

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2008/1**

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 62
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 43

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu kitaba ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Bu kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ

Prof. Dr. Ercüment ERDEM

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Doç. Dr. Emre ÖKTEM (Başkan)

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Araş. Gör. Burak ÇELİK

Araş. Gör. Bleda R. KURTDARCAN

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Kahraman Neşriyat Ofset San. Tic. Ltd. Şti.

(Sertifika No: 12084)

Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. Atahan No: 34 K: 4

Bağcılar/İstanbul

Tel.: (0-212) 629 00 01

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

İÇİNDEKİLER

Sempozyum Programı.....	VII
-------------------------	-----

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU	1
--	----------

“İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 60. Yıldönümünde Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları Sempozyumu” Açış Konuşması

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SİYASAL KATILIM

Prof. Dr. Oktay UYGUN	7
------------------------------------	----------

Nefret İfadesi ve İfade Özgürlüğü

Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY.....	27
--------------------------------------	-----------

Türkiye’de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları

Yrd. Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK.....	47
--	-----------

Siyasal Partilerin Bazı Çağdaş Sorunları ve Yeniden Yapılandırılması Üzerine Düşünceler

KİŞİ GÜVENLİĞİ ADİL YARGILANMA HAKKI VE HUKUK DEVLETİ

Prof. Dr. Erdener YURTCAN	67
--	-----------

Kişî Güvenliğı, Adil Yargılanma Hakkı ve Hukuk Devletine İlişkin Başlıca Sorunlar

ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Doç. Dr. Sultan Tahmazoğlu ÜZELTÜRK.....	95
---	-----------

Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Başlıca Sorunlar

Prof. Dr. Ersan ŞEN	131
----------------------------------	------------

Türk Hukuku'nda İletişimin Denetlenmesi Tedbiri

Doç. Dr. Serap KESKİN-KIZIROĞLU	143
--	------------

Türk Hukuku'nda Arama ve El Koyma

Prof. Dr. Yener ÜNVER	163
------------------------------------	------------

Kişisel Verilerin Korunması

SOSYAL HAKLAR

Doç. Dr. Bertil Emrah ODER.....	199
--	------------

Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde
Korunması ve Yargısal Tutumlar

Doç. Dr. Murat ENGİN	233
-----------------------------------	------------

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Haklarının Karşılıklı İlişkisinde Mali
Kaynakların Yeterliliği Sorunu



İSTANBUL BAROSU
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
KONFERANS



İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİ'NİN 60. YILINDA TÜRKİYE'NİN İNSAN HAKLARI SORUNLARI

BİRİNCİ GÜN 19 Aralık 2008 Cuma

09.30-10.00 Açış Konuşmaları

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili

Av. Muammer AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

10.00-12.30 Birinci Oturum

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE SİYASAL KATILIM

Oturum Başkanı:
Av. Muammer AYDIN
İstanbul Barosu Başkanı

10.00-10.25
"İfade Özgürlüğü ve Siyasal Katılma
İlişkin Başlıca Sorunlar"

Prof. Dr. Oktay UYGUN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10.25-10.50 "İfade Özgürlüğü"

Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10.50-11.00 Kahve Arası

11.00-11.25
"Kitle İletişim Özgürlükleri"

Av. Fikret İLKİZ
İstanbul Barosu

11.25-11.50 "Siyasal Partiler"

Yrd. Doç. Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.50-12.30 Tartışma

14.00-16.30 İkinci Oturum

KİŞİ GÜVENLİĞİ, ADİL YARGILANMA HAKKI VE HUKUK DEVLETİ

Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU

14.00-14.25

"Kişi Güvenliği, Adil Yargılanma Hakkı
ve Hukuk Devletine İlişkin Başlıca Sorunlar"

Prof. Dr. Erdener YURTCAN
İstanbul Barosu

14.25-14.50

"Yakalama, Gözaltı ve Tutuklama"

Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.50-15.00 Kahve Arası

15.00-15.25

"İşkence, Kötü Muamele ve Yaşam Hakkı"

Av. Erdem İlker MUTLU
İstanbul Barosu

15.25-16.00 "Yargı Bağımsızlığı"

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU
YARSAV Başkanı

16.00-16.30 Tartışma

İKİNCİ GÜN 20 Aralık 2008 Cumartesi

10.00-12.30 Üçüncü Oturum:

ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Naz ÇAVUŞOĞLU
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi

10.00-10.25

"Özel Hayatın Korunmasına İlişkin
Başlıca Sorunlar"

Doç. Dr. Sultan ÜZELTÜRK
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

10.25-10.50 "İletişimin Denetlenmesi"

Prof. Dr. Ersan ŞEN
İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi

10.50-11.00 Kahve Arası

11.00-11.25 "Arama ve El Koyma"

Doç. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.25-11.50 "Kişisel Verilerin Korunması"

Prof. Dr. Yener ÜNVER
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

11.50-12.30 Tartışma

14.00-17.00 Dördüncü Oturum:

SOSYAL HAKLAR

Oturum Başkanı:
Prof. Dr. Devrim ULUCAN
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.00-14.25

"Sosyal Haklara İlişkin Başlıca Sorunlar"

Doç. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.25-14.50

"Sendikalar, Çalışma
ve Sosyal Güvenlik Hakları"

Doç. Dr. Murat ENGİN
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

14.50-15.00 Kahve Arası

15.00-15.50 "Çocuk Hakları"

Ümrân SÖLEZ TAN
İstanbul Çocuk Mahkemesi Eski Yargıcı

Av. Fatma BAŞAR
İstanbul Barosu

15.50-16.00 Kahve Arası

16.00-16.25 Kadın Hakları

Av. Aydeniz Alisbah TUSKAN
İstanbul Barosu

16.25-17.00 Tartışma

19-20 ARALIK 2008 Cuma, Galatasaray Üniversitesi Aydın Doğan Salonu / Ortaköy, İstanbul



İSTANBUL BAROSU ve GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ



**“İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRİSİNİN
60. YILDÖNÜMÜNDE TÜRKİYE’NİN İNSAN HAKLARI
SORUNLARI SEMPOZYUMU”**

AÇIŞ KONUŞMASI

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

Sevgili öğrenciler, değerli hukukçu meslektaşlarım ve saygıdeğer konuklarımız;

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinin İstanbul Barosu ile birlikte düzenlediği “İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 60. Yıldönümünde Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunları” konulu toplantımıza hoşgeldiniz diyor, toplantıyı açarken hepinize sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile İstanbul Barosu son yıllarda birlikte çok önemli etkinlikler gerçekleştiriyor. Bugün yeni bir etkinlik için burada toplanmış bulunuyoruz. Bu toplantının iki önemli özelliği var. Bunlardan bugünü anlamlı hale getiren ilki, bu yıl İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 60. yılını yaşıyor oluşumuzdur. Başka bir ifadeyle, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bu yıl 60 yaşını doldurdu ve dolayısıyla hukukçular olarak bizim Bildirinin anlam ve önemini anmak ve tazelemek sorumluluğumuz vardı.

2. Dünya Savaşı sonrası 26 Haziran 1945’de imzalanan Birleşmiş Milletler Antlaşmasında, bir daha böyle bir felaket yaşanmaması, gelecekte barışın sağlam temeller üzerinde oturtulabilmesinin temel şartının, insan haklarına uluslararası düzeyde saygı gösterilmesi ve korunması olduğu özellikle ve ısrarla vurgulanıyordu. Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Vekili.

bir insan hakları listesi yer almıyordu; bunu hazırlama görevi 1946 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan bir komisyona verilmişti. Komisyonun çok kısa bir çalışma döneminden sonra, farklı görüş ve önerileri büyük ölçüde uzlaştırarak hazırladığı metin, BM Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 günlü toplantısında 8 çekimser oya karşı 48 oyla "İnsan Hakları Evrensel Bildirisi" olarak kabul ve ilan edildi. Bildiriye hiçbir devlet karşı çıkmadı. Çekimser oy veren Sovyetler Birliği, Beyaz Rusya, Ukrayna, Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya, Güney Afrika ve Suudi Arabistan farklı neden ve kaygılarla olumlu oy vermekten kaçındılar.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi BM Genel Kurulunca, oylama sonucu kabul edilmiş bir karar olduğundan teknik hukuk bakımından "tavsiye" niteliğindedir; dolayısıyla da bağlayıcı etkisi yoktur, onu tanıyan devletlere hiçbir hukuki yükümlülük getirmez. Adından da anlaşıldığı üzere sadece bir "bildiri"dir; bunun içindir ki, dünya görüşleri birbirinden çok farklı devletler tarafından kolaylıkla kabul edilebilmiştir.

Bununla birlikte, Evrensel Bildiri insan hakları bakımından büyük bir "tarihi ve manevi" değer taşır. Bu değer, onu, hukuki bağlayıcılığı olan insan hakları belgelerinden çok daha etkin hale getirmiştir. Her şeyden önce, Evrensel Bildiri, insan haklarına saygı ve korumanın ulusal düzlemde uluslararası düzleme taşınmasında bir dönüm noktasını, adeta insan haklarının miladını oluşturmuştur. Bildiride yer alan hak ve özgürlükler bütün dünyanın benimsediği ortak, yüksek ideal değerler olarak algılanmış ve kabul görmüştür. Ayrıca, klasik hak ve özgürlüklerin yanında henüz yeni yeni kabul gören sosyal ve ekonomik haklara da yer vererek, insan haklarını bütüncül kavraması onun değerini ve ağırlığını daha da yükseltmiştir. Bu niteliği ile Bildiri, insan haklarına ilişkin olarak kendisini izleyen başta Birleşmiş Milletlerce yapılan insan haklarına ilişkin çok sayıda sözleşmeler olmak üzere, Avrupa (1950), Amerika (1960) ve Afrika'da (1981) kabul edilen insan haklarına ilişkin bölgesel sözleşmelere de kaynaklık etmiştir. Bildiride yer alan hak ve özgürlükler daha sonra yapılan birçok devletin anayasalarında neredeyse aynı ifadelerle yer almış; Bildirideki hak ve özgürlükleri sınırlama neden ve yöntemleri, bölgesel insan hakları sözleşmelerine ve ulusal anayasaların temel hak ve özgürlükler rejimine model oluşturmuştur. Bildirinin günümüzde 365 kadar dile çevrilmiş olması dünyada ne kadar büyük ilgi ve etki uyandırdığının somut kanıtıdır.

Türkiye, İnsan Hakları Evrensel Bildirisini 6 Nisan 1949'da onayladı ve Bildirinin resmi Türkçe çevirisi 27 Mayıs 1949 tarihli Resmi Gazete'de yayımlandı. Evrensel Bildiri İHAS'la birlikte, 1961 ve 1982 Anayasalarımızın temel uluslararası kaynaklarından birisi oldu. Her iki Anayasamızın hem genel gerekçelerinde hem de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bölüm ve mad-

de gerekçelerinde Evrensel Bildiriye açıkça referans verildiği gibi; temel hak ve özgürlüklere ilişkin madde metinlerinde ve bunların sınırlanması rejiminde de Bildirinin izleri okunabilir. Keza, başta Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek mahkemeler olmak üzere, ulusal yargı yerlerimiz de Evrensel Bildiriye sıkça referans vermişler; ulusal mevzuatın yanında Bildiri hükümlerini de dayanak göstererek kararlarını güçlendirmişlerdir.

Dolayısıyla, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin gerek pozitif hukuk düzenlemeleri gerekse uygulama bakımından, Türkiye'de insan haklarının gelişmesi ve korunmasında önemli rehberliği ve yol göstericiliği olmuştur. 60 yıllık süreçte Türkiye, insan hakları bakımından zaman zaman evrensel standartlara yaklaşan, zaman zaman uzaklaşan dalgalanmalar yaşamıştır. 1961 Anayasası dönemi evrensel standartlara yaklaşıldığı, 1982 Anayasasının 2000'li yıllara kadarki dönemi uzaklaşıldığı süreçlerdir. Son 10 yıldır da Türkiye insan hakları bakımından evrensel standartları yakalama uğraşı içindedir.

Kuşkusuz, insan haklarında evrensel standartları yakalamada anayasalar tek başına yeterli ve belirleyici değildir. Başta yasalar olmak üzere, diğer mevzuat da önemli. Uygulama hepsinden önemli; özellikle demokrasinin keşintiyeye uğradığı dönemlerde çok daha önemli olmuştur. Esasen demokrasinin amacı insan haklarını korumak olduğuna göre, demokrasinin işleyişindeki düşük standartın insan haklarını da olumsuz etkilemesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla, Türkiye insan haklarında evrensel standartları yakalayabilmek için öncelikle demokrasiyi çoğulcu, özgürlükçü, katılımcı boyutlarıyla, insan onuruna ve hukukun üstünlüğüne bağlı kalarak işletebilmelidir.

İşte bu toplantının ikinci özelliği, bugün itibarıyla Türkiye'nin insan haklarına ilişkin temel sorunlarını ortaya koymak ve olabildiğince bunların bir bilançosunu çıkarma çabasıdır. Bunun içindir ki, iki gün sürecek olan bu toplantıda, insan haklarına ilişkin temel sorunlarımız, benzer özellik ve niteliklere göre dört başlıkta kümelenmeye çalışılmıştır. Her oturumda bir boyuta ilişkin sorunlar bütüncül olarak irdelendiği gibi, çok sorun yaşadığımız bazı konular mevzuata ve uygulamaya ilişkin yönleriyle derinlemesine de ele alınmaya çalışılmış, konuşmacılar buna göre belirlenmiştir.

Toplantının Türkiye'de insan haklarının gelişmesi, korunması ve standartlarının yükselmesi bakımından katkı sağlamasını ümit eder, tüm konuşmacı ve katılımcılara başarılar diler, teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
VE
SİYASAL KATILIM

NEFRET İFADESİ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

*Prof.Dr. Oktay UYGUN**

İnsan hakları alanında Türkiye'nin en büyük sorunlarından biri, ifade özgürlüğünün uluslararası standartlarda güvenceye kavuşturulamamış olmasıdır. Mevzuatımız son yıllara kadar, ifade özgürlüğünü değişik yönlerden sınırlayan çok sayıda cezai hüküm içermekteydi. Bu tür sınırlayıcı hükümlerin değiştirilmesi sürecinde ilk önemli adım 1991'de atıldı. Türk Ceza Kanunu'nun komünizm propagandası ile teokratik bir devletin savunulmasını amaçlayan düşünce açıklamalarını cezalandıran ünlü 142. ve 163. maddeleri kaldırıldı.

TCK 142'nin kaldırılması, büyük ölçüde SSCB ve sosyalist bloka dâhil diğer ülkelerde yaşanan gelişmelerle bağlantılıdır. 1980'li yılların sonuna doğru, Berlin Duvarı'nın yıkılması, çok uluslu sosyalist federasyonlar olan SSCB, Yugoslavya ve Çekoslovakya'nın dağılma sürecine girmesi ve Avrupa'daki tüm sosyalist rejimlerin kapitalizme yönelmeye başlaması ile birlikte, komünizm tehlikesinin maddi bir temeli kalmadı. Politikacısı, bürokratu ve hukukçularıyla Türkiye'de devlet örgütü, "bu kış komünizm gelecek" endişesinden kurtuldu. Ancak aynı durumun "şeriat gelecek" endişesi bakımından geçerli olduğu söylenemez. Şeriat devleti propagandasını yasaklayan TCK 163. maddenin kaldırılmasına rağmen, ülke içinde ve dışında siyasal İslam'ın yükselmesi, dinsel hareketlerin demokratik rejim için tehlikeli olacak boyutlarda örgütlenmesi, bu alanda ifade özgürlüğünün genişlemesine olanak tanımadı. Yargı organları, daha önce TCK 163 içinde değerlendirdikleri düşünce açıklamalarını, bu kez TCK 312 (halkı kin ve düşmanlığa tahrik) kapsamında ele almaya başladı. 1980'li ve 1990'lı yıllarda yoğunlaşan ayrılıkçı terör eylemleri nedeniyle, ayrılıkçı görüşlerin ifade edilebilmesine yönelik bir girişim yapılamadı. Dolayısıyla, 1991 değişikliğiyle yapılan düzenlemelerin ifade özgürlüğünün güçlendirilmesine katkısı sınırlı oldu.

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1990'lı yıllar, Türkiye'nin içerde ve dışarıda insan hakları ihlalleri yönünden, özellikle de ifade özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar bakımından yoğun olarak eleştirildiği bir dönemdir. Bu dönemde, Türkiye'ye karşı AIHM önünde açılmış ya da sonuçlanmış çok sayıda davanın bulunması ve Avrupa Birliği üyeliği hedefinin belirginleşmeye başlaması nedeniyle, insan hakları alanında köklü reformların yapılması gerekliliği ortaya çıktı. 1999 Helsinki zirvesinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsünün kabul edilmesinin ardından, kısa süre içinde, pek çok alanda önemli iyileştirmeler yapıldı. Ardı ardına çıkartılan uyum yasaları ile ulusal mevzuat Avrupa Birliği standartlarına uyumlu hale getirilmeye çalışıldı. Uyum yasalarının en sona bıraktığı konu ifade özgürlüğü oldu. İç ve dış kamuoyunda çok eleştirilmesine rağmen, Türkiye'de 2002 yılına kadar bu alanda önemli bir gelişme yaşanmadı. Özellikle siyasi ifade özgürlüğü olarak nitelendirilebilecek alanda, çeşitli tabuların varlığı nedeniyle, reform ya da iyileştirme yapmak bir yana, sağlıklı bir tartışma ortamı bile yaratılamadı.

1991'de TCK 142 ve 163'ün kaldırılmasından sonra, ifade özgürlüğü alanında reform sayılabilecek düzenlemeler, 2002 ve 2003 yıllarında yürürlüğe giren uyum yasalarıyla gerçekleşti. Türkiye'nin Cumhuriyet'le yaşıt tabularına dokunan bu düzenlemelerin, beklenildiğinin aksine, o günlerde toplumda gerginlik yaratmadan, yeni kutuplaşmalara yol açmadan gerçekleştirilmiş olması ilginçtir. Tabii bu durum, ülkemizde etkili olan “şariat gelir”, “devlet bölünür”, “devlet yıkılır” biçimindeki geleneksel korkuların aşıldığı anlamına gelmiyor. Bu korkular, artık paranoya derecesinde olmasa bile, hala canlıdır. Ancak reformların Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin bir gereği olarak yapılmış olması, o yıllarda korkuların ve tepkilerin yüksek sesle dile getirilmesine engel oldu.

Türkiye'de ifade özgürlüğünün güçlendirilmesi, ulusal mevzuatın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle uyumlu hale getirilmesine yönelik çabalar olarak somutlaştı. Bu çabaların en önemlilerinden biri, TCK'da nefret ifadesini cezalandıran hükümlerden biri olan 216. maddenin (eski 312. madde) değiştirilmesidir.

TCK 216

Çoğu ülke nefret içerikli ifadeleri (hate speech) kısıtlayan yasal düzenlemelere sahiptir.¹ Bu tür ifadeler, genellikle başkalarını inciten, aşağılayan sözler veya semboller içerir. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (m. 20), *ayrımcılığa, nefrete ya da şiddete teşvik eden ulusal, ırksal ya*

¹ Örnekler için bkz: Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 7. Bası, Ankara, 2006, s.442-444.

da dinsel düşmanlığın savunulması”nı ifade özgürlüğünün kapsamı dışına çıkarmıştır. Bu hüküm, yalnızca ulusal, ırksal ya da dinsel temelli nefret ifadesini düzenlemektedir. Başka esaslardan hareketle de ayrımcılığa, nefrete ya da şiddete teşvik eden düşünce açıklamaları olabilir. Türk hukukunda nefret içerikli düşünce açıklamalarını cezai yaptırıma bağlayan temel hüküm TCK 216. maddedir.

TCK 216.

- (1) *Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- (2) *Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- (3) *Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Bu maddenin ikinci fıkrası Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 20. maddesinden doğan yükümlülüğü karşılayacak bir hükümdür. Söz konusu fıkra, ilk kez, 2002 yılındaki uyum yasalarıyla düzenlendi. Bu tarihte TCK 312’de yapılan değişikliğin önemli bir yönü, bu maddeye “*halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir*” etmeyi yasaklayan yeni bir fıkra eklenmesiydi. Yeni TCK’nın 216/2. maddesinde bu hüküm daha elverişli bir formüle bağlanarak şu şekilde ifade edildi: “*Halkın bir kesimini sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

TCK’nın bu yeni hükmünün uygulanması, ifadenin kamu düzenini bozucu nitelikte olması koşuluna bağlı değildir. Diğer bir deyişle, getirilen hüküm ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına değil, norm alanının belirlenmesine yöneliktir. Halkın bir kesimini aşağılayan düşünce açıklamaları ifade özgürlüğünün norm alanının (kapsamının) dışına çıkartılmıştır. Bu nedenle halkın bir kesimini aşağılama suçu, BM Sözleşmesi’nin mantığına uygun bir düzenlemedir. Bu konuda eleştirilecek nokta, kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken konuya birey merkezli bakmamış olmasıdır. İfade özgürlüğünün norm alanını belirleyen bu düzenlemenin dayanağı, “başkalarının hak ve öz-

gürlüklerinin korunması” amacı olmalıydı. Oysa TCK, bu yeni hükmü “kamu barışına karşı suçlar” başlığı altında düzenleyerek, korunan hukuki yararın “kamu düzeni” olduğunu vurgulanmış olmaktadır. Bu durum maddenin gerekçesinde şu sözlerle açıkça belirtilmiştir: *“Bu fıkroda, kamu barışını korumak amacıyla halk kesimlerinin alenen aşağılanması suç olarak tanımlanmıştır.”* Korunan hukuki yarar kamu düzeni olduğunda, demokratik ülkelerde genellikle, cezalandırabilme şartı olarak ifadenin kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturması aranır. Oysa korunan yarar başkalarının şeref ve haysiyeti, hak ve özgürlüklerinin korunması olduğunda, yaptırım uygulanması için ifadenin kamu düzeni açısından ciddi bir tehdit yaratıp yaratmadığına bakılmaz.

Çok yeni bir hüküm olan TCK 216/2’nin henüz önemli bir pratiği olmamıştır. Oysa bu maddenin birinci fıkrası, uzun yıllardan beri ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından en yaygın başvurulmuş hükümlerden biridir. Bu fıkra hükmü, belirtilen biçimleriyle nefret ifadesini söz konusu özgürlüğün norm alanı dışına çıkarmamakta, yalnızca kamu düzenini bozucu bir özellik kazandıkları durumda cezalandırılabilir kılmaktadır. Şimdi TCK 216/1 hükmünü daha yakından inceleyelim:

1) Suçun Niteliği

Halkın bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik suçu, eski ve yeni TCK’da, son yıllarda daha çok ayrılıkçı ya da teokratik görüşleri savunanların cezalandırılmasında kullanıldı. Bu tür düzenlemeler hemen hemen bütün ülkelerde bulunuyor. 2002 değişikliğinden önce, eski TCK’da bu suçun oluşması için, açıklamanın kamu düzenini bozucu nitelikte olması koşulu aranmıyordu. Bu niteliğiyle hüküm, Yargıtay kararlarında soyut bir tehlike suçu olarak tanımlanmıştı.² 2002 değişikliğiyle madde, *“halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik”* olarak yeniden formüle edilmiştir. Yeni TCK’da ise, *“kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde”* formülü benimsenmiştir. Bu düzenlemeler, eylemi tehlike suçu olmaktan çıkarıp zarar suçu haline dönüştürmüş değildir. Yani cezalandırabilmek için maddede belirtilen zararın (kamu güvenliğinin bozulması) ortaya çıkmış olması gerekmez. Eski formülde kamu düzeninin, yeni metinde kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin varlığının tespiti yeterlidir.³

² Bkz: Ceza Genel Kurulu, E: 1999/9-77, K: 1999/000070, K.T: 20.04.1999. YKD, Temmuz 1999, s.982.

³ Yeni maddenin kamu düzeni yerine kamu güvenliği kavramını tercih etmesinin daha özgürlükçü bir yaklaşım olup olmadığı yönündeki tartışmalar için bkz: Kemal Şahin, *İfade Özgürlüğü*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s.431-432.

Yeni düzenlemenin, suçu “somut tehlike suçu” haline dönüştürmeyi amaçladığı ileri sürülebilir. Maddenin 2002 tarihli değişiklikten önceki, yani tahrikin kamu düzenini bozucu nitelikte olması koşulunun aranmadığı halinde de, en azından, tahrik eyleminin maddenin önlemeyi amaçladığı tehlikeyi yaratmaya elverişli olduğunun gösterilmesi gerekirdi. O dönemde Yargıtay’ın uygulaması bu şekilde olmamıştır. Bu nedenle, söz konusu tehlikeyi yaratma potansiyeli olmayan düşünce açıklamalarının cezalandırılmasını onaylayan Yargıtay kararları, anayasal bir hak olan ifade özgürlüğünün ölçsüz sınırlandırılmasına yol açmıştır.

TCK 216. maddede düzenlenen halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu ile ilgili en ciddi sorun, bu maddenin mahkemeler tarafından uygulanış biçiminden kaynaklanıyor. Başka ülkelerde önemli bir sorun yaratmayan benzer hükümlerin, Türkiye’deki uygulamada ifade özgürlüğünün keyfi ve orantısız sınırlandırılmasına yol açtığı görülüyor. Uygulamadan kaynaklanan sorun, maddede yapılan birkaç değişikliğe rağmen aşılamamıştır. TCK’da 2002 tarihinde yapılan değişiklikten sonra, bu maddenin ifade özgürlüğü bakımından önemli bir sorun oluşturmaktan çıkması gerekirdi ama öyle olmadı. Bunun nedeni, uygulamanın, madde metnindeki her türlü değişikliği anlamsız bırakacak ölçüde yanlış yapıyor olmasıdır. Şimdi bu konuyu biraz daha açalım:

Maddede geçen kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması ibaresi, yargıcın, önüne gelen davada yalnızca ifadenin içeriğinin kin ve düşmanlığa tahrik edici olduğuna bakmakla yetinmemesi, ayrıca bu ifadenin somut olayda kamu güvenliğinin bozulması yönünde açık ve yakın bir tehlike yaratıp yaratmadığını tespit etmesi gerektiğini anlatır. Oysa bizde ilk derece mahkemeleri ve onların kararlarını temyiz mercii olarak inceleyen Yargıtay kararlarında, kamu güvenliğini bozucu nitelikteki söz konusu “açık ve yakın” tehlikenin ne surette ortaya çıktığı araştırılmamaktadır. Olay tarihinde “böyle bir tehlike gerçekten var mıydı, varsa bu tespitın dayanakları nelerdir?” sorularının cevaplarını karar metinlerinde bulmak mümkün değildir. Böyle olunca, madde metninde yapılan iyileştirmelerin ifade özgürlüğü lehinde önemli bir sonuç doğurması beklenemez.

Mahkemelerimizin bu tutumu, ceza hukukumuzun, en azından 2000’li yıllara kadar “açık ve mevcut tehlike” kriterine yabancı olmasına bağlanabilir. Türk ceza hukukunda suçun sabit görülmesi bakımından, eylemin yakın tehlike oluşturması değil, önlenmek istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması koşulu aranır. Ancak yeni TCK ile “açık ve yakın tehlike” esası pozitif düzenlemeye kavuşturulduğuna göre, bundan böyle suçun işlenmesi bakımından eylemin kamu düzeni açısından yakın tehlike oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekecektir.

Yeni TCK'nın 216/1. maddesinin gerekli kıldığı, eylemin kamu güvenliğini bozucu nitelikte “açık ve yakın” bir tehlike yaratıp yaratmadığının tespiti için AİHM'nin kullandığı dört aşamalı değerlendirme yönteminden yararlanılabilir. Bunlar; 1) ifadenin içeriğinin kin ve nefrete tahrik edici nitelikte olması, 2) ifade sahibinin özelliği (önemli bir siyasi lider, kanaat önderi vb. olması) nedeniyle, tahrik edici görüşlerin toplumun bir kesiminde etkili olması, 3) ifadenin kamuya açıklanış biçimi (geniş kitlelere ulaşacak şekilde televizyon yayını, ulusal gazetede yazılan bir yazı, geniş kalabalıklar önünde yapılan bir konuşma vb.) nedeniyle kitlesel eylemleri tetikleyecek nitelikte olması, 4) ifadenin yapıldığı ortam (halk kesimleri arasında ilişkilerin gergin olması, yoğun terör eylemlerinin varlığı vb.) nedeniyle tahrik edici sözlerin etkisinin büyümesidir.

İlk derece mahkemesinin bu dört noktada yapacağı incelemeyle, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığı belirlenebilir. Yargıtay da, temyiz aşamasında, bu incelemenin dayandığı tespitlerin hukuka uygunluğunu denetleyebilir. Üstelik pek çok olayda, dava konusu eylem, normun önlemeye çalıştığı tehlike bağlamında somut bir zarar doğurmuşsa, bu sonuçlar dava karar aşamasına gelmeden ortaya çıkmış olacaktır. Bu durumda, dava konusu olayın neden olduğu kamu güvenliğini bozucu eylemler karara dayanak yapılabilecektir. TCK 216. maddedeki suçun tehlike suçu olması, bir zarar doğmuşsa, bu zararın karara dayanak yapılmasına engel değildir. Yargılama süresince bir zararın doğduğu tespit edilememişse, olayın gerçekleştiği dönemde, dava konusu eylemin böyle bir zararı doğurmaya elverişli olduğunun yukarıda belirtilen dört unsur bakımından doğrulanması gerekecektir. İnsan hakları hukukunda belirli özgürlüklerin sınırlandırılmasında kullanılan bir ölçüt olan “açık ve yakın tehlike” kriterinin TCK'ya aktarılması böyle bir incelemeyi gerekli kılmaktadır. Bu yapıldığında, Türkiye'deki ceza yargılaması ile AİHM'ndeki yargılama arasında yöntem ve muhakeme tarzı bakımından önemli bir paralellik oluşacaktır.⁴

AİHM, yukarıda değinildiği gibi, ırkçı söylemler konusunda dört aşamalı değerlendirme yöntemini uygulamamakta, bu tür söylemleri ifade özgürlüğünün norm alanı dışında kabul etmektedir. Mahkeme, son yıllarda demokrasiyi reddeden düşünce açıklamalarının da açık ve yakın bir tehlike yaratmasa bile sınırlandırılabilirliğini kabul etmiş gözüküyor. Bu yaklaşımı özellikle, görüşleri nedeniyle kapatılan siyasal partilerin yaptıkları başvurulara ilişkin

⁴ Açık ve yakın tehlike kriterinin madde metnine konulmasının uygulamayı daha özgürlükçü bir zemine çekebilmesi, kuşkusuz, mahkemelerin bu kriterin niteliği hakkında doğru bir bakış açısına sahip olması ile mümkündür. Oysa Yargıtay, açık ve yakın tehlike kriterini benimsediğini belirttiği davalarda, aslında özgürlükleri daha sınırlandırıcı bir kriter olan “zararlı eğilim” kriterini uygulamaktadır. Bu konuda bkz: K. Şahin, *İfade Özgürlüğü*, s.435–437.

davalarda görmek mümkündür. Mahkeme'nin bu davalarda oluşturduğu iç-tihadın önemli bir unsuru, söz konusu partilerin savundukları görüşlerin demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmadığının tespitidir. Demokrasiyi reddetmeyen partilerin ifade ve örgütlenme özgürlükleri korunmakta, reddeden partilerin bu özgürlüklerinin sınırlandırılmasına ilişkin sözleşmecî devletlerin aldığı katı önlemler, takdir yetkisi içinde görülmektedir.⁵ Bu iki istisna dışında, Mahkeme genellikle, siyasal boyutu olan veya tartışılmasında kamu yararı bulunan tüm ifade özgürlüğü davalarında, kamu düzenini korumak adına yapılan müdahalelerin Sözleşme'ye uygunluğu açısından ifadenin açık ve yakın bir tehlike yaratması koşulunu arıyor. Türkiye'de özellikle TCK 216/1'in uygulandığı ifade özgürlüğü davalarında dört aşamalı değerlendirme yönteminin kullanılması gerekir. Çünkü bu madde, belirtilen düşünce açıklamalarını ifade özgürlüğünün norm alanı dışına çıkarmış değildir. Bu yöndeki görüşler ifade özgürlüğünün norm alanı içinde olup, belirli koşullarda yani kamu güvenliği açısından bir tehlike yaratması durumunda sınırlandırılabilir.

Bu noktada, Türkiye'deki mahkemelerin ifade özgürlüğü davalarında yukarıda belirtilen dört unsur açısından inceleme yapmayıp, yalnızca ifadenin içeriği üzerinden karar veriyor oluşunun, uluslararası alanda, mahkemele-rimizin ciddi bir yargılama yapmadığı yönünde bir kanaatin oluşmasına yol açtığını vurgulamak yararlı olacaktır.

2) Uygulamadan Örnekler

Halkı kin ve nefrete tahrik suçunun 2002 değişikliği öncesi durumuyla, suçun işlenmesi için kamu düzenini bozucu nitelikte olması koşulunun getirildiği 2002 değişikliği sonrasına ilişkin Yargıtay kararları arasında bazı farklar vardır. Aşağıda dört örnekle bu farklılık ortaya konulacaktır. Türkiye'deki uygulamada Yargıtay'da görülen davaların bir adı olmadığı için, kararlar yargılanan kişi dikkate alınarak tarafımdan adlandırılmıştır.

a) Mustafa Döküler Kararı⁶

Yeni Asya International adlı dergide 2000 tarihinde, “Zelzeleye denk bir felaket” başlığıyla Şükrü Bulut imzasıyla yayımlanan bir yazı nedeniyle, İstanbul 4 numaralı DGM tarafından (eski) TCK 312'ye aykırılık iddiasıyla yargılanan derginin yazı işleri müdürü Mustafa Döküler hakkında beraat kararı verilir. Savcının temyiz talebini görüşen Yargıtay 8. Ceza Dairesi, suçun

⁵ Bu konuda örnek olarak bkz: AİHM, *Refah Partisi ve Diğerleri / Türkiye*, Başvuru No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, Karar tarihi: 13.02.2003; *Sosyalist Parti ve Diğerleri / Türkiye*, Başvuru No: 21237/93; Karar tarihi: 25.05.1998.

⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 2001/01/011352; K: 2001/01/015688; K.T: 05.11.2001.

oluşturduğunu belirtir ve beraat kararını bozar. Dava konusu yazının kararı etkileyen bölümü şöyledir:

“Bu vatanın sahipleri; din ve vicdan özgürlüklerine kelepçe vurulmuş, yalçın yaylalardan şehirlerin varoşlarına sürülmüş karın tokluğuna asgarî ücrete mahkûm edilmiş, dindarlığından dolayı işinden olma psikolojisiyle aile huzurunu yitirmiş, yetiştirdiği mahsulden azınlığın ihanetiyle işçinin yevmiesini çıkaramamış, ‘askerlik ocağı mukaddestir’ idealiyle canını dişine takarak subay olduktan sonra Müslümanlığından dolayı hain muamelesine tâbi tutulmuş ve fikir özgürlüğü istedikleri için kalemleriyle birlikte demir parmaklıkların arasına kilitlenmiş milyonlardır.

Bugün şair-i İslamiyeye karşı mücadele edenlerle Haccac’ın, Yezid’in, Cengiz’in, Hülagu’nun, Mussolini’nin, Lenin ve Stalin’in farkı ne?... Fakat Kur’ân’a karşı yapılmak istenen ‘ihanet’ zaman ve mekânın boyutlarını çoktan aştı. Müfrit aletler ne hâlî bir sahra, ne ücra bir köşe ve ne de mahrem bir mekan bırakmaksızın vahşice imanımıza saldırıyorlar.”⁷

Yargıtay, dava konusu yazının, “ülkede laik düzen yanlılarının ‘Haccac, Yezid, Cengiz, Hülagu, Mussolini ve Stalin’den’ farklı olmadıklarını belirterek halkı din anlayışı farklılığı gözetmek suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik ettiği”ni belirtmiştir.⁸ Yargıtay’ın bu tespiti, tamamen yazının içeriğinden hareketle yapılmıştır. Bunun dışında, yazının halkın bir kesimine karşı kin ve düşmanlık yaratmaya elverişli olduğunun araştırılmasına girililmemiştir.

b) R. Tayyip Erdoğan Kararı⁹

Olay tarihinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı olan Recep Tayyip Erdoğan, 06.12.1997 tarihinde Siirt’te düzenlenen bir açık hava toplantısında yaptığı konuşmasına, Ziya Gökalp’e ait bir şiir okuyarak başlar. Şiir şöyledir: “*Minareler süngü, kubbeler miğfer, cami kışlamızdır, müminler asker*”. Erdoğan konuşmasında hiçbir şeyin kendilerini sindiremeyeceğini, susturulamayacaklarını, ezanları susturanların karşısında patlayacaklarını, referansının İslam olduğunu, ülkede inançlara saygı duyulmadığını, kula kulluk etmeyeceklerini belirtmiştir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi’nce hapis cezasına çarptırılan Erdoğan, Yargıtay’ın kararı onaması üzerine 4 ay hapis yatmıştır.

Yargıtay, Erdoğan’ın konuşmasında geçen “kula kulluk edenler” ile Atatürkçü laik kesimin, “hakka kulluk edenler” ile İslamı Şeriat ile bütünleştiren

⁷ Aynı karar.

⁸ Aynı karar.

⁹ Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E: 1998/010296; K: 1998/011672; K.T: 23.09.1998.

Müslümanların kasdedildiğini belirterek, “*sanık bir kesimi, diğeri aleyhine kapalı da olsa kışkırtmaktadır*” tespitinde bulunmuştur. Kararın ileriki bölümünde, “*sanık savaş çağrısı yapmaktadır*” denmiştir. Dosyaya sunulan üç ceza hukuku öğretim üyesinin mütalaalarında, konuşmada suç unsuru bulunmadığı savunulmuştur. Bu kararda, konuşmanın kin ve düşmanlığa tahrik edici bir içeriğe sahip olduğu tespitinin yeterince temellendirilemediği söylenebilir. Kararın ilginç bir yönü, Yargıtay’ın tahrikin kamu düzeni açısından doğurabileceği muhtemel etkiyi kısmen de olsa araştırma çabasına girişmesidir. Bu bağlamda, sanığın laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği için kapatılan bir siyasal partinin önde gelen mensubu olduğu, yığınları etkileyebilme özelliğinde mevki sahibi olduğu belirtilmiştir. Dinleyici kitlesi, dini duyguları çok güçlü bir topluluk olarak tanımlanmıştır. Bu topluluğun, dava konusu konuşma üzerine, iradi gücünün zayıflamasıyla konuşmacının etkisi altında hareket edeceği belirtilmiştir. Bu tespitler, Yargıtay’ın ifadenin içeriği kadar, ifade sahibinin kimliği ve ifadenin geçtiği ortamın özelliklerini dikkate aldığını gösteriyor.¹⁰

c) Selahattin Aydar Kararı¹¹

Milli Gazete yazarı Selahattin Aydar hakkında, 2001 tarihinde yazdığı “çocuklarımızı sahip çıkalım” başlıklı yazı nedeniyle dava açılır. Yazının önemli kısımları şöyledir:

“Dinsizliğin revaçta olduğu yıllarda dindarlara manevi işkenceler yapılıyor, çocuk ve gençlerin Kur’an okumaları engelleniyor, Allah diyenlere hakaret ediliyordu... Aynı zihniyet Türkiye’de sekiz yıllık eğitimi yüzde doksan dokuzu Müslüman olan bu millete dayattı ve bunu da başardı... Allah’ın emri olan başörtüsüne, kamusal alanda, hiçbir dayanağı olmayan, hiçbir kanuna dayanmayan yasaklamayı getirdiler... Ama bu milletin gençlerini Kur’an’dan veya İslam’dan uzaklaştırmak için çaba harcayanlar rezil olacaktır... Çalışmamızın neticesinde yeryüzünün mevcut pisliklerden temizleneceğini işaret eden elimizde Allah’ın kelamı var. O bize kâfidir. Çünkü istikbal yalnız ve yalnız İslamiyet’in olacak.”¹²

İstanbul DGM tarafından “halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı, Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nce onanır. 8. Daire, bu davada, TCK 312/2. maddeye eklenen “kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde” ifadesini yorumlama imkânı bulur. Mahkeme’ye göre; “*maddede tanım-*

¹⁰ Aynı karar.

¹¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 2004/8-130; K: 2004/206; K.T: 23.11.2004.

¹² Aynı karar.

*lanan suç bir tehlike suçu olduğu gibi, oluşması için şiddet çağrısında bulunma zorunluluğu aranmaz. Şiddet kullanma olasılığı yaratacak biçimde toplumsal barışın (kamu düzeni) bozulması tehlikesinin doğması yeterlidir.”*¹³

Davayı inceleyen Ceza Genel Kurulu, TCK 312/2. maddede geçen kamu düzeni için tehlikeli olma unsurunun, Yargıtay’ın 2002–2004 yılları arasında verdiği kararlarda, AİHM içtihatları doğrultusunda “açık ve yakın tehlike olarak ifade edip, şiddeti çağrıştırıp, cebir ve şiddet uygulamasını öneren, hedef alan tahrik şeklinde” tanımlandığını belirtmiştir. Oysa dava konusu yazıda, laikliği dinsizlik olarak niteleyip bu ilkeyi getirenlere ve koruyanlara karşı ağır, haksız ve incitici saldırılarda bulunulmakla birlikte, “kamu düzeni için açık ve yakın tehlike ile şiddete çağrı ve önerisi” bulunmamaktadır. Dolayısıyla suçun yasal unsurları oluşmamıştır. Kararda AİHM’nin bir kararına gönderme yapılarak şöyle denmiştir: “Aksoy/Türkiye davasında da AİHM, Türkiye Devleti’nin mevcut düzenini, ilkelerini ve yapısını sorgulayan, ancak şiddete ya da silahlı direnişe teşvik edici hiçbir unsur içermeyen konuşma ve yayınların cezalandırılmasını düşünce özgürlüğünün ihlali olarak görmüştür.”¹⁴

Bu davanın bir özelliği, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararının eski kararlar gibi birkaç sayfalık olmayıp çok uzun bir metin olmasıdır. Kurul, görevlerinden birinin içtihat farklılıklarını gidermek olduğunu belirterek, TCK 312’nin uygulanmasından doğan yorum farklılıklarını ortadan kaldırdığını söylemiştir. Kurul’un bu kararı kamuoyunda derin yankı uyandırmış, Yargıtay’ın köklü bir içtihat değişikliğine gittiği şeklinde yorumlanmıştır. Kararın en çok tartışılan boyutu, hükmün beraat şeklinde verilmesi değil, dayandığı gerekçenin içeriğidir. Kurul, 13’e karşı 14 oyla aldığı kararın gerekçesinde, eski içtihatlarla göre başlıca şu yenilikleri benimsemiştir:

1) İfade özgürlüğü yalnızca herkes tarafından kabul gören, zararsız veya kayıtsızlık içeren fikirler için değil, AİHM’nin de birçok kararında benimsendiği üzere ‘rahatsız edici, hatta şoke edici olanlar’ için de geçerlidir.

2) TCK 312/2’deki suçun oluşması için gerekli olan tahrikin “kamu düzeni için tehlikeli olacak şekilde” yapılması koşulu, ifadenin **şiddete çağrı** niteliğinde olması anlamına gelir.

3) Bugüne kadar “kamu düzeni” kavramından anlaşılan “çoğulculuk ve barış esasına dayanan bir kamu düzeni değil, sınırları resmi söylemce belirlen-

¹³ Aynı karar.

¹⁴ Aynı karar.

miş ideolojik yüklü bir kamu düzeni anlayışıdır... Türkiye’de gerek mevzuatta ve gerekse uygulamadan kaynaklanan nedenlerden ötürü kamu düzeni, demokratik içeriğinden yalıtık bir biçimde tanımlanmakta; kamu düzeni ile devlet düzeni kavramları arasında olması gereken ayırım gözetilmemekte, hatta bunlar eş anlamlı olarak ele alınmaktadır... Sözde kamu düzeni, gerçekte ise devlet düzenini koruma adına özgürlüklerin bastırılması, paradoksal olarak kamu düzeninin bir türlü sağlanamaması hatta bozulması sonucunu doğurmaktadır.”¹⁵

4) Laiklik ülkemiz bakımından temel bir değer olmakla birlikte, kanun koyucu 1991 yılında TCK 163. maddeyi kaldırarak, bu ilkenin ceza tehdidi ile korunması gerekmediği sonucuna ulaşmıştır. Artık laiklik kahir çoğunluğun sahiplenmesine tevdi edilmiştir. Laikliğe aykırı düşünce açıklamalarının TCK 312/2. madde kapsamına alınması doğru değildir.

5) Kararda, açıklanan düşüncenin kamu düzeni açısından tehlike yaratıp yaratmadığının soyut bir şekilde belirlenemeyeceği, bunun için “*özellikle tahrikin yeri, kişiler, tahrikte özellikle kullanılan araç göz önünde tutulmalıdır,*” denilerek AİHM’nin kullandığı dört unsuru çağrıştıran bir yöntem önerilmiştir. Bununla birlikte, bu yöntem davada uygulanmamış, ifadenin kamu düzeni açısından tehlike yaratıp yaratmadığı çok farklı bir mantık ve hukuk-ötesi mülahazalarla değerlendirilmiştir: “*Dava konusu yazının... yetersizlik, ölçsüzlük ve ifade zafiyeti nedeniyle yandaş bulamayacağı açıktır. Yazarının savunur görüldüğü Dinin Kutsal Kitab’ında; ‘oku, Rabbinin adıyla oku’ ayetiyle zıtlaşan bir düşüncüyü dile getirmesi nedeniyle kendi okuyucu kitlesince de kabul görmeyeceği ve reddedileceği düşünülmelidir. Zorunlu eğitimin üç yıl daha arttırılmasının okumayı emreden Tanrı buyruğuyla neden zıtlaşır görüldüğü, o okuyucu kitlelerince sorulabilecek ve savunulan fikrin hatalı olduğu açığa çıkarılabilecektir.*”¹⁶

6) Vurgulanması gereken son bir nokta, karar metnine didaktik ve yer yer şiirsel bir ifadenin hakim olmasıdır. Bu biçimsel özelliği, daha çok “kamu düzeni” kavramı ile ilgili açıklamalarda görüyoruz:

“İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlatmakta yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır...

“Düşünceleri mahkûmiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir ‘kamu düzeni’nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye

¹⁵ Aynı karar.

¹⁶ Aynı karar.

alışan 'kamu düzeni'nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği zihinlere nakşedilmelidir. Yönetenlerce önerilen kurallar dizesinin her zaman ve her koşulda 'kamu düzeni' kavramıyla bire bir örtüşeceği yanlışına düşülmemelidir. Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle 'resmi ideoloji' adı altında birçok düzenlemeyi 'uyulması zorunlu kurallar bütünü' olarak halka dayatıp 'korunması gereken düzen' namıyla hukukun himayesi altına aldırılmış olanların, halkını ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkûm ettiği gerçeği hatırlanmalıdır. Yakın tarihimiz yeniden hatırlanmalı; 'devlet düzeni' olarak kabul olunan ve doğru sayılıp 'kamu düzeni' namıyla korunan nice 'resmi ideolojinin', olağan ya da ara rejimlerle değiştirildiği, yerine ikame edilenlerin yine 'devlet düzeni' adı altında 'yeni doğrular' olarak hukukun koruması kapsamına alındığı, bunların da bilahare yerini yenilerine terk ettiği hatırlanmalı(dır).

Esasen doğasındaki disiplin gereği, aynı doğrultuda düşünme ve zıtlıkları reddederek uygulama zorunluluğu içeren 'devlet düzeni' ile zıt görüşler ve düşüncelerin hoşgörüsü ile birlikteliğini reddedilmez sayan 'kamu düzeni'nin farklı kavramlar olduğu sonucuna varılmalıdır.¹⁷

(4) M. Şevket Eygi Kararı¹⁸

M. Şevket Eygi hakkında, *Milli Gazete*'de 15.11.2000 tarihinde yayımlanan "Din Düşmanlığı Terörü" başlıklı yazı nedeniyle TCK 312/2. maddeden dava açılır ve mahkûmiyet kararı verilir. Yazının önemli kısımları şöyledir:

"Bir gazetede bir takım yazarlar halkın anasına avradına, kızına sövüp saysalar, böyle yayınlar alçaklık, edepsizlik, rezillik, namussuzluk, şerefsizlik, vahşilik olmaz mı? Milletin dinine, imanına, mukaddesatına, Şeriatına saldırmak da bunun gibidir ve belki daha alçakça ve namussuzcadır.

Dünyanın hiçbir medeni, ileri, sağlıklı, hukuklu ülkesinde dinsiz ve şirret bir azınlığın, o ülkede hâkim olan dine ve dinlere savaş açtığı, saldırdığı, hakaretler savurduğunu göremezsiniz...

Başörtüsü İslam'ın sembolüdür. Başörtüsüne saldırmak İslam'a saldırmak demektir...

İslam'a ve Müslüman halka düşmanlık yapanların hepsi Sabataycıdır demiyorum ama onların içinde çok militan, çok azılı, çok ileri giden Selanik Dönmele-ri vardır.

¹⁷ Aynı karar.

¹⁸ Ceza Genel Kurulu, E: 2004 / 8-201, K: 2005 / 30, K. T: 15.03.2005.

Devletin temel nizamlarını Masonluk, dinsizlik, ateizm, Rotaryenlik, Lionsçuluk, Sabataycılık üzerine oturtmak maksadıyla propaganda yapmak, faaliyette bulunmak serbest ama Müslümanların İslami prensip ve hükümleri hayata hakim kılmak için çalışmaları yasak. Böyle hürriyet, böyle demokrasi olur mu?”¹⁹

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu davaya ilişkin 15.03.2005 tarihli onama kararı iki açıdan son derece önemlidir. İlk olarak; bu kararın gerekçesi, Aydar kararının gerekçesi ile önemli noktalarda farklılaşmaktadır. İkinci olarak, bu davada, daha önce örneğine pek rastlanmayan tarzda bir karar metni yazılmıştır: Yargıtay, ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından çok sayıda AIHM kararını dikkatli bir şekilde kullanarak AIHM’nin inceleme yöntemine paralel bir muhakemeyle, dava konusunu yeterli açıklıkla özetleyecek uzunlukta, karşı oy yazılarını da içeren bir karar vermiştir. Şimdi bu iki noktayı biraz daha yakından inceleyelim.

3) TCK 216 Üzerine İctihat Savaşları

Eygi kararı, ulaştığı sonuçtan (beraat/mahkûmiyet) çok, Ceza Genel Kurulu’nun yaklaşık dört ay önce verdiği Aydar kararının gerekçesine yaptığı itirazlarla kamuoyunda tartışılmıştır. Gazeteler Yargıtay kararını, “eski içtihadattan keskin bir dönüş”, “özgürlükçü içtihadın sonu” gibi ifadelerle okuyucularına duyurmuştur.²⁰

Eygi kararında Ceza Genel Kurulu, dava konusu olayın incelenmesine geçmeden, bir ön sorun olarak Aydar kararının “*ıctihat niteliğinde olup olmadığı ve o kararda ortaya konulan ilkelere uygun hareket edilip edilmeyeceğinin*” belirlenmesi gerektiğini söyler. Kurul’a göre; “*anılan karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine ve somut olay gözetilerek olay bazında verilmiş, yerel mahkeme yönünden bağlayıcı dahi olmayan kesinleşmemiş bir karardır. Yerel mahkeme yönünden bağlayıcılığı bulunmayan ve Yüksek CGK’nun yerleşik görüşünü yansıtmayan bahse konu kararın ıctihat niteliği bulunma*”maktadır.²¹

Aydar kararı, Ceza Genel Kurulu’nda bir oy farkla; 13’e karşı 14 oyla alınmıştı. Eygi kararı ise nitelikli çoğunlukla; 4’e karşı 24 oyla alınmıştır. İlk kararda olumlu oy kullanan bazı Kurul üyeleri, Eygi kararında görüş değiştirmiştir. Bu noktada, kararların çelişen yönünün, birinde dava konusu düşün-

¹⁹ Aynı karar.

²⁰ Bkz: *Radikal* 17.03.2005, “Laiklik bir karar iki” başlıklı yazı; *Milliyet* 16.03.2005, “Yargıtay’dan keskin dönüş” başlıklı yazı; *Hürriyet*, 17.03.2005, “Şeriata primle AB’ye girilmez” başlıklı yazı; *Zaman* 16.03.2005, “Yargıtay, özgürlükçü kararıyla çelişti” başlıklı yazı.

²¹ Ceza Genel Kurulu, E: 2004 / 8–201, K: 2005 / 30, K. T: 15.03.2005.

ce açıklamasının ifade özgürlüğünün kapsamı içinde, diğerinde ise dışında görülmesi olmadığını vurgulamak gerekir. Çelişki gerekçeler arasındadır. Her iki dava konusu düşünce açıklamaları nitelik yönünden farklı olduğu için, sonucun farklı çıkması doğaldır. Bu bağlamda, Aydar davasında, sanığın sözleri, izlenen politikalar konusunda yapılan bir tespit ve eleştiri ile sınırlıdır. Kullanılan ifadeler sert olmakla birlikte, saldırgan, aşağılayıcı, tahrik edici sayılamaz. Dindarlara manevi işkence yapıldığı, başörtüsü yasağının haksızlık veya zulüm olduğu, bu politikayı uygulayanların rezil olacağı gibi tespit ve öngörüler içeren ve bu yöndeki uygulamaları eleştiren bir üslup söz konusudur.

Buna karşılık Eygi davasında, sanığın sözlerinin sert ya da ağır eleştiri sınırlarını zorladığı ileri sürülebilir. Eygi'nin yazısında yalnızca izlenen politikaların eleştirilmesiyle yetinilmemekte, bu politikaları izleyenler “şirret”, “dinsiz”, “sabetaycı”, “Selanik dönmesi” gibi, yeni TCK'nın 216/2. maddesindeki yasak kapsamına giren kavramlarla nitelendirilmektedir. Ayrıca bu kesimin yaptıkları için “alçaklık”, “edepsizlik”, “namussuzluk”, “şerefsizlik”, “vahşilik” nitelemesi yapılmıştır. Hemen her biri başlı başına “kin ve nefret” yüklü bu sözcükler, yazının bütünlüğü içinde, söyleyen kişinin kimliği, söylenen ortamın özelliği ve açıklamanın ulusal bir gazetede yer alması yönleriyle birlikte değerlendirildiğinde, Ceza Genel Kurulu'na göre, olayda söz konusu suçun maddi ve manevi unsurları oluşmuştur:

“Sanık... şirret, acımasız, dini olmayan anlamındaki dinsiz, aşağılayıcı anlamında dönme ve anti-semitizme varan ifadeler kullanarak türban ve genel anlamda laiklik uygulamalarını ve laik düşüncedekilere karşı kışkırtıcı ve koruma sınırının ötesinde, kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde kin beslemeye, düşmanlığa açıkça tahrik etmektedir... Halkının büyük çoğunluğunun İslam dininden olduğu ülkemizde, başörtüsü yasağı uygulayıcılarını, savunucularını ve laik kesimi dinsiz, İslam’a saldıran kesim olarak kabul ederek kendi varsayımından hareketle, ağır eleştiri, şok edici, incitici ve rahatsız edici olmanın ötesinde hedef kitleye karşı kin ve düşmanca açıklama yapmaktadır. Hitap ettiği kitlenin de bu duygularla, hedeflenen kitleye karşı kin ve düşmanlık beslemesi için açıkça tahrikte bulunan sanık, TCK.nun 312/2. madde fıkrasındaki ‘umumun emniyeti’, değişiklikten sonraki düzenlemeyle ‘kamu düzeni’ için tehlikeli olabilecek şekilde hareket etmiştir.”²²

Eygi Kararı ve AİHM İçtihatları

Eygi kararı, herhalde Yargıtay'ın en uzun kararlarından biridir. Kararlarını genellikle, birkaç paragraf veya birkaç sayfa boyutlarında veren Yargıtay,

²² Aynı karar.

ulaştığı sonucun (bozma ya da onama) gerekçelerini yeterince açıklamamaktadır. Bu nedenle, kararları bakımından hukuku geliştiren, hukuk politikasına yön veren bir içtihat mahkemesi gibi faaliyet gösterdiği söylenemez. Aydar ve Eygi kararları, Yargıtay'ın asıl işlevinin bir içtihat mahkemesi olması gerektiği gerçeğini bir kez daha ortaya koymuştur.

Yargıtay Eygi kararında, görüşlerini sekiz farklı AİHM kararı ile desteklemiş, ayrıca İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, Alman Anayasa Mahkemesi, ABD Yüksek Mahkemesi, Fransız Danıştay'ı gibi yabancı yüksek mahkeme kararlarına da atıf yapmıştır. Benzer bir fikri zenginliği, karşı oy yazılarında da bulmak mümkündür. Özellikle AİHM'nin *Müslüm Gündüz / Türkiye ve Costantinescu / Romanya* kararlarının çok iyi değerlendirildiği görülüyor:

“İfadenin açıklanmasındaki özensizlik, dahası düzensizlik, öncelikle dikkati çekmektedir. Yazı, gazetede yazıldığı için derhal, an'lık bir açıklama değildir. Bu nedenle dosyanın Yüksek Genel Kurul'da görüşülmesi sırasında çoğunluk görüşü açıklanırken ifade edildiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin... Müslüm Gündüz / Türkiye Davası Kararı, bu dava için örnek olamaz. Anılan kararda, ifadelerin canlı bir televizyon yayınında söylendiği ve sözlü beyanların tekrar gözden geçirilmesi ve dolayısıyla düzeltme imkânının bulunmadığı ve ayrıca en önemlisi de mahkûmiyet kararında yeterli gerekçe kullanılmadığı ifade edilmektedir. Oysa sanık M davaya konu ifadeleri gazetede yazmıştır; bir yazı düşünülerek, istenilerek bilinçli olarak bir süreçten geçerek oluşur. Sanık laik düzen, türban, vb. konularda yasal düzenlemeler gibi düşünmek zorunda değildir. Ancak, ne var ki, eleştirilerini, yazı içeriğinde kullandığı sözcükleri kullanmadan da yapabirdi (Costantinescu-Romanya Kararı, 22 Haziran 2000, Paragraf: 74).”²³

Eygi kararının diğer bir özelliği de, bu dava ile Yargıtay'ın, yargılama fonksiyonunun amacına uygun gerçekleştirilmesi bakımından yerine getirmesi gereken bir başka görevini tekrar hatırlatması olmuştur. İlk derece mahkemeleri, kararlarında hukuksal değerlendirmelerin dışına çıkmakta, bir yargı organına yakışmayan değerlendirmeler yapmaktadır. Nitekim bu durum, Eygi kararını veren alt mahkeme için de geçerlidir. Bu mahkeme, kararının gerekçesine şunları yazmakta bir sakınca görmemiştir: *“Türk Milleti Müslümanlığı kendi isteği ile kabul etmiştir. Benimsemiştir. Zorla kabul etmemiştir. Türk Milleti Müslümanlığı ile her zaman gurur duymuş ve bundan sonra da duyacaktır. Türk Milleti sevgi, saygı, hoşgörü ve adalet anlayışı ile Müslümanlığın tüm dünyaya yayılmasına, bir dünya dini haline gelmesine tarihte en çok hizmet eden, emeği geçen millettir. Bundan sonra da böyle ol-maya devam edecektir.”²⁴*

²³ Aynı karar.

²⁴ Aynı karar.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, alt mahkemenin bu değerlendirmesi karşısında şöyle demiştir: “...(Ş)eklindeki ibare ve ifadelerin, somut olayın açıklanması, hukuki sorunun ve çözüm yolunun ortaya konulması, varılan sonucun gerekçesi ile ilgisi bulunmamakta ve bu ifadeler lâik devlet ve hukuk anlayışı ile bağdaşmamakta ise de, gereksiz ve fazladan yazılan bu ibareler hükmün sonucuna etkili bulunmadığından eleştirilmesiyle yetinilmesi gerekmektedir.”²⁵ Görüldüğü gibi, Türk hukuk düzeninde ifade özgürlüğü bakımından tek sorun, bu özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi değildir. En az onun kadar önemli ve onunla bağlantılı bir başka sorun; yargıçlarımızın zihnindeki devlet ve millet tasarımıdır. Devlete ve millete yükledikleri kutsal görev, ifade özgürlüğü bir yana, demokrasi, laiklik, hukuk devleti gibi anayasal düzenin temel ilkelerini de zedeleyebilecek bir zihniyetin yansımasıdır.

Eygi Kararı ve Karşı Görüş:

Karara katılmayan ve karşı görüş yazan Kurul Başkanı Osman Şirin’e göre, Eygi davasında TCK 312. madde ihlal edilmemiştir. Çünkü bu maddede “halkın... din ve mezhep bakımından farklı bir kesimini diğeri aleyhine tahrik” suç sayılmıştır. Aynı dine veya mezhebe mensup olanların birbirine karşı tahriki bu maddenin kapsamı dışındadır. Olayda karşı karşıya getirilen iki kesim ortak bir dini benimsemektedir:

*“Başka bir anlatımla, ‘halkı kin ve düşmanlığa açıkça tahrik cürmü’ bağlı hareketli bir suçtur. 312. maddenin 2. fıkrasında belirtilen ve halk kesimlerinde bulunması aranan bu özellikler tadâdi olup, suçun oluşması için tahrik edilen ve tahrike maruz kalan grupların mutlaka maddede sayılan farklı özelliklere sahip olmaları gerekir... Aksi düşünce, ceza hukukunda kıyas yapılması anlamına gelir... Ceza hukukunda kıyas yasaktır. Bu yüzden aynı dine, aynı ırka, aynı mezhebe, aynı sınıfa ya da aynı bölgeye mensup insanların birbirine karşı tahrik edilmesi durumunda, fiil tipik olmadığı için inceleme konusu suç olmayacaktır. Keza, aynı dine mensup halk kitlelerinden çok dindar olanı, az dindar olana karşı, farklı düşüncelere sahip grupları birbirine karşı tahrik eylemleri, inceleme konusu suç bakımından tipik değildir ve dolayısıyla bu suçu oluşturmaz.”*²⁶

Karşı oy yazısında belirtilen bu görüşün irdelenmesi ve konunun açıklığa kavuşturulması, maddenin uygulanması bakımından büyük önem taşıyor. Maddede geçen sosyal sınıf, ırk, din ve bölge kavramlarının ilk dikkati çeken yönü, içeriklerinin kolayca doldurulamayacak soyut kavramlar oluşudur.

²⁵ Aynı karar.

²⁶ Aynı karar.

Sosyal sınıflar neye göre belirlenecektir? Halk üretim ve geçinme biçimlerine göre (çiftçi, işçi, sanayici, esnaf vb.) mi ayrılacak, yoksa sosyo-ekonomik göstergeler dışında başka ölçütler mi kullanılacaktır? Kimin hangi sosyal sınıfta bulunduğunu gösteren resmi kayıtlar bulunmadığına göre, yargıç sosyal sınıfı neye göre saptayacaktır? İrk kavramı ayrı bir tartışma konusudur. Eski tarihli pek çok uluslararası belgede “ırk” sözcüğü kullanılmasına rağmen, günümüzde ırkın bilimsel bir temeli olmadığı kabul edilmekte ve onun yerine “etnisite” terimi tercih edilmektedir. Din ve mezhep kavramları da, ilk bakışta sanıldığı kadar kolay belirlenebilir kategoriler değildir. Türkiye, Osmanlı Devleti gibi insanları dinsel cemaatlere göre düzenleyen (millet sistemi) bir devlet değildir. O nedenle, kimlik belgelerimizde hala din hanesi bulunsa da, kimin hangi din ve mezhepten olduğunu veya bir dine inanıp inanmadığını resmi olarak belirlemek kolay değildir. Anayasamızın 15. maddesine göre, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Laik bir devlet böyle bir belirleme yapamayacağı gibi, hangi inancın “din” veya “mezhep” olduğuna ya da olmadığına karar verme yetkisi de yoktur.

Bu durum devlet açısından bir zafiyet değildir. Çünkü laik bir devlette inanç tamamen bireylerin vicdanını ilgilendiren bir konudur. Devlet, meşruiyetinin kaynağı olmayan, uygulamalarına rehberlik etmeyen inanç sistemlerini dikkate almak durumunda değildir. Devlet-birey ilişkisinde, haklar ve yükümlülükler bakımından bireylerin inancı önem taşımaz; herkes aynı hak ve yükümlülüklerle sahiptir. O nedenle insanları inançlarına göre gruplara ayırmanın pratik bir yararı da yoktur. İnançların hep aynı kaldığı da söylenemez. Modern toplumda her geçen gün yeni inanç grupları olduğu gibi, büyük inanç sistemlerinin farklı yorumları, farklı cemaat grupları oluşturacak biçimde ortaya çıkabilmektedir. Yurttaşları din ve mezheplerine göre, değişmeyecek kategorilere ayırmak fiilen, laik bir devletin böyle bir uygulamaya yönelmesi de hukuken mümkün olmadığına göre, eski TCK 312, yeni TCK 216. maddedeki “din ve mezhep” ibaresi nasıl yorumlanacaktır? Bu kavramların resmen tanınmış yerleşik yurttaş kategorileri olarak yorumlanamayacağı açıktır. Maddede getirilen yasak, yurttaşların inançları yönünden farklı kesimlere ayrılarak kısıktırılmasıdır. Yasa bu durumu “din ve mezhep” olarak ifade etmiştir. Bu ifadeden, farklılaşan halk kesimlerinin yalnızca Müslüman –Hristiyan veya Sünni– Alevi biçiminde oluşabileceği sonucu çıkmaz. Sünni veya Alevi kesim de kendi içinde inanç temelli olarak karşı karşıya getirilerek tahrik edilebilir. Böyle bir ayırımın 216. maddenin kapsamı dışında olduğunu kabul etmek, normun önlemeye çalıştığı tehlikeyi anlamamak olur.

Bu durum yalnızca Türkiye’ye özgü değildir. Başka ülkelerde, yerleşik din ve mezhep kategorileri arasındaki farklılaşma kadar, aynı din ya da mezhep

içinde inanç temelli ciddi farklılaşmalar oluşabilmektedir. Akla gelen ilk örnekler olarak Fransa, Belçika, İrlanda ve İsrail verilebilir. Fransa, Belçika ve İrlanda'da Katolikler arasında dinin toplumsal işlevi konusunda ciddi siyasal sonuçlar doğuran ayrımlar vardır. Katoliklerin bir kesimi, toplumsal yaşamın eğitim, kültür, hukuk gibi pek çok alanının dini gerekler doğrultusunda düzenlenmesini savunmaktadır: Dini esaslara aykırı olduğu için kürtajın tümüyle yasaklanması, eşcinsel ilişkinin suç kabul edilmesi, okullarda evrim teorisinin okutulmasının engellenmesi gibi. Buna karşılık Katoliklerin diğer kesimi, dini bir vicdan meselesi olarak kabul edip toplumsal düzenin akla, bilime ve günün gereksinimlerine göre düzenlenmesini savunur. Bu iki eğilim, Fransa, Belçika ve İrlanda'da farklı siyasal partileri destekleyen iki kesim olarak ortaya çıkmıştır. İsrail'de aynı durumu radikal Yahudiler ile ılımlı Yahudiler arasında görüyoruz. Bu ayrım da siyasallaşmış, farklı partiler etrafında örgütlenmiş ve devletin temel ilkeleri üzerinde uzlaşmaya varamamış inanç temelli iki kesim yaratmıştır. Belçika, Fransa, İrlanda, İsrail gibi ülkelerdeki inanç temelli bu ayrımın kışkırtılarak bu kesimlerin birbirine düşman edilmesi, ceza hukukunun ilgisiz kalamayacağı bir tehlikedir.

Bu ülkelerdeki duruma benzer biçimde, Türkiye'de de Müslümanlar, dinin toplumsal ve siyasal alandaki rolü bakımından görüşleri farklılaşan iki kesime ayrılır. Bir kesim, toplumsal ilişkilerin büyük kısmının dinsel hükümler doğrultusunda düzenlenmesi gerektiğini savunur. Diğer kesim ise, dini yalnızca kişi ile Tanrı arasındaki ilişkiyi düzenleyen bir vicdan meselesi olarak görür. Bu iki kesim arasındaki inanç temelli görüş farklılığı yüzeysel bir farklılık veya geçici bir durum değildir. Tersine, devletin temel ilkelerini ilgilendiren ve Osmanlı Devleti'nin modernleşme sürecine girmesinden bu yana devam eden ciddi bir görüş farklılığı ve toplumda kutuplaşmaya yol açan bir gerilim kaynağıdır. TCK 216'daki *din ve mezhep* ifadesini bu bakış açısıyla yorumlamak gerekir. Bu durumda, 216. maddenin, inanç temelli bu tür kin ve düşmanlığa tahrik eylemlerini de kapsayacak biçimde geniş yorumlanması, ceza hukukundaki kıyas yasağının ihlali olarak görülmemelidir.

Eygi kararının tartışılması gereken boyutu, tahrikin kamu düzeni açısından ciddi bir tehlike doğurup doğurmadığıdır. Kararda bu konunun yeterince işlenmediğini söylemek mümkündür. Esasen bu iş alt mahkemenin görevidir. Olay tarihine yakın olması, sanık, tanık ve şikâyetçileri bizzat dinlemesi gibi nedenlerle, bu değerlendirmeyi en sağlıklı bir şekilde yapma avantajı ilk derece mahkemelerindedir. Yargıtay, yapılan değerlendirmelerin hukuka uygunluğunu denetleyecektir. Oysa Türkiye'de alt mahkemeler bu değerlendirmeyi yapmadığından, temyiz üzerine yıllar sonra bu işi Yargıtay'ın yapması gerekmektedir.

Eygi kararının tartışılması gereken bir yönü de şudur: Yazı metninin, halkın bir kesimini “dinsizler”, “dinsiz ve şirret azınlık”, “militan ve azılı din düşmanları” olarak, diğer kesimi de “Müslümanlar”, “dindarlar” olarak ayırmakla birlikte, birini diğerine karşı kamu düzeni bakımından ciddi bir tehlike yaratacak biçimde şiddete özendirecek içerikten yoksun olmasıdır. Yazının problemli tarafı, bir kesimi diğer aleyhinde kışkırtmasından çok, hedef aldığı kesimi aşağılamasıdır. Bu kesim için “şirret azınlık”, “dinsiz”, “sabetaycı”, “Selanik dönmesi” gibi ifadeler kullanılması, 2002 değişikliği ile TCK 312’ye ikinci fıkra olarak eklenen hükmü ihlal eder. Aynı hüküm yeni TCK’nın 216/2. maddesinde korunmuştur. Yukarıda belirtilen ifadeler, TCK 216/2’de belirtilen “*halkın bir kesimini... din, mezhep... farklılığına dayanarak alenen aşağılama*” suçunu oluşturur. Bu maddenin önemli bir özelliği, eylemin kamu düzeni için tehlikeli olacak biçimde yapılması koşulunu aramamış olmasıdır. Ceza hukuku terimleriyle söylersek, madde soyut tehlike suçu olarak formüle edilmiştir.

AIHM içtihatları bakımından ele alındığında, Eygi davasına konu olan türden aşağılayıcı, sert ifadelerin, belirli durumlarda politikacılara ya da devlet kurumlarına karşı kullanılması ifade özgürlüğünün sınırları içinde görülmekle birlikte, kişilere veya halk kesimlerine karşı kullanılması cezalandırılabilir bir eylem olarak kabul edilmektedir. Özellikle inanç, ırk ya da milliyet temelli ayrımlar yapılarak halkın bir kesiminin aşağılanması (hate speech), daha çok Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 20. maddesindeki yükümlülükle ilişkilendirilmektedir. Yukarıda belirtildiği gibi, bu madde Sözleşme’ye taraf devletlere bu tür görüşleri sınırlama yükümlülüğü getirmiştir.

TÜRKİYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ HAKKININ HUKUKİ KORUNMASI HAKKINDA BİLANÇO NOTLARI

*Yard. Doç. Dr. Şule ÖZSOY**

GİRİŞ

Türkiye’de ifade hakkının genel durumu üzerinde bir değerlendirmede bulunmadan evvel “ifade özgürlüğü hakkı” terimini kısaca açıklamak gereklidir. **İfade özgürlüğü hakkı, kişilere her hangi bir engelleme ya da müdahale ile karşılaşmadan (gerçek ya da tüzel) konusunu kendilerinin belirlediği ifadeleri, kendi belirledikleri araçlarla ifade edebilme, açıklayabilme, yayabilme, savunabilme, bu açıklamalara ulaşabilme ve edinebilme özgürlüğü veren hukuki bir statüdür.** Bu statü çıplak bir özgürlük değildir. Yani salt herhangi bir hukuki düzenleme ile kayıt altına alınmayarak kişilerin hareketlerinde serbest bırakıldığı bir alanı tarif etmez. Bir hak olması hasebiyle, sahiplerine hakkın koruduğu hukuki faydaları devletten ve üçüncü kişilerden talep edebilme yetkisi verir¹. Bu faydalar kimi zaman özgürlüğe müdahale edilmemesi şeklinde belirir, kimi zaman da yapılan müdahalenin engellenmesi, haksız müdahalelerde bulunanlara yaptırım uygulanması, özgürlüğün kullanılmasını sağlayacak hukuki alt yapının sağlanmasıyla korunur.

Hak sahibi karşısında devlet ve üçüncü kişiler, hakkın gerekli kıldığı şekilde davranma ödevi ile yükümlüdür. Kişilerin hakkına, devletten ya da üçüncü kişilerden bir müdahale geldiğinde ise, hak sahibi, üçüncü kişilerden ve devletten bu müdahaleyi durdurma, gerekli tedbirleri alarak engelleme, oluştuysa yaptırım uygulama, oluşmasını engelleyecek tedbirleri alma gibi bir seri talepte bulunulabilir. Bu doğrultuda söz konusu hak, devlete ve üçüncü kişilere müdahale etmeme ve sağlama borçları biçiminde bir seri yü-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ S.D. Hudson, D.N. Husak, “Legal Rights: How Useful is Hohfeldian Analysis”, C.37, 1980, sy. 45.

kümlülük yükler. Söz konusu yükümlülükler yerine getirildiği takdirde hak kullanılmış olur².

Hak, bir hukuki statü olarak, diğer hukuki statüler karşısında önceliğe sahiptir. Bunun anlamı, hakkın bir başka hukuki talep karşısında öncelikli olarak korunmasıdır. Hakkın sınırlandırılması ise söz konusu statüye uygun olarak ancak belli anayasal sebeplerle ve belli ölçütlere uygun olarak yapılır. Yani prensip hakkın korunması, istisna sınırlanmasıdır.

İfade hakkını da yukarıdaki genel prensipler çerçevesinde düşünmemiz gereklidir. Her şeyden önce bu hakkın “lex generalis” niteliğinde olduğunu yani genel bir hukuk kuralı olarak her türlü ifadeyi ve açıklama yöntemini kapsadığını belirtmeliyiz. İfade özgürlüğü hakkının elbette birçok özel görünümü mevcuttur. Basın yayın özgürlüğü, sanat özgürlüğü, dernek ve siyasi partilerin düşüncelerini açıklama ve yaymaya yönelik faaliyetleri vs. Bu makalede söz konusu özel görünümleri de içine alan bir hukuki statü olarak ifade özgürlüğü hakkından bahsedilecektir.

Hakkın konusuna gelince biraz evvel de belirtildiği gibi, ifade özgürlüğü hakkı, hak sahibinin tercih ettiği konuları, tercih ettiği yöntemlerle açıklayabilmesi, yayabilmesi, savunabilmesini ve duyup erişebilmesini sağlayacak bir dizi hukuki menfaati koruyan bir statüdür.

İfadenin konusu siyasi, sanatsal ya da ticari olabileceği gibi, yayılması da söz, yazı, resim, çeşitli sembollerin kullanılması ve diğer her türlü biçimde olabilir.

Bu noktada hukuki olarak söylenmesi gereken ilk husus, hakkının koruduğu ifadelerin ve ifadeyi açıklama yöntemlerinin sayılarak tüketilemeyeceğidir. Hukuk koruma alanını değil, bu kapsamın dışında kalan alanı belirleyecektir. Yani korunmayacak ifadeler ve ifadeyi açıklama yöntemleri belirlenecektir.

Bu alan belirlenirken, Türk Hukukuna göre kullanılacak olan temel hukuk kurallarının başlıcaları; Türkiye’nin usulüne uygun olarak iç hukukuna aktardığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10.maddesi, 66 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 19. maddesi ve Anayasamızın 25, 26, (hakkın özel görünümleri olarak 27, 28, 29, 30, 31, 32) 13 ve 14. maddeleridir.

² A. Gewirth, “Are There Any Absolute Rights?”, *Philosophical Quarterly*, C. 31, 1981, sy. 92.

Bu normlar arasında ulusalüstü olanların, hakkın korunmasında gerekli minimum standardı koyduklarını kabul ederek, iç hukukumuzun değerlendirilmesinde söz konusu minimum standardın altına düşülüp düşülmediğini tespit etmeye çalışacağız. Bu noktada, Türkiye devletinin söz konusu standardı sağlamak için gerekli başlıca yükümlülüklerini üç grupta toplayabiliriz³:

- 1. İfadenin konusunu belirlemede, negatif bir ideolojik temele dayalı sınırlamalar getirmeme.** Hukuk, kişilere konuşulması, öğrenilmesi, duyulması, gösterilmesi yasak konular belirleyemez. Hiç kimse düşünce ve kanaatleri sebebiyle suçlanamaz. Diğer bir deyişle; hukuken yaptırım uygulanan ifadeler, yasak konulara değindiğinden değil, meşru menfaatlere, kamusal yararlar verdikleri ya da vermeleri muhtemel zarar sebebiyle, bu zararlar orantılı olarak sınırlandırılmalıdırlar. Bu durum hakaret içeren ve şiddeti öven ifadeler için de geçerlidir. İfadenin içeriğine bakarak konuların yasaklanması mümkün değildir. İfadenin içeriği korunan hukuki menfaate verdiği zarar oranında yaptırıma maruz kalır. Hukuki sınırlama söz konusu ifadenin yaratacağı etkiye bakılarak yapılmalıdır. Bu demektir ki, iç hukukta negatif ideolojiler temel alınarak hukuk kuralı konulmamalıdır. Negatif ideolojiden kast edilen, bir düşünce sisteminin baskı aracı olarak asimetrik, eşitlikçi olmayan güç ilişkileri kurmak ve devam ettirmek için kullanılmasıdır⁴. Negatif ideolojilere dayanan düşünce sistemleri, sosyal ve siyasal ilişkileri açıklarken tek doğruyu esas alır, diğer tüm anlayışlara karşı düşmanca yaklaşır. Tek doğru üzerine kuruludur, çoğulcu yaklaşımlara kapalıdır. Genellikle bir sosyal grubun diğerlerini kontrol altında tutmak ve itaat sağlamak için ürettiği anlayışlardır. Hukuk bu türden güç ilişkilerinin aracı haline gelerek, konuşulması yasak konular yaratmamalıdır. Bahsedilen husus aynı zamanda, kişilerin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ile birlikte ifade özgürlüğü hakkının özünü oluşturur.
- 2. İfadenin hukuken meşru menfaatlere vereceği zarar, tehlikesi rasyonel bir şekilde, objektif olarak belirlenecek ve ölçülülük ilkesine göre çatışan menfaatler dengelenecektir.** Böylece yasa koyucu ve mahkemeler, genel, eşit ve rasyonel davranma şartını yerini getireceklerdir. Kast edilen, ifade özgürlüğü hakkı karşısında tercih edilen diğer hukuki menfaatlerin meşru, korunması gerekli

³ Ş. Özsoy, Measuring Compatibility with the European Convention on Human Rights: the Turkish Example in the Free Speech Context, GSU Publications, İstanbul, 2006, sy. 31-39.

⁴ A. Heywood, Political Ideologies: An Introduction, Macmillan, Basingstock, 1992, sy. 6; V. Kerruish, Jurisprudence as Ideology, Routledge, London, 1991, sy. 35.

menfaatlerden olması ve yasal olarak getirilen sınırlamanın söz konusu menfaatleri korumak için gerekli olandan fazla olmaması ve bunu sağlayacak niteliklere sahip olmasıdır⁵.

3. Son olarak da **hakkın kötüye kullanılması**, daha açık bir deyişle; başka yasal menfaate zarar vermek amaçlı olarak kullanılması önlenmelidir. Burada bahsedilen ifadelerin amacı başkalarının ya da toplumun haklarına ve meşru menfaatlerine zarar vermektir. Toplumda nefret yayan ifadeler, iftira, tehdit ve yalan ifadeler bu türden ifadelerdir ve ifade sahiplerine karşı hukukun yaptırım uygulaması gereklidir.

Tüm bu başlıklarda sayılan yükümlülükler, Türk Hukuku'nu test etmek için kullanılacaktır. Kısa ve genel olarak yapılacak değerlendirmelerin amacı, ifade özgürlüğü hakkı bakımından bir bilanço çıkartmaktır. Türk Hukuku'nun sorun teşkil eden yönleri tespit edilmeye çalışılarak, muhtemel çözüm yolları önerilecektir. Siyasi partiler hukuku değerlendirmedışı bırakılmıştır.

1. İç Hukukun İdeolojik Değerlendirmesi

Yukarıda sayılan yükümlülükler çerçevesinde Anayasa'dan başlayarak kısa bir değerlendirme yapmaya çalışacağım. Öncelikle sormamız gereken soru **acaba Türk Hukukunda negatif ideoloji aktif bir şekilde ifade özgürlüğü hakkını sınırlamak için kullanılmakta mıdır?** Bu sorunun cevabını aramaya Anayasanın 26. maddesinden başlanmalıdır. Söz konusu maddede, ifade özgürlüğü hakkının düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti adı altında düzenlendiğini görüyoruz. Hakkın karşısında koruma görecekt diğer hukuki menfaatler, başka bir deyişle sınırlama sebepleri ise aynı maddede; “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi”, olarak sayılmıştır. Bu sebepler içerisinde yer alan Cumhuriyetin temel nitelikleri anayasanın kurucu ideolojisine gönderme yapmaktadır. Bu ideoloji Atatürkçülüktür.

Cumhuriyetin niteliklerine ve dolayısıyla Anayasa'nın kurucu ideolojisine, ifade özgürlüğü hakkının sınırlayan sebepler olarak bu hakkın özel görü-

⁵ D. Beatty, Constitutional law in Theory and Practice, University of Toronto Press, Toronto, 1995, sy.15- 16.

nümleri olan basın (28. md) ve bilim ve sanat hürriyetlerini (27. md) düzenleyen maddelerde de gönderme yapılmaktadır.

Aynı zamanda Anayasa’nın 14. maddesi hakların, insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayarak kullanılmayacağını belirtir. Bu da demektir ki, insan haklarına dayalı demokrasi yani özgürlükçü demokrasi ve Atatürkçülüğün en temel ilkelerinden laiklik de bu ideolojik yapının parçalarıdır.

Bu bakımdan Anayasa, Atatürkçülüğün temel prensiplerinin korunduğu demokratik bir hukuk sistemi öngörmektedir. Elbette hemen söylemek gerekir ki, 2001 değişiklikleri öncesinde anayasanın başlangıç kısmında “hiçbir düşünce ve mülahazanın” anayasanın dayandığı kurucu ideoloji karşısında koruma göremeyeceği düzenleniyordu ve yasak düşünceler alanı yaratılıyordu. Anayasa’dan bu ifadeler çıkarılmış, “hiçbir faaliyet” denilerek yasak bireysel düşünce alanı yaratılmasının dayanağı kaldırılmıştır. Ancak koruma göremeyecek faaliyetler alanına, kolektif düşünce açıklaması türleri olan, dernekler, siyasi partilerin faaliyetlerinin vs girebileceğini de belirtmek gereklidir.

Şimdiki durumda, Anayasa’da koruma altına alınmış ve düşünceyi açıklama hakkının koruma alanına etki eden değerler, Atatürk milliyetçiliği, laiklik ve insan haklarına saygılı demokrasidir. Bu anayasal değerler zaman zaman düşünce özgürlüğünün hukuki koruma alanının belirlenmesinde birlikte meşrulaştırıcı işlev görürler. O halde, düşünce özgürlüğünün hukuki koruma alanı belirlenirken, Anayasa’nın gönderme yaptığı Atatürkçü prensipler ile özgürlükçü demokrasinin birlikte okunması gereklidir. Diğer bir değişle, vatandaşların bu prensipleri tartışabilmesi ne anlama geldiği konusunda fikir yürütebilmesi ve en önemlisi eleştiriler yöneltebilmesi gereklidir. Prensiplerin anlamları yasayla sabitlenmiş düşünce sınırları koymamalıdır. Anayasanın 26. maddesindeki gönderme de Atatürkçü prensiplerin özgürlükçü demokrasi ile birlikte okunması sonucu yorumlanmalı ve ifade özgürlüğü hakkının özüne dokunulmadan anlaşılmalıdır.

Bu bakımdan Atatürkçü prensipler içerisinde en çok etkiye sahip olan Atatürk milliyetçiliği ve laiklik, Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana, milletin egemenliğin gerçek sahibi olduğu fikrini meşrulaştıran ideolojik araçlardır ve bu bakımdan özünde demokrasinin varlık koşullarıdır. Burada demokrasi, sadece çok partili seçimlerde oy kullanmak değil, vatandaşın temsilcileri aracılığı ile siyasal kararların oluşumuna katıldığı ve hukuk yaptığı sistemdir. Hukuk dünyevidir, yapan milletin temsilcileridir. Ancak laikliğin bunun ötesinde de anlamları vardır. Laikliğin ifade özgürlüğü hakkının sınırı ola-

rak düzenlendiği alanlara bir bakalım, acaba negatif ideolojik etkiler tespit edebilecek miyiz?

Propaganda suçları bu türden negatif ideolojik sınırlamanın araçları olarak ön plana çıkarlar. Yeni Türk Ceza Kanunu'na baktığımızda anti-laik propaganda suçunun bulunmadığını görüyoruz. İlk etapta, negatif ideoloji örüntüsüne rastlamıyoruz. Bu demek değildir ki, hiçbir anti-laik ifadenin cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Örneğin; TCK 216/1. maddede düzenlenen **halkı din ve mezhep farklılığına dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik** suçunun işlenmesi halinde laiklik ilkesi ile de çatışan ifadelerin cezalandırılması mümkün olacaktır. Ancak bu suçun yasal unsurlarına bakıldığında, kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlikenin arandığını, yani kamu barışına gönderme yapıldığını görüyoruz. Bu da bize negatif bir ideolojiden ziyade, meşru bir hukuki menfaat olarak kamu güvenliği ve barışının korunması amacının varlığını göstermektedir. Yargıtay'da 2002'de değişen ve çok benzer bir suçu düzenleyen eski 312. maddeyi ve yeni 216. maddeyi yorumlarken **rasyonel sınırlama sebeplerinin varlığı halinde ve ölçülülük ilkesi dâhilinde hareket etmektedir.**

Bu konuda Yargıtay Ceza genel Kurulunun iki önemli kararı mevcuttur. İlk **2004 tarihli Aydar** kararıdır⁶. Gazeteci Selahattin Aydar, dava konusu gazete yazısında, başörtüsü yasağı, 8 yıllık eğitim, imam hatip liselerinin öğrenci sayısının azaltılması gibi resmi eğitim politikalarının İslam dinine yönelik sistematik bir saldırı olduğunu savunmuştur. Hakkında TCK 312'ye dayanılarak ceza davası açılmıştır. Yargıtay bu dava ile ilgili verdiği Ceza Genel Kurulu kararında, resmi ideoloji ile kamu düzeni arasında bir ayrım yaparak, söz konusu düşüncelerin anti-laik olmakla birlikte toplumsal barışı, kamu düzenini bozmaya yetmeyeceğini ifade ederek, 312. maddenin resmi ideolojiyi değil, kamu düzeni ve barışını koruduğunu belirtmiştir.

Yargıtay bu karardan birkaç ay sonra verdiği Eygi kararında⁷ ise, içtihat olacağını tespit ettiği biraz daha değişik bir değerlendirmede bulunmuştur. Bu ikinci kararda, başörtüsü yasağının, inançsız, sebataycı ve saldırgan bir azınlığın İslam dinine açtığı savaş olduğunu yazan Gazeteci Şevket Eygi'nin, halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiğine hükmedilmiştir. Eygi kararında, ifadenin toplumda ayrışma, kin ve düşmanlık yayarak toplumsal barışa zarar verdiği üzerinde durulmuştur. Şevket Eygi'nin sözlerinin değerlendirilmesi yapılırken de, bir ifadenin kamu barışına karşı ne zaman açık ve yakın teh-

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8, K. 2004/206, KT.23.11.2004.

⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2004/8-201, K. 2005/30, KT.15.03.2005.

like yaratacağına dair beş önemli ölçüt tespit edilmiştir. Bu ölçütlere göre, ifadenin toplumun bir kesiminde korku yaratmasının yeterli olmadığı, aynı zamanda açıklandığı şartların söz konusu zarar tehlikesini yaratmaya elverişli olması gerektiği, söz konusu tehlikenin düzeyinin sınırlamayı haklı gösterecek kadar ciddi olması, sınırlamadan başka bir şekilde müdahale imkânının bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Son olarak da, ortaya çıkan zarar tehlikesi ile yaptırım uygulanacak ifade arasında illiyet bağı olması ve zarar tehlikesinin yakın bir tehlike olması gerektiği tespit edilmiştir. Bu ölçütler, negatif ideolojinin değil, ölçülülük ilkesinin uygulamasının somutlaştırma yoluyla yapıldığının göstergeleridir. **Sonuç olarak, her iki kararda da bir ideolojik doğruluk yanlışlık tartışmasından ziyade toplumsal barış üzerindeki etkiler değerlendirilmiş, birincisinde Aydar için böyle bir etki tespit edilmezken, Eygi için tespit edilmiştir.**

Yeni Ceza Kanunu 216. madde bakımından da ideolojik bir propaganda suçunun varlığı savunulamaz. Bu suçun gerek kin ve düşmanlığa tahriki düzenleyen birinci fıkrası, gerekse de halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılamayı düzenleyen ikinci fıkrası, ideolojik değer korumasından ziyade başkalarının haklarının ve kamu güvenliğinin korunması amaçlarına hizmet etmektedir.

Atatürk Milliyetçiliğine gelince, bu ilkenin hukuken kaynaklık ettiği prensiplerin başında devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, üniter devlet yapısı gelmektedir. Anayasa’ya göre, Atatürk Milliyetçiliği ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılma sebeplerinden biridir. Anayasa Mahkemesi bakımından, bu ilke, etnik kökenleri ne olursa olsun Türk vatandaşlarının bir ulus olarak birlikte yaşama arzusunu ifade eder⁸. Anayasa Mahkemesi’nin anlayışına göre, Atatürk Milliyetçiliği, Türkiye topraklarında farklı etnik kökenlerden gelen insanların bir tek ulus olarak birleşmiş olduklarını belirtmektedir⁹. Atatürk Milliyetçiliği, ırkçı ya da ayrımcı bir ilke olmaktan ziyade; ulus kavramını, birlikte yaşama arzusu doğrultusunda tanımlamanın bir aracıdır ve negatif bir ideolojinin aracı olarak kabul edilemez.

Atatürk milliyetçiliği, alt kimliklerin, sosyal ve kültürel farklılıkların ifadesini yasaklayan bir prensip olarak algılanmamalıdır. Ancak, ayrımcılık ve ayrılıkçılık bu prensip dahilinde yaptırıma tabi tutulabilir. Her iki durum da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde ve Türk iç hukukunda meşru sınırlandırma sebepleri olarak kabul edilmiştir.

⁸ Anayasa Mahkemesi E.1993/1, K.1993/2, KT. 23.11.1993.

⁹ Bu anlayışın ifade edildiği pek çok siyasi parti kapatma davasından biri olan Emek Partisi Kararı için bkz. E: 1996/1, K.1997/1, KT.14.02.1997, AYM Kararları Dergisi C.34/2, 1999, sy. 747.

İfadeler, ırk veya etnik farklılıklara dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluştuyorsa TCK 216. madde kapsamında kamu düzenine karşı açık ve yakın tehlike arz ettikleri takdirde cezalandırılabilir. Burada ifadenin cezalandırılması, içeriğinin Atatürk milliyetçiliğine karşı olmasından dolayı değil, kamu düzenine karşı açık ve yakın tehlike arz etmesi halinde söz konusu olabilecektir.

Atatürk ilkelerinin, konu bakımından sınırlama getirmek için en bariz şekilde kullanıldığı hüküm ise, **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun'un 4. maddesi a bendidir.** Bu bent ile kanallara devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Türkiye Cumhuriyeti'nin varlığına ve bağımsızlığına ve Atatürk ilkelerine aykırı yayın yasağı getirilmekte ve Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) çok ciddi yaptırım yetkileriyle donatılmaktadır. Yasağı ihlal eden yayın kuruluşunun yayını 1 ay süre ile durdurulmakta, ihlal tekrarlanırsa süresiz durdurma veya yayın lisansının iptali söz konusu olmaktadır. Bu hüküm, düşünce özgürlüğünü doğrudan konuya yönelik olarak sınırlamak için Atatürk ilkelerini kullanmayı mümkün hale getirmektedir. Ayrıca yayın kuruluşlarına uyarı verilmeden, RTÜK tarafından çok ciddi yaptırımlar uygulanabilmektedir. Dolayısıyla da ifade özgürlüğü hakkının, gerek öz, gerekse de ölçülük ilkesinin uygulanması bakımından (ölçüsüz yaptırımı ile) ihlaline zemin hazırlamaktadır.

Bu kısa ve genel ideolojik değerlendirmelerden sonra, ifade özgürlüğü hakkı bakımından ölçülülük ve rasyonelite gibi hukuki prensiplerin uygulanmasında sorunlara neden olan yasal düzenlemelere bir bakalım.

2. İfadenin Sınırlandırılmasında Ölçülülük Ve Rasyonellik Ölçütlerinde Sorunlar

İfade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasında en çok sorun yaratan durumlar, ifadenin neden ve ne zaman sınırlandırılmasının gerekli olduğunu gösterecek dış şartların net bir şekilde belirlenemediği hallere ilişkindir. Ayrıca sınırlandırmanın, korunan amacı yaratmaya elverişli olup olmadığı ve orantılı olup olunmadığı da sorun yaratabilecek hususlardır. Hakka yönelik en ciddi yaptırımları düzenleyen ceza kanunları, bu bakımdan dikkatle incelenmelidir.

Türk Ceza Kanunu'na belirttiğim perspektif ile bakıldığında sorunlu kimi maddeler derhal göze çarpmaktadır. **TCK 301** son yıllarda en çok tartışılanların başında gelmektedir. Bu madde, Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama suçunu düzenlemektedir. TCK 301. madde, eski TCK 159. maddenin neredeyse bir kopyasıdır. Şu fark-

la ki; eski kanun Türklüğün manevi şahsiyetine hakarettten söz etmekte idi, bu önce Türklüğü aşağılama, Nisan 2008’den itibaren de Türk Milleti’ni aşağılama suçu haline dönüştü ve Cumhurbaşkanı’na hakaret ve sövme suçu da maddeden çıkarılarak ayrı bir maddede (TCK 299. maddede) düzenlendi.

Türklüğün manevi şahsiyeti ya da Türklük gibi suçun ilk düzenlemelerinde yer alan kavramlar hem belirsiz oldukları hem de etnik ton taşıdıkları için eleştirilmişlerdi. Her ne kadar Yargıtay’ın Türklüğün anlamını somutlaştıracı bir içtihadı¹⁰ mevcutsa da, suçun kanuni unsurundaki belirsizliğin giderilemediği yönündeki eleştiriler devam etmişti. Yasal düzenlemenin öngörülebilir olması ve etnik ayrıma dayanmayan bir millet tanımını kapsaması gerektiği noktasında yoğunlaşan bu tartışmalar, maddede geçen “Türklük” kavramının, Türk Milleti olarak değiştirilmesi ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı’nın iznine bağlanmasıyla giderilmek istenmiştir.

Bakanlık izni hususu eski TCK 160/2. maddede de bulunmaktaydı. Savcılığa yapılan her başvuru hakkında, sonradan beraatla sonuçlanması muhtemel olsa da dava açılması ve bu şekilde başta gazeteci ve yazarlar olmak üzere kişilerin mağdur edilmemesi adına bir eleme yapılmasını sağlamak için izin şartı tekrar getirilmiştir. Ancak belirtmek gereklidir ki; burada yürütmeye tanınan müdahale imkanı, subjektif ve siyasi değerlendirmelere de kapı açmaktadır.

Nisan 2008’de, Meclis’de bir soru önergesine yanıt veren Adalet Bakanı Şahin, son beş yıl içinde 301. maddeden 1481 dava açıldığını, 6075 kişinin sanık sandalyesine oturduğunu ve 745 mahkûmiyet alındığını açıklamıştır¹¹. Bu davalar maddede geçen diğer kurumları aşağılamayı da içine almaktadır. Bakan Şahin, bir gazeteye yaptığı açıklamada, madde değiştirildikten sonra Aralık ayı itibarıyla son 6 ayda dava açılması istemiyle Bakanlığa 462 dosya ulaştırıldığını, bunlardan 58’ine soruşturma izni verildiğini, söz konusu sayının da taleplerin ancak yüzde 19’una karşılık geldiğini ifade edilmiştir¹². Burada Bakanlık tarafından ciddi bir eleme yapıldığı açıktır. Ancak elemeyi yapanın da siyasi bir organ olması ve maddede geçen Hükûmeti alenen aşağılama suçunun soruşturulmasına izin verecek organın da Hükûmet’in bir parçası olarak taraf konumunda bulunması şüphesiz eleştiriye açık hususlardır.

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.2006/9-169, K.2006/184, KT.11-07.2006.

¹¹ Hürriyet Gazetesi, 15 Nisan 2008, <http://arama.hurriyet.com.tr/arsivnews.aspx?id=8704543> (en son Aralık 2008’de görüldü).

¹² Radikal Gazetesi, 12 Aralık 2008. <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetay&VersionID=&Date=&ArticleID=911929> (en son Aralık 2008’de görüldü).

Aynı şekilde eski Ceza Kanunu’nun çok sorunlu bir diğer maddesi de 175. maddesi idi. Bu madde dinlere hakaret suçunu düzenliyordu ve Aydın Tatlav gibi, din kurumuna eleştirel bakan yazarların cezalandırılmasında kullanılmıştı¹⁵. Bir dine ve onun söylemlerine eleştirel bakmak, örneğin; şu din veya dinler kadınları ezmektedir ya da sınıfsal kontrol aracıdır gibi ifadeler hakaret olarak kabul edilmemelidir. Bu bakımdan 175. maddenin kalkmasını olumlu karşılıyoruz. Bu türden ifadelere müdahale ancak nefret suçlarını önlemek için yapılmalıdır. **Yeni TCK 216/3 ve 125. maddeler** bu yönde yorumlanmaya daha müsait gözükmemektedir. TCK 125. md bir kişiye karşı dini inanç ve değerlerinden dolayı hakaret edilmesini, 216/3. md bir grubun inanç ve değerlerinden dolayı aşağılanması yasaklamaktadır. Bu bakımdan mevcut sorun aşılmış gibi gözükmemektedir. Ancak yeni TCK 216/3. maddenin, eski TCK 175’in bir devamı gibi okunması halinde, yani dine karşı eleştirel her bakış, özellikle bir grubun aşağılanması olarak yorumlanırsa ifade özgürlüğü hakkını ihlal eden anlayış devam ettirilmiş olacaktır. Her olayda aşağılama kastı net bir şekilde araştırılmalıdır.

Yürürlükteki hukukun sorunlu maddelerine dönecek olursak, 5816 sayılı Kanun’da düzenlenen **Atatürk’ün hatırasına alenen hakaret suçu** bunlardan biridir. Birçok örnekte bu hükmün, Kemalist düşünceye eleştirel yaklaşan kişilere ya da kimi tarihi olayları değerlendiren tarihçilere karşı kullanıldığını görüyoruz. Açılan soruşturmaların bir kısmı takipsizlikle sonuçlanırken, bir kısmı mahkemeye kadar ulaşabilmekte, hatta mahkûmiyet kararları alınabilmektedir. Hiç şüphesiz bu uygulamalar ifade özgürlüğü hakkına aykırıdır. Nitekim, Odabaşı-Koçak Türkiye’ye karşı davasında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de söz konusu uygulamaları sözleşmeye aykırı bulmuştur¹⁶. Bu düzenleme kaldırılmalıdır.

Diğer bir sorunlu hüküm, **TCK 318.** maddedir. Halkı askerlikten soğutacak şekilde telkinde bulunma ve propaganda yapma suçunu düzenlemektedir. Eski TCK 155’de düzenlenen **halkı askerlikten soğutma** suçunun devamıdır. Eski maddede iki sorun mevcuttu. İlki bu suçlardan yargılanan sivillerin barış zamanı askeri mahkemelerde yargılanmasıydı. Bu durum adil yargılanma hakkının bir ihlali olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde mahkûmiyetlere neden olmuştu¹⁷. Uyum yasaları kapsamında Askeri Mahkemelerin Kuruluşu hakkındaki 353 sayılı Kanun’da yapılan değişikliklerle mevcut sorun aşılmış gözükmemektedir.

¹⁵ Aydın Tatlav, başvuru no: 50692/99, 2 Mayıs 2006.

¹⁶ Odabaşı ve Koçak Türkiye’ye karşı Davası, başvuru no.50959/99, 21 Şubat 2006.

¹⁷ Ergin Türkiye’ye karşı davası, başvuru no.47533799, 4 Mayıs 2006, Düzgören Türkiye’ye karşı davası, başvuru no.56827/00, 9 Kasım 2006.

Eski TCK 155. maddeden kaynaklanan ikinci sorun, zorunlu askerlik hizmetine barışçıl yollardan muhalefet eden vicdani retçilere karşı verilen mahkûmiyet kararlarıdır. Ergin davasına konu olan olaydaki gibi asker uğurlama törenlerine ve askerliği yücelten söylemlere muhalif basın açıklamaları ya da Düzgören davasındaki gibi vicdani retçilerin söylemlerini kamuoyuna anlatmak için halka dağıtılan el ilanlarının takibata uğratılması ifade hürriyeti hakkını ihlal etmektedir¹⁸.

Burada ölçü şudur:

İfadeler şiddet kullanımını tahrik etmiyorsa, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmiyorsa, nefret suçu kapsamında değilse ya da asker adaylarının derhal ordudan ayrılmasını sağlamak için onlara yönelik bir tahrik kapsamında değilse özgür olmalıdır.

Askerlik karşıtı söylemler doğrudan tüm kamuoyunu hedef alıyorsa, asker adaylarına yönelmiyorsa, vicdani reddin sebeplerini açıklamaya odaklanıyorsa, derhal askerden kaçmayı teşvik etmiyorsa serbest olmalıdır. Oysa söz konusu madde propaganda suçu getirerek, özgür olması gereken ifadeleri de hedef almaktadır. Bu bakımdan TCK 318. madde, eski TCK 155'i devam ettirmekte ve askerleri itaatsizliğe teşvik suçunu düzenleyen 319. maddeden farklı olarak da, halka, kamuoyuna yönelen ifadeleri cezalandırmaktadır. Eski TCK 155. maddeden kaynaklananlara benzer ihlallere dayanak teşkil edebilecek niteliktedir.

Sorunlu teşkil eden diğer düzenlemeler **Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 6 ve 7. maddeleridir**. TMK 6. maddesindeki sorun, terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklama ve yayma suçunun düzenlemesinde ve uygulanmasındadır. Maddenin, terörle mücadele kapsamında kamu görevlilerinin hukuk dışı eylemlerinin haber konusu yapılmasını önleyici şekilde kullanılmaması gereklidir. Bunun için de sanıklara haberlerini ispat hakkı tanınmalı ve şiddeti tahrik amacı ile değil, halkı bilgilendirme amaçlı, iyi niyetle yapılmış yayınlar suç kapsamından çıkarılmalıdır. Hedef göstermeden farklı olarak, kamu görevlilerinin uygulamalarını eleştirmek, kamuyu bilgilendirmek amaçlı yapılan yayınların bu kapsama alınması halkın haber alma hakkına yönelik ciddi bir müdahale olacaktır. 2006 yılında maddede yapılan değişiklikle öngörülen ceza, para cezasından hapis cezasına çevrilerek ağırlaştırılmıştır. Ancak uygulamada ispat hakkı tanınmadığı gibi, 2. fıkrasındaki terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını basıp yayma suçunda, özel bir örgüte yardım kastı da aranmamakta-

¹⁸ Ergin Türkiye'ye karşı davası, başvuru no.47533799, 4 Mayıs 2006, Düzgören Türkiye'ye karşı davası, başvuru no.56827/00, 9 Kasım 2006.

dır. Gazeteciler, destek amaçlı olmasa bile örgütle ilgili haberlerde ceza alabilme tehlikesi ile karşı karşıyadır¹⁹. Bu durum, kamuoyunun gerçekleri öğrenme hakkına yönelik bir kısıtlama teşkil etmektedir. Suça özel kast eklenmelidir.

TMK 6. madde ayrıca suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da ceza sorumluluğu getirilmiştir. Benzer düzenleme 7. maddedeki örgüt propagandası suçu içinde geçerlidir. Bu da ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Kaldırılmalıdır.

TMK 7. madde terör örgütü propagandasını düzenlemektedir. Bu suç meşru bir hukuki menfaati korumak için getirilmişse de daha açık ve öngörülebilir bir tanıma ihtiyacı vardır. Daha önceki maddede şiddet ve terör yöntemlerini teşvik ve tahrik edecek şekilde örgüt propagandasından bahsediyordu ve bu haliyle söz konusu netliğe sahipti. Ancak “şiddet ve terör yöntemlerini teşvik ve tahrik edecek şekilde” ifadesi maddeden çıkarılınca, örgüt propagandası suçu ile suçun ve suçlunun övülmesini yasaklayan TCK 215 arasında bir örtüşme doğmuştur. Daha önce şiddet ve terör yöntemlerini teşvik etmediği için TCK 215 kapsamında değerlendirilen ifadeler²⁰, bundan böyle daha ağır bir ceza getiren suçun özel görünümü olarak TMK 7/2 kapsamına girecek şekilde yorumlanabilecektir. TMK 7/2. madde, 5 yıla kadar hapis getirirken TCK 215. madde 2 yıla kadar hapis cezası getirmektedir.

Hangi eylemlerin suçu ve suçluyu övme olup TCK 215 kapsamında, hangilerinin örgüt propagandası olarak TMK 7 kapsamında değerlendirileceği konusunda yasal bir netlik yoktur. Değişiklikten önce terör örgütünün eylemlerinin övülmesi durumunda Yargıtay ve mahkemeler suçun ve suçlunun övülmesi yasaklayan TCK 215’i uygulamaktaydı. Terör örgütünce işlenen suçları meşru saymak, iyi görmek TCK 215 içine giriyordu. Maddelerin son haline bakılarak “ben bir Kürdistanlı olarak, Kürdistan’da Sayın Abdullah Öcalan’ı bir siyasal irade olarak görüyorum ve kabul ediyorum” biçimindeki ifadeler, Yargıtay’ca TMK 7/2 madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Diğer sorunlu düzenlemeler özellikle basın ve yayın hakkı ile ilgilidir. Basın Kanunu madde 3/2’de Anayasa ve AİHS 10. maddede’ki sınırlama sebepleri sayılarak, söz konusu menfaatlerin korunması için basın özgürlüğüne müdahalede bulunulabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme tehlikeli yanlış anlamalara yol açabilecek gereksiz bir tekrardır. Söz konusu sınırlama sebepleri, Anayasa ve AİHS’nde yer alır ve muhatabı yasa koyucudur. Yani ya-

¹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E.1993/9-157, K.1993/190, T.20.09.1993.

²⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2007/9-69, K. 2007/99, T.17.4.2007.

sa bu sebepleri tekrarlamamalı, somutlaştırmalıdır. Yasa sebepleri sayar ise, sanki yürütme ve yargı direk bu sebeplerle sınırlama uygulayabilmiş izlemi doğmaktadır.

Yeni Basın Kanunu, eski Kanun'daki (16. md) sorumlu editörlerin objektif sorumluluğunu sorununu, yani kendi işlemedikleri suçlardan dolayı cezalandırılmaları durumunu kısmen gidermektedir. Yeni Basın Kanunu 11. madde, dava konusu yazılara karşı çıkmaları halinde yayıncı, sorumlu müdür ve editörlerin sorumlu tutulmayacaklarını düzenlemektedir. Ancak, Kanun bu haliyle de basın ve yayın dünyasında yayımcı, sorumlu müdür, genel yayın yönetmeni, editör gibi sorumlu konumdaki kişileri oto sansüre teşvik etmekte ve son noktada asıl faillere ulaşamadığı hallerde kendi yazmadıkları yazılardan dolayı bu kişileri cezalandırmaktadır. Basın özgürlüğü esas alınarak madde yeniden düzenlenmelidir.

Basın Kanunu 19. maddesi'nde düzenlenen **yargıyı etkileme** suçu, incelenmesi gereken bir diğer hükümdür. Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, **Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlayan** kimse, iki bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza, bölgesel süreli yayınlarda on bin liradan, yaygın süreli yayınlarda yirmi bin liradan az olamaz. Görülmekte olan bir dava kesin kararla sonuçlanıncaya kadar, bu **dava ile ilgili hâkim veya mahkeme işlemleri hakkında mütalaa yayımlayan** kişiler hakkında da birinci fıkrada yer alan cezalar uygulanır. Basın Kanunu 19. madde, bilinmesinde kamu yararı bulunan kimi bilgilerin kamudan saklanması sonuçlayabilir. Yargıyı etkileme özel kastı aranmalıdır.

Benzer bir hüküm **TCK 288'de** düzenlenen **adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs** suçudur. Bu madde de ceza davalarını kapsamına almakta, başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmayı altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacak bir suç olarak düzenlemektedir. Bilinmesinde kamu yararı bulunan haller madde kapsamı dışında kalmalı, adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilgili bulunmayan bilgilerin kamuoyunda tartışılması engellenmelidir.

Gerek Basın Kanunu 19. madde, gerekse de TCK 288. madde yargıyı eleştiren ya da kamuoyunu bilgilendirmeye çalışan ifadeleri de kapsamlarına alabilecek kadar geniştir. TCK 288. madde'deki suç, yargıyı etkilemek özel amacını öngörmekle birlikte, Basın Kanunu 19. madde'de bunu göremiyoruz. Sa-

dece 2006 yılı içinde 17 gazeteci işkence ve yolsuzluk haberleri yaptıkları için yargıyı etkilemeye teşebbüs suçu kapsamında takibata uğramışlardır²¹. Durum TCK 288.md. için de pek farklı değildir. Yıllardır sonuçlandırılmayan yolsuzluk dosyalarını haber yapan gazeteciler, Hürriyet muhabiri Nurettin Kurt’un başına geldiği gibi, oldukça hızlı şekilde ceza alabilmektedir²². Kimi gazete ve gazeteciler ise, bazı dava dosyaları ve mahkeme işlemlerinin içeriğini, adil yargılanma hakkını sarsacak şekilde yayınlamalarına rağmen hiç bir takibe uğramamaktadır.

Halkın haber alma ve bilme hakkına yönelik ölçsüz sınırlamalar getiren bir diğer hüküm de **Radyo ve Televizyon Yayınları Hakkında Kanun’un (RTYHK) 4. maddesi’ndeki** yayın ilkeleridir. Özellikle a, b ve c bentleri yayın durdurma, lisans iptali gibi çok ciddi sonuçlara gidebilecek yasaklar getirmektedir. Bu bentler: “a) Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlık ve bağımsızlığına, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Atatürk ilke ve inkılâplarına aykırı yayın yapılmaması. b) Toplum şiddete, teröre, etnik ayrımcılığa sevk eden veya halkı sınıf, ırk, dil, din, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik eden veya toplumda nefret duyguları oluşturan yayınlara imkân verilmemesi. c) Yayıncılığın, gerek yayın organı, gerekse hisse sahipleri ve üçüncü derece dâhil olmak üzere üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımları veya bir başka gerçek veya tüzel kişinin haksız çıkarları doğrultusunda kullanılmamasını” yasaklamaktadır. Bu yasakların ihlali, aynı kanunun 33. maddesi uyarınca, uyarısız bir ay yayın durdurma, tekrarında lisans iptaline kadar gidecek yaptırımlarla karşılanmaktadır. Bu bentlerde yer alan soyut, oldukça geniş alanı kapsayan ifadelerle bakılarak, ölçsüz ve haber alma, bilme hakkını zedeleyici yayın yasakları uygulanması hiç de zor değildir. a bendi kaldırılmalı, b bendi korunan faydalara karşı açık ve yakın tehlike oluşturan, kamu düzenini ciddi şekilde bozan ya da bozma tehlikesi yaratan yayınları kapsar hale getirilmeli ve son olarak da c bendi “haksız çıkar” ifadesi somutlaştırılarak yeniden düzenlenmelidir.

Aynı maddenin **e, k, n, t bentleri de** sorunludur. Şöyle ki; e bendinde **toplumun millî ve manevî değerlerine ve Türk aile yapısına aykırı** yayınlar yasaklanmakta bunun takdiri de Radyo Televizyon Üst Kurulu gibi yapısı ve oluşumu oldukça sorunlu bir kurula bırakılmaktadır. Bu değerlerin neler olduğu belli olmadığı gibi, ifade özgürlüğü hakkını zedeleyen kısıtlamalara da dayanak oluşturu niteliktedir. Söz konusu bent, yayın kuruluşlarına muhafazakar bir bakışla, sansür ve otosansür uygulatabilecek güçtedir. Belli bir dünya görüşüyle uyuşmayan tüm ifadeler, görüntüler, tartış-

²¹ <http://www.bianet.org/2006/02/03/74161.htm> (en son Aralık 2008’de görüldü).

²² “Skandalı yazdı, mahkûm oldu”, Milliyet Gazetesi, 20.10.2008.

malar milli ve manevi değerlere, Türk aile yapısına aykırı görülebilir. Bunun takdiri de iktidar partisinin egemenliğinde bir kurul olan RTÜK'e bırakılmaktadır. e bendi kaldırılmalıdır.

RTYHK 4/ k bendi de benzer şekilde geniş ve belirsiz bir kısıtlama getirmektedir: **Kişileri suç işlemeye yönlendirecek veya korku salacak yayın yapılması** yasaklanmıştır. Bu belirsiz formüllerin bazı dış, çevresel koşullara bağlanması gereklidir. Diğer bir deyişle, yayının yaratacağı zarar tehlikesinin ölçümüne yönelik çevresel şartlara ve rasyonel zarar tehlikesinin tespitini sağlayacak ölçütlere ihtiyaç vardır.

RTYHK'un 4. maddesi n bendi de sorunludur. Buna göre; yayın organları, siyasî partiler ve demokratik gruplar arasında fırsat eşitliğini sağlamak, tek yönlü, taraf tutan yayın yapmamak, seçim dönemlerinde belirlenen seçim yasaklarıyla ilgili ilkelere aykırı davranmamak yükümlülüğündedir. Madde'nin n bendinin "taraf tutarak yayın yapılamaz" bölümü, demokratik toplumlarda siyasi düşünce açıklamaları bakımından sorun yaratacak niteliktedir. Bu hüküm uyarınca, yayın organlarının yayın politikalarına, iktidar partisinin kontrolündeki bir kurulca, doğrudan siyasi sebeple müdahale yapılabilmesi mümkün olmaktadır. Demokratik tartışma ortamı içerisinde yayın kuruluşları bazı politikaları destekleme kararı alabilir ve bu da demokrasinin özünde var olan bir husustur. Bent yalnızca, seçim yasakları ve fırsat eşitliğini içine alacak şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Son olarak, RTYHK 4/t bendi müstehcen yayınları yasaklamaktadır. Bu da küçüklerin korunması amacı olmaksızın, yetişkin insanların neleri seyredip seyredecekleri yönünde konuya yönelik bir sınır getirmektedir. Bu haliyle de kişinin bireysel alanına ve ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahaledir. Madde'nin t bendi, küçüklerin korunması amacı dışında kalan alanlara müdahale etmeyecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

Tüm bu düzenlemelerin dışında, medya patronlarının ticari çıkarlarına basın yayın kuruluşlarının alet edilmesi, kartelleşme gibi sorunlar da, basın özgürlüğü önündeki büyük ve halledilemeyen engellerdir. Medya patronları üzerinde baskı uygulanarak oto sansür yaratılmaya çalışılması da ne yazık ki son yıllarda çok rastladığımız ve hükümetlerce açıkça yapılan bir uygulama haline gelmiştir. Medya patronlarının yürütmekte oldukları ticari faaliyetlere baskı uygulamak ya da bu yönde tehdit yaratmak suretiyle oto sansür sağlanmaya çalışılması da basın üzerinde çok ciddi bir tehdittir. Yolsuzluk haberleri başta olmak üzere hükümetin kimi uygulamalarını halka ileten ya da eleştiren haberleri yazan ya da yayınlayan kuruluşlar açık ve örtülü tehditlere ve ticari baskılara maruz kalmaktadır. Deniz Feneri Derneği'nin yolsuzluklarını ve bu derneğin Almanya'daki yargılamasını halka du-

yuran Doğan Medya Topluluğu’na, bedava dağıtılan kömürün yol açtığı hava kirliliği haber yapan Akşam Gazetesi ve bağlı olduğu Türkmedya Topluluğu’na, eski Kanal Türk ve burada çalışan kimi gazetecilere Maliye Bakanlığı’nca verilen cezalar bu çeşit baskının örnekleridir. Bahsedilen türden uygulamalar demokrasi ve özgürlükçü demokrasi için ciddi tehditlerdir.

Polis Vazife Selahiyetleri Kanunu 8/d bendi de incelenmesi gereken bir düzenlemedir. Polisin bulduğu deliller üzerine, mahallin en büyük mülkî amiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzene, genel güvenliğe ve genel ahlâka zararı dokunacak **oyun oynatılan, temsil verilen, film veya video bant gösterilen yerler ile internet üzerinden yapılan yayınlara izin verilen yerleri**, otuz günü geçmemek üzere geçici süreyle faaliyetten men edebilir. İdare tarafından polisten gelen taleple oyun, film ve dinletilerin yasaklanabilmesi, ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmektedir, karar yargı organlarınca alınmalıdır.

Benzer şekilde **TCK 226. madde’de** düzenlenen müstehcen materyallerin basım ve yayımını yasaklayan kural da, kişilerin kendi seçimleri doğrultusunda, küçüklere ve diğer meşru hukuki menfaatlara zarar vermeden yaptıkları tercihlere bir müdahaledir ve kaldırılmalıdır.

Borçlar Kanunu 49. ve Medeni Kanun 24-25. maddeleri uyarınca kişilik haklarının korunması amacıyla uygulanan maddi ve manevi tazminatların tespit edilmesinde, Yargıtay oldukça liberal ölçütler uygulamaktadır. Ancak bu maddelerin uygulanmasında da sorunlar mevcuttur. Tazminat talebine konu olan ifadeler doğruysa ve bu bilgi kamu yararına ise korunmakta, talep reddedilmektedir. Basın, haberin doğruluğu konusunda kendisinden beklenen gerekli özeni göstermiş ise, sorumlu tutulmamaktadır. Haber doğru değilse ya da sadece duyuma dayalı ise tazminata hükmedilmektedir. Öte yandan, **kimi değer yargılarının doğruluğu araştırılmaz veya ispatlanamaz ama siyasi görüş açıklaması niteliği taşıyorsa İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarınca korunur**²³. Değer yargılarını aynı ölçütle manevi tazminat kapsamına alamayız. Özellikle de zaten kamuoyunca bilinen bilgiler üzerinden üretilmişlerse korunmalıdırlar. Turhan Türkiye’ye karşı davasında buna rastlıyoruz. Mehmet Talat Turhan’ın kitabı *Özel Savaş Terör ve Kontragerilla*, eski Devlet Bakanı Kilercioğlu hakkında basında zaten bilinen iddialara dayanarak kimi subjektif değerlendirmelere yer vermişti²⁴. Söz konusu olayda tazminata hükmedilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni ihlal eder mahiyette bulunmuştur.

²³ Feldek Slovakya’ya karşı Davası, başvuru no. 29032/95, 12 Temmuz 2001.

²⁴ Turhan Türkiye’ye karşı Davası, başvuru no. 48176/99, 19 Mayıs 2005.

Söz konusu maddelerin uygulanmasında karşılaşılan diğer bir mesele de, tazminat miktarlarının kişiye verilen zarara göre değil de, ifadeyi cezalandırmak üzere verilmesidir. Buna örnek bir olay, Pakdemirli davasıdır. Ekrem Pakdemirli, Cumhurbaşkanı Demirel hakkında sarf ettiği sözlerden manevi tazminata mahkum edilirken, ortaya çıkan zararlar orantılı bir miktara değil, ceza verme amacına göre ağır bir paraya hükmedilmiştir²⁵. Bu da Türkiye'nin mahkumiyetine yol açmıştır. Tazminat daima oluşan zarar ile orantılı olarak düzenlenmelidir.

3. Hakkın Kötüye Kullanılması

Anayasa'nın 14. maddesi hakkın kötüye kullanılmasını devlete ve kişilere yasaklamaktadır. Bir hakkın ortadan kaldırılması ya da Anayasa'da gösterilenden daha fazla sınırlandırılması amacıyla diğer hakların kullanılması yasaklanmaktadır. Bu genel çerçevede içinde, Anayasa'nın 14. maddesi, hakların belirtilen stratejik amaçlarla kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır.

Böylece ifade özgürlüğü hakkının, yalan veya nefrete dayalı ifadeleri yaymak ya da üçüncü kişilerin meşru hukuki menfaatlerine zarar vermek için kullanılmasını yasaklayan düzenlemelerin anayasal dayanağını sağlamış olmaktadır.

Hukuk sistemimizde, başta kişilik haklarının korunması olmak üzere, ifade özgürlüğü hakkının kötü niyetli kullanımından zarar görebilecek hukuki menfaatlerin korunmasına yönelik çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların başında kişilere yönelik hakaret ve iftira suçları gelir. Ayrıca kişilik haklarına yönelen ifadelerden doğan cevap, düzeltme, manevi tazminat gibi hususlar da hukukumuzda bulunmaktadır.

Bu hukuki araçların, kitle iletişimlerinin çeşitlenerek yayıldığı çağımızda özellikle magazin basınına karşı kişinin haklarının korunması yönünde artarak kullanıldığına şahit oluyoruz. Buraya kadar AY 14/2. madde'nin dayanaklık ettiği uygulamaların, en azından amacı bakımından ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmediğini söyleyebiliriz. Bu uygulamalarda karşılaşılan sorunlar genellikle bireysel davalarda ölçülülük ilkesinin doğru uygulanmamasından kaynaklanmaktadır.

AY 14. madde'nin ilk fıkrası ise dikkatle okunup yorumlanması gereken bir hükümdür. Hiç bir hakkın devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü, insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kal-

²⁵ Pakdemirli Türkiye'ye karşı Davası, başvuru no.35839/97, 22 Şubat 2005.

dırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamayacağını düzenlemektedir. Düzenleme, düşünceden çok faaliyete yönelik gibi gözükse de toplu düşünce açıklamalarını da içine almaktadır.

Maddeden kaynaklanabilecek en önemli sorun, bölünmez bütünlük, laiklik ve özgürlükçü demokrasinin birbirini mümkün kılan ve tamamlayan ilkeler olarak okunmamasıdır. Bu ilkelerin negatif ideolojik temeller olarak değil, meşru hukuki menfaatler çerçevesinde ve ölçülülük ilkesi dahilinde uygulanması gereklidir. O şekilde uygulandıklarında kamu düzeni, kamu barışı ve özgürlükçü demokrasinin gerçekleşmesini sağlayan temel değerler olarak vazgeçilmezlerdir.

SONUÇ

Sorunlu alanlara odaklanarak kısaca incelediğimiz manzaradan çıkan temel sonuçlar şöyledir:

1. İfade hakkına yönelik en ciddi sınırlamalar, negatif bir ideolojinin varlığından ziyade, meşru hukuki menfaatleri korumaya çalışırken rasyonel zarar tehlikesinin varlığının doğru tespit edilememesi ve bununla ölçülü sınırlamalar getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Zarar tehlikesinin önlenmesi için zorunlu, bu tehlikeyi gidermeye elverişli ve önlenen zarar tehlikesi ile orantılı sınırlamalar uygulanmasında problemler bulunmaktadır. Hem yasama organı hem de yargı organının somutlaştırma faaliyeti sırasında ölçülülük ilkesinin doğru uygulanmadığı haller mevcuttur. Bu uygulamalar demokratik toplum düzeninin gerekleri dışına taşmaktadır.
2. Hükümeti eleştiren siyasi fikir açıklamalarına karşı baskılar mevcuttur. Bu baskılar bazen hukuki yolların harekete geçirilmesi, bu şekilde sonuca ulaşılamadığında siyasi baskı ve oto sansürün harekete geçirilmesi ile yapılmaktadır. İdeolojik olarak azınlıkta kalan görüşlere ya da kişilere karşı toplumsal ve siyasi hoşgörü ve tahammülde sorunlar mevcuttur. Toplumsal hoşgürsüzlük zaman zaman bu türden ifadelerin açıklanmasına karşı baskıya da dönüşebilmektedir.
3. Basın Kanunu, Radyo Televizyon Yayınları Hakkındaki Kanun’da, Terörle Mücadele Kanunu’nda, Ceza Kanunu’nda, Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun’da önemli sorunlar mevcuttur. Yasama organının somutlaştırma faaliyetinde karşılaşılan sorunlar, yasalara oradan da yargı organlarının uygulamalarına yansımaktadır.

SİYASAL PARTİLERİN BAZI ÇAĞDAŞ SORUNLARI VE YENİDEN YAPILANDIRILMASI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

*Yrd.Doç.Dr. Ekrem Ali AKARTÜRK**

Partilerin siyasal kurumlar üzerinde yarattığı etkiler, devlet ve toplum ile olan ilişkileri çok boyutlu bir görünüm kazanmıştır. Ne var ki, partilerin hukuksal rejimini düzenleyen yasal ve anayasal hükümler böylesine karmaşık ve çok boyutlu siyasal ilişkileri kavrayacak yeterlilikte değildir. Bugünkü çağdaş demokrasilere siyasal partiler biçim verdi. Günümüz demokrasi ve hukuk anlayışı da artık yarının siyasal partilerine yeni bir biçim vermek durumundadır.

Giriş

Günümüzde siyasal partiler olmadan demokratik rejimlerin işleminin mümkün olamayacağı ortak kabul gören bir anlayıştır. Gerçekten de, demokratik işleyişin merkezi bir aktörü olarak, partiler, siyasal katılımın örgütlü düzeyde gerçekleştirildiği mekânlardır. Öyle ki, anayasal rejimin işleyişi, kuvvetler ayrılığı, hükümet sistemi ve parlamentoların işleyişinde partilerin belirleyici bir rol oynadıkları görülüyor. Bu nedenle, parti sistemleri, partilerin iç işleyişleri kısaca siyasal parti olgusunun, anayasal ve siyasal rejim üzerindeki etkileri kapsamlı bir inceleme konusu olacak denli zengin bir içeriğe sahiptir.

İlk olarak Batı'da XIX. yüzyılın sonlarına doğru beliren partiler, seçme hakkının yaygınlaşmasına ve parlamentoların egemenliklerini kabul ettirmesine bağlı olarak ortaya çıkmıştır. Parlamentoların yaygınlaşması, siyasal yakınlaşma ekseninde parlamentolarda siyasal gruplar oluşmasına ne-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

den olmuştur. Parlamento üyeleri eylemlerinde uyum sağlayabilmek ve tekrar seçilebilmek için ortak niteliklerine göre gruplaşma gereğini duymuşlardır¹.

Klasik liberal anlayış, siyasal birim olarak yalnızca bireyi kabul ettiğinden siyasal bir olgu olarak ortaya çıkan partileri görmezden gelmiş onu hukuk alanına dâhil etmekten kaçınmıştır. Bu nedenle siyasal bir olgu olarak ortaya çıkan partiler, liberal bireyciliğin de etkisiyle uzunca bir süre hukuksal tanıma görmemişler ve varlıklarını siyasal bir olgu olarak sürdürmüşlerdir. Hatta hukuksal düzenlemelere konu olduğu erken dönemde bile parti-dernek ayrımının yapılmadığını, bu kurumlara alelade dernek statüsünün uygulandığını ve bunların seçim örgütleri düzeyinde algılandığını görüyoruz.

Ancak, oy hakkının yaygınlaşması, parlamentoların siyasal karar alma süreçlerinde belirleyici bir rol almaları, partileri demokratik siyasal yaşamın baş aktörleri haline getirmiştir. Giderek demokrasi “*partiler demokrasisi*”, devlet de “*partiler devleti*” olarak anılmaya başlanmıştır. I. ve II. Dünya Savaşları arasında Almanya ve İtalya’da ortaya çıkan totaliter partilerin, demokratik usullerden de yararlanarak iktidara gelmeleri ve demokratik düzeni baskı ve şiddet yoluyla yıkarak demokrasiye son vermeleri partilerin özel hukuk kurallarına bağlanmasını gerektirmiştir. Böylece yapılan hukuksal düzenlemelerle, hem demokratik rejimin partilere karşı korunması; hem de partilerin devlete karşı hukuksal güvenceyle donatılması yoluna gidilmiştir.

Siyasal partilerin özellikle anayasal rejime dâhil edilmeleri temelde iki yönlü işlev görmüştür. Bir yandan bireysel bir özgürlük olarak parti özgürlüğü, temel hak güvencesiyle donatılmıştır. Diğer yandan da, partilere –derneklerden ayrı– ayrıcalıklı bir statü yaratılarak, bu kuruluşların işlev ve yapıları kurumsal güvenceye kavuşturulmuştur. Bazı ülkelerdeki uygulama açısından, hukuksal düzenlemelerin üçüncü işlevinin partilerin yasaklanması ya da kapatılmaları yoluyla demokratik rejimin korunması biçiminde ortaya çıktığını görüyoruz.

Bugün halen, siyasal sistemin en dinamik kuruluşları olarak partilerin, seçim sistemleri, kuvvetler ayrılığı, hükümet modelleri, siyasal istikrar gibi konular üzerinde doğrudan etkili olduklarını kabul etmek gerekir. Partilerin demokratik işleyişteki rollerinin aşırı ölçüde artması, bu kuruluşların top-

¹ Partilerin kökeni konusunda bkz. Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, Çev. Ergun Özbudun, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1993, s. 15 – 31; Ergun ÖZBUDUN, **Siyasal Partiler**, AÜHF Yayını:440, 4. bası, Ankara, 1983, s. 19-35.

lum ve devlet hayatı üzerinde giderek daha büyük etki kazanmalarına yol açmıştır. Bu çerçevede, özellikle siyasal katılım yollarının partilerin tekeline geçmesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmesi, devletin partileşmesi ya da partinin devletleşmesi gibi olumsuz etkiler ortaya çıkabilmektedir. Partilerin siyasal kurumlar üzerinde yarattığı etkiler, devlet ve toplum ile olan ilişkileri çok boyutlu bir görünüm kazanmıştır.

Ne var ki, partilerin hukuksal rejimini düzenleyen yasal ve anayasal hükümler böylesine karmaşık ve çok boyutlu siyasal ilişkileri dengeleyecek yeterlilikte değildir. Kaldı ki bu tür bir işlevi salt hukuksal düzenlemelerde aramak da yanıltıcı olabilir. Bununla birlikte, partilerin kaynaklık ettiği ya da en azından ilişkili olduğu bu yeni sorunların tanımlanması, tartışılması ve çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi gerekiyor. İkinci kuşak partiler hukuku kavramı da işte bu amaca hizmet eden bir kavram olarak karşımıza çıkıyor. Bu anlamda partilerle ilgili pozitif hukuk kurallarının, uzunca bir süre uygulanmasıyla yeni bir boyut kazanan parti olgusunun ortaya çıkardığı düzenleme gereksinimi “*İkinci Kuşak Partiler Hukuku*”nun konusunu oluşturuyor².

Bizim bu tebliğdeki amacımız, siyasal parti olgusunun yarattığı ve düzenleme gereksinimi doğan sorunları, siyaset biliminin verileri ışığında ve ikinci kuşak partiler hukuku çerçevesinde belli başlıklar altında toplayıp çözüm önerilerini tartışmaktır.

I) Partilere Duyulan Güvensizlik

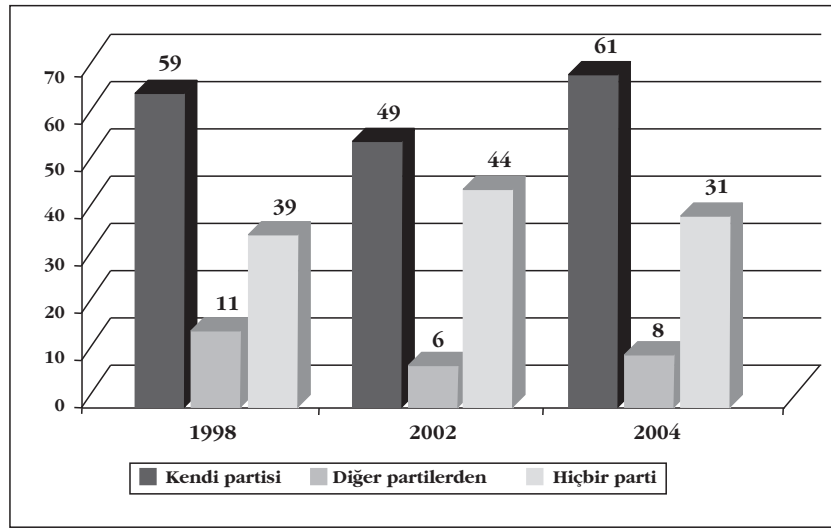
Siyasal partiler, gerek iktidar, gerekse muhalefet partisi kimlikleriyle hitap ettikleri seçmen kitlesinin beklentilerini, tercihlerini, genel anlamda siyasal yönelimlerini yansıtan birer siyasal katılım aracı olarak, toplum ile devlet arasında köprü işlevi görürler. Bu köprünün sağlam ve sağlıklı temeller üzerine oturmuş olması, partilere duyulan güveni artırdığı gibi siyasal katılımı ve demokrasiye olan inancı da güçlendirir.

Günümüzde birçok ülkede partilere duyulan güven çeşitli nedenlerle giderek azalıyor. Uluslararası Saydamlık Örgütü’nün (Transparency International) yaptığı “*Dünya Yolsuzluk Barometresi*” adlı çalışmada, inceleme yapılan 69 ülkeden 45’inde siyasal partiler yolsuzluğa en çok bulaşmış kurum

² “Birinci ve ikinci kuşak partileri hukuku” ayrımı, ilk defa, Alman partiler hukuku uzmanı Martin MORLOK tarafından yapılmıştır. Bkz. Martin MORLOK, “Für eine zweite Generation des Parteienrechts”, *Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Europäisches Parteienrecht*, Fern Universität Hagen, Heft: 4, s. 53-68.

olarak gösterilmiştir³. Türkiye’de de siyasal partilere duyulan güven giderek azalmaktadır. Hatta aşağıda yer alan tabloda da görüldüğü gibi, parti yandaşlarının kendi partilerine duydukları güven dahi ortalama %50 civarındadır.

Tablo-I Sorunların Çözümü İçin Parti Yandaşlarının Kendi Partilerine Duydukları Güven⁴



Partilere duyulan güvensizliğin önemli bir sonucu da; siyasal katılımın düşmesi özellikle seçimlere katılım oranlarının bu dönemlerde gerilemesidir. Örneğin, Türkiye’de partilere duyulan güven siyasal gelişmelere ve kesintilere bağlı olarak, değişkenlik göstermiştir. Bu değişkenlik, genel seçimlere katılım oranlarından da okunabilmektedir. Nitekim 1969 seçimleri ve 1973 seçimlerine katılım en düşük düzeyde gerçekleşmiştir. Diğer yandan askeri müdahale sonrası gerçekleştirilen ilk seçimlerde ise (1961=%81,4 ve 1983=%92,3), katılım oranlarının yükseldiğini görüyoruz. Özellikle bu dönemlerde, halkın siyasal karar alma süreçlerine etkide bulunma isteklerinin arttığı gözlenmektedir.

³ Rapor için bkz. <http://www.transparency.org/>

⁴ Bkz. **Türkiye’de Siyasal Parti Yandaş ve Seçmenlerinin Nitelikleri Etnik Dinsel Kimlikleri ve Siyasal Yönelişleri**, Araştırma Dizisi 1994 – 2004. Türkiye Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Vakfı yayını. İnternet adresi için bkz. <http://www.veriarastirma.com>

Tablo-II 1950 – 2007 Döneminde Kayıtlı Seçmen ve Oy Kullanan Seçmen Sayısı⁵

Seçim yılı	Kayıtlı seçmen sayısı	oy kullanan seçmen sayısı	katılım oranı (%)
1950	8 905 743	7 953 085	89,3
1954	10 262 063	9 095 617	88,6
1957	12 078 623	9 250 949	76,6
1961	12 925 395	10 522 716	81,4
1965	13 679 753	9 748 678	71,3
1969	14 788 552	9 516 035	64,3
1973	16 798 164	11 223 843	66,8
1977	21 207 303	15 358 210	72,4
1983	19 767 366	18 238 362	92,3
1987	26 376 926	24 603 541	93,3
1991	29 979 123	25 157 089	83,9
1995	34 155 981	29 101 469	85,2
1999	37 495 217	32 656 070	87,1
2002	41 407 027	32 768 161	79,1
2007	42 799 303	36 056 293	84,2

Partilere güvensizlik, aslında siyasal güvensizliğin görünüş biçimlerinden biridir. Siyasal güvensizlik ise, genel olarak parlamento, hükümet, siyasal partiler gibi siyasal kurumlara karşı halkın güvenini yitirmesi ve seçim, miting, parti faaliyetleri gibi siyasal faaliyetlere ilgisiz kalması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Böylece sorunların siyasal katılım yoluyla çözüleceğine ilişkin umudun toplumda zayıflaması, demokrasiye olan inancı zayıflatmakta, kamuoyunu sivililer dışındaki kurumların müdahalesine hazır hale getirmektedir⁶. Siyasal güvensizlik ya da siyasal bezginlik (Politikverdrossenheit)⁷ çok farklı nedenlerden kaynaklanmakla birlikte, bu olgunun siyasal partileri ilgilendiren boyutu merkezi bir ağırlığa sahiptir. Partilere duyulan güvensizliğin temelinde başlıca şu olgular yatmaktadır:

⁵ Kaynak: <http://www.tuik.gov.tr>

⁶ Birol AKGÜN, **Türkiye’de Seçmen Davranışı, Partiler Sistemi ve Siyasal Güven**, Nobel Yayını, Ankara 2007, s.72.

⁷ Siyasal güvensizliğin nedenleri konusunda bkz. Iris HUTH **Politische Verdrossenheit, Erscheinungsformen und Ursachen als Herausforderungen für das politische System und die politische Kultur der Bundesrepublik Deutschland im 21. Jahrhundert**, LIT Verlag, Berlin-Hamburg-Münster, 2004, s. 242 – 410.

- Siyasal partilerin karıştıkları rüşvet, yolsuzluk olayları ve medyaya yansıyan diğer skandallar.
- İktidar partisinin muhalefet üzerinde hükümet gücünü kötüye kullanması.
- Yasama ve yürütme gücünün parti çıkarları doğrultusunda kötüye kullanılması.
- Gerçekçi olmayan, abartılı, boş vaatler ve amigo politikacılar (Type Amigo-Affaere).
- Parti patronajı ve ganimet sistemi.
- Ekonomik ve sosyal sorunların çözümünde başarısızlık ve bunun sonucunda işsizlik ve yoksulluğun artması.
- Yıkıcı siyasal rekabet.

Siyasal güvenin ve bu bağlamda özellikle partilere güvenin yeniden sağlanması, toplumun kendi sorunlarının çözümünü demokratik anayasal rejim içinde aramasına elverişli bir zemin hazırlayacaktır. Kuşkusuz, siyasal güvenin oluşmasında partilerin oynayacağı rol son derece önemlidir. Bununla birlikte, partilerin bugün içinde bulundukları siyasal ve hukuksal yapılar ya söz konusu sakıncaların bizzat kaynağı olabilmekte, ya da bu yapılar mevcut sakıncaları gidermede yetersiz kalabilmektedirler. Bu nedenle, ikinci kuşak partiler hukukunun verileri doğrultusunda, demokrasi ve insan hakları ekseninde siyasal yapının ve özellikle partilerin yeniden yapılandırılması gerekmektedir.

II) Partilerin Kuvvetler Ayrılığı Üzerindeki Etkileri

Yasama-yürütme ve yargı fonksiyonlarını kurumsal çoğulculuk temelinde bölerek, devlet iktidarını insan hak ve özgürlükleri lehine sınırlayan kuvvetler ayrılığı ilkesi, siyasal partilerin ortaya çıkışıyla birlikte dönüşüme uğramıştır. Aristo'dan esinlenerek, Locke ve Montesquieu tarafından geliştirilen ve aynı zamanda kuvvetler arasındaki ilişkinin niteliğine göre hükümet rejimlerinin türünü belirleyen bu ilke, modern anayasa hukukunun da doğuşunda önemli bir yere sahiptir⁸. Esasen kuvvetler ayrılığı fikri, sınırlanmayan bir siyasal iktidarın özü gereği kötüye kullanılabileceği ve bunun sonucu olarak, hak ve özgürlüklerin zedelenebileceği gerçeğinden hareket ederek, iktidarın gücünün bu yöntemle frenlenmesi ve dengelenmesi amacına

⁸ Kuvvetler ayrılığının kökeni ve gelişimi konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Mustafa KUTLU, **Kuvvetler Ayrılığı – Temelleri, Gelişimi Hukuk Devletin Gelişimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 99-203.

hizmet eder. Hatta 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, kuvvetler ayrılığı mekanizmasını içermeyen bir düzenlemenin anayasa niteliği kazanamayacağını kabul eder⁹.

Bu nedenle, kuvvetler ayrılığı, devlet organları arasında iş bölümüne dayanan basit bir yetki paylaşımı olarak algılanmamalıdır. Maalesef, 1982 Anayasası'nın Başlangıç bölümünde; *"Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu"* ifade edilerek, bu ilkenin nihai amacının siyasal iktidarları hak ve özgürlükler lehine sınırlamak olduğu göz ardı edilmiştir.

Öte yandan, modern demokrasilerde siyasal partilerin ortaya çıkışı ile birlikte, kuvvetler arasındaki denge, yasama ve yargı aleyhine, fakat yürütme lehine bozulmuştur. Günümüzde, yasama organının, mensup olunan siyasal partilerden bağımsız bir kimliği yoktur. Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran parti, hem yasama gücünün, hem de yürütme gücünün tek hâkimi olarak ortaya çıkıyor. Hatta günümüzde parlamentoların hükümetleri siyasal açıdan denetleyebilecek fonksiyonları da kalmamıştır. Bu gelişmelerde özellikle siyasal parti olgusunun yarattığı aşırı parti disiplininin, lider sultasının ve iktidarın kişiselleşmesi olgularının payı büyüktür. Bugün artık yasama – yürütme ayrılığı yerini iktidar–muhalefet ayrılığına bırakmıştır. Yasama organı yürütmeye tamamen bağımlı ve onun inisiyatifi ile hareket edebilen bir organ olduğuna göre; burada, yargı kuvvetinin diğerlerinden ayrı ve bağımsız olması daha büyük bir anlam ve öneme sahiptir. Yasama–yürütme kaynaşması, hatta yasamanın yürütme içinde "erimesi", özellikle muhalefet partilerinin zayıf ve etkisiz olduğu ya da parlamentoda denetim ve denge işlevini sağlayacak minimum çoğunluklara sahip olmadığı durumlarda, hak ve özgürlükler aleyhine bir gelişmeye neden olabilir. Böyle bir durumda, hak ve özgürlüklerin güvencesi olabilecek güç ve donanıma sahip bağımsız bir yargının varlığı çok büyük bir önem kazanmaktadır.

Özellikle parlamenter hükümet rejimlerinde, parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran iktidar partisinin, bir yandan yasama faaliyetleri çerçevesinde *parlamento makinesini*, öte yandan yürütme faaliyetleri çerçevesinde *hükümet makinesini* yöneten ve yönlendiren *motor* işlevi gördükleri söylenebilir¹⁰. Hatta sert kuvvetler ayrılığına dayanan başkanlık rejiminde bile, kuvvetler arasındaki ilişkiler Başkanın parlamento çoğunluğu ile aynı partiden olup olmamasına göre değişiklik gösterebilmektedir. Başkanın ve parlamen-

⁹ 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi Madde 16: *"Hakların güven altına alınmadığı kuvvetler ayrılığının yapılmadığı bir toplumda Anayasa yoktur."*

¹⁰ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 503.

tonun aynı partiden olması durumunda, gerek yasama, gerekse yürütme üzerinde partinin güçlü bir etkiye sahip olması mümkündür. Duverger'nin de dediği gibi; *“bir parti, aynı zamanda hem Başkanlığı hem her iki meclis çoğunluğunu elinde bulundurduğu takdirde, anayasal kuvvetler ayrılığını hemen hemen tamamen ortadan kaldırır. Parlamenter rejim ile Başkanlık rejimi arasındaki fark, aralarındaki hukuki ayrılığa rağmen, fiiliyatta silinir”*¹¹.

Aynı biçimde, parlamenter rejimde parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran Başbakan da yasama ve yürütme gücünü kendi elinde toplayabilir¹². Türkiye'deki uygulamada, Başbakan hem mensup olduğu partinin Genel Başkanı, hem Bakanlar Kurulunun Başkanı, hem de milletvekili sıfatıyla yasama gücünün bir üyesi olarak, kuvvetler toplanmasının çarpıcı bir örneğini oluşturmaktadır. Yasama organının, partilerden bağımsız olarak kurumsal bir bütünlüğe ve kendi öz dinamikleri ile hareket etmeye dönük yetenekleri oldukça kısıtlıdır. Yasama organının yasa yapma ve hükümeti denetleme konusundaki işlevleri parti yapılarına ve parlamenter çoğunluklarına bağlı olarak zaafa uğrayabilmektedir. İktidar partisine mensup milletvekilleri, sıkı parti disiplini, parti içi demokrasi sorunu ve siyasal gelecek endişesi nedeniyle, Hükümetten gelen her türlü yasa tasarılarını kabul etmekte ve yine aynı nedenlerle Hükümet karşısında siyasal denetim işlevlerini yerine getirememektedirler.

Parlamenter rejimlerde ortaya çıkan koalisyon hükümetlerinin istikrarı da, koalisyon partilerinin uyumuna bağlıdır. Koalisyon partileri arasındaki uyumsuzluk yürütmeyi zayıflatan, hükümet istikrarını olumsuz etkileyen sonuçlara yol açabilmektedir. Dolayısıyla siyasal partiler, parlamentodaki çoğunluklarına ve parti yapılarına bağlı olarak hükümet istikrarını belirleyen bir özelliğe sahiptirler¹³.

III) Siyasal Tekelleşme: “Partiler Devleti” ve “Partiler Demokrasisi”

Siyasal partiler, parlamento seçimlerinde adayların tanıtımı ve desteklenmesi gibi sınırlı bir işleve sahiptirler. Oy hakkının yaygınlaşması, seçim sistemleri, örgütlü siyasal yapılara duyulan ihtiyaç ve diğer sosyoekonomik gelişmelere bağlı olarak, partilerin işlevleri ve etki alanları günümüzde hayli artmıştır. İster iktidarda olsun, isterse muhalefette olsun partiler, toplum ve

¹¹ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 505.

¹² Bülent YAVUZ, *Parlamenter Hükümet Sisteminde ve 1982 Anayasası'nda Başbakan*, Asil Yayıncılık, Ankara 2008, s. 44-46.

¹³ K. Haluk YAVUZ, *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 105.

devlet hayatına nüfuz eden bütün konularda giderek daha etkili bir konum kazanmaktadırlar. Partilerin toplum ve devlet hayatında oynadıkları bu önemli roller, “partiler demokrasisi” ve “partiler devleti” gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Hatta Alman partiler hukuku uzmanı Morlok, gelinen aşamada partilerin gereğinden fazla güç ve etkiye sahip olmalarını “*aşırı partiler devleti*” (Parteienstaatübermass)¹⁴ kavramıyla ifade etmektedir.

Demokratik sistem çoğu kez parti sistemi olarak işlemektedir. Başkanlık rejiminin uygulandığı ABD dışında, partiler öyle bir temel unsur haline gelmişlerdir ki, bazı yazarlar, demokrasiyi yalnızca partiler sistemi olarak değil; bir “partikrasi” olarak algılamışlardır. Yani gerçek iktidar alanının, hükümet ve parlamentodan parti yöneticilerine kaydığı ve iktidarın parti yöneticilerinde toplandığı bir parti tiranlığı, bir *partikrasi* söz konusudur¹⁵.

Hatırlanacağı gibi klasik liberal demokrasi, siyasal birim olarak yalnızca bireyi esas alıyordu. Bu nedenle birey ile devlet arasında aracı kuruluşları ve bu arada siyasal partileri görmezden gelerek, onları hukuk alanına dâhil etmekten kaçınılmıştı. Liberal demokrasi anlayışı, partileri siyasal bir dernek olarak ya da bir seçim örgütü olarak kabul etmek eğilimindeydi. Ancak, siyasal partilerin toplum ve devlet hayatındaki işlevlerinin artması bu kuruluşların siyasal iktidar üzerinden yasama ve yürütme gücünü elde etmelerine olanak sağlamıştır. Böylece siyasal partiler, basit birer siyasal dernek ya da seçim örgütü kimliklerinden sıyrılarak, yasama ve yürütme gücü görünümünde devleti yöneten ya da yönetmeye talip olan yapılara dönüşmüşlerdir.

Oysa hukuksal açıdan bakıldığında; partiler anayasal kuruluşlar olmasına karşın, “anayasa organı” değildirler. Çünkü anayasanın tüzel kişiliği bulunmadığı için, anayasa organından da söz edilemez. Bu durumda devletin tüzel kişiliğinden, dolayısıyla devlet organlarından söz edilebilir ki, partileri devletin organı olarak değerlendirmek de doğru olmaz. Çünkü partiler, devlet örgütü dışında yer alan tüzel kişilerdir¹⁶. Aynı biçimde partiler, “kamu görevi” ya da “kamu hizmeti” yapan kuruluşlar da değildir. Partilerin siyasal ve toplumsal işlevleri bulunmakla birlikte, kamu görevi ve kamu hizmeti kavramları, devlet yönetimi ve devlet örgütüne özgü kavramlardır¹⁷.

Görüldüğü gibi, partilere tanınan anayasal konum ve işlev ile siyasal yaşamdaki izdüşümleri arasında önemli sapmalar bulunmaktadır. Bu kuruluşlar,

¹⁴ Martin MORLOK, “*Für eine zweite Generation des Parteienrechts*”, s. 56.

¹⁵ Giovanni SARTORI, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, (Çev. Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan), Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.162.

¹⁶ Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, Beta yayını, İstanbul, 2006, s. 314-315.

¹⁷ Doğu PERİNÇEK, *Anayasa ve Partiler Rejimi*, Kaynak Yayınları, İstanbul 1985, s. 79.

bir yandan hükümet ve parlamentodaki üyeleri aracılığıyla devlet yönetiminde etkin olabilmekte, öte yandan devlet örgütü dışında yer alan tüzel kişiliğe sahip sivil kuruluşlar olarak, kendine özgü (*sui generis*) bir statüye sahip olabilmektedirler. Bu özel konumları nedeniyle partiler, siyasal karar alma süreçlerinde belirleyici unsur olarak, siyasal tekeli elinde bulunduran bir konum kazanmışlardır. Günümüzde çeşitli siyasal katılım yolları mevcut olmasına karşın, bu yolların partiler karşısında bir alternatif oluşturması çoğu zaman imkânsızdır. Şimdiye kadar partilerin, parti özgürlüğü ve eşitliği açısından, devlete ve özellikle yürütmeye karşı korunması söz konusuydu. Dolayısıyla parti özgürlüğünün önündeki en büyük tehlike, devlet olarak görülüyordu. Ancak geline aşamada, siyasal sürecin işlev yeteneğinin bizzat partiler tarafından tehdit edildiğini ve böylece bireylerin siyasal faaliyet olanaklarının sınırlandığını görüyoruz.

Seçimlerde, adaylar, parti merkez organları tarafından ön seçim yapılması tek yanlı olarak belirlenmekte, dolayısıyla temsilci ile seçmen arasında demokratik bağ koparılmış olmaktadır. Seçmen, değişik partilerin listeleri arasında seçim yapmaya zorlanmaktadır. Öte yandan, demokrasi partiler demokrasisi olunca; siyasal katılımı partiler dışında bireysel olarak gerçekleştirmek; örneğin, seçimlere bağımsız aday olarak katılmak son derece güçtür. Çünkü birincisi, adayların tanıtım ve propaganda yapması her şeyden önce mali bir gücü gerektirmektedir. Partiler gerek üye aidatı, gerekse devletten aldıkları mali yardım ile adaylarına bu imkânı sağlarken, bağımsız adaylar için böyle bir destek söz konusu değildir. İkincisi, seçmenler seçim sisteminin de etkisiyle, adaylardan ziyade partilere oy vermeye eğilimlidirler. 1983 ile 2007 yılları arasında yapılan milletvekili seçimlerine baktığımızda, bağımsız adayların seçimlerde bir varlık gösteremediğini gözlemliyoruz (tablo-III).

Tablo-III Milletvekili Genel Seçimi Sonuçları (1983-2007)

Seçim Yılı	1983	1987	1991	1995	1999	2002	2007
Toplam Milletvekili Sayısı	400	450	450	550	550	550	550
Parti Listesinden Seçilenler	400	450	450	550	547	541	524
Bağımsız Seçilenler	0	0	0	0	3	9	26
Bağımsızların Oy Oranı (%)	1,1	0,4	0,1	0,5	0,9	1	5,2

Siyasal partilerin demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez unsurları oldukları ortak kabul gören anayasal bir ilkedir. Ancak siyasal yaşamın tamamını partilerin tekeline bırakan bir demokrasi anlayışı, demokrasiyi partiler

demokrasisine indirgeyecektir. Öte yandan parlamentodaki çoğunluğu aracılığıyla yasama ve yürütme gücünü kontrol eden bir iktidar partisi de, devleti partizan bir tutuma alet ederek “parti devleti”ne dönüştürecektir.

Aşırı partiler devleti ya da partiler demokrasisi olgusunun görünüş biçimleri ve yol açtığı bazı sorunlar şöyle sıralanabilir:

- *Yasama yetkisinin kötüye kullanılması:* Özellikle iktidardaki siyasal partiler, parlamentodaki parti grupları aracılığıyla yasama yetkisini kontrol gücüne sahip olduklarından, bu güçlerini kendi menfaatlerine kullanabilmekte ya da siyasal rakipleri üzerinde baskı aracına dönüştürebilmektedirler. Örneğin seçim yasalarının yapılmasında, mali yardımlardan yararlandırılmasında ya da parti kapatma rejimi konusunda partilerin kendine avantajlı konum (selbstbedienung) yaratmaya çalışması.
- *Yürütme gücünün kötüye kullanılması:* Özellikle İktidar partileri açısından, siyasal gücün demokratik rekabeti baskı altına alacak biçimde kötüye kullanılması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Siyasal gücün kamuoyunu etkileyecek biçimde kötüye kullanılması da söz konusu olabilir. Örneğin, yerel seçimlerde rakip partilerin adaylarına oy verilmesi durumunda merkezi hükümetin bu yerel birimlere hizmet götürmeyeceği yönünde telkinde bulunulması. Ya da iktidar olanaklarını kullanarak, seçmenlere oy karşılığında haksız menfaat sağlanması.
- *Kamu yönetiminde liyakat ilkesinin zedelenmesi:* Devlet yönetiminde personel atama ve terfilerinin görevin gerektirdiği nitelikler ve liyakat esasına göre değil, salt partizan tutumlarla belirlenmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır.
- *Parlamente denetimin işlevsiz kılınması:* Parlamente'nin en temel işlevlerinden biri de siyasal denetim işlevidir. Parlamento, soru, meclis araştırması, meclis soruşturması ve gensoru gibi siyasal denetim araçları hükümeti denetleyebildiği ölçüde bu işlevini yerine getirir¹⁸. Ancak partili kimliğin parlamente kimlikten ağır basması, parti disiplini, siyasal ikbal hırsı gibi nedenlerle parlamenteoda çoğunluğu elinde bulunduran parti, hükümeti korumak güdüsüyle siyasal denetimi frenleyebilmektedir. Siyasal partilerin işlevlerinin artmasına bağlı olarak; parlamentolar, karar süreçlerinde bireysel fikirlerin

¹⁸ TBMM'nin denetim işlevinde gösterdiği performans konusunda bir değerlendirme için bkz. Erdal ONAR, “Güncel Demokrasilerde Parlamente'nin Rolü: Türkiye büyük Millet Meclisi Örneği” *Le Parlement, Aujourd'hui?* Galatasaray Üniversitesi Yayını, İstanbul 2005, s. 97-104.

müzakere edildiği platformlar olma özelliklerini yitirmişleridir. Parlamentolar tek tek üyelere dönüşen kurumlardan, parti gruplarına ve liderlerine mutlak surette boyun eğen iktidar ve muhalefet refleksleri ile hareket eden platformlara dönüşmüşlerdir¹⁹.

IV) Parti içi Demokrasi Sorunu: “Oligarşinin Tunç Yasası”

Başta partiler olmak üzere, örgütlü siyasal yapıların zamanla oligarşik eğilimler gösterdiği bilinen bir gerçektir. Büyük ve karmaşık örgüt yapısı, hızlı ve etkin karar alma gereksinimi, uzmanlık gerektiren siyasi faaliyetlerin artması ve liderin kutsanması eğilimi nedeniyle, parti içindeki belirli bir azınlığın demokratik olmayan yöntemlerle çoğunluğu yönetmesi söz konusudur. Alman siyaset sosyologu Robert Michels bu olguyu, “*oligarşinin tunç yasası*” (das eherne Gesetz der Oligarchie) olarak nitelendiriyor²⁰. Aynı şekilde, partilerin içyapılarını esas itibarıyla otokratik ve oligarşik olarak niteleyen Duverger, partinin yönetici sınıfının parti tabanı ile arasında az çok kendi içine kapanmış bir kast meydana getirme eğilimi olduğunu, hatta seçimler yoluyla bu kastın genişlediğini ifade ediyor²¹.

Gerçekten de; partilerin iç işleyişinde oligarşik eğilimlerin baş göstermesi siyaset sosyolojisinin üzerinde önemle durduğu sorunlardan biridir. Bu sorunun siyasal partiler hukuku alanındaki izdüşümü, parti içi demokrasi ilkesi olarak ortaya çıkmaktadır. Siyasal sorunların, bütünüyle hukuk kuralları ile çözüme kavuşturulabileceği yönündeki bir yaklaşım kuşkusuz gerçekçi değildir. Ancak demokratik rejimin vazgeçilmez unsuru sayılan partilerin iç işleyişlerinin demokrasi esaslarına uyması konusunda, hukuksal düzenlemeler yoluyla bir katkı sağlanması denemeye değer bir girişimdir. Varlıklarını demokrasiye borçlu olan siyasal partilerin iç işleyişlerinin de demokratik esaslara dayalı olması gerekir. Partinin karar alma süreçlerini, demokratik esas ve usullere bağlı olarak işletmesi, kendi içinde demokrasiyi özümsemesi demokratik rejime yapacağı katkının güvencesini oluşturur.

Parti içi demokrasi konusunda ilk anayasal düzenleme 1949 tarihli Bonn Anayasası’nda yer alıyor. Bu Anayasa’nın 21. maddesi, “*Partiler, halkın siyasal iradesinin oluşumuna katılırlar. Kuruluşları serbesttir. İç düzenleri de-*

¹⁹ K. Haluk YAVUZ, *Türkiye’de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, s. 106- 107, Carl SCHMITT, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, (Çev. A. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, Ankara 2006, s. 10-11.

²⁰ Bkz. Robert MICHELS, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie-Untersuchungen über die oligarchischen Tendenzen des Gruppenlebens*, Kröner Verlag, Stuttgart 1970, 24-86.

²¹ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 536-537.

mokratik prensiplere uygun olmak zorundadır” diyerek, parti içi demokrasiyi anayasal bir ilke olarak güvence altına almıştır. Aynı yönde 1982 Türk Anayasası da, “*siyasi partilerin faaliyetleri, parti içi düzenlemeleri ve çalışmaları demokrasi ilkelerine uygun olur.*” (md. 69/I) diyerek, parti içi demokrasi ilkesine vurgu yapmıştır. Hatta 2820 sayılı SPY (md.93); parti içi çalışmaların parti yönetimi, denetimi, parti organı için yapılacak seçimlerin, yetkili organlar tarafından alınan kararların ve yapılan eylem ve işlemlerin parti üyeleri arasındaki eşitlik ilkesine ve demokrasi esaslarına aykırı olmayacağını kesin bir dille ifade etmiştir.

Buna karşın, partilerin gerek adayların belirlenmesi sürecinde, gerek politika üretimi konusunda, gerekse toplum ile parti arasındaki iletişim kanallarının açık tutulması noktasında parti içi demokrasi ilkesinin yeterince işletilmediği görülmektedir. Günümüzde hiçbir parti, adayların belirlenmesinde önseçim yöntemini tercih etmemekte; merkez yoklaması ile adaylarını belirlemektedir²². Oysa en azından belli oranlarda aday adaylarının belirlenmesinde önseçim yönteminin yasa ile zorunlu kılınması parti içi demokrasi açısından bir katkı sağlayabilir²³. Öte yandan, parti üyeliğine kabul edilme ve üyelikten çıkarılma konusunda, parti içi demokrasi ile bağdaşmayacak uygulamalar söz konusudur. Bu uygulamaların bir kısmı 2820 sayılı Yasa’ya dayanmaktadır. Üyeliğe kabul şartlarını belirleyen 12. madde, parti tüzüğünde üyelik için başvuranlar arasında dil, ırk, cinsiyet, din, mezhep, aile, zümre, sınıf ve meslek farkı gözetilen hükümler bulunamayacağını belirtmekle birlikte, partilerin üye olma istemlerini sebep göstermeksizin reddedebileceklerini ifade etmektedir. O halde, üyeliği kabul olunmayan kişinin, yasanın yasakladığı bir sebeple mi yoksa başka bir sebeple mi başvurusunun reddedildiğini bilme olanağı olmayacaktır. Üstelik üyeliğe kabul edilmeme durumunda; partinin bir üst merkez organına –sebebi belirsiz bir konuda– itiraz hakkı tanınmakla birlikte, itiraz üzerine verilen kararın kesin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, anılan düzenlemenin Anayasa’nın parti üyeliğini bir temel hak olarak düzenleyen 68. maddesine ve parti içi düzenlemelerin ve faaliyetlerin demokrasi ilkelerine uygun olması gerektiğini belirten 69. maddesine aykırılık oluşturduğu söylenebilir. Söz konusu düzenlemelerin parti içi demokrasiye hizmet etmediği, tam tersine partilerdeki oligarşik eğilimleri güçlendirdiği gerekçesiyle düzeltilmesi gerekir.

²² Aslında 22.04.1983 tarihli SPY, genel ve yerel seçimlerde parti adaylarının belirlenmesinde partinin o seçim çevresinde bütün kayıtlı üyelerinin katılacağı bir önseçim yöntemini zorunlu kılıyordu. Ancak bu Yasa’ya 10.06.1983 tarihli ve 2839 sayılı bir Yasa ile geçici bir madde eklenmiştir. Buna göre; yapılacak ilk milletvekili genel seçimlerinde önseçimin yapılmayacağı hükme bağlanmıştır. Daha sonra 28.03.1986 tarih ve 3270 sayılı Yasa ile 37. maddede değişiklik yapılarak yasa gereği önseçim yapma zorunluluğu kaldırılmıştır.

²³ Bülent TANÖR, **Türkiye’de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD yayını, 1997, s. 35.

Parti içi demokrasi konusunda gözlemlenen diğer bir sorun, partideki yetkili organların bazı kritik ve önemli konularda alması gereken kararları almaktan kaçınması ve bu konuda Genel Başkanı tam yetkili kılmasıdır. Üyelerden başlayarak, aşağıdan yukarıya doğru yapılan bu tip yetki ve inisiyatif devirleri parti merkezini ve liderini aşırı ölçüde güçlendiren oligarşik bir etki yaratmaktadır. Bu etki altında parti merkezi ve lideri adayları belirlerken; kendilerine itaat edebilecek, tanınmamış, kişisel şöhreti olmayan, adaylığını tamamen lidere borçlu olduğu hissini yaratabilecek kişileri tercih etmektedirler²⁴. Hatta kimi durumlarda, aday, seçimden önce tarihsiz istifa mektubu vermeye zorlanarak, seçildiği takdirde partinin sadık bir adamı haline gelmeye hazır hale getirilmektedir²⁵. Sonuçta parti içi oligarşik eğilimler, parti içi demokrasinin çok dar bir alan ile sınırlandırılmasına, görev ve yetkilerin belli kişilerde toplanmasına (Ämterkumulation), parlamentoda ya da parti gruplarında kararların belirli bir yönetici grup tarafından önceden belirlenmesine, farklı düşünenlerin dışlanması ya da baskı altına alınmasına neden olmaktadır²⁶.

Parti içi demokrasinin güçlendirilmesi, partilerin varlık nedenlerinin bir gereği olarak, onların demokratik işleyişteki rollerini artıran, siyasal verimliliklerini ve dinamizmini güçlendiren bir etki yaratır. Bu açıdan, parti içi demokrasiyi geliştirmeye elverişli siyasal ve hukuksal araçların kimi zaman teşvik edici tarzda, kimi zaman da hukuksal bir zorunluluk olarak kullanılması yararlı sonuçlar doğurabilir.

V) Siyasal Rekabetin Yıkıcılığı

Devletin faaliyet alanlarının genişlemesine koşut olarak, parti faaliyetleri de önemli ölçüde genişlemiştir. Devletin büyümesi, partiler için yeni etki alanları yaratmıştır. Bu aynı zamanda, yeni yolsuzluk fırsatlarının doğmasına zemin hazırlamaktadır. Yolsuzlukların organize biçimde yapılması parti örgütleri aracılığıyla sağlanmaktadır. Etki ve faaliyet alanının genişlemesine bağlı olarak, partiler arasındaki rekabet yeni bir boyut kazanmıştır. Partiler arasındaki rasyonel rekabet, yeni alanlara sahip olmak ve yandaşlarını orada güvence altına almak ya da bizzat bu yeni “muharebe alanı”nın açılışından kazanç elde etmek amacıyla yapılan rekabete dönüşmüştür²⁷. Siyaset bilimci Duverger de, siyasal partileri kastederek “Bu modern kiliselere, gayret, inanç, coşku ve hoşgörüsüzlük hâkimdir; parti mücadeleleri din

²⁴ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 268.

²⁵ Maurice DUVERGER, *Siyasi Partiler*, s. 266.

²⁶ Martin MORLOK, “*Für eine zweite Generation des Parteienrechts*”, s. 57.

²⁷ Martin MORLOK, “*Für eine zweite Generation des Parteienrechts*”, s. 56-57.

savaşlarına dönmektedir.” diyerek, partiler arasındaki yıkıcı rekabetin boyutlarına dikkat çekiyor²⁸.

Gerçekten de, günümüzde partiler arasında yaşanması gereken demokratik, siyasal rekabet, zaman zaman rasyonel ve demokratik bir rekabet olmaktan çıkıp, tehdit ve şiddete varan yıkıcı bir mücadeleye dönüşebilmektedir. Özellikle iktidar partisinin, hükümette olmanın avantajlarını diğer partiler aleyhine kötüye kullanması, ya da kamuoyunu etkilemek amacıyla siyasal gücün kötüye kullanılması partiler arasındaki siyasal rekabetin yıkıcılığının boyutlarını ortaya koyuyor.

Yıkıcı siyasal rekabetin belli başlı görünüş biçimleri şöyledir:

- Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran parti ya da partilerin, seçim sisteminde oynamalar yaparak, kendilerine avantaj yaratacak düzenlemeler yapmaları²⁹.
- Yerel seçimlerde, rakip partilerin adaylarına oy verilmesi durumunda, merkezi hükümetin bu yerel birimlere hizmet götürmeyeceği yönünde telkinde bulunulması.
- İktidar olanaklarını kullanarak, seçmenlere oy karşılığında haksız menfaat sağlanması
- Siyasal partilerin yasaklanması ve kapatılması konusundaki düzenlemelerde değişiklik yapmak suretiyle, rakip partileri sindirmek ya da elimine etmek³⁰.

²⁸ Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, s. 538.

²⁹ Siyasal rekabetin sık sık seçim sisteminde yapılan değişikliklerle zedelenmesi Türkiye’de de haklı eleştirilere uğramıştır. Bu sakıncayı önlemeye yönelik bir tedbir olarak 2001 yılında 4709 sayılı Yasa ile Anayasa’da (md.67/son) değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliğe göre; “Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz.”

³⁰ Örneğin Almanya’da aşırı sağcı Alman Ulusal Partisi (NPD) hakkında 2001 yılında Federal Hükümet Federal Anayasa Mahkemesine kapatma davası açmıştı. Daha sonra yargılama esnasında NPD’nin kapatılması için İçişleri Bakanlığına bağlı Anayasayı Koruma Dairesi’nin ajanlarının parti yöneticisi kılığında faaliyet yürüttüğü ve ajan parti yöneticilerinin söz ve eylemlerin kapatma davasında delil olarak kullanılmak istendiği ortaya çıkmıştı. Yüksek Mahkeme söz konusu nedenlerle davanın usulen düşmesine karar vermişti. Ancak Alman hukukunda parti kapatma davalarının siyasal organlar tarafından açılması siyasal rekabet açısından haksızlıklara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim, Federal Hükümet tarafından gerek SRP, gerekse KPD hakkında kapatma davası açılmış olması karşısında, bu partiler tarafından yapılan savunmada Federal Hükümetin parti kapatma davası açma yetkisini muhalefet partilerini sindirmek ve tasfiye etmek amacıyla kötüye kullandığı iddia edilmiştir. Ayrıntı için bkz. Ekrem Ali AKARTÜRK, “Almanya’da Parti Yasaklama Rejimi ve Alman Anayasa Mahkemesinin NPD Hakkında Verdiği Karar Üzerine Düşünceler” **Legal Hukuk Dergisi**, Ekim 2004, sayı: 22, s. 2835-2856.

- Parti içi seçimlerde, parti yönetiminin ya da belirli hiziplerin baskı, siyasal rüşvet ya da şantaj yoluyla haksız rekabete yol açmaları. Genel Başkanlık yarışında, mevcut parti liderine rakip olan ya da olabilecek partilileri haksız yöntemlerle devre dışı bırakmak, parti içi seçimlere hile karıştırmak.
- Genel ve yerel seçimlerde, kendi menfaatine sonuç elde etmek amacıyla, yolsuzluk yapmak ve seçimlere hile karıştırmak.
- Partilere yapılan mali yardım, devlet televizyonu ve radyoları aracılığıyla yapılan propaganda ve reklam konularında haksız rekabet uygulamaları.
- Milletvekillerinin, parlamentoda belirli bir yönde oy kullanmalarını ya da rakip partiye geçmelerini temin etmek amacıyla siyasal rüşvet teklifi.
- Siyasi casusluk yöntemleriyle, rakip parti ya da partilerin seçim, adaylar, parti faaliyetleri ve stratejileri konusunda yasadışı yollarla bilgi sızdırma ve telefon görüşmelerinin gizlice dinlenmesi³¹.

Gerek parti içi, gerekse partiler arası siyasal rekabetin yıkıcı etkileri her şeyden önce demokratik rejime olan güveni sarsan, siyasal hak ve özgürlükleri zedeleyen sonuçlar yaratmaktadır. Bu tür siyasal sorunların çözümünü salt hukuksal düzenlemelerde arayan yaklaşımlar da çözüm noktasında yetersiz kalabiliyor. Özellikle siyasal sorunlar karşısında hukukun sınırlı bir işleve sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, hukuksal düzenlemeler yoluyla, ideolojik çoğulculuğun, fırsat eşitliğinin, adaletli bir seçim sisteminin desteklenmesi gerçek bir siyasal rekabet ortamının yaratılması için gereklidir.

Sonuç

Günümüzde parti olgusundan soyut olarak; bir ülkenin siyasal rejimi hakkında fikir yürütmek imkânsızdır. Gerçekten de partiler rejimi, yasama-yürütme ilişkilerini, seçim sistemlerini, siyasal istikrarı belirleyen bir faktör olarak, siyasal rejimin turnusol kâğıdıdır. Bu açıdan, çağdaş demokrasiler günümüzde eriştikleri seviyeyi kuşkusuz partiler rejimine borçludurlar.

Siyasal partiler ortaya çıkışlarından bu yana, sürekli bir evrim sürecinde olmuşlardır. Hukuksal boyutuyla bu evrim sürecinin ilk aşaması, partilerin

³¹ Nitekim ABD’de 1972 ve 1974 yılları arasında yaşanan ve tarihe “**Watergate skandalı**” olarak geçen olay, bu konuya çarpıcı bir örnektir. Cumhuriyetçi Parti’den Başkan Richard Nixon, rakibi Demokrat Parti’nin telefonlarını gizlice dinletmiş ve olay bir hırsızlık nedeniyle tesadüfen ortaya çıkınca, Başkan Nixon istifa etmek zorunda kalmıştı.

devlete ve özellikle yürütmeye karşı anayasal güvence ile korunduğu dönemi kapsamaktadır. Birinci kuşak partiler hukuku olarak adlandırdığımız bu erken dönem, partilerin hem kurumsal anlamda hem de bireysel özgürlük olarak anayasal güvenceyle donatıldığı süreci ifade etmektedir. Bu süreçteki ikinci aşama, partiler hukukuna ilişkin söz konusu düzenlemelerin uygulanması ile ortaya çıkan yeni sorunların partilerin yeniden yapılandırma gereksinimini doğurduğu dönemi ifade etmektedir. Partilerin yeniden yapılandırılması gereksinimi ise, ikinci kuşak partiler hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Siyasal partilerin toplum ve devlet hayatına giderek artan etkisi, parlamento, hükümet ve muhalefet ilişkilerinde oynadıkları yeni roller, onların yeniden yapılandırılmasını zorunlu kılıyor. Partiler rejiminin yeni yapısı günümüz demokrasi anlayışını pekiştiren ilkeler doğrultusunda ve siyasal rejimin diğer unsurları ile olan etkileşimleri dikkate alarak oluşturulmalıdır.

Parlamentar fonksiyonların partiler arasındaki yıkıcı rekabete feda edilmesi yönünde önlemler geliştirmek, siyasal rejimin dengeli işlemesi açısından önemlidir. Parlamentolar, partiler tarafından alınan kararların otomatik olarak tescil edildiği platformlara dönüştürülmemelidir. Parlamentoların müzakere platformu olarak, yasa koyma ve hükümeti denetleme işlevlerini daha etkili, verimli ve dengeli bir biçimde yürütebilmesi için, partilerle parlamento arasındaki ilişkilerin yeniden tanımlanması gerekmektedir. Siyasal partilerin parlamentodaki çoğunluklarına dayanarak, yasama gücünü kötüye kullanmaları, özellikle kendi lehine yasa oluşturmaları önlenmelidir.

Özellikle iktidar partilerinin, yürütme erki üzerindeki siyasal gücünü kötüye kullanmaları söz konusu olabilmektedir. Siyasal gücün, hem partiler arasındaki demokratik rekabeti baskı altına alacak biçimde hem de kamuoyunu etkileyecek biçimde kötüye kullanılmaması gerekir. Ayrıca kamu yönetiminde, atama ve terfi usulleri, partizan tutumlara bağlı olarak değil; liyakat ilkesi doğrultusunda belirlenmelidir.

Siyasal faaliyet ve özgürlüklerin kullanılmasında, partiler tek seçenek olmalıdır. Bu özgürlüklerin, siyasette parti tekelini önlemeye yönelik olarak, bireysel kullanımını sağlayacak katılım yolları teşvik edilmelidir. Bu bağlamda özellikle bireylerin doğrudan siyasal karar alma süreçlerine etki edebilecekleri, “halkın kanun teklifi”, “halkın vetosu”, “referandum” gibi yöntemlere işlerlik kazandırılmalıdır.

Seçim harcamaları ve partilerin finansmanı, hukuksal düzenlemeler yoluyla kayıt altına alınmalıdır. Partilerin kendi gelirleri (aidat, bağış vb) ile devlet tarafından yapılan mali yardım arasında makul bir dengenin bulunması, büyük ekonomik güçlerin finansman vaadiyle partiler üzerindeki olumsuz

etkisini önleyecek düzenlemelerin yapılması önemlidir. Bu çerçevede partilerin gelir ve giderlerinin amaç ve işlevlerine uygun olarak, bağımsız ve uzman merciler tarafından denetlenmesi gerekir.

Partilerin iç işleyişleri ve karar süreçleri, oligarşik eğilimleri sınırlayacak ve parti içi demokrasiyi güçlendirecek biçimde yapılandırılmalıdır. Bu çerçevede parti üyeliği statüsü güçlendirilerek, üyelere partinin iç işleri konusunda, denetim, bilgilenme ve yapılan bir işlemin iptalini isteyebilme hakkı tanınabilir. Belli parti görevlerinin tek kişide birikmesinin (Ämterkumulation) önlenmesi; görev sürelerinin belli dönemlerle sınırlanması, seçimlerde adayların en azından belirli bir kısmının ön seçim yoluyla belirlenmesi yönünde tedbirler alınabilir.

Siyasal partilerin günümüz demokrasi anlayışına daha işlevsel katkı sağlayabilmesi konusunda, yapılacak bu hukuksal düzenlemeler, kuşkusuz son derece önemlidir. Bu yöndeki girişimler, demokrasi ve insan hakları ilkelerine hizmet ettiği sürece, hukuk yoluyla demokrasiyi pekiştirir. Ancak söz konusu düzenlemelerin sağlayacağı katkının oranı, her şeyden önce, o ülkenin siyasal kültürüne, eğitim düzeyine, sosyoekonomik yapısına bağlıdır.

**KİŞİ GÜVENLİĞİ ADİL
YARGILANMA HAKKI VE
HUKUK DEVLETİ**

KİŞİ GÜVENLİĞİ, ADİL YARGILANMA HAKKI VE HUKUK DEVLETİNE İLİŞKİN BAŞLICA SORUNLAR

Prof.Dr. Erdener YURTCAN

Giriş

Sempozyumun konusu ile sınırlı kalmak üzere, yukarıdaki kavramlara bildirimde yer vereceğim. Sempozyum programı çerçevesinde, aynı bölüm altında sunulacak olan bildirilere yön vermek amacıyla, kişi güvenliği, adil yargılanma hakkı ve yargıç bağımsızlığı kavramlarının temel noktalarını ön plan çıkarmaya çalışacağım. Bildirinin son bölümünde, Türkiye için oluşturduğum Yüksek Adalet Kurumu modelinin taslağı da yer alacaktır.

Kişi güvenliği kavramı

Kişi güvenliği kavramının temellerini belirtmeden önce, yakın ilgisi nedeniyle, toplumların yapısı, bu yapılanma içinde hukuk düzeni, anayasalar, hukuk normları ile ilgili kısa bir bilginin aktarılması faydalı olacaktır.

Toplum halinde yaşayan insanların bir düzen içinde, kargaşadan uzak yaşamalarını sağlayan elbette hukuktur; hukukun kurduğu düzendir. Hukuk ve hukuk düzeni, bu niteliği ile yeryüzündeki en önemli kavramdır, çünkü hukukun egemen olmadığı bir düzende, hukuktan, haklardan ve özgürlüklerden söz etmenin hiçbir anlamı yoktur. Hukuk bu gücünü yaptırım uygulama erkinden alır. Yaptırım gücü olmayan bir hukuk düzeni toplumda kargaşadan başka bir şey ifade etmez.

Yakın tahlilde, günümüz devlet yapılanmasında hak ve özgürlüklerin ilk durağı anayasalardır. Çok kalın çizgileri ile anayasalar iki noktada odaklanır. Bunlar, bir devletin hangi normlara göre yönetileceklerini, güçlerin ve erklerin nasıl paylaşılacağını belirler. Birey açısından anayasalar hak ve özgürlüklerin temellerini içerirler. Bu yönüyle de, o devlette, yöneten-yönetilen ilişkisinde, yönetenleri de bireyin hak ve özgürlüklerini kullanmalarında sınırlandırma niteliği taşırlar. Ülkeyi yönetenler anayasalarla bireye karşı sorumluluklar üstlenirler. Bu, birey açısından güvenceleri oluşturur.

Bu açıklamaların ışığında, kişi güvenliği kavramı ele alındığında, bir toplumda yaşayan, hukuka ve yasalara saygılı birey açısından bir dokunulmazlıktır. Birey kişi güvenliği ile donatıldığında, huzur ve güven içinde yaşama hakkını elde eder.

Konuya bir başka açıdan yaklaşıldığında, bir tespit yapılmak gerekir. O tespit şudur: Anayasalarda kişi güvenliğinin sınırlandırılması da söz konusudur. Bu hallerin ortaya çıkışları, o toplumda yaşayan bireyin hukuk kurallarını ihlal etmesi, bu normlara aykırı davranması ile bağlantılıdır. Hukuk devleti iddiasında olan devletler için bu durumda, kişinin hak ve özgürlüklerinin hangi ölçülerde ve hallerde sınırlandırılacağı hususu gündeme gelir. Bu bağlamda kişi güvenliği de sınırlandırmalara tabi olur.

Konuya bir ülkenin ceza ve adalet sistemi açısından yaklaşıldığında, temel bir kavram ön plana çıkar. Bu kavram adil yargılanma hakkı kavramıdır.

Adil yargılanma hakkı

I- Kavram

Anayasada 2001 yılında yapılan değişiklikle adil yargılanma hakkı kavramı anayasal bir ilke gücünü kazanmıştır. **Hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36'ncı madde "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir"** demektedir.

Anayasa değişikliğinden önce bu kavram İHAS'da (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) yer alması nedeniyle pozitif hukukumuzda yer almaktaydı. Avrupa Konseyi tarafından yapılmış bulunan bu uluslararası sözleşmeye Türkiye taraf olup, bu sözleşmeyi iç hukukuna katınca, adil yargılanma hakkı Türk hukuku yönünden de önem kazanmıştır.

İHAS'ın 6'ncı maddesi bu kavramı ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu konuda 6'ncı maddede şöyle denilmektedir:

“1. Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır; ancak basın ve kamu duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni yahut milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde, ya da aleniyetin, adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşullar bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, çıkartılabilir.

2. Bir suç isnat edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.

3. Bir suç isnat edilen herkes, en azından/asgari aşağıdaki haklara sahiptir:

- a. Kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak,
- b. Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak,
- c. Bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı/(savunmanı) yoluyla savunmasını yapmak ya da, yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise, bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde, kendisine ücretsiz olarak sağlanması,
- d. Aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çekertmemek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak,
- e. Mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Aşağıda kavramın içeriği ile ilgili açıklamalar yapılacaktır. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, adil yargılanma hakkı, bir hukuk devletinde, güvenceleri sağlanmış, savunma hakkının tam olarak kullanılabildiği, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii yargıçlarca yargılanması anlamını taşır.

II- Adil Yargılanma Hakkının İçeriği

İHAS’ın 6’ncı maddesinde içerikle ilgili satırbaşlarını bulmak mümkündür. Bu konuda şu noktaların altı çizilmelidir. Bu yapılırken, kitabın ilgili bölümlerinde adil yargılanma hakkına dahil kavramların ayrıntılı biçimde incelendiğini, bu bölümlerdeki bilgilere başvurmak gerektiğini belirtmeliyim.

Adil yargılanma hakkı denildiğinde, **kişinin tabii yargıç önünde yargılanması temel bir noktadır.** Bu yargıç, uyuşmazlık çıkmadan önce kurulmuş olan mahkemenin yargıcısıdır. Bir başka anlatımla, bu kişinin olağan mahkeme önünde yargılanması olarak da açıklanabilir.

Öte yandan bu yargıç bağımsız bir yargıç olmalıdır. Yargıcın bağımsızlığı kimseden emir ve talimat almaması, yalnızca hukuk ilke ve kurallarına göre yargılama yapması ve uyuşmazlıkları çözmesi anlamını taşır.

Bu yargıcın güvenceli olması da adil yargılanma hakkını tamamlayan bir unsurdur. Güvenceler maddi güvenceler ve görev güvenceleri olarak anlaşılmak gerekir. Kendini güvencede hisseden bir yargıcın yaptığı yargılamanın daha iyi sonuçlar vereceği kuşkusuzdur.

Bir devlet adil yargılanma hakkını kabul ettiğinde, ülkede yargı birliğini de sağlamak zorundadır. Yargı birliği, aynı tür uyuşmazlıkların aynı mahkemelerde aynı kurallara göre çözülmesi demektir. Kişiye göre farklı yargılama kuralları ve farklı mahkemeler bu ilkeyi zedeler.

Yargılamanın amacına yönelik istisnalar hariç, yargılama aleni olmak zorundadır. Adil yargılanma hakkı kavramının içinde bu husus da yer alır. Unutmamak gerekir ki, yargılama toplum adına yapılan bir faaliyettir ve toplumu oluşturan bireyin bu yargılamayı denetleme hakkı vardır. Bu nedenle aleni yargılama bugün çağdaş yargılamanın temel taşlarından biridir.

Adil yargılanma hakkı kavramının içeriğinde savunma hakkı çok önemli bir yere sahiptir. Gerek kişisel savunma gerek bir uzman hukukçunun yardımından faydalanma suretiyle kullanılacak olan savunma hakkının önünde hiçbir engel olmamak gerekir. **Kısıtlanmış bir savunma hakkı ile adil yargılanma hakkının zedelenmiş olacağından kuşku duyulamaz.**

Yargılamada deliller gerek uyuşmazlığın çözümünde gerek sonuçta gerçeğin ortaya çıkarılmasında temel bir rol oynarlar. **Bu bakımdan delillerin serbestçe ileri sürüldüğü ve tartışıldığı bir yargılama düzeninin adil yargılanma hakkına katkısı büyüktür.** Bu konudaki kısıtlamalar gerçeğin ortaya çıkarılmasını en azından güçleştirecektir.

Adil yargılanma hakkının bir başka güvencesi, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılmasının yasaklanmasıdır. Bu konuda çağdaş yaklaşım budur. Her şeye rağmen hukuka aykırı delilleri yargılamada kullanmak, bunlara dayanarak hüküm vermek, fa-

kat bu delilleri elde edenleri cezalandırmak düşüncesi çok gerilerde kalmıştır.

Ülkemiz bu konuda çoğu ülkeden önce bu konuyu pozitif hukuka geçirmiştir. İlk 1992 yılında CMUK’da yapılan değişiklikle önceki yasanın 254’üncü maddesine eklenen hükümle hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması engellenmiştir. Yeni yasa 226’ncı maddede aynı ilkeye yer vermektedir. Ayrıca Anayasa da 2001 yılında değiştirilmiş, 38’inci maddeye eklenen bir fıkra ile aynı sonuç anayasal ilke durumuna getirilmiştir.

Bugün için yargılamanın “makul” sürelerde sonuçlandırılması da adil yargılanma hakkı içinde yer alır. Bu sonuç çeşitli amaçlara hizmet eder. Kişinin suçlu olup olmadığını makul bir süre içinde ortaya çıkarmak, adaletin gerçekleşmesi için olduğu kadar, kişinin de kendisi ile ilgili sonucu bilmesi bakımından şarttır. Dikkat edilmesi gereken bir nokta şudur: ceza yargılaması faaliyeti toplumda kamusal düzeni bozan ve suç adı verilen ve ceza yaptırımını ile karşılanan eylemleri ortaya çıkarmak ve kamu düzenini yeniden kurmak amacıyla yapılan bir faaliyettir. Bu sonuç göz önünde tutulduğunda, “makul” sürede yargılamak/yargılanmak, adil yargılanma hakkının önemli bir temelidir.

Bugün için çağdaş yaklaşımda, birinci derece yargılamalarda verilen kararların kanunyollarında da ayrıca tartışılması da önemli bir yer tutar. **Bu nedenle adil yargılanma hakkı denildiğinde, kanunyolları ile pekiştirilmiş bir yargılama anlaşılmak gerekir.** Kanunyolları kavramının temeli, bir açıdan gerçeği ortaya çıkarmak için, değişik makamlar önünde yeni değerlendirmeler yapmak ise, bir başka açıdan da kanunyolları kişilerin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı açısından vazgeçilmezdir.

Ülkemizde adil yargılanma hakkı kavramının ne kadar gerçekleştiğinin değerlendirmesini yapabilmek için, daha önce de belirttiğim gibi, kitabın ilgili bölümleri incelenmelidir.

Şu kadarını söyleyerek bu bölümü tamamlamak istiyorum. Bu konuda daha çok mesafe almak zorundayız. Ancak adil yargılanma hakkının anayasal bir ilke durumuna getirilmiş olması, bu konuda yapılacak yasal değişiklikleri hızlandıracak bir etken olacaktır.

Amaca uygun bir adalet hizmeti için model: Yüksek Adalet Kurumu (Prof.Dr.Erdener Yurtcan)

Bu modelin ortaya konulmasının amacı, yargıç bağımsızlığı, savcı güvencesi ve avukat mesleği ile ilgili hukuki durumu ortaya koymak ve çözümler üretmektir.

Bu konuda ilk belirtmem gereken husus, bu konunun önce Anayasa değişikliği, sonra yasa değişikliklerini gerekli kılmasıdır. Bu nedenle konu iki bölüm içinde ele alınmıştır.

I. Yüksek Adalet Kurumu İçin Anayasa Değişikliği

Önerilen modelde adalet hizmetinin üç temeli olan, yargıçlık, savcılık ve avukatlık Yüksek Adalet Kurumu içinde toplanmaktadır. Bu nedenle Anayasamızın 159. maddesinde yer alan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu(HSYK)nin yerine bu kurum yerleştirilmekte, bu konudaki temel noktalar belirtildikten sonra, diğer hükümlerin yasalarla düzenleneceği belirtilmektedir.

Bu düzenleme ile bağlantılı olarak, Anayasanın 159 ve 144. maddeleri yürürlükten kaldırılmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 144. maddesinde yer alan, yargıç ve savcıların Adalet Bakanlığı müfettişlerince denetlenmesi yöntemi terk edilmektedir. Bu görev Kurumun içinde yapılmaktadır.

Önerilen modelde avukatlık Kurumun içinde yer almaktadır. Bu nedenle Anayasanın 135. maddesinde de değişikliğe gerek vardır. Bu maddede kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları düzenlenmektedir. Ancak avukatlık Kurum içine alınınca, Anayasanın 135. maddesine bir fıkra eklenerek, Yüksek Avukatlar Kurulu için bu maddenin uygulanmayacağını belirtilmesi, yasama tekniğine uygundur.

II. Yüksek Adalet Kurumu

Taslakla, adalet hizmetinin üç temel mesleği olan, yargıçlık, savcılık ve avukatlık Kurumun içinde toplanmaktadır. Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olarak düşünülmüştür. Kurum, adalet hizmetinin görülmesi görevini üstlenmekte, bu bağlamda yetkileri kullanmakta ve Yasanın öngördüğü her türlü tasarrufla bulunabilmektedir.

Kurumun karar organı Yüksek Adalet Kuruludur. Bu Kurul 21 üyeden oluşmaktadır. Üç meslek grubu eşit temsil ilkesi çerçevesinde Kurulda yer al-

maktadır. Kurulun oluşumuna katılacak 6 üye daha düşünülmüştür. Bu üyelerin Kurulda yer almalarının temel nedeni, adalet hizmetinin toplum için bir hizmet olduğu hususunun dikkate alınmasıdır.

Kurumun ayrıca 3 organı bulunmaktadır. Bunlar, Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kuruludur.

Bu kurulların oluşumunda dikkate alınmış olan temel hususlar şunlardır:

- Yargıç bağımsız olur. Bu nedenle bu amaç çerçevesinde bu meslekle ilgili olarak, stajdan başlayarak, mesleğin sonuna kadar tüm konular bu Kurulun görev ve yetkisi içindedir.
- Savcının güvenceli olması noktasından hareketle, yukarıdaki yaklaşım savcılar için kendi Kurulunun görevlendirilmesi olarak düşünülmüştür.
- Avukatlık açısından temel nokta bir Yüksek Kurulun oluşturulmasıdır. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliğinin yerini bu Kurul almaktadır. Kurulun gerek oluşumunda gerek görev ve yetkilendirilmesinde Adalet Bakanlığı ile vesa yet bağ kesilmektedir.

YÜKSEK ADALET KURUMU KONUSUNDA ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

ANAYASANIN BAZI MADDELERİNDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASI HAKKINDA KANUN TASARISI

MADDE 1-: Anayasanın 159. maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir:

“Yüksek Adalet Kurumu, adalet hizmetinin amacına uygun olarak hakimlik, savcılık ve avukatlık mesleklerinin temel niteliklerine bağlı esaslara göre kurulur ve görev yapar.

Yüksek Adalet Kurulu, Kurumun karar organıdır. Kurul, biri başkan, üçü ikinci başkan olmak üzere yirmibir üyeden oluşur. Üyelerden beşi hakimlik, beşi savcılık, beşi de avukatlık mesleğinden seçilir. Kurulda görev yapacak olan diğer altı üyenin hangi kurum ve kuruluşlardan seçilecekleri, seçimin esas ve usulleri kanunla düzenlenir.

Yüksek Adalet Kurumu içinde ayrıca Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kurulu oluşturulur. Bu kurullar, hakimlik, savcılık ve avukatlık meslekleri ile ilgili karar, eylem, işlem ve tasarruf

yetkisine sahiptirler. Kurulların kararlarına karşı her türlü hak arama yoluna başvurulabilir.

Kurulların görevlerini yerine getirmeleri ile seçim ve çalışma esas ve usulleri kanunla düzenlenir.”

MADDE 2-: Anayasanın 135’inci maddesine ikinci fıkra olarak aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Yüksek Avukatlar Kurulu hakkında bu maddenin hükümleri uygulanmaz.”

MADDE 3-: Anayasanın 144’üncü ve 159’uncu maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır.

ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN GENEL GEREKÇESİ

Ülkemizde adalet hizmetinin, hizmetin temel amaç ve niteliklerine uygun biçimde görülebilmesini sağlamak, bu konudaki şikayetleri önlemek için, yeni bir yapılanmaya ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu çerçevede, adalet hizmetinin temelini oluşturan hakimlik, savcılık ve avukatlık mesleklerinin aynı çatı altında toplanması ile, özerk Yüksek Adalet Kurumunun kurulması düşünülmüştür.

Yüksek Adalet Kurulu Kurumun karar organı olarak görev yapacaktır. Ayrıca kurum içinde oluşturulacak olan Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kurulu, bu mesleklerle ilgili her türlü karar, eylem, işlem ve tasarruflarda bulunmak yetkisi ile donatılmaktadır.

Anayasada bu amaç doğrultusunda değişiklik yapılması uygun olacaktır.

Çağımızın yasama tekniğine bağlı kalarak, bu konuda çıkarılacak bir kanunla hukuki yapının oluşturulması tasarıda düşünülmüştür.

MADDE GEREKÇELERİ

BİRİNCİ MADDE:

Genel gerekçede açıklandığı üzere, Yüksek Adalet Kurumunun kurulması ve organları ile ilgili hükümlere yer verilmiştir. Yürürlükteki hukuktaki aksaklıklar, özellikle hakimlik ve savcılık mesleklerinin aynı kurul içinde mütalaa edilmesi, ayrıca avukatlık mesleğinin Türkiye Barolar Birliği içinde düzenlenmesi yerine, her üç mesleğin eşit temsil ilkesi çerçevesinde aynı çatı altında toplanması ve bütünlüğün sağlanması amaçlanmıştır.

Adalet hizmetinin toplum ve birey için bir hizmet olduğu gerçeğinden hareketle, Yüksek Adalet Kurumunun içinde sivil toplum örgütlerinin temsilcilerine de yer verilmiştir.

İKİNCİ MADDE:

Tasarının birinci maddesindeki değişiklik gereğince, Anayasanın 159’uncu maddesinin yürürlükten kaldırılması gerekecektir.

Ayrıca, yeni yapılanmada her üç mesleğin denetimi de Yüksek Adalet Kurumunun içindeki organlar tarafından yapılacağından, Anayasanın 144’üncü maddesi de yürürlükten kaldırılmak gerekecektir.

ÜÇÜNCÜ MADDE:

Anayasanın 135’inci maddesinde “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları” düzenlenmiş, tasarı ile getirilen değişikliğe kadar Türkiye Barolar Birliği de bu kapsamda mütalaa edilmiştir.

Anayasa değişikliği ile avukatlık mesleği Yüksek Adalet Kurumu içinde yer alacağından ve Yüksek Avukatlar Kurulunun bu meslekle ilgili her türlü görevi göreceğinden, Anayasanın 135’inci maddesinin Yüksek Avukatlar Kurulu hakkında uygulanmayacağına açıklık getirmek gerekmiştir.

“YÜKSEK ADALET KURUMU” KANUN TASLAĞI

Birinci Bölüm

Genel Hükümler

Amaç ve Kapsam

Madde 1– 1. Bu Kanunun amacı, adalet hizmetinin temelini oluşturan hakimlik, C. Savcılığı ve avukatlığı Yüksek Adalet Kurumu içinde toplamak suretiyle, bu meslekler ile ilgili temel düzenlemeleri yapmak adalet hizmetinin amaca uygun görülmesi için gerekli önlemleri almak, bu konulardaki usul ve esasları göstermektir.

2. Hakimlik, C.Savcılığı ve avukatlık mesleklerinde çalışacak olan kişiler bu Kanunun hükümlerine tabidir.

Yüksek Adalet Kurumu

Madde 2– 1. Bu Kanun ile diğer mevzuatta belirtilen yetkiler çerçevesinde hukuki düzenlemeler de yapmak suretiyle uygulanmasını sağlamak, uygu-

lamayı denetlemek ve sonuçlandırmak, Kanunla verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak üzere kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip “Yüksek Adalet Kurumu” kurulmuştur.

2. Kurum, adalet hizmetinin düzenli, adil, çabuk, ucuz ve güvenceli görülmesi için gerekli her türlü önlemi almak, hukuki düzenlemeleri yapmak, eylem, işlem ve tasarruflarda bulunmak yetkisine sahiptir.

3. Kurumun merkezi Ankara’dadır. Kurum gerekli gördüğü yerlerde teşkilat kurabilir.

4. Kurumun karar organı, biri başkan, üçü ikinci başkan olmak üzere yirmi-bir üyeden oluşan Yüksek Adalet Kuruludur. Kurul Başkanı, Kurumun da başkanıdır. Üyelerin altısı hakimlik, altısı C.savcılığı, altısı avukatlık mesleğinden, ikisi Cumhurbaşkanı tarafından, bir üye Yüksek Öğretim Kurumundan seçilir. Hakimlerin üçü adli, üçü idari yargıdan seçilir. Kurul, üyeler arasından bir başkan ve üç ikinci başkan seçer.

5. a) Kurula Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile 1. sınıfa ayrılmış hakimler, Yargıtay ve Danıştay savcıları aday olabilirler. Kurula aday olacak avukatların mesleklerinde 15 yıl çalışmış olmaları ve disiplin cezası almamış olmaları aranır. Cumhurbaşkanı ve Yüksek Öğretim Kurulu tarafından seçilecek üyeler için de aynı koşullar geçerlidir.

b) Görev süresi altı yıldır. Süreleri bitenler yeniden seçilebilirler. Görev süreleri dolmadan herhangi bir sebeple boşalma olduğunda, boşalan yerlere yukarıda belirtilen esaslar dahilinde iki ay içinde seçim yapılır. Bu şekilde seçilenler, yerine seçildikleri kişinin süresini tamamlarlar. Hastalık, kaza ve sair sebeplerle gecici işgöremezlik durumunda, Kurulun karar almasının tehlikeye düşmesi halinde, bu kişilerin yerine diğer üyeler vekalet eder. Geçici işgöremezlik halinin üç aydan fazla sürmesi halinde, bu durumda olan üyelerin üyelikleri düşer ve bunların yerlerine onbeş gün içinde seçim yapılır.

c) Kurul Başkan ve üyelerinin görev süreleri dolmadan görevlerine son verilemez. Ancak seçilmeleri için gerekli şartları kaybettikleri veya durumlarının (6) numaralı fıkra ya aykırı düştüğü tespit edilen, görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı haklarında verilen mahkumiyet kararları kesinleşen Kurul Başkan ve üyeleri süreleri dolmadan Kurulun salt çoğunlukla alacağı kararla görevden alınır. Bu durumda en geç iki ay içinde yeni üye seçilir.

6. Kurul üyeleri özel bir kanuna dayanmadıkça resmi veya özel hiçbir görev alamaz, dernek, vakıf, kooperatif ve benzeri yerlerde yöneticilik yapamaz, ticaretle uğraşamaz, serbest meslek faaliyetinde bulunamaz, ücret karşılığı konferans ve ders veremez, sınav ve benzeri görev alamaz.

7. Kurul üyeleri, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu huzurunda görevlerinin devamı süresince görevlerini tam bir dikkat ve dürüstlük ile yürüteceklerine, kanun hükümlerince aykırı hareket etmeyeceklerine ve ettirmeyeceklerine dair yemin ederler. Yemin için yapılan başvuru Yargıtay'ca acele işlerden sayılır. Kuru üyeleri yemin etmedikçe göreve başlayamazlar.

8. a) Kurul, Başkan veya bulunmadığı hallerde kıdemli ikinci Başkanın başkanlığında en az onbeş üyenin hazır bulunması ile toplanır. Kurul kararları, Kanunda özel hüküm bulunan hallerin dışında, toplantıya katılanların çoğunluğu ile alınır. Kurul kararlarına karşı Kanunda öngörülen yollara başvurulabilir.

b) Başkan ve üyeler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 245 inci maddesinin (3) numaralı bendinde yazılı derecelerde akrabalığı bulunan kimselerle ilgili konulardaki müzakerelere iştirak edemez ve oylamaya katılamazlar.

c) Kurumun temsili ile genel yönetim konusunda Kurulca alınan kararların yürütülmesi Başkana aittir. Başkanın izin, hastalık, yurtiçi ve yurtdışı görevlerine, görevden alınma ve görevde bulunmadığı diğer hallerde kıdemli İkinci Başkan Başkana vekalet eder.

9.- Kurul üyeleri ile Kurumun her türlü personeli, çalışmaları ve denetlemeleri sırasında ilgililere ve üçüncü kişilere ait öğrendikleri sırları bu konuda kanunen yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar ve kendilerinin ya da üçüncü kişilerin yararına kullanamazlar. Bu yükümlülük görevden sonra da devam eder. Kurumun para, evrak ve her çeşit malları Devlet malı hükmündedir. Kurul üyeleri ve Kurum personeli, görevleri esnasında veya görevleri nedeniyle ve kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından Devlet memuru sayılırlar. Buna ilişkin soruşturmalar bu Kanundaki usul ve esaslara göre yapılır.

10.- Kurum, görevleri ile ilgili konularda bakanlıklardan, ilgili resmi ve özel kuruluşlar ile kişilerden gizli dahi olsa her türlü belge ve bilgiyi isteyebilir. Bunlar söz konusu isteğe cevap vermek ve Kurumun görevlilerine gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.

11.- Kurum, Kurul kararıyla bu Kanunun uygulanmasına ilişkin yönetmelikler çıkarmaya yetkilidir. Kurul ve Kurum, yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve kararlar alarak kullanır. Yönetmelikler Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe konulur. Kurum ve Kurulun kararlarından gerekli görülenler, Kurumun bülteni ile ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulur.

Kurum Başkanlığı ve Hizmet Birimleri

Madde 3– 1.- Başkana ve Kurula görevlerinde yardımcı olmak üzere Kurul kararıyla yeteri kadar yardımcı atanır. Yardımcılar, hukuk, iktisat, işletmecilik ve kamu yönetimi dallarında en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş ve Kurumda ve Kurumun görev alanına giren konularda en az on yıl çalışmış kişiler arasından seçilir.

2. Kurumun sekreteryaya hizmetlerini genel sekreter başkanlığında oluşturulan hizmet birimi yürütür. Genel sekreter hukuk alanında lisansüstü öğrenim görmüş ve Kurumda veya Kurumun görev alanına giren konularda en az on yıl çalışmış kişiler arasından seçilir. Kurul kararıyla genel sekreterlikte yeteri kadar personel çalıştırılır.

3. Kurumun diğer personelinin sayısının belirlenmesi, bunlarda aranacak nitelikler ile atama esas ve usulleri çıkarılacak bir Yönetmelikte düzenlenir.

Yüksek Adalet Kurumunun Organları

Madde 4– Yüksek Adalet Kurumunun organları, Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kuruludur.

İkinci Bölüm

Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kurulu Hakkında Uygulanacak Müşterek Hükümler

Kurulların oluşumu

Madde 5– 1. Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Adalet Kurumu içinde hakimlerin temsil edildiği, Yüksek Savcılar Kurulu C.Savcılığının ve Yüksek Avukatlar Kurulu avukatların temsil edildiği kuruluştur.

2. Kurullar, Yüksek Adalet Kurulu tarafından seçilen onbir üyeden oluşur. Ayrıca on yedek üye seçilir.

3. Her kurul kendi içinden bir başkan seçer.

4. Yüksek Hakimler Kuruluna Yargıtay ve Danıştay üyeleri ile birinci sınıfa ayrılmış hakimler aday olabilirler. Adayların disiplin yönünden yer değiştirmeye veya daha ağır bir cezaya çarptırılmış olmamaları şarttır.

5. Yüksek Savcılar Kuruluna Yargıtay ve Danıştay savcıları ile birinci sınıfa ayrılmış C. Savcıları aday olabilirler. Adayların yukarıda belirtilen disiplin cezalarına çarptırılmış olmamaları şarttır.

6. Yüksel Avukatlar Kuruluna avukatlar aday olabilirler. Kurul üyeleri her baronun göstereceği iki aday arasından seçilir. Aday olmak için, en az onbeş

yıl avukatlık yapmış olmak ve meslekte disiplin cezası almamış olmak şartı aranır.

7. Kurulların seçim işleri ve uygulanacak esas ve usuller çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Seçim Dönemi

Madde 6– 1. Kurulların görev süresi altı yıldır. Süresi dolan üyeler yeniden seçilebilirler.

2. Kanunun birinci bölümündeki hükümler Kurulların üyeleri hakkında kıyasen uygulanır.

Toplantılar

Madde 7– 1. Kurullar ayda bir defa olağan toplantı yapar. Başkan veya üyelerden birinin yazılı isteği ile ilgili kurul, acele hallerde her zaman olağanüstü toplantıya çağrılabilir.

2. Her toplantının sonunda, gelecek toplantının günü kararlaştırılır. Toplantı günü üyelere çağrı mektubu ile bildirilir. Engeli olanlar, acil haller dışında bunu en az yedi gün önce yazı ile bildirirler.

3. Belgeye bağlanmış haklı bir engele dayanmaksızın üst üste üç toplantıya katılmayan üye istifa etmiş sayılır.

4. Kurullar üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oylarda eşitlik halinde başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur

Üçüncü Bölüm

Yüksek Hakimler Kurulu

Kurulun Bağımsızlığı

Madde 8– Yüksek Hakimler Kurulu bağımsızdır. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, bu Kurula görevleri ile ilgili işlerde emir ve talimat veremez; tavsiye ve telkinde bulunamaz; kanuna dayanan sebepler dışında Kurul kararlarının yerine getirilmesini geciktiremez.

Yüksek Hakimler Kurulunun Görevleri

Madde 9– Yüksek Hakimler Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Hakimlerin bütün özlük ve disiplin işleri hakkında ilgili organlarca veri-

len kararları ilgililerin isteği üzerine, dayanakları ve gerekçeleri ile birlikte inceleyerek onamak yahut kısmen veya tamamen değiştirerek yeni bir karar vermek yahut da belli yönlerden işlemin tamamlanması veya incelemenin genişletilmesi için kararı veren organa geri çevirmek,

2. Adalet Bakanının isteği üzerine veya re'sen, bir mahkemenin veya bir kadronun kaldırılması veya bir mahkemenin yargı çevresinin değiştirilmesi konularındaki tekliflerinin uygun olup olmadığına karar vermek,

3. Kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda, kanunların yapılması sırasında TBMM'ye rapor vermek, görüş bildirmek,

4. Bu Kanunda yazılı diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Yüksek Hakimler Kurulunun Organları

Madde 10– Yüksek Hakimler Kurulunun organları şunlardır:

1. Özlük İşler Kurulu,
2. Disiplin Kurulu,
3. Denetleme Kurulu.

Kurulların Oluşumu

Madde 11– 1. Yukarıda belirtilen Kurullar, Yüksek Hakimler Kurulu tarafından seçilecek yedi üyeden oluşur. Kurul ayrıca her kurul için beş yedek üye seçer,

2. Birinci sınıfa ayrılmış hakimler kurullara aday olabilirler.

3. Adayların seçimi ve kurulların çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirtilir.

Özlük İşleri Kurulunun Görevleri

Madde 12– Özlük İşler Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Hakimlik mesleğine kabul etmek,
2. Yargıtay Başkanı ve Danıştay Başkanı ayrık olmak üzere hakimlik mesleğine atamak.
3. Nakletmek,
4. Her türlü yükseltme ve birinci sınıfa ayırma işlemi yapmak,
5. Kadro dağıtmak,

6. Geçici yetki vermek,
7. İzne ait işleri görmek,
8. Emeklilik işlerini yapmak,
9. Meslekten ayrılma işleri hakkında karar ve başka mesleğe geçme

İsteği üzerine muvafakat vermek,

10. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek,
11. Yüksek Hakimler Kurulu tarafından verilecek işleri görmek.

Disiplin Kurulunun Görevleri

Madde 13– Disiplin Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Hakimler hakkındaki şikayet ve ihbarları incelemek,
2. Hakimlerin görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçları ve sıfat ve görevleri icaplarına uymayan hal ve eylemleri hakkında soruşturma yapılmasına karar vermek,
3. Belli konularda inceleme veya soruşturma yapmak üzere üst derecedeki hakimleri görevlendirmek,
4. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek,
5. Disiplin soruşturması sonuçlarına göre:
 - a) İşten el çektirmek,
 - b) Koğuşturma izni vermek,
 - c) Disiplin cezası vermek,
 - d) Meslekten çıkarma veya meslekte kalmasının caiz olmadığına karar vermek.
6. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek,
7. Yüksek Hakimler Kurulu tarafından verilecek diğer işleri görmek.

Denetleme Kurulunun Görevleri

Madde 14– Denetleme Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Yüksek Hakimler Kurulunun ve organlarının mali işlemlerini denetlemek,

2. Yüksek Hakimler Kuruluna, istendiğinde mali konularda görüş bildirmek, çıkabilecek sorunların çözümüne yardımcı olmak ve rapor hazırlamak,
3. Bu kanunla verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Yüksek Hakimler Kurulu ve Organlarında İşlerin Yönetimi ve Gizliliği

Madde 15– 1. Gerek Kurulun gerek organların işlerini başkanları yönetir. Organların vereceği kararlara hazırlık olmak üzere üyeler arasında işbölümü yapılır.

2. Gerek Kurul Başkanlığının, gerek organların çalışmalarına yardımcı olmak üzere yeter sayıda raportör ve Kurul Başkanlığı emrinde de birer kalem bulunur. Kalemlerde yeteri kadar memur ve hizmetli çalıştırılır.
3. Yapılan işlemler ve bunlarla ilgili görüşmeler ve yazılar gizlidir.
4. Kurul adına beyanda bulunmak yetkisi, Kurul Başkanına veya onun uygun göreceği organ başkanına veya genel sekretere aittir.
5. Evrak örneklerinin verilmesi, ilgisine göre Kurul Başkanının veya organ başkanının iznine bağlıdır.

Adalet Bakanının Başvurma Yetkisi

Madde 16– 1. Adalet Bakanı, yalnızca kendisine ulaşan kanuna aykırı davranış iddiasının şekline göre, gerekli gördüğü hallerde bir hakim veya hakim yardımcısı hakkında disiplin işlemi yapılması için Yüksek Hakimler Kuruluna başvurabilir.

2. Kurul bu isteği bu Kanunun hükümleri çerçevesinde değerlendirir.

Dava Dosyasının Gönderilmesi

Madde 17– 1. Hakim veya hakim yardımcısı hakkındaki ceza davasına ait dosya hüküm veya kararın kesinleşmesinden sonra, görülüp, incelenmek ve iade edilmek üzere Yüksek Hakimler Kuruluna gönderilir. Yüksek Hakimler Kurulunda bu Kanuna göre disiplin işlemi yürütülür.

2. Disiplin işlemine başlanması halinde Yüksek Hakimler Kurulu Disiplin Kurulu ilgilinin ayrıca savunmasını alıp evrak üzerinde inceleme yaparak bir disiplin cezası uygulanmasına veya buna yer olmadığına karar verir.

İtiraz

Madde 18– 1. Disiplin Kurulunun vereceği ihtar ve aylık kesme cezalarının dışındaki disiplin cezalarına karşı Hakimler Yüksek Kuruluna itiraz edilebilir. İhtar ve aylık kesme cezalarının bir defa daha incelenmesi Disiplin Kurulundan istenebilir.

2. İtirazlarda, itirazın dilekçe ile yapılması ve itirazın dayandığı bütün maddi ve hukuki sebeplerin açık ve eksiksiz olarak ayrı ayrı gösterilmesi ve itiraz edenin elinde bulunan belgelerin asıl veya tasdikli örneklerinin dilekçeye eklenmesi ve elinde bulunmayanların nerede olduklarının açık ve kesin şekilde dilekçede belirtilmesi şarttır.

3. Kurul, açıklama istemek veya eksikleri tamamlatmak zorunda değildir.

4. İtiraz evrak üzerinde incelenir.

Duruşma

Madde 19– 1. Disiplin Kurulunun verdiği bir hakimin meslekten çıkarılması veya meslekte kalmasının caiz olmadığı hakkındaki karar ile ilgili hakime tebliğ edilir.

2. İlgili hakim, tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde bu karara itiraz edebilir. Önceki maddenin hükümleri kıyasen uygulanır.

3. İlgili hakim istediğinde veya Hakimler Yüksek Kurulu gerek gördüğünde, duruşmalı inceleme yapılır.

4. Duruşmada raportörlük görevini Disiplin Kurulu başkanı veya bu kurulun üyelerinin biri yapar.

5. Hakim kendisini vekaletnameli bir avukatla temisel ettirebilir.

6. Duruşmaya raportörün açıklaması ile başlanır. Raportörün duruşmadan önce raporunu dosyaya koymuş olması şarttır. Bundan sonra ilgili hakim ve avukatı savunmalarını yaparlar. Son söz ilgili hakime verilir.

7. Tebligata rağmen ilgili hakim veya avukatı duruşmada hazır bulunmazsa, inceleme evrak üzerinde yapılır.

Değerlendirme Yetkisi

Madde 20– Gerek Yüksek Hakimler Kurulu gerek Disiplin Kurulu, gerek delillerin toplanmasında, gerekse disiplin uygulamasına ve itirazların incelenmesine ilişkin kararlarında, hakimlik mesleğinin şeref ve itibarını kuvvetle korumak ve kamu yararını her düşüncenin üstünde tutmak ilkelerini ve ilgili hakim ve hakim yardımcısının leh ve aleyhindeki delillerin serbestçe takdirinden elde edilen vicdani kanısını esas alır.

İşten El Çektirme

Madde 21– Disiplin Kurulu tarafından, hakkında soruşturma yapılmasına karar verilen hakim veya hakim yardımcısının görevine devamının soruşturmanın selametine veya yargı erkinin nüfuz ve itibarına zarar vereceğine kanaat getirilirse, geçici bir tedbir olarak işten el çektirilebilir.

Dördüncü Bölüm

Yüksek Savcılar Kurulu

Kurum ve Savcılık Mesleğinin Güvencesi

Madde 22– 1. Yüksek Savcılar Kurulu güvencelidir. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, bu Kurula görevleri ile ilgili işlerde emir ve talimat veremez; tavsiye ve telkinde bulunamaz; kanuna dayanan sebepler dışında Kurul kararlarının yerine getirilmesi geciktiremez.

2. Savcılık mesleğinin güvencelerinin sağlanması, Yüksek Savcılar Kurulunun görevidir.

3. Savcılar bu kanundaki hükümler dışında:

- a) Kadronun daraltılması veya kaldırılması sebeplerine dayansa bile, maaş ve ödeneklerinden yoksun kılınmaz,
- b) Bakanlık emrine alınamaz,
- c) Yaş haddi veya maluliyet hali dışında kendileri istemedikçe,

emekliye sevk olunamaz.

Yüksek Savcılar Kurulunun Görevleri

Madde 23– Yüksek Savcılar Kurulunu görevleri şunlardır:

- 1. Savcılarının bütün özlük işleri hakkında karar vermek,
- 2. Savcılarının bütün özlük ve disiplin işleri hakkında ilgili

organlarca verilen kararları ilgililerin isteği üzerine, dayanakları ve gerekçeleri ile birlikte inceleyerek onamak yahut kısmen veya tamamen değiştirerek yeni bir karar vermek yahut da belli yönlerden işlemin tamamlanması veya incelemenin genişletilmesi için kararı veren organa geri çevirmek,

3. Adalet Bakanlığının isteği üzerine savcılık mesleki ile ilgili konularda görüş bildirmek,

4. Kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda, kanunların yapılması sırasında TBMM'ye rapor vermek, görüş bildirmek,

5. Bu Kanunda yazılı diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak,

Yüksek Savcılar Kurulunun Organları

Madde 24– Yüksek Savcılar Kurulunun organları şunlardır:

- 1. Özlük işler kurulu,
- 2. Disiplin Kurulu
- 3. Denetleme Kurulu.

Kurulların Oluşumu

Madde 25– 1. Yukarıda belirtilen Kurulları Yüksek Savcılar Kurulu tarafından secilecek yedi üyeden oluşur. Kurul ayrıca her kurul için beş yedek üye seçer.

2. Birinci sınıfa ayrılmış savcılar kurulları aday olabilirler.

3. Adayların secimi ve kurulların çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikte belirtilir.

Özlük İşleri Kurulunun Görevleri

Madde 25– Özlük İşler Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Savcılık mesleğine kabul etmek,
2. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ayrık olmak üzere savcılık mesleğine atamak,
3. Nakletmek,
4. Her türlü yükseltme ve birinci sınıfa ayırma işlemi yapmak,
5. Kadro dağıtmak,
6. Geçici yetki vermek,
7. İzne ait işleri görmek,
8. Emeklilik işlerini yapmak,
9. Meslekten ayrılma işleri hakkında karar ve başka mesleğe geçme isteği üzerine muvafakat vermek,
10. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek,
11. Yüksek Savcılar Kurulu tarafından verilecek işleri görmek.

Disiplin Kurulunun Görevleri

Madde 26– Disiplin Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Savcılar hakkındaki şikayet ve ihbarları incelemek,
2. Savcılarının görevlerinden dolayı veya görevleri kapsamında işledikleri suçları ve sıfat ve görevleri icaplarına uymayan hal ve eylemleri hakkında soruşturma yapılmasına karar vermek,
3. Belli konularda inceleme veya soruşturma yapmak üzere üst derecedeki savcılarını görevlendirmek,
4. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek,

5. Disiplin soruşturması sonuçlarına göre:

- a) İşten el çektirmek,
- b) Koğuşturma izni vermek,
- c) Disiplin cezası vermek,
- d) Meslekten çıkarma veya meslekte kalmasının caiz olmadığına karar vermek.

6. Yukarıdaki bentlerde yazılı işlemlere ilişkin diğer kararları vermek.

7. Yüksek Savcılar Kurulu tarafından verilecek diğer işleri görmek.

Denetleme Kurulunun Görevleri

Madde 27– Denetleme Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Yüksek Savcılar Kurulunun ve organlarının mali işlemlerini denetlemek,
2. Yüksek Savcılar Kuruluna, istendiğinde mali konularda görüş bildirmek, çıkabilecek sorunların çözümüne yardımcı olmak ve rapor hazırlamak,
3. Bu Kanunla verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Kıyasen Uygulama

Madde 28– Bu bölümde ayrı hükümlere konu olmayan, bu Kanunun üçüncü bölümünde yer alan hükümler savcılar hakkında kıyasen uygulanır.

Beşinci Bölüm

Yüksek Avukatlar Kurulu

Kurulun Bağımsızlığı

Madde 29– Yüksek Avukatlar Kurulu, bu Kanunun öngördüğü görevler dışında, görevde bağımsızdır; hiçbir organ ya da makamdan emir almaz. Kurul, avukatların hizmetlerini hukuk kuralları ve ilkelerine bağlı ve sadakat içinde yerine getirmeleri için gerekli önlemleri alır.

Kurulun görevleri

Madde 30– Yüksek Avukatlar Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Avukatlık mesleğinin genel menfaatlerini ve mesleğin ahlak, düzen ve geleneklerini korumak,
2. Kanunların avukatlara tanıdığı hakların gerçekleşmesine ve yüklediği görevlerin tam ve şerefli bir şekilde yerine getirilmesine çalışmak,

3. Uyulması zorunlu meslek kurallarını tespit ve tavsiye etmek,
4. Hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını korumak ve savunmak ve bu hususlara işlerlik kazandırmak,
5. Baroları ilgilendiren konularda her baronun görüşünü öğrenip, ortaklaşa görüşmeler sonunda çoğunluğun düşünce ve görüşünü belirtmek,
6. Baroların çalışmalarını ortak amaca ulaşacak şekilde tasarlayıp mesleğin gelişmesini sağlamak,
7. Türkiye barolarını ve mensupların birbirine tanıtarak aralarındaki mesleki bağı kuvvetlendirmek,
8. Her il merkezinde baro kurulmasına ve vatandaşlarda kendilerine ait davaları avukatlar eliyle açmanın ve savunmanın lüzum ve faydaları hakkındaki inancı yerleştirmeye çalışmak,
9. Kanunların memleket ihtiyaçlarına uygun olarak gelişmesi ve yürütülmesi yolunda dileklerde, yayınlarda bulunmak, gerekirse kanun taslakları hazırlamak,
10. Baroları ilgilendiren konularda görüşünü yetkili mercilere duyurmak,
11. Adalet Bakanlığının, yargı veya yasama yetkisi taşıyan mercilerin ve baroların soracakları hukuki, adli ve mesleki konular hakkında görüş ve düşüncelerini rapor halinde bildirmek,
12. Avukatların meslekte gelişmelerini teşvik edecek ve sağlayacak her türlü tedbiri almak,
13. Mahkeme içtihatlarının sistemli bir şekilde toplanması ve yayınlanması için yüksek yargı organları ile işbirliği yapmak,
14. Baro mensuplarının ilmi ve mesleki seviyelerini yükseltmek için kitaplık açmak, dergi çıkarmak, konferanslar düzenlemek, telif ve tercüme eserler meydana getirilmesini teşvik etmek,
15. Avukatlık mesleğinin daha cazip hale getirilmesi için düşünülecek çare ve tedbirleri görüşmek üzere toplantılar düzenlemek,
16. Ülke içinde kurulmuş hukukla ilgili kurul ve kurumlarla ilgilenmek ve temaslarda bulunmak,
17. Yabancı ülke baroları, avukatlar birlikleri ve hukuk kurumları ile temaslara bulunmak ve uluslararası kongrelere katılmak,
18. Meslekten kesin ihraç kararlarına karşı yapılan itirazları incelemek ve karar bağlamak,
19. Kanunlarla verilen diğer yetkileri kullanmak, yükümlülükleri yerine getirmek,

Yüksek Avukatlar Kurulunun Organları

Madde 31– Yüksek Avukatlar Kurulunun organları şunlardır:

1. Yüksek Avukatlar Kurulu Yönetim Kurulu,
2. Yüksek Avukatlar Kurulu Disiplin Kurulu,
3. Yüksek Avukatlar Kurulu Denetleme Kurulu.

Yönetim Kulunun Görevleri

Madde 32– Yönetim Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Yüksek Avukatlar Kurulunca alınan kararları uygulamak,
2. Bütçeyi hazırlayıp Yüksek Avukatlar Kuruluna sunmak,
3. Yüksek Avukatlar Kurulunda görevli personelin özlük işlerini düzenlemek ve yürütmek,
4. Yönetim Kurulu kararlarının özetlerini gösteren defterleri tutmak,
5. Avukatların, aynı büroda birlikte çalışanların ve avukatlık ortaklıklarının kayıtlarını tutmak, avukatlık tip ana sözleşmesini hazırlamak, avukatlık ruhsatnamelerini kimlik belgelerini ve avukatlık ortaklığı yetki belgelerini düzenlemek ve bastırmak,
6. Yönetim Kurulunun işlemleri ve çalışmaları hakkında Yüksek Avukatlar Kuruluna rapor vermek ve çalışma ve hesaplarından dolayı ibra istemek,
7. Baroların karar ve işlemlerine karşı yapılan itirazları incelemek ve karara bağlamak,
8. Avukatlar Yüksek Kurulunu olağanüstü toplantıya çağırarak
9. Avukatların ve baroların hak ve menfaatlerinin korunması için ilgili mercilere gerekli başvurularda bulunmak,
10. Avukatlık mesleğinin gelişmesine, avukatların haklarının korunmasına ve sosyal durumlarının geliştirilmesine yarayacak incelemeleri yapmak, varılan sonuçları ve teklifleri Avukatlar Yüksek Kuruluna sunmak,
11. Resmi mercilerin avukatlık mesleği ile ilgili olarak sorulacak hususlar hakkında görüş bildirmek,
12. Barolar arasında çıkacak anlaşmazlıkları çözmek,
13. Mesleki dayanışmanın sağlanması ve devamlılığı için her türlü çalışmada bulunmak, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ve ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, ceza davalarına

müdahil olarak katılmak da dahil olma üzere her türlü yasal ve idari girişimde bulunmak,

14. Kanunlarda verilen diğer yetkileri kullanmak ve yükümlölükleri yerine getirmek.

Yüksek Avukatlar Disiplin Kurulunun Görevleri

Madde 33– Disiplin Kurulunun görevleri şunlardır:

1. Baroların disiplin kurulu tarafından verilen meslekten kesin ihraç dışındaki kararlara yapılacak itirazları inceleme ve karar bağlamak,
2. Avukatlık meslek disiplinin sağlanması için gerekli projeleri hazırlamak,
3. Baroların disiplin konusundaki sorunlarının çözümüne yardımcı olmak,
4. Bu kanunla verilen görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Yüksek Avukatlar Denetleme Kurulunun Görevi

Madde 34– 1. Yüksek Avukatlar Kurulunun ve organlarının mali işlemlerini denetlemek,

2. Yüksek Avukatlar Kuruluna, Yüksek Avukatlar Yönetim Kuruluna istendiğinde mali konularda görüş bildirmek, çıkabilecek sorunların çözümüne yardımcı olmak ve rapor hazırlamak,

3. Bu kanunla verilen diğer görevleri yapmak ve yetkileri kullanmak.

Kıyasen Uyguluma

Madde 35– Bu bölümde ayrı hükümlere konu olmayan, bu Kanunun üçüncü bölümünde yer alan hükümler avukatlar hakkında kıyasen uygulanır.

Altıncı Bölüm

Son Hükümler

Bütçe

Madde 36– Yüksek Adalet Kurumu ile bu Kurumda görev yapan Kurulların bu Kanunda belirtilen görevlerini yerine getirebilmelerini sağlamak üzere, genel bütçeden pay ayrılır.

Üyelerin hukuki durumu

Madde 37– 1. Bu Kanunda öngörölen Kurullarda görev yapan hakim, savcı ve avukatlar hizmet sürelerince akçalı hiçbir işte çalışamazlar,

2. Devlet memuriyetlerinden seçilenlerin geldikleri memuriyetlerle ilgileri kesilir. Ancak eski hizmetlerine döndükleri takdirde, bu Kanun kapsamında gördükleri hizmetlerde geçirdikleri sürelerle, önceki sürelerine eklenir ve emeklilikte dikkate alınır.

3. Yüksek Adalet Kurumu Başkanı, Yüksek Hakimler Kurulu Başkanı, Yüksek Savcılar Kurulu Başkanı, Yüksek Avukatlar Kurulu Başkanı, Yargıtay üyelerine ilişkin, diğer üyeler birinci sınıf hakimler hakkındaki hükümlere tabidir.

Ceza soruşturması

Madde 38– Bu kanunda öngörülen kurullarda her ne sıfatla olursa olsun görev yapan başkan ve üyeler hakkında, görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlardan ötürü soruşturmayı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı yapar ve gerekli hallerde kamu davasını açar. Yargılama, Yargıtay'ın ilgili dairesinde yapılır. Yargılamada uygulanacak esas ve usuller hakkında genel hükümler uygulanır.

Genel Sekreter ve raportörlerin atanması

Madde 39– Genel sekreterler ve raportörler, memurlar ve hizmetliler, ilgili kurullar tarafından atanır.

Aylık ve ödenekler

Madde 40– Bu Kanuna öngörülen kurullarda görev yapan başkan ve üyelere ödenecek aylıklar ile ödenekler genel bütçeden ayrılan pay çerçevesinde görülen hizmet dikkate alınarak Yüksek Adalet Kurulu tarafından belirlenir.

Meslekler arasında eşitlik

Madde 41– Hakimlik, savcılık ve avukatlık meslekleri, bu Kanun hükümleri çerçevesinde eşittir.

Bir meslekten diğerine geçme

Madde 42– 1. Hakimlik ve savcılık mesleğinden diğerine geçmek, bu kanun hükümleri çerçevesinde, ilgili kurulun kararı ile mümkündür.

2. Avukatlar da hakimlik ve savcılık mesleğine geçebilirler. Bu konudaki karar, ilgili avukatın isteği üzerine, geçmek istediği mesleğin kurulu tarafından verilir.

3. Hakim ve savcıların Adalet Bakanlığına atanmaları mümkündür. Bu atama ilgilinin isteği üzerine bağlı olduğu kurulun kararı ile mümkündür. Bu

durumda ilgili hakim ve savcının mesleği ile ilişkisi kesilir. Yeniden eski mesleğe dönme isteği, ilgili kurulca değerlendirilir. İlgilinin isteği uygun görüldüğünde, atama yapılır. Bu durumda Bakanlıkta geçen süre savcılık ve hakimlik süresine eklenmez.

Mücbir sebep ve zorunluluk halleri

Madde 43– Her türlü mücbir sebep ve zorunluluk hallerinde, bir yargı çerçevesi veya adalet dairesine ait dava ve işler, Yüksek Adalet Kurulunun kararı ile geçici olarak bir başka yargı çevresi mahkemelerine ve adalet dairesine nakledilebilir.

Kaldırılan Hükümler

Madde 44– 1.2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun ve diğer kanunların bu kanuna uymayan hükümleri,

2. 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu,

3. 1136 sayılı Avukatlık Kanunun bu kanuna uymayan hükümleri,

yürürlükten kaldırılmıştır.

Geçici hükümler

Madde 45– 1. Bu Kanunda öngörülen kurulların seçimi ve göreve başlaması tamamlanıncaya kadar, bu Kanunda öngörülen hizmetleri gören Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Türkiye Barolar Birliği görevlerine devam ederler.

2. Yukarıda sözü edilen seçimler, Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren 3 ay içinde tamamlanır.

Yürürlük

Madde 46– Bu Kanunun seçimlere ilişkin hükümleri dışındaki hükümleri Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte, diğer hükümleri yayından 3 ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 47– Bu Kanunu Bakanlar Kurulu yürütür.

ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

ÖZEL HAYATIN KORUNMASINA İLİŞKİN BAŞLICA SORUNLAR

*Sultan Tahmazoğlu ÜZELTÜRK**

I. BÖLÜM

1- KAVRAM ve TARİHSEL GELİŞİM

Anayasamızda ve yaygın olarak akademik çalışmalarda¹ kullanılan “özel hayatın gizliliği” kavramı, aslında ifade edilmek istenilen alanın sadece bir boyutunu kapsamaktadır. Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmaya çalışılan değer, aynı zamanda, mahremiyet hakkı ya da özel alanın “giz”i yanında kişinin giz alanına dahil olmayan, sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı özel alanı ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı kamuya açık alanıdır².

Bu sebeple, 1982 Anayasasının 20. Maddesinin başlığında yer alan “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramını, giz alanını aşan bir anlam yüklenerek “özel hayat hakkı” olarak ifade etmek daha doğru olacaktır.

Özel hayat hakkı, yaşama hakkı, kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak içtihatlar yoluyla oluşan bir hak kategorisidir. Bireyin konutunun gereksiz müdahalelere maruz kalmasına engel olmak, hukukun çok önce koruma altına aldığı bir alan olmakla birlikte, “özel hayat” hakkının genel olarak tanınması 20. yüzyılda gerçekleşmiştir. Birçok ulusal ve uluslara-

* Doç. Dr. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesinde sunulan Tebliğ, 20.12.2008.

¹ Aynı doğrultuda, O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve TC Anayasasında Düzenlenişi** (yayınlanmamış Doçentlik Tezi), Ankara 1979, s.6.

² Hubmann’dan aktaran S. Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar (Mk md.24/a fıkra I, İMK md. 28/a fıkra I)**, Beta, İstanbul 2001, s.62.

rası belgede özel hayat hakkı tanınmakla beraber, özgürlüğün sınırlarının çizilmesinde belirsizlikler bulunmaktadır³.

Özel hayat hakkı, hem insan hakları ve anayasal boyutu olan, hem de özel ilişkiler çerçevesinde gündeme gelebilecek bir konudur. Bunu devlet ve birey arasındaki ilişkiler açısından “dikey ilişkilerde” ve birey-birey ilişkileri açısından “yatay ilişkilerde” özel hayata yapılan müdahale ve ihlaller olarak nitelendirmek mümkündür. Dikey ilişkilerle özel hayatın gizliliğinin ihlali; konut dokunulmazlığı, sebepsiz arama, izleme ve haberleşmeye müdahale veya doğum kontrolü, gebeliğin iradi olarak sona erdirilmesi, giyim tarzı ve görünüş ve cinsel davranış gibi özel kararlara devletin müdahalesi gibi durumlarda ortaya çıkar. Yatay ilişkilerde ise, müdahaleler haksız fiil hukuku çerçevesinde karşılanmaktadır⁴.

Özel hayatın gizliliği kavramını hukuk terminolojisine sokan iki ünlü yazar göre, başlangıçta hukuk yaşama ve mülkiyete karşı yapılan fiziksel müdahalelere engel olmaya çalışmıştır. Bu çerçevede yaşama hakkı sadece bireyin müessir fiillere karşı korunması, özgürlük gerçek sınırlamalardan kurtulmaktı ve mülkiyet hakkı kişinin toprağını ve mallarını korumaktaydı. Sonra bireyin manevi, tinsel doğası, duyguları ve aklının tanınması aşamasına geçilmiştir. Zamanla bu yasal hakların alanı genişledi ve artık yaşama hakkı yaşamdan hoşlanmaya, yalnız kalmaya özgürlük hakkı geniş medeni ayrıcalıkların garanti edilmesine ve mülkiyet hakkı da maddi olan ve olmayan her türlü aidiyetin korunmasına dönüşmüştür⁵.

Medenileşme ile birlikte, yoğun entelektüel ve duygusal yaşam hissiyatının yükselmesi, insanoğluna hayatın acı, tatlı ve yararlı yanlarının sadece bir kısmının maddi şeylerde olduğunu göstermiştir. Bunun sonucu olarak da düşüncelere, duygulara ve hislere yasal koruma olmadan da yargıç kararı ile müdahale edilebilmesi mümkün olabilmıştır⁶. Warren ve Brandeis’in bu yaklaşımı özel hayat kavramının sosyal bir yarar olarak görülmesi ve yargıç kararı ile de korunması gerekliliğine işaret eden ilk yaklaşımdır. Bu yaklaşımın sonunda özel hayatın gizliliği kavramı bir common-law hakkı, bağımsız bir hak olarak, genel ve sürekli başvurulanan bir hak olarak karşımıza çıkmıştır⁷.

³ R.Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.776.

⁴ R. Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.778.

⁵ S. D. Warren –L. D. Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, V. IV, December15, 1890, no.5. s.193 vd.

⁶ Warren –Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**, V. IV, December15, 1890, no.5. s.193 vd.

⁷ B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, s. 23.

Bu süreç içinde 1800'lü yılların sonunda özel hayat hakkının özerk bir hak olarak korunup korunmaması, hukukun bireyin manevi hayatını koruması gerekip gerekmediği önemli hukuki tartışmalara yol açmıştır⁸. Özel hayat hakkının karşılaştırmalı hukukta korunması için ise, 20. yüzyılı beklemek gerekir⁹. Özel hayat hakkının korunması iki temel sebebe bağlanmaktadır: İlk olarak; çağdaş toplumun, moral değerlerle kontrol edilemeyen bireysel hassasiyetleri güçlü ve buna saygı bekleyen, doğrudan insan ilişkileri zayıf olduğu için başkalarının özelini de merak eden bir kitleden oluşmasıdır. İkinci sebep ise teknolojinin gelişmesi ve bireyin özel hayatına müdahale edebilecek araçların hızla yayılmasıdır¹⁰.

Özel hayat hakkı her şeyden önce yargıç Cooley'in ifadesiyle kişinin "yalnız olabilme" hakkıdır ve bu hak konutun iş veya stüdyonun meraklı kişilerin müdahalesinden uzak olmasını, birinin fotoğrafının istenmeyen dolaşımının engellenmesini, kısaca bireyin kişiliğinin mahremiyeti(gizliliği) ile ilgili olan her şeyin gizli kalması, ifade edilmemesi, gösterilmemesi ve ihlal edilememesini içerir¹¹.

Özel hayatın gizliliği hakkı bir başka yazara göre ise, bireyin onuru ve moral bütünlüğü çerçevesinde, kişinin portresinin izinsiz dolaşımı, kişisel bilgilerin kontrol edilmesi, başkalarıyla duygusal ilişkileri oluşturmak ve geliştirmek, medyanın girişine engel olmak gibi farklı konuları kapsamaktadır¹².

⁸ Warren –Brandeis, "The Right to Privacy", **Harvard Law Review**, V. IV, December15, 1890, no.5. Yazarlar bu konuda şu kodu önermektedirler: özel yaşamın gizliliği hakkının korunması için özetle şu yasal formu şekillendirmiştir:

1- Özel hayatın gizliliği hakkı genel veya kamusal çıkarı içeren bir şeyin yayınlanmasını engellemez.

2- İftira ve hakaret hukukuna göre ayrıcalıklı yayın olarak karşılık verme halinde durum özel hayatın gizliliği kavramı içinde yer alsa dahi ihlal sayılmaz.

3- Sözlü yayın sonucu özel bir zararın yokluğu halinde hukuk özel yaşamın gizliliğinin ihlali için düzeltme hakkı vermeyecektir.

4- Özel hayatın gizliliği hakkı gerçeğin yayını birey veya onun rızası ile durdurur.

5- Yayınlanan olayın doğruluğu savunma oluşturmaz.

6- Yayıncının "taammüt"ünün yokluğu bir savunma oluşturmaz.

Warren –Brandeis'in getirdiği bu kod zaman zaman eleştirilere uğramıştır. Bu konuda bkz. B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 25 ve dn.16 daki kaynaklar.

⁹ Bu konuda ayrıntılı örnekler için bkz. O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik tezi, Ankara 1979, s.60-84. B.R. Ruiz, **Privacy in Telecommunications, a European and an American Approach**, s. 22.

¹⁰ G. Negley'den aktaran Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 45.

¹¹ H. S Warren –Brandeis, "The Right to Privacy", **Northwestern Law Review**, V.III, October 1894, no.1.

¹² R.Clayton-H.Tomlinson, **The Law of Human Rights**, Oxford, New York, 2000, s.777.

Türk Anayasaları 1961 Anayasasından sonra sadece konut dokunulmazlığı ya da haberleşmenin gizliliği bağlantısı ile değil doğrudan açık hükümlerle “özel hayatın gizliliği”ni hükme bağlamışlardır. Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında özel hayatın gizliliğinin kişinin temel haklarından olduğunu vurgulayarak, kişi hürriyetinin bir devamı olduğunu ve bu sebeple Anayasal koruma altında bulunduğunu belirtmektedir¹³.

Özel hayatın gizliliği hakkı klasik haklar arasında yer almaktadır. 1982 Anayasasında hakkın bulunduğu kısım “kişinin hakları” bölümüdür. Bu bölümde yer alan haklar kişinin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve hürriyetlerdir ve kişinin devlet tarafından aşılamayacak ve dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizer ve kişiyi devlete karşı korur¹⁴. Anayasada özel hayatın gizliliği ve korunmasına ilişkin güvenceler, kişinin kişiliğini tam ve özgürce geliştirmesine ve onu kendi dünyası ile baş başa bırakıp, küçük dünyasına dokunmaya engel olan korumalar olarak tanımlanmaktadır¹⁵.

Bu hakkın öznesi ise “herkes”dir.

2- ÖZEL HAYATIN KAPSAMI

Özel hayatın gizliliğinin şu şekillerde ortaya çıktığı ifade edilmektedir: toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık, saklama¹⁶. Bugünkü anlamı ile özel hayat konusunda tartışmalı olmayan, hemen herkes tarafından “özel yaşam” alanı içinde kabul edilen bir kısım vardır. Bu da öncelikle yalnız olma hakkı¹⁷dır. Yalnız olma hakkı, istenmeyen müdahalelerin engellenmesini, güvenmeyi ve tanınmazlığı da kapsamaktadır. Özel hayatın sır tutma veya sığınma boyutu ile “birisinin hakkındaki bilginin kontrolü” nü de içerdği kabul edilmektedir¹⁸.

¹³ E. 1963/100, K.1965/48, T.28/9/1965, **AYMKD.** 3, s.220

¹⁴ N. Yüzbaşıoğlu, **Soru ve Yanıtlarla Anayasa Hukukunun Temel kavramları ve Türk Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 20.

¹⁵ Ibid, s. 25.

¹⁶ O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik tezi, Ankara 1979, s.10. Yazar, Westin-Alan’dan aktardığı kavramları özetle şu şekilde tanımlamaktadır. Toplumdan çekilme(solitude) halinde kişinin toplumla ilişkilerini keserek çevresinden ve onun denetiminden uzaklaşarak tek başına yaşamını sürdürmesi söz konusudur. Mahremiyet (intimacy) halinde kişi özel yaşamını aile, eş, arkadaş gibi sınırlı bir çevre ile paylaşmaktadır. Tanınmazlık (anonymity), kişinin bir yabancı ile onun kendisinin kim olduğunu bilmemesine ve çevresinde sürekli kalmayacağına güvenerek özel yaşamını paylaşması veya kişinin düşüncelerini topluma kendisinin olduğu anlaşılamayacak biçimde açıklaması halidir. Saklama (reserve) halinde ise, kişinin özel yaşam olaylarının algılanmasını önlemesi veya sınırlandırması söz konusudur.

¹⁷ “Right to seclusion” veya “solitude”.

¹⁸ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

Genel kabul gören bu alanın dışında özel hayatın gizliliği kavramının geniş bir tartışmaya konu olduğu söylenebilir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesinin “doğum kontrolü ile ilgili olarak verdiği ve bu alanı kişinin kendi mahrem(intimate)alanı olarak gördüğü ve bireyin bu konudaki kararını¹⁹ “**özerklik**” olarak belirlediği kararı özerklik ve özel hayat kavramlarının farklı kavramlar olduğu ve farklı tür hak ve özgürlükler için kullanıldığından hareketle eleştirilmektedir²⁰.

Özerklik, “bireyci demokrasi” ile de yakın bağlantısı olan bir kavram olarak karşımıza çıkmakta ve birey veya örgütün, kendi amaçlarına uygun gördüğü kriterler uyarınca kararlar verme, eylem kuralları koyma, kaynaklara tasarruf etme ve kendisiyle birlikte çalışacak kişileri devşirme hakkı olarak ifade edilmektedir²¹.

Özel hayatın gizliliği konusunda tartışmalı kavramlardan biri de kişinin **adı** ve **tasvirlerine** yapılan haksız fiillerle ilgilidir. Bireyin adının ve imajının kullanılması hakkı Amerikan Mahkemeleri tarafından özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilmiştir. Buradaki tartışma belirtilen özgürlük alanının özel hayatın gizliliği hakkı ile değil, mülkiyet hakkına yakın olan marka hakkı, kopya hakkı, isim veya şöhret hakkı ile ilgili olduğu noktasından hareketle eleştirilmektedir²². Bugün artık özel yaşam “imaj hakkı” nı da kavrar biçimde kabul edilmektedir²³.

Görüldüğü gibi özel hayatın gizliliği yerine “özel hayat hakkı” ifadesinin kullanılması, kavramın bugünkü anlamı açısından daha doğru görülmektedir. Bu konuda İHAM kararları da belirleyicidir.

İHAM, özel yaşam kavramının sınırlı tanımlara müsait olmayan geniş bir kavram olduğunu, belirtmektedir. Mahkemeye göre, özel hayat bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini (cinsel kimlik, cinsel eğilim, cinsel hayat gibi), bireyin adının ötesinde, özel veya aile yaşamı, diğer kişisel özellikleri ve aile bağlarını ve bireyin sağlığına ilişkin bilgileri de içerir. Mahkemeye göre bireyin etnik kimliği de bu alanda yer almaktadır. Ayrıca, Mahkeme bireyin kişisel gelişme hakkını ve diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da kapsamaktadır. Bireyin “imajı” ve özel

¹⁹ Case of Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479. 1965.

²⁰ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

²¹ E. Shils'den aktaran, E. Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından özel Haberleşmenin Gizliliği”, **AÜHF Cumhuriyetin 50. Yıl armağanı**, s. 269.

²² Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 27.

²³ İ. Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, s. 292.

yaşam ve bireye ait olan bilgilerin toplanması da bu çerçevede ifade edilmektedir²⁴.

Alman yazar Hubmann'ın tasnifi ile kişinin hayat alanı üç kısımdan oluşmaktadır: Kişinin güven duyduğu kimselerle paylaştığı, bunun dışındaki kişilere kapalı olmasını istediği "giz alanı"; kişinin gizli hayatına dahil olmayan fakat ailesi, yakınları ve arkadaşları gibi sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği "özel alanı" ve kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, kamuya açık-ortak" alanı²⁵. Bu çerçevenin artık aşıldığını söylemek yanlış olmaz. Bu gelişmenin ilginç bir örneği olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin verdiği Hannover kararı ilk olması bakımından önem taşımaktadır.

Özel Hayatın Kapsamının Genişlemesi- HANNOVER DAVASI²⁶

Von Hannover Kararında Monaco Prensesi Alman mahkemeleri karşısında basında yer alan yalnız, çocukları veya arkadaşları ile birlikte yer alan bazen tatilde, alışverişte, spor yaparken, bazen de gözlerden uzak bir restoranda bir arkadaşları ile yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için dava açmıştır. Ancak çocukları ile olan fotoğrafları için ailenin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde, gizli bir restoranda yemek yerken yayınlanan fotoğrafları için de kamusal bir alanda bulunmadığı için başarılı olmuş, ancak diğer fotoğraflar için aynı sonuca ulaşamamıştır. İHAM kararında başarılı olunamayan kamuya açık alandaki fotoğraflar için değerlendirme yapmıştır. Mahkeme öncelikle, bireyin fotoğraflarının da özel hayat kapsamında olduğunu belirtmektedir²⁷. Ayrıca, fotoğraflara ilişkin olarak, Komisyonun fotoğrafların kamusal veya özel alana ilişkin olup olmadığı ve materyalin sınırlı bir kullanım için veya genel kamu için mi planlandığının göz önünde bulundurulduğunu hatırlatmaktadır (pg. 52) ve başvurucunun özel hayatına saygı hakkına müdahale olduğunu belirtmektedir. Mahkeme kararında 8. maddenin üye devletlere sadece negatif yükümlülükler değil, pozitif yükümlülükler de yüklediğini ve bu noktada bireyin çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir dengenin kurulması gerektiğini ve her iki durumda da devletin takdir marjı olduğunu belirtmiştir. Basın özgürlüğünün demokratik toplum açısından önemine de değinen İHAM, bu özgürlüğün sınırlama sebepleri arasında yer alan başkalarının şöhret veya hak-

²⁴ Case of S. And Marper v. UK, (app no: 30562/04 ve 30566/04), judgement, 4 December 2008, pg. 66.

²⁵ Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını...**, s.62. Ortak yaşam alanı içinde gerçekleşen bir olayın kamuya aksettirilmesi kişilik hakkına tecavüz olmamakla beraber bazı yazarla bu halde dahi kişinin rızasının olması gerektiğinden bahsetmektedirler. Helvacı, s. 62.

²⁶ Case of Von Hannover v. Germany, 59320/00, 24 6.2004, pg.43-81.

²⁷ Aynı yönde Case of Schüssel v. Austria, 42409/98, 21.2.2002.

larının korunmasının yer aldığına dikkat çekmekte ve ifade özgürlüğünün fikirler için olduğu kadar imajlar için de geçerli olduğunu belirtmektedir (pg.58-59). Mahkeme kararlarında, genellikle özel hayat ve ifade özgürlüğü konusunda (Tammer davasında) bireyin özel hayatına ilişkin belli ifadelerin kullanılmasının “genel bir önem ifade etmediğinden” hareketle, 10. madde çerçevesinde ifade özgürlüğünün ihlaline yola açmadığına karar vermiştir. Krone Verlag²⁸ davasında ise, “önemli kamusal ilgi” nedeniyle 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu konuda bir başka ihlal kararı ise, Mitterand’ın doktorunun kendisi hakkında tıbbi bilgileri açıklamasına ilişkindir.

Tüm bu veriler mahkeme tarafından davaya uygulandığında, fotoğrafların başvurusunun günlük hayatını gösterdiği ve başvurusunun kraliyet ailesinin bir mensubu olarak ailesini belli kültür ve yardım olaylarında temsil ettiğini, ancak Monako devleti veya onun bir kurumu adına hiçbir faaliyette bulunmadığını saptamıştır. Ayrıca mahkeme, gerçeklerin rapor edilmesi ve bireyin özel hayatına ilişkin ayrıntıların rapor edilmesinin birbirinden ayrılması gerektiği kanaatindedir. İlkinde basın demokrasilerde “bekçi köpeği” görevini üstlenmektedir. Gerçi, özellikle politikacılara ilişkin olarak belli durumlarda özel hayatına ilişkin olarak kamunun bilgilendirme hakkının olduğu ve bunun demokrasi açısından önemi mahkeme tarafından kabul edilmektedir, ancak olayda böyle bir durum yoktur. Mahkeme benzer bazı davalarda da kamu tarafından tanınan kişiler hakkında da özel hayatlarına ilişkin detayların yer almasının toplumun genel çıkarlarının tartışılmasına hizmet etmediğini vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca, özel hayata saygı hakkının korunmasının bireyin kişiliğinin gelişmesindeki önemini işaret etmiş ve bu korumanın sadece özel ve ailesel tarafını değil, sosyal boyutunu da hatırlatmıştır. Buradan hareketle mahkeme, kamuoyu tarafından tanınan kişilerin de özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının korunması meşru beklentisi içinde olmak zorunda olduğunu vurgulamıştır. Teknolojik gelişmeler sonucunda bu bilgilerin saklanması ve yeniden üretilmesinin mümkün olması, bu durumda özel hayata müdahalelerin artan korunma ihtiyacı karşısında mücadele edilmesi gereken bir husus olarak değerlendirilmekte ve sistematik olarak özel fotoğrafların çekilmesi ve dağıtılmasında da bu durumun uygulanabileceği belirtilmektedir. Sözleşmenin teorik ve göz boyayan hakları değil, pratik ve etkili hakları garanti ettiğini hatırlatan Mahkeme, Alman ulusal mahkemesinin bireyi çağdaş toplumun “par excellence(mükemmel)” figürü olarak tanımlamasını özel hayatın korunmasında yetersiz bulmuştur. İHAM’a göre, bu durum politikacılar için geçerli olabilir, ancak olayda hiçbir resmi faaliyeti olmayan ve sadece kraliyet ailesinin bir üyesi olan başvuru için haklı değildir. Mahkeme bu şartlarda, devletin özel hayatının korunması hakkı ve bireyin imajının kullanılmasını kontrol etme hakkı konusunda, Sözleşmeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Son olarak Mahkeme, çağdaş toplumun mükem-

²⁸ Case of Krone Verlag GmbH and co. K.G. v. Austria, 34315/96, pg.37.

mel figürü ile, nispeten kamuya mal olmuş kişiler arasında, bir hukuk devletinde bireylerin davranışlarını ayarlayabilmesi için açık ve belirgin bir ayırım ortaya konması gerektiğini saptamış ve bireylerin tüm bunların ötesinde ne zaman ve nerede korunduklarını veya hangi alanda özel hayatlarına başkaları özellikle de tabloid basın tarafından müdahale edileceğini, açık bir şekilde bilme ihtiyacı içinde olduklarını ifade etmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, ifade özgürlüğü ve özel hayatın korunması dengesinde kararı etkileyen hususun basılan fotoğrafların ve makalelerin genel yarar düşüncesine sağladığı katkıda yatmakta olduğuna karar vermiştir ve olayda başvuru resmi bir görev ifa etmediği için ve fotoğraflar ve makaleler özel hayatın detaylarına ilişkin olduğu için böyle bir katkı sözkonusu değildir. Ayrıca Mahkeme, başvurunun kamu tarafından çok tanınan biri olmasına rağmen, nerede olduğu ve özel hayatında genel olarak nasıl davrandığı konusunda, gizli bir yer olarak tanımlanamayacak alanlarda görülmesi halinde de, kamunun bunları bilme konusunda meşru bir çıkarının olmadığı kanaatindedir. Mahkeme burada ticari çıkar olduğu kanaatindedir. Sonuç olarak başvurunun özel hayata saygı hakkı etkili bir biçimde korunmamıştır, Alman mahkemeleri, başvurunun çıkarı ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kuramamışlar ve üye devlete tanınan sınırı aşmışlardır. Bu sebeplerle 8. maddenin ihlali vardır.

İHAM kararlarında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği tartışması yaparken, üye devletin takdir marjını aşıp aşmadığına, bireyin ve kamunun çıkarları arasında bir denge olup olmadığını araştırarak ulaşmaktadır. Yukarıda özetlenen von Hannover kararında da bu yol izlenmiş ve üye devletin takdir marjını aştığına karar verilmiştir. Verilen karar, ifade özgürlüğü daha dar alanda basın özgürlüğü karşısında, özel hayatın korunmasına getirilen kriterler açısından yeni ve önemlidir. Mahkeme kararında, kamuya mal olmuş kişiler arasında politikacı olan ve olmayanlar, kamu görevi ifa eden ve etmeyenler arasında ayırım yapıldığı gözlenmektedir. Ayrıca, kararın vurucu noktası, bilgilerin kamunun genel yararı düşüncesine ne katkı sağladığının göz önünde tutulmasıdır. Bu yorum yöntemi ünlü kişiler, “mükemmel figürler” ve “kamusal figürler” ayırımı yapmayı gerekli kılmaktadır. Bundan sonra mahkeme önüne getirilecek davalarda bu ayırımın daha çok belirginlik kazanacağı ve kamu yararı tartışmasının somut olaylarda nasıl saptanacağı daha çok açıklık kazanacaktır. Örneğin, bir politikacının “mükemmel figür” olarak özel hayatına saygı beklentisinin sınırlarının ne olduğu henüz netleşmemiştir. Ancak kesinleşen bir husus vardır ki, o da konutta veya saklı alanlarda bulunmak özel hayatın gereken korunmadan yararlanması için artık yeterli değildir, bu alanların dışında kamuya açık mekanlarda da “kamusal figürler” özel hayatlarına saygı beklentisi içinde olabileceklerdir.

3- ÖZEL HAYAT HAKKININ KORUDUĞU HUKUKİ DEĞER NEDİR?

Bir hak olarak özel yaşam iki felsefi temele dayanmaktadır.

Bunlardan birincisi, özgürlük ideolojisinde güçlü bir eleman olan **kişisel özerkliktir**. Özel hayatın gizliliği seçme özgürlüğünün şartlarının oluşturulmasına yardımcı olan bir değer olduğu için müdahaleden uzak olmalıdır. Birey, belirlenen bu alana girişleri meşru bir amaca dayanma istisnası dışında durdurarak, kendisini tüm gelenlere karşı savunup koruyabilmektedir.

İkincisi ise, **fayda** düşüncesidir. Birey kendisini özel yaşamına devlet müdahale etmediği zaman daha mutlu hissetmektedir. Faydacı yaklaşım, özel yaşam alanının özel ve ailesel alandan iş alanına da genişletilmesini haklı çıkarmaktadır²⁹. Kişisel özerklik, özel yaşamın bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık ise, kişinin en geniş anlamda yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı olarak ifade edilirken, gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup, her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyettir³³.

Warren-Brandeis özel hayat hakkının temellerini teknolojik gelişmeler ve iş metodlarından dolayı kişinin güvenliğinin sağlanması amacıyla gerekli olma ve ahlaki olma noktasından hareketle “bireyin dokunulmazlığı” temeline dayandırmaktadır³¹.

Özel hayat hakkı ile varılmak istenen amacın, birbirinden farklı dört tür haksız fiile karşı kişinin çıkarlarının korunması olduğunu belirten Pros-

²⁹ D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s.353. Faydacı yaklaşıma göre, bireyler iş ve ailevi konularda devletin müdahalesi olmadan kendi organizasyonlarını yaptıklarında daha etkili ve mutlu olacaktırlar. Faydacı yaklaşım, özel hayatın kapsamının genişletilmesini de haklı çıkarmaktadır. Kişisel özerklik ise insanlığın gelişmesi için önemlidir. Ibid. s.354. Faydacı yaklaşımı pekiştirir şekilde bireylerin özel hayatlarının gizliliklerinin korunmasının bireyin ruhsal yaşamında ağır sarsıntılara yol açtığı ifade edilmektedir. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s. 24.

³⁰ İ.Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 6. baskı, İmge Kitabevi, İstanbul, 2002, s.292-293.

³¹ Warren –Brandeis, “The Right to Privacy”, s.207-209. Bu sayede yazarlara göre bireye ait bir yazı veya kişisel ürünler için sadece çalınma veya fiziki uygunluk açısından değil tüm formlar için koruma sağlamak mümkün olacaktır. Eğer kişi dokunulmazlığı değilde mülkiyet hakkı temelinden gidilirse koruma sadece ilk ifade edilen hususlar için geçerli olacaktır. Cf. Warren –Brandeis, “The Right to Privacy”, s. 11.

³² Aktaran O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı...**, s.45.

ser³² şu tasnifi yapmaktadır: Kişinin sukûnetinin, yalnızlığının, gizlerinin ve özel yaşamının ihlali halinde kişinin manevi bütünlüğünün; kişinin özel yaşamına ilişkin utanç verici durumların kamuya açıklanması halinde şeref ve haysiyetin; kişinin topluma yanlış tanıtılması halinde şöhreti ve adının; kişinin adının ve resminin çıkar sağlamak amacıyla kullanılması halinde ise kişinin adından ve resminden doğan maddi çıkarları korunmaktadır.

Bazı yazarlar ise özel hayat hakkının hukuki temelini “**insan onuru**” kavramında bulmaktadırlar³³.

Özel hukuk açısından özel hayatın gizliliği kavramına “**kişilik hakkı**” penceresinden yaklaşılmaktadır. Kişilik hakkının öğretide ikiye ayrıldığı görülmektedir. Kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı ve hareket özgürlüğüne ilişkin alan olarak nitelendirilen “**maddi kişisel değerler**”³⁴ veya “**iç kişisel değerler**”³⁵. 1982 Anayasasının 17/1. Maddesinde kişilik hakkı maddi anlamı ile belirtilerek koruma altına alınmıştır. Kişinin maddi kişisel değerleri içinde bireye yapılan tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarrufları saptama hakkı da yer almaktadır³⁶.

Kişinin manevi kişisel değerleri içinde ise³⁷, kişinin ruhi bünyesi ile ilgili değerler, kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili değerler yer almaktadır. Kişinin mesleki ve ticari kişisel değerleri ise toplum içindeki yeri ile ilgili olmakla birlikte, ekonomik sonuçları sebebiyle ayrı değerlendirilmektedir³⁸. Özel hayat ise, kişinin toplum içindeki değerler içinde kişinin adı, görüntüsü, şeref ve haysiyeti yanında korunan bir kavram olarak yer almaktadır. Bir başka yaklaşım ise, özel hayatın gizliliği hakkının neden hukuki korumaya değer bulunduğunu, ifade özgürlüğüne benzer bir yaklaşımla belirtmektedir. Buna göre doğruya veya gerçeğe ulaşmak ortak bir uzlaşmanın sonunda olmaktadır. Bu uzlaşma özgür ve eşit tartışma ortamı ile mümkün olabilmektedir.

³³ E.J. Bloustein, “Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser”, **New York University Law Review**, V.39, 1964, s.971. Warren –Brandeis, “The Right to Privacy”, s. 205. O. Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı...**, s.46.

³⁴ S. Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004. s. 29.

³⁵ Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s.47.

³⁶ Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette**, s. 30. S. Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (Mk md.24/a fıkra I, İMK md. 28/a fıkra I)**, Beta, İstanbul 2001, s.50 vd.

³⁷ Araslı, manevi kişisel değerleri sonradan türeme veya göreceli değerler olarak “dış kişisel değerler” başlığı ile nitelendirmektedir. S. 47.

³⁸ Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette**, s. 34.

Özgür açık tartışma ortamının doğru oluşabilmesi için, korunması gereken değerlerden birisi de özel hayatın gizliliğidir³⁹.

Arashlı ise, ister insan onuru, ister kişilik, isterse kişi dokunulmazlığından hareket edilsin, burada vurgulanan kavramın **insanın insan olmasından kaynaklanan yüksek değeri** olduğunu belirtmektedir⁴⁰.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile korunmak istenen hukuki değer, çağdaş ulusal ve uluslararası metinlerle de bağlantısının kurulmasından hareketle, “insan onuru” olarak nitelendirilmesi mümkündür. İnsan onuru bir üst kavram olarak diğer unsurları da kavrar görünmektedir. Bu sayede özel hayatın gittikçe gelişen çerçevesini de hukuki koruma altına almak mümkün olabilecektir.

4- ÖZEL HAYAT HAKKININ SINIRLANMASI ve DEVLETİN ÖZEL HAYAT HAKKI KARŞISINDA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özel hayat hakkının sınırlandırılmasında üç husus öne çıkmaktadır. Öncelikle devletin bu alanda üstlendiği sorumluluk, sözkonusu alanı yasal planda düzenleme ihtiyacı ve nihayet bilgiye ulaşmadaki genel yararın özel hayat hakkı ile çatışmasının ortaya çıkardığı sorun⁴¹. Sonucunda bireyin özel hayatının korunmasından umulan yarar ile toplumsal yararın dengelenmesi ihtiyacı karşımıza çıkmaktadır⁴².

Genel olarak özel hayat hakkının iki yönü olduğu kabul edilmektedir: **negatif** ve **pozitif**.

Hakkın negatif yönü yalnız kalma, müdahale edilmeme hakkıdır⁴³. Hakkın pozitif yönü ise daha anlaşılması zor ve tartışmalıdır. Feldman⁴⁴ özel hayat hakkının pozitif yönünün Devlete üç tür yükümlülük getirdiğini belirtmektedir:

³⁹ Ruiz, **Privacy in Telecommunications**, s. 46.

⁴⁰ Arashlı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı**, s.48.

⁴¹ Feldman, op.cit. s.355-356.

⁴² Case of S. And Marper v. UK, (app no: 30562/04 ve 30566/04), judgement, 4 December 2008, pg. 118. İHAM Marper kararında bu hassas dengeyi belirlemeye çalışmıştır. İngiltere ve Galler’de parmak izi alma, DNA profilleri ve hücre örneklerinin saklanması konusunda suçun ağırlığı ve doğasının bireyin yaşının, kabahat ler veya hapis cezası gerektiren suçlar için ya da ciddi suçlar için olup olmadığının kayıtları saklama konusunda bir süre sınırının olup olmadığının ve belgelerin yok edilmesi prosedürünü ve nihayet ne tür bilginin tutulacağını değerlendirmiştir.

⁴³ Warren –Brandeis, “The Right to Privacy”, **Harvard Law Review**,. s.193-220.

⁴⁴ D. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, Clarendon Press, Oxford, 1993, s.357.

Birincisi, Devletin ve diğer bireylerin özel hayat hakkının kullanılabilceği şartların sağlanması yükümlülüğü vardır.

İkinci olarak, pozitif yükümlülükler, bir başkasının özel ilişkilerine müdahale edilmesine karşı konulma hakkının yanı sıra, hassas ve bağımsız karar verme imkanını etkileyecek, hükümet veya özel kişilerce elde edilmiş bilgilere ulaşma hakkını da içermektedir⁴⁵.

Nihayet, kişinin özel hayatına müdahaleyi meşru kılacak durumların varlığı halinde, özel hayata ilişkin çıkarların korunması, her bir somut olayda müdahaleden önce özel düzenlemenin empoze edilmesini gerekli kılmaktadır.

Özel hayat hakkı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin devletin pozitif yükümlülükleri bakımından hem yasal alanda gerekli düzenlemenin yapılmadığı, hem de özel hayatın gereği gibi korunmadığına ilişkin önemli kararları bulunmaktadır:

a- Devletin yasal düzenleme yapma zorunluluğu- K.U v. FİNLANDİYA⁴⁶

2 Aralık 2008 tarihli karara konu olan olayda, 1986 doğumlu başvuru hakkındaki, 12 yaşında iken haberi olmadan, internete kişisel bilgileri ve telefon numarası verilerek, ona yol gösterecek bir yetişkin veya genç erkekle ilişki aradığına ilişkin bir reklam verilmiştir. Birinin bu reklam üzerine kendini araması üzerine başvuru durumdan haberdar olmuş ve suçlamada bulunabilmek için başvuru babası polisten bu reklamı veren bulmasını istemiştir. Servis sağlayıcı, kullanıcının dinamik IP adresini açıklamayı yasa-da belirtilen telekomünikasyon güvenliği sebebiyle reddetmiştir.

İHAM karardan önce Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Bilgisayarla ilgili Suçlara ilişkin 1989 Yönergesini zikretmektedir. Buna göre (R (89)9);

- (12. prensip) Kamuya kamusal veya özel network sistemi ile iletişim hizmeti sağlayanlar, yetkili araştırma otoriteleri talep ettiğinde, kullanıcının kimlik bilgilerini sağlama konusunda özel yükümlülükler üstlenmelidirler.

Mahkeme kararında öncelikle “bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü” ilgilendiren konunun özel hayat kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiği-

⁴⁵ Örneğin bir kimsenin sağlığına ilişkin bilgilerin açıklanmaması o kimsenin evlik, kariyer, davranış gibi özerk karar verme olanağını etkileyecektir. Örnek için. Bkz. Feldman, **Civil Liberties and Human Rights in England and Wales**, s.357.

⁴⁶ App. No:2872/03, Judgment, 2. December 2008

ni ifade etmektedir. İç hukukta iftira olarak nitelendirilebilecek bu durumu, Mahkeme, bireyin fiziksel ve mental refahını olumsuz etkileyen, genç yaşta ise özellikle hassas bir durum olarak nitelendirmektedir. Mahkeme devletin 8. maddeden kaynaklanan “**pozitif yükümlülükleri**” olduğunu da hatırlatmaktadır. Olayın, engelli bir kıza tecavüzün etkili biçimde cezalandırılmasına ilişkin X.Y. Hollandaya karşı davasındaki kadar ciddi boyutta olmasa da önemsiz sayılamayacak bir durum olduğunu belirtmektedir. Mahkeme gerçek suçlunun kimliğinin belirlenmesi ve yargı önüne getirilmesi sözkonusu değilse suç oluşturmanın etkisi sınırlı olacaktır. Bu sebeple Mahkemeye göre, suçların cezalandırılması konusunda eğer ceza hüküm ve teknikleri kullanarak cezalandırmaya engel olunuyorsa, devletin 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Olayda olduğu gibi bir çocuğun ve incinebilir kişilerin moral ve fiziksel bir tehditle karşı karşıya kaldığı durum, daha da önem kazanmaktadır. (Pg46)

Servis sağlayıcıdan tazminat alınmasının mümkün olduğu yönündeki Hükümet savunması karşısında ise Mahkeme, bu durumda tazminatın yeterli olmadığını belirtmiştir ve bu önemli sorunda gerçek çözümün suçlunun saptanması ve adalet önüne getirilmesi ile mümkün olacağını vurgulamıştır. (pg 47)

Mahkeme ayrıca, pozitif yükümlülüklerin, devlet otoritelerine (olayda yasama organına) **yerine getirilmesi imkansız ya da çok ağır sorumluluklar** yükler şekilde yorumlanamayacağını kabul etmekle beraber, suç işleyenleri araştırmak, soruşturmak ve adaletle teslim etmeyi de yetkilerin kontrolü olarak görmektedir.

Mahkeme, aşırı güvenlik talepleri sebebiyle etkili bira araştırma ve soruşturma yapamamaktadır. Mahkemeye göre, **iletişim güvenliği, iletişim ve internet hizmetlerini kullananlar için, onların ifade özgürlüğüne ve özel hayatlarına saygı göstermek durumunda olan öncelikli bir mesele olmakla beraber, böyle bir garanti mutlak değildir ve düzenin korunması, suçun önlenmesi, başkalarının hakları gibi diğer yasal yükümlülüklerle saygı gösterilmelidir.** (pg. 49)

Mahkeme Finlandiya’nın bu alanda düzenleme yapmakta geç kaldığını işaret ederek, 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

b- Devletin, özel hayatın bir parçası olan onur ve şöhreti basın özgürlüğü karşısında koruma yükümlülüğü- CASE OF A. v. NORVEÇ⁴⁷

Eski bir katilin bulunduğu şehirde, iki kız çocuğu tecavüz edilerek öldürül-

⁴⁷ Case of A. v. Norway Application no. 28070/06), judgment, 9 April 2009, Final, 09/07/2009

müştür. Görsel basında adı açıkça ifade edilmemesine rağmen, verilen ikametgah ve çalıştığı yere ilişkin bilgiler ışığında, kendisini tanıyanların anlayabileceği bilgiler basında yer almıştır. Başvurucu bu durumda şöhretinin ve onurunun zedelenerek özel hayat hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme kararında iki önemli sorunu yanıtlamaya çalışmıştır: İlki, devlet başvurusunun özel hayat hakkının bir parçası olan şöhret ve onurunun korunması için pozitif yükümlülükleri yerine getirmiş midir? Diğeri ise, basın özgürlüğü karısında özel hayat hakkı korunacak mıdır?

Olayda yerel yüksek mahkemeler, basında eski bıçaklı katil ve cinayetin işlendiği şehirde bulunma şeklinde odaklanılmasının, sıradan okuyucu için başvurusunun sözkonusu cinayetin sanığı gibi algılanmasına sebep olmadığını kabul etmiş, İHAM da farklı düşünmek için sebep görmemiştir (pg. 69). Her ne kadar ismen zikredilmemiş ise de, fotoğraf, çalıştığı ve oturduğu yere ilişkin ayrıntılar onu önceden tanıyanlar tarafından anlaşılmış, ikametgahını terk etmek ve işinden ayrılmak zorunda kalmış ve sosyal hayattan dışlanmıştır.

Mahkeme sonuç olarak, milli mahkemelerin bireyin onur ve şöhreti ile basın özgürlüğü arasında adil bir denge kuramadıklarına ve özel hayat hakkının ihlal edildiğine karar vererek Norveç'i mahkum etmiştir (pg. 74-75)

Görüldüğü üzere, devletin pozitif yükümlülüğü basın özgürlüğü karşısında bireyin özel hayatının korunmasına ilişkin pozitif tedbirlerin alınmasını da içermektedir.

II. BÖLÜM -ÖZEL HAYAT HAKKI KONUSUNDA ÖNEMLİ SORUNLAR

Özel hayat kavramı çok geniş bir alana denk gelmektedir. Bu alandaki sorunlar da buna bağlı olarak kapsamlıdır. Bu sebeple burada sadece iki temel sorun üzerinde durmakla yetinilecektir.

1- KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Avrupa Konseyi bünyesinde, 1970'li yıllarda elektronik bilgi bankalarında işlenen veriler dolayısıyla, bireylerin özel hayatlarının korunması için gereken ilkeleri belirlemek üzere bir çalışma başlatılmış, bu çalışmalar sonunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 1973 ve 1974 yıllarında, özel sektör ve kamu sektöründeki elektronik bilgi bankalarında uygulanacak ilkeleri belirleyen iki tavsiye kararı kabul etmiş ve ardından Konsey üyesi birçok ül-

ke(Almanya, Avusturya, Fransa, Danimarka, Norveç) 1970’li yılların sonunda kişisel verilerin korunması konusunda yasalar kabul etmişlerdir⁴⁸.

Ancak, gelişen teknoloji ülkeler arasında sınır ötesi bilgi akışının hızına erişebilmek ve bunun karşısında kişilik haklarını korumak amacıyla, “Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme” 28.1.1981 tarihinde Strazburg’da imzaya açılmış ve aynı tarihte Türkiye tarafından da imzalanmıştır⁴⁹. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına Avrupa Birliği de kurum olarak aktif bir biçimde katılmış ve önemli katkılarda bulunmuştur⁵⁰. Avrupa Konseyi geçen süre içerisinde Sözleşmede yer alan ilkeleri etkin biçimde hayata geçirebilmek için çalışmalarına devam etmiş, Bakanlar Konseyi bu amaçla ilgili konuda çeşitli sektörlerde uygulanacak ilkeleri belirleyen tavsiye kararları almışlardır⁵¹.

Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesinin tanımları içeren 2. maddesi, kişisel verileri bireyi tanımlayan veya tanımlayabilen herhangi bir bilgi olarak ifade etmektedir. 108 sayılı bu Sözleşmeye göre (m. 4)sözleşmeci taraflar en geç Sözleşmenin kendileri tarafından yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kendi iç hukuklarında Sözleşmenin bu bölümünde yer alan verilerin korunmasına ilişkin ilkelere işlerlik kazandırmak zorundadırlar. Bu çerçevede Adalet Bakanlığı tarafından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı hazırlanmış⁵², fakat henüz kabul edilmemiştir. Ancak bu tasarı daha sonra değiştirilmiş ve **22.4.2008** tarihinde tekrar meclise sunulmuştur.

Sözleşmenin 5. maddesine göre, otomatik işleme tabi tutulan veriler meşru ve yasal yollarla kaydedilmeli ve amacı dışında kullanılmamalı; uygun, elverişli olmalı ve tutulma amacı ile ilgili aşırılığa kaçmamalı, meşru ve yasal

⁴⁸ Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu, www.garantieticaret.com

⁴⁹ Türkiye Sözleşmeyi 28.1.1981 de imzalamış fakat onaylamamıştır. Bu durumda olan Avrupa Konseyi üyesi altı ülkeden biridir. 108 numaralı Sözleşme 1. 10. 1985 de beş ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiştir.

⁵⁰ Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu, www.garantieticaret.com

⁵¹ Polisteki Kişisel Bilgilerin Kullanımı Konusunda Tavsiye Kararı (Regulating The Use of Personal Data In The Police Sector) No: (87)15. Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliği Etik Raporu, www.garantieticaret.com

⁵² Bu konuda 18.9.2000 tarihinde bir komisyon oluşturulmuş, hazırlanan tasarı ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşüne gönderilmiştir. Adalet Bakanlığı Ulusal Güvenlik Çevrelerinin Geliştirilmesi Projesi ile ilgili Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı ile ilgili görüşünü 26.12.2002 tarihinde Tarım Bakanlığına sunmuştur. Ayrıca, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Adalet Bakanlığında bir çalıştay düzenlenmiş ve AB Genel Sekreterliği Ekonomik ve Mali Konular Dairesi Başkanlığına sunulmuştur. Türkiye’nin Avrupa Birliğine tam üyelik çalışmaları çerçevesinde hazırlanan raporda kişisel verilerin korunması İngilizce olarak kaleme alınmıştır. TC. Adalet Bakanlığı, Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Faaliyetler, www.adalet.gov.tr.

yollardan elde edilmeli; doğru ve güncel olmalı ve ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek biçim altında, kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmelidir.

Sözleşmenin 6. maddesinde özellik taşıyan veri kategorileri belirtilmiştir. Buna göre, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki veriler ve ceza mahkumiyetleri, otomatik bilgi işlemine tâbi tutulamazlar.

7. maddede ise, verilerin güvenliğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, Otomatik fişiyelere kaydedilen kişisel nitelikteki verileri korumak için, bunların kazaen veya izinsiz olarak imhasına veya zayı olmasına veya bunların elde edilmesine, değiştirilmesine veya izinsiz olarak dağıtılmasına karşı uygun güvenlik önlemleri alınması zorunludur.

Avrupa Konseyince polisin kişisel bilgileri kullanmasına ilişkin 17 Eylül 1987 de kabul edilen (87)15 Yönergesine göre (No.R(87)15), güvenlik amacıyla kişisel verilerin toplanması, belli ve gerçek ağırlığı olan tehlikeli suçların önlenmesi için **gerekenle sınırlı olarak** gerçekleştirilmeli ve her istisna özel milli bir yasa ile düzenlenmelidir.(m.2). Kişisel verilerin tutulmasının polisin yasal görevleri çerçevesinde olması (m. 3) ve eğer artık **gerekli değilse imha edilmesi** gerektiği, bunun belirlenmesi kriterleri de şu şekilde ortaya konmuştur: belli bir davada bir soruşturmanın sonucunda verinin korunması ihtiyacı var mıdır?; nihai yargısal karar, beraat, rehabilitasyon, af, mahkumiyet, veri konusunun yaşı özel veri kategorileri.

Avrupa Konseyi 10 Şubat 1992 de Ceza Yargılaması Sisteminde **DNA Analizlerinin Kullanılması** konusunda bir yönerge kabul etmiştir. (R(92)1) Buna göre;

-DNA analizlerinden elde edilen bilgiler soruşturma ve kovuşturmanın dışında bir amaç için kullanılmamalıdır.

-DNA analizlerinin araştırma ve istatistiki amaçlarla kullanılması halinde kimliği ortaya çıkaran verilen yok edilmedikçe kabul edilemez. Numara ve diğer kimliğe ilişkin veriler kullanımdan önce çıkarılmalıdır.

-DNA analizleri milli yasalarla düzenlenmeli ve yargısal otoritelerin özel onaylarına tabi olmalıdır.

-Bireylerden alınan örnekler kullanım amacı ile doğrudan bağlantılı olmadığı sürece nihai karardan sonra imha edilmelidir.

-DNA analizlerini yok etmek için gerekli tedbirler alınmalıdır. DNA sonuçları ve ona dayanan bilgiler kişilerin yaşamlarına ve güvenliklerine dair ciddi suçlardan mahkumiyet halinde korunabilir. Bu durumlarda katı saklama kuralları milli hukukda belirtilmelidir.

-Bazı hallerde DNA örnekleri daha uzun saklanabilir: Birey öyle istiyorsa ya da örnek bir kişiye ait değilse ve olay yerinde bulunmuşsa.

Devletin güvenliğinin söz konusu olduğu durumlarda, üye devletler DNA örneklerini bir suç sebebiyle suçlanma veya mahkumiyet olmadan da koruyabilirler. Bu durumlarda yine katı saklama kuralları devreye girmektedir.

Düzenlemenin açıklayıcı raporunda kriminal kayıtların tutulmasına şu koşullarda izin verilebileceği belirtilmektedir:

- bir mahkumiyet varsa,
- mahkumiyet bireyin yaşamı, beden bütünlüğü ve güvenliği ile ilgili ciddi bir suçtan dolayı ise,
- saklama periyodu kesin olarak sınırlı ise,
- saklama yasa ile tanımlanmış ve düzenlenmişse,
- saklama parlamento tarafından veya bağımsız bir idari otorite tarafından kontrol ediliyorsa.

Avrupa Konseyi Düzenlemeleri- 181 numaralı sözleşme.

Avrupa Konseyi 8.11.2001 tarihinde 108 numaralı Sözleşmeye bir ek protokolü imzaya açmıştır. 181 numaralı bu Sözleşme 1.7. 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 108 numaralı Sözleşmeye ek Protokol sınır ötesi kişisel verilerin geçişi ve denetleyici otoritelere ilişkin otomasyona tabi kılınan veriler karşısında bireyin korunmasını hedeflemektedir. Bu çerçevede Ek protokolün başlangıcında otomasyona tabi kişisel verilerin etkili bir biçimde korunması için, denetim otoritelerinin fonksiyonlarını tamamen bağımsız olarak yerine getirmelerinin, hakkın korunmasında ne denli etkili olduğunun altı çizilmektedir. Bu sebeple Sözleşmenin 1. maddesi denetim organlarının niteliklerine ilişkin hüküm içermektedir. Buna göre;

- 1- Üye taraflar Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesinin 2. ve 3. Bölümünü garanti etmek üzere bir veya birden fazla denetim otoritesi oluşturmalıdır.

2-

- a- Söz konusu otoriteler bu Protokolün 1/1. maddesindeki prensibin iç hukukta etkili olabilmesi için araştırma ve müdahale yetkisi ile beraber, yasal prosedüre katılma veya yetkili yargısal otoriteler önüne müdahaleyi getirme konusunda yetkili olmalıdır.
 - b- Bireylerce her bir denetim organına, yetki alanında bulunan kişisel verilerin korunması konusundaki haklarına ilişkin iddiaları sunma olanağı verilmelidir.
- 3- Denetim organları fonksiyonlarını tamamen bağımsız olarak yerine getirmelidir.
- 4- Denetim organlarının kararlarına karşı yargıya başvurma olanağı olmalıdır.
- 5- Denetim organları Sözleşmenin 4. bölümü ile ilgili olarak ve Sözleşmenin 13. maddesindeki önyargılar olmadan, görevlerinin sağlıklı biçimde yerine getirilmesi için, tüm yararlı bilgilerin değişimi konusunda işbirliği yapmalıdırlar.

Görüldüğü gibi Protokolün özellikle altını çizdiği nokta denetim otoritelerinin bağımsızlığıdır. Söz konusu Sözleşmeyi Türkiye imzalamış, fakat onaylamamıştır. Ancak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile Sözleşme iç hukukumuzun bir parçasıdır. Bu yönü ile İHAM kararlarının etkisi göz ardı edilemez. Bu konudaki önemli örneklerden biri Ekimdzhiev kararıdır.

İdari Otoritelerin Bağımsızlığı- CASE OF THE ASSOCIATION FOR EUROPEAN INTEGRATION AND HUMAN RIGHTS AND EKIMDZHIEV

v. BULGARİSTAN⁵³

Bulgaristan'a karşı İnsan Hakları Derneğine ilişkin davada, Mahkemeye göre gizli izlemeye ilişkin kuralların öngörülebilir, yeterince açık ve kesin olması gerekmektedir. Mahkeme kullanılan teknolojinin sofistike, karmaşık hale gelmesi ile bu konuda açık, detaylandırılmış kuralların gereğini vurgulamaktadır. Mahkeme bu prensiplerin etkili şekilde uygulanması ve kötüye kullanmaları engellemek için şu garantileri geliştirmiştir:

- 1- Müdahale emrinin verildiği suçun niteliği
- 2- İzlenen iletişimlerden sorumlu olan kişilerin kategorinin tanımlanması

⁵³ Case of The Association For European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, App no:62540700, Fifth section, Final, 30.1.2008, pg. 74-75. Kruslin ve Aman davasında olduğu gibi.

- 3- Elde edilen bilginin korunması ve saklanması
- 4- İzleme sürecinin bir sınırının olması
- 5- Elde edilen bilginin saklanması, kullanılması ve değerlendirilmesi için olan prosedürünün izlenmesi
- 6- Bilgiyi diğer kişilere aktarırken tedbir alınması
- 7- Elde edilen bilginin silinmesi veya yok edilmesi(Weber ve Saravia v. Almanya, 54934/00, 2006, pg.59)
- 8- Ek olarak, yetkilerin kötüye kullanılması ihtimaline karşılık milli hukuk keyfi müdahalelere karşı koruma mekanizması öngörmelidir.(Klass, Leander, Halford, Kopp ve Weber ve Saravia)

Olayda bu garantileri sağlayan olduğu gibi, sağlamakta yetersiz kalan tedbirlerin de olduğunu belirleyen mahkemenin saptamaları şu şekildedir:

Yargıç, yetki süresi bitmeden izleme tedbirinin sona erdirileceğinden haberdar edilmesine rağmen, **kanunda yargıç izlemenin sonucundan haberdar etmek ve ona yasal yükümlülüklerle riayet edilip edilmediği konusunda yetki verilmemiştir. (pg. 85)** Ayrıca sözkonusu yasal düzenlemelerin devam eden ceza prosedürü için geçerli olduğu ve milli güvenliği korumak için izlemenin kullanılması gibi tüm durumları kapsamadığı da vurgulanmaktadır. Diğer bir nokta da, izleme yolu ile elde edilen bilginin değerlendirilmesi veya bütünlüğünün ve güvenliğinin korunması ve yok edilmesi konusunda uygun derecede düzenleme eksikliği sözkonusudur. **Mahkemeye göre ayrıca, gizli izleme konusundaki tüm kontrolde yalnızca siyasi atama olmakla kalmayıp, yürütmenin ve gizli izleme görevinin de doğrudan bir parçası olan işleri bakanına güvenilmektedir.** Klass ve diğerlerinde olduğu gibi parlamento tarafından veya bağımsız otoriteler tarafından seçilen bağımsız bir kurul değildir, ya da **Christie** (Birleşik Krallığa Karşı, -21482/93 Komisyon Kararı-) davasında olduğu gibi yüksek yargısal büro veya yüksek mahkeme yargıçlarına eşit nitelikte kişilerden oluşan bir kontrol komitesi (L. V. Norway, 13564/88, Komisyon kararı, 8 June 1990) -BAĞIMSIZ OTORİTE EKSİKLİĞİ- gibi. (pg. 87) de değildir.

Keza, bakan etkisi yasa ile düzenlenmemiştir. Ayrıca, ne bakan ne de başka bir görevli bağımsız otoriteye veya bireysel durumlarda başvurulacak tedbirler konusunda veya sistemin tüm işleyişi hakkında kamuya düzenli rapor sunma görevi ile karşı karşıyadır.(Klass, Christie)

Mahkeme ayrıca, gizli izlemenin yapılması amacı dışında elde edilen bilgiler için İçişleri Bakanı hiçbir bağımsız kontrolle karşılaşmadan, bununla ne yapılacağına karar verecektir.

Nihayet, Bulgar hukukuna göre, gizli izlenen kişi bu gerçek konusunda uyarılmamaktadır. Mahkemenin içtihatlarına göre, izleme devam ederken veya bittikten he-

men sonra, izlenen kişinin haberdar edilmesi tek başına müdahalenin haklı olmamasına yol açmaz. Ancak, sürecin sona ermesinden sonra gizli izlemenin amacını tehlikeye atmak üzere izlenen kişiye uyarı yapılmalıdır.(Klass, Leander, Weber and Saraviz)Alman hukuku bu tür bir güvenceyi içermektedir. (pg. 90). Bulgar hukukunda hiçbir durumda uyarı bulunmamaktadır. Daha da ötesinde bu tür bilgi açıklamalarını yasaklamaktadır. Birey çoğunlukla bu durumdan haberdar olmamaktadır. Kararda ayrıca bu konuda Bulgaristan'da ciddi ihlallerin olduğuna ilişkin raporları da dikkate alan Mahkeme, yeterli garantilerin olmadığından hareketle 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

c- TÜRKİYE'DE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KONUSUNDAKİ DENETİM MEKANİZMALARI

Bağımsız İdari Otoritelerin üyelerinin seçimi, statüsü ve herhangi bir başka idari kuruluşla hiyerarşi ve vesayet benzeri bir ilişki içinde de olmaması gerekir. Sırasıyla bu hususlar incelendiğinde şu görüntü ile karşılaşılacaktır:

Üyelerin seçimi: başkan başbakanca, başkan yardımcısı ise yürütme kurulunun teklif ettiği üç aday arasından Başbakanın atadığı başkan tarafından atanmaktadır. Türkiye'de bağımsız idari otoriteler RTÜK istisnası dışında yürütme tarafından atanmakta ve kurumların gerçek anlamda bağımsızlığını sağlamak da mümkün olamamaktadır. Fransa'da Yüksek yargı kurumlarının bu atamalarda etkili olduğu görülmektedir⁵⁴.

Yürütme Kurulu 21. maddede belirtilen yedi kişiden oluşmaktadır. Öncelikle Yürütme Kurulunun sayısı ve temsil kabiliyeti arttırılmalıdır. 23. maddede düzenlenen Danışma Kurulu da Türkiye Barolar Birliği temsilcisi ve yargıçlar dışında yine yürütme ekseninde yapılanmıştır. Bu durumun kurumun bağımsızlığını etkileyeceği açıktır.

Bağımsızlıkla ilgili ikinci konu üyelerin statülerine ilişkindir. 21/b.7 de bu durum başkan ve üyeler için düzenlenmiştir. Burada vurgulanabilecek husus başkanın tekrar seçiminin onu seçene yani başbakana bağlı olduğu gerçeğidir. Ancak, buradaki sorun tekrar seçilmekten çok, başbakan tarafından seçilme ile ilgilidir.

Bağımsızlığın önemli boyutlarından biri de herhangi bir başka idari kuruluşla hiyerarşi ve vesayet benzeri bir ilişki içinde de olmamasıdır. DNA Veri Bankası Başbakanlığa bağlı olarak kurulmaktadır. Gerçi 15. maddede "Baş-

⁵⁴ T. Tan, **İdare Hukuku**, Turhan yayınevi, C. 1., s. 292.

bakanlıkla ilgili” ifadesi kullanılmaktadır. Herhalde burada kastedilen “başbakanlığa bağlı” olmasıdır. Türkiye uygulamasında bağımsız idari otoritelerin tümünün başbakanlık veya bir bakanlık ile bağlantılı olarak yapılandırıldığıdır. Bu durum uygulamada bağımsız İdari otoritelerin bağımsızlıklarını devre dışı bırakan bir faktördür. Fransa uygulamasında bağımsız idari otoriteler, idarenin içinde ve fakat bağımsız statüde yapılanmışlardır. Tüzel kişilikleri yoktur ve bakanlıklara benzer bir konumda bulunmakta ve genel bütçede ayrı bölümlerde gösterilen ödeneklerle giderleri karşılanmakta gelirleri ise hazineye bırakılmaktadır⁵⁵.

Türkiye’de henüz kişisel verilerin korunması konusunda yasal düzenleme yoktur. Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun tasarısı hemen her yasama döneminde gündeme gelmesine rağmen yasalaşmamıştır. Benzer sorun aynı (22.4.2008) tarihte Meclise sunulan Devlet Sırları Kanunu için de geçerlidir. O halde bu alandaki en önemli sorun yasal düzenleme eksikliğidir.

Ancak bunun yanında, yukarıda ifade edilen kanun tasarılarında öngörülen denetim kurumlarının da bağımsız olma noktasından uzak olduğu görülmektedir.

Örneğin, **Devlet Sırları Kanunu Tasarısının** 6. maddesi Devlet Sırrı Kurulu oluşturmaktadır. Bu kurul başbakan müsteşarı başkanlığında adalet, milli savunma, içişleri ve dışişleri bakanlarından oluşmaktadır.

Tasarıda bir de devlet sırrı konusundaki ihtilaflarda nihai görüş bildirmek üzere Devlet Sırrı Üst Kurulu oluşturulmaktadır. Başbakan başkanlığındaki kurulda adalet, milli savunma, içişleri ve dışişleri bakanları bulunmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında madde 26 da Kişisel Verileri Koruma Kurulu oluşturulmaktadır. 27. maddede kurulun Bakanlar Kurulu tarafından seçilen 7 üyeden oluşacağı düzenlenmektedir. Kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesinin usul ve esasları da bu kurul tarafından hazırlanan yönetmelikle belirlenecektir. Görüldüğü gibi kişisel verilerin korunması hakkında henüz yasal bir düzenlemenin olmaması yanında, tasarının da hem kişisel verilerin korunmasının güvencesi olarak sunulan bağımsız Kurulun Bakanlar Kurulu tarafından atanması, hem de yapacağı düzenlemelerle özel hayata ilişkin geniş müdahale ve düzenleme olanaklarıyla, özel hayat hakkını ihlal eder bir görüntü oluşturduğu söylenebilir.

⁵⁵ T. Tan, **İdare Hukuku**, Turhan yayınevi, C. 1., s. 295.

Bu konudaki AB esaslarına bakıldığında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli güvence olarak oluşturulan kontrol kurumları göze çarpmaktadır. AB Direktifi madde 22 ve 28 de kişisel verilerin korunmasında bir veya birden fazla otoritenin varlığını zorunlu kılmaktadır. Buna göre sözkonusu otorite/ler kendilerine verilen fonksiyonlarını icra ederken “tam bağımsız” olmalıdırlar.

Konu Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen 108 sayılı Sözleşmede de düzenlenmektedir (m. 3). Ayrıca, özel hayatın gizliliğinin ihlali karşısında nasıl bir güvenlik sisteminin ortaya konulacağı İHAM kararlarına da konu olmuştur. 26 Mart 1987 tarihli İsveç’e karşı Leander kararında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi gizli polis kayıtlarının Ulusal Polis Kurulu tarafından tutulmasına ilişkin olarak, diğerleri yanında şu güvenceyi de değerlendirmiş ve Sözleşme ile bağdaşır bulmuştur:

-Sistemin düzgün işleyişinin kontrolü hem Parlamento, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komisyonu gibi kurumlara verilmiştir.

Ayrıca DNA veri bankasının bir bağımsız idari otorite olarak düzenlenmesi zorunluluğu vardır. Öncelikle bu tür kurumların bağımsızlıkları vurgulanmalıdır. Yasa tasarısında da bu özerkliğin “bilimsel, idari ve mali özerkliğe sahip” ifadeleriyle vurgulandığı görülür. Bu ifadeye bağımsızlığın vurgulandığı “hiçbir organ, makam, merci ve kişinin kurumun nihai kararlarını etkilemek amacıyla emir ve talimat veremeyeceği hükmü ilave edilmelidir.

DNA veri bankasının idare içinde, **fakat** bağımsız ve özerk bir yapılanma ile oluşturulması zorunluluğu vardır.

Aynı şekilde **DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısında** yer alan DNA Üst Kurulu başkanını da başbakan atamaktadır. Başkan yardımcısı ise, yürütme kurulunun teklif ettiği üç aday arasından atanmaktadır.

Tasarının 5. maddesinin a bendi CMK daki esas ve usuller çerçevesinde vücuttan ve b bendi “bir suç sebebiyle olay yerinde” DNA analizi yapılabileceğini belirtmektedir. Burada hangi suç kategorisi için DNA analizinin öngörüldüğü belirtilmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İsveç’e karşı Leander Kararında kişilere ait bilgilerin polis tarafından tutulmasını Sözleşmeye uygun bulurken, bu bilgilerin nerede kullanılacağı sorgulanmış ve ce-

⁵⁶ Murray v. U.K., 14310/88, 28.10.1994, 83-95.

⁵⁷ Feldman, “Information and Privacy”, s.308.

za davaları ve İsveç vatandaşlığına geçme ile sınırlı olarak kullanıldığının altı çizilmiştir.

Terör suçlarının İHAM kararlarında belirgin bir şekilde müdahaleyi haklı kıldığı görülmektedir. Örneğin Murray⁵⁶ kararında ağabeyi terör nedeniyle mahkum olan başvurunun makul kuşku üzerine evinde arama yapılmış ve gözaltına alınmıştır. Gözaltında iradesi dışında polisler tarafından fotoğrafları çekilmiştir. Polis istasyonunda bir kişinin rızası dışında fotoğraflarının alınması özel hayata müdahaledir ve bu müdahaleyi meşru kılacak sebepler olmalıdır⁵⁷. Davada bu sebepler suçun niteliği ile ilgilendirilmiştir. Mahkemeye göre kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma prosedürüyle alakalıdır ve başvurunun kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesi terör suçlarının meşru sınırları içindedir⁵⁸.

Terörizmin önlenmesi tedbirleri çerçevesinde gözaltına alınan kişilerinin davasında Komisyon, kişilerin parmak izlerinin, fotoğraflarının alınmasını, araştırma ve sorgulama yapılmasını ve bu bilgilerin gözaltından sonra tutulmasını Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşır bulmuştur. Buna DNA analizleri de eklenebilir.

S. MARPER v. Birleşik Krallık Davası -Kişisel Verilerin Korunmasında Güvence Mekanizmaları

Davada ilk başvuru 11 yaşında hırsızlıktan tutuklanmış ve beraat etmiştir Diğer başvuru ise ebeveynini tacizden suçlanmış ama ailesi ile uzlaşmış, dava düşmüştür. Her ikisinin de parmak izleri ve DNA örnekleri alınmıştır. Her iki başvuru da kişisel verilerinin imha edilmesini talep etmişler ve bu talep kabul edilmemiştir. Başvurulan yargısal yollar da sonuçsuz kalmıştır.

İHAM bu konuda öncelikle parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin özel hayat kavramı içinde değerlendirileceğine karar vermiştir.

Mahkeme parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin bireyin tanınmasına olanak tanıdığı için kişisel bilgi olduğunu ve parmak izi ile DNA profilleri ve hücre örneklerinin kişisel bilgiler açısından güçlü yapısına bakıldığında ayırt edilmesi gerektiğine karar vermiş ve ayrı ayrı incelemiştir. (Aynı yönde Van der Velden v. Netherlands⁵⁹)

DNA profilleri ve hücre örnekleri: Mahkeme Van der Velden davasında özellikle hücre materyallerin gelecekte sistematik tutulmalarının özel yaşam için yeterin-

⁵⁸ Kilkelly, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, s.37.

⁵⁹ App. No: 29514/05, 2006

ce müdahale olduğunu belirtmişti. Mahkeme, yetkililer tarafından tutulan özel bilgilerin kullanımının gelecekte bireyin muhtemel çıkarına meşru bir müdahalenin olup olmadığıyla ilgili olduğu konusundaki görüşlerinde ısrar etmektedir. Gerçekten de genetik ve bilgi teknolojisindeki hızlı gelişmeler dikkate alınmalıdır ve bireyin özel hayatının genetik bilgilerle kuşatılması ihtimalini mahkeme mümkün görmekte ve Velden davasındaki görüşlerinden dönmemektedir.

Ancak mahkemeye göre hücre materyallerinin gelecekte muhtemel kullanımı, davada dikkate alınması gereken tek eleman değildir. Ayrıca hücre örneklerinin özellikle bireyin sağlığı ile ilgili hassas bilgileri içeren, “**yüksek kişisel niteliği**” de dikkate alınmalıdır. Bunun da ötesinde örneklerin bireyin kendisi ve akrabaları için kendine has genetik kodları içermesi de Mahkemece dikkate alınmıştır. Hücre örneklerinin niteliği dikkate alınarak saklanmaları, ilgili kişinin özel hayatına müdahale olarak kabul edilmiştir.

DNA profilleri hücre örneklerinden daha az kişisel veri taşımaktadır. Ama mahkemeye göre profiller önemli miktarda kişiye özel bilgi içermektedir. Profillerdeki bilgiler Birleşik Krallık hükümetine göre objektif ve çürütülemez olarak savunulmakla beraber, Mahkeme, hükümetin DNA profillerinin bazı davalarda bireyler arasında muhtemel genetik ilişkileri ortaya çıkaracak, aile araştırması yapılabileceğini kabul ettiğini işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca, yüksek hassasiyeti olan bilgi sebebiyle kontrol mekanizmasının da katı olması gerektiğini hükümetin kabul ettiğini ilave etmektedir. Mahkemeye göre, bireyler arasında genetik akrabalığın belirlenmesi sebebiyle DNA profillerinin saklanması başlı başına özel hayata müdahale olarak belirlemeye yeterlidir. Mahkeme ailesel araştırmanın sık sık vuku bulma ihtimali karşısında getirilecek güvencelerin söz konusu olayda önemsiz olduğunu belirtmiştir. Bilginin kodlanması, bilgisayar teknolojisi kullanan sınırlı kişilerin bu verilere ulaşabilmesi, bu gerçeği etkilememiştir.

Mahkeme ayrıca hükümet tarafından DNA profillerini veren bireyin etnik orjinini yetkililerin ortaya çıkarabileceği ve bunun polis araştırmasında kullanılabileceğinin tartışılmadığını da belirtmektedir. Bu husus Data Protection Act da korunan hususlar arasında yer almaktadır. Sonuç olarak Mahkeme DNA profilleri ve hücre örneklerinin saklanması Sözleşmenin 8. maddesi anlamında özel hayata müdahale olarak görmektedir.

Parmakizi: Mahkeme DNAprofilleri ve hücre örnekleri kadar yüksek hassasiyeti olmamakla beraber, parmak izinin de özel hayat anlamında objektif ve çürütülemeyen kişisel bilgi olduğunu işaret etmektedir. Mahkeme parmak izinin ceza soruşturması sırasında alındığını ve ülke çapında veri olarak kullanıldığını not etmektedir. Her ne kadar DNA profilleri ve hücre örneklerinden farklı değerlendirmek gerekse de, parmak izi de özel hayata müdahale olarak kabul edilmelidir.

Bu aşamaya kadar Mahkeme özel hayata müdahale olduğunu tespit etmiş ve ardından yasal düzenlemenin varlığını aramıştır. Bu noktada yasanın ulaşılabilir ve öngö-

rülebilirliği işaret edilmiş ve özellikle de yasal düzenlemede yetkinin kullanıldığı alanlar, başvurulacak tedbirler, kötüye kullanmayı önlemek üzere bilginin saklanma süresi, saklanması, kullanılması, 3. kişilerin girişi, bütünlük ve güvenliğin korunması gibi minimum garantiler, bunlar arasında yer alması gereği işaret edilmiş, fakat yasanın kalitesini değerlendirme gereği duyulmamıştır.

Mahkeme müdahalenin suçun önlenmesi meşru amacıyla yapıldığını tespit etmiş ve bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığını araştırmıştır. Bu çerçevede devlete düşen takdir marjının bireyin varlığı ve kimliği söz konusu olduğunda dar olacağını ve kişisel bilgilerin saklanması garantilerin gereğini işaret etmiş, ayrıca kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulmasında bu güvencelerin, daha güçlü olması gereğine işaret edilmiştir.

Mahkeme prensipleri olaya uygularken DNA profillerinin organize suçlar ve özellikle de terörizm le mücadeledeki önemine dikkat çekmekte, ancak bunun sınırlarının da belirlenmesi gereğine işaret etmektedir. (pg. 105-106). Mahkemeye göre sorun parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınıp alınmaması değil, bunun sözleşmeye göre haklı olup olmadığıdır. Bu çerçevede Mahkeme, belli suçlardan sanık olan fakat mahkum edilmeyen başvuru sahiplerinin parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınmasının Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını araştırmıştır.

Mahkeme Kişisel Verilerin Korunması Sözleşmesini de kullanarak temel prensibi ortaya koymaktadır. Bu prensip, **“kişisel verilerin alınmasının toplama amacı ile orantılı olması ve tutma periyodunun sınırlı”** olmasıdır. Bu konuda Mahkeme, özellikle hücre örneklerinin üye devletlerde belli ağırlığı olan suçlardan şüpheli olunması halinde alındığına ve üye devletlerin çoğunda da DNA profillerinin veya örneklerinin beraat veya serbest bırakmadan hemen veya belli bir süre sonra yok edildiğini belirtmektedir. İskoç DNA yasası mahkum edilmemişler için sadece yetişkinlerde ve şiddet veya cinsel suçlar için ve Şerif izni ile iki yıl uzatma olanağının da bulunduğu ama üç yıl için DNA profillerinin alınmasına izin veren bir düzenleme getirmiştir. Bu durum Bakanlar Komitesinin R(92)1 regülasyonuna uygundur. Fakat İngiltere Galler ve Kuzey İrlanda Avrupa Konseyi içinde süresiz olarak, yaşa bakmaksızın herkes için ve her tür suç için parmak izi ve DNA alınmasına olanak tanıyan tek alandır. Mahkemeye göre 8. maddeden kaynaklanan özel hayat hakkı ceza hukukundaki modern teknikler sayesinde kabul edilemez şekilde zayıflatılabilmektedir. Burada özel hayat hakkı ile kişisel verilerin tutulması arasında ölçülü bir dengeye ihtiyaç vardır. Mahkeme somut olayda parmak izi ve DNA bilgilerinin tüm şüpheliler ve mahkum edilmeyenler için süresiz olarak tutulmasının haklı bir nedene dayanıp dayanmadığını araştırmıştır.

Hükümetin sunduğu örnek ve istatistiklerden süresiz olarak tutulan verilerin suçun araştırılması ve önlenmesi için kullanıldığı kabul edilmiştir. Ancak bu noktada da Mahkeme verilerin süresiz tutulmasının **kamusal ve özel çıkaralar arasında adil ve orantılı bir denge kurup kurmadığını** araştırmıştır:

Mahkeme, mahkum edilmemiş bireyin bilgilerinin tutulmasının, özellikle ilk başvuru gibi küçükler için kendi gelişmeleri ve topluma entegre olmaları açısından önemli olduğunu düşünmektedir. Mahkeme ayrıca Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 40. maddesinde yer alan küçüklerin yargılanmasındaki özel hayat korumasının altını çizdiği T. V. UK (24724/94 16 December 1999) kararını hatırlatmaktadır. Mahkeme bireye ilişkin kişisel verilerin tutulmasında herhangi bir suçtan mahkum olmuş olan gençler ve etnik azınlıkların polis tarafından fazlaca takip edilmeleri sonucunu doğuracağı fikrini paylaşmaktadır.

Sonuç olarak mahkeme kapalı ve tanınamaz doğası nedeniyle şüpheli fakat mahkum edilmemiş bireyden parmak izi, DNA profilleri ve hücre örneklerinin alınmasının bireysel ve kamusal çıkarlar arasında adil dengeyi bozduğunu ve devletin takdir marjını aştığını, özel hayatın orantısız biçimde sınırlandığını ve bunun demokratik toplumda gerekli olmadığını kabul etmekte ve 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

2- İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

İletişimin dinlenmesi konusundaki yasal düzenlemelerin geçmişine kısaca bakarsak, öncelikle 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri Hakkında Kanun ile karşılarız. Söz konusu yasa 1 Nisan 2005 itibarıyla 5320 sayılı ve 23.3.2005 tarihli Kanunun 18. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Telefonların dinlenmesine ilişkin düzenlemeler 3.7.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’la yapılan düzenlemelerle yeniden belirlenmiştir.

Emniyet, MİT ve Jandarma bünyesinde yapılan iletişimin tespiti, dinlenmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve kayda alınması yeniden düzenlenmiştir. Bu noktada MİT nin daha önce bu konuda yasal dayanağı olmadan iletişimi dinlediğini belirtmek gerekir.

Bu sebeple Türkiye’nin İHAM nezdinde mahkum edildiğini belirtmeliyiz. İHAM’ın 8 Ekim 2008 tarihinde verdiği ve kesinleşen⁶⁰ SATIK (2) kararına göre, Milli İstihbarat Teşkilatının telefonları “milli güvenlik” sebebiyle başvurunun telefonlarını dinlemesi, bu konuda yasal düzenleme ve güvenceler olmadığı için adil yargılanma hakkına aykırı bulunmuştur.

Aynı yönde Ağaoğlu Davasında uyuşturucu kaçakçılığı sebebiyle telefonları dinlenen başvurunun İHAM önüne getirdiği davada da, Türkiye 8. mad-

⁶⁰ Case of Satık v. Turkey(no:2) App. No: 60999/00 Final, 8. 10. 2008.

deyi ihlal ettiğinden hareketle mahkum edilmiştir⁶¹. Davada Ceza Usul Kanununda yer alan mektup, telgraf ve diğer mesajlar için öngörülen yasal düzenlemelerden hareketle, yargıcın CMUK m. 91-91 ye kıyasen telefon dinleme için izin kararı vermesi yasallık ilkesine aykırı bulunmuş ve 8. madde-nin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

a- KANUNLARDA İLETİŞİMİN DİNLENMESİ

aa- Devlet İstihbaharat Hizmetleri ve Milli İstihbaharat Teşkilatı Kanunu

2937 sayılı Devlet İstihbaharat Hizmetleri ve Milli İstihbaharat Teşkilatı Kanununun 7. maddesi 2005 yılında telefonların dinlenmesi konusunda önemli değişiklikler getirmiştir. Önceki düzenlemeye göre, telefon dinleme konusunda bir açık yetki yok iken 2005 yılında bu alana ilişkin düzenleme yapılmıştır. Buna göre; dinleme hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Mit Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emri ile yapılabilir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün içinde** yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler suçu görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

bb- Jandarma Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun

2803 sayılı Kanunun ek 5. maddesine göre, ek 7. maddedeki önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere kendi sorumluluk alanında hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Başkanının yazılı emri ile dinleme yapılabilir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakim aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün**

⁶¹ Case of Agaoglu v. Turkey, App no: 27310/95, 6 December 2005 pg. 54 vd.

içinde yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

Bu işlemler PVSK ek 7. madde çerçevesinde kurulan merkez (Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı) tarafından yapılır.

cc- Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu

2559 sayılı Kanunun ek 7. maddesine göre dinleme hakim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emri ile yapılabilecektir. Yazılı emir 24 saat içinde yetkili ve görevli hakimın onayına sunulacaktır. Hakim kararını 24 saat içinde verir. Sürenin dolması veya hakimın aksine karar vermesi halinde dinleme derhal sona erdirilir. Kayıtlar ise **en geç 10 gün içinde** yok edilir. Durum tutanakla tesbit edilir. Hakim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesidir. Karar en fazla üç ay için verilebilir. En fazla üç kez üçer ayı geçmeyecek şekilde uzatılabilir. Ancak casusluk ve terör halinde hakim üç aydan fazla olmamak şartıyla birçok kez uzatma kararı verebilir. Tedbirin sona ermesi halinde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç 10 gün içinde yok edilir ve durum tutanakla tesbit edilerek tutanak korunur. Kayıtlar kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz Kayıtların saklanması gizlilik ilkesi geçerlidir. Aykırı hareket edenler suç görev sırasında işlemiş olsalar bile haklarında soruşturma açılır. Bu hükümlere aykırı hareket edenler hakkında TCK hükümleri uygulanır.

PVSHK ve 5271 sayılı Kanunun 135. maddesi kapsamındaki dinlemeler Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkanına doğrudan bağlı “Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı adıyla kurulan tek merkezden yürütülmektedir.

İletişimin dinlenmesi konusunun artık Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı gözetiminde yapılması bu kurumun oluşumunu da önemli hale getirmektedir. Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde kurum başkanına doğrudan bağlı olarak kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı bir başkan

ve daire başkanlarından oluşmaktadır. Başkanlıkta MİT, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Ulaştırma bakanlığı başkanlık ile ilgili altyapıyı hazırlar. Kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır.

İngiltere'ye karşı Liberty ve Diğerleri davasında sadece düzenlemenin varlığından hareketle İHAM'a başvuran başvuruçuların davası kabul edilebilir bulunmuş ve devlete çok geniş yetki alanı bırakan, yeterli açıklıkta olmayan düzenlemenin, Sözleşmenin 8. maddesi ile bağdaşmadığına karar verilmiştir⁶².

Telefonların dinlenmesi konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin son kararlarından biri⁶³ Kvasnica Slovakya'ya karşı karardır. Başvurucu baroya kayıtlı bir avukattır ve İçişleri Bakanlığı tarafından telefonları finansal bir suç sebebiyle dinlenmiştir. Başvurucunun talebi telefonlarının dinlenmesi noktasında kabul görmüştür. Başvurucu daha önce hiçbir suç işlemediğine, mahkum olmadığına, telefonlarının dinlenmesi konusunda haklı bir sebebin olmadığına ve otoritelerin böyle bir talepte bulunmaları için delil olmadığına işaret etmekte (pg. 67); kendisi ve müvekkili arasındaki telefon görüşmelerinin kimlik tespiti konusunda garantilerin olmadığını vurgulamaktadır. Hükmüt ise suçun ağırlığına ve garantilere yer vermektedir (pg. 71-75)

Mahkeme öncelikle telefonların dinlenmesinin özel hayata müdahale oluşturduğunu ve haklı sebebe dayanarak, kanunla ve belli koşullara bağlı olarak sınırlamanın yapıldığını tesbit etmiştir.

Ancak, Mahkemeye göre, üye devlet, bu garanti ve koşulların olayda uygulandığına dair Mahkemeyi ikna edici dokümanlar ortaya koyamamıştır. Ayrıca, başvuruçuyu açısından sözkonusu müdahale için özel bir şüphenin ve belli bir amacın ortaya konmadığına işaret edilmiş ve bu durumun demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığına ve özel hayatın ihlal edildiğine karar verilmiştir (pg. 87-89).

b- TÜRKİYE'DE İLETİŞİMİN DİNLENMESİ KONUSUNDA DENETİM MEKANİZMALARI

İletişime müdahaleyi denetleyen kurumların bağımsız niteliği hakkın garanti edilmesi için önemli bir yoldur. Bu çerçevede iletişimin denetlenmesi-

⁶² Case of Liberty and Others v. United Kingdom, App no: 58243/00, 1.10.2008 Final, pg. 69.

⁶³ Case of Kvasnica v. Slovakia, (Application no. 72094/01), Judgment, 9 June 2009, final, 09/09/2009

ne ilişkin olarak oluşturulan kurumların niteliği önem kazanmaktadır. Ancak Türk hukuk mevzuatı bu açıdan pek parlak bir görüntü oluşturmamaktadır.

Bu aşamada yapılan yasal düzenlemelerde dikkat çekilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır.

Öncelikle torba kanun uygulaması son derece yaygın hale gelmiş bulunmaktadır.

İkincisi bu torba kanunlardaki düzenlemeler de neredeyse karmaşa üzerine inşa edilmiştir.

Kanunlarda sıkça yapılan değişiklikler izlemeyi ve ulaşmayı son derece güçleştirmektedir.

Yapılan yasal düzenlemelerde kanun hükümlerinin uzunluğu, hatta bazen sayfalarca süren yasa hükümleri yasaların açık ve öngörülebilirliği prensibini zorlamaktadır⁶⁴.

Yasaların bu yöntemlerle yapılması hukuk güvenliğini ortadan kaldıracak boyuttur. Sadece şu ya da bu şekilde Resmi Gazetede yayımlanarak yasaların ulaşılabilirliği prensibinin gereklerini sağlamak mümkün değildir. Bu durum aşağıda telefonların dinlenmesine ilişkin bağımsız güvence mekanizmalarının var olup olmadığını tespit etmeye çalışma serüveninde de görülebilir.

aa- Öncelikle hangi kurumun söz konusu denetimi yaptığını saptamak belki de olayın en güç tarafıdır: 15. 5. 2002 gün ve 4756 sayılı kanun ile 3984 sayılı kanununa Ek madde 5. ilave edilmiş ve **Telsiz Genel Müdürlüğü, Telekomünikasyon Kurumu** olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi K. 2004/109 sayılı kararında Telekomünikasyon Kurumu ve Haberleşme Yüksek Kuruluna ilişkin olarak yeni üst kurullar oluşturulması ve bunlar arasında işbirliği yapılmasını anayasaya aykırı görmemiştir⁶⁵. Telsiz Genel

⁶⁴ Örneğin 2813 Sayılı Kanunda yer alan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulunun oluşumuna ilişkin 8. Madde hükmü 114 satırdan ve 17 fıkra ve 16 bentten oluşmaktadır.

⁶⁵ E. 2002/100, K. 2004/109 3984 Sayılı kanun m. 24/1-2-3 ile ilgili karar. Kararda, RTÜK'e TBMM tarafından üye seçimine ilişkin kural, bu konuda TBMM'nin görev ve yetkilerinde düzenleme bulunmadığı için anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir (geçici 4. madde). Aynı kararda Bakanlar Kurulu tarafından üye seçilmesi, kurulun özerk yapısını bozmaya-
cak şekilde sayısı ve nitelikleri yasada belirlenen adaylar arasından Bakanlar Kurulu kararı ile atanması anayasaya uygun bulunmuştur.

Müdürlüğünden Telekomünikasyon Kurumuna geçilirken Bakanlar Kuruluna da bu alanda atama ve düzenleme konusunda önemli yetkiler verilmiş ancak bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi tarafından anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶⁶.

- Polis vazife ve Selahiyetleri Hakkında kanunun Ek 7. maddesinde 5397 sayılı kanunla 3.7. 2007 tarihinde yapılan değişiklikle telekomünikasyon yoluyla yapılan işlemler (4.5.2007 tarihinde 5651 sayılı kanunla eklenmiştir) ile 5271 sayılı kanunun 135.maddesi kapsamında yapılan dinlemeler **Telekomünikasyon Kurumu** bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı **Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı** adıyla tek bir merkezden yürütülür. ...**Telekomünikasyon iletişim başkanı Telekomünikasyon Kurumu başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.**

5397 sayılı kanunla ayrıca ek 7. maddeye getirilen 9. fıkrada da “bu madde de yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve **Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır**” ifadesi bulunmaktadır.

Bu arada PVSHK da değişiklik yapan 5397 sayılı kanunun adının “**Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**” olduğunu yani bir “torba kanun” olduğunu eklemek gerekir.

Sözkonusu Kanun Jandarma Teşkilat Kanunu ve Milli İstihbarat Kanunun-da da benzer değişiklikler yapmış ve Anayasa Mahkemesinde bu konuda hükmün iptali için dava açılmış ve “**Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon**” ve “**Telekomünikasyon İletişim Başkanı**

⁶⁶ Bu konuda yapılan düzenlemeye göre, Kurum personelinden kadro karşılığı sözleşmeli olarak çalıştırılacak personelin unvanı, nitelik ve ücretleri, diğer mali ve sosyal hakları sözleşme esasları ile bu kanuna ekli kadro ünvan ve derecelerinde değişiklik yapılması Kurulunun Devlet Personel Daire Başkanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenir. Telsiz Genel Müdürlüğü'nde başmüfettiş olarak çalışmakta iken, bu kurumun görev ve faaliyetlerinin sona erdirilmesi nedeniyle, 15.8.2000 tarihi itibarıyla Telekomünikasyon Kurumu Bilgi Teknolojileri ve Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'na uzman olarak atanan kişi tarafından, Telekomünikasyon Kuruluna yapılan atamalara ilişkin 2000/311 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 2000/1006 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının Telekomünikasyon Kurumundaki Teftiş Kurulu Başkanı ve Müfettiş kadrolarının kaldırılmasına ilişkin kısmının ve uzmanlığa atanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Dairesi, iptali için başvurmuş ve Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesine ilişkin düzenlemeler bu alanda yasayla düzenleme yapılması zorunluluğundan hareketle anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. E. 2002/35, K. 2007/95, K. G. 12.12.2007, R. G. 22.01.2008-26764

Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır” ibareleri Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir⁶⁷.

Anayasa Mahkemesi kararında yukarıda ifade edilen 5397 sayılı Kanunun telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapıp yapılmadığının denetimi Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona verilir şeklindeki hükmü kişi ve komisyon üyelerinin nitelikleri yasada açıkça belirtilmediğinden Anayasaya aykırı bulunurken, Yüksek Mahkeme şu gerekçelere dayanmaktadır:

“Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar Anayasanın Türkiye Cumhuriyeti’nin bir hukuk Devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. İptali istenen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.”

5397 sayılı Yasada kamu görevlilerinin niteliklerinin görev yetki ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetmelikle düzenlenmesini öngören hüküm dava devam ederken 5651 sayılı kanunla düzenlendiğinden Anayasa Mahkemesi karar vermeye gerek görmemiştir⁶⁸.

5397 Sayılı Kanunun PVSHK’da değişiklik yapılarak Telekomünikasyon İletişim Başkanının Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanmasına ilişkin hüküm de şu gerekçelerle Anayasaya aykırı bulunmuştur:

“...Kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması anayasal zorunluluktur.

5397 sayılı yasa gereğince telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespiti, 5651 sayılı yasaya göre internet yolu ile yapılan yayınlar erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve uygulanması konularında kamu düzeni ve kamu güvenli-

⁶⁷ E. 2005/85, K. 2009/15, K.G. 29.1.2009, R.G. 3.4. 2009, S. 27189.

⁶⁸ 4.5. 2007 gün ve 5651 sayılı İnternet ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, **R. G.** 23.5. 2007, S. 26530.

ğiyle ilgili görevleri bulunan kurumun başkanlığını yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanının önemli yetki ve sorumluluklarla donatıldığı, bu nedenle üst düzey yönetici kapsamında bulunduğu ve atamasının da müşterek kararname ile yapılması gerektiği açıktır. Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 8. ve 104. Maddelerine aykırıdır.”

bb- Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemede Telekomünikasyon Kurumu Telekomünikasyon İletişim Başkanını Başbakana teklif edeceğine göre Telekomünikasyon Kurumu Başkanını nasıl atandığı da önemliydi. Bunun için 2813 sayılı **Telsiz Kanununun** 5. ve 6. maddelerine bakmak gerekir. Söz konusu kanunun 16. 6. 2004 tarih ve 5189 sayılı kanunla değiştirilen hükmü Telekomünikasyon Kurulunun karar organının bir kurul başkanı ve altı üyeden oluşan Telekomünikasyon Kurulu olduğunu belirtmektedir. Ancak yasadaki ifadelerin bu kadar açık olduğunu söylemek mümkün değildir⁶⁹.

cc- Telekomünikasyon Kurulu üyelerinin kim tarafından atandığına bakmak için bu kez başka bir kanuni düzenlemeye gitmek gerekir. 4502 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi sürekli değil ama ilk kurul üyelerinin nasıl atacağını belirtmektedir. Buna göre, Telekomünikasyon Kurulu başkanı ve üyeleri için ulaştırma bakanı iki aday gösterir. Bakanlar Kurulu, kurul başkanı ve üyelerini bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç iki ay içinde atar. Kurumun faaliyete geçişine ilişkin olarak Kurulun teşekkülünden itibaren 3 ay içinde resmi gazetede bir duyuru yayınlanır. Kurul başkanı ve üyelerinin tümünün bakanlar kurulu tarafından atanıp Telekomünikasyon Kurulunun faaliyete başladığının resmi gazetede ilan edildiği tarihe kadar Telsiz Genel Müdürlüğü 2813 sayılı kanun çerçevesinde görev ve faaliyetlerini yerine getirmeye devam eder.

dd-Bu arada 5.11.2008 tarihinde kabul edilen 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu ile(m. 67) **Telsiz Kanununun** adı **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna Dair Kanun olmuştur**. Bu Kurulun kamu tüzelkişiliğine ve idari ve mali özerkliğe sahip bağımsız bir kurul olduğu yasada yer almaktadır. Telekomünikasyon Kurumunun yerine **Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu** geçmiştir (m. 67/2-a). Kurul bir başkan ve 7 üyeden oluşur.

⁶⁹ Bu arada Kurul üyelerinin maaşlarının ne kadar olduğuna ve buna kimin karar vereceğine ilişkin hüküm dahi bulunmasına rağmen kurulu kimin atayacağına ilişkin hüküm kanunda yoktur.

Bu arada kurul başkan ve üyelerinin aylık ücretlerinin en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dahil aylık net ücretinin iki katını geçmemek üzere ilgili bakanın (yani ulaştırma bakanının) önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca belirleneceği yasada ifade edilmiştir.

Yasanın 8. maddesinde⁷⁰ Kurul başkanı ve üyelerinin 5 yıllık süre için Bakanlar Kurulu tarafından atanacağı ve yeniden seçimin mümkün olduğu belirtilmektedir. Başkan ve üç üyeyi iki katı aday sayısı ile Ulaştırma Bakanı gösterir.

İki üye için iki kat aday Telekomünikasyon sektörü temsilcileri olarak Türkiye çapında % 10 Pazar payına sahip işletmeler gösterir.

Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Odalar ve Borsalar Birliği Bakanlar Kurulunun seçeceği birer üye için ikişer aday gösterirler.

Üyelerin genel değerlendirilmesine bakıldığında başkan ve 4 üye zaten bakanlar tarafından aday gösterilerek Bakanlar Kurulu tarafından atanmaktadır. Sadece üç üyenin aday gösteriminde farklı kaynaklar vardır. Ancak yine gösterilen adaylar arasından nihai atamayı Bakanlar Kurulu yapacaktır. Bu arada kurul başkanının oyu bazı hallerde ağırlıklıdır. Örneğin kurul kararını üye mazeretsiz olarak süresi içinde imzalamazsa başkanın oyu doğrultusunda oy kullanmış sayılır. Ya da 2. toplantıda eşitlik halinde başkanın oyu üstün alınır. Bu arada karar yeter sayısının da en az 4 olduğunu hatırlatmak gerekir. Bu sayı bakanların gösterdiği adaylarla tamamlanabilmektedir.

Bu arada Kurul başkan ve üyelerinden görevleri sona erenlere (hastalık, iş görememe, seçilme şartlarını kaybetme halinde Bakanlar Kurulu kararı ile görevden alınabilirler) herhangi bir göreve başlayıncaya kadar görevlerinin sona erdiği tarihte almakta oldukları ücret bir yıl boyunca ödenir. Kanun 10.11.2008'de yürürlüğe girmiştir.

Bu arada iletişimi denetleyecek olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna bağlıdır. Kurumun bağımsız oldu-

⁷⁰ Kurul başkanı ve üyeler, Bakanlar kurulu tarafından beş yıllık süre için atanır... Telekomünikasyon sektörünü temsil eden iki üye, bu Kanun uyarınca Türkiye'de telekomünikasyon cihaz ve sistem imalatı, telekomünikasyon hizmeti yürütmekte ya da alt yapı işletmekte olan ve ilgili telekomünikasyon hizmeti piyasasında Türkiye çapında en az %10'luk pazar payına sahip olan işletmecilerin göstereceği ikişer aday arasından atanır...Tüketicileri temsil eden üye ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin göstereceği ikişer aday arasından atanır...Kurul, Başkanın daveti veya üyelerden en az üçünün talebi üzerine toplanır. Kurul toplantılarını Kurul Başkanı, yokluğunda ikinci başkan yönetir. Toplantının gündemi Başkan tarafından belirlenir, gündeme yeni madde eklenebilmesi için bir üyenin öneride bulunması ve en az üç üyenin kabul etmesi gerekir...Kurul en az beş üyenin hazır bulunması ile toplanır ve en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alır. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Toplantıda bir konuda karar yeter sayısı sağlanamadığı durumlarda, izleyen toplantılarda aynı konuda oylarda eşitlik olması hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın oyu üstün sayılarak karar alınır.

ğu ifade edilmekte ve ilişkili olduğu bakanlık ise ulaştırma bakanlığı olarak gösterilmektedir (m. 5).

Bütün bu veriler kurum kanununda bağımsızlığa işaret edilmekle beraber, kurumun gerçek anlamda bağımsız olduğu yönünde ciddi şüpheler uyandıracak yoğunluktadır.

SONSÖZ

Özel hayat hakkı bireyin kişisel gelişimi, özerkliği ile yakından ilgili bir hak olarak demokrasi ile de aynı kategoride yer almaktadır. Bu alandaki güvenceler demokrasinin gelişimine de büyük katkı sağlayacak önemdedir. Demokrasiler her şeye rağmen kahramanların değil, sıradan insanların korkmadan, sinmeden, çekinmeden kendilerini ifade etme olanağına sahip olduğu rejimlerdir. Bu aşamada özel hayat hakkının hayata geçirilebilmesi devletin bu alandaki düzenleme yükümlülüğü, hakkı garanti etme işlevi ve bağımsız kurumlarla bu garantinin güçlendirilmesi aslında özünde birer demokrasi meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye'nin bu konuda öncelikle yasa eksikliği dikkat çekmektedir. Bu alan devletin pozitif yükümlülüğünü gerektiren bir alandır. Ayrıca zaten Türkiye bu sebeple şimdiden iki davada mahkum olmuştur⁷¹. Muhtemel ihlaller Kişisel Verilerin Korunması, ve DNA Kanunu ve Devlet Sırrı Kanunu için de geçerlidir. Ayrıca sadece yasaların yapılması değil, yasaların öngörülebilirliği ve ulaşılabilirliği prensiplerinin sağlanarak hukuk güvenliğinin inşa edilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca devletin 3. Kişilere ve medyaya karşı da bireyin özel hayatının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin yukarıda aktarılan İHAM kararları doğrultusunda değerlendirilmesi gerekmektedir. Nihayet bağımsız, özerk kurumlar aracılığıyla özellikle idareye karşı da özel hayatın korunmasının garanti edilmesi, özgürlüğün bir başka boyutunu karşımıza çıkarmaktadır. Ancak bu koşullarda özel hayat hakkının temel esaslarının korunduğu ifade edilebilir.

⁷¹ Yukarıda Ağaoğlu ve Satık davaları.

TÜRK HUKUKU'NDA İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEDBİRİ

*Prof.Dr. Ersan ŞEN**

I. Genel Açıklama

Bireyin özel hayatının gizliliği ve korunması hakkı ile otoritenin şu veya bu sebeple bireyin özel hayatına müdahale etmeye yönelik düzenleme ve uygulamaları, bu alanda gerçekleşen ihtilaflarla sürekli karşılaşmaktayız. Bir taraftan birey, özel hayatının ve bu kapsama giren muhaberat/haberleşme hürriyetinin hukuk kuralları ve günlük hayatta sınırsız güvenceye kavuşturulmasını isterken, diğer taraftan da otorite, kamu düzeninin bozulmasını önlemek, başkalarının hak ve hürriyetlerini korumak, düzeni bozan fiil ve faillerini ortaya çıkarabilmek amacıyla bireyin özel hayatına sürekli müdahale etmek ister. Elbette kişi hak ve hürriyetlerinin geliştirilmesi anlayışı esas alınması gerektiğinden, bu konuda istenilen sınırsız şekilde herkes tarafından muhaberat hürriyetinin kullanılabilmesi ve bu hürriyetin hiçbir şekilde kısıtlanmamasıdır. Teoride kabul edilebilecek bu anlayışın pratikte tam manasıyla destek bulabilmesi mümkün değildir.

Kişi hak ve hürriyetlerinin sınırsız kullanılabilmesi, mukayeseli hukuk dahil pozitif hukuk kurallarında kabul görmemektedir. Kişi hak ve hürriyetleri, otoritenin kudretini artırmak ve bireyler ile toplum üzerindeki baskısını hissettirmek maksadıyla değil, yine başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve zorunlu durumlarda kısıtlanabilmektedir. İşte bu durumda, esas olan özel hayatın korunması ve istisnası da, bu hayat alanına yasa hükümleriyle belirli, sınırlı ve zorunlu müdahale imkanı tanınmasıdır.

Kişi hak ve hürriyetleri ile koruma tedbirleri çatışması sürekli gündemde olmaya devam edecektir. Bir taraftan toplumda geçerli olan ceza normlarının ihlali iddiaları, buna karşı diğer taraftan da bu ihlaller ile faillerini ortaya çıkarma çabaları sürüp gidecektir. Önemli olan, toplum düzeninin kişi hak

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

ve hürriyetleri adına korunmasıdır. Ceza yargılamasında, hem kurallar ve hem de uygulamaları itibarıyla “ölçülülük” ilkesine özen gösterilmeli, kişi hak ve hürriyetlerinin özüne dokunulmamalıdır.

Ceza yargılaması hukukunun fonksiyonu, ceza normları tarafından suç sayılan ve karşılığında failine ceza tatbikini gösteren fiillerin icra edilip edilmediğini, eğer icra edilmişse kimin tarafından işlendiğini tespit etmektir. Böylece, kamu düzeninin korunması ve adalete ulaşılması hedeflenmiştir. Bu hedefe ulaşabilmek için, suç olarak gösterilen fiillerin kim tarafından işlendiğinin kanıtlanması gerekir. Cezalandırma için takip yetkisine sahip olan otorite, kim tarafından suçun işlendiğine keyfi şekilde karar verme yetkisine sahip olmayıp, bunun ispatını usulü dairesinde yapmak zorundadır.

Günümüzde suç işleyenlerin cezalandırılması amacıyla takip yetkisine sahip olan Devlet, bu yetkisini kullanırken yürürlükteki hukuk kurallarına uygun davranmalı ve bu kurallarla kendisini de bağlı tutmalıdır. 1982 Anayasası’nın 2. maddesinden de anlaşılacağı üzere Devletimiz, “hukuk devleti” ilkesini benimsemiş ve hukuk kurallarına uyacağını beyan etmiştir.

Ceza yargılaması hukuku, kişi hak ve hürriyetleri ile çok yakın temas halindedir. Suç işlendiği iddiasıyla bir kimse hakkında soruşturma ve ardından kovuşturma açıldığında, o kişinin suç isnadı altında kalması, şüpheli ve sanık sıfatını kazanması ve adli makamlardan kaynaklanacak birtakım eylem ve işlemlere muhatap olması gündeme gelecektir.

Suç isnadı altında kalan kişinin, 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince “masumiyet/suçsuzluk karinesi” güvencesinden faydalanacağı, suçluluğu kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü ile sabit olmadıkça masum sayılacağı, ceza soruşturması ve kovuşturması sırasında “dürüst yargılanma” ilkesinden kaynaklanan tüm haklara sahip olacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

İspat hukukunun esası olan “delil” kavramı, ceza normlarında soyut tanımlamaları bulunan suçlardaki tipe uygun hareketlerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini, gerçekleşmişse bu fiilin kim tarafından işlendiğini tespiti ve ortaya koymaya yönelik her türlü iz, eser, belge ve kayıtlar olarak tanımlanabilir. Şüpheli ve sanığa tanınan güvenceler ışığında, adli makamlar ceza yargılaması işlem ve tedbirlerine başvururken, o tedbir ve işlemlerle ilgili öngörülen hukuk kurallarına uymak ve bu kurallar çerçevesinde delil toplamakla yükümlüdürler. Bu kurallara aykırı davranışlar suretiyle elde edilen her delil, “hukuka aykırı delil” niteliğini taşıyacaktır.

Türk Hukuku'nda hukuka aykırı delillerle ilgili yürürlükteki normlara baktığımızda, gerek hukuka aykırı delillerin ve gerekse hukuka aykırı deliller vasıtasıyla elde edilmesi sebebiyle bozulan delillerin soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilmesi, şüpheli ve sanık aleyhine kanıt niteliğini taşıyabilmesi kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, hukuka aykırı delilin şüpheli ve sanık lehine olması durumunda kullanılmasında hukuki sakınca olmayacağını, aksine masumiyet/suçsuzluk karinesini güçlendirmesi sebebiyle şüpheli ve sanık lehine dikkate alınmasının gerekli olduğuna işaret etmek isteriz.

1982 Anayasası'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasına göre, "Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez". 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre, "Ortaya konulması istenen bir delil aşağıda yazılı hallerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı elde edilmişse". Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir". Türk Hukuku'nda yürürlükte olan bu hükümler, hukuka aykırı delillerin ceza soruşturması ve kovuşturmalarda kullanılamayacağını, delil olarak kabul edilemeyeceğini, bunların reddedilip dava dosyasından çıkarılmasını ve delilleri vicdani kanaati ile serbestçe takdir eden hakim, bu takdir yetkisini kullanırken sadece hukuka uygun yolla elde edilmiş delillerle ispatı araştırmasının gerektiğini tartışmasız bir şekilde ortaya koymuştur.

II. İletişimin Denetlenmesi Tedbiri Türleri

İletişim; kablolu, kablosuz olarak, radyo, optik ve başka elektro manyetik sistemlerle veya internet üzerinden haber, yazı, resim veya her çeşit bilginin iletilmesi, bunların yayımı ve alınmasıdır.

İletişimin dinlenmesi, suç öncesi önleme dinlemesi ve suç sonrası yapılan adli amaçlı dinleme olmak üzere ikiye ayrılır;

A. Önleme Amaçlı İletişimin Tespiti ve Dinleme

Telefon veya benzeri telekomünikasyon araçlarının ve hatta kişilerin karşılıklı konuşmalarının istihbarat amacıyla gizlice dinlenmesi ve banda kaydedilmesi mukayeseli hukukta mevcuttur. Türk Hukuku'nda önleme amaçlı dinlemeye ilişkin genel bir düzenleme yer almamakta idi. Uygulamada 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu kapsamında istihbarat amaçlı iletişimin denetlenmesi yapılmaya çalışılmakla birlikte, 4422 sa-

yılı Kanunun 2. maddesi adli maksatlı dinleme ve kayda almaya imkan tanıdığı halde, bu Kanunda önleme amaçlı dinleme ve kayda alma yönünde düzenleme öngörülmemiştir. Bu sebeple, 4422 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, varsa yapılan önleme amaçlı dinleme ve tespitler hukuka aykırıdır.

1982 Anayasası'nda 2001 yılında yapılan değişiklikler ve 4422 Sayılı Yasa'nın 17.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile yürürlükten kalkması neticesinde, önleme dinlemesi bakımından zaten var olan yasal boşluğun doldurulması amacıyla, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la; 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'na (PVSK Ek 7. maddeye ilave edilen ek fıkralar), 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanunu'na (Ek 5. maddesi) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na (6. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ve sonra gelmek üzere eklenen fıkralar) önleme maksatlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler eklenmiştir.

Esas itibarıyla “önleme dinlemesi” yerine, “istihbarat amaçlı dinleme” kavramı kullanılmalıdır. Polis Vazife ve Selahiyeti Kanunu'nun hemen aşağıda yer verdiğimiz Ek 7. maddenin birinci fıkrasında da istihbarattan söz edilmektedir. İstihbarat ise, kanun koyucunun gösterdiği amaçlar doğrultusunda bilgi toplama, değerlendirme, yetkili makamlara veya kullanım alanlarına tüm bu bilgi ve değerlendirmelerin ulaştırılması sürecini kapsamaktadır. Ancak kanun koyucu, Ek 7. maddeye eklediği iletişimin denetlenmesi tedbirinde “bazı suçların işlenmesinin önlenmesi amacı” ifadesine yer verdiğinden, şu an itibarıyla daha ziyade “önleme dinlemesi” kavramı kullanılmaktadır.

Ortada hiçbir somut ve haklı gerekçe olmaksızın, sırf telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti konusunda yetkilendirildiğini düşünen polis, jandarma ve MİT mensupları, soyut ihtimallerden hareketle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesini gerçekleştiremezler. Geniş şekilde önleme dinlemesi yapılması gerektiğini savunmak ve önleme dinlemesi sonuçlarının delil olarak kullanılmamasını, muhaberat hürriyetinin, kişi güvenliğinin ve sanık haklarının korunmasında yeterli saymak doğru değildir. Bireyin özel hayatı kapsamındaki muhaberat hürriyeti, müdahale sınırlarının önceden belirlenmesi, bu müdahalelerin hukukilik denetiminin yapılması ve hukuka aykırı davranışların da sorumluluklarının da kabul edilmesi suretiyle güvence altında tutulabilir.

Gerek bireyin özel hayatı ve gerekse bu kapsamda yer alan muhaberat hürriyeti, ne sebeple olursa olsun sürekli takip imkanına tabi tutulabilecek ka-

muya açık alanlardan değildir. Bu anlayışın aksi yönündeki düzenleme ve uygulamalar, 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin ihlali sayılacaktır. Bu maddeye göre, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

Önleme Amaçlı Dinlemeye İlişkin Özellikler;

a) Bu koruyucu önlemlere başvurabilmek için, hâkim kararı veya yetkili kılınan mercii tarafından verilen kararın 24 saat içerisinde hâkim tarafından onanması aranmıştır. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde, dinleme içeriğine ilişkin kayıtlar en çok on gün içerisinde yok edilecektir.

b) Kararda ve yazılı emirde, tedbirin uygulanacağı kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurmayı gerekli kılan nedenlere yer verilecektir. Bu sayede belirli şahıs veya şahıslara bağlı olmaksızın, bütün ülkeyi kapsayacak şekilde veya belirli bölge ve alanları kapsayacak şekilde telekomünikasyon yoluyla iletişimin tespiti, dinlenmesi yahut kayda alınması yönünde bir karar verilemeyecektir.

Aynı uygulama, adli amaçlı iletişim tespiti ve dinleme bakımından da geçerlidir. Kolluk ve savcılık makamı, olayın meydana geldiği yeri veya bir veya birkaç baz istasyonunu kapsayacak, fakat belirli şüpheli/şüpheliler veya sanık/sanıklar hakkında olmayan bir iletişim tespiti, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi, dinleme ve kayda alma yapamayacağı gibi, bu yönde genel bir mahkeme kararı vermek de hukuka aykırı olacaktır.

c) Kararların uygulanması, uzatılması süre ile sınırlandırılmış, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanması ve korunmasında gizlilik ilkesi kabul edilmiştir. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kararında ve yazılı emrinde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler gösterilmelidir. İletişimin denetlenmesi kararı en fazla üç ay için verilebilir. Bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli gö-

rülmesi halinde ise hakim, üç aydan fazla olmamak üzere sürenin çeşitli defalar uzatılmasına karar verebilir.

d) Söz konusu tedbirlerin denetimi, bu tedbiri uygulayan kurumların ilgili kanunlarındaki usullerle yapılacak, getirilen hükümlerle belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmayacak ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında ilgili ceza ve disiplin normları tatbik edilecektir.

e) Önleme amaçlı uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbirinin sonuçları, ceza soruşturması, kovuşturması dahil hiçbir davada delil olarak kullanılmaz.

B. Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Adli Maksatla Denetlenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesinin kapsamını; iletişimin tespiti, iletişimin dinlenmesi, iletişimin kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak belirleyebiliriz.

TESPİT: İletişimin içeriğine müdahale etmeksizin, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgisinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir.

DİNLEME: Canlı dinlemedir ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin, bu konuda yetkili kılınan üçüncü kişi tarafından dinlenmesidir.

İLETİŞİMİN KAYDA ALINMASI: Konuşulanların elektronik ortamda bir üçüncü kişi tarafından kayıt cihazı yardımıyla kaydedilmesi/kayıt altına alınmasıdır.

SİNYAL BİLGİLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ: Elde edilen “kişisel veriler” üzerinde araştırma yapmak ve elde edilen verileri analiz etmeyi ifade eder. 10.11.2005 tarihli ve 25989 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Dinleme Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlıklı 3/k maddesi hükmüne göre, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veri sinyal bilgisi sayılır.

CMK’da “telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim” den söz edilmekte, fakat iletişimin kapsamına hangi iletişim araçları ve iletişim türlerinin girdiğine değinilmemiştir.

O halde klasik posta ve haberleşme dışındaki her türlü iletişim, e-posta, internet üzerinden yapılan görüşmeler, kablolu veya kablosuz yolla yapılan görüşme ve konuşmalar, faks vesair dahil olmak üzere CMK m.135 kapsamındadır. Dolayısıyla, bireyin internet ortamında yaptığı sesli ve/veya görüntülü görüşmeleri ve e-postalarına yapılacak müdahalelerin de “muhaberat hürriyeti” kapsamında dikkate alınması ve CMK m.135’de öngörülen şartların bu iletişim türünde de tatbiki gerekmektedir. Bununla birlikte, iletişim türü tahdidi olmamakla birlikte, telekomünikasyon dışı haberleşme araçları madde kapsamı dışında kalmaktadır.

Şartları;

Ceza Muhakemesi Kanunu m.135 uyarınca, iletişimin denetlenmesi ve kayıt altına alınmasına dair koruma tedbirine üç şartın gerçekleşmesi halinde başvurulabilecektir. Bir başka deyişle, muhaberat hürriyetine müdahale edebilmenin üç temel koşulu bulunmaktadır. Bu koşullardan herhangi birisinin ihlali sonucunda elde edilen delil, “hukuka aykırı delil” niteliği taşıyacak olduğundan, ceza yargılamasında kullanılamayacaktır.

Kanun koyucu, “kişi güvenliği” kadar önem taşıyan bir kişi hak ve hürriyeti olan “özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı/muhaberat hürriyeti”ne olur olmaz müdahale edilmesini önlemek istediğinden, bu noktada suç delili ve/veya failinin elde edilmesi amacıyla “muhaberat hürriyeti”ne yapılabilecek müdahalelerde oldukça sınırlı davranmıştır. Böylece, kişi hak ve hürriyetlerine karşı otoriteden gelebilecek ve “kolaycılık” olarak nitelendirilebilecek yöntemlerin tatbikine imkan tanınmamıştır.

Bunlar; kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması (burada kuvvetli şüphe ile kastedilen, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlaşılmalıdır), başka bir suretle delil elde etmenin mümkün olmaması ve telefon konuşmalarının dinlenmesi ve kayda alınmasına konu fiilin, 135. maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birisinin kapsamına girmesi olarak sıralanabilir.

CMK m.135/1’de “suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” ibaresi ile kastedilen, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi değil, şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığı olarak anlaşılmalıdır. Çünkü bu ibarenin geçtiği cümlelerin bütünlüğü, lafzi anlamı ve iletişimin denetlenmesi tedbirinin kişi hak ve hürriyetlerine getireceği sınırlamanın ağırlığı, kuvvetli suç şüphesinin bulunup bulunmadığının şüp-

heli ve sanık açısından aranmasını gerekli kılmaktadır. Sadece suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin yeterli görülmesi, bu suçu işleme ihtimali basit şüpheyeye dayalı olanlar hakkında dahi iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasını mümkün kılar ki, bireyin özel hayatına yönelik bu genişlikte bir müdahale kabul edilemez.

Özel hayatın gizliliği ve korunması hakkı kapsamında olan muhaberat hürriyeti, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, iletişimin denetlenmesi tedbirinin tatbiki de birey esas alınmak suretiyle yapılmalıdır. Bir başka ifadeyle, konuşanın kim olup olmadığı dikkate alınmasızın sadece telefon numarasından hareketle iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanamaz. Esas olan, yasal şartların varlığı halinde muhaberat hürriyetinin sahibi olan bireyin iletişiminin denetlenmesidir. Muhaberat hürriyeti kişiye aittir. Dolayısıyla, muhaberat hürriyetinin telefon hattı esas alınmak suretiyle sınırlandırılması mümkün değildir. Telefon hattı kimde olursa olsun, bu hatta ilişkin dinleme kararının hattı kullanan herkesi kapsayacağını iddia etmek, hem 1982 Anayasası'nın 22. maddesine ve hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesine aykırıdır.

Bu noktada, dolaylı dinlemenin hukuka uygun olup olmadığını kısaca tartışmak gerekir. CMK m.135 kapsamında şüphelinin telefonu dinlenmektedir. Bu sırada şüpheli ile konuşan üçüncü kişinin de dinlemeye konu suça iştirak ettiği anlaşılmaktadır. Elbette bu dinleme kaydı, CMK m.138/2'de düzenlenen tesadüfen elde edilen delil kapsamında görülemez. Çünkü bu hüküm, dinleme sırasında başka bir suçla ilgili delil elde edilmesi durumunda ne yapılacağını düzenlemiştir. Tartışma konumuzu ise, şüphelinin dinlenmesi sırasında dinlemeye konu suça katıldığı tespit edilen bir başka kişi hakkında dinleme kararı alınmaksızın, telefonu dinlenen şüpheli ile sürekli yaptığı konuşmaların dolaylı dinleme çerçevesinde hukuka uygun sayılıp sayılmayacağı oluşturmaktadır. Yasal düzenleme, CMK m.135/2'de şüpheli ve sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişiler ile arasında geçen iletişimi olmaksızın kaydıyla şüpheli ve sanığın üçüncü kişiler ile yaptığı görüşmelerin kayda alınabileceğini, dolayısıyla suça iştirak eden üçüncü kişi varsa, elde edilen kaydın bu kişi aleyhine delil olarak kullanılabileceğini öngörmektedir. Kanun koyucu, bu noktada üçüncü kişiler ile ilgili süre sınırı koymamıştır. Buna göre, telefonu dinlenen şüpheli hakkındaki tedbir devam ettiği sürece şüpheli ile görüşen üçüncü kişilerin iletişiminin kayda alınmasına ve bu kayıtların suça katıldığı anlaşılan üçüncü kişiler aleyhine delil olarak kullanılmasında hukuki engel bulunmamaktadır.

Ancak bu konuda aksi fikrin ileri sürülebilmesi de mümkündür. Şöyle ki; telefonu dinlenen şüpheli ile görüşen üçüncü kişinin suça iştirak ettiğinin an-

laşılması halinde, elde edilen ilk kayıtlar elbette delil niteliğini haiz olacaktır, fakat bu aşamadan sonra kolluk kuvveti ve savcılık makamının suça katılan üçüncü kişi bakımından da iletişimin denetlenmesi kararı alması gerekir. Aksi halde dolaylı dinlemenin önü o kadar açılır ki, bu defa şüpheli üzerinden üçüncü kişinin muhaberat hürriyetinin ihlal edilmesine yol açılır. Bunun önüne geçebilmek için, ya dolaylı dinlemeler açısından yasal düzenlemeye gidilmeli veya somut olayın özellikleri icabınca makul süre esasından hareket edilmelidir. Dolaylı dinleme hususunda makul süre aşılmış, üçüncü kişi bakımından dinleme kararı alınmamış veya bu talep reddedilmişse, bu durumda elde edilen dinleme kayıtlarının üçüncü kişi yönünden aleyhe delil olarak kullanılabilmesi mümkün olamayacaktır.

Bu görüşe katılmak mümkün olmayabilir, çünkü iletişimi hakkında dinleme kararı verilen şüpheli sıfatını taşıyan kişi olup, üçüncü kişi değildir. Bu durumda üçüncü kişinin konuşması, sırf iletişimi dinlenen şüpheli ile görüşmesi sebebiyle kayıt altına alınmaktadır. Üçüncü kişi ile şüpheli dışında kalan başkalarının yaptığı konuşmalar, elbette dinleme kapsamında olmayacaktır. Burada üçüncü kişinin hürriyetini ihlal niyet ve amacı olmadığı gibi, üçüncü kişinin muhaberat hürriyetini kısıtlamaya yönelik bir tatbikat da söz konusu değildir. Üçüncü kişinin konuşması, sadece telefonu dinlenen şüpheli ile görüşmesinden dolayı kayda alınmaktadır. Bu görüşme olmadığı veya devam etmediği takdirde, üçüncü kişinin konuşmalarının kayıt altına alınması halinin hukuka uygunluğundan da bahsedilemeyecektir.

Ancak yine de “dolaylı dinleme” adını verebileceğimiz bu mesele hakkında düzenleme getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Kanaatimizce, iletişimin denetlenmesi kararının şüpheli hakkında uygulanması sırasında üçüncü kişinin konuşmasının kayda alınması, bu kişinin de suça iştirak ettiğinin anlaşılması durumunda, bu kişi hakkında kuvvetli suç şüphesinin olup olmadığı araştırılmalı, buna göre iletişimin denetlenmesi kararının alınması yoluna gidilmesi isabetli olacaktır. Aksi halde, sırf diğer şüpheli hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olduğundan ve bu şüpheli ile sürekli konuştuğu noktasından hareketle yeni ortaya çıkan üçüncü kişi şüphelinin dolaylı olarak dinlenip, bu şekilde elde edilen delillerin hukuka uygun sayılması ve kovuşturmada kullanılması doğru değildir.

Kanun koyucu sözkonusu tedbirin uygulanabilmesini, bir suç dolayısıyla ceza soruşturması ve kovuşturması yapılması, bu kapsamda şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi koşuluna bağlı tutarak, bu tedbirin uygulanması bakımından bir ön şartın varlığını aramıştır. Bu çerçevede, disiplin ve idari soruşturmalarda delil elde edilmesi amacıyla iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması yoluna başvurulamaz. Bununla birlikte, adli maksatlı yapılan dinlemeler vasıtasıyla elde edilen delillerin elbette disiplin ve

idari soruşturmalarda delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. Ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları dahil olmak üzere davalar sırasında elde edilen ve sunulan delillerin, hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmaları kaydıyla disiplin ve idari soruşturmalarda kullanılabilmesi noktasında hukuki bir engel bulunmadığını düşünmekteyiz.

CMK sözkonusu tedbirin uygulanabilmesini, bir suç dolayısıyla ceza soruşturması ve kovuşturması yapılması, bu kapsamda şüpheli veya sanığın iletişiminin denetlenmesi koşuluna bağlı tutarak, bu tedbirin uygulanması bakımından bir ön şartın varlığını aramıştır.

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında prensip olarak hakimın karar vereceği CMK m.135/1’de yazılıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısının yazılı emri ile de iletişimin denetlenmesine karar verilebilmekle birlikte, bu emrin derhal, yani bekletilmeksizin cumhuriyet savcısı tarafından hakimın onayına sunulması ve hakimın de bu konudaki kararını en geç 24 saat içinde vermesi gerekir. Bu noktada süre dolmadan evvel hakimın karar vermemesi veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde, iletişimin denetlenmesi tedbiri cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (CMK m.135/1). Görüleceği üzere, her iki halde de muhaberat hürriyetinin kısıtlanması sonucunu taşıyan telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararını “hakim” vermektedir. CMK m.135’in bu düzenlenme şekli, “Haberleşme hürriyeti” başlıklı 1982 Anayasası’nın 22. maddesinin ikinci fıkrasına da uygun düşmektedir.

Sonuç

İletişimin denetlenmesi adlı koruma tedbirini düzenleyen hükümlerin son derece açık ve tartışmadan uzak olması gerekir. İHAS m.8/2 ve 1982 Anayasası’nın m.13 ile m.22/2’nin çizdiği istisnai sınırlama çerçevesine uygun olması gereken yasal düzenlemeler, bunun yanında tartışmadan ve muğlaklıktan uzak açıklıkta da olmak zorundadır. Bireyin hak ve hürriyetine istisnai sınırlama getirilmek istendiğinde, bunun normlar hiyerarşisiyle hukukun genel ilke ve esaslarına uygun olmasının yanında, sınırlamanın açıkça gösterilmesi ve uygulamasının da somut olayın özelliklerinin gerekliliği halinde gündeme gelmesi zorunluluğu vardır. Kişi hak ve hürriyetlerinin özüne dokunamama zorunluluğu, hem yasalar ve hem de uygulamaları bakımından da geçerlidir (1982 Anayasası m.13). Aksi halde, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlama imkanı tanıyan bir düzenlemenin varlığından hareketle bu imkanı kullanmayı genişletmek, amacından saptırmak ve sırf şekli açıdan hukuka uygunluktan yola çıkmak suretiyle olur olmaz yerlerde koruma tedbirlerini uygulamaya çalışmak anlayışı ile “hukuk devleti” ilkesi ve “hu-

kukun üstünlüğü” esasını bağdaştırabilmek mümkün değildir. Bu tür koruma tedbirlerine yönelik talepler hakim tarafından 1982 Anayasası’nın 138/I ve m.141/III hükümleri çerçevesinde ayrıntılı şekilde ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak tam anlamıyla hukukilik denetiminden geçirilmeli, şekil ve şartları uygunluk arz etmeyen talepler reddedilmelidir.

TÜRK HUKUKU'NDA ARAMA VE ELKOYMA

*Doç.Dr.Serap KESKİN KIZIROĞLU**

I- GİRİŞ: Hukukta arama ve elkoyma, ya suç sebebiyle yürütülen ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri olarak adli amaçla ya da henüz bir suç işlenmeden suç işlenmesini önlemek amacıyla önleyici tedbir olarak idari amaçla var olur; ilkinde adli arama ve elkoyma, ikincisine idari/önleyici arama ve elkoyma denir. Her ikisinin de anayasal temeli Anayasa'nın 20. ve 21. maddeleridir. Adli arama ve elkoymanın yasal temeli öncelikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'dur. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ise hem adli arama ve elkoymaya hem de önleyici arama ve elkoymaya ilişkin yasal hükümler taşımaktadır.

II- ARAMA:

A- ADLİ ARAMA: Adli arama Ceza Muhakemesi Kanunu'muzun 116 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre adli arama, ya şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla ya da suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla başvurulmuş bir Ceza Muhakemesi Hukuku koruma tedbiridir. Bu amaçlarla *makul şüphe* varsa şüpheli veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir. Aynı şekilde şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla diğer bir kişinin de üstü, eşyası veya ona ait diğer yerler de *yeterli şüphe* varsa aranabilir.

Adli arama konusunu bir başka çalışmamızda ayrıntısıyla incelediğimiz için burada bu konuya daha fazla değinmeyeceğiz.¹

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. Serap KESKİN-KIZIROĞLU, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof.Dr. Hamide Topçuoğlu Anısına, 2009, C. 58, S.1, s. 139-168.

B- ÖNLEME ARAMASI: Önleyici aramayı düzenleyen 2559 sayılı PVSK.'nın "Önleme Araması" başlıklı 9.maddesine göre polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usulüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların olduğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır (PVSK.md.9/6).

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "Önleme Araması ve Kapsamı" başlığını taşıyan 19.maddesine göre de önleme araması, ulusal güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla yapılan arama işlemidir.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin olduğu gerekçeyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde;

- a) Aramanın sebebi,
- b) Aramanın konusu ve kapsamı,
- c) Aramanın yapılacağı yer,
- ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre belirtilir.

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.

1- Önleme Aramasının Yapılabileceği Yerler: PVSK.'nın 9.maddesine göre önleme araması,

- a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde,
- b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde,

- c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde,
- ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve üniversite binaları veya ekleri içinde, kurumun imkânlarıyla önlenmesi mümkün görülmeyen olayların çıkması ihtimali karşısında rektör, acele hallerde de dekan veya bağlı kuruluş yetkililerinin zabıtanın yardım talep etmeleri halinde girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında,
- d) Umumi veya umuma açık yerlerde,
- e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda yapılabilir.

Arama Yönetmeliği 19/2.maddesinde PVSK.'nın 9.maddesinde sayılan yerlere ek olarak, "e" bendinde umumi veya umuma açık yerlerde veya öğrenci yurtlarında veya eklentilerinde de önleme araması yapılabileceği şeklinde bir düzenlemeyle, öğrenci yurtlarını ve eklentilerini adeta umumi veya umuma açık yerlerle bir tutmuştur ki kabul edilemez. Bu şekliyle, söz konusu düzenleme PVSK.'na aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın 20.maddesinde ifadesini bulan özel hayatın gizliliği ilkesi ile Anayasa'nın 21.maddesinde ifadesini bulan konut dokunulmazlığı hakkını da zedeler niteliktedir. Öğrenci yurtları ve eklentilerinin, eğitim ve öğretim kurumlarından, üstelik de aleyhe farklı bir düzenlemeye tabi tutulması da ayrıca kabul edilemez.

Arama Yönetmeliği'nin 19/2. maddesine göre bu yerlerden başka,

- Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,
- 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun 6.maddesi kapsamında gerçekleştirilen spor müsabakalarıyla ilgili olarak, müsabakaların yapılacağı spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde,
- 5253 sayılı Dernekler Kanununun 20.maddesi kapsamında, derneklerde ve eklentilerinde de önleme araması yapılabilecektir.

28.04.2004 tarih ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun "Müsabaka Güvenliği" başlığını taşıyan 6.maddesine göre, spor müsabakalarında alınacak güvenlik önlemlerinin yürütülmesi ve denetlenmesi konularında yetkili olmak üzere o yerin en büyük mülkî amirince belirlenecek rütbeli emniyet görevlisi, müsabaka güvenlik amiri olarak görevlendirilir. Müsabaka güvenlik amiri, müsabakanın güven-

liği ile ilgili tüm kişi ve kuruluşlarla gerekli koordinasyonu sağlamakla yetkili ve görevlidir. Müsabakaların yapılacağı spor alanına, güvenlik güçlerince gerçekleştirilecek kontrolden sonra seyirci alınır. Spor alanlarının çevresinde, stadyum veya spor salonu girişleri ile turnike girişlerinde, müsabakayla ilgili olarak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca olan hallerde mülkî amirin yazılı izni ile genel güvenlik güçlerince veya genel güvenlik güçlerinin denetiminde, özel güvenlik güçlerince üst araması yapılır ve bu Kanunun amacına aykırı madde ve cisimlere el konulur. Benzer hüküm Arama Yönetmeliği'nin 23.maddesinde de vardır.

Spor alanlarının dış güvenliği genel kolluk güçlerince, saha içi ve tribün güvenliği ise 5149 sayılı Kanunun 5. maddesine göre oluşturulacak özel güvenlik birimlerince ve saha yetkililerince sağlanır. Kapı aramaları özel güvenlik güçleri tarafından yapılır. Müsabaka güvenlik amirinin talebiyle emniyet güçleri, gerekli hallerde olayın meydana geldiği alanlara müdahale edebilir.

Emniyet teşkilâtı tarafından; fanatizmin önlenmesi, faillerin tespiti, eylemlerin delillendirilmesi, verilen cezaların takibi ve bu Kanuna aykırı eylem ve davranışların engellenmesi amacıyla bilgi bankası oluşturulur ve toplanan bilgiler üç ayda bir ilgili federasyonlara bildirilir.

Spor kulüpleri, taraftar dernekleri ve federasyonlar ile diğer ilgililer emniyet güçlerince istenecek tüm bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdür.

5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Kolluk Kuvvetlerinin Yetkisi" başlığını taşıyan 20.maddesine göre de kamu düzeninin korunması veya suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden birine bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça, yine bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda mülkî idare amirinin yazılı emri bulunmadıkça, kolluk kuvvetleri, dernek ve eklentilerine giremez, arama yapamaz ve buradaki eşyaya el koyamaz. Mülkî idare amirinin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalır. Hâkim kararı, mülkî idare amiri tarafından dernek yöneticilerine yazıyla duyurulur. Aynı düzenleme Arama Yönetmeliği'nin 22.maddesinde de vardır.

2- Önleme Aramasının Yapılamayacağı Yerler: Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (PVS.K.m.d.9/5; Arama Yön.m.d.19/son).

3- Karar Veya Emir Aranmayan Önleme Araması: Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini, sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır (PVSK.md.9/7).

III- ELKOYMA: Elkoyma, eşya üzerinde zilyedinin tasarruf yetkisinin geçici olarak elinden alınmasıdır. Bu durum, taşınmazlarda tapuya şerh koymakla, taşınırlarda ise eşyanın, zilyedinin elinden alınmasıyla gerçekleştirilir.²

A- ADLİ ELKOYMA: CMK.'nın 123.maddesine göre adli elkoyma suç sebebiyle yürütülen bir ceza muhakemesinde ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri üzerinde gerçekleştirilen bir koruma tedbiridir. Ceza Muhakemesi Kanunu bu işleme “muhafaza altına alma” demektedir. Eğer, elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerini, bunu yanında bulunduran kişi rızasıyla teslim ederse, Yasa'ya göre bu, muhafaza altına alma işlemi olup, kişi bunu rızasıyla teslim etmediği takdirde zorla kendisinden alma işlemi de elkoyma işlemi olmaktadır. Öğretide de daha önceden bu ayırımın yapılmış olduğu görülmektedir.³

Kanımızca CMK.'nın yaptığı bu ayırım doğru değildir. Ceza Muhakemesi Hukuku'nda koruma tedbirlerinin bünyesinde zorlayıcılık özelliği doğal olarak vardır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan tutuklama, yakalama, arama, elkoyma vb. gibi koruma tedbirlerinin muhatabı olan kişi, bu tedbirlere hukuken katlanmak zorundadır. Böyle bir zorunluluğun olduğu yerde kişinin rızasından söz etmek ve bunu temel alarak, rıza varsa muhafaza altına alma, yoksa elkoyma vardır demek hukuksal gerçeklikle örtüşmez. Bu nedenle burada söz konusu olan koruma tedbiri her iki olasılıkta da elkoyma olarak değerlendirilmelidir.⁴

01 Haziran 2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği de, Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki ayırıma uygun olarak, “Tanımlar” başlığını taşıyan 4.maddesinde elkoyma

² Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi İstanbul, 15.Bası, Kasım 2006, No.60.1, s.932

³ Ahmet Gökçen, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma*, Ankara 1994, s.5 vd.

⁴ Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoglu, age., No.60.2, s.933

işlemini, hem önleyici elkoymayı hem de adli elkoymayı tanımlayacak şekilde, suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tabi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi olarak ifade etmektedir. Yönetmelik aynı şekilde CMK.'nın muhafaza altına alma dediğine "koruma altına alma" diyerek, buna da, suçun veya tehlikelerin önlenmesi ya da delil olabilecek veya müsadereye tabi olan yahut güvenliğin sağlanması amacıyla, eşyayı zilyedinin kendiliğinden vermesi veya elkonulana kadar geçici olarak alkoymak demektedir. Yönetmeliğin "elkoyma, koruma altına alma" başlığını taşıyan 15. maddesindeki düzenleme de aynıdır.

1-ADLİ ELKOYMANIN AMACI: Ceza Muhakemesi Hukuku'nda bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi, adli elkoymanın da temel amacı, ceza muhakemesinin yapılabilmesini ve sonuçta verilebilecek kararların kağıt üzerinde kalmasını önlemektir. Bu temel amaç doğrultusunda elkoyma işlemi de ya ispat amaçlı ya da müsadere amaçlı yapılan bir ceza muhakemesi işlemidir.

a- İspat Amaçlı Elkoyma: Ceza Muhakemesi Hukuku'nda elkoymanın yukarıda da belirtildiği gibi iki amacı vardır. Bunlardan ilki delil değeri taşıyan eşyayı ele geçirmektir. Hükmün temeli delillerdir. İspat edilmeyen, hükme esas alınamaz. Bu nedenle, delil niteliğini taşıyan eşyanın ceza muhakemesi sürecine sokulması ve kolektif yargılamada tartışılıp, delil değerlendirmesine katılımının sağlanması, gerçeğin ta kendisi demek olan maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde çok önemlidir. İspat amaçlı elkonulan malvarlığı değerleri, amaca hizmet ettikten sonra, yani delil değerlendirmesine alındıktan sonra, zilyedine geri verilir.

Şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş eşyanın, soruşturma ve kovuşturma bakımından muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılmaması halinde, resen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet Savcısı, yargıç veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir (CMK.md.131/1).

b- Müsadere Amaçlı Elkoyma: Ceza Muhakemesi Hukuku'nda elkoymanın diğer amacı, müsadereye tabi eşya veya kazancın, muhakemenin sonunda müsadere hükmü verildiğinde, bu hükmün kâğıt üzerinde kalmasının önüne geçmektir. Bu nedenle hükümden önceki zaman diliminde, ceza muhakemesi sürecinde eşya müsaderesine (TCK.md.54) veya kazanç müsaderesine (TCK.md.55) tabi malvarlığı değerlerine de elkonulur. Muhakemenin sonunda müsadere hükmü verilirse, elkonulan bu malvarlığı değerleri müsadere edilerek mülkiyeti hazineye geçirilir; aksi durumda zilyedine geri verilir.⁵ An-

⁵ Bkz. Kunter/Yenisay/Nuhoglu, age., No.60.2/II, s.933

cak, müsadereye tabi eşya aynı zamanda delil olarak da kullanılmışsa, elkonulan bu eşya, delil olarak saklanması gerek kalmaması halinde, rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında, ilgiliye teslim edilebilir. Bu konuda mahkemenin takdir yetkisi vardır. Bu durumda müsadere kararının konusunu, ödenen rayiç değer oluşturur (CMK.md.132/6).

2- ADLİ ELKOYMANIN KOŞULLARI:

a- Karar Koşulu: Elkoymaya kural olarak yargılama makamı karar verir. Bu makam da soruşturma evresinde sulh ceza yargıçlığı, kovuşturma evresinde duruşma hazırlığında başkanlık, duruşmada ise mahkeme makamıdır. Ancak CMK.'nın 127.maddesine göre gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamayan hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilirler (CMK.md.127/1). Ancak özel düzenlemeye tabi postada elkoymada kolluk amirlerinin elkoyma emri verme yetkisi yoktur (CMK.md.129/1). Yine özel düzenlemeye tabi avukat bürolarında arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından da bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza yargıcından, kovuşturma evresinde yargıç veya mahkemeden istenir. Bu karar yirmi dört saat içinde verilir (CMK.md.130/1). Avukatlar açısından postada elkoymada da aynı hüküm geçerlidir (CMK.md.130/3).

Yargıç kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli yargıcın onayına sunulur. Yargıç, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar ve bunun sonucu olarak elkonulan eşya hukuka aykırı delil niteliğini kazandığından delil değerlendirmesine esas alınamaz (CMK.md.127/3).

Zilyetliğinde bulunan eşya veya malvarlığı değerlerine elkonulan kişi de yargıçtan her zaman bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir (CMK.md.127/4).

b- Elkonulamayacak Belgeler:

b1- Tanıklıktan Çekinme hakkı Nedeniyle Elkonulamayacak Belgeler: Şüpheli veya sanık ile CMK.'nın 45. ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere, bunlar söz konusu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamaz (CMK.md.126).

CMK.'nın 45.maddesine göre tanıklıktan çekinme hakkına sahip olanlar şunlardır:

- Şüpheli veya sanığın nişanlısı,
- Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,
- Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy,
- Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları,
- Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.

CMK.'nın 46. maddesine göre,

- Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler,
- Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler,
- Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinme hakları vardır.

Ancak, avukatlar, stajyerleri veya yardımcıları dışındakiler bakımından ilginin rızasının varlığı çekinme hakkını ortadan kaldırmaktadır (CMK.md.46/2).

CMK.'nın 126.maddesine göre söz konusu mektuplar ve belgelere, bu kişilerin nezdinde olduğu sürece elkonulamayacaktır. Bundan anlaşılması gereken, mektup ve belgelerin bu kişilerin egemenlik alanı içinde bulunmasıdır.⁶

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 50/1,c maddesinin "soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştirakten veya bu suçlar nedeniyle suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar"ın yeminsiz tanık olarak dinleneceğine ilişkin hüküm karşısında, bu yasağın uygulanabilmesi, söz konusu kişilerin soruşturma veya kovuşturma konusu olaylara iştirak veya yataklık etmek şüphesi altında bulunmamasına bağlıdır.⁷ Kanaatimizce bu düzenleme, dolaylı

⁶ Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, Seçkin Yayıncılık-Ankara 2007, s.250

⁷ Cumhuriyet Şahin, s.250; Nevzat Toroslu-Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2006, s.243

yoldan susma hakkını ve tanıklıktan çekinme hakkını bertaraf eden bir hüküm olmak niteliğiyle, Anayasa'nın 38/5. maddesinde ifadesini bulan hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunamayacağı ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesine aykırı düşmektedir.

b2- Devlet Sırrı Nedeniyle Elkonulamayacak Belgeler: Hapis cezasının alt sınırının beş yıldan az olduğu suçların muhakemesinde, devlet sırrı niteliğini taşıyan belgelere de elkonulamayacaktır (CMK.md.125/3). Ancak, hapis cezasının alt sınırının beş yıl veya daha fazla olduğu suçların ceza muhakemesinde, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamayacaktır (CMK.md.125/1,3). Fakat bu belgeler, yalnızca mahkeme yargıcı veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve yalnızca yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, mahkeme yargıcı veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir (CMK.md.125/2). Dolayısıyla, devlet sırrı taşıyan belgeyle doğrudan doğruya karşılaşan ceza muhakemesi makamı yalnızca yargılama makamı olmaktadır. Bu makam da burada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun açık hükmü karşısında yalnızca mahkeme makamıdır. Bundan çıkan sonuç, bu hükmün ceza muhakemesi sürecinde yalnızca kovuşturma evresinde uygulanabilir bir hüküm olmasıdır. Ne iddia makamının ne de savunma makamının bu nitelikteki bir belgeyi görüp, inceleme yetkisi vardır.⁸ Gerek iddia makamı, gerekse savunma makamı, yalnızca yargılama makamı olarak mahkeme yargıcı veya mahkemenin, yasal engel bulunduğundan zabıt kâtibinden yararlanamayıp, bizzat tutanağa geçirdiği tutanak kaydından iddia ve savunma işinde bulunabilirler. Diğer deyişle kamusal iddia makamını oluşturan Cumhuriyet Savcısının da devlet sırrı niteliği taşıyan belgeyi görüp, inceleme yetkisi yoktur. Aksinin kabulü, kamusal savunma makamını oluşturan müdafinin de böyle bir belgeyi doğrudan görüp, inceleme yetkisinin tanınmasını zorunlu kılar. Aksi uygulama, adil yargılanma hakkını, bu bağlamda silahların eşitliği ilkesi ile dürüst yargılama ilkesini zedeleyer.

Söz konusu düzenleme, devlet sırrının korunabilmesi amacıyla ceza muhakemesinde kolektif yargılama ile delillerin doğrudan doğrualığı ilkesinden vazgeçildiğini göstermektedir. Yasa koyucu, bu düzenleme ile beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçların ceza muhakemesinde devlet sırrına yalnızca mahkeme makamını ortak ederek, bu sırrın korunabilmesini, sa-

⁸ Aynı yönde Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayınevi Ankara, 12. Bası, Kasım 2008, s.602; Cumhur Şahin, age. S.249; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, age., No.60.2/III, s.934; Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Asil Yayın Dağıtım Ankara, 2006, s.257

vunma ve iddia makamlarını dolaylı olarak bertaraf etmek suretiyle, adil yargılama görevini zedeleme pahasına sağlamayı amaçlamış görünmektedir.⁹

Aynı düzenleme devlet sırrı konusunda tanık dinlenmesinde de vardır. Fakat bu tanık Cumhurbaşkanı ise, sırrın niteliğini ve mahkemeye bildirilmesi hususunu kendisi takdir yetkisine sahiptir (CMK.md.47).

3- ADLİ ELKOYMADA DİSİPLİN HAPSI: Elkonulacak eşya ortada, görünen eşya ise, zilyedi bu eşyayı teslim etmek istemediği takdirde kolluğun zor kullanıp alma yetkisi doğar. Ancak, zor kullanmada sınır aşılabileceği olursa Türk Ceza Kanunu'nun 256.maddesindeki zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçu işlenmiş olur. Eğer, eşya ortada, görünen eşya değilse, bu eşyanın, ilgili kişinin zilyetliğinde bulunduğu dair yeterli delil varsa, hakkında zorlayıcı tedbirler uygulanır. CMK.'na göre adli elkoymanın konusunu oluşturan malvarlığı değerlerini yanında bulunduran kişi, istem üzerine bu şeyi göstermek ve teslim etmekle yükümlüdür (CMK.md.124). Kaçınma halinde, eşyayı göstermeye ve teslim zorlamak amacıyla, zilyedi hakkında CMK.'nın 60.maddesindeki disiplin hapsine ilişkin hükümler uygulanır.

CMK.'nın 60.maddesine göre disiplin hapsi, dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her halde üç ayı geçemeyecek bir süreyle uygulanabilir. Kişi, yükümlülüğüne uyduğunda derhal serbest bırakılır. Disiplin hapsine karar verme yetkisi yalnızca yargılama makamıdır. Bu makam soruşturma evresinde sulh ceza yargıcı, kovuşturma evresinde mahkemedir. Kovuşturma evresinde naip yargıç veya istinabe olunan mahkeme de disiplin hapsi kararını verme yetkisine sahiptir (CMK.md.60/2). Davanın görüldüğü sırada disiplin hapsine yalnızca bir kez karar verilebilir; tekrarı olmaz (CMK.md.60/3). Disiplin hapsi kararına itiraz yasayolu, doğal olarak açıktır (CMK.md.60/4).

Ancak, şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecek olanlar hakkında disiplin hapsi kararı verilemez (CMK.md.124/2,c.2). Bu düzenleme, Anayasa'nın 38/5.maddesinde ifadesini bulan, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz ilkesine uygun bir düzenlemedir.

⁹ Bu konuda Bkz. Toroslu-Feyzioğlu, age., s.183, 241 ve Metin Feyzioğlu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Bazı Tesbit ve Değerlendirmeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 62

4- ADLİ ELKOYMANIN ÖZEL TÜRLERİ:

a-Postada Elkoyma: Ceza Muhakemesi Kanunu'muzda postada elkoyma ayrıca düzenlenmiştir. İspat amaçlı özel elkoyma olarak postada elkoyma CMK.'nın 129.maddesine göre, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan gönderiler üzerinde yargıç kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının emriyle uygulanabilecek bir tedbirdir. Sıkıyönetim halinde postada elkoyma kararını verme yetkisi sıkıyönetim komutanındır (Sıkıyönetim Kanunu md.3/c).

Yargıç kararının veya Cumhuriyet Savcısının emriyle elkoyma işlemini yerine getiren kolluk görevlilerinin, gönderilerin içinde bulunduğu zarfları veya paketleri açma yetkileri yoktur (CMK.md.129/2). Bu düzenleme, CMK.'nın 122. maddesindeki hükümle örtüşmektedir. Bu hükme göre kolluk görevlilerinin belge ve kâğıtları okuyup, inceleme yetkisi yoktur. Bu yetki, önceki 1412 sayılı C.M.U.K.'nda yalnızca yargıca ait bir yetki iken, 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı C.M.K., belge ve kâğıtları okuma yetkisini yargıcın yanında Cumhuriyet Savcılarına da tanımıştır. Ancak, kolluğun böyle bir yetkisi hiç olmamıştır ve bugün de yoktur.

Yargıç kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumda Cumhuriyet Savcısının emriyle kolluk görevlilerince postada elkonulan gönderiler, ilgili posta görevlilerinin huzuru ile mühür altına alınıp, derhal elkoyma kararını veya emrini veren yargıç veya Cumhuriyet Savcısına teslim edilir (CMK.md.129/2).

Soruşturma ve kovuşturmanın amacına zarar vermek olasılığı bulunmadıkça, alınmış tedbirler ilgililere bildirilir (CMK.md.129/3).

Açılmamasına veya açılıp da içeriği bakımından adliyenin eli altında tutulmasına gerek bulunmadığına karar verilen gönderiler, hemen ilgililerine teslim olunur (CMK.md.129/4).

b- Taşınmazlara Hak Ve Alacaklara Elkoyma: Müsadere amaçlı özel adli elkoymadır. Bu elkoymaya yalnızca yargıç karar verebilir; gecikmesinde sakınca bulunan halde Cumhuriyet Savcısının emir verme yetkisi yoktur (CMK.md.128/9). Ancak, 11.10.2006 tarih ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17. maddesine göre Türk Ceza Kanunu'nun 282. maddesinde düzenlenmiş bulunan suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu ile Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesinde yer alan terörün finansmanı suçundan elde edildiği iddia edilen malvarlığı değerlerine, gecikmede sakınca varsa Cumhuriyet Savcısının kararıyla da elkonulabilecektir. Bu durumda Cumhuriyet Savcısının kararı yirmi dört sa-

at içinde yargıç onayına sunulur ve yargıç da en geç yirmi dört saat içinde karar verir; aksi durumda Cumhuriyet Savcısının kararı hükümsüz kalır.¹⁰

Bu çerçevede elkonulan malvarlığı değerleri, suçtan zarar gören mağdura ait olması ve bunlara delil olarak artık ihtiyaç kalmaması halinde, sahibine geri verilir (CMK.md.131/2).

CMK.'nın 128.maddesine göre soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde, şüpheli veya sanığa ait taşınmazlara, kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlardaki her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve alacaklara, kıymetli evraka, ortağı bulunduğu şirketteki ortaklık paylarına, kiralık kasa varlıklarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulabilir. Bu elkoyma kararı yalnızca CMK.'nın 128/2.maddesinde bulunan katalogda tek tek sayılı suçlar hakkındaki soruşturma ve kovuşturmalarda verilebilir. Bundan başka yukarıda da değinildiği gibi, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'un 17.maddesine göre aklama suçu ile terörün finansmanı suçunda da söz konusu koruma tedbiri uygulanabilecektir.

Bu madde hükmüne göre alınan elkoyma kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi halinde, Türk Ceza Kanunu'nun "muhafaza görevini kötüye kullanma" başlıklı 289. maddesi hükümleri uygulanır (CMK.md.128/8).

c- Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine Elkoyma: 5271 sayılı CMK.'nın 134. ve Arama Yönetmeliği'nin 17.maddesine göre, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan araçlar gecikme olmaksızın geri verilir.

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır. İstemesi durumunda bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya müdafii verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır (CMK.md.134/3,4; Arama Yönetmeliği md. 17/2,3,4).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesindeki düzenlemede bir suç dolayısıyla yapılan **soruşturmada şüphelinin** kullandığı bilgisayar üzerinde

¹⁰ Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Basım, İstanbul, Ocak 2008, 5.B, s.401

hakim kararı ile arama ve elkoyma işleminden söz edilmektedir. Dolayısıyla bu işlemlerin yalnızca soruşturma evresinde yapılabilip, kovuşturma evresinde yapılamayacağı gibi bir yorum ortaya çıkmaktadır. Ancak, kanaatimizce, kovuşturma evresinde mahkeme makamının maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde kendiliğinden delil araştırması yoluna gitmesini engelleyen bir hüküm bulunmadığından kovuşturma evresinde mahkeme makamı da söz konusu koruma tedbirine başvurabilir.¹¹ Ancak yine de CMK.'nın 134.maddesine açık bir hüküm koymak bu konudaki tartışmayı ortadan kaldıracaktır.

d- Kaçak Sanığın Mallarına Elkoyma: Ceza Muhakemesinde, hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir (CMK.md.247/1).

CMK.'nın 248/2.fikrasında yer alan katalogdaki suçlardan biri nedeniyle yargılanan kaçak sanığın, duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak mahkeme kararıyla elkonulabilir ve gerektiğinde idaresi için kayyım atanır. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilanına mahkemece karar verilebilir (CMK.md.248/3). Kaçak sanık yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir (CMK.md.248/4).

Mahkeme, kaçak sanığın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşeceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan malvarlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımaya izin verir (CMK.md.248/6).

Kaçaklık, kovuşturma evresinde öngörülen bir durum olduğundan soruşturma evresinde bu tedbir uygulanamaz.

e- Basın Kanununda Elkoyma:

e1- Basılı Eserlere İspat Amaçlı Elkoyma: 5187 sayılı Basın Kanunu'nun elkoymayı düzenleyen 25. maddesine göre, ceza soruşturmasında ispat aracı olarak her türlü basılmış eserin en fazla üç adedine Cumhuriyet Savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk el koyabilir. Anayasa'nın 28/7. maddesine göre de süreli veya süresiz yayınlara suç soruşturma veya kovuşturması sebebiyle elkonulmasında genel hükümler uygulanır.

¹¹ Aynı Görüşte, Cumhur Şahin, age. S. 262

e2- Dağıtımın Önlenmesi ve Toplatma: Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen 28.maddesinde anayasal dayanağını bulmaktadır. Anayasa'nın 28/4.maddesine göre, Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanmaya veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazının yer aldığı basılı eserlerin tedbir yolu ile dağıtımı, kural olarak yargıç, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda da kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Yetkili merci, bu kararı en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıca bildirir. Yetkili yargıç, bu kararı en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa dağıtımın önlenmesi kararı hükümsüz sayılır.

Dağıtımın önlenmesi işlemi, toplatmadan farklı bir işlem değildir.¹²

Anayasa'nın 28/6. maddesine göre süreli veya süresiz yayınlar, kanunun gösterdiği suçların soruşturma veya kovuşturmasına geçilmiş olması hallerinde yargıç kararıyla, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması ve suçların önlenmesi bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle toplatılabilir. Toplatma kararı en geç yirmi dört saat içinde yetkili yargıca bildirilir; yargıç en geç kırk sekiz saat içinde onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz kalır. Yine Anayasa'nın 28/son maddesine göre kapatılan süreli yayının açıkça devamı niteliğini taşıyan her türlü yayın yasaktır; bunlar yargıç kararıyla toplatılır.

5187 sayılı Basın Kanunu da, 25. maddesinde saydığı suçlarla ilgili olarak basılı eserlerin tamamına yargıç kararıyla elkonulabileceğini düzenlemiştir. Buna göre soruşturma ve kovuşturmasına başlanılmış olması koşuluyla 25.7.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda, Anayasanın 174 üncü maddesinde yer alan devrim kanunlarında, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 146 ncı maddesinin ikinci fıkrasında (Yeni Türk Ceza Kanunu md. 309, 311), 153 üncü maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında (Yeni Türk Ceza Kanunu md.319), 155 inci maddesinde (Yeni Türk Ceza Kanunu md. 318), 311 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında (Yeni Türk Ceza Kanunu md.214, 218), 312 nci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında (Yeni Türk Ceza Kanunu md.216), 312/a maddesinde (Yeni Türk Ceza Kanunu md. 213) ve 12.4.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarında öngörülen suçlarla ilgili olarak basılmış eserlerin tamamına hâkim kararıyla el konulabilir.

Yine hangi dilde olursa olsun, yurt dışında basılan süreli veya süresiz yayının, Basın Kanunu'nun 25. maddesinde sayılı bu suçları içerdiğine dair kuv-

¹² Öztürk/Erdem, age., s.618

vetli delil bulunması durumunda bunların Türkiye’de dağıtımı veya satışa sunulması Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine sulh ceza yargıcının kararı ile yasaklanabilir. Gecikmede sakınca varsa, Cumhuriyet Başsavcılığının kararı yeterlidir. Ancak, bu karar yirmi dört saat içinde yargıcın onayına sunulur. Karar, kırk sekiz saat içinde yargıç tarafından onaylanmazsa hükümsüz kalır.

e3- Basın Araçlarına Elkoyma: Anayasa’nın 30. maddesine göre yasaya uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, müsadere edilemez veya bunlar işletilmekten alıkonulamaz. Anayasa’nın 30. maddesinde daha önceden yer alan “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, Cumhuriyetin temel ilkeleri ve milli güvenlik aleyhine işlenmiş bir suçtan mahkum olma hali hariç” ibaresi, 22.5.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 07.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Yasa yapılan Anayasa değişikliği ile maddeden çıkarılmıştır.

B- ÖNLEYİCİ ELKOYMA: Önleyici elkoyma yetkisi de PYSK.’nın, yukarıda önleyici arama yetkisinin düzenlendiği 9.maddesinin beraberinde getirdiği bir yetkidir. Tekrar edecek olursak, polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar. Bu çerçevede polis, kişi, can ve mal güvenliği açısından tehlike oluşturabilecek veya suç işlenmesine elverişli eşyaya önleyici amaçla elkoyar.

III- ELKONULAN EŞYANIN KORUNMASI VEYA ELDEN ÇIKARILMASI: Elkonulan eşyanın korunması veya elden çıkarılması hususunda yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’na hüküm konmuştur(CMK.md.132). Bu konuda ayrıca 01.06.2005 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren yeni Suç Eşyası Yönetmeliği’nde de hükümler vardır. Bu konu önceden yalnızca önceki Suç Eşyası Yönetmeliğinde düzenleme altına alınmıştı.

Yeni düzenlemeye göre adli elkoymada, elkonulan eşya, zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde, hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir (CMK.md.132). Elden çıkarma kararı, soruşturma evresinde sulh ceza yargıcı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir. Karar verilmeden önce eşyanın sahibi olan şüpheli, sanık veya ilgili diğer kişiler dinlenir; elden çıkarma kararı kendilerine bildirilir.

Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından, bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade edilmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu bırakma, teminat gösterilmesi koşuluna da bağlanabilir (CMK.md.132/5).

Önleyici elkoymada, suç unsuru oluşturmayan bu eşya, geçici olarak koruma altına alınır ve önleyici aramaya sebep oluşturan husus sona erdiğinde ilgiliye teslim edilir (Arama Yönetmeliği md.24/2).

01.06.2005 tarihli Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 1.maddesine göre bu Yönetmelik, suç eşyası ve suçla ilgili ekonomik kazancın, muhafaza altına alınması, elkonulması, elden çıkarılması, iadesi, müsaderesi ve imhasına ilişkin işlemlerin yapılmasında uyulacak usul ve esasları düzenler.

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre yargıç kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı hâllerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerince, suç eşyasına elkonulduğuna dair bir tutanak düzenlenir. Elkoyma tutanağına; elkonulan eşyanın cinsi, miktarı, üzerindeki işaret, yazı ve numaraları, tür, marka, model ve ölçü gibi benzerlerinden ayırt etmeye elverişli bütün nitelikleri, takdir ettirilen değeri, hangi suçtan dolayı kimden, nereden ve ne suretle alınmış olduğu, soruşturma evrakı numarası, hazır olan mağdur, suçtan zarar gören, şüpheli veya sanık ile bunların vekil ya da müdafinin, bilirkişi ve tanıklar ile huzurda bulunan diğer kişilerin ve elkoyma işlemini yapan kolluk görevlilerinin açık kimlikleri, işlemin yeri, tarihi ve saati yazılır; ilgililerin imzası, imza bilmeyenlerin parmak izi alınır; okuma ve yazma bilen kişilerin ad, soyad ve adresleri kendi el yazıları ile yazdırılır, bu şekilde düzenlenen tutanak, soruşturma evrakına eklenir.

Elkonulan eşya, uygun şekilde ambalajlandıktan sonra, ambalajın ebadına, delillerin mahiyetine göre, tel, sicim, ip veya uygun görülen benzerleri ile bağlanıp, açıldığında yeniden kullanılamayacak derecede bozulan ve açıldığı belli olan mühür bandı, kendinden yapışkanlı güvenlik poşeti, üzerinde seri numarası bulunan tek kullanımlık hazır mühür, kurşun veya mum ile mühürlenir; ayrıca, suç eşyasına bağlanan etiket üzerine eşyanın cinsi, miktarı, kimden alındığı ve soruşturma evrakının numarası yazılmak suretiyle Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi edilir (Yön.md.5/3).

Elkonulan eşyanın teslim alınmasına dair işlemler Cumhuriyet Savcısının talimatı doğrultusunda emanet memurunca yerine getirilir. Bulunmadığı takdirde Cumhuriyet Başsavcılığınca görevlendirilecek personel tarafından

tutanakla teslim alınarak en kısa zamanda emanet memurluğuna teslim edilir (Yön.md.5/6).

Elkoyma tutanağındaki bilgilerin doğruluğundan tereddüt edilir ise, teslim alan görevli veya emanet memuru eşyayı getiren ile birlikte suç eşyasına ve delil özelliğine zarar vermeyecek şekilde mührü sökerek veya ambalajı açarak eşyayı inceleyip, bu hususu tutanakla tespit edip, mutabakat sağlandık-tan sonra yeniden mühürler (Yön.md.5/7).

Teslim alınan suç eşyası, emanet makbuzu tanzim edildikten sonra, etiketi üzerine, soruşturma veya esas defterinin sıra numarası yazılmak suretiyle suç eşyası esas defterine kaydedilir. Elkonulan suç eşyasına mahsus makbuz dört nüsha olarak düzenlenir. Bir nüshası soruşturma evrakına bağlanmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir, bir nüsha ilgili kolluk birimine verilir ve diğer nüshaları kartonunda saklanır. Eşyasına elkonulananın istemi üzerine makbuzun bir örneği kendisine verilir (Yön.md.6).

Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir. Diğer eşya, bu iş için tahsis olunan yerlerde türlerine ve yıllarına göre tasnif edilmiş şekilde muhafaza edilir (Yön.md.9/2,3).

Emanet dairesinde, soruşturma ve kovuşturma sonuna kadar saklanması sırasında bozulacak veya değerlerini açık bir şekilde kaybedecek olan yahut muhafazaları zor olması itibarıyla, emanet dairesinde saklanması mümkün olmayan eşya hakkında; özel düzenleme bulunmayan hâllerde, soruşturma evresinde sulh yargıcından ve kovuşturma evresinde yargılamayı yapan mahkemeden; soruşturma veya kovuşturma sonu beklenmeksizin satılmalarına veya Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 16 ncı maddesinde yazılı mercilerden birine yahut uygun görülen başka bir mercie teslim edilmelerine karar verilmesi istenir. Bu kabilden eşya, verilecek karar doğrultusunda ve kararda gösterilen mercilere teslim edilir veya satılır. Satış ve tevdi için yapılan masraflar cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilen sanıktan alınmak üzere kovuşturma giderlerinden karşılanır. Eşyanın satılması hâlinde, satış bedeli, bu Yönetmeliğin tedavül eden paralar hakkındaki 12 nci maddesi hükümleri doğrultusunda emanet memurluğunca saklanır (Yön.md.9/4).

10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun kapsamına giren ve elkonulan ateşli silâhlar ve miktar itibarıyla adalet emanet dairelerinde muhafazası Cumhuriyet Başsavcılığınca sakıncalı görülen bu silâhlara ait mermilerle her türlü patlayıcı maddeler,

cins, tür, marka, model, numara ve çap gibi benzerlerinden ayırmaya yeterli bütün nitelikleri ve değerleriyle, kullanılmaya elverişli olup olmadıkları, soruşturma sırasında Cumhuriyet Savcısı tarafından bilirkişi marifetiyle belirlendikten ve hangi suçtan dolayı kimden ve nereden, ne suretle elkonulmuş olduğu tespit edildikten sonra, mahkemece haklarında bir karar verilinceye kadar Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı emri ile yerel jandarma birlik komutanlıklarına ait mahfuz bina ve depolarda muhafaza altına alınırlar (Yön.md.10/2).

Adalet emanet memurluğunca Yönetmeliğin, yukarıda belirtilen 10. maddesi kapsamına giren suç eşyasının emanet dairelerine giriş ve bu konu ile ilgili kayıt işlemleri, Yönetmeliğin 6 ncı maddesi gereğince yapıldıktan sonra, jandarma birlik komutanlığına ait bina ve depoların sorumlusu veya sorumlularına, ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları veya mahkemelerce yazılı olarak istendiğinde iade edilmek üzere, tüm bilgileri içeren bir tutanakla derhâl teslim edilir. Bu tutanak üç nüsha olarak düzenlenir. Bir nüshası teslim alana verilir; diğer nüshalarından biri emanet memurluğunda, biri de Cumhuriyet Başsavcılığında saklanır. Jandarma birlik komutanlığına teslim olunan eşyanın, Cumhuriyet Başsavcılığı ve mahkemelerce istenmesi hâlinde, depodan alınma ve depoya iade işlemi; jandarma birlik komutanlığına hitaben yazılıp, emanet memuru ile birlikte Cumhuriyet Savcısının imzalarını taşıyan ve eşyanın emanet memuruna teslimini öngören bir yazıya müsteniden yapılır. Jandarma birlik komutanlığına teslim edilen eşya ile ilgili bilgiler, suç eşyası esas defterindeki özel sütununa da işaret olunur (Yön.md.10/2).

Jandarma birlik depolarına teslim olunan bu kabil suç eşyasına ilişkin kamu davaları ile ilgili dosyaların, başka yer mahkemelerine, görevsizlik ve yetkisizlik gibi nedenlerle gönderilmeleri hâlinde; suç eşyasının adalet emanet depolarından geri alınarak, yetkili mahkeme nezdindeki Cumhuriyet Başsavcılıklarına bu Yönetmelik esaslarına uygun şekilde yollanmaları sağlanır (Yön.md.10/3).

Soruşturma ve kovuşturmanın her safhasında, jandarma birlik depolarında muhafazaları, miktar itibarıyla mümkün görülmeyen ateşli silâhlar ve bunlara ait mermilerle patlayıcı maddeler, birlik komutanının başvurusu üzerine; Cumhuriyet başsavcılıklarınca, ilgili hâkim veya mahkemeden alınacak bir kararla, gerektiği kadar numune birlik deposunda alıkonularak, jandarma birlik komutanlığınca, Kara Kuvvetleri Komutanlığı ordonat ve mühimmat birlik depolarına teslim olunur (Yön.md.10/4).

Yönetmeliğin 10.maddesi kapsamındaki ateşli silah, mermi ve her türlü patlayıcı maddenin ceza muhakemesi sonucunda müsaderesine karar verildi-

ğinde, bu eşyalar hakkında, 15/2/1984 tarihli ve 18313 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mahkemelerce Zoralımına Karar Verilen veya Güvenlik Kuvvetlerince Herhangi Bir Şekilde Ele Geçirilen Ateşli Silah, Mermi, Her Türlü Patlayıcı Madde, Bıçak, Kesici ve Öldürücü Alet İle Benzerlerinin Milli Savunma Bakanlığına Teslimi İşlerine Ait Yönetmelik hükümlerine göre işlem yapılır¹³ (Suç Eşyası Yön. Md.16/1,h).

IV- ARAMA VE ELKOYMADA YASAYOLU: Arama ve elkoymaya soruşturma evresinde karar verilmişse, diğer deyişle yargıçlık makamı karar vermişse, bu karara karşı itiraz yasayolu vardır (CMK.md.267). İtiraz yasayolu, kural olarak yargıç kararlarına karşı tanınmış bir yasayoludur. Mahkeme makamının kararları ise kural olarak ancak sonkararla, diğer deyişle hükmle birlikte temyiz denetimine tabidir. Fakat yasanın ayrıca itiraz yolunu açık tuttuğu mahkeme ara kararlarına karşı hükmün verilmesini beklemeye gerek olmayıp, yasal olarak bu kararlara karşı da itiraz yoluna gidilebilir. Arama ve elkoymada böyle özel düzenleme bulunmadığından mahkeme

- 13 **MAHKEMELERCE ZORALIMINA KARAR VERİLEN VEYA GÜVENLİK KUVVETLERİNCE HERHANGİ BİR ŞEKİLDE ELE GEÇİRİLEN ATEŞLİ SİLAH, MERMİ, HER TÜRLÜ PATLAYICI MADDE, BIÇAK, KESİCİ VE ÖLDÜRÜCÜ ALET İLE BENZERLERİNİN MİLLİ SAVUNMA BAKANLIĞINA TESLİMİ İŞLERİNE AİT YÖNETMELİK**

Amaç

Madde 1 - Bu Yönetmelik, 6136 sayılı Kanunun 2478 sayılı Kanunla değişik 10 uncu maddesi ile 2305 sayılı Kanuna bir ek geçici madde eklenmesine dair 2469 sayılı Kanuna göre Milli Savunma Bakanlığına devredilecek, mahkemelerce zorahımına karar verilen veya güvenlik kuvvetlerince herhangi bir şekilde ele geçirilen (buluntular dahil) ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerlerinin ne şekilde devir ve teslim edileceğini ve teslim alınanların ne gibi işlemlere tabi tutulacağını düzenlemektedir.

Kapsam

Madde 2 - (Değişik madde 21/09/2006 - 26296 S.R.G Yön/1. mad) Bu Yönetmelik Genelkurmay Başkanlığı, Adalet Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Gümrük Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık, Kuvvet Komutanlıkları, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ilgililerince yapılacak işlemleri kapsar.

Tanımlar

Madde 3 - Zorahım yoluyla veya güvenlik kuvvetlerince herhangi bir şekilde ele geçirilen ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerleri; 6136 sayılı Kanun ile Türk Ceza Kanununun 264 üncü (**Yeni Türk Ceza Kanunu md.174-Yazarın Notu.**) maddesinde belirtilen şeylerdir. Tekniğin gelişmesi ile aynı amaçlarla icat edilen ateşli silah, mermi, patlayıcı madde alet ve benzerleri de bu tarifin kapsamına girerler.

Esaslar

Madde 4 - Sahil Güvenlik Komutanlığı, Polis, Jandarma, hudut birlikleri, gümrük teşkilatı ilgilileri ve diğer sorumlular tarafından herhangi bir şekilde ele geçirilen ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü alet ile benzerleri mahalli Cumhuriyet Savcılığına teslim edilir.

Madde 5 - Cumhuriyet Savcılığınca teslim alınan ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerleri muhakeme sonuna kadar adalet emanet dairelerinde muhafaza edilir. Suç Eşyası Yönetmeliğinin 28/05/1981 tarihli R.G.'de yayımlanan değişik 9 uncu maddesi hükmü saklıdır.

makamının verdiği arama ve elkoyma kararının hukuka aykırılığı ancak hükmle birlikte temyiz yasayolunda ileri sürülebilecektir.

Ancak, olağanüstü bir yasayolu olarak, CMK.'nın 309.maddesinde düzenlenmiş bulunan kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir. Buna göre, gerek yargıç tarafından gerekse mahkeme tarafından verilen ve Yargıtay denetiminden geçmeksizin kesinleşen karar ve hükümlere karşı kanun yararına bozma yolu açıktır.¹⁴

V- TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER: Arama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanması sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir delil elde edilirse, bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığı'na derhal bildirilir (CMK.md.138/1).

Madde 6 - Kesin hükümle sonuçlanmış bulunan veya özel bir Kanun gereğince ya da buluntu olması nedeniyle kovuşturulamayan veya muhakeme edilemeyen zorahım ve buluntu ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerleri, Cumhuriyet Savcılığınca ilgili hakim veya mahkemeden alınacak bir kararla en yakın Kara Kuvvetleri Komutanlığı ordu donatım teşkillerinden birine (ateşli silah, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerleri bakım kademelerine; mermi ve her türlü patlayıcı maddeler ile benzerleri mühimmat birlik ve teşkillerine) EK-A'daki tutanakla teslim edilerek irada alınır. (Değişik cümle 21/09/2006 - 26296 S.R.G Yön/2. mad) Ancak, zor alım yoluyla veya güvenlik kuvvetlerince herhangi bir şekilde ele geçirilen silahlardan, mahkemelerce sahiplerine iadesine karar verilen silahların; cumhuriyet savcılıklarına en yakın bakım birliklerine kadar sevkinin Kara Kuvvetleri Komutanlığı sorumluluğunda kalmak üzere, ilgili cumhuriyet savcılığının adli emanet memurluğu aracılığı ile bakım birliklerinden alınması sağlanır.

Madde 7 - 6 ncı madde gereğince düzenlenen EK-A'daki tutanağın bir nüshası, teslim alan ordu donatım teşkili tarafından hemen Kara Kuvvetleri Komutanlığı Lojistik Başkanlığına gönderilir.

Madde 8 - Ordu donatım teşkillerine teslim edilen ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerlerinin ihtiyaca uygun olarak depolanmasından, bakımından, Genelkurmay Başkanlığının tespit edeceği esaslar dahilinde dağıtımından, kullanılmasından Kara Kuvvetleri Komutanlığı sorumludur. Bu ateşli silah, mermi, her türlü patlayıcı madde, bıçak, kesici ve öldürücü aletler ile benzerleri teslim anından itibaren ordu malı olarak işlem görürler. Bu işlemler, Karar Kuvvetleri Komutanlığınca çıkarılacak bir Yönergede belirtilir.

Madde 9 - Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte, 13/12/1971 tarihli zorahım silah ve fişeklerle bıçaklarının Milli Savunma Bakanlığına teslimi işlerine ait Yönetmelik yürürlükten kalkar.

Madde 10 - Bu Yönetmelik yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 11 - (Değişik madde 21/09/2006 - 26296 S.R.G Yön/3. mad) Bu Yönetmelik hükümlerini Adalet Bakanı, Milli Savunma Bakanı, İçişleri Bakanı, Maliye Bakanı ve Gümrük Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan birlikte yürütür.

¹⁴ Aynı yönde Öztürk/Erdem, age., s.608 ve Recep Gülşen, "Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Arama", Hukuki Perspektifler Dergisi(HPD), Mart 2005, S.3, s.93.

KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

*Prof. Dr. Yener ÜNVER**

I- GENEL AÇIKLAMALAR VE TARİHİ GELİŞİM

A. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI VE GİZLİLİĞİ - ETİK RAPORU¹

8 Mayıs 1998 tarihli **Dış Ticaret Müsteşarlığı, e-Ticaret Kurulu, Elektronik Ticaret Hukuk Çalışma Grubu raporundaki** Kişisel Verilerin Korunması ve Gizliliğin Sağlanması hakkındaki bölüm aşağıdadır;

Bilgi çağı olarak nitelendirilen çağımızda, bir taraftan kişisel verilerin yaygın bir şekilde toplanarak işlenmesini kolaylaştırmak ve bunları ilgililerin yararlanmasına sunmak zorunlu olmakta, diğer taraftan hakkında veri toplanan kişinin kişilik haklarının korunması da çok önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu itibarla, kişilerle ilgili bilgilerin bilişim sistemlerine yerleştirilmesi ve işlenmesiyle ilgili esas ve usullerin düzenlenmesi, bunlara uymayanlar hakkında ceza yaptırımlarının getirilmesi, kişilik haklarının korunması ve yasal güvencelerin sağlanması zorunlu bulunmaktadır.

Bu nedenle, yapılacak düzenlemelerde elektronik bilgi altyapısını kullananların ihtiyaçları olan verileri toplamalarını kolaylaştıracak, engellemeyecek, aynı zamanda disipline edebilecek olması yanında hakkında bilgi toplanan veri süjesinin de haklarını ihlal etmeyecek ve gizliliğini koruyacak dengeli bir seçim yapmak zorunlu olmaktadır. Başka bir deyimle, yapılacak düzenlemenin hem elektronik bilgi altyapısını kullananların hem de haklarında bilgi toplanan veri süjelerinin çıkarlarını koruyacak bir düzenleme olması gerekmektedir.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ http://www.bemol.net/index.php?option=com_content&task=view&id=18 (12. 12. 2008, Saat: 12.00).

Ulusal mevzuatımızda kişilik hakkının korunmasına ilişkin hususlar Medeni Kanunda düzenlenmektedir. Medeni Kanunun 24. maddesine göre, hukuka aykırı olarak şahsiyet hakkına tecavüz edilen kişi, hakimden tecavüze karşı korunmasını isteyebilir. Aynı şekilde, Türkiye'nin 1954 yılında onayladığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde, herkesin özel ve aile hayatına, meskenine ve muhaberatına saygı gösterilmesi hükme bağlanmıştır.

Ancak, genel nitelikteki bu kurallar iletişim alanında gelişen bilim ve teknoloji karşısında, kişilik haklarının korunmasında yetersiz kalmışlardır. Bu nedenle, Avrupa Konseyi 1970'li yıllarda, elektronik bilgi bankalarında işlenen veriler dolayısıyla, bireylerin özel hayatının korunması için gereken ilkeleri belirlemek üzere bir çalışma başlatmıştır. Bu çalışmalar sonucunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 1973 ve 1974 yıllarında, özel sektör ve kamu sektöründeki elektronik bilgi bankalarında uygulanacak ilkeleri gösteren 2 tavsiye kararı kabul etmiştir. **Bunun üzerine, başta Almanya olmak üzere, Avusturya, Fransa, Danimarka, Norveç gibi Konsey üyesi devletler daha 70'li yılların sonunda “Verilerin Korunması” (Data Protection, Protection des donnees, Datenschutz) konusunda özel yasalar kabul etmişlerdir.**

Gelişmiş telekomünikasyon araçlarıyla gerçekleştirilen, ülkeler arasındaki hızlı sınır ötesi bilgi akışı karşısında kişilik haklarının korunmasında üye devletler milli mevzuatının yetersiz kalması, bu alanda bir uluslararası sözleşme hazırlanmasını zorunlu kılmıştır. “Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması”na ilişkin 108 sayılı Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış ve aynı tarihte diğer Konsey üyeleriyle birlikte (Avrupa Konseyi) Türkiye tarafından da imzalanmıştır.

Devletler hukuku açısından bir sözleşmenin imzalanması, onun daha sonra onaylanacağına dair bir karine oluşturmaktadır. **Ancak, söz konusu Sözleşmenin 4. maddesi gereğince Sözleşmenin onaylanabilmesi için, imzalayan devletin sözleşmede öngörülen ilkeler çerçevesinde bir yasa kabul etmesi zorunludur.** Bu yasal zorunluluk nedeniyle Adalet Bakanlığınca “Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Taslağı” hazırlık çalışmaları sürdürülmektedir. Ayrıca, kişilerle ilgili bilgilerin bilişim sistemlerine yerleştirilmesi ve işlenmesi ile ilgili esas ve usullerin düzenlenmesi, bunlara uymayanlar hakkında ceza yaptırımlarının getirilmesi amacıyla halen Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonunda bulunan Türk Ceza Kanunu Tasarısında da ilgili hükümlere yer verilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, kişisel verilerin korunması sadece ceza hukuku alanında değil, ilgili tüm hukuk dalları açısından düzenlenmelidir. Nitekim bu amaçla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın “**Kişisel verilerin kullanılma-**

sında” kenar başlıklı 418/2. maddesi, özel kanun hükümlerini saklı tutarak, aynı Tasarı’nın 418/2. maddesi şu düzenlemeye yer vermiştir: “**İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.**”.

B. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI PROJESİ²

Türk Hukuk Sistemi’nde özel hayatın anayasal düzeyde korunmasına rağmen (1982 Anayasası’nın 5., 20. ve 22. maddeleri), **kişisel verilerin korunmasıyla ilgili** (ne kişisel verilerin korunması yasasıyla, ne de diğer düzenleyici işlemler anlamında) **bir düzenleme AB tarafından her yıl yayınlanan ilerleme raporlarında da işaret edildiği üzere halen bulunmamaktadır.** Kişisel verilerin korunması, hem elektronik ticaretin gelişmesi, hem de çevrim-içi (“online”) tüketicilerin ve kullanıcıların güvenliğinin ve yeni ortama güveninin sağlanması için bir ön-koşuldur.

Aslında veri koruması **Türkiye’nin gündemine 1981 yılında imzalanan** “Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlemesine İlişkin Olarak Bireylerin Korunması Hakkındaki 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi” ile girmiştir. Ancak imza tarihinden itibaren günümüze kadar geçen süre zarfında Türkiye söz konusu Sözleşmeyi onaylamadığı gibi, AB Direktifleri doğrultusunda da veri korumasına ilişkin olarak iç hukukta herhangi bir yasal düzenleme yapmamıştır. Bu alanda birçok yasalastırma denemesi yapılmasına rağmen, kişisel verilerin korunması konusunda **Türkiye’de dikkate değer herhangi bir gelişme 2008 yılına kadar yaşanmamıştır.**

Bugün itibarı ile Avrupa Birliği üyesi bütün ülkelerde kişisel veriler kanun yolu ile korunma altındadır. Aynı şekilde Türkiye’nin üye olduğu Avrupa Konseyi’nin 46 üyesinden sadece 4 tanesinde (Andora, Ukrayna, Ermenistan ve Türkiye,) kişisel verilerin korunması konusunda kanun yoktur. Bu durumun sakıncalarına gelince AB İlerleme raporlarında da işaret edildiği üzere **mevcut Türk hukuk sistemi AB veri koruması mevzuatı ile uyumlu olmadığı için AB ülkelerinden veri transferi bakımından önemli sıkıntılar yaşanmaktadır.** Bu durum etkisini gerek ticari yaşamda (Türkiye’de de faaliyet gösteren AB şirketleri açısından) gerek resmi kurumlararası ilişkilerde (örneğin; uluslararası organize suçlarla yapılan mücadele de Türkiye’de veri transferi bakımından AB ile eşdeğer koruma kuralları mevcut olmadığı için EUROPOL tarafından veri transferinin ülkedeki kolluk kuvvetlerine yapılamaması gibi) ve gerekse hukuk hayatında göstermektedir.

² http://www.bilgiedinmehakki.org/tr/index.php?option=com_content&task=view&id=83&Itemid=24 (13. 12. 2008, Saat: 09.00).

Veri Korumasına ilişkin ayrı ve özel bir kanunun mevcut olmaması yüzünden, uygulamadaki acil ve önemli ihtiyaçları karşılamak amacıyla Telekomünikasyon Kurumu tarafından, normlar hiyerarşisine aykırı da olsa 2004 yılında “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik” çıkartılmış; 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu gibi muhtelif kanunlara veri korumasına ilişkin hükümler konulmuş ve Türk Ceza Kanununda veri korumasına ilişkin olarak bazı suçlar ve cezalar öngörülmüştür. Ancak tüm bu düzenlemeler tek başına yeterli olmadığı gibi, “veri korumasının tanımı, kapsamını ve özelliklerini” belirleyemedikleri için yasa uygulayıcılarda kafa karışıklığı yaratmaktadırlar.

Kaldı ki, Türkiye bir süre Avrupa Konseyi’nin Siber Suç Sözleşmesi’ni sonra onaylayınca, 7 gün 24 saat veri akışı sağlayacak bir veri bankası kurulması ve üye ülkelerin adli mercileriyle yardımlaşmada da sorun yaşanacaktır. Bu nedenle, bir an önce eksiklik ve hataları giderilerek Tasarının kanunlaştırılması gerekmektedir.

Bu belirsizliklere son vermek amacıyla Adalet Bakanlığı tarafından 7. 9. 2003 tarihinde “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” hazırlanmış ve gerek AB raporlarında gerek e-Dönüşüm Türkiye Projesi Kısa Dönem Eylem Planlarında yasalaşması öngörülmesine rağmen yasalaşmamıştır. Veri Korumasına ilişkin yasa yapma görevi 28.7.2006 tarihinde 26242 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Bilgi Toplumu Stratejisi Raporu Eylem Planında yer alan 87 numaralı eylemle Adalet bakanlığına verilmiş ve bunun için 2006 yılından başlamak üzere Bakanlığa 9 aylık süre verilmiştir. Söz konusu süre de geçmesine rağmen veri korumasına ilişkin henüz yasalaşmış bir metin elimizde mevcut değildir.

Adalet Bakanlığı 2003 yılında hazırlanan bu ilk tasarının geçen süre zarfında üzerinde çok çalışmış ve nihai metni Başbakanlığa iletmış ve Başbakanlık tarafından da 22. 4. 2008 tarihi itibarıyla Meclis’e gönderilmiştir. Bu tasarı halen kanunlaşmamıştır.

Kanunun yasalaşma süreci çok uzun sürdüğü için konu Türkiye’de özellikle özel sektör tarafından çok iyi takip edilmesi gerekmesine rağmen, **Telekomünikasyon Kurumu’nun Yönetmeliği dolayısıyla GSM operatörleri dışında hiçbir zaman diğer özel sektör firmalarının ve kamunun gündeminde olmayı başaramamıştır.** Ancak Kanun yasalaştıktan sonra bu defa gerek veri koruması denetim organlarına ilişkin yapılanma gerek özel/kamu sektöründe konu ile ilgili olarak birçok farklı açıdan bilgilenme ihtiyacı kaçınılmaz olacaktır.

“Kamu otoritelerinin, özel kişi veya kurumların bilgisayarlarında, veri bankalarında veya benzeri cihazlarda kişisel bilgileri toplaması veya saklaması hukuki düzenlemeye tabi tutulmalıdır. Devletler, bir kimsenin özel hayatına dair bilgilerin hukuken bu bilgilere sahip olma ve kullanma yetkisine sahip olmayanların eline geçmesini ve bu bilgilerin Söleşme’nin amaçlarına aykırılık teşkil edecek şekilde kullanılmasını engellemek için etkili tedbirler almalıdır.

Özel hayatın gizliliğinin en etkili şekilde korunabilmesi için, her birey otomatik veri dosyalarında kendisiyle ilgili bilgiler saklanmışsa bu bilgilerin ne tür bilgiler olduğunu ve ne amaçla saklandığını öğrenme hakkına sahiptir. Ayrıca her birey hangi kamu otoritelerinin veya özel kişilerin veya kurumların bu dosyaları kontrol altında tuttuğunu veya tutabileceğini öğrenebilmelidir. Söz konusu dosyaların, yanlış kişisel bilgilere yer vermesi halinde veya bu bilgilerin hukuka aykırı şekilde toplanması veya kullanılması halinde her birey düzeltme veya bilgilerin ortadan kaldırılmasını talep etme hakkına sahiptir”³.

II- GENEL OLARAK KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

A. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER⁴

1– Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşleme Tabi Tutulmasında İnsanın Korunmasına İlişkin Sözleşme (*Strasbourg, 28. 01. 1981*)

Bu Sözleşme’ye en son **Lihtenştayn Devleti** taraf olmuştur; akit Devlet sayısı 30’dur.

Bu Sözleşme’nin Giriş kısmındaki açıklamalar göre, Sözleşmeyi kabul eden Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler Avrupa Konseyi’nin hedefinin, her şeyden önce insan hakları ve temel hakların ön planda olduğunun bilincinde olarak, üye ülkeler arasında sıkı bir bağlantıyı oluşturmak olduğunu, giderek yaygınlaşan sınır aşan otomatik işleme tabi tutulan kişisel veri trafiği karşısında, her insanın hakları ve temel özgürlüklerinin korunması, her şeyden evvel kişilik alanına dikkat edilmesinin kayda değer olduğunu, aynı zamanda Devletlerin sınırlarıyla kayıtlı olmaksızın bilgilenme özgürlüğünün güçlendirilmesi gerektiğini ve kişilik alanının dikkate alınması ve halklar arasın-

³ <http://www.istabip.org.tr/hukuk/pr042007.asp> (11. 12. 2008, Saat: 21.00)

⁴ Uluslararası belgelerde kişisel verilerin korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞİMŞEK**, Oğuz. Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması., İstanbul 2008, sh: 12 vd.

daki özgür bilgi değişimi temel değerlerinin hayata geçirilmesinin kabulünü ve bu bağlamda Sözleşmeyi hayata geçireceklerin vurgularlar.

Sözleşme'nin 1. maddesi **Sözleşmenin konu ve amacını**, kendisinin tabiiyeti ve ikamet yeri dikkate alınmaksızın, her taraf Devletteki her insanın, özellikle de kişilik alanında otomatik işleme tabi tutulan kişisel veri trafiğinde temel hak ve özgürlüklerini güvenceye almak olarak (=Verilerin Korunması) belirlemiştir.

Sözleşmenin **3. maddesi** her taraf Devlete;

bu Sözleşme hükümlerini, otomatiğe bağlanmış veriler/veri toplanması ve kişisel verilerin resmi ve özel alanlarda otomatik işlemlere tabi tutulması alanlarında uygulamak;

ve bazı alanlarda bu verilerin kullanılmayacağını Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirmek;

bu verilerin toplanması, kaydı/kabulü, verilere ulaşma vs. hususunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin iç hukuk düzenlemelerini yapmak;

bu Sözleşme hükümlerini kişi grupları, dernekler, vakıflar, ortaklıklar ve kişilerle doğrudan veya dolaylı olarak irtibatlı diğer birlikler hakkında da (bunlar tüzel kişilik taşıyan veya taşımayanlar) uygulanacağını;

hatta otomatik işleme tabi tutulmayan kişisel veriler hakkında da uygulanacağını Genel Sekreterliğe bildirmek yükümlülüğünü yüklemektedir. Bu maddenin 3 vd. maddeleri bazı verilerin veya işlemlerin taraf devletçe mahfuz tutulmasına ve bunun usulüne ilişkin düzenlemelere yer vermektedir.

Sözleşmenin 4. maddesi **taraf Devletlerin yükümlülüklerini** düzenlemektedir: Buna göre; her taraf Devlet Sözleşme'nin ikinci kısmında düzenlenen ve verilerin korunmasına ilişkin olan ilkeleri yaşama geçirmek için, iç hukukunda gerekli önlemleri, en geç bu Sözleşme kendisi açısından yürürlüğe girinceye kadar, almak yükümlülüğü altındadır.

Sözleşmenin 5. maddesi **verilerin kalitesini** (=niteliğini) düzenlemektedir. Buna göre, nitelik açısından bu verilerin sadakat ve güven uyarınca hukuka uygun biçimde elde edilmiş ve kaydedilmiş, önceden saptanan ve hukuka uygun amaçlarla kaydedilmiş olmaları zorunludur ve bunlar elde edilme, işleme ve depolanma amaçlarıyla bağdaşmayan hususlarda kullanılamazlar. Ayrıca bu veriler nesnel olarak doğru ve eğer gerekli ise yakın tarihte kay-

dedilmiş ve ilgili kimsenin teşhisi amacıyla depolanmış bu verilerin ilgili kimsenin artık teşhisin mümkün olmayacağı zamana kadar muhafaza edilmesi gereklidir.

Sözleşmenin 6. maddesi **verilerin bazı özel türlerini** özel olarak düzenlemektedir: Bu maddeye göre, ırksal menşe, politik görüşler, dinsel veya diğer inançların tespitine elverişli kişisel veriler ile sağlık veya cinsel yaşama ilişkin kişisel veriler, **yalnızca eğer iç hukuka ilişkin bir hak elverişli bir koruma altında ise, otomatik işleme tabi tutulabilirler**. Ceza hükümlüklerine ilişkin kişisel veriler için de aynı şey geçerlidir.

Sözleşmenin 7. maddesi, **verilerin güvenceye alınmasını** düzenlemektedir. Buna göre, veri/veri toplanmasının otomatiğe tabi tutulması biçiminde depolanmış kişisel verilerin korunması için, elverişli önlemler alınmalıdır. Bu önlemlerin bu verilerin tesadüfen kaybını, yetkisiz biçimde bu verilere ulaşılmasını, değiştirilmesini veya yetkisiz biçimde bu verilerin ifşasını önlemeye elverişli olması gereklidir.

Belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 8. maddesi ilgili kimse açısından **ilave korumanın** nasıl olması gerektiğini ayrıntılı olarak düzenlemekte ve 9. maddesi ise yukarıda temas edilen 5., 6. ve 8. maddelere ilişkin bazı **istisnalara** yer vermiştir. Bu istisnalar, belirtilen kurallara bazı nedenlerle istisna getirilebileceğini ve bunun nasıl olabileceğini düzenlemektedir: Maddeye göre (m.9/1-2), bu istisnaların taraf devletin hukukunda öngörülmesi gerektiği, istisnanın demokratik bir devlette gerekli bir istisna olması gerektiği, bu istisnaların devletin güvenliği, toplumun güvenliği, devletin suçla mücadeledeki yararı, ilgili kimsenin korunması, üçüncü kişinin hakları ve özgürlüğünün korunması nedenine dayalı olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, **açıkça ilgili kimsenin kişilik hakkını ihlal tehlikesi bulunmamak koşuluyla**, istatistiki veya bilimsel araştırma amaçlarına hizmet eden durumlarda bu verilerin korunmasına **sınırlandırma** getirilebilecektir (m.9/3).

Sözleşme'nin 10. maddesi taraf devletlere **iç hukuk mevzuatında** bu belirtilen korumanın yapılabilmesi ve Sözleşmenin bu kısmında belirtilen veri korunmasına ilişkin ilkelerin icrası için **gerekli yaptırımları** ve **hukuksal araçları** oluşturmak yükümlülüğü yüklemekte; 13. maddesi ise taraf devletlere bu Sözleşmenin hayata geçirilmesi ve gerekli korumanın sağlanması, ihlallerin önlenmesi ve veri korunması hususundaki korumaları mevzuat ve uygulama bazında (ileriye dönük) geliştirmek için **işbirliği ve karşılıklı yardım yükümlülüğünü** ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

2 – Kişisel Verilerin İşleme Tabi Tutulmasında Gerçek Kişilerin Korunmasına ve Verilerin Serbestçe Dolaşımına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 24. Ekim 1995 tarihli 95/46/EG Direktifi

Bu direktif de verilerin korunmasına ilişkin olup, öncelikli uygulama alanı Avrupa Birliği'dir. 1995 tarihli bu Direktif, gerçek kişilerin özel yaşamının korunmasına ilişkin olarak Avrupa Birliği Direktifi olup, Avrupa Birliği'ne üye bütün ülkelerin iç hukuklarında güvenceye almak zorunda oldukları **Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Asgari Standartları** düzenlemektedir. Direktif, devletler arasında, Avrupa Birliği nazarında dış ve iç güvenlik politikası, ceza hukuku alanında polisiye ve yargısal alanda işbirliğini gerektirmektedir.

Direktifin **Giriş Kısmında**, bu Direktifin hareket noktaları belirtilmektedir. Bunlardan 1 ve 2 no.lu açıklamada, Verilerin İşleme Tabi Tutulması Sisteminin insanın hizmetinde olduğu, bu sistemin gerçek kişilerin tabiiyetleri ve ikamet ettikleri yer dikkate alınmaksızın temel hak ve özgürlüklerinin, özellikle de özel yaşamlarının korunması ve ekonomik, sosyal gelişmelere, ticaretin gelişimine ve insanın huzuruna hizmet ettiği belirtilmiştir. Bu açıklamalarla Avrupa Birliği'ni kuran Sözleşme'nin 100a maddesi arasında paralellik kurulmuştur. Aynı giriş/açıklama bölümünün 3. ve 5. maddelerinde, Avrupa birliğine üye ülkeler arasında malların serbestçe tedavülü için kişisel verilerin de iletileceği ve fakat burada bireyin temel haklarına riayet edilmesi gerektiği, verilerin bilgilendirme teknikleri ile değişimi ve yayılmasının çeşitli ticari alanda söz konusu olacağı, ancak kişisel verilerin sınır aşan ihlallerden de korunması gerektiği, bir taraftan serbest piyasa ekonomisi ve ticaretini güvenli ve sağlıklı hale getirmek için bu verilerin değişimi ve bunlara ulaşımı gerekli olmakta ve diğer yandan ise bu verilerin suiistimalinin önlenmesi gerekmektedir.

Nitekim 7 no.lu açıklamada bireyin hak ve özgürlüklerinin korunması yanında, hukuka uygun rekabet, güvenli ticaret, ekonomik faaliyetlerde yalnıltmayı önleme gerektirdiği ve devletler arasındaki koruma farklılıkları da bir sorun olarak ortaya çıktığına, 8-10 no.lu açıklamalarda kişisel ve özellikle de özel yaşama ilişkin verilerin korunması gerektiği, 11 no.lu açıklamada bu korumanın 28 Ocak 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri nazarında yapılacağı, 12 no.lu açıklamada ise koruma ilkelerinin kişisel verilerle ilgili tüm işlemlerde uygulanması gerektiği, 26 no.lu açıklamada belirli veya belirlenebilir bireylere ilişkin tüm kişisel veriler açısından koruma ilkelerinin uygulanması gerektiği, 27 no.lu açıklamada hem otomatik biçimde işlenen hem de otomatik biçimde işlenmeyen kişisel veriler açısından verilerin korunmasının sağlanması gerektiği, bu korumada gerekli tekniğin kullanılmaması durumunda ciddi risklerin ortaya çıkacağı, bu verilerin de-

polanması, bunlara ulaşma vs.nin belirli kriterlere uygun yapılması gerektiği, 28 no.lu açıklamada kişisel verilerin işleme tabi tutulmasının ilgili kimsenin güven ve inancına dayalı olması gerektiği ve bu verilerin depolanması amacına uygun kullanılması gerektiği açıklanmıştır.

29-30 no.lu açıklamalarda bu verilerin tarihsel, istatistiki veya bilimsel amaçlarla kullanımında dikkat edilmesi gereken bazı hususlara dikkat çekilmiş, 31 no.lu açıklamada verilerin hukuka uygun elde edilmesi gerektiği, 33 no.lu açıklamada temel haklar ve özel yaşamı ihlal eden verilerin ilgili kimsenin açık rızası olmaksızın işleme tabi tutulamayacağı, acil haller, ciddi sağlık sorunları, mesleki sırlar vs. açısından getirilecek istisnaların açıkça düzenlenmeleri gerektiği, 47 no.lu açıklamalarda **telekomünikasyon hizmetleri veya elektronik posta yayılan haberler içinde kişisel verilerin varlığı halinde, eğer kişinin kendisi bu veriyi sunmamışsa, ilgili kimse açısından sorumluluğun doğacağı, bu veriyi bizzat sunan kişiler açısından ise yukarıda değinilen kural yanında ilave olarak kişisel verinin hizmetin verilmesi için gerekli olması gerekmektedir**. 64 no.lu açıklamada bu verilerin korunması için gerekli olanları kendi ülkeleri açısından yapmak yanında, birbirleriyle de yardımlaşmaları gerektiği ve korumanın tüm Avrupa Birliği sınırları içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Direktifin 1. maddesi, taraf devletlere, kişisel verilerle ilişkili işlemlerde (=toplama, kaydetme, iletme, değiştirme, öğrenme vs.) temel hak ve özgürlüklerin, özellikle de **gerçek kişilerin özel yaşamlarını koruma** yükümlülüğü yüklemekte (f:1) ve taraf devletler arasındaki bu **1. fıkraya uygun kişisel verilerin serbestçe gerçekleşen veri trafiğini sınırlandırma ve yasaklamamak** gerektiğini hüküm altına almaktadır (f: 2).

Direktifin 1. maddesi, **Direktif hükümlerinin uygulanma alanını** düzenlemekte, hükümlerin, kişisel verilerin hem otomatik sisteme tabi tutulduğu hem de bu tür bir sisteme tabi tutulmadığı verilere ilişkin işlemler açısından geçerli olduğunu (f:1), ancak Avrupa Birliği hukukunun uygulanma alanında bulunmayan ve belirli mesleklerin icrası için toplanıp kaydı gerekli olan veriler ve kamu güvenliği, ülke savunması, devletin güvenliği, ekonomik refah ve devletin ceza hukuku alanındaki faaliyetleri, gerçek kişilerin kişisel veya ailevi faaliyetlerine ilişkin verilere ilişkin faaliyetlerde/işlemlerde bu Direktifin uygulanma alanı bulunmamaktadır (f: 2).

Direktifin 5. maddesine göre, taraf devletlerin Direktifin II. Kısımındaki düzenlemelere uygun biçimde **kişisel verilerin hukuka uygun biçimde işleme tabi tutulması koşullarını** oluşturmaları gerekmektedir.

Direktifin II. Kısımının 6. ve 7. maddeleri **verilerin kalitesine (=niteliği-ne) ilişkin ilkeleri ve verilerin işlemlere tabi tutulmasının caizliğine ilişkin ilkeleri** düzenlemektedirler. Özetle belirtilecek olursa verilerin hukuka uygun biçimde elde edilmeleri, yakın tarihte kaydedilmeleri, depolanma amacına aykırı kullanılmamaları, kimlik teşhisi için gerekli olan verilerin toplanması gerektiği, verilerin depolanması kadar bunların korunması için gerekli önlemlerin de eşzamanlı alınması gerektiği, tarihsel, istatistiki ve bilimsel amaçlı bazı istisnaların olabileceği, sorumlu kimselerin yükümlülüklerinin belirlenmesi gerektiği, ilgili kimsenin kuşkudan arınmış rızasına dayalı olarak verinin elde edilmesi gerektiği, sözleşmeye dayalı ve sözleşme öncesi alınması gerekli önlemlerin icrası, sorumlu kimsenin hukuksal yükümlülüklerini yerine getirmeye uygun kişi olması, ilgili kimsenin yaşamsal önemdeki verilerinin ancak gerekli olması halinde kaydı, kamusal gücü kullanan veya özel kişilerin bu verilere ulaşabilme yasal koşullarının düzenlenmesi ve ihlalleri halinde uygulanacak kuralların saptanması gerektiği ve verilerin üçüncü kişilere iletiminin caizliği için o kimsenin bu Direktifin 1/1. maddesiyle korunan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi gerektiği vs. ifade edilmektedir.

Direktifin III. Kısımının 8. maddesi 7 fıkra ve 5 bend halinde ayrıntılı olarak verilerin işleme tabi tutulması açısından **özel kategorileri** düzenlemektedir. Burada özellikle ırksal ve etnik menşe, politik görüşü, dinsel veya felsefi inançlar veya sendikalara üyelik veyahut sağlık, cinsel yaşam, sır saklama yükümlülüğü gibi alanlara özgü özel yasaklar, istisnalar, bu alanlara ilişkin ilgilinin rızası, taraf devletlerin yükümlülükleri, alınması gerekli güvenlik önlemleri ve özellikle de taraf devletlerin verilerin işlenmesi, depolanması, kodlanması ve işlemlere tabi tutulması gibi hususlarda yapması gereken yükümlülükler önemle vurgulanmaktadır.

Direktifin IV. Kısım (m. 10 ve 11) ilgili **kimsenin bilgilendirilmesini** (bu yöndeki yükümlülüğü) ve V. Kısım (m. 12) **ilgili kimsenin bilgi edinme hakkını**, VI. Kısım (m.13) **İstisna ve Sınırlandırmaları**, VII. Kısım (m. 14 ve 15) ilgili kimsenin **itiraz hakkını**, VII. Kısım (m. 16 ve 17) **verilerin işleme tabi tutulmasının güvenliği ile güvenilirliğini** ve bunun için yapılması gerekenleri, IX. Kısım (m. 18-21) kontrol için **başvuruyu**, IV. Bölümün 25-26. maddeleri **kişisel verilerin üçüncü ülkelere bildirimini** ve VI. Bölümün 28-30. maddeleri kişisel verilerin işlemlere tabi tutulmasında bireylerin korunması için gerekli **kurum ve veri koruma guruplarını** düzenlemektedir.

Bu açıdan Direktifin III. Bölümü (m. 22-24) önemli olup, burada **hukuksal yardım, sorumluluk ve yaptırımlar** düzenlenmektedir. M. 22'de kişisel veri dolayısıyla hakkı ihlal edilen her bireye bir mahkemeden hukuksal yar-

dım alması, bu yönde başvuruda bulunabilmesi için her taraf devletin gerekli düzenlemeyi yapması gerekliliği düzenlenmiştir. M. 23 sorumluluğu düzenlemekte olup, madde her taraf devlete, kişisel verilerin bu Direktif hükümlerine aykırı olarak işleme tabi tutulması dolayısıyla uğradığı zararı talep etme hakkını yaşama geçirmek ve ihlali yapan bireyin kendisinin bundan sorumlu tutulamayacağını ispat ekmesi halinde de o kişinin kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulacağını düzenlemesi gerekmektedir. M. 24'e göre ise, her taraf devlet, bu Direktifin tam olarak uygulanmasını güvenceye almak ve özellikle de bu direktifle ve bu Direktif uyarınca yapılan düzenlemelerin ihlali halinde uygulanmak üzere kabul edilen hükümlerin uygulanması için gerekli önlemleri almak yükümlülüğü bulunmaktadır.

Önemle belirtelim ki, **bu Direktif, Avrupa Birliği Komisyonu'na direktifteki düzenlemeleri ihlal eden ülkeleri izleme, taraf devletlerin mevzuatını denetleme ve yapılması gerekli uyarılama olanağını yaratmıştır.** Örneğin Avrupa Birliği Komisyonu'nun bu bağlamda yaptığı denetim sonucunda Haziran 2005 tarihinde hazırladığı ve Federal Almanya mevzuatına ilişkin çok sayıdaki ihlal ve içerik açısından uyumsuzluklara ilişkin eleştiriler üzerine, halen mevzuata değişiklik çalışmaları yapılmaktadır. Nitekim, 23 Mayıs 2001 tarihinde bu doğrultudaki bir Kanun değişikliği ile Federal Almanya mevzuatı Avrupa Verilerin Korunması Direktifi'ne uygunluk açısından değiştirilmiştir

B – ORTAK ÖZELLİKLER

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki;

- 1) Federal Almanya ve İsviçre'de federal nitelikli kişisel verilerin korunması hakkında kanun yanında **Almanya'da** federe (16 Federe Devlete ilişkin) ve **İsviçre'de ise Kantonal** (26 Kanton için) nitelikte Kişisel Verilerin Korunması Kanunu vardır.
- 2) Almanya, İsviçre ve Avusturya'da halen bu kanunlar üzerinde **reform çalışmaları** devam etmekte ve değişiklik tasarıları hazırlanmıştır.
- 3) Bu kanunlar ile Bilgi edinme kanunları, Basın kanunları, Veri (DNA) Bankası Kanunları, İstihbarat Kanunları ve İnternet ile ilgili kanunlar arasında doğrudan kanuni ilişki kurulmuş, birbirlerine uyumlaştırılmıştır.
- 4) Nitekim Federal Almanya'da halen gündemde olan ve kamuoyunun tartışmasına açılan tasarıya göre, **her vatandaşın işverenler ve kurumlardan belirli zaman aralıklarıyla (örneğin 1 yıl) kendisi hakkında kaydedilen kişisel verileri bildirmesini talep et-**

mek hakkının düzenlenmesi tartışılmaktadır. Bu talebi destekleyenler, **Alman Federal Anayasası'na bir ek yapılmasını ve bu ekle Anayasa'da verilerin korunmasının düzenlenmesine yer verilmesi gerektiği** belirtilmektedir. Bu görüştekilere göre, her temel hakkın vatandaş için okunabilir olmalıdır ve bilgilenmeye dayalı özgürce tercihte bulunmak hakkının Bilgi toplumunun *Manga Charta'sı*dır. Bilindiği üzere daha önce 1983 yılındaki bir referandumda, **Alman Anayasa Mahkemesi, bilgilenmeye dayalı özgür tercihte bulunmak temel hakkını genel kişilik hakkından üretmiştir**. Şüphesiz bu tartışmanın ardında, kişisel verilerin kötüye kullanımının Almanya'da yaygın olduğu, bu verilerden kişilik profillerinin elde edilebileceği kadar geniş kapsamlı suiistimal edildiği ve bu suiistimalin geleceğe yönelik bir korku tahmini değil, güncel bir tehlike olduğu yaygın kanaati ve ilgili birimlerin açıklamaları izlenimi vardır⁵.

- 5) Nihayet, kişisel verilerin korunmasını devletten istemek hakkı **Almanya'da**, Anayasa'nın 1. ve 2. maddelerine dayandırılmaktadır. Herkesin, kendi iletişiminin, bilgilerinin yani genel anlamda kişisel verilerinin içeriğini belirleme, bunları sadece kendi belirlediği kişilerle paylaşma, kendi belirlediği sayıda kişilere yayma vs. konusunda hak sahibi olması onun kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olarak görülmektedir. Bu nedenle de kişisel verilerin ele geçirilmesi, kaydedilmesi ve saklanması, kişinin kişiliğine bir saldırı olarak kabul edilmekte, bu da Alman Anayasası'nın "**herkesin, kişiliğini özgür bir şekilde geliştirmek hakkı vardır**" diyen 2. maddesi ile ve "**insan onuru dokunulmazdır**" diyen 1. maddesinin yorumundan çıkarılmaktadır. Bu yorum tarzı, **1970'li yıllarda Alman Anayasa Mahkemesi** tarafından yapılmış ve şimdiye kadar da öğreti ve uygulamada itibar görmüş bir yorumdur.
- 6) Nitekim bu nedenledir ki, kişisel verilerin ilgili kanuna göre toplanması ve kaydedilmesi vazgeçilemez bir husus değildir. Alman yüksek mahkemeleri de aynı yönde karar vermişlerdir⁶. Buna göre, eğer somut neden ve veri kaydı arasındaki denge orantısız ise veya optik-elektronik izleme ile amaçlanan hedefe başka araçlarla ulaşıyor veya ulaşılmak istenen hedef ile bu şekilde kişisel verilerin ele geçirilmesi ve kaydedilmesi arasındaki orantıda kişisel verilerin toplanması ve kaydı daha ağır basıyorsa, ilgili kanuna göre veri toplanması ve kaydından vazgeçilebilir.

⁵ Bkz. <http://de.news.yahoo.com> (18. 12. 2008, Saat: 10.00).

⁶ Bkz. OVG NRW, Urt. v. 8. 5. 2009 – 16 A 337/07, I. VG Münster – i K 367/06.

- 7) Tıbbi veriler ilgili Devletin kanunları gereğince belirli bir süre kamuoyunun bilgisine açılmaz. Bu ilgili ulusal Kanun'un öngördüğü süreden önce tıbbi kişisel verilerin kamuoyuna açıklanması, AİHS'nin özel yaşamla ilgili 8. maddesi hükmünü ihlal eder⁷.
- 8) Yine, adli soruşturma ve/veya yargılama için önemli bulunmadığı halde. Kişisel bilgilerin toplanması, muhafaza edilmesi, kullanılması veya yayılması AİHM tarafından 29. 06. 2006 tarihinde verilen *Panteleyenkov/Ukrayna* 11901/02 sayılı kararında, AİHS'nin özel yaşamla ilgili 8. maddesi hükmünü ihlal eder nitelikte bulunmuştur⁸.
- 9) Kişisel veri dosyaları açısından Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından 1981 yılında kabul edilmiş olan ve **Sınır Ötesi Veri Akışları Hakkında Yönlendirici İlkeler** mevcuttur. Bunlar: Kanunilik ve Dürüstlük, Doğruluk, Amacın Belirli ve Haklı Olması, İlgili Kişilerin Verilere Ulaşma Hakkının Bulunması, Ayrımcılıktan Kaçınma, İstisna Koyma Yetkisi, Güvenlik, Denetim ve Yaptırımın Yetkin ve Adil Bir Makama Verilmesi ve Sınırötesi Veri Aktarımının Güvenli ve Mümkün Olması⁹.
- 10) Doktrinde kişisel verilerin korunmasındaki ilkeler şu şekilde gruplandırılmaktadır: Dürüst toplama ilkesi, Asgarilik ilkesi, Amaçla Bağlılık İlkesi, Kullanımın sınırlandırılması ilkesi, Doğruluk İlkesi, Koruma/güvenlik ilkesi, Bireysel katılım ilkesi ve Sorumluluk ilkesi¹⁰.

III – FEDERAL ALMANYA

1) Alman Ceza Kanunu

Alman CK'nun *Kişisel Yaşam ve Gizli Alanın İhlali* başlıklı 15. Kısımındaki 201., 202a ve 205. paragrafları konuyla ilgili hükümler içermektedir. Bu hükümler özünde bireyin gizli ve özel yaşamının ihlalini önlemek için düzenlenmiş olup, aynı konuyla ilgili bazı hususlar ise aşağıda değinilecek olan **özel kanunda** düzenlenmiştir.

⁷ Z./Finlandiya, 22009/93, 25. 02. 1997 (Bu karar için bkz. CENGİZ, Serkan-DEMİRAĞ, Fahrettin-ERGÜL, Teoman-McBRIDE, Jeremy-TEZCAN, Durmuş. Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları., Ankara 2008, sh: 98)

⁸ Karar metni için bkz. CENGİZ-DEMİRAĞ-ERGÜL-McBRIDE-TEZCAN. Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında..., sh: 98-99.

⁹ Bu ilkeler ve Avrupa Konseyi'nin Kişisel Nitelikli Verilerin Değerlendirilmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımına Karşı Gerçek Kişilerin Korunması Hakkında 95/46 sayılı Direktifi için bkz. İLKİZ, Fikret. Kişisel Verilerin Korunması ve Kanun Tasarısı., in: Türk-Alman III. Uluslararası Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2009 (Baskıda).

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İLKİZ, Kişisel Verilerin Korunması ve Kanun Tasarısı. Ayrıca bkz. ŞİMŞEK, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, sh: 83-111.

A) **Al. CK'nun 201.** paragrafı **beyanın** (=yapılan açıklamaların) **güvenilirliğinin ihlali** suçunu düzenlemektedir. Paragrafın 1. fıkrasına göre, her kim **başkasının** aleni olmayan bir biçimdeki beyanını yetkisizce kaydederse veya bu şekilde üretilen bir kaydı kullanır veya üçüncü bir kimsenin kullanımına sunarsa 3 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır. Paragrafın 2. fıkrasına göre, başkasının aleni olmadığını bildiği bir konuşmasını bir dinleme cihazı ile dinleyen veya 1. fıkranın 1. bendine göre veya 2. fıkrasının 1. bendine göre (yukarıda içeriğini bildirdiğimiz biçimde) dinlenen başkasının aleni olmayan beyanını metin olarak veya içeriğinin önemli kısmını aleni olarak bildiren kimse de aynı şekilde cezalandırılır. **Bu 2. fıkra**ya göre, fiil, ancak aleni olarak bildirmenin (=ifşa etmenin) başkasının haklı yararlarını ihlal etmeğe elverişli olması halinde 2. bendin 1. cümlesi uyarınca cezalandırılır. Eğer, aleniyete bildirme üstün kamusal yararlar dolayısıyla yapılmış ise, eylem hukuka aykırı değildir. Paragrafın 3. fıkrasına göre, her kim kamu görevlisi olarak veya kamu hizmeti açısından özel olarak yükümlü kılınmış bir kimse olarak beyanın güvenilirliğini ihlal ederse (1. ve 2. fıkralar), 5 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır. Paragrafın 4. fıkrası gereğince bu suça teşebbüs cezalandırılır ve Paragrafın 4. fıkrasına göre fail veya suça katılanın kullandığı kayıt cihazları ve dinleme cihazları müsadere edilebilirler. Genişletilmiş müsadereye ilişkin 74a paragrafı hükmü bu madde kapsamında uygulanabilir.

Bu hüküm insanın özel yaşamını bireyin beyanda bulunurken kendisinin izin vermediği durumlarda beyanının kaydı, ifşası ve kullanımı bakış açısından korumaktadır. Madde metnindeki tüm suçların (f: 1-3) maddi konusu, başka bir kimseye aleni olmayan biçimde açıklanan beyanlardır. Suçların oluşumu için, konuşmaların aleni olmaması gerekmektedir. Buna karşılık bir taksi telsizi veya polis telsizindeki konuşmalar Alman doktrininde aleni konuşmalar olarak kabul edilmektedir. Yine konuşmanın kaydının gizli yapılması gerekir¹¹.

B) **Al. CK'nun 202a.** paragrafı *verilerin gözetlenmesi* suçunu düzenlemektedir. Maddenin ilk fıkrasına göre, her kim yetkisizce kendisi için belirlenmemiş ve yetkisizce ulaşılmasına karşı güvenceye alınmış olunan verileri kendisine veya başkasına temin ederse, üç yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza ile veya para cezası ile cezalandırılır. **Maddenin ikinci fıkrasına göre, yalnızca şunlar birinci fıkra anlamındadırlar:** elektronik, manyetik veya diğer doğrudan korunabilir biçimde depolanmış olan veya bildirilmiş olanlar.

¹¹ Bkz. **LACKNER**, Karl- **KÜHL**, Kristian. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., 24. neubearbeitete Auflage, München 2001, sh: 743.

Bu hüküm yalnızca kişisel yaşamı ve gizli yaşamı/alanı korumamakta, daha geniş biçimde, depolanan ve açıklanan **verilerin gizli tutulmasındaki şekli yararların özel biçimde güvenceye alınmasını** da gerektirmektedir. Alman doktrinindeki baskın görüş bu yöndedir¹². Bu hukuksal değerin *sahibi* verilerin ilişkin olduğu kimse ve bu *değerin taşıyıcısı* (=temsilen tasarrufta bulunan) ise, bu veriler üzerinde hukuken tasarrufta bulunma yetkisi bulunan kimsedir. İhlallerin varlığı halinde, eğer ihlali temsil yetkisi olmayan birisi yaparsa, hem sahibi hem de temsilci/taşıyıcının hakları birlikte ihlal edilmiş olacağından, bazen her ikisinin hakkının birlikte korunduğu ifade edilir.

Nitekim bu suç tipi **ileride mağdur olabilecek kimselere ilişkin depolanmış ve özel olarak güvenceye alınmış verileri koruduğundan**, bu şekilde korunmaya alınmamış verilerin suiistimali (örneğin kişisel veri dahi olsa, ilgilinin beyanından elde edilen verilerin kullanılması) bu suç tipinin koruma alanı içinde değildir. Bu ikinci veriler başka suç tiplerinin, örneğin Alman CK'nun 202. paragrafının kapsamında olabilir. Depolanmış ve özel olarak korunmaya alınmış bu veriler ekonomik yararlar/malvarlığına durumuna ilişkin dahi olsa, korunan hukuksal değer malvarlığı olmayıp, yukarıda belirtilen nitelikteki değerlerdir¹³.

Bu suç tipiyle korunmak istenen **veriler**, doğrudan doğruya korunan veriler olmayıp, **insanın anlayabileceği ve içeriğini öğrenebileceği biçimde teknik bir form içinde kaydedilen verilerdir**. **Elektronik** veya **manyetik** biçimde depolanan veriler yanında, **teknik başkaları kullanılarak** (örneğin teyp kaydı, plak kaydı, resim kaydeden cihaz veya mikrofilm veya ses kaydedici cihaz vs.) kaydedilen veriler de maddenin korunması altındadır. Yine bir yerde **depolanan** (kaydedilerek muhafaza edilen) **veriler** yanında, **muhafaza altında bulundurulduğu yerdeki veya nakil yerlerindeki** (=istasyonlarındaki) veriler de suç tipinin koruma alanındadır¹⁴. Suç tipi açısından, 202a paragrafının anlamına uygun bir uygulama için, paragrafın 2. fıkrasında **korunan verilerin kanuni olarak belirtilen biçimde** güvenceye alınmış olması gerekmektedir. Madde metninde belirtilen (örneğin *elektronik* veya *manyetik* biçimde depolanan v.s.) biçimler dışındaki verilerin bu suç tipine vücut verebilmesi için, ilgili karar hükmünün Al.CK'nun 202a paragrafına atıfta bulunması gerekmektedir. Burada sadece "veri"nin tanımından hareket edilerek yorum yapılması yerinde değildir; Al.CK'nun 202a paragrafı bu kavramı tanımlamayıp bilinçli olarak açık

¹² Bu görüşteki yazarlar için bkz. **LACKNER-KÜHL**. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 748.

¹³ **SCHÖNKE**, Adolf-**SCHRÖDER**, Horst. (Lenckner, Theodor), Strafgesetzbuch Kommentar., 26. Auflage, München 2001, sh: 1615.

¹⁴ Bkz. **LACKNER-KÜHL**. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 749.

bırakmıştır. Çünkü, **paragraftaki suç açısından bu verilerin hangi vasıtalarla ve nasıl depolanmış olduğudur.** O nedenle, madde metninde verilerin biriktirilmesi-depolanması için kullanılan terimler sınırlı sayıda olup, hükmün uygulanma alanını belirleyici işlevleri vardır.

Kanunkoyucu “**veri**” terimini bu suç açısından tanımlamadığı için, **elde edilen verinin nitelik olarak daha sonradan üzerinde ayrıca bir çalışma yapılmaya muhtaç olup olmadığı, bu suç açısından önemli değildir.** Verinin içeriği de önemli olmayıp, bu bazen bir veri, bazen üzerinde çalışılıp değerlendirilmek suretiyle başka bir veriye ulaştırmakta veya bazen de bir veri kaynağına ulaşma (=giriş) kodu olabilir. *(Alman) verilerin korunması hakkında federal kanun hükümlerinden farklı olarak, buradaki verilerin mutlaka “kişisel veri” olması gerekli değildir*¹⁵.

Bu verilerin **failin tasarrufuna sunulmamış**, onun için tespit edilmemiş veriler olması gereklidir; yani verilerin veri sahibinin iradesiyle failin/zilyedinin tasarrufuna terk edilmiş veriler olmaması gerekmektedir. Ancak tek belirleyici husus da bu değildir; **fail kendisinin -yalnızca- korumasına veya belirli bir amaçla muhafazasına verilmiş bir veriyi kullanabileceği gibi, nakille yetkili/görevli zilyet de olabilir veya başka bir veri kaynağına girerek bu veriyi alarak** suç tipindeki eylemleri gerçekleştirebilir. Hatta resmi görevi için kullanmadıkça, **polis memurlarının nezdinde kayıtlı verilerin** suiistimali de bu suç tipi kapsamında olacaktır¹⁶.

Paragrafın bu ikinci fıkrası iki yönlü bir sınırlandırma getirmiştir: *birincisi* bu verilerin, yukarıda da belirtildiği gibi, failin tasarrufuna sunulmamış, onun için tespit edilmemiş veriler olması gereklidir. *İkinci olarak*, bu verilerin form olarak elverişli tekniklerle depolanmış görülebilir veya işitilebilir nitelikte olmaları gerekmektedir. Madde metnindeki “**veya diğer biçimdeki tekniklerle**” ifadesi, ileride teknolojinin gelişmesi dolayısıyla veri kaydı için kullanılacak benzer araçları kapsamaması için kanun koyucu tarafından seçilmiştir. Madde kapsamındaki kayıt araçları açısından elektronik veya manyetik kayıt araçları yanında, disketler, kasetler, CD’ler, Magnet-CD’ler, Floppie diskler, Flash diskler, Com veya CIM-sistemler ve hologram kayıt cihazları örnek olarak gösterilebilir¹⁷.

Tipik eylemin varlığı için, verilerin **kaydedilmiş** veya **sağlanmış** olmaları ve yetkisiz kimselerin kullanımını engellemek için **özel olarak güvenceye alınmış** olmaları gereklidir. Burada özel bir önlemin alınması yeterli olup,

¹⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER (Lenckner, Thedor), Strafgesetzbuch Kommentar, sh: 1615-1616.

¹⁶ Bkz. LACKNER-KÜHL. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 749.

¹⁷ SCHÖNKE-SCHRÖDER (Lenckner, Thedor), Strafgesetzbuch Kommentar, sh: 1616.

aşılamayacak bir önleme ihtiyaç yoktur. Verilerin bulunduğu ortam nesnel bir ortam olabileceği gibi sanal bir ortam da olabilir. Ayrıca, verinin bulunduğu yere giriş açısından, bu önlemin failce eylemin yapıldığı anda etkili olması da gereklidir.

Tipe uygun eylem, **failin bu verileri kendisi** veya **başkasına sağlaması**dır. Her iki seçimlik hareket modelinde de veriler önceden bizzat **failin zilyedliğinde** de bulunabilir, **başkasının zilyedliğinden alınmış** da olabilir¹⁸. Hatta, verinin nakil istasyonundan da ele geçirilmiş olması mümkündür. Nakil istasyonu için ayrı-özel bir önlem alınmasına gerek yoktur, önemli olan veri nakledilirken nakil ortamına ilişkin bir giriş önleminin alınması ve nakil yapıldığı süreçte bu önlemin kaldırılmamış olmasıdır¹⁹.

Suç **kasten** işlenebilir. Taksirle gerçekleştirildiğinde cezalandırılmayan bu eylemlerin suç tipine vücut vermesi için “*özel kast*”ın bir önemi bulunmamaktadır. Failin bu eylemlerini hangi amaçla veya saik/güdü ile yaptığı önemsizdir. İlgilinin kedisini bu veriyi ele geçirme açısından yetkili görmesi veya verinin Verilerin Korunması Hakkında Kanun kapsamında ve kendisinin de bunu elde edebileceği düşüncesiyle eylemini gerçekleştirmesi durumunda, “*yasak hata*” kuralları işletilmelidir²⁰.

Failin tipik eylemi **yetkisizce** yapması, yani kendisinin bu eylem açısından **yetkisiz olması** gereklidir. Yetkisizlik açısından, veriyle tamamen ilgisiz olma yanında, özel bir şifre veya veriyle dahi olsa Veri Bankasına girişine müsaade edilmemiş kimse de olabilir. **İlgili kimsenin rızası**, somut olaylarda çoğu kez- kişiye yetki kazandıracak için, hukuka uygunluk etkisi gösterir. İlgilinin bir kimseye rıza göstermesi, o kimsenin de rıza gösterdiği üçüncü kimse açısından bir “*zımni rıza*”nın var olup olmadığı tartışmasını getirir (konu Alman doktrininde tartışmalıdır)²¹ ve zımni rızanın varlığı için somut olayda üçüncü kişiye kullanım yetkisinin devredilemeyeceğini *açıkça gösterir bir davranış veya açıklamanın olması gerekir*. Ceza soruşturması veya kovuşturması amacıyla veyahut *polis*in suç önleme faaliyetleri çerçevesinde yaptığı ve kanunların izin verdiği hallerde ilgili kişi **yetkili** olacağından, bu takdirde eylem suç teşkil etmeyecektir. Ancak, bu alanlara ilişkin veya bu amaçlarla dahi olsa depolanmış bir veri, yetkisiz bir kimse tarafından (resmi sıfatı olsun veya olmasın) ele geçirilir veya başkasına sağlanırsa, eylem yine suç teşkil edecektir²².

¹⁸ Bkz. **LACKNER-KÜHL**. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 750.

¹⁹ **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Lenckner, Thedor), Strafgesetzbuch Kommentar, sh: 1617.

²⁰ **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Lenckner, Thedor), Strafgesetzbuch Kommentar, sh: 1619.

²¹ Bkz. **LACKNER-KÜHL**. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 750.

²² **SCHÖNKE-SCHRÖDER** (Lenckner, Thedor), Strafgesetzbuch Kommentar, sh: 1619.

Suç tipi **suçların içtimaı** hallerinin uygulanmasına elverişli olup, koşulları varsa içtima hükümleri uygulanabilir²³.

Suçun takibi şikayete bağlıdır.

C) **Al. CK'nun 205/1.** paragrafına göre, 201. paragrafın 1. fıkrası kapsamındaki fiil takibi şikayete bağlı bir suçtur. Diğer taraftan **Al. CK'nun 205/2.** paragrafına göre, mağdurun ölmesi durumunda 77. paragrafın 2. fıkrası uygulama alanı bulur (belirli akrabalarının şikayet etmesi) ise de, bu kural 202a paragrafı açısından geçerli değildir.

2) Federal (Alman) Verilerin Korunması Kanunu

Bu Kanun 20 Aralık 1990 tarihli olup, 14 Ocak 2003 tarihinde (Avrupa Konseyi'nin isteği üzerine) yeni bir metne kavuşturulmuş ve bu yeni metin 5 Eylül 2005 tarihli Kanun'un 13. paragrafının 1. fıkrasıyla değiştirilmiştir. Bu Kanun 46 paragraftan ibaret olup, ayrıca 9. paragrafın 1. cümlesine Ek 8 bentten oluşan bir eki vardır.

Bu Kanun'un kişisel veri kavramı, temel ilkeleri, bilgilerin elde edilmesi, muhafazası, depolanması, ilgili teknikler, hukuksal dayanaklar, kamusal olan ve olmayan alan ile rekabet hukukuna ilişkin hükümler, görevli-yetkili kimseler, ilgili kimsenin hakları, gözetim/denetim makamları ve verilerin kullanımı gibi birçok hususta detaylı hükmü içermektedir. Kanun'un 43. ve 44. paragrafları konumuzla ilgilidir:

A)- Federal (Alman) Verilerin Korunması Kanunu'nun **43. paragrafı**, *idari para cezasını gerektiren* eylemlere ilişkin hükümler içermektedir. Madde metni 4 fıkradan oluşmakta ve ayrıca ilk fıkrası 11 ve 2. fıkrası ise 6 bent içermektedir. Bu iki fıkra ve bentlerde Kanun'un diğer maddelerindeki düzenlemelere atıf yapılarak, aykırı davrananların eylemleri tanımlanmakta ve 3. fıkroda ise uygulanacak idari para cezası miktarları düzenlenmektedir. Bu ilk iki fıkradaki eylemler "**düzene aykırılık**" olarak adlandırılmış ve **gerek kasten gerek taksirle gerçekleştirilmeleri** alt ve üst sınırları belirtilen idari para cezası ile cezalandırılmaktadırlar. İlk fıkradaki hallerde **25.000 Euro**'ya kadar para cezasına karar verilebilirken; ikinci fıkradaki hallerde **250.000 Euro**'ya kadar para cezasına hükmedilebilecektir.

İlk fıkroda (*madde metninde Kanun'un ilgili madde ve fıkraları tek tek belirtilerek*) kasten veya taksirle, başvuruların hatalı veya eksik yapılması

²³ Bkz. **LACKNER-KÜHL**. StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen., sh: 751;

veya hiç yapılmaması, verilerin olması gerektiği biçimde korunmaması, kişisel verilerden yararlanılması veya başkasına sağlanması, kodlamanın gerektiği biçimde yapılmaması, kişisel verilerin elektronik veya basılmış adres-telefon numarası-branşlar-veya bunlara benzer şeylerin kaydedilmesi, ilgili kimsenin hiç veya doğru veyahut olması gerektiği gibi bilgilendirilmemesi, verinin aktarımı, bilginin hiç veya doğru veyahut gerektiği biçimde iletilmemesi veya bir önleme katlanılmaması ve icra edilebilir bir düzenlemeye aykırı davranmak düzene aykırılık eylemi olarak düzenlenmiştir.

İkinci fıkrada, (Yine *madde metninde Kanun'un ilgili madde ve fıkraları tek tek belirtilerek*) kasten veya taksirle, aleni olmayan kişisel verileri yetkisizce elde etmek, ortadan kaldırmak veya yaymak, aleni olmayan kişisel verileri yetkisiz biçimde otomatiğe bağlanmış bir aracın hizmetine sunmak, aleni olmayan kişisel verileri yetkisiz biçimde temin etmek, kendisinin veya başkasının otomatiğe tabi işlemlerine veya otomatiğe bağlanmış olmayan verileri yok etmek, aleni olmayan kişisel verileri gerçek olmayan bilgilerle elde etmek, Kanun'un belirli madde ve fıkralarında belirtilen biçimde verileri başka amaçlar için kullanmak veya başkasına vermek veya 6. bentte gösterilen madde ve fıkralardaki münferit verileri suiistimal etmek eylemleri birer düzene aykırılık olarak düzenlenmiştir.

B)- Federal (Alman) Verilerin Korunması Kanunu'nun **44. paragrafı**, teknik anlamıyla ceza hukukuna ilişkin hükümler içermektedir.

Paragrafın ilk fıkrasında, yukarıda içeriğini özetlediğimiz 43/2.paragraftaki davranış modellerinin para karşılığında **kasten** gerçekleştirilmesi veya failin bizzat kendisi veya başkasının yararına haksız kazanç elde etmek veya başka birisine zarar vermek **amacıyla** gerçekleştirilmesi hali düzenlenmiştir. Paragrafa göre, bu fıkradaki eylemleri gerçekleştiren **2 yıla kadar özgürlüğü bağlayıcı ceza** veya **para cezasına** mahkum edilecektir.

Paragrafın ikinci fıkrasına göre, eylemin takibi **şikayete** bağlıdır. Şikayete hakkı olanlar, ilgili kimse, sorumlu konumda olan görevli, verilerin korunması ve bilgilenme özgürlüğü adına şikayete hakkı olan ve bilgilenme özgürlüğü ve Kontrol makamlarıdır.

Yine de önemle belirtmek gerekir ki, burada bir yandan hem federe devletlere ait kişisel verilerin korunması kanunları hükümlerinin bulunduğu gözden kaçırılmamalı, diğer yandan ise birçok özel kanunda kişisel verilerin korunmasına dair hükümlerin bulunduğu hatırlanmalıdır. Örneğin **Alman**

Doping Mağdurlarına Yardım Kanunu kişisel verilerin korunmasına yönelik ayrıntılı hükümler içermektedir²⁴.

Diğer yandan, halen Almanya’da Kişisel Verilerin Korunması alanında bir reform hazırlığı bulunmaktadır. Ancak reform taslağı ciddi tartışmalara konu olmakta ve suiistimal endişeleri dile getirilmektedir. Çünkü bu taslakta bankaların ve müşterilerin verilerinin de bu kayıtlar içinde bulunması ve firmaların kişisel verileri kaydedip ilgili kuruma verme yükümlülüğü öngörülmektedir. Bu bağlamda 21 milyon vatandaşın banka hesap numarasının bunları suiistimal edecek kimselerin eline geçebileceği, gerekli güvenlik sisteminin bu taslakta eksik olduğu, Alman Telekom görevlilerinin veya bu görevliler aracılığıyla bu verilerin ele geçirileceği (*kişisel veri hırsızlığı*), nitekim geçmişte Alman Telekom’u açısından bu tür bir skandalın yaşandığı ve müşteri verilerinin diğer kişi veya kurumlara iletilmesinin bu kurumlar açısından ciddi bir müşteri kaybına yol açtığı, bu suiistimler nedeniyle Baden-Württemberg eyaletinin veri ticaretini önlemek için sert bir kanun yapmak ve bir genel veri ticareti yasağı getirmek istediği bilinen vakalardır. Çeşitli partilerin politikacıları bu veri ticareti genel yasağını desteklediği gibi, Federal adalet Bakanı da hem bank ve telefon kurumlarındaki verilerin hem de sağlık kartlarındaki verilerin suiistimaline dikkat çekerek, korumanın sert önlemlerle gerçekleştirilmesi teklifini desteklemektedir. Alman Telekom’unda cereyan eden skandalın buz dağının görünen kısmından ibaret olduğu ve bu *illegal kişisel veri ticareti* eylemlerindeki “*mafya yapısı*”yla ciddi cezalarla mücadele edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁵.

Alman hukukunda **sağlıkla ilgili kişisel verilerin** korunmasına özel bir önem verilmekte ve sağlık personelinin hasta ile ilgili veriler, ancak Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun ve Alman CK’nun hükümleri çerçevesinde ifşa edilebileceği veya kullanılabilir ve toplum sağlığını ilgilendiren bulaşıcı veya enfeksiyon hastalığı gibi hastalıkların kamuoyuna açıklanması için ise özel kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bunlar dışında kalan hallerde hastanın kişisel verilerinin ifşası veya başka kişi veya kuruma verilmesi, ancak hastanın yeterli bir biçimde aydınlatılması sonrasında alınan ve hukuken geçerli rızasının varlığı halinde mümkündür²⁶.

²⁴ Bkz. **HAAS**, Ulrich-**HOLLA**, Matthias. Das Dopingopferhilfegesetz., sh: 8 (www. nada-bonn. de) (12. 11. 2008, Saat: 23.42)

²⁵ Bkz. <http://www.heise.de/newsticker/Schaeubles-Datenschutzgesetz-geht-SPD-und-FDP-nicht-weit-genug—/meldung/120292> (Siteye Giriş: 12. 04. 2008, Saat: 12.00).

²⁶ **Alman** hukukundaki durum ve bu verilere hastanın ulaşması ve değiştirilmesi için yapabileceği müdahaleler için bkz. **BULTMANN**, Marion-**WELLBROCK**, Rita-**BIERMANN**, Heinz-**ENGELS**, Jürgen-**ERNESTUS**, Walter-**HÖHN**, Udo-**WEHRMANN**, Rüdiger-**SCHURIG**, Andreas. Datenschutz und Telemedizin –Anforderungen und Medizinnetze (Konferenz der Datenschutzbeauftragten des bundes und der Länder), 2002, sh: 5 vd.

IV – İSVİÇRE

1) İsviçre Ceza Kanunu

Konuyla ilgili olarak **İsviçre Ceza Kanunu’nun 179novies maddesi** bir hüküm içermektedir. Belirtelim ki, bu madde İsviçre CK’na 19. 06. 1992 tarihli *Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanun* ile eklenmiş ve 01. 07. 1993 tarihinden beri yürürlüktedir.

Madde metnine göre, her kim yetkisiz olarak, **özellikle korunmaya değer kişisel verileri** veya **serbestçe elde edilemeyen kişilik profilini** bir veri deposundan elde ederse, **hapis** cezası veya **idari para cezası** ile cezalandırılacaktır.

İsviçre CK’nun 18/1. maddesine göre, aksi kanunda açıkça düzenlenmedikçe, bir cürüm veya cünha ancak kasten gerçekleştirildiği zaman cezalandırılabilir için, incelediğimiz bu suç da yalnızca **kasten** işlenebilir.

İsviçre Ceza Kanunu’nun 179novies maddesindeki suçun takibi **şikayete** bağlıdır.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, 19. 06. 1992 tarihli *Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanun* yukarıda belirttiğimiz hükmü CK’na eklerken, CK’nun başka bir maddesinde de kısmen konu ile ilgili değişiklik getirmiştir. Bu hüküm **İsviçre CK’nun 321bis** maddesi olup, *tıbbi araştırmalarda ki mesleki sırrın ifşası-suiistimali* suçlarını düzenlemektedir. Bu madde metninde, **kişisel verilerin ifşası**, tıbbi araştırmalardaki meslek sırrı kapsamında (belirli kapsam ve koşullarla) korunmaktadır.

2) (İsviçre) Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanunu

(İsviçre) Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanunu 19. 06. 1992 tarihli olup İsviçre Anayasası’nın 31/2, 64, 64bis ve 85/b:1 maddelerine dayanılarak yapılmıştır. Kanun 39 maddeden ibaret olup, ilgili hükümlerin bağlantısını olduğu 4 farklı kanun (Federal Adli Yardım Kanunu, Borçlar kanunu, Uluslararası Özel Hukuk hakkında Federal Kanun ve Ceza Kanunu) hükmünde de değişikliğe yol açmıştır.

Kanun’un 34. ve 35. maddeleri konumuzla ilgili hükümler içermektedir.

Kanun’un 34/1. maddesi, bu Kanunun bilgilenme hakkını düzenleyen 8., bilgilenme hakkının sınırlarını düzenleyen 9. ve özel şahıslar aracılığıyla kişisel verilerle işigali düzenleyen 11. maddesine atıfta bulunarak, bu maddelerdeki yükümlülüklerini **kasten** bir yanlış veya eksik bilgi vererek ihlal eden özel şahısların **hapis** veya **idari para cezası** ile cezalandırılacakları-

nı düzenlemektedir. Maddenin 2. fıkrasının a bendine göre, kasten bu Kanunun 11. maddesine göre veri toplayan veya yabancı ülkelere 6. maddenin gerektirdiği bilgiye vermeyen veya başvuru halinde yanlış bilgi veren özel şahısların **hapis** veya **idari para cezası** ile cezalandırılacaklardır. 2. fıkranın b bendine göre ise, bir olayın aydınlatılmasındaki (Kanun'un 29. maddesinde düzenlenen) taleplere yanlış cevap veren veya etkili biçimde bundan kaçınan özel şahıslar da aynı şekilde cezalandırılacaklardır.

Kanun'un 35. maddesi, Mesleki susma yükümlülüğünün ihlalini düzenlemektedir. Hükme göre, her kim **kasten** gizli, özellikle korumaya muhtaç **kişisel verileri** veya bu tür verilerin gerekli olduğu belirli bir mesleğin icrası hakkında bilgi edinilen **kişilik profilini** yetkisizce açıklarsa, şikayet üzerine **hapis** veya **idari para cezası** ile cezalandırılacaktır (f:1). Ayrıca, her kim, kasten gizli, özellikle korumaya muhtaç **kişisel verileri** veya belirli bir mesleği icra ederken gizli tutma yükümlülüğünün bulunduğu veya eğitimi icrası sırasında öğrenilen **kişilik profilini** yetkisizce açıklarsa aynı şekilde hareket edilecektir (f:2). Nihayet, gizli, özellikle korunmaya muhtaç **kişisel verileri** veya **kişilik profilini** yetkisizce ifşa eden kimse, mesleğin icrasının sona ermesinden sonra veya eğitiminin bitiminden sonra dahi bu eylemi yaparsa, eylem cezalandırılacaktır (f: 3).

Dikkat edilirse, 34. maddede **fail** olarak '**özel şahıslar**' olarak düzenlenmiş olmasına karşılık, 35. maddedeki suçlar açısından bu tür bir kısıtlama yoktur ve suçun unsurlarını gerçekleştiren **herkes** fail olabilecektir.

İsviçre mevzuatındaki düzenlemenin anlaşılabilmesi için, düzenlemelerde ortak biçimde kullanılan bir kavramın da açıklanması gerekmektedir: "**özellikle korunmaya muhtaç kişisel veri**".

Bu kavram, (İsviçre) Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanunu'nun 3. maddesinin c bendinde açıklanmıştır. Bu hükme göre, **özellikle korunmaya muhtaç kişisel veri**'den anlaşılması gereken husus, dinsel, dünya görüşü, politik veya sendikal bakış açıları veya faaliyetler (=iştigal edilen iş), sağlık, gizli-özel yaşam, ırki menşee, sosyal yardım önlemleri, idari veya ceza hukuku soruşturmaları ve yaptırımlar hakkındaki veriler anlaşılmalıdır.

V – AVUSTURYA

1) Avusturya Ceza Kanunu

Avusturya Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri, Kanun'un Özel Hükümler Bölümünün ilk kısmı olan (Kanun'un 5. Kısmı) "**Özel Yaşam ve Belirli Mesleki Sırların İhlali**" başlıklı kısmında yer almaktadır. Bu kısım

da mektup sırrının ihlali (prg. 118), bir bilgisayar sistemine hukuka aykırı biçimde saldırı (prg. 118a), telekomünikasyon sırrının ihlali (prg. 119), verilerin kötüye kullanma biçiminde temini 119a), ses kayıt veya dinleme cihazlarının kötüye kullanımı (prg. 120), meslek sırrının ihlali (prg. 121), ticaret ve işletme sırrının ihlali (prg. 122), bir ticaret veya işletme sırrının gözetilmesi/izlenmesi (prg. 123) ve bir ticaret veya işletme sırrının yabancı bir ülke yararına olarak gözetilmesi/izlenmesi (prg. 124).

Şüphesiz yukarıda sayılan suçlar aracılığıyla da kişilere ilişkin bazı veriler hukuka aykırı biçimde elde edilmekte ve suiistimal edilmektedirler. Örneğin bu anlamda 118a ve 119. maddedeki eylemler çok sık kullanılabilir ve bu maddeler ile aşağıda değineceğimiz hüküm arasında suçların içtimai hükümlerinin uygulanması olasılığı ortaya çıkabilir.

Konumuzla doğrudan ilgili hüküm, Avusturya CK'nun 119a paragrafında düzenlenen, **verilerin kötüye kullanım biçiminde elde edilmesi** suçuna ilişkin hükümdür.

Bu paragrafa (prg.119a) göre, her kim, bizzat kendisi veya başka birisine yetkisizce bir bilgisayar sistemi aracılığıyla iletilen ve failin tasarrufuna bırakılmamış bir veriyi temin etmek **amacıyla** hareket eder ve bu surette elde ettiği veriyi bizzat kendisi kullanır, başkasına kullanır, ulaşılmasını sağlar veya ifşa ederse veya bizzat kendisi veya başkasının malvarlığının artışı için kullanır veya başkasının zararına olarak kullanır, hazırlar, bir bilgisayar sistemine koyar veya elde edilmesi olanağını yaratır, bir bilgisayar sisteminde kullanır veya yayınlarsa, eğer eylem Avusturya CK'nun 119. maddesindeki suç tipinin uygulanma alanı içinde bulunmazsa, 6 aya kadar **hapis** veya **360 güne tekabül eden miktarda para cezası** ile cezalandırılır.

Belirtelim ki, fail yalnızca **mağdurun müracaatı** üzerine kovuşturulur (f: 2).

2) (Avusturya) Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Federal Kanun

Bu Kanun 1999 tarihli olup, daha sonra 2001 ve 2005 tarihlerinde değişikliğe uğramıştır. Kanun 64 paragraftan ibaret olup, kişisel verilerin korunmasına ilişkin kavram, ilke, kurum ve hukuksal yükümlülükleri detaylı olarak düzenlemektedir. Bu Kanun'un 51. ve 52. paragrafı konumuzla ilgilidir.

Bu **Kanun'un 51. paragrafı**, haksız kazanç elde etmek veya başkasına zarar vermek **amacıyla**, kendisine icra ettiği meslek dolayısıyla (güvenilerek) verilen veya elde etmesi söz konusu olan **kişisel verileri** bizzat kullanır, başkasının elde etmesini sağlar veya ifşa ederse, Mahkeme tarafından -eğer

fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç tipini ihlal etmez ise-1 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Belirtelim ki, fail yalnızca **mağdurun müracaatı** üzerine kovuşturulur (f: 2).

Bu **Kanun'un 52. paragrafı** ise, belirtilen veya benzer eylemlerin bir Mahkemenin cezalandırma yetkisi içinde bulunan suç tiplerine vücut vermesi veya bunların başka idari ceza hükümleriyle daha ağır biçimde cezayı gerektiren eylemlere vücut vermemesi koşulu ve durumlarında, bu ve benzeri eylemlerin (bazı hallerde) **18.890 Euro** veya (bazı diğer hallerde ise) **9.445 Euro** para cezasıyla cezalandırılacaklarını, bunların bu gibi durumlarda idari suç sayıldığı hükmünü içermektedir. Madde metninde, bu cezaya hükmedecek makamlar açıkça gösterilmiştir.

Bu maddedeki suçlara teşebbüs mümkündür ve cezalandırılır.

Örneğin öğretide, araçların hız kontrollerini tespit etmek için oluşturulan *Selection-Control Sisteminin* Avusturya Anayasası'na uygun olmadığı ifade edilmektedir. Bu uygulamanın Anayasa'ya tarafından korunan ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 1. paragrafında düzenlenen temel hakları ihlal edeceği, bu sistemde gözetlenen alanların başladığı yerin başlangıcında araçların plakası video kamerayla tarih ve saati ile birlikte kaydedilmekte, daha sonra gözetlenen alanı terk edilirken tekrar o aracın plakası kaydedilmekte ve daha sonra ise bu iki nokta arasındaki mesafeye göre ortalama bir hız hesabı yapılmaktadır. Bu biçimde plakası kaydedilen bir aracın izin verilen hız sınırını aşmaması durumunda, bu aracın plakasının kaydedilmesinin kişisel verilerin ihlali anlamına geleceği ifade edilmektedir. Böyle bir kayıt, gerçekten hız sınırının aşılması söz konusu ise yapılabilir. Diğer bir eleştirisi ise, İsviçre Toplum Kişisel Verilerin Korunması ARGE Verileri sistemine yöneltilmektedir. Çünkü teorik olarak aracının plakası hız sınırı tespiti için bu biçimde kaydedilerek kişisel verileri ihlal edilen herkes bu eyleme karşı itirazda bulunabilir ve tazminat davası açabilir. Bununla birlikte, şu ana kadar Federal Kurum nezdinde ispat edilebilir bir vaka ve bunun neticesinde de başarıyla sonuçlanan bir başvuru olmamıştır. Çünkü, bu veriler çok kısa süreli olarak kaydedilmekte ve daha sonra tekrar silinmektedir. Bu durumda ise, hakkı ihlal edilen kimselerin bu eylemi ispat olanağı adeta ortadan kaldırılmaktadır. Oysa bu ispat olgusunun gerçekleştirilmesine elverişli bir sistem olmalıydı. Diğer taraftan sadece 2004 yılında Avusturya'da trafikte ihlal nedeniyle 58 milyon Euro para cezası tahsil edilmiştir. Belirtilen biçimde bir aracın hızını tespit eden bir tesis ise, 700.000 Euro ile 1,2 milyon Euro arasında paraya mal olmaktadır²⁷.

²⁷ Bkz. KUNNERT, Gerhard. Zeitschrift für Verkehrsrecht., 2006, sy: 2.

Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Komisyonu (DSK), kişisel verilerin korunması alanında tüm Avusturya açısından yetkili olup, Federal Bakanlık nezdinde kurulmuş ve aşağıdaki ödevleri vardır:

- Kişisel verilerin kaydedildiği bir sicili tutmak ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nu icrasını sağlamak,
- İlgili kimselerin; a) kamusal veya özel yaşam alanındaki müdahalelerle veri toplayarak kişisel haklarının ihlal edildiği, b) sırrın saklanması veya kamusal alandaki müdahalelerle kişisel verilerin doğru kaydedilmesi ve silinmesi haklarının ihlal edildiği yönündeki şikayetleri hakkında karar vermek,
- Vatandaşlık kartı sistemi alanında sicil kayıtlarını tutmakla görevli kişi ve makamların görevlerini yerine getirmesini sağlamak.

Bu bağlamda, ARGE Verileri Vatandaşlık Hakları organizasyonu'nun sisteme yönelik temel eleştiri, ilgili kişi veya kurumların Avrupa Birliği'nin Kişisel Verilerin Korunması'na yönelik Direktifi'nde (Richtlinie 95/46/EG) bu veri koruma sisteminin ,tamamen bağımsızlığı'nın bulunması gerektiğini düzenlediğinden haberdar olmadığı biçimindedir. Kişisel Verilerin Korunması Komisyonu'nun Federal Bakanlıkla bağlantılı kurulmuştur, finansal açıdan oraya bağımlıdır ve bu nedenle Avrupa birliği Direktifi ile uyum göstermemektedir. Nitekim bu nedenledir ki, Avrupa Komisyonu Avusturya'ya karşı Avrupa Mahkemesi'nde bir Sözleşme'yi ihlal davası açmıştır.

VI - TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

A. ULUSALÜSTÜ HUKUK VE ANAYASA HUKUKU KURALLARI AÇISINDAN TÜRK HUKUKU

1) Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi **m. 17 Mahremiyet hakkı**nı düzenlemektedir:

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

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

2) AİHS Madde 8

Özel hayatın ve aile hayatının korunması

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

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

3) KİŞİSEL NİTELİKTEKİ VERİLERİN OTOMATİK İŞLEME TABİ TUTULMASI KARŞISINDA ŞAHISLARIN KORUNMASINA DAİR SÖZLEŞME

Sözleşmenin temel özelliklerini şöyle belirtebiliriz:

- **Amaç kişi korumak olup**, bu sözleşme ve buna dayanılarak çıkarılan kanun ve diğer mevzuatın kişisel verilerin kaydedilip otomatik işleme tabi tutulması için yeni bir vesile, ilave bir alan ya da önceki kayıtların içerik ve konularının genişletilmesi için yeni bir gereklilik olarak düşünülmemelidir.

- **Bu koruma**, özel yaşama ilişkin düzenlemeler yanında **ayrıca gerçekleştirilecektir**.

- Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin **işbirliği yapmaları zorunludur**. İşbirliği için ise, hem veri bankası, hem kişisel verilerin kaydedilmesinin kanuni ve hukuka uygun dayanakları hem de korumak için **kanuni düzenleme şarttır**.

- **Ülkeler arasında sınır ötesi veri akışı yapılacaktır**; bunun zemini ve koruyucu önlemlerinin alınması gerekmektedir. **Münhasıran özel yaşamı korumak amacıyla bu veri akışı engellenemez** (m. 12/2).

- Bilgiyi sınır ötesi veri transferi suretiyle başka devletten **alan devlet (örneğin Türkiye)**, bu bilgiyi talepte belirtilen amaç dışında **kullanamaz** (m. 15/1).

- Kişisel verilerin korunması sağlanırken, diğer yandan da **özel yaşama saygı, haber alma hakkı ve serbest bilgi akışı da korunmalıdır**.

- Sözleşme esasında kişisel verileri otomatik bilgi işlemine tabi tutulması karşısında korumayı hedeflemektedir. Ancak, bu **Sözleşmenin ruhu, bilgilerin otomatik işleme tabi tutulmaları dışında da korunmasını gerektirmektedir**. Nitekim Sözleşme'nin 3/2-c maddesi, taraf Devletin bu Sözleşmeyi, otomatik bilgi işlem konusuna girmeyen kişisel nitelikteki veri fişiyeleri hakkında uygulayacağını **bildirebileceğini** düzenlemektedir.

- Sözleşme asli olarak gerçek **kişilere ait kişisel verileri korumaktadır** (m. 1, 1a); Ancak, gerçek kişi dışındakiler açısından Sözleşme taraf Devlete bir olanak tanımaktadır ve **taraf devlet bu sözleşmeyi topluluklar, dernekler, vakıflar, şirketler ve birlikle, tüzel kişilikten yararlanan veya yararlanmayan ve gerçek kişileri doğrudan veya dolaylı olarak bünyesinde toplayan diğer kuruluşlarla ilgili bilgiler hakkında uygulayacağını bildirebilir** (m. 3/2-b).

- Sözleşmeye **taraf devletler Sözleşmeyi**, özellikle de bilgilerin otomatik işleme tabi tutulması ve otomatik fişiyeler hakkında **hem kamusal hem de özel sektörde uygulamayı taahhüt ederler** (m. 3/1).

- Herkesin, **kişisel verileri kaydedip işleyenleri öğrenme** yetkisi vardır (m. 8/a).

- Herkesin kendisi hakkındaki kayıtları, **fazla masrafa girmeden kendisine anlaşılır biçim altında bildirilmesini isteme hakkı vardır** (m. 8/b).

- Herkesin, kendisi hakkındaki **güncel olmayan ve hatalı bilgileri düzelttirmek veya sildirmek hakkı vardır** (m. 8/c).

- Herkesin hakkındaki **bilgiyi teyid, bildirim, düzeltme, sildirme talebi hakkındaki karara karşı kanun yoluna başvurmak hakkı vardır** (m. 8/d).

4) **1982 ANAYASASI** madde 17 (Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlık) ve madde 20 (Özel Yaşamın gizliliği) ile AY. m. 90/5 (Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde oluşu) birlikte ele alınıp uygulanmalıdır.

Ancak belirtmek gerekir ki, **sadece bir uluslararası sözleşmeyi imzalamak veya onaylamak hiçbir surette yeterli değildir. Sözleşme'nin 4. Maddesi de iç kanuni bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır.**

5) 2007 Anayasa Taslağı madde 20:

(1) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel bilgi ve verilerin korunması hakkına sahiptir.

(2) Bu bilgiler, ancak kişinin açık rızasına veya kanunla öngörülen meşru bir sebebe dayalı olarak kullanılabilir. **Herkes, kendisi hakkında toplanmış olan veya kayıtlarda yer alan bilgilere erişme, bunlarda düzeltme yaptırma ve bu bilgilerin amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir**²⁸.

B. TÜRK CEZA KANUNU'ndaki İLGİLİ HÜKÜMLER

TCK. m. 140, yukarıdaki maddelere atıf yaparak TCK.nun 9. Bölümü'ndeki maddelerde düzenlenen ve özel yaşama, hayatın gizli alanına karşı suçlarla kişisel verilerin korunmasına yönelik suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanacağını hüküm altına almıştır. Tüzel kişilere uygulanabilecek bu yaptırımın tespit için, **TCK. m. 60 ve m. 60/3'ü birlikte ele aldığımızda gerçekte ciddi ve caydırıcı bir yaptırımın olmadığını görmekteyiz.**

TCK. m. 135: Tüzel kişi dışındaki topluluklar, dernekler, vakıflar, şirketler ve birlikle, tüzel kişilikten yararlanmayan ve gerçek kişileri doğrudan veya dolaylı olarak bünyesinde toplayan diğer kuruluşlarla ilgili bilgiler hakkında bir düzenleme içermemektedir. Bu en azından

TCK. m. 135/1 ve m. 6 birlikte incelendiğinde, **kişisel verinin tanımının** yapılmadığı görülmektedir. Bu kanunilik ve belirlilik ilkesi açısından sakıncalıdır.

TCK. m. 135/2 ise, **bir verinin kişisel veri olup olmadığını, veriyi kaydedenin amacına bağlamakta ve onun amacına göre kişisel veri sayılacağını ve sayılmayacağını düzenlemektedir ki, bu hatalıdır.** Bu gibi suçlarda *özel kast düzenlenebilir*. Ancak, suçun maddi konusunun ne olduğu kanuni tanımdan anlaşılmalı ve ispatı zor ve hatalı olarak failin amacına göre bir veriyi suçun maddi konusu sayıp saymamayı tercih etmek hatalı olmuştur

²⁸ *Maddenin gerekçesi:*

“Uluslararası insan hakları metinlerinde yer almakla birlikte önceki anayasalarımızda olmayan kişisel bilgi ve verilerin korunması hükmü, Devlet organları ve özel kuruluşlar elindeki kişisel bilgilerin daha etkin korunmasını sağlamak amacıyla Anayasaya konulmuştur.”

TCK. m. 136 vd.'nda tüzel kişi dışındaki kimselere ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. bu konu tartışmaya açıktır.

TCK. m. 135'e göre bir kimse kendisinin kişisel verisine karşı tipik eylemleri yaparsa dahi cezalandırılacaktır. Bir an için TCK. m. 26'yı dikkate alırsak, bu ancak verinin başkasına verilmesi veya sunulması davranışlarında eylemi hukuka uygun kılabilir ve fakat diğer eylemlerin cezalandırılmasını önlemeyecektir. Bu anlaşılır bir düzenleme biçimi değildir.

- Aynı şekilde **TCK.nun 136. maddesinde de kişi kendisine ait kişisel verilere karşı tipik davranışları gerçekleştirirse, bu da suç sayılmıştır** ki, hatalıdır. Burada TCK. m. 26 sorunu bir ölçüde çözmekte ise de, düzenlemeye yabancı kanunlarda olduğu gibi, **“bir kimse başkasına ait kişisel veriyi.....”** şeklinde bir ifade eklenmelidir.

- **TCK. m. 138'in** bir kimsenin kendisine ait veriyi kaydetmesi halinde de tıpkı m. 135 ve 136'daki çelişkiler söz konusu olacaktır. Burada kaydetmenin suç sayılmaması halinde ise, bu kez de bu kayıtların silinmemesi halinde bu suçun işlenip işlenmediği tartışılacaktır.

Oysa bir kimsenin kendisine karşı suç işlemeyeceği, fail ve mağdurun aynı kişide toplanamayacağı kuralı farklı bir düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu suçlar da kişiye karşı suçlar olarak düzenlenmiştir.

Ancak, yalnızca bu mantığa dayanmak sorunu çözmemektedir; çünkü suça iştirak halinde kişisel veri dışındaki kimselerin eyleminin cezalandırılması gibi bir durum ortaya çıkacaktır ki, burada da verinin ait olduğu kimsenin iştirak statüsüne göre farklı ve çelişik uygulamalar yapılacaktır. En doğrusu mağdurun ‘üçüncü bir kişi’ olduğunun madde metnine yazılmasıdır.

C. CEZA MUHALEMESİ KANUNU'ndaki İLGİLİ HÜKÜMLER

CMK. m. 80/1'e göre, CMK.nun 75., 76. ve 78. maddeler uyarınca insan vücudundan alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının, kişisel veri olduğunu ve bunların başka bir amaçla kullanılamayacağını düzenlemektedir. Ayrıca bu verilen dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan (CMK.m.153) kimselerden başkasına verilemez.

CMK. m. 80/12 ise, bu verilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya beraat veyahut ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilip kesinleşmesi durumlarında C. Savcısının huzu-

runda derhal yok edileceğini ve bu hususun dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirileceğini düzenlemektedir.

CMK m. 139/4'da **gizli soruşturmacının** kişisel veri toplayabilip toplayamayacağı düzenlenmemiştir. Ancak, CMK. m. 139/6'ya göre, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgilerin, bu gizli soruşturmacının görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamayacaktır. Esasında CMK. m. 139/6'nın düzenleniş biçimi, CMK. m. 138/2 veya 140/4'deki hüküm gibi bir düzenlemenin yapılmak istenmesi ve fakat başarısız olunmasını göstermektedir. Oysa, gizli soruşturmacının örgüt içindeki veya irtibatlı kimselerin kişisel verilerini öğrenmesi nedeniyle, bunlara ait kişisel verileri korumak olabilir ve bunun esasında kişisel verilerin korunması kanununda düzenlenmesi gerekir. Ancak, halen madde metnindeki mevcut düzenleme muhafaza edilecekse, bu takdirde de gizli soruşturmacının CMK. m. 139'un uygulanabileceği suçlar dışında bir suçla ilgili elde ettiği delillerin diğer suçların soruşturma veya kovuşturması için kullanılabiliyor kullanılamayacağının madde metninde düzenlenmesi gerekir.

CMK m. 153 soruşturma evresinde savcının talebi üzerine ve belirli bir nedenle getirilen sınırlama dışında soruşturma ve kovuşturmanın her anında ilgili kimselerin dava dosyasını inceleme ve harçsız örnek alma hakkını düzenlemektedir. Bu dosya incelemeye yetkili kimseler, dosyadan örnek alır veya dosyayı incelerken şüphesiz ilgili kişisel verileri de öğrenebileceklerdir.

Belirtelim ki, kişisel veriler özel yaşamın ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilir ve bu nedenledir ki, CMK. m. 75 vd.'na aykırı biçimde kişisel verilerin elde edilmesi ve bunların toplanması, kaydedilmesi, depolanması ve başka amaçla kullanılması, TCK'ndaki kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler yanında, AİHS'nin 8. maddesini de ihlal eder.

Nitekim bu nedenledir ki, AİHM de kararlarında, bir kimsenin DNA profilinin kaydedilip muhafaza edilmesi veya kullanılması halinde, bu eylemlerin hukuka aykırı olması durumunda, AİHS'nin 8/1. maddesinin ihlal edileceğini, DNA profili incelemesinin suçların aydınlatılması ve önlenmesinde çok önemli rol oynamasına karşılık, bu müdahalenin hukuka uygun yapılması ve elde edilen verilerin de hukuka uygun kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir²⁹.

²⁹ Van der Velden/Hollanda., 29514/05, 7. 12. 2006 (Karar metni için bkz. **CENGİZ-DEMİRAĞ-ERGÜL-McBRIDE-TEZCAN**. Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında..., sh: 90-91).

D. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUN TASARISI'NIN CEZA HUKUKU İLE İLGİLİ HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

- İlk çalışma 1988 yılında yapıldı.
- Son Komisyon 2003'de oluşturuldu.
- 9 Kasım 2005'te Başbakanlığa sevk edildi.
- 2007-2013 AB Müktesebatına Uyum Programı bu Tasarının 2008'te kanunlaşması öngörüliyordu. Ancak tüm bu çaba ve girişimlere karşılık bu Tasarı henüz kanunlaştırılmadı.

- 1) **Tasarı'nın 2008 versiyonunda**³⁰, önceki özel ve tartışmalı düzenlemeler yerine ilgili davranış biçimine göre, kişisel verilerin bu kanuna göre ihlalinin TCK. nun 134-138. maddelerine göre cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. TCK'ndaki düzenlemelere rağmen bu suç tiplerine ayrıca bu kanunda yer vermek ve cezalandırılan eylem biçimlerinin hemen hemen tamamı TCK'ndaki suçların kapsamında olduğuna göre, amaç suçların içtimai hükümlerini uygulama dışı bırakmak ve aynı eylemi hem TCK hem bu Kanun uyarınca cezalandırmaktır ki, aynı yöntem Tasarı'nın önceki versiyonunun 40/3. maddesinde açıkça belirtilmiştir ki, bu düzenleme biçimi ***çifte cezalandırma yasağına aykırıdır***. Tasarı'nın 34. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, **bu kanun tasarısının 34 vd.'nda TCK'nun 134 vd.'ndaki hükümlere paralel hükümler düzenlenmesi öngörülmektedir. Bunun nedeni anlaşılamamaktadır. Ya bu hükümler tasarıdan çıkarılmalı veya madde metinleri yeniden gözden geçirilip düzenlenerek, bu tasarı kanunlaştığında TCK'ndaki hükümlerin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hükme yer vermek gerekmektedir.**
- 2) **Sağlık ve cinsel yaşama ilişkin veriler** Tasarı'da özel biçimde korunmamıştır. Tasarı'nın 7/1. ve 34/2. maddelerindeki düzenlemeler, bu iki konu dışındaki kişisel verilere ilişkin olup, işlenecek suçun cezasının artırımına neden olacaktır. Oysa Sözleşme bu iki konu için özel bir koruma sağlanmadıkça, bu tür kişisel verilerin otomatik biçimde işlenmesini-kaydedilmesini yasaklamaktadır (Sözleşme m. 6). **“Tasarının 7 inci maddesinde “hassas veriler” olarak anılan kişisel veriler “Özel niteliği olan veriler” başlığı altında sayılmıştır. Kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları; dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkumiyetleri ile ilgili kişisel verilerinin işlenemeyeceği kabul edilmiştir. 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesine İlişkin Olarak Bireylerin Korunması Hak-**

³⁰ Karş. **ŞİMŞEK**, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, sh: 191-221.

kındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve AT Verilerin Korunması Hakkındaki 95/46 sayılı direktifinde cinsel yaşama ait verilerin de hassas veri olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle Tasarının 7 inci maddenin (1) fıkrasına “**cinsel yaşama ait veriler**” eklenmelidir”³¹.

- 3) “Her ne kadar Avrupa Komisyonunun 95/46 sayılı Direktifinde sadece gerçek kişilere ilişkin kişisel verilerin direktif kapsamında korunacağı ifade edilmişse de, **yine Avrupa Komisyonunun 2002/58 sayılı Direktifiyle tüzel kişilere ait kişisel verilerin de koruma kapsamına dahil edileceği belirtilmektedir.** Nitekim Haziran 2003 tarihli **İtalyan Veri Koruma Kanununun** “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde kişisel veri “gerçek veya **tüzel kişilere**” ait veriler olarak tanımlanmıştır.”³²

Buna karşılık tasarı’da tüzel kişilerden sadece özel hukuk tüzel kişilerinin bu kanun kapsamına alınması ve fakat kamu tüzel kişileri veya tüzel kişiliği bulunmayan diğer toplulukların bu tasarı kapsamına alınmaması, hatalı ve eksik olmuştur³³.

- 4) **Tasarı’nın 34/1 ve 34/2. maddelerinde tipik davranış “işleme” olarak düzenlenmiştir.** Sözleşme maddesinden olduğu gibi Türkçeye çevrilen bu ifade, hem TCK’nun 135 vd.’yla tam bir uyum arz etmemekte hem de anlamı ve kapsamı belirsiz olduğu için, **belirlilik ilkesine aykırılık taşımaktadır.** Tasarıda, TCK’nda kullanılan ‘kaydetme’ terimi, yerine “işleme” teriminin tercih edilmesi yerinde olmamıştır.

³¹ **İLKİZ**, Kişisel Verilerin Korunması ve Kanun Tasarısı.

³² Tasarı’nın 2. maddesi gerekçesinden naklen.

³³ Karş.: “**Tasarı 2 inci maddesi** ile hem gerçek kişilerin ve hem de tüzel kişilerin tüm bilgilerini kişisel veri kabul etmektedir. Kişisel verilerin korunması aslında gerçek kişilerle ilgilidir ve insanın temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacını güder. Ancak tüzel kişilerin de koruma içine alınması olumlu bir gelişmedir....**Tasarının ikinci madde gerekçesinde** 200/58 sayılı Direktife atıf yapılarak “**tüzel kişilere ait kişisel verilerin de koruma kapsamına dahil edileceği**”nin belirtilmesi nedeniyle tüzel kişilere yer verildiği yazılıdır. Tasarı gerekçesinde tüzel kişilerin de korunması konusunda Haziran 2003’de kabul edilen İtalyan Veri Koruma Kanunun “Tanımlar” başlıklı 4 üncü maddesine atıf yapılmıştır.....**Tasarının 2.nci maddesinde** yer alan “**tüzel kişilerin**” tüm bilgilerinin korunması Kanun Tasarısının amacı ile uyumlu değildir. Sadece gerçek kişilerin kişisel verilerinin korunması esas alınmalıdır. Eğer 2002/58 sayılı Direktif dikkate alınarak düzenleme yapılması ve tüzel kişilerinde kanun kapsamı içine alınması düşünülecek olursa; tüzel kişiler için sadece “haklı menfaatleri varsa” ve bu menfaatlerin korunması gerekiyorsa bu Kanun kapsamına alınması tercih edilmelidir. **Tasarının 2 inci maddesinde** kişisel verilerin işleme türü bakımından bir ayırım yapılmamaktadır. Böylece yasa gerek otomatik gerekse otomatik olmayan biçimde kişisel verilerin işlenmesindeki kuralları öngördüğünü belirtmektedir. Böylece hem özel sektörde ve hem de kamusal alanda oluşturulan kişisel verilerin korunması “özel” veya “kamusal” alan ayırımı yapılmadan kanun kapsamına alınmıştır.” (**İLKİZ**, Kişisel Verilerin Korunması ve Kanun Tasarısı).

- 5) Tasarının 34. *maddelerine ilişkin Tasarının Kısım kenar başlığı içerikle uyumlu değildir. Burada kısım başlığı olarak*”Soruşturma ve Kovuşturma Hükümleri” başlığı kullanılmış ise de, gerçekte bu başlık altında devam eden maddelerde teknik anlamıyla suçlar ve kabahatlar ile tüzel kişilere uygulanacak güvenlik önlemlerinin koşulları düzenlenmiştir.
- 6) Yine, *Tasarının 37. maddesinin başlığı ile içeriği uyumsuzdur.* Madde başlığı “idari para cezaları” ifadesiyle belirtilmiş ve fakat madde içeriğinde birden fazla kabahat suçu (idari suç) düzenlenmiştir.
- 7) Tasarı’nın 36. maddesinde tüzel kişilere yaptırım uygulanması düzenlenirken, özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişisi ayrımı yapılmaması ve bir önceki Tasarı metninden ayrılması yerinde olmuştur. Ancak bu madde metninde, **“Bu Kanunda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında Türk Ceza Kanununun tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”** denilerek TCK.nun 60. maddesindeki tüzel kişinin sorumlu tutulabileceği diğer koşulların aranmaması ve ciddi bir yaptırımın öngörülmemesi yerinde olmamıştır.
- 8) **Kişisel verilerin korunmasına ilişkin Tasarı’daki suç (m. 40) şikayete bağlı kılınmıştır.** Oysa, diğer kişilik haklarının ihlaline nazar bu suçtaki tipik eylem çoğu kez, mağdurun suçun işlendiğinin öğrenmesinin çok güç olduğu eylemlerdir. **Bu suç ya re’sen kovuşturulan bir suç olmalıdır ya da CMK. m. 96’da olduğu gibi, halihazırda şekliyle şikayete bağlı suçu öğrenen resmi görevlilere özgü özel ihbar yükümlülüğü getirilmeli ve bu yükümlülüğün ihlali cezalandırılmalıdır. Burada, TCK. m. 278, 279 veya 280’deki düzenlemelere güvenmekle yetinmek, kişisel verilerin gerektiği biçimde korunması açısından yetersizdir.** Nitekim günümüzde adli vakalarla ilgili olarak düzenlenen iddianameler ve bunların mahkeme-ye verilmesi sonrasında oraya çıkan gerçekler göstermektedir ki, kişilerle ilgili hukuka aykırı kişisel veri kaydedilmesi vakaları kadar bu kişisel verilerin soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi bulunmadığı halde, iddianamelerde yer verilerek, basın organlarında yer almasına sebebiyet verilerek (toplanma ve kaydedilme sonrasında) ikinci veya üçüncü ihlallere neden olunmakta ve fakat birey bu hukuka aykırı fiillerden korunmamaktadır.
- 9) Halen Türkiye’de kanuni bir zemini olmadan, iletişim bilgileri ilgili kurumca 5 yıl (ve bir iddiaya göre ise 7 yıl) saklanıyor. Bunlar ileride ücret-fatıra konusundaki ihtilafların çözümünde kullanılabilir düşünce-

siyle saklansa ve kullanılsa dahi, adli bir vakada ilgili merciin isteği üzerine bu adli olayın soruşturma ve kovuşturmasında da kullanılıyor. Bu eylemin konusunu, özellikle cep telefonu aracılığıyla yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar ve kişisel veriler oluşturmaktadır. Konu yabancı hukukta da tartışmalıdır. Edinilen bilgiye göre, ABD ve İngiltere’de olmak üzere birçok ülkede birçok sivil toplum kuruluşu, özel şirketlerin ve devletlerin bu tür bilgilere ulaşmasını sert eleştiriyle yaklaşılmaktadır. İngiltere’de telefon operatörleri, müşteri bilgilerini **kanunların** izin verdiği 1 yıl süreyle, İtalya’da ise 5 yıl süreyle saklanmaktadır. Avrupa Birliği’nin üye ülkelere 2006 yılından itibaren, vatandaşlarının cep telefonu bilgilerini 6 ay ile 2 yıla kadar süreyle saklanması ile ilgili **kanun çıkarmalarını** tavsiye etmiş olsa da, üye ülkelerin yarısına yakını bu tavsiyeye uygun kanun çıkarmış değildir. Türkiye açısından da bu hukuksal sorunun giderilmesi için, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın bir an önce kanunlaştırılması gerekmektedir.

- 10) Tasarı’nın temel amaç ve düzenlemeleri daha çok kişisel verileri toplayan ve depolayanın hak ve yetkilerini düzenlemek olmuştur. Oysa, bu tür bir kanunun temel hedef ve amacı, daha çok hakkındaki kişisel veriler toplan ve kaydedilen kimselerin korunması olmalıdır. İlgili hükümlerde, Tasarıda mevcut olanın aksine, hakkındaki kişisel veri toplanan ve kaydedilen kimsenin hak ve yetkilerinin ayrıntılı düzenlemesine yer verilmeliydi.

SOSYAL HAKLAR

DEVLETİN OLUMLU EDİMİNİ GEREKTİREN SOSYAL HAKLARIN ANAYASAL DÜZEYDE KORUNMASI VE YARGISAL TUTUMLAR

*Doç.Dr. Bertil Emrah ODER**

Giriş

11 Ağustos 2008 tarihinde, uluslararası haber ajanslarında Güney Afrikalı *Irene Grootboom*'un öldüğü duyuruluyordu.¹ Ölüm haberindeki isim, ne ünlü bir siyasetçi ne de popüler bir figürdü. Dünya nüfusunun açlık, hastalık, yoksulluk ve barınma sorunlarıyla boğuşan milyonlarından biriydi. Ancak onu uluslararası haber ajanslarına taşıyan ve karşılaştırmalı anayasa hukuku alanında çalışanlar için önemli hale getiren, sosyal hak mücadelesinin en çok tanınan “sıradan kişi”si olmasıydı. Çünkü *Grootboom* adı, 2000 yılında Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin verdiği bir karar ile özdeşleşmişti: o, anayasal güvenceye alınmış “konut hakkı”nın doğrudan ve yargı eliyle uygulanması (“yargısallaşma”) bakımından özellikle yankı bulmuş bir davanın taraflarındandı.²

Bu inceleme, *Grootboom*'un ölümüyle bir kez daha anımsanan devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların, anayasal düzeyde korunması “sorunu”na eğilmektedir. Konu için “sorun” nitelemesi özellikle vurgulanmalıdır. Çünkü uluslararası düzeydeki araçlara rağmen, karşılaştırmalı anayasa hukukunda, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar için etkili korumayı gerçekleştirmenin önünde kuramsal, ideolojik ve pratik engeller bulunmaktadır. Sorunun boyutlarını ele alırken anayasa kuramı, anayasal

* Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 “*Grootboom dies homeless and penniless*”, Mail & Guardian Online, <http://www.mg.co.za/article/2008-08-08-rip> (Erişim tarihi: 10.10.2008)

2 South African Constitutional Court, *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, 2000 (11) BCLR, 1169 (CC).

düzenleme teknikleri ve yargısal tutumlar bakımından üç temel çıkış noktası belirlenebilir. Aşağıda, bu çıkış noktaları özellikle karşılaştırmalı anayasa hukuku temelinde irdelenecektir. Karşılaştırmalı gözlemler bakımından, Türkiye'nin yeri ayrıca incelenmektedir. Örnekler bakımından, Güney Afrika, İrlanda, İsrail ve Kanada gibi modeller öncelik taşımaktadır. Bu örneklerde Güney Afrika, son kuşak anayasacılık içinde yer alması; sosyal hak kataloğuna sahip olması; yoksulluk olgusunun keskin biçimde gözlenmesi ve sosyal haklar alanındaki yargısal hareketlilik gibi bir dizi anayasal ve olgusal nedenden ötürü, özel öneme sahiptir.

A. Sosyal Hakların Anayasal Düzeyde Korunması Sorunu

I. Anayasa Kuramı ve Sosyal Alan

Anayasa salt siyasal alanı ve olanı belirleyen bir belge olmakla mı yetinmelidir? Anayasa aynı zamanda toplumsal alanı da biçimlendiren bir belge olabilir mi? Anayasa kuramı açısından sosyal alanın anayasa konusu olması, bu sorulara verilen yanıtlara göre farklı anayasa tanımlarına yol açar. Anayasa sosyal alanı düzenleyen bir metinse varoluşçu ve maddi anayasa tanımları; tersine, salt siyasal yaşama ve siyasal olana yönelik bir metinse teknik-akılcı anayasa ya da yöntemsel anayasa tanımları ile karşılaşılır.³ Anayasanın toplumsal alanı düzenleyen bir temel norm olmadığına ilişkin görüşler, anayasanın toplumsal temelini reddetmezler, ama onu yalnızca siyasal alana özgü temel norm olarak değerlendirirler.⁴ Bu bakış açısına göre, anayasalar bütünsel bir düzen içeremezler. Düzeni yalnızca kısmen, “siyasetin düzenlenmesi” olarak belirleyebilirler. Devletin olumlu edimini gerektiren temel haklar içerseler bile, anayasaların toplumsal alanın temel düzeni olamayacakları da ileri sürülmüştür.⁵ Örneğin; çalışma hakkı, bir kişiye iş arama ve işe başvurma imkanı yaratır, ancak imkanın varlığı, kişinin işe alınacağına ilişkin güvence vermez. İşe alınma, emek pazarının koşulları ile kişinin anılan koşullara uygunluğuna bağlıdır.

“Maddi anayasa - yöntemsel anayasa” ikilisi, sosyal alanın anayasa konusu haline dönüşüp dönüşmemesi bakımından daha sık kullanılan iki tanıma

³ Ayrıntılar için bkz. Oder, Bertil Emrah, Avrupa Birliği'nde Anayasa ve Anayasacılık, 2004, İstanbul, Anahtar Kitaplar, S. 80-86. Bu ikilikte, maddi anayasa kavramı hiç kuşkusuz, anayasa hukukundaki “maddi anlamda anayasa-şekli (biçimsel) anlamda anayasa” ikiliğindeki anlamında kullanılmamaktadır.

⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz. Roellecke, Gerd, “Zur Zukunft des Verfassungsstaates”, JZ 1998, S. 691.

⁵ Sosyal haklara ilişkin hukuksal çözümün anayasada değil, yasalarda olduğu yönünde bkz. Karpen, Ulrich, “Effectuating the Constitution: Constitutional Law in View of Economic and Social Progress”, Perceptions, Journal of International Affairs, June-August 2002, Volume VII, Number 2, S. 28.

karşılık gelirler.⁶ Bu ikilideki anlamıyla maddi anayasa, belirli toplumsal ve ekonomik politikaların sürekliliğini güvence altına almak amacıyla onları anayasa normlarına dönüştürür. Yöntemsel anayasa ise bu türden tercihleri seçimle iş başına gelmiş çoğunluğa bırakır. Onun düzenleme alanı iktidarın el değiştirmesi, kullanımı ve sınırlanmasıdır.⁷ Yöntemsel yaklaşım, demokratik istikrar ile sosyal alandaki istikrarın anayasa değil, yasa (kanun) konusunu olmasını yeğlemektedir. Buna karşılık, hukuk ile sosyal alan arasındaki ilişkiyi, “yasa” ile değil, anayasa ile kurmak, maddi anayasayı ortaya çıkarır. Yöntemsel anayasa, çatışan çıkar ve beklentilerin yoğun olduğu sosyal alanı dışarıda bıraktığı için üzerinde uzlaşmanın daha kolay sağlanacağı bir belge gibi görülmüştür. Böylece, uygulanacak sosyal politikalara kural olarak anayasa engel oluşturmaz.⁸ Ancak bu alanı anayasa yapım sürecinin dışında tutmak, uzun erimde demokratik istikrarı bozabilecek bir zemin de yaratabilir.⁹ Çünkü sosyal alana ilişkin anayasal kuralların belirlenmediği örneklerde, ilkeli sosyal politikalar üretmeme olasılığı yüksektir. Değişen baskın grupların hiçbir anayasal engelle karşılaşmayan çıkar eksenli politikaları, toplumsal uzlaşmayı tehdit edebilir. Maddi anayasa, sosyal politika alanını anayasa ile sınırlayan bir işlev gördüğü için, bu olasılığı engellemektedir.

Kıta Avrupası anayasacılık deneyiminde *Weimar* Anayasası (1919), sosyal ve ekonomik alana ilişkin hükümleriyle, maddi anayasa özelliği gösteren temel örnekti. *Weimar* Anayasası eğitim, aile, annelik, gençler, sosyal politika amaçlı dernekler, sosyal güvenlik sisteminin kurulması, iş gücünün korunması gibi toplumsal alanın farklı konularını içermekle kalmamıştı. Anayasa'nın 151 /1. maddesi, ekonomik düzeni “insan onuru” üzerinden tanımlamayı da tercih etmişti:

⁶ Maddi ve yöntemsel anayasa kavramları ve bu konudaki örnekler için bkz. Özbudun, Ergun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, 1993, Ankara, S. 129-135; Atar, Yavuz, *Demokrasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Doçentlik Tezi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, Konya, S. 159-160; Caniklioğlu, Meltem, *Anayasa Arayışları ve Türkiye*, 1998, İstanbul, S. 285-286.

⁷ Anayasa yapım süreci bakımından yapılan karşılaştırmaya göre, maddi ve yöntemsel anayasanın tercihi farklılaşma gösterir. Maddi anayasanın, anayasa yapım sürecine belirli bir siyasal eğilimin ya da grubun egemen olduğu örneklerde (örneğin; Portekiz (1976); Brezilya (1988), Türkiye (1961 ve 1982)) ortaya çıktığı öne sürülmektedir. Buna karşılık, yöntemsel anayasa, yapım sürecine hiçbir siyasal grubun ya da eğilimin egemen olamadığı, dolaşısıyla uzlaşmanın maddi çıkarlara oranla, yöntemsel konularda daha kolay sağlanabildiği durumlara özgüdür. Bkz. Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, S. 130-131.

⁸ Tanör, Bülent, “*Çağdaş Anayasal Düzen ve TC Anayasası*”, Tarih ve Demokrasi, Tarık Zafer Tunaya'ya Armağan, Üniversite Öğretim Üyeleri Derneği, 1992, İstanbul, S. 131-132.

⁹ Demokrasi ile sosyal devletin ilişkisi için bkz. Herzog, Roman, “*Democracy and the Social State*, Social Security”, Social Market Economy, Lachmann, Werner / Rösner, Hans Jürgen (Eds.), 1995, Sankt-Augustin, S. 56 / 58.

“Ekonomik yaşamın düzeni, herkes için insan onuruna uygun bir varoluşu güvence altına almak amacıyla, adalet ilkelerine uygun olmak zorundadır.”¹⁰

Bunun yanında, *Weimar* Anayasası’nın 162. maddesi, “insanlığın işçi sınıfının, sosyal haklara ilişkin bir asgari güvenceden yararlanmasında” devletin rolünü vurgulamaktaydı. *Weimar* Anayasası bir yana bırakıldığında, anayasa tartışmalarında sosyal ve ekonomik hakların önem kazanmasının, II. Dünya Savaşı sonrasında gerçekleştiği söylenebilir. Özellikle Avrupa düzeyinde sosyal demokrat partilerin güçlenmesi olgusu, sosyal hak tartışmasında önem taşır. Çünkü sosyal demokrat anayasa anlayışı, demokratik değerlerin sosyal ve ekonomik alana anayasa aracılığıyla taşınmasını da savunur.¹¹ Bunun yanında, başka bir olgu da dikkat çekmektedir: Hristiyan demokrat partilerin özellikle Katolik kilisesinin öğretilerine dayalı sosyallik anlayışına programlarında yer vermeleri.¹² 2009 Avrupa Parlamentosu seçimleri için Alman Hristiyan Demokrat Birlik Partisi’nin (CDU) hazırladığı programda yer alan “sosyal güvenlik” vurgusu ve “sosyal pazar ekonomisini küresel olarak güvence altına alma” gibi ifadeler, Avrupa merkez sağının “sosyallik” söyleminin güncel örneğidir.¹³ 1989 sonrası anayasa hareketlerinde sosyal hakların yer alması aslında deregülasyon, sermayenin serbest dolaşımı, yabancı sermayeye açıklık gibi unsurlar içeren “Washington Uzlaşısı”na rağmen karşılaşılan bir durumdur. Ancak bu hakların anayasalarda yer almaları, kaynak finansmanına ilişkin sorunlar ve liberal ekonomik politikalar yüzünden, doğrudan ve etkili biçimde uygulandıkları anlamına da gelmemektedir.

II. Anayasalarda Sosyal Alan: Düzenlememe Gerekçeleri ve Düzenleme Biçimleri

1. Sosyal Alanının Anayasa Dışında Tutulması

Sosyal alana ilişkin temel anayasal tercihlerden ilki kuşkusuz, sosyal alanı anayasa dışında tutmak, anayasal düzenlemenin konusu yapmamaktır.¹⁴ Bu

¹⁰ *Weimar* Anayasası’nın metni için bkz. Willoweit, Dietmar / Seif, Ulrike, *Europäische Verfassungsgeschichte*, 2003, München, C.H. Beck, S. 658.

¹¹ Karş. Anderson, Gavin W., “*Social Democracy and the Limits of Rights Constitutionalism*”, 17 *Can. J.L. & Juris.*, S. 31; İsveç ve Alman sosyal demokrat partileri (SPD ve SAP) ve Avrupa’da sosyal demokratik süreçler için özellikle bkz. Berman, Sheri, *The Primacy of Politics, Social Democracy and the Making of Europe’s Twentieth Century*, 2006, Cambridge University Press.

¹² Karş. Tuschnet, “*Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*”, 82 *Tex. L. Rev.* 2003, S. 1914.

¹³ Starkes Europa- Sichere Zukunft, Program der Christlich Demokratische Union Deutschlands zur Europawahl 2009, Berlin.

¹⁴ Devletin olumlu edimini gerektiren hakların anayasalara girmemesi yönünde tartışmalar için bkz. Sunstein, Cass R., “*Against Positive Rights*”, *Western Rights?: Post-Communist Application*, Ed.: András Sajó, 1996, Deventer, Kluwer, S. 225-232.

tercih, yukarıda açıklanan anayasal yaklaşımlar ile yakından ilintilidir. Ancak özellikle sosyal haklar bakımından, bu grupta yer alan kimi hakların özelliklerine dayanarak, hak kuramına ilişkin karşı çıkışlar da yapılmıştır.¹⁵ Buna göre, hakkın öznesinin başkasının hakkına saygı duyması beklenen kişi ya da kişi grubu olması gerekir. Hak, başka bireylerin karşılıklı ilişkisinden doğan, karşılıklılığa sahip bir kavram olarak algılanır. Sosyal haklardan devletin olumlu edimini gerektirenler için hak öznesi böyle bir karşılıklı ilişki içinde olamaz. Dolayısıyla, devletin olumlu edimine gerek duyanlar için toplumsal bir yükümlülüğün olduğu kabul edilmez. Ancak karşılaştırmalı anayasa yargısının, hak kuramı açısından öne sürülen bu yaklaşımı zayıflattığı da vurgulanmalıdır. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin 2001 yılında ele aldığı bir dava, hak kuramı açısından devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları gerçekleştirmek için alınan kamusal önlemler ile "başkalarının hakları"nın çatışabileceğini göstermektedir.¹⁶ Dava konusu olayda, sel nedeniyle evlerinden olan yoksul bir gruba ("*Alexandra* sel mağdurları"), devlet tarafından geçici bir barınma kampı kurulmuştur. Ancak yakındaki yerleşim yerinin sakinleri mülkiyet hakkı, çevre koruması ve bir dizi başka ihlali öne sürerek, yetkili makama karşı dava açmıştır.¹⁷ Bu örnek, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklarda, karşılıklılık ilişkisinin, kişi hakları ve siyasal haklarda olduğu gibi doğrudan değil, devletin edimiyle kurulduğunu göstermektedir. Değinen davada, konut hakkı bir yasama işlemine gerek duyulmaksızın doğrudan uygulanmış ve devletin konut hakkından kaynaklanan yükümlülüğü gereği gibi yerine getirdiği saptanmıştır.¹⁸

Hak ve anayasa kuramcılarının bir kısmı da, sosyal haklar olarak anılan grupta belirginlik, tanım birliği, evrensellik ve uzlaşma eksikliği gibi gerekçelerle anayasal düzenlemeye karşı çıkmaktadır.¹⁹ Liberal ve muhafazakar

¹⁵ Tartışma için bkz. Fabre, Cécile, *Social Rights Under the Constitution: Government and the Decent Life*, 2000, Oxford, OUP, S. 53-66; Tushnet, "*Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*", S. 1895.

¹⁶ South African Constitutional Court, *Minister of Public Works v. Kyalami Ridge Environmental Association*, 2001, 7 BCLR, 652 2 (CC).

¹⁷ Davada sel mağdurlarının taşındıkları alan, beyaz ırkın yoğunlaştığı Kyalami Ridge şehridir. Mağdurların taşınmasıyla, Kyalami Ridge sakinleri gayrimenkullerinin değer kaybedeceği kaygısını taşımıştır.

¹⁸ Güney Afrika Anayasa Mahkemesi 2005 yılındaki Modderklip kararında, arazisi evsiz bir grup tarafından işgal edilen Modderklip'in zararının devlet tarafından karşılanması ve arazinin değerinin ödenmesine hükmetmişti. Modderklip, yaklaşık 10.000 barakası olan işgalcileri tahliye kararı almış, ancak kararı uygulamanın maliyetini karşılayamamıştı. Bu koşullar altında Mahkeme, mülkiyet hakkına yönelik ihlalde devletin sorumluluğunu benimsemiş, ancak evsizlerin de, daha uygun bir çözüm bulununcaya kadar, arazide kalmalarını sağlamıştır, bkz. *The President of the Republic of South Africa and others v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd and others*, 2005 8 BCLR, 786 (CC).

¹⁹ Benzer ve başka karşı çıkış gerekçeleri için bkz. Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, 1978, İstanbul, May Yayınları, S. 196; Uygun, Oktay, "*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi*", *Anayasa Yargısı* 20, Ankara, 2003, S. 267 vd.

kuramcılar, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları, mülkiyetin yeniden dağıtılmasına neden olacakları için desteklemezler.²⁰ Özellikle Amerikan hak anlayışında, hakkın liberal öğretiyeye uygun olarak sadece “negatif statü” olarak algılanmasının, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları sınıflandırmada güçlük yarattığı bilinmektedir. Ancak bu anlayış, negatif statü hakları olarak bilinen kimi hakların, devletin olumlu edimini gerektirmesi karşısında tutarlı sayılamaz. Özellikle seçme hakkı ya da adil yargılanma hakkı gibi devletin olumsuz edimini gerektiren kişi hakları ve siyasal haklar bakımından da, mali kaynak aktarımı (“olumlu edim”), söz konusu hakların kullanımı için önkoşul olabilmektedir.²¹ Bu konuda, devletin seçim işleri ve güvenliğinde ya da müdafii ve çevirmen tayinindeki kaynak kullanımı örnek gösterilebilir.

Devletin olumlu edimini gerektiren hakların, devletin mali kaynaklarına ve bütçeye ilişkin değerlendirmeyi gerekli kıldığı ve bu nedenle yargı eliyle uygulanamayacağı savı, anayasalara girmemeleri yönünde tartışmalara yol açmaktadır.²² Bu tür tartışmalarda, kaynak dağılımı sorunu yargının el atması gereken “yasak bölge”dir. Kaynak dağılımı konusunda, yalnızca seçimle işbaşına gelen ve politika üretmekle görevli yasama organı yetkili olabilir. Böylece, “demokratik kuram” ile devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların anayasallaşmasının bağdaşmadığı sonucuna varılır.²³ Buna karşılık, sosyal alanı düzenleme konusu yapmayan Amerikan Anayasası bakımından bile, Anayasa’nın yorum yoluyla sosyal hakları içermesine ilişkin tartışmalar yapılmaktadır.²⁴ Amerikan hukukundaki tartışmalarda anayasal dayanak noktaları “eşit koruma klozu”, “usuli güvenceler (“*due process*”) klozu” ve “imtiyazlar ve bağımsızlıklar klozu” olarak belirlemektedir.²⁵ Öğretilde, dev-

²⁰ Bu yöndeki görüşler için Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, 2004, Harvard University Press, S. 125.

²¹ Nolette, Paul, “*Lessons Learned from the South African Constitutional Court: Toward a Third Way of Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights*”, 12 Mich. St. J. Int’l. 2003, S. 92; farklı örneklerle benzer sonuç için bkz. Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 127.

²² Cross, B. Frank, “*The Error of Positive Rights*”, 48 UCLA L. Rev. 2001, S. 857.

²³ Anayasa kuramı, demokratik kuram ve felsefi açıdan sosyal hakların anayasallaşması konusundaki tartışmalar için özellikle bkz. Fabre, Cécile, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, S. 67-109; Macaristan örneğini dikkate alan reelpolitik bir sosyal hak savunusu için ayrıca bkz. Scheppele, Kim Lane, “*A Realpolitik Defense of Social Rights*”, 82 Tex. L. Rev. 2003, S. 1921-1961.

²⁴ Karş. Chemerinsky, Erwin, “*Making the Right Case for a Constitutional Right to Minimum Entitlements*”, 44 Mercer L. Rev. 1993, S. 536; Michelman, Frank I., “*Welfare Rights in a Constitutional Democracy*”, Wash. U.L.Q. 1979, S. 659; karşı. Sandhu, Puneet K., “*Comment: A Legal Right to Health Care: What can the United States learn from foreign models of health rights jurisprudence?*”, 95 Calif. L. Rev. (2007), S. 1164.

²⁵ Yüksek Mahkeme kararları çerçevesinde bkz. Tushnet, “*Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review*”, S. 1902-1903 (dn. 41).

letin olumlu edimini gerektiren sosyal haklarda bir ayrımcılık değil, gereksinimi olanlara gerekli kaynakların ayrılmamasından kaynaklanan “yoksun bırakma” söz konusu olduğu için, “eşit koruma klozu”nun uygulanma zorlukları da dile getirilmiştir.²⁶ Amerikan öğretisinde sosyal hak anlayışı bakımından son bir yaklaşım olarak *Tushnet*’in görüşüne yer vermek ilgi çekici olabilir. *Tushnet*, Amerikan Anayasa Hukukunda olumlu edim gerektiren sosyal hakların “zayıf maddi haklar” biçiminde ortaya çıktığını savunmaktadır.²⁷ Bunun nedeni, Yüksek Mahkeme’nin “asgari rasyonel bir temel”e dayanmayan sosyal politika uygulamalarını Amerikan Anayasası’na aykırı görebilmesidir.

2. Sosyal Alanın Anayasa İçine Alınması

Sosyal alan-anayasa ilişkisinde ikinci eğilim, anayasalarda sosyal nitelik taşıyan hükümlere yer vermektir. Bu eğilim eşitlikçi bir anlayışa dayandığı gibi, kişi hakları ve siyasal hakların etkili kullanımı için bireyin yiyecek, beslenme, barınma, sağlık ve eğitim gibi “temel gereksinimler”inin karşılanması anlayışına odaklanır. Aslında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yer alan sosyal güvenlik, beslenme, giyim, konut, tıbbi bakım ve geçim sıkıntısına karşı korunma, eğitim gibi haklar da “temel gereksinim anlayışı”nın bir yansımasıdır.²⁸

Nobel ödüllü ekonomist *Amartya Sen*’in “yaşam kalitesi değerlendirmesi” olarak bilinen ve Birleşmiş Milletler İnsani Gelişme Raporu ve Birleşmiş Milletler Gelişme Programı’na yön veren yaklaşımı “temel gereksinim anlayışı” ile benzeşmektedir.²⁹ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin 3 sayılı Genel Yorumu’nda bu yaklaşım daha somut ve hukuksal bir içerik kazanmıştır. Komite’nin, “asgari çekirdek (öz) yükümlülüğü” olarak kavramsallaştırdığı yaklaşım iki temel unsura sahiptir:³⁰ (1) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’ne taraf bir devlet, önemli sayıda kişiye temel besin maddesi, temel sağlık hizmetleri, barınma veya konut ile en temel eğitim biçimlerini sağlamadığı sürece Sözleşme’ye uygun davranmış sayılamaz. Çünkü bu sayılanlar, devletin gerçekleştirmesi gereken asgari çe-

²⁶ arş. Michelman, Frank I., “Foreword: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment”, 83 Harv. L. Rev. 1969, S. 13.

²⁷ Tushnet, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, S. 1902-1903 (dn. 41) / 1919.

²⁸ Özellikle bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 22, 25, 26.

²⁹ Hirschl, Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism, S. 126.

³⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 3 “The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)” 14/12/90, paragraf 10.

kirdeği (özü) oluştururlar. (2) “Asgari çekirdek (öz) yükümlülüğü”ne uygunluğun değerlendirilmesinde, devletin sahip olduğu kaynakların sınırlılığı da dikkate alınır. Çünkü Sözleşme’nin 2 /1. maddesinde “imkan dahilindeki kaynakların azamisi”ni kullanma ölçütü yer almaktadır. Devlet, asgari çekirdeği (özü) sağlamak için elindeki kaynakları kullanmada gerekli tüm çabayı gösterdiğini kanıtlamadıkça, bu yükümlülükten kurtulamaz.

Sosyal nitelik taşıyan hükümlerin anayasa konusu olması, farklı düzenleme biçimlerini de beraberinde getirmektedir. “Sosyal hak” yaklaşımı bu farklı düzenleme biçimlerinden biridir. Sosyal hakların yanında veya dışında çoğunlukla diğer düzenleme biçimleri olan

- (a) sosyal devlet ya da sosyal adalet ilkesi gibi ilkeler,
- (b) program kuralları (hedef gösteren kuralları),
- (c) devlete ödev yükleyen ya da yetki veren kuralları yer alır.³¹

Bugün Avrupa Birliği’ne (AB) üye devletlerin anayasal düzenlemelerinde sosyal nitelikli hükümlerin farklı düzenleme biçimlerinin tümünün ya da bir kısmının yer aldığı kolaylıkla görülebilir.³² Program kuralları, sosyal politi-

³¹ Bu konudaki sınıflandırma farklılıklarına rağmen bkz. Tanör, Bülent, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, S. 190.

³² Örnek yaklaşımlar için tüketici sayıda (“numerus clausus”) olmamak üzere şu anayasalar ve hükümleri verilebilir: Belçika Anayasası madde 23 (devletin düzenleme yetkisi ve sosyal hak yaklaşımı); Almanya Bonn Anayasası madde 20 ve 28 (sosyal devlet ilkesi); Danimarka Anayasası paragraf 74 (program kural ve belirli koşullarda kamusal desteği talep hakkı); Estonya Anayasası paragraf 28, 29, 37 (sosyal hak yaklaşımı ve devletin düzenleme yetkisi); Finlandiya Anayasası paragraf 19 (sosyal hak, düzenleme yetkisi ve program kural yaklaşımı); Fransa Anayasası, madde 1, madde 34 ve 39 (ilke ve düzenleme yetkisi yaklaşımı; “dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı” 2004 Çevre Şartı ile birlikte Fransa Anayasası’nın Başlangıç kısmına girse de, bu hakkın 1982 Anayasası’nda olduğu gibi bir sosyal hak olarak sınıflandırılması söz konusu olmamıştır.); İspanya Anayasası madde 1, 39-52 (ilke, program kural ve hak yaklaşımı); Polonya Anayasası madde 24, 69, 70, 71 (sosyal hak, düzenleme yetkisi ve ödev, program kural yaklaşımı); Portekiz Anayasası madde 9, 63-72, 92 (ödev, sosyal hak ve Ekonomik ve Sosyal Konsey’i öngören kurumsal sosyal politika yaklaşımı). Portekiz, Slovak ve Çek anayasaları sosyal, ekonomik ve kültürel hakları ayrı bir bölüm halinde düzenlemektedirler. Slovak Anayasası için bkz. madde 35-43; Çek Anayasası için bkz. madde 26-35. Slovak Anayasası ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ayrı bir bölüm halinde düzenlemekle birlikte, bu katalogta bazen “hak” bazen “talep” ifadesi kullanılmaktadır, karşı. Slovak Anayasası madde 35 ve 36. Hangi hakların sosyal ve ekonomik haklar olarak sınıflandırılacağı sorusuna, anayasal düzenlemelere bakarak yanıt vermek mümkün değildir. Çünkü anayasal düzenlemelerde bu tür haklara ilişkin sınıflandırma, farklılıklar göstermektedir. Sözgelimi, Slovak Anayasası çevre hakkını ayrı kategori olarak düzenlerken (madde 44 ve 45), Çek Anayasası bunu ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bağlamında düzenlemiştir (madde 35). AB’ye üye devletlerin anayasalarında esas alınan derleme için bkz. Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, 6. Auflage, 2005, München, Beck Texte im dtv.

ka ilkelerini ve kimi zaman da “Ekonomik ve Sosyal Konsey” gibi sosyal politikaların kurumsal araçlarını içerebilirler.³³ Bununla birlikte, hangi kuralın programatik nitelik taşıdığı, hangisinin ödev ya da yetki verdiğini ayırt etmek kolay olamayabilir. Ödev yükleyen veya yetki veren kuralların programatik yorumlanma olasılığı da yüksektir.³⁴ Ancak kuralda, ödev ve yetki alanına ilişkin somutlaşma ve ifadede kesinlik, açıklık, belirginlik ve takdir yetkisini daraltıcı unsurlar gözlenabiliyorsa, o kuralın ödev ya da yetki kuralı olduğundan hareket edilmelidir. Ancak yetki veren kuralların, bir sosyal hakka eşlik etmesi de mümkündür. Bir sosyal hakka eşlik eden yetki veren kurallar, o hakkın doğrudan uygulanabilir olmadığı, hakkın belirli unsurlarının uygulanması için kanunla düzenlemeye gerek duyulduğu anlamına gelebilirler.

Devletin olumlu edimini gerektiren haklar bakımından dikkat edilmesi gereken nokta, bazı hakların kimi unsurlarının devletin olumlu, kimilerinin devletin olumsuz edimini gerektirebileceğidir. Eğitim ve öğrenim hakkı, devletin eğitime ilişkin yükümlülükleri açısından –örneğin; okullaşmayı ve eğitimin kalitesini artırma- kuşkusuz devletin olumlu edimi gerektirir. Ancak “kimseyi eğitim ve öğrenim hakkında yoksun bırakmama”, “çocukların eğitim ve öğrenimi konusunda ebeveynlerin tercihleri”; “eğitim ve öğrenim faaliyetlerini engellememe” gibi unsurlar bakımından devletin olumsuz edimleri söz konusu olmaktadır. Bu son küme açısından, somut olayda kişinin maddi ve manevi varlığının gelişimi, özel yaşamın gizliliği, düşüncüyü açıklama özgürlüğü gibi kişi hakları da “yarışan haklar” olarak anayasaya uygunluk denetiminde dikkate alınabilir. Diğer bir nokta, devletin olumlu edimini gerektiren haklarda, olumlu edimin diğer haklar ile çatışması, bunlara sınırlamalar getirmesi olasılığıdır. Sözgelimi, eğitim hakkı bakımından özel okullara ilişkin burslu öğrenci okutma yükümlülüğü, eğitim alanındaki çalışma özgürlüğüne, eğitim hakkı ve sosyal devlet ilkesi uyarınca getirilen bir sınırlamadır.³⁵

Türkiye özelinde sosyal hakların kapsamlı bir anayasal düzenlemeye konu olduğu 1961 Anayasası, sosyal hak yaklaşımı yanında program kurallar, ilkeler ve devlete ödev yükleyen ya da yetki veren düzenleme tekniklerini içeriyordu. Bu yaklaşımın izleri, biçimsel olarak 1982 Anayasası’nda da görüle-

³³ Örnek olarak bkz. Portekiz Anayasası madde 92/1: “Ekonomik ve Sosyal Konsey, ekonomi politikası ve sosyal politika alanında danışma ve eşgüdüm organıdır. Ekonomik ve sosyal gelişmeye ilişkin planlar ve büyük projeler hakkındaki tasarıların değerlendirilmesine katılır ve kanunla tanınmış olan diğer işlevleri de yerine getirir.”

³⁴ Sosyal alanda “sosyal hak” tanımakta çekingen davranan sosyal eğilimli anayasalar için, ödev ve yetki veren kuralların çekici olduğu yönünde bkz. Tanör, *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, S. 194-195.

³⁵ Karş. E. 1990/4, K. 1990/6, K.t. 12.4.1990, AYMKD 26, S. 124 vd.

bilir. 1982 Anayasası, işçi-işveren ilişkilerini ilgilendiren haklardaki ideolojik farklılığına rağmen, sosyal alana ilişkin düzenleme tekniklerini 1961 Anayasası'na benzer biçimde kullanmıştır. Her iki anayasa bakımından özellikle ortak olan düzenleme tekniği, sosyal hakların bir kısmında, hak tanıyan norma eşlik edecek biçimde devletin ödevi ("tedbir alma") veya hakka ilişkin düzenleme yetkisidir. Örneğin; çalışma hakkı (ve ödevi) bakımından, Anayasa'nın 49. maddesinin 2. ve sonuncu fıkraları devletin tedbir alma yükümlülüğünü içermektedir. Dinleme hakkı bakımındansa, devletin hakka ilişkin düzenleme yetkisine gönderme yapılmaktadır: ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanun ile düzenlenir. 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın "özgürleştirme normu" olarak benimsediği devletin temel amaç ve görevlerine ilişkin düzenlemeyi -daha zayıf biçimde yinelemekle birlikte- korumaktadır (1961 Anayasası madde 10/2 ve 1982 Anayasası madde 5).³⁶ İfadenin zayıflaması özellikle, devletin ödevini yerine getirmek değil, getirmeye çalışmak ile sınırlı tutulmasında belirginleşmektedir: "kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak suretle sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak". Buna karşılık 5. maddenin gerekçesi bu sözel zayıflamayı içermeyen bir anlatıma da yer vermiştir: "Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir." "Özgürleştirme normu", politik hedef gösteren program kural izlenimi vermekle birlikte,³⁷ anayasa yargısında ölçü norm olarak kullanılmıştır. Anayasa Mahkemesi, "suç sayılır taksirli bir hareketi yüzünden hastalanan sigortalıya geçici iş görmezlik ödeneği verilmemesi"ni sosyal devlet ilkesi ve sosyal güvenlik hakkı ile birlikte Anayasa'nın 5. maddesindeki özgürleştirme amacına da aykırı görmüştü.³⁸ Bu örnek, devletin olumlu edimleri bakımından, 5. maddenin hak niteliği taşımasa da, anayasaya uygunluk denetiminde normatif değere sahip olabileceğini göstermektedir. Mahkeme, özel eğitim kurumlarının burslu öğrenci okutma yükümlülüğünü de devletin "özgürleştirme ödevi" ile birlikte yorumlamıştı:

³⁶ 1961 Anayasası bakımından bkz. Akad, Mehmet, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasası'nın 10. Maddesi, 1984, İstanbul, İÜHF Yayını.

³⁷ 1961 Anayasası'nın gerekçesi çerçevesinde madde 10/2'nin "genel bir direktif" niteliğinde oluşuna dayanarak bkz. Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, S. 192-193.

³⁸ Özellikle bkz. E. 1995/37, K. 1995/31, K.t. 11.7.1995, AYMKD 32/1, S. 225: "Emeğinden ve sosyal güvenlik hakkından başka hiçbir güvenceye sahip olmayan işçinin, suç sayılabilecek kusurlu bir eylemi nedeniyle sosyal güvenlikten yoksun bırakılması, prime dayanan sigorta anlayışına uygun değildir. (...) Bu nedenlerle, (...) itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırıdır."

“Maddî imkânlardan yoksun, başarılı öğrencilere, özel okullarda belli oranda yer ayırma zorunluluğu, nitelikli insan yetiştirme ödevi yanında, Anayasa’nın 5. maddesinin Devlete yüklediği “... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama...” ödevinin de yasal [hukuksal] sonucudur ve demokratik toplum düzenini sosyal yönüyle şekillendiren bir anlayışın gereğidir. Onun için, Devletin bu tutumunu haklara engeller koyan Devlet değil, sosyal devlet ilkesini gerçekleştiren devlet olarak nitelemek gerekir.”³⁹

Ancak Anayasa Mahkemesi, devletin özgürleştirme ve sosyal güvenliğe ilişkin ödevlerini “takdir yetkisi”ne yer veren biçimde de yorumlamaktadır. Bu yorum, 5. maddenin programatik niteliğini öne çıkarmaktadır. Mahkeme’nin, gecekondü niteliğindeki yapı sahiplerinin SSK’ya prim borçlusu sayılmamalarını öngören yasa hükmünü Anayasa’ya uygun bulduğu karar böyle bir örnektir.⁴⁰ Davada, itiraz yoluna başvuran mahkeme, yasama organının, sosyal güvenlik kuruluşlarının kaynaklarını azaltma yetkisi olmadığını, aksine tutumun Anayasa’nın 5. maddesine aykırı olacağını savunmuştu. Anayasa Mahkemesi ise devletin “daha önemli telakki ettiği sosyal çıkarlar için” borçlularından vazgeçebileceğini belirtmişti. Aynı kararda, şu ifadeler de dikkat çekicidir: “(D)evletin (sosyal güvenlik alanında) kaynağı belirlemek, tüm sosyal güvenlik kuruluşlarını birleştirmek, icabında başka bir yapıya sahip kılmak hususunda geniş takdir yetkisine sahip olduğu su götürmez.”⁴¹

Düzenleme biçimleri bakımından önem taşıyan nokta, sosyal alanı düzenleyen kimi anayasaların, daraltıcı anayasal hükümler ile sosyal hak ve sosyal politikalara ilişkin anayasa normlarını zayıflatmaları ve özellikle sosyal alanın yargısallaşmasını engelleme girişimleridir. Böyle düzenlemeler için İrlanda, Hindistan ve Türkiye örnek modeller olarak gösterilebilir. Hindistan Anayasası’nın IV. Bölümü devlet politikasına yön veren ilkeler arasında sosyal politikaya ilişkin ilkeleri devletin görev alanına katmıştır.⁴² Bu ilkelerin devlet yönetiminde temel olacağı ve devlet tarafından yasa yapımında uygulanacağı benimsenmiştir. Ancak aynı ilkelerin mahkemeler tarafından uygulanamayacağı özel bir hükümle vurgulanmaktadır.⁴³ Hindistan modelinde

³⁹ E. 1990/4, K. 1990/6, K.t. 12.4.1990, AYMKD 26, S. 135.

⁴⁰ Özellikle bkz. E. 1986/16, K. 1986/25, K.t. 21.10.1986, AYMKD 22, S. 290-291.

⁴¹ E. 1986/16, K. 1986/25, K.t. 21.10.1986, AYMKD 22, S. 291.

⁴² Söz konusu ilkeler arasında, kişilerin refahını geliştirecek sosyal düzeni güvence altına almak; kadın-erkek ücret eşitliği; adil ve insanca koşullarda çalışma; gebelik izni ya da işçinin yönetime katılması gibi genel ya da özel nitelikli ve kapsamlı konular yer almaktadır, özellikle karış. Hindistan Anayasası madde 38, 39, 41, 42, 43, 43A, 45, 47, <http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf> (Erişim tarihi: 2.4.2009).

⁴³ Hindistan Anayasası madde 37.

yer alan sosyal politika ilkelerinin bazılarının “hak” olarak ifade edilmiş olduğu dikkat çekmektedir. Ancak söz konusu “haklar”, devlet açısından mali kaynakları esas alan “etkili kullanmayı sağlama” görevine bağımlıdır. Aşağıdaki alıntı, anılan türden “haklar”a örnek oluşturmaktadır:

“Devlet, ekonomik yeterliliği ve gelişmişliğinin sınırları çerçevesinde çalışma, eğitim ve işsizlik, hastalık, ileri yaş, malullük ve istenmeyen diğer durumlara ilişkin kamusal destek hakkını güvence altına alan etkili düzenlemeyi yapar.”⁴⁴

Hindistan Yüksek Mahkemesi *Olga Tellis* kararında, mahkemeler tarafından uygulanamayacağı belirtilen sosyal politika ilkeleri arasında yer alan “geçinme hakkı”nı (Anayasa madde 39/a), Hindistan Anayasası’nın yaşam hakkı kapsamında (Anayasa madde 21) görerek koruma altına almıştır.⁴⁵ Böylece sosyal politika ilkesi olarak “geçinme”, bir kişi hakkı bağlamında yorumlanmaktadır. Ancak Mahkeme, geçinmenin unsuru olarak barınma bakımından mutlak korunma sağlamamaktadır. Bu nedenle, kaldırım ve gecekondü sakinlerinin adil ve makul bir usul çerçevesinde barındıkları yerden çıkartılabileceği hükme bağlanmıştır. Kararın uygulanması muson yağmurları döneminin sonrasına bırakılmış ve 20 yıllık gecekondü bölgeleri ile 1976 tarihli nüfus sayımında kayıtlı olanlar bakımından istisnalar getirilmiştir.

Benzer biçimde İrlanda Anayasası, “sosyal politikanın yönlendirici ilkeleri” başlığında sosyal alanı düzenleyen hükümler içermesine rağmen, ilkelerin yalnızca yasama organına genel anlamda rehberlik ettiğini vurgulamaktadır.⁴⁶ İrlanda Anayasası, Hindistan Anayasası gibi, sosyal politikanın yönlendirici ilkelerinin, Anayasa’daki diğer hiçbir hüküm çerçevesinde, yargı tarafından tanınıp uygulanamayacağını açıkça vurgulamıştır.⁴⁷ Bununla birlikte İrlanda Anayasası’nda eğitim konusunun sosyal politika ilkeleri değil, temel haklar başlığında düzenlendiği dikkat çekmektedir.

Türkiye örneğinde Anayasa’nın 65. maddesi, devletin olumlu edimini içeren sosyal hakların sınırlarını göstererek, bu hakların ileri sürülmesini güçleştiren bir nitelik taşır. Ancak güçleştirme, yargı düzeyinde tanınmanın engellen-

⁴⁴ Hindistan Anayasası madde 41.

⁴⁵ Supreme Court of India, *Olga Telis & Ors v. Bombay Municipal Corporatin & Ors etc.*, (1985) 2 Supp SCR 51.

⁴⁶ İrlanda Anayasası’nın sosyal politika ilkeleri arasında, kadın ve erkeğin eşit biçimde geçimini sağlayacak işe sahip olması; mülkiyet ve toplumun diğer maddi kaynaklarının, kamusal yararını en üst düzeyde sağlayacak şekilde dağıtımı; serbest rekabet ve temel mallarda tekelleşme sorunu; ekonomik anlamda güçsüz grupların korunması; işgücünün sömürülmesi gibi geniş ve yasama organının somutlaştırması beklenen ilkeler yer almaktadır. İlkelerin ayrıntıları için bkz. İrlanda Anayasası madde 45 / (2), (3), (4) ve 45 / 2 (İrlanda Anayasası’nın fıkra ve bent düzenlemeleri alışımlışın dışındadır).

⁴⁷ İrlanda Anayasası madde 45/1.

mesi ölçüsüne ulaşmamaktadır. Türkiye özelinde sosyal ve ekonomik hakların yargı tarafından korunması, Anayasa'nın 65. maddesi karşısında alınan yargısal yorum ve tutumlarla ilintilidir. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

B. Devletin Olumlu Edimini Gerektiren Sosyal Haklara İlişkin Yargısal Tutumlar: Karşılaştırmalı Hukuk

Devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklara ilişkin yargısal tutumlar bakımından, yargısal korumayı benimsemeyen Kanada, İsrail ve İrlanda ile yargısal korumadan yana tavır alan Güney Afrika ve Türkiye örnekleri ele alınacaktır. Bu örnekler, benimseme-benimsememe yönündeki ikili tavrın gerekçelendirilmesinde belirgin ve dikkat çeken örnekler olduğu için seçilmiştir.

I. Yargısal Korumayı Benimsemeyen Örnekler: Kanada, İsrail ve İrlanda

Yargısal korumayı reddeden içtihat örnekleri öncelikle, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklara anayasal koruma sağlamayan modellerde görülebilir. Böylesi modellerde ilgi çekici nokta, söz konusu haklara yönelik anayasal korumanın yokluğuna rağmen, hak korumasına ilişkin istemlerin yargı önüne taşınmış olmasıdır. Bu konuda Kanada ve İsrail yargısından örnekler dikkat çekicidir. Diğer bir örnekse, anayasasında sosyal politika ilkesi olarak değil, ancak hak kataloğu içinde "eğitim" konusunu düzenleyen İrlanda'dan verilebilir. Farklı düzenleme tekniklerine rağmen bu iki grup, yargısal korunmayı reddetmektedir. Kanada, İsrail ve İrlanda'daki yargısal tutumlar şöyle özetlenebilir:

(a) Kanada'nın maddi anlamda anayasasının bileşenlerinden biri olan Haklar ve Özgürlükler Şartı, devletin olumlu edimini gerektiren özgül bir sosyal hak kataloğu içermemektedir. Kanada'da, devletin sosyal alandaki sorumluluğunu içeren bir değişiklik paketi hazırlandıysa da, 1992 yılındaki bir referandumda reddedilmiştir. Bununla birlikte, Hak ve Özgürlükler Şartı'nın kanun önünde eşitlik ilkesini içeren 15. bölümü, sosyal nitelikli davaların Yüksek Mahkeme tarafından ele alınmasına neden olmuştur. Bu davalarda, Mahkeme, Şart'ı, devletin olumlu anayasal yükümlülüğünü içeren bir biçimde yorumlayamayacağını açıkça dile getirmektedir. Mahkeme *Finlay* kararında, "ihtiyaç halindeki kişinin temel gereksinimlerine eşdeğer asgari düzeydeki refah yardımlarını sağlama" konusunda, eyaletlerin bir yükümlülüğünün olmadığını vurgulamaktadır.⁴⁸ Kanun önünde eşitlik ile birlikte,

⁴⁸ *Finlay v. Canada*, (1993) 1 SCR 1080, <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1993/1993rcs1-1080/1993rcs1-1080.html> (Erişim tarihi: 20.3.2009); Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 128.

Şart'ın 7. bölümündeki kişi güvenliği hakkının da öne sürüldüğü *Gosselin* kararında, bu hakkın, sosyal yardımları kapsamadığı açıklanmaktadır.⁴⁹ Mahkeme, 1997 yılında *Eldridge* kararında, kanun önünde eşitlik ilkesinin yorumunu genişleterek, devletin olumlu yükümlülüklerine ilişkin bir yaklaşımı da benimsemiştir. Buna göre, devlet, toplumdaki dezavantajlı bireylerin de kamuya sunulan yararlardan ve hizmetlerden tümüyle faydalanmasını sağlamalıdır.⁵⁰ Dolayısıyla, işitme engelliler için kamusal fonlarla karşılanan işaret dili yardımını sağlamada, hastane ve doktorların ihmali, ayrımcı bir uygulama olarak görülmüştür. Çünkü etkili bir sağlık hizmeti alabilmek için iletişimin kurulabilmesi önkoşuldur. İşitme engelliler bakımından, işaret dili iletişimin temel aracıdır. Ancak bu dava özelinde Mahkeme, sağlık hakkı bakımından doğrudan devletin yükümlülüğünü yerine getirmesini öngörmekte, devlet zaten sosyal alanda eylem ve işlemlere girişmişse, bunların sınırlarını göstermektedir.⁵¹ Üç altı yaş arası otistik çocuklara yönelik özel bir tedavi programı bulunmasını istemiyle açılan *Auton* davasında, Mahkeme, eşitlik ilkesini devletin bir yarar ya da hizmet sunmayı benimsediği durumlarla sınırlı olarak uygulayabileceğini yinelemektedir.⁵² *Auton* davasında, istem Mahkeme tarafından reddedilse de, kararda devletin otistik tedavi konusundaki yavaşlığına gönderme yapılması dikkat çeker. Davacılar yargı yoluyla sonuç alamamış, ancak dava otizm alanında eylem ve uygulama planlarının kabul edilmesine giden bir sosyal politika sürecini hazırlamıştır.⁵³

(b) İsrail yargısında devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar tartışması, İsrail anayasal düzeninin bir parçası olan İnsan Onuru ve Özgürlüğü Hakkındaki Temel Yasa çerçevesinde yapılmaktadır. İsrail Yüksek Mahkemesi 1996 yılında, eğitim ve gelişim güclüğü olan çocukların bakımına ilişkin bir davada, adı geçen temel yasanın anayasal bir dayanak sunmadığını belirtmektedir.⁵⁴ Mahkeme'ye göre, anayasal bir hak anayasal bir

⁴⁹ *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/2002/2002scc84/2002scc84.html> (Erişim tarihi: 20.3.2009); Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 129.

⁵⁰ *Eldridge v. British Columbia*, (1997) 3 SCR 624, <http://scc.lexum.umontreal.ca/en/1997/1997rcs3-624/1997rcs3-624.html> (Erişim tarihi: 20.3.2009); Sandhu, "Comment: A Legal Right to Health Care: What Can the United States Learn from Foreign Models of Health Rights Jurisprudence?", S. 1189-1190.

⁵¹ 1992 yılındaki *Schacter* kararına da dayanarak bkz. Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 130.

⁵² *Auton v. British Columbia*, (2004) 3 SCR 657, 2004 SCC 78, <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc78/2004scc78.html> (Erişim tarihi: 20.3.2009).

⁵³ Gelişmeler için bkz. Sandhu, "Comment: A Legal Right to Health Care: What Can the United States Learn from Foreign Models of Health Rights Jurisprudence?", S. 1190.

⁵⁴ Aktaran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 136-137.

dayanağa sahip olmalıdır. Eğitim hakkının insan onuruna dayandırılması, bu kavramı genişletir ve büyük güçlüklerle yol açar. Bu durumda, birey devletten daha iyi bir yaşamı talep eder hale gelir. Mahkeme'nin, bir davada hayvanat bahçesindeki timsahlara insancıl muameleyi insan onuru ve özgürlüğüne ilişkin güvence kapsamında görmesi karşısında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklara ilişkin yaklaşımı ironiktir.⁵⁵ Mahkeme, uzunca bir dönem “tanınmayan köyler”e alt yapının sağlanmasını reddettikten sonra, kimi kararlarında bu yerlerin imar kapsamına alınmasına ya da Arap ağırlıklı yerleşim yerleşimlerde anne-çocuk sağlığı merkezleri korunmasına hükmetmiştir. Ancak bu tür kararlar, devletin olumlu ediminin kabulüne değil, Kanada’da olduğu gibi sunulan hizmetlerin eşitliği ilkesine dayanmaktadır.⁵⁶

(c) İrlanda yargısında, devletin olumlu edimini gerektiren bir sosyal hak olarak zihinsel gelişim ya da psikolojik sorunları olan çocukların eğitimi konusu sıklıkla ele alınmıştır.⁵⁷ Yerel mahkemeler, bu alanda eylem programları gibi siyasal çözümler buluncaya değin, davaları ertelemeyi ve programlar kabul edilince “icra/uygulama emri” (*injunction*) vermeyi tercih etmiştir. Ancak sorun Yüksek Mahkeme'nin önüne geldiğinde, bu tür yerel mahkeme kararları sosyal sorunlara ilişkin politik tercihlere yargının karışamayacağı gerekçesiyle uygun görülmemiştir. Yüksek Mahkeme'nin gerekçesinde özellikle şu ifade önem taşımaktadır: “Ulusal kaynaklara ilişkin pek çok yarışan iddianın geçerliliği hakkında bir değerlendirme yapmak mahkemelerin işlevi değildir.”⁵⁸ Mahkeme bu yaklaşımıyla, yerel mahkemelerin icra/uygulama emirlerini politik ya da politika üretme süreçlerine müdahale eden kararlar olarak algılamaktadır. Yüksek Mahkeme'nin tutumu, İrlanda’da sosyal haklar bakımından “yargısal çekingenlik” olarak görülebilir. Ancak İrlanda Anayasası’nda eğitim konusu, yukarıda açıklandığı üzere, yargıya kapalı sosyal politika alanı değildir; temel haklar arasında düzenlenmektedir. Her ne kadar, ebeveynin eğitim hakkına ilişkin öncelikler anayasal düzenlemede ağırlık taşısa da, devlet çocuklar için ahlaki, ruhsal ve sosyal bir eğitimin asgarisini sağlama ödevi altındadır. Bu nedenle, İrlanda örneğinde Yüksek Mahkeme'nin dayandığı anayasal zemin, Kanada ve İsrail’den farklıydı. Ama söz konusu farklılık, yargısal tutumlarda sonuç bakımından farklılık yaratmamıştır.

⁵⁵ Aktaran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 137.

⁵⁶ Aktaran Hirschl, *Towards Juristocracy, The Origins and the Consequences of the New Constitutionalism*, S. 138.

⁵⁷ Aktaran Tushnet, *“Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”*, S. 1899-1900.

⁵⁸ Aktaran Tushnet, *“Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”*, S. 1900.

II. Yargısal Korumayı Benimseyen Örnekler: Güney Afrika ve Türkiye

Yargısal korumanın benimsenmesinde, Güney Afrika ve Türkiye'deki içtihat incelenebilir. Aşağıda, Güney Afrika bakımından “*Grootboom ve Diğerleri*” ile “*Nevirapine*” örnek kararlar olarak ele alınmaktadır. Türkiye bakımından anayasa yargısı ile adli ve idari yargıdaki tutumlar, içtihatla benimsenen ölçütler ya da yaklaşımlar sınıflandırılarak değerlendirilecektir.

1. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin “*Grootboom ve Diğerleri*” Kararı

Grootboom kararına neden olan, Güney Afrika'da *Oostenberg* bölgesi *Wallacedene* topluluğu sakinlerinden oluşan bir grubun açtığı davaydı. Olgular kısaca şöyle özetlenebilir: *Wallacedene* bölgesi, imarsız bir yerleşim, bir gecekondu bölgesidir. Bölgedeki halk, yoksulluk sınırının altında yaşamaktadır. Bölgenin su, kanalizasyon, elektrik gibi alt yapısı yoktur. Ayrıca bir kısmı, su ve sel tehlikesi altındadır. Bölge halkı çok uzun zaman önce, düşük gelirli lere uygulanan toplu konut projesi listesine adlarını yazdırmıştır. Bu kişilerin bir bölümü, neredeyse yedi yıldır bekleme listesindedir. Zaman içinde aralarında *Grootboom*'un da olduğu 900 kişilik (510 çocuk ve 390 yetişkin) grup, barınakları ile birlikte (çadır, baraka vb.) yakındaki boş, ancak özel kişiye ait alana taşınmıştır. Alan, toplu konut yapımı için kamulaştırılması kararlaştırılan bir alandır. Malikin başvurusu üzerine, *Grootboom* ve komşuları alandan çıkarılırlar. Ancak mahkeme, belediye ile bölge sakinlerinin arasında, müzakere ile geçici veya kalıcı bir yerleşimin sağlanmasına da hükmeder. Bölge sakinleri, bulundukları araziden tahliye edilerek, bir spor alanına taşınırlar, ama başvurularına rağmen geçici ya da kalıcı bir yerleşim yeri kendilerine verilmez. Tahliye, kış koşullarında ve ırkçı dönemin (“*apartheid*”) zorla tahliye uygulamalarını hatırlatacak biçimde yapılır. Sakinlerin bir kısmı, kişisel eşyalarını bile boşaltmadan, evleri buldozerlerle yıkılır. Taşınılan yeni yer de, kış koşullarına dayanıklı değildir. Böylece başlayan dava sürecinde, bölge sakinlerinin barınmaya ilişkin istemleri önce Cape Yüksek Mahkemesi, daha sonra da Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Aktarılan olgulara, Güney Afrika'ya ilişkin özel veriler de eklenebilir. 1997 yılındaki bir araştırmaya göre, Güney Afrika'da 2.2 milyon kişinin yeterli barınma imkanına sahip olmadığı saptanmıştı.⁵⁹ Bu sayıya, her yıl 204.000 kişinin eklendiği tahmin edilmekteydi. Böylece, Güney Afrika öze-

⁵⁹ Department of Housing (2000:2) verilerine dayanarak aktaran “*The Grootboom case and women's housing rights*”, October 2002, IDASA, Budget Brief No. 111, <http://www.idasa.org.za/bis> (Erişim tarihi: 20.9.2007). Anılan kaynak “evsizlik krizi” olarak değerlendirdiği durumun, yoksul kadınlar gibi savunmasız ve avantajsız durumda olan grupları, özellikle etkilediğini belirtmektedir. Bu nedenle *Grootboom* kararı, kadın yoksulluğu ve evsizliği konusundaki sosyal politika çalışmaları için de değer taşımaktadır.

linde davanın sonuçlarının etkileyebileceği kitlenin büyüklüğü daha kolay anlaşılabilir.⁶⁰

Davada, öne sürülen temel hukuksal dayanaklar, Güney Afrika Anayasası'nın (1996) 26. bölümünde yer alan konut hakkı ve 28/1. bölümünde yer alan çocuklara ilişkin barınma hakkıdır.⁶¹ Güney Afrika Anayasası'nın konut hakkına ilişkin 26. bölümü şu düzenlemeyi içermektedir:

“Herkes, uygun barınmaya erişim hakkına sahiptir.

“Devlet, imkan dahilindeki kaynaklar çerçevesinde, bu hakkın aşamalı biçimde gerçekleşmesini sağlayacak, makul yasama önlemlerini ve diğer önlemleri alır.

“İlgili tüm koşulları dikkate alan bir mahkeme kararı olmaksızın, hiç kimse, evinden çıkartılamaz ya da hiç kimsenin evi yıkılamaz. Mevzuat, keyfi tahliye izni veremez.”

Anayasa'nın 28/1 (c) bölümünde yer alan düzenlemede ise, çocuğun hakları arasında, diğerleri yanında, “barınma” da sayılmaktadır. Dava sürecinde Cape Yüksek Mahkemesi, konut hakkını sağlama konusunda devletin ödevi bulunduğu yönündeki iddiayı reddetmekle birlikte, çocukların barınma hakkına ilişkin anayasal güvencenin uygulanmasını uygun bulmuştur. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi çocukların barınma hakkına ilişkin uygun bulma gerekçesini reddetmiş ve konut hakkına ilişkin anayasal normu davaya uygulamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında ilk dikkat çeken nokta, “konut hakkı”na ilişkin anayasal normu kendi bağlamı içinde yorumlamasıdır.⁶² Bağlama gö-

⁶⁰ Anayasa Mahkemesi kararında, Güney Afrika'daki evsizlik ve yoksulluk bilgileri ile dava-ya konu olan *Wallacedene* bölgesinde yaşayanların dörtte birinin hiç gelirinin olmadığı ve üçte ikisinin düşük gelirli olduğuna ilişkin veriler de yer almaktadır, bkz. South African Constitutional Court, *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, paragraf 57-59.

⁶¹ Güney Afrika Anayasası eğitim; dil ve kültür; kültürel, dilsel ve dinsel topluluklar; bakım, yiyecek, su ve sosyal güvenliğe erişim, çevre, işçi-işveren ilişkileri gibi sosyal ve kültürel hakların da yer aldığı bir kapsamlı hak kataloğuna sahiptir. bkz. <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm> (Erişim tarihi: 10.3.2008).

⁶² Burada söz edilen bağlam, normun diğer normlarla birlikte içinde yer aldığı bütündür. Dolayısıyla Mahkeme “norm bağlamı”nı kastederek, sistematik yoruma yaklaşmaktadır. Ancak, kararın başka bir yerinde hakların “toplumsal ve tarihsel bağlam” içinde yorumlanması gerektiği de vurgulanmaktadır. Bunun anlamı, normun arkasındaki öznel irade değildir. Mahkeme, toplumsal ve tarihsel bağlama ilişkin olarak, ayrımcılık yasasının yorumunda, derin toplumsal eşitsizliklerin yaşandığı “apartheid” döneminin göz ardı edilemeyeceğini belirtiyor, karış. South African Constitutional Court, *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, paragraf 25; benzer yönde karış. *Soobramoney v. Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1997 (12) BCLR 1696, paragraf 8.

re yapılan yorum, konut hakkını eşitlik ilkesi yanında, kişi hakları ve siyasal haklarla ilişkili, hatta bunların önkoşulu olarak görür. Bu yaklaşım, ileride değinileceği gibi Türk Anayasa Mahkemesi'nin sosyal haklara ilişkin içtihadında da gözlenmektedir. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin hakların bütünselliği ve birbirleriyle ilişkisine dayalı yorumu şu ifadelerde açıkça görülebilir:

“Anayasamız hem medeni ve siyasi hakları hem de sosyal ve ekonomik hakları güvence altına alır. Hak kataloğumuzdaki tüm haklar birbirleriyle ilişkilidir ve karşılıklı olarak birbirlerini desteklerler. Toplumumuzun temel değerleri olan insan onuru, özgürlük ve eşitliğin yiyeceği, kıyafeti ya da barınağı olamayanlara esirgendiğinden şüphe duyulamaz. Bu nedenle, sosyal ve ekonomik hakları tüm insanlara tanımak, onların Bölüm 2’de [Hak Kataloğu] güvence altına alınan diğer hakları kullanabilmesini sağlar. Ayrıca, bu hakların gerçekleştirilmesi, ırk ve cinsiyet eşitliğinin geliştirilmesi ve kadınlarla erkeklerin kendi potansiyellerini eşit biçimde gerçekleştirebildikleri bir toplumun evrimi için anahtardır.”⁶³

Mahkeme'nin devam eden açıklamalarında, konut hakkının içinde bulunduğu bağlamdan yalıtılarak yorumlanamayacağı özellikle vurgulanmaktadır. Buna göre, hakların birbiriyle ilişkili oluşu konut hakkına da uygulandığında, varılacak sonuç devletin hakkı gerçekleştirmedeki yükümlülüğüdür. Devlet, aşırı yoksulluk, evsizlik ya da katlanılamaz barınma koşullarında yaşayanların ihtiyaçlarını gidermek için olumlu edinme bulunmak zorundadır. Ancak kilit sorun, kuşkusuz devletin sosyal haklar alanındaki olumlu yükümlülüğünün sınırları sorunudur. Bu noktada, Güney Afrika Anayasası'nın konut hakkına ilişkin düzenlemesindeki üç unsur yol göstericidir: (1) imkan dahilindeki kaynaklar çerçevesinde (2) hakkı aşamalı biçimde gerçekleştirecek⁶⁴ (3) “makul” yasama önlemleri ve diğer önlemlerin alınması. Sayılan unsurların nasıl yorumlandığına değinmeden önce, dava sürecinde tartışılan bir konuya yer vermek gerekiyor. Davada, konut hakkına ilişkin az önce sayılan unsurların “hakkın asgari düzeyde tanınmasını içerdiği” ileri sürülmüştü. Hakkın asgari düzeyde tanınması, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin yukarıda değinilen 3 sayılı Genel Yorumu'nda kullanılan “devletin asgari çekirdeği (özü) sağlama yükümlülüğüne”ne karşılık

⁶³ South African Constitutional Court, The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others, paragraf 23 ve ayrıca karşı. paragraf 44. *Grootboom* kararındaki yaklaşımın eşitlik ilkesinin yorumundaki önemi için ayrıca bkz. De Vos, Pierre, “*Substantive equality after Grootboom: the emergence of social and economic context as a guiding value in equality jurisprudence*”, Acta Juridica 54 (2001), S. 52-69.

⁶⁴ “Hakların aşamalı biçimde tam olarak gerçekleştirilmesi” kavramı Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi madde 2 /1’de, Sözleşme kapsamındaki tüm haklar bakımından kullanılmaktadır.

gelmektedir. Böylece, kriz zamanlarında bile, en savunmasız ve korunmaya muhtaç grubun gereksinimleri bakımından, düşük maliyetli programlarla devletin asgari düzeyi sağlama yükümlülüğü kabul edilmektedir.⁶⁵ Ancak Mahkeme doğrudan bu ölçütü kullanmayı tercih etmeyerek, bir eşik belirlemenin güçlüklerine değinmekle yetinmiştir. Ardından, devletin pozitif yükümlülüğünü belirlerken, sırasıyla “makul önlem, aşamalı gerçekleştirme ve imkan dahilindeki kaynaklar” üçlüsünü somutlaştırma yoluna gitmektedir. Özellikle “kaynak” bakımından, Türk Anayasa Hukukundaki tartışmalar için önem taşıyan bu somutlaştırma şöyle özetlenebilir:

(1) “Makul önlem” kavramı, toplumdaki ekonomik düzey farklılıkları dikkate alınarak uygulanmalıdır. Böylece ödeme gücü olan ve olmayanlar bakımından hakkın sınırları farklılık taşıyabilir. Yoksulların gereksinimleri, hakkın gerçekleştirilmesi bakımından özgül bir dikkati gerektirebilir.⁶⁶ En savunmasız ve çaresiz durumda olanlara yönelik özel bir önceliğin olmayışı, “makul önlem”in bulunmadığı anlamına gelmektedir. Burada önlemlerin çeşitli biçimde olabileceği yadsınmamakla birlikte, tutarlı bir kamusal barınma programının oluşturulması zorunlu görülmektedir. Bunun yanında, programın makul biçimde uygulanması da diğer bir zorunluluktur. Toplumun çok önemli bir kesimini dışarıda bırakan bir programın makul sayılamayacağı kabul edilmektedir.

(2) Hakkın aşamalı biçimde gerçekleştirilecek olması bakımından, aşamalı olma devletin yükümlülüğünün içini boşaltmayacak biçimde yorumlanmaktadır. Bu ölçüt, devlete bir esneklik tanısa bile, en uygun ve en etkili önlemlerin alınması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Konut hakkı, talep üzerine hemen bir barınma ya da konut verilmesi anlamını taşımaz, ancak acil gereksinim içinde olanlara yönelik düzenli ve tutarlı bir programın varlığı da şarttır.⁶⁷

(3) Devletin uygun ve etkili önlemleri almak yükümlülüğü bulunmakla birlikte, neyin makul önlem olduğu konusunda imkan dahilindeki kaynaklar belirleyici olabilir.⁶⁸

⁶⁵ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment 3 “The nature of States parties obligations (Art. 2, par.1)” 14/12/90, paragraf 12.

⁶⁶ South African Constitutional Court, The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others, paragraf 36 ve 44.

⁶⁷ South African Constitutional Court, The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others, paragraf 95.

⁶⁸ South African Constitutional Court, The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others, paragraf 46.

Özellikle, kaynak unsurunun yorumunda devletin yükümlülüğünü daraltan yaklaşıma rağmen, Mahkeme davayı *Grootboom* ve diğerleri lehine sonuçlandırmaktadır. Dava konusu bölgeyi de kapsayan konut programının varlığına rağmen, etkili uygulama için yeterli bütçenin ayrılmamasını; planlama, uygulamanın izlenmesi ve programa ilişkin krizlerin çözümü gibi düzeneklerin bulunmamasını, Anayasa'ya aykırı bulmaktadır.⁶⁹ Mevcut program, yardıma muhtaç kişilerin acil ihtiyaçlarına yanıt vermekten uzak görülmüştür.

Sosyal haklar alanında bir “yargısal aktivizm” örneği olarak görülebilecek bu karar, Anayasa'nın “kaynakların sınırlılığı” olgusunu kabullenişine rağmen alınmaktadır. Böylece kaynak sınırlılığı tezi, herhangi bir konut edinme programının kapsam ve içeriği incelenmeksizin yeterli görülmesine yol açmamaktadır. Çünkü kararın 94. paragrafında belirtildiği gibi, kaynak sınırlaması ve aşamalı gerçekleştirme unsurlarına rağmen, yorumun konusu bir “hak”tır. Bu hakka ilişkin olarak devletin üstlendiği yükümlülük, “mahkemelerin uygulayabileceği ve uygun koşullarda yerine getirmek zorunda olduğu bir yükümlülük” olarak tanımlanmaktadır.⁷⁰ Ancak karar, aşamalı uygulama unsuru nedeniyle, hakkın hemen gerçekleştirilmesine ilişkin bir “uygulama / icra emri” içermemektedir.

Karara ilişkin bu bölümü sonlandırırken, şu soruyu sormak da zorunlu gözüküyor: Karşılaştırmalı anayasa hukukunda, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların yargısallaşmasını sağladığı için heyecan uyandıran *Grootboom* kararı yaşama geçirilebildi mi? *Grootboom* kararı, Temmuz 2008'de, verilışinden 8 yıl geçmesine rağmen, sadece 300 kişi için uygulanabilmişti.

2. Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin “*Nevirapine*” Kararı

Nevirapine kararı, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların yargısal korunmasında “güçlü koruma modeli” sunan bir örnektir.⁷¹ Dava ile özdeşleşen “*Nevirapine*”, anneden bebeğe doğum veya anne sütü ile beslenme sırasında HIV / AIDS virüsü geçmesini önleyen ilacın ismidir. Güney Afrika için AIDS hastası anneler ve bebekleri trajik ve yaygın bir sorundur. AIDS

⁶⁹ South African Constitutional Court, *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, paragraf 67-69.

⁷⁰ South African Constitutional Court, *The Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others*, paragraf 94.

⁷¹ Davalı ve davacı sayısının çokluğu karşısında dava referansı kısaltılarak verilecektir: South African Constitutional Court, *Treatment Action Campaign (TAC)*, 2002 (10) BCLR, 1033 (CC).

hastalığının tedavisi ve önlenmesi alanında çalışan insan hakları aktivisti bir grup, hükümetin, kamusal sağlık sektöründe “Nevirapine” e erişimi sınırlamalara tabi tutmasını Anayasa’ya aykırı bulmaktadır. Sınırlamalar, ilacın belirli –pilot- bölgelerde sunulması biçimindedir. Pilot bölgelerle sınırlı uygulama, ilaç üreticisinin Güney Afrika hükümetine ilacı beş yıl süreyle ücretsiz verme konusundaki teklifine rağmen gerçekleşmiştir. Bu koşullarda, pilot bölgede bulunmayan doktor ilacı -ilaç aslında ücretsiz olsa da- AIDS hastasının reçetesine yazamaz.

Aktivist grup, Güney Afrika Anayasası’nın sağlık hizmetlerine erişim hakkı (bölüm 27) ile çocukların beslenme, barınma, temel sağlık hizmetleri ve sosyal hizmetlerine erişim haklarına (bölüm 28/1 (c)) dayanarak, AIDS’in anneden çocuğa geçmesini önlemede, devletin etkili, kapsayıcı ve aşamalı bir program oluşturma ve uygulama yükümlülüğü bulunduğunu ileri sürmektedir. Güney Afrika Anayasası’nın 27/1 (a) bölümü üreme sağlığını da kapsamak üzere, herkesin sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Anayasa’nın 27/2. bölümü ise, bu alanda devletin ödevine yer vermektedir: “Devlet, imkan dahilindeki kaynaklar çerçevesinde, bu hakların her birinin aşamalı biçimde gerçekleştirilmesi için, gerekli yasama önlemlerini ve diğer önlemleri almak zorundadır.” Davacılar Yüksek Mahkeme önünde davayı kazanırlar ve temyiz başvurusuyla sorun Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelir.

Nevirapine kararı, devletin olumlu edimini gerektiren hakları anayasa dışında gören ve bunların yargı önünde ileri sürülmesine karşı çıkan tutuma açıkça karşı koyan bir ifadeye yer vermektedir:

“Mevcut davadaki soru, (...) sosyal ve ekonomik hakların yargı önünde ileri sürülüp sürülemeyeceği değildir. Açıktır ki, (bu haklar) yargı önünde ileri sürülebilir. Soru, HIV taşıyan anneler ve yeni doğmuş bebeklerinin sağlık hizmetine ulaşımı için hükümet tarafından alınan önlemlerin, hükümetin Anayasa’daki yükümlülüğü karşısında yetersiz kaldığını, davacıların gösterip gösteremediğidir.”⁷²

Ancak kararın ilerleyen aşamalarında, devletin olumlu edimini gerektiren hakların yargı eliyle uygulanmasına ilişkin güçlükleri de dile getiren başka bir ifade ile karşılaşılır. Aslında bu ifade, olumlu edim gerektiren sosyal hakları anayasa içi gören yaklaşımlara ortak bir noktaya işaret eder. O da, olumlu edimdeki kaynak dağılımı ve planlaması konusunda, yargının yetkili olamayışdır:

⁷² South African Constitutional Court, Treatment Action Campaign (TAC), paragraf 25.

“Mahkeme kararlarının toplum açısından çok sayıda sosyal ve ekonomik sonuçlarının olabileceği hallerde, bu tür sorunları yargılama konusunda mahkemeler kötü [elverişsiz] bir konumdadırlar.”⁷³

Yukarıdaki anımsatmanın hemen ardından, sağlık hakkına ilişkin anayasa hükmünün yorumuna yer verilmektedir: sağlık hakkı, bağımsız ve kendi başına ileri sürülebilen bir hak değildir.⁷⁴ Bu hak, devletin sağlık alanındaki yükümlülüğünden bağımsız düşünülemez; devletin yükümlülüğü, hakkın kapsamını belirler. O nedenle, devletin sunmakla yükümlü olduğu hizmete erişme hakkı olarak anlaşılmalıdır. Mahkeme’nin çocukların temel gereksinimleri bakımından yaptığı değerlendirme, sağlık hakkına ilişkin yaklaşımından daha koruyucudur. Mahkeme, çocuklar konusunda öncelikli sorumluluğun ebeveynlerde olduğunu benimsemekle birlikte, devlet hastanelerinde doğan ve kamusal desteğe gereksinim duyan bebekler ve anneleri için “Nevirapine” uygulamasının yaşamsal değer taşıdığını vurgulamıştır. Çünkü bu grup, devlete bağımlı konumdadır. Karar, “Nevirapine” uygulaması konusundaki programı kapsamlı biçimde incelemekte, bu alandaki, yetersizliğe dikkat çekmektedir. Kararın hüküm bölümünde, hükümet politikalarının değişmesini sağlayacak bir dizi önlemin alınmasına ilişkin bir liste yer almaktadır.

3. Türkiye’de Yargısal Tutumlar

Türkiye’de devletin olumlu edimini gerektiren haklar konusunda anayasa yargısı, idari ve adli yargının tutumları bakımından neler söylenebilir? Yapılabilecek ilk gözlem, bu alanda Türkiye’nin yargısal birikiminin yetersiz değil, hak türleri ve tutumlar bakımından değişken olduğudur. İctihatta, sosyal güvenlik hakkı daha yoğun biçimde ele alınmıştır. Bu makalenin sınırları içinde, Türkiye’deki yargısal tutumlara ilişkin temel noktalara dikkat çekilecektir.

(a) Hakkın asgari çekirdeği (özü) yaklaşımı: Anayasa Mahkemesi, sosyal devletin amaçları kapsamında, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin benimsediği “hakkın asgari çekirdeği (özü)”ne yaklaşan bir yorum yapmaktadır. Mahkeme’nin aşağıda yer alan yaklaşımı, en savunmasız ve sosyal desteğe en fazla gereksinim duyan grubu esas almakta ve “insan onuruna yaraşır bir asgari hayat” standardını benimsemektedir.

⁷³ South African Constitutional Court, Treatment Action Campaign (TAC), paragraf 38. Mahkeme, devletin anayasal yükümlülüklerini yerine getirmede “makul sınırlar” içinde davranıp davranmadığını denetleyebileceğini belirtmektedir. “Makullük” denetimi, bütçe üzerinde kimi etkilere sahip olsa da, bütçenin doğrudan yeniden düzenlenmesi anlamına gelmez. Böylece yasama, yürütme ve yargı arasında anayasal denge korunabilir.

⁷⁴ South African Constitutional Court, Treatment Action Campaign (TAC), paragraf 39.

*“Sosyal devletin amaçlarından biri de kısmen veya tamamen çalışmamaları nedeniyle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşebileceklere, insan onuruna yaraşır asgari bir hayat sürmeleri için gerekli olan geliri sağlamaktır”.*⁷⁵

Ancak Mahkeme, devletin olumlu ediminin sınırlarını gösterirken olgusal koşulları da yok saymaz. Mahkemenin tutumunun, “hak” ile “mali kaynakların yeterliliği” ölçütünü bir tür uyumlaştırma yönünde olduğu söylenebilir. Mahkeme, 2001 yılındaki bir kararında, işsizlik sigortasından yararlanmaya ilişkin koşullar ile ekonomik ve sosyal gerçekliği dengeleyen bir yaklaşım içinde olmuştur.

“Diğer yandan, bir ülkedeki sosyal güvenlik sisteminin yapısını, ekonomik ve sosyal koşullarının belirleyeceği bilinen bir gerçektir. Çünkü sosyal güvenlik programlarıyla ekonomik ve sosyal yapı karşılıklı etkileşim içerisinde. İlk defa uygulamaya konulan işsizlik sigortasının kapsamının ve koşullarının belirlenmesinde de ekonomik ve sosyal durumun etkisi yadsınamaz.

(...)

*“İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları içinde yer alan ‘sigortalının hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışarak prim ödemesi’ gerçekleşmesi olanaksız ya da çok zor bir koşul olmadığı gibi, işsizlik sigortasından yararlanmayı ortadan kaldıran ya da kullanılamayacak şekilde güçleştiren bir koşul olarak da nitelendirilemez.”*⁷⁶

(b) Hakkın özü ve ölçülülük ilkesi: Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “sınırlamanın sınırı”na ilişkin ilkelerden biri olan “hakkın özü” ölçütünü, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal güvenlik hakkı için de uygulamıştır. Bu yaklaşım, devletin sosyal güvenlik hakkını sağlamada “asgari bir öz” ile bağlı olduğu anlamına gelir. Dolayısıyla, Anayasa’nın 65. maddesinde yer alan “mali kaynakların yeterliliği” ölçütü, ancak sosyal güvenlik hakkının asgari özünün sağlanması halinde öne sürülebilir.⁷⁷

⁷⁵ E. 2001/351, K. 2003/10, K.t. 11.3.2003, AYMKD 39/1, S. 445-446.

⁷⁶ E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001, AYMKD 38/1, S. 294.

⁷⁷ Öğretide sosyal güvenlik hakkına ilişkin anayasal düzenlemenin devlete açık ve doğrudan bir ödev yüklediği ileri sürülmüştür. Kaboğlu, sosyal güvenlik hakkı konusundaki açık anayasal düzenleme karşısında, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında, sosyal güvenlik hakkı için Anayasa’nın 65. maddesinin sınırlayıcı etki doğurmayacağını vurgulamaktadır, bkz. Özgürlükler Hukuku, 2002, Ankara, İmge Kitabevi, S. 466.

“Taksirli suçları nedeniyle meydana gelen iş kazalarında işçiyi geçici iş görmezlik gelirinden yoksun bırakan Yasa’nın 110. maddesindeki kural, sosyal güvenlik hakkının özüne aykırıdır.”⁷⁸

Benzer tutum, hastalık yardımlarını 18 ay ile sınırlayan kanunun Anayasa’ya uygunluk denetimi sırasında dolaylı biçimde sergilenmektedir. Yukarıda (a) şikkında, işsizlik sigortasına ilişkin dengeleyici karardan yapılan alınıtıda da benzer durum söz konusudur. Dolaylılık, doğrudan öz kavramının değil, ama “kullanılmaz hale getirme” ve “etkisiz kalma” gibi onu anımsatan ifadelerin kullanılmasından kaynaklanmaktadır:

“İtiraz konusu 34. maddenin ‘... 18 aya kadar ...’ olan sözcükleri, temel olarak Anayasa’da yerini almış ‘sosyal güvenlik hakkını’ bir süre sonra kullanılmaz duruma getirmekte, sosyal güvenlik hakkının öğelerinden biri olan sağlık yardımı bu sürenin sonunda etkisiz kalmaktadır.”⁷⁹

Anayasa Mahkemesi’nin, sosyal güvenlik hakkına ilişkin bu tavrını, devletin olumlu edimini gerektiren çalışma hakkı bakımından gösterdiğini söylemek mümkün değildir. Mahkeme, 1989 yılında verdiği bir kararında, çalışma hakkının “yargısallaşması”nı açıkça engellemektedir:

“Devlete karşı ileri sürülebilecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırım vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır.”⁸⁰

Mahkeme, ilgili hükümde daha önce de yer alan “çalışmayı desteklemek” ve “işsizliği önlemeye elverişli ekonomik ortam yaratmak” ifadelerinden, çalış-

⁷⁸ E. 1995/37, K. 1995/33, K.t 11.7.1995, AYMKD 32/1, S. 225.

⁷⁹ E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991, AYMKD 27/1, S. 138; benzer yönde bkz. E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001, AYMKD 38/1, S. 268 / 269: “Bu bağlamda Devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlama görevini mali olanakları ölçüsünde yerine getirirken sosyal sigortacılığın teknik gereklerine uygun kimi sınırlamalar yapabilirse de sosyal hakları kullanılamayacak hale getirecek düzenlemelerde bulunamaz. (...)”

“Bu durumda, alınacak katkı payının üst sınırının belirlenmiş olması ve kimi sigortalıların özel durumları gözetilerek bu uygulamanın dışında bırakılması, sağlanacak protez, araç ve gereç bedellerinin sadece %20’sinin sigortalı tarafından ödenmesinin öngörülmesi sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldırmadığı gibi onu kullanılamayacak ölçüde güçleştirecek nitelikte de değildir.”

⁸⁰ E. 1989/14, K. 1989/49, AYMKD 25, S. 456. 2001 Anayasa değişikliklerinde, “işsizleri koruma” yükümlülüğünün çalışma hakkına ilişkin anayasa hükmüne (Anayasa madde 49/2) eklenmesi karşısında, içtihadın işsizler lehine değişmesi beklenmektedir, bkz. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, S. 463-464.

ma hakkı lehine bir talep hakkı çıkartmamıştır. Çalışma hakkına 2001 Anayasa değişikliği sonrası eklenen “işsizleri korumak” ödevinin, işe yerleşme yönünde bir talep hakkı mı yarattığı, yoksa işsizlik maaşı vb. güvenceleri mi içerdiği yeni bir tartışma konusu olabilir.

Mahkeme, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal güvenlik hakkı bakımından “ölçülülük ilkesi”ni –ayrıntılı incelememekle birlikte- sonuç bakımından gözetmektedir. Bu noktada, 2001 yılındaki içtihadta Anayasa’nın 13. maddesinin değil, doğrudan “hukuk devleti”nin esas alındığına dikkat çekilebilir. Mahkeme, yaşlılık aylığına ilişkin kanun hükmünü denetlerken, doğrudan “hukuk devletinde esas alınan adil ve makul ölçüler”e gönderme yapmakla yetinmektedir.⁸¹

Hakkın özü bağlamında, devletin olumlu edimini gerektiren haklar için Anayasa’da “pozitifleşmiş öz öğeleri”nin de bulunabileceğine dikkat çekmek gerekir. Bu tür öğeler, haklar için vazgeçilmez olanın somutlaşma biçimleridir. Pozitifleşmiş öz öğelerinin uygulanmaması halinde, takdir yetkisi denetimi yapılamayacağı gibi, “mali kaynakların yeterliliği” ölçütü de haklı neden oluşturmaz. Hatta, pozitifleşmiş öz öğelerinde Anayasa’nın doğrudan uygulanabileceği söylenebilir. Örneğin; ilköğretimin, kız ve erkek öğrenciler için devlet okullarında parasız olması zorunluluğu (Anayasa madde 42 /5).

Bu aşamada şu soruyu yöneltmek de zorunlu gözüküyor: hem (a) şikkında ele alınan “hakkın asgari çekirdeği”ne uygun yorum hem de hakkın özü kavramının kullanımı, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar bakımından hangi anlamı taşıyor? Anayasal içtihadın yukarıda anılan kimi örnekleri, devletin olumlu edimini gerektiren haklarda yasamanın asgariyi gerçekleştirme görevinin, aynı zamanda bu hakların özünü oluşturduğunu kabul etmektedir. Böylece “öz”, kişi hakları ve siyasal haklardan farklı olarak, pozitifleşmiş öz öğeleri dışında, asgari yükümlülüğü gerçekleştirme ile birlikte ortaya çıkar.⁸² Asgari yükümlülük yerine getirilmediği sürece öze de dokunulmaktadır. Başka bir deyişle, “öz” olumlu edimin kendisi ya da parçasıdır. Olumlu edim, bir yasama işlemi biçiminde gerçekleşiyorsa, hem özü açıklayıcı hem de ona sınırlar çizici olabilir (düzenleme ve sınırları belirleme). Bu dogmatik yaklaşım, aslında kuşkusuz devletin olumsuz edimini düşünerek tasarlanmış, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan “sınırlama kavramları” bakımından ilk başta yadırgatıcıdır. Çünkü anılan maddedeki sınırlama kavramlarının dili, “dokunma” üzerine kuruludur. Devletin olumlu

⁸¹ E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001, AYMKD 38/1, S. 288.

⁸² Karş. devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları kastederek Tanör, Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, S. 350: “(B)urada öze dokunma olayı bir eylem ya da işlemle değil, bir eylemsizlikle doğmaktadır.”

edimini gerektiren haklarda ise hem özü açıklayan hem de hakkın sınırlarını gösteren bir yasama işlemi söz konusu olabilir. Böyle işlemlerde, neyin öz, neyin öz dışı olduğu (1) her somut olaydaki hakkın niteliği, (2) aşağıda değinilecek olan “hakların bütünselliği yaklaşımı” ve (3) Anayasa’nın 5. maddesinde yer alan “özgürleştirme” amacı çerçevesinde belirlenebilir. Bu durumda, Anayasa’nın 65. maddesinde “mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde” ifadesi, “öz”e gelmeden önceki alana ilişkin düzenlemelerin Anayasa’ya uygunluğunu denetlemede kullanılmalıdır. Anılan ölçüt, içinde barındırdığı “ölçüsünde” ifadesinin de kastettiği gibi, ölçülülük ilkesi bağlamında yapılacak testin içinde yer almalıdır.

(c) Hakların bütünselliği yaklaşımı: Anayasa Mahkemesi kimi kararlarında, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların koruduğu değerleri klasik haklardan bağımsız görmemektedir.⁸³ Dolayısıyla Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin *Grootboom* kararındaki yaklaşımın benzeri, Türkiye’de de mevcuttur. Bu yaklaşım, “hakların bütünselliği” olarak adlandırılabilir. Sosyal Sigortalar Kanunu ile hastalık yardımından yararlanmanın 18 ay ile sınırlanması karşısında, Mahkeme açıkça hakların bütünselliğinden yana tavır almaktadır:

“506 sayılı Yasa’nın 34. maddesinde öngörülen ‘... 18 aya kadar ...’ sınırlaması, sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa’nın 17. maddesine aykırı görülmüştür.”

(...)

“Anayasa’nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu ‘... 18 aya kadar ...’ deyimini arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa’nın 60. maddesi kişilere ‘sosyal güvenlik hakkını’ vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen ‘... yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma ... hakkı’ ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda ‘yaşama hakkını’ ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa’nın 65. madde-

⁸³ E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991, AYMKD 27/1, S. 130 vd.; ayrıca bkz. E. 1996/17, K. 1996/38, K.t. 16.10.1996, AYMKD 33/1, S. 152 ve özellikle 157. Tam tersi bir yaklaşım için bkz. bkz. E. 1971/1, K. 1972/20, K.t. 27.4.1972, <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 15.12.2008).

*sindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa'nın 34. maddesindeki itiraz konusu '... 18 aya kadar...' sözcüklerine uygulama olanağı yoktur.*⁸⁴

Görüldüğü gibi, sosyal ve klasik hakların bütünlüğüne dayanan yorum, Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırların ("mali kaynak" ve dava tarihinde "ekonomik istikrar" ölçütleri) uygulanmasına da engeldir. Hakların bütünselliği yaklaşımı, 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında, devletin, "görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri dikkate alarak" sosyal ve ekonomik hakların sınırlarını belirlemesi ölçütünü de işlevsel hale getirebilir. Sosyal haklar, Anayasa'nın özellikle 17. maddesi ile birlikte yorumlanabildikleri ölçüde, öncelikleri somutlaştırır ve daha geniş bir korumadan yararlanabilirler.

(d) Vazgeçilmez hak anlayışı: Yargıtay, sosyal güvenlik hakkının niteliğini değerlendirirken, onu Anayasa'nın 12. maddesindeki "vazgeçilmez ve devredilmez" hak anlayışı bağlamında yorumlamaktadır. Devletin olumlu edimini gerektiren bir hak için böyle bir yorumun benimsenmesi, haktan feragat edilemeyeceği sonucuna götürür. Sosyal güvenlik hakkına yönelik feragat yasağı, hakkın kişi için yükümlülük yaratması olarak da anlaşılmıştır.⁸⁵ Öte yandan, ulusal kanun ile uluslararası andlaşmaların çatışmasına ilişkin Yargıtay içtihadında, mülteciler bakımından sosyal güvenlik hakkının etkili biçimde uygulanmasında, kanun hükmü ihmal edilerek, uluslararası sözleşmelere uygulamada öncelik tanınmıştır.⁸⁶

(e) Eşitlik ilkesi: Danıştay, anayasal bir hak olan sosyal güvenlik hakkının, anayasa dışındaki hukuksal metinlerde güvence altına alınması gerektiğini, takdir yetkisine yer vermeyen bir dille ifade etmektedir. Danıştay, eşitlik il-

⁸⁴ E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991, AYMKD 27/1, S. 138/139.

⁸⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2008/21-215, K. 2008/222, T. 5.3.2008: "Bilindiği gibi feragat yalnız mevcut davadan değil, o dava ile istenen haktan da vazgeçme anlamına gelir. Davadan feragat neticesinde feragate konu teşkil eden hak tamamen düşer ve artık bir daha dava konusu yapılamaz (...). 1982 Anayasasının 12. maddesine göre 'Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir'. 60. maddede ise 'Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir' hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu haliyle sigortalı olmak, kişi bakımından sadece bir hak olmayıp aynı zamanda bir yükümlülüktür." Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2004/21-54, K. 2004/54, T. 11.2.2004.

⁸⁶ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2003/1898, K. 2003/3807, T. 24.3.2003.

kesini sosyal güvenlik hakkının saklı bir unsuru gibi de yorumlayarak, eksik düzenlemeye yargısal hoşgörü göstermemektedir.⁸⁷

(f) Güçlendirilmiş hak anlayışı: Anayasa Mahkemesi'nin "18 aylı sınırlı sağlık hizmetleri" kararında, Anayasa madde 56/3, 4 ve 5. fıkralardaki devletin sağlık hizmetlerine ilişkin ödevleri, bu ödev karşılık gelen "sağlık hakkı" olarak anlaşılmaktadır. Dahası bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine aykırı bulunmaktadır.⁸⁸ 18 aylık sınırlamanın sosyal güvenlik hakkı bakımından incelenmesinde, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne de gönderme yapılarak sosyal güvenliğin "temel bir insan hakkı" oluşunun vurgulanması da dikkat çekicidir.⁸⁹ Bu vurgu, Yargıtay'ın sosyal güvenlik hakkına ilişkin yaklaşımına koşuttur. Yargıtay, sosyal güvenlik hakkının ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunan "temel insan hakları"ndan olduğunu belirtmektedir.⁹⁰ Burada, Anayasa Mahkemesi'nin eğitim hakkı bakımından yaptığı tanımlamaya da yer verilebilir. Mahkeme eğitim hakkını, Anayasa'nın 65. maddesindeki "mali kaynaklar" ölçütüne dayanarak, "zayıflatılmış ve eksik korumalı potansiyel haklar"dan saymayacağını vurgulamıştı.⁹¹

(g) Farklı koruma düzeyleri: Mahkeme, devletin olumlu edimini gerektiren haklar bakımından, aynı hakka ilişkin farklı koruma düzeylerini benim-

⁸⁷ Danıştay 11. Daire, K. 2001/2335, E. 2001/365, K.t. 25.10.2001: "Çalışanların Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının, bu konudaki diğer hukuksal düzenlemelerde de yer alması gerekmektedir. Dolayısıyla, 657 sayılı Kanun ve 1978 yılı Bütçe Kanunu ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin doğal sonucu; diğer çalışanlara olduğu gibi sözleşmeli personele de iş sonu tazminatının verilmesine ilişkin usul ve esaslara; konuyu düzenleyen Bakanlar Kurulu Kararında yer verilmesidir. Bu durumda, gerek sözleşmeli personel arasında iş sonu tazminatı ve ikramiye yönünden oluşan farklılığın giderilmesi, gerekse kamuda çalışan diğer personelle sözleşmeli çalışanlar arasındaki eşitsizliğin kaldırılması bakımından, dava konusu Bakanlar Kurulu Kararında bu konuda bir düzenleme yapılmaması ve 7. maddesinde, yabancı uyruklu personel dışındaki sözleşmeli personelle ilgili iş sonu tazminatına yer verilmemiş olması eşitlik ilkesine ve hukuka aykırı bulunmaktadır."

⁸⁸ E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991, AYMKD 27/1, S. 138: "Anayasa'nın 56. maddesinin 3., 4. ve 5. fıkraları yine devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini, düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Anlaşılmaktadır ki, devlet, kişilerin yaşamlarını sağlıklı biçimde sürdürmeyi sağlamak amacını çeşitli sosyal güvenlik kuruluşları ile gerçekleştirecektir. Devlet için bir görev, kişiler için de bir hak olan bu amaç gerçekleştirilirken bu hakkı sınırlayıcı, bu haktan yararlanmayı zayıflatıcı düzenlemeler Anayasa'nın 56. maddesine de aykırıdır."

⁸⁹ E. 1990/27, K. 1991/2, K.t. 17.1.1991, AYMKD 27/1, S. 138; karş. E. 1998/14, K. 1998/24, K.t.26.5.1998, AYMKD 35/1, S. 202: "Tarih içindeki gelişimi ile sosyal güvenlik, bütün insanlar için bir hak, devlet için de bir ödev durumuna gelmiştir."

⁹⁰ Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2004/12216, K. 2005/2667, T. 15.3.2005.

⁹¹ E. 1990/4, K. 1990/6, K.t. 12.4.1990, AYMKD 26, S. 135.

seyebilmektedir. İctihatta, düşük ve yüksek koruma olmak üzere iki eğilim görülebilir. Sağlık hakkı bakımından, yukarıda değinilen “18 ay ile sınırlı tedavi”ye ilişkin karar, yüksek düzeyli koruma eğilimine örnektir.⁹² Buna karşılık, bedelli sağlık hizmeti ve özel sağlık kurumlarının ücretlerine ilişkin yorum, sağlık alanında düşük düzeyli bir korumaya örnek gösterilebilir.⁹³ Mahkeme, sağlık hizmetlerinin bedellendirilmesini Anayasa’nın sosyal ve ekonomik hakların sınırlarına ilişkin hükmü çerçevesinde haklı görmektedir. Özel sağlık kurumlarının sağlık hizmetlerine ilişkin ücret politikalarında serbestlik ve takdire bağlı denetim ilkesini de, bu alanda “özendirici bir önlem” olarak değerlendirmektedir. Karardaki çarpıcı yorum, aktarılanlarla sınırlı değildir. Mahkeme, devletin sağlık hizmetleri alanında ödevlerini, mutlak ve eksiksiz yerine getirilmesi gereken yükümlülükler olarak görmemektedir. Böylece Mahkeme’nin, Anayasa madde 56’daki devletin ödevlerine yönelik düzenlemeleri program kurallara dönüştürdüğü söylenebilir:

“Anayasa’nın 56. maddesinin güvenceye bağladığı ‘...sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamak hakkı...’nın sağlanması için yine bu maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen ‘...ve verimi artırarak işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tekelden planlayıp hizmet vermesini düzenlemek’ ödevinin yerine getirilmesi kurala bağlanmıştır. Öngörülenlerin gerçekleşmesi yönünden Anayasa buyruklarının yeterince yerine getirilmemesi, bunlara tümüyle uyulamaması, yasa kurallarının gereksinimleri karşılayacak düzeyde ve güçte olmaması her zaman Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz, bir eksiklik ya da boşluk söz konusu olabilir. (...)

“Özel sağlık kurumlarının özendirilmesinin bir yolu olarak, hizmet karşılığı aldıkları ücretlerin genelde serbest bırakılmasını, ancak her zaman bakanlığın onayıyla denetlenip düzenlenebileceğini öngören kuralın Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planı’nın belirlediği sonuca ulaşılması ereğiyle konulduğu anlaşılmaktadır. Kamu düzeni ve genel sağlık ile doğrudan ilişkili bu hükmün, hayatî önemini kimsenin inkâr edemeyeceği sağlık hizmetlerinden, dar ve sabit gelirlielerin yoksun bırakılmalarına, giderek toplumsal denge ve barışın olumsuz biçimde etkilenmesine yol açacağını ileri sürmek yanlış bir değerlendirmedir. Açıklanan nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir. (...)

“Sağlık hizmetlerinin devletçe saptanan bir bedeli olması, bu hizmetlerin Anayasa’nın öngördüğü düzeyde yerine getirilmesini sağlamak içindir. Ana-

⁹² Sosyal güvenlik hakkı bakımından da yüksek koruma düzeyini benimseyen kararlar için bkz. E. 1996/17, K. 1996/38, K.t. 16.10.1996, AYMKD 33/1, S. 152; E. 2003/31, K. 2003/87, K.t. 8.10.2003, AYMKD 40/1, S. 152.

⁹³ 1961 Anayasası döneminde düşük düzeyli koruma açısından bir örnek için bkz. E. 1971/1, K. 1972/20, K.t. 27.4.1972, <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 15.12.2008).

yasa'nın 65. maddesinin gerçekleştirme koşulu olarak getirdiği 'malî kaynakların yeterliliği ölçüsü' devleti kimi düzenlemeler getirmek zorunda bırakmaktadır. Koruyucu ve iyileştirici tüm sağlık hizmetlerinin maliyeti, ekonomik koşullar yüzünden giderek yükselmektedir. Devletin malî kaynaklarının yeterliliği, ekonomik-akçalı gücü, sağlık hizmetlerinin parasız sunulmasına elvermediği gibi, Anayasa böyle bir zorunluluk da öngörmemiştir. Bu nedenle, fiyat tespitinin Anayasa'nın 56. maddesine aykırı yönü bulunmamaktadır."⁹⁴

(h) Devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikler: 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 65. maddesine eklenen, "devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü", sosyal alandaki diğer anayasa hükümlerinin yardımıyla somutlaştırılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın "korumacı hükümler"i bağlamında yer alan 61. maddesini, bu "öncelikler"e katmaktadır.⁹⁵ Maddenin kenar başlığında yer alan "sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" ifadesi, bir "öncelik" olarak yorumlanmaktadır. Bu nedenle, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu hak kazanılan aylık gelirlerin, diğer sigortaların (malûllük, yaşlılık ve ölüm) yanında verilmesi, engelli olanın koruma önceliğinin gözetilmesi olarak algılanmıştır. Ancak aynı noktada, Anayasa'nın 65. maddesinde yer alan "malî kaynak" ölçütünün de dengeleyici bir işlev görmesi söz konusu olmaktadır. Çünkü "malî kaynak" ölçütü, engelli hale gelmiş sigortalıya, bu aylık ve gelirlerin birinin tamamının, diğerinin de yarısının ödenecek olmasının anayasal dayanağıdır.⁹⁶

"Devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikler" kavramının yorumunda, yalnızca sosyal ve ekonomik hak kataloguna odaklanılamaz. Kavram, Anayasa'nın 5. maddesindeki "özgürleştirme normu" bağlamında ele alındığında, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesine ilişkin olarak devletin alması gereken tüm önlemler "öncelik" taşıyabilir. Bu nedenle, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal haklar özellikle kişi hakları ile ne ölçüde ilintili ise, bunların gerçekleştirilmesi o ölçüde öncelik taşır. Öte yandan, "öncelik" kavramının yorumunda 2004 Anayasa değişiklikleri ile devlete yüklenen kadın-erkek eşitliğini hayata geçirme "yükümlülüğü" de (Anayasa

⁹⁴ E. 1987/16, K. 1988/8, K.t. 19.4.1998, AYMKD 24, S. 100 / 102 / 102-103; sağlık hizmetlerinde bedellendirmenin uluslararası normlara da uygun olduğu ve sağlık hizmetlerinin satışı anlamına gelmediği yönünde bkz. E. 2005/52, K. 2007/35, K.t. 3.4.2007, <http://www.anayasa.gov.tr> (Erişim tarihi: 1.4.2009); sağlık hizmetlerinde katkı payının Anayasa'ya uygun olduğu ve sosyal yardım zammının prim karşılığı olmaksızın verilmesi nedeniyle malî kaynakların yeterliliği ölçüsünde belirlenebileceği yönünde bkz. E. 1999/43, K. 2001/46, K.t. 27.2.2001, AYMKD 38/1, S. 277.

⁹⁵ E. 2001/351, K. 2003/10, K.t. 11.3.2003, AYMKD 39/1, S. 446.

⁹⁶ E. 2001/351, K. 2003/10, K.t. 11.3.2003, AYMKD 39/1, S. 447.

madde 10/2), önceliklerin saptanmasında dikkate alınmak zorundadır. Açıkça “yükümlülük” olarak belirtilen bu görev, Anayasa’nın 5. maddesinin yorumu açısından tamamlayıcı niteliktedir.⁹⁷

(1) Aşamalı gerçekleştirme: Anayasa Mahkemesi’nin konut hakkına ilişkin yaklaşımı, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi’nin yorumuyla bir noktada kesişmektedir. Konut hakkı, devletin “hemen” yerine getirmesi gereken bir hak olarak kabul edilmemiş, bu alandaki teknik ve maddi sorunlara işaret edilmiştir. Bu nedenle, konut hakkı bakımından “aşamalı gerçekleştirme” yaklaşımının öne çıktığı söylenebilir:

“Öte yandan, belediyece imar uygulamasının gerçekleştirilmesi, Anayasa’nın 57. maddesinde yer alan konut hakkının gereğince kullanabilmesi için; Devlete verilen ‘şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetten bir planlama çerçevesinde konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri’ alma, ayrıca ‘toplu konut teşebbüslerini destekleme’ görevinin gereğidir.

Ancak, Anayasa’nın 65. maddesinde ‘Devlet sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir’ hükmü ile belirlendiği üzere, Devlet tarafından yapılması zorunlu sosyal ve ekonomik tüm görevlerin hemen yerine getirilmesi güçtür. Belirli nüfus yoğunluğuna ulaşmış yerleşim birimlerinin ilerdeki durumları da tasarlanarak imar planları yapılması ve planların uygulanmasında yalnızca kamulaştırma yoluna gidilmesi yoluyla sorunların çözümlenmesindeki kimi güçlükler, ülkemizin imar düzenlemelerinde engeller oluşturacaktır.”⁹⁸

Yukarıdaki değerlendirmeler, sadece “mali kaynakları” değil, Anayasa’nın 57. maddesi uyarınca planlamaya ilişkin güçlükler gibi başka olguları da dikkate aldığı için, konut hakkı bakımından devletin takdir yetkisinin sınırlarını geniş tutmaktadır.

(i) Devletin olumlu edimini yerine getirirken “mali kaynakların yeterliliği”ni aşması sorunu: Anayasa’nın 65. maddesinin amacı, devletin olumlu edimi yerine getirmesindeki eksiklikleri haklı kılabilen Anayasa’ya uygunluk nedenleri sunmaktadır. Acaba 65. maddede yer alan “mali kaynak” sınırının devlet tarafından aşılması ve olumlu edimlerde bulunulması

⁹⁷ 2001 Anayasa değişikliği ile getirilen “amaçlara uygun öncelikler” ifadesi karşısında yeni Anayasa değişikliği ve yeni yorumlara ihtiyaç olduğu yönünde bkz. Bahçeci, Barış, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Sosyal Hakların Sınırlandırma Rejimine Etkisi”, Bülent Tanör Armağanı, İstanbul, 2004, Legal Yayıncılık, S. 204.

⁹⁸ E. 1990/7, K. 1990/11, K.t. 21.6.1990, AYMKD 26, S. 241.

durumunda, bu hüküm sınırlayıcı bir işlev görebilir mi? Devletin mali kaynaklarını fazladan kullandığı bu olasılıkta, kaynak kullanımı bakımından bir “aşkın düzenleme” söz konusudur. Benzer bir soru, aslında 8 yıllık zorunlu eğitime ilişkin yasal düzenlemelerin denetimi sırasında ortaya atılmıştı. İddiaya göre, 8 yıllık zorunlu eğitim için kaynaklar zorlansa bile, fiziki şartlar yetersizdi. 2001 Anayasa değişikliklerinden önce Anayasa’nın 65. maddesinde varolan “ekonomik istikrarın bozulması” ölçütü de bu iddiaya eklenmişti. Anayasa Mahkemesi, bu tür bir denetimi üstü kapalı biçimde reddetmekte ve konuyu yasama organının takdir yetkisine katmaktadır.⁹⁹ Mali kaynakların yeterliliğinin aşıldığı iddiası, aslında Anayasa’nın 65. maddesindeki olağan anlamı ve amacı tersine çevirmektedir. Bu durumda, mali kaynakların ne olduğu ve kaynakların kullanımında üst sınırı saptamak gibi, anayasa yargısının sınırlarını aşan yerindelik denetimine ait bir araştırmanın yapılması gereklidir. Mali kaynakların aşılması, Anayasa’nın diğer hükümleri ile çatışmadığı sürece, planlama ve bütçe aşamasında parlamentonun siyasal denetimine konu olmalıdır.

Sonuç

Karşılaştırmalı anayasa hukuku, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakların anayasallaşması konusunda olumlu ve olumsuz iki temel yaklaşımın varlığını ortaya koymaktadır. Ancak anayasallaşma yönündeki yaklaşımın, yargısallaşmayı doğal bir sonuç olarak gördüğü söylenemez. Tersine, anayasallaşma, yargısallaşmayı engelleyen ya da güçleştiren hükümleri beraberinde getirebilir. Yine de, bu tür hükümlerin, yargısallaşmayı engellemesi ya da güçleştirmesi, yargının engelleyici ya da güçleştirici hükümleri nasıl yorumlayacağı ile ilintilidir. İrlanda örneğinde, “yargısallaşmayı engelleyici hüküm”, sosyal politikalar arasında değil, ama hak kataloğunda yer alan eğitim hakkının yargı eliyle uygulanmamasını sağlamıştır. “Yargısallaşmayı güçleştirici hükümler” söz konusu olduğunda, yargısal tutumlar devletin olumlu edimini gerektiren hakların etkililiğine öncelik verebilmektedir. Türkiye ve Güney Afrika’daki içtihat, böyle bir örneklemeye dahildir.

Devletin olumlu edimini gerektiren sosyal hakları anayasallaştırmayan devletlerde dahi, bu haklara ilişkin istemlerin yargı önüne taşındığı vurgulanmalıdır. Anayasallaştırmama, yargısallaşmanın önünde ciddi bir engel oluştursa da, davaların açılması hükümet politikalarının değişmesine neden olmakta (Kanada) ya da sınırlı ve zayıf içtihadı rağmen, olumlu sonuçlar alınabilmektedir (Kanada, İsrail). Anayasallaşmayı benimsemiş örnekler, yargısallaşmanın sınırlarını tartışırken, anayasallaşma karşıtları yargısallaşmanın kendisini sorgulamaktadır.

⁹⁹ E. 1997/62, K. 1998/52, K.t. 16.9.1998, AYMKD 36/1, S. 284.

Anayasallaşma ve yargısallaşmanın bulunduğu devletlerde, yargısal tutumlar özellikle “hakların bütünselliği”ne dayalı yorum bakımından benzeşmektedir. Türkiye örneğinde de gözlenebileceği gibi, devletin olumlu edimini gerektiren hakların kimi zaman farklı ölçüt ve gerekçelendirme teknikleri ile güçlendirilmesi, bunların olguda tam ve etkili biçimde yaşama geçirildiği anlamına gelmemektedir. Türkiye ve benzeri gelişmişlik sorunları olan devletlerde, hakların etkililiğini belirleyen, yargısal tutumlardan çok, olumlu edimleri öncelikli gören siyasal irade, kararlılık, mali kaynak özgülmesi, planlama ve örgütlenmedir. Karşılaştırmalı anayasa hukukunda yankı bulan *Grootboom* kararı, aslında yargısal tutumların sınırlılığı konusunda derin bir anlam taşımaktadır: karara adını veren *Irene Grootboom* evini teslim alamadan, Ağustos 2008’de, evsiz ve yoksul, henüz 39 yaşında yaşama veda etmişti. Kararın içindeki hak ve yaşama tutunma mücadelesi, aynı zamanda yoksul bir insanın hüznü veren öyküsüdür. Bu yaşam öyküsünün sonu, insan onuruna uygun yaşam koşullarının yaratılmasındaki siyasal ve hukuksal mücadelenin kazanımlarından çok, eksiklikleri üzerinde düşünmeyi zorunlu kılıyor.

ÇALIŞMA VE SOSYAL GÜVENLİK HAKLARININ KARŞILIKLI İLİŞKİSİNDE MALİ KAYNAKLARIN YETERLİLİĞİ SORUNU

*Doç. Dr. E. Murat ENGİN**

Giriş

Çalışma hakkı sadece sosyal ve ekonomik hakların değil, temel insan haklarının da merkezini oluşturur. Klasik ve en dar anlamıyla çalışma, kişinin maddi gereksinimlerini karşılaması, ekonomik varlığını sürdürmesi yöntemidir. Ancak bunun ötesinde çalışma, insanın kendini gerçekleştirmesinin ve gelişiminin anahtarıdır. İnsan, özgürlüğünü ve onurunu çalışma ile kazanır. Bu bakımdan çalışma hakkı doğal temelini insan onurunda bulur. Toplumsal anlamda da çalışma sosyal adaletin temel koşuludur¹.

Temel hak ve özgürlüklere dayanan, böylece insan onuru esasına dayanan bir hukuki düzende insanın korunması ve sosyal adalet amacı çalışma hakkı yanında sosyal güvenliğin gerçekleştirilmesini gerektirir. İnsan onuru temelinde sosyal güvenlik hakkı çalışma hakkının güvencesidir. Ancak, anayasal tanıma başlı başına yeterli bir güvence değildir. Devletin sosyal ve ekonomik yaklaşımına bağlı olarak her iki hak arasındaki ilişki insan onurunu zedeleyen bir çatışma ilişkisine de dönüşebilir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Temel hak ve özgürlüklerde çalışma ve insan onuru anlayışının gelişimi üzerine bkz. Drzewicki, Krysztof, *The Right to Work and Rights in Work; Economic, Social and Cultural Rights*, 2. Ed. Eide/Karause/Rosas, Boston-London, 2001, 223 vd.; Asquinazi-Bailleux, Dominique, *Droit a L'Emploi et Dignité, Ethique, Droit et Dignité de la Personne*, mélanges Christian Bolze, Paris 1999, 123 vd.

A. Çalışma Hakkı ve Ödevinin Değişken İçeriği

Anayasa m. 49 tarafından “çalışma herkesin hakkı ve ödevidir” ifadesiyle güvence altına alınan çalışma hakkı ve ödevi, hak yönüyle bireylerin çalışma ve ekonomik faaliyette bulunmalarının önündeki engellerin kaldırılmasını ifade eder. Ancak, bireylerin önündeki engellerin kaldırılmasından ne anlaşılabacağı, ekonomi ve hukuk politikasına göre değişken, hatta birbiriyle çelişen yaklaşımlara vücut verir. Tümüyle liberal ekonomi doktrinini yansıtan anayasal sistemlerde çalışma hakkı ile kıta Avrupa’sının sosyal piyasa ekonomisi anlayışı üzerine kurulu anayasal sistemlerin çalışma hakkı birbirlerinin antitezidir.

Liberal hukuk anlayışının temel ayırt edici özelliği yasa koyucunun çalışma koşullarına müdahalesinin reddi ve işverenin fesih hakkının mutlak bir hak olarak tanınmasıdır. Eldeki toplam iş olanağından halen çalışmakta olanlar kadar işsizlere de eşit yararlanma şansının tanınması gibi görünüşte eşitlikçi bir yaklaşımdan hareket eden liberal anlayış, işçilerin feshe karşı koruma yoluyla istihdamın sürekliliğinin sağlanması talebini meşru bir talep olarak görmez ve gerek işsizlerin sınırlı iş olanakları için rekabet şansının, gerekse işverenin girişim özgürlüğünün korunması adına reddeder. Çalışma yaşamına yasa koyucunun müdahalesini reddederek çalışma koşullarının belirlenmesini piyasanın insafına terk eden liberal anlayışa göre çalışma hakkı devletin olumsuz edimlerini gerektirir².

Özellikle 80 li yıllardan itibaren etkisini artırarak gösteren neo liberal politikalarla sosyal devlete karşı yeniden yaşama geçirilmeye çalışılan bu yaklaşımda çalışma hakkı, işçiler ile işsizler arasında giderilmesi mümkün olmayan bir menfaat çatışmasından ibarettir.

Kıta Avrupasında egemen olan sosyal piyasa ekonomisi (Sozial Marktwirtschaft) tam istihdamın sağlanmasını hedefler. Buna ilişkin hukuk politikasında çalışma hakkı, bir yandan halen çalışmakta olan işçilerin istihdamında sürekliliğin sağlanması, diğer yandan çalışamayanlar bakımından yeni iş olanaklarının yaratılması ve koruma önlemlerinin alınması olmak üzere iki yönde devletin olumlu edimlerini gerektirir. Böylece, gerek işçiler, gerekse işsizlerin çalışma hakları aralarında menfaat çatışmasına yer bırakmadan ayrı ayrı ele alınır³.

² Çalışma hakkı ile fesih sistemi arasındaki ilişki için bkz. Preis, Ulrich, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 2987, 117 vd.

³ Lyon-Caen, Gérard, Le Droit au travail, Les Sans Emploi et La Loi: Hier et aujourd’hui, Actes du Colloques Nantes, Juin 1987, 204

İstihdamın sürekliliğinin sağlanması amacı, iş yasalarının emredici hükümleri ve özellikle feshe karşı koruma hükümlerinde ifadesini bulmaktadır. İşsizler için yeni istihdam olanaklarının sağlanmasına yönelik olumlu edimler ise, aşağıda inceleyeceğimiz çeşitli hukuk alanlarını kapsayan düzenlemelerle yaşama geçirilir.

Anayasa m. 49 çalışma hakkı yanında çalışma ödevini de hükme bağlamaktadır. Olumlu emir anlamıyla kişilerin çalışmaya hazır ve istekli olmalarını ifade eden çalışma ödevi, işsizlik sigortasından yararlanmanın ön koşulu olarak yasa düzeyinde somutlaşmaktadır. Ancak, çalışma ödevinin işlevi olumlu anlamıyla sınırlı olmayıp, bu ödevi yerine getiremeyecek durumda olanlar bakımından daha kapsamlı sonuçlar yaratmaktadır. Çalışmanın kişiler bakımından ödev olması aksi anlamıyla, toplumun bu ödevi yerine getiremeyenlere asgari yaşam şartlarını sağlama yükümlülüğünü ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, çalışma ödevi olumsuz anlamıyla çalışma olanağına sahip bulunmayanlara topluma yönelik bir talep hakkı verirken, devlete bu konuda olumlu edimlerde bulunma görevini yüklemektedir⁴.

B. Sosyal Güvenlik Hakkının Çalışma Hakkı ve Ödeviyle Bütünlüğü

Çalışma hakkının yaşama geçmesi ve istihdam politikası sosyal güvenlik politikası ile ayrılmaz bir bütündür ve çalışma hakkı gibi sosyal güvenlik hakkı da iki yönlüdür. Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu hükme bağlayan Anayasa m. 60, “sosyal risk” olarak adlandırılan kimi olguların kişiler üzerinde yarattığı sonuçları telafi edecek mekanizmaların kurulması görevini devlete yüklemektedir. Sosyal güvenlik, belirli mesleki, fizyolojik veya sosyoekonomik riskler nedeniyle çalışamaz duruma gelen kişilerin sağlıklarını koruma ve yoksulluğa düşmelerini engelleme amacını taşıyan bir programlar bütünüdür⁵. Devlet, sosyal güvenliğı sağlama amacını iki yöntemle yerine getirmeye çalışır. Bunlar, primli rejim olarak ifade edilen sosyal sigortalar ile primsiz rejim olarak ifade edilen sosyal yardımlar ve sosyal hizmetlerdir.

Sosyal sigortalar, iş kazası meslek hastalığı, hastalık, analık, yaşlılık ve ölüm gibi çalışmayı aksatan ya da sona erdiren fizyolojik riskleri çalışma karşılığı hak edilen ücretler üzerinden sağlanan primler karşılığında güveneye alınarak telafi edilir. Böylece, çalışma karşılığı ödenen ücretler sosyal sigortalar sistemini ayakta tutmaktadır. Bu bakımdan, çalışma hakkının is-

⁴ Lyon-Caen, 204; Asquinazi-Bailleux, 127 vd.

⁵ Tuncay-Ekmekçi, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, 2

tihtdamın sürekliliğini sağlama amacıyla, sosyal sigortalar arasında çok sıkı bir karşılıklı destek ilişkisi vardır⁶.

Yine çalışmanın devamı boyunca ödenen işsizlik sigortası primi ile kişinin belirli bir dönem için işsizlik riski güvenceye alınır. İşsizin yeniden çalışma istek ve iradesine sahip olması, işsizlik sigortasından yararlanmanın ön koşulu olarak yasa da hükme bağlanmıştır. Böylece, anayasal çalışma ödevinin olumlu emir yönü yasa düzeyinde somut bir hukuki sonuca bağlanmaktadır. Hukuki niteliği itibarıyla, çalışma istek ve iradesine sahip olma ifası zorunlu bir borç değil, işsizlik ödeneği hakkını elde etmek isteyen kişinin yerine getirmesi gereken ödevdir. Kişi bu ödevi yerine getirmez ise hakkı elde edemez.

Sosyal güvenliğin diğer boyutu olan primsiz sosyal güvenlik sistemi ise, uzun dönemli işsizler, çalışamayacak ve muhtaç durumda olanlara devletin vergi gelirlerinden karşılanmak üzere sosyal koruma sağlanmasıdır. Primsiz sosyal güvenlik sistemi sosyal yardım ve sosyal hizmet teknikleri üzerine kuruludur. Bu sistemin finansmanı devlet bütçesinden ya da kamu kaynaklarından sağlanır. Sosyal yardımlar, toplumun kendi ellerinde olmayan nedenlerle yoksul, muhtaç duruma düşen bireylerine insanlık onuruna yaraşır asgari bir yaşam sürdürmeleri için devlet bütçesinden parasal yardım yapılması esasına dayanır. Her ne kadar sosyal yardımlar olarak adlandırılıyor ise de, devletin muhtaç bireylere asgari yaşam standardı sağlaması bir lütuf değil, devlet yönünden yükümlülük, bireyler yönünden ise bir hak⁷.

Nitekim, muhtaçlık ve genel olarak yoksullukla mücadele sosyal güvenlik hakkının olduğu kadar çalışma ödevinin konusudur. Yukarıda belirttiğimiz gibi çalışma ödevi, çalışma güç ve olanağına sahip bulunmayanlara topluma yönelik talep hakkı verirken, topluma ve devlete bu konuda olumlu edimlerde bulunma görevi yüklemektedir. Buna göre, çalışma ödevinin devlete görev yükleyen boyutu ve sosyal güvenlik hakkının sosyal yardım boyutu birbir örtüşmektedir. Devlet, çalışma ödevinin kendisine yüklediği görevi sosyal yardımlar yoluyla yerine getirir⁸.

C. Sosyal Dışlanma Olgusu ve Sosyal Devletin Yükümlülükleri

Her iki anayasal hak arasında ana hatlarıyla ortaya koymaya çalıştığımız karşılıklı ilişki, Anayasanın halen çalışanların korunması yanında çeşitli ne-

⁶ Supiot, Alain, L'Avenir d'un Vieux Couple: Travail et Sécurité Sociale, Droit Social, Septembre-Octobre 1995, 823 vd.

⁷ Sosyal koruma hukukunun gelişimi için bkz. Balcı, Şebnem, Tutunamayanlar ve Hukuk, Ankara 2007, 117 vd.

⁸ Supiot, 828 vd.; Balcı, 123 vd.,

denlerle çalışmayanlar için devlete çok kapsamlı olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğü yüklediğini ortaya koymaktadır.

Sosyal devlet ilkesinde somutlaşan bu yükümlülük, neo liberal politikaların yol açtığı ve giderek derinleşen sosyal kriz ortamında daha önce hiç olmadığı kadar önem ve boyut kazanmıştır. Tüm dünyada işsizliğin artışı ve uzun süreli hale gelişi ile birlikte yoksulluğun artışına, bu sürece paralel olarak geniş toplum kesimlerinin “sosyal dışlanma” adı verilen bir olgu ile karşılaşmasına neden oldu⁹.

Avrupa’da 1980 li yıllardan itibaren Avrupa sosyal modelinin Avrupa firmalarının rekabet edebilirliğini zayıflattığı ve buna bağlı olarak istihdam yaratma olanaklarını engellediği düşüncesiyle her bir Avrupa ülkesinde sosyal modelin daraltılması yoluna gidildi. Bu eğilim, çalışma hakkı boyutunda iş güvencesinin zayıflatılması ve esnek istihdam modellerinin geliştirilmesi olarak somutlaşırken, sosyal güvenlik alanında sosyal korumanın ve yenden dağıtım mekanizmalarının daraltılması biçiminde kendini gösterdi. Yirmi yıl gibi uzun bir dönem boyunca sürdürülen bu politika Avrupalı firmaların rekabet güçlerine anlamlı bir katkı yapmadığı gibi, uzun dönemli işsizliğin ve yoksulluğun artmaya devam etmesi karşısında, güncel AB politikası sosyal koruma ile ekonomik rekabet edebilirlik arasında hassas bir denge kurmaya yöneldi. Sosyal dışlanma ile mücadele Avrupa Birliği ülkelerinde ulusal ve birlik düzeyinde temel sosyal politika olarak belirlendi. Sosyal dışlanma kavramı yeniden tanımlanarak “sosyal içerme politikaları” geliştirilmeye başlandı¹⁰.

Mart 2000 Lizbon Konseyi ile başlayan çalışmalar sonucunda Kasım 2001 de benimsenen Sosyal İçermeye İlişkin Ortak Rapor, üye devletlerin baş etmesi gereken temel sorunları saptayarak belirli alanlarda üye devletlere yönelik sosyal politika amaçlarını belirlemektedir. İşgücü piyasasını geliştirerek istihdamı herkes için bir hak ve fırsat olarak artırmak temel bir amaç olarak belirlenirken, bu amaca ulaşmak için istihdam edilebilirliği geliştirilmesi, yeni vasıf kazandırma ve yaşam boyu eğitim programlarının uygulanması önerilmektedir¹¹.

9 Yoksulluk ve sosyal dışlanma kavramı ve sosyal güvenliğin değişen rolü için bkz. Balcı, 32, 37 vd, 77 vd. Erdoğan, Seyhan, Çalışma Ortamı Dergisi, sa. 75, Temmuz Ağustos 2004; Gökbayrak, Şenay, Avrupa Birliğinin Sosyal Koruma Sorunsalı Olarak Sosyal İçerme Politikaları, Çalışma Ortamı Dergisi, sa. 80, Mayıs-haziran 2005

10 Erdoğan, 1 vd.; Gökbayrak, 1 vd.; Balcı, 81 vd.

11 Geniş bilgi için bkz. Balcı, 81 vd; Erdoğan, 1 vd; Gökbayrak, 1 vd.

Ortak raporda öne çıkan diğer bir amaç, insanca bir yaşam düzeyi sağlamak için yeterli gelir ve kaynakları garanti etmektir. Bu amaçla, sosyal koruma sistemlerinin geliştirilmesi, sosyal yardım, asgari gelir desteği, aktif refah devleti politikalarının geliştirilmesi hedeflenmektedir.

Ana hatlarıyla özetlediğimiz AB sosyal politikası liberal akım sonrası sosyal devletin yeniden ve daha geniş boyutlarda canlanmasından başka bir şey değildir. Türkiye’de de benzer bir süreç yaşanmaktadır.

D. Türkiye’de Sosyal Politikanın Yakın Dönemde Gelişimi

Türkiye de iş ve sosyal güvenlik mevzuatı 2000 li yıllara kadar ülkenin sosyal ve ekonomik düzeyine paralel olarak oldukça kısır, yetersiz bir içeriğe sahipti. 2003 yılında 4857 sayılı yeni İş Kanunu ve Türkiye İş Kurumu Kanunu, 1999 yılında İşsizlik Sigortası Kanunu ve 2006 yılında Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu yürürlüğe girdi. Her biri uzun tartışmalar ve tereddütlerden sonra yürürlüğe giren bu yasalarla çalışma ve sosyal güvenlik haklarının temel yapısı kurulmuş oldu. Sosyal güvenlik hakkının en klasik görünüm biçimlerinden olan işsizlik sigortasının Türkiye’de ancak 1999 yılında, yine Avrupa’da uzun yıllardan beri uygulanan tüm bireyleri kapsayıcı genel sağlık sigortasının 2006 yılında yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, sosyal güvenlik alanında son on yılda önemli mesafe kat edildiği ortaya çıkmaktadır.

Genel sağlık sigortasının önemli özelliği, çalışanları ödedikleri primler karşılığında sağlık güvencesine alması yanında primli rejim kapsamına girmeyenlerin, primleri devlet tarafından ödenmek üzere sağlık güvencesine kavuşturulmuş olmalarıdır. Ödeme gücü olmayanların sağlık hakkına kavuşmaları, sosyal güvenlik hakkının sosyal yardım boyutunda kayda değer bir gelişmedir. Gerçi bu hak, ödeme gücü olmayan vatandaşların giderlerinin Yeşil Kart verilerek devlet tarafından karşılanmasına ilişkin 3816 sayılı Kanun ile ilk defa 1992 yılında düzenlenmişti. 5510 sayılı Kanun m. 106/II ye göre, 3816 sayılı Kanun Ekim 2010 tarihinde yürürlükten kalkacak olup, bu tarihten itibaren yeşil kart sahipleri tümüyle genel sağlık sigortası kapsamına gireceklerdir.

5510 sayılı Kanun m. 62, bu kanun gereğince genel sağlık sigortasından sağlanacak sağlık hizmetlerinden yararlanmanın sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişiler için bir hak, Sosyal Güvenlik kurumu için ise bu hizmet ve hakların finansmanını sağlamanın bir yükümlülük olduğunu hükme bağlamaktadır. Bu hüküm, primsiz sosyal güvenliğin bireyler yönünden hak, devlet yönünden olumlu edim yükümlülüğü olma niteliğini açıkça dile getirmektedir.

3816 ve 5510 sayılı kanunlarla primsiz sosyal güvenlik sağlık yardımları yönünden yaşama geçirilmiş olmakla birlikte, diğer boyutları eksiktir. Primsiz sosyal yardımlar tazminat nitelikli yardımlar ve koruma nitelikli yardımlar olmak üzere ikiye ayrılır. Türk hukuku bu alanda her biri farklı zamanlarda ve farklı yasalarla düzenlenen dağınık bir mevzuata sahiptir. Örneğin, vatan hizmetinde bulunmuş İstiklal madalyası sahiplerine, Kore ve Kıbrıs gazilerine aylık bağlanması, görevleri nedeniyle ölen ya da yaralanan kamu görevlileri ve ailelerine tazminat verilmesi ya da aylık bağlanmasına ilişkin yasalar tazminat karakterlidir. Koruma nitelikli yardımlara, 1976 tarih ve 2022 sayılı 65 yaşını doldurmuş muhtaç, güçsüz ve kimsesiz Türk vatandaşlarına aylık bağlanması hakkında Kanun örnek gösterilebilir.

Sosyal yardımları bir bütün olarak ele almak amacıyla ve 5510 sayılı Kanun ile birlikte yürürlüğe girmek üzere hazırlanan ve henüz yasalaşmayan Sosyal Yardımlar ve Primsiz Ödemeler Kanunu Tasarısı'nın amacı sosyal yardımların ulusal ortak veri tabanı temelinde etkin olarak sağlanmasıdır. Tasarıda sosyal yardımlardan yararlanmanın belirli koşullara sahip Türk vatandaşları için bir hak olduğu öngörülmüş ve bu yardımlar çocuk yardımı, yaşlılık yardımı, özürlü yardımı, iş edindirme yardımı ve sağlık yardımı olarak beş kategoriye ayrılmıştır. Tasarının henüz yasalaşmamış olması primsiz sosyal güvenliğin bütünlüğü ve sosyal dışlanmayla mücadele bakımından önemli bir eksikliklerdir.

Gerçekten, AB müktesebatına ilişkin 2008 ve 2009 Türkiye ilerleme raporunda belirtildiği üzere Türkiye'de nüfusun %18,56'sı yoksulluk sınırının altında yaşamakta olup yoksulluk riski çok yüksektir. Yoksulluk çalışan nüfus içinde de yüksek olup, özellikle çocuklar sosyal yardımların yetersizliği nedeniyle genel orandan daha fazla yoksulluk riski altındadırlar. İlerleme raporlarında, sosyal güvenlik reformunun sosyal dışlanmaya etkisinin henüz belirsiz olduğu, sosyal yardımlara ilişkin kanun taslağının da henüz yasalaşmamış olduğu belirtilerek, sosyal yardım ve sosyal içerme politikalarında etkili planlama ve koordinasyonun sağlanamadığı, bu durumun sosyal yardımların amaçsız ve şeffaf kıstaslardan uzak keyfi dağıtımına neden olduğu ifade edilmektedir. İlerleme raporlarına göre, yoksullukla mücadele ve sosyal içermeye ilişkin ulusal mekanizmalar zayıf olup, sosyal içerme politikaları henüz emekleme döneminde.

Çalışma hakkı ve primli sosyal güvenlik rejimi yönünden bakıldığında, mevzuatın son yıllardaki gelişmesine rağmen fiili durum yeterli olmaktan uzaktır. İlerleme raporlarına yansıyan verilere göre, 2007 yılında istihdam edilenlerin nüfusa oranı % 47,8 gibi düşük bir oranda gerçekleşirken, işsizlik oranı % 9,9 olup özellikle genç işsizliği % 19,6 gibi yüksek bir orandadır.

2009 da ise ekonomik krizin etkisiyle işsizlik oranı hızla yükselerek %13,6 ya, genç işsizliği oranı da %24,9 a çıkmıştır.

İşsizlik oranının artışına karşılık, 2008 yılında yürürlüğe giren istihdamı teşvik paketi sınırlı prim teşvikinden ibaret kalmıştır. İşsizlik Sigortası Kanununa eklenen geçici 7. madde ile 18 yaşından büyük ve 29 yaşından küçük gençleri istihdam eden işverenlerin bu işçilerin sigorta primlerine ilişkin işveren hisselerinin %100 den başlayıp beş yıl boyunca azalan oranlarda işsizlik sigortası fonundan karşılanması öngörülmektedir. 5510 sayılı Kanun m. 81 de yapılan değişikliğe göre de, özel sektör işverenlerinin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primlerinden, işveren hissesinin beş puanlık kısmına isabet eden tutar Hazinece karşılanacaktır.

Ancak, ekonomik krize denk gelme şanssızlığına uğrayan teşvik paketinin istihdama etkisinin ne olduğu belirsiz kalmıştır. Nitekim, 2008 ilerleme raporu, genel bir istihdam stratejisinin olmadığı bir ortamda çıkarılan teşvik paketine duyulan şüpheyi yansıtmaktadır.

Uzun dönemli işsizlik yanında Türkiye bakımından özellikle ağır bir sorun kayıt dışı istihdamdır. Çalışanların en az yarısı, Anayasa ve yasa gereği primli sosyal güvenlik rejimi kapsamında sigortalı olmalarına rağmen, Kuruma bildirilmedikleri ve primleri ödenmediği için primli sosyal güvenlik rejiminin sağladığı işsizlik, yaşlılık sigortası, primli sağlık yardımı gibi haklardan yararlanamamaktadırlar. Bunun anlamı, istihdam edilenlerin yarısının hakları olan primli sosyal güvenlik rejimi yerine fiilen, uzun dönemli işsizler ve muhtaçlar gibi devlet bütçesinden finanse edilen primsiz sosyal güvenlik rejiminin kısıtlı yardımlarına tabi olmalarıdır.

Yine, 2009 ilerleme raporuna göre, hükümet kayıt dışı istihdama karşı teşvikler ve yaptırımlar içeren bir aksiyon planını kabul etmiş olmakla birlikte, eylem planı ölçülebilir hedefler ve göstergelerden yoksun olup, kayıtdışı istihdamı ölçüm metodları geliştirilmeye muhtaçtır.

Türkiye’de yakın dönemde primsiz sosyal güvenlik rejiminde sağlık yardımları konusunda önemli bir ilerleme sağlandığı, ancak sosyal içerme politikaları ve özellikle kayıt dışı istihdam konusunda hemen hiçbir ilerleme sağlanmadığı, bütüncül bir yaklaşım ve stratejiye sahip bir sosyal politikanın olmadığı ortaya çıkmaktadır. Bunun anlamı, anayasal sosyal güvenlik hakkının gerek primli ve gerekse primsiz rejim boyutları ile devletin olumlu edim yükümlülüklerini yerine getiremediğidir.

Çalışma ve sosyal güvenlik haklarının karşılıklı ilişkisine bakıldığında, yoksulluk ve sosyal dışlanmanın sebep değil sonuç olduğu, sosyal dışlanmayla

mücadelenin toplumsal olumsuzlukların etkisini asgari ölçüde telafi etme çabası olduğu görülür. Ancak sosyal dışlanmayla mücadele sebepleri ortadan kaldırmamaktadır. Yoksulluk ve işsizliğin sebebi çalışma hakkının yeni istihdam olanakları sağlama yönünde devlete görev yükleyen boyutunda aranmalıdır.

Yeni istihdam olanaklarının yaratılması çok boyutlu politikaların geliştirilmesini gerektiren karmaşık bir süreçtir. Bu alanda, uzun süreli işsizlik, genç işsizliği ve yeniden istihdam edilebilirliğin artırılması olarak üç başlık öne çıkmaktadır. Geçmişte, üretim yapısını belirleyen ucuz işgücü ve hammadde bolluğu gibi unsurlar önemini yitirirken, küresel ekonomiye uyumlu ve yüksek rekabet yeteneğine sahip, etkin işleyen bir piyasa mekanizmasına, kurumsal yapıya, gelişmiş bir teknolojik ve ticari altyapıya sahip olmanın ve pazarın değişen ve gelişen tercihlerini yakından izleyebilmenin önemi artmıştır.

Türkiye gibi gelişmekte olan ülkelerin küresel ortamda rekabetçi konumlarını sürdürebilmeleri için verimlilik artışına dayalı büyüme ortamının sağlanması kilit önem taşımaktadır. Bu doğrultuda, yenilikçiliğe önem verilmesi, bilim ve teknoloji kapasitesinin artırılması, insan sermayesinin geliştirilmesi, bilgi ve iletişim teknolojilerinin etkin biçimde kullanabilmesi gerekir.

Kısaca, çalışma hakkının yaşama geçirilmesi insan sermayesine yatırım ile mümkündür. İnsana yatırım başta genel eğitim ve mesleki eğitim politikalarının güçlendirilmesini gerektirdiği gibi, tarım politikalarından bilgi teknolojisini kullanan küçük ve orta ölçekli girişimciliğin desteklenmesine, bilime yatırım yapılmasına, tutarlı bir ekonomik program izlenmesine kadar her alanda çok boyutlu bir politika değişimini, uzun vadeli, tutarlı politikalar oluşturulmasını gerektirmektedir. Türkiye’de güncel siyasetin durumu, genel eğitim, mesleki eğitim ve üniversite eğitiminin içinde bulunduğu durum düşünüldüğünde, tüm boyutlarıyla insana yatırımın öncelikle zihniyet değişikliğini gerektirdiği ortaya çıkmaktadır. İnsana yatırımın Türkiye’ye özgü siyasi riskleri ve uzun dönem boyunca sürdürülmesi gereken yüksek maliyeti sosyal politikada öncelikler konusunda önemli bir tehlikeyi beraberinde getirmektedir.

Çalışma hakkının devlete yüklediği insana yatırım olarak özetlenebilecek olumlu edim yükümlülüğünün kapsamı aslında devletin anayasal ödevlerinin hemen bütününü içerir. İnsana yatırımın ekonomik maliyeti kadar siyasi maliyeti, siyasi iktidarlar için göz korkutucu olabilir. Bu maliyet karşısında siyasi iktidarların insana yatırım yerine sosyal dışlanmayla mücadelenin daha düşük maliyetini tercih etmelerinin akla yakın bir ihtimal olduğu kanısındayım.

Örneğin, yapılan araştırmalara göre toplumun en yoksul ve çalışamayan kesimlerine devlet bütçesinden düzenli destek verilmesi anlamına gelen ve örnekleri AB ülkelerinde yürürlükte bulunan güvenceli asgari gelir uygulamasının Türkiye’de yürürlüğe konulması halinde, bu uygulama Gayrisafi Milli Hasılanın % 0.6 na ve en fazla % 2 sine eşit bir kaynak ayrılmasını gerektirecektir. Yoksullukla mücadelede yaratacağı etki karşısında son derece düşük olan bu maliyet insana yatırımın yüksek ekonomik ve siyasi maliyeti karşılaştırıldığında, siyasi iktidarların kolaylıkla kabul edeceği bir maliyettir¹².

Çalışma ödevinin ve sosyal güvenlik hakkının gereği olan sosyal dışlanmayla mücadele, kapsamına giren bireyler iki yönde değerlendirilmelidir. Yaşlılar, çocuklar, bakıma muhtaç kişiler gibi bireyler bakımından sosyal koruma sürekli bir amaçtır. Yoksulluğun gerçek nedeni olan, fikri ve bedeni olarak çalışma yeterliliğine sahip olup ta istihdam dışında kalanların korunması sosyal politikanın öncelikli amacı olarak değil, çalışma hakkının yaşama geçirilmesi sürecinin aracı olarak nitelenmelidir. Diğer bir ifadeyle, insana yatırımın maliyeti karşısında sosyal korumayla yetinilmesi, çalışma hakkı ile sosyal güvenlik hakkının sosyal koruma boyutunu birbiriyle çatışan haklar durumuna sokarak, sosyal korumanın temel siyasi politika olarak kabulü çalışma hakkının ihmaline yol açacaktır. Bu ihtimal bir hukuk fantazisi olmayıp neo liberal ekonomi politikalarının öngördüğü bilinçli bir sonuçtur.

O halde, çalışma ve sosyal güvenlik hakkının karşılıklı destek ilişkisi insana yatırım maliyetlerinin nasıl bir zihniyetle değerlendirildiğine bağlı olarak kolayca çatışma ilişkine dönüşebilir. Sorun mali kaynaklarla ilgili olduğuna göre, Anayasanın 65. maddesine bakmakta fayda vardır.

E. Mali Kaynakların Yeterliliği Ölçüsü ve Anayasa Mahkemesinin Tutumu

Anayasanın 65. maddesine göre, devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.

Hüküm, devletin olumlu edimini gerektiren sosyal ve ekonomik hakların bireyler tarafından ileri sürülmesini güçleştirir niteliktedir. Ancak, mali kaynakların yeterliliği ölçütü devlete bir esneklik tanımakla birlikte, uygun ve etkili edimlerde bulunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Aksine, 65.

¹² Buğra, Ayşe-Sınmazdemir, Tolga, Yoksullukla mücadelede insani ve etkin bir yöntem: Nakit gelir Desteği, Boğaziçi Üniversitesi Sosyal Politika Forumu Araştırma Raporu, İstanbul 2004 (Balı, 133, dn. 400)

madde devlete, amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek yükümlülüklerini yerine getirme emrini vermektedir. Bu nedenle, ekonomik ve sosyal hakların yerine getirilmesinde yasamanın mutlak bir takdir hakkı bulunmayıp, mali kaynaklar ölçüsünde her bir hak için önce asgari olanı yapmak ve her birini aşamalı olarak gerçekleştirmek zorundadır. Yasamanın takdir yetkisi öncelikleri belirleme noktasındadır^{12a}.

Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında 65. maddesi çeşitli yönleriyle değerlendirmiştir. Örneğin, işsizlik sigortasından yararlanmaya ilişkin bir kararında, hak ile mali kaynakların yeterliliğini ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengelemeye çalışmaktadır.

“Diğer yandan, bir ülkedeki sosyal güvenlik sisteminin yapısını, ekonomik ve sosyal koşullarının belirleyeceği bilinen bir gerçektir. Çünkü sosyal güvenlik programlarıyla ekonomik ve sosyal yapı karşılıklı etkileşim içerisindedir. İlk defa uygulamaya konulan işsizlik sigortasının kapsamının ve koşullarının belirlenmesinde de ekonomik ve sosyal durumun etkisi yadsınmaz. İşsizlik sigortasından yararlanma koşulları içinde yer alan “sigortalının hizmet akdinin sona ermesinden önceki son 120 gün içinde sürekli çalışarak prim ödemesi” gerçekleşmesi olanaksız ya da çok zor bir koşul olmadığı gibi, işsizlik sigortasından yararlanmayı ortadan kaldıran ya da kullanılamayacak şekilde güçleştiren bir koşul olarak da nitelendirilemez.”¹³

Mahkeme diğer bir kararında sosyal güvenlik hakkını Anayasa’nın 65. maddesinde yer alan, devletin görevlerinin amaçlarına uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü temelinde ele almıştır. “Öte yandan, Anayasa’nın 4709 sayılı Yasa ile değişik 65. maddesine göre, Devlet, Anayasa ile belirlenen görevlerini mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirirken, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri de gözetmekle yükümlü kılınmıştır. Bu öncelikler Anayasa’nın kimi hükümlerinde açıkça öngörülmüştür. Anayasa’nın “Sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler” başlıklı 61. maddesi, bu önceliklerden birini düzenlemektedir. İtiraz konusu kural, 506 sayılı Yasa’nın bütünlüğü içinde değerlendirildiğinde, Anayasa’nın 61. maddesinde öngörülen özel korumanın da yeterince gözetildiği anlaşılmaktadır. Malüllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları ile iş kazalarıyla meslek hastalıkları sigortasından hak kazanılan aylık ve gelirler birleştğinde, sigortalıya bu aylık ve gelirlerin tamamı ödenmese de birinin ta-

^{12a} Bkz. Sağlam, Fazıl, Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma, Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık 2008, 757 vd.

¹³ E. 1999/43, K. 2001/46, 27.2.2001, Kazancı.com.tr

mamının ve diğerinin de yarısının ödenecek olması, yalnızca yaşlılık aylığı alan sağlam kişiye göre, sakat olanın koruma önceliğinin gözetilmiş olduğu anlamına gelmektedir”¹⁴.

Sosyal güvenlik hakkının yaşama hakkıyla doğrudan ilgili olduğu hallerde ise Mahkeme, 65. maddenin uygulama alanının bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Mahkemeye göre; “506 sayılı Yasa’nın 34. maddesinde öngörülen “... 18 aya kadar ...” sınırlaması, sağlık yardımı sonunda henüz iyileşmemiş ve tedavisi sürmekte olan kişinin gerek yaşama hakkının gerekse maddi ve manevi varlığını koruma hakkının özünü zedeler bir nitelik taşıdığından Anayasa’nın 17. maddesine aykırı görülmüştür. Anayasa’nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu “... 18 aya kadar ...” deyimi arasında bir ilişki kurulamaz. Anayasa’nın 60. maddesi kişilere “sosyal güvenlik hakkını” vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen “... yaşama, maddi ve manevi ve varlığını koruma ... hakkı” ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda “yaşama hakkını” ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır. Bu nedenle Anayasa’nın 65. maddesindeki sınırlamaları, 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu “... 18 aya kadar...” söz-cüklerine uygulama olanağı yoktur.”¹⁵

Görüldüğü gibi, Anayasa mahkemesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında 65. maddeyi aşamalı olarak ele almakta, 65. maddenin uygulanışını genel olarak ölçülülük ilkesi temelinde değerlendirirken, yaşama hakkıyla doğrudan bağlı olduğu hallerde mali kaynakların yeterliliği kıstasına uygulama alanı tanımamaktadır.

Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hakkına ilişkin kararlarında 65. maddeyi yaşama hakkı, ölçülülük ilkesi, devletin amaçlara uygun öncelikleri gözetme yükümlülüğü çerçevesinde sınırlarken, ekonomik ve sosyal hak niteliğiyle 65. maddenin uygulama alanına giren çalışma hakkı bakımından aynı tutumu göstermeyerek, devletin bu konudaki olumlu edim yükümlülüğü-nü tümüyle yasamanın takdir yetkisine bırakmaktadır.

Mahkemenin, çalışma hakkını değerlendirdiği bir kararına göre, “Anayasa’nın 49. maddesine göre, çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlete kar-

¹⁴ E. 2001/351, K. 2003/10, 11.03.2003, Kazancı.com.tr

¹⁵ E. 1990/27, K. 1991/2, 17.1.1991, Kazancı.com.tr

şı ileri sürülecek bu hak, bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımı vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır”¹⁶.

Mahkemenin, çalışma hakkının devlete karşı ileri sürülebilecek bir hak olduğunu belirtmekle birlikte bu hakkın bireylere zorlama ve yaptırım yetkisi vermediğini özellikle vurgulaması dikkat çekicidir. Halbuki, Anayasa m. 49, devletin işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmakla yükümlü olduğunu hükme bağlamaktadır.

Anılan kararın nispeten eski tarihli olduğu düşünülebilirse de, Mahkeme yakın tarihli kararlarında da çalışma hakkı konusundaki tutumu pek değişmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunun iş güvencesinin kapsamını düzenleyen 18. maddesine ilişkin kararına göre; “İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kurala getirilen şartlarla işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütünün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir”.

“İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa’nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir”.

Görüldüğü üzere Mahkeme, otuz işçi kuralının mali külfet getireceği ve kayıt dışı istihdama yol açacağı gerekçesiyle ve ILO sözleşmesine atıfla öze dokunma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Halbuki Türkiye’deki işletmelerin en az %90 ı otuzdan az işçi çalıştırdığı gibi, toplam işgücünün %50 si bu işyerlerinde istihdam edilmektedir. Kayıt dışı istihdamın en yoğun olduğu işyerleri de yine otuzdan az işçi çalıştıran işyer-

¹⁶ E. 1989/14, K. 1989/49, 19.12.1989, Kazancı.com.tr

leridir. Mahkemenin atıf yaptığı ILO sözleşmesine uygun düzenlemeler getirilen AB ülkelerinde en fazla on işçi çalıştıran işyerleri iş güvencesinden istisna kılınmıştır. Bu istisnanın amacı küçük girişimciliğin desteklenmesidir. Avrupa Birliği ülkelerinde, işsizlikle mücadele yöntemi olarak küçük girişimciliğin desteklenmesi çok boyutlu bir program dahilinde yaşama geçirilmekte, vergi kolaylıkları ve diğer destekleyici önlemlerle bir bütün içinde iş güvencesi hükümleri düzenlenmektedir.

İş Kanunu Tasarısında iş güvencesinin sınırı on işçi çalıştıran işyerleri olarak belirlenmişken, bu sınır meclis görüşmeleri sırasında otuz işçi olarak değiştirilmiştir. Hüküm, küçük girişimciliğin desteklenmesi gibi bir amaç taşımamakta ve böyle bir program bütünlüğü içinde yer almamaktadır. Mahkemenin, kayıt dışı istihdamı artıracak endişesi ile benimsediği otuz işçi sınırı kayıt dışı istihdama açık bir destek niteliğindedir. İşgücünün %50 sini kapsam dışında bırakan, böylece anayasal eşitlik ilkesine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin Mahkeme tarafından “ölçülü” bulunması talihsizliktir^{16a}.

Çalışma hakkıyla yakından ilgili olan eğitim hakkında ise Mahkeme daha olumlu bir tutuma sahiptir. Mahkemeye göre;

“Sosyal devlet, “sosyal adaletin” ve “sosyal güvenliğin” yaratılması ve korunması ile yükümlü olacaktır. “Sosyal adalet” paylaştırma ilkesidir. Toplumdaki her tabaka ve gruba ekonomik ve kültürel yaşam yeteneği uygun bir düzeyde garanti edilmiştir. Bu garanti, eğitim ve öğrenimde, meslek sahibi olmada özellikle rol oynayan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi konusunda, ekonomik- sosyal şans eşitliğini de kapsamaktadır”.

“Sosyal güvenlik” bireye, önleyici ve destekleyici olarak, gerekli yardım ve tedarikleri güvence altına alan kurumların yaratılmasını istemektedir. Devlet bireye sosyal adalet ve sosyal güvenlik getirmek zorundadır. Olabildiğince kaliteli öğrenim olanaklarının sağlanması da, bu bağlamda verilebilecek hizmetlerin başında gelmektedir”.

“5102 sayılı Kanun, sosyal devlet ilkesinin yukarıda açıklanan içeriğinin aksine bir düzenleme yapmıştır. Zira, genel bütçeli idareler, üniversiteler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından kendi mevzuatları dairesinde geniş bir fırsat eşitliği yelpazesi içinde ve bire bir ilişki kurularak yüksek öğrenim öğrencilerine burs ve kredi olanakları sağlarken, Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu devreye sokularak bu Kurumun müdahalesinin önü açılmakla kalınmamış; ayrıca bu Kanun uyarınca ve siyasi iktidarın tercihlerine göre çıkarılacak yönetmelikle yapılacak belirlemeler çerçevesinde

^{16a} Bkz. Sağlam, 764 vd.

burs verilmesi öngörülerek fırsat eşitliği yelpazesi de daraltılmıştır. Bu durum getirilen düzenlemenin Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen sosyal devlet ilkesine ve Anayasa'nın 5 inci maddesinde açıklanan devletin temel amaç ve görevlerine aykırı olduğunu ortaya koymaktadır"¹⁷.

Mahkemenin, eğitim ve öğretim hakkının kişiliğin serbestçe geliştirilmesindeki rolünü vurgularken, eğitim öğretim hakkında devletin olumlu edimlerde bulunma yükümlülüğünü sosyal güvenlik bağlamında değerlendirmesi dikkati çekmektedir. Siyasi iktidarın burs ve kredi olanaklarını tekelinde toplayarak anayasal ilkelerle bağdaşmayan tasarruflarda bulunması ihtimali karşısında Mahkemenin, dolaylı yoldan, siyasi iktidarın mali kaynakları anayasal ilkeler doğrultusunda kullanarak sosyal hakları gerçekleştirme yükümlülüğünü ifade ettiği düşünülebilir.

Ekonomik ve sosyal haklar kendi içlerinde ve diğer temel hak ve özgürlüklerle bir bütün oluşturmaktadırlar. Anayasa m. 65 sadece belirli hakları değil, tüm ekonomik ve sosyal hakları eşit biçimde ilgilendirmektedir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin çalışma ve sosyal güvenlik hakları karşısındaki tutumu değişken ve tutarsızdır¹⁸. Sosyal güvenlik hakkı bakımından devleti olumlu edimlerde bulunmaya zorlayıcı gelişmiş bir içtihat yaratan Mahkeme, siyasi iktidarın denetimi için gerekli gördüğü hallerde yine sosyal güvenlikle bağ kurarak devleti anayasa çerçevesinde olumlu edimlerde bulunmaya zorlamaktadır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, iş güvencesine ilişkin kararda görüldüğü üzere, halen çalışmakta olanların korunması gibi devlete ek mali külfet yüklemeyecek olan bir konuda dahi, üstelik eşitlik ve ölçülülük gibi denetim ilkelerini ters çevirerek yasamanın olumlu edim yükümlülüklerinden kaçınmasını desteklemektedir. Anayasa Mahkemesinin yasama ve siyasi iktidara çalışma hakkı konusunda tanıdığı mutlak takdir yetkisi, bireylerin bu alandaki talep haklarının hukuki korumadan tümüyle yoksun kalması anlamına gelmektedir.

Sonuç

Anayasa Mahkemesinin içtihadı, siyasi iktidarın insana yatırım maliyeti ile sosyal yardım maliyeti arasında nasıl bir tercih yapacağına ilişkin şüphemizi güçlendirir niteliktedir.

¹⁷ E. 2004/24, K. 2008/165, 20.11.2008, Kazancı.com.tr

¹⁸ Bkz. Sağlam, 754 vd.

Çalışma ve eğitim, kayıt dışıyla mücadele hükümet programında siyasi iktidarın başlıca uğraşı alanları olarak yer almakta ve bu konuda siyasi kararlılık beyan edilmektedir. Sosyal güvenlik hakkının geliştirilmesi, Türkiye İş Kurumunun yeniden örgütlenerek güçlendirilmesi gibi kurumsal bazı konularda önemli ilerlemeler de kaydedilmiştir. Ancak, işsizlik, kayıt dışı istihdam ve eğitim olmak üzere esas siyasi mücadeleyi gerektiren alanlar, ilerleme raporlarının ortaya koyduğu gibi, uzun vadeli ve etkili plandan, kararlı bir programdan yoksundur.

Siyasi kararlılık örgütlenme ve planlama ile ortaya konulacağına göre, çalışma hakkı ve yakından ilişkili diğer hakların geliştirilmesi konusunda iyiniyet bulunsa bile siyasi kararlılık henüz yetersizdir. İşsizlik ve eğitimsizliğin olağan bir durum olarak kabullenildiği bir ülkede sosyal yardım hak değil lütuf olur. İnsan, onurunu lütufla ayakta tutamaz.

Halbuki Türkiye, gelişen ekonomisi ve sosyal yapısıyla uluslararası diplomasinin nazık ve sıkıntı verici “gelişmekte olan ülke tanımından” artık çıkmıştır. Türkiye’nin ulaştığı bu aşamada insana yatırım yapılmasının önünde mali bir engel bulunduğu ileri sürülemez, sadece zihniyet değişikliği gereklidir.