, 30290/846, 25.02.2003 (Lexpera) <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 22 Temmuz 2021; KURT / KURT, s. 208.

<sup>92</sup> ELMAS, s. 376; AKKAYA, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları...*, s. 320-321; KURT / KURT, s. 206.

<sup>93</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 163.

yapıldığının bilinmesi ayrıca madde kullanılmasını özendirmenin de istenmesini kapsamaktadır<sup>94</sup>. Örneğin, bir köşe yazarı tarafından yazılan bir yazıda veya bir şarkıcının şarkısında sadece uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığını ya da kullandığı için çok eğlendiğini ifade etmesi durumunda TCK m. 190 kapsamında sorumluluktan bahsedilemeyecektir<sup>95</sup>. Diğer taraftan, bir köşe yazarı tarafından bu türden bir madde kullanımının (acılarını hafiflettiğini, psikolojik sıkıntılarını bertaraf ettiğini belirtmesi gibi) kendi üzerindeki olumlu etkilerini yazılması ve bu maddeleri kullanmanın aslında bir çare olduğuna dikkat çekilmesi halinde TCK m. 190 kapsamında kastının varlığından söz etmek mümkün olabilecektir<sup>96</sup>. Doktrindeki bir başka yazara göre ise bir köşe yazısında ya da şarkıda, anlatılan konu bütünlüğü içerisinde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıldığından bahsedilmesi özendirme suçunu oluşturmayacaktır. Ancak, köşe yazısında tatil anılarını anlatan ve nerede güzel bir tatil yapılacağından bahseden köşe yazarının kullanmış olduğu maddenin etkisi ile tatilini çok güzel geçirdiğini ve eğlendiğini ifade etmesi halinde TCK m. 190 kapsamında suç oluşacaktır. Çünkü yazıda tatilin eğlenceli ve güzel geçmesi ile madde kullanımı arasında nedensellik bağının kurulduğu ve eğlenmek maksadıyla tatilde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının iyi olacağı yönünde bir algı yaratıldığı ifade edilmiştir. Aynı yazara göre, bir şarkıda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişilerin dramına yer verilmesi halinde özendirmeden bahsedilemeyecekken, bir şarkıda madde kullanarak genç kızların ilgi odağı haline gelen genç bir adamın hikâyesinden bahsedilmesi durumunda ise TCK m. 190/2 kapsamında sorumluluk doğabilecektir<sup>97</sup>.

Diğer taraftan, doktrinde TCK m. 190'da düzenleme altına alınan “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma*” suçunun manevi unsurunun genel kast olduğunu ifade eden görüşlerin yanında<sup>98</sup> genel kasta ek olarak 1. fıkra açısından uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma özel kastının 2. fıkra açısından ise yapılan yayın ya da ortaya konulan söz, görüntü ya da sesin sahibinin bunların suça konu olan madde kullanımını teşvik edecek türden olduğunu bilmesi ve kullanımı özendirmeyi istemesi şeklinde özel kastın arandığını ifade eden

<sup>94</sup> ELMAS, s. 377; AKKAYA, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları...*, s. 321.

<sup>95</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 673.

<sup>96</sup> YOKUŞ SEVÜK, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler...*, s. 395.

<sup>97</sup> ELMAS, s. 377.

<sup>98</sup> AKKAYA, *Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları...*, s. 320; BAYRAKTAR et al., s. 382; AKKAYA, *Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı...*, s. 374.

görüş de bulunmaktadır<sup>99</sup>. Konu ile ilgili bir başka görüş ise, TCK m. 190/1 metninde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma ifadesine yer verildiğinden ve anılan fıkrada bahse konu olan hareketlerin bu maksatla suça konu olan maddelerin kullanılmasını kolaylaştırmak için olması gerektiğinden bu düzenleme bakımından özel kastın arandığını ifade etmektedir<sup>100</sup>.

### 2.3.HUKUKA AYKIRILIK

Kişinin sorumlu tutulabilmesi için fiilinin hukuka aykırı olması gerektiğinden bir başkasının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmada da alenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya teşvik edilmesinde de fiil hukuka aykırıdır<sup>101</sup>.

Anılan suç bakımından hukuka aykırılık için herhangi bir özellik arz eden durum söz konusu değildir. Ancak, bazı durumların dikkatlice değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Örneğin; hastanın uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığını bilen ve onu madde kullanmaktan vazgeçiremeyen doktorun, madde kullanımına bağlı enfeksiyon riskini en aza indirmek açısından hastaya her seferinde yeni şırınga temin etmesini ya da iğneyi yüksek ısıda dezenfekte etmesi gerektiğini ya da şırınga yerine burundan teneffüsün daha sağlıklı olduğunu ifade etmesi gibi hastanın maddeyi hangi şekilde daha az riskli kullanabileceğini açıklamaması durumunda suçun manevi unsurunun oluşmayacağını ve doktorun yapmış olduğu açıklamaların ise mesleğin icrası hukuka uygunluk nedeni içerisinde değerlendirilebileceğini ifade eden görüş bulunmaktadır<sup>102</sup>.

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirme suçuna ilişkin hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin değerlendirilebileceği ve kitle iletişim araçları ile ilişkili olarak haber verme hakkının, hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni kapsamında ele alınabileceği ifade edilmiştir. İlgili görüşe göre, kitle iletişim araçlarının görevi kamuyu aydınlatmaktır ve esasında basının haber verme görevi en eski ve temel fonksiyonudur. Bu bakımdan da kamunun bilgilendirilmesi maksadı yerine getirilirken elbette ki uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması bir habere konu edilebilir. Ancak yapılan haberde haber verme hakkının sınırını uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının özendirilmesi oluşturacağından bu nitelikteki maddelerin kullanılmasını

<sup>99</sup> ÇALIŞKAN, Türk Ceza Hukukunda..., s. 99.

<sup>100</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 806; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 245-246.

<sup>101</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107-108.

<sup>102</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 673-674.

özendirecek nitelikte bir haber verilmesi durumunda hukuka uygunluk nedenlerinden bahsedilemeyecektir<sup>103</sup>.

Diğer taraftan, sunulan hiçbir nedenin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmayı haklı kılamayacağını bu nedenle de hukuka uygunluk nedenlerinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu ile bağdaşamayacağını ifade eden görüş de bulunmaktadır<sup>104</sup>.

### 3.SUÇA ETKİ EDEN NEDENLER

#### 3.1.FAİLİN SIFATI BAKIMINDAN DAHA AĞIR CEZAYI GEREKTİREN NİTELİKLİ HAL

TCK m. 190/3'te; *“Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”* hükmüne yer verilmiştir<sup>105</sup>.

Madde metninde belirtilen mesleklerin suç işlemeye tahrik ve teşvik etmesi ve hatta suçun işlenmesine aracılık etmesi<sup>106</sup> esasında insanların sağlıklarını korumakla yükümlü olan bu kişilerin sağlığa aykırı iş yapmalarındaki ahlaki kötülük halinin daha ağır bir biçimde cezalandırılmak istenmesi<sup>107</sup>, bu kişilerin meslekleri gereği uyuşturucu veya uyarıcı maddelere ulaşmasının diğer insanlara göre daha kolay olması, maddelerin üretiminde söz sahibi olan kişilerin başkalarının kullanımını

<sup>103</sup> YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 252; BAYRAKTAR et al., s. 383; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 395. Bu konuda Basın Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası yol gösterici olacaktır ki ilgili düzenlemeye göre basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak anılan madde metninde belirtilen gerekçelerle sınırlandırılabilir. Toplum sağlığının, kamu düzeninin ve suç işlenmesinin önlenmesi de bu gerekçelerdendir. Basın Kanunu, Kanun Numarası:5187, Kabul Tarihi: 09.06.2004, RG 26.06.2004/25504; Dolayısıyla toplumu bilgilendirmek maksadıyla uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasının bir habere konu edinmesi mümkündür. Fakat bir haberde uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasının özendirilmesi durumu söz konusu ise hukuka uygunluk nedeninin varlığından söz edilemeyecektir.

<sup>104</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 107.

<sup>105</sup> Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>106</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 375; SOYASLAN, s. 499.

<sup>107</sup> BAYRAKTAR et al., s. 381; PARLAR / DEMİREL, s. 390.

kolaylaştırmasının daha kolay olabileceği<sup>108</sup> madde kullanmak için gerekli olabilecek malzemelerin sağlanmasında daha fazla imkâna sahip olacakları<sup>109</sup> gibi nedenlerle bu ağırlaştırıcı hal kapsamında yer aldığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla da bazı sıfatlara haiz olan kişiler sıfatlarının sağladığı kolaylıklardan yararlanarak suç işlediklerinde cezaları artırılmaktadır<sup>110</sup>.

TCK'da hakim olan kanunilik ilkesi gereği madde metninde saymak suretiyle belirtilen ve sınırlı sayıda olan mesleklerin yorum yoluyla genişletilebilmesi ya da sayılarının artırılabilmesi mümkün değildir. Örneğin, kimyagerlik ile kimya mühendisliği farklı meslekler olduğundan 3. fıkra kapsamında yer verilmeyen kimya mühendisleri bakımından bu ağırlatıcı nedenin uygulanması mümkün olamayacaktır. Diğer taraftan doktrinde aynı madde metninde dışçı ve dış hekimi kavramlarına yer verildiği ve fakat bu kavramların arasındaki farkı anlamının da mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>111</sup>.

Maddede metninde sınırlı sayıda belirtilen her meslek grubunun ise en geniş anlamda ele alınması gerektiği ifade edilerek ağırlatıcı halin uygulanması bakımından bir doktorun askeri ya da sivil, pratisyen ya da uzman personel olması, resmi ya da özel bir kurumda çalışması, yabancı ya da vatandaş doktor olup olmaması arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Ancak, sağlık mesleği mensubu olmasına rağmen maddede belirtilen mesleklerden herhangi birisini icra etmeyen kişi bakımından bu hükmün uygulanarak kişinin cezasının artırılması mümkün değildir. Bu bakımdan, hastanede bekçilik yapan kişiler ya da hademeler, eczacı kalfaları, kimya laboratuvarlarında çalışan laborantlar bakımından söz konusu ağırlatıcı hal uygulanamayacaktır<sup>112</sup>. Benzer şekilde eczacı olup da mesleğini bırakan ve suç tarihinde ticaret ile uğraşan kişinin bu suçu işlemesi durumunda da cezayı artıran bu nitelikli halin uygulanması mümkün değildir. Çünkü kanun, yapılmakta olan bir mesleğin sağladığı imkânların kötüye kullanılmasını aramakta olduğundan kişinin suç tarihinde bahsi geçen mesleği icra ediyor olması gerekmektedir<sup>113</sup>. Bir diğer örnekle,

<sup>108</sup> YENERER ÇAKMUT, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu, s. 67-75 in ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem (eds)..., s. 69; SOYASLAN, s. 499.

<sup>109</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 805.

<sup>110</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 106.

<sup>111</sup> YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları (Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), Güncelleştirilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 298.

<sup>112</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 375-376; ERMAN / ÖZEK, s. 304.

<sup>113</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 165.

emekli olmuş bir doktorun emeklilik sonrası anılan suç işlemesi halinde TCK m. 190/3'te yer alan ağırlatıcı hal uygulanamayacaktır<sup>114</sup>. Dolayısıyla, her ne kadar ilgili madde metninde yer alan mesleklerden olsa da o göreve henüz atanmamış veya fiilen o mesleği yerine getirmeyen kişi bakımından ilgili ağırlatıcı halin uygulanması mümkün değildir. Anılan fıkra bakımından sorumluluk için meslek veya sıfatların yasalara uygun bir biçimde kazanılmış olması, kişinin bu meslek ya da sıfatlardan birisine sahip olup da suç tarihinde mesleği fiilen icra ediyor olması gerekmektedir<sup>115</sup>.

Diğer taraftan, saymak suretiyle belirtilen ve sayıları artırılması mümkün olmayan bu mesleklere neden madde metninde yer verildiği, hangi sebeple bu mesleklerin özel olarak seçildiği ya da diğer mesleklerin neden bu kapsam dışında tutulduğuna dair gerek madde metninde gerekse de gerekçede herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu noktada doktrindeki görüşler yol göstericidir. Sanıyoruz ki bu meslekleri yapan kişilerin pozisyonları gereği suça konu olan maddelere ulaşmasındaki kolaylık, insanlar üzerinde daha kolay etki bırakabilmesi gibi nedenler bu türden bir cezayı artıran nitelikli hale yer verilmesi noktasında belirleyici olmuştur. Ancak, anılan madde metninde sınırlı bir sayma yöntemi benimsendiğinden bu fıkrada yer almasa da tıpkı bu fıkrada sayılan kişiler gibi meslekleri dolayısıyla maddelere kolay ulaşabilecek kişiler bakımından bu nitelikli hal uygulanamayacaktır<sup>116</sup>. Dolayısıyla madde kapsamında yer verilmemiş ve fakat suça konu olan maddelere tıpkı anılan metinde belirtilen meslekler kadar kolay ulaşabilecek meslekteki kişiler bakımından da nitelikli halin uygulanabilmesi açısından sınırlı sayma yönteminden vazgeçilerek anılan fıkranın yeniden düzenlenmesi gerektiğine inanılmaktadır.

Konuya ilişkin olmak üzere; anılan maddenin 3. fıkrasında saymak suretiyle belirtilen bu kişilerin, aynı maddenin 1. ve 2. fıkrasında yer alan suçları işlemesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılmasına ilişkin düzenleme TCK'nın ilk halinde aynı maddenin ikinci fıkrasında yer almaktaydı ve sadece TCK m. 190/1'de düzenlenen suç bakımından uygulanmaktaydı. Ancak; 29.06.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5377 sayılı Kanun m. 23 ile yapılan değişiklikle birlikte madde metnindeki üçüncü fıkranın yeri ikinci fıkra olarak, ikinci fıkranın

<sup>114</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 322.

<sup>115</sup> KURT / KURT, s. 206; GÜNAY, s. 135; PARLAR / KIZILKAYA, s. 501.

<sup>116</sup> YAŞAR / İÇER / YAZICILAR, s. 704.

yeri ise üçüncü fıkra olacak değiştirilmiştir. Bu değişiklik sonrası ise; üçüncü fıkra olarak düzenlemede yer alan nitelikli hal artık hem 1. hem de 2.fıkra bakımından uygulanabilir olmuştur. Ancak bu noktada TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile değişikliğin gerçekleştiği tarih olan 08.07.2015 tarihleri arasında işlenen ve TCK m. 190 kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde alenen özendirme suçları bakımından TCK “*Zaman bakımından uygulama*” başlıklı m. 7 gereği nitelikli hal uygulanamayacaktır. Söz konusu nitelikli hal ancak 08.07.2005 tarihinden sonra işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde özendirme suçları bakımından uygulanabilecektir<sup>117</sup>.

Anılan suç bakımından daha az cezayı gerektiren nitelikli halin uygulanabilmesi açısından herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ayrıca; TCK m. 192'de “*Etkin pişmanlık*” başlığı altında düzenlenen hükümde TCK m. 190'a ilişkin herhangi bir düzenlemeye de yer verilmediğinden cezayı kaldıran ya da hafifleten bir neden olarak etkin pişmanlık hükümlerinin söz konusu suç bakımından uygulanması da mümkün değildir<sup>118</sup>.

## 4.SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

### 4.1.TEŞEBBÜS

TCK m. 190/1 bakımından suçun tamamlanmış kabul edilebilmesi için uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmış olması gerekmeyip fail tarafından yapılan hareketlerin uyuşturucu veya uyarıcı niteliği bulunan

<sup>117</sup> ELMAS, s. 378-379; Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, s. 408; AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 376; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 254; AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 322;

“*Zaman bakımından uygulama*  
Madde 7- (1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. (3) Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. (4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.” Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

<sup>118</sup> PARLAR / KIZILKAYA, s. 501; RUHİ, s. 70; ÖZDABAKOĞLU, s. 165; YENİDÜNYA, Caner / İÇER, Zafer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2013, S. 38, s. 28.



maddelerin kullanımını kolaylaştıracak türden olması (esrar kokteyli tarifi verilmesi, şırınga verilmesi vb.) yeterlidir<sup>119</sup>. Anılan fıkra kapsamında suçta konu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması için özel yer, donanım veya malzeme sağlandığı, bu türden maddeleri kullananların yakalanmasını zorlaştıracak önlemlerin alındığı, kullanma yöntemleri hakkında bilgi verildiği anda suç tamamlanmış sayılacaktır. Bu hareketlerden birisini yapmak üzere harekete geçen fail, elinde olmayan sebeplerden ötürü hareketlerini tamamlayamaz ise teşebbüs aşamasında kalmış suçtan söz edilecektir<sup>120</sup>. Örneğin, karşısındakine uyuşturucu veya uyarıcı maddenin nasıl kullanılacağına ilişkin bilgi vermek maksadıyla konuşmasına henüz başlayan ve fakat konuşmasını elinde olmayan nedenlerle tamamlayamayan ya da özel yer sağlama hareketi kapsamında madde kullanımı için özel yerin anahtarını verirken yakalanan fail bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür<sup>121</sup>. Yine birinci fıkra kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullananların yakalanmasını zorlaştıracak önlemler alma hareketinin tamamlanmış sayılabilmesi için bu önlemlerin alınması gerekir. Ancak, önlemler almak için harekete geçen ve fakat önlemler alınmadan yakalanan fail bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin, doktor olan failin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin kullandığının anlaşılmasında maksadıyla vücuduna başka bir madde enjekte etmek üzere yakalanması halinde eylem teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmektedir<sup>122</sup>.

TCK m. 190/2 bakımından suçun tamamlanmış kabul edilebilmesi için uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri özendirmeyle yönelik hareketlerin yapılması yeterlidir<sup>123</sup>. Suçun tamamlanması bakımından alenen özendirme veya yapılan yayının sonuç vermesi ya da halkın bunları öğrenmesi gerekmeyip öğrenme olanağının yaratılması yeterlidir. Bu olanak yaratıldığı takdirde bu yayınlardan hiç kimse etkilenmese/özenmiş olmasa dahi fail suçun tam cezası ile cezalandırılacaktır. Dolayısıyla henüz halka ulaşmadan örneğin matbaacı tarafından yapılan ihbar üzerine yakalanan ve el konulan

<sup>119</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 674; AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 323.

<sup>120</sup> ELMAS, s. 379.

<sup>121</sup> YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 246.

<sup>122</sup> AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 377.

<sup>123</sup> ELMAS, s. 379.

yayın bakımından teşebbüsün varlığından söz edilecektir<sup>124</sup>. Bir başka örnekle, uyuşturucu veya uyarıcı nitelikte madde kullanmayı özendiren nitelikteki bir video çekimine, bu çekimin bir televizyon kanalında yayınlanmasından önce el konulması halinde teşebbüs aşamasında kalmış suç söz konusu olacaktır<sup>125</sup>.

#### 4.2.İŞTİRAK

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu, tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi birden fazla kişi tarafından birlikte de işlenebilir. Dolayısıyla da TCK'nın iştirake ilişkin genel hükümlerinin anılan suç bakımından uygulanması mümkündür<sup>126</sup>. Örneğin, bir başkasında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin nasıl kullanacağına ilişkin bilgi vermesi için suç işleme kararı oluşturmak, bu maddelerin kullanılmasını özendirmek maksadıyla yayın yapması hususunda bir kimseyi teşvik etmek ya da konuşmanın yapılabileceği salonunu hazırlayarak suçun icrasını kolaylaştırmak durumunda iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün olacaktır<sup>127</sup>. Bir başka örnekle, uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi kullanacak olan kişiye gerekli olan malzemeleri bir akıl hastası vasıtasıyla sağlayan yani suçun işlenmesinde kusur yeteneği olmayan birisini araç olarak kullanan kişi bakımından “*dolaylı faillikten*” bahsedilecek ve bu kişi TCK m.190/1 kapsamında sorumlu tutulacaktır<sup>128</sup>.

#### 4.3.İÇTİMA

TCK m. 190'da yaptırıma bağlanan suça ilişkin özel herhangi bir içtima kuralına yer verilmediğinden bu konuda ortaya çıkabilecek sorunların genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir<sup>129</sup>.

Hareket kısmında da bahsedildiği üzere gerek TCK m. 190/1'de gerekse m. 190/2'de yer alan suçlar seçimlik hareketli suç olarak kabul edildiğinden her bir suç bakımından kendi fıkralarında yer alan seçimlik hareketlerin tek

<sup>124</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 674; AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 323.

<sup>125</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 397; BAYRAKTAR et al., s. 381.

<sup>126</sup> KARAKAŞ DOĞAN, s. 265; BAYRAKTAR et al., s. 383; ÖZDABAKOĞLU, s. 164; ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 806; YENERER ÇAKMUT, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı..., s. 3123.

<sup>127</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 397.

<sup>128</sup> YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 248.

<sup>129</sup> PARLAR / DEMİREL, s. 391.

birisinin yapılması halinde de birden fazlasının birlikte yapılması halinde de tek bir suç oluşacaktır<sup>130</sup>.

Bir kimsenin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırmak maksadıyla o kişiye, yer, malzeme sağlaması ve kullanım yöntemleri hakkında bilgi vermesi halinde TCK m. 190/1 kapsamında birden fazla seçimlik hareket yapılmış olmasına rağmen tek bir suç söz konusudur<sup>131</sup>.

Anılan suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür<sup>132</sup>. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suçun birden fazla kez işlenmesi durumunda TCK “Zincirleme suç” başlıklı m. 43/1 kapsamında sorumluluk doğacaktır. Örneğin, önce özel yer sağlayan sonrasında ise sağladığı bu yerin sürekli olarak bu işte kullanılmasını sağlamak isteğiyle suça konu olan maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak maksadıyla başka bir zaman maddenin kullanma yöntemleri hakkında bilgi veren failin sorumluluğu aynı suç işleme kararının icrası kapsamında TCK m. 190/1’in birden fazla işlendiği gerçeğinden hareketle belirlenecek ve failin alacağı ceza TCK m. 43/1 kapsamında artırılacaktır<sup>133</sup>.

Diğer taraftan, tek bir hareketi ile birden fazla sayıdaki kişinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştıran failin sorumluluğu ise TCK m. 43/2’de yer alan “Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda” hükmü kapsamında belirlenecek olup fail hakkında tek bir cezaya hükmedilecek ve fakat bu ceza artırılarak verilecektir. Örneğin, evde esrar partisi düzenlemek şeklinde olduğu gibi birden fazla kişiye aynı anda özel yer, donanım sağlayan ya da kullanma yöntemleri hakkında bilgi veren fail hakkında TCK m. 43/2 uygulanarak fail hakkında hükmedilecek olan tek bir ceza artırılarak verilecektir. Ancak bir başkasının değil de kendisinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırmak bakımından özel yer, donanım sağlayan ya da yakalanmasını zorlaştıracak önlemler alan failin sorumluluğunun ise TCK m. 190’daki suçun başkasının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmasını kolaylaştırmak amacıyla kurgulanmasından dolayı TCK m. 190 kapsamında değil de TCK m. 191 kapsamında belirlenecektir<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 806; KARAKAŞ DOĞAN, s. 265-266.

<sup>131</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 324.

<sup>132</sup> YILMAZ, s. 366.

<sup>133</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 397; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 247.

<sup>134</sup> YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 247; AKKAYA, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı..., s. 378; TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 675; AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 324.

TCK m. 190/2'de düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını özendirme suçu bakımından ise özendirilen kişi sayısının birden fazla olması durumunda dahi failin fiilinin tekliği devam edecek, tek suç oluşacaktır ve dolayısıyla da zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Fakat yayın yoluyla yapılan özendirmeler bakımından ise farklı zamanlarda birden fazla kez yayının tekrarlanması halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecek ve fail hakkında artırılmış tek bir cezaya hükmedilecektir<sup>135</sup>.

Bir kimsenin, bir başkasını uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına alenen özendirmesi ve ayrıca bu türden maddelerin kullanımı için yer sağlaması durumunda fail bakımından TCK m. 190/1 ve m. 190/2 kapsamında düzenlenen her iki suçun da oluşacağını ve failin gerçek içtima hükümleri kapsamında her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacağı ifade edilmiştir<sup>136</sup>. Bu konudaki bir diğer görüş ise fail tarafından yapılan aleni özendirme ya da yayında hem uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına şevk edilmesi hem de kullanma yöntemi izah edilmesi durumunda her iki fıkra da düzenlenen suç arasında fikri içtimanın uygulanacağını ve fakat her iki fıkra da yaptırma bağlanan suçların cezasının aynı olmasından dolayı bu durumun pratikte herhangi bir önemi olmadığını ifade etmektedir<sup>137</sup>.

TCK m. 190/1'de yer verilen suçun TCK m. 188/3'te yaptırma bağlanan suç ile birlikte işlenmesi mümkündür. Örneğin, kendi evinde suça konu olan uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi satan failin, aynı zamanda evinin bir odasını da bu maddeyi sattığı kişilerin kullanımına tahsis etmesi halinde TCK m. 190/1'de ve m. 188/3'te hükme bağlanan suçlar oluşacaktır ki fail gerçek içtima kuralları kapsamında her iki suçta da ayrı ayrı cezalandırılacaktır<sup>138</sup>. Bir başka örnekle, bir başkasına hem uyuşturucu veya uyarıcı madde veren hem de verdiği kişinin suça konu olan maddeyi kullanmasını kolaylaştıran failin TCK m. 188/3 ve m. 190/1 kapsamında her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacağını söylemek mümkündür<sup>139</sup>. Ancak bu türden bir durumun varlığı halinde somut olaya TCK m. 44'te düzenlenen fikri içtima hükümlerinin uygulanarak failin en ağır olandan yani TCK m. 188/3 kapsamında hükme bağlanan suçtan dolayı

<sup>135</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 324; KARAKAŞ DOĞAN, s. 266.

<sup>136</sup> ELMAS, s. 382; YOKUŞ SEVÜK, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde..., s. 253.

<sup>137</sup> TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 674.

<sup>138</sup> ELMAS, s. 381; GÜNGÖR / KINACI, s. 343.

<sup>139</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 324.

cezalandırılacağını belirten görüş de bulunmaktadır<sup>140</sup>. Ancak Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise “*Olay günü evine gelen ve haklarında “kullanmak için uyuşturucu madde bulundurma” suçundan tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanan kişilere uyuşturucu madde vermek ve onların aldıkları uyuşturucu maddeleri evinde kullanmalarına rıza göstermekten ibaret eyleminin sadece TCK m. 188/3’te yer alan suç oluşturduğu, aynı Kanun m. 190’da belirtilen “ özel yer, donanım ve malzeme sağlama” niteliğinde olmadığı*” ifadesine yer vermek suretiyle bir başka kişiye uyuşturucu veya uyarıcı madde veren ve daha sonrasında ise verdiği bu maddenin kendi evinde kullanılmasına izin veren kişinin TCK m. 188/3 kapsamında sorumlu olacağı ifade edilerek, fail tarafından gerçekleştirilen evinde madde kullanılmasına rıza göstermek şeklindeki hareketin ise TCK m. 190 kapsamında “*özel yer, donanım ve malzeme sağlama*” kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir<sup>141</sup>.

TCK m. 190’da yer alan suçun TCK m. 191’de yer alan suçla birlikte işlenmesi de mümkündür. Örneğini bir başkasına uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması maksadıyla kendi evini tahsis eden ve kendisi de kullanmak için madde bulunduran failin sorumluluğu TCK m. 190/1 ve m. 191 kapsamında belirlenecek ve fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Diğer bir örnekle, failin kendisinin madde kullanması ve madde kullanımını da alenen özendirme durumunda TCK m. 190/2 ve m. 191 kapsamında sorumluluğu söz konusu olarak her iki suçtan da ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır<sup>142</sup>.

TCK m. 190/2’de yer verilen suçla m. 188/3 kapsamında yer verilen suçların da birlikte işlenmesi mümkündür. Örneğini; bir topluluğu hem uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı konusunda özendiren hem de bu topluluğa suçla konu olan maddeleri tedarik eden fail bakımından ise hem TCK m. 188/3’te hem de TCK m. 190/2’de düzenlenen suç oluşacaktır<sup>143</sup>.

<sup>140</sup> KARAKAŞ DOĞAN, s. 266; Benzer bir görüş ise; bir başkasının uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımına özendirilmesi ya da bu türden maddelerin kullanımının kolaylaştırılması ve bu hareketleri yapan kişinin aynı zamanda mağdura maddeyi bizzat temin de etmesi halinde fail bakımından her iki hareketin de hukuka aykırılık içeriğini kapsayacak, tüketen norm olarak TCK m. 188’in uygulanmasının yerinde olacağını ifade etmektedir. TEZCAN / ERDEM / ÖNOK, s. 674 -675.

<sup>141</sup> Yargıtay 10 CD, 13007/1359, 28.02.2014 (Baran Doğan Hukuk Bürosu) <<https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/uyusturucu-madde-kullanilmasini-kolaylastirma-sucu-cezasi.html> > erişim tarihi 22 Temmuz 2021; YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 398.

<sup>142</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 398.

<sup>143</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 324.

Diğer taraftan, bir internet sayfasında en iyi intihar biçiminin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmak suretiyle intihar olduğuna ve bu maddelerin zevkine en fazla ölmeye önce varılabileceğine ilişkin telkinlerde bulunan failin hem TCK m. 190/2 uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaya alenen özendirme hem de TCK m. 84 intihara yönlendirme kapsamında yer alan suçları işlemiş olacağı ve sorumluluğunun ise TCK m. 44 fikri içtima kapsamında belirleneceği ifade edilmektedir<sup>144</sup>.

## 5.MUHAKEME VE YAPTIRIM

TCK m. 190/1 ve m. 190/2’de yaptırıma bağlanan suçlara ilişkin cezalar 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun m. 67 ile yapılan değişiklik ile artırılmıştır. Söz konusu değişiklik öncesi gerek birinci gerekse ikinci fıkra bakımından iki yıldan beş yıla kadar olacak şekilde düzenlenen hapis cezaları bu düzenleme ile birlikte beş yıldan on yıla kadar olacak şekilde değiştirilmiştir<sup>145</sup>. Ayrıca; 25.08.2017 tarihli ve 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 138 ile birlikte her iki fıkra açısından “*on yıla kadar hapis*” cezası ibaresinden sonra gelmek üzere “*ve bin günden onbin güne kadar adli para*” ibaresi eklenmiş<sup>146</sup> daha sonra ise bu hüküm 01.02.2018 tarihli ve 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun m.133 ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır<sup>147</sup>. Son haliyle anılan maddenin her iki fıkrası bakımından da suç işleyen kişiye uygulanacak ceza “*beş yıldan on yıla kadar hapis ve bin günden onbin güne kadar adli para cezası*” olarak düzenleme altına alınmıştır. Dolayısıyla anılan düzenlemenin her iki fıkrası bakımından suç işleyen faile gerek hapis cezası gerekse adli para cezası birlikte uygulanacak olup hakime bu cezalardan birisini seçmek konusunda herhangi bir takdir hakkı tanınmamıştır.

TCK m. 190/1 ve m. 190/2’de belirtilen hareketlerin üçüncü fıkrada saymak suretiyle belirtilen kişiler tarafından işlenmesi halinde verilecek

<sup>144</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ, s. 806.

<sup>145</sup> Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun Numarası: 6545, Kabul Tarihi: 18.06.2014, RG 28.06.2014/29044.

<sup>146</sup> Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Kanun Numarası: 694, Kabul Tarihi: 15.08.2017, RG 25.08.2017/30165.

<sup>147</sup> Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun, Kanun Numarası: 7078, Kabul Tarihi: 01.02.2018, RG 08.03.2018/30354.

cezanın yarı oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Anılan fıkra artırma konusunda da hakime takdir yetkisi tanımayan bir hüküm içermektedir<sup>148</sup>.

Suç mevcut haliyle re'sen takip edilen bir suç olmakla birlikte görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir<sup>149</sup>. Yetki bakımından ise Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 12 kapsamında genel yetki kuralları geçerlidir ve suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir. Ancak, suçun işlendiği yerin bilinmemesi durumunda ise CMK m. 13'te yer verilen kurallar devreye girecektir<sup>150</sup>. Örneğin, uyuşturucu veya uyarıcı nitelik taşıyan maddelerin kullanımını özendirecek şekilde yayın yapılması durumunda anılan suç Türkiye'de yayımlanan basılı bir eserle işlenmiş ise CMK m. 12/3 kapsamında eserin yayım merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir<sup>151</sup>. Diğer taraftan, TCK m. 13 kapsamında hükme bağlanan; *"Aşağıdaki suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunları uygulanır"* ifadesinden sonra belirtilen suçlardan birisi de uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçu olduğundan anılan düzenleme gereği suçun yabancı bir ülkede ister bir vatandaş isterse bir yabancı tarafından işlenmesi durumunda, Türkiye'de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının talebine bağlıdır<sup>152</sup>.

## SONUÇ

Teknolojik alanlarda yaşanan gelişmelere bağlı olarak her geçen gün yeni uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin piyasaya sürüldüğü ve gün geçtikçe madde kullanan ve bu maddelere bağımlı olan kişilerin sayısının arttığı bilinen bir gerçektir. Artan madde kullanımı ve bağımlılığı ise hem kullanıcının/bağımlının hem de toplumun tamamının sağlığını ve güvenliğini tehdit eder bir hal almıştır. Küresel bir halk sağlığı problemi olarak da nitelendirilen bu sorunla başa çıkmak ve esasında uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin yasadışı kullanılmasını, imalini, ticaretini önlemek bakımından ülkemizde de çeşitli yasal düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden birisi de TCK m. 190'da yer verilen *"Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma"* suçudur. Öncelikle, bu türden

<sup>148</sup> AKKAYA, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları..., s. 325.

<sup>149</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAŞIZ, s. 807; PARLAR / KIZILKAYA, s. 501.

<sup>150</sup> ÖZDABAKOĞLU, s. 166; Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi:04.12.2004, RG 17.12.2004/25673.

<sup>151</sup> BAYRAKTAR et al., s. 384.

<sup>152</sup> YOKUŞ SEVÜK, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler..., s. 398; Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, RG 12.10.2004/25611.

bir düzenlemeye yer vermenin esasında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak, kullanmak maksadıyla satın almak, kabul etmek, bulundurmamak ve bu maddelerin imal ve ticareti ile de mücadele anlamına geleceğine inanıldığından bu düzenlemenin yerinde ve oldukça önemli olduğu kanısındayız. Ancak kanunun anılan madde metni ile ilgili bir takım değişikliklerin ve/veya eklemelerin yapılmasının uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle mücadelede etkinliği artıracağı düşünülmektedir.

TCK m. 190/2’de “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendirmek*” veya “*alenen özendirici nitelikte yayın yapmak*” şeklinde suç teşkil eden hareketlere yer verilmiştir. Ancak anılan fıkrada bahsi geçen “*alenen*” ve “*özendirmek/özendirici*” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine dair madde metninde, gerekçede ya da kanunun herhangi bir hükmünde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu kavramların tanımlanması noktasında her ne kadar doktrinde var olan görüşler yol gösterici olsa da anılan kavramlardan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin madde metninde ya da gerekçesinde açıklamaya yer verilmesinin belirlilik açısından önem taşıdığına inanılmaktadır. Bu nedenle de söz konusu kavramların tanımları çelişkiye yer verilmeyecek şekilde yapılmalıdır.

TCK m. 190/2’de “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirme*”, bir diğeri de “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılmasını alenen özendirici nitelikte yayın yapma*” olmak üzere yer verilen her iki hareket için de aynı ceza öngörülmüştür. Bu noktada tıpkı doktrinde belirtildiği üzere madde kullanılmasını özendirecek nitelikte yayın yapılması durumunda ulaşılabilecek kişi sayısının bu maddelerin kullanılmasını alenen özendirme ihtimaline oranla daha fazla olabileceğinden dolayı her iki düzenleme bakımından aynı cezanın öngörülmesi yerine anılan suçun yayın yoluyla işlenmesinin daha ağır bir biçimde cezalandırılması gerektiğine inanılmaktadır.

Diğer taraftan, TCK “*Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti*” suçunu düzenleyen m. 188/4’te saymak suretiyle belirtilen ve kanunilik ilkesi gereği sayıları artırılması mümkün olmayan “*eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin*” maddelerinin uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretine konu olması hali cezayı artıran nitelikli bir hal olarak öngörülmüştür. Belirtilen madde türlerine ilişkin cezanın artırılmasının suça konu olan maddelerin diğer uyuşturucu veya uyarıcı maddelere oranla toplum açısından daha tehlikeli ve insan sağlığına olabilecek zararlı etkilerinin daha büyük olmasından kaynaklı olduğu



bilinmektedir<sup>153</sup>. Ancak, her geçen gün değişen teknoloji ile birlikte yeni ve hatta daha tehlikeli etkiye sahip maddelerin ortaya çıktığı da bilinmektedir. Esasında bir maddenin imal ve ticaretinin yapılabilmesi için o maddenin kullanılıyor ve talep ediliyor olması gerektiğinden ticareti için daha ağır ceza öngörülen bir maddenin kullanılmasını kolaylaştırmak açısından cezayı artıran bir hal olarak öngörülmemesinin ve bu maddelerin kullanımının kolaylaştırılmasının diğer maddelerle aynı kapsamda cezalandırılmasının yerinde bir karar olmadığına inanılmaktadır. Çünkü ancak bu türden maddelere talep olması/kullanılması durumunda bu maddelerin ticareti yapılabilecektir. Bundan dolayıdır ki kullanımı kolaylaştırılan ya da özendirilen maddenin eroin, morfin, kokain, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin olması halinde de verilecek cezanın artırılacağına ilişkin hükme yer verilmeliydi. Bu nedenle de tıpkı TCK m. 188/4'tekine benzer bir düzenleme ile kolaylaştırılan maddenin türüne bağlı olarak cezayı artıran nitelikli bir hale yer verilmesinin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu noktada, oluşturulacak hükümde maddeleri TCK m. 188/4'te olduğu gibi sınırlı bir şekilde saymak suretiyle belirlemek yerine maddelerin toplumdaki ve insan sağlığı üzerindeki sosyal, fiziksel ve ruhsal etkisine göre bir cezalandırma anlayışının benimsenmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde de aynı etkiye sahip tüm maddeler aynı kapsamda cezalandırılabilir ve etkili bir ceza adaleti sağlanabilecektir. Bunun için de maddelerin etkisini göz önüne alan günümüz tıbbi gelişmeleri dikkate alınarak kurallar skalası belirlemek ve maddeleri önceden belirli olan bu skala kapsamında tasnif edebilmek ve aynı etkiye sahip maddeler bakımından da cezayı ağırlaştırabilmek yerinde olacaktır<sup>154</sup>.

TCK m. 190/3'te cezayı artıran bir hal olarak saymak suretiyle belirtilen ve sayılarının artırılması ve dolayısıyla da yeni mesleklerin eklenmesi mümkün olmayan çeşitli meslek dallarına yer verilmiştir. Ancak gerek madde metninde gerekse anılan maddenin gerekçesinde niçin bu mesleklerin seçildiği ya da diğer mesleklerin hangi kriterler dolayısıyla dışlandığına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Bu noktada daha önce de belirtildiği gibi doktrindeki görüşler yol göstericidir. Sanıyoruz ki bu meslekteki insanların pozisyonları gereği suça konu olan maddelere ulaşmasındaki kolaylık, başka insanlar üzerinde daha kolay etki bırakabilecek ve onların madde kullanımını bir başka meslekte olan kişilere oranla daha kolay bir biçimde kolaylaştırabilecek olmaları gibi

<sup>153</sup> PARLAR / DEMİREL, s. 22; GÜNDEL, s. 39; ERGÜL, s. 155.

<sup>154</sup> İLTAŞ, s. 403.

nedenler bu türden cezayı artıran nitelikli hale yer verilmesi noktasında belirleyici olmuştur. Ancak, bu fıkrada yer almasa da tıpkı bu fıkrada sayılan kişiler gibi meslekleri gereği bu maddelere daha kolay ulaşabilecek ve bir başkasının madde kullanımını daha kolay bir biçimde kolaylaştırabilecek kişiler bakımından da cezanın artırılabilmesi için sınırlı sayma yönteminden vazgeçilerek anılan fıkranın yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan tıpkı bu kişiler gibi mesleği gereği uyuşturucu veya uyarıcı maddelere daha kolay ulaşabilecek ve bu türden maddelerin kullanılmasını diğer meslekteki kişilere oranla daha basit bir şekilde kolaylaştırabilecek kişiler bakımından da cezanın ağırlaştırılması gerektiğine inanılmaktadır<sup>155</sup>.

Son olarak, her ne kadar anılan suç toplumun sağlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olsa da ve suçun düzenlendiği yer dikkate alındığında mağdur tüm toplum olarak görülse de yaşları gereği çocukların uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımının neden olabileceği sonuçları bir yetişkin kadar etkili değerlendiremeyeceği gerçeği göz önüne alındığında madde kullanımı kolaylaştırılan ya da alenen özendirilen kesimin çocuk olması durumunda esasen çocuğun kendisinin ve toplumun uğrayacağı zararın daha büyük olacağına inanılmaktadır. Bu açıdan da bir çocuğun madde kullanımını kolaylaştıran failin alacağı cezanın bir yetişkinin madde kullanmasını kolaylaştırmasına oranla artırılmasının yerinde olacağı düşünülmektedir.

### KAYNAKÇA

- AKKAYA, Çetin, Örgüt Suçu & Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- AKKAYA, Çetin, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar), Güncellenmiş 22. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BAŞAK, A. Sadi, “Psikoaktif Maddelerin Analiz ve Bilirkişilik Boyutu”, Yeni Nesil Psikoaktif Maddeler Sempozyumu, 2013, s. 5-6.
- BAYRAKTAR, Köksal / KESKİN KIZIROĞLU, Serap / YILDIZ, A. Kemal / ZAFER, Hamide / AKSOY RETORNAZ, Eylem et al., Genel Tehlike Yaratan, Çevreye Karşı ve Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar Cilt V, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

<sup>155</sup> İbid s. 405.

- ÇALIŞKAN, Mustafa, Madde Bağımlılığının Biyo-Psiko-Sosyal ve Hukuksal Analizi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇALIŞKAN, Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- ELMAS, Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ERGEN, Cengiz, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu Madde Suçları İlgili Yasalar ve Yönetmeliklerin En Son İçtihatlarla Açıklanması, Gaye Matbaacılık, Ankara, 1988.
- ERGÜL, Ergin, Hukuki, Adli Tıbbi, Kriminolojik, Aktüel Boyutları ve İlgili Mevzuatıyla Uyuşturucu Maddeler ve Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.
- SAHİR, Erman / ÖZEK, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamununun Selametine Karşı Suçlar (TCK 369- 413), Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1995.
- EŞİTLİ, E. Aygün, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, *TBB Dergisi*, 2013, S. 104, s. 225-246.
- GÜNAY, Erhan, Uygulamalı Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- GÜNDEL, Ahmet, 5237 Sayılı TCK’da Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- GÜNGÖR, Şener / KINACI, Ali, Öğreti ve Uygulama Boyutu ile Uyuşturucu ve Psicotrop Maddelerle İlgili Suçlar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Tıpkı Basım 3. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- İLTAŞ, Yiğit, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- KURT, Şahin / KURT, Ela, Uygulamada Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınları, Ankara, 2007.
- MURPHEY, David / BARRY, Megan / VAUGHN, Brigitte / GUZMAN, Lina / TERZIAN, Mary, “Adolescent Health Highlight: Use of Illicit Drugs”, *Child Trends*, 2013, s.1-8.

- NHS, Drug Use Prevention Among Young People: A Review of Reviews Evidence Briefing, 1st edn, NHS Publication, United Kingdom, 2004.
- ÖGEL, Kültegin, Uyuşturucu Maddeler ve Bağımlılık, İletişim Yayınları Cep Üniversitesi 157, İstanbul, 1997.
- ÖZBEK, V. Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÖZDABAKOĞLU, E. Hakan, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Adalet Yayınları, Ankara, 2007.
- ÖZDEN, Salih, Uyuşturucu Madde Bağımlılığı (Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Nobel Kitabevi, Ankara, 2019).
- PARLAR, Ali / DEMİREL, Güleç, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015.
- PARLAR, Ali / KIZILKAYA, Azmi, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Bilge Yayınevi, Ankara 2018.
- RUHİ, A. Cemal, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SAHU, K. Kumar / SAHU, Soma, "Substance Abuse Causes and Consequences", *Bangabasi Academic Journal*, 2012, C. 9, s. 52-59.
- SINGH, Jyotika / GUPTA, P. Kumar, "Drug Addiction: Current Trends and Management", *International Journal of Indian Psychology*, 2017, C. 5, S. 1, s. 186-201.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Güncelleştirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- TEZCAN, Durmuş / Erdem, M. Ruhan / ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- YAŞAR, Yusuf / İÇER, Zafer / YAZICILAR, Tarık T, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Özendirme Suçu (TCK m. 190/2)", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2018, C. 76, S. 2, s. 691-724.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu, s. 67-75, in ÜNVER, Yener / ÖZ, Kerem (eds), Uyuşturucu Madde Suçlarıyla Mücadele Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- YENERER ÇAKMUT, Özlem, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu (TCK m.190)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 21, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, s. 3111-3126.

YENİDÜNYA, Caner / İÇER, Zafer, “Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçlarında Etkin Pişmanlık”, *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, 2013, S. 38, s. 1-51.

YILMAZ, Enes, “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma ve Özendirme Suçları TCK m. 190”, *Türkiye Adalet Akademisi*, 2018, S. 35, s. 345-374.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları (Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar), Güncelleştirilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

### **Yargı Kararları**

Yargıtay 10 CD, 13007/1359, 28.02.2014 (Baran Doğan Hukuk Bürosu) <<https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/uyusturucu-madde-kullanilmasini-kolaylastirma-sucu-cezasi.html>> erişim tarihi 22 Temmuz 2021.

Yargıtay 10 CD, 18685/1581, 10.03.2014 (Lexpera) <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 22 Temmuz 2021.

Yargıtay 10 CD, 30290/846, 25.02.2003 (Lexpera) <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 22 Temmuz 2021.

Yargıtay 10 CD, 6161/18916, 08.12.2009 <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 22 Temmuz 2021.

Yargıtay 10 CD, 30978/2008, 29.02.2012 <<https://www.lexpera.com.tr/>> erişim tarihi 02 Ocak 2022



## # UNUTULMA HAKKI VE CİNSEL SALDIRI FAİLLERİ (RIGHT TO BE FORGOTTEN AND THE SEXUAL PERPETRATORS)

Arş. Gör. Dr. Olcay Karacan \* \*\*

### ÖZ

*Cinsel saldırıya maruz kalanlarla kıyaslanamayacak kadar az oranda olsa da bazı hallerde cinsel saldırıda bulunanlar bakımından da öldürülme, linç edilme, damgalanma gibi insan hakları ile ilgili sorunlar yaşanabilmektedir. Suç işlemiş kişilerin nasıl muamele gördüğü bir insan hakkı sorunu olsa da, bu kişilerin kendilerine yönelik beklentilerinin (ifşa edilmeme gibi) insan haklarının korunması ile ilgili olup olmadığı tartışmalıdır. Bu nedenle cinsel saldırı faillerinin unutulma hakkından yararlanmaya yönelik taleplerinin bu kişilerin insan haklarının korunması bakımından gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Türkiye'de de cinsel saldırı suçundan hüküm giymiş R. Ç. hakkında Korkuteli Sulh Ceza Hakimliğince<sup>1</sup> R. Ç'nin unutulma hakkından yararlanması gerektiğine dair karar verildikten sonra cinsel saldırı suçundan hüküm giyenlerin unutulma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmaktadır. Ancak bu tartışma yapılırken unutulma hakkı kendi başına bir insan hakkı olarak ele alınmaktadır. Oysa bu çalışmada ilk önce unutulma hakkının insan hakkı olup olmadığı İoanna Kuçuradi'nin insan hakları yaklaşımından hareketle ele alınacaktır. Unutulma hakkı çağımızda bireylerin kendilerine ilişkin istemedikleri bilgilerin dijital platformlarda yayılması nedeniyle gündeme gelmektedir. Bu nedenle cinsel taciz veya saldırı faillerinin bu platformlarda ifşa edilmeleri üzerinde de durulacaktır. Ardından açık kimliklerinin bilinirliğini ortadan kaldırmak isteyen her cinsel saldırı failinin unutulma hakkından yararlanıp yaralanamayacağı ele alınmaya çalışılacaktır.*

**Anahtar Kelimeler:** Cinsel saldırı, insan onuru, unutulma hakkı, toplumsal cinsiyet, insan hakkı, cinsel taciz

---

<sup>#</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 26.10.2021. İlk hakem raporu tarihi: 27.12.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 30.12.2021. Onaylanma Tarihi: 09.01.2022.

\* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0066-8097

**Esere Atf Şekli:** Olcay Karacan, “Unutulma Hakkı ve Cinsel Saldırı Failleri”, YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.191-215.

<sup>1</sup> Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi Kararı, K. 2020/334, T. 13.08.2020.

## ABSTRACT

*Even though it is incomparably less than those who have been subjected to sexual assault, in some cases, human rights problems such as murder, lynching and stigmatization may occur for sexual perpetrators. Although it is a human rights issue, how the perpetrators are treated; it is debatable whether any request for treatment (e.g, disclosure) against them is related to the protection of human rights. For this reason, it should be evaluated whether sexual assault perpetrators' requests to enjoy the right to be forgotten are necessary for the protection of their human rights. After the Korkuteli Penal Court of Peace ruled that R.Ç., who was convicted of sexual assault in Turkey, could benefit from the right to be forgotten, it is discussed whether those convicted of sexual assault could benefit from the right to be forgotten. However, in this discussion, the right to be forgotten is considered as an autonomous human right. In this study, first of all, whether the right to be forgotten is a human right or not will be discussed based on the human rights approach of Ioanna Kuçuradi. Afterwards, since the right to be forgotten became a current issue again in our age, the disclosure of sexual harassment or assault perpetrators on digital platforms will be emphasized, since the dissemination of information that individuals do not want about themselves on these platforms. Then, it will be discussed whether every sexual assault perpetrator who demands removing their clear identities can benefit from the right to be forgotten.*

**Keywords:** *Sexual assault, human dignity, right to be forgotten, gender, human right, sexual harassment*

\*\*\*

## I. GİRİŞ

*“...Tüm tacizcilerin isimlerinin hem kadınlar hem de devlet tarafından yayınlanması sonucunda amacımıza ulaştığımızı iddia edebilecek miyiz? Yoksa özel alanın politikleştirilmesi mevzusunu yeniden ele almamızı gerektiren bir noktayı çoktan geçtik mi... ?”<sup>2</sup>*

Dijital teknolojinin gelişmesiyle kişilerin özel hayatlarıyla ilgili bilgilerin kişilerin rızası dışında da yayılması, onların özel hayatlarına yönelik alanın gittikçe daralmasına yol açmakta ve bu anlamda özel hayatlarının gizliliğiyle ilgili hak ihlalleriyle karşılaşma olasılıkları artmaktadır.<sup>3</sup> Bu hak

<sup>2</sup>ŞİRİN, Mine “Kadın Hareketinde İfşa Esas mıdır?”, <https://m.bianet.org/kadin/142801-kadin-hareketinde-ifsa-esas-midir>, 2012, (Erişim Tarihi: 10.10. 2019).

<sup>3</sup>DOĞAN, Derya, “Unutulma Hakkı ve Uygulanması”, **30. Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı**, (Editör: İzzet Gökhan ÖZBİLGİN), Türkiye Bilişim Derneği Yayınları, Ankara, 2013, s. 7.



ihlallerinin, hiç değilse bir kısmının önüne geçebilmek için kişilerin kendilerine ait kişisel verilerin dijital ortamdan kaldırılmasına yönelik talepleri, beraberinde unutulma hakkına olan ilgiyi artırmıştır.<sup>4</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun<sup>5</sup> yürürlüğe girmesinden sonra bu kanunda unutulma hakkı ile ilgili hiçbir hüküm olmadığı halde<sup>6</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun<sup>7</sup> unutulma hakkına yer verdiği kararının ardından Türkiye'de de bu hak gündeme gelmeye başlamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun<sup>8</sup> cinsel saldırıya<sup>9</sup> uğrayan davacının yargılama süresince aktardığı saldırıya ilişkin bilgilerin, mağdur ve sanık

<sup>4</sup>YILMAZ, Berrak, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2019, s.177; SÖZÜER, Eren, **Unutulma Hakkı İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017, Önsöz.

<sup>5</sup>6689 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kabul Tarihi 24/03/2016, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi 07.04.2016, Sayı 29677.

<sup>6</sup>ELMALICA, Hasan, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Ankara, 2016, s. 1622-1627.

<sup>7</sup>Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015

<sup>8</sup>Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2014/4-56, K.2015/1679, T. 17.06.2015.

<sup>9</sup>Cinsel taciz ve cinsel saldırı Türk Ceza Kanunu bakımından ayrı ayrı tanımlanmış olup farklı suçlardır. Ancak hukuk dışındaki literatürde cinsel taciz ve cinsel saldırı kavramları iç içe geçmiş biçimde çoğunlukla da cinsel taciz kavramı cinsel saldırıyı da kapsayacak biçimde kullanılabilir. Bu makale ceza hukuku bakımından bir değerlendirme olmayıp sadece cinsel saldırı faillerinin unutulma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı ile sınırlıdır. Bu nedenle makale boyunca atıf yapılan kaynaklarda bu ayırım gözetilmemişse bu kaynaklarda kavrama sadık kalınacaktır. Zira bu kullanıma özellikle de yabancı literatür söz konusu olduğunda sadık kalınmadığında makalenin anlaşılması çok zorlaşacaktır. Yine de Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarının farklı düzenlendiğinin gözden kaçırılmaması gerektiğinden bu suçların Türk Ceza Kanundaki düzenleniş biçimine de aşağıda yer verilmiştir.

#### *Cinsel saldırı*

*Madde 102- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 md.) (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. 8994 (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından*

isimleri rumuzlanmadan bir kitapta yayınlanması hususunda cinsel saldırı mağduru kadının unutulma hakkından yararlandırılmasına yönelik kararı dikkat çekmiştir.<sup>10</sup> Ardından Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesince cinsel saldırı suçundan hüküm giymiş R. Ç'nin unutulma hakkından yararlanması gerektiğine<sup>11</sup> dair karar verildikten sonra, cinsel saldırı suçundan hüküm giyen diğer kişilerin de bu haktan yararlanıp yararlanamayacağı tartışılmaya başlamıştır. Ancak cinsel saldırı suçundan hüküm giyenlerin unutulma hakkından yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin tartışmalarda unutulma hakkı kendi başına bir insan hakkı olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada unutulma hakkının insan hakkı olup olmadığı İoanna Kuçuradi'nin insan hakları yaklaşımından hareketle ele alınacaktır.

Bu çalışma için Kuçuradi'nin görüşlerinin tercih edilmesinin sebebi, onun “*insan haklarına ilişkin yaygın ve daha ziyade uluslararası hukuka dayanan yaklaşımlardan farklı olarak, insan haklarına felsefi açıdan bakan ve antropolojik bilgi üzerine temellenen insan onuru/değeri kavramları ekseninde oluşturulmuş*” olmasıdır.<sup>12</sup> Ayrıca onun görüşlerinde

---

*birlikte, e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Cinsel saldırı için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (5) Suç sonucu mağdurun bütünsel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*

*Cinsel taciz*

*Madde 105- (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(1) (2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun; a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından, c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.*

<sup>10</sup>Bkz. KÜPELİ, Ceren, “Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, İstanbul 2016, s. 229-239.

<sup>11</sup>Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi Kararı K. 2020/334, T. 13.08.2020.

<sup>12</sup>YÜCEL DERİCİLER, Özge, “İoanna Kuçuradi'nin İnsan Haklarına Yaklaşımı Çerçevesinde Sosyal Hakların Korunması Sorunu”, **İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında**, (Editörler: Betül ÇOTUKSÖKEN, Gülriz UYGUR, Hülya ŞİMGA), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014, s. 182.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

günümüzdeki yaygın insan hakları yaklaşımlarından farklı olarak, insan hakları sadece muamele görmeye ilişkin taleplerle sınırlı olmayıp, hem muamele görme ilkeleri hem de muamele etme ilkeleri olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda onun yaklaşımında, insan hakları ile insan onuru arasında insan haklarının etik yönünü gösterecek biçimde bağ kurulması mümkündür.<sup>13</sup> Ancak unutulma hakkının bir insan hakkı olup olmadığının Kuçuradi'nin insan hakları yaklaşımından hareketle tartışmasına geçmeden önce unutulma hakkının ne olduğunun tanımlanması gerekmektedir.

## II. UNUTULMA HAKKININ HUKUKİ TANIMI

Unutulma hakkı, Avrupa Komisyonunca 95/46/EC sayılı Veri Koruma Direktifinde değişiklik yapılmasına dair taslak metnin 17. maddesinin kenar başlığında unutulma hakkı ve silme hakkı başlığı altında kişilerin kendilerine ait kişisel verilerin silinmesini talep etme hakkı olarak düzenlenmiştir.<sup>14</sup> 2010 yılında *Mario Costeja Gonzalez* bir İspanyol gazetesinin kendi mülküyle ilgili iflas davasını konu alan, bilgilerin Google arama motorlarından silinmesine ilişkin talebi Google tarafından reddedilince, bu konuyla ilgili Avrupa Toplulukları Adalet Divanına başvurdu. Bu başvuru üzerine ATAD 13 Mayıs 2014 tarihli *Google v. Costeja Gonzalez* kararında Google arama motorlarının operatörleri tarafından gerçekleştirilen bu işlemin emlak satışı ile ilgili Google arama motorlarında arama yapıldığında gerekli bilgilerin düzeltilmesine yönelik karar vermiştir.<sup>15</sup> Bu kararda unutulma hakkı insan hakkı olarak değerlendirilerek; bu hakkın ifade özgürlüğü ve diğer temel haklarla ilgisinin kurulması gerektiği de belirtilmiştir.<sup>16</sup> Her ne kadar 95/46/EC sayılı direktifte ve ATAD'ın kararında unutulma hakkına açıkça yer verilse de ne direktifte ne de kararda unutulma hakkının tanımı yapılmamıştır. Ancak Cécile de Terwangne'ye göre kişilerin geçmişlerine indirgenmemeleri ve geçmişleri nedeniyle darmadağın olmalarının önlenmesi bakımından son

<sup>13</sup>İSPİR TOPRAK, Zeynep, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları Üzerine” **İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında** (Editörler: Betül ÇOTUKSÖKEN, Gülriz UYGUR, Hülya ŞİMGİ), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul 2014, s. 119.

<sup>14</sup>Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and On the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation) European Commission, 2012, Article 17: "Right to be Forgotten and to Erasure".

<sup>15</sup>JONES, Meg Leta, *Ctrl + Z: The Right to Be Forgotten*, NYU Press, 2016, s. Introduction.

<sup>16</sup>LYNSKEY, Orla, “Control over Personal Data in a Digital Age: Google Spain v AEPD and Mario Costeja Gonzalez”, **Modern Law Review**, Volume 78, Number 3, 2015, s. 523.

derece önemli olan unutulma hakkı ile ne kastedildiğini doğru anlamak önemlidir.<sup>17</sup>

Unutulma hakkının önemine vurgu yapan bazı yazarlarca unutulma hakkı farklı biçimlerde tanımlanmaktadır. Örneğin Rolf Weber'e göre unutulma hakkı kişisel verilerinin silinmesini sağlayarak bireylerin üçüncü kişilerce izlenmemesi gerektiği iddiasını yansıtmaktadır.<sup>18</sup> Buna paralel olarak Paul Bernal unutulma hakkının kişilere sadece geçmişlerine ilişkin verileri kontrol etme hakkı tanınmayıp, aynı zamanda geçmişlerine ilişkin bilgileri silme ve düzeltme imkânı sağladığı ve kişilerin kendilerine ilişkin bilgilerin veri kontrolü yapanlar tarafından doğrudan silinmesi isteme hakkı verdiğiinden unutulma hakkının silme hakkının değişik versiyonu olduğu ileri sürmektedir.<sup>19</sup> Oysa Bert-Jaap Koops'a göre unutulma hakkı başkaları tarafından unutulmaya yönelik olduğundan üçüncü şahısların perspektifini içermektedir.<sup>20</sup> Bu noktadan hareketle Terwangne'ye göre silme hakkı veri öznelerine kendilerine ilişkin yasal olmayan verileri sınırlama veya durdurma hakkı verse de, unutulma hakkı veri kontrolü yapanlara hukuki sorumluluk yükleme ve veri sahibine kişisel verilerin işlenmesine itiraz hakkı verdiği için sadece silme hakkına indirgenmez. Bu doğrultuda Terwangne, unutulma hakkını “*zamanla herkese açık hale gelen verileri geçmişten geri getirmeyi durdurmak*” biçiminde tanımlamaktadır.<sup>21</sup>

Unutulma hakkına yönelik yukarıda belirtilen nitelemeler ve tanımlamalarda, kişilerin kendileri ile ilgili bilgileri tam olarak kontrol etmeye hakları olduğu ve kontrolü sağlayabilmek için gerekirse kendileriyle ilgili bilgileri dijital ortamdan silmeye hakları olduğu ifade edilmektedir. Buradan hareketle bu hak çoğunlukla dijital teknolojideki gelişmelerle ilgisinde ele alınmaktadır. Bu tanımlarda dijital teknolojinin yanlış

<sup>17</sup>TERWANGNE, Cécile de “The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750\\_cecile\\_fv.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf), (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

<sup>18</sup>WEBER, Rolf H., “The Right to be Forgotten More than a Pandora's Box”, **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law**, Number 2, 2011, s. 120.

<sup>19</sup>BERNAL, Paul, “A right to delete” **European Journal of Law and Technology**, Volume 2, Number 2, 2011, <http://ejlt.org/article/view/75>, (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

<sup>20</sup>KOOPS, Bert-Jaap, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the *Right to Be Forgotten* in Big Data Practice”, **Tilburg Institute for Law, Technology, and Society**, Volume 8, Issue 3, 2011, s. 230-234.

<sup>21</sup>TERWANGNE, De, “The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750\\_cecile\\_fv.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf) (Erişim Tarihi: 15.03.2020).

kullanımından kaynaklı mahremiyet ihlalini önleme potansiyeline ve dijital teknolojiyle bağlantılı veri saklamaya odaklanılmaktadır. Oysa kişilerin geçmişte yaşadıkları olaylar nedeniyle damgalanmaktan kurtulup yeni bir başlangıç yapma isteği günümüze özgü bir durum değildir. Dolayısıyla bu hakkın sadece dijital teknolojiyle bağlantılı olarak ele alınması bu hakkın dijital çağ öncesine ilişkin arka planın gözden kaçırılmasına neden olduğu belirtilebilir.

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi unutulma hakkının dijital çağ öncesine ilişkin arka planının gözden kaçırılması bu hakkın tanımlanması bakımından önemli bir eksikliktir. Ancak bu eksikliği Eren Sözüer'in unutulma hakkını "*bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerin zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılması ya da gündeme getirilmemesini talep etme hakkı*"<sup>22</sup> olarak tanımlamasıyla giderdiği söylenebilir. Ayrıca Sözüer'in tanımında yer alan doğru bilgi ve bu bilginin hukuka uygun olarak yayılmasına yer verilmesi unutulma hakkının sınırlarının belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira bu tanımdan yola çıkıldığında kişiler hakkında doğru olmayan bilgilerin yayılması unutulma hakkı ile ilgili olmayıp kişilerin başka hukuki haklarıyla ilgilidir.<sup>23</sup>

Dijital teknolojideki gelişmelere paralel biçimde dijital ortamlarda kişilerin özel hayatlarının ifşa edilmesi kişileri sonsuza dek bağlayıp, pratikte kişilerin onlardan kaçmasını imkânsız hale getirmektedir. Bu nedenle onları kendilerine ilişkin bilgilerin süresiz olarak saklanmasının zararlı etkilerinden korumaya yönelik olan unutulma hakkı, dijital teknolojinin gelişmesiyle özel bir önem kazanmıştır. Unutulma hakkının çeşitli hukuk düzenlerinde kendine yer bulmasından hareketle ve uluslararası hukukta da öneminin artmasına dayanılarak, özellikle de temel bir hak olan özel yaşamın gizliliğin korunması için var olması gereken, ancak ifade özgürlüğü ve diğer temel hakların korunmasına engel olmaması gereken bir insan hakkı olduğu ileri sürülmüştür. Yani bir taraftan unutulma hakkı söz konusu iken diğer tarafta ifade özgürlüğünün bu hak sebebiyle sınırlanması söz konusu olabilmekte, dolayısıyla haklar arasında bir dengeleme veya bir hakka öncelik verme tartışması ortaya çıkabilmektedir. Ancak çalışmamız bakımından Kuçuradi'nin görüşleri esas alınmaktadır ve bu nedenle hangi hakkın öncelikli olduğu tartışması dışarıda tutulmaktadır. Zira Kuçuradi'nin görüşlerinde hukuki hakların çatışması ve dengelenmesinden ziyade bir hakkın insan hakkı olup olmadığı önem arz

<sup>22</sup>SÖZÜER, 2017, s. 205.

<sup>23</sup>SÖZÜER, 2017, s. 43-44.

etmektedir. Bu sebeple onun insan hakları yaklaşımından hareketle unutulma hakkının bir insan hakkı olup olmadığı üzerinde durulabilir.

### III. İOANNA KUÇURADİ'NİN YAKLAŞIMI ÇERÇEVESİNDE UNUTULMA HAKKI

Günümüzde “İnsan hakları farklı insanlar için farklı anlamlara gelmektedir. İnsanlar yüksek değer yüklemek istedikleri şeyleri kolayca insan hakları içine koymakta, hoşlanmadıkları şeyleri ise bir insan hakkı ihlali olarak etiketlemektedir”.<sup>24</sup> Oysa Kuçuradi’ye göre “İnsan hakları, belirli tarihsel koşullarda, insanın bazı yapısal olanaklarının değerinin bilgisinden türetilen normlardır. İnsanın bu yapısal olanaklarının gerçekleşebilmesi için gerekli olduğu düşünülen koşulları dile getirirler. İnsanın değerini-varlıktaki özel yerini- korumayı amaçlar.”<sup>25</sup> Bu normlar insan türüne özgü olan olanakların gerçekleştirilebilmesinin zorunlu koşullarını ortaya koymaktadır.<sup>26</sup> Başka bir ifadeyle “insan hakları, her insanla ilgili bazı gerekleri dile getirirler, bu gerekler, insanın değerini tanıma ve koruma istemleri olarak, yani insanları yalnızca insan oldukları için koruma istemleri olarak ortaya çıkar”.<sup>27</sup>

Kuçuradi her bir insan hakkının temelinde insanın değeri olduğunu söylemektedir. O’na göre değer bir şeyin içinde bulunduğu alandaki ayırıcı özelliği, onu o şey yapan yanı ve özel yeri olduğundan, insanının değeri diğer canlılar arasındaki yerine ve insanı diğer canlılardan ayıran özelliklerine göre ve olanaklarına bakarak belirlenir.<sup>28</sup> İnsanın değerleri ise saygı, sevgi, dürüstlük, adalet, eşitlik gibi etik değerler ile sanat, bilim, felsefe teknik gibi insan başarılarıdır. Başka bir ifadeyle insanın değeri ile değerlerin aynı şey olmadığını söylemektedir. Bu noktadan hareketle insanı değerli kılanın sevgi, saygı, güven gibi değerleri gerçekleştirme olanağını

<sup>24</sup>NEVILLE Andrew, Is it a Human Right to be Forgotten? Conceptualizing the World View, **Santa Clara Journal of Intenational Law**, Vol:15, s. 170-171. Erişim Tarihi: 04.04.2020. <https://digitalcommons.law.scu.edu/scujil>

<sup>25</sup>TOMASAEVKSİ Katherine “The Right to Define, What Human Rights are: International Human Rights Making, Editor, KUÇURADİ İoanna, **The Idea of Human Rights**, Philosophical Society of Turkey, Ankara 1995, s.59, Aktaran TEPE Harun, “İnsan Doğası ve İnsan Hakları: İki Yaklaşım”, **İnsan Hakları Felsefesi**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2018, s. 49.

<sup>26</sup>KUÇURADİ İoanna, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018a, s. 1-2.

<sup>27</sup>KUÇURADİ, 2018a, s.1-2

<sup>28</sup>KUÇURADİ, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 2018c, s. 70-75.

kendinde taşıması değerleri değerli kılanın ise insansal olanların gerçekleştirilmesinde rol oynaması olduğu ileri sürülebilir.<sup>29</sup>

Kuçuradi kendi insan hakları yaklaşımını insanın olanaklarından ve bu olanakların gerçekleşmesini sağlayabilecek koşulların bilgisinden hareketle oluşturmaktadır. Ona göre insan hakları kişilerde insanın olanaklarını koruma istemleridir, insanın olanaklarını gerçekleşmesini olanaksız kılan koşulların tersinin talebidir.<sup>30</sup> Bu nedenle de insan haklarının amacının insan türüne ait olanakların her kişi için gerçekleştirilmesi ve geliştirmesi olduğunu belirtmektedir.<sup>31</sup> Buradan yola çıkarak insan haklarını, insanın olanaklarını gerçekleştirilmesinde ona dokunulmamasını sağlayan işkence yasağı, düşünce ve kanaat özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, vs. talepler ile kişinin insansal olanaklarının gerçekleştirilmesinin önkoşulunu sağlamaya yönelik, sağlık hakkı, eğitim hakkı vs. talepler olarak nitelendirmektedir.<sup>32</sup>

Kişileri kendilerine ilişkin bilgilerin süresiz olarak saklanması zararlı etkilerinden korumaya yönelik bir hak olan unutulma hakkı, bazı hukuk düzenlerinde insan hakkı olarak kabul edilmektedir. Ancak Kuçuradi'nin görüşlerinden hareket edildiğinde unutulma hakkının bir insan hakkı olduğu söylemek çok kolay değildir. Zira yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı gibi onun insan hakları yaklaşımında her kişi hakkı insan hakkı olarak değerlendirilmeyip, sadece insanın olanaklarını gerçekleştirirken insana dokunulmamasına yönelik talepler ile insanın olanaklarının gerçekleştirilmesinin önkoşulunu sağlamaya yönelik talepler insan hakları olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca bu olanakların her bir kişide, yani her insanda gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesi amaçlamaktadır. Oysa bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerin zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılması ya da gündeme getirilmemesini talep etme hakkı olan unutulma hakkı, her şeyden önce insanın olanaklarını gerçekleştirilmesiyle ilgili değildir. Yani unutulma hakkı bu olanaklara dokunulmamasıyla sınırlı olmadığı gibi olanakların gerçekleştirilmesi için ön koşul sağlamaya da ilgili değildir. Dolayısıyla Kuçuradi'nin sağlık veya eğitim hakkı gibi istisnasız her kişide istemeyi

<sup>29</sup>TEPE Harun, “Çocuk, Etik Değerler ve Değerler Eğitimi” **Teorik Etik Etiğin Bilgisel Sorunları**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2016, s. 134-135.

<sup>30</sup>İSPİR TOPRAK, 2014, s.115-119.

<sup>31</sup>TEPE, Harun, “İnsan Doğası ve İnsan Hakları: İki Yaklaşım”, **İnsan Hakları Felsefesi**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2018a, s. 19.

<sup>32</sup>KUÇURADI İoanna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncüller Olarak İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2018b, s. 62-66.

içeren yaklaşımında unutulma hakkını kendi başına bir insan hakkı olarak görmek ve her durumda talep edebilmek mümkün değildir. Bu noktada çeşitli hukuk düzenlerinde veya belgelerde unutulma hakkının bir insan hakkı olarak tanımlanması Kuçuradi'nin görüşleri bakımından önemli değildir. Zira Kuçuradi'nin yaklaşımında bir hakkın insan hakkı olup olmadığının o hakkın çeşitli hukuk düzenlerince tanınmasıyla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Elbette unutulma hakkı, kişilerin geçmişlerine mahkûm olmalarının önüne geçilmesine zemin hazırlayarak geçmişte hata yapmış veya başından kötü bir olay geçmiş kişilerin, kötü anılarıyla sonsuza dek hatırlanmalarına engel olunması bakımından önemlidir.<sup>33</sup> Ancak Kuçuradi'nin insan hakları yaklaşımından yola çıkıldığında unutulma hakkı, kişilere ait bilgilerin ifşasının onlara onur sahibi birer varlık olarak muamele görmesi ve onların özel hayatlarının gizliliğine zarar verilmesinin engellenmesi bağlamında düşünülebilir. Bu doğrultuda unutulma hakkının hakkın mahremiyet hakkının korunmasını sağlayan bir hukuki hak olabileceği ancak başlı başına bir insan hakkı olamayacağı ileri sürülebilir. Diğer bir ifadeyle Kuçuradi'nin görüşleri bakımından her durumda uygulanması gereken sağlık ve eğitim gibi bir insan hakkı olmasa da mahremiyet hakkını korumaya yarayan bir hukuki hak olarak ele alınabilir.

Unutulma hakkı mahremiyet hakkının korunmasına yönelik işlevi bakımından da oldukça önemlidir. Zira günümüzde özellikle de dijital teknoloji kullanılarak çok fazla mahremiyete müdahale edilmektedir. Bu doğrultuda Charles Friedt mahremiyetin artık kaygı verici bir konu olmaya başladığını ileri sürdüğü makalesinde, mahremiyet olmadan sevgi, saygı, güven ve dostluk değerlerine dayalı ilişkilerin kurulmasının ve sürdürülmesinin mümkün olmadığını söyleyerek mahremiyete yönelik tehditlerin bütünlüklü insanlar olunmasını engellendiğini belirtmektedir. Friedt, insanların birbirleriyle olan ilişkilerinin çok arttığını ifade etmektedir. Özellikle elektronik cihazların gelişimi ile birlikte daha önce müdahale edilmemiş alanlara insanların sinsice nüfuz ettiğine dikkat çekmektedir.<sup>34</sup> Oysa mahremiyet kişilerinin kendileriyle ilgili bilgileri kontrol etmelerine, ilişkilerini şekillendirmelerine, kişiliğin oluşturulmasına ve geliştirilmesine ciddi katkı sağlaması bakımdan önemlidir. Ayrıca sevgi, saygı, güven vb. etik ilişki değerleriyle oluşmasına ve korunmasına zemin

<sup>33</sup>YAVUZ, Can, **Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 47; SÖZÜER, 2017, s.11,

<sup>34</sup>FRIEDT, Charles, "Privacy", **The Yale Law Journal**, Vol. 77, 1968, s. 475.  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



hazırladığı için de mahremiyet ile insan onuru arasında sıkı bağ kurulması mümkündür.<sup>35</sup> Kuçuradi'nin değerlere vurgu yapan yaklaşımı düşünüldüğünde, Friedt'in bu değerlendirmeleriyle mahremiyet hakkıyla ilgisinde bir hukuki hak olarak unutulma hakkının önemi ve ilişkisi daha kolay fark edilebilir.

Anita L Allen ise sevgi, güven ve saygı gibi değerlerden çok toplumsal koşullara odaklanarak, sanal ortamlarda kadınların mahremiyetlerinin erkeklerden daha fazla tehdit altında hissettiklerini söylemektedir. Allen sanal ortamlarda kadınların ikincil konumda ve erkeklerin uzantısı olan kolay hedefler olarak görülmeleri ve bu ortamlarda davranışlarından erkeklerden daha fazla sorumlu olmalarına yönelik beklentilerin gerçek dünyadaki durumdan farklı olmadığını iddia etmektedir. Başka bir ifadeyle sanal ortamdaki kadınların ikincil konumuyla gerçek dünyada ikincil konumda olmanın birbirinden bağımsız olmadığını söylemektedir. Bu noktadan hareketle Allen kadınların erkeklere tâbi olmaları gerektiğine ilişkin beklentiler nedeniyle onların özgür seçimlerine dayalı ve yaşamlarını anlamlı kılacak bir mahrem alan oluşturmalarının gerçek yaşamda olduğu kadar sanal platformlarda da pek mümkün olmadığını sürmektedir.<sup>36</sup>

Yukarıda da belirtildiği gibi Kuçuradi'nin görüşlerinde merkezi bir yeri olan insan onuru ile mahremiyet arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Kuçuradi insan onurunu "*insanın değerinin farkındalığı olarak*"<sup>37</sup>, yani insanın nesnel değerinin öznel karşılığı olarak nitelendirmektedir. Zaten "*bir şey yapan, bir eylemde bulunan kişi, insan onuruna veya değerine zarar vermek istemiyorsa, başka bir deyişle etik eylemde bulunmak istiyorsa, nasıl davranması gerektiğini söyleyen insan hakları normlarıdır*".<sup>38</sup> Bu noktadan hareketle o, insan onurunu insan haklarının etik boyutuyla ilişkilendirmektedir. Zira ona göre, insanların görmesi ve başka insanlara da göstermesi gereken muameleyi dile getiren insan hakları da etik ilkeler niteliğindedir. Buradan yola çıkıldığında insan onurunu korumak isteyen kişi, sadece belirli türden muamele görmek istemekle yetinmeyecektir. Kendisinin de aynı muameleyi, yine insan onurunu

<sup>35</sup>ÖZDEMİR, Nadire, **İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 248.

<sup>36</sup>ALLEN, Anita L. "Gender and Privacy in Cyberspace", **Standford Law Review**, Vol. 52, s. 1175-1190.

<sup>37</sup>KUÇURADI, 2018, s. 72.

<sup>38</sup>TEPE, Harun, "İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt", **İnsan Hakları Felsefesi**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2018a, s. 86

korumak için diğer insanlara göstermesi gerekecektir.<sup>39</sup> Dolayısıyla insanın değerinin bilgisi ona sahip olanlar için, doğal ve rastlantısal özellikleri ne olursa olsun başka insanlara, hatta bu değerinin farkında olmayanlara da bu değere uygun muamele etmeyi gerektirir.<sup>40</sup> Bu hususu Kuçuradi şu şekilde ifade etmektedir: “*Bir kişide bir insan hakkının korunması söz konusu olunca, bu kişinin kim olduğu önemli değildir; başkasının bir insan hakkının çiğnenmiş olması bile önemli değil. İnsan olması, insan haklarının onun içinde korunması hakkını sağlıyor ona. Bir insan hakkını insan hakkı yapan, yani hiçbir insanda çiğnenmemesi ya da sağlanması gerekliliği, insanın olanaklarının bilgisinde temelini buluyor.*”<sup>41</sup> Bu nedenle cinsel tacizde veya saldırıda bulunan kişiler her ne kadar taciz ettikleri veya saldırıda buldukları kişilere karşı insan onuruna yakışmayacak biçimde muamele etmiş olsalar da, bu kişilerin açık kimliklerini ifşa edilmesinin insanın onur sahibi varlık olduğu düşüncesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı tartışmalıdır. Yani bu hakkın her kişi için uygulama bulması gereken mutlak bir niteliğe sahip olup olmadığı konusunda uzlaşa bulunmamaktadır. Dolayısıyla açık kimliklerinin bilinirliğini ortadan kaldırmak isteyen her cinsel saldırı failinin unutulma hakkından yararlanmasının gerekli olup olmadığı ele alınması gerekmektedir. Ancak unutulma hakkının çağımızda yeniden gündeme gelmesinde bireylerin kendilerine ilişkin istemedikleri bilgilerin dijital platformlarda yayılması etkili olmuştur. Dolayısıyla bu meseleden önce cinsel taciz veya saldırı faillerinin bu platformlarda ifşa edilmesi üzerinde durulabilir. Bu kapsamda aşağıda özellikle “*#MeToo (ben de)*” hareketi üzerinden değerlendirme yapılacaktır.

#### IV. CİNSEL TACİZ FAİLLERİNİN İFŞA EDİLMESİ<sup>42</sup>

“*#MeToo bir arkadaş tarafından öneriliyor: Eğer tüm cinsel tacize uğramış kadınlar #MeToo yazarsa, insanlara sorunun büyüklüğü hakkında fikir verebiliriz.*”<sup>43</sup>

*#MeToo* hareketi kendisi de cinsel tacize uğramış bir aktivist olan Tarana Burke tarafından kendisiyle benzer deneyimleri yaşamış daha

<sup>39</sup>İSPIR TOPRAK, 2014, s. 120.

<sup>40</sup>KUÇURADİ, 2018, s. 72-73.

<sup>41</sup>KUÇURADİ, 2018a, s. 2.

<sup>42</sup>Bu çalışma için uygun görülen Sözüer’in unutulma hakkı tanımında kişiler hakkında doğru olmayan bilgilerin yayılması unutulma hakkı ile ilgili olmayıp başka hukuki haklar ile ilgili olduğundan cinsel taciz faillerinin ifşa edilmesi masumiyet karinesi bakımından tartışılmayacaktır.

<sup>43</sup>15 Ekim 2017 tarihinde Alyssa Milano’nun Twitter hesabından (*#MeToo*).  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

savunmasız konumda olan özellikle de genç ve siyah kadınların yaşadıklarını anlatmaları için 2006 yılında bir Amerikan sosyal network servisi olan Myspace'de başlatılmıştır.<sup>44</sup> Hareket 2017 yılında yukarıdaki alıntının yapıldığı Alyssa Milano'nun Twitter hesabından yaptığı paylaşımının ses getirmesinin ardından ilk önce Amerika Birleşik Devletleri'nde, sonrasında başka ülkelerde yaygınlaşmıştır.<sup>45</sup>

#MeToo hareketi ile cinsel tacize maruz kalmış genç ve siyah kadınlar gibi daha savunmasız konumda ve eşitsizliğe daha fazla maruz kalmış kadınlar arasında dayanışma olanağı oluşturularak cinsel tacizle ilgili sessizliğin kırılması amaçlanmıştır. Bu kişiler sosyal medyada eşzamanlı olarak taciz deneyimlerini paylaşarak ve kamuoyunun cinsel tacizle ilgili farkındalığını artırarak cinsel tacizin görünür kılınmasını hedeflemiştir. Bu doğrultuda farkındalık artırmanın cinsel tacizde bulunan kişiler ile cinsel tacize uğrayanlar kişiler arasında bireysel bir mesele olmaktan ziyade cinsel tacizin cinsiyet eşitsizliğinin bir ürünü olduğunu ortaya koymaya çalışmışlardır.<sup>46</sup>

Debra L. Jackson'a göre #MeToo hareketi insanlara sorunun büyüklüğü hakkında fikir vermenin ötesindedir. Zira istenilmeyen cinsel davranışa maruz kalanların yaşadıklarının hâkim kültürece cinsel taciz olarak kabul edilmeyişine karşı, maruz kalınan davranışı cinsel taciz olarak kabul ettirme mücadelesidir.<sup>47</sup> Ancak Jackson bu mücadelenin hiç kolay olmadığını özellikle de cinsel tacizle ilgili bilgisel adaletsizliklerin (*epistemic injustices*) bu mücadeleyi zorlaştırdığına dikkat çekmektedir.<sup>48</sup>

Miranda Fricker'e göre bilgisel adaletsizlik güç ilişkilerinin bilgiyi etkilemesiyle ilgili olup bilgisel olarak yanlış tanınmayla ilgilidir. O'na göre

<sup>44</sup>OHLHEISER, Abby "The woman behind 'MeToo' knew the power of the phrase when she created it – 10 years ago" 19 Ekim 2017 tarihli The Washington Post gazetesi arşivinden.

<sup>45</sup>OHLHEISER, "The woman behind 'MeToo'...", The Washington Post gazetesi arşivinden; FILEBORN Bianca and LONEY-HOWES, Rachel "Introduction: Mapping the Emergence of #MeToo", *MeToo and The Politics of Social Change*, Editor: Bianca FILEBORN and Rachel LONEY-HOWES, Springer Nature Press, 2019, s. 3-8.

Türkiye'de de 14 Şubat 2015 tarihinde paylaşılan #sendeanlat hashtag'i üzerinden yapılan paylaşımlar bu kapsamda düşünülebilir.

<sup>46</sup>OHLHEISER, "The woman behind 'MeToo'...", The Washington Post gazetesi arşivinden; JACKSON, Debra L., "MeToo: Epistemic Injustice and the Struggle for Recognition", *Feminist Philosophy Quarterly*, Volume 4, Issue 4, s.1-5.

LONEY-HOWES, Rachel, "The Politics of the Personal: The Evolution of Anti-rape Activism From Second-Wave Feminism to #MeToo", Editors: Bianca Fileborn and Rachel Loney-Howes, Springer Nature Press, 2019, s. 28-32

<sup>47</sup>JACKSON, 2018, s. 1-5.

<sup>48</sup>JACKSON, 2018, s. 5-12.

bilgisel adaletsizlikle tanıklıkla ilgili adaletsizlik (*testimonial injustice*) ve hermeneutik adaletsizlik (*hermeneutic injustice*) olarak iki farklı şekilde karşılaşılmaktadır.<sup>49</sup> Tanıklıkla ilgili adaletsizlik kişilere kadın olmaları siyah olmaları vb. özellikleri nedeniyle onlara önyargılı davranmasıyla ilgilidir. Bu adaletsizlik türü toplumda daha az güç sahibi olanlara daha az inanmaya ve güvenmeye dayalıdır. Bu kişilere güvenilmemesi de onların dinlenmeye değer görülmemesine ve deneyimlerinin ciddiye alınmamasına sebep olmaktadır. Hermeneutik adaletsizlik ise kişinin kendisinin veya içinde bulunduğu grubun içinde bulunduğu yapısal adaletsizliklerden kaynaklı olarak marjinalleştirilmesi nedeniyle kendi deneyimini aktaracağı veya onu anlamlı kılacak bilgisel kaynakların eksikliği nedeniyle sosyal dünyayı kendi deneyimine göre yorumlama imkânına sahip olamamaktır. Buradaki adaletsizlik dinleyenlerden değil, yapısal adaletsizliklere (*structural injustices*) dayalı önyargılardan kaynaklanmaktadır. Örneğin cinsel taciz kamusal bir sorun olarak ortaya koyulmadığı dönemlerde istemediği cinsel davranışa maruz kalanların histerik veya frijit olarak yorumlanmaları bu bağlamda düşünülebilir.<sup>50</sup> Dolayısıyla #MeToo hareketinin adaletsizliğin farklı biçimlerini gösterme konusunda bir imkân sağladığı ileri sürülebilir. Zaten Jackson'a göre #MeToo hareketinin başladığı hâkim kültüre göre, yabancı erkeklerin tecavüz ettiği sadece beyaz, varlıklı, tecavüz sırasında fiziksel şiddete uğrayan kadınların yaşadıkları tecavüz olarak kabul edilmektedir. Bu algıya göre siyah kadınlar tecavüze uğramazlar, yakın ilişkide tacize uğradığını söyleyenler ilişkilerinde başarısız oldukları için intikam almak isteyenlerdir. Mesela erkekler sürekli cinsel arzu duydukları için bir kadının tacizinden asla rahatsız olmazlar gibi önyargılara veya deneyimleri görmezden gelinerek bazı kişiler bilgisel adaletsizliğe maruz kalmaktadır.<sup>51</sup> Bu bakımdan Gülriz Uygur'un şu tespiti son derece önemlidir: Bilgisel adaletsizlik, güç ilişkilerinin bilgiyi etkilemesiyle ilgilidir ve daha az güç sahibi olanların bilen olarak kabul edilmemesi kişileri sessizleştirmektedir.<sup>52</sup> Bu noktadan yola çıkıldığında Jackson da #MeToo hareketinin cinsel tacize maruz kalanların kendi deneyimlerinin adını taciz olarak koyabilme ve

<sup>49</sup>FRICKER, Miranda, *Epistemic Injustice: Power the Ethics of Knowing*, Oxford University Press, 2007, s. 1-2.

UYGUR, Gülriz, *Hukukta Adaletsizliği Görmek*, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 103-111.

<sup>50</sup>UYGUR, 2013, s. 103-111.

<sup>51</sup>JACKSON, 2018, s. 5-6.

<sup>52</sup>UYGUR, 2013, s. 103-111.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

yaşadıklarının taciz olduğunu anlatarak sessizliklerini kırmaları bakımından cinsel tacizle ilgili bilgisel adaletsizliklerin üstesinden gelinme potansiyeline işaret etmektedir. Ancak ona göre bu hareket başkaları tarafından tanınmaya dayalıdır ve bu hareket içinde de bazı insanların deneyimlerine yeterince yer verilmemesi de olasıdır. Yani bu kimselerin marjinalleştirilip bilgisel adaletsizliğe uğrama olasılıkları yok sayılmamalıdır.<sup>53</sup> Zaten bu hareket ırkı, sınıfı veya cinsel yönelimi bakımından dezavantajlı kişilerin yaşadıkları cinsel tacizle ilgili göz ardı edilmiş deneyimlerin konuşulmaya başlanması bakımından önemli bulunurken, bu kişilerin yaşadıkları cinsel tacizle ilgili adaletsizliklerin yeterince su yüzüne çıkmadığı yönünde eleştirilmektedir.<sup>54</sup>

*#MeToo* hareketi ve sonrasında cinsel tacize maruz kalanların sessizliklerinin kırılması, kendi deneyimlerini paylaşarak yaşadıkları tacizin görünür kılınmaya başlanması çok önemlidir. Ancak bu deneyim paylaşımı çok sayıda cinsel taciz failinin ifşa edilmesini de kapsamı, beraberinde cinsel taciz faillerini ifşa etmenin cinsel tacizle mücadele için iyi bir yöntem olup olmadığı tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Oysa bu tartışılırken *#MeToo* hareketi ile azımsanamayacak sayıda cinsel taciz olayının yargıya taşındığı genellikle göz ardı edilmektedir. Yani *#MeToo* hareketi sadece sosyal medyada cinsel taciz deneyimlerini paylaşmakla sınırlı olmamıştır. Bu hareket kendi içinden 1 Ocak 2018'de Hollywood ünlüleri tarafından cinsel taciz mağdurlarına yaşadıkları mağduriyetleri hukuki sürece taşıdıklarında maddi destek vermek için *#Time'sUp* (süre doldu) adıyla yeni bir hareket daha çıkarmıştır.<sup>55</sup> *#Time'sUp* 1 Ocak 2002'de toplam 24.000.000 dolar bağış toplayarak 4000 cinsel taciz mağdurunun yaşadığı cinsel tacizi yargıya taşımalarına olanak sağlamıştır. Özellikle de ünlü film

<sup>53</sup>JACKSON, 2018, s. 7-15.

<sup>54</sup>Not: *MeToo* hareketinde cinsel tacizin ırk sınıf ve cinsel yönelimle ilgili göz ardı edilen boyutlarının konuşulmaya başlamasından, cinsel tacize uğrayan, siyahların azınlıkların ve lgbt bireylerin perspektiflerinin bu harekete gereği gibi yansıtıldığına yönelik eleştiriler için Bkz. RYAN, Tess "This Black Body Is Not Yours for the Taking", *MeToo and The Politics of Social Change*, Editors: Bianca FiLEBORN and Rachel LONEY-HOWES, Springer Nature Press, 2019, s. 99-1; KAGAL, Neha, COWAN, Leah ve JAWAD, Huda, "Beyond the Bright Lights: Are Minoritized Women Outside the Spotlight Able to Say *#MeToo*?", *MeToo and The Politics of Social Change*, Editors: Bianca FILEBORN and Rachel LONEY-HOWES, Springer Nature Press, 2019, s. 117-132; ISON, Jess, "It's Not Just Men and Women: LGBTQIA People and *#MeToo*", *MeToo and The Politics of Social Change*, Editors: Bianca Fileborn and Rachel Loney-Howes, Springer Nature Press, 2019, s. 151.168.

<sup>55</sup><https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c0CHOyuQMUMJ:https://time.com/5189945/whats-the-difference-between-the-MeToo-and-times-up-movements/+&cd=12&hl=tr&ct=clnk&gl=tr/> Erişim Tarihi(09.10.2021.)

yapımcısı Harvey Weinstein'in cinsel saldırıdan yargılanması (her ne kadar mağdurlar bunu taciz olarak adlandırsa da) ve dava sürecinde mağdurlarla örgütlü biçimde dayanışma kurulması sadece *#Time'sUp* ile sınırlı olmayacak biçimde *#MeToo* hareketinin önemli kazanımlarındandır.<sup>56</sup>

*#MeToo* hareketinin tüm bu kazanımlara rağmen cinsel taciz faillerin ifşa edilmesinin cinsel tacizle mücadelede iyi bir yöntem olup olmadığı Türkiye'de de bir süredir haklı olarak tartışılmaktadır. Ancak son zamanlarda bu yönetime karşı çıkanlar hatta bu yönetime temkinli yaklaşanlar dahi kadın düşmanı, fail sevici vb. ifadelerle tacizcileri kollamakla suçlandıkları için bu yöntemi tartışmak zorlaşmıştır.<sup>57</sup>

Elbette cinsel tacizle mücadelede ifşa yöntemine başvurulmasının en önemli nedeni adalet sistemine duyulan güvensizliktir. Diğer bir ifadeyle cinsel tacizin sosyal medya aracılığı ile ifşa edilmesinde, bilgisel adaletsizlik başta olmak üzere pek çok adaletsizliğe maruz kalan kadınların adalet sistemine güven duymaması önemli bir rol oynamaktadır. Zira kadınlar sadece cinsel tacizle sınırlı olmayan, uğradıkları birçok diğer şiddet biçimini yargı sürecine taşıdıklarında da, adaletsizliklere maruz kalmakta ve bu sebeple adalet sistemine güvenmemektedir. Bu nedenle cinsel tacize uğrayan pek çok kadın adalet sistemine başvurmak yerine sosyal medyada oluşturulan kamuoyu ile yaşadıklarını paylaşarak bu platformlarda destek arayışını tercih etmektedirler.<sup>58</sup> Ancak bu destek arayışı ise kimi zaman eleştirilebilmektedir. Örneğin Mine Şirin kadınların ifşalar aracılığıyla aleyhlerine işleyen adalet mekanizmasını reddederek, bunun yerine orta üst sınıfın ahlak normlarına başvurulmasını ve buradan destek almaya çalışılmasına dikkat çekmektedir. Şirin, ahlak normlarından hareket edildiğinde tacize uğrayanın ne yaşadığının değil bu tacizi kimin yaptığının tartışıldığına vurgu yapmaktadır.<sup>59</sup>

Zeynep Direk de ifşayı değerli bulmakla birlikte aynı zamanda risklerine dikkat çekmektedir. Direk'e göre şiddet sadece cinsel tacizle sınırlı olmayıp, yapısal şiddet biçimlerinin kadınlar ile erkekler arasındaki eşitsiz güç

<sup>56</sup><https://www.cbsnews.com/news/times-up-legal-defense-fund-has-linked-4000-alleged-sexual-harassment-victims-with-attorneys/> (Erişim Tarihi: 09.10.2021).

<sup>57</sup> KARACA Sevda, "İfşa, Yöntem, Muhteva, Olanaklar ve Sınırlar", <https://www.evrensel.net/yazi/87762/ifsa-yontem-muhteva-olanaklar-ve-sinirlar>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021).

<sup>58</sup>KARACA, "İfşa, Yöntem, Muhteva, Olanaklar ve Sınırlar", <https://www.evrensel.net/yazi/87762/ifsa-yontem-muhteva-olanaklar-ve-sinirlar>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021)

<sup>59</sup>Aylin Vartanyan, Mine Şirin ve Selcan Özgür'le Cinsel Tacizle Mücadele Yöntemleri Paneli, "<http://www.bukak.boun.edu.tr/?p=1622>", (Erişim Tarihi: 04.05.2021).

ilişkileriyle ilgilidir. Bu durumun ise kadınların özgürlüklerini azaltmakla kalmayıp kadınların kendilerini suçlu ve değersiz hissetmelerine yol açtığını ifade etmektedir. Dolayısıyla kadınların uğradıkları tacizcileri ifşa etmelerini güç ilişkilerini değiştirmeye yönelik bir girişim olarak önemsenmeye değer bulmaktadır. Ancak Direk eşitsiz güç ilişkilerine dayalı toplumlarda ifşa eden kadının toplum tarafından daha da sorgulanarak veya utandırılarak yıpratılma riskine de vurgu yapmaktadır. Dahası dijitalleşmeyle birlikte eşit konuşulmaya dayalı kamusal ortam yerine muhataplarını taraf tutmaya zorlayan yeni kamusallaşmalarda ifşanın beraberinde cinsel tacizde bulunanı dışlamaya yönelik iptal kültürü oluşturduğunu belirtmektedir. Bu kültürün de başka eşitsizlikler ve adaletsizliklere kapı aralama potansiyeline vurgu yapmaktadır.<sup>60</sup> Ona paralel biçimde Julia Serano doğrudan cinsel taciz faillerinin ifşasına değinmemekle birlikte ifşa etmenin ifşa eden kişilere kendi kendini haklılaştırma potansiyeli verirken ifşa edilen kişilere kendini açıklama fırsatı bile vermediğini iddia ederek ifşayı eleştirmektedir.<sup>61</sup>

Elbette feminist bir yöntem olarak ifşa sadece cinsel taciz faillerinin kimliklerini çeşitli platformlarda paylaşmaya indirgenemez. Ifşa kadınlara karşı işlenen suçlarla sınırlı olmayacak biçimde erkek egemen sistemde kadınların çeşitli bağlamlarda yaşadıkları adaletsizlikleri ve eşitsizlikleri dile getirerek, bu eşitsizlikler karşısında birlikte dayanışarak güçlenme çabası olarak düşünülebilir.<sup>62</sup> Bu noktadan hareketle Cemre Baytok'un “*ifşa tek atımlık bir hareket olarak feminist kamuoyunda algılandığında, yani tek bir eylem ve hedefe, örneğin, failin en yüksek cezayı almasına veya alanlardan yok olmasına sıkıştığı zaman sistematiklik ve kolektiflik ortadan kalkabiliyor ve tek kişi ile mücadele riskine girebiliyoruz*” uyarısı son derece önemlidir.<sup>63</sup> Zira kadınların tacizcilerini sosyal medyada ifşa ederek seslerini duyurmaya çalışmaları ve bu platformlardaki destek arayışları ilk bakışta kadınların tacizcileri karşısında güçlenme çabası olarak görülebilir. Ancak Baytok kadınları destekleyici sosyal ve politik ortamlar olmadığında,

<sup>60</sup>DİREK, Zeynep, “Türkiye’de #MeToo Hareketine İlişkin Düşünceler”<https://avrupaforum4.org/turkiyede-me-too-hareketine-iliskin-dusunceler-zeynep-direk/>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).

<sup>61</sup>SERANO, Julia, “*The Excluded: Making Feminist and Queer Movements More Inclusive*”, Seal Press, 2013, s.290-298.

<sup>62</sup>BAYTOK, Cemre, “Ifşa Adalet ve Kadınların Güçlenmesi”, <https://m.bianet.org/biamag/kadin/238817-ifsalar-adalet-ve-kadinlarin-guclenmesi> (Erişim Tarihi: 02.04.2021)

<sup>63</sup>BAYTOK, “Ifşa Adalet ve Kadınların Güçlenmesi”, <https://m.bianet.org/biamag/kadin/238817-ifsalar-adalet-ve-kadinlarin-guclenmesi> (Erişim Tarihi: 02.04.2021)

işşanın kadınları daha da yalnız bırakıp güçsüzleştirme potansiyelini de barındırdığı uyarısında bulunmaktadır.<sup>64</sup>

Bu nedenle çalışmanın girişinde yer alan “...tüm tacizcilerin isimlerinin hem kadınlar hem de devlet tarafından yayınlanması sonucunda amacımıza ulaştığımızı iddia edebilecek miyiz? Yoksa özel alanın politikleştirilmesi mevzusunu yeniden ele almamızı gerektiren bir noktayı çoktan geçtik mi...?” sorusu önemlidir. Zira “...kamusal tartışmanın parçası haline gelmek, kamusal görünürlük kazanmak, beraberinde kamusal alanın yeniden yapılanmasına ilişkin bir perspektifi taşımadıkça kadınların kamuda pasif kalmaları, seyirlik malzeme haline gelmeleri çok kolaydır...”<sup>65</sup>

Cinsel tacizin kamusal alanda görünür kılınması, özel alanın politikleşmesiyle çok yakından bağlantılıdır. Ancak cinsel tacizin kamusal alanda görünür kılınması kadar nasıl görünür kılındığı da önemlidir.<sup>66</sup> Dolayısıyla cinsel taciz faillerinin açık kimliğini işşa etmek yerine bu taciz türünde duruma odaklanarak bu taciz türünün eşitsizliklerle ve ayrımcılıkla ilgisini de ortaya koyarak, bu sorunu kamusal alanda görünür kılmanın cinsel tacizle mücadelede son derece önemli olduğu belirtilebilir. Bu noktadan hareketle cinsel tacizin görünürlüğü mücadelesinde cinsel tacizde bulunan kişilerin açık kimliklerini işşa etmeden deneyim paylaşımı üzerinde düşünülebilir. Zaten cinsel tacizde duruma odaklanmayıp cinsel taciz faillerine odaklanmak cinsel tacizin kaynaklandığı nedenlerin gözden kaçırmaya neden olması bakımından da problemlidir. Bu odaklanma biçimi cinsel tacizin sadece cinsel tacize uğrayan ve cinsel taciz faili arasında yaşanan bireysel sorunmuş gibi algılanmasına neden olmaktadır. Ayrıca cinsel tacizde kişiye odaklanmanın cinsel tacizin diğer nedenlerin yanında, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklandığının görmezden gelinmesine zemin hazırladığı söylenebilir.<sup>67</sup> Bu nedenle failerin rumuzlanarak yapılacak bir işşanın dikkatlerin faile kaymasından çok mağdurun

<sup>64</sup>BAYTOK, “İşşa Adalet ve Kadınların Güçlenmesi”, <https://m.bianet.org/biamag/kadin/238817-ifsalar-adalet-ve-kadinlarin-guclenmesi> (Erişim Tarihi: 02.04.2021)

<sup>65</sup>ACAR SAVRAN, Gülnur” Özel Kamusal, Yerel Evrensel: İkilikleri Aşan Bir Feminizme Doğru” **Praksis**, 2002, Sayı 8,s. 301.

<sup>66</sup>Cinsel tacizle ilgili adil olmayan mahkeme kararlarını paylaşmak, cinsel taciz ilgili duruşmaları izlemek, cinsel taciz ve saldırıya karşı destek birimlerinin cinsel tacizin çok çeşitli boyutlarıyla ilgili bilgi paylaşımlarını takip etmek vb. pek çok yöntemle cinsel tacizi görünür kılmak mümkündür.

<sup>67</sup>ÖZKAZANÇ, Alev, “Cinsel Taciz, Siyaset ve Taciz Siyaseti”, **Cinsellik, Şiddet ve Hukuk Feminist Yazılar, Dipnot Yayınları**, 2019b, Ankara, s. 185-189.  
YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)



yaşadıklarına odaklanmayı sağlayacağı ve amaca uygun olacağı ifade edilebilir.

Elbette cinsel taciz bu davranışa maruz kalan kişilere yönelik cinsel şiddettir. Bu şiddete maruz kalan kişilerin kendi bedenleri üzerindeki hakları başta olmak üzere, maddi manevi varlıklarını geliştirme hakları, çalışma hakları, eğitim hakları vs. ihlal edildiği için cinsel taciz bir insan hakkı sorunudur.<sup>68</sup> Ancak cinsel tacizde bulunan kişilere insanın onur sahibi varlık olduğu düşüncesiyle bağdaşmayacak biçimde muamele edilmesi insan hakkı ihlali olması bakımından problemlidir. Ayrıca cinsel taciz faillerini ifşa etmek, yukarıda belirtildiği gibi, cinsel tacizin ayrımcılıkla ve eşitsizliklerle olan ilgisini görmezden gelinmesine zemin hazırlayarak bu sorunun cinsel tacize uğrayan ve cinsel taciz failleri arasında yaşanan bireysel sorunmuş gibi algılanmasına neden olmaktadır. Oysa cinsel tacizin eşitsizliklerle olan ilgisinin kurulması, cinsel tacizin cinsel tacize uğrayan ve tacizde buluna kişiler arasında bireysel sorunlar gibi algılanmasının önüne geçilmesinde son derece önemlidir. Ancak bu ilginin sadece cinsel tacize uğrayan kişiler bakımından değil, cinsel taciz failleri bakımından da kurulması gerekmektedir. Bu nedenle cinsel tacizde bulunan kişileri aşağılamak, damgalamak, teşhir etmek gibi davranışlar cinsel tacizin diğer nedenlerden çok toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden kaynaklı olduğunu görmezden gelmektir. Hatta bir adım daha ileri gidecek olursak, cinsel taciz faillerine insan onuruna yakışmayacak biçimde muamele edilmesi korku kültürünü de beslediğinden, cinsel tacizle mücadele edebilmek için oldukça önemli olan korku kültürünün dönüştürülmesine ket vurmaktadır.<sup>69</sup> Ayrıca bu sorunun eşitsiz ilişkilerden kaynaklandığını ve cinsel tacizle mücadele etmek için eşitsizliğe dayalı kültürü değiştirmek gerektiğini görünmez kılabilmektedir. Bu nedenle failin açık kimliğine yönelik ifşaların, cinsel tacizle mücadeleye zarar verme riskini beraberinde getirebileceği ileri sürülebilir

---

<sup>68</sup>ŞİMGİA, Hülya ve UYGUR, Gülriz, “Cinsel Taciz Bir Adaletsizlik Formudur”, **Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları** (Editörler: Hülya ŞİMGİA ve Gülriz UYGUR), Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, 2018, s.1

<sup>69</sup>ÖZKAZANÇ, Alev, “Üniversitede Cinsel Tacize Karşı Önlemler: Mevcut Yaklaşımlara Eleştirel Bir Bakış” **Cinsellik, Şiddet ve Hukuk Feminist Yazılar**, Dipnot Yayınları, 2019a, Ankara, s. 191-198.

## V. SONUÇ

Yukarıda belirtildiği gibi cinsel taciz veya saldırı faillerinin açık kimliklerinin ifşa edilmesinin hem cinsel tacizle mücadele yöntemi olarak hem de insan onuru bakımından bazı problemleri noktaları bulunmaktadır. Ancak tüm bu problemleri noktalara rağmen cinsel saldırı faillerinin her koşulda unutulma hakkından yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Zira Kuçuradi'nin insan hakları yaklaşımından hareket edildiğinde unutulma hakkının bir insan hakkı olduğunu söylemek çok kolay değildir. Ancak onun insan hakları yaklaşımından yola çıkıldığında unutulma hakkı kişilere ait bilgilerin ifşasının onlara onur sahibi birer varlık olarak muamele edilmesi ve onların özel hayatlarının gizliliğine zarar verilmesinin engellenmesi bağlamında düşünülebilir. Bu doğrultuda, unutulma hakkının mahremiyet hakkının korunmasını sağlayan bir hukuki hak olabileceği ancak başlı başına bir insan hakkı olamayacağı ileri sürülebilir. Buradan yola çıkıldığında O'nun yaklaşımdan hareketle unutulma hakkının bir insan hakkı olmadığı mahremiyet hakkının korunmasını sağlayan bir hukuki hak olmasının pratik sonucu unutulma hakkının her koşulda değil ancak bazı koşullar altında kullanılması mümkün olmasıdır.

Kuçuradi'nin yaklaşımından hareketle unutulma hakkının bazı koşullarda kullanılabilmesinin mümkün olması cinsel saldırı faillerinin hangi koşullar altında unutulma hakkından yararlanabileceğine ilişkin bir kanaat oluşturabilmek için tek başına yeterli değildir. Ayrıca unutulma hakkının sınırlarının belirlemesi çok önemlidir. Bu sınırları belirlemede Sözüer'in unutulma hakkı tanımının yol gösterici olabileceği ileri sürülebilir. Zira Sözüer unutulma hakkını "*bireyin geçmişte hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikteki bilgilerin zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılması ya da gündeme getirilmemesini talep etme hakkı*" olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan yola çıkıldığında unutulma hakkının kullanılması için her şeyden önce hukuka uygun olarak yayılmış ve doğru nitelikte bilgi gerekmektedir. Bu nedenle cinsel saldırı faillerinin unutulma hakkından yararlanabilmesi için sadece saldırı suçunu gerçekten işlemiş ve bu suç nedeniyle açık kimliklerinin bilinir olması tek başına yeterli değildir. Ayrıca bu tanımda doğru bilgilerin zamanın geçmesine bağlı olarak erişimden kaldırılması veya gündeme gelmemesine vurgu yapılmaktadır. Bu noktadan yola çıkıldığında cinsel saldırı suçunun üzerinden ne kadar süre geçmelidir sorusu akla gelmektedir. Ancak bu soruya bir çırpıda cevap vermek kolay değildir.

Cinsel saldırı suçunun üzerinden ne kadar süre geçmelidir sorusuna cevap vermek ne kadar zor olsa da bu suçun yargıya taşınıp taşınmamasının bu

sorunun cevabında çok kilit bir nokta olduğu belirtilebilir. Bu sorunun cevabında diğer bir kilit nokta da yargılama sürecinin adil olup olmaması ve faillerin etkin bir ceza alıp almamasıdır. Hatta yargılama bittikten sonra faillerin cezalarını tamamlamış olup olmamalarının da göz önüne alınması gerektiği ileri sürülebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi N. B. B'nin bireysel başvurusu sonrasında unutulma hakkının kullanıma ilişkin verdiği kararda “...bir İnternet haberinin unutulma hakkı kapsamında İnternet'ten çıkarılabilmesi için yayının içeriği, yayında kaldığı süre, güncelliğini yitirme, tarihsel bir veri olarak kabul edilememe, kamu yararına katkısı (toplumsal açıdan haberin değeri, haberin geleceğe ışık tutan niteliği) habere konu kişinin siyasetçi veya ünlü olup olmadığı, haber veya makalenin konusu, bu bağlamda haberin olgusal gerçekler ya da değer yargısı içerip içermediği, halkın ilgili veriye yönelik ilgisi gibi hususların her somut olay açısından incelenmesi...”<sup>70</sup> gerektiğini belirtmektedir. Bu değerlendirme de göz önüne alınarak her cinsel saldırı failinin unutulma hakkından yararlanması gerektiği rahatlıkla söylenilemez. Cinsel saldırının yargılama aşamasına taşınması, yargılama sürecinin adil olup olmadığı, failin etkili bir ceza alıp almadığı, faile ceza aldıysa cezasını tamamlayıp tamamlamadığı gibi pek çok husus hesaba katılması gerekmektedir. Ayrıca her cinsel saldırı olayı kendi tekliğinde incelenerek cinsel saldırı faillerinin unutulma hakkından yararlandırılıp yararlandırılmayacağına yönelik olarak karar verilmesinin isabetli olduğu ileri sürülebilir. Diğer bir ifadeyle bu hakkın hayata nasıl geçirildiği ise somut koşullara bakmayı gerektirdiği için her olayda ayrı bir değerlendirme yapılmasının yerinde olduğu ifade edilebilir.

Kısaca Kuçuradi'nin görüşlerinden hareket edildiğinde unutulma hakkı sağlık ve eğitim hakkı gibi her durumda uygulanacak bir insan hakkı olmayıp mahremiyet hakkının bir hayata geçirilmesiyle ilgili hukuki bir haktır. Bu nedenle unutulma hakkının her cinsel saldırı failine her koşulda tanınması gerektirmeyecektir. Ancak Kuçuradi'nin yaklaşımından hareket edildiğinde her cinsel saldırı olayı kendi tekliğinde incelenerek cinsel saldırı faillerinin unutulma hakkından yararlandırılıp yararlandırılmayacağına yönelik olarak karar verilmesinin mümkün olduğu ileri sürülebilir.

<sup>70</sup>2013/5653 nolu N.B.B. Bireysel Başvuru, K. 2015/1679, E. 2014/4-56, T. 3/3/2016.

**KAYNAKÇA****Kitap ve Makaleler**

- ACAR SAVRAN, Gülnur, “Özel Kamusal, Yerel Evrensel: İkilikleri Aşan Bir Feminizme Doğru” **Praksis**, Sayı 8, 2002, ss 255-306.
- ALLEN, Anita L., “Gender and Privacy in Cyberspace”, **Standford Law Review**, Vol. 52, ss. 1175-1200.
- DOĞAN, Derya, “Unutulma Hakkı ve Uygulanması”, **30. Bilişim Kurultayı Bildiriler Kitabı**, (Editör: İzzet Gökhan ÖZBİLGİN), Türkiye Bilişim Derneği Yayınları, Ankara, 2013.
- ELMALICA, Hasan, “Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 65, Sayı 4, Ankara, 2016, ss. 1603-1636.
- FILEBORN Bianca and LONEY-HOWES, Rachel “Introduction: Mapping the Emergence of #MeToo”, **MeToo and The Politics of Social Change**, Editor: Bianca FILEBORN and Rachel LONEY-HOWES, Springer Nature Press, 2019.
- FRICKER, Miranda, **Epistemic Injustice: Power the Ethics of Knowing**, Oxford University Press, 2007.
- FRIEDT, Charles, “Privacy”, **The Yale Law Journal**, Vol. 77, 1968, ss. 475-493.
- ISON, Jess “It’s Not Just Men and Women: LGBTQIA People and #MeToo”, **MeToo and The Politics of Social Change**, (Editors: Bianca Fileborn and Rachel Loney-Howes), Springer Nature Press, 2019, ss. 151-168.
- İSPIR TOPRAK, Zeynep, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları Üzerine” **İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında** (Editörler: Betül ÇOTUKSÖKEN, Gülriz UYGUR, Hülya ŞİMGA), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2014.
- JACKSON, Debra L., “MeToo: Epistemic Injustice and the Struggle for Recognition”, **Feminist Philosophy Quarterly**, Volume 4, Issue 4, Article 7, ss.1-19.
- JONES, Meg Leta, **Ctrl + Z: The Right to Be Forgotten**, NYU Press, 2016.
- KAGAL, Neha, COWAN, Leah ve JAWAD, Huda, “Beyond the Bright Lights: Are Minoritized Women Outside the Spotlight Able to Say #MeToo?”, **MeToo and The Politics of Social Change**, (Editors: Bianca FILEBORN and Rachel LONEY-HOWES), Springer Nature Press, 2019, ss. 133-150.

- KOOPS, Bert-Jaap, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the *Right to Be Forgotten* in Big Data Practice”, **Tilburg Institute for Law, Technology, and Society**, Volume 8, Issue 3, 2011, ss. 229-256.
- KUÇURADİ, “Felsefe ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018a, ss. 1-10.
- KUÇURADİ, İoanna, “Etik İlkeler ve Hukukun Temel Öncüller Olarak İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018b, ss. 55-68.
- KUÇURADİ, İoanna, “İnsan Onuru Kavramı ve İnsan Hakları”, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2018c, ss. 69-76.
- KÜPELİ, Ceren, “Şiddet Mağduru Kadınların Unutulma Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, İstanbul 2016, ss. 229-239.
- LONEY-HOWES, Rachel, “The Politics of the Personal: The Evolution of Anti-rape Activism From Second-Wave Feminism to *#MeToo*”, ***#MeToo And The Politics Of Social Change*** (Editors: Bianca FILEBORN and Rachel LONEY-HOWES), Springer Nature Press, 2019, ss. 21-36.
- LYNSKEY, Orla, “Control over Personal Data in a Digital Age: Google Spain v AEPD and Mario Costeja Gonzalez”, **Modern Law Review**, Volume 78, Number 3, 2015.
- ÖZDEMİR, Nadire, **İlişkisel Özerklik Bağlamında Evli Birey**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- ÖZKAZANÇ, Alev “Üniversitede Cinsel Tacize Karşı Önlemler: Mevcut Yaklaşımlara Eleştirel Bir Bakış” **Cinsellik, Şiddet ve Hukuk Feminist Yazılar**, Dipnot Yayınları, 2019b, Ankara, s. 191-198.
- ÖZKAZANÇ, Alev, “Cinsel Taciz, Siyaset ve Taciz Siyaseti”, **Cinsellik, Şiddet ve Hukuk Feminist Yazılar**, Dipnot Yayınları, Ankara, 2019a, ss. 185-192.
- RYAN, Tess “This Black Body Is Not Yours for the Taking”, ***MeToo and The Politics of Social Change***, (Editors: Bianca FiLEBORN and Rachel LONEY-HOWES), Springer Nature Press, 2019, ss. 117-132.
- SERANO, Julia, **The Excluded: Making Feminist and Queer Movements More Inclusive**, Seal Press, 2013.
- SÖZÜER, Eren, **Unutulma Hakkı İnsan Hakları Hukuku Perspektifinden Bir İnceleme**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.

- ŞİMGA, Hülya ve UYGUR, Gülriz, “Cinsel Taciz Bir Adaletsizlik Formudur”, **Üniversitelerde Cinsel Taciz ve Saldırıyla Mücadele: CTS Çalışmaları** (Editörler: Hülya ŞİMGA ve Gülriz UYGUR), Doğu Akdeniz Üniversitesi Yayınları, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, 2018.
- TEPE, Harun “Çocuk, Etik Değerler ve Değerler Eğitimi” **Teorik Etik Etiğin Bilgisel Temelleri**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2016, ss. 131-140.
- TEPE, Harun, “İnsan Doğası ve İnsan Hakları: İki Yaklaşım”, **İnsan Hakları Felsefesi**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2018a, ss. 13-52.
- TEPE, Harun, “İnsan Hakları: Kavram, Kapsam ve Ölçüt”, **İnsan Hakları Felsefesi**, Bilgesu Yayınları, Ankara, 2018b.
- UYGUR, Gülriz, **Hukukta Adaletsizliği Görmek**, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- WEBER, Rolf H., “The Right to be Forgotten More than a Pandora's Box”, **Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law**, Number 2, 2011, ss. 120-130.
- YAVUZ, Can, **Unutulma Hakkı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- YILMAZ, Berrak, **Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara 2019.
- YÜCEL DERİCİLER, Özge, “İoanna Kuçuradi'nin İnsan Haklarına Yaklaşımı Çerçevesinde Sosyal Hakların Korunması Sorunu”, **İoanna Kuçuradi Çağın Olayları Arasında**, (Editörler: Betül ÇOTUKSÖKEN, Gülriz UYGUR, Hülya ŞİMGA), Tarihçi Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Hukuki Dokümanlar ve Yargı Kararları**
- 6689 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu: Kanun Kabul Tarihi 24/03/2016, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi 07.04.2016, Sayı 29677.
- Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı, K. 2015/1679, E. 2014/4-56, T. 3/3/2016.
- Korkuteli Sulh Ceza Mahkemesi Kararı, K. 2020/334, T. 13.08.2020.
- Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and On the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation) European Commission, 2012.
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, E. 2014/4-56, K.2015/1679, T. 17.06.2015.

### **İnternet Kaynakları**

- Aylin Vartanyan, Mine Şirin ve Selcan Özgür'le Cinsel Tacizle Mücadele Yöntemleri Paneli, “<http://www.bukak.boun.edu.tr/?p=1622>”, (Erişim Tarihi: 04.05.2021).
- BAYTOK, Cemre, “İfşa Adalet ve Kadınların Güçlenmesi”, <https://m.bianet.org/biamag/kadin/238817-ifsalar-adalet-ve-kadınların-güçlenmesi> (Erişim Tarihi: 02.04.2021)
- BERNAL, Paul, “A right to delete” **European Journal of Law and Technology**, Volume 2, Number 2, 2011. <http://ejlt.org/article/view/75>, (Erişim Tarihi: 15.03.2020)
- DİREK, Zeynep, “Türkiye'de #MeToo Hareketine İlişkin Düşünceler” <https://avrupaforum4.org/turkiyede-me-too-hareketine-iliskin-dusunceler-zeynep-direk/>, (Erişim Tarihi: 04.04.2021).
- <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c0CHOyuQMUMJ:https://time.com/5189945/whats-the-difference-between-the-MeToo-and-times-up-movements/+&cd=12&hl=tr&ct=clnk&gl=tr> (Erişim Tarihi: 09.10.2021).
- <https://www.cbsnews.com/news/times-up-legal-defense-fund-has-linked-4000-alleged-sexual-harassment-victims-with-attorneys/> (Erişim Tarihi: 09.10.2021).
- KARACA Sevda, “İfşa, Yöntem, Muhteva, Olanaklar ve Sınırlar”, <https://www.evrensel.net/yazi/87762/ifsa-yontem-muhteva-olanaklar-ve-sinirlar>, (Erişim Tarihi: 10.04.2021).
- OHLHEISER, Abby "The woman behind 'MeToo' knew the power of the phrase when she created it – 10 years ago" 19 Ekim 2017 tarihli The Washington Post gazetesi arşivinden (Erişim Tarihi: 25.06.2020)
- ŞİRİN, Mine “Kadın Hareketinde İfşa Esas mıdır?”, <https://m.bianet.org/kadin/142801-kadin-hareketinde-ifsa-esas-midir>, 2012, (Erişim Tarihi: 10.10. 2019).
- TERWANGNE, Cécile de “The Right to be Forgotten and the Informational Autonomy in the Digital Environment”, [https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750\\_cecile\\_fv.pdf](https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC86750/jrc86750_cecile_fv.pdf), (Erişim Tarihi: 15.03.2020).





# # TO WHAT EXTENT DOES THE ECTHR PROMOTE AND PROTECT THE RIGHT TO FREEDOM OF RELIGION IN THE CONTEXT OF RELIGIOUS SYMBOLS AT EDUCATIONAL INSTITUTIONS?

(AİHM, EĞİTİM KURUMLARINDA DİNİ SEMBOLLER BAĞLAMINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKINI NE ÖLÇÜDE TANIMAKTA VE KORUMAKTADIR?)

Muhammet Dervis Mete \* \*\*

## ÖZ

Bölgesel bir mahkeme olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) temel hakların geliştirilmesine ve korunmasına katkısı yadsınamaz. Ancak bu makale, AİHM'nin eğitim kurumlarında dini semboller açısından inanç hakkını tanıma ve koruma konusunda ne ölçüde başarılı olduğunu araştırmayı amaçlamaktadır. Bu amaçla, belirli dini sembollere yönelik ve dönüm noktası niteliğinde olan birkaç dava üzerinde durulacaktır. Bu noktada akla bazı sorular gelmektedir. Örneğin, Mahkeme izleme ve denetleme rolünü yeterince üstlenebilmiş midir? Kamusal eğitimde, dini konularda devlet tarafsızlığı ne anlama gelmektedir? Mahkeme, farklı bağlamlarda, yani farklı kültür ve dinlerdeki sembollere ilişkin kararlarında tutarlı olmayı başarabilmiş midir? Mahkeme, çelişkili olduğu iddia edilen ve bu nedenle eleştirilen Şahin (başörtüsü) ve Lautsi (haç) kararlarını nasıl uzlaştırabilir?

Bu sorulara yanıt verebilmek için, kilometre taşı niteliğindeki bu davaların olgusal ve hukuki arka planına ve ilgili düzenleyici çerçeveye kısaca yer verilecektir. Ardından, Mahkeme'nin temel gerekçeleri -dini sembollerin öğrenciler üzerindeki dini yayma etkisi, cinsiyet eşitsizliği ve hoşgörü meseleleri- kapsamlı bir şekilde analiz edilecektir. Mahkemenin sorunlu yaklaşımlarına ve varsa tutarsız yorumlamalarına da aynı bölümde değinilecektir. Ayrıca, takdir yetkisi doktrini, laiklik ilkesi ve tarafsızlık gibi Mahkemenin kararlarında bolca atıf yaptığı bazı ilke ve doktrinler üzerinde durulacaktır.

---

# Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.07.2021. İlk hakem raporu tarihi: 24.11.2021 ve 07.01.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 15.12.2021. Onaylanma Tarihi: 14.01.2022.

\* Edinburgh Üniversitesi Doktora Öğrencisi.

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-2065-7117.

**Esere Atıf Şekli:** Muhammet Dervis Mete, "To What Extent Does the ECtHR Promote and Protect the Right to Freedom of Religion in the Context of Religious Symbols at Educational Institutions?", YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.217-254.

**Anahtar Kelimeler:** başörtüsü ve haç, tutarsız yorumlar, din propagandası yapma, cinsiyet eşitliği, hoşgörü, laiklik.

### **ABSTRACT**

*As a regional Court, the European Court of Human Rights' contribution to the development and protection of fundamental rights is undeniable. Yet, this article aims to explore whether and to what extent the European Court has succeeded in recognizing and protecting the right to belief in terms of religious symbols at educational institutions. To that end, a couple of milestone cases addressing certain religious symbols at schools will be elaborated on. At this point, pertinent questions arise; has the Court adequately fulfilled its monitoring role? What does state neutrality on religious matters in public education mean? Has the Court succeeded in being consistent in its decisions on religious symbols in different contexts, i.e., different cultures and religions? How can the Court reconcile its purported contradicting Sahin (headscarf) and Lautsi (crucifix) decisions?*

*To respond to these and further questions, the factual and legal backgrounds of the milestone cases and the relevant regulatory framework will be briefly provided. Then, the main reasonings of the Court, namely, proselytizing impact of the religious symbols on pupils, gender inequality, and tolerance will be thoroughly analyzed. The problematic approaches and inconsistent interpretations of the Court, if exist, will be touched upon under the same section. Additionally, certain principles and doctrines that the Court adopted such as the doctrine of margin of appreciation, the principle of secularism, and neutrality and impartiality will be elaborated.*

**Keywords:** headscarf and crucifix, inconsistent interpretations, proselytism, gender equality, tolerance, secularism

\*\*\*

### **1. Introduction**

There has been a significant number of cases before the European Court of Human Rights concerning the religious symbols in public spaces, including, among others, national rights to display a crucifix in public schools (Italy), right to wear a cross while working for a private airline company (UK), the proliferation of minarets (Switzerland) or right to wear the Islamic headscarf at public institutions (Turkey and Switzerland).<sup>1</sup>

<sup>1</sup> E. Fokas, 'Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence' (2015) 4(1) *Oxford Journal of Law and Religion* 54, at 55  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

However, in this study, I intentionally wish to elaborate on headscarves and crucifix cases to explore whether the ECtHR has managed to become consistent in dealing with issues about religious symbols in the context of two mainstream religions, Christianity and Islam. To achieve this aim, the most controversial cases were selected, namely, *Dahlab v Switzerland*<sup>2</sup>, *Sahin v Turkey*<sup>3</sup> and *Lautsi v Italy*<sup>4 5</sup>. While the former two cases are related to the headscarf ban in public schools, the latter addresses the mandatory presence of a crucifix on the classroom walls.

In its headscarf decisions, the Court found that the prohibition on the veil can be justified under Article 9(2) of the Convention. The Court referred to the rights and freedom of others and public order to justify the headscarf ban. Yet, in reaching that conclusion, the Court did not attempt to explore, i.e., how many would be affected, the reasons behind the preference of veil, the place of the headscarf in religions, and whether there exist any less restrictive alternative means to protect the freedoms of others, and to maintain public order. Instead, it endorsed a blanket ban implemented and supported by the authority in both Italy and Turkey.<sup>6</sup>

The rulings of the European Court have come across severe critiques and backlashes from various groups, including scholars, politicians, practitioners, and civil society organizations. They argue that the Court has failed to protect and promote the freedom of religion and belief in these specific contexts. Additionally, they accuse the Court of being inconsistent and having a double standard in interpreting the provisions of the Convention, particularly when it comes to Islam and Islamic rituals and practices. In the aftermath of the highly contentious *Sahin* decision, the prominent legal and political figures in Turkey criticised the decision, arguing that it is not incumbent upon the Court to determine who is entitled to wear what. The decision to cover someone's head should belong to the people themselves. Such a significant decision cannot be granted to the

---

<sup>2</sup> *Dahlab v. Switzerland*, App No. 42393/98, Decision of 15 February 2001 ECHR 2001 – V

<sup>3</sup> *Şahin v. Turkey*, Admissibility and Merits, App. No. 44774/98, Decision of 10 November of 2005 44 Eur. HR Rep. 5, (Grand Chamber, 2005)

<sup>4</sup> *Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, Decision of 3 November 2009. [Hereafter *Lautsi* 1.]

<sup>5</sup> *Lautsi and others v Italy*, Merits, App no 30814/06, Decision of 18 March 2011 IHRL 3688 (ECHR 2011), European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR] [Hereafter *Lautsi* 2]

<sup>6</sup> T. Kayaoglu, 'Trying Islam: Muslims before the European Court of Human Rights' (2014) 34(4) *Journal of Muslim Minority Affairs* 345, at 355

Court which is not competent and qualified enough to make a decision in relation to the religious matters.<sup>7</sup>

Headscarf discussions have dominated Turkish politics for several years. The veil has been the main reason behind the escalation between two mainstream groups in Turkey; the conservatives and the seculars. Frey argues that Turkish politics are party politics.<sup>8</sup> Yet, one can amend this argument with that Turkish politics are headscarf politics for at least three decades. For that reason, the decision of the European Court, which upheld the headscarf ban in public schools, has gained great supports from the secular circles on the one hand and has faced severe critiques and backlashes from the conservatives and liberal groups on the other. The European Court justified the ban by claiming that the ban on certain religious symbols might be justified to protect others in countries like Turkey, where a particular religion is dominant and mainstream in defining and shaping the standards of life and society.

Even if this explanation might be considered reasonable, it is difficult to reconcile this understanding with the decision of Dahlab, where the Court upheld the headscarf ban on a Swiss teacher in public schools in Switzerland where the impact and power of the religion in question is minimal. In its ruling, the Court resorted to the argument that the veil might have proselytizing impact on pupils at vulnerable ages. Religious symbols might indeed influence pupils at very young ages. Therefore, the intention of the Court to protect the youngest brain of the society might be understandable. Yet, this time it is difficult to reconcile the proselytizing impact argument of the Court with another controversial verdict; *Lautsi v Italy*. In this case, the Grand Chamber overruled the decision of the Court of First Instance. It endorsed the argument of the Italian state that the existence of a crucifix on the classroom walls would not constitute a violation of the right to freedom of religion. Although potential victims -students- were at vulnerable ages, and the situation was almost the same as that of Dahlab, the Court ignored its proselytizing impact argument in the latter case.

More importantly, the Court seems to miss the point that the mandatory display of a religious symbol in the classrooms would restrict and violate the rights of children and their parents. In other words, the problem does not stem from the mere existence of a religious symbol on the classroom walls but the compulsory character of the crucifix. Indeed, the imposition of a

---

<sup>7</sup> Ibid, at 346

<sup>8</sup> F. W. Frey, *The Turkish Political Elite* (MIT Press 1965)  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

particular religious symbol and its mandatory presence in public schools would not be in line with the principle of neutrality that the state is obliged to respect.

To address the aforementioned issues, this study will first provide the regulatory framework at the international level in relation to the right to believe in the context of religious symbols. Then, the factual and legal backgrounds of the selected milestone cases will be briefly touched upon. The largest proportion of the article will be allocated to the legal justifications of the Court to endorse the headscarf ban and uphold the mandatory display of a specific religious symbol in the classrooms. In this context, proselytizing impacts of the religious symbols on pupils at vulnerable ages, gender inequality, and finally, prioritization of the principle of secularism over other doctrines and principles will be analyzed in a straightforward way. By doing so, it will be examined whether and to what extent the Court has consistently interpreted and implemented the principle of neutrality and impartiality together with the doctrine of margin of appreciation.

While touching upon these elements, principles, and doctrines, the section will simultaneously put forward the problematic understandings and interpretations of the Court and criticize the Court's reliance on stereotypes and generalizations about a particular religion. These two elements; (legal reasoning of the Court and controversial approaches of the Court) could have been addressed under separate sections. Yet, given that the reasonings of the Court and the contradictory strategies that the Court has adopted are closely intertwined, examining these issues under separate sections would have caused repetition. That is why the author decided to address these issues under the same heading.

## **2. Legal Framework**

Right to belief has been regulated by the international human rights regime under several conventions, covenants, treaties, and comments. Yet, as this particular right has numerous elements, the focus of this study will be confined to the aspect of religious symbols. Article 9 of the European Convention and Human Rights (ECHR) in relation to freedom of religion stipulates that with no exception (9.1) “*everyone has the right to freedom of thought, conscience, and religion; this right includes the freedom either alone or in community with others and in public or private, to manifest his*

*religion or belief in worship, teaching, practice, and observance.*”<sup>9</sup> The second paragraph of the article regulates the limitations. It states that (9.2) “*freedom to manifest one’s religion or belief shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*”<sup>10</sup>

Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) has a similar provision which states that “*everyone shall have the right to freedom of thought, conscience, and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice, and teaching.*”<sup>11</sup> Unlike the ECtHR, the United Nations Human Rights Committee clarified the meaning of article 18. The Committee explicitly includes the distinctive religious attires ‘as a protected form of religious practice.’<sup>12</sup>, stating that “*the observance and practice of religion or belief may include not only ceremonial acts but also such customs as...the wearing of distinctive clothing or head coverings.*”<sup>13</sup> Article 19 of the Convention also seems to be applicable to the religious attire, which states that “*everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers.*”<sup>14</sup>

As this study focuses on the cases about the religious symbols at educational institutions, naturally, the second element of the topic has to do with the right to education. Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (ICESCR) sets forth the right to education. It aims to ensure equal access to higher education. Additionally, the Covenant holds state parties responsible for guaranteeing non-

<sup>9</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR) Art 9.

<sup>10</sup> Ibid, Art 9(2)

<sup>11</sup> 1976, International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 171 (ICCPR) art 18(1)

<sup>12</sup> Human Rights Watch Briefing Paper, ‘Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch’s Concerns with Regard to Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf’ (2004) 33.

<sup>13</sup> General Comment number 22 of the United Nations Human Rights Committee, adopted on July 20, 1993, Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.4

<sup>14</sup> ICCPR Art 19

discrimination in the exercise of all the rights identified in the Covenant, explicitly ensuring that, among other parameters, "religion" and "political or other opinions" cannot be deemed as permissible grounds for distinctions.<sup>15</sup>

In short, the logic of the regulatory framework of the international human rights regime about the religious symbol is that prohibitions targeting those wearing religious attires, or disproportionately influencing them without adequate justifications, would not comply with the anti-discrimination provisions of international human rights law.<sup>16</sup> In the following sections, milestone cases concerning the existence of religious symbols at schools will focus on evaluating whether and to what extent the ECtHR has succeeded in protecting and promoting the right to belief.

### 3. Factual and Legal background of Milestone Cases

In this section, I will elaborate on milestone cases in different contexts concerning either wearing headscarf or display of the crucifix on the classrooms' walls. The reason why I chose these specific religious symbols -headscarf and crucifix- is manifold. First and foremost, the docket of cases at the European Court regarding religious symbols consists primarily of headgear. Secondly, as the aim of this study is to examine whether the Court has managed to protect and promote the right to belief, I decided to add the crucifix case to this study in order to both explore and question the problematic and inconsistent approaches of the Court, if exist, in the context of different countries, cultures, traditions, and religions. To that end, *Dahlab v Switzerland* and *Sahin v Turkey* will be elucidated under the topic of headscarf ban at schools, while *Lautsi v Italy* will be examined under the issue of the mandatory presence of the crucifix in the classrooms.

Another reason why I decided to elaborate on these certain cases is that the Court makes a lot of references to the concepts of such as 'Muslim dominated country,' 'distinction between performers and recipients of the public service', 'powerful external symbols', and 'imposition of certain religious practices by holly book' in specifically headscarf cases.<sup>17</sup> While the applicant in *Sahin case* is a student/recipient of the public service, the applicant in *Dahlab case* is a lecturer/performer of the public service. Similarly, while the former lived in a Muslim-dominated country (Turkey), the latter lived in a European state. Consequently, it will be an opportunity

---

<sup>15</sup> 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, (ICESCR) Article 2(2)

<sup>16</sup> See, *Human Rights Watch Briefing Paper*, *supra* note 13, at 22.

<sup>17</sup> See, generally *Sahin v Turkey*, and *Dahlab v Switzerland* decisions of the ECtHR.

to interpret and compare the Court's language in these cases. Additionally, in the crucifix case the Court interestingly chose not to touch upon the aforementioned terms. It disregarded evaluating controversial aspects such as *mandatory* character of the existence of the religious symbols at educational institutions. These specific references -and lack of references- will be a benchmark to assess the credibility and consistency of the Court's verdicts in given contexts.

### 3.1. Dahlab v. Switzerland

In this case, Ms. Dahlab -a Swiss teacher- was not allowed to wear her headscarf in a primary school in the canton of Geneva.<sup>18</sup> She brought a case against the government of Switzerland on the ground that the Swiss authority had violated her right to belief and religion protected by Article 9 of the Convention.<sup>19</sup> Both the Court of the First Instance and Grand Chamber agreed with Swiss authority, arguing that the case is 'manifestly ill-founded' and therefore, it does not deserve to proceed to the merits phase.<sup>20</sup> In its reasoning, the Grand Chamber referred to three main elements.<sup>21</sup> The first one is that headscarf might have a proselytizing effect. The Chamber stated that the headscarf is a 'powerful external symbol' that might have an impact on the freedom of religion of very young children.<sup>22</sup> In this case, the applicant's pupils are at primary school age -between four and eight- at which they can be easily affected compared to older pupils. Under such a scenario, the Court asserted that the risk of proselytizing effect cannot be disregarded.

The second element of the reasoning is that wearing a headscarf is not compatible with gender equality. Yet, the Court did not give a further explanation to justify its argument beyond stating that 'it appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran'.<sup>23</sup> With the same logic, the Court formed its third element of the reasoning, pointing out that it is difficult to reconcile the headscarf with the principles of a democratic society, such as; the message of tolerance, equality and non-

<sup>18</sup> See *Dahlab v. Switzerland* case, *supra* note 3.

<sup>19</sup> A. C. Romero, 'The European court of human rights and religion: Between 'Christian' neutrality and the fear of Islam' (2013) 11 *New Zealand Centre for Public Law* 75, 22

<sup>20</sup> Article 35(3) of the ECHR

<sup>21</sup> See *Dahlab v. Switzerland* case, *supra* note 3. See also C. Evans, 'The 'Islamic Scarf' in the European Court of Human Rights' (2006) 7 *Melbourne Journal of International Law* 52, at 62

<sup>22</sup> See *Dahlab v. Switzerland* case, *supra* note 3, at 463.

<sup>23</sup> *Ibid*, at 463.



discrimination, and respect for others. Again, the Court preferred to jump to the conclusion rather than explaining why a religious outfit cannot be compatible with these principles.<sup>24</sup>

### 3.2. Sahin v. Turkey

Turkey witnessed a 'postmodern coup' in 1997.<sup>25</sup> The military came up with some 'advice', including, among other things, closure of religious schools and implementation of headscarf ban at tertiary education level across the country. The government had no choice but to either enforce the 'advice' of the military or resign. It chose the latter option. The Turkish Constitutional Court decided to close the political party in the aftermath of the coup and prevented its leaders from politics. Following this political ban, the Vice-Chancellor of the University of Istanbul issued the 1998 Circular<sup>26</sup> that implemented the headscarf ban at universities. This Circular was the legal document to which the ECtHR referred.<sup>27</sup>

The Circular instructed lecturers to prevent female students with headscarves from accessing the lectures, tutorials, and examinations. Yet, the Circular did not give any reasons why these measures have been taken.<sup>28</sup> Leyla Sahin was a fifth-year medical student who had studied at this university.<sup>29</sup> Ms. Sahin was not allowed to take the modules and sit for examinations because she refused to remove her headscarf. Her attempt to attend the lectures ended up with a warning by the school administration.<sup>30</sup> Then, she brought the case against the then Turkish government before the domestic courts. She basically argued that her right to belief and religion had been violated through the measure of expulsion from the university.<sup>31</sup> However, Turkish legal authorities did not agree with her.

After unsuccessfully exhausted all the required domestic remedies in the Turkish legal system, she brought the case before the ECtHR to argue that her rights to freedom of thought, conscience, and religion, which is guaranteed by Article 9 of the Convention, had been infringed by the

---

<sup>24</sup> See Evans, *supra* note 22, at 62.

<sup>25</sup> Coup plotters call their initiative a 'postmodern coup' because they managed to oust the legitimate government without resorting to blood spill. See generally, Hulki Cevizoglu, *Generalin 28 Subat Itirafi Postmodern Darbe*, Ceviz Kabugu Yayinlari, 2012.

<sup>26</sup> The Circular of Istanbul University, 23.02.1998, [1998]

<sup>27</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 351.

<sup>28</sup> *Ibid*, at 341

<sup>29</sup> See Evans, *supra* note 22, at 60.

<sup>30</sup> *Ibid*, at 60.

<sup>31</sup> *Ibid*, at 61.

Turkish state. The Court held that the headscarf ban at the university level could be considered as interference of Article 9 of the European Convention. Yet, this intervention shall be justified by the second paragraph of Article 9, which stipulates that ‘it was necessary in a democratic society to pursue the legitimate aims of protecting the public order and the rights and freedoms of others.’<sup>32</sup>

### 3.3. Lautsi v. Italy

An Italian citizen, Ms. Lautsi, brought the case before the Court by acting in her name and on behalf of her children.<sup>33</sup> The allegation was that the existence of a crucifix on the classroom walls infringed her children's right to belief and religious freedom, which is protected by Article 9 of the Convention and the right to education governed by Article 2 of Protocol 1. Additionally, the applicant claimed that the Italian administrations violated her own right to provide education with her children in accordance with her religious convictions.<sup>34</sup>

Initially, the Chamber of the ECtHR unanimously ruled in favor of the applicant on the ground that the display of the crucifix on the classroom walls 'amounted to an illicit imposition of religious beliefs on the applicants'<sup>35</sup> The Court continued that the educational facilities must be deemed sensitive areas in which school children at a young age, who do not have the critical capacity to keep their distance from the preferred stance of the state in religious issue, are exposed to the compelling power of the state.<sup>36</sup> In its decision, the Court drew attention to the mandatory nature of the existence of the crucifix at educational institutions. It concluded that it is the compulsory display of a religious symbol, particularly in the classrooms, that restricted and violated the right of parents to educate their children in accordance with their religious convictions along with that of children themselves to believe or not to believe.

Additionally, the reasoning highlighted the fact that the restrictions are not in line with the principle of neutrality that the state shall respect 'in the exercise of public authority, particularly in the field of education.'<sup>37</sup> In consequence, the Court made it clear that the Italian government is under

<sup>32</sup> Article 9 of the ECHR

<sup>33</sup> See, *Lautsi v. Italy* case, *supra* note 5.

<sup>34</sup> D. Kyritsis and S. Tsakyrakis, 'Neutrality in the classroom' (2013) 11(1) *International Journal of Constitutional Law* 200, at 201.

<sup>35</sup> See, *Lautsi v. Italy* case, *supra* note 5.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, para 57.

the obligation to organize the school environment in a more pluralistic way.<sup>38</sup> Yet, the Grand Chamber subsequently reversed the ruling of the first Chamber by an overwhelming majority.<sup>39</sup> Although it admitted that the crucifix is a religious symbol of the Christian belief, it held that the Italian regulations which impose the obligation to display crucifixes on the classroom wall did not violate the relevant provisions of the European Convention. According to the Court, the Italian administration had stayed within the 'margin of appreciation.'<sup>40</sup>

#### **4. Legal Reasonings of the Court and Its Controversial Approaches**

In this section, I will examine the legal reasoning of the Court. To that end, I will start with the elements of the reasoning of the headscarf cases that the Court has put forward. These are proselytism, gender equality, and finally, tolerance. Indeed, the Court has made three assumptions that (a) the religious headscarf gives rise to proselytizing effect, (b) constitutes an obstacle to gender equality, and (c) cannot be compatible with tolerance and respect for others.<sup>41</sup> Then, the crucifix case examination will help us discuss the relevant doctrines and principles, i.e., the principle of secularism, neutrality and impartiality, and the doctrine of margin of appreciation. The alleged 'problematic' approaches such as simplistic, reductionist, and patriarchal understandings and interpretations of the Court, if exist, will be the focus of this section. This will help us explore whether and to what extent the Court has managed to protect and promote this specific right consistently in the context of religious symbols at educational institutions.

##### **4.1. Proselytism**

Proselytism is a well-chosen element because it has been at the center of the reasonings of the cases in question. In its decisions, the Court categorized religious headgears as a proselytizing act.<sup>42</sup> Indeed, it can be inferred from the reasoning of the Court that the mere existence of a headscarf seems to be considered as having proselytizing impacts on others. Yet, the focus of the Court varies from case to case. For example, in *Sahin* decision, the Court drew attention to the fact that wearing powerful religious symbols, which is perceived as a compulsory duty, might impact others who

---

<sup>38</sup> See *Romero*, *supra* note 20, at 11.

<sup>39</sup> See *Lautsi and others v Italy* case, *supra* note 6.

<sup>40</sup> See *Kyritsis and Tsakyrakis*, *supra* note 35, at 201.

<sup>41</sup> See *Kayaoglu*, *supra* note 7, at 356.

<sup>42</sup> See *Kayaoglu*, *supra* note 7, at 356-7.

choose not to wear them.<sup>43</sup> According to the Court, the imposition of this religious practice by the Quran is the decisive factor that might negatively impact others who decide not to follow the rules and orders of the holy book.

Yet, in *Dahlab* decision, the Court had a different perspective. It acknowledged that there was no concrete and confirmed evidence to prove that Islamic headscarf had negative impacts on pupils. However, the age of the pupils (between 4 and 8) and the powers of the religious symbol became the primary concern of the Court.<sup>44</sup> In other words, the matter of special protection of the pupils at early ages was prioritized by the Court to ensure that authority would not abuse and misuse their positions and powers.<sup>45</sup> These two factors -intellectually and emotionally vulnerability of children and the probability of abuse of the power and position of the authority- were present in *Dahlab case*.<sup>46</sup> Therefore, to some extent, these concerns are understandable when it comes to pupils at the primary school level.

However, the Court failed to consider that there was no evidence showing that children had been exposed to proselytizing behaviors or discourses by their teacher. According to Evans, the Court blurred the picture ‘by creating the impression that the effects are unknown and unknowable’ rather than accepting the truth that there has been no proof of concrete harm on pupils.<sup>47</sup> Same criticism can be applied to *Sahin case* because the Court failed to show any concrete evidence in relation to any negative impact or pressure on other female students who choose not to wear a headscarf. Additionally, given the significant difference in the profiles of the potential victims of *Sahin case* -studying at the university level- the argument that those who decide not to cover their heads at the tertiary education level might feel pressure, does not seem reasonable. The Court refused to go into detail to explain why these mature students might feel oppressed, nor did it discuss and consider alternative measures instead of endorsement of a blanket ban.

Interestingly, in its *Lautsi* decision, the Court did not consider proselytizing impacts of a crucifix on students at vulnerable ages. Compared to an individual choice, one can argue that the crucifix and the mandatory character of that display in the classrooms seem to have much more

<sup>43</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4.

<sup>44</sup> See Romero, *supra* note 20, at 23.

<sup>45</sup> See Evans, *supra* note 22, at 64.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, at 63.

proselytizing effects on pupils.<sup>48</sup> Indeed, the Court indirectly admitted that hanging a cross in the classrooms might impact 'young persons whose convictions are still in the process of being formed.'<sup>49</sup> Yet, it failed to take a precautionary approach.<sup>50</sup> Instead, it chose to come up with the argument that the applicant's allegations had a basis of a 'subjective perception'.<sup>51</sup> The problem with this argument is that it had an exclusionary focus on the right of parents, not those of pupils themselves. If the Court had favored a more precautionary approach, the focus would have been the rights of pupils governed and protected by Article 9 of the Convention.

Romero argued that this was one of the Court's biggest mistakes because if the Court had not turned a blind eye to the rights of pupils themselves, and if it had approached the case from their perspectives, a different conclusion might have been arrived.<sup>52</sup> This means that the influence of mandatory display of this powerful religious symbol on the classroom walls on students would have been the primary concern and focus of the Chambers.<sup>53</sup> *Dahlab and Lautsi cases* have common aspects in the sense that the rights of pupils at early ages are at stake. Therefore, it would be prudent to evaluate the credibility of the Court's approaches in these similar situations. Unlike the latter case, the Court decided to bring the delicateness of the pupils and fragility of the issue to the fore in *Dahlab case*, arguing that those at such an early age might be easily manipulated by their teachers.

Yet, the focus suddenly changes in *Lautsi*. The rights at stake would belong to the parents, not to the pupils themselves when it comes to the crucifix case.<sup>54</sup> Therefore, this would make it easy for the Court to conclude that the applicant's allegations are based on 'subjective perceptions' rather than a real stake. Additionally, these inconsistent approaches had led the Court to have a different interpretation about the burden of proof. Indeed, the Court reversed the burden of proof in crucifix cases, meaning that it is the responsibility of the applicants to be able to provide evidence that concrete harm actually 'occurred or at least is probable under the

---

<sup>48</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7.

<sup>49</sup> See, *Lautsi and others v Italy case*, *supra* note 6, para 66.

<sup>50</sup> See Romero, *supra* note 20, at 16.

<sup>51</sup> See, *Lautsi and others v Italy case*, *supra* note 6.

<sup>52</sup> See Romero, *supra* note 20, at 16.

<sup>53</sup> *Ibid*, at 15.

<sup>54</sup> J. Temperman, "Lautsi II: A Lesson in Bringing Fundamental Children's Rights", 6 (3) *Religion and Human Rights*, 2011, at 279-283.

circumstances.<sup>55</sup> If no evidence is provided then the applicant's claim cannot be taken into consideration. Kyritsis questions this stance by stating that the Court, interestingly, was not as demanding in *Dahlab* because it simply accepted that the mere existence of such a 'powerful external symbol' -headscarf- would be sufficient to claim that students at that age would be negatively affected.<sup>56</sup> On the other hand, in its *Lautsi* ruling the Grand Chamber asserted that

[t]here is no evidence before the Court that the display of a religious symbol on classroom walls may have an influence on pupils and so it cannot reasonably be asserted that it does or does not have an effect on young persons whose convictions are still in the process of being formed.<sup>57</sup>

Interestingly, the Court tried to justify its arguments in its *Lautsi* decision by resorting to irrelevant analogies. For instance, it drew attention to the 'noncompulsory' religious ceremonies, such as celebrating the beginning and end of *Ramadan* at schools.<sup>58</sup> Similarly, the provision of optional religious education is given as an alternative to the mandatory presence of a religious symbol on the walls.<sup>59</sup> Additionally, the Court referred to the decision of the Polish Constitutional Court, which held that the display of the crucifix would not contradict with freedom of religion nor the principle of secularism. Yet, the European Court did not pay attention to the difference that such display was not compulsory in the Polish scenario.<sup>60</sup>

The Court seems to be convinced that the mere presence of the religious symbol did not amount to the indoctrination of the Christian faith.<sup>61</sup> It believed that, despite its greater visibility, a cross would not trigger a process of indoctrination on the ground that the crucifix itself is a passive symbol.<sup>62</sup> Therefore, the Court distinguished the crucifix and headscarf in terms of being a passive or powerful symbol.<sup>63</sup> However, it did not explain why it qualifies the Islamic headscarf as a powerful religious symbol and why it does not follow the same logic when it comes to a crucifix. What is

<sup>55</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 214.

<sup>56</sup> *Ibid*, at 214.

<sup>57</sup> See, *Lautsi and others v Italy* case, *supra* note 6, para 66.

<sup>58</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 213.

<sup>59</sup> In fact, the Court compared apples with oranges by resorting to the juxtaposition of a compulsory practice with an optional activity.

<sup>60</sup> Judgment of 20 April 1993, n° U 12/32, quoted by the ECtHR, para. 28

<sup>61</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 213.

<sup>62</sup> See Romero, *supra* note 20, at 17.

<sup>63</sup> *Ibid*, at 20.

more, Ms. Dahlab's precautionary acts and statements show otherwise. When pupils asked their teacher questions about her headscarf, Ms. Dahlab responded to these questions by saying that she prefers to wear a headscarf just because it protects her ear from cold.

Another weakness of the reasoning of the Court is that it contradicts its previous decisions. Indeed, the Court held that acts and statements to convince others to convert their religions and beliefs to another are protected as a manifestation of religious freedom.<sup>64</sup> In *Kokkinanis v Greece*, a Jehovah's Witness couple was charged with a criminal offence just because they had knocked on the door of the Greek Orthodox Church and tried to convert them to their church.<sup>65</sup> In this case, the Court made it very clear that simply attempting to convince others to change their religions cannot qualify the breach of religious freedom. Thus, the Court set a high threshold. In the same ruling, it referred to a report written by the World Council of Churches that made a distinction between permissible and impermissible versions of proselytism.<sup>66</sup> By applying the same method and logic, the Court interestingly found itself competent to distinguish acceptable forms of proselytizing instruments from those of others.<sup>67</sup> For example, it used the term 'improper proselytism' to describe the practices of Jehovah's Witnesses. According to the Court, the proselytism of this group was a 'corrupted and deformed' form of 'Christian Witness' which was categorized as permissible by the Court.<sup>68</sup>

Even if this interpretation of the Court is considered reasonable, and even if it were accepted that wearing a headscarf was to have a proselytizing impact, this specific religious practice could still fall within the domain of protected and permissible practices.<sup>69</sup> With the same logic, even if students - through their acts or statements- fail to respect their fellows' beliefs, it is the authorities' responsibility, i.e., government and universities, to ensure that these students 'express any objections within the bounds of the law.'<sup>70</sup> In other words, it is not the responsibility of students who freely choose to

---

<sup>64</sup> See Evans, *supra* note 22, at 63.

<sup>65</sup> *Kokkinakis v. Greece*, App. No. 14307/88, 17 Eur. H.R. Rep. 397 [1993] para 397, 399

<sup>66</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7. at 356.

<sup>67</sup> *Ibid*, at 345. Some argue that such a categorization would serve the best interests of major missionary religions such as Christianity and Islam compared to non-mainstream beliefs and religions. They -particularly indigenous religious traditions- have been struggling to survive.

<sup>68</sup> See *Kokkinakis v. Greece* case, *supra* note 66, para. 48.

<sup>69</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7. at 356.

<sup>70</sup> See, *Human Rights Watch Briefing Paper*, *supra* note 13, at 35.

wear a headscarf to maintain harmony and order by keeping themselves out of the campus.<sup>71</sup>

The Court underlined that it is incumbent upon itself to balance the requirements of protecting the rights and liberties of others against the conduct of the applicants. Yet, the Court does not identify 'others'. According to Evans, it sets up a scenario to protect these 'mysterious and ill-defined others' against presumptive perpetrators.<sup>72</sup> Gunn draws our attention to the same point by arguing that if the Chamber genuinely was concerned about women's rights, they were expected to 'sympathize with the very real women who was standing before them seeking relief. Instead, their articulated concern is not with the real women who brought cases to the ECtHR, but with abstract women whom they never identify or quote'.<sup>73</sup> In other words, the Court gave up an existing genuine woman -seeking to protect her right before the Court- on the ground of protection of a potential victim which does not exist.<sup>74</sup> In a similar vein, Human Rights Watch criticizes the Court's reasoning, pointing out that the final justification aims to exclude headscarfed women entirely from their educational careers.<sup>75</sup> This is not a 'proportionate and reasonable' measure and nor a response to a 'future, hypothetical, threat of exclusion posed to women who leave their heads uncovered'.<sup>76</sup>

The Court resorted also to the 'public order' argument in its reasoning. Along with the peer pressure argument, the Court provided the public order justification to show that the headscarf might cause disorder at educational institutions. It asserted that 'many people in Turkey's secular society feel uncomfortable when seeing the headscarf at public institutions such as universities'.<sup>77</sup> Professor Gunn turns to analogies to show the peculiarity of this argument.<sup>78</sup> In a hypothetical situation, if the authorities had prohibited wearing miniskirts just because some other students might feel pressure to wear them or just because some people feel uncomfortable, would the Court agree with this reasoning? The author continues to argue that this reasoning

---

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> See Evans, *supra* note 22, at 61.

<sup>73</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 359.

<sup>74</sup> Ibid, at 359.

<sup>75</sup> See, *Human Rights Watch Briefing Paper*, *supra* note 13, at 36.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4. For an excellent analysis about seculars' concerns, See W.C. Durham et al., *Islam Europe and Emerging Legal Issues* (2016), 354.

<sup>78</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 362.



is so weak that the Chamber is not dealing with the problem instead, it is 'desperately searching to find a justification for suppressing something it does not like.'<sup>79</sup>

Similarly, Gunn draws an analogy to criticize Sahin decision. She argues that such flawed reasoning would amount to that if a Roman Catholic believed that baptism is the indispensable component of that belief, one administration might 'prohibit baptism because of the impacts of it on those who choose not to be baptized.'<sup>80</sup> Additionally, the Chamber's justifications do not seem to be in line with another important principle which the Court itself has frequently cited – it is unacceptable to restrict an expression just because it might "offend, shock, or disturb".<sup>81</sup> Does the Court attempt to justify the headscarf prohibition by calling this issue an exception to the abovementioned general rule? If it does not constitute an exception, then the Court must come up with a satisfactory explanation.<sup>82</sup> The problematic interpretation of the Court creates an interesting picture. A human rights tribunal acts in a more solicitous way by taking into account of sensibilities of those who are not happy to see certain religious symbols ('which is not guaranteed by the European Convention'). On the other hand, it does not see anything wrong with withholding its solicitousness from those who have the right to manifest their belief and religion ('which is guaranteed by the Convention').<sup>83</sup>

The argument that some students wearing headscarves in universities might create pressure on Muslim students who do not wear headscarves may be true in some cases. Yet, it is impossible to reconcile a blanket ban on a specific religious attire with universal values and principles.<sup>84</sup> In a similar vein, if the Court were to use the blanket prohibition, then how far should it go? Indeed, the headscarf is not the only tool that can create pressure on others. For instance, the *adhan* recitation from the mosques or even the existence of the mosques might put pressure on Muslims who do not pray.

---

<sup>79</sup> Ibid, at 362.

<sup>80</sup> Ibid, at 340.

<sup>81</sup> *Handyside v United Kingdom*, Merits, App No 5493/72, Decision of 7 December 1976. A/24, [1976] ECHR 5, (1976) 1 EHRR 737, (1979) 1 EHRR 737, IHRL 14 (ECHR 1976).

<sup>82</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 362.

<sup>83</sup> Ibid, at 355.

<sup>84</sup> A. Ulusoy, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasasına İlişkin Kararları Üzerine Notlar' (2004) 53(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, at 130

In that scenario, should it be prohibited to recite adhan and close the Mosques to protect the Muslims who do not pray?<sup>85</sup>

#### 4.2. Gender Equality

The Court relied on the gender equality argument to justify the blanket prohibition on the headscarf. Gender (in)equality is a significant matter which deserves closer consideration.<sup>86</sup> Yet, the Court seems to fail to develop its reasoning with proper consideration. In both cases, it simply asserted that it is 'difficult to reconcile' wearing the headscarf with gender equality.<sup>87</sup> However, it did not spell out the reasoning behind this argument beyond pointing out that it appears to be 'imposed on women by a precept laid down in the Koran'.<sup>88</sup> Without elaborating the issue<sup>89</sup>, the Court seems to use a loaded language by arguing that this religious practice appears to be imposed by the holy book. This simplistic approach disregarded other and perhaps more complex reasons why the applicants choose to wear a headscarf.<sup>90</sup> Yet, one can truly argue that this approach aims to safeguard the freedom of other Muslim women who choose not to cover their heads.

However, the Court's simplistic assumptions about Muslim women were questionable.<sup>91</sup> Both Ms. Dahlab and Sahin are well-educated, professional women. Additionally, they were well prepared to bring the case before the Courts at domestic and international levels to protect their violated rights. It is an ironic and paradoxical situation that those women, whose rights allegedly were protected by the Court through the endorsement of the decision of the authorities to prohibit the wearing of headscarves, had initiated the litigation process against those local authorities. In other words, the Court assumed that it protected and promoted the rights of those women with headscarves by upholding the administration's blanket prohibition on their religious attire.

---

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> See Evans, *supra* note 22, at 65.

<sup>87</sup> See *Dahlab v. Switzerland* case, *supra* note 3, at 463.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> Some believe that in these headscarf cases, the Court relied on popular western views – the tenets of Islam are oppressive to women. That is why there is no need to go into detail about this matter. Islam is an inherently problematic doctrine which makes it unnecessary for the Court to elaborate on this headscarf-related issues comprehensively. For further and insightful analysis, See C. Evans, "Islamic Scarf in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, No. 1, 2006, at 66.

<sup>90</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7, at 356.

<sup>91</sup> See Evans, *supra* note 22, at 66.

In the reasonings of the Court, there is no evidence to prove that the applicants consider themselves subordinate to men. During litigation processes, they unequivocally pointed out that they covered their heads voluntarily and through their free will.<sup>92</sup> In contrast to the allegations, they made it clear that the imposition did not result from their beliefs but that of the respective state authorities.<sup>93</sup> In this context, the Chambers failed to provide even one single reason to prove why headscarf prohibition at universities would lessen Islamist pressure on women.<sup>94</sup> According to Gunn, the Court accepted 'flimsy and anachronistic evidence' to support the ban without questioning the accuracy of the arguments.<sup>95</sup> Similarly, Evans claims that the Court has a patriarchal stance because these women are allegedly victims of a gender oppressive religion. Accordingly, they need to be protected from 'abusive, violent male relatives' because they are passive and unable to defend themselves in a society in which male dominance is prevalent.<sup>96</sup>

An alternative but marginal view is that although there was no evidence showing that these young ladies were forced to wear a headscarf, and accordingly it was evident that they decided to wear in a certain way with their own free will, the term 'false consciousness' might be applied to these situations.<sup>97</sup> According to this point of view, the choices of these women to wear certain religious symbols -irrespective of whether they are well educated or not- 'are not 'real' and not 'in the best interests of the women themselves.'"<sup>98</sup> In *Shabina* case, Lady Hale makes it very clear that it is very dangerous to adopt such a paternalistic approach, leading to distortion of women's autonomy for legal analysis in a liberal democracy.<sup>99</sup>

In *Dahlab* case, the applicant claimed that her right to non-discrimination, which is governed by article 14 of the European Convention, was infringed.<sup>100</sup> She basically argued that the headscarf ban would constitute both sex discrimination together with religious violations. The

---

<sup>92</sup> *Ibid*, at 66.

<sup>93</sup> *Ibid*.

<sup>94</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 361.

<sup>95</sup> *Ibid*, at 361

<sup>96</sup> See Evans, *supra* note 22, at 71.

<sup>97</sup> M. Malik, 'Complex Equality: Muslim Women and the 'Headscarf'' (2008) n°68(1) *Droit et société* 127, at 147.

<sup>98</sup> *Ibid*.

<sup>99</sup> *Begum v The Headteacher and Governing Body of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, House of Lords

<sup>100</sup> See *Dahlab v. Switzerland* case, *supra* note 3, 463.

Court did not accept that argument. Interestingly, it avoided touching upon the gender discrimination argument by considering the headscarf as a religious symbol rather than an attire that women can wear only.<sup>101</sup> Like the Turkish state, the Court seems to be volunteer to disapprove of the symbolic effect of the headscarf, and accordingly, it is willing to adopt 'punitive and illogical measures that are designed to suppress it'.<sup>102</sup> Malike observes that the Court ignored the fact that the headscarf ban at educational institutions is an example of 'indirect gender discrimination against women'.<sup>103</sup> To put it simply, this prohibition targets women explicitly because they are, not Muslim men, covering their heads and accordingly are being exposed to that blanket prohibition.

It is an unacceptable solution to exclude women from public spaces, including schools and colleges, to achieve gender equality. The measures proposed by the state authority – and supported by the Court- cause damage to women's educational and employment rights in the name of gender equality.<sup>104</sup> The Court failed to understand that if a female student is forced to take off her headscarf, she will likely give up her education instead of pursuing her career by removing her scarf.<sup>105</sup> This will ultimately consolidate gender inequality by enabling a severe educational and employment gap between the genders.

The main flaw of the Court's reasoning is that it did not provide a specific and customized solution to the problem. Instead, it chose to approve a blanket prohibition without discussing the genuine handicaps of the issue. For instance, it did not make any reference to the punishment of oppressive male relatives to protect women in the face of threats. Instead, it upheld the decisions of the state authorities, which use the girls as a 'battlefield for cultural control'.<sup>106</sup> It would be easier for the Court to implement a blanket restriction on every female student wearing a headscarf instead of identifying and punishing the real perpetrators.

---

<sup>101</sup> See Malik, *supra* note 98, at 134.

<sup>102</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 361.

<sup>103</sup> See Malik, *supra* note 98, at 134.

<sup>104</sup> See Evans, *supra* note 22, at 68.

<sup>105</sup> Unlike the ECtHR, the German Constitutional Court did not agree with the argument that wearing a headscarf would automatically constitute a practice of gender inequality on the ground that the veil might have several meanings. See, *Ludin BverfG*, 2 BvR 1436/02 (24 September 2004; decision of the German Federal Constitutional Court.)

<sup>106</sup> See Evans, *supra* note 22, at 73.

Suppose gender equality was the primary concern of the Court. In that case, it should not have been silent about the pressure put by Turkish authorities on female students to remove their headscarves.<sup>107</sup> In fact, the Court unintentionally admitted that there was factual and tangible proof that it was the Turkish government imposing substantial pressure on women not to wear specific apparels.<sup>108</sup> Indeed, the pressure is so intense that a female student at the tertiary education level faced the risk of expulsion from her college unless she agreed to comply with the administration's demand.

### 4.3. Principle of Secularism and Tolerance

The third element of the justification for the headscarf ban is that it allegedly does not comply with a "tolerant, secular society that respects the rights and freedoms of others".<sup>109</sup> Scholars have criticized this reductionist approach because neither Ms. Dahlab nor Ms. Sahin has encountered any accusation of resorting to any intolerant act or statement towards their students. There is no evidence that Ms. Dahlab abused her position and coerced her students' dress, actions, and beliefs in the way she did. Similarly, there is no proof that Ms. Sahin engaged in such behaviors to forcefully impact her peers' views. According to Kayaoglu, this reductionist understanding stems from the fact that Islam is conceptualized as intolerant by the Court.<sup>110</sup> For that reason, it appears that no matter how the adherents of that religion show tolerance and respect to others, this does not suffice to change the perception of the Court that the doctrines of this particular religion, by its very nature, promote intolerance.<sup>111</sup>

In contrast to Islam, the European Court seems to believe that Christian religions are tolerant and nondiscriminatory. The Court refers to the judgment of the Italian Administrative Court, claiming that "Christianity is the only religion committed to tolerance (...) the logical mechanism of exclusion of the unbeliever is inherent in any other religious conviction."<sup>112</sup> While Evans implicitly argues that the Commission and the Court have been unsympathetic to the claims coming from non-Christian religious<sup>113</sup>, Gun

---

<sup>107</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 366.

<sup>108</sup> *Ibid*, at 360.

<sup>109</sup> See Evans, *supra* note 22, at 69.

<sup>110</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7, at 357.

<sup>111</sup> See Evans, *supra* note 22, at 69.

<sup>112</sup> See, *Lautsi and others v Italy* case, *supra* note 6., para. 15.

<sup>113</sup> C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, at 21–22

explicitly accuses the Court of having prejudices against non-European and non-mainstream religions.<sup>114</sup>

Once it is believed that Islam is inherently intolerant, it would be much easier for the Court to justify state involvement to settle the dispute between intolerant Islam and secular order by restricting religious practices, including limitation on certain attires in public spaces.<sup>115</sup> Normally, the ECtHR flexibly interprets the Convention in terms of the relationship between state and religion. The Court is very generous to grant a margin of appreciation to the states in the sense that they feel free to choose between secular and non-secular arrangements.<sup>116</sup> Yet, this flexible approach does not seem to apply to our cases. The Court believes that the principle of secularism has a significant role in protecting and guaranteeing Turkish democracy.<sup>117</sup> That is to say, the European Court decided to endorse the highly controversial decision of the Turkish Constitutional Court, which ruled that freedom of belief might have to be sacrificed to protect secularism.<sup>118</sup> By doing so, the Court accepts Turkey's interpretations about secularism and gender equality instead of questioning the legitimacy and reliability of the justifications of the authority in question.

Another problem with the argument that Islam is inherently intolerant towards 'others' is that the Court flagrantly contradicted another judgment in relation to secularism in Turkey. In that case, the Constitutional Court reversed the decision of local courts that prosecuted and convicted a man for, among others; explicitly criticizing secularism, aiming to undermine the secular order, create a non-secular state, and using highly offensive language for those born outside of wedlock.<sup>119</sup> According to the Court, the punishment of that person, who wishes to discard secular order and show no mercy and intolerance towards non-Muslims or secular Muslims, would violate his right to freedom of expression protected by Article 10 of the Convention. When it comes to the headscarf cases, the Court asserted that the punishment of a well-educated lecturer and medical student, who never aimed to even question the legitimacy of secular order, and who never

---

<sup>114</sup> J. Gunn, 'Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights' in J. D van der Vyver and J. Witte (eds), *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives* 305, at 330

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> See Romero, *supra* note 20, at 28.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4. para.114

<sup>119</sup> *Gunduz v Turkey* (2003) XI Eur Ct HR 259, 262–6; 41 EHRR 59, 61–5  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

showed intolerance towards her pupils or classmates, would not constitute a violation of rights protected by the Convention.<sup>120</sup>

The Grand Chamber approved Turkey's arguments by claiming that it was necessary for the Turkish state to implement headscarf prohibition in order to fight against extremism and pressure against women. Gunn truly asserts that this tautological argument basically says that a ban on head covering is necessary because the Turkish state, as a guarantor of secularism and equality, believes it is necessary.<sup>121</sup> The Court held that the Turkish Officials 'are in a better place than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course.'<sup>122</sup> In fact, this 'better place argument' is against the logic of the very existence of the ECtHR, which has the duty to review the decisions of the local authorities.

One of the main weaknesses of the Court's reasoning is that it failed to prove that there is a relation between wearing a headscarf and fundamentalism. In her dissenting opinion, Judge Tulkens highlighted that although there is a virtual consensus on the argument that radicalism constitutes a real threat to democracy, there is no confirmed correlation between headscarf ban and protection of secularism.<sup>123</sup> Indeed, this understanding of Islam and its imposition to the adherents is counterproductive in the sense that those prohibited from satisfying their religious requirements and accordingly from attending their schools with their headscarves will be isolated from society. When they are forced to choose either to follow their religion's orders or to have access to education by removing their veils, they will highly likely feel alienated in the case of the latter choice.

Another problematic aspect of the Court's decisions is that the Court did not find anything wrong with prioritization of the principle of secularism over fundamental human rights protected by the Convention. The Court's espousal of the principle of secularism for the purpose of limitation of the freedom of the belief deserves proper attention.<sup>124</sup> The principle of secularism, which has been invoked as a tool to justify the restrictions on freedom of religions, is not located under Article 9 of the Convention.<sup>125</sup> This means that the Convention does not make any specific reference to that

---

<sup>120</sup> See Evans, *supra* note 22, at 71.

<sup>121</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 344.

<sup>122</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4, para.121

<sup>123</sup> See, *Lautsi and others v Italy* case, *supra* note 6. (Dissenting Opinion, Judge Tulkens)

<sup>124</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7, at 358.

<sup>125</sup> Art 9 of the ECHR

principle. Thus, protection of secularism cannot be a legitimate aim to form the basis of restrictions.

Yet, the Court does not seem to be convinced with that argument. The existence of 'real and immediate danger [and threat]' that the Islamists posed to secularism might per se justify the sacrifice of religious freedom.<sup>126</sup> In the Court's view, the sacrifice of the freedom of religion in order to combat extremists can be seen as a lesser evil option.<sup>127</sup> The Turkish Constitutional Court reflected the same logic through its highly contentious decision to dissolve the *Refah Partisi* (Pro Islamist Party) and to ban its leaders from taking part in politics for five years on the ground that "it has become a 'center' of activities contrary to the principles of secularism".<sup>128</sup> In fact, the Turkish Constitutional Court considered secularism a prerequisite for Turkey's democracy. Similar to Sahin decision, the ECtHR did not question the accuracy of the arguments that the domestic constitutional Court made in this highly contentious case.

Accordingly, the European Court did not assess whether the domestic Court is correct in its reasoning. Instead, it endorsed the Constitutional Court's decision without considering any determining factor that formed and shaped the decisions in question. According to the Turkish Constitutional Court, "secularism was one of the indispensable conditions of democracy [and therefore], intervention by the State to preserve the secular nature of the political regime had to be considered necessary in a democratic society".<sup>129</sup> This means that the Court made an exception within the human rights regime by claiming that secularism is the prerequisite for democracy and human rights.<sup>130</sup> The inevitable corollary of that argument is that measures taken to protect secularism would not constitute an infringement of human rights.

Judge Tulkens criticized this logic in her dissenting opinion. She argued that a democratic society needs to balance and harmonize the principle of secularism, equality, and liberty, 'not to weigh one against the other.'<sup>131</sup> Similar concerns were brought to the fore by judge Ann Power who claimed, in her concurring opinion, that secularism was in itself one

<sup>126</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7. at 359.

<sup>127</sup> *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 2003-II Eur. Ct. HR 267, judgment of 13 Feb. 2003, para 93.

<sup>128</sup> See *Refah Partisi (the welfare party) and Others v Turkey* case, *supra* note 129, para 95.

<sup>129</sup> *Ibid*, at para 96.

<sup>130</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7. at 359.

<sup>131</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4, para 4. (judge Tulkens, Dissenting Opinion) *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



ideology among others. Therefore, the preference of secularism over other alternative world views -whether religious, philosophical, or otherwise- is not in line with the principle of neutrality with which the state is obliged to comply.<sup>132</sup>

At this stage, it is essential to note that there is not one single version of secularism. Soft and hard secular models exist in the Council of Europe member states.<sup>133</sup> Alternatively, they are identified as fundamentalist and liberal secularism.<sup>134</sup> Its soft version does not refuse the unique role of religion in society. On the contrary, it considers religion as an essential component of culture and tradition.<sup>135</sup> In a similar vein, the soft version of secularism, to a certain degree, acknowledges the necessity of co-operation between the state and religions.<sup>136</sup> On the other hand, there is also hard/assertive secularism in Europe, where Turkey and France might constitute a classic example of that interpretation. In its hard version, secularism requires the establishment of a constitutional order demanding a strict separation between two extreme points: the state and religions. In consequence, the latter must be prohibited from public spaces such as educational institutions.<sup>137</sup> Ozbudun pays attention to this contentious understanding of assertive secularism, arguing that there is no single interpretation of laicism. As an example of hardcore and assertive secularism, France and Turkey do not hesitate to alienate and isolate certain groups within society to ensure the superiority of secularism over every other conviction and ideology.<sup>138</sup>

At this point, one can wonder how such an important and indispensable principle has turned into a dogma. Professor Gunn observes that laicity and secularism emerged during the periods of conflict, confrontation, and intolerance. Initially, one of the primary aims of the principle of secularism during these confrontations periods was to end the violence against dissidents. However, despite the ostensible purpose of resolving conflicts, the doctrine of laicity and religious freedom continue to be applied in the

---

<sup>132</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 204.

<sup>133</sup> See Romero, *supra* note 20, at 5.

<sup>134</sup> I.T. Plesner, 'The European Court of Human Rights: Between Fundamentalist and Liberal Secularism' in R. Torfs and D. Cole (eds), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (Routledge 2016) 63

<sup>135</sup> See Romero, *supra* note 20, at 5.

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> *Ibid.*, at 8.

<sup>138</sup> Ergun Özbudun, *Contemporary Turkish Politics: Challenges to a Democratic Consolidation* -Lynne Rienner Publishers (2000), at 2.

way that they divide citizens and escalate the conflict between them.<sup>139</sup> In our cases, it turns out that the Court basically let the administration expel students from their school to ensure tolerance within society.<sup>140</sup> Putting aside plausibility of that reasoning, the Court seems to fail to realize how it contributed to the revival of the periods of escalation and confrontations between different groups in different contexts through its controversial interpretations.

#### 4.4. The Doctrine of Margin of Appreciation

In its successive judgments, the ECtHR has interpreted the concept of margin of appreciation in a narrow way, particularly under Article 10 of the Convention.<sup>141</sup> As pointed out earlier, the Court made it very clear that freedom of expression should protect and guarantee not only the traditional forms of expression but also “those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population.”<sup>142</sup> Yet, the Court left this approach in cases about religious symbols. For example, the Grand Chamber of *Lautsi* heavily relied on the doctrine of margin of appreciation to dismiss the applicant's claims. It concluded that the intervention of the Italian state was within the scope of appreciation that European states would exercise so that they can evaluate whether they comply with the obligations under the Convention.<sup>143</sup> According to the Court, states are better positioned to make their decisions while trying to ascertain the best options to protect and promote rights and freedoms and maintain public order.<sup>144</sup>

Mancini explains the driving force behind the doctrine of margin of appreciation, claiming that the Court developed this doctrine to reconcile the 'tension between universality and subsidiarity.'<sup>145</sup> This doctrine allows states a margin to determine whether a restriction of a right is necessary. In consequence, it is argued that this doctrine is closely linked to the principle of subsidiarity because the Court asserts that it is incumbent upon the states not the international judge “to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the ‘necessity’ of a ‘restriction’ or ‘penalty’ intended to meet them” on the ground that states are in a better position

<sup>139</sup> See Evans, *supra* note 22, at 70. See also Gunn *supra* note 1, 422.

<sup>140</sup> See Evans, *supra* note 22, at 52.

<sup>141</sup> See, *Human Rights Watch Briefing Paper*, *supra* note 13, at 34.

<sup>142</sup> See *Handyside v United Kingdom* case, *supra* note 82.

<sup>143</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 211.

<sup>144</sup> See Evans, *supra* note 22, at 58.

<sup>145</sup> S. Mancini, ‘The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty’ (2010) 6(1) *European Constitutional Law Review* 6  
*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

compared to the judges.<sup>146</sup> In this context, the term ‘necessity’ deserves closer attention.

The Court established a high threshold to be discharged by a state<sup>147</sup>. It does not encompass the flexibility of the expressions i.e. “admissible”, “ordinary”, “useful”, “reasonable” or “desirable”.<sup>148</sup> Gunn refers to the relevant standard set up by the Court, whether the Circular 1998, which Turkish state based its prohibitory measures, was ‘advisable’, ‘defensible’, ‘acceptable’, ‘a good idea’ or even ‘reasonable under the circumstances’. Rather the explicit wording of the regulatory framework of the Convention sets up a much higher threshold which requires the Court to find out whether the prohibition was ‘necessary in a democratic society’.<sup>149</sup> However, despite this strict test, the level of supervision by the Court has been decreased because of the development of that doctrine.<sup>150</sup> Judge Tulkens truly observes that ‘the mere invocation of the doctrine does not release the Court’ from its obligation of supervision of the states in question.<sup>151</sup> The chosen language in articles 9(2) and 10(2), which govern the exceptions and limitations to the main rule, justifies restrictions on the right to freedom of thought, conscience, religion, and expression on the ground of necessity per se. The Court held that the adjective ‘necessary’ in the contexts of the articles in question “implies the existence of a ‘pressing social need.’”<sup>152</sup>

Putting aside the controversial aspects concerning the implementation of the necessity test, the main concern with this doctrine is that it has enabled the Court to easily accept the state’s reasoning without further questioning the main purpose behind the justifications or excuses. The original aim of the doctrine of the margin of appreciation, which the European Court developed, was to ‘accommodate the consideration of cultural and historical differences’.<sup>153</sup> The intention was that this doctrine would allow the Court to interpret and implement the Convention so that local contexts and needs would be taken into account. Yet, it turns out that the doctrine started to be

---

<sup>146</sup> See *Handyside v United Kingdom* case, *supra* note 82.

<sup>147</sup> See Evans, *supra* note 22, at 57.

<sup>148</sup> See *Handyside v United Kingdom* case, *supra* note 82.

<sup>149</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 343.

<sup>150</sup> See Evans, *supra* note 22, at 57.

<sup>151</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 364.

<sup>152</sup> See, *Human Rights Watch Briefing Paper*, *supra* note 13, at 34.

<sup>153</sup> E. Benvenisti, ‘Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards’ (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 843

used as a tool to justify state reasonings without further effort to ascertain the genuine intention of the state in question.<sup>154</sup>

Another problem with this doctrine is that the Court's acceptance of the doctrine of margin of appreciation has prevented it from 'systematically engaging with religious freedom.'<sup>155</sup> Because of its willingness to accept state's reasonings and justifications, the Court voluntarily refrained from challenging the states in question to resort to less restrictive means and methods to maintain order, public health, safety, and security in the sense that the adopted means might also accommodate the religious believers and practitioners.<sup>156</sup> The Court regrettably avoided implementing the proportionality test, although it has repeatedly stated that the proportionality assessment deserves more attention. Gunn believes that there is no difference between a blanket prohibition on the headscarf and cutting off a hand because of a broken finger. It is clear that by resorting to that "solution", the Court succeeded in eliminating the inconvenience of a broken finger. Still, it should be aware that the measure taken by the Court is vastly disproportionate to the original problem.<sup>157</sup>

Under the proportionality test for Sahin decision, the Chambers were supposed to examine less restrictive measures to stop alleged Islamist pressures on female students. This means that the university could have come up with a circular stipulating that everyone is free to choose to wear what they want. Additionally, anyone pressuring their peers to wear or not to wear a certain type of apparel would be subject to disciplinary measures, including expulsion.<sup>158</sup> Such measures would have been much more proportionate as they would have protected the rights of all students. However, Istanbul University added further extreme measures such as the establishment of 'persuasion rooms' within the university which aimed at convincing female students to remove their headscarves; otherwise, they would lose the opportunity to continue their education. The Court - unintentionally- encouraged the local administrations to come up with such disproportionate measures.<sup>159</sup> Additionally, as the Court failed to come up with clear standards on the doctrine of margin of appreciation, its reference to the doctrine "has remained, at best, arbitrary and, at worst, have

<sup>154</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7. at 349.

<sup>155</sup> *Ibid*, at 349-50.

<sup>156</sup> *Ibid*, at 350.

<sup>157</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 363.

<sup>158</sup> *Ibid*, at 363.

<sup>159</sup> *Ibid*, at 364.

---

compromised the Court's mandate of promoting 'neutrality and pluralism.'<sup>160</sup>

In its *Sahin* decision, it seems that the Court did not content itself with accepting the justifications and decisions of the state. In other words, it appeared to extend the scope of the doctrine beyond the acknowledgment of the reasonings of the government to the university administration, who is allegedly able to understand better the requirements of the educational institutions than the judges. The Court states that "by reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course."<sup>161</sup>

Evans draws our attention to a crucial point that the Court is 'opening the door to a dangerous extension of the margin of appreciation principle' by attributing a superior decision-making capacity to a local educational authority as it did so for governments in the first place.<sup>162</sup> *Sahin* decision indicates that the Court did not find anything wrong with deferring twice to authorities at the local and national levels. By its nature, this interpretation of the Court, through attribution of a superior decision-making capacity to the different levels of authorities, would double the risk of restrictive evaluation of the rules and standards of the Convention by these authorities in question.<sup>163</sup>

The Court introduced an additional doctrine -the consensus doctrine-linked to that of margin of appreciation in its *Rasmussen v Denmark* decision.<sup>164</sup> It held that several parameters could determine the scope of the margin of appreciation, such as the circumstances, the subject matter, or its background. In that context, the existence or nonexistence of common ground between the contracting states might be a relevant factor determining the scope of the doctrine of margin of appreciation.<sup>165</sup> This means that if there is a consensus on a particular policy among the contracting state, it would be more difficult to grant a certain level of margin to the states on that specific issue. Yet, according to Benvenisti, the

---

<sup>160</sup> *Ibid*, at 364.

<sup>161</sup> See, *Şahin v. Turkey* case, *supra* note 4, para 121.

<sup>162</sup> See Evans, *supra* note 22, at 58.

<sup>163</sup> *Ibid*, at 58.

<sup>164</sup> *Rasmussen v Denmark*, Judgment (Merits), Decision of 28 November 1984, Case No 9/1983/65/100, App No 8777/79 (A/87)

<sup>165</sup> See Fokas, *supra* note 2, at 59.

doctrine of consensus, when applied with that of margin of appreciation, poses a serious threat to the protection of minority rights and values. He basically argues that;

The less the Court is able to identify a European-wide consensus on the treatment of a particular issue, the wider the margins the Court is prepared to grant to the national institutions. Minority values, hardly reflected in national policies, are the main losers in this approach.<sup>166</sup>

Unsurprisingly, the combination of these two doctrines would also result in claims of double standards. Besides, when adopted by the Court on religious freedom matters, this combination would undermine the pluralism that the Court has aimed to reach and ultimately would damage the Court's legitimacy.<sup>167</sup>

#### **4.5. The Principle of Neutrality and Impartiality**

The principles of neutrality and impartiality require that "the interests and concerns of every member of the political community should be treated equally, that no person or group should be treated as unworthy or otherwise subordinated to an inferior status."<sup>168</sup> The government of the principality of Monaco reminded that 'the principle of State neutrality require[s] the authorities to refrain from imposing a religious symbol where there ha[s] never been one and from withdrawing one that ha[s] always been there.'<sup>169</sup> According to this definition, the principle of state neutrality has two premises. The first one is that the state cannot impose a religious symbol if there has never been one. When we apply this principle to the headscarf case, it can be argued that because the headscarf was already in the classroom, it would not violate the neutrality principle if the state allowed students to wear this religious symbol. In other words, since the state itself does not impose this certain religious clothing, the existence of this religious apparel cannot be considered as a violation of the neutrality principle.

As for the second premise, the state is obliged to refrain from withdrawing a religious symbol that has always been there.<sup>170</sup> In this context, the state has a negative responsibility, meaning that it is responsible not to intervene in pupils' religious clothing preferences, which has already been there. In order to provide such an environment, the state must avoid

<sup>166</sup> See Benvenisti, *supra* note 154, at 843.

<sup>167</sup> See Fokas, *supra* note 2, at 59.

<sup>168</sup> C. L. Eisgruber et.al., *Religious Freedom and the Constitution* (Harvard University Press 2007)

<sup>169</sup> See, *Lautsi and others v Italy* case, *supra* note 6, Para. 48.

<sup>170</sup> See Fokas, *supra* note 2, at 66.

"rigging the rules of the game in favor of one conception of good, because to do so would amount to denying those who hold a different conception of the good the status of free and equal participant"<sup>171</sup> To put it simply, neutrality would be infringed first if the state forbids a certain religious practice or conviction on the ground that it is unworthy, second if the state officially or practically endorses or prioritizes a certain religious faith or attitude, third if the state puts pressure on people to pursue a certain religious faith and finally if the state endorses a religious faith 'in regulating areas of social life that pertain to one's status as free and equal member of the political community.'<sup>172</sup> All these scenarios would constitute an infringement of the right to religious freedom.

The Chamber of Lautsi 1 truly concluded that;

The compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority about specific situations subject to governmental supervision, particularly in classrooms, restrict[ed] the right of parents to educate their children in conformity with their convictions and the right of schoolchildren to believe or not believe.<sup>173</sup>

The Chamber continued that those rights were violated by that practice because the restrictions were not in line with the state's duty to respect the neutrality principle particularly in the field of education.<sup>174</sup>

The UN Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, Heinder Bielefeldt, had reminded, before the judgment was released by the Grand Chamber (Lautsi 2), that "it may be difficult to reconcile the compulsory display of a religious symbol in all classrooms with the State's duty to uphold confessional neutrality in public education"<sup>175</sup> Subsequently, the Court faced a backlash against the decision of the Chamber across Europe. Those who showed a strong reaction to the ruling of the Chamber (Lautsi 1) did not want to accept the fact that the Chamber did not hold that the mere existence of a cross on the classroom walls would violate the concerned rights, but it did rule against the compulsory nature of a religious symbol in the classrooms.<sup>176</sup>

---

<sup>171</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 205.

<sup>172</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 200.

<sup>173</sup> See, *Lautsi v Italy* case, *supra* note 5, para. 57.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, 15 December 2010, A/HRC/16/53, para 44.

<sup>176</sup> See Romero, *supra* note 20, at 11.

It was not the applicants' aim to replace the crucifix with a symbol that reflects their own religious convictions, but they basically sought to ensure that the state would abstain from supporting any religious belief or practice.<sup>177</sup> However, in its final judgment, the Grand Chamber reversed the decision of the Chamber of Lautsi I. It endorsed the Italian state's argument that Italian pre-constitutional rules allowing the mandatory display of the crucifix on the classroom walls did not amount to an infringement of the Convention.<sup>178</sup> The Grand Chamber ruled that the crucifix on the classroom walls is harmless on the ground of the passive nature of its presence. Yet, this decision has been interpreted by most as a 'departure from the Court's conception of state duty of neutrality and impartiality.'<sup>179</sup>

It is not surprising that the Italian authorities adopted a strategy to try to hide the compulsory character of the existence of the cross in the classrooms, and attempted to draw attention to the mere existence of that particular religious symbol as it asserts that it is a symbol reflecting the state's identity.<sup>180</sup> Similarly, the Grand Chamber tried to justify the arguments used by the Italian authorities in order to endorse the perception that pluralism still existed in Italian schools despite "the greater visibility which the presence of the crucifix gives to Christianity in schools."<sup>181</sup> Italian state resorted to the argument that Muslim students have the opportunity to celebrate Islamic *Ramadan*. According to the Court, the celebration of Ramadan or other religious rituals might tolerate the prohibition to wear the Islamic headscarf.

Yet, the possibility of wearing a headscarf should be compared with 'the possibility to wear a crucifix on a necklace but not with the obligation to display the crucifix in state schools.'<sup>182</sup> In a similar vein, the celebration of Ramadan can be compared with the celebration of Easter or Christmas, not with the mandatory display of a cross on the classroom walls.<sup>183</sup> In a similar case,<sup>184</sup> German Constitutional Court made a distinction between headscarf and crucifix cases. The Court held that the headscarf case has much to do

---

<sup>177</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 212.

<sup>178</sup> See Romero, *supra* note 20, at 10.

<sup>179</sup> See Fokas, *supra* note 2, at 62.

<sup>180</sup> See Romero, *supra* note 20, at 14.

<sup>181</sup> *Ibid*, at 20.

<sup>182</sup> *Ibid*.

<sup>183</sup> *Ibid*.

<sup>184</sup> *BverwGE C 21.01*, Decision of 4 July 2002, Federal Constitutional Court, BverwGE 116, 359



with the applicant's fundamental right -right to religion-while the crucifix case is directly linked to the state's duty of neutrality and impartiality.<sup>185</sup>

Another striking point that deserves closer consideration is that neutrality is to be contrasted to secularism. The main difference is the focus. While the principle of neutrality refers to and focuses on the constraints on state power, secularism pushes the states to pursue specific goals.<sup>186</sup> Neutral states are mostly more cautious about complying with the duty not to intervene. As for the secular state, it has an agenda, and therefore, it takes active measures to foster the sense of belongings among its members. For that reason, a secular state tends to more resort to paternalistic approaches than a neutral state.<sup>187</sup> Additionally, those states, which have devoted themselves to hardcore/ assertive secularism, aim to remove all references to the religion from the public sphere. According to the robust version of secularism, people are supposed to suppress their private identity and should prioritize their civic identity.<sup>188</sup>

In this stage, one can wonder how social life can be divided into the public and private spheres. In other words, who will determine which areas of social life would belong to the public or private spheres? Secularists' concern is basically that if the state authority allows its citizens to express and manifest their religious convictions and practices in the public sphere, then their civic identity would be suppressed and overwhelmed by their private identity, which ultimately destroys the civic bond of the society and creates sectarian minds. This issue showed itself in a highly controversial case in Turkey. Soon after the ECtHR ruled Sahin decision, the High Court of Turkey ruled that streets were not different from public schools. For that reason, The High Court arrived at a highly interesting conclusion, holding that those female teachers should not be allowed to wear headscarves not only in the classrooms but also on the streets because streets shall be deemed as a public sphere.<sup>189</sup>

In contrast to secularism, neutrality does not oppose the idea of the existence of religious beliefs in the public sphere by individuals. The only

---

<sup>185</sup> In this case, the German Constitutional Court concluded that the right of the applicant might be restricted only by law. See T. Lock, 'Of Crucifixes and Headscarves: Religious Symbols in German Schools' in M. Hunter-Henin (ed), *Law, Religious Freedoms and Education in Europe* (Cultural Diversity and Law Routledge 2016) 356

<sup>186</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 206.

<sup>187</sup> *Ibid*, at 206.

<sup>188</sup> *Ibid*, at 206-7.

<sup>189</sup> *Kilinc v. Turkey*, [2004] Council of State, Case No 2004/4051.

concern of the neutrality principle is the ‘manifestation or endorsement of religious beliefs and attitudes by the state.’<sup>190</sup> In a state complying with the standards of the principle of neutrality, citizens have the right to expect that the state will not support any religious faiths or convictions in a school environment. In this context, the Court should have concluded that the empty wall symbolizes the default settings of neutrality.<sup>191</sup> Kyritsis and Tsakyrakis truly point out that the place of the religious symbol does matter because it might have a strong impact on people. For instance, regardless of its salience and visibility, the religious symbols on the, i.e., national flags ‘makes much less difference to one’s status as free and equal’.<sup>192</sup> However, in a courtroom, polling station or a classroom (as in *Lautsi case*), the religious symbols might directly influence one’s status.

## 5. Conclusion

The ECtHR has made a significant contribution to the protection and promotion of human rights since its establishment. Yet, the Court seems to have failed to provide adequate protection for the freedom of religion and belief in the context of religious symbols, although this particular right has no difference from other fundamental rights. The ambiguity of specific key terms, the absence of clear justifications in relation to the restrictions of certain religious rituals and practices, the prioritization of secularism over other principles and doctrines, the problematic interpretation and implementation of the doctrine of margin of appreciation, deference to the state’s justifications and excuses without sufficient elaboration on these explanations, the inconsistent interpretations on the relevant provisions of the Convention, all preclude the Court from protecting and promoting the freedom of religion and belief adequately.<sup>193</sup>

It is true that serious challenges require serious analysis. Reactive thinking does not help the Court to deal with such problems.<sup>194</sup> Although the Court admits the importance of religious freedom in creating a pluralistic society, it seems to have dismissed the cases where a particular religious practice is not in line with a dominant and mainstream mode of religious practice.<sup>195</sup> When there is a conflict between the authority and citizen in

<sup>190</sup> See Kyritsis and Tsakyrakis, *supra* note 35, at 206.

<sup>191</sup> *Ibid*, at 211.

<sup>192</sup> *Ibid*, at 210.

<sup>193</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7, at 349.

<sup>194</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 365.

<sup>195</sup> See Kayaoglu, *supra* note 7, at 361.

relation to the manifestation of certain religious practices, the Court has decided to prioritize the needs and perspectives of the authority.<sup>196</sup>

In Dahlab, the Court took the side of the authority and allowed the humiliation of a qualified teacher. It agreed with the arguments of the authority that the case did not deserve to proceed to the merits because it was ‘manifestly ill-founded.’ It turns out that a woman without a flawless employment record had been sacked just because she refused to remove her headscarf that had no objection for years. Yet, the issue was so clear from the Court's perspective that it did not ‘even deserve a full and proper consideration by the Court.’<sup>197</sup> Similarly, through its Sahin decision, the Court sided with the authority against a last year medical student who did not agree to remove her headscarf and accordingly was denied access to education. Although the Chamber stated that it was essential to understand the headscarf ban in its ‘legal and social context’, it repeatedly failed to provide the full context.<sup>198</sup>

Rather than admitting that the headscarf ban in the Turkish context was imposed by a military junta that had overthrown the legitimate government through a coup d’état, the Chambers misleadingly insisted on the assumption that the headscarf ban was based on the Turkish Constitution, and was part of Turkish democratic values.<sup>199</sup> An intelligent and well-educated woman can be considered reliable and competent enough to study medicine where she can make significant decisions in relation to the health and lives of people. Yet, the Court unintentionally contributed to the picture that she can be prohibited from studying this field not because she is incompetent or lacks a decent educational career but because she aims to follow her religious convictions and practices by covering her head with a veil.<sup>200</sup> Such rulings, released in the name of equality, tolerance, and human rights, have damaged the notion of neutrality that the Court claims to be an essential principle in these areas.<sup>201</sup>

At the other end of the spectrum, the Court disregarded the fact that the compulsory display of a religious symbol would constitute an infringement of the rights of pupils to believe or not to believe. It would also violate the rights of parents to educate their children in line with their religious

---

<sup>196</sup> Ibid, at 361.

<sup>197</sup> See Evans, *supra* note 22, at 60.

<sup>198</sup> See Gunn, *supra* note 1, at 352.

<sup>199</sup> Ibid, at 366.

<sup>200</sup> Ibid, at 367.

<sup>201</sup> See Evans, *supra* note 22, at 73.

convictions. Additionally, it is clear that the mandatory presence of a religious symbol cannot be in line with the principle of neutrality that the state has a duty to respect. These controversial judgments created a perception that adherents of non-Christian beliefs can gain no relief from the Court when their rights have been infringed because the Court has stereotypes and biases against their convictions. Similarly, the Court has contributed to the perception that it has simplistic, reductionist, patriarchal, and orientalist understandings and interpretations when it comes to the beliefs with which it is not familiar and comfortable.<sup>202</sup>

## **Bibliography**

### **Cases**

- Begum v The Headteacher and Governing Body of Denbigh High School* [2006] UKHL 15, House of Lords
- BverwGE C 21.01*, Decision of 4 July 2002, Federal Constitutional Court, BverwGE 116, 359
- Dahlab v. Switzerland*, App No. 42393/98, Decision of 15 February 2001 ECHR 2001 – V
- Gunduz v Turkey* (2003) XI Eur Ct HR 259, 262–6; 41 EHRR 59
- Handyside v United Kingdom*, Merits, App No 5493/72, Decision of 7 December 1976. A/24, [1976] ECHR 5, (1976) 1 EHRR 737, (1979) 1 EHRR 737, IHRL 14 (ECHR 1976).
- Kilinc v. Turkey*, [2004] Council of State, Case No 2004/4051.
- Kokkinakis v. Greece*, App. No. 14307/88, 17 Eur. H.R. Rep. 397 [1993]
- Lautsi v. Italy*, no. 30814/06, Decision of 3 November 2009. [Hereafter Lautsi 1.]
- Lautsi and others v Italy*, Merits, App no 30814/06, Decision of 18 March 2011 IHRL 3688 (ECHR 2011), European Court of Human Rights [ECHR]; Grand Chamber [ECHR] [Hereafter Lautsi 2]
- Ludin BverfG*, 2 BvR 1436/02 (24 September 2004; decision of the German Federal Constitutional Court.)
- Rasmussen v Denmark*, Judgment (Merits), Decision of 28 November 1984, Case No 9/1983/65/100, App No 8777/79 (A/87)
- Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, App. Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 2003-II Eur. Ct. HR 267, judgment of 13 Feb. 2003

<sup>202</sup> Ibid, at 73.

*Şahin v. Turkey*, Admissibility and Merits, App. No. 44774/98, Decision of 10 November of 2005 44 Eur. HR Rep. 5, (Grand Chamber, 2005)

### **Books and Articles**

- A. C. Romero, 'The European court of human rights and religion: Between 'Christian' neutrality and the fear of Islam' (2013) 11 *New Zealand Centre for Public Law* 75, 22
- A. Ulusoy, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar' (2004) 53(4) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, 130
- C. Evans, *Freedom of Religion Under the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001
- C. Evans, "Islamic Scarf in the European Court of Human Rights", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 7, No. 1, 2006, 52.
- C. L. Eisgruber et.al., *Religious Freedom and the Constitution* (Harvard University Press 2007)
- D. Kyritsis and S. Tsakyrakis, 'Neutrality in the classroom' (2013) 11(1) *International Journal of Constitutional Law* 200
- E. Fokas, 'Directions in Religious Pluralism in Europe: Mobilizations in the Shadow of European Court of Human Rights Religious Freedom Jurisprudence' (2015) 4(1) *Oxford Journal of Law and Religion*, 54
- E. Benvenisti, 'Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards' (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics*, 843
- E. Özbudun, *Contemporary Turkish Politics: Challenges to a Democratic Consolidation* -Lynne Rienner Publishers (2000)
- F. W. Frey, *The Turkish Political Elite* (MIT Press 1965)
- I.T. Plesner, 'The European Court of Human Rights: Between Fundamentalism and Liberal Secularism' in R. Torfs and D. Cole (eds), *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (Routledge 2016) 63
- J. Gunn, 'Fearful Symbols: The Islamic Headscarf and the European Court of Human Rights in *Sahin v. Turkey*' (2008-2009) 3 *Droit et religions Annuaire* 341, at 366
- J. Gunn, 'Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights' in J. D van der Vyver and J. Witte (eds), *Religious Human Rights in Global Perspective: Religious Perspectives*, 305
- J. Temperman, "Lautsi II: A Lesson in Bringing Fundamental Children's Rights", 6 (3) *Religion and Human Rights*, 2011

- M. Malik, 'Complex Equality: Muslim Women and the 'Headscarf'' (2008) n°68(1) *Droit et société*, 127
- S. Mancini, 'The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty' (2010) 6(1) *European Constitutional Law Review*, 6
- T. Kayaoglu, 'Trying Islam: Muslims before the European Court of Human Rights' (2014) 34(4) *Journal of Muslim Minority Affairs*, 345
- T. Lock, 'Of Crucifixes and Headscarves: Religious Symbols in German Schools' in M. Hunter-Henin (ed), *Law, Religious Freedoms and Education in Europe* (Cultural Diversity and Law Routledge 2016), 356
- W.C. Durham et al., *Islam Europe and Emerging Legal Issues* (2016), 354.

### **Conventions**

- 1966, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, United Nations, Treaty Series, vol. 993, p. 3, (ICESCR) Article 2(2)
- 1976, International Covenant on Civil and Political Rights 999 UNTS 171 (ICCPR) art 18(1)
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights, as amended) (ECHR) Art 9.
- The Circular of Istanbul University, 23.02.1998, [1998]

### **Reports**

- General Comment number 22 of the United Nations Human Rights Committee, adopted on July 20, 1993, Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.4
- Human Rights Watch Briefing Paper, 'Memorandum to the Turkish Government on Human Rights Watch's Concerns with Regard to Academic Freedom in Higher Education, and Access to Higher Education for Women who Wear the Headscarf' (2004), 33.
- Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, 15 December 2010, A/HRC/16/53

**¶ SİLAHLI ÇATIŞMALARDA KÜLTÜREL VARLIKLARIN  
KORUNMASI**  
(THE PROTECTION OF CULTURAL PROPERTIES IN ARMED CONFLICT)

**Dr. Öğr. Üyesi Neslihan Özkerim Güner \* \*\***

**ÖZ**

*Kültürel varlıklar, hem geçmişle kurulan bağın korunması hem de gelecek nesillere aktarım borcu bakımından önem arz etmektedir. Bu nedenle silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıkların korunmasına ilişkin düzenlemelere savaş hukuku ve insancıl hukuk belgeleri içerisinde yer verilmiştir. Bu hususa ilişkin çabalar 18. yy'a dayansa da ancak 1954 tarihli Lahey Silahlı Çatışmalar Esnasında Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi ile özel olarak bir bağlayıcı bir düzenlemeye ulaşılmıştır. Uluslararası hukuk alanındaki gelişmeler neticesinde uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde de kültürel varlıklara kasten saldırı eylemi savaş suçu olarak kabul edilmiş; bu konuda yargılamalar yapılmıştır.*

*2016 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi, Ahmad Al Faqi Al Mahdi davasında silahlı çatışmalar sırasında kültürel varlıklara verilen zararlardan dolayı mahkumiyete hükmetmiştir. Karar, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin ilk kez kültürel varlıklarla ilgili özel olarak yargılama yapması ve Roma Sözleşmesi md 8 (2) (e) (iv)'nin uygulama biçimini göstermesi bakımından önemlidir. Kararı önemli kılan diğer husus ise hükmedilen maddi tazminat cezasının mağdurlar için kurulan Güven Fonu aracılığıyla ödenerek mağduriyeti giderme çabasıdır. Çalışmada öncelikle kültürel varlıkların korunması hususunun tarihi gelişimi ve uluslararası düzenlemeler incelenecektir. Daha sonra ise Nürnberg, Eski Yugoslavya ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin kararlarına yer verilecektir.*

**Anahtar kelimeler:** Kültürel varlıklar, UNESCO, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Al-Mahdi Davası, Onarıcı Adalet

---

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 10.09.2021. İlk hakem raporu tarihi: 21.12.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 7.02.2022. Onaylanma Tarihi: 7.02.2022.

\* Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8130-9461.

**Esere Atıf Şekli:** Neslihan Özkerim Güner, “Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması”, YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.255-282.

## ABSTRACT

*Cultural heritages are important both in terms of preserving the bond established with the past and the debt of transmission to future generations. For this reason, regulations regarding the protection of cultural heritage during armed conflicts are included in the laws of war and humanitarian law. Although the efforts on this issue date back to the 18th century, a special binding arrangement has been reached with the Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. As a result of the developments in the field of international law, the act of willful attack on cultural heritages was accepted as a war crime in the statutes of international criminal courts and judgment has been made in this regard.*

*In 2016, the International Criminal Court ruled in the case of Ahmad Al Faqi al Mahdi for damages to cultural assets during armed conflicts. The decision is important in that the International Criminal Court for the first time conducts a special trial on cultural assets and demonstrates the way the Rome Convention article 8 (2) (e) (iv) applies. Another important aspect of the decision is the effort to eliminate victimization by paying the financial compensation penalty imposed through the Trust Fund established for victims. In the study, first of all, the historical development of the protection of cultural heritages and international regulations will be examined. Then, the decisions of Nuremberg, the former Yugoslavia and the International Criminal Tribunal will be given.*

**Keywords:** *Cultural heritage, UNESCO, International Criminal Court, Al Mahdi Case, Restorative Justice*

\*\*\*

## GİRİŞ

Silahlı çatışmalar esnasında kültürel varlıkların korunması ile ilgili özel olarak ele alınan ilk uluslararası düzenleme 1954 Lahey Silahlı Çatışmalar Esnasında Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesidir.<sup>1</sup> Sözleşme genel olarak uluslararası örf adet hukuku kurallarının kodifiye edilmesiyle oluşturulmuştur. Sözleşmede yer alan kurallar uluslararası silahlı çatışmalar esnasında meydana gelen olaylar bakımından uygulanır. Bu husus aşağıda tarihsel olarak ayrıntılı biçimde ele alınacaktır. 1954 Lahey Sözleşmesini,

<sup>1</sup> 14.05.1954 tarihli Silahlı Bir Çatışma Halinde Kültür Mallarının Korunmasına Dair Lahey Sözleşmesine Türkiye 12145 sayılı ve 08.11.1965 tarihli RG de 563 sayılı Kanununun yayınlanması ile taraf olmuştur.



uluslararası alanda öneme sahip olan 1970 tarihli Kültürel Varlıkların Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması için Alınacak Tedbirlerle İlgili Sözleşme<sup>2</sup> ile 1972 yılında imzaya açılan UNESCO Kültürel ve Doğal Mirasın Korunması Sözleşmesi<sup>3</sup> izlemiştir. Ancak bu iki Sözleşme barış zamanında kültürel varlıkların korunmasını amaçladığı için çalışmamızın konusunun dışındadır.

Kültürel varlıkların korunması hem insanlığın geçmişle kurduğu bağ, manevi değerler ve ekonomik nedenler bakımından önemlidir; hem de varlığın bozulmadan korunarak gelecek nesillere aktarılması bakımından şimdiki nesillerin gelecek nesillere borcudur. Kültürel varlıklar özellikle savaş zamanında savaşılan devletin halkına manevi zarar vermek ve kültürlerinin, tarihlerinin, değerlerinin yok edilmesi ile psikolojik ve ekonomik zarar verme amacıyla tahrip edilmektedir. Kültürel varlıkların silahlı çatışmalar esnasında korunması gerektiği fikri M.Ö. döneme dayanmaktadır.<sup>4</sup>

Kültürel varlıkların korunması hususundaki çabaların sonucu, silahlı çatışmalarda kültürel varlıklara saldırı eylemi savaş suçu olarak kabul edilmiş ve uluslararası yargılamalara konu olmuştur. Nürnberg<sup>5</sup> ve Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi<sup>6</sup> Statülerinde kültürel varlıklara saldırı savaş suçu olarak düzenlenmişlerdir. Tüm bu gelişmeler, Uluslararası Ceza Mahkemesini (UCM) kuran Roma Statüsüne de yansımış; silahlı çatışmalarda kültürel varlıklara yönelik eylemler savaş suçu olarak düzenlenmiştir. UCM'nin 2016 tarihli Ahmad Al Faqi Al Mahdi davasında ilk kez özel olarak kültürel varlıkların zarar görmesi nedeniyle yargılama

<sup>2</sup> Kültür Varlıklarının Kanunsuz İthal, İhraç ve Mülkiyet Transferinin Önlenmesi ve Yasaklanması İçin Alınacak Tedbirlerle İlgili 1970 UNESCO Sözleşmesini 2256 sayılı Yasa ile 25.12.1979 tarihinde kabul etmiştir. 17232 sayı ve 26 Ocak 1981 tarihli RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>3</sup> 14/4A982 tarihli ve 2658 sayılı Kanunla Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunmasına Dair Sözleşmesinin onaylanması uygun bulunmuştur. Kanun 17959 sayılı ve 14.02.1983 tarihli RG de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>4</sup> Elvan Çokişler, "Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi" *Uluslararası İlişkiler*, C: 16, S: 61, 2019, s. 57 vd.

<sup>5</sup> The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General. The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/390> (05.08.2021).

<sup>6</sup> Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, As Amended 7 July 2009 By Resolution 1877. [https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_sept09\\_en.pdf](https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf) (05.08.2021).

yapılmıştır.<sup>7</sup> Bu dava hem sadece kültürel varlıkların zarar görmesi nedeniyle yapılan ilk yargılama olması hem de Mahkemenin mağdurların zararlarının Güven Fonu tarafından ödenerek onarıcı adaleti sağlaması bakımından önemlidir.<sup>8</sup> Çalışmanın amacı silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunmasına ilişkin uluslararası hukuk kurallarının gelişimi ve uluslararası ceza mahkemelerinin kararlarını incelemektir. Bu nedenle öncelikle uluslararası hukukta silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması hususu tarihsel olarak anlatılacaktır. Devamında ise kültürel varlıkların yok edilmesi fiili ile gerçekleşen savaş suçunun unsurları ve UCM'nin onarıcı adaleti sağlama görevi değerlendirilecektir.

### I. Uluslararası Hukukta Kültürel Varlıkların Korunması

Uluslararası hukukta kültürel varlıkların korunması hususuna ilişkin bağlayıcı düzenlemeler 19. yy'da kendilerini gösterse de buna ilişkin düşünceler milattan önceki döneme dayanmaktadır. Antik Yunan'da kültürel varlıkların savaşta intikam amacıyla tahrip edilmemesi kuralı konulmuş; tapınaklar dokunulmaz kabul edilmiş; tapınaklara sığınan kişiler de sığınmacı kabul edilmiştir.<sup>9</sup> M.Ö. 6. yy'da intikam savaşlarının meşrulaştırılmaması için kültürel varlıklara zarar verilmemesi gerektiği,<sup>10</sup> Roma döneminde kültürel (ibadethanelerle sınırlı) varlıkların yağmasının ahlaka aykırı olduğu vurgulanmıştır.<sup>11</sup> Orta Çağ döneminde ise silahlı çatışmalarda her türlü sanat eserine saygı gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. 1648 yılında düzenlenen Vestfalya Kongresinde sanat eserlerinin yağması kınanmış ve savaştan sonra sanat eserlerinin iade

<sup>7</sup> The Case of *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Judgment and Sentence, ICC-01/12-01/15-171, 27 September 2016, Trial Chamber VIII. Kararın Türkçe çevirisi için bkz: Hakan A. Yavuz ve Süleyman Özar, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı (*Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı*)", *Küresel Bakış*, Yıl: 7, Sayı: 22, Haziran, 2017.

<sup>8</sup> The Case of *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, The Public Reparation Order of Trial Chamber VIII, 17 August 2017, International Criminal Court in The Hague, The Netherlands.

<sup>9</sup> Joshua E. Kastenberg, "The Legal Regime for Protecting Cultural Property During Armed Conflict", *Air*

*Force Law Review*, C: 42, 1997, s. 281.

<sup>10</sup> Elvan Çokişler, s. 56-57.

<sup>11</sup> Jiri Toman, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, Hampshire, Dartmouth Publishing Company, 1996, s.3-6.; Elvan Çokişler, s. 57.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.<sup>12</sup> 18. yy'a gelindiğinde ise savaşa katkısı olmayan zararların verilmemesi yönünde fikirler öne çıkmıştır.<sup>13</sup>

19. yy'da silahlı çatışmalar esnasında kültür varlıklarına zarar vermeme düşüncesinin hukuki bir metinde yer alması çabaları görülmektedir. 1815 Viyana Kongresinde sanat eserlerinin savaştan sonra sahiplerine geri verilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>14</sup> Ayrıca sanat eserlerinin buldukları yerden alınmasının adalete ve modern savaş hukuku kurallarına aykırı olduğu belirtilerek; insancıl hukukun bu husustaki gelişiminin temelleri atılmıştır.<sup>15</sup> 1863 yılında Amerika ordusu için hazırlanan Lieber Kanununda Amerikan askerlerinin iç savaş sırasında uyacakları talimatlar düzenlenmiştir. Kanunun 35. ve 36. maddelerinde kültürel varlıklara ilişkin düzenleme yapılmış; bunlara zarar verilmemesi ve yok edilmemesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>16</sup> Ulusal bir hukuk belgesi olsa da Lieber Kanunu kendinden sonraki uluslararası deklarasyonların hazırlanmasına zemin hazırlamıştır. 1868 yılında toplanan Saint Petersburg Konferansı sonrasında kabul edilen Saint Petersburg Deklarasyonunda askeri gereklilik yoksa mallara zarar verme yasaklanmıştır.<sup>17</sup> 1874 Brüksel Deklarasyonunun 8, 16, 17. maddelerinde<sup>18</sup> kültürel varlıklara zarar verilmesi, bunların müsaderesi ve yok edilmeleri yasaklanmıştır. Brüksel Deklarasyonu yürürlüğe girememiş olsa da 1880 yılında hazırlanan Kara Savaşı Hukuku ve Gelenekleri Taslak

<sup>12</sup> Roger O'Keefe, *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, CUP, 2006, New York, s. 39.

<sup>13</sup> Merve Erdem, "Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması", *İNÜHFD*, C:9 Sı:1, 2018, s. 187- 188.

<sup>14</sup> Fiona Macmillan, "Protection of Cultural Heritage", *Northern Ireland Legal Quarterly*, C: 64, S: 3, 2013, file:///C:/Users/user/Desktop/konu%20aray%C4%B1%C5%9F%C4%B1/B%C4%B0LD%C4%B0R%C4%B0%2010%20nisan%20dealine/Macmillan,%20Fiona.pdf , s. 6

<sup>15</sup> Jimi Toman, s. 5.

<sup>16</sup> Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). 24 April 1863. Bkz: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/110-20035?OpenDocument> (17.01.2022).

<sup>17</sup> Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. Saint Petersburg, 29 November / 11 December 1868, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=568842C2B90F4A29C12563CD0051547C> (17.01.2022).

<sup>18</sup> Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. Brussels, 27 August 1874. <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/ART/135-70013?OpenDocument> (17.01.2022).

Maddelerine aynen aktarılmıştır.<sup>19</sup> Görüleceği gibi her ne kadar silahlı çatışmalar esnasında kültürel varlıkların korunması konusunda 20. yy'a kadar bağlayıcı bir hukuk metnine ulaşılamasa da tüm bu gelişmeler daha sonra yapılacak sözleşmelerin hazırlanmasına katkıda bulunmuş; uluslararası örf ve adet hukuku kurallarının oluşmasını sağlamıştır.

1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların korunması hususunda yapılan ilk uluslararası düzenlemelerdir. Bu sözleşmelerde kültürel varlık tanımı yapılmamış; hangi varlıkların korunacağı sayılmıştır. 1899 Lahey Sözleşmelerinden II nolu Kara Savaşlarına ilişkin Sözleşmenin 28 ve 47. maddelerinde saldırı yoluyla bile alınsa kasaba ve yerin yağmalanması yasaklanmıştır.<sup>20</sup> 27 ve 56. maddelerinde de ibadet, sanat, bilim, eğitim ve hayır işleri için kullanılan binaların korunması gerektiği; bu amaçlarla kullanılan varlıklara zarar verilmemesi belirtilmiştir. 1907 Lahey Sözleşmelerinden IV Nolu Kara Savaşının Kanun ve Adetleri ile İlgili Sözleşmenin 27. maddesinde ayrıca kültürel varlıklar için amblem kullanılması hususu düzenlenmiştir.<sup>21</sup> Ayrıca 56. maddede kamu malı dahi olsa eğitime, bilime, sanata özgülenmiş malların özel mal gibi muamele görmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu Sözleşmeler genel olarak savaş hukuku kurallarını düzenlemelerine rağmen ilk kez kültürel varlıkların korunması hususuna, kültürel varlık ifadesini kullanmadan da olsa yer vermeleri nedeniyle önemlidirler.

Her ne kadar uluslararası alanda çaba harcanmışsa da bu sözleşmelerden sonra gerçekleşen dünya savaşlarında kültürel varlıklara saldırı eylemlerine engel olunamamıştır. 1923 yılında kaleme alınan Hava Savaşı Taslak Maddelerinin 24, 25, 26. maddeleri de Lahey Sözleşmeleri ile uyumludur. Bu maddelerde ayrıca kültürel varlıkların 500 metre etrafına da zarar verilmemesi gerektiği düzenlenmiştir.<sup>22</sup> Taslak Maddeler yürürlüğe giremeye de 1954 Lahey Sözleşmesine yol göstermişlerdir.<sup>23</sup> Birinci Dünya

<sup>19</sup> The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/140?OpenDocument> (17.01.2022).

<sup>20</sup> Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 29 July 1899. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/150> (17.01.2022).

<sup>21</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/195> (17.01.2022).

<sup>22</sup> Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December 1922 - February 1923. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/275> (17.01.2022).

<sup>23</sup> Elvan Çokişler, s. 64.

Savaşından sonra benzer olayların önüne geçilmesi amacıyla 1935 Roerich Paktı hazırlanmıştır. Pakt, silahlı çatışmalarda kültürel varlıkların zarar görmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni olarak uygulanan askeri gereklilik ölçütünü hukuka uygunluk nedenleri arasından çıkarmış; uygulanmaması yönünde düzenleme yapılmıştır.<sup>24</sup> Ancak Pakt, uygulanması çok zor bir düzenleme olması gerekçesi ile Milletler Cemiyeti tarafından reddedilmiştir. Daha sonra Pan-Amerikan Birliği tarafından imzalanmış ve bölgesel bir düzenleme olarak kalmıştır.<sup>25</sup> Milletler Cemiyetinin kültürel varlıkların silahlı çatışma esnasında korunmasını sağlayan bir düzenlemeye ihtiyaç olması çağrısı üzerine 1939 tarihli Tarihi Binaların ve Sanat Eserlerinin Savaş Zamanı Korunması Hakkında Uluslararası Sözleşmesi Ön Taslağı (Uluslararası Müzeler Dairesi- OIM Deklarasyonu), Milletler Cemiyetine sunulmuş; ilk 10 maddesi bazı devletler tarafından onaylanmasına rağmen II. Dünya Savaşının başlaması nedeniyle rafa kaldırılmıştır.<sup>26</sup> Anlaşmanın hazırlanmasında kendinden önceki Hava Savaşı Taslak Maddeleri ve Roerich Paktından yararlanılmış, büyük ölçüde benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Anlaşma olarak yürürlüğe giremeyince metin Deklarasyon olarak kalmıştır. Buradaki düzenlemeler de 1954 Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesine ışık tutmuştur.<sup>27</sup>

İkinci Dünya Savaşından sonra savaş hukuku kurallarının yeniden düzenlendiği 1949 tarihli Cenevre Sözleşmelerinde özel olarak kültürel varlıkların korunması ile ilgili düzenleme yoktur;<sup>28</sup> genellikle 1899 ve 1907

<sup>24</sup> Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 April 1935. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/325?OpenDocument> (17.01.2022).

<sup>25</sup> Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). Washington, 15 april 1935. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/325?OpenDocument> (18.01.2022).

<sup>26</sup> Ana Filipa Vrdoljak, "International Exchange and Trade in Cultural Objects", V. Vadi and B. de Witt (eds), *Culture and International Economic Law*, Routledge, 2015, London, s. 129.

<sup>27</sup> 1954 Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/400> (17.01.2022).

<sup>28</sup> The Geneva Conventions of 12 August 1949 (Geneva Convention For The Amelioration Of The Condition Of The Wounded And Sick In Armed Forces In The Field Of 12 August 1949; Geneva Convention For The Amelioration Of The Condition Of Wounded , Sick And Shipwrecked Members Of Armed Forces At Sea Of 12 August 1949 Geneva Convention Relative To The Treat Ment Of Prisoners Of War Of 12 August 1949; Geneva Convention Relative To The Protection Of Civilian Persons In Time Of War Of 12 August 1949). Türkçe çevirileri için bkz: Genelkurmay Başkanlığı, *Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*, Genelkurmay Basımevi, Ankara, 2010, ss. 163-484.

Lahey Sözleşmesi hükümleri tekrar edilmiştir. Ancak IV Sayılı Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına Dair Cenevre Sözleşmesinin 33/2 ve 33. maddelerinde genel düzenlemeler bulunmaktadır.<sup>29</sup> Bu düzenlemelere göre yağma genel olarak yasaklanmıştır ancak askeri gereklilik istisnai durum olarak düzenlenmiştir. 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek 1977 tarihli I ve II nolu Lahey Protokollerinde ise özel düzenlemeler yapılmıştır.<sup>30</sup> Ek II Protokolde kültürel ve manevi miras kabul edilen varlıklar da koruma altına alınmıştır. Bu Protokolde ilk kez uluslararası olmayan silahlı çatışmalar için de bu kuralların uygulanacağı düzenlenmiştir.<sup>31</sup> Hem uluslararası olmayan silahlı çatışmalarda bu kuralların uygulama imkanının yaratılması hem de uluslararası örf adet hukuku kurallarının tespit edilmesi bakımından 1977 Ek Protokollerinin diğer tüm düzenlemeler içerisinde önemli bir yeri bulunmaktadır.

1954 Lahey Sözleşmesi özel olarak kültürel varlıklarla ilgili ilk düzenleme olması nedeniyle önemlidir. Sözleşmede ilk defa kültürel varlık tanımı yapılmıştır. Buna göre “*a) Dinî veya laik, mimari, tarihî anıtlarla sanat anıtları, arkeolojik değerlerdeki yerler, bütünü itibariyle tarihî veya artistik bir alâka arz eden yapı toplulukları, sanat eserleri, elyazmaları, kitap ve başkaca tarihî, artistik veya arkeolojik değer taşıyan eşya, keza yukarıda bildirilen servetlerden mürekkep bilim koleksiyonlarıyla, önemli kitap, arşiv röprodüksiyon koleksiyonları ve emsali gibi milletlerin kültür muamelelerinde büyük önemde yeri olan menkul ve gayrimenkul mallar, b) Gerçek ve başlıca görevi (a) fıkrasında zikredilen menkûl kültürel varlığı koruma veya teşhirden ibaret olan müze, büyük kitaplık, arşiv deposu gibi binalarla (a) fıkrasında açıklanan menkul kültürel varlığın silahlı bir çatışma hâlinde korunmasına mahsus sığınaklar, c) (a) (b) fıkralarında tarif edilen kültürel varlığı büyükçe sayıda içine alan ve “anıt merkezleri”*

<sup>29</sup> Geneva Convention Relative To The Protection Of Civilian Persons In Time Of War Of 12 August 1949. [https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33\\_GC-IV-EN.pdf](https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.33_GC-IV-EN.pdf) (21.01.2022)

<sup>30</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, Art. 53. ; Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, Art. 16.; <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475> (21.01.2022). Türkçe çevirileri için bkz: Genelkurmay Başkanlığı, s. 717-863.

<sup>31</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II), 8 June 1977, Preamble.

denilen merkezler.” kültürel varlık olarak tanımlanır.<sup>32</sup> Ayrıca 1907 Lahey Sözleşmelerinde kültürel varlıklardan sadece taşınmaz mallar koruma altına alınmasına rağmen 1954 Lahey Sözleşmesi ile hem taşınır hem taşınmaz mallar koruma altına alınmıştır. Sözleşmede özel koruma rejimi düzenlenmiştir.<sup>33</sup>

Kültürel varlıkların korunması hususunda yukarıda belirtildiği üzere askeri gereklilik hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Diğer bir deyişle askeri hedefe ulaşmak için kuvvet kullanılmasına izin verilmesidir. Amacı savaş sonrası dönemler için barışın, en azından bir olasılık olarak yolunu açmaktır. İnsancıl hukukun en temel ilkelerinden olan askeri gereklilik uluslararası örf ve adet hukukunun kuralı haline gelmiştir. Bu kurala göre düşmanın zayıflatılması veya kontrol altına alınması için gerekli olan kuvvetten daha fazlasının kullanılmaması gerekir. Askeri gereklilik fikri devletlerin egemenlik hakkından ortaya çıkmıştır. İlk olarak kendini koruma için haklı şartları ortaya koyma gayesiyle geliştirilmiştir. Ancak askeri gereklilik ilkesi sınırsız ve hukuka uygun olmayan davranışları meşrulaştıran bir ilke olarak görülmemelidir. Orantılılık ilkesi askeri gerekliliği dengeleyen ve askeri gerekliliğe dayanarak gereksiz acıların çektirilmesini ve zararların verilmesini engelleyen araçtır.<sup>35</sup> Askeri gereklilik, ilk kez Lieber Kanununda kural olarak konulmuştur.<sup>36</sup> Buna göre savaşın bitirilmesi için gerekli olan müdahaleler ve askeri hedefe ulaşma amacıyla yapılan keyfi ve orantısız olmayan eylemler hukuka uygundur. Savaş hukukunun kuralı olarak 1899 II. Nolu Kara Savaşlarına İlişkin Lahey Sözleşmesinin önsözünde askeri gereklilik olmadığı sürece düşmana ait bir mala zarar verme ve el koyma yasaklanmıştır.<sup>37</sup> Bu husus, insancıl hukukun kuralı olarak 1949 Cenevre Sözleşmeleri<sup>38</sup> ve Sözleşmelere 1977 tarihli Ek I Nolu Protokolde de düzenlenmiştir.<sup>39</sup> II. Dünya Savaşından sonra kültürel varlıkların silahlı çatışmalar esnasında korunmasını amaçlayan 1935 tarihli

<sup>32</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi, m. 1. <https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263666/silahlı-bir-catisma-halinde-kultur-mallarinin-korunmasi-.html> (23.01.2022).

<sup>33</sup> 1954 Lahey Sözleşmesi., m. 8-11.

<sup>34</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 492.

<sup>35</sup> Şeyda Türkay Kahraman, *Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, 2018, İstanbul, s. 197.

<sup>36</sup> Lieber Code, m. 14-16.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz: Şeyda Türkay Kahraman, 198 vd.

<sup>38</sup> I. Geneva Convention, m.50; II. Geneva Convention, m. 18, 28; III. Geneva Convention, m. 19, 23; IV. Geneva Convention, m. 53,147.

<sup>39</sup> 1977 Ek I Protokol, m. 48, 51-54.

Roerich Paktındaki düzenlemeler 1954 Lahey Sözleşmesi ve 1999 tarihli Ek II Protokole de yansımıştır. 1954 Lahey Sözleşmesinin 4 (2). maddesinde askeri gereklilik istisnasına şu şekilde yer verilmiştir: “*İşbu maddenin birinci fıkrasında açıklanan taahhütler, ancak askerî bir zaruretin kaçınılmaz hükmü altında ihlâl olunabilir.*” Dolayısıyla Sözleşmede askeri gereklilik bir istisna olarak yer almış; asıl olanın kültürel varlıkların silahlı çatışmalar esnasında korunması olduğu vurgulanmıştır.

Ancak yinelemek gerekirse askeri gereklilik, askeri hedefe ulaşmak için kuvvet kullanılmasına izin vermektedir. Dolayısıyla kültürel varlıklar, askeri hedef olmaları durumunda Sözleşmelerle sağlanan korumadan yararlanamamaktadır. Başka bir deyişle kültürel varlıkların silahlı çatışmalar esnasında korunması hususunun mutlak bir koruma olmadığı ve askeri hedef haline gelmeleri durumunda koruma kapsamı dışında bırakıldıkları belirtilmektedir.<sup>40</sup> 1999 tarihli Ek II. Protokolde askeri hedefin tanımı yapılmıştır. Buna göre “*“askeri hedefler” yapısı, konumu, amaçları ya da faydaları bakımından askeri faaliyetlere etkili katılarda bulunan ve geçerli yönetim sırasında kısmı ya da tamamen zarar görmeleri, ele geçirilmeleri, etkisizleştirilmeleri tartışmasız bir askeri üstünlük sağlayan hedefler.*”dir.<sup>41</sup> Düşman kuvvetlerinin aşılması amacıyla kullanılan her sivil nesne askeri hedef haline gelebilmektedir; ancak burada orantılılığa dikkat edilmelidir. Askeri bir eylem için kullanılan tarihi ulaşım yolları, kaleler, sit alanları da askeri hedef haline gelir ve uluslararası korumanın dışında kalabilirler.<sup>42</sup> Bu yüzden devletlerin zorunlu olmadıkça kültürel varlıkları askeri hedef haline getirmeme, askeri hedefleri kültürel varlıkların yakınına yerleştirmekten kaçınma, taşınır kültürel varlıkları askeri hedeflerin çevresinden uzaklaştırma, zorunlu askeri hedef olması durumunda da minimum zararı alacak şekilde koruma sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Selami Kuran ve Şeyda Türkay Kahraman, s. 93.

<sup>41</sup> 1999 Ek II. Protokol, m.1/f. Bkz: <https://kumid.net/euproject/admin/userfiles/dokumanlar/K-Silahlı-Catisma-KV-Kor.-1954-Lahey--2.-Protokol-1999.pdf> (18.01.2022).

<sup>42</sup> Roger O’Kneefe, s. 235.

<sup>43</sup> Selami Kuran ve Şeyda Türkay Kahraman, s. 146.



## II. Uluslararası Ceza Yargılamalarında Kültürel Varlıklara Saldırı Eylemi

Kültürel varlıkların korunması ile ilgili düzenlemelere uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde de yer verilmiştir. Mahkemelerin bazılarında da kültürel varlıkların zarar görmesi nedeniyle yargılama yapılmıştır. 2. Dünya Savaşından sonra Nazilerin yargılanması için kurulan Nürnberg Mahkemesi Statüsünde 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmelerinin ihlali savaş suçu kabul edilmiştir. Barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar Mahkemenin yargı yetkisine girmektedir. Nürnberg Statüsünün 6/b. maddesindeki düzenleme “*Kamusal ya da özel varlıkların yağmalanması, şehir, kasabalar ya da köylerin yıkılmasını ya da askeri gerekliliği haklı çıkarmayan tahribat*” şeklindedir. Kültürel varlıklara saldırı eylemi bu madde kapsamına sokularak savaş suçu kabul edilmiştir.<sup>44</sup> Bu bakımdan Alfred Rosenberg’in yargılandığı dava önem teşkil etmektedir. Rosenberg Nazi Partisine 1919 yılında katılmış, 1930 yılında Partinin dış ilişkiler temsilcisi olmuştur. İşlediği barışa karşı suçlar, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarının yanı sıra kütüphanelerin, müzelerin, sanat eserlerinin yağmalanması için özel bir birim kurmuş ve 21.903’ten fazla sanat eserinin yağmalanmasına sebep olmuştur.<sup>45</sup> Nürnberg Mahkemesi sanıklarından Alfred Rosenberg’in kültür varlıklarını yok etmesi savaş suçu olarak kabul edilmiştir. Bu eylemlerinin yanı sıra diğer eylemleri ile nedeniyle de idam cezasına mahkum edilmiş ve cezası infaz edilmiştir.<sup>46</sup> Tokyo Mahkemesi Statüsünde ise uluslararası savaş ve insancıl hukukun örf ve adet hukuku kurallarına aykırılıktan bahsedilmiş ancak kültürel varlıklara saldırı eylemi ayrıca düzenlenmemiştir.<sup>47</sup> Bu hususa ilişkin ayrıca yargılama da yapılmamıştır.

Eski Yugoslavya’da yaşanan olaylar sırasında oluşan insancıl hukuk ihlallerin araştırmak üzere Güvenlik Konseyi tarafından karar alınmış<sup>48</sup> ve daha sonrasında alınan Kararla da Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi

<sup>44</sup> The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General. The Charter and Judgment of the Nürnberg Tribunal – History and Analysis: Memorandum submitted by the Secretary-General (05.08.2021).

<sup>45</sup> Judgement : Rosenberg, Judgment of the International Military Tribunal, [https://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp) (18.01.2022).

<sup>46</sup> Şeyda Türkay Kahraman, s. 210.

<sup>47</sup> Charter Of The International Military Tribunal For The Far East, 1946, International Military Tribunal for the Far East (05.08.2021).

<sup>48</sup> UNSC, Ref. S/RES/808, February 22, 1993, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_808_1993_en.pdf) (18.01.2022).

(ECYM) Statüsü kabul edilmiştir. ECYM Statüsünün 3.d maddesinde eğitime, dine, sanata ve bilime ilişkin kurumlara el koyulması, söz konusu kurumların yok edilmesi ve kurumlara kasten zarar verilmesi savaş suçu olarak düzenlenmiştir.<sup>49</sup> Yaşanan olaylar neticesinde bölgede birçok kültürel varlığa zarar verilmiştir. Öyle ki Güvenlik Konseyi Kararı uyarınca hazırlanan Raporda bu olaylar kültürel temizlik olarak nitelendirilmiştir.<sup>50</sup> ECYM’de kültürel varlıklara saldırı eyleminin yargılandığı iki önemli dava dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki *Pavle Strugar, Miodrag Jokic, Milan Zec ve Vladimir Kovacevic* davasıdır.<sup>51</sup> Yargılamaya konu olayda Dubrovnik eski şehrine yönelik saldırılar sonucunda 52 tarihi yapıya zarar verilmiş 6 tanesi de yok edilmiştir. Bu eylemlerin herhangi bir askeri gereklilik olmadan sırf tarihi eserlere zarar verme amaçlı yapılması nedeniyle sanıklar hakkında ECYM Statüsünün 3.d maddesinden mahkumiyet kararı verilmiştir.<sup>52</sup> Diğeri ise *Prlic, Stojic, Praljak, Petkovic, Coric ve Pusic*’in sanık olarak yargılandığı davadır. Yargılamaya konu olayda şehirde yaşayan sivil halk için manevi değeri de bulunan köprü yıkılmıştır. Ancak köprü Müslüman güçler tarafından askeri araç olarak kullanılmaktaydı. Ayrıca köprünün yıkımı ile sivil nüfusa erişim engellendiğinden askeri hedef olarak değerlendirilmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, kültürel varlık olan Mostar Köprüsünün yıkılmasının Müslüman halk üzerinde psikolojik yıkım yarattığını ve saldırıda bulunan taraf lehine askeri avantaj sağladığını belirtmiştir. Sanıklar hakkında savaş suçu işlemleri nedeniyle mahkumiyet kararı verilmişse de kültürel varlıklara saldırı eyleminden dolayı ayrıca ceza verilmemiştir.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia, As Amended 7 July 2009 By Resolution 1877.

<sup>50</sup> UNSC, U.N. Doc. S/25704, Parag. 38, May 3, 1993, [http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute\\_re808\\_1993\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_re808_1993_en.pdf) (18.01.2022).

<sup>51</sup> UN, Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-A, 17.07.2008, <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acjug/en/080717.pdf> (18.01.2022).; UN, Prosecutor v. Vladimir Kovacevic, IT -01-42/2-AR11his.1, 28.03.2007, <https://www.legal-tools.org/doc/b56d4b/pdf/> (18.01.2022).

<sup>52</sup> Case Information Sheet Document Prepared By The Communications Service Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia 1 “Dubrovnik” (It-01-42) Pavle Strugar.

<sup>53</sup> Judgement Summary Appeals Chamber, The Hague, 29 November 2017.; Ayrıca bkz: Luke Moffett, “A Bridge Too Far? Attacks against Cultural Property used as Military Objectives as War Crimes: The Prlić et al. case and the Mostar Bridge.” *International Criminal Law Review* , C: 20, S: 2, 2020, ss. 214-250.

## A-Roma Statüsünde Kültürel Varlıklara Saldırı Eylemi ile Oluşan Savaş Suçu

Uluslararası ceza hukuku bakımından en önemli gelişme 2002 yılında Roma Statüsünün yürürlüğe girmesi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin görevine başlamasıdır.<sup>54</sup> Mahkemenin yargı yetkisine giren suçlar ise uluslararası toplumu derinden etkileyen çok ağır suçlardır. Bunlar; soykırım<sup>55</sup>, insanlığa karşı suçlar<sup>56</sup>, savaş suçları, saldırı suçlarıdır.

<sup>54</sup> Bkz: <https://www.icc-cpi.int/about> (07.08.2021).; Türkiye UCM Statüsüne taraf değildir. 15 Haziran - 17 Temmuz 1998 tarihlerinde düzenlenen Konferans sonucunda Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü olan Roma Statüsü kabul edilmiştir. Statünün 126. maddesine göre 60 devletin onaylama şartıyla Statü yürürlüğe girecektir. Bu şartın 1 Temmuz 2002’de sağlanması ile birlikte Statü yürürlüğe girmiş ve Uluslararası Ceza Mahkemesi görevine başlamıştır.; Bkz: <https://www.icc-cpi.int/about> (07.08.2021).; Türkiye UCM Statüsüne taraf değildir. Bu nedenle Mahkeme, 1 Temmuz 2002 tarihinden sonra işlenen suçlar bakımından yargılama yapma yetkisine sahiptir. Statüye ABD, Çin, Hindistan ve Rusya’nın üye olmaması sebebiyle Mahkemenin uluslararası etkinliği sorgulanmaktadır.; Bkz: [https://asp.icc-cpi.int/en\\_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx](https://asp.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx) (07.08.2021).; Jeremy Sarkin, “Enhancing the Legitimacy, Status and Role of the International Criminal Court by Using Transitional Justice or Restorative Justice Strategies”, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, C: 6, S: 1, s. 84. Statüye taraf olmayan devletler bakımından yargılama yapamadığı ve bu devletlerin aynı zamanda BM Güvenlik Konseyinde veto yetkisine sahip olması nedeniyle Statünün 13/b maddesi de işlemediğinden Mahkemenin genellikle Afrika’da işlenen suçlar bakımından yargılama yapması eleştirilmektedir. Ayrıca diplomatik korumadan dolayı devlet başkanlarının yargılanamaması nedeniyle de Mahkemenin amacına ulaşamadığı belirtilmektedir.; Jeremy Sarkin, s. 87.

<sup>55</sup> m.6. Statüde soykırım suçu ulusal, etnik, ırksal veya dini bir grubu kısmen veya tamamen yok etme kastıyla maddede sayılan eylemlerin işlenmesiyle oluşur. Soykırım suçu uluslararası bir suç olarak ve *jus cogens* kural olarak ilk kez 1948’de imzalanan Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 9 Aralık 1948 tarihli ve 260 A (III) sayılı kararıyla kabul edilmiştir. 12 Ocak 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşme’ye katılma yoluyla taraf olmuştur. 23 Mart 1950 tarih ve 5630 sayılı Onay Kanunu ve resmi Türkçe çeviri, 29 Mart 1950 tarih ve 7469 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşme, Türkiye bakımından 31 Temmuz 1951 tarihinde yürürlüğe girmiştir. EYCM’nin 1996 yılında yapmış olduğu yargılamada “Soykırım Sözleşmesi’nin konu ve amacından, Sözleşmedeki hak ve yükümlülüklerin erga omnes (herkes bakımından geçerli) hak ve yükümlülükler olduğu sonucunun çıktığını vurgulamış ve soykırım suçunu önlemek ve cezalandırmak için her devletin üzerine düşen yükümlülüğün belli bir durumda (uluslararası ya da ulusal) ortaya çıkan çatışma türüne bağlı olmadığını ve Sözleşme tarafından bölgesel açıdan sınırlandırılmadığını belirtmiştir.” Bkz: ICJ Reports, 1996, ss. 595, 615; 115 ILR, s. 1.; ayrıca bkz: Malcolm N. Shaw, s. 303 vd. Uluslararası hukukta yeni bir kavram olan kültürel soykırım (*cultural genocide*) suçu da yakın gelecekte kültürel varlıklara verilen zararlar bakımından değerlendirilebilir. Her ne kadar Soykırım

Mahkemenin insan hakları ihlallerini azaltmadaki rolü ise Statünün “Başlangıç” kısmında belirtilmiştir. Buna göre Mahkeme bu tarz suçların işlenmesinin önünün kesilmesi için özellikle şimdiki ve gelecek nesiller için çalışacaktır.<sup>57</sup> Savaş suçu, Statünün 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “*Bir plan veya politikanın ya da bu tarz suçların büyük çapta işlenmesinin bir parçası olarak işlenmesi başta olmak üzere, Mahkemenin savaş suçları üzerinde yargı yetkisi vardır.*” Devamında ise savaş suçu anlamına gelebilecek fiiller tek tek sayılmıştır. Kültürel varlıkların korunması ile ilgili maddenin 8.2. b (ix) bendinde ve 8.2. e (iv) bentlerinde silahlı çatışma esnasında askeri gereklilik olmadığı halde kültür varlıklarına saldırı eylemi düzenlenmiştir. 8.b.(ix)’ e göre “*Askeri hedef olmamaları koşuluyla din, eğitim, sanat, bilim veya yardım amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere, hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi*”; 8/e (iv) maddesine göre ise “*askeri hedef olmamaları koşuluyla dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere kasten saldırı düzenlenmesi*” savaş suçu kabul edilir. Bu iki düzenleme arasındaki fark (b) bendinde düzenlenen fiiller

Sözleşmesi ya da uluslararası ceza mahkemelerinin statülerinde yer alan soykırım suç kategorisinde yer almamış olsa da bazı yazarlar tarafından kültürel varlıkların yok edilmesi soykırım suçunun görünüş biçimi olarak ele alınmaktadır. Bkz: Elisa Novic, *The Concept of Cultural Genocide An International Law Perspective*, OUP, Oxford, 2016, s. 5 vd.; Karolina Wierczynka ve Andrzej Jakubowski, “Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case” *Chinese JIL*, 2017, s. 714 vd. Çünkü kültürel varlıklar etnik, dini, milli ya da ırksal grubun tarihi, parçasıdır. Bu varlıklara zarar verilmesi grubun ortadan kaldırılması amacına hizmet ediyor yani soykırım suçunun tamamen ya da kısmen yok etme kastı bulunuyor ise kültürel soykırımdan bahsedilebilir. Ancak soykırım suçunun çerçevesinin genişletilmesi devletler tarafından kabul görmeyeceğinden şimdilik uluslararası sözleşmelerde bu hususa yer verilmesi beklenmemektedir.

<sup>56</sup> m. 7/1(k) “*kasıtlı olarak ciddi ıstıraplara ya da bedensel veya zihinsel veya fiziksel sağlıkla ciddi hasara neden olan benzer nitelikteki diğer insanlık dışı eylemler*” insanlığa karşı suç oluşturur. İnsanlığa karşı suçun oluşması için silahlı bir çatışmanın varlığı aranmaz, dolayısıyla silahlı bir çatışmanın olmadığı durumlarda da kültürel varlıklara saldırı eylemi cezalandırılabilir. İbadethanelere sırf bölgede yaşayan halkın manevi değerlerine zarar vermek, psikolojik yıkımlar yaratmak amacıyla zarar verilmesi de insanlığa karşı suçlar kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre herhangi bir sivil topluluğa karşı icra edilen geniş çapta ve sistematik bir saldırının parçası olarak, bu saldırıyı bilerek, maddede sayılan eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde suç işlenmiş sayılacaktır. Bkz: Gökhan Güneysu, *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 123.

<sup>57</sup> Roma Statüsü, Prg. 9.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

uluslararası silahlı çatışma durumunda, (e) bendinde düzenlenen fiiller uluslararası olmayan silahlı çatışmalar durumunda uygulanmasıdır. Bu fark dışında bu maddeye göre savaş suçunun unsurları *dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere hastanelere ve hasta ve yaralıların toplandığı yerlere* yönelik bir saldırı olması, bu yerlerin askeri hedef olmaması, failin bu yerleri kasten hedef almış olması, failin silahlı çatışma koşullarının farkında olmasıdır.<sup>58</sup>

Savaş suçundan yargılama yapılabilmesi için bir çatışma olmalı ve bu çatışma suç işleme kararı ve suçu işleme imkanı üzerinde önemli bir rol oynamalıdır.<sup>59</sup> Ayrıca, bireyin çatışmadan haberdar olması ve davranışının çatışmayla bağlantılı olması gerekir. Ancak bireyin çatışmanın niteliği konusunda bilinci aranmamaktadır; çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışma olup olmadığı bilmesi beklenmemektedir.<sup>60</sup> Bunun yanı sıra çatışmanın niteliği Roma Statüsü bakımından uygulanacak maddeyi belirlemektedir. Uluslararası ve uluslararası olmayan silahlı çatışma ayrımını belirleyen kriterler bulunmaktadır. Nitekim uygulanacak olan uluslararası hukuk kuralları da çatışmanın uluslararası ya da uluslararası olmayan çatışma olmasına göre farklılık gösterebilir. 1864 Savaş Alanındaki Yaralıların Durumunun İyileştirilmesi Sözleşmesi ile ilk kez silahlı çatışmalarda uygulanacak hukuk kuralları belirlenmiştir.<sup>61</sup> Bu Sözleşmeyi savaş hukukunun en temel Sözleşmeleri olan 1899 ve 1907 Lahey Sözleşmeleri takip etmiştir. Lahey Sözleşmelerindeki kurallar askeri çatışmaların nasıl yürütüleceğini belirler ve tarafların hak ve yükümlülüklerini açıklar. Bu bakımdan söz konusu kurallar, savaş hukuku kurallarıdır. 1949 Cenevre Sözleşmeleri ise savaşa katılmayan veya savaş dışı kalmış askerî personel ve siviller gibi savaşa aktif olarak katılmayan kişileri korumak için oluşturulmuştur.<sup>62</sup> Bu bakımdan Cenevre Sözleşmeleri insancıl hukukun temellerini oluşturmaktadır. Hangi Sözleşmenin ne zaman hangi koşullarda uygulanacağı yürütülen silahlı çatışmanın uluslararası hukuktaki nitelendirilmesine göre belirlenmektedir. Uluslararası hukukta

<sup>58</sup> ICC, *Elements of Crime*, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/0/elementsofcrimeseng.pdf>, s. 36 (19.01.2022).

<sup>59</sup> Durmuş Tezcan ve Diğerleri, s. 595.

<sup>60</sup> Durmuş Tezcan ve Diğerleri, s. 596.

<sup>61</sup> Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864.

<sup>62</sup> Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, "Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 1, Haziran 2021, ss. 52-53.

silahlı çatışmalar uluslararası silahlı çatışmalar, uluslararası olmayan silahlı çatışmalar ve BM nezdinde gerçekleştirilen silahlı çatışmalar olmak üzere farklı kategorilere ayrılmaktadır.<sup>63</sup> Uluslararası silahlı çatışmalarda devletlerarası silahlı çatışmalar ve uluslararasılaşan silahlı çatışmalar olmak üzere ikiye ayrılır. Devletlerarası silahlı çatışmalar yoğunluğuna ve tarafların savaşıma niyetine bağlı olarak savaş ya da savaşa varmayan silahlı çatışmalar olarak ayrılırlar. Silahlı çatışmanın uluslararasılaşan silahlı çatışma sayılabilmesi için de devletin hükümetine karşı silahlı mücadele veren güçlere savaşılan statüsünü tanınması ya da yabancı devletlerin de silahlı çatışmalara katıldığı durumların oluşması gerekir. Bu durumda silahlı çatışmada savaş hukuku kuralları uygulanır. Dolayısıyla self determinasyon hakkını kullanan, sömürge sonrası bağımsızlık mücadelesi yürütülmesi ya da ayaklanma, isyan, ayrı bir devlet kurma amacıyla yürütülen silahlı çatışmalar durumunda, savaş hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı ilgili devletin savaşılan statüsü verip vermeyeceğine göre değişir.<sup>64</sup> Savaşılan statüsünün verilmemesi halinde, silahlı çatışma uluslararası olmayan silahlı çatışma olarak nitelendirilir.

Uluslararası olmayan silahlı çatışma ifadesi ilk kez 1949 Cenevre Sözleşmesinin 3. maddesinde bir uluslararası sözleşmede geçmiştir. Sözleşmede mağdurların ne şekilde korunacağına ilişkin hükümler yer almakta ve genel bir düzenleme niteliği taşımaktadır. Daha sonra ise 1954 Lahey Sözleşmesinin 19. maddelerinde uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramına yer verilmiştir. Buna göre uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma esnasında çatışan taraflardan her biri kültürel varlıklara karşı saygılı olacaktır. Ancak uluslararası olmayan silahlı çatışma kavramının tanımı ilk kez 1977 tarihli Ek II Protokolünde yer almıştır. Protokolün 1.1 maddesinde göre hükümet ile başkaldıran örgütlenmiş güç arasında bir çatışma olmalı, çatışma belli bir yoğunluğa ulaşmalı, askeri örgütlenme biçimi olmalıdır.<sup>65</sup> Protokol, 1949 Cenevre Sözleşmesinin aksine çatışmanın ne şekilde yürütüleceğine ilişkin kuralları belirlemektedir. Ancak, çatışmanın uluslararası olmayan silahlı çatışma olup olmadığını nitelendirme yetkisi ilgili devletin takdirinde olduğundan bu kuralların uygulanıp

<sup>63</sup> Malcolm N. Shaw, *Uluslararası Hukuk*, (Çev.Ed.) İbrahim Kaya, (Çev), Yücel Acer, İbrahim Kaya, Turgut Demirtepe ve G. Engin Şimşek, TÜBA Akademi Yayınları, 2018, Ankara, s. 375 vd.; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*. Turhan Kitabevi, 2006, Ankara, 320.

<sup>64</sup> Hüseyin Pazarcı, s. 320.

<sup>65</sup> Ayrıca Bkz: Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, s. 49-51.

uygulanmayacağı savaşı devlete bağlıdır.<sup>66</sup> BM Kararı uyarınca yürütülen silahlı çatışmalarda ise devlet güçleri salt kendi adlarına hareket etmedikleri, BM'nin görev ve hizmetlerini yerine getirdikleri için bunlar uluslararası ya da uluslararası olmayan silahlı çatışmalardan ayrılmaktadır. Ancak BM güçlerinin zorlama tedbirleri bakımından 1949 Cenevre Sözleşmelerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.<sup>67</sup>

Roma Statüsünün 8.b (ix) ve 8. e (iv) maddelerine göre savaş suçunun oluşmasının unsurlarından biri eylemin *dini, eğitim, sanat, bilim veya hayır amaçlarıyla kullanılan binalara, tarihi eserlere* yönelik olmasıdır. Zarar verilen malların tanımlanması uygulanacak hukuk bakımından önem arz etmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere kültürel varlığın tanımı ilk kez 1954 Lahey Sözleşmesinde yapılmıştır. Sözleşmeye göre hem tarihi hem manevi değeri olan gayrimenkuller ile menkul varlıkların depolandığı alanlar kültürel varlık ifadesi içerisinde değerlendirilmektedir. 1970 UNESCO Sözleşmesinin 4. maddesindeki tanım ise çok geniş bir şekilde yapılmıştır.<sup>68</sup> Özellikle menkul varlıkların kapsamı daha geniş bir şekilde tanımlanmıştır. Bunların dışında da UNESCO'nun 1978 tarihli tavsiye kararında taşınabilir kültürel varlıkların tanımı<sup>69</sup>; 1985 tarihli Avrupa Mimari Mirasın Korunması Sözleşmesinde de mimari mirasın tanımı yapılmıştır.<sup>70</sup> Birçok devletin iç hukukunda da kültürel varlıkların tanımı bulunmaktadır<sup>71</sup>; ancak tanım için belirlenen unsurlar birbiri ile paralellik göstermekten uzaktır. Kültürel varlıkların ortak özelliği bir toplumun karakterini yansıtmaları ve toplumsal pratiklerin devamı için önemli olmalarıdır. Kültürel varlık

<sup>66</sup> Hüseyin Pazarcı, s. 321.; Malcolm N. Shaw, s. 377.

<sup>67</sup> Hüseyin Pazarcı, s. 322.

<sup>68</sup> "a) İlgili Devletin vatandaşlarının tek veya kolektif dehasından doğmuş kültür varlıkları ile o Devletin topraklarında veya vatansız olarak ikamet eden kimselerin yarattıkları, o Devletçe önemli sayılan kültür varlıkları; b)Ulusal topraklarda bulunmuş kültür varlıkları; c)Arkeoloji, etnoloji ve tabii bilim misyonlarının, varlıkların esas sahibi olan ülkenin yetkili mercilerinin muvafakati ile edindikleri kültür varlıkları; d) Serbestçe kabul edilmiş mübadelelerle konu teşkil etmiş kültür varlıkları; e)Varlıkların esas sahibi olan ülkenin yetkili mercilerinin muvafakati ile parasız edinilmiş veya kanun yollarından satın alınmış kültür varlıkları."

<sup>69</sup> UNESCO, Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property, 28 November 1978.

<sup>70</sup> Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe, 1985, Granada, <https://www.esiweb.org/pdf/granada%20convention.pdf>, m. 1, Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, 20229 no.lu ve 22.07.1989 tarihli RG'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>71</sup> Türkiye iç hukukundaki tanım için Bkz: 1983 Tarih ve 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, m. 3.

kavramı ile ilişkili bir diğer kavram olan kültürel miras kavramı 1972 UNESCO Sözleşmesinin 1. maddesinde tanımlanmıştır.<sup>72</sup> Kültürel miras tanımlamasının yapılabilmesi için varlığın istisnai evrensel değer niteliğinde olması gerekir. İstisnai evrensel değer tanımı Sözleşmede yapılmamıştır; ancak Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberinde istisnai evrensel değer kriterleri belirlenmiştir.<sup>73</sup> Bu kriterler arasında varlığın insanoğlunun yaratıcı dehasını göstermesi, belli bir zaman dilimi içerisinde kayda değer bir etkileşimi sergilemesi, üstün bir doğal zenginlik içermesi, dünya tarihinin ana aşamalarını yansıtması, biyolojik çeşitliliğin korunması açısından önemli bir değere sahip olması gibi kriterler bulunmaktadır.<sup>74</sup>

Bireylerin uluslararası ceza hukukuna aykırı hareketleri nedeniyle mahkumiyet kararı verilebilmesi için suçun bireye isnat edilebilir olması gerekir. Bunun için de uluslararası hukuka aykırı bir eylem ve eylemin hukuka aykırılığını bilme unsurları bir arada olmalıdır. Roma Statüsünün 8/e (iv) maddesine göre kültürel varlıklara yönelik saldırı olması gerekir. Ancak burada saldırının ne şekilde olacağı ile ilgili bir sınırlandırma yapılmamıştır.<sup>75</sup> Suçun oluşması için saldırı eyleminin kültürel varlıklara zarar verme amacıyla yapılması gerekir.<sup>76</sup> Ayrıca saldırı sonucunda oluşacak olan zararın derecesi suçun oluşması bakımından da farklılık oluşturmamaktadır.<sup>77</sup> Roma Statüsünün 25. maddesinde sanığın suça konu eylemi işleme biçimleri sıralanmıştır. Buna göre sanığın bizzat suçu işlemesi ya da suçun müşterek işlenmesi, böyle bir suçun işlenmesi için emir, talimat verilmesi, ikna çabalarının olması, suçun işlenmesi için kışkırtma, yardım, araç temin edilmesi durumlarında bireylerin cezai sorumluluğu doğmaktadır.<sup>78</sup> Suçun oluşmasının diğer unsuru da manevi unsurun yani *mens reanın* varlığıdır. Bu husus da Statüsünün 30. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre bireylerin uluslararası hukuka aykırı bir suçtan

<sup>72</sup> Türkiye Sözleşmeye 14.04.1982 tarih ve 2658 sayılı onaylamayı uygun bulan kanununun 14.02.1983 tarih ve 17959 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmasıyla taraf olmuştur.

<sup>73</sup> WHC, 19/01 10 July 2019 Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention.

<sup>74</sup> Bkz: <https://www.unesco.org.tr/Pages/149/44> (17.06.2021).

<sup>75</sup> William A. Schabas, s. 502.

<sup>76</sup> ICC, *Policy on Cultural Heritage*, 2021, prg. 44-46. file:///C:/Users/user/Desktop/policy%20on%20cultural%20heritage.pdf (19.01.2022).

<sup>77</sup> Otto Triffterer ve Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court Commentary*, C.H. Beck Hart Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, 2016, s. 419-421.

<sup>78</sup> Murat Önok, *Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor*, s. 50-52. [http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM\\_rapor.pdf](http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf) (19.01.2022).

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



cezalandırılmaları için eylemin sonuçlarını bilerek ve isteyerek hareket etmeleri gerekir.<sup>79</sup> Ancak suçun oluşması için eylemin bilerek ve doğrudan kültürel varlığa yönelik olması gerekir; bu da *dolus directus* olarak ifade edilmektedir ve suçun isnadı için birincil derecede önemlidir.<sup>80</sup>

### **B- Al Faqi Al Mahdi Kararı ve Onarıcı Adalet**

Afrika'nın kuzeyinde bulunan ve eski Fransız sömürgesi olan Mali Cumhuriyeti 1960 yılında bağımsızlığını kazanarak kurulmuştur. 2012 yılında islamcı örgütlerin isyanıyla başlayan silahlı çatışmalarda ülkenin en önemli şehirlerinden olan Timbuktu, Gao ve Kidal Ansar Dine ve El Kaide tarafından ele geçirilmiştir. Mali hükümetinin talebi doğrultusunda Fransa çatışmalara müdahale etmeye karar vermiş ve 2015 yılında ateşkes imzalanmıştır.<sup>81</sup> Al- Mahdi, El- Kaide ile bağlantılı olan Ansar Eddine örgütü üyesidir. Örgütün amacı Mali'de şeriat yasalarının uygulandığı bir sistem kurmaktır. Al- Mahdi, Hisbah denen ahlaki oluşumun başındadır, Kuran bilgisine güvenilmektedir, imam olarak görev yapmaktadır ve eylemlerin yapılmasında karar verici role sahiptir. 2012 yılında Timbuktu'da bulunan anıt mezarların ve bir caminin yıkılması konusunda bilgisine başvurulmuş, Al-Mahdi bu yapıların yıkılmasını onaylamamıştır. Ancak bu görüşünün ardından kendisi bizzat Cuma namazı hutbesinde bu yapıların ziyaretinin İslam inancıyla bağdaşmadığını ve yıkılmaları gerektiğini belirtmiş, yıkılmalarında şahsen bulunmuş, yıkım için gerekli olan araçları temin etmiştir.<sup>82</sup> Olaylar sırasında 9 anıt mezar ve bir caminin bazı kısımları yok edilmiş; bazı kısımları da çok ağır şekilde hasar görmüştür. Timbuktu şehrindeki bu yapılar M.Ö. 5 yılına dayanmakta ve kendine has mimarisi bulunmakta; bölge halkı için dini ve ekonomik değeri bulunmaktadır. Şehir, 1988 yılında UNESCO Kültür Mirası Listesine girmiş; 2007 yılında İsviçre'de oylanarak Dünyanın Yeni Yedi Harikasına aday gösterilmiştir.<sup>83</sup> 2015 yılında kültürel varlıklara saldırı eylemi nedeniyle Al-Mahdi hakkında Uluslararası Ceza Mahkemesinde dava açılmış, daha sonra tutuklanarak Lahey'e getirilmiştir.<sup>84</sup> Duruşmalarda

<sup>79</sup> William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, CUP, Cambridge, 2011, s. 235-236.; Murat Önok, s. 59.

<sup>80</sup> Samira Mathias, "Prosecuting Crimes Against Culture: The Contributions of the Al-Mahdi and Ntaganda Cases to the ICC Approach to Cultural Property Protections" *EILR Recent Developments*, C: 35, 2021, s. 68.

<sup>81</sup> Mali Signs UN Ceasefire to End Conflict With Northern Rebels, (20.02.2015), <https://www.bbc.com/news/world-africa-31544438> (07.08.2021).

<sup>82</sup> *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, s. 16-25.

<sup>83</sup> Bkz: <https://whc.unesco.org/en/list/119/> (07.08.2021).

<sup>84</sup> *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, s. 4.

suçunu ikrar eden ve Mahkemeyle uzlaşan Al-Mahdi hakkında 2016 yılında 9 sene mahkumiyet kararı verilmiştir.<sup>85</sup> 2017 yılında da verilen zararın onarılması için karar alınmıştır.<sup>86</sup> Dava uluslararası bir mahkemede, kültürel varlıklara saldırı eyleminin özel olarak yargılanması ve onarıcı adaletin sağlanması bakımından önemlidir.

Al-Mahdi Kararına konu olan Mali devletindeki El-Kaide'ye bağlı Ansar Eddine örgütünün faaliyetleri uluslararası olmayan silahlı çatışma kabul edilmiştir.<sup>87</sup> Bu nedenle yargılama Roma Statüsünün 8/e (iv) maddesi bakımından yapılmıştır. Timbuktu'nun camileri ve kutsal yerleri, erken dönemde İslam'ın Afrika'da yayılmasında önemli bir rol oynamaları; Askia hanedanının sonunda entelektüel ve manevi sermayenin altın çağına tanıklık etmeleri ve Timbuktu'nun kentsel kuruluşunun, güney Sahra-ötesi ticaret yolu üzerindeki ticari, manevi ve kültürel merkezinin önemli rolü ve geleneksel karakteristik inşaat teknikleri nedeniyle Dünya Miras Sözleşmesi Uygulama Rehberinde belirtilen 3, 4 ve 5. kriterleri karşıladığından UNESCO Dünya Mirası Listesine alınmışlardır.<sup>88</sup> Bu kriterlere göre kültürel varlık yaşanan ya da sona ermiş bir medeniyete tanıklık etmeli ve insanlık tarihinin belli bir dönemine ilişkin üstün bir mimari örneği olmalıdır. Ayrıca yerleşim, bir kültür veya kültürlerle has kara veya deniz kullanımına veya özellikle de geri döndürülemez değişimlerin etkisi altında savunmasız hale gelen doğayla insan etkileşimine üstün bir örnek olmalıdır.<sup>89</sup> Al-Mahdi Kararında sanık eylemlere neden olan hutbesindeki *“Bu cami, belki de şehirdeki en eski yapıdır ve [...] Dünya Mirası listesinde yer aldığı için miras alanı olduğu değerlendirilmektedir. Türbelere ilişkin birçok söylenti mevcuttur [...]. Bu UNESCO saçmalıkları [...] bunun bir miras olduğunu düşünüyorlar. ‘Miras’ kavramına ibadet eden inekler ve ağaçlar dâhil midir?”*<sup>90</sup> şeklindeki ifadeleri sanığın yapmış olduğu eylemlerin sonuçlarının farkında olduğunu göstermektedir. Nitekim sanık da Statüsünün 65. maddesinde düzenlendiği gibi Mahkeme ile işbirliği yaparak suçunu

<sup>85</sup> *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, s. 48.

<sup>86</sup> Reparations Order, ICC-01/12-01/15-236, 17 August 2017, Trial Chamber VIII, Decision, Case: *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

<sup>87</sup> *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, prg. 49.

<sup>88</sup> Bkz: <https://whc.unesco.org/en/list/119/> (07.08.2021).

<sup>89</sup> Bkz: <https://whc.unesco.org/en/list/119/> (21.08.2021).

<sup>90</sup> Hakan A. Yavuz ve Süleyman Özar, s. 14.

ikrar etmiştir. Statünün ilgili maddesinin ilk kez bir yargılamada uygulanması bakımından da Karar önemli bir yere sahiptir.<sup>91</sup>

Al- Mahdi Kararını önemli kılan hususlardan diğeri UCM'nin onarıcı adaleti uygulamasıdır. Onarıcı adaletin amacı suçluların cezalandırılmasının yanında mağdurların zararlarının giderilmesi, sanığın işlediği suçun sonuçları ile yüzleşmesi ve cezasını tamamladıktan sonra topluma yeniden entegre olmasının sağlanmasıdır. Onarıcı adaletin tanımı ile ilgili görüş birliği olmamakla birlikte, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından 2000 yılında yayınlanan “*Ceza Konularında Onarıcı Adalet Programlarının Kullanılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Temel İlkeleri*” onarıcı adaletin içeriğine ve uygulanmasına ilişkin fikir vermektedir. 2002/12 sayılı tavsiye kararı ile BM Genel Kurulu Kararı tarafından bu ilkeleri de içerecek şekilde onarıcı adalet programlarının geliştirilmesi üye devletlere tavsiye edilmiştir.<sup>92</sup> 2006 yılında ise Birleşmiş Milletlerin Onarıcı Adalet Programına ilişkin El Kitabı yayınlanmıştır.<sup>93</sup> Bu yayının amacı, onarıcı adalete ilişkin belli ilkelerin ve uygulama şeklinin gösterilmesidir. Onarıcı adaletin özellikleri, amaçları, ilke ve sonuçları El Kitabında ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Temel olarak onarıcı adalet programının amacı, mağdurun ve suç nedeniyle zarar gören toplumun tüm zararların olabildiğince giderilmesidir. Onarıcı adalet, adalet sisteminin tamamlayıcısı olarak kullanılmaktadır.

Cezalandırıcı adalet sisteminde hem mağdurun manevi zararının tam olarak karşılanmaması hem de suçlunun kendi eyleminin sonuçları ile yüzleşmemesi nedeniyle cezalandırmanın eksik kaldığı düşünülmektedir.<sup>94</sup> Bu nedenle ulusal yargılama sistemlerinde olduğu gibi uluslararası yargılamalar için de onarıcı adaletin işlevi tartışılmaya başlanmıştır. EYCM'deki yargılamalar esnasında cezalandırıcı adaletin bu denli trajik olaylar için yetersiz olduğu, yargılamanın zarar görmüş bir toplumun acı çekmesinin nedenleri hakkında daha geniş bir anlayışa ulaşması gerektiği

<sup>91</sup> Hakan A. Yavuz, “Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı Üzerine Bir İnceleme” *Ankara Barosu Dergisi*, C: 3, 2017, s. 181.

<sup>92</sup> BM Genel Kurulu 2002/12 sayılı tavsiye kararı Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Hakkındaki Tavsiye Kararı, <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198201915193516.pdf> (07.09.2021).

<sup>93</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, Onarıcı Adalet El Kitabı, Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi, UN, New York, 2006.

<sup>94</sup> Jeremy Sarkin, s. 88.

belirtilmiştir.<sup>95</sup> 2012 yılında UCM'nin Başkanı tarafından da cezalandırıcı ve onarıcı adaletin birlikte uygulanması gerektiği görüşü açıklanmıştır.<sup>96</sup> Nitekim Al- Mahdi Kararında da UCM tarafından onarıcı adalet uygulanmıştır.

Onarıcı adaletin 3 sacayağı bulunmaktadır. Bunlar: sanığın mağdurla ve suçun sonuçlarıyla yüzleşmesi, tazminat ve sanığın topluma yeniden entegre edilmesidir.<sup>97</sup> Bu nedenle mağdurun tespit edilmesi ve yargılamalara davet edilmesi onarıcı adaletin uygulanması bakımından önemlidir.<sup>98</sup> 2017 yılında Mahkemenin vermiş olduğu Kararda mozoleler ve camiye verilen zararın giderilmesi amaçlanmıştır. Böyle bir yola başvurulabilmesi için mağdurun da tespit edilmesi gerekir. Mahkeme mağdurları belirlerken, mozolelerin yıkılması nedeniyle ekonomik gelirini kaybetmiş kişileri doğrudan zarar gören mağdurlar olarak belirlemiştir. Daha sonra mozolelerin taşıdığı manevi değer nedeniyle Timbuktu halkının zarar gördüğünü tespit etmiştir. Son olarak UNESCO Dünya Kültür Mirası listesinde olmaları nedeniyle aslında tüm insanlığın mağdur olduğu kabul edilmiştir.<sup>99</sup>

Statünün 75. maddesinde Mahkemenin mağdurların zararlarını karşılamak için tazminata hükmedebileceği belirtilmiştir. Mahkeme, yargılama sonucunda bireylerin zararlarının karşılanmasının yanı sıra Timbuktu halkını temsilen Mali devletine ve uluslararası toplumu temsilen UNESCO'ya sembolik tazminat ödenmesine karar vermiştir.<sup>100</sup> Onarıcı adaletin bir diğer amacı da suçun bir daha işlenmeyeceği konusunda mağdurlara güvence verilmesidir. Bu bakımdan Al- Mahdi'nin özür dilemesinin yanında bir daha böyle bir suç işlenmesinin engellenmesi için hem yerel halkın eğitilmesi hem de yerel güvenlik kuvvetlerinin böyle bir

<sup>95</sup> Richard Goldstone, *Ethnic Reconciliation Needs the Help of a Truth Commission*, (24 Oct. 1998) <https://www.nytimes.com/1998/10/24/opinion/IHT-ethnic-reconciliation-needs-the-help-of-a-truth-commission.html> (07.09.2021).

<sup>96</sup> ICC News, President of the Assembly visits Addis Ababa, (15.05.2012), <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr794> (07.09.2021).

<sup>97</sup> Claire Garbett, "The International Criminal Court And Restorative Justice: Victims, Participation And The Processes Of Justice", *Restorative Justice*, C: 5, S: 2, 2017, s. 200.

<sup>98</sup> Simone Pinton, "The ICC Judgement in Al Mahdi: Heritage Communities and Restorative Justice in the International Criminal Protection of Cultural Heritage", *Seattle Journal For Social Justice*, C: 19, S: 1, 2020, s. 359.

<sup>99</sup> The Case of *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, The Public Reparation Order of Trial Chamber VIII, 17 August 2017, International Criminal Court in The Hague, The Netherlands, prg. 39-41, 50 vd.

<sup>100</sup> The Public Reparation Order of Trial Chamber VIII, prg. 45 vd.

durumda müdahale etmesi için gerekli önlemlerin alınacağı belirtilmiştir.<sup>101</sup> Ayrıca zarar gören kültür varlıklarının onarılmasına da karar verilmiştir. UCM Statüsünün 79. maddesinde ise Güven Fonu düzenlenmiştir. Buna göre; “Mahkemenin yargı yetkisi içindeki suçlardan mağdur olan kişi ve aileleri yararına Üye Devletler meclisi kararı ile bir Vakıf Fonu kurulur. Mahkeme para cezaları ve mahkumlardan el konulan değerlerden elde edilen gelirlerin bir karar ile Vakıf Fonuna aktarılmasını emredebilir. Vakıf fonu Üye Devletler Meclisi tarafından belirlenecek kriterler çerçevesinde yönetilir.” Mahkeme Kararında, hem mağdurların tazminatlarının hem de zarar gören eserlerin onarılması için Güven Fonunun kullanılması gerektiğini belirtmiştir.<sup>102</sup> Karardan sonra taraf devletler tarafından yapılan bağışlar neticesinde zararlar giderilmeye başlanmıştır.<sup>103</sup>

## SONUÇ

Kültürel varlıkların korunması, tarihsel olarak öneme sahip ve milattan önceki dönemlerde dahi tartışılan bir durum olmasına rağmen özellikle savaşların artması ile birlikte kültürel varlıkların silahlı çatışmalar esnasında korunması, uluslararası hukuk metinlerinin konusu haline gelmiştir. Bu husus, 20 yy’da artan çabalar sonucunda birçok düzenlemeye konu olsa da gerek barış gerek silahlı çatışma esnasında kültürel varlıkların korunması yönündeki çabalar amacına ulaşamamıştır. Varlıkların ekonomik, dini, siyasi gibi birçok açıdan sahip oldukları önem, onları özellikle silahlı çatışmalarda hedef haline getirmektedir. Her ne kadar Nürnberg yargılamalarından beri uluslararası ceza yargılamalarının da konusu haline gelmiş; bu yönde mahkumiyet kararları verilmiş olsa da maalesef halen kültürel varlıkların yok edilmesi, silahlı çatışma esnasında karşı tarafın kültürünü ve manevi değerlerini yok etmek için yöntem olarak kullanılmaktadır.

Roma Statüsünün 8. maddesinde bu hususun özel olarak düzenlenmesi ve çalışmaya konu Al Mahdi Al Faqi Kararındaki tartışmalar ile onarıcı adalet programının uygulanarak eski hale getirmenin mümkün olduğunca sağlanmaya çalışılması olumlu bir gelişme olarak görülse de UCM’nin yargılama yetkisi sadece Statüye taraf olan devletler ile sınırlıdır.<sup>104</sup> Sonuç olarak kültürel varlıkların korunması hususu silahlı çatışmalar devam ettikçe

<sup>101</sup> The Public Reparation Order of Trial Chamber VIII, prg. 68 vd.

<sup>102</sup> The Public Reparation Order of Trial Chamber VIIIi prg. 45 vd.

<sup>103</sup> Redress, Realising Victims’ Right to Reparations before the ICC, London, 2019, s. 12-13.

<sup>104</sup> Roma Statüsü,.4.; Malcholm N. Shaw, s. 288 vd.

uluslararası toplumun gündemini meşgul edecek ve kültürel varlıklar hedef olmaya devam edecektir. Bu durumun değiştirilmesi için yaptırım mekanizmalarının güçlendirilmesi; uluslararası toplumun kültürel varlıkların korunmasındaki rolü ile devletlerin egemenliği ilkesi arasında denge kurularak benzer travmaların yaşanmasının önüne geçmek için çalışmalar yürütülmelidir.

### KAYNAKÇA

- 2863 Sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu. (1983).
- BBC News. (2015, 02 20). Mali Signs UN Ceasefire to End Conflict With Northern Rebels. 08 07, 2021 tarihinde <https://www.bbc.com/news/world-africa-31544438> adresinden alındı
- BM Genel Kurulu. (2002). Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Hakkındaki Tavsiye Kararı. 2002/12.
- Case Information Sheet Document Prepared By The Communications Service Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia 1 “Dubrovnik” Pavle Strugar., (It-01-42) (ICTY).
- Charter Of The International Military Tribunal For The Far East. (1946, 01 19).
- Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. (1899, 08 29). The Hague.
- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. (1907, 11 18). The Hague.
- Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. (1864, 08 22). Geneva.
- Convention for the Protection of the Architectural Heritage of Europe. (1985). Granada.
- ÇOKIŞLER, E. (2019). Silahlı Çatışmalar Sırasında Kültürel Malların Korunması Rejimi: Tarihsel Gelişimin Analizi. *Uluslararası İlişkiler*, 16(61), 55-74.
- Declaration Renouncing the Use, in Time of War, of Explosive Projectiles Under 400 Grammes Weight. (1868, 12 11). Saint Petersburg.
- ERDEM, M. (2018). Silahlı Çatışma Esnasında Kültürel Malların Uluslararası Toplum Yararına Korunması. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9(1), 185-216.

- GARBETT, C. (2017). The International Criminal Court And Restorative Justice: Victims, Participation And The Processes Of Justice. *Restorative Justice*, 5(2), 198-220.
- Genelkurmay Başkanlığı. (2010). *Silahlı Çatışma Hukuku ile İlgili Uluslararası Hukuk Metinleri*. Ankara: Genelkurmay Basımevi.
- GLASIUS, M. (2006). *The International Criminal Court A Global Civil Society Achievement*. NewYork: Routledge.
- GOLDSTONE, R. (1998, 10 24). Ethnic Reconciliation Needs the Help of a Truth Commission. 09 07, 2021 tarihinde <https://www.nytimes.com/1998/10/24/opinion/IHT-ethnic-reconciliation-needs-the-help-of-a-truth-commission.html> adresinden alındı
- GÜNEYSU, G. (2014). *Çevrenin Silahlı Çatışmalar Esnasında Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ICC. (2011). Elements of Crime. The Hague. 01 19, 2022 tarihinde ICC, Elements of Crime, <https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/336923d8-a6ad-40ec-ad7b-45bf9de73d56/elementsofcrimeseng.pdf> adresinden alındı
- ICC. (2021). *Policy on Cultural Heritage*. 01 19, 2022 tarihinde <file:///C:/Users/user/Desktop/policy%20on%20cultural%20heritage.pdf> (19.01.2022). adresinden alındı
- ICC News. (2012, 05 15). President of the Assembly visits Addis Ababa. 09 07, 2021 tarihinde <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=pr794> adresinden alındı
- ILC. (1949). *The Charter and judgment of the Nürnberg Tribunal : history and analysis : memorandum / submitted by the Secretary-General*.
- Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (Lieber Code). (1863, 04 24).
- Judgment and Sentence, The Case of The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, Trial Chamber , ICC-01/12-01/15-171 (ICC 09 27, 2016).
- Judgment: Alfred Rosenberg (International Military Tribunal (Nuremberg) 11 01, 1946). <https://www.legal-tools.org/doc/45f18e/> adresinden alındı
- KASTENBERG, J. E. (1997). The Legal Regime for Protection Cultural Property During Armed Conflict. *Air Force Law Review*, 42, 277-305.
- KURAN, S., & TÜRKAY KAHRAMAN, Ş. (tarih yok). Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması Hukuki Rejiminde Bir İstisna Olarak “Askeri Gereklik” : Antlaşmalarla Getirilen Düzenlemeler. *MUHF - HAD*, 23(1), 89-157.
- LOSTAL, M. (2017). The Misplaced Emphasis on the Intangible Dimension of Cultural Heritage in the Al Mahdi Case at the ICC. *Inter Gentes*, 1(2), 45-58.

- MACMILLAN, F. (2013). Protection of Cultural Heritage. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 64(3), 351-364.
- MATHIAS, S. (2021). Prosecuting Crimes Against Culture: The Contributions of the Al-Mahdi and Ntaganda Cases to the ICC Approach to Cultural Property Protections. *Emory International Law Review Recent Developments*(35), 58-75.
- MOFFETT, L. (2020). A Bridge Too Far? Attacks against Cultural Property used as Military Objectives as War Crimes: The Prlić et al. case and the Mostar Bridge. *International Criminal Law Review*, 20(2), 214-250.
- NOVIC, E. (2016). *The Concept of Cultural Genocide An International Law Perspective*. Oxford: OUP.
- O'KEEFE, R. (2006). *The Protection of Cultural Property in Armed Conflict*. New York: CUP.
- ÖNOK, M. (tarih yok). *Uluslararası Ceza Divanı'nı Kuran Roma Statüsü İle Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor*. UCMK. 01 19, 2022 tarihinde [http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM\\_rapor.pdf](http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2010/07/UCM_rapor.pdf) adresinden alındı
- PAZARCI, H. (2006). *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- PINTON, S. (2020). The ICC Judgement in Al Mahdi: Heritage Communities and Restorative Justice in the International Criminal Protection of Cultural Heritage. *Seattle Journal for Social Justice*, 19(1), 347-386.
- Project of an International Declaration concerning the Laws and Customs of War. (1874, 08 27). Brussels.
- Prosecutor v. Pavle Strugar, IT-01-42-A (ICTY 07 17, 2008).
- Prosecutor v. Vladimir Kovacevic, IT -01-42/2-AR11his.1 (ICTY 03 28, 2007).
- REDRESS. (2019). *Realising Victims' Right to Reparations before the ICC*. London: Redress.
- Rome Statute of the International Criminal Court. (1998). The Hague.
- Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague. (1923).
- SARIBEYOĞLU SKALAR, M. (2021). Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalarda Faaliyetlerine İlişkin Bir Değerlendirme: Taraflara Hizmetlerini Teklif Etme Hakkı. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 27(1), 48-63.



- SARKIN, J. (2012). Enhancing the Legitimacy, Status and Role of the International Criminal Court by Using Transitional Justice or Restorative Justice Strategies. *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, 6(1), 83-101.
- SCATENA, M. (2015). Voluntary destruction of Cultural Heritage and international criminal law. University of Turin Department of Law.
- SCHABAS, W. A. (2011). *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: CUP.
- SHAW, M. N. (2018). *Uluslararası Hukuk*. (Y. Acer, İ. Kaya, T. Demirtepe, & G. Şimşek, Çev.) Ankara: TÜBA Akademi.
- TEZCAN, D., ERDEM, M., & ÖNOK, R. (2021). *Uluslararası Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- The Case of the Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, The Public Reparation Order of Trial Chamber VIII (ICC 08 17, 2017).
- The Laws of War on Land. (1880, 09 09). Oxford.
- TOMAN, J. (1996). *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*. Hampshire: Dartmouth Publishing Company.
- Treaty on the Protection of Artistic and Scientific Institutions and Historic Monuments (Roerich Pact). (1935, 04 15). Washington.
- TRIFFTERER, O., & AMBOS, K. (2016). *The Rome Statute of the International Criminal Court Commentary*. Munich, Oxford, Baden-Baden: C.H. Beck Hart Nomos.
- TÜRKAY KAHRAMAN, F. (2018). *Silahlı Çatışmalarda Kültürel Varlıkların Korunması*. İstanbul: XII Levya Yayıncılık.
- UN. (1949, 08 12). IV. Geneva Convention Relative To The Protection Of Civilian Persons In Time Of War.
- UN. (1977, 06 08). Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I).
- UN. (1977, 06 08). Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II).
- UN. (2009). *Updated Statute Of The International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia*.
- UNESCO. (1954, 05 14). *Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*.
- UNESCO. (1970, 11 14). *Convention on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property*.

- UNESCO. (1978, 11 28). Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property.
- UNESCO. (1999). *Second Protocol to The Hague Convention of 1954 for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*.
- UNODC. (2006). *Onarıcı Adalet El Kitabı, Ceza Adaleti El Kitapları Dizisi*. New York: UN.
- UNSC. (1993, 05 03). U.N. Doc. S/25704.
- UNSC. (1993, 02 22). UNSC, Ref. S/RES/808.
- VRDOLJAK, A. F. (2015). International Exchange and Trade in Cultural Objects. V. Vadi, & B. Witt içinde, *Culture and International Economic Law* (s. 124-141). London: Routledge.
- WHC. (2019, 07 10). Operational Guidelines for the Implementation of the World Heritage Convention.
- WIERCZYNSKA, K., & Jakubowski, A. (2017). Individual Responsibility for Deliberate Destruction of Cultural Heritage: Contextualizing the ICC Judgment in the Al-Mahdi Case. *Chinese JIL*, 695–721.
- YAVUZ, H. A. (2017). Bir Savaş Suçu Olarak Kültürel Miras Niteliğindeki Eserlere Yönelik Saldırı Eylemi. *Ankara Barosu Dergisi*(3), 162-196.
- YAVUZ, H., & ÖZAR, S. (2017). Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Al Mahdi Kararı. *Küresel Bakış*, 7(22), 1-27.

**# ÖRGÜT SUÇLARINDAN MAHKÛM OLAN ÖĞRENCİLERİN  
YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN ÇIKARILMASININ  
CEZALARIN İNFAZININ AMACI VE EĞİTİM HAKKI  
BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

*(THE EVALUATION OF EXPULSION OF CONVICTED STUDENTS OF  
ORGANIZED CRIME FROM HIGHER EDUCATION INSTITUTION WITHIN CONTEXT  
OF THE PURPOSE OF PUNISHMENT AND RIGHT TO EDUCATION)*

**Dr. Öğr. Üyesi Namık Kemal Topçu \***  
**Arş. Gör. Neslihan Can \*\***

**ÖZ**

*Günümüz ceza ve infaz hukukunda cezanın amacının failin ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması olduğu, üzerinde mutabakata varılmış bir kabuldür. Failin ıslahı sürecinde de eğitim kilit bir rol oynamaktadır ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, infaz kurumunda bulunan hükümlülerin bir hak olarak eğitimden nasıl yararlanabileceğini düzenlemiştir. Ancak söz konusu eğitim düzeyi yükseköğretim olduğunda, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun disiplin hükümleri uyarınca örgüt suçlarından mahkûm olan öğrencilerin yükseköğretim kurumlarından kayıtları silinmektedir. Bu durum da örgüt suçlusu hükümlülerin yükseköğrenim hakkından kategorik olarak yoksun kalmalarına sebebiyet vermektedir. Bu çalışma kapsamında cezanın amaçları gözetilerek eğitimin hükümlü için önemine değinilecek ve örgüt suçlarından mahkûm olan öğrencilerin yükseköğretim kurumundan çıkarılmasının cezanın infazı ile ulaşılmak istenen amaçla bağdaşp bağdaşmayacağı ele alınacaktır. Ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde örgüt suçlusu olan hükümlülerin yükseköğrenim hakkının bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.*

---

<sup>#</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.12.2021. İlk hakem raporu tarihi: 20.12.2021. İkinci hakem raporu tarihi: 05.01.2022. Onaylanma Tarihi: 11.01.2022.

\* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı. Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7075-8763.

\*\* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-6990-8274.

**Esere Atf Şekli:** Namık Kemal Topçu, Neslihan Can, “Örgüt Suçlarından Mahkum Olan Öğrencilerin Yükseköğretim Kurumundan Çıkarılmasının Cezanın İnfaz Amacı ve Eğitim Hakkı Bağlamında Değerlendirilmesi”, YÜHFD, C.XIX, 2022/1, s.283-342.

**Anahtar Kelimeler:** Eğitim hakkı, yükseköğrenim hakkı, örgüt suçlusu, cezanın amacı, yükseköğretim kurumundan çıkarılma cezası, AİHS P1-2

### ABSTRACT

*It is agreed upon in criminal law and execution law that the purpose of the punishment is to rehabilitate and resocialization of the convicted. Education plays key role during the process of execution of crimes and the Code on the Execution of Penalties and Security Measures numbered 5275 regulated how inmates enjoy right to education. However when it comes to higher education degree, the provisions of Code of Higher Education numbered 2547 on disciplinary measures stipulate that the students who convict of organized crime are expelled from higher education institutions. This categorically results in convicted persons of organized crime being deprived of higher education. Within the scope of this study, the prominence of education for the convicted will be mentioned by considering the purposes of the punishment and it will be discussed whether the expulsion from higher education institutions is compatible with these purposes. Then it will be evaluated considering the case law of the European Court of Human Rights, whether the convicted persons who are organized criminals have the right to higher education or not.*

**Keywords:** *Right to education, right to higher education, perpetrator of organized crime, the purpose of punishment, expulsion from higher education institution, ECHR P1-2*

\*\*\*

### GİRİŞ

4.11.1981 tarihinde kabul edilen 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun “Öğrencilerin disiplin işleri” başlıklı 54. maddesinde; yükseköğretim öğrencilerinin disiplin cezası gerektiren fiillerine, verilecek disiplin cezalarına, bu fiillerin soruşturulmasında ve cezaların tatbikinde takip edilecek usule ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Aynı Kanunun “Yönetmelikler” başlıklı 65. maddesinde, Yükseköğretim Kurulu (YÖK) tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenecek hususlar sayılmış olup; bunlardan birisi de öğrencilerin disiplin işlemlerine ilişkindir. Bu maddeye dayalı olarak çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinde<sup>1</sup>, yükseköğretim kurumları öğrencilerine verilecek disiplin cezaları ile soruşturma usul ve esasları düzenlenmiştir.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Bundan sonra “Disiplin Yönetmeliği” olarak anılacaktır. Mezkûr yönetmelik 18.8.2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin 1. YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

Bu bağlamda; 2547 sayılı Kanun m. 54/1-a'da yer alan düzenlemeye göre “Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında yükseköğretim öğrenciliği sıfatına, onur ve şerefine aykırı harekette bulunan, öğrenme ve öğretme hürriyetini, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan, boykot, işgal ve engelleme gibi eylemlere katılan, bunları teşvik ve tahrik eden, yükseköğretim mensuplarının şeref ve haysiyetine veya şahıslarına tecavüz eden veya saygı dışı davranışlarda bulunan ve anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere; eylem başka bir suçu oluştursa bile ayrıca uyarma, kınama, bir haftadan bir aya kadar veya bir veya iki yarıyıl için kurumdan uzaklaştırma veya yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları verilir.”

Disiplin Yönetmeliğinde de “Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren disiplin suçları” başlıklı 9/1-a maddesinde, “Mahkeme kararıyla kesinleşmiş olmak kaydıyla, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek” yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır<sup>3</sup>.

Bu çalışma kapsamında, Disiplin Yönetmeliğinde sayılan örgüt suçlarından mahkûm olanlar hakkında uygulanan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının, cezanın infazı ile ulaşılmak istenen amaç ve eğitim hakkının gerekleri ile bağdaşıp bağdaşmadığı ele alınacaktır.

---

ve 2. maddelerinde yönetmeliğin amacı ve dayanağına yer verilmiş; 3. maddesinde disiplin cezaları tanımlanmış, 4-11. maddelerinde disiplin suçu oluşturacak eylemler ve bunlara verilecek cezalar düzenlenmiş; 12 ve devamı maddelerinde ise disiplin soruşturmasının yürütülmesinde ve cezaların tatbikinde takip edilecek usule ilişkin bir düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu usul hükümlerine ilişkin açıklamalar için bkz. İbrahim Pınar/ Öner Çalışkan, **Açıklamalı İctihatlı Disiplin Suç ve Cezaları Disiplin Soruşturması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013, s. 787 vd.

<sup>2</sup> 2547 sayılı Kanununun 65. maddesine dayalı olarak öğrencilerle ilgili çıkarılan ilk yönetmelik ise esasen 13.1.1985 tarih ve 18634 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği”dir. Bu yönetmelik, 18.8.2012 tarihli ve 28388 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik ile yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>3</sup> Mülga Yönetmeliğin 10/1-e maddesinde “Kanun dışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak”; 10/1-g maddesinde de “Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümler sebebiyle cezalandırılmış olmak”, yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştı.

## I. 2547 SAYILI KANUN M. 54 VE DİSİPLİN YÖNETMELİĞİ M. 9/1-A'DAKİ DÜZENLEMELERE İLİŞKİN AÇIKLAMALAR

### A. Cezanın Tanımı ve Hukuki Niteliği

Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası, Disiplin Yönetmeliğinin 9. maddesinde sayılan fiilleri öğrenci iken işlemiş öğrencinin, ilişkisinin kesildiği yükseköğretim kurumuna bir daha alınmamak üzere öğrencilikten çıkarılması anlamına gelir<sup>4</sup>. Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası bir ceza hukuku yaptırımı olmayıp örneğin Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 53'te bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olan “*belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma*” niteliğinde de değildir. Söz konusu yaptırım, idare hukuku kapsamında<sup>5</sup> bir “disiplin cezası” niteliğindedir.

Disiplin sözcüğü; “*Kişilerin içinde yaşadıkları topluluğun genel düşünce ve davranışlarına uymalarını sağlamak amacıyla alınan önlemlerin bütünü*”<sup>6</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım ışığında o topluluğun varlık amacına uygun bir şekilde faaliyetlerini sürdürebilmesi bakımından kurum

<sup>4</sup> Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası Disiplin Yönetmeliğinin 3/1-f maddesinde “*Öğrenciye, bir daha çıkarıldığı yükseköğretim kurumuna alınmamak üzere öğrencilikten çıkarıldığının yazı ile bildirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Çıkarma cezası, mülga Yönetmeliğin 5/1-e maddesinde ise “*Öğrenciye, bir daha yükseköğretim kurumlarından herhangi birine alınmamak üzere öğrencilikten çıkarıldığının yazı ile bildirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Nitekim 2547 sayılı Kanun m. 54/1-g'deki düzenlemesinde de “*Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar*” şeklinde hüküm bulunmaktaydı. Ancak bu düzenlemenin eğitim hakkını imkânsız hale getirmesi AYM'nin iptal kararına konu olmuştur. Bkz. AYM, E. 2009/59, K. 2011/69, 28.4.2011.

<sup>5</sup> İdare hukukunun bir alt dalı olarak kabul edilen disiplin hukuku, bir kurum, kuruluş veya örgütlenmenin iç veya çalışma düzeninin sağlanmasını, bu düzenin, sağlanması amacına matuf kurallar bütünü, bu kurallara uyulmaması hâlinde alınabilecek önlem veya yaptırımları, bu önlem veya yaptırımların tesis edilme ve yürütülme usûllerini ve bunlara karşı başvurulabilecek hukuk yollarını inceleyen bilim dalı olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Ramazan Yıldırım, **Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Mimoza Yayınları, Konya, 2006, s. 23; Tahir Muratoğlu, “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 30-31, 2014, s. 80.

<sup>6</sup> (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr>, 11.11.2021. “*Disiplin, bir grup insanın beraber, ısrarlı ve ortak bir amaç için gayret gösterme yeteneği olarak da tanımlanabilir.*”, (Bkz. Esin Örcü, “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 32, S. 2-4, İstanbul, 1967, s. 784). Disiplin kavramını tanımlı ve bu kavrama ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tayfun Akgüner, **Personel Yönetimi**, İstanbul, Der Yayınları, 1992, s. 95 vd; Nuri Tortop, “Disiplin, Disiplin Suç ve Cezaları”, **TİD**, C.16, Eylül 1983, s.89 vd.

düzenini bozucu nitelikte kabul edip disiplin yaptırımıyla karşıladığı kurallar disiplin suçları, söz konusu suçların işlenmesi halinde uygulanacak yaptırımlar da disiplin cezası olarak tanımlanabilir<sup>7</sup>. Disiplin yaptırımlarının amacı ise kurum düzenini korumak ve yürütülen hizmetin düzgün bir şekilde işlenmesini sağlamaktır. Bu bağlamda yükseköğretim kurumunun idari düzenini korumak ve yürütülen hizmetin düzgün işlenmesini sağlamak amacıyla<sup>8</sup>, yükseköğretim kurumu yönetimlerince bu kurumdan hizmet alanlar, yani öğrenciler hakkında disiplin cezaları uygulanmakta olup; yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası da bu cezalardan birisidir.

### B. Cezanın Uygulanma Koşulları

Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilebilmesi için kişinin, öğrencilik sıfatını kazandıktan sonra yani öğrenciyken suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiillerinden birini işlediğinin mahkeme kararıyla kesinleşmiş olması gerekir.

Öğrencilere disiplin cezası verilmesinin amacı, yükseköğretim aşamasındaki disipline aykırı davranışların cezalandırılmasıdır. 2547 sayılı Kanun m. 54/1-a'da yer alan düzenlemedeki “*anarşik veya ideolojik olaylara katılan veya bu olayları tahrik ve teşvik eden öğrencilere...*” şeklindeki ifadeden de anlaşılacağı üzere, disiplin yaptırımı gerektiren fiillerin, öğrenci iken işlenmiş olması gerekir<sup>9</sup>. Aynı bentte geçen

<sup>7</sup> “Disiplin suçu, kamu hizmeti düzenini bozan eylemdir.”, (Turhan Tufan Yüce, “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili”, *Danıştay Dergisi*, S. 88, 1994, s. 5). Disiplin suçu ve cezasına ilişkin sair tanımlamalar için bkz. Bahattin Duman, *Yükseköğretim Ceza Ve Disiplin Soruşturması*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 18; Celal Işıklar, *Kamu Disiplin Yaptırımları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 47; Pınar/Çalışkan, s. 5; Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, “S” Yayınları, Ankara, 1991, s. 151; Yılmaz Günal, “Disiplin Cezaları”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 2, 1958, s. 194.

<sup>8</sup> Mülga 13.1.1985 tarihli Yükseköğretim Kurumları öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin “Amaç” başlıklı birinci maddesinde de söz konusu Yönetmeliğin amacı “*Bu yönetmelik; kanun, tüzük, yönetmelik ve yönergelerin öğrencilere yüklediği görevleri yükseköğretim kurumu içinde ve dışında yerine getirmeyen uyulması gerekli hususlara uymayan, yasaklanan işleri yapan veya öğrencilik sıfat, şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayan hal ve harekette bulunan öğrencilere verilecek disiplin cezalarını, usul ve teşkilatla ilgili hükümleri belirtmek amacıyla düzenlenmiştir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

<sup>9</sup> Disiplin Yönetmeliğinin 3/1-a maddesinde öğrencinin “*Yükseköğretim kurumlarında önlisans, lisans, yüksek lisans, doktora, tıpta uzmanlık ya sanatta yeterlilik öğrenimi gören kişileri*”; c bendinde ise Yükseköğretim Kurumlarının “*Üniversiteler, yüksek teknoloji*

“Yükseköğretim kurumları içinde veya dışında...” ifadesinden kasıt fiilin fiziksel olarak kurumun içerisinde ya da dışarısında işlenmesidir, yani fiilin öğrenci sıfatını haizken ya da değilken işlenmesi değildir. Bu bağlamda çıkarma cezasının verilebilmesi için, Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesinde sayılan fiillerin öğrenci iken işlenmiş olması gerekir. O halde şayet bir öğrenci, henüz öğrenci olmadığı bir dönemde fıkra da sayılan fiilleri işlemiş, öğrenciliği devam ederken söz konusu fiillerden dolayı yargılanıp mahkûm olmuş ve hakkında verilen karar kesinleşmişse, söz konusu karara dayalı olarak öğrenci hakkında yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilebilmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Danıştay da yönetmeliğinin amacı ve kapsamı gereği, ancak yükseköğretimde eğitim-öğretim gören öğrencilerin disiplin cezasına çarptırılabilceğini, yükseköğretim kurumunda öğrencilik sıfatı kazanmadan önce işlenen suçların disiplin cezasına dayanak oluşturamayacağını kabul etmektedir<sup>11</sup>.

*enstitüleri ile bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuvarlar, meslek yüksekokulları ile uygulama ve araştırma merkezlerini” ifade ettiği belirtilmiştir.*

<sup>10</sup> “...bir kimseye öğrenci olmadan önceki dönemde işlediği bir suçtan dolayı, öğrenciliği sırasında ceza verilemez.”, (Duman, s. 408); “Söz konusu fiilin öğrencilik sıfatı başlamadan önce gerçekleştirilmesi, ancak mahkûmiyet hükmünün öğrencilik sıfatının başlamasından sonra kesinleşmesi halinde, bu cezanın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt edilebilir. Ancak disiplin hükümleri, daha önce de belirtildiği üzere, kişinin içinde bulunduğu hukuki statü nedeniyle tabi olduğu kurallardır ve bu statünün başlamasından önce ya da bitmesinden sonra kişiye uygulanmazlar. Dolayısıyla bu gibi durumlar bakımından öğrencilik statüsünün sonlandırılması isteniyorsa, bu yönde açık düzenlemenin yapılması gerekir.” (Güneş Okuyucu Ergün/ Eylem Baş, “Yükseköğretim Kurumu Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **MARUHAD**, C. 27, S. 1, 2021, s. 41).

<sup>11</sup> Bkz. Danıştay 8. Dairesi E. 1989/419, K. 1990/963, 20.09.1990 “...Uyuşmazlık; Fakültesi ...bölümü öğrencisi olan davacının, 6136 sayılı yasaya göre hüküm giydiği gerekçesiyle disiplin yönetmeliğinin 10/h maddesine göre yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali isteğiyle açılan davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararının bozulması isteminden ibarettir. Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin "Amaç" ve "kapsam" başlıklı maddeleri bu yönetmeliğin, Yükseköğretim Kurumları içinde ya da dışında Yükseköğrenim gören öğrencilerle ilgili yasa tüzük yönetmelik ve yönergelerle yüklenilen görevlerin yerine getirilmemesi ve disipline aykırı davranışların cezalandırılmasına ilişkin kurallar taşıyan ve takip eden maddede de dayanağı Yükseköğretim Yasasından alan bir genel düzenleme olduğu vurgulanmıştır.

*Dava konusu olayda ise davacı, Yükseköğrenime başlamadan önce, Lise öğrenimi sırasında işlediği bir suç nedeni ile adli yargı yerince hapis cezası ile cezalandırıldığı ve bu ceza yükseköğrenime başladıktan sonra kesinleşerek yerine getirildiği dosyadan anlaşılmaktadır. Yukarıdaki anlatımdan da anlaşılacağı gibi davacıya uygulanan disiplin YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiilleri sayılmıştır. Söz konusu fiiller, TCK m. 78/1, m. 314/1-2 ve TCK 220/1-2’de düzenlenmiş olan örgüt kurma, yönetme ve üye olma suçlarını; TCK m. 220/6’da düzenlenmiş olan örgüt adına suç işleme suçunu; TCK m. 220/7’de, TCK m. 315’te ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanununun 4. maddesinde düzenlenmiş olan örgüte yardım suçlarını işaret etmektedir. Tüm bu suçların yanında TCK m. 302’de (*Devletin Birliğini ve Bütünlüğünü Bozma Suçu*), TCK m. 309’da (*Anayasayı İhlal Suçu*), TCK m. 311’de (*Yasama Organına Karşı Suç*) ve TCK m. 312’de (*Hükümete Karşı Suç*) düzenlenmiş olan suçları da işaret ettiğini kabul etmek gerekmektedir. Zira yargı uygulamasında, bu suçların ancak bir örgüt üyesi tarafından işlenebileceği değerlendirilerek örgüt üyeliği suçu ile bu suçlar arasında “geçitli suç” ilişkisinin bulunduğu kabul edilmekte ve bu gerekçeyle de bu suçlardan cezalandırılan faile ayrıca örgüt üyeliği suçundan ceza verilmemektedir<sup>12 13</sup>.

---

*yönetmeliğinin amaç, kapsam ve dayanağı yükseköğretim aşamasındaki disipline aykırı davranışları cezalandırmak olduğuna göre davacıya Yükseköğretim aşamasından önceki dönemde işlenen bir suç nedeni ile disiplin cezası verilmesinde hak ve adalet ilkelerine uyarlık görülmemiştir. Bu nedenle İdare Mahkemesi kararının bozulmasına ve dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine karar verildi.”; Aynı yönde bkz. Danıştay 8. Dairesi E. 1986/427, K. 1987/38, 2.2.1987.*

<sup>12</sup> Bkz. Yargıtay 9. CD, E. 2009/6277, K. 2009/7540, 15.06.2009 “5237 sayılı TCK’nın 314. maddesinde tanımlanan suç, Devletin güvenliğine, toprak bütünlüğüne, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları işlemek amacıyla kurulan silahlı örgütlerin kurucularını, yöneticilerini ve üyelerini cezalandırmaya yönelik hazırlık hareketlerini suç sayan ve yaptırma bağlayan özel bir suç tipi olup, amaç suç işlendiğinde, fail **geçitli suçlardaki** özellik nedeniyle amaç suç ile amaç suça yönelik olarak gerçekleştirilmiş bulunan araç suçlardan ilgili hükümlere göre cezalandırılacak, ancak örgütün kurucusu, yöneticisi ve üyesi olmaktan ceza verilmeyecektir.

*Bu ilkeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik olarak vahamet arz eden olaylara fülen katıldığı anlaşılan sanığın, 5237 sayılı TCK’nın 302/1. maddesi ile mahkûmiyetine karar verilmiş olması karşısında, anılan maddenin 2. Fıkrasındaki "bu suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur" şeklindeki atfın aynı Kanunun 314/2. maddesinde tanımlanan silahlı örgüt üyeliği suçunu kapsamadığı gözetilmeden hukuki değerlendirmede yanlıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi...”; Söz konusu “geçitli suç” ilişkisine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Namık Kemal Topçu, **Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 120 vd.*

Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesi kapsamında çıkarma cezasının verilebilmesi için, öğrencinin, bu maddede sayılan fiillerden birini işlediğinin sabit olduğuna yönelik kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı gerekir. Bu bağlamda öğrenci hakkında savcılıkça ceza soruşturmasının yürütülüyor olması, iddianame düzenlenmiş olması, iddianamenin kabulü, yargılamanın başlaması veya yerel mahkemece hüküm verilmiş olması bu cezanın tatbiki için yeterli değildir. Yerel mahkemece verilmiş bu hükme karşı olağan kanun yollarının da tüketilmiş ve bu suretle hükmün kesinleşmiş olması gerekmektedir<sup>14</sup>. Aynı şekilde öğrenci hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 231/5 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi de yeterli değildir. Zira bu durumda ortada açıklanan ve kanun yolları denetiminden geçerek kesinleşen bir hüküm bulunmamaktadır<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesinde sayılan fiillerin hangi suçları işaret hususunda bkz. Pınar/Çalışkan, s. 820. Bu düzenlemede yer alan suçların “geniş ve belirsiz” bir alanı işaret ettiğine yönelik eleştiriler için bkz. Benan Molu, (çevrimiçi) “Tutuklu ve hükümlü öğrencilerin KHK ile engellenen eğitim hakları”, <http://www.sosyalhukuk.org/2017/05/benan-molu-yazdi-tutuklu-ve-hukumli-ogrencilerin-khk-ile-engellenen-egitim-haklari/>, 14.10.2021.

<sup>14</sup> Söz konusu mahkûmiyet kararı kesinleşmeksizin öğrenciye verilen yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası Danıştay tarafından bozulmaktadır. Bkz. Danıştay 8. Dairesi E. 2020/3187, K. 2020/3465, 09.09.2020 “...Uyuşmazlık konusu olayda, davacının ... Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde görülmekte olan davada silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, ancak bahsi geçen hükmün istinaf ve temyiz aşamalarının tamamlanmadığı, dolayısıyla hükmün kesinleşmediği anlaşılmaktadır.

*Bu durumda, davacının suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiillerinden herhangi biri ya da hepsini işlediğine veya bu yönde eylemde/faaliyette bulunduğu dair adli yargı mahkemelerince verilen kesinleşmiş bir karar bulunmadığı, dolayısıyla ortada Yönetmeliğin 9/1-a maddesinin aradığı anlamda ceza mahkemesince verilmiş kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmadan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.*; Aynı yönde bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/1155, K. 2020/3566, 16.09.2020; Danıştay 8. Dairesi E. 2020/3856, K. 2021/353, 26.1.2021; Danıştay 8. Dairesi E. 2019/10267, K. 2020/3565, 16.9.2020; Danıştay 8. Dairesi E. 2019/4898, K. 2019/6635, 4.7.2019.

<sup>15</sup> Okuyucu Ergün/Baş, s. 41; Bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/6438, k. 2020/5087, 12.11.2020 “...olayda, ... Ağır Ceza Mahkemesinin ... tarih, ... Esas, ... Karar sayılı ilamıyla davacının eyleminin 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kalan "Terör örgütü propagandası yapmak" suçunu oluşturduğu gerekçesiyle 1 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve yasal koşulları bulunduğundan Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesi uyarınca "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına" karar verildiği, Ceza Kanunu yönünden davacıya YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesinde açıkça maddede sayılan fiillerin işlendiğine yönelik kesinleşmiş mahkûmiyet kararının varlığı arandığından söz gelimi kişinin söz konusu fiilleri işlendiğine ilişkin bir kanun hükmünde kararname veya idari işleme dayalı olarak çıkarma cezasının verilebilmesi mümkün değildir<sup>16</sup>. Nitekim bir yükseköğretim kurumunda okutman olarak görev yapan doktora öğrencisinin darbe teşebbüsünün ardından ilan edilen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamesi (OHAL KHK) ile görevden ihraç edilmesi üzerine öğrencisi olduğu Enstitünün yönetim kurulunun kişi hakkında yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verdiği bir olayda, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü bulunmaması nedeniyle söz konusu cezanın iptaline karar verilmiştir<sup>17</sup>.

Kovuşturma sonucunda davanın düşmesine veya reddine karar verilmesi halinde de ortada m. 9/1-a'da sayılan fiillerden birini işlediğinin sabit olduğuna yönelik kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığından söz edilemez. Yönetmeliğin 9/1-a maddesinde sayılan fiillere ilişkin suçlar bakımından TBMM tarafından genel af çıkarılması durumunda da

---

*afedilen terör örgütü propagandası yapmak suçu ile ilgili olarak hakkında verilen cezanın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle askıya alındığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmayacağı, dolayısıyla bu aşamada kesinleşmiş mahkeme kararından da söz edilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir."*

<sup>16</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Duman, s. 418.

<sup>17</sup> Bkz. Danıştay 8. Dairesi E. 2019/5767, K. 2020/3560, 16.09.2020 "Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü'nde doktora öğrencisi olan davacı tarafından, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54/a maddesi ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği'nin 9. maddesi uyarınca... Üniversitesi Yönetim Kurulunun 28/12/2016 tarih, 29/12 sayılı kararıyla yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası ile cezalandırılması sonucu enstitü ile ilişkisinin kesilmesine ilişkin 16/01/2017 tarihi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü işleminin ve işlem sebebi ile uğranılan TL manevi,... TL maddi zararın tazminine karar verilmesi istenilmiştir...Bu durumda, davacının suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiillerinden herhangi biri ya da hepsini işlediği ne veya bu yönde eylemde/faaliyette bulunduğu dair adli yargı mahkemelerince verilen kesinleşmiş bir karar bulunmadığı, dolayısıyla ortada Yönetmeliğin 9/1-a maddesi uyarınca verilmiş böyle bir karar olmadan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır." Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/5088, K. 2020/4850, 05.11.2020; Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/3335, K. 2021/42, 19.01.2021; Danıştay 8. Dairesi, E. 2020/5861, K. 2020/5426, 9.12.2020; Danıştay 8. Dairesi, E. 2018/656, K. 2021/1897, 30.3.2021; Danıştay 8. Dairesi, E. 2018/6181, K. 2020/3564, 16.9.2020; Danıştay 8. Dairesi, E. 2018/5790, K. 2020/3466, 9.9.2020.

öğrencinin bu fiilleri işlediğine yönelik kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunsa da çıkarma cezasının tatbiki mümkün değildir<sup>18</sup>. Ancak Cumhurbaşkanı tarafından özel affa karar verilmesi halinde aynı durum geçerli değildir. Zira özel af, sadece hükmün infazını engelleyici bir niteliği haizdir.

Yine çıkarma cezasının verilebilmesi için öğrencinin yargılama sonucunda hapis cezası veya adli para cezası almış olması şart değildir. Önemli olan bu fiilleri işlediğinin mahkeme kararıyla sabit olmasıdır. Bu bağlamda etkin pişmanlık (TCK m. 221) hükümlerinin uygulanması suretiyle hakkında ceza verilmesine yer olmadığına (CMK m. 223/4-a) karar verilmiş olsa bile öğrenci hakkında çıkarma cezasının verilebilmesi mümkündür<sup>19</sup>.

### C. Cezanın Uygulanması Süreci

Söz konusu disiplin cezasının uygulanma usulünü de özetlemek gerekirse; disiplin soruşturmasına, Yönetmeliğin 12. maddesinde belirtilmiş yetkili amirler tarafından olayın öğrenilmesini müteakip derhal başlanır<sup>20</sup>. Soruşturmanın, 13. maddede belirtilen süreler içerisinde başlatılması, yürütülmesi ve sonuçlandırılması gerekir. Soruşturma, 14. maddede belirtilen usul ve esaslar içerisinde yürütülür. Soruşturma sürecinde öğrencinin savunma hakkının korunması için hangi usullere dikkat edilmesi gerektiği 15. maddede özel olarak düzenlenmiştir. Soruşturma sonucunda Yönetmeliğin 16. maddesinde belirtilen niteliklere uygun olarak hazırlanacak rapor, soruşturmayı açan merciye tevdi edilir. Raporun hazırlanmasından sonra disiplin cezasına bakımından hangi mercinin karar vermeye yetkili olduğu 18. maddede düzenlenmiştir. Bu mercilerin, karar verirken 22. maddede belirtilen sürelerle riayet etmesi gerekir. Soruşturmayı karara bağlayan kişi ya da kurul, soruşturma raporuyla bağlı değildir. Bu bağlamda öğrencinin ve olayın özelliklerini dikkate alarak önerilenden daha ağır ya da hafif bir cezaya hükmedebileceği gibi, herhangi bir disiplin cezası vermemeyi de takdir edebilecektir. Elbette ki kararda, buna ilişkin gerekçelere yer verilmesi gerekir. Disiplin amirleri ve kurullarınca verilen disiplin cezalarına karşı on beş gün içinde üniversite yönetim kuruluna itiraz

<sup>18</sup> Onur Gürer, “Danıştay Kararları Işığında Öğrencilere Verilen Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 11.

<sup>19</sup> Benzer düşünceler için bkz. Okuyucu Ergün/Baş, s. 46

<sup>20</sup> Disiplin soruşturmasına yönelik idari sürecin ne şekilde yürütüleceğine ilişkin açıklamalar için bkz. Egemen Karaca, **Üniversitelerde Disiplin Rejimi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019, s. 213 vd.; Duman, s. 420 vd.; Pınar/Çalışkan, s. 825 vd.

edilebilir. Bununla birlikte öğrencinin, verilen cezalara karşı, itiraz hakkını kullanmadan da idari yargı yoluna başvurabilmesi mümkündür<sup>21</sup>.

Son olarak ifade etmek isteriz ki çalışma konumuz bakımından yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilebilmesi için öğrencinin Disiplin Yönetmeliğinin 9/1-a maddesinde sayılan fiillerden birini işlediğinin sabit olduğuna yönelik kesinleşmiş bir mahkeme kararının varlığı gerektiğinden, ceza mahkemesinin kararı, idari soruşturmanın yürütülmesi bakımından bekletici mesele yapılmalıdır<sup>22</sup>.

## II. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN ÇIKARMA CEZASININ CEZALARIN AMACI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Genel Olarak

Suç işleyen failin cezalandırılması gerektiği yönünde genel kabul bulursa da faile verilecek cezanın infazı ile neyin amaçlandığı konusunda çok sayıda görüş ileri sürülmüştür. Zira cezanın toplumun varlığı için gerekli olması, onun ne amaçla uygulandığını ortaya koymaya yetmemektedir<sup>23</sup>. Tarihsel süreçte de cezanın infazının amacı toplumdan topluma değiştiği gibi aynı toplumda zamanla değiştiği de görülmüştür. Bu başlık altında, öncelikle cezanın amacına ilişkin olarak ileri sürülen belli başlı görüşler ve bu görüşlere ilişkin değerlendirmeler ele alınacak, daha sonra ise topluma yeniden kazandırma amacı ve bu amacın enstrümanlarından biri olan hükümlülerin eğitimi meselesi incelenecektir.

### B. Cezanın Amacına İlişkin Teoriler

Cezanın amacının ne olduğuna ilişkin görüşleri temelde iki ayrı grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisinde cezanın amacı, geçmişte gerçekleştirilen bir kötülüğü ödetmedir. İkincisinde ise cezanın amacı, gelecekte suç işlenmesinin önüne geçmektir. Bugün genel kabul gören görüş, bu iki amacın bir arada uygulanmasını öngören karma görüştür.

<sup>21</sup> Ülkemizde yükseköğretim öğrencilerine verilen disiplin cezaları bakımından “yarı-yargısal sistem” kabul edildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. Feyyaz Gölcüklü, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezaî Müeyyide Tatbiki”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 18, S.2, 1963, s. 165-166.

<sup>22</sup> Bu hususta ayrıca bkz. Duman, s. 433

<sup>23</sup> Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 337.

Klasik okul taraftarlarınınca ileri sürülen bu görüşler, “mutlak adalet teorisi”, “nisbî teori” ve “karma teori” olarak ele alınacaktır<sup>24</sup>.

Mutlak adalet teorisinde ceza, herhangi başkaca bir amacı veya yararı olduğu için değil, sırf adaletli olduğu; diğer bir deyişle adaletin gereği olduğu için vardır. Mutlak adalet teorisi savunucuları, cezanın topluma fayda sağlayıp sağlamamasıyla ilgilenmez. Cezanın amacı, bizatihi kendisidir. İhlal edilen hakkı tekrar tesis edecek olan cezanın çekilmesiyle kefaret ödenmiş olur. Bu amaç, fail ve toplumun geri kalanı için gelecek endişesi taşımaz. Bu anlamda tekrerrür veya yeni bir suç işlenmesinin önlenmesi hedeflenmez. Cezanın uygulanması zaten bir amaç olup, ayrıca amaçlar aramak yersizdir. Bu teori açısından, cezada toplumsal bir fayda amaçlanmış değildir<sup>25</sup>.

Nisbî ceza teorisine göre ise cezalandırma bir amaç olarak değil, araç olarak ele alınmalıdır ve bu amaç müstakbel suçların önüne geçilmesi ile toplumsal faydanın sağlanmasıdır. Ceza, suçlu üstündeki önleme etkisi ile suçluyu (*özel önleme*), toplumu oluşturan bireyler üstündeki etkisiyle de toplumu suç işlemekten alıkoyacaktır (*genel önleme*)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cezanın amacına ilişkin görüşler, sadece Klasik okul tarafından ileri sürülen bu teorilerle sınırlı değildir. Bunun dışında Pozitivist Okul, Üçüncü Yol Okulu, Yeni Sosyal Savunma Okulu vs. tarafından da cezanın amacına yönelik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bununla birlikte mevzuatımızda kabul edilen yaklaşım dikkate alındığında burada sadece bu üç teoriye ilişkin açıklama yapılması yeterli görülmüştür. Diğer okullara ilişkin görüşler için bkz. Sulhi Dönmezer, “Pozitivist Nazariyede Cezai Mesuliyetin Esası”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, S. 6, 1944, s. 349 vd.; Devrim Aydın, “Ceza Hukukunda Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s. 49 vd.; Pıralı Çağrı Şensoy, **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler 5237 Sayılı TCK’nın Temel İlkeleri İle Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Hükümlerinin Yaklaşımı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2021, s. 67 vd.

<sup>25</sup> Mutlak adalet teorisine ve bu teoriye yönelik eleştirilere ilişkin tüm bu açıklamalar için bkz. Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 42, 91; Özgür Küçüktaşdemir, “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, **TBB**, C. 27, S. 113, 2014, s. 74; Şensoy, s. 42 vd.; Richard Honig, “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, Çev. M. Yavuz Abadan, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2, 1936, s. 422 vd.; Oktay Erdoğan, **İnfaz Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 27-28; Centel, s. 337-340; Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s. 4919-4922; Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016, s. 6

<sup>26</sup> Nisbî teoriye ilişkin bu açıklamalar için bkz. Erdoğan, s. 28; Mustafa Güven, “Nasıl Bir İnfaz Sistemi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 19, S. 1-2, 1993, s. 57; Özbek, s. 42, 92; Bacaksız, s. 4922, 4930-4932; Zafer, s. 6; Honig, s. 417; Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Seçkin YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)

Genel önleme, suçlunun cezalandırılmasıyla diğer vatandaşların korkutulması, diğer vatandaşlara suç işlerlerse aynı cezaya çarptırılacakları korkusu verip sosyopsikolojik bir tesir yaratarak potansiyel suçluların suçtan caydırılmasını amaçlar<sup>27</sup>. Özel önleme ise suç işlemiş failin başka suçları işlemesini engellemeyi amaçlamaktadır. Buna göre ceza, suç işleyen kişinin toplum bakımından zararsız hale getirilmesini amaçlamalıdır. Ceza, suçluyu ıslah etmek suretiyle, suç işlemesine engel olmalıdır. Başarılı ceza, infaz bittikten sonra suçlunun toplum içerisinde toplum kurallarına saygılı bir birey olarak yaşamasını sağlayan cezadır. Bunun yolu da ıslah programlarının cezanın infazına dâhil edilmesinden geçmektedir. Bu suretle suçların tekrerrünün önüne geçilecektir. Islah olmuş biçimde topluma yeniden kazandırılan kişi, yeniden topluma karıştığında cezasından ders alacak ve aynı fiili tekrar işlemeyecektir. Bu teoriyi savunanlar, suçun bir sebebi olarak da cehaleti görmektedirler. Bu nedenle de özel önleme amacına ulaşabilmek için terapi ve danışmanlık, eğitim ve öğretim, meslek kazandırma gibi metotların takip edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>28</sup>.

Bugün hâkim olan görüş, klasik okulun son teorisi olan karma teoridir. Karma teori mutlak adalet teorisi ile toplumsal fayda teorisinin diyalektikidir. Bu itibarla cezalandırmanın meşruiyetini hem adalette hem de faydada bulmaktadırlar. Karma teoride ceza hem mutlak adalet teorisi gibi bireye odaklanmakta hem de nisbî teori gibi toplumu önemsemektedir. Bu teoriye göre ceza, kefarete amacını taşımamalıdır; bu amaç bir kenara bırakılamaz. Cezanın insanileştirilmesi de bu amaçtan vazgeçmek için yeterli değildir. Bununla birlikte, özel ve genel önleme de cezanın amacı olmalıdır. Failin ıslahı amacı, faili tekrar suç işlemekten korumaya yöneliktir. Cezanın başkalarına ibret teşkil etme özelliği ise genel önleme amacının gerçekleştirilmesi anlamındadır<sup>29</sup>.

---

Yayıncılık, 2019, s. 60, Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953, s. 29.

<sup>27</sup> Genel önleme amacına ilişkin bu açıklamalar için bkz. Özbek, s. 44, 93; Öztürk/ Erdem, s. 32; Işıқтаç, s. 627; Küçüktaşdemir, s. 59; Centel, s. 345-347; Demirbaş, s. 62.

<sup>28</sup> Özel önleme amacına ilişkin bu açıklamalar için bkz. Timur Demirbaş, **İnfaz Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 62; Özbek, s. 44, 93; Yasemin Işıқтаç, “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 71, S. 1, s. 627; Şensoy, s. 59; Honig, s. 418-20; Küçüktaşdemir, s. 61; Bacaksız, s. 4922-4924; Centel, s. 341-345.

<sup>29</sup> Karma teoriye ilişkin bu açıklamalar için bkz. Centel, s. 347-348; Erdoğan, s. 29-33; Özbek, s. 94; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C: I, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2016, s. 64; Taner, s. 32; Küçüktaşdemir, s. 89; Zafer, s. 6; Bacaksız, s. 4922; Şensoy, s. 66.

### C. Cezanın Amacına İlişkin Kanaatimiz

Cezanın amacı bakımından hem kefareti hem de önlemeyi hedefleyen karma teorinin benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cezanın amacına ilişkin Türk öğretisinde yapılan açıklamalar incelendiğinde de cezanın “ödetme” amacının reddedilmediği ve fakat suçlunun ıslah edilerek yeniden topluma kazandırılması gerektiği özellikle vurgulanarak cezanın “önleme” amacının ön plana çıkarıldığı görülmektedir<sup>30</sup>. Bugün ülkelerin infaz sistemlerindeki genel eğilimin de hükümlünün tahliye olduktan sonra üretken ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir birey olmasını sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir.

Bu hususta kanun koyucunun yaklaşımına gelince; cezanın belirlenmesine ve infazına ilişkin düzenlemeler, bir cezanın tayini ve infazından beklenen amaçlar temelinde kaleme alınmakta olup söz konusu amaçlar da kabul edilen suç politikası temelinde belirlenmektedir. TCK m. 1’de yer alan düzenlemede ceza kanununun amaçları arasında suç işlenmesinin önlenmesine açıkça yer verildiği görülmektedir. Bunun yanında TCK m. 3’te yer alan düzenlemede suç işleyen kişiye uygulanacak yaptırımın işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı ifade edilmiş, 61. maddede ise cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak hususlar arasında “meydana gelen

<sup>30</sup> Bkz. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 30-33; Öztürk/Erdem, s. 32; Demirbaş, s. 75; Taner, s. 68; Bacaksız, s. 4918; Kayıhan İçel/Fusun Sokullu-Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer /Fatih Selami Mahmutoglu/Yener Ünver, **Yaptırım Teorisi**, İstanbul, 2000, s. 40; Centel, s. 371; Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1992, s. 523-524. Bununla birlikte öğretilerde *Erem/Danışman/Artuk*, cezanın tek açıklamasının ıslahta toplanabileceği kabul etmiştir (Bkz. Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1997, s. 694-695); Sami Selçuk, “Cezanın Çektilmesinin Değişmezleri”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara, 2000, s. 27. Yargıtay’ın yaklaşımının da aynı yönde olduğu görülmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2013/816, K. 2015/39, 10.03.2015.

<sup>31</sup> Tarihsel süreçte cezanın infazı ile güdülen gayenin “öç almaktan, acı çektirmekten, bedel ödetmekten”, “ıslah etmeye, tekerrürü önlemeye, suçluyu iyileştirerek yararlı bir hale getirmeye” doğru geliştiği; temel hak ve özgürlükler alanındaki gelişmelere bağlı olarak, infazın amacının da “insanileştiği” görülmektedir. Cezanın amacının tarihsel gelişimine ilişkin açıklamalar için bkz. Demirbaş, s. 197; Dönmezer/Erman, s. 7-8; Bacaksız, s. 4918; Özbek, s. 31-40; Veli Ayhan, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Ceza İnfaz Sistemine Yapısal ve İşlevsel Dönüşüm”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 10; Mehmet Emin Artuk/ Mehmet Emin Alşahin, “Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”, **MARUHAD**, C. 21, S. 169, 2015, s. 175; Bacaksız, s. 4920; Berivan Yakışır, “Türkiye’de Tutuklu ve Hükümlülerin Yeniden Sosyalleştirilmesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006, s. 16-22.



zarar ve tehlikenin ağırlığı” ve “kast ve taksire dayalı kusurun ağırlığı” zikredilmiştir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (İnfaz Kanunu) “*infazda temel amaç*” başlıklı 3. maddesi “*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri guclendirmek, toplumu suca karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.*” şeklindedir. İnfaz Kanunu m. 6’da yer alan düzenlemede hapis cezalarının infaz rejimine ilişkin temel ilkeler arasında da hükümlünün iyileştirilmesi amacının açıkça zikredildiği görülmektedir. Tüm bu düzenlemeler dikkate alındığında cezanın amacının “*ödetme ve önleme*” olduğu ve bu bağlamda karma görüşün kabul edildiğini söylemek mümkündür. Karma görüşün kabul edilmesinin sonucu olarak hükümlünün ıslahının başta eğitim olmak üzere resosyalizasyona hizmet eden diğer enstrümanlarla sağlanması gerekecektir.

#### **D. Topluma Yeniden Kazandırma Amacı ve Bu Amaca Yönelik Enstrümanlardan Biri Olan “Cezaevindekilerin Eğitimi”**

##### **1. Topluma Yeniden Kazandırma**

Topluma yeniden kazandırma; suçluyu, belirli bir toplumsal yapı ve değerler sistemine uygun hale getirmek için rehabilite etme ve bu suretle suç işlemeyen yaşamını sürdüreceği sosyal sorumluluk sahibi bir birey kılma, infazdan sonra normal bir birey olarak yeniden topluma karışabilmesini sağlama çabası olarak ifade edilebilir<sup>32</sup>. Özel önleme amacına ulaşılabilmesi için, sadece kişinin ıslah edilmesinin yeterli gelmeyeceği, bununla birlikte onu toplumda yeniden yaşayabilecek ve yer edinebilecek bir birey haline getirmeye yarayacak enstrümanların da kullanılması gerektiği düşüncesi resosyalizasyon kavramını doğurmuştur<sup>33</sup>. Burada temel amaç, suç işlemek suretiyle kanunları ihlal eden suçluları kanunlara uyan bireylere dönüştürmektir<sup>34</sup>.

Cezanın infazında topluma yeniden kazandırma amacının bulunması, konuya ilişkin birçok uluslararası metinde de vurgulanmıştır. 1955 tarihinde Cenevre’de düzenlenen kongrede alınan “Hükümlülere Muamelede Asgari Esaslar” ve “İnfaz Kurumu Açma” konulu tavsiye kararları infaz hukukunu

<sup>32</sup> Topluma yeniden kazandırmanın tanımı ve anlamına ilişkin açıklamalar için bkz. Demirbaş, s. 199, 269; Özbek, s. 45 ve 191 vd.; Yakışır, s. 25; Bacaksız, s. 4920-23.

<sup>33</sup> Bacaksız, s. 4919.

<sup>34</sup> Demirbaş, s. 271

önemli ölçüde etkilemiştir. Bunun bir sonucu olarak “Hükümlülere Muamelede Uyulacak Asgari Standart Kurallar” (Mandela Kuralları) 1957 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiştir. Bu kurallara göre infaz, hükümlüyü yeniden toplumun içine katmaya yönelik uygulamalar zincirinden oluşmalıdır<sup>35</sup>. Yine Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 11.01.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 01.07.2020 tarihinde revize edilmiş olan Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Yönelik Tavsiye Kararı’nın 6. maddesine göre bütün alıkonulma biçimleri, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin özgür toplumla yeniden bütünleşmelerini kolaylaştıracak şekilde düzenlenmelidir. Temel esasa ilişkin bu düzenleme dışında bu tavsiye kararın birçok maddesinde, topluma yeniden kazandırmaya ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir<sup>36</sup>. Yine Uluslararası Ceza Reformu’nun “Dünya Hapishanelerinde Eğilimler (2016)” başlıklı çalışmasında, “*Mahpusların tahliye sonrası rehabilitasyonu ve yeniden entegrasyonunu destekleyecek girişimlere, kuruma girişlerinin ardından en kısa süre içinde başlanmalı, bu çalışmalar suçun altında yatan sebeplere yönelmeli ve eğitim, meslek eğitimi, iş, tıbbi yardım, sosyal ve psikolojik hizmetlerin de dâhil olduğu bütünsel tedbirler içermeli*” şeklinde tavsiyede bulunulmuştur<sup>37</sup>.

Cezanın infazında topluma yeniden kazandırma amacının bulunması, anayasal bir gereklilik de arz etmektedir. Zira Anayasamızın (AY) Başlangıç bölümünün 6. paragrafında, “*her Türk vatandaşının... onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu*” belirtilmiştir. Yine AY m. 2’de Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin sosyal bir devlet olduğu belirtilmiş; m. 5’te ise insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. 17. maddede de herkesin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ve kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemeler, yeniden topluma kazandırmanın anayasal dayanağını teşkil etmekte olup devletin bu yükümlülüklerinin sadece “özgür” kişiler için geçerli olmadığı

<sup>35</sup> Bkz. [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson\\_Mandela\\_Rules-E-book.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-E-book.pdf), ET. 29.11.2021.

<sup>36</sup> <https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978>, ET. 29.11.2021.

<sup>37</sup> Uluslararası Ceza Reformu, Dünya Hapishanelerinde Eğilimler (2016), Tavsiye 22, sf. 31, <https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2016/05/GPT-2016-Turkish.pdf>, ET. 27.11.2021

ve cezaevindeki kişiler için de bu imkânları sağlaması gerektiği hususunda genel bir kabul bulunmaktadır.

## 2. Topluma Yeniden Kazandırma Enstrümanları

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere topluma yeniden kazandırma, cezaevindeki kişiyi dışarıdaki yaşama dönmeye her bakımdan hazırlama anlamına gelmektedir. Dolayısıyla da kişinin dışarıdakilerle ilişkisini sürdürmesine imkân verilmeli, neden orada olduğunun ve işlediği fiilin yanlışlığının farkında olması sağlanmalı, bir arada yaşamanın gerekliliği ve toplumsal düzenin önemi anlatılmalı, içerideki ve dışarıdaki yaşama uyumu bakımından psikolojik destek verilmeli, kişi hem akademik hem de mesleki açıdan eğitilmelidir<sup>38</sup>. Bu çerçevede bireyselleştirme, dışarı ile ilişkilerinin sağlanması, terapi ve danışma, meslek ve iş kazandırma, eğitim-öğretim ve çalıştırma topluma yeniden kazandırmanın en yaygın enstrümanlarını teşkil etmektedir<sup>39,40</sup>. Bu enstrümanlara konumuzla ilgili olduğu ölçüde kısaca değinmekte fayda görmekteyiz<sup>41</sup>.

*Bireyselleştirme:* Cezaevine giren kişilerin kişilik özellikleri, eğitimleri, sicilleri, işledikleri suçlar, ilgileri, beklentileri, ruhsal yapıları, kalış süreleri vs. birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Bu nedenle bu kişilerin arz edilen özellikleri göz önünde bulundurularak, topluma yeniden kazandırılmaları için en uygun iyileştirme araçlarının seçilmesi, topluma kazandırma programının bireyselleştirilmesi gerekmektedir<sup>42</sup>.

*Dışarı ile ilişkilerin sağlanması;* cezaevindeki hükümlünün/tutuklunun dışarıdaki yakınlarıyla bağlarını sürdürmesi, onun cezaevinde yakınlarından ve toplumdan izole olmasının önüne geçecek, dışarıdaki sosyal ilişkilerinin de canlı kalmasını sağlayacak, tahliye olduktan sonra yaşama uyum sağlamasını kolaylaştıracak önemli bir topluma yeniden kazandırma aracıdır<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Özbek, s. 47

<sup>39</sup> Tülin Günşen İçli/ Aşlıhan Öğün, **Türkiye’de Cezaevlerindeki Rehabilitasyon Faaliyetleriyle İlgili Sosyolojik Bir Analiz**, Ankara, 1999, s. 52.

<sup>40</sup> Yeniden topluma kazandırmaya yönelik çabalar, sadece cezaevi içerisindeki arz edilen bu faaliyetlerden ibaret değildir. Eğitim, rehberlik ve çalışma faaliyetlerini öngören denetimli serbestlik kurumu, erteleme kurumu (TCK m. 51) ve koşullu salıverme kurumu da (İnfaz Kanunu m. 107) topluma yeniden kazandırmaya yönelik enstrümanlardır.

<sup>41</sup> Eğitim-öğretim enstrümanı bir alt başlık altında detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Bu nedenle bu başlık altında değinilmemiştir.

<sup>42</sup> Nitekim İnfaz Kanunu m. 13, m. 23, m. 24, m. 73 ve m. 74’te de iyileştirme programlarının bireyselleştirilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

<sup>43</sup> Özbek, s. 201; İnfaz Kanunu m. 83-86’da cezaevindeki kişinin, dışarı ile ilişkilerine ilişkin detaylı düzenlemelere yer verilmiştir. Yine İnfaz Kanunu m. 89-91’de “Salıverilme

*Terapi ve danışma;* ceza infaz kurumlarındaki yeniden sosyalleştirme faaliyetlerinin en klasığı olup hükümlünün psikolojik durumunu sağlıklı kılma ve motive etme faaliyetleridir. Terapi ve danışma ile hükümlüye suçun yarattığı psikolojik çatışma ve bunalımları çözme, olumlu bir kimlik kazandırma ve toplum hayatına hazırlama noktasında destek olunur. Kurum içinde ruh sağlığı açısından uygun bir ortam oluşturulmasında yönlendirici olmaya çalışılır<sup>44</sup>.

*Meslek ve iş kazandırma;* hükümlüye, tahliye sonrasında geçimini sağlamaya yönelik meslek eğitimi programlarının uygulanmasıdır. Cezaevindeki kişinin, mesleki eğitim süreci içerisinde çalıştırılarak üretken bir kişilik kazanması amaçlanmakta; bu suretle işlediği suçun önemini, sorumluluğunu ve bunun toplumdışı davranış olduğunu kabullenmesi sağlanırken, suçluluk duygusundan arındırılarak sosyal sorumluluklarının bilincine varması sağlanmaya çalışılmaktadır. Kuaförlük, diş teknisyenliği, bilgisayar programcılığı, dikiş-nakış, marangozluk, berberlik gibi meslek kursları buna örnek olarak gösterilebilir<sup>45</sup>.

*Çalıştırma;* Çalıştırmanın amacı, hükümlülerin salıverilmelerinden sonra yaşamlarını sürdüreceği meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretme isteklerini geliştirmek ve güçlendirmektir. Çalışma, hükümlülerin günü yenmesini sağlayacağı gibi kötü düşüncelerin etkisinde kalmalarına da engel olur; hükümlülerin zanaat öğrenmelerini sağlar, kendine güvenlerini getirir ve tahliye olduktan sonra toplum hayatına katılmalarını kolaylaştırır<sup>46</sup>.

### **3. Toplumaya Yeniden Kazandırma Enstrümanı Olarak Eğitim**

Çalışma konumuz dikkate alındığında, söz konusu enstrümanın diğerlerine nispeten daha detaylı olarak ele alınmasında fayda bulunmaktadır. Cezaevindekilerin eğitimi, yeniden topluma kazandırma

İçin Hazırlama" başlığı altında salıverilme öncesine ilişkin özel hükümler öngörülmekte; m. 93-96'da ise cezaevinden izinli olarak çıkmaya ilişkin düzenlemelere yer verilmektedir.

<sup>44</sup> Bacaksız, s. 4923; Demirbaş, s. 273; İnfaz Kanunu m. 73 ve 29.3.2020 tarih ve 31083 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik (İnfaz Yönetmeliği) m. 12'de, bu amaçlara yönelik olarak cezaevlerinde psikososyal yardım servisinin faaliyet göstereceği öngörülmüştür.

<sup>45</sup> Demirbaş, s. 274; İçli/Öğün, s. 72; Özbek, s. 195; Bacaksız, s. 4925; İnfaz Kanunu m. 75 ve İnfaz Yönetmeliği m. 88/3'te meslek eğitimine ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

<sup>46</sup> Demirbaş, s. 323; Yakışır, s. 59; Çalıştırma, infaz hukukumuzda öngörülen bir enstrüman olup; hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin esaslar İnfaz Kanunu m. 29-32'de ve İnfaz Yönetmeliği m. 81-85'te düzenlenmiştir.

amacı bakımından ilk olarak uygulanmaya başlanan, çağdaş infaz hukukunda da geçerli olan en yaygın ve etkili enstrümandır<sup>47</sup>. Akademik, dini, mesleki, ahlaki, sanatsal vb. nitelikteki eğitimler cezaevindeki yaşamı insanileştirici bir etkiye sahip olduğu gibi tahliye olduktan sonra gerek kişilik gerek mesleki olarak hükümlünün yeni yaşamına hazır olmasını da sağlamaktadır. Eğitim, bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi bakımından önemli bir etkiye sahiptir ve bu, düzenli bir toplumun mevcudiyetine doğrudan etki etmekte; bireysel esenliğin yanında vatandaşlığa ve toplumsal bağa da önemli bir katkı sağlamaktadır<sup>48</sup>. Ceza infaz kurumlarındaki mahpusların çoğunun eğitim düzeyinin düşük olduğu dikkate alındığında bu kişilerin cezaevlerinde buldukları süre, onlara başta okuma-yazma olmak üzere kültürel ve eğitici faaliyetlerin öğretilmesi için kullanılmakta; yeteneklerine güven duymaları öğretilmekte ve salıverildikten sonra da kanunlara saygılı bir yaşam sürdürmeleri teşvik edilmektedir<sup>49</sup>.

Akademik açıdan geliştirmeye, donanım veya bilinç kazandırmaya yönelik olarak gerçekleştirilen eğitim faaliyetleri, cezaevindekilerin, gerek cezaevi içerisinde açılan eğitim ve öğretim programlarına katılmaları gerekse de dışarıdaki eğitim ve öğretim programlarını takip etmeleri şeklinde gerçekleştirilmektedir<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Özbek, s. 194; Vehbi Kadri Karier, “Ceza infaz Kurumlarında Eğitim Çalışmaları”, **Adalet Dergisi**, 2012, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/44.sayi/2vehbikadri.pdf>.

<sup>48</sup> Ntombizanele Gloria Vandala, “The Transformative Effect Of Correctional Education: A Global Perspective”, **Cogent Social Sciences**, C. 5, S. 1, 2019, s. 2, 3; Cezaevlerinde eğitim alanında yapılan çalışmalara göre, sürekli olarak cezaevinde eğitimin, gelecekteki hapis cezalarının giderlerinden tasarruf sağlayan, yeniden suçluluk oranlarını azaltmanın etkili bir yolu olduğunu göstermektedir. İngiltere’de hapisane eğitimine harcanan her poundun vergi mükelleflerini iki pounddan fazla tasarruf ettirdiği tahmin edilmektedir ve ABD’de bu oran harcanan her dolar için dört ile beş dolar arasında tasarruf edilmektedir. (Hazel Karafazlı/ Cem Tuna, “Türkiye’de Cezaevlerinde Uygulanan Eğitim Politikaları”, **Eğitim Yönetimi ve Politikaları Dergisi**, C. 1, S. 2, 2020, s. 44). Hapishanede eğitim almanın Birleşik Krallık toplumuna maliyet ve faydasını değerlendiren Matrix Knowledge Group’un yaptığı araştırma sonucuna göre, eğitim ve mesleki müdahalelerle ilgili olarak kamu sektörüne sağlanan net fayda, suçlu başına 2.000 Sterlin ile 28.000 Sterlin arasında değişmektedir. (John Vorhaus, “Prisoners’ Right To Education: A Philosophical Survey”, **London Review of Education**, C. 12, S. 2, 2014, s. 166).

<sup>49</sup> Özbek, s. 195; Bacaksız, s. 4923; Demirbaş, s. 273; İçli/Öğün, s. 53 vd.

<sup>50</sup> Kurumlarda eğitim ve öğretim faaliyetlerinin sürdürülmesinde; Milli Eğitim Bakanlığı, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Diyanet İşleri Başkanlığı, üniversiteler ve sivil toplum örgütleri ile işbirliği yapılmaktadır. Bu hususta bkz. Karafazlı/Tuna, s. 46.

Cezaevindekilerin eğitimi, önemi ile doğru orantılı olarak cezaların infazına ilişkin uluslararası düzenlemelerde<sup>51</sup> ve iç hukukumuzda kapsamlı düzenlemelere konu olan bir topluma yeniden kazandırma aracıdır. İç hukukumuz bakımından cezaevindekilerin eğitimine ilişkin düzenlemeler kapsamında eğitim sürecini, kapsamını ve ilgili kurumları genel hatlarıyla değinmek gerekirse:

Öncelikle cezaevine giren hükümlülerin, İnfaz Kanununun “*Hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılması*” başlıklı 23. maddesi ve İnfaz Yönetmeliği 86. maddesi çerçevesinde ıslahı ve topluma yeniden kazandırılması için gerekli iyileştirme programı belirlenir ki bu programlardan birisi de eğitim ve öğretim programlarıdır<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Örneğin Avrupa Cezaevi Kuralları’nın “Eğitim” başlıklı “28.1 – 28.7” maddeleri arasında, mahkûmların eğitimlerine ilişkin temel kurallara yer verildiği görülmektedir.

“Eğitim

28.1 Her cezaevi, mahpusların beklentilerini de dikkate alarak, bireysel eğitim ihtiyaçlarını karşılamak için onlara mümkün olduğunca ayrıntılı ve anlaşılır eğitim programları sağlamaya çalışmalıdır.

28.2 Okuma yazma bilmeyen veya dört işlem yapamayan mahpuslar ile temel ya da meslekî eğitim almamış kişilere öncelik verilmelidir.

28.3 Genç ve özel ihtiyaç sahibi mahpusların eğitimine özel dikkat gösterilmelidir.

28.4 Cezaevi rejimi içerisinde eğitim, çalışmadan daha düşük bir statüye sahip olmamalı ve eğitim faaliyetlerine katılan mahpuslar bu yüzden malî yönden veya başka bir konuda dezavantajlı duruma düşmemelidirler.

28.5 Her kurumda mahpusların yararlanması için eğlendirici ve eğitsel kaynak, kitap ve diğer materyallerle yeterli bir biçimde donatılmış zengin bir kütüphane bulunmalıdır.

28.6 Mümkün olabilen her durumda, cezaevi kütüphanesi toplumdaki kütüphane hizmetleriyle işbirliği yapılarak düzenlenmelidir.

28.7 Uygulanabildiği ölçüde mahpusların eğitimi;

a. Ülkenin eğitim ve meslekî eğitim sistemiyle bütünlük içerisinde olmalıdır. Böylece mahpuslar tahliyelerinden sonra herhangi bir zorlukla karşılaşmaksızın eğitim ve meslekî eğitimlerine devam edebilirler ve

b. Dışarıdaki eğitim kurumlarının himayesinde olmalıdır.”

<sup>52</sup> Ceza infaz kurumlarında bulunan “eğitim ve öğretim servisi”, kurumdaki eğitim ve öğretim hizmetleri ile kültürel etkinlikler ve kütüphane çalışmalarının yürütüldüğü servistir. Bu servisin görevleri İnfaz Yönetmeliğinin 14. maddesinde düzenlenmiştir:

“Eğitim ve öğretim servisi

MADDE 14-(1) Eğitim ve öğretim servisi; kurumdaki eğitim ve öğretim hizmetleri, kültürel etkinlikler, kütüphane çalışmaları ve manevi rehberlik hizmetlerinin yürütüldüğü servistir. Eğitim ve öğretim servisinde; öğretmen, eğitim uzmanı ve kütüphaneci görev yapar.

(2) Öğretmen ve eğitim uzmanı;

a) Hükümlülerin eğitim ve öğretimleri ile manevi kalkınmalarını sağlar, örgün ve yaygın eğitime devam eden hükümlülerin okul kayıtları, sınava giriş işlemleri, sevk hâlinde okul

Eğitim ve öğretim, İnfaz Yönetmeliği m. 88/1’de “Kurumlarda eğitim ve öğretim; hükümlüye yeni ve olumlu davranışlar kazandırmayı hedefleyen ve bu amacı gerçekleştirmek üzere beden, zihin, ahlâk ve duygu bakımından dengeli ve sağlıklı bir biçimde gelişmiş bir yapıya, özgür ve bilimsel düşünceye, geniş bir dünya görüşüne sahip, insan hakları ve onuruna saygılı, yapıcı, yaratıcı ve verimli kişiler olarak yetiştirmek, bilgi, yetenek, beceri ve davranışlarını geliştirmek, birlikte çalışma ve iş görme alışkanlığı kazandırarak yaşama hazırlamak, kendilerinin geçim ve mutluluklarını sağlayacak faaliyetleri içeren hizmetlerin bütünüdür.” şeklinde tanımlanmıştır<sup>53</sup>.

Yine eğitim programlarının amacı ve kapsamının ne olduğuna ilişkin olarak İnfaz Kanununun “Eğitim programları” başlıklı 75. maddesinde şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: “(1) Ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimini güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak programlar uygulanır. (2)

---

kayıtlarının nakledilmesi gibi eğitim ve öğretimleri için gerekli her türlü işlemleri yürütür ve konu hakkında bilgilendirme yapar.

b) Her yılın eğitim ve öğretim döneminin başlangıcında eğitim ve öğretim, kurs gibi görev alanına giren konularda bir yıllık plan hazırlayarak kurum en üst amirine sunar ve eğitim ve öğretim istatistiklerini düzenler.

c) Yıl içinde değişebilecek koşullar nedeniyle, yıllık planda değişiklikler yapar.

ç) Kütüphanecinin bulunmadığı hallerde, kütüphanecinin görevlerini yerine getirir.

d) Okuma yazma bilmeyen hükümlülere, okuma yazma öğretilmesinden sorumludur. Herhangi bir sebeple öğrenme güçlüğü görülenleri, kurum en üst amirine bildirir. Kurum en üst amiri ve öğretmen bunların okuma yazma öğrenmeleri için gereken önlemleri alır.

e) Kurumda eğitim ve öğretim faaliyetlerine devam edenlerin isimlerini, başladıkları tarihi, hangi sınıfa devam ettiklerini, başlangıçtaki öğrenim düzeylerini, eğitim ve öğretimde gösterdikleri ilerlemeyi, başarısını, devam sürelerini, sınıf yükselmelerini, davranış notlarını, gözlem değerlendirme raporu veya gelişim değerlendirme raporunun ilgili bölümüne kaydeder.

(3) Kütüphaneci; kütüphane ve kitaplığa gelen eserlerin kaydını yapar, bakım ve muhafazasını, dağıtılıp toplanmasını, kütüphane ve kitaplık olarak ayrılan yerin düzeni ile her türlü ihtiyaçlarını tespit eder, iş birliği yapılan diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait kütüphaneler ile ilgili gerekli iş ve işlemleri yürütür.

(4) Eğitim ve öğretim çalışmalarını ile öğretimden yararlanma ve sınavlara ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”

Eğitim ve öğretim servisinin görevlerine ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. [http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/egitim\\_servisi/genelbilgi.asp](http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/egitim_servisi/genelbilgi.asp), ET. 30.11.2021.

<sup>53</sup> Yönetmeliğin 89. maddesinde “öğretimden yararlanma”; 90. maddesinde “özel kurslar”; 91. maddesinde “ders araç ve gereçler”; 92. maddede “beden eğitimi ve etkinliklere katılma”; 93. maddede ise “konferans ve seminerler” düzenlenmiştir.

*Eğitim çalışmaları, hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültürel durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programları; temel eğitim, orta ve yükseköğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psikososyal hizmet konularını kapsar.*"<sup>54</sup>

Görüleceği üzere cezaevindeki kişilere yönelik eğitim programları, temel eğitim, orta öğretim, yükseköğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psikososyal hizmet konularını kapsamaktadır. Gözlem ve Sınıflandırma Merkezleri Yönetmeliğinde hükümlülere uygulanacak eğitim ve iyileştirme programları hakkında düzenlemeler yapılmış olup; söz konusu eğitimlere ilişkin esaslar, bu Yönetmeliğin 29. maddesinde düzenlenmiştir<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> "Öğretimden yararlanma" başlıklı İnfaz Kanunu m. 76'da, açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitim evlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmalarının sağlanacağı düzenlenmiştir.

<sup>55</sup> "Eğitim öğretim programları

*Madde 29 — Hükümlüler hakkında, aşağıda belirtilen eğitim öğretim programları uygulanır;*

*a) Yaygın eğitim: Hükümlülerden okuma-yazmayı bilmeyenler, okuma-yazma; ilköğretim okulunun üç, dört ve beşinci sınıflarından ayrılanlar ise ikinci kademe eğitimi başarı kurslarına katılmak zorundadır. Özel güçlükleri olan hükümlülere ve özellikle okuma yazma sorunu olanlara itina gösterilir.*

*1) İlköğretimin ara sınıflarından ayrılmış olanlar ile yetişkinlerden, ikinci kademe eğitimi başarı kurslarını tamamlayanların açık ilköğretim okuluna kaydı yapılır ve devamları sağlanır.*

*2) Hükümlüler, açık öğretim lisesi kurslarına devam ederek, Millî Eğitim Bakanlığı il müdürlüğünce ceza infaz kurumlarına gönderilen komisyonlar aracılığı ile sınavlara katılabilir.*

*3) Hükümlüler, üniversiteye giriş sınavları ile açık öğretim fakültesi sınavlarına kurumlara gönderilen komisyonlar aracılığı ile katılabilir.*

*b) Örgün eğitim: Yükseköğretim kurumuna devam eden öğrencinin çeşitli nedenlerle tutuklanması ya da hüküm giymesi veya ceza infaz kurumunda kalmaktayken üniversiteyi kazanması durumunda, okul idarelerinin kabul etmesi koşuluyla, gerekli güvenlik önlemleri altında sınavlara katılması sağlanır. Çeşitli nedenlerle ceza infaz kurumlarında, okullarına devam edemeyen öğrencilerin müracaat etmeleri hâlinde, öğrenim haklarının saklı tutulması için yükseköğretim kurumları nezdinde girişimlerde bulunulur.*

*c) İş ve meslek eğitimi ile beceri kursları: Kurum tarafından, hükümlülerin salıverilme sonrası yaşamlarını sürdüreceği bir meslek edinmeleri ve boş zamanlarını değerlendirmeleri için iş ve meslek eğitimi ile beceri kursları düzenlenir. Meslek eğitiminin, sadece ceza infaz kurumu imkânlarıyla değil, ilgili kurum ve kuruluşların katılımı ile sağlanmasına, kurum dışında uygulanan eğitim ile ceza infaz kurumunda uygulanan eğitim arasında önemli bir fark yaratılmamasına özen gösterilir.*

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



Yükseköğretim bakımından, söz konusu düzenlemede hükümlülerin üniversiteye giriş sınavları ile açık öğretim fakültesi sınavlarına kurumlara gönderilen komisyonlar aracılığı ile katılabileceği öngörülmektedir (m. 29/a-3)<sup>56</sup>. Yine yükseköğretim kurumuna devam eden öğrencinin çeşitli nedenlerle tutuklanması ya da hüküm giymesi veya ceza infaz kurumunda kalmaktayken üniversiteyi kazanması durumunda, okul idarelerinin kabul etmesi koşuluyla, gerekli güvenlik önlemleri altında sınavlara katılmasının sağlanacağı ifade edilmiştir. Ayrıca çeşitli nedenlerle ceza infaz kurumlarında, okullarına devam edemeyen öğrencilerin müracaat etmeleri hâlinde, öğrenim haklarının saklı tutulması için yükseköğretim kurumları nezdinde girişimlerde bulunulacağı öngörülmüştür (m. 29/b).

İnfaza ilişkin mevzuatımızda yer alan sair bazı hükümler de hükümlülerin iyileştirilmesi bakımından eğitim enstrümanına ne kadar önem verildiğini göstermektedir. Örneğin İnfaz Kanunu m. 17/4 uyarınca hapis cezasının infazının ertelenmesi sebeplerinden birisi, hükümlünün yükseköğrenimini bitirebilmesidir. Yine İnfaz Kanunu m. 67/3 uyarınca Adalet Bakanlığının uygun görmesi hâlinde eğitim ve kültürel amaçlı olarak bilgisayarın ceza infaz kurumuna alınmasına izin verilebilir. İnfaz Kanunu m. 62/2 gereği eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz. Ayrıca Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik m. 15/3'te hükümlülerin kendilerini geliştirmeleri için gerekli görülen eğitim ve kültürel çalışmalarında kullanabilecekleri malzemeleri, koğu, oda ve eklentiler dışında, idare tarafından uygun görülecek yerlerde ve denetim altında bulundurmasına ve kullanılmasına kurum olanakları çerçevesinde izin verileceği belirtilmiştir.

*d) Sosyal ve kültürel etkinlikler: Ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerin maddî ve manevî bütünlüklerinin korunup geliştirilebilmesi için, tiyatro, müzik, resim, folklor, el becerileri, spor karşılaşmaları, satranç ve lisan kursları, konferans, konser gibi çeşitli sosyal kültürel çalışmalar düzenlenir. Hükümlüler, bu çalışmalara dinleyici ya da izleyici olarak katılabilecekleri gibi, aktif görevler de alabilir ve her ceza infaz kurumunda yeterli miktarda bulunan kitle iletişim araçlarından yararlanabilir.*

*e) Din kültürü ve ahlâk öğretimi: Ceza infaz kurumlarında din kültürü ve ahlâk öğretimi programı uygulanır. Ancak, hükümlülerin bu programlara katılması isteğe bağlıdır."*

<sup>56</sup> 2011 yılında Adalet Bakanlığı ve Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Genel Müdürlüğü'nden Sorumlu Devlet Bakanlığı arasında maddi imkânı yetersiz tutuklu ve hükümlülerin sınav giderlerinin karşılanmasına ilişkin işbirliği protokolü imzalanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili Protokol metni için bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2972021105709P-72.pdf>, ET. 30.11.2021.

Nihayet burada, “eğitim ve iyileştirmeye dayalı” faaliyet gösteren “çocuk kapalı ceza infaz kurumları”, “çocuk eğitim evleri” ve “gençlik kapalı ceza infaz kurumlarından” da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. İnfaz Kanunu m. 11’de tanımlanan çocuk kapalı ceza infaz kurumu; çocuk tutukluların ya da çocuk eğitim evlerinden disiplin veya diğer nedenlerle kapalı ceza infaz kurumlarına nakillerine karar verilen çocukların barındırıldıkları ve firara karşı engelleri olan iç ve dış güvenlik görevlileri bulunan, eğitim ve öğretime dayalı kurumlardır. Çocuk eğitim evleri; çocuk hükümlüler hakkında verilen cezaların; hükümlülerin eğitilmeleri, meslek edindirilmeleri ve yeniden toplumla bütünleştirilmeleri amaçları güdülen yerine getirildiği tesislerdir. İnfaz Kanunu m. 15 gereği kurum içinde veya dışında herhangi bir eğitim ve öğretim programına devam eden ve on sekiz yaşını dolduran çocukların, eğitim ve öğretimlerini tamamlayabilmeleri bakımından yirmi bir yaşını bitirinceye kadar bu tesislerde kalmalarına izin verilebilir. Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları ise İnfaz Kanunu m. 12 uyarınca cezanın infazına başlandığı tarihte on sekiz yaşını bitirmiş olup da yirmi bir yaşını doldurmamış genç hükümlülerin cezalarını çektikleri, eğitim ve öğretim esasına dayalı kurumlardır.

Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından çocuk eğitim evlerinde ve çocuk kapalı ceza infaz kurumlarında kalmakta olan hükümlü ve tutukluların örgün ve yaygın eğitimlerine devam etmelerine ait usul ve esaslar ile akademik veya mesleki eğitimlerine devam eden çocukların başka kurumlara sevkleri sırasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esasları göstermek, mevzuatın uygulanmasını kolaylaştırmak ve uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla 1.1.2006 tarih ve 51 nolu Genelge yayınlanmıştır. Yine ceza infaz kurumlarında genc ve yetişkin hükümlü ve tutuklulara uygulanacak eğitim ve iyileştirme çalışmalarına ilişkin usul ve esasları göstermek, mevzuatın uygulanmasını kolaylaştırmak ve uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla “*Genç ve Yetişkin Hükümlü ve Tutukluların Eğitim ve İyileştirilme İşlemleri ve Diğer Hükümler*” konulu 46/1 nolu Genelge yayınlanmıştır. Söz konusu Genelgede dikkati çeken husus, tutuklu ve hükümlülerin kurum içi ve kurum dışındaki eğitim faaliyetlerine katılmalarını olabildiğince mümkün kılan, teşvik eden ve kolaylaştıran hükümler öngörmesidir. Bu bağlamda Genelgenin birinci maddesinde, AY m. 42’de “*Kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz.*” şeklinde düzenlenen eğitim hakkının, kurum yaşantısının gerektirdiği doğal sınırlamalar dışında tutuklu ve hükümlüler için de geçerli olduğu belirtilmiştir. Eğitimin ilkelerinin sıralandığı üçüncü maddesinde ise “*m) Mümkün olan her durumda hükümlü*

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

ve tutukluların ceza infaz kurumları dışında eğitime katılmasına izin verilmelidir.” ve “n) Hükümlü ve tutukluların saliverilme sonrasında da eğitimlerine devam etmelerini sağlayacak tedbirler alınmalıdır.” şeklindeki ilkelere de yer verilmiştir<sup>57</sup>.

### E. Değerlendirmemiz

Cezası infaz edilen hükümlünün, infaza konu olan cezanın gerektirdiği kısıtlılıklar dışındaki (örneğin hapis cezası bakımından özgürlüğünden yoksun kalma gibi) tüm diğer insan hakları, hükümlüye sağlanmalıdır. Bu haklara saygı, cezanın infazının amacı olan topluma yeniden kazandırmanın ön koşuludur. Bu bağlamda hükümlünün yaşam şartlarının, mümkün olduğunca normal yaşam şartlarına uydurulması, birlikte yaşadığı toplumun değerlerinden ve düzeninden uzaklaşarak cezaevilileşmesinin<sup>58</sup> önlenmesi gerekir<sup>59</sup> 60. Yükseköğretim mevzuatı uyarınca ise mahkeme kararı ile kesinleşmiş olmak kaydıyla suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, böyle bir örgütü yönetmek veya bu amaçla kurulan örgüte üye olmak, üye olmamakla birlikte örgüt adına faaliyette bulunmak veya yardım etmek fiillerini işleyen öğrenciler için yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmektedir. Oysa günümüz modern toplumlarında olduğu gibi cezaların infazına ilişkin mevzuatımızda da cezanın infazının amacının, cezaevindeki kişiyi rehabilite ederek dışarıdaki yaşama dönmeye her bakımdan hazırlamak suretiyle yeniden topluma kazandırmak olduğu kabul edilmektedir. Cezaevindekilerin eğitiminin de bu amaca yönelik en yaygın ve etkili enstrüman olduğu yukarıda ele alınmıştır. Bu bağlamda Disiplin Yönetmeliğindeki

<sup>57</sup> Söz konusu genelgeler için bkz. <https://cte.adalet.gov.tr/Home/BilgiDetay/13>, ET. 30.11.2021.

<sup>58</sup> Cezaevine konan kişi, önceki “özgür” yaşamındaki sosyal ortamından kopar ve yeni “kapalı” bir topluma dâhil olur. Sahip olduğu sosyal statüsünü, otonomisini kaybeder, özgürlük alanı daralır, sıkı bir denetim altında yaşamaya başlar. Bu süreçte cezaevini, oradaki yaşamı hayatının merkezine almaya ve dış dünyadaki yaşamdan kopmaya başlar. Cezaevi dışındaki sosyal ilişkilerin yerini, cezaevindeki sosyal ilişkiler alır. Hükümlü, o cezaevinde geçmişten beri gelişen alt kültüre (kendine özgü geleneklerine, alışkanlıklarına, diline, adetlerine) adapte olup, özgür yaşamındayken ait olduğu kültürden uzaklaşmaya başlar. (Cezaevilileşmeye ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Demirbaş, s. 233 vd.; Özbek, s. 135 vd.; Bacaksız, s. 4932)

<sup>59</sup> İnfaz Kanunu m. 6/1-b’de yer düzenlemeye göre de “Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddi ve manevi koşullar altında çekirtilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, İnfaz Kanununda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.”

<sup>60</sup> Demirbaş, s. 201-202

yükseköğretim kurumundan cezasının cezanın amacı ile bağdaştığını söylemek güçtür. Diğer bir anlatımla rehabilite edilmek için cezaevine konulan bir suçlunun en büyük rehabilitasyon aracı olan eğitim enstrümanından mahrum bırakılması, cezanın infaz amacı ile örtüşmeyecektir.

Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası öngören yürürlükteki yönetmeliğin dayanağı olan 2547 sayılı Kanun, 12 Eylül sonrası askeri dönemin bir ürünüdür<sup>61</sup>. Özellikle yetmişli yıllarda artan “öğrenci olayları” ve bunun ülkedeki kargaşanın başlıca sebebi olarak görülmesi<sup>62</sup>, yükseköğretim kurumuna çekidüzen verme ve disipline etme gerekliliği düşüncesini doğurmuş ve bu düşünce, 1980 darbesinden hemen sonra çıkarılan bu Kanuna yansımıştır. Söz konusu Kanunun modern ceza infaz anlayışı ile ters düşen bu nitelikte bir düzenlemeye yer vermesinin temelinde de yürürlüğe girdiği dönemin olağanüstü koşulları yatmaktadır. Cezaların infazının amacı, eğitimin bu amaç bakımından önemi ve verilen cezanın öğrencinin hayatını nasıl ve ne ölçüde etkileyeceği yeterince değerlendirilmeden çıkarılmış bir düzenlemedir.

Yukarıda arz edildiği üzere cezaların infazına ilişkin mevzuatımızda, cezaevindekilerin eğitimine ilişkin olarak bu enstrümanın önemi de dikkate alınarak çok sayıda düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte topluma yeniden kazandırma amacının en etkin enstrümanı olan cezaevindekilerin eğitimi, bazı imkânsızlıklar ve yetersizliklerin yanında bilhassa cezaevi nüfusunun fazlalığı nedeniyle etkin ve verimli bir şekilde gerçekleştirilememektedir<sup>63</sup>. Bu realiteye rağmen bir yükseköğretim kurumunda hâlihazırda eğitim görmekte olan bir hükümlünün bu rehabilitasyon aracından mahrum bırakılması, cezanın infazı ile güdülen

<sup>61</sup> 2547 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra öğrencilerin disiplin işlerine ilişkin olarak 1985 tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği çıkarılmış, 28 yıl yürürlükte kalmış ve yerine 18.8.2012 tarihli Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Mülga Yönetmelikle kıyaslandığında işlenebilecek suç ve cezalar ile usul hükümleri bakımından öğrenci lehine çok önemli değişiklikler getirdiği görülen bu Yönetmelik, özgürlük alanının gelişmesi bakımından ciddi bir adım olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Zeynep Kıvılcım/Benan Molu/ Esra Demir Gürsel/ Gülşah Kurt/ Hülya Dinçer, **Üniversitelerde Disiplin Soruşturmaları: Öğrencilerin İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 9

<sup>62</sup> Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. Bilal Nergiz, “12 Eylül Döneminde Millî Güvenlik Konseyi’nin Yasama Faaliyetleri (12 Eylül 1980-18 Ekim 1982)”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 107

<sup>63</sup> Bu eleştiriler için bkz. Ayhan, s. 143-144; Bacaksız, s. 4929; Özbek, s. 195, 219.

topluma yeniden kazandırma amacıyla bağdaşmamaktadır. Kaldı ki cezaevinde verilen eğitim, üniversitede verilen eğitim gibi nitelikli de olmayabilmektedir. Eğer suçta tekerrürün önüne geçilmek isteniyorsa hükümlünün nitelikli eğitim alması imkânı elinden alınmamalıdır. Yükseköğrenim imkânına sahip olan hükümlü, cezasının infazı esnasında oyalanabileceği, kendisini eğitebileceği, geleceğe umutla bakabileceği, tahliyesi sonrası hayatını planlayabileceği bir imkâna sahip olacak ve bu suretle yeniden suç işlemekten kaçınacaktır. Mevcut düzenlemedeki gibi aksi yönde bir yaklaşım, örgüt suçlusu hükümlüyü, tahliye olduktan sonra yine örgütün kucağına atmak anlamına gelecektir. Oysa örgüt suçlularının yeniden topluma kazandırılmaya çalışılması onları örgütün kucağına terk etmeme, kendi yolunu bulabilmesine ve geleceğini belirlemesine imkân tanıma, örgüt tarafından kişiliksizleştirilip “beyninin yıkanmasına” karşı korumak için gereklidir. Öğretide de ifade edildiği üzere infaz rejiminden beklenen yararın sağlanabilmesi, hükümlünün infaz sonrasının da hesap edilmesine bağlıdır<sup>64</sup>.

Topluma yeniden kazandırma düşüncesi, işlenen suçtan ve alınan cezanın süresinden bağımsız olarak tüm suçlular için geçerlidir. Bu bağlamda müebbet hapis cezası alan hükümlülerin dahi belirli bir yaşam amacına sahip olması ve özgürlükten yoksunluğun zararlı etkilerine karşı korunması arzulanır<sup>65</sup>. Örgüt suçlularının “asla ıslah olmaz” olarak görülmesi, tahliye olduktan sonra yeniden örgüte döneceklerine kesin gözüyle bakılması ve onlardan umut kesildiği için onların yeniden topluma kazandırılmasına yönelik imkân sağlanmaması bu kişiler bakımından herhangi bilimsel bir gerçekliğe dayanmayan, önyargılı, düşmanca bir tutum niteliğindedir. Burada, “herkesin ölene kadar eğitilebilir” olduğu kabulünden hareket edilmelidir<sup>66</sup>. 2547 sayılı Kanununun 54/1-a maddesindeki ve Disiplin Yönetmeliği 9/1-a maddesindeki düzenlemelerin temelinde ise ilgili kurumun düzenini korumaktan ziyade örgüt suçlularının “ıslah olmaz suçlular” olarak görülmesi anlayışı yatmaktadır. Yükseköğretimden çıkarmaya ilişkin bu hükümlerin açık öğretim fakültesinde okuyan örgüt suçluları için de geçerli olması, bunun açık bir göstergesidir. Örgüt suçlularının da bizim aramızdan çıkıp cezaevine konduktan sonra bir gün tekrar aramıza dönebilecekleri unutulmamalıdır. Burada, o kişilerin yeniden

<sup>64</sup> Yakışır, s. 51.

<sup>65</sup> Yakışır, s. 25; Bacaksız, s. 4931; Özbek, s. 47, 192

<sup>66</sup> Bacaksız, s. 4934

sosyalleşmiş bir şekilde mi aramıza katılmasının toplum bakımından iyi olacağı yoksa aksinin mi daha iyi olacağı değerlendirilmelidir.

İnfaz mevzuatımızın konuya yaklaşımı da örgüt suçlarının daha sıkı infaz koşullarına tabi tutulması ve fakat direkt olarak “tehlikeli suçlu” olarak nitelendirmemesi ve topluma yeniden kazandırma araçlarından faydalandırılması yönündedir<sup>67</sup>. Bu husus detaylandırılacak olunursa, “tehlikeli suçlu” kavramı ve hangi suçluların bu şekilde nitelendirileceği üzerinde bir mutabakat bulunmamaktadır. Yine hangi suçluların bu şekilde nitelendirileceğine ilişkin tarihsel süreçte farklı ölçütlerin belirlendiği, günümüzde de ülkelerin farklı ölçütler temelinde bir sınıflandırma yaptığı görülmektedir<sup>68</sup>. İnfaz Kanununda tehlikeli suçlu veya tehlikeli hükümlü kavramlarına yönelik bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak İnfaz Yönetmeliği m. 64’te “tehlikeli hükümlü”, “*suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlâl edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlü sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>69</sup>. Görüleceği üzere İnfaz Kanunu ve İnfaz Yönetmeliğinde örgüt suçlularının peşinen “tehlikeli hükümlü” olarak nitelendirildiği bir düzenleme bulunmamaktadır.

Buna karşılık TCK m. 58/9’da ise “özel tehlikeli suçlu” terimine yer verildiği görülmektedir. TCK’nın “Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular” başlıklı 58. maddesinin 9. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre “*Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli*

<sup>67</sup> Cezaların infazına ilişkin mevzuatta yer alan hükümler incelendiğinde, hükümlünün bir eğitim programından mahrum bırakılmasına yönelik bir disiplin cezasına yer verilmediği, bilakis İnfaz Kanunu m. 43 uyarınca bir eğitim programının etkin bir şekilde uygulanmasına engel olan hükümlülerin disiplin yaptırımı ile karşılaşacağına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

<sup>68</sup> Demirbaş, s. 279; Yakışır, s. 109. Tehlikeli suçlu kavramına ilişkin sair açıklamalar için bkz. Mustafa Tören Yücel, “Ceza İnfaz Kurumlarında Tehlikeli Suçluların Tedavisi”, **İnfaz Hukukunun Sorunları**, Ankara, 2001, s. 222 vd; Sulhi Dönmezer, “Teröristlerin Rehabilitasyonu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 51, S. 1-4, 1985, s. 10 vd.; Özbek, s. 455

<sup>69</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (82) 17 Sayılı Tavsiye Kararında da benzer bir tanımlamaya yer verildiği görülmektedir: “İslediği cürmün nitelik ve icra şekli göz önüne alındığında, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan ve cezaevinin güvenlik ve nizamını ihlâl edebileceği inancının teessüsü için delil var olan, hükümlü tehlikeli sayılır.”

5275 sayılı Kanunda, tehlikeli hükümlüler bakımından bazı imkanları kullanırken sınırlama getirildiği, bazı imkanlardan faydalanmalarının engellendiği ve bazı faaliyetler bakımından ise ilave güvenlik tedbirlerinin alındığı görülmekte olup; m. 9, m. 16, m. 63., m. 66, m. 67, m. 68, m. 74, m. 83, m. 94, m. 115’te yer alan düzenlemeler, bunlara örnek olarak gösterilebilir.

*serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.*” TCK m. 6/1-j’de yer alan düzenlemede ise örgüt mensubu suçlu deyiminden; bir suç örgütünü kuran, yöneten, örgüte katılan veya örgüt adına diğerleriyle birlikte veya tek başına suç işleyen kişinin anlaşılacağı ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemelerden, örgüt mensubu suçlunun, özel tehlikeli suçlu olarak nitelendirildiği ve bu kişilerin cezalarının infazında, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiği öngörülmüştür. İnfaz Kanunu “hükümlülerin gruplandırılması” başlıklı 24. maddesinde, “ilk defa suç işleyenler, mükerrirler, itiyadi suçlular veya suç işlemeyi meslek edinenler” ile “Tehlike hâli taşıyanlar”ın ayrı ayrı bentlerde sınıflandırıldığı görülmektedir.

Tüm bu düzenlemeler ışığında “tehlikeli hükümlü” ve “özel tehlikeli suçlu” kavramlarının aynı şeyi ifade etmediği; örgüt mensubu suçluların, direkt olarak “tehlikeli hükümlü” olarak nitelendirilmediği ve fakat TCK m. 58’deki düzenleme dikkate alındığında “özel tehlikeli suçlu” olarak nitelendirildiği ve mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir. Bu çerçevede örgüt mensubu suçluların, direkt olarak “toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlal edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlü” olarak nitelendirilmediği ancak bu kişilerin diğer suç faillerine göre suç işleme eğilimlerinin yüksek olması dikkate alınarak<sup>70</sup>, mükerrirlere özgü infaz

<sup>70</sup> Örneğin örgüt mensubu suçlular, yüksek güvenlikli kapalı infaz kurumlarında cezalarını çekerler (İnfaz Kanunu m. 9); ıslahlarının daha fazla zaman alacağı düşünülerek adi suçlulara nispeten daha fazla koşullu salıverilme süreleri öngörülmüştür (İnfaz Kanunu m. 107/2,4,16; m. 108; TMK m. 17); bu hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi halin belirlenmesinde idare ve gözlem kuruluna katılacak kişiler yasada ayrıca belirlenmiştir (İnfaz Kanunu m. 89); denetimli serbestliğe ayrılma süreleri nispeten daha kısa belirtilmiştir (İnfaz Kanunu geçici m. 6); Açık ceza evine ayrılma süreleri farklı düzenlenmiştir (İnfaz Kanunu m. 14/2-a, Geçici m. 9/6; Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 6, 8); cezanın infazının ertelenmesinin mümkün olmadığı suçlar arasında terör suçları ve örgütlü suçlar sayılmıştır (İnfaz Kanunu m. 17/6); avukatla görüşmelerinin kaydedilebileceği, izlenebileceği, görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür (İnfaz Kanunu m.59); telefonda yararlanma hakkının örgüt mensubu hükümlü bakımından kısıtlanabileceği öngörülmüştür (İnfaz Kanunu m. 66/1); radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkının örgüt mensubu hükümlü bakımından kısıtlanabileceği öngörülmüştür (İnfaz Kanunu m.67/4); mektup, faks ve telgraf gönderme ve alma hakkının kısıtlanabileceği veya kaydedilebileceği öngörülmüştür (İnfaz Kanunu m.68/5); terör suçları ile örgüt kurmak, yönetmek veya

rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması esasını getirmek suretiyle, bu kişileri ıslah etmek, yeniden topluma kazandırmak ve böylece cezanın özel önleme amacını ön plana çıkarmak istendiği anlaşılmaktadır<sup>71</sup>.

### III. YÜKSEKÖĞRETİM KURUMUNDAN ÇIKARMA CEZASININ EĞİTİM HAKKI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Eğitim Hakkının Tanımı

Hukuktan pedagojiye farklı disiplinlerde kendine yer bulan eğitimin tanımlanması oldukça güçtür. Zira eğitimin bireyin yetenekleri, farkındalığı, kimliği, bütünlüğü, potansiyeli ve hatta gücünü geliştirmedeki rolü ve işlevi dahi eğitimin tanımını yapmakta yeterli olmamaktadır<sup>72</sup>. Eğitim, her ne kadar çocukluk ve ergenlik dönemi için anlaşılabilir de yaşamın her aşamasında farklı biçimlerde devam eder<sup>73</sup>. AY m. 41'de de bu farklı biçimler gözetilerek eğitim hakkı “*eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi*” kenar başlığı ile formüle edilmiştir. Eğitim bünyesinde terbiyeyi ve hatta ıslahı da<sup>74</sup> barındıran ve bir kurum dâhilinde yürütülmesi gerekmeyen bir süreçtir. Öğrenim ise mesleki yahut profesyonel bilgi edinme süreci olup öğrenimin konusu, bireyin sosyal ve politik bağlar kurmasını sağlayacak bir potansiyeldir<sup>75</sup>.

Eğitimin hukuki olarak tanımı bağlama göre değişebilir. Bu muhtevada eğitim, eğitmek veya eğitim almak biçiminde tasavvur edildiğinde bir negatif hak olarak devletin müdahalesinden arı bir şekilde birini eğitime veya eğitim alma özgürlüğü olarak anlaşılabilir. Eğitime eşit erişim ve negatif ayrımcılığın önlenmesi, devletleri uluslararası teamül olarak da

---

örgüte üye olmak suçlarından ya da örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlardan mahkûm olanlar hakkında özel infaz usullerinin uygulanmasında kısıtlamaya gidilmiştir (İnfaz Kanunu m. 110/9).

<sup>71</sup> Özbek, s. 458.

<sup>72</sup> Jootaek Lee, “The Human Right to Education: Definition, Research and Annotated Bibliography”, **Emory International Law Review**, C. 34, S. 3, 2020, s. 761-762.

<sup>73</sup> William A. Schabas, **The European Convention on Human Rights A Commentary**, UK, Oxford University Press, 2015, s. 996.

<sup>74</sup> Savaş Koçyiğit, “Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 7.

<sup>75</sup> Ahmet Ziya Çalışkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Ve Öğrenim Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S. 3-4, 2007, s. 299.



düşünülebilecek ayrımcı fiillerde bulunmaktan men eder. Ancak öte yandan eğitimin tanımı, ikinci nesil sosyal haklarla ilgili olarak eğitim için gerekli kurum ve fon oluşturma gibi devletten aktif olarak belirli şeyleri sağlamasına yönelik bir pozitif hak şeklinde de olabilir. Nihayetinde kişilik, yetenek ve onur gibi belirli çıktı ve amaçları olan bir süreç anlamına gelebilen eğitim hem negatif hem pozitif bir hak olarak düşünülebilir<sup>76</sup>.

Eğitim hakkı gerek Birleşmiş Milletler gerekse Avrupa Konseyi düzeyinde pek çok hukuki düzenlemeye konu olmuş bir haktır. Kronolojik olarak bu hak ilk kez 1960 tarihli Birleşmiş Milletler Eğitimde Ayrımcılığa Karşı Sözleşmede tanınmıştır. Sözleşme m. 1/2’de eğitim; tüm eğitim türleri ve düzeyleri dâhil olmak üzere eğitime erişimi, eğitimin standardını, kalitesini ve eğitimin verildiği koşulları içerir biçimde geniş tanımlanmıştır<sup>77</sup>. Bu geniş tanımdan yapılacak çıkarım, eğitim sisteminin her aşamasında ayrımcılığın engellenmesi, eğitime dair asgari standartların belirlenmesi ve kalitesinin artmasının eğitim hakkının gereklerinden olmasıdır<sup>78</sup>.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) m. 13 ve Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) m. 28/1 ile taraf devletlerin sözleşmede tanınmış eğitim hakkını aşamalı gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır. ESKHS m. 13/1, “*insanın kişiliğinin ve onurunun tam olarak gelişimi*” ve “*insan haklarına saygıyı güçlendirmesi*” şeklinde insan hakları bağlamında eğitimin amaçlarını ve içeriğini belirtmiştir. Ayrıca Sözleşmeye göre bu şekilde eğitim “*herkesin özgür bir topluma etkin bir şekilde katılmasını, tüm uluslar ve tüm ırksal, etnik veya dini gruplar arasında anlayışı, hoşgörüyü ve dostluğu geliştirmesini*” sağlayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) sistemi içinde de eğitim hakkı, 1 numaralı Ek Protokol’ün 2. maddesinde (P1-2) düzenlenmiştir. Hakkın, eğitim hakkından yoksun bırakmama ve ebeveynin çocuğunu kendi dini ve felsefi düşüncelerine göre yetiştirmesine saygı hakkı şeklinde iki veçhesi bulunmaktadır<sup>79</sup>. Eğitim hakkı Sözleşme ve Protokollerde ekonomik, sosyal

<sup>76</sup> Lee, s. 764-765.

<sup>77</sup> Sözleşme’nin tam metni için bkz. (çevrimiçi) [http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL\\_ID=12949&URL\\_DO=DO\\_TOPIC&URL\\_SECTION=201.html](http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html) 19.10.2021.

<sup>78</sup> Koçyiğit, s. 17.

<sup>79</sup> *Valsamis v. Yunanistan*, Başvuru No. 21787/93, 18 Aralık 1996, para. 27; *AYM, İdris İsen Başvurusu*, Başvuru No. 2013/7171, 13.04.2016, para. 52; Çalışkan, s. 305; Abdullah Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı”, *TAAD*, Y. 6, S. 20, 2015, s. 286.

ve kültürel hak olduğuna dair üzerinde mutabakata varılmış tek hak<sup>80</sup>. Eğitim hakkının üzerinde mutabakata varılmasının sebebi, BM Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Genel Yorumunda vurguladığı üzere eğitimin hem başlı başına bir insan hakkı olması hem de diğer insan haklarını gerçekleştirilmenin vazgeçilmez bir yolu olması ile izah edilebilir. Komite bir “güçlendirme hakkı” olan eğitimi, ekonomik ve sosyal olarak dezavantajlı olan yetişkin ve çocukların kendilerini yoksulluktan kurtarabilecekleri ve topluma tam olarak katılma araçlarını elde edebilecekleri birincil araç olarak nitelendirmektedir. Ayrıca eğitimin önemi yalnızca pratik ihtiyaçlarla sınırlı olmayıp Komitenin romantik ifadesine göre eğitim, “özgürce ve geniş çapta dolaşabilen iyi eğitilmiş, aydınlanmış ve aktif bir zihin, insan varlığının zevklerinden ve ödülllerinden biridir”<sup>81</sup>.

### B. Eğitim Hakkının Kapsamı

Çocuk ve gençlerin eğitim almasının bir hak olduğu tartışmasız olsa da yaş ve düzeylere göre eğitimin bir hak olup olmadığı tartışmalıdır<sup>82</sup>. Bağlayıcı olmamakla birlikte devletlere yol gösterici olarak uluslararası insan hakları hukukunun temeli kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m. 26/1’de herkesin eğitim hakkı olduğunu belirterek aslında bu hakkın yalnızca gençler ve çocuklara münhasır olmadığı ve bireylerin yükseköğrenim hakkının bulunduğu hükme bağlamıştır<sup>83</sup>. Uluslararası düzenlemeler eğitimi; ilk, orta ve yükseköğrenim olmak üzere düzeylere ayırarak devletlere farklı yükümlülükler yüklemiştir. Bu ayrımın önemi eğitime ekonomik erişilebilirliğin düzeylere göre farklılık göstermesi ve devletlerin bu düzeyler uyarınca yükümlülüklerinin değişebilmesidir. Örneğin ESKHS m. 26/2 ve ÇHS m. 28/1’de ilköğretimin herkes için ücretsiz olması öngörülmüşken ortaöğrenim ve yükseköğrenim ise kapasiteye dayalıdır ancak ne ücretsiz ne de zorunludur<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Schabas, s. 986.

<sup>81</sup> Implementation Of The International Covenant On Economic, Social And Cultural Rights General Comment No. 13, 21st Session, 1999, m.1, [https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CESCR\\_General\\_Comment\\_13\\_en.pdf](https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/CESCR_General_Comment_13_en.pdf).

<sup>82</sup> Schabas, s. 986.

<sup>83</sup> Lee, **a.g.e.**, s. 763; Heidi R. Gilchrist, “Higher Education is a Human Right”, **Washington University Global Studies Law Review**, C. 17, S. 3, 2018, s. 649.

<sup>84</sup> Lee, s. 766. “Kapasite (capacity)” ifadesini, “liyakatten (merit)” ayıran kapasitenin, öğrencilerin geçmiş akademik başarılarından ziyade gelecekteki potansiyelleriyle ilgili olmasıdır. Bkz. Tristan McCowan, “Is There A Universal Right To Higher Education?”, **British Journal of Educational Studies**, C. 60, S. 2, 2012, s. 114.

P1-2’de ise eğitim türü ve düzeyine ilişkin özel bir ayırım yapılmamıştır. Ancak P1-2’nin negatif kelime formülasyonundan, eğitim hakkının taraf devletlere maliyeti kendilerine ait olmak üzere belirli bir tür veya düzeyde eğitim verme veya destekleme yükümlülüğü yüklenmediği anlaşılmaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ilköğretimin eğitim hakkı kapsamında olduğunu, ileri eğitimin ise eğitim hakkının kapsamında zorunlu olarak bulunmadığını belirtmiştir. *Belgian Linguistic* kararında AİHM, eğitim hakkının kural olarak yalnızca taraf devletlerin yargı yetkisine tabi kişilerin belirli bir zamanda mevcut olan öğretim araçlarından yararlanma hakkını güvence altına aldığını belirtmiş, ancak bu araçların kapsamı, kurumların veya yardımların şekline ilişkin özel yükümlülükler getirmediğini eklemiştir<sup>85</sup>.

AİHS yaşayan bir belge (*living document*) olduğundan Mahkemenin yükseköğrenim hakkına yaklaşımı ve içtihadı da zamanla değişmiştir. Zira P1-2 esas itibarıyla devletleri eğitim ve öğrenimi engellemekle yükümlendirmiştir<sup>86</sup>. Ancak eğitim hakkının hangi düzeylerde tanınacağına ilişkin P1-2’de sınırlı sayım yapılmadığı için yükseköğretimin de bu hakkın kapsamında olduğu sonucuna varılabilir<sup>87</sup>. Nitekim Avrupa Konseyi üyesi olan Birleşik Krallıkta da *R (Douglas) v. North Tyneside MBC* davası ile temyiz mahkemesi ilk kez yükseköğrenim hakkını, P1-2’nin prensip olarak eğitim aşamasının belirli bir safhası ile sınırlı olmadığını belirterek bir insan hakkı olarak tanımıştır<sup>88</sup>. Nitekim AYM de yükseköğretimin eğitim hakkı

<sup>85</sup> “*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages In Education In Belgium*” v. *Belçika*, Başvuru no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 28 Temmuz 1968, s. 28.

<sup>86</sup> ECHR: “Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights”, 31.08.2021, (çevrimiçi) <https://www.echr.coe.int> › documents, s. 5; Çalışkan, s. 300; Koçyiğit, s. 18; Nitekim P1-2’nin ilk cümlesinden AİHM bu sonuca varmıştır. Örneğin *Mürsel Eren v. Türkiye* başvurusunda (Başvuru no. 60856/00, 7 Şubat 2006) daha önceki yıllarda üniversiteye giriş sınavında başarı gösteremeyen başvuru, girdiği son sınavda yüksek bir puanla geçmesine rağmen üniversiteye yerleşmemiştir. ÖSYM ise geçmiş yıllarda düşük puan alan başvuruçunun son sınavda bu denli yüksek bir puan almasının üç profesörden oluşan akademik bir kurulca değerlendirilerek bu başarının kopya çekmeksizin gerçekleşmeyeceğine ilişkin kanaat belirtilmiştir (para. 13-14). Akademik kurulun bu tavsiyesi üzerine de ÖSYM başvuruçunun sınavını iptal etmiştir. AİHM bu başvuru kapsamında da yükseköğrenime erişimin P1-2’nin ilk cümlesi kapsamında olduğunu kabul etmiştir (para. 41).

<sup>87</sup> Aynı yönde bkz. *Leyla Şahin v. Türkiye*, Başvuru No. 44774/98, 10 Kasım 2005, para. 134.

<sup>88</sup> Gilchrist, s. 657. Söz konusu kararda mahkeme, AİHS sistemine taraf devletler arasında eğitimin ilk, orta ve üniversite eğitimi şeklinde müstakil kompartımanlara

kapsamında olduğunu ve bu hakkın belirli bir zamanda mevcut olan yükseköğretim kurumlarına erişim ve bireylerin eğitim ve öğrenim almasının engellenmemesi biçiminde devlete negatif yükümlülük yüklediğini belirtmiştir<sup>89</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Yükseköğretime Giriş Hakkında Tavsiye Kararı'nda yükseköğretimin insan hakları ve temel özgürlüklerin geliştirilmesinde, çoğulcu demokrasi ve hoşgörünün güçlendirilmesinde kilit bir role sahip olduğunu vurgulamıştır<sup>90</sup>. Bunun yanı sıra yükseköğretim çeşitli mesleki eğitim, yaratıcı ve sanatsal arayışlar, kişisel gelişim ile birlikte yetişkinlikte mevcut olan organize öğrenme için bir dizi seçenekten biridir ve diğer eğitim düzeylerinden toplumda en iyi ücretli ve kârlı istihdam biçimlerine erişim sağlamasıyla ayrılır<sup>91</sup>. Yükseköğrenim hakkı, bireyin yaşamı boyunca devam eden eğitim hakkından yoksun bırakılmama bağlamında görülmelidir. Zira günümüzün küresel ekonomisi düşünüldüğünde eğitimin bir ayırma noktası kalmamakta ve bir insan hakkı olarak kabulü gerekmektedir<sup>92</sup>.

### C. Eğitim Hakkının Sınırlandırılması

#### 1. Genel Olarak

P1-2'de tanınan eğitim hakkı özel bir sınırlama klotuna yer verilmemiş haklardandır. Ancak mahiyeti itibariyle sosyal haklar arasında olan eğitim hakkının içeriği toplumun gereksinim ve kaynakları ile yer, zaman, ekonomik ve toplumsal şartlara göre değişebilir<sup>93</sup>. AİHM eğitim hakkının doğası gereği devletin düzenleme yapmasını gerektirdiğinden bazı sınırlamalara tâbi bir hak olduğunu belirtmiştir<sup>94</sup>. Söz gelimi yabancı

---

bölünemeyeceğini, zira eğitimin üçüncü aşamasının daha öncekilerden koparmanın yapay olacağını vurgulamıştır. Karara konu olayda elli beş yaşın üzerinde olan davacıya, yaş nedeniyle Yüksek Ulusal Diploma almasını sağlayacak bir kurs için kredi verilmemiştir ve davacı bunun eğitim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ancak mahkeme, kredi bulunmamasının bir öğrencinin P1-2 hakkını kullanmasını zorlaştırabilmesine rağmen onu bunu yapmasını engelleyecek kadar bu hakla yakından ilişkili olmadığına hükmetmiştir.

<sup>89</sup> AYM, *Mehmet Ali Eneze Başvurusu*, Başvuru No. 2017 /35352, 23.5.2018, para. 26; Aynı yönde bkz. AYM, *Hikmet Balabanoglu Başvurusu*, Başvuru No. 2012/1334, 17.09.2013, para. 28; AYM, *Ihsan Asutay Başvurusu*, Başvuru No. 2012/606, 20.02.2014, para. 36.

<sup>90</sup> Bkz. Recommendation No. R (98) 3 Of The Committee Of Ministers To Member States On Access To Higher Education, 17 Mart 1998, (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16804f7125>.

<sup>91</sup> McCowan, s. 117.

<sup>92</sup> Gilchrist, s. 656.

<sup>93</sup> *Leyla Şahin v. Türkiye*, para. 136.

<sup>94</sup> *Leyla Şahin v. Türkiye*, para. 154; *Belgian linguistic*, s. 32, para. 5.

öğrencilerin başka ülkedeki öğrenim kurumuna kabul edilme ve eğitim alması için birtakım şartlar bulunmasını<sup>95</sup>, öğrenim ücretlerini<sup>96</sup> ve bazı bölümlere getirilen öğrenci kotası<sup>97</sup> düzenlemelerinin eğitim hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Ancak eğitim hakkına getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve hakkın etkinliğinden hak süjesini yoksun bırakmaması için öngörülebilir, meşru amaca dayalı ve ölçülü olması gerekmektedir. Bu meşru amaçlar ise AİHS m. 8, 9 yahut 10'daki gibi açıkça zikredilmemiştir<sup>98</sup>. Dolayısıyla taraf devletlerin eğitim hakkı konusunda geniş bir takdir payı olduğu sonucuna varılabilir. AİHM, taraf devletlerin eğitim hakkı kapsamındaki bu takdir payının bireyler ve genel olarak toplum için söz konusu eğitimin önemiyle ters orantılı olarak, eğitimin düzeyiyle birlikte arttığı kanaatindedir<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan* kararına konu olayda başvuruçuların daimi oturma izni almadan önceki dönemde orta öğrenimleri için Bulgar vatandaşları ve daimi oturma iznine sahip yabancıların aksine, harç ödemeleri gerekmektedir ve başvuruçular bu durumun eğitim hakkı bağlamında ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kanısındadır. AİHM, m. 14'ün bir hakla ilişkili olmaksızın ihlalinden söz edilemeyeceğinden öncelikle P1-2'nin ihlal edilip edilmediğini incelemiştir.

<sup>96</sup> Yükseköğrenim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialar ayrımcılık temelli olarak da öğrenim ücretlerinin yüksek olmasına ilişkin olabilmektedir. Örneğin *Hurley v. Moore* davasında, üniversiteye gitmek isteyen iki öğrencinin Birleşik Krallıkta yükseköğretim kurumlarının ücretleri o sırada mevcut olan yıllık 3,290 Sterlin'den 9000 Sterlin'e yükseltmesine izin veren düzenlemeye karşı başvuruda bulunmuştur. Davacıların argümanlarından biri, bu düzenlemenin dezavantajlı sosyal geçmişi olan kimselerin üniversitelerde yer almaları üzerinde caydırıcı etki oluşturarak P1-2'yi ihlal etmesidir. Ancak mahkeme, Bakanlığın değişikliği getirmeden evvel eşitlik hedeflerini göz önünde bulundurarak ihtiyacı olanlara kredilerin geniş çaplı erişilebilir olduğu gerekçesi ile düzenlemeyi iptal etmemiştir. Davacıların bir diğer argümanı da ücretlerde neredeyse üç katına dayanan artışın birçok yoksul öğrenci için yükseköğrenim hakkını teorik ve hayali bir hale getirmesidir. Mahkeme her ne kadar ücret artışlarının kredilere rağmen bazı öğrencileri yükseköğretim kurumlarına başvurmadan caydırabilecekte de “mizaç veya psikolojik olarak” kredi almak ve borca girmek istemeyen öğrencilerin yükseköğrenim haklarının etkin bir şekilde reddedildiği ve haksız yere kısıtlandığı gibi bir sonucun çıkarılamayacağını belirtmiştir. Ayrıca ESKHS ile ilgili olarak Mahkeme, ücretsiz eğitimin mutlak bir zorunluluk olmadığını ve mevcut kaynaklara bağlı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Gilchrist, s. 658-659.

<sup>97</sup> *Tarantino v. İtalya* başvurusunda da başvuruçular tıp ve diş hekimliği bölümlerine başvuru için başarılı öğrenci kotası koyan İtalyan mevzuatının P1-2'yi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. AİHM bu düzenlemenin “öngörülebilir” ve üniversitelerde asgari ve yeterli eğitim düzeyinin, kamu yararına fonksiyon ifa eden üniversitelerde sağlanması şeklinde meşru amaca yönelik olduğunu belirtmiştir. Değerlendirme için bkz. Gilchrist, s. 660.

<sup>98</sup> *Leyla Şahin v. Türkiye*, para. 154.

<sup>99</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan*, Başvuru No. 5335/05, 21 Haziran 2011, para. 56.

AY m. 42’de de “*öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir*” denilmek suretiyle devlete bir takdir payı yaratılmış ve sınırlama sebepleri açıkça sayılmamıştır. Bu takdir payının sağlanması; eğitim kurumlarına ilişkin kuralların toplumsal ihtiyaç ve kaynaklar ile eğitimin farklı düzeylerine özgü nitelikleri açısından zaman ve mekâna göre değişebilmesi nedeniyledir. Türk hukukunda da bu takdir payı dâhilindeki müdahalenin kişiler açısından öngörülebilir olması, meşru amaç izlemesi ve başvuru ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık olması gerekmektedir<sup>100</sup>. Ayrıca AY m. 42’de P1-2’den farklı olarak eğitim hakkının sınırı anayasaya sadakat borcu ile çizilmiştir. Maddede hakkın sınırlarını belirlerken “*anayasaya aykırı kullanılmayacağı*” şeklinde bir ifade yerine “*anayasaya sadakat borcu*” ifadesinin tercih edilmesi darbe anayasası olması ile ilişkilendirilmiştir<sup>101</sup>.

## 2. Yükseköğretim Kurumundan Çıkarma Cezasının Sınırlama Ölçütlerine Göre Değerlendirilmesi

Bir idari yaptırım olarak disiplin cezalarının uygulanması eğitim hakkına doğrudan müdahale teşkil etmekte ve hatta yükseköğretim kurumundan çıkarma yaptırımı ile eğitim hakkı ortadan kalkabilmektedir<sup>102</sup>. Eğitim hakkına bir müdahale tespit edildiğinde bu müdahalenin hakkı ihlal edip etmediğine ilişkin inceleme şu aşamalardan geçer: Müdahale hukuken öngörülebilir midir, müdahale meşru bir amaç için mi yapılmıştır ve müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?

### a. Kanunilik

Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası, 2547 sayılı Kanun m. 54 ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 9’da düzenlenmiştir. AYM 2547 sayılı Kanun’daki disiplin cezası hükümlerine ilişkin incelemelerinde bu cezaların kanunilik bakımından bir problem taşımadığını, zira m. 54 ve Yönetmelikte öngörüldüğü için daha ileri bir değerlendirmenin gerekli olmadığını belirtmektedir<sup>103</sup>. AİHS sistemi dâhilinde de kanunilik ilkesi şekli anlamda kanun ile sınırlı olmadığından

<sup>100</sup> AYM, *Mehmet Reşit Arslan Ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/583, 10.12.2014, para. 69; AYM, *Fehmiye Baskın Başvurusu*, Başvuru No. 2014/9074, 10.05.2018, para. 41.

<sup>101</sup> Koçyiğit, s. 83-84.

<sup>102</sup> Okuyucu Ergün/Baş, s. 27.

<sup>103</sup> AYM, *Özcan Özsoy Başvurusu*, Başvuru No. 2014/5881, 15.2.2017, para. 41; Aynı yönde bkz. AYM, *Selçuk Taşdemir Başvurusu* [GK], Başvuru No. 2013/7860, 3.3.2016, para. 74; AYM, *Ahmet Batur Başvurusu*, Başvuru No. 2018/20182, 14.9.2021, para. 29.

öngörülebilir ve erişilebilir olması durumunda tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi düzenlemeler de kanunilik ilkesine uygun kabul edilmektedir.

### **b. Meşru Amaç**

AIHM eğitim hakkının tanınmasının, eğitim kurumunun iç disiplinini sağlamak üzere ihdas edilmiş olan okuldan geçici veya daimi olarak uzaklaştırılma gibi disiplin işlemlerini kategorik olarak yasaklamadığı kanaatindedir<sup>104</sup>. Zira AIHM'ye göre disiplin cezalarının uygulanması da okulun kurulması ile var olan hedefe ulaşmaya çalışılan sürecin ayrılmaz bir parçasıdır<sup>105</sup>. 2547 sayılı Kanunda öngörülen disiplin cezaları dikkate alındığında, bu cezaların eğitimden yararlanarak kamu hizmeti alan öğrenciler bakımından da uygulanmasının yükseköğretim kurumun iç işleyişi ve düzenini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır<sup>106</sup>. AYM tarafından da üniversite yönetiminin yükseköğretim kurumunda kurum içi düzenin sağlanması ve korunmasını amacıyla uygulanan disiplin yaptırımının meşru amacının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Bu muhtevada AYM, terör örgütünün gençlik yapılanması olduğu belirtilen bir grup içinde faaliyet gösteren ve tutuklanan başvuru hakkında uygulanan yükseköğretim kurumundan çıkarma disiplin cezasının kurumda disiplin ve güvenliğin sağlanması amacıyla uygulandığını ve meşru bir amaç çerçevesinde olduğunu belirtmiştir<sup>108</sup>.

15 Temmuz darbe teşebbüsünün ardından 677 sayılı OHAL KHK m. 4 ile bazı suçlardan hükümlü ve tutuklu olanların sınavlara giremeyeceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre “*terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunanlar, OHAL ve kurumda barındırıldıkları süre boyunca ülke genelinde uygulanan merkezî sınavlar ile örgün veya yaygın her türlü eğitim ve öğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından ceza infaz kurumu içinde veya dışında yapılan ya da yaptırılan sınavlara*” giremeyeceklerdir. Bu hüküm eğitim hakkının ağır

<sup>104</sup> ECHR, s. 11.

<sup>105</sup> *Campbell ve Cosans v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 7511/76; 7743/76, 25 Şubat 1982, s. 14, para. 33.

<sup>106</sup> Okuyucu Ergün/Baş, s. 46.

<sup>107</sup> *Selçuk Taşdemir*, para. 75; Aynı yönde bkz. *İdris İsen*, para. 59.

<sup>108</sup> *Selçuk Taşdemir*, para. 77. Başvuru hakkında 3/1/1985 tarihli ve 18634 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan mülga Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 10/e bendi uyarınca “*Kanun dışı kuruluşlara üye olmak, bu kuruluşlar adına faaliyet yapmak veya yardımda bulunmak*” fiili nedeniyle yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası uygulanmıştır.

bir ihlali olarak nitelendirilmiş<sup>109</sup> ve nihayet AYM önüne de gelmiştir. AYM bireysel başvuru incelemesinde, yaşanan darbe teşebbüsünün ardından cezaevi personelinin sayısının azalması dolayısıyla eğitim hakkına müdahalenin güvenlik ve disiplini sağlama şeklinde meşru bir amacı hedeflediğini belirtmiştir<sup>110</sup>.

Söz konusu hükmün eğitim hakkı ile uyumluluğu AİHM tarafından da değerlendirilmiştir. FETÖ/PDY terör örgütüne üye olma suçundan soruşturulan tutuklu başvurucu, kayıtlı olduğu uzaktan eğitim programının sınavlarına OHAL sona erene kadar girememesi sebebiyle AİHM'ye başvurmuştur<sup>111</sup>. AİHM uzaktan eğitim sınavlarına girmenin yasaklanması şeklindeki müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken kişi ve zaman bakımından sınırlandırılmış olmasını nazara almıştır. Zira sınavlara girmesi engellenen kişiler infaz kurumlarındaki tüm hükümlü ve tutuklular olmayıp yalnızca terör suçlarıyla ilişkilendirilmiş olanlardır. Bunun yanında söz konusu müdahale iki yıldan az bir süre, yani OHAL boyunca uygulanmıştır<sup>112</sup>. Ayrıca uzaktan eğitim alan başvurusunun bu eğitimi tamamlamak için azami bir süresinin olmaması da dikkate alınmıştır<sup>113</sup> ve bu nedenle başvurusunun eğitim hakkının ihlali iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur<sup>114</sup>.

### c. Ölçülülük

Disiplin cezası uygulanması şeklindeki müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak kabul edilebilmesi için hem zorunlu toplumsal ihtiyacı karşılaması hem de orantılı olması gerekmektedir. Bu müdahale çerçevesinde sınırlamanın amacı ve ölçülülük ilkesi yani, bu amaca ulaşmak için başvuru araç ve amaç arasındaki denge gözetilmelidir. Nitekim AYM'ye göre “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*” ve “*ölçülülük ilkesine aykırı olmama*” ayrı ölçütler olarak zikredilse de birbirine geçmiş ilkelere<sup>115</sup>.

Çalışma konumuz olan yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının ölçülü olup olmadığı öncelikle AİHK tarafından değerlendirilmiştir. *Yanaşık v. Türkiye* başvurusuna konu olayda Askeri Akademide öğrenci iken radikal

<sup>109</sup> Molu, “Tutuklu ve Hükümlü Öğrencilerin KHK ile Engellenen Eğitim Hakkı”.

<sup>110</sup> AYM, *Mehmet Ali Eneze Başvurusu*, Başvuru No. 2017/35352, 23.5.2018, para. 37.

<sup>111</sup> *Hüseyin Uzun v. Türkiye*, (kk), Başvuru no. 37866/18, 10 Kasım 2020, para. 6.

<sup>112</sup> *Hüseyin Uzun v. Türkiye*, para. 32.

<sup>113</sup> *Hüseyin Uzun v. Türkiye*, para. 36; Aynı yönde bkz. *Mehmet Ali Eneze*, para. 49.

<sup>114</sup> *Hüseyin Uzun v. Türkiye*, para. 37.

<sup>115</sup> AYM, *Hulusi Özkan Başvurusu*, Başvuru No. 2015/18638, 15.11.2018, para. 30; *Selçuk Taşdemir*, para. 88.



örgütleri ziyaret ettiği, toplantılara katıldığı ve radikal İslamcı yayınlar okuduğu gerekçesi ile başvuru hakkında Akademiden çıkarma şeklinde disiplin cezası verilmiştir. Başvuru da artık üniversite eğitimine devam etme olanağının kalmaması nedeniyle eğitim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir<sup>116</sup>. AİHK askeri eğitim dışında sivil üniversitelerde eğitimine devam etme olanağı bulunan başvuru bu muhtevada ihlal iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur, zira iç hukuk düzenlemelerin öğrencilerin öğrenimlerini sürdürmek için başka bir kuruma kaydolmalarını engellememesi koşuluyla, öğrencilerin uzaklaştırılması veya okuldan atılması P1-2'ye aykırı değildir.

*Sulak v. Türkiye* başvurusunda ise başvuru hakkında sınavda kopya çekmek gerekçesiyle disiplin soruşturması yürütülmüş ve üçüncü kez kopya çektiğinden bahisle de yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmiştir. Başvuru üniversiteden çıkarma cezasının ve bunun sonucu olarak 2547 sayılı Kanun m. 54/g'nin “Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar” hükmü uyarınca başka bir yükseköğretim kurumuna kaydolmasının engellenmesinin eğitim hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir<sup>117</sup>. AİHK, öncelikle varsayımsal olarak yükseköğrenimin P1-2'nin kapsamında olduğu kabul edilse dahi başvuru başka bir yükseköğretim kurumunda eğitim alamamasının eğitim hakkını ihlal ettiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Zira başvuru üçüncü kez hakkında kopya işlemi yapılması ve bu cezaya karşı ulusal yargılama makamlarına başvurabildiğini gözeterek söz konusu hükmün eğitim hakkının özüne zarar vermediği sonucuna varmıştır. Ancak AİHK'nın bu kararı *Yanaşık v. Türkiye* kararında ortaya koyduğu yaklaşımı ile çelişmektedir. Zira söz konusu kararda askeri öğrenci olan başvuru başka bir yükseköğretim kurumu girme imkânının bulunması nedeniyle P1-2'nin ihlali iddiasını kabul edilemez bulmuşken, *Sulak v. Türkiye* başvurusunda başvuru yükseköğretim kurumuna kaydolma imkânından yoksunken bu ihlal iddiasını da kabul edilemez bulmuştur. 2547 sayılı Kanunun m. 54/g fıkrası AİHK'dan yıllar sonra AYM tarafından da somut norm denetimi yoluyla incelemiştir. AYM, öğrenciler için eğitim ve öğretim faaliyetleri süresince uygulanacak disiplin kuralları içerisinde ağır disiplinsizlik eylemleri için eğitim veya öğretim kurumundan öğrencinin çıkarılmasını öngören düzenlemeler getirebilirse de söz konusu hükmün,

<sup>116</sup> *Yanaşık v. Türkiye*, (kk), Başvuru No. 14524/89, 6 Ocak 1993.

<sup>117</sup> *Sulak v. Türkiye*, (kk), Başvuru No. 24515/94, 17 Ocak 1996.

yükseköğrenim hakkından yararlanmayı imkânsız hale getirdiğini belirtmiş ve AİHK'nın aksine bu hükmün hakkın özüne dokunduğu sonucuna varmıştır<sup>118</sup>.

AİHM'ye göre disiplin yaptırımları kategorik olarak eğitim hakkının ihlali olmasa da bu minvaldeki bir müdahalenin hakkın özüne zarar vermemesi ve Sözleşme veya Protokollerinde yer alan diğer haklarla çelişmemesi gerekmektedir<sup>119</sup>. Zira AİHM P1-2'deki hakların yalnızca birbiri değil, aynı zamanda AİHS m. 8, 9 ve 10 ile birlikte okunması gerektiği kanaatindedir<sup>120</sup>. Oysa AİHM içtihatları incelendiğinde eğitim hakkı ile ilgili pek çok başvuruda öğrencilerin ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına rastlanmaktadır. Örneğin *İrfan Temel ve diğerleri v. Türkiye* başvurusuna konu olayda üniversite öğrencisi olan başvuruçular hakkında Kürtçenin seçmeli ders olarak okutulması talepli dilekçe verdikleri için iki dönem yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası verilmiştir. Başvuruçular dilekçe verdikleri için haklarında disiplin yaptırımı uygulanmasının ifade özgürlüklerini ve bir yıl üniversiteden uzaklaştırılmalarının da eğitim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir<sup>121</sup>. AİHM başvuruçuların kınanması gereken bir fiil işlemeksizin yalnızca Kürtçe dil dersinin isteğe bağlı olarak getirilmesi gerekliliğini içeren görüşlerini dilekçe ile beyan ettiklerinden haklarında disiplin cezası uygulandığı tespitini yapmıştır<sup>122</sup>.

Benzer değerlendirme AYM tarafından da ölçülülük bağlamında yapılmaktadır. *Özcan Özsoy* başvurusunda başvuruçular üniversite öğrencisi olduğu sırada Kürtçenin seçmeli ders olarak okutulması talebini içeren bir dilekçeyi öğrencisi olduğu fakültenin dekanlığına verdiği için hakkında yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilmiştir. İdare mahkemesinin bu cezayı hukuka aykırı bularak iptal etmesine değin geçen iki yıl dokuz aylık sürede başvuruçular, üniversite eğitiminden yoksun kaldığı gerekçesiyle eğitim hakkının ihlal edildiği kanaatindedir. Ancak bunun için maddi ve manevi tazminat talebi idarenin ağır bir kusuru bulunmadığı gerekçesiyle

<sup>118</sup> AYM, E. 2009/59, K. 2011/69, 28.4.2011. Belirtelim ki YÖK Kanunu m. 54/g fıkrasının iptal edilmeden önce 2006-2011 yılları arasında hakkında yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası uygulanan başvuruçuların bu tarihler arasında eğitim hakkından yoksun kalması AYM tarafından eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirilmemiştir. Bkz. *Selçuk Taşdemir*, para. 96-97.

<sup>119</sup> *İrfan Temel ve diğerleri v. Türkiye*, Başvuru No. 36458/02, 3 Mart 2009, para. 45.

<sup>120</sup> *Valsamis v. Yunanistan*, para. 25.

<sup>121</sup> *İrfan Temel ve diğerleri v. Türkiye*, para. 37.

<sup>122</sup> *İrfan Temel ve diğerleri v. Türkiye*, para. 43-44.

gerek idare gerekse de idare mahkemesi ve Danıştay tarafından kabul edilmemiştir<sup>123</sup>. AYM'ye göre bu cezanın uygulanması, terör örgütü faaliyetlerinin anayasaya sadakat borcu ile bağdaşmamasından hareketle meşru amaca yönelik de olsa<sup>124</sup> somut olaydaki yaptırım ölçülülük bakımından bir problem teşkil etmektedir. Zira ne idare ne de yargılama makamlarının Kürtçenin seçmeli ders olarak okutulması için dilekçe veren başvuruçunun şiddet veya üniversitede asayiş bozduğuna ilişkin bir iddiası bulunmaktadır<sup>125</sup>. Olayda başvuruçunun ifade özgürlüğünü kullanması üzerine hakkında disiplin cezası uygulanmış ve bu hukuka aykırı durum idare mahkemesi tarafından da hükme bağlanmışken altı dönem öğrenim kaybının ardından üniversiteye dönmüş olan başvuruçunun mağduriyeti telafi edilmemiştir<sup>126</sup>. Nihayetinde AYM, ifade özgürlüğünü kullanan başvuruçunun disiplin yaptırımına maruz kalmak suretiyle meydana gelen zararının tazmin edilmemesi ile eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İfade özgürlüğünün kullanılması sebebiyle eğitim hakkından yoksun bırakılma yalnızca yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası ile de sınırlı değildir. Örneğin *Ahmet Batur* başvurusunda başvuruçunun, öğrencisi olduğu üniversitenin yönetimi hakkında iddialar barındıran bir haberi sosyal medya hesabından paylaştığı için hakkında bir hafta yükseköğretim kurumundan uzaklaştırma cezası uygulanmıştır. AYM, diğer hakların kullanılması ile ilişkili olarak eğitim hakkına müdahale edilebilmesi için bu durumun eğitim kurumuna mevcut ya da olası olumsuz etkisinin bulunması gerektiğini belirtmiştir<sup>127</sup>. Ayrıca yükseköğretim kurumu dışındaki sosyal medya

<sup>123</sup> *Özcan Özsoy*, para. 12-14.

<sup>124</sup> *Özcan Özsoy*, para. 43.

<sup>125</sup> *Özcan Özsoy*, para. 44.

<sup>126</sup> *Özcan Özsoy*, para. 51; Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezaları iptal edilmesine rağmen başvuruçuların tazminat taleplerinin idarenin ağır kusurunun bulunmaması nedeniyle reddedildiği diğer olaylarda da AYM durumu ihlal olarak değerlendirmiştir. Örneğin başvuruçunun yaklaşık yedi yıllık sürenin sonunda üniversiteye dönebilmesi olayında da başvuruçunun maddi ve manevi zararının tazmininin reddedilmesini eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bkz. *Fehmiye Baskın*, para. 49; Zira eğitim hakkının ihlali sebebiyle öğrencilerin öğrenimleri uzadığından yaşama giderleri artmakta ve de ceza almaları sebebiyle elem ve üzüntü duymaktadırlar. Bu nedenle maddi ve manevi tazminat talepleri gündeme gelse de idari yargıda bu talepler çeşitli gerekçelerle reddedilmektedir. Nitekim AİHM de *İrfan Temel ve diğerleri v. Türkiye* kararında disiplin cezaları nedeniyle uğranılan zararlara karşı tazminat alma ihtimalinin uygulamada bulunmadığı ve bu duruma karşı etkili bir iç hukuk yolunun bulunmadığı kanaatindedir. Bkz. *Kıvılcım/Molu/Demir Gürsel/Kurt/ Dinçer*, s. 220-223.

<sup>127</sup> *Ahmet Batur*, para. 40.

paylaşımının üniversite dışındaki özel alanda gerçekleşmesi ve kurum dışındaki bu fiilin kurum düzenini ciddi şekilde etkileyip etkilemediği, ne şekilde bozduğu veya bozma tehlikesi gösterdiğinin değerlendirilmediğini belirtmiştir. Zira kurum dışında da bireylerin disiplin suçlarından sorumlu olması mümkünse de kurum dışındaki fiilleri dolayısıyla öğrencilerin fiillerine müdahale edilmesi çok daha sınırlıdır<sup>128</sup>.

### 3. Hükümlü ve Tutuklular Bakımından Eğitim Hakkının Sınırlandırılması

Gerek ceza muhakemesi sürecinde gerekse cezaların infazı sürecinde bireyin kişi özgürlüğü sınırlandırılrsa da kişi güvenliği, işkence ve kötü muamele görmeme, özel ve aile yaşamına saygı gibi temel hak ve özgürlükleri varlığını korumaktadır. Nitekim eğitim hakkı da bu muhtevada hükümlünün yararlandırılması gereken haklarındandır. Özgürlüğünden yoksun kimselerin eğitim hakkı değerlendirmesinde AİHM de bir kimsenin tutuklu veya hükümlü olmasının o kişinin özgürlük hariç Sözleşmede tanınan diğer tüm haklardan yararlanmaya devam ettiğini vurgulamaktadır. Zira tutuklu veya hükümlü kişi söz gelimi evlenme hakkı, ibadet etme özgürlüğü, avukatı ile görüşme veya yazışmalarının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu haklara getirilen sınırlama getirildiğinde, cezaevi güvenliğinin sağlanması, suçun önlenmesi, kamu güvenliğinin sağlanması minvalindeki gerekçeler gösterilmelidir<sup>129</sup>.

Bu noktada *Velyo Vele v. Bulgaristan* kararı değerlendirilmelidir. Daha evvel mahkûm olduğu cezayı infaz kurumunda tamamlayan başvuru tahlili edildikten sonra da aynı infaz kurumunda başka bir suç nedeniyle tutuklu olarak bulunmaktadır. Orta öğrenimini tamamlamak isteyen

<sup>128</sup> *Ahmet Batur*, para. 41.

<sup>129</sup> *Velyo Vele v. Bulgaristan*, Başvuru No. 16032/07, 27 Mayıs 2014, para. 30; *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye*, Başvuru No. 47121/06, 18 Haziran 2019, para. 55; Örneğin İngiltere ve Galler’de mahkûmların hakları ancak Parlamento’nun çıkaracağı bir kanunla veya bu kanunun uygulanması ile sınırlandırılabilir. Bu noktada uygulanacak ölçüt hakkın temel olup olmadığı ve hakkın kaldırılması veya sınırlandırılması girişiminin 1952 tarihli Hapishane Kanunu ve 1999 Hapishane Kuralları gibi kaynaklarda yetkinin olup olmadığıdır. Mahpusların hakları, ancak suçun önlenmesi, cezaevi güvenliği veya mahpusların veya başkalarının güvenliğinin korunması için gerekli görüldüğü takdirde sınırlandırılır. Ayrıca bu sınırlama da söz konusu amaçlarla orantılı olmalıdır. 4205 sayılı Hapishane Hizmeti Tüzüğü uyarınca cezaevinde sağlanan eğitim olanaklarından yararlanabilen her mahpusun buna teşvik edileceği belirtilmiştir. 1999 tarihli Hapishane Kurallarının 32. maddesinde de her cezaevinde eğitim sınıflarının düzenlenmesini, 35. maddesi ise 15-21 yaş arasındaki gençlerin haftada en az on beş saat eğitim veya öğretim kurslarına katılmalarının sağlanması belirtilmiştir. Bkz. Vorhaus, s. 164.

başvurucu tutuklu olduğu dönemde kurumdaki ortaokula kaydolmak için başvurmuş ancak bu talebi mükerrir olarak sınıflandırılmış olması ve kurumdaki ortaokula da yalnızca mükerrir olmayan suçlular kabul edildiğinden reddedilmiştir. AİHM öncelikle başvurunun mükerrir olmamasına rağmen masumiyet karinesine aykırı olarak hakkında mükerrirlere göre muamelede bulunulduğunu belirtmiştir. Ayrıca tutuklu ve hükümlülerin ayrı okullarda eğitim görmelerinin ve mükerrir olan hükümlülerin kontrol ve denetimin olduğu sınıf ortamında nasıl bir zarara yol açabileceklerine ilişkin bir kanıt bulunmadığını vurgulamıştır<sup>130</sup>. Ayrıca başvuruda Hükümet, söz gelimi sınırlı kaynakları en uzun süre cezaya mahkûm edilenler üzerinde yoğunlaştırma politikasını haklı çıkarma veya okuldaki kaynakların mevcudiyetine ilişkin herhangi bir istatistiksel bilgi de sağlamamıştır<sup>131</sup>. AİHM'ye göre terazinin bir tarafında başvurunun orta öğretimini tamamlama konusunda şüphesiz menfaati varken okula kaydının yapılmamasını ne öngörülebilir ne meşru amaçlı ne de orantılı bulmuştur.

Eğitim hakkı yalnızca belirli bir eğitim kurumuna kayıt yaptırmış hükümlüler ile sınırlı da düşünülmemelidir. Nitekim *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye* başvurusunda ÖSYM sınavından bir meslek yüksekokulu bölümüne kabul edilmeyi sağlayacak notu alan başvuru *Bingöl*, kurumun uzaktan eğitim vermesi sebebiyle infaz kurumu idaresinden bilgisayar ve internet kullanımına izin verilmesini talep etmiş, ancak talebi reddedilmiştir. Üniversite ise başvurucuya cezaevinden çıkacağı tarihe kadar kaydını erteleyebileceği veya cezaevinden internet aracılığıyla eğitim programını takip edebileceğini bildirmiştir<sup>132</sup>. Ancak yükseköğretim kurumuna kayıt yaptırmayan başvuru yasadışı örgüt üyesi olma suçundan mahkûm edildiğinden keyfi ve haksız yere internet ve bilgisayar erişim talebinin reddedildiğini iddia etmişse<sup>133</sup> de Hükümet başvuru bir yükseköğretim kurumuna kayıtlı olmadığından mağdur statüsünün bulunmadığını ileri sürmüştür<sup>134</sup>. AİHM başvuru kayıt yaptırmamış olsa dahi yükseköğretim kurumu sınavına girerek ilgili bölüme kaydolmak için yeterli puanı alması ve eğitimine devam etme planının olmasından hareketle mağdur sıfatının bulunduğunu belirtmiştir<sup>135</sup>. Zira P1-

<sup>130</sup> *Velyo Vele v. Bulgaristan*, para. 38.

<sup>131</sup> *Velyo Vele v. Bulgaristan*, para. 39.

<sup>132</sup> *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye*, para. 32.

<sup>133</sup> *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye*, para. 50.

<sup>134</sup> *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye*, para. 47.

<sup>135</sup> *Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye*, para. 53.

2'nin ilk cümlesi eğitim kurumunun sınavlarına girme de dâhil olmak üzere eğitim kurumlarına erişim hakkını bünyesinde barındırmaktadır<sup>136</sup>.

Ancak kişinin hukuka uygun olarak tutulduğu süre boyunca eğitimine devam etmemesini AİHM eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmemektedir. Örneğin AİHM başvurusunun tutuklu yargılanmasının eğitim hakkını ihlal ettiği iddiasının ihlal anlamına gelmediğini belirtmiş ve başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur<sup>137</sup>.

BM Genel Kurulu'nun Her Türlü Gözaltı veya Hapis Altındaki Tüm Kişilerin Korunmasına İlişkin İlkelerinde gözaltına alınan veya hapsedilen kişinin mümkünse kamu kaynağı olmak üzere mevcut kaynak sınırlamalarına tabi olarak makul düzeyde eğitim, kültür ve bilgi materyali alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak bunun gözaltı veya tutukevinin güvenlik ve düzenini sağlamak için makul koşullara tabi olduğunu vurgulamıştır<sup>138</sup>. Mali kaynakların sınırlı olması, hükümlülere

<sup>136</sup> *Hüseyin Uzun v. Türkiye*, para. 27.

<sup>137</sup> *Boltan v. Türkiye* (kk), Başvuru No. 32777/09, 27 Mart 2012; Nitekim *Epistatu v. Romanya* kararına konu olayda da hükümlü başvurusunun eğitim hakkının ihlali iddiasında AİHM aynı sonuca varmıştır. On birinci sınıfı tamamlayan başvuru, gıda endüstrisi gibi çeşitli sektörlerde staj görmesi gereken lise son sınıfta hüküm giydiği için ceza infaz kurumuna konulmuştur. Başvuru ve babası, başvurusunun lise eğitiminin son yılını tamamlayabilmesi için buna imkân sağlayan başka bir cezaevine naklini talep etmişlerse de bu talepleri karşılanmamıştır. Başvurusunun iddiasına göre kendisi üç farklı cezaevi idaresine müteaddit defa lise eğitiminin son yılını tamamlamak veya çalışmasına izin verilmesi için başvurmuş, ancak cezaevi idarelerince son yıl dersleri için planlama yapılamadığı, mesleki derslerin dolu olduğu ve çalışmak için de yer olmadığından talepleri reddedilmiştir. Nihayet başvuru nakledildiği başka bir ceza infaz kurumunda üç ay boyunca gıda endüstrisinde kalifiye eleman olarak çalışabilmek için verilen bir kursa kaydolmuştur. Ancak başvuru, cezasının infazı için son sınıfta liseden ayrılmaya mecbur kaldığı ve Romanya cezaevi idarelerince lise eğitimini cezaevinde tamamlanmasına izin verilmediği için eğitim hakkının ihlal edildiğinden yakınmıştır. Hükümet, iç hukuka göre asgari öğrenci sayısının sağlanmaması nedeniyle cezaevinde eğitim verilememesinin P1-2'nin ihlali olmadığını belirtmiştir. Ayrıca Hükümet başvuru infaz kurumuna konulduğu sırada on yıllık zorunlu öğrenimini de gördüğü için eğitim hakkının özünden yoksun kalmadığı kanaatindedir. Zira başvuru talep ettiği infaz kurumuna nakledilmiş olsaydı dahi cezaevi idaresi ancak zorunlu olan öğrenime devam etmesine izin verecektir. Son olarak Hükümet başvuru için bir ders düzenleme yükümlülüğünün aşırı yük getirir mahiyette olduğunu iddia etmiştir. AİHM bu başvuruda da bireylerin bir mahkeme tarafından mahkûm edildikten sonra yasal tutukluluğa tekabül eden süre boyunca tam zamanlı eğitime devam etmelerinin engellenmiş olmasının, eğitim hakkından yoksun bırakma olmadığını yinelemiştir. Ayrıca P1-2, cezaevi idaresine başvuru için özel dersler açma yükümlülüğü yüklememektedir. Bkz. *Epistatu v. Romanya*, Başvuru No. 9343/10, 24 Aralık 2013, para. 10.

<sup>138</sup> Vorhaus, s. 164.

çalışmamız kapsamındaki yükseköğrenim hakkının sınırlandırılması için bir meşru amaç teşkil etmemektedir. Zira her ne kadar devlet sosyal bir hak olan eğitim hakkını kaynak sınırlılıkları çerçevesinde aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülüğü altındaysa da devletlerin derhal gerçekleştirmesi gereken hiçbir ayırım gözetmeme ve adım atma yükümlülükleri de vardır<sup>139</sup>.

Hükümlü ve tutukluların eğitim hakkından yararlanması yalnızca zorunlu ilköğretim düzeyi ile sınırlı da düşünülmemelidir. Nitekim Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılan Çocukların Korunmasına İlişkin Kurallarda da eğitimlerine devam etmek isteyen zorunlu eğitim yaşının üzerindeki çocuklara izin verilmesi, buna teşvik edilmeleri ve uygun eğitim programlarına erişimlerini sağlamak için her türlü çabanın gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>140</sup>.

AYM, AY m. 42'nin devlete ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere eğitim ve öğrenim imkânı sağlanması şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklediğini belirtmiştir. Ancak İnfaz Kanunu ve sair mevzuatla mahkûmlara infaz kurumunun şartları dâhilinde eğitim ve öğrenim imkânı sağlanmıştır. Bu nedenle mahkûmların mevcut eğitim ve öğrenim faaliyetine erişiminin kurum tarafından engellenmemesi gerekmektedir<sup>141</sup>. Bu minvalde bir müdahalenin eğitim hakkını anlamsızlaştıracak düzeyde olmaması gerekir. Örneğin AYM önceki yıllarda 21 saat olan uzaktan eğitim faaliyeti süresinin yeni mahkûmların da eğitime başlaması ile 15 saate indirilmesini eğitim faaliyetini anlamsızlaştıracak bir boyutta olmadığını, başvuruçuların bilgisayar haricinde ders kitaplarına da erişebildiği, uzaktan eğitimi belirli bir süre içinde tamamlama zorunluluğu olmadığı bahislerinden hareketle bu uygulamayı orantısız bulmamıştır<sup>142</sup>.

Hükümlülerin eğitim hakkından pratikte yararlanabilmesi için kitap, bilgisayar ve internet gibi eğitim materyallerine erişebilmesi de gerekir. Nitekim İnfaz Kanunu m. 67 uyarınca eğitim ve iyileştirme programlarının gerektirmesi halinde hükümlünün denetim altında internete erişmesi mümkündür. Ancak f.4 radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkının tehlikeli halde bulunan veya örgüt mensubu kişiler için kısıtlanabileceği belirtmiştir. Örgüt suçlarından hükümlü olan başvuruçuların bu madde uyarınca haklarının sınırlandırılması

<sup>139</sup> General Comment 13, m. 43.

<sup>140</sup> Vorhaus, s. 164. Söz konusu belge, BM Genel Kurulu'nun 14 Aralık 1990 tarih ve 45/113 sayılı Kararı ile kabul edilmiştir.

<sup>141</sup> Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri, para. 72.

<sup>142</sup> Mehmet Reşit Arslan ve diğerleri, para. 84 vd.

AIHM tarafından da değerlendirilmiştir. AIHM hükümlülerin internete erişim hakkından yararlanması için karar verme sürecinde iç hukuktaki yargılamalarda hâkimlerin başvuruçuların menfaati ve kamu düzeninin korunması arasında denge kurma yükümlülüğünü yerine getirmemeleri ve hakkı sınırlamak için haklı bir gerekçe ileri sürememelerini eğitim hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir<sup>143</sup>.

#### 4. Hükümlülerin Eğitim Hakkının Sınırlandırılmasının Ayrımcılık Yasağı Temelinde Değerlendirilmesi

AIHM P1-2'deki "hiç kimse" ifadesinden zımni olarak eğitim hakkının kullanılmasında kimsenin ayrımcılığa maruz bırakılmamasının anlaşılacağını belirtmiştir<sup>144</sup>. Ayrımcılık, benzer durumdaki kişilere nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın farklı muamele edilmesi anlamına gelir; yani söz konusu ayırım meşru bir amaç gütmüyorsa veya bunu gerçekleştirmek için kullanılan araçlar onunla makul bir orantılılık ilişkisi içermiyorsa ayrımcılık söz konusudur<sup>145</sup>.

<sup>143</sup> Mehmet Reşit Arslan ve Orhan Bingöl v. Türkiye, para. 55.

<sup>144</sup> Leyla Şahin v. Türkiye, para. 152.

<sup>145</sup> Ponomaryovi v. Bulgaristan, para. 51; Georgiou v. Yunanistan başvurusunda AIHM, ayrımcılık iddiasını esasa girmeden değerlendirmiştir. Tutuklu olması sebebiyle üniversite sınavlarına giremeyen başvuruçucu eğitim hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını taşımaktadır. Olayda hukuk fakültesi öğrencisi iken kasten öldürme suçundan şüpheli olan başvuruçucu; tutuklu olduğu süre boyunca fakülte bitirme sınavlarına katılmasına izin verilmemesi ve olay hakkında Adalet Bakanının bir suçlunun öğrenci olamayacağına dair televizyonda yayınlanan röportajının eğitim hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Ayrıca tutuklu olması sebebiyle sınavlara girmesine izin verilmemesinin ayrımcılığa neden olduğunu iddia etmiştir, zira özgür olsaydı sınavlara girebilecektir. AIHM başvuruçunun eğitim hakkının ihlali iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur, zira AIHM'ye göre başvuruçucu hukuka uygun bir mahkûmiyet kararının ardından yalnızca on dört ay boyunca hükmen tutuklu kalmış ve üniversitedeki sınava girememiştir, yoksa başvuruçunun seçtiği bir eğitim kurumuna erişiminden veya etkili bir eğitim hakkından mahrum bırakılması söz konusu değildir. Bkz. Georgiou v. Yunanistan, (kk), Başvuru No. 45138/98, 13 Ocak 2000; Eğitim hakkına müdahalenin ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmesi ABD Yüksek Mahkemesince de ele alınmıştır. Nitekim *Tayyari v. New Mexico State University* kararında ABD Yüksek Mahkemesi, İran rehine krizinin yaşandığı dönemde İran Hükümeti'ne misilleme olarak İran vatandaşlarının ABD üniversitelerine kaydolmalarının engellenmesini ESKHS çerçevesinde değerlendirmiştir. Ulusal kimlik ve diğer statüler nedeniyle bir ayrımcılığa maruz bırakılmaksızın bireylerin kapasitelerine göre yükseköğrenime eşit erişimi olduğunu vurgulamıştır. Bkz. Gilricht, s. 655; Ancak Avrupa Adalet Divanı duruma farklı yaklaşmıştır. İran vatandaşı olan başvuruçuya ulusal güvenlik gerekçesiyle Almanya'nın öğrenci vizesi vermemesini değerlendirmiştir. Öğrenci mobil sistemlerin güvenliği ve özellikle akıllı telefonlarda güvenlik protokollerine izinsiz giriş tespiti üzerine çalışmaktadır. Öğrencinin ülkeye bir tehdit olduğuna dair hiçbir belirti olmamasına rağmen, İran'daki durumun başvuruçunun eğitim amacıyla kaldığı süre boyunca edineceği bilgilerin

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*



Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların farklı bir muameleyi haklı gösterip göstermediğini ve ne ölçüde haklı çıkardığını değerlendirirken belirli bir takdir payına sahiptir. Bu payın kapsamı da koşullara, konuya ve arka plana göre değişebilir. Bu nedenle, ekonomik veya sosyal genel stratejileri söz konusu olduğunda, Devletlere genellikle geniş bir takdir payı verilir<sup>146</sup>. AİHM'ye göre, devletin bu alandaki takdir payı eğitimin ilgililer ve genel olarak toplum için önemiyle ters orantılı olarak, eğitim düzeyi ile birlikte artmaktadır. Bu nedenle, bugüne kadar pek çok insan için isteğe bağlı olan üniversite düzeyinde, yabancılar için daha yüksek ücretler - genel olarak ücretler - olağan görünmektedir ve mevcut koşullarda tamamen haklı olarak kabul edilebilir. Ancak temel okuryazarlık ve aritmetik bilgisinin yanı sıra toplumla bütünleşme ve ilk deneyimler sağlayan ve çoğu ülkede zorunlu olan ilköğretim için durum tam tersidir<sup>147</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Konsey üyesi devletlerin hem yükseköğrenime katılımın toplumun tüm kesimlerine yaygınlaştırılmasını hem de bu katılımın etkin olmasını hedefleyen bir politika tavsiye etmiştir. Kararın “*eşit fırsatlar politikası*” şeklindeki kenar başlığında da bu politikanın yalnızca *de jure* eşitlik ve ayrımcılığın olmaması değil, aynı zamanda tüm bireylerin potansiyelinin gelişmesini ve yerine getirmesini sağlama anlamında tam ve etkili eşitlik ilkesinin tüm gerekliliklerini karşılamak üzere tasarlanmış bir politika olduğunu belirtmiştir. Etkili eşitliğin teşviki, gerekli olduğu ve toplumdaki bireylerin veya grupların özel koşullarını dikkate alan ayrımcılık yapmama ilkesiyle tutarlı olan özel önlemlerin alınmasını gerektirebilir<sup>148</sup>.

ESKH Komitesi de eğitim hakkının mevcut olma, erişilebilirlik, kabul edilebilirlik ve uyarlanabilirlik şeklinde birbiriyle ilişkili ve temel özelliklerinin olduğunu belirtmiştir<sup>149</sup>. Erişilebilirlik ayrımcılık yapmama,

---

daha sonra kendi ülkesinde kötüye kullanılacağından korkmak için haklı bir neden verdiği gerekçesine dayanarak ihlal mahiyetinde bulmamıştır. Mahkeme, ulusal makamların kimin kamu güvenliğine tehdit oluşturduğuna karar vermede geniş takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. Bkz. *Fahimian v. Bundesrepublik Deutschland*, C-544/1521 Aralık 2017, para. 29.

<sup>146</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan*, para. 52.

<sup>147</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan*, para. 56.

<sup>148</sup> Bkz. Recommendation No. R (98) 3 Of The Committee Of Ministers To Member States On Access To Higher Education, 17 March 1998, (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/16804f7125>.

<sup>149</sup> Mevcut olmadan anlaşılması gereken; bina, temizlik imkânları, içilebilir su, öğretmen, ders materyali, kütüphane, bilgisayar imkânı ve bilgi teknolojileri dâhil olmak üzere eğitim kurumlarının ve programlarının yeterli kalitede işlerliğidir. Kabul edilebilirlik müfredat ve

fiziksel ve ekonomik erişilebilirlik anlamına gelir. Çalışma konumuz olan hükümlülerin yükseköğretim kurumundan çıkarılması cezasının erişilebilirlik bakımından problematik olduğu açıktır. Şöyle ki Genel Yorumda da belirtildiği üzere eğitim herkes, özellikle de en kırılgan gruplar için, hukuken ya da fiilen ayrımcılık yapılmaksızın erişilebilir olmalıdır<sup>150</sup>. AİHM içtihatları gözetildiğinde de en çok hükümlü ve tutukluların kırılgan gruplar<sup>151</sup> içinde değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Kırılganlık ve ayrımcılık meselesi, AİHM'nin *Kiss v. Macaristan* başvurusu gözetilerek ele alınabilir. Başvuruya konu olayda manik depresyon nedeniyle kısmi vesayet altına alınan başvurucu seçim mevzuatı uyarınca vesayet altında olduğundan oy hakkından yoksundur. AİHM tam-kısmi vesayet ayrımı olmaksızın ve kişinin somut yetilerine bakılmaksızın kısmi vesayet altındaki herkesin oy kullanmasının mutlak surette engellenmesini, zihinsel engellilerin tarihsel süreç boyunca maruz kaldığı ayrımcılığı da gözeterek serbest seçim hakkının ihlali mahiyetinde bulmuştur<sup>152</sup>. Söz konusu kararda ihlal edildiği sonucuna varılan serbest seçim hakkı tıpkı eğitim hakkı gibi P1'de herhangi bir sınırlama nedeni sayılmamış ve devletin geniş bir takdir payının olduğu haklardan olsa da oy kullanmaya mutlak bir yasak getirilmesinin kabul edilebilir takdir payı içinde kalmadığı sonucuna varılmıştır. Zira bireysel olarak kapasite ve ihtiyaçları değerlendirmeye set çeken bu yasak tarihsel olarak toplumdan dışlanan kırılgan gruplara önyargıların devam etmesine, toplumdan dışlanmalarına ve yasal olarak tek tipleştirilmelerine neden olmaktadır<sup>153</sup>. Örgüt suçlarından hükümlü olanlar bakımından da tehlikeli olup olmadıklarına ilişkin bir değerlendirme yapılmaksızın yükseköğretim

---

eğitim metodu dâhil eğitiminin öz ve biçiminin kabul edilebilir olması iken uyarlanabilirlik ise değişen toplum ve toplulukların ihtiyaçlarını ve öğrencilerin çeşitli sosyal ve kültürel ortamlarındaki ihtiyaçlarını yansıtan esnekliktir. Bkz. Lee, s. 770-771; McCowan, s. 125; General Comment 13, m. 6.

<sup>150</sup> General Comment 13, m. 6/b (i).

<sup>151</sup> Elif Çelik, İnsan Hakları Bakımından Kırılgan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü ", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 1, 2020, s. 70; İnsan hakları literatüründe mülteciler, insan ticareti mağdurları, çocuklar gibi savunmasız ve dezavantajlılığı ile karakterize olan kırılgan grupların bu durumu onların dezavantajlılığını hukuk dâhilinde gidermeye çalışmaktır. Bkz. Çelik, s. 62. Birden çok dezavantajlı kimlik ve durumun keşişim göstermesi hali örneğin gözaltındaki zihinsel engelli kişi gibi "aşırı kırılganlık" olarak nitelendirilmektedir (bkz. *M.S. v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 24527/08, 3 Mayıs 2012, para. 44).

<sup>152</sup> *Alajos Kiss v. Macaristan*, Başvuru No. 38832/06, 20 Mayıs 2010, para. 42.

<sup>153</sup> *Alajos Kiss v. Macaristan*, para. 42.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

hakkının tanınmaması bu minvalde örgüt suçlarının tek tipleştirilerek ıslah edilmemelerine neden olabilir.

AIHM eğitim hakkına ilişkin ayrımcılık değerlendirmesi yaparken hak süjesinin tutumunu da belirleyici olarak ele almaktadır. *Ponomaryovi v. Bulgaristan* kararına konu olayda başvuru annelerinin Bulgar vatandaşı biriyle evlenmesi üzerine küçük yaşta anneleri ile Bulgaristan'a taşınmıştır. Bulgar vatandaşı olmamaları ve daimi oturma izinlerinin bulunmaması sebebiyle ortaöğrenim gören başvuru öğrencilerinden eğitim harcı istenmiştir. Oysa başvuru öğrencilerin başka bir ülkeye gidip eğitim almak şeklinde bilinçli bir tercihleri söz konusu olmayıp Bulgar eğitim sistemini suiistimal etmeye çalışan bir durumda da değildirlen<sup>154</sup>. AIHM mevcut başvurunun özel koşullarında, başvuru öğrencilerin uyrukları ve göçmenlik statüleri nedeniyle orta öğrenimleri için harç ödemesi gerekliliğinin P1-2 ve m. 14'ün ihlali olduğu sonucuna varmıştır<sup>155</sup>.

#### **D. Kişinin Adli Sicil Kaydının Yükseköğrenim Kurumuna Kabulde Kullanılması**

Sosyal hareketlilik ve uyumun bir aracı olarak düşünülen yükseköğrenim, suç işlemekten caydırıcılığı sağlamak için zorlayıcı bir mekanizmadır. Zira üniversiteyi bitirme daha düşük işsizlik oranları ve görece yüksek kazançlarla ilişkilendirilir ve bu şekilde insan sermayesinin geliştiği ve üniversitenin medeni toplumun bir parçası olmayı teşvik ettiği kabul edilir. Bununla birlikte, ABD'de çoğu üniversitede başvuru sürecinin bir parçası olarak adayların adli sicil geçmişleri bilgileri talep edilmektedir ve yapılan bazı araştırmalar ortaya koymuştur ki adaylar adli sicil geçmişleri sebebiyle reddedilmektedir<sup>156</sup>.

<sup>154</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan*, para. 61.

<sup>155</sup> *Ponomaryovi v. Bulgaristan*, para. 63.

<sup>156</sup> Robert Stewart/ Christopher Uggen, "Criminal Records and College Admissions: A Modified Experimental Audit", *Criminology*, C. 58, S. 1, 2019, s. 157; *Center for Community Alternatives* platformunun iki ve dört yıllık bölümlere kabul departmanı hakkında yürüttükleri bir ankette özel üniversitelerin yüzde 81, devlet üniversitelerinin ise yüzde 55'inin başvuru öğrencilerinden adli sicil geçmişi bilgisi istediği sonucuna varılmıştır. Bkz. Stewart/Uggen, s. 160. *Stewan ve Uggen*'in yürüttüğü araştırmada suç kaydı bulunan aday profilleri suç kaydı olmayan aday profillerinden 2,5 kat daha fazla reddedilmiştir. Bkz. Stewart/Uggen, s. 172; New York eyaletindeki duruma ilişkin CCA (Center For Community Alternatives) ve HIRE Network tarafından 2006-2007 yılları arasında yürütülen telefon anketinin sonuçları, kamu ve özel eğitim kurumlarının kabul politikaları ile suç geçmişi olan başvuru öğrencilerin değerlendirilmesi arasında önemli farklılıklar olduğunu göstermiştir. Örneğin Upstate New York bölgesinde bir topluluk kolejinin bölge dışında yaşayan ve ağır bir suçtan hükümlü olan herkesin başvurularını reddetmektedir. Bir özel kolej de suç geçmişi olan kişiler için nihai kabul kararlarının akademik personele değil,

Genellikle suç inceleme süreci olarak bilinen yükseköğrenim kurumunca aday öğrencilerden adli sicil kaydı talep edilmesi kampüs güvenliğinin sağlanması ve müstakbel öğrencilerin işleyebileceği muhtemel suçları tahmin etme amacına yöneliktir<sup>157</sup>. Bu inceleme sürecinde kullanılan yöntem; kolluk yetkilisi, danışman, hukuk müşaviri ve fakülte yetkilisinden oluşan bir kabul komitesinin başvurularda adli sicil geçmişi olduğunu beyan eden öğrencilerin başvuru evraklarının gözden geçirilmesidir<sup>158</sup>. Komite suç ile meydana gelen zararın ciddiyeti veya ağırlığı, suçun işlendiği tarih ve niteliği, fiilin özellikleri, verilen ceza, kişinin sorumluluğunu kabul edip ıslah olup olmadığını değerlendirmektedir<sup>159</sup>. ABD’de Jeanne Celery isimli öğrenci bir başka öğrenci tarafından yurt odasında öldürülmesinin ardından kampüsteki suçun boyutu hakkında bilgi sağlanması için veri toplanmasına izin veren Celery Kanununun (*The Celery Act*) ardından kampüste işlenen suçların Jeanne Clery’yi öldüren öğrencinin aksine daha çok adli sicil kaydı olmayan öğrenciler arasından olduğu ortaya çıkmıştır<sup>160</sup>. Ve hatta *Eiseman*

---

kampüs güvenliğinden sorumlu müdüre ait olduğunu belirtmiştir. Buna karşılık New York City Üniversitesi’ne kabul için herhangi bir engel bulunmayıp bilakis üniversitenin birçok bölümünde eski hükümlü kişilerin okula kaydolma çabalarını desteklemek için özel programları mevcuttur. Bkz. Center For Community Alternatives, “Closing The Doors To Higher Education: Another Collateral Consequence Of A Criminal Conviction”, (çevrimiçi) <https://www.communityalternatives.org/wp-content/uploads/2020/02/closing-the-doors-to-higher-education.pdf> 20.11.2021, s. 4-5.

<sup>157</sup> Stewart/Uggen, s. 157; Bradley D. Custer, Applying to University with Criminal Convictions: A Comparative Study of Admissions Policies in the United States and United Kingdom”, **Journal of Higher Education Policy and Management**, C. 40, S. 3, 2018, s. 243; Bradley D. Custer, “College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review”, **The Journal of Correctional Education**, C. 67, S. 2, 2016, s. 35; *Stewart ve Uggen*’ın yaptığı çalışmada daha yüksek suç oranlarına sahip kolejler, kabul süreçlerinde ırk/etnisiteyi dikkate alan kolejler ve banliyö kolejlerinin de başvurularına adli sicil geçmişine ilişkin soruları dâhil etme olasılıklarının daha yüksek olduğu ortaya çıkmıştır. Bu faktörlerin her birini içeren çok değişkenli bir analizde, daha rekabetçi yükseköğrenim kurumları, özel kolejler ve daha yüksek siyahi lisans öğrencisi kayıtları olanların adli sicil geçmişi hakkında soru sorma olasılıkları dikkate değer ölçüde daha yüksektir. Bkz. Stewart/Uggen, s. 161.

<sup>158</sup> Custer, “College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review”, s. 35.

<sup>159</sup> Custer, “College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review”, s. 36.

<sup>160</sup> Center For Community Alternatives, s. 2. Nitekim ABD Eğitim Bakanlığı’nın Kongre’ye 2001 tarih ve “*ABD Ortaöğretim Sonrası Eğitim Kurumlarının Kampüslerinde Suç İnsidansı*” başlıklı raporunda, kolej ve üniversitelerde toplam kasten öldürme oranının, toplumdaki genç yetişkinler arasındaki kasten öldürme oranına kıyasla kayıtlı 100.000 öğrenci başına 0.07 olduğunu belirtmektedir. Genç yetişkinler arasında ise bu oran *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

v. *State* davasında, New York Temyiz Mahkemesi, daha önce adli sicil kaydı olan öğrencilerden Larry Campbell'in öğrenci olarak kaydolduğu eyalet üniversitesinde iki öğrenciyi öldürmesinden dolayı dahi üniversiteyi sorumlu bulmamıştır. Zira mahkeme hem toplumun alt sınıfından bir kaçış hem de kamu yararına olan eğitimin, yeniden suç işlemek yerine eski mahkûmları yeniden topluma kazandırmak ve ıslah etmek şeklindeki amacı gözetmiştir<sup>161</sup>.

ABD'de yapılan bir araştırmada da cinsel saldırı ve nitelikli cinsel saldırı hariç şiddet suçlarının mağduru olan öğrencilere karşı çoğunlukla öğrenci olmayan bir yabancı tarafından (yüzde 58) bu suçların işlendiği ortaya konulmuştur. Buna mukabil kadın cinsel saldırı mağduru öğrencilere uygulanan bir ankette cinsel suçların ise daha çok kadın mağduru tanıdığı sınıf arkadaşı, erkek arkadaşı veya arkadaşı tarafından işlendiğini ortaya koymuştur. ABD Eğitim Bakanlığı'nın raporuna göre kampüste işlenen suçlar, üniversite ortamında uzun süredir karakterize olan davranışlardan çıkmaktadır. Kampüsteki suçların çoğunun bir spor müsabakası sonrası kutlamada alkol ve uyuşturucu madde kullanımının ardından gerçekleştirilen kasten yaralama, cinsel saldırı biçiminde gerçekleşmektedir<sup>162</sup>. Bu veriler nazara alındığında, söz gelimi yükseköğrenim kurumunda başkalarına uyuşturucu madde verme, patlayıcı madde kullanma veya cinsel saldırıda bulunmanın YÖK Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 9/1 (b), (c) ve (ç) bentleri uyarınca yükseköğrenim kurumundan çıkarma ile yaptırıma bağlanması kampüs güvenliği amacına yönelik olarak kabul edilebilir.

ABD'de işverenlerin iş başvurularında kişinin adli sicil kayıtlarını sormasına karşı bir hareket olarak yükselen "*Kutuyu Yasaklama (Ban The Box/BTB)*"<sup>163</sup> hareketi yükseköğrenim bağlamına doğru genişlemiştir<sup>164</sup>.

---

100.000'de 14.1'dir. ABD Eğitim Bakanlığı bu raporunda ortaöğretim sonrası eğitim kurumlarının kampüslerindeki öğrencilerin, toplumun geri kalanından önemli ölçüde daha güvenli olduğu" sonucuna varmıştır.; Bir başka araştırma sonucuna göre ise 2009-2011 yılları arasında başvuru yapan elli beşinin ağır bir suçtan mahkûmiyeti mevcuttur ve bunların kırk yedisi kabul edilmiş, 34'ü ise öğrencilik kaydını yaptırmıştır. Ek olarak, kabul edilen 34 eski hükümlünün hiçbiri disiplin fiili işlememiştir. Bkz. Custer, "College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review", s. 38.

<sup>161</sup> Center For Community Alternatives, s. 6

<sup>162</sup> Center For Community Alternatives, s. 3.

<sup>163</sup> Adli sicil kayıtlarının istihdamda yarattığı dezavantajlar ve irksal etkileri, 1998'den bu yana ABD'de en az otuz eyalet ve yüz elli şehir ve kırsal bölgeyi BTB politikalarını yürürlüğe koymaya motive etmiştir. Özü itibariyle BTB politikası, belirli bir yetki alanındaki işverenlerin bir kısmının veya tamamının, bir başvuru ilki başvuruda adli

Bunda Başkan Obama döneminde yeniden topluma katılma önündeki engellere ve adalet sisteminin ırksal olarak orantısız etkilerine ilişkin endişelere dayanılmış ve kolejlerin adli sicil kaydı sorularına ilişkin kabul politikalarını yeniden değerlendirmeye ve yeniden gözden geçirmeye teşvik edildiği bir rapor ABD Eğitim Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır<sup>165</sup>. Bunun ardından da ABD’de bazı eyaletler üniversite başvuru sürecinde adli sicil kayıtlarının toplanmasını yasaklamaya başlamıştır. Örneğin 2017 yılında Louisiana cinsel suçlar ve ısrarlı takip haricindeki suçlar bakımından tüm devlet üniversitelerinde adli sicil bilgisi istemeyi yasaklayan ilk eyalet olmuştur<sup>166</sup>.

sicil geçmişinin sorgulanmasını yasaklayarak, teorik olarak işverenlerin, suç geçmişi olan başvuruçuları çok az dikkate alarak veya hiç dikkate almadan kategorik olarak reddetmesini engellemektedir. BTB hareketinin ortaya çıkış sebebi, suç geçmişi olan başvuruçulara ön değerlendirme ve mülakat aşamasında suç geçmişlerini açıklamaları için “adil bir şans” verilmesidir. Ancak bu politikalar genellikle işverenin bu sorgulamaları işe alma sürecinin sonraki aşamalarında yapmasına izin verir. Bkz. Stewart/Uggen, s. 163.

<sup>164</sup> Bkz. Custer, “Applying to University with Criminal Convictions: A Comparative Study of Admissions Policies in the United States and United Kingdom”, s. 245; Hatta üniversitelerin, işverenlere kıyasla adli sicil geçmişinde daha da titiz davrandığı görülmektedir. İşverenler tutuklamalardan ziyade yalnızca belirli bir zaman dilimi arasındaki bir suçtan mahkûmiyetleri sorarken üniversiteler belirli bir zaman dilimi ile sınırlı olmaksızın kabahat ve hatta kişinin suça sürüklenen çocuk olduğu dönemdeki mahkûmiyetleri de dikkate almaktadır. Bkz. Judith Scott-Clayton, Judith: “Thinking “Beyond The Box”: The Use of Criminal Records In College Admissions”, 2017, (çevrimiçi) <https://www.brookings.edu/research/thinking-beyond-the-box-the-use-of-criminal-records-in-college-admissions/>, 24.11.2021, s. 2-3; Eş zamanlı olarak Birleşik Krallıkta da Adalet Bakanlığı, hapisanedeki yükseköğrenim durumuyla ilgili “*Potansiyelin Kilidini Açmak (Unlocking Potential)*” raporunu yayınlamıştır. Rapora göre hükümlüler tahliye edildikten sonra eğitime devam etmelerinin önündeki en büyük engellerden biri, üniversitelerin ve diğer eğitim kurumlarının koruma ve risk değerlendirme uygulamalarıdır. Bu nedenle rapor, Üniversite ve Kolej Kabulleri Servisine hapisaneden üniversiteye pürüzsüz bir geçişi sağlama çağrısında bulunmuş ve üniversitelere kabullerde profesyonelliği desteklemeyi tavsiye etmiştir. Nitekim dönemin başbakanı Cameron da kamu hizmeti pozisyonları için BTB hareketine atif yaparak kamu tarafından fonlanan üniversite ve kolejleri bu amaca uymaya davet etmiştir. Bkz. Custer, “Applying to University with Criminal Convictions: A Comparative Study of Admissions Policies in the United States and United Kingdom”, s. 245.

<sup>165</sup> Stewart/Uggen, s. 163.

<sup>166</sup> Scott-Clayton, s. 7. 2021 yılında da ABD Senatörlerinden *Schatz* adli sicil kaydı olsun ya da olmasın, herkesin yükseköğrenim yoluyla hayatını yeniden inşa etme şansını hak ettiğini belirterek, kolej ve üniversitelerin başvuru sürecinden adli sicil kaydına ilişkin soruları kaldırmasını zorlayan bir kanun teklifi sunmuştur. Bkz. “Schatz Reintroduces Legislation To Remove Barriers To Higher Education For Americans With Criminal Records”, 08.06.2021, (çevrimiçi) <https://www.schatz.senate.gov/> 22.11.2021.

*YÜHFD Cilt: XIX Sayı:1 (2022)*

Üniversite başvurularında adli sicil kaydının istenmesi yükseköğrenime erişime önemli bir bariyerdir ve kurumlar üniversiteye erişim ile kampüs güvenliğine ilişkin endişeleri arasında dengeyi gözetmelidir<sup>167</sup>. Kişinin adli sicil kaydının bulunmasının üniversiteye girişine engel olması şeklindeki kategorik yaklaşım doğru değildir. Zira ABD’de yaşanan bir olay özel kabul uygulamalarının sınırlarını tanımlamaya yardımcı olmuştur. 2010 yılında, Lake Michigan Koleji Mütevelli Heyeti, ağır suçlar ve cinsel suçlardan mahkûmiyeti bulunanların savunmalarını almaksızın başvurularını reddeden ve kabul edilenlerin de öğrenim kurumundan çıkarılmasını öngören bir politika benimsemiştir. Bunun üzerine Michigan cinsel suç faileri siciline kaydedilen bir öğrencinin de kuruma kabul edilmemesine karar verilmiştir. Michigan Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği ve öğrencinin dava açmasıyla 2011 yılında hükme bağlanan olayda, üniversite yetkilileri tarafından savunması alındıktan sonra öğrencinin üniversiteye kaydolmasına izin verilmiştir, zira öğrencinin kampüse zarar verme riskinin olmadığı ortaya çıkmıştır. Ayrıca Lake Michigan Koleji'nin herhangi bir yargı kararı önce veya idari işlem tesis etmeden önce her öğrencinin başvurusunun ve durumunun bireysel olarak gözden geçirilmesini sağlamak için politikalarını değiştirmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>168</sup>.

Kolluk veya yargı makamlarında çalışan kişilerin suç geçmişinin dikkate alınması veya bir şirket yönetim kurulu üyesinin yüz kızartıcı bir suçtan mahkûmiyetinin bulunmaması söz konusu kamu hizmeti veya iş sahasının bir gereği olabilir<sup>169</sup>. Ancak adli sicil kayıtlarının tüm iş ve kamu hizmetleri bakımından gözetilmesi topluma yeniden katılmak, çalışmak ve katkıda bulunmak isteyen hükümlüler için ciddi bir engeldir. Nitekim böyle bir düzenlemenin varlığı dahi kişiyi herhangi bir işe başvurmadan caydırabilir

<sup>167</sup> Bkz. Scott-Clayton, s. 1; 2009, 2010 ve 2014'te ayrı araştırma ekipleri tarafından yürütülen bir anket sonucuna göre, üniversite kabul uygulamalarına ilişkin özel üniversitelerin yüzde 60 ila 80'inin ve devlet üniversitelerinin yüzde 55'inin kabul sürecinin bir parçası olarak lisans başvuru sahiplerinden adli sicil kayıtlarına dair soruları yanıtlamalarını talep etmiştir. Bkz. Scott-Clayton, s. 2.

<sup>168</sup> Custer, “College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review”, s. 40. Nitekim davayla ilgili olarak Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği'nin avukatı Miriam Aukerman'ın beyanını aktarmakta fayda görmekteyiz: “*Tehdit oluşturabilecek öğrencileri eleme çabalarında kolejlerimizi ve üniversitelerimizi destekliyoruz. Ancak, öğrencinin risk düzeyini, fiili işlediği yaşını ve ıslah çabalarını dikkate almayan bu genel yasak, haksız ve yasa dışıdır.*”

<sup>169</sup> Bronwyn Naylor, “Living Down The Past: Why A Criminal Record Should Not Be A Barrier To Successful Employment”, **Employment Law Bulletin**, November-December 2012, s. 115.

ve kendi kendisini toplumdan dışlamasına sebebiyet verebilir. Ayrıca bu durum işverenler için de ciddi bir potansiyel kayıptır<sup>170</sup>. Hâlbuki Texas İslah Departmanı'nın eğitim programlarına katılan 30.207 eski hükümlü üzerinde yürüttüğü bir araştırmadaki bulgular, katılımcıların %70'inin cezaevlerinden çıktıkları ilk yılda iş güvencesi bulduklarını ve eğitimin istihdam üzerindeki olumlu etkisini göstermektedir<sup>171</sup>. Ayrıca New York Eyaleti Ceza Adaleti Hizmetleri Bölümü Eyalet İslah ve Toplum İslah ve Denetleme Departmanı'nda yürütülen bir başka araştırmaya göre ise ıslah eğitimi kapsamında kolej programlarını bitiren eski hükümlülerin karşılaştırma grubu ile kıyaslandığında çok daha az tekerrür oranına sahiptir.

## SONUÇ

Günümüz modern toplumlarında olduğu gibi cezaların infazına ilişkin mevzuatımızda da cezanın infazının amacının, cezaevindeki kişiyi rehabilite ederek dışarıdaki yaşama dönmeye her bakımdan hazırlamak suretiyle yeniden topluma kazandırmak olduğu kabul edilmektedir. Cezaevindekilerin eğitimi de bu amaca yönelik en yaygın ve etkili enstrümandır. Bu bağlamda Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 9/1-a uyarınca örgüt suçlularının yükseköğretim kurumundan çıkarılmasının, cezanın amacı ile bağdaştığını söylemek güçtür. Rehabilite edilmek için cezaevine konulan bir suçlunun en büyük rehabilitasyon aracı olan eğitim enstrümanından mahrum bırakılması, cezanın infaz amacı ile örtüşmeyecektir.

Bu çalışma kapsamında incelenen infaza ilişkin düzenlemeler de suç ya da suçlu ayrımı yapılmaksızın cezaevindeki tüm hükümlüler için iyileştirme programlarının uygulanacağını kabul edildiği görülmektedir. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde örgüt suçlularının yeniden topluma kazandırmaya yönelik faaliyet ve programlara katılamayacağına, özellikle de kurum içinde veya dışındaki eğitim faaliyetlerine katılamayacaklarına

<sup>170</sup> Naylor, s. 116. Zira istihdam, bir kişinin suçtan uzak bir yaşam tarzı oluşturması ve sürdürmesinde kilit faktördür. En basitinden, meşru bir iş bulamayan kişi, hayatını idame ettirmenin tek yolu olarak suçla iştigal eden faaliyetlerde bulunmak durumunda kalabilir. Ayrıca istihdam yalnızca kişiye bir gelir sağlamakla kalmayıp aynı zamanda kişinin suçlu bir geçmişi geride bırakma amacını destekleyen bir disiplin ve öz değer kazanmasını da sağlar; Sadece istihdam değil, ıslaha yönelik eğitimin de çıktıkları bu şekildedir. Bkz. Vandala, s. 3.

<sup>171</sup> Vandala, s. 5. Indiana İslah Departmanı'nda 2005-2009 yılları arasında gerçekleştirilen bir çalışmanın bulguları; üniversite eğitimi almış hükümlülerin %66,7'si, ilk tahliye oldukları 2005 yılından bu yana, 2005-2009 eğitim döneminde, herhangi bir yılda en az dörtte biri olmak üzere çeşitli iş sektörlerinde istihdam edildiğini göstermiştir.



yönelik herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Örgüt suçluları, kapalı kurumda bulunmanın doğal sonucu olarak devamı imkânsız olan eğitim seçenekleri dışında, bu olanaklardan yararlanabilmektedir. Bu bağlamda infaz hukukuna ilişkin hükümler bakımından kanun koyucunun yaklaşımının, örgüt suçlularının “ıslah olmaz” nitelikte olduğunu kabul ettiği yönünde olmadığı söylenmelidir. Buna karşılık 2547 sayılı Kanunun 54/1-a maddesindeki ve Disiplin Yönetmeliği 9/1-a maddesindeki düzenlemelerin temelinde, ilgili kurumun düzenini korumaktan ziyade örgüt suçlularının “ıslah olmaz suçlular” olarak görülmesi anlayışı yatmaktadır. Yükseköğretimden çıkarmaya ilişkin bu hükümlerin açık öğretim fakültesinde okuyan örgüt suçluları için de geçerli olması, bunun açık bir göstergesidir.

Ayrıca bir suçlunun ıslah edilip topluma kazandırılması, sadece “toplum bakımından artık zararsız bir birey olmasını sağlamak temelinde” toplumsal bir talep olarak görülmemelidir. Bu, aynı zamanda yaratılışı icabı maddi ve manevi varlığını geliştirme ihtiyacı hisseden insanoğlu için de “temel insani bir hak” niteliğindedir. Toplum düzenini bozduğu için toplumdaki uzaklaştırılan suçlu, rehabilite edilmek suretiyle “iyileşmiş” bir birey olarak yeniden topluma karışacak ve bu suretle toplumdaki yerini ve kendine olan saygısını yeniden kazanacaktır. Bu bağlamda infaz sisteminin, suçluya, yeniden toplumla bütünleşebileceğine yönelik bir şansa sahip olduğunu garanti etmiş olması gerekir. Nitekim bu kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi için de bir gerekliliktir. 2547 sayılı Kanun m. 54/1-a ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği m. 9/1-a’da öngörülen örgüt suçlularının yükseköğretim kurumundan çıkarılmasına ilişkin düzenleme, hükümlünün maddi ve manevi varlığını geliştirme imkânının elinden alınması, hükümlüye kişiliğini geliştirme olanağının tanınmaması ve onu, yaratılış gayesine aykırı olarak yaşamaya zorlama anlamına gelmektedir. Bu yaklaşım, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu öngören Anayasanın 17. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Bu çalışma kapsamında incelenen AİHM ve AYM içtihatlarında yükseköğretim kurumunun güvenliğini sağlamak için yükseköğretim kurumundan çıkarma cezasının verilmesinin doğrudan eğitim hakkının ihlali olmayabileceği belirtilmiştir. Ancak her ne kadar hükümlülerin yükseköğrenim kurumundan çıkarılması yaptırımı ile hedeflenen amaç öğrencilerin, yükseköğrenim kurumu ve personelinin güvenliğinin sağlanmasıysa da hükümlünün başka bir yükseköğretim kurumunda öğrenimine devam edip edemeyeceği, eğitim kurumu için tehlike arz edip

etmemesi, ıslah olup olmamasına ilişkin somut bir değerlendirme yapılmaksızın kategorik olarak yükseköğrenim hakkının engellenmesi eğitim hakkının ihlalidir. Ayrıca TCK m. 53/4 gereği on sekiz yaşın altında iken işlediği fiiller dolayısıyla kişi hakkında güvenlik tedbiri olarak hak yoksunluklarına hükmedilemezken veya söz gelimi yasaklanmış hakların iadesi kurumu çerçevesinde kamu hizmetine girmesi mümkünken yükseköğrenim yoluyla eğitim alan taraf olmak istemesinin mümkün olmaması çelişkilidir.

2547 sayılı Kanununun 54/1-a maddesindeki ve Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Yönetmeliği 9/1-a maddesindeki düzenlemeler Anayasa'ya ve P1-2'ye aykırı bir nitelik arz etse de üniversite içerisinde yapılacak bir disiplin soruşturmasında, soruşturmacının veya ilgili disiplin kurulunun bu konuda bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Burada idare, yürürlükteki kural çerçevesinde hareket etmek zorunda olup; eğer koşulları gerçekleşmişse, ilgili kanun ve yönetmelik hükümleri çerçevesinde çıkarma cezasını uygulamak durumundadır. Bu nedenle çözüm, ilgili yönetmeliğin cezanın amacı ile bağdaşmayan, anayasaya aykırı nitelik arz eden 9/1-a hükmünün değiştirilmesi ya da Danıştay tarafından iptal edilmesidir.

### KAYNAKÇA

- AKGÜNER, Tayfun: **Personel Yönetimi**, İstanbul, Der Yayınları, 1992.
- ARTUK, Mehmet Emin/ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Hapis Cezalarının ve Cezaevlerinin Tarihi Gelişimi”, **MARUHAD**, C. 21, S. 169, 2015.
- AYDIN, Devrim: “Ceza Hukukunda Okullar”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, S. 15, Nisan 2011, s.s. 47-57.
- AYHAN, Veli: “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Türkiye’de Ceza İnfaz Sisteminde Yapısal ve İşlevsel Dönüşüm”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- BACAKSIZ, Pınar: “Cezalandırma Ve Topluma Yeniden Kazandırma”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C. 16, Özel Sayı, 2014, s.s. 4917-4941.
- CENDEL, Nur: “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s.s. 337-372.
- CENTER FOR COMMUNITY ALTERNATIVES: “Closing The Doors To Higher Education: Another Collateral Consequence Of A Criminal Conviction”, (çevrimiçi) <https://www.communityalternatives.org/wp-content/uploads/2020/02/closing-the-doors-to-higher-education.pdf>.

- CUSTER, Bradley D.: “Applying to University with Criminal Convictions: A Comparative Study of Admissions Policies in the United States and United Kingdom”, **Journal of Higher Education Policy and Management**, C. 40, S. 3, 2018, s.s. 239-255.
- CUSTER, Bradley D.: “College Admission Policies for Ex-Offender Students: A Literature Review”, **The Journal of Correctional Education**, C. 67, S. 2, 2016, s.s. 35-43.
- ÇALIŞKAN, Ahmet Ziya: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Ve Öğrenim Hakkı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.11, S. 3-4, 2007, s.s. 295-314.
- ÇELİK, Abdullah: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim Hakkı”, **TAAD**, Y. 6, S. 20, 2015, s.s. 279-328.
- ÇELİK, Elif: “İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü ”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 22, S. 1, 2020, s.s. 57-77.
- DEMİRBAŞ, Timur: **İnfaz Hukuku**, 8. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C. 1, İstanbul, Der Yayınevi, 2016.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Pozitivist Nazariyede Cezai Mesuliyetin Esası”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, S. 6, 1944.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Teröristlerin Rehabilitasyonu”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 51, S. 1-4, 1985, s.s. 3-21.
- DUMAN, Bahattin: **Yükseköğretim Ceza Ve Disiplin Soruşturması**, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- ECHR: “Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights”, 31.08.2021, (çevrimiçi) <https://www.echr.coe.int> > documents.
- ERDOĞAN, Oktay: **İnfaz Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, Mehmet Emin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 1997.
- GILCHRIST, Heidi R.: “Higher Education is a Human Right”, **Washington University Global Studies Law Review**, C. 17, S. 3, 2018, s.s. 645-676.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Mueyyide Tatbiki”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 18, S.2, 1963.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: **Yönetim Hukuku**, Ankara, S Yayınları, 1991.

- GÜNAL, Yılmaz: “Disiplin Cezaları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.13, S. 2, 1958.
- GÜRER, Onur: “Danıştay Kararları Işığında Öğrencilere Verilen Disiplin Cezalarının Yargısal Denetimi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- GÜVEN, Mustafa: “Nasıl Bir İnfaz Sistemi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 19, S. 1-2, 1993.
- HONIG, Richard: “Ceza Gayeleri Nazariyesinin Tarihine Dair”, Çev. M. Yavuz Abadan, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2, 1936.
- İŞIKLAR, Celal: **Kamu Disiplin Yaptırımları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- İŞIKTAÇ, Yasemin: “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 71, S. 1, ss. 526-638.
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsün/ ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih Selami/ÜNVER, Yener: **Yaptırım Teorisi**, İstanbul, 2000.
- İÇLİ, Tülin Günşen/ ÖĞÜN, Aslıhan: **Türkiye’de Cezaevlerindeki Rehabilitasyon Faaliyetleriyle İlgili Sosyolojik Bir Analiz**, Ankara, 1999.
- KARACA, Egemen: **Üniversitelerde Disiplin Rejimi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2019.
- KARFAZLI, Hazel/ TUNA, Cem: “Türkiye’de Cezaevlerinde Uygulanan Eğitim Politikaları”, **Eğitim Yönetimi ve Politikaları Dergisi**, C. 1, S. 2, 2020, s.s. 42-53.
- KARİER, Vehbi Kadri: “Ceza İnfaz Kurumlarında Eğitim Çalışmaları”, **Adalet Dergisi**, 2012, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/adaletdergisi/44.sayi/2vehbikadri.pdf>.
- KIVILCIM, Zeynep / MOLU, Benan / DEMİR GÜRSEL, Esra / KURT, Gülşah / DİNÇER, Hülya: **Üniversitelerde Disiplin Soruşturmaları: Öğrencilerin İfade ve Örgütlenme Özgürlüğü**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- KOÇYİĞİT, Savaş: “Uluslararası Belgeler ve Türk Hukukunda Eğitim Hakkı”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür: “Aydınlanma ve Ceza Hukuku”, **TBBD**, C. 27, S. 113, s.s. 57-98.

- LEE, Jootaek: “The Human Right to Education: Definition, Research and Annotated Bibliography”, **Emory International Law Review**, C. 34, S. 3, 2020, s.s. 758-823.
- MCCOWAN, Tristan: “Is There A Universal Right To Higher Education?”, **British Journal of Educational Studies**, C. 60, S. 2, 2012, s.s. 111-128.
- MOLU, Benan: “Benan Molu Yazdı: Tutuklu ve Hükümlü Öğrencilerin KHK ile Engellenen Eğitim Hakkı”, (çevrimiçi) <https://www.sosyalhukuk.org/2017/05/benan-molu-yazdi-tutuklu-ve-hukumlu-ogrencilerin-khk-ile-engellenen-egitim-haklari/>.
- MURATOĞLU, Tahir: “Yargısal Faaliyetler Bağlamında Tesis Edilen Disiplin Yaptırımları ve Bu Yaptırımların Hukuka Uygunluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 30-31, 2014, s.s. 77-147.
- NAYLOR, Bronwyn: “Living Down The Past: Why A Criminal Record Should Not Be A Barrier To Successful Employment”, **Employment Law Bulletin**, November-December 2012, s.s. 115-119.
- NERGİZ, Bilal: “12 Eylül Döneminde Milli Güvenlik Konseyi’nin Yasama Faaliyetleri (12 Eylül 1980-18 Ekim 1982)”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş/BAŞ, Eylem: “Yükseköğretim Kurumları Öğrenci Disiplin Suçları, Cezaları ve Soruşturmalarına İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **MARUHAD**, C. 27, S. 1, 2021, s.s. 26-47.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Genel Hukuklar**, İstanbul, 1992.
- ÖRÜCÜ, Esin: “Disiplin Cezaları 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu Sistemi”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 32, S. 2-4, 1967.
- ÖZBEK, Veli Özer: **İnfaz Hukuku**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- PINAR, İbrahim/ ÇALIŞKAN Öner: **Açıklamalı İctihatlı Disiplin Suç ve Cezaları Disiplin Soruşturması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013
- SCHABAS, William A.: **The European Convention on Human Rights A Commentary**, UK, Oxford University Press, 2015.
- SCOTT-CLAYTON, Judith: “Thinking “beyond the box”: The use of criminal records in college admissions”, 2017, (çevrimiçi)

<https://www.brookings.edu/research/thinking-beyond-the-box-the-use-of-criminal-records-in-college-admissions/>.

- SELÇUK, Sami: “Cezanın Çektirilmesinin Değişmezleri”, **İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu**, Ankara, 2000.
- STEWART, Robert/ UGGEN, Christopher: “Criminal Records and College Admissions: A Modified Experimental Audit”, **Criminology**, C. 58, S. 1, 2019, s.s. 156-188.
- ŞENSOY, Pirali Çağrı: **Cezalandırmanın Amacını Açıklayan Teoriler 5237 Sayılı TCK’nın Temel İlkeleri İle Ceza Sorumluluğunun Esasına İlişkin Hükümlerinin Yaklaşımı**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2021.
- TANER, Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- TOPÇU, Namık Kemal: **Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016.
- TORTOP, Nuri: “Disiplin, Disiplin Suç ve Cezaları”, **TİD**, C.16, Eylül 1983.
- VANDALA, Ntombizanele Gloria: “The Transformative Effect Of Correctional Education: A Global Perspective”, **Cogent Social Sciences**, C. 5, S. 1, 2019.
- VORHAUS, John: “Prisoners’ Right To Education: A Philosophical Survey”, **London Review of Education**, C. 12, S. 2, 2014, s.s. 162-174.
- YAKIŞIR, Berivan: “Türkiye’de Tutuklu Ve Hükümlülerin Yeniden Sosyalleştirilmesi”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006.
- YILDIRIM, Ramazan: **Açıklamalı ve Kaynakçalı İdare Hukuku Kavramları Sözlüğü**, Konya, Mimoza Yayınları, 2006.
- YUCE, Turhan Tufan: “Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açından Tahlili”, **Danıştay Dergisi**, S. 88, 1994.
- YÜCEL, Mustafa Tören: “Ceza İnfaz Kurumlarında Tehlikeli Suçluların Tedavisi”, **İnfaz Hukukunun Sorunları**, Ankara, 2001.
- ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2016.