



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE



AKADEMİK DERGİ
ACADEMIC JOURNAL

İnsan Haklarının Kurumsallaşması:
Ulusal İnsan Hakları Kurumları

➤ **Prof. Dr. Muharrem KILIÇ**

İnsan Hakları Eylem Planı Sonrası İl ve İlçe
İnsan Hakları Kurullarının Geleceği

➤ **Mehmet Alp DİDİNMEZ**

Amerikan Yüksek Mahkemesi Perspektifinde
Yanlış İfadelerin Anayasal Koruması

➤ **Neslihan ÖZELER SEZİCİ**

İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu

➤ **Bengü Merve DERİN TÜRKOĞLU**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin
"Kati Yorum" İçtihadı ve Anayasaya Uygun Yorum

➤ **Eda YILDIZ**

Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel
Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında
Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma
Hakkının Değerlendirilmesi

➤ **Kübra KAYA**

Meşru Müdafaa Üzerine Kurulu
Bir Cemaat Örneği: "36 Boys"

➤ **Muhammed Emin YILDIZ**

Tanrı, Yeni Doğal Hukuk Kuramı
ve İnsan Hakları

➤ **Cristopher Tollefsen**

➤ **Yunus Emre BERBER (çev.)**

AKADEMİK DERGİ

TİHEK

ACADEMIC JOURNAL

AKADEMİK DERGİ
TİHEK
ACADEMIC JOURNAL

TİHEK AKADEMİK DERGİSİ - YIL/YEAR: 5 - SAYI / ISSUE: 8 - 2022

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU AKADEMİK DERGİSİ

*ACADEMIC JOURNAL OF THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY
INSTITUTION OF TÜRKİYE*



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU
THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU
AKADEMİK DERGİSİ SAYI 8

ISSUE 8 OF ACADEMIC JOURNAL OF THE HUMAN
RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE

TİHEK AKADEMİK DERGİSİ
YIL/YEAR: 5 • SAYI / ISSUE: 8 • 2022

ISSN: 2667-4599

Yayın Türü/Type of Publication

Sürekli Yayın/Periodical Publication

İmtiyaz Sahibi/Owner

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu adına
On behalf of the Human Rights and Equality Institution
of Türkiye

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ / Türkiye İnsan Hakları ve
Eşitlik Kurumu Başkanı
Chairman of the Human Rights and Equality Institution
of Türkiye

Editör/Editor

Doç. Dr. Taylan BARIN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Editör Yardımcısı/Assistant Editor

Dr. Ertuğrul YAZAR
İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/ Managing Editor

Merve SİSLİ
İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı

**İdare ve Yayın Merkezi / Centre For Administration
and Publishing**

Yüksel Caddesi No: 23 Çankaya/ANKARA
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Hizmet Binası

Web: www.tihek.gov.tr | Posta: makale@tihek.gov.tr
Tel: 0312 422 78 00/01 - Fax: 0312 422 78 99

Baskı Tarihi/Date of Print

Mart 2022

Grafik Tasarım/Technical Production

Ajans Düş Pınarı
Birlik Mh. 465 Cd. No:1/5 06610 Çankaya/ANKARA
+90 (543) 235 12 25 - +90 (532) 658 93 11
bilgi@duspinari.com | www.duspinari.com

Baskı Adedi/Print Run

500 adet/copies

Baskı Yeri/Print Address

İlkay Ofset Matbaa
Zübeyde Hanım Mah. Çilingir Sok. No:33 Altındağ /ANKARA

Kapak Tasarımı/Cover Design

Su Reklam Ebru Kırmızı

@Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Makalede ifade edilen görüşler yazara aittir. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurumsal görüşünü yansıtmamaktadır.

@No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Human Rights and Equality Institution of Türkiye. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. The views expressed in the papers belong to the author. Do not express the institutional view of the Human Rights and Equality Institution of Türkiye.

TİHEK Akademik Dergisi yılda 2 kere yayımlanır. - Hakemli bir dergidir.
HREIT Academic Journal is published twice a year. It is a peer-reviewed journal.

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Doç. Dr. Taylan BARIN	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Özgür AYDIN	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı Dr. Ertuğrul YAZAR	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu
İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı Merve SİSLİ	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu

DANIŞMA KURULU / ADVISORY COMMITTEE

Av. Alişan TIRYAKI	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu İkinci Başkanı
İsmail AYAZ	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Saffet BALIN	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Av. Zennure BER	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Muhammed Ecevit CARTI	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Dr. Burhan ERKUŞ	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Dilek ERTÜRK	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Mehmet Emin GENÇ	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Av. Harun MERTOĞLU	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Ünal SADE	Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu Üyesi
Hasan Tahsin GÖKCAN	Anayasa Mahkemesi Başkanvekili
Prof. Dr. Yücel ACER	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk BİLİR	Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı
Prof. Dr. Nihat BULUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra GÜL DARDAĞAN KİBAR	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdullah DİNÇKOL	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDÖĞLU	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. H. Burak GEMALMAZ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ece GÖZTEPE	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ	Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mahmut KOCA	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEÖĞLU	Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yüksel METİN	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yaşar SALIHPAŞAOĞLU	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdurrahman SAYGILI	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet TURHAN	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Engin YILDIRIM	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Handan YOKUŞ SEVÜK	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TÜMAY	Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Yakup Levent KORKUT	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Çiğdem Dilşat SEVER	Atilım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

* Kurullar soyadı baş harfine göre sıralanmıştır.

TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU

AKADEMİK DERGİSİ YAYIN KURALLARI

1. 2018 yılından itibaren yayımlanan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi, hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Çalışmalar, Dergi'ye Dergipark sistemi üzerinden gönderilir. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış olmalı veya yayımlanmak üzere değerlendirilme aşamasında bulunmamalıdır. Yazarlar kaynakların orijinalliğinden ve teyidinden sorumludurlar.
4. Dergide insan haklarıyla ilgili bilimsel nitelikli makale, derleme, çeviri ve inceleme gibi çalışmalara yer verilir. Yazılar, özgün ve insan hakları ile ilgili farkındalığı arttırıcı, eğitici ve farklı bir bakış açısı oluşturacak nitelikte olmalıdır. Yazılarda araştırmaya dayalı olma, alana katkı sağlama, yeni ve farklı gelişmeleri irdeleme ölçütleri dikkate alınır.
5. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atıf kurallarına uygun olmalıdır.
6. Hakemlik aşamasında yazar isimlerinin belli olmaması için, yazar bilgisi makale içerisinde yer almamalıdır. Hakemlik süreci sonunda yayımlanması uygun görülen makaleler için yazar bilgisi ilk harfleri büyük olacak şekilde Times New Roman 12 punto ve italik olarak yazılacaktır.

Yazar adı yanına * işaretiyle dipnot eklenerek çalıştığı kurum, orcid no ve e-posta bilgisine yer verilebilecektir. Birden fazla yazarı bulunan makaleler iletişimi sağlamak için dipnot kısmına [Sorumlu Yazar] şeklinde açıklama eklenecektir.
7. Makale Adı: 13 punto, önce ve sonra 12 nk boşluk, 1,15 satır aralıklı olmalıdır. Makale adı ortaya yaslı yazılmalı, boşluklarla beraber toplam 100 karakteri aşmamalıdır.
8. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 300 kelimededen oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.

9. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÖMÖ BÖYÖK HARF

A. KALIN ve TÖMÖ BÖYÖK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

i. Kalın ve Sadece İlk Harfler BÖyÖk

10. Makale içinde atıflar metin içi atıf (APA) yöntemine göre yapılmalıdır. Metin içindeki alıntıların kaynağı parantez içinde aşağıdaki şekillerde yazılmalıdır. Sayfa altı dipnotları sadece ek açıklamalar için kullanılmalıdır.

11. Metin içinde yapılan alıntılarının kaynağını göstermek için cümle ya da paragraf bitiminden sonra yazarın soyadı, birden fazla yazar varsa soyadları, yayın tarihi, alıntı yapılan sayfanın numarası parantez içinde belirtilir. Aşağıda farklı örneklere yer verilmiştir.

Tek yazarlı kaynak:

(Altıparmak, 2015: 25).

İki yazarlı kaynak:

(Canatan ve Hıdır, 2007: 99-104).

İkiden fazla yazarlı kaynak:

İkiden fazla yazar varsa, sadece ilk yazarın soyadı verilir; diğerleri için "vd." ifadesi yazılır.

(Durmuş vd., 2016: 45).

Kurumsal yayınlar:

İlk atıf için;

(Milli Kütüphane Yayınları [MKY], 2016: 144).

Sonraki atıflar için (MKY, 2016: 159).

Yazarın aynı yıl yayımlanmış eserleri:

(Yıldırım, 2019a: 44-47).

(Yıldırım, 2019b: 78, 81).

(Yıldırım, 2019c: 109).

Soyadları aynı olan yazarlar:

[C. Aktaş, 2018: 29].

[S. Aktaş, 2019: 49].

Yazarı olmayan kaynak:

Eser Adı uzun ise ilk iki kelimesi alınır.

[İnsan Hakları, 2015: 154].

[Uluslararası Hukuk, 2018: 164].

Yayın tarihi olmayan eser:

Tarih yok (t.y.) kısaltmasıyla belirtilir.

[Öztürk, t.y.: 68].

Birden Fazla Kaynağa Atıfta Bulunma:

[Alkaş, 2017: 81; Ceren, 2018: 72; Altan, 2019: 47].

Aynı Yazarın Farklı Tarihli Eserleri:

[Altan, 2019: 47; 2020: 126].

Dolaylı Kaynak Gösterme:

[Aktaran: Özdemir, 2018: 124].

12. Makale metninde yer alan tüm kaynaklar "Kaynakça" listesinde bulunmalıdır. Kaynakça, metnin sonunda, yeni bir sayfadan başlamalı ve kaynaklar yazar soyadına göre alfabetik sıra ile iki yana yaslı bir şekilde 10 punto ile yazılmalıdır.

Tek yazarlı kitap:

Soyadı, A. (Yıl). Kitabın Adı (İtalik), Şehir: Yayınevi.

Ekşi, N. (2016). *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi.

Birden çok yazarlı kitap:

Soyadı, A., Soyadı, A., Soyadı, A. (Yıl). Kitabın Adı (İtalik), Şehir: Yayınevi.

Canatan, K. , Hıdır, Ö. (2007). *Batı Dünyasında İslamofobi ve Anti-İslamizm*, Ankara: Eskiyeşi Yayıncılık.

Tezcan,D.,Erdem M.R., Sancakdar O., Önok R.M. (2016). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Kitap bölümü:

Soyadı, A. (Yıl). Bölümün başlığı, Editörün A. Soyadı içinde, Kitabın Adı (İtalik) (s. sayfa aralığı) Şehir: Yayınevi.

Watson, J. (1998). Engineering Education in Japan After the Iwakura Mission, I. Nish içinde, *The Iwakura Mission in America and Europe: A New Assessment* (s. 108-112), Surrey: Japan Library.

Dergi makalesi:

Soyadı, A. (Yıl). Makale başlığı, Dergi adı (İtalik), Cilt(Sayı), sayfa.

Çağlar, S. (2012). Engellilerin Erişebilirlik Hakkı ve Türkiye'de Erişebilirlikleri, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61(2), 541-598.

Çeviri Makale:

Sözer, A. (2019). "İnsan Hakları ve Din Özgürlüğü" (Çev. Hasan Tan). *TİHEK Dergisi*. Ankara: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, 2(3), 104.

Web kaynakları:

Soyadı, A. (Yıl). Başlık (İtalik), ... tarihinde ... sitesi: ... adresinden alındı.

Karan, U. (2015). *Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*, 5 Aralık 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi: http://www.anayasa.gov.tr/fi les/pdf/anayasa_yargisi/2015/8.pdf adresinden alındı.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 5 Aralık 2020 tarihinde TBMM: <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf208-203/01.pdf> adresinden alındı.

Çeviri Kitaplar:

Soyadı, A. (Yıl). Başlık (İtalik), (Çev. Ad Soyad), Şehir: Yayınevi.

Freeman, M. (2008). *İnsan Hakları Disiplinlerarası Yaklaşım*, (Çev. A. Erkan Koca-Asena Topçubaşı). Ankara: Birleşik Yayınları.

Kurumsal yayınlar:

Yargıtay Başkanlığı. (2018). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları. Ankara: Yargıtay Başkanlığı.

Yazarı olmayan kaynak:

The 2009 NEA almanac of higher education. (2012), Washington DC: National Education Association.

TÜBİTAK. (2002). 21. Yüzyılda Bilimsel Yayıncılık: Hedefler ve Yaklaşımlar. Ankara: TÜBİTAK.

13. Yazılar, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir. Yayımdan sonra tespit edilen olası kuraldışı ve/veya uygunsuzluklar içeren eserler de yayımdan çıkarılır.
14. Yazarların; güncel unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini yayınlanmasını istedikleri yazıyla birlikte makale@tihek.gov.tr e-posta adresine göndermeleri zorunludur.
15. Yazılar, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda yazarlara bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder. Hakem raporlarının biri olumlu diğeri olumsuz ise üçüncü bir hakem değerlendirmesine başvurulur.
16. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın hakkına sahip olur. Yazarlar telif devri ve yasal sorumluluğu içeren "Eser Beyan Formu"nu imzalayarak kuruma ulaştırmak zorundadır (Taranmış hali e-posta ile gönderilebilir). Dergide yayımlanan eserlerdeki görüşler ve bu görüşlere ilişkin sorumluluk yazara aittir.
17. Yazıları yayınlanan yazarlara "Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik" çerçevesinde telif ücreti ödenir.
18. Bir adet dergi yazara ücretsiz olarak gönderilir.

İÇİNDEKİLER

İnsan Haklarının Kurumsallaşması: Ulusal İnsan Hakları Kurumları

Institutionalization of Human Rights: National Human Rights Institutions 15

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

İnsan Hakları Eylem Planı Sonrası İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Geleceği

The Future of the Provincial and Sub-Provincial Human Rights Boards After the Human Rights Action Plan 61

Mehmet Alp DİDİNMEZ

Amerikan Yüksek Mahkemesi Perspektifinde Yanlış İfadelerin Anayasal Koruması

Constitutional Protection of False Speech in the Perspective of the American Supreme Court 99

Neslihan ÖZELER SEZİCİ

İnanç Özgürlüğünün İç Boyutu

The Inner Dimension of Freedom of Belief 121

Bengü Merve DERİN TÜRKÖĞLU

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin "Katı Yorum" İctihadı ve Anayasaya Uygun Yorum

"Strict Interpretation" in Decisions of the Constitutional Court of Türkiye and the Constitutionally Conforming Interpretation 143

Eda YILDIZ

Özel Hayatın Gizliliği Hakkı ile Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Bağlamında Ortaya Çıkan Bir Hak Olarak Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Right to be Forgotten as a Right Arising in Context of the Right to Privacy and the Right to Protect Personal Data 177

Kübra KAYA

Meşru Müdafaa Üzerine Kurulu Bir Cemaat Örneği: "36 Boys"

An Example of Community Built on Self-Defense: "36 Boys" 197

Muhammed Emin YILDIZ

Tanrı, Yeni Doğal Hukuk Kuramı ve İnsan Hakları

God, New Natural Law Theory, and Human Rights 231

Cristopher TOLLEFSEN - Çev. Emre BERBER

İNSAN HAKLARININ KURUMSALLAŞMASI: ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI

Institutionalization of Human Rights: National Human Rights Institutions

Muharrem KILIÇ*

Öz

Küresel ölçekte ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması, Soğuk Savaş sonrası döneme tekabül etmektedir. Soğuk Savaş döneminde 'uluslararasılaşan' insan hakları normları, savaş sonrası dönemde 'içselleştirilerek' ulusal koruma mekanizmalarının oluşmasına yol açmıştır. İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla tasarlanmış kamu kurumları olan ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanması bu normların içselleştirilmesiyle izah edilmektedir. İnsan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik bu kurumsal çabaların öncelikle ulusal ölçekte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim ulusal insan hakları kurumları, uluslararası normlar ve yerel uygulama arasında bir 'köprü' işlevi görmektedir.

Ulusal insan hakları kurumları, devletlerin uluslararası yasal yükümlülüklerine uyumunu teşvik etmek amacıyla tasarlanmıştır. An-

Abstract

The prevalence of national human rights institutions on a global scale corresponds to the post-Cold War era. Initially being 'internationalized' during the Cold War era, the human rights norms began to be 'internalized' in the post-war period, leading to the formation of the national protection mechanisms. The internalization of these norms accounts for the global prevalence of the national human rights institutions, which are the state institutions designed to protect and promote human rights. Indeed, these institutions function as a 'bridge' between international norms and local practice. Therefore, the efforts to protect and develop human rights should primarily be exerted on a national scale.

The national human rights institutions are designed so as to encourage the states to comply with the international legal obligations. However, the discussions on the grad-

* Prof. Dr., Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, muharrem.kilic@tihek.gov.tr,
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7937-3998>.

cak özellikle Avrupa ölçeğinde, yeni kurumsal yapıların aşamalı olarak oluşturulması ve bunların birleştirilmelerine yönelik tartışmalar yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Bu tartışmalar, eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında birleştirilmesi üzerinden gerçekleştirilmektedir. Söz konusu tartışmalar, tekli ve çoklu kurumsal yapılanmanın olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin genel bir tablo ortaya koymaktadır.

Küresel ölçekte yaygınlaşan ulusal insan hakları kurumlarının 'faaliyet alanı, görev ve yetkileri, kurumsal yapılanması ve etkililiğine' yönelik tartışmalar bulunmaktadır. Her ne kadar bu kurumsal yapılanmaya yönelik eleştiriler söz konusu olsa da uluslararası insan hakları hukuku normlarının yerel ölçekte işlerlik kazanabilmesi için 'insan hakları kurumlarının' gerekliliği aşikardır. Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının hak ihallerini önleyici ve insan haklarını geliştirici bir kurumsal işlev icra edebilmesi, uluslararası insan hakları normlarının kamu kurumlarına yerleştirilmesiyle mümkündür.

Anahtar kelimeler: İnsan Hakları, İnsan Haklarının Kurumsallaşması, İnsan Haklarının Yerelleştirilmesi, Ulusal İnsan Hakları Kurumları, Eşitlik Kurumları, Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Etki Analizi.

ual establishment and the unification of new institutional structures on a European scale in particular, have begun to become widespread. Addressing the unification of the equality bodies and the human rights institutions under the umbrella of a single institution, these discussions present a general picture of the positive and negative aspects of single and multiple institutional structuring.

Furthermore, there are some discussions about the 'activity area, duties and authorities, institutional structure and effectiveness' of the national human rights institutions that have become widespread on a global scale. Despite the criticisms against this institutional structure, it is quite evident that the 'human rights institutions' play a key role in helping the international human rights norms gain functionality on a local scale. As a matter of fact, the national human rights institutions can perform an institutional function that prevents the violations of rights and promotes human rights only through embedding international human rights norms in the public institutions.

Keywords: Human Rights, Institutionalization of Human Rights, Decentralization of Human Rights, National Human Rights Institutions, Equality Bodies, Impact Analysis of National Human Rights Institutions.

GİRİŞ

Tarihsel kökleri açısından doğal hukuk ve doğal haklar fikri üzerinden temellenen modern insan hakları düşüncesi, dünya siyasi tarihinin trajedilere eşlik eden kırılmalar üzerinden evrimsel gelişimini sürdürmüştür. Bu evrimsel gelişim serüveniyle insan hakları, modern çağın ilham verici bir mitine/söylencesine dönüşmüştür (Kılıç, 2018: 213). Kuşkusuz bu gelişim serüveni kendi özgül tarihi, siyasi, sosyal ve ekonomik bağlamında çok disiplinli bir perspektif üzerinden çözümlenebilir. Bu çözümlene, kavramsallaştırılan bir idealitenin somut gerçeklik düzleminde tezahür ediş biçimlerini görebilmek ve anlamlandırabilmek adına önemlidir. İdealite ile realite ya da fiili gerçeklik arasındaki çatışmaların ve paradoksal ilişkinin varlığı, birçok esaslı felsefi-kavramsal sorgulamayı beraberinde getirmiştir.

Ortaya çıkan bu sorgulama, felsefi anlamda çeşitlenen ekollerin ya da paradigmatik yaklaşımların eleştirel aklı üzerinden icra edilmektedir. Salt olarak felsefi zeminin değil, bunun üzerine inşa edilen kurumsal yapının da söz konusu eleştirel akla konu olması icap etmektedir. Zira bu idealitenin hem bölgesel hem de uluslararası kurumsal yapılara dönüştüğü görülmektedir. Her ne kadar bu dönüşüm, teori ile pratik arasındaki gerilim üzerinden bir ‘meşruiyet’ sorunu ile yüzleşse de ‘modern insan hakları’ düşüncesinin kurumsal yapılanma yönlü gelişim seyri devam etmektedir. Ulusal, bölgesel ve uluslararası kurumsal yapılanmayı mümkün kılan bu gelişim sürecinin, insan haklarını güvence altına alacak koruyucu mekanizma/lar yaratma düşüncesine dayandığı ifade edilmelidir.

Kuşkusuz insan haklarını koruma ve geliştirme düşüncesine dayanan kurumsal yapılanma pratiği, dönemselsel olarak değişkenlik arz eden jeo-politik ve jeo-stratejik dinamiklerle ve daha temelde ideolojik koşullanmışlıklarla şekillenen global siyasetin gölgesinde biçim kazanmıştır. Bu noktada özellikle dünya savaşlarının konsolide ettiği ideolojik kamplaşmalar ve ardından gelen global ölçekli kutuplaşmalar yeni dünya düzen/leri var etmiştir. Bu kutuplaştırıcı global düzen, İkinci Dünya Savaşı sonrasında küreyi esir alan Soğuk Savaş döneminin çift kutuplu evreninde demokratik siyasallık üzerinden kurulan insan hakları düşüncesinin meşruiyet temelli sorgulamalarını açığa düşürmüştür.

‘Demokratikleşme dalgalarının’ ve insan hakları temelli kurumsallaşmanın yaşadığı Soğuk Savaş sonrası ara dönem ise kurumsal yapılanma açısından dinamik bir dönem olarak tarihe geçmiştir. Daha sonrasında 11 Eylül 2001’de yaşanan tra-

jedi, global insan hakları siyaseti açısından ‘içe kapanmacı’ ve ‘güvenlikçi’ yeni bir dönüştürücü ters dalga yaratmıştır. Öyle ki küresel ölçekte ‘önleyici savaş doktrini’ söylemiyle ‘anti-özgürlükçü’, ‘müdahaleci’ ve tek yönlü bir emperyal mücadele alanı oluşturulmuştur.

Sözü edilen tarihsel kırılmalara, ideolojik yönelimlere ve reel-politik stratejilere egemen olan bütün bu dinamikler, çok yönlü bir değerlendirmeyi anlamlı kılmaktadır. Bu çerçevede yapılacak olan değerlendirmelerin bir boyutunu da egemen olan siyasal sistemler üzerinden gerçekleştirilen değerlendirmeler oluşturmaktadır. Zira insan hakları fikri ve pratiği hem literatürel anlamda hem de söylemsel düzlemde ‘demokratik siyasallığın’ bir gereği olarak öngörülmektedir. Buna bağlı biçimde uluslararası insan hakları normlarının yerel-ulusal ölçüğe entegrasyonu, yukarıda sözü edildiği üzere küresel bir ‘demokratikleşme dalgasıyla’¹ açıklanmaktadır.

Dünya savaşlarında yaşanan ağır insan hakları krizleri, insan haklarının korunmasına yönelik kurumsal çabaların yoğunlaşmasına yol açmıştır. Uluslararası insan hakları aktörlerinin öncü kurumu olarak varlık gösteren Birleşmiş Milletler (BM), küresel misyonu çerçevesinde insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik koruma mekanizması işlevi gören kurumsal yapılar oluşturmayı öngörmüştür. Kuşkusuz sürdürülebilir insan hakları reformunun gerçekleştirilmesi için uluslararası hukuk yükümlülüklerine yerel ölçekte uyumun sağlanmasını temin edecek ‘yerel yapılanmaya’ gereksinim bulunmaktadır. İnsan haklarını korumaya yönelik kurumsal çabaların² ulusal sistemleri dâhil etmeden gerçekleştirilmesi pek olanaklı değildir.

Zira ister dikey isterse yatay etkisi bağlamında insan haklarına yönelik müteceviz tutumlar, ihlaller ve istismarlar öncelikle yerel ölçekte gerçekleşmektedir. Bu yönüyle yerel-ulusal ölçekte gerçekleşen ihlallere karşı yerel insan hakları koruma mekanizmalarının gerekliliği aşikârdır. İnsan hakları hukukunun uygulanması için “yerel yargı dışı kurumlar” (*domestic non-judicial institution*) olarak tanımlanan bu kurumsal

¹ Huntington, 1820’li yılların şartları içerisinde ABD’de yetişkin beyaz erkeklerin %50’den fazlasının oy kullanmış olmasını, demokrasi düşüncesi adına büyük bir gelişme kabul ederek birinci dalganın başlangıcı olarak tanımlamıştır. İkinci demokratikleşme dalgasının ise II. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıktığını ifade eden Huntington’a göre, demokrasiyi savunan müttefiklerin savaşı kazanması ikinci dalganın oluşmasında etkili olmuştur. Üçüncü dalga ise 1974 yılında Yunanistan ve Portekiz’de diktatörlüklerden demokrasiye geçilmesiyle birlikte başlamış ve 1980’li yılların sonuna kadar dünyanın birçok ülkesine yayılmıştır. Bkz., Huntington, Samuel P., *Üçüncü Dalga: Geç Yirminci Yüzyılda Demokratikleşme*, (çev. Ergun Özbudun), Kilit Yayınları, Ankara 2011, s. 60.

² Samuel Moyn’e göre; 1970’li yıllar boyunca “insan hakları”, bölgesel bazı girişimlerin yanı sıra aslında yalnızca Birleşmiş Milletler (BM) mekanizmasının bir projesi olarak ortaya çıkmıştır. Bkz., Moyn, Samuel, *Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları*, (çev. Firdevs Er), Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 44.

yapılar, uluslararası normların yerel hukuk sistemlerine adaptasyonunu sağlamaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının kuruluş amacı çeşitlilik göstermekle birlikte genel olarak uluslararası insan hakları kurallarının yerel düzeyde uygulanmasını teşvik etmek ve/ya izlemektir.

Uluslararası insan hakları normlarının yerel-ulusal ölçekte yapılandırılan koruyucu mekanizmalar üzerinden kurumsal güvenceye kavuşturulması düşüncesi, global ölçekte yaygınlaşma eğilimi göstermektedir. Ulusal insan hakları kurumları olarak yapılandırılan bu mekanizmalar taraf olunan kurucu insan hakları sözleşmelerinin ulusal uygulanmasını izleme ve denetleme misyonu çerçevesinde ulusal pratik ile uluslarüstü dinamik arasında bir 'köprü' görevi ifa etmektedir. Bu noktada, uluslararası insan hakları hukukunun öngörmüş olduğu üst normatif çerçeveye kendisini kayıtlamak istemeyen kimi ülkelerin bu türden yapılanmayı ulusal hukuk sistemlerine dâhil etmediği gözlemlenmektedir. Nitekim bu ülkelerin başında da Amerika Birleşik Devletleri (ABD) gelmektedir. ABD'nin federal düzeyde bir insan hakları kurumu oluşturmama yönündeki politik tercihi çok yönlü bir çözümlenmeye konu edilebilir. Ancak bu noktada dikkat çekici argüman, Kongre tarafından onaylanmayan uluslararası sözleşmeleri kendi hukuk sistemine dâhil etmeme adına böylesi bir kurumsal yapılanmaya gitmediği yönündedir.

Bu çalışma, insan haklarını koruma ve geliştirmede kritik bir rol üstlenen aktörlerden birisi olan ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir çerçeve ortaya koymaktadır. Bu kapsamda ilk olarak bu kurumsal yapıların tarihsel perspektiften gelişim dinamiği ele alınacaktır. Daha sonra insan haklarının yerelleştirilmesi olgusu çerçevesinde yerel ölçekte faaliyet gösteren ulusal insan hakları kurumları değerlendirilmeye konu edilecektir. Özellikle Avrupa ölçeğinde gerçekleştirilen kurumsal yapılanmaya yönelik tartışmalar kapsamında tekli/çoklu kurumsallaşma modelinin yapısal özellikleri çerçevesinde genel bir tablo ortaya konulacaktır. Ardından ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik bir çözümlenmeye yer verilecektir. Son olarak, ulusal insan hakları kurumlarının başta kurulma amacı olmak üzere 'kurumsal meşruiyeti, yapısal özellikleri ve etkililiği' çerçevesinde yapılan eleştiriler konu edilecektir.

I. ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI: TARİHSEL PERSPEKTİF

Soğuk Savaş'ın sona ermesi, totaliter devletler açısından yeni bir 'demokratikleşme dalgası' başlatmış ve insan haklarının korunması ve güçlendirilmesi adına yeni

imkânlar yaratmıştır. Öyle ki 1990'dan 1996 yılına kadar altmıştan fazla ülkenin demokratikleşme sürecine girdiği ifade edilmektedir. Söz konusu küresel dalga, ulusal parlamentoların ve demokratik kurumların inşa edilmesinin yanı sıra demokratik seçimler de dâhil olmak üzere yerel ölçekte köklü değişikliklere yol açmıştır. Sözü edilen bu köklü siyasal dönüşümün kurucu kavramları 'demokrasi' ve 'insan hakları' olarak ortaya çıkmıştır (Kjærum, 2003: 5).

Nitekim 'iki modern ideolojik muharebe' olarak nitelendirilebilecek olan komünizmin çöküşü ve apartheid rejiminin tasfiyesinin kazananı 'insan hakları düşüncesi' olmuştur. Costas Douzinas'a göre; bu zaferin gerçeklik kazandığı yirminci yüzyıl 'insan hakları çağı' olsa bile, bu zafer paradoksal bir etki yaratmıştır (Douzinas, 2015: 16). Öyle ki bu dönem insan hakları çağı olmasının yanı sıra aynı zamanda insan hakları krizinin yaşandığı bir zamana tekabül etmektedir. 1990'lı yıllarda ise insan hakları, yeni güvence mekanizmalarıyla koruma altına alınan bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır.

Küresel olarak, ulusal kurumların yaygınlık kazanması Soğuk Savaş'ın sona ermesi ve uluslararası insan hakları mekanizmalarının güçlenmesiyle, Thomas Risse ve Kathryn Sikkink'in "dünya saatinde" (*world time*) bir değişiklik olarak adlandırdığı döneme tekabül etmektedir (Risse ve Sikkink, 2009: 1-38). Soğuk Savaş dönemi; insan hakları normlarının 'uluslararasılaşmasına', Soğuk Savaş sonrası dönem ise bu normların 'içselleştirilmesine' yol açmıştır. İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla tasarlanmış kamu kurumları olan ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanması bu normların içselleştirilmesiyle açıklanmaktadır. Nitekim 1990'lı yılların başında yaygın olan düşünce; 'sürdürülebilir insan hakları reformu' için yerel-ulusal insan hakları mekanizmalarının gerekliliğini vurgulamıştır. Küresel ölçekte demokratik siyasallığın inşa edilebilmesinin önemli bir bileşeni olarak ulusal insan hakları kurumları, dünya düzeninde 'demokratikleştirici ve hak koruyucu rejimler' açısından kurumsal bir zorunluluk olarak görülmeye başlanmıştır (Cardenas, 2009: 27).

Literatürde ulusal insan hakları kurumlarının artışı, uluslararası insan hakları normlarını yerel alana entegre eden küresel bir 'demokratikleşme dalgasıyla' açıklanmaktadır (Cardenas, 2001: 9). Nitekim insan hakları, 1990'lı yılların ortalarında

³ 1990'lı yılların başlarında oluşturulan önde gelen ulusal insan hakları kurumları arasında Meksika Ulusal İnsan Hakları Komisyonu, Hindistan Ulusal İnsan Hakları Komisyonu ve Güney Afrika İnsan Hakları Komisyonunu zikredebiliriz.

demokratik siyasi sistemlerde önemli yapı taşları olarak kabul edilmiştir. Bu gelişme, insan hakları bilincini yaygınlaştırma ve bir insan hakları kültürü yaratmada katalizör rol üstlenen yeni bir kurumsal yapılanmaya duyulan gereksinimi öne çıkarmıştır (Kjærum, 2003: 5).

Ulusal insan hakları kurumlarının Soğuk Savaş sonrası dönemde yaygınlık kazanması tarihsel bir ‘normatif kaymaya’ (*normative shift*) da işaret etmektedir. Bu türden kurumsal yapıları oluşturmak, uluslararası insan hakları normlarını uygulamak veya bunları yerel yapılarda kurumsallaştırmak, ‘devlet meşruiyetinin bir ölçüsü’ olarak kabul görmeye başlamaktadır. Ancak ne bizatihi insan haklarının ne de ulusal insan hakları kurumlarının devlet egemenliğini ikame edemeyeceği veya otoritenin alternatif bir odak noktası olarak hizmet etmeyeceği ifade edilmektedir. Nitekim insan hakları düşüncesi ve ulusal insan hakları kurumları, özellikle Soğuk Savaş sonrası dünyada devletlerin egemen meşruiyetini ve otoritesini tahkim etmektedir (Cardenas, 2009: 38).

Soğuk Savaş sonrası dönemde ulusal insan hakları kurumlarını oluşturmada ve geliştirmede özellikle Paris Prensipleri (1993) ile Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı (1993) iki temel belge olarak kurucu bir işlev icra etmiştir. BM bünyesinde gerçekleşen uluslararası bir çalıştayın çıktısı olan Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarını tanımlayan yetkili uluslararası ‘standartlar’ veya ‘minimum gereklilikler seti’ olarak işlev görmektedir. Bu yönergeler; çoğulcu ve temsili, yeterince finanse edilen, özerk ve istikrarlı yetkiler taşıyan kurumları gerekli kılmaktadır (Principles relating to the Status of National Institutions, The Paris Principles). Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde ulusal kurumların üstlendiği önemli ve yapıcı rolü; “kamu makamlarına danışmanlık hizmeti sunma, insan hakları alanının güçlendirilmesi, insan haklarına yönelik farkındalığın artırılması ve insan hakları eğitimi” olarak sıralamaktadır (Vienna Declaration and Programme of Action, 1993).

Bütün bu gelişim dinamiğine rağmen, ulusal insan hakları kurumlarının Soğuk Savaş sonrası dönemde niceliksel bir patlamaya yol açması geçmişten mutlak bir kopuş olarak tanımlamayı olanaklı kılmayacaktır. Zira ulusal insan hakları kurumları, ilk olarak BM’nin kuruluşundan (1945) kısa bir süre sonra, BM İnsan Hakları

Kanada, Avustralya ve Danimarka’daki ulusal insan hakları kurumları eski kurumsal liderler arasında yer almaktadır. Bkz., Cardenas, Sonia, “Sovereignty Transformed? The Role of National Human Rights Institutions”, p. 28.

Komisyonu'nun yerel muadilleri olarak tasarlanmıştır. 1960'lı yıllarda BM, insan haklarını ulusal düzeyde koruma ve geliştirme potansiyellerini vurgulayarak ulusal insan hakları kurumlarını etkin biçimde teşvik etmeye başlamıştır. İnsan haklarıyla ilgili kaygıların daha fazla uluslararasılaşmasına karşı çıkan ABD gibi ülkeler bile yerel insan hakları kuruluşlarını tercih etmiştir (Cardenas, 2009: 29).

Ulusal insan hakları kurumları, uluslararası insan hakları hukukunun uygulanmasında giderek daha önemli bir rol üstlenmektedir. Avrupa Konseyi'nin insan haklarını koruma mekanizması benzeri oldukça gelişmiş insan hakları koruma sistemlerine sahip olan bölgelerde bile ulusal kurumların yapılandırılması ve/ya güçlendirilmesi için yoğun kamusal çağrılar söz konusudur (Renshaw vd., 2011: 167). Öyle ki Avrupa Konseyi, 1990'lı yıllarda ulusal insan hakları mekanizmalarının oluşturulmasını ve bunların Avrupa Birliği (AB) kurumlarıyla iş birliği içerisinde olmasını teşvik eden ilk örgüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Yıllar içerisinde Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı (FRA), Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (AGİT), insan haklarının uygulanmasına yönelik yerel ve bölgesel çabalara ulusal insan hakları kurumlarının daha fazla entegrasyonunu teşvik ederek özellikle Avrupa ölçeğinde bu kurumsal yapılanmanın geliştirilmesini hedeflemiştir (Lacatus, 2018: 5).

Yaklaşık son otuz yılda,⁴ dünyanın her bölgesinde ve çeşitlenen siyasi sistemlere sahip ülkelerde ulusal insan hakları kurumları yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Günümüzde Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel İttifakı (*Global Alliance of National Human Rights Institutions*, GANHRI) tarafından akredite edilen '128' ulusal insan hakları kurumu bulunmaktadır (GANHRI, 2021: 1-13). Ancak Sonia Cardenas'ın 2000'li yılların başında yapmış olduğu çalışma, global ölçekte alt-ulusal insan hakları kurumları hariç olmak üzere yaklaşık 300-500 arası ulusal insan hakları kurumu olduğunu ortaya koymaktadır (Cardenas, 2001: 9).

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine (UNHCHR) göre, artık dünyada ulusal insan hakları kurumları '*ulusal insan hakları koruma sisteminde merkezi bir yere sahip olan*' önemli kurumsal aktörlerdir. Ulusal insan hakları kurumları birçok açıdan birbirinden farklılık arz etse de bu kurumsal yapıların temel amacı, insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine odaklanmaktır. Bu amaç çerçevesinde ilgili kurumsal yapıların tanıtım görevleri; insan hakları eğitimi ve öğretimi olarak kar-

⁴ Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik sayısal veriler için Bölüm 7'ye bkz.

şımıza çıkmaktadır. Diğer yandan koruma ve geliştirme görevleri ise; insan hakları şikâyetlerini incelemek, hükümet ve hükümet dışı aktörlerle istişarelerde bulunmak ve uluslararası aktörlerle iş birlikleri geliştirmek olarak sıralanabilmektedir. Tüm bu görev alanları kapsamında ulusal insan hakları kurumları, uluslararası insan hakları normlarının uygulanmasının da ayrılmaz bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır (Wolman, 2013: 445).

Ulusal insan hakları kurumları, kamu erkinin ulusal ve uluslararası insan hakları standartlarına uyumunu⁵ geliştirmeye odaklanmış olsalar da özel sektör alanında da insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla giderek daha fazla faaliyetlerde bulunmaktadır. Bununla birlikte, iş dünyası ve insan hakları alanında faaliyetlerde bulunan ulusal insan hakları kurumlarının ‘iyi uygulama’ örneklerine dair sistematik bir yapı söz konusu değildir. Bu durum da ilgili kurumsal yapıların etkililik değerlendirmesi hakkında genelleştirilebilir sonuçlar çıkarmayı zorlaştırmaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal yetkileri, 2010’lu yıllarda özel sektör alanındaki kurumsal aktörler tarafından gerçekleştirilen hak ihlallerini de içerecek biçimde genişlemeye başlamıştır. Öyle ki bu kurumsal yapılar BM İnsan Hakları Konseyi tarafından onaylanan ‘İş ve İnsan Haklarına İlişkin Yol Gösterici İlkelerine’ (UNGP) benzer iş dünyası ile insan hakları alanına dair yeni uluslararası normların oluşturulmasında etkin bir rol üstlenmektedir (Guiding Principles on Business and Human Rights, 2011). Ulusal insan hakları kurumları, yaygın biçimde UNGP’lerin uygulanmasını geliştirmek ve özel sektör alanındaki kurumsal aktörleri insan hakları ihlallerinden sorumlu tutabilmek adına önemli aktörler olarak kabul edilmektedir (Wolfsteller, 2021: 4,3).

Sonuç olarak, ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması modern insan haklarının tarihsel izleğinde yeni bir sayfa açmaktadır. Bu kurumsal yapılar; devletlerin ulusal insan hakları kurumları oluşturmak, kurumsal yapılanmasını güçlendirmek ve böylece uluslararası normları kendi siyasal sistemlerine adaptasyonunu sağlamak da dâhil olmak üzere yenilikçi birtakım stratejiler uygulayarak insan hak-

⁵ Devlet uyumu (*state compliance*) devletin uluslararası normlara uyan herhangi bir eylemi olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası normlar ise kurallar, yasalar, prosedürler veya gayri resmi beklentiler biçimindeki sosyal olarak paylaşılan davranış standartlarıdır. Devlet eylemleri uluslararası normlara uygun olduğunda, uyum söz konusudur; devlet eylemleri uluslararası normlardan saptığında, uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Bkz., Wolfsteller, René, “The Unrealized Potential of National Human Rights Institutions in Business and Human Rights Regulation: Conditions for Effective Engagement and Proposal for Reform”, Springer, 2021, p. 3.

ları normlarına uyumun sağlanması noktasında önemli bir aktör olarak karşımıza çıkmaktadır (Cardenas, 2001: 55).

II. İNSAN HAKLARININ YERELLEŞTİRİLMESİ VE ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (İHEB, 1948) kabul edilmesinden sonra uluslararası toplum, insan hakları söylemini giderek daha fazla kullanma eğilimi göstermiştir. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'ne göre; uluslararası insan hakları hukuku müktesebatı, en az sekiz temel sözleşme ve çok sayıda protokolden oluşmaktadır. Çok sayıda hükümetler arası, ulusal ve sivil toplum kuruluşu bir 'politika hedefi' olarak insan haklarını taahhüt etmiş ve insan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik faaliyetler öngörmüştür. Milenyumun başında devlet ve hükümet başkanları, uluslararası kabul görmüş tüm insan haklarına saygı göstermek adına '*hiçbir çabadan kaçınmama*' ve '*tüm ülkelerde medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların tam olarak korunması ve geliştirilmesi için çaba sarfetme*' taahhüdünde bulunmuştur (De Feyter, 2011: 11).

İnsan haklarını koruma ve geliştirmeye yönelik bu çabaların kuşkusuz öncelikle ulusal ölçekte gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Zira insan haklarına yönelik her türlü ihlal iddiaları yerel uygulamalardan kaynaklanmaktadır. Costas Douzinas'ın ifade ettiği üzere; "İnsan haklarının korunması da ihlal edilmesi de yerelde gerçekleşmektedir: evde, sokakta, okulda, işyerinde ve cezaevinde, devlet dairelerinde ve yerel medyada." (Douzinas, 2007: 14). İnsan haklarına yönelik evrensel ve soyut bir söylem söz konusu olsa da hak iddiaları, belirli bir coğrafi konumda meydana gelen olaylara dayanmaktadır. Hak ihlali iddialarının yerel unsurları, iç hukuk yollarının önceden tüketilmesi ilkesi üzerinden bölgesel ve küresel insan hakları davalarında tanınmaktadır. Böylece uluslararası yaptırım mekanizmalarına erişim, 'son çare' (*ultima ratio*) olarak kabul edilmektedir (De Feyter, 2011: 14).

Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Christiane Timmerman ve George Ulrich tarafından kavramsallaştırılan "*insan haklarını yerelleştirme*" fikri, insan hakları hukukunun yerel gruplar tarafından tanımlanan insan hakları gereksinimlerine göre geliştirilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. De Feyter, soyut uluslararası insan hakları normlarına ulusal düzenlemelerin ve 'yerel ölçekli sızmanın' (*local infusion*) global insan hakları hukukunun ve uygulamasının yerel etkinliğini daha da derinleştireceğini ve güçlendireceğini öne sürmektedir (De Feyter, 2011: 36).

Yerelleştirme olgusu; özellikle ekonomik küreselleşmeye bağlı yaşanan dönüşümlere ve toplumsal gereksinimlere koşut olarak insan hakları normlarının dinamik biçimde yorumlanması ve insan hakları uygulamalarının geliştirilmesi adına bir başlangıç noktası olarak değerlendirilmektedir (De Feyter, 2006: 5).

Uluslararası ölçekte yapılandırılan koruma mekanizmaları, insan haklarının uluslararası düzenleyici bir rejim (*regulatory regime*) olmasını da beraberinde getirmiştir. Öyle ki uluslararası hukuk kapsamında tanzim edilen normlar, daha sonra ulusal ölçekte kabul edilerek ulusal hukuk sistemine dâhil edilmektedir. Bu kapsamda çeşitlenen mekanizmalar ve süreçler tasarlanırken ilgili normları uygulamak için hem ulusal hem de uluslararası düzeyde yeni kurumsal yapılar oluşturulmaktadır (Galigan ve Sandler, 2004: 26). Uluslararası kurumların tersine ulusal insan hakları kurumlarının yerel niteliği, ilgili kurumsal yapıların hak ihlallerinin gerçekleştiği sosyo-politik ortama doğrudan erişimini mümkün kılmaktadır (Welch vd., 2021: 1011).

Ulusal ve uluslararası ölçekte insan haklarının kurumsallaşması, kalkınma ve yönetişime yönelik hak temelli yaklaşımların çerçevesinde önem kazanmıştır. Ulusal düzeyde insan haklarına saygı gösterilmesini, korunmasını ve geliştirilmesini sağlamak adına etkili bir uygulama aygıtı olarak insan haklarının kurumsallaşmasının ortaya çıkmasının, yerel ölçekte gerçekleşen ihlallerin izlenmesinde önemli bir rol üstlendiği görülmektedir. Bu kurumsal yapılanmanın arkasındaki temel düşünce, insan haklarına yönelik normatif alanın yerel düzeyde etkin biçimde uygulanmasını temin etmektir. Bundan ötürü, özerk ulusal insan hakları kurumlarının teşkili yoluyla yerel düzeyde kapasite geliştirme ve ilgili normların uygulanması noktasında önem arz etmektedir (Kumar, 2006: 773). Bir diğer ifadeyle bu kurumsal yapıların oluşturulma amacı; uluslararası insan hakları standartlarının ulusal ölçekte yerel yasalar ve idari uygulamalar ve hatta eğitim sistemleri içerisine entegre ederek söz konusu standartları ulusal hukuk sisteminin bir parçası haline getirmektir (Cardenas, 2014: 3).

Tam da bu noktada uluslararası insan haklarının soyut normları ile yerel olgusal gerçeklik arasında uyum noktasında ‘köprü’ görevi üstlenen ve yerel insan haklarını koruma ve geliştirme amacıyla yapılandırılan ulusal insan hakları kurumlarının yerelleştirme olgusu çerçevesinde değerlendirme konusu yapılması icap etmektedir (Yefet, 2021: 2). Uluslararası sistemin hâlâ büyük ölçüde bir ulus-devletler sistemi olmasından ötürü uluslararası düzeyde insan haklarına saygıyı artırmaya yönelik

cididi ve sürekli çabalar, ancak hükümetleri veya devlet kurumlarını içermeleri durumunda başarılı olabilecektir (Shawki, 2009: 53). Her ne kadar ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma mekanizmalarına dâhil edilmesi uluslararası aktörler tarafından teşvik edilse de bu kurumsal yapılar ulusal düzeyde gelişim dinamiği göstermişlerdir (Carver, 2010: 10).

Ulusal insan hakları kurumları, uluslararası normlar ile yerel uygulamalar arasında bir 'köprü' olarak nitelendirilmektedir. Bu kurumsal yapılar aynı zamanda devletlerin uluslararası yasal yükümlülüklerine uyumunu teşvik etmek amacıyla tasarlanmıştır. Bu türden kurumsal yapılar ulusal ölçekte uluslararası insan hakları normlarını teşvik etmek ve korumakla görevlendirilmektedir. Bir ulusal insan hakları kurumu her zaman devletin uyumluluğunu (*state compliance*) temin etmese bile 'bağımsız aktivizm, kamu otoriteleriyle iş birliği veya farkındalık artırıcı faaliyetler' gerçekleştirmek suretiyle insan hakları profilini ulusal ölçekte değiştirebilme potansiyeline sahiptir (Cardenas, 2012: 29). Öyle ki bu yeni insan hakları aktörlerinin, ulusal ölçekte insan haklarına yönelik profilin değişmesi noktasında olumlu etkileri bulunmaktadır (Cardenas, 2001: 14). Örneğin; Latin Amerika'daki ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkılarda bulunduğuna yönelik çalışmalar söz konusudur (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168).

Ulusal insan hakları kurumlarının bizatihi devletler tarafından oluşturulmaları ve açıkça insan haklarını korumak ve geliştirmekle yükümlü kılınmalarından ötürü diğer yerel kurumlardan ayrıştığı ifade edilmelidir. Devletlerin ulusal insan hakları kurumlarının resmi olarak oluşturulmasını tartışmaya başladıkları 1978 tarihli 'İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Ulusal ve Yerel Kurumlar Seminerinden' önce bile, bazı ülkelerde insan haklarını korumak amacıyla yerel kurumların bulunduğu görülmektedir. Bu türden yapılanmaların en eski örneğini oluşturan ombudsmanlar, kamu otoritelerinin kötü yönetimi konusunda bireysel şikayetleri ele almıştır. Bir başka öncü kurum örneğini ise, İngiliz Araştırma Komisyonları ve Fransız Danışma Komisyonları olarak adlandırılan hükümet komisyonları oluşturmaktadır. Bu kurumsal yapıların, ombudsman ofisleri gibi bireysel şikayetlerin alınmasından ziyade insan haklarına ilişkin müzakere ve tavsiye kararlarına odaklandığı görülmektedir. Ulusal insan hakları kurumlarına karşı ikircikli bir tutum benimseyen ABD bile II. Dünya Savaşı'ndan sonra çok sayıda eyalette ırklar arası komis-

yonlar kurmuştur. Bu yerel kurumsal yapıların birçoğu daha geniş biçimde medeni haklara odaklanmaktadır (Welch vd., 2021: 1012).

Sonuç olarak, insan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla ulusal ölçekte kurumsallaşmak suretiyle oluşturulan bir koruma mekanizma olan ulusal insan hakları kurumlarının, yerel insan hakları gereksinimlerini tespit ederek sorunlu alanlara yönelik iyileştirmeler sağlayabilme potansiyeli bulunmaktadır. Öyle ki bu kurumsal yapıların çoğu yerel ölçekte gerçekleşen insan hakları sorunlarına odaklanmaktadır. Bundan ötürü yerel düzeyde insan haklarına yönelik bu türden koruma mekanizmaların oluşturulmasının kritik önemi haizdir. İnsan hakları ihlallerinin gerçekleştiği sosyal ve politik ortama doğrudan erişim sağlayabilmesi bu kurumsal yapıları ayrıcalıklı bir konuma sokmaktadır. Ayrıca uluslararası normları ulusal insan hakları sistemine entegre etme işlevi gören bu kurumsal yapılar, evrensel insan hakları standartları ile ulusal insan hakları standartlarını uyumlu hale getirmektedir.

Bu kurumsal yapılar, uluslararası insan hakları normlarını yerel sosyo-politik bağlamda kendi hukuk düzeni içerisinde dinamik biçimde yorumlamakta ve uygulamaktadır. Söz konusu uygulama alanı çoğunlukla, ayrımcılık ve eşitlik hukuku çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bu yorumsal pratik, uluslararası insan hakları müktesebatının yerel ölçekte bir açılması olarak ortaya çıkmaktadır. Böylelikle ulusal insan hakları kurumları yerel hukuksal gerçeklik üzerinden bir içtihadı alan üretmektedir. Bir anlamda bu durum haklar, özgürlükler ve eşitlik temelinde yerellik ile küresellik arasında bir 'ufuklar kaynaşmasını' (*fusion of horizons*) (Gadamer, 2004) olanaklı kılmaktadır. Bir başka deyişle bu durum, glokalleşme ile globalleşme arasında 'köprü' kuran dinamik ve yaratıcı bir gerilim oluşturmaktadır.

III. ULUSAL İNSAN HAKLARI MEKANİZMALARININ KURUMSAL YAPILANMASI

Ulusal insan hakları kurumları, kamu otoriteleri tarafından oluşturulan ve insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ile yükümlü kılınan bağımsız ve özerk yerel yapılar olarak tanımlanmaktadır. Kurumsal yapılanmasına ve örgütlenmesine bakılmaksızın ulusal insan hakları kurumları, devletlerin insan hakları uygulamalarına ilişkin bilgi/veri toplama ve bunları kamuoyuna aktarma amacı taşımaktadır (Welch vd., 2021: 1013). Ancak yine de 1980'li yıllarda insan hakları aktivistleri, ulusal

insan hakları kurumları olarak kabul edilebilecek⁶ kurumsal yapılara ilişkin birtakım standartların belirlenmesinin gereğine dair bir arayış içerisinde olmuşlardır (Welch vd., 2021: 1012). Nitekim aktivizm düzeyindeki bu arayışın Paris Prensipleri ile birlikte uluslararası ölçekte karşılık bulduğu ifade edilebilir.

Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin yetki alanının “olabildiğince geniş” olması gerektiğini öngörmektedir. Her ne kadar Paris Prensipleri, ulusal ölçekte insan hakları koruma mekanizmalarının sayısına ilişkin herhangi bir öngöründe bulunmasa da ulusal insan hakları kurumlarını akredite eden Ulusal İnsan Hakları Kurumları Küresel İttifakı’nın (GANHRI) tek bir kurumsal yapının akredite edilmesini tercih ettiği ifade edilmektedir. Öyle ki GANHRI, her devletten yalnızca bir ulusal insan hakları kurumunun akredite edilebileceğini belirtmektedir (Carver, 2011: 4). Bu akreditasyon politikası, alt-ulusal düzeyde genel insan hakları kurumlarına sahip olabilecek federal devletlerin çoklu temsilini engelleme ve GANHRI’nin yönergelerinde tek bir ulusal temsilcinin temsiliyetine ilişkin öngörülere dayanmaktadır (Carver vd., 2010: 7).

Benzer biçimde Avrupa Birliği (AB) Eşit Muamele Direktifleri (*EU Equal Treatment Directives*), tüm eşitlik kurumlarının yapılanmasına ilişkin bir ‘standartlar seti’ belirlemektedir. Söz konusu direktifler, eşitlik kurumları açısından yapısal nitelikte asgari standartların çerçevesini ortaya koymaktadır (EQUINET, 2012: 7). Bu çerçevede Avrupa’da eşitliğin korunmasına yönelik iki yaklaşımdan söz edilebilir. Bazı AB üye ülkelerinde, AB eşitlik direktiflerinden kaynaklanan yükümlülükler doğrultusunda ‘uzmanlaşmış eşitlik kurumları’⁷ bulunmaktadır. AB düzeyindeki farklı ülkelerde farklı yetkilere sahip olan bu türden kurumsal yapılar yalnızca eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin konulara odaklanmaktadır. Diğer üye devletlerde, çoğun-

⁶ En geniş anlamda, ulusal insan hakları kurumları aşağıdaki organları içerebilir:

- Ombudsman ofisleri
- Ulusal insan hakları komisyonları
- Ombudsman ve ulusal komisyon unsurlarını birleştiren karma kurumlar
- Çocuklar gibi kırılgan grupların haklarını korumaya adanmış özel insan hakları komisyonları
- İnsan hakları meselelerine adanmış parlamento organları
- Uluslararası insancıl hukukun uygulanmasına adanmış ulusal organlar.

Ancak ulusal insan hakları kurumlarının bu şekilde sınıflandırmasına yönelik bir fikir birliği bulunmamaktadır. Örneğin, BM ulusal insan hakları kurumlarını neredeyse yalnızca ulusal ombudsmanlar ve komisyonlar açısından sınıflandırırken, Dünya Bankası da parlamento organlarını ulusal insan hakları kurumu olarak değerlendirmektedir. Ayrıca bkz., Cardenas, Sonia, “Adaptive States: The Proliferation of National Human Rights Institutions”, 2001, p. 11.

⁷ Eşitlik kurumlarına yönelik detaylı bilgi için bkz., Karan, Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 455-521.

lukla Paris Prensipleri çerçevesinde yapılandırılan ‘insan hakları kurumları’ bulunmaktadır. Bu kurumsal yapılar ise, insan haklarına ilişkin genel kurumsal yetkisinin bir parçası olarak eşitlik konularına odaklanmaktadır (Goldschmidt, 2012: 32).

Başta yasama organları, mahkemeler, kolluk güçleri, veri koruma kurumları ve ombudsmanlar olmak üzere çok sayıda kamu kurumu, AB üyesi ülkelerde eşitliğin sağlanması ve insan haklarına saygının korunması noktasında çalışmalar yürütmektedir. Ancak burada özellikle öne çıkan kurumlar “eşitlik ve insan hakları” kurumlarıdır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 5). Eşitlik kurumları, AB üye devletlerinde AB Eşit Muamele Direktiflerine (*EU Equal Treatment Directives*) uygun olarak yapılandırılmaktadır. Avrupa Komisyonu’nun yayınlamış olduğu 2004/113/EC (Avrupa Komisyonu, 2004) ve 2006/54/EC (Avrupa Komisyonu, 2006) direktifleri, eşitlik kurumlarının potansiyelini şu şekilde açıklamaktadır:

- Ayrımcılığa maruz kalan bireylerin durumlarının iyileştirilmesi,
- Politika ve mevzuat kalitesinin iyileştirilmesi,
- Ayrımcılık ve eşitlik konusunda paydaşlığın güçlendirilmesi,
- Eşitlik ve ayrımcılığın önlenmesi noktasında uyum ve haklar kültürünün oluşturulması (EQUINET, 2012: 7).

Avrupa’da belirli ayrımcılık temelleriyle (özellikle cinsiyet, ırk ve engellilik) ilgilenen eşitlik kurumlarını tüm ayrımcılık temellerini içerecek biçimde tek bir eşitlik kurumu bünyesinde bütünleşik hale getirme ve eşitlik kurumlarını insan hakları kurumlarına dâhil etme eğilimi söz konusudur (Goldschmidt, 2012: 32). Bu çerçevede özellikle Avrupa ölçeğinde yeni kurumsal yapıların aşamalı olarak oluşturulması ve bunların birleştirilmelerine yönelik tartışmalar yaygınlık kazanmaya başlamıştır. Bu tartışmalarda eşitlik ve insan hakları kurumlarını tek kurumsal çatı altında birleştirme noktasındaki itici gücün genellikle bütçeyle ilgili hususlardan kaynaklandığı ifade edilmektedir. Benzer biçimde, bütünlüklü olarak insan haklarının tek bir kurumsal yapı tarafından daha etkin biçimde korunacağı öne sürülmektedir (Carver, 2011: 2).

Eşitlik örgütleri (*equality organisations*) arasında bir bütün olarak insan hakları alanının eşitlik kurumlarının görev alanına dâhil edilmesi konusunda birtakım endişeler bulunmaktadır. Bu örgütlere göre; insan haklarını korumak ile ayrımcılığı önlemek birçok açıdan farklılık arz etmektedir. Bu çerçevede eşitlik komisyonun-

dan ayrık biçimde bir insan hakları komisyonunun oluşturulması önerilmektedir. Ancak, eşitlik kurumlarının işlevlerinin insan hakları kurumlarının işlevlerine dâhil edilmesi eğilimi bir dönemde ağırlık kazanmıştır (Choudhury, 2006: 321). Nitekim bu türden kurumsal yapıların “faaliyet, işlev, yasal yetkiler ve hedefler” noktasında birtakım benzerliklerinden söz edilebilir. Ancak Avrupa’nın kimi ülkelerinde eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının birbirinden ayrışan roller üstlendikleri yönünde yaygın bir görüş de bulunmaktadır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 1).

Nitekim bu görüşlere göre; AB genelinde ulusal eşitlik ve ulusal insan hakları kurumları olarak sınıflandırılan kurumsal yapıların yetki ve işlevleri açısından önemli farklılıklarından söz edilmektedir. Örneğin; bazı eşitlik kurumları ayrımcılık temellerinden birisine (ırk, cinsiyet veya engellilik gibi) odaklanırken, ulusal insan hakları kurumlarının birden fazla ayrımcılık temeline yönelik kurumsal yetkileri ve faaliyetleri olabilmektedir. Ancak yine de ulusal eşitlik kurumları ile ulusal insan hakları kurumlarının çok sayıda kesişen yapısal/kurumsal özellikler taşıdığı görülmektedir. Her iki kurumsal yapının da benzeşen amaçlar taşıdığı ifade edilebilir. Öyle ki eşitlik kurumlarının eşitliğin tesis edilmesi ve ayrımcılığın önlenmesine; ulusal insan hakları kurumlarının da daha geniş bir insan hakları alanına odaklanarak her iki kurumsal yapının temel haklara saygıyı geliştirme görevi bulunmaktadır. Ayrıca her iki kurumsal yapının insan onuruna ve statü eşitliğine yönelik ulusal bir ‘saygı kültürü’ geliştirmekte bağımsız bir role sahip olması gerekmektedir. Özellikle, her iki kurumsal yapının kendi görev alanları kapsamındaki konuları izleme ve raporlama faaliyeti görevi bulunmaktadır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 20).

Bununla birlikte, bazı AB üye ülkeleri hem eşitlik kurumları hem de ulusal insan hakları kurumlarının işlevlerini yerine getirmek üzere tasarlanmış tek bir kurumsal model oluşturmuşlardır. Böyle bir entegrasyon süreci; Belçika, Fransa, İrlanda, Hollanda ve İngiltere başta olmak üzere çok sayıda AB’ye üye ülkelerde gerçekleşmiştir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 1). Örneğin; yeni kurumsal yapılanmasını oluşturmadan önce İngiltere’de birbirinden ayrı üç özerk ayrımcılıkla mücadele komisyonunun bulunduğu görülmektedir. İngiltere’de 2006 yılında kabul edilen Eşitlik Yasası (*Equality Act 2006*) ile ‘cinsiyet, ırk veya etnik köken ve engellilik’ temellerinde ayrımcılığa karşı faaliyetler yürüten üç uzman komisyonun yerine tek bir ‘Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu’ (*Equality and Human Rights Commission*) oluşturulmuştur (Equality and Human Rights Commission, “Our role as a National Human Rights Institution (NHRI)”, t.y.). Ancak daha sonra 116’dan fazla ayrı mevzuatı

tek bir yasada bir araya getiren 2010 tarihli Eşitlik Yasası'na (*Equality Act 2010*) kadar ayrımcılığa yönelik önceden var olan mevzuat uyumlu hale getirilmemiştir. Yeni Eşitlik Yasası (2010), ayrımcılık temellerine 'cinsel yönelim, yaş ve din veya inancı' dâhil etmiştir. Ayrıca, 2006 tarihli Eşitlik Yasası ile oluşturulan kurumsal yapıya 1998 tarihli İnsan Hakları Yasasında (*Human Rights Act 1998*) öngörülen geniş insan hakları işlevleri verilmiştir (Carver, 2011: 6).

İngiliz Eşitlik Hukukunun ayrımcılığa maruz kalan kişilerin korunmasına yönelik siyasi taleplere yanıt olarak geliştirildiği ifade edilmektedir. Büyük Britanya'da ırk ve cinsiyet ayrımcılığına ilişkin ilk eşitlik mevzuatıyla, Irk Eşitliği Komisyonu (*Commission for Racial Equality, CRE*) ve Fırsat Eşitliği Komisyonu (*Equal Opportunities Commission, EOC*) olmak üzere iki ayrı kurumsal yapı oluşturulmuştur. 1970'li yılların sonlarında oluşturulan iki eşitlik kurumu, ayrımcılıkla mücadele etme amacıyla geliştirilen ulusal mevzuat hükümlerinin düzenleyici kurumlar tarafından uygulanmasına karşı olan politik bir ortamda faaliyet göstermiştir (Choudhury, 2006: 311).

Öte yandan İskoçya'da,⁸ eşitlik ile insan hakları arasındaki kurumsal ayrım halen devam etmektedir. Ancak İngiltere Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu'nun İskoçya'daki ofisi 'İskoçya Eşitlik ve İnsan Hakları Komisyonu' olarak faaliyetlerde bulunmaktadır (Equality and Human Rights Commission, "Home" t.y.). İskoçya açısından bu yetkisel ayrışma, kurumsal yetkilerin çakışmasına ve dolayısıyla yetkili başvuru mercinin tespit edilmesine yönelik bir belirsizliğin doğmasına yol açmıştır. Diğer taraftan İrlanda, İrlanda İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu (*The Irish Human Rights and Equality Commission*)⁹ adı altında eşitlik ve insan haklarını içerisinde barındıran bütünlük bir kurumsal yapılanmaya evrilmiştir (Spencer ve Harvey, 2014: 97).

Benzer biçimde,¹⁰ 2008 yılında İsveç Parlamentosu Ayrımcılık Yasasını (*Discrimination Act*) kabul etmiştir. Söz konusu yasa, dört uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumunu ikame edecek biçimde tek bir 'Eşitlik Ombudsmanlığı' ihdas etmiştir. Bu yasa

⁸ İskoç İnsan Hakları Komisyonu, İskoç Parlamentosu aracılığıyla İskoçya halkına karşı sorumlu olan bağımsız bir kamu kuruluşudur. Bkz., <https://www.scottishhumanrights.com/about/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

⁹ İrlanda İnsan Hakları ve Eşitlik Komisyonu Yasası 2014 (IHREC Yasası 2014) kapsamında oluşturulan Oireachtas'a hesap veren bağımsız bir kamu kuruluşudur. IHREC Yasası, eski İrlanda İnsan Hakları Komisyonu ve eski Eşitlik Kurumu'nun işlevlerini içermekte ve daha da geliştirmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://www.ihrec.ie/about/who-we-are/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

¹⁰ İsveç Eşitlik Ombudsmanı, 1 Ocak 2009 tarihinde önceden var olan dört ayrımcılık karşıtı ombudsmanın yeni bir organda birleştirilmesiyle kurulmuştur. Bkz., <https://ennhri.org/our-members/sweden/>; <https://www.do.se/sprak-och-lattlast/om-diskriminering-lattlast>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

ile ‘Fırsat Eşitliği Ombudsmanlığı, Etnik Ayrımcılığa Karşı Ombudsmanlık, Engelli Ombudsmanlığı ve Cinsel Yönelim Nedeniyle Ayrımcılığa Karşı Ombudsmanlıklar’ ilga edilmiştir. Eşitlik Ombudsmanlığı olarak yapılandırılan yeni kurumsal yapı, farklı gruplar arasında ayrımcılığa karşı temel güvenceleri uyumlu hale getiren yeni bir Ayrımcılık Yasası’nın kapsamı çerçevesinde oluşturulmuştur (Carver, 2011: 6).

Macaristan, ayrı ama bağlantılı biçimde uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumlarının ilginç bir örneğini sunmaktadır. Macaristan’ın “Parlamento Sivil Haklar Komiseri, Parlamento Ulusal ve Etnik Azınlıkların Hakları Komiseri, Parlamento Veri Koruma Komiseri ve Parlamento Gelecek Nesiller İçin Komiser” olmak üzere dört adet uzmanlaşmış ombudsmanlık kurumu bulunmaktadır.¹¹ 2011 tarihli Ombudsman Yasası (*Act CXI of 2011*) tüm ombudsmanlık kurumları açısından genel bir yasal çerçeve sağlamaktadır. 2012 yılına kadar ortak bütçeyle yönetilen bu uzmanlaşmış kurumlar, müşterek bir hizmet binasını paylaşmış ve müştereken bazı uzman personeli bünyesinde barındırmıştır. Hatta öyle ki ilgili kurumlar, bazı durumlarda şikâyetleri birlikte ele almış, ortak raporlar yayınlamış ve Anayasa Mahkemesi’ne ortak başvurularda bulunmuşlardır (Carver, 2011: 6). 2012 yılında birleştirilen bu kurumsal yapılar, Temel Haklar Komiserliği (*Commissioner for Fundamental Rights*) olarak yapılandırılmıştır. 2021 yılından itibaren Eşit Muamele Kurumu (*Equal Treatment Authority*) ile Temel Haklar Komiseri birleştirilmiş ve Temel Haklar Komiseri bu kurumun yetkileri de dâhil olmak üzere tüm sorumluluklarını ve işlevlerini devralmıştır (Office of the Commissioner for Fundamental Rights of Hungary, t.y.).

Litvanya, birbirinden neredeyse tamamen ayrışık biçimde faaliyet gösteren üç özerk ombudsmanlık yapılanmasının bulunduğu ilginç bir örneği teşkil etmektedir. Parlamento (*Seimas*) Ombudsmanı, iki görevi bulunan çok üyeli bir kurumsal yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca Fırsat Eşitliği Ombudsmanı (*Office of the Equal Opportunities Ombudsperson*) ve Çocuk Hakları Ombudsmanı bulunmaktadır. Ayrı bir yasal düzenleme ile oluşturulan ve birbirinden farklı yetkilere sahip olan bu kurumsal yapıların bütçeleri ve hizmet binaları birbirinden bağımsızdır (Carver, 2011: 7).

Avustralya uygulaması, ayrışık özerk kurumsal yapıların birleştirilmesinin en uzun süreli örneğini oluşturmaktadır. Avustralya’da 1986 yılından önce insan hak-

¹¹ 2014 yılından itibaren akredite bir A statüsüne sahip ulusal insan hakları kurumudur ve bir ihbarcının koruma kurumu (*whistleblower’s protection body*) haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., https://equineteurope.org/author/hungary_commissioner/, Erişim tarihi: 01.01.2022.

ları, cinsiyet ve istihdam ayrımcılığı temellerine yönelik şikayetleri inceleyen ayrı kurumsal yapılar bulunduğu görülmektedir. Bu kurumsal yapılar “Avustralya İnsan Hakları ve Eşit Fırsatlar Komisyonu” (*Human Rights and Equal Opportunity Commission*) adı altında bütünleşik hale getirilmiştir. Ancak, Komisyon’un kurumsal yapısı 2008 yılında, “Avustralya İnsan Hakları Komisyonu” olarak yeniden yapılandırılmıştır (Carver, 2011: 22).

Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü (*The Danish Institute for Human Rights*) ilk olarak 1987 yılında Parlamento kararıyla ‘Danimarka İnsan Hakları Merkezi’ olarak kurumsallaştırılmıştır. Danimarka İnsan Hakları Merkezi bağımsız ve özerk bir ulusal insan hakları kurumu işlevi görürken, 1993 yılında Danimarka’daki tüm etnik gruplar açısından fırsat eşitliğini geliştirmek amacıyla ayrı bir “Etnik Eşitlik Kurulu” (*Board of Ethnic Equality*) ihdas edilmiştir. Aynı zamanda Merkez, 2000/78/EC Yönergesi’nin (Avrupa Komisyonu, 2000) amaçları doğrultusunda ‘ulusal eşitlik kurumu’ olarak yapılandırılmış ve Etnik Eşitlik Kurulu’nun işlevlerini üstlenmiştir. Söz konusu entegrasyon süreci, çalkantılı bir ulusal politik ortamda gerçekleşmiştir. Öyle ki Parlamentodaki azınlık hükümetini destekleyen sağcı ve göçmen karşıtı Danimarka Halk Partisi, ilgili Merkezi kapatmaya yönelik politik bir girişimde bulunmuştur. Ancak söz konusu girişim başarısızlıkla sonuçlanmış, daha sonra Danimarka İnsan Hakları Merkezi 2006/54/EC Direktifi hükümlerine uygun biçimde ulusal eşitlik kurumu olarak yapılandırılmıştır (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 22).

Böylece Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü hem bir eşitlik hem de insan hakları işlevlerinin yerine getirilmesi görevini üstlenmiştir. Ancak Avrupa’nın önde gelen ulusal insan hakları kurumlarından birisi olarak kurulmuş olan Enstitü’nün, eşitlik ilkesini tesis görevini kurumsal yapıya entegrasyon noktasında birtakım zorluklarla karşılaştığı ifade edilmektedir. Eşitlik ile insan haklarını koruma işlevini tek bir kurumsal yapıda bütünleşik hale getirilmesinin Enstitü’nün özellikle ‘bütçe harcamaları, bilirkişi raporlarının yayınlanması ve bireysel ayrımcılık mağdurlarına yardım’ noktasında eşitlik çalışmalarının etkinliğini azaltmaya yol açtığı dile getirilmektedir. Diğer yandan Enstitü’nün hem eşitlik hem de insan hakları yetkilerine sahip bir kurumsal yapıya kavuşturulmasının bir dizi kazanıma imkan sağladığı ifade edilmektedir. Özellikle insan haklarının eşitlik perspektifiyle bütünleşik hale getirilmesinin hakların daha da somutlaşmasına imkân sağladığı vurgulanmaktadır. Aynı zamanda, insan hakları perspektifinin kurumsal yapıya entegrasyonu ile eşitlik ilkesinin

daha güçlü biçimde tesis edilmesine imkân sağladığı belirtilmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 23).

Türkiye’nin ulusal insan hakları kurumu olarak yapılandırılan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK), bütünleşik kurumsal yapılanmanın özgün bir tipolojik örneğini oluşturmaktadır. TİHEK, 2012 yılında 6332 sayılı Kanun’la kurulmuş olan Türkiye İnsan Hakları Kurumu’nun (TİHK) yerini almak üzere, 20 Nisan 2016 tarihli 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ‘eşitlik ve insan hakları’ kurumu olarak yapılandırılmıştır (6701 sayılı Kanun, 2016). Eşitlik ve insan hakları kurumu olmasının yanı sıra TİHEK, ‘ulusal önleme mekanizması’ görevini de haiz bir kurum olarak yasal yetkilerini icra etmektedir.¹² Böylelikle TİHEK’in hem eşitlik ve insan hakları kurumu hem de ulusal önleme mekanizması görevini bünyesinde barındıran bütünleşik bir kurumsal yapısı bulunmaktadır.

Aktarmış olduğumuz ülke örneklerinde de görüldüğü üzere pek çok ülke, kurumsal yapılarda entegrasyon sürecini başlatarak yapısal dönüşümler gerçekleştirmiştir. Kurumsal yapılanmaya ilişkin tüm bu restoratif gelişmeler beraberinde birtakım tartışmaları da getirmiştir. Bu noktada Richard Carver, belirli kırılğan grupların çıkarlarını ihmal etmeyecek biçimde tasarlanması koşuluyla, genel olarak tek bir ulusal insan hakları kurumu modelinin daha fazla etkili olmasının muhtemel olduğunu öne sürmektedir. Öyle ki Carver’a göre; tekli kurumsal yapılanmanın çok sayıda avantajı bulunmaktadır. Nitekim böyle bir kurumsal yapı, tüm kırılğan gruplarla ilgili olarak daha bütünlüklü bir yetki alanı ve kapsayıcı yasal çerçeve dâhilinde ayrımcılıkla mücadele faaliyetlerinde bulunacaktır. Tekli kurumsal yapılanmanın, başvurulacak doğru kurumu belirlemeyi kolaylaştırma ve fiziksel olarak daha erişilebilir olma potansiyeli bulunmaktadır. Böylesi kurumsal yapılar diğer paydaşlarla ilgili daha fazla yetki kullanacak ve insan hakları konularında açık ve anlaşılır bir kamusal profil (*public profile*) ortaya koyacaktır (Carver, 2011: 3).

Ayrıca tekli kurumsal yapının başvuruculara daha nitelikli bir kamusal hizmet sunacağı ve tüm kırılğan gruplara daha eşit yaklaşım göstereceği ifade edilmektedir.

¹² İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin İhtiyari Protokolü (OPCAT) ülkemiz tarafından 2005 yılında imzalanmıştır. 2013 yılında alınan 5711 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ‘ulusal önleme mekanizması’ görevi Türkiye İnsan Hakları Kurumuna verilmiştir. 2016 yılında çıkarılan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile ulusal önleme mekanizması görevi doğrudan yasa ile TİHEK’e verilmiştir. Bkz., <https://www.tihe.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>

İnsan haklarına ilişkin kamu kültürünün ve kurumun kamusal meşruiyetinin, ulusal insan hakları kurumunun toplumsal ağırlığını ve etkililiğini artırma noktasında önemli bir etken olduğu ifade edilmektedir. Tekli bir kurumsal yapının hem kurum hakkında farkındalık oluşturmada hem de insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde çoklu kurumsal yapılanmadan daha etkili olabilme potansiyeli olduğu vurgulanmaktadır (Carver, 2011: 15, 20).

Öyle ki tek bir ulusal insan hakları kurumu oluşturulması gerektiğini savunanlar; tek bir kuruluş tüzüğüne sahip bir kurumun, tüm grupların ve bireylerin haklarına ilişkin daha tutarlı bir standart uygulayacağını öne sürmektedir. Özellikle bu durumun, kurumsal yetkinin ayrımcılıkla mücadeleye odaklandığı durumlarda geçerlilik arz ettiği vurgulanmaktadır. Ayrımcılıkla mücadele yasalarına kademeli olarak yeni kırılma grupları ekleyen devletlerin, farklı gruplara uygulanan eşitlik temelli standartlarda birtakım tutarsızlıklar sergilemelerinin olası olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca tekli kurumsal yapılanmanın bütçesel açıdan birden fazla kurum oluşturmaktan daha uygun maliyetli olacağı da öne sürülmektedir. Nitekim kimi durumlarda hükümetler, maliyetleri azaltmak amacıyla birden fazla kurumu tek bir kurumsal çatı altında bütünleşik bir yapıya kavuşturma politikası gütmektedir. Örneğin; Hırvatistan hükümetinin insan haklarını koruma sisteminin ‘rasyonelleştirilmesi’ noktasındaki motivasyonu, finansal anlamda tasarruf etme arzusundan ve bunun mevcut kurumların birleştirilmesiyle sağlanabileceği beklentisinden kaynaklanmaktadır. Tekli bir kurumsal yapılanmayı tercih eden devletler, fayda-maliyet analizi çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Örneğin hem Moldova hem de Gürcistan ayrı bir çocuk ombudsmanı oluşturmayıp, bunun yerine söz konusu işlevleri mevcut ulusal insan hakları kurumuna dâhil etmişlerdir (Carver, 2011: 11, 15).

Çoklu kurumsal yapılanma modelini savunanlar ise, genellikle tek bir kurumsal yapılanmanın ‘kadınlar, çocuklar ve etnik azınlıklar’ gibi belirli kırılma gruplara daha az odaklanma riski olduğunu öne sürmektedir. Kuşkusuz bu, dikkate alınması gereken bir duruma işaret etmektedir. Diğer taraftan çoklu kurumsal modelin egemen olduğu idari bir düzende, özgülenmiş insan haklarına yönelik kendi insan hakları kurumlarına sahip olmayan belirli kırılma grupların göz ardı edilme riskinin de daha fazla olabileceğine dikkat çekilmektedir. Çoklu kurumsal yapılanmanın mevcut olduğu ve bir hükümetin bunları birleştirmeye çalıştığı durumlarda, temel amacın genellikle finansal tasarruf sağlama olduğu öne sürülmektedir (Carver, 2011: 17, 4).

İşlevsellik temelinde çoklu kurumsal yapılanmaların olumlu ve olumsuz yönlerine ilişkin güçlü argümanlar bulunmaktadır. Kuşkusuz, çocuklar ve engelliler gibi belirli kırılgan grupların insan hakları koruma mekanizmasına erişimini kolaylaştırmak için birtakım önlemlere gereksinim bulunmaktadır. Ancak insan haklarının temel ilkesi olan ‘bölünmezlik ilkesinin’ aşınmaması adına insan hakları sorunlarına ‘bütünlükçü’ bir yaklaşım geliştirilmesi gerekmektedir. Bundan ötürü tercih edilen çözümün bu kurumların bütünlüğe hale getirilmesi değil, çok daha kapsamlı işlevsel bir iş birliği geliştirilmesi adına bir çerçeve oluşturmak olduğu ifade edilmektedir. Öngörülen bu iş birliği çerçevesi ‘ortak hizmet binasının kullanılmasını, paylaşılan veri tabanlarının oluşturulmasını, ortak raporlama faaliyetlerini ve ortak kamusal farkındalık kampanyaları gerçekleştirmeyi’ içermektedir (Carver vd., 2010: 6).

Eşitlik ve insan haklarının korunması işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünlüğe hale getirilmesi, birtakım zorluklara yol açmaktadır. Bu zorlukların çoğu, eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının “rolleri, işlevleri, yetkileri ve faaliyetleri” arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır. Öyle ki entegre kuruluşların, farklılaşan işleyiş biçimlerini etkili ve tutarlı bir çalışma gündemi içerisinde bütünlüğe hale getirme noktasında birtakım zorluklarla karşılaşabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca eşitlik ve insan hakları işlevlerini entegre eden bütünlüğe organların kurumsal yetki ve kaynakların kullanımına yönelik stratejik yönetimde birtakım güçlüklerle karşılaşabileceği dile getirilmektedir. Dolayısıyla bu türden entegre edilmiş kurumsal yapıların, kuruluşun ‘rolünü, amacını, yetkisini ve stratejik önceliklerini yansıtan, etkili ve uyumlu bir işleyiş tarzı’ oluşturması gerekmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 38, 41).

Sonuç olarak, eşitlik ilkesi ve insan hakları düşüncesi ortak bir kavramsal referans alanını paylaşmaktadır. Bu nedenle her bir temel üzerinden yapılandırılan kurumsallaşmalar, ‘insan onuruna saygıyı’ geliştiren faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin gereğine işaret etmektedir. Bununla birlikte, eşitlik kurumları tarafından icra edilen kurumsal işlevler, bazı önemli açılardan ulusal insan hakları kurumları tarafından gerçekleştirilen insan hakları işlevlerinden farklılaşmaktadır. Söz konusu farklılıklar Avrupa ölçeğindeki yasal, siyasi ve düzenleyici söylemlerde eşitlik ve insan hakları alanları arasında bir bölünmenin varlığına işaret etmektedir. Bundan ötürü eşitlik kurumları ile insan hakları kurumlarının işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünlüğe hale getirilmesinin yaratabileceği sorunlara da odaklanılması gerekmektedir (Crowther ve O’Cinneide, 2013: 76, 58).

IV. ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARININ ETKİ ANALİZİ

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (CESCR) 10 No'lu Genel Yorumu'nda "*çok farklı hukuk kültürlerine sahip devletlerde ve ekonomik durumlarından bağımsız olarak*" kurulmuş yapılar olarak tanımlanan (CESCR, 1998: 1) ulusal insan hakları kurumları, bizatihi insan haklarını korumak ve geliştirmekle görevli yerel kurumsal mekanizmalar olarak yapılandırılmaktadır. Bu kurumsal yapılar, başta 'şikâyetleri ele alma, tavsiyeler yayınlama ve raporlama faaliyetleri' olmak üzere kurumsal yetki alanı çerçevesinde faaliyetler icra etmektedir. Bununla birlikte, bazı insan hakları mekanizmalarının insan hakları ihlallerine yönelik para ve hapis cezası ile tecziye etme noktasında¹³ yasal yetkileri bulunmaktadır. Bu noktada uluslararası standartları belirleyen normatif çerçeve olarak Paris Prensipleri, ulusal insan hakları kurumlarının cezalandırma yetkisine yönelik herhangi bir açık hüküm ihtiva etmemektedir (Welch, 2019: 2).

Diğer yandan kurumsal geçmişi daha eskilere dayanan bazı ulusal insan hakları kurumlarının, ikinci kuşak hakların uygulanması açısından belirli bir yetkiye sahip olmadığı ifade edilmektedir. Bu kurumsal yapıların ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunması¹⁴ ve geliştirilmesinin yalnızca 'ayrımcılık yapmama ilkesinin' bir uzantısı olarak ele alındığı dile getirilmektedir. Ancak ulusal insan hakları kurumlarının etkili bir koruma mekanizması olarak işlev görebilmesi için insan haklarının korunmasına yönelik uygulamalar açısından 'bütünlükçü' bir yaklaşım sergilemeleri gerekmektedir. Öyle ki BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin (CESCR) 10 No'lu Genel Yorumu, ikinci kuşak hakların ulusal kurumların yetki alanlarına dâhil edilmesinin gereğini ifade etmektedir (Carver, 2010: 24). Nitekim bu kurumsal yapıların etkinliğine yönelik değerlendirmelerde yetki ve faaliyet alanının genişliği ve bütünlüğü önem arz etmektedir.

Ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte niceliksel artışı, söz konusu kurumların 'etkili bir koruma mekanizması' olarak işlev gördüğü anlamına gelme-

¹³ Örneğin 6701 sayılı TİHEK Kanununun ilgili maddesinde (md. 25) ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin verilen Kurul kararlarında idari para cezası uygulama yetkisi bulunmaktadır.

"Ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında bin Türk lirasından on beş bin Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır."

¹⁴ Sosyal hakların korunması ve geliştirilmesine yönelik ayrıntılı bir çözümleme için ayrıca bkz., Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Sosyo-Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.

mektedir. Nitekim kimi ülkelerin yalnızca ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek amacıyla bu türden kurumsal yapıları oluşturduğu öne sürülmektedir. Bu eleştirileri bertaraf etmek amacıyla yapılandırılan ve ulusal hukuk sistemlerinde gereken hükümet desteğini alamayan insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma ve geliştirme işlevlerini etkin biçimde gerçekleştiremeyeceği ifade edilmektedir. Bu durum özellikle insan hakları uygulamalarına yönelik kötü sicili bulunan ülkeler açısından söz konusudur. Nitekim yapılan akademik araştırmalarda Asya, Afrika ve Orta Doğu’daki otoriter rejimlerin ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek adına ulusal insan hakları kurumlarını kurduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte yine eleştirileri bertaraf etmek amacıyla ‘düşük maliyetli bir strateji olarak’ ulusal insan hakları kurumu kurmanın, insan haklarının fiili uygulamasını geliştirmekten yoksun zayıf kurumsal yapılanmalara yol açtığı ifade edilmektedir (Yefet, 2021: 1).

Bu çerçevede Sonia Cardenas, ulusal insan hakları kurumlarının öncelikle uluslararası toplumun eleştirilerini bertaraf etmek amacıyla “devlet adaptasyonunun” (*state adaptation*) bir neticesi olarak ortaya çıktığını öne sürmektedir. Bir diğer ifadeyle devletler, ulusal insan hakları kurumlarını yapılandırırken bu kurumsal yapıların gereklilikler setini oluşturan bir dizi uluslararası standarda uyumu gözetmektedir. Cardenas, bu kurumsal yapıların “paradoksal bir etkiye” sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu paradoksal etki, ‘çoğu ulusal insan hakları kurumunun toplumsal alanda gerçekleşen insan hakları ihlallerini asgariye indirme noktasında oldukça yetersiz kalırken aynı zamanda bu tür bir koruma için eşi benzeri görülmemiş bir talep yaratma’ olarak açıklanmaktadır (Renshaw vd., 2011: 166). Cardenas’a göre; ulusal ölçekte gerçekleşen insan hakları ihlallerinin niceliksel olarak azlığı veya çokluğu, bir ulusal kurumun etkililiğini değerlendirme noktasında birincil mihenk taşı olmamalıdır. Öyle ki ona göre; çoğu durumda ulusal ölçekte gerçekleşen insan hakları ihlal düzeyleri arasındaki nedensel bağıntıları belirlemek oldukça güçtür (Cardenas, 2012: 51).

Ulusal insan hakları kurumlarının etkin bir koruma mekanizması olarak değerlendirilmesi için yalnızca ulusal ölçekte gerçekleşen insan haklarının ihlal sayılarının ele alınması yeterli olmamakta bu kurumsal yapıların insan haklarını koruma ve geliştirme adına yapmış oldukları faaliyetlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu kurumsal yapıların insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik faaliyetlerinin pozitif etkisi olduğuna ilişkin bazı akademik çalışmalar bulunmaktadır. Örneğin; Latin Amerika ülkeleri ölçeğinde gerçekleştirilen araştırmalar,

ulusal insan hakları kurumlarının Latin Amerika'da farklı zamanlarda insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önemli katkılar sağladığını ortaya koymaktadır (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168).

Ancak, ulusal insan hakları mekanizmalarının uluslararası standartlara uyumuna ilişkin yanılsamaların (*illusions of compliance*) pozitif değişim göstergelerinin yerini alma riskinden kaçınmak için gerçek performanslarının dikkatli biçimde irdelenmesi gerekmektedir (Pegram ve Rodriguez, 2018: 168). Kuşkusuz, bu kurumsal yapıların gerçek performanslarının değerlendirilmesinin tek ölçütü, yalnızca bir dizi uluslararası standartlara uyum ile (*Paris Prensiplerine ve AB Direktiflerine uygunluk gibi*) sınırlandırılmamalıdır. Nitekim tekil anlamda uluslararası standartlara uyumun performans değerlendirme ölçütü olarak ele alınması kurumsal etkililiğine ilişkin yanıltıcı bir tablo ortaya koyacaktır.

Literatürde bu kurumsal yapıların etkililiğine yönelik tartışmalar, ulusal insan hakları kurumlarının 'yapısal inşası, işlevleri ve kurumsal meşruiyeti' ile ilgili konular çerçevesinde gerçekleşmektedir. Ancak tüm bu tartışmalarda insan haklarının bu kurumsal yapılar çerçevesinde kurumsallaştırılması, toplumsal alandaki insan hakları kültürünün ve değerlerinin kurumsallaştırılması olarak ele alınmamaktadır (Kumar, 2006: 767).

Her ne kadar insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik eleştiriler söz konusu olsa da Erika Moreno'nun Latin Amerika'daki 16 insan hakları koruma mekanizmalarını kapsayan "*The Contributions of the Ombudsman to Human Rights in Latin America, 1982–2011*" başlıklı çalışması, insan hakları kurumlarının "eğitim, sağlık ve barınma haklarına erişimde ciddi iyileştirmeler" sağladığını tespit etmektedir. Söz konusu çalışma, bunların "istatistiksel olarak önemli ve pozitif etkiler" olduğunu ortaya koymaktadır. Örneğin, kişisel bütünlük haklarının insan hakları koruma mekanizmalarının yapılandırılmasından olumlu etkilendiği görülmektedir. Eğitim, sağlık ve barınma haklarına erişimle ilgili olarak bir ulusal insan hakları koruma mekanizmasının varlığının istatistiksel olarak anlamlı ve olumlu etkileri olduğu vurgulanmaktadır (Moreno, 2015: 99).

Yine Erika Moreno ve Richard Witmer tarafından yayımlanan "*The Power of the Pen: Human Rights Ombudsman and Personal Integrity Violations in Latin America, 1982-2006*" adlı çalışmada ifade edildiği üzere insan hakları koruma mekanizmalarının faaliyetlerinin 1982'den 2011 yılına kadar Latin Amerika'da kişisel bütünlük

haklarına yönelik ihlallerde dramatik bir azalma eğilimine imkân sağladığı kaydedilmektedir. Özellikle kurumsal yapılanmalardaki farklılıkların da insan haklarının korunması ve geliştirilmesini etkilediği ifade edilmektedir. Bu durum, uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde ortaya çıkan sözleşmesel metinlerdeki yazılı taahhütlerin küresel ölçekte insan haklarına yönelik düzenlemeleri şekillendirerek pozitif etkisi olacağını ifade eden çalışmalarla uyumluluk arz etmektedir (Moreno ve Witmer, 2016: 161).

Peru özelinde gerçekleştirdiği kurumsal etki analizi araştırmasına dayanarak Tom Pegram, ulusal insan hakları kurumlarının yalnızca liberal demokratik rejimlerde değil çeşitlenen siyasal sistemlerde yaygınlık kazanarak ‘kapsayıcı bir demokratik siyasal rejimin önemli bir bileşeni’ olarak belirleyici bir rol oynadığını tespit etmiştir (Pegram, 2010: 729). Etki analizi bağlamında yapılan bir başka araştırma, insan haklarına yönelik ulusal insan hakları kurumları tarafından bütünsel bir metodoloji çerçevesinde kapsamlı ve değişim odaklı olarak gerçekleştirilen ‘ulusal araştırmaların’, bu kurumsal yapıların yetkisinin yerel ölçekte insan hakları düzenlemelerinde değişiklik yapmasına imkan sağlaması bakımından en etkili yollardan biri olduğunu tespit etmiştir. Öyle ki Avustralya İnsan Hakları Komisyonu tarafından yürütülen bu tür bir ulusal araştırma neticesinde 85 federal yasa insan hakları ile uyumlu hale getirilerek değiştirilmiştir (Brodie, 2015: 1251).

Ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğine yönelik değerlendirilmesi gereken bir diğer husus, yargı mercileriyle iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetlere yöneliktir. Nitekim insan hakları ihlallerinin önlenmesinin kurumsal aktörlerinden olan ulusal insan hakları kurumlarının en önemli faaliyet alanlarından birisi mahkemelerle iş birliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Küresel ölçekte bu türden faaliyet alanına yönelik önemli örnekler bulunmaktadır. Örneğin; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi’nin (*The Inter-American Court of Human Rights*, IACtHR) ulusal insan hakları kurumlarıyla iş birliğini sağlamak adına gerekli adımları attığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, 2010 yılından beri Ibero Amerikan Ombudsmanlar Federasyonu (*Federacio’n Iberoamericana de Ombudsman*, FIO) ile ulusal insan hakları kurumlarının “amicus curiae” (*mahkeme dostu*) olarak katılımını teşvik etmek adına iş birliği protokolleri imzalamaktadır. Söz konusu protokoller ile ulusal insan hakları kurumlarının devletten bağımsız biçimde duruşmalara katılımı olanaklı hale getirilmektedir (Solano Carboni, 2020: 3-4).

Mahkeme ayrıca vermiş olduğu yargısal kararlarının ulusal ölçekte uygulanma durumunu denetlemek için ulusal insan hakları kurumlarından destek talep etmektedir. Örneğin; Mahkemenin bu talebi doğrultusunda 2015 yılında Kosta Rika Ulusal İnsan Hakları Kurumu (*Defensori 'a de los Habitantes, DHR*), Kosta Rika Sağlık Bakanlığı yetkililerinin tüp bebek hizmetinin güvence altına almasını gerektiren bir yargısal karara uymaması üzerine, Mahkeme denetim işlemlerini başlatmıştır. Kosta Rika Ulusal İnsan Hakları Kurumu, yargılamalar sırasında “*amicus curiae*” olarak yer almış ve kamu sağlık sisteminde doğurganlık prosedürlerine erişimin sağlanması gereksinimini ifade etmiştir. Ayrıca insan haklarının geliştirilmesinden sorumlu kurum olarak, Mahkeme tarafından karar altına alınan eğitim ve öğretim programlarının uygulanması sürecine de dâhil olmuştur (Solano Carboni, 2020: 3-4).

Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi, bazı davalarda ulusal insan hakları kurum personelinin veya eski görevlilerinin kovuşturmalar sırasında uzman tanık (*expert witness*) olarak atamıştır. El Salvador Ulusal İnsan Hakları Kurumu, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesinden¹⁵ önce bu alanda özellikle aktif bir rol oynamıştır. Örneğin; 2014 yılındaki *Hermanas Serrano Cruz* davasında, El Salvador Ulusal İnsan Hakları Kurum başkanı David Morales Cruz’un ifadesi, ülkenin iç çatışması sırasında çocukların zorla kaybettirilmesinden sorumlu bir tarafın saptanmasını olanaklı hale getirmiştir. Söz konusu yargısal karar ‘ulusal insan hakları kurumunun tanıklığına’ dayanılarak hüküm altına alınmıştır (Pegram ve Rodriguez, 2018: 178).

Yukarıda zikretmiş olduğumuz uygulama örnekleri incelendiğinde ulusal insan hakları kurumlarının görev ve yetkileri kapsamında insan haklarını koruma ve geliştirme işlevlerini çeşitli faaliyetlerle gerçekleştirdiği görülmektedir. Ancak bu kurumsal yapıların etkililiği değerlendirilirken toplumsal alandaki her türden sorunu çözüme kavuşturamayacağı ifade edilmelidir. Bu türden kurumsal yapıların görev ve yetkileri kapsamında kurumsal başarısını ölçme noktasında ‘realist bir yaklaşım’ gerekmektedir. Söz konusu yaklaşıma ülkelerin ‘siyasi, ekonomik ve sosyal durum koşulları’ perspektifinden yaklaşıldığında daha gerçekçi analizlere ulaşılabacaktır. Ancak yine de ulusal insan hakları kurumlarının etkili bir koruma mekanizması olarak

¹⁵ Nijerya’da, Ulusal İnsan Hakları Komisyonu (Değişiklik) Yasası, “Komisyonun karar ve tavsiyelerinin Yüksek Mahkemenin kararları olarak tanınması ve tenfizi” sistemini oluşturmuştur. Bkz., Welch, Ryan M., DeMeritt, Jacqueline H. R., R. Conrad, Courtenay, “Conceptualizing and Measuring Institutional Variation in National Human Rights Institutions (NHRIs)”, p. 1019.

işlev görmesi için atılması gereken adımları dört temel başlık çerçevesinde belirlemek mümkündür (Murray, 2007: 191).

İlk olarak, bu kurumsal yapıların ‘yarı resmi bir rol’ üstlenmesi ve kamu otoritele-riyle daha yakın ilişki kurarak faaliyetlerde bulunması gerekmektedir. İkinci olarak, ulusal insan hakları kurumları insan haklarının geliştirilmesi açısından ‘eğitsel bir role’ sahip olmalı ve bu anlamda hak kategorileri açısından “standart belirleyici” (*standard-bearer*) olarak işlev görmelidir. Söz konusu eğitsel rolü kapsamında ulusal insan hakları kurumları -*yargı yetkisi dâhilinde*- insan haklarını korumayı ve geliştirmeyi birincil odak noktası haline getirmelidir. Bu çerçevede insan haklarını koruma ve geliştirme misyonu açısından gerekli uluslararası ve yerel standartları belirlemeli ve bunların ulusal hukuk sisteminde uygulanması görevini üstlenmelidir. Üçüncü olarak, bir ulusal insan hakları kurumu Sivil Toplum Kuruluşlarından (STK) daha fazla siyasi nüfuza sahip olmalı ve STK’lar ile kamu otoriteleri arasında bir ‘köprü’ işlevi görmelidir. Son olarak, bu kurumsal yapıların en önemli rolü de uluslararası insan hakları standartlarının yerel düzeyde uygulanmasını teşvik ederek ulusal ve uluslararası standartların uyumlu hale getirilmesini sağlamak olmalıdır (Murray, 2007: 192, 193).

Ancak tüm bu değerlendirmelerin ulusal insan hakları kurumlarının sınırsız ‘görev ve yetkilere, finans ve insan kaynağına’ sahip olamayacağı gerçeği göz önünde bulundurulurak yapılması gerekmektedir. Söz konusu noksanlık, ulusal insan hakları kurumlarının ‘finansal kaynaklarının ve görev ve yetkilerinin’ en etkin biçimde kullanımı açısından net bir strateji oluşturulması gereksinimini ortaya çıkarmaktadır. Nitekim kurumsal yapıların yetki ve görev alanlarındaki çeşitlilik ve genişlik, kurumsal stratejinin belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle bu türden kurumsal yapıların stratejisinin ‘spesifik bir alana özgülenme, belirli insan hakları hedeflerini tanımlama ve bütünleşik bir yaklaşım’ çerçevesinde oluşturulması gerekmektedir (Murray, 2007: 193).

Sonuç olarak, bu kurumsal yapıların etkililiği değerlendirilirken insan hakları koruma mekanizmalarının insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin asli belirleyicisi olmadığı gibi hakların ana koruyucusu ve uygulayıcısı da olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim hakların ana koruyucusu bizzat devlet ve ilgili kamu otoritesidir. Ulusal insan hakları kurumları devlet ve/ya kamu otoritelerinin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi faaliyetlerinin performansını izleme görevini

yerine getirmektedir. Ayrıca bir politika konusu olarak insan hakları standartlarına uyumu sağlamak adına bir tür ‘yumuşak güç’ uygulamaya çalışmaktadır. İnsan hakları koruma mekanizmalarının rasyonelleştirilmesi de örgütsel bir sorun alanı olarak değil, ulusal hukuk sistemlerinde insan hakları kurumlarının sosyal ve politik gücünün artması yoluyla bu ‘yumuşak gücü’ tahkim etmenin bir aracı olarak anlaşılmalıdır (Carver vd., 2010: 5).

V. TEORİDE VE UYGULAMADA ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARI: ELEŞTİREL BAKIŞ

Devletlerin insan haklarının kurumsallaştırılmasına yönelik yaklaşımları farklılık arz etmektedir. Öyle ki bazı devletler dış politikalarında insan haklarını kurumsallaştırırken, diğer bazıları ulusal insan hakları uygulamalarını düzenleme eğilimi göstermemektedir. “Düzenleyici devlet” (*regulatory state*) kavramsallaştırması, kurumsal yönetişimin diğer alanlarında etkin biçimde yer almaktadır. Ancak ulusal ölçekte insan haklarının regülasyonu, yeni bir kavramsal yapı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte yaygınlık kazanmasına rağmen, bu yeni kurumsal aktörlerin oluşturulması ve etkililiğine yönelik birtakım soru işaretleri bulunmaktadır (Cardenas, 2012: 30). Öyle ki bazı devletlerin uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırı biçimde insan haklarını ihlal ettikleri halde söz konusu uluslararası normları ulusal ölçekte uygulamak adına ulusal insan hakları kurumları oluşturmaları sorgulanmaktadır (Cardenas, 2001: 3).

‘İnsan hakları hukukunun uygulanması rolüne sahip olan yerel yargı dışı kurum’ olarak tanımlanan ve uluslararası normları yerel yapılara adapte etme görevi üstlenen ulusal insan hakları kurumlarının yükselişi, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk alanlarında tartışmalara yol açmıştır (Lacatus, 2018: 2). Bu kapsamda ulusal insan hakları kurumu oluşturma projesinin BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği için de tartışmalı bir husus olduğu ifade edilmektedir. BM, ‘teknik iş birliği’ kapsamında insan haklarının korunması ve geliştirilmesi üzerinde doğrudan etkisi bulunan ulusal yapıların oluşturulmasında ilgili devletlere destek sağlamaktadır (BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Technical Cooperation”, t.y.). Ancak kimi eleştirmenler, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi için ulusal ve bölgesel ölçekte insan haklarına yönelik altyapıların tahkim edilmesinde önemli bir bileşen olan ‘teknik iş birliğinin’ ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarına yönelik katkılarını değerlendirme noktasında yetersiz olduğunu öne sürmektedir (Rosenblum, 2012: 303).

Her ne kadar ulusal insan hakları kurumlarının uluslararası rolünün genişlemesinin olumlu bir gelişme olduğu kabul edilse de yine de bu kurumsal yapılarda bazı öngörülemeyen sorunların gündeme geldiği ifade edilmektedir. Bu çerçevede ulusal insan hakları kurumlarının ilgili kamu otoritesine karşı uluslararası mekanizmaları kullanma imkanları sorgulanmaktadır. Örneğin, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu (*Inter-American Commission on Human Rights*),¹⁶ Espinoza Feria davasında Perulu Defensor del Pueblo tarafından yapılan bir şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Defensor'e, davayı bölgesel mekanizmaya taşımadan önce davacı adına iç hukuk yollarını tüketme imkânı sağlanmasına yönelik birtakım eleştiriler bulunmaktadır. Defensor'un uluslararası mekanizmalara başvurma yetkisinin, ulusal ölçekte kamu otoriteleri arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların uluslararası ölçekte yayınlanmasına yol açtığı ifade edilmektedir. Ayrıca bireysel başvuru mekanizmalarının 'ulusal insan hakları kurumlarının tekelinde' olma riski de eleştiri konusu yapılmaktadır. Bir diğer eleştiri konusu, ulusal insan hakları kurumlarının yeterince bağımsız olmaması durumunda uluslararası mekanizmalara yapılması gereken şikâyetlerin yapılamaması durumuna yöneliktir (Carver, 2010: 31).

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer eleştiri; bu kurumsal yapıların kimi durumlarda 'istikrarsızlaştırıcı' etkileri olabileceğine işaret etmektedir. Ulusal insan hakları kurumları, çatışma sonrasında yeniden yapılandırılan toplumlar açısından demokratikleşme sürecinin asli unsuru olarak kabul edilmektedir. Ancak demokratik siyasal sistemin tam olarak tahkim edilmediği hukuk düzeninde bu türden kurumsal yapıların oluşturulması için elverişli yasal ve politik bir ortamın bulunmadığı ifade edilmektedir. Nitekim demokratik siyasal düzeni istikrarlı olan ülkelerde bile kimi zaman insan hakları kurumlarına yönelik kurumsal vaatler ve kapasiteler arasında büyük bir boşluk bulunmaktadır. Bu durum da insan haklarını koruma ve geliştirme görevini üstlenen kurumsal yapıların, kamuoyunda oluşan beklentileri karşılayamamasına yol açmaktadır (Cardenas, 2012: 48).

Ayrıca, böyle bir politik ortamın insan hakları kurumlarının kurumsal meşruiyetini zedeleyebilme riskine işaret edilmektedir. Kurumsal meşruiyeti temin edilmemiş ulusal yapılanmaların sosyal talepler çerçevesinde gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerle ulusal ölçekte istikrarsızlığa yol açabilme riski bulunmaktadır. Ayrıca ulusal insan

¹⁶ Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), misyonu Amerikan yarımküresinde insan haklarını geliştirmek ve korumak olan Amerikan Devletleri Örgütü'nün ana ve özerk bir organıdır. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., <https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/mandate/what.asp>, Erişim tarihi: 31.12.2021.

hakları kurumlarının oluşturulmasının koşulsuz biçimde teşvik edilmesi, bir ‘insan hakları emperyalizmi’ eleştirisini doğurabilmektedir. Nitekim demokratik siyasal rejimler, global ölçekte ulusal insan hakları kurumlarının desteklenmesi ve uluslararası insan hakları normlarının yerel düzeyde uygulanması dolayımında yeni bir insan hakları konseptini ilgili uluslara ihraç edebileceğini varsaymaktadır (Cardenas, 2012: 48).

Diğer bir eleştiri konusu; devletlerin uluslararası insan hakları hukukunun ulusal ölçekte uygulanmasını teşvik etmek yerine bizihi bir ulusal insan hakları kurumu oluşturmaya odaklanmasına yöneliktir. Böyle bir durumda ulusal insan hakları kurumlarının, kurumsal yapılanmaya ilişkin uluslararası standartların gerekliliklerini taşımakla birlikte faaliyetlerinde büyük ölçüde yetersiz kalabilme veya potansiyellerini gerçekleştirme noktasında başarısız olma riski bulunmaktadır. Bundan ötürü bu türden kurumsal yapılanmaların sürdürülebilir insan hakları reformuna katkıda bulunması için ulusal bağlam ve ulusal insan hakları kurumlarının sosyal ve politik etkisi hakkında ‘eleştirel bir farkındalık’ kazanılması önem arz etmektedir (Cardenas, 2012: 47).

Öyle ki eleştirmenler, ulusal insan hakları kurumlarını teşvik etmenin istenmeyen/öngörülemez sonuçlarına işaret etmektedir. Örneğin; BM Uluslararası Davanışma Konusunda Bağımsız Uzman olan Obiora Okafor, minimum standartlar seti öngören Paris Prensiplerinin gerekliliklerinin yerine getirilmesinin, ulusal insan hakları kurumlarının etkililiğinin minimalist bir değerlendirmesine yol açacağını belirtmektedir. Kurumsal yapılanmaya daha fazla odaklanmanın devletlerin bir ulusal kurumun temel parametrelerine uyan, ancak yerel koşullara uygunluk arz etmeyen veya toplumun kırılğan kesimlerinin erişemeyeceği ulusal insan hakları kurumu kurulmasına neden olabileceğini ifade etmektedir (Cardenas, 2012: 47).

Kurumsal yapılanma açısından ulusal insan hakları kurumlarının uluslararası standartlara uygunluk değerlendirme (*akreditasyon*) süreci¹⁷ önem arz etmektedir. Ancak bu noktada söz konusu kurumsal yapıların değerlendirilmesine ilişkin akreditasyon politikasının ayrımcı/ayırıştırıcı bir politik yönelime sahip olduğu eleştirisi

¹⁷ 2021 itibarıyla insan haklarını korumak ve geliştirmek için GANHRI tarafından akredite edilen kurum sayısı, 128 olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kurumların 86’sının “A” statüsü, 32 tanesinin “B” statüsü ve 10 tanesinin de “C” statüsünde olduğu görülmektedir. C statüsü, Ekim 2007’den önce akredite edilmiş kuruluşlar için söz konusudur. GANHRI tarafından artık kullanılmamaktadır. Bkz., <https://ganhri.org/wp-content/uploads/2021/08/StatusAccreditationChartNHRIs.pdf>

gündeme getirilebilir. Örneğin; Afganistan, Burundi ve Kamerun gibi kimi ülkelerin ulusal kurumsal yapılarının 'A' statüsünde olması, 'insan hakları emperyalizmine' dönük eleştirelliği güçlendiren kuşku yarattır. Bu noktada ulus aşırı 'insan hakları aktivizmi' yürüten kimi ulusal kurumların akreditasyon sürecine yönelik desteği insan haklarını kurumsallaştırma adına önemli bir katkı sunmakla birlikte politik tercihler noktasında birtakım sorgulamaları da beraberinde getirmektedir.

Bu çerçevede Paris Prensiplerinin gözden geçirilmesine yönelik literatürde tartışmalar yaygınlaşmaya başlamıştır. Paris Prensiplerinin gözden geçirilmesini "*Pandora'nın kutusunu açmaya*" benzetenler bulunmaktadır. Ulusal insan hakları kurumları, genellikle bir yasanın veya idari bir kararın devletin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uygunluk denetimini yapmaktadır. Bundan ötürü bazı devletlerin Paris Prensiplerinin yetki alanını daraltmak ve hatta bu kurumların bağımsızlığını engellemeye çalışmak adına bir revizyon sürecine yönelme eğilimi gösterebileceği ifade edilmektedir (Kjærum, 2003: 10).

Bir diğer eleştiri konusu; bu türden kurumsal yapıların oluşturulmasına yönelik global trende rağmen, ABD'nin böyle bir kurum oluşturmama yönündeki devlet politikasıdır. ABD'nin uluslararası insan hakları normlarını ulusal ölçekte korumaya ve geliştirmeye yönelik ulusal insan hakları kurumu bulunmamaktadır. Bu kurumsal yapıların yerine Sivil Haklar Komisyonları gibi yerel insan hakları komisyonları (*Alaska, Illinois ve New York dâhil*) bulunmaktadır (Cardenas, 2001: 15).

Ancak bu komisyonlar görev ve yetkileri çerçevesinde çoğunlukla ayrımcılıkla mücadele konularına odaklanmaktadır. Komisyonların odaklandığı konular özellikle 'istihdam, barınma, kredi ve finansal uygulamalar, toplu konaklama ve eğitim' alanlarına yöneliktir. ABD Sivil Haklar Komisyonu (*United States Commission on Civil Rights, 1957*), misyonu 'ulusal medeni haklar politikasının gelişimini temin etmek ve federal medeni haklar yasalarının uygulanmasını geliştirmek' olan bağımsız bir mekanizma olarak hareket etmektedir. Ayrıca ABD'de federal yasayı ihlal eden istihdam ayrımcılığı suçlamalarını araştıran Eşit İstihdam Fırsatı Komisyonu (*Equal Employment Opportunity Commission, EEOC*) bulunmaktadır (Wolman, 2013: 448).

Tüm bu yerel insan hakları komisyonlarının varlığına rağmen BM Komitesi'nin ABD'ye bağımsız bir insan hakları kurumu kurma çağrısı, polis şiddeti ve artan toplumsal protestoların ardından ayrı bir önem kazanmıştır. Söz konusu çağrıda Komite-

tenin odak noktası, ABD'nin 1994 yılında onayladığı 'Her Türü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmesi' olarak karşımıza çıkmaktadır. BM, ABD'nin medeni hakları güvence altına almaya yönelik normatif çerçevesinin ırkçılıkla mücadele etme açısından yetersiz olduğunu öne sürmektedir. Öyle ki ABD'nin medeni hakları güvence altına almaya yönelik normatif çerçevesi bireysel ayrımcılık vakalarını ele alırken, ırkçılığın sistematik hale gelmesine yönelik yapısal sorunları dikkate almamaktadır. Bundan ötürü BM, kamu otoritelerini kurumsallaşmış şiddet biçimlerini önlemek veya sosyal ve ekonomik eşitsizliklerle mücadele etmek için adımlar atmaya çağırılmaktadır (Cardenas, "Confronting Racism", 2015).

BM'nin yanı sıra uluslararası insan hakları topluluğunun bazı aktörleri, ABD'de uluslararası insan hakları anlaşmalarının, normlarının ve standartlarının uygulanmasını geliştirmek ve izlemek adına 'Ulusal İnsan Hakları Kurumu' kurulmasının gereğini savunmaktadır. Öte yandan Steven Groves'e göre; insan hakları aktivistleri, ABD'nin politika olarak tanımamayı tercih ettiği anayasa-üstü insan hakları normlarının tanınmasını sağlamak için ulusal insan hakları mekanizmalarının kurulmasını teşvik etmektedir. Ona göre; ulusal insan hakları kurumlarının temel görevi, anayasal veya yasal temeli olmayan ve on yıllardır ABD Yüksek Mahkemesi (*US Supreme Court*) ve Kongresi (*US Congress*) tarafından kabul edilmeyen "ekonomik, sosyal ve kültürel hakları" desteklemek olacaktır. Bundan ötürü Kongre ne bir ABD Ulusal İnsan Hakları Kurumu oluşturmalı ne de ABD Medeni Haklar Komisyonunu bir ABD Medeni ve İnsan Hakları Komisyonuna dönüştürmelidir (Groves, 2013: 1).

Groves, insan hakları ihlallerinin ABD'nin kendi yargı düzeni içerisinde yargısal güvenceye konu olabileceğini öne sürmektedir. Ayrıca ona göre ABD'de ulusal insan hakları kurumları yapılandırılmasının nihai amacı; insan haklarını korumak ve geliştirmek değil, uluslararası sözleşmelerin onaylanarak ulusal hukuk sistemine entegre edilmesidir (Groves, 2013: 7). Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının en temel işlevlerinden birisi de ülkelerin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemektir.

Ulusal insan hakları kurumları bulunmamakla birlikte bazı eyaletlerde alt insan hakları kurumları bulunan ülke örnekleri olarak ABD, Brezilya ve İsviçre'yi zikredebiliriz. Bunlardan Brezilya'da 26 eyalette ve Brasilia Federal Bölgesi'nde insan hakları kurumları varlık göstermektedir. Bu kurumsal yapılanmaların, idari makamlarla temasa geçen kişilere hukuki yardım sağlama yetkileri bulunmaktadır. Saˆo Paulo

eyaletinde, bir ombudsman ve genel bir insan hakları komisyonu görev icra etmektedir. ‘Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana’ adlı komisyon, federal veya Saˆo Paulo eyalet anayasalarında yer alan hak ihlalleriyle ilgili şikâyetleri incelemekte ve karara bağlamaktadır (Wolman, 2013: 448).

Tam da bu noktada ulusal insan hakları kurumu bulunan ancak alt ulusal insan hakları kurumuna sahip olmayan ülkelerdeki önemli bir sorun alanının, ulusal insan hakları kurumunun eyalet düzeyinde işlenen insan hakları ihlalleriyle ilgili şikâyetleri inceleme ve eyalet hükümetlerine tavsiyeler sunma yetkisine yönelik olduğu görülmektedir. Öyle ki Uluslararası Af Örgütü 2001 yılında ulusal insan hakları kurumları için tavsiyelerde bulunduğu raporunda (Amnesty International, “National Human Rights Institutions”, 2001), federal ülkelerdeki bazı insan hakları kurumlarının eyalet hükümetleri tarafından gerçekleştirilen ihlalleri incelemekte zorluklarla karşılaştıklarına dikkat çekmiştir (Wolman, 2013: 450-454).

Örneğin; Avustralya’da federal insan hakları komisyonu yalnızca federal ayrımcılıkla mücadele yasasını, eyalet komisyonları ise yalnızca eyalet insan hakları yasasını uygulamakla görevlidir. Diğer yandan Avustralya’da eyalet ayrımcılıkla mücadele yasası ve federal ayrımcılıkla mücadele yasaları arasında benzerlikler bulunmasından ötürü ayrımcılık şikâyetleri Güney Avustralya Fırsat Eşitliği Komisyonu’na veya Federal Avustralya İnsan Hakları Komisyonu’na yapılabilmektedir. Ancak sosyal kökene veya siyasi görüşe dayalı ayrımcılık iddiasıyla ilgili şikâyetlerin yalnızca federal düzeyde yapılabilmesi mümkündür (Wolman, 2013: 450-454).

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer eleştiri de STK’lar tarafından yapılmaktadır. Ulusal ve uluslararası düzeydeki kimi STK’lar, küresel ölçekte yaygınlık gösteren bu kurumsal yapıların etkin konumuna ilişkin eleştirel tutumlarını ortaya koymaktadır. Bu kurumsal yapıların kamu kurumu olmalarından ötürü özerkliklerinin kimi durumlarda sorgulanabileceğini belirtmektedirler. Söz konusu eleştiriler, üç ana tema çerçevesinde kaydedilmektedir.

İlk olarak; STK’lar, ulusal insan hakları kurumlarının devletlerin uluslararası insan hakları yükümlülüklerine uyumunu sağlama rolünü üstlenmesi durumunda bu kurumsal yapıların eleştirilerinin sivil toplum eleştirilerinin yerine geçebilme riskine işaret etmektedir. İkinci eleştiri; ulusal insan hakları kurumlarının, demokratik liberal bir devletin temel insan hakları göstergelerinden birisi haline gelmesine yöneliktir. Hatta öyle ki “1950’li yıllarda gelişmekte olan bir ülkenin statü sembolü bir çelik

fabrikasıysa, 1990'lı yıllarda bir insan hakları komisyonu” olduğunu ifade edilmektedir. Üçüncüsü; STK'lar, sivil toplum kuruluşlarından yeterli girdi alınmadan kurulan ulusal insan hakları kurumlarının etkinliğini sorgulamaktadır (Renshaw vd., 2011: 170).

Ancak tüm bu eleştirilere rağmen, ulusal insan hakları kurumları kamu otoriteleri ile sivil toplum kuruluşları arasında ‘köprü’ vazifesi görmesi yönüyle öne çıkmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapılara toplumsal alanda ‘ayırt edici’ bir rol tayin eden de bu karakteristik özelliğidir. Ancak bu alanın kimi durumlarda ulusal insan hakları kurumları açısından güçlükler yarattığı dikkate alınmalıdır. Ulusal insan hakları kurumları hem kamu otoritesinden hem de STK'lardan özerk biçimde çalışma ilişkileri kurmak zorundadır (Smith, 2006: 906).

Her ne kadar bu türden kurumsal yapılanmalara yönelik eleştiriler söz konusu olsa da ulusal insan hakları kurumları, hak alanlarını ulusal siyasi söylem ve uygulamaya entegre etmeleri yönüyle önemli bir konumda bulunmaktadır. Öyle ki bu kurumsal yapılar, devletlerin uluslararası insan hakları normlarını yerel yapılara entegre etme noktasında önemli bir rol üstlenmektedir. Ayrıca bu kurumsal yapılar hükümetlerin ulus ötesi insan hakları ağlarına koşut biçimde yeni hükümetlerarası ‘insan hakları bürokrasisi ağları’ oluşturmaktadır. Bundan ötürü bir devletin ulusal insan hakları kurumu oluşturması, uluslararası normları devlet yapılarına yerleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu kurumsal yapılar sosyal ve yasal yapıların ötesinde, ulusal ölçekte siyasal yapıların önemini vurgulamaktadır (Cardenas, 2001: 5). Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının, devletlerin insan hakları politikaları için bir odak noktası olarak hizmet ederek, ulusal ölçekte koordinasyon rolü üstlendiği ifade edilmektedir. Ulusal ölçekte insan haklarına yönelik kurumsal reformun, uluslararası insan hakları normlarının devlet yapılarına entegre edilmeden gerçekleştirilmesi pek olası değildir (Cardenas, 2012: 50).

VI. SONUÇ YERİNE

Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte ortaya çıkan yeni ‘demokratikleşme dalgası’, insan haklarını korumak ve güçlendirmek adına koruma mekanizmaları oluşturulması sürecine katkıda bulunmuştur. Bu süreç insan haklarının kurumsallaşması olarak tanımlanabilecek yeni bir döneme tekabül etmektedir. İlgili dönem, ulusal insan hakları kurumlarının niceliksel bir patlamayla yaygınlık kazandığı bir dönem olmuştur. Ulusal insan hakları kurumlarının yaygınlık kazanması, modern insan

hakları söyleminin pozitif yönlü gelişim dinamiği sergilemesini olanaklı hale getirmiştir. Devletlerin, uluslararası normları iç siyasi yapılara entegre ederek insan haklarının korunması misyonuna uyum sağlamasını mümkün kılan başat aktörler, ‘ulusal insan hakları’ kurumları olarak karşımıza çıkmıştır.

İnsan haklarını korumak ve geliştirmek amacıyla yapılandırılan ulusal insan hakları kurumları, yerel düzeyde insan hakları gereksinimlerini tespit ederek sorunlu alanlara ilişkin iyileştirici/geliştirici bir etki yaratmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapılar genellikle ‘yerel insan hakları’ konularına odaklanmaktadır. Yerel düzeyde insan haklarına yönelik koruma mekanizmalarının ulusal hukuk düzeninde konumlandırılmasının kritik önemi bulunmaktadır. Zira insan hakları ihlallerinin ve/ya istismarlarının gerçekleştiği sosyal ve politik alana doğrudan nüfuz edebilmeleri bu kurumsal yapıları ayrıcalıklı bir konuma sokmaktadır. Diğer yandan uluslararası hukuk ilkelerini ulusal hukuk sistemine entegre eden bu kurumsal yapılar, evrensel insan hakları ile ulusal insan hakları standartlarını uyumlu hale getirmektedir.

Bu türden kurumsal modellerin yapılanmasına yönelik sorgulayıcı birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar ‘eşitlik kurumları ile insan hakları’ kurum modelinin tekli ya da çoklu bir kurumsal çatı altında bütünlükçü biçimde birleştirilmeleri veya ayrıştırılmaları çerçevesinde yapılmaktadır. Bu kapsamda tekli kurumsal yapılanmayı savunanlar, bütünlüklü olarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin tek bir kurumsal yapı tarafından daha etkin biçimde temin edileceğini öne sürmektedir. Ayrıca tek bir kuruluş tüzüğüne sahip olan kurumsal yapıların, ilgili tüm grupların ve bireylerin haklarına tutarlı bir standart uygulayacağı öne sürülmektedir.

Diğer yandan ayrımcılıkla mücadele etmek amacıyla yapılandırılan eşitlik kurumları ile genel olarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesine odaklanan ulusal insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında bütünlükçü hale getirilmesinin özellikle toplumun kırılgan kesimleri açısından olumsuz bir durum ortaya çıkmaktadır. Öyle ki çoklu kurumsal yapıyı savunanlar, genellikle tek bir kurumsal yapılanmanın ‘kadınlar, çocuklar ve etnik azınlıklar’ gibi belirli kırılgan gruplara daha az odaklanma riskine işaret etmektedir.

Kuşkusuz eşitlik ve insan haklarının korunması işlevlerinin tek bir kurumsal yapıda bütünlükçü hale getirilmesinin birtakım zorlukları bulunmaktadır. Nitekim bu kurumsal yapıların bütünlükçü hale getirilmesi süreci, eşitlik kurumları ile insan hak-

ları kurumlarının “rolleri, işlevleri, yetkileri ve faaliyetleri” arasındaki farklılıklardan etkilenmektedir. Ancak yine de kavramsal olarak ortak bir temeli paylaşan eşitlik ve insan hakları kurumlarının tek bir kurumsal çatı altında bütünleşik hale getirilmesinin pozitif etkisine işaret edilmelidir. Öyle ki her iki kurumsal model insan haklarına ve insan onuruna saygıyı geliştiren kurumsal faaliyetlerin gerçekleştirilmesi gereğini vurgulamaktadır.

Her ne kadar eşitlik kurumlarının ve ulusal insan hakları kurumlarının görev, yetki ve faaliyet alanları noktasında ayrışan yönleri söz konusu olsa da temelde bu iki kurumsal modelde işlevsel çakışmalar bulunmaktadır. Bütünleşik kurumsal yapı oluşturmanın olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alındığında, insan haklarının eşitlik perspektifiyle bütünleşik hale getirilmesinin ‘haklara’ yönelik somut bir çerçevenin oluşturulmasına imkân sağladığı görülmektedir. Ayrıca insan hakları perspektifinin kurumsal yapıya entegrasyonu ile eşitlik ilkesinin daha güçlü biçimde tesis edilme olanağı bulunmaktadır.

Ulusal insan hakları kurumlarına yönelik bir diğer tartışma alanı, bu kurumsal yapıların insan haklarının korunması ve geliştirilmesi noktasında kurumsal etkililiğine yöneliktir. Bu çerçevede ulusal insan hakları kurumlarının küresel ölçekte niceliksel artışının bu kurumların ‘etkili bir koruma mekanizması’ olarak işlev gördüğü anlamına gelmediği ifade edilmelidir. Kimi eleştirmenler özellikle sosyo-ekonomik düzeyi düşük ve insan hakları sicili kötü olan ülkelerin yalnızca ‘uluslararası eleştirileri’ bertaraf etmek amacıyla bu türden kurumsal yapıları oluşturduğunu öne sürmektedir.

Bütün bu eleştirel yaklaşımlara rağmen bazı akademik araştırmalar, ulusal insan hakları kurumlarının insan hakları ve demokratikleşme süreci açısından pozitif etkilerinin bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bu kurumsal yapıların özellikle ulusal ve uluslararası aktörlerle iş birliği içerisinde faaliyetler göstermesi etkili bir ulusal koruma mekanizması olarak işlev görmesini olanaklı hale getirmektedir. Bu kapsamda özellikle yargı mercileriyle iş birliği çerçevesinde gerçekleştirilen faaliyetler önem arz etmektedir.

Ulusal insan hakları kurumlarının kurumsal etkililiği değerlendirilirken, insan haklarının korunması ve geliştirilmesinde birincil konumda olan yapıların devlet ve ilgili kamu otoriteleri olduğu unutulmamalıdır. Nitekim ulusal insan hakları kurumlarının insan haklarını koruma ve geliştirme yükümlülüğünü temin etme noktasında

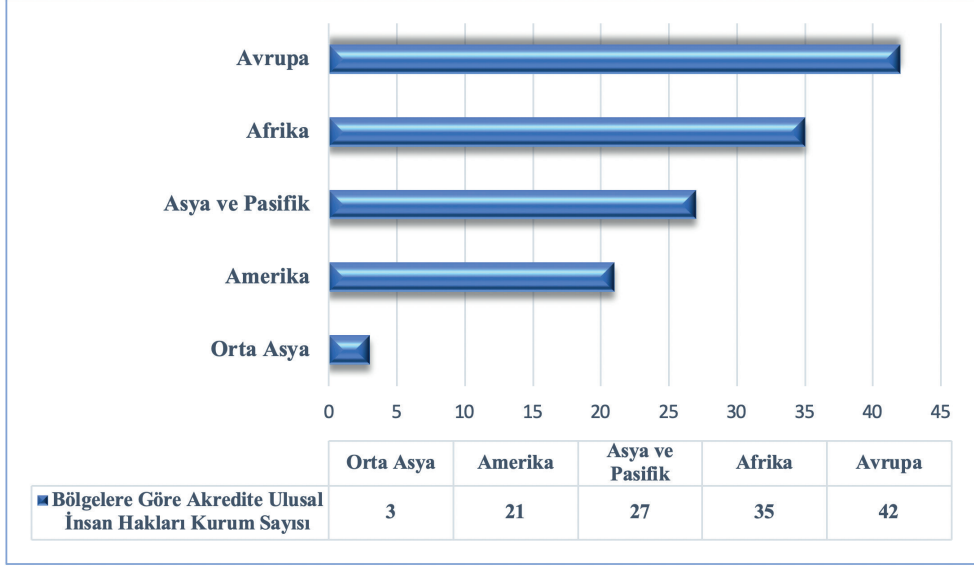
‘ikincil’ konumda yer aldığı ifade edilmelidir. Zira bu kurumsal yapılar, ulusal ölçekte kişilerin ve/ya kurumların insan haklarına yönelik tutumlarını izlemekte ve insan hakları standartlarına uyumu sağlamak adına bir tür ‘yumuşak güç’ uygulamaktadır. 1990’lı yıllarda yaygınlık kazanmaya başlayan ve küresel ölçekte çok sayıda faaliyet gösteren kurum olmasına rağmen devletlerin bu kurumsal yapıları oluşturma süreci sorgulanmaktadır. Ancak ulusal insan hakları kurumlarının giderek uluslararası insan haklarının önemli aktörlerinden biri haline geldiği aşikardır.

Bu kurumsal yapıların, görev ve yetkileri kapsamında ulusal ölçekte ‘insan haklarına yönelik profilin’ pozitif yönde değişim dinamiği sergilemesini olanaklı hale getirme potansiyeli bulunmaktadır. Örneğin; ulusal insan hakları kurumlarının görev ve yetkileri kapsamında gerçekleştirmiş olduğu faaliyetlerle toplumda bir ‘değer politikası’ oluşturabilme ve böylelikle insan hakları ve eşitliğin içkinleştirilmesini olanaklı hale getirme potansiyeli söz konusudur. Nitekim Avrupa Eşitlik Kurumları Ağı (*EQUINET*) tarafından görevlendirilen Kamu Yararı Araştırma Merkezi’nin “*Valuing Equality*” başlıklı Raporu; insanların topluluğa, sosyal adalete ve özgürlüğe değer verdiklerinde daha az ayrımcı olma eğiliminde olduklarını ortaya koymaktadır. Eşitlik kurumları ile ulusal insan hakları koruma mekanizmaları, kişilerin başkalarına saygı gösterme ve başkalarının haklarına riayet etme noktasında aktif biçimde rol üstlenerek ayrımcılık temelinde insan haklarına yönelik ihlallerin azaltılmasına katkı sağlayabilir (Moss, 2015: 187).

Sonuç olarak, global ölçekte insan haklarını koruma ve geliştirme noktasında önemli kurumsal aktörlerden birisi olan ulusal insan hakları kurumları, insan haklarının kurumsallaştırılmasının dönüm noktasını oluşturmaktadır. Bu nedenle ulusal ölçekte insan haklarına yönelik kurumsal reformun, uluslararası insan hakları normlarının devlet yapılarına entegre edilmeden gerçekleştirilmesinin pek olası olmadığı görülmektedir. ‘Köprü’ metaforu olarak nitelenen bu kurumsal yapılar, benzersiz konumuyla hem kamu otoriteleri hem de sivil alanla kurmuş oldukları ilişkilerle insan haklarının gelişimine bir ivme kazandırmaktadır.

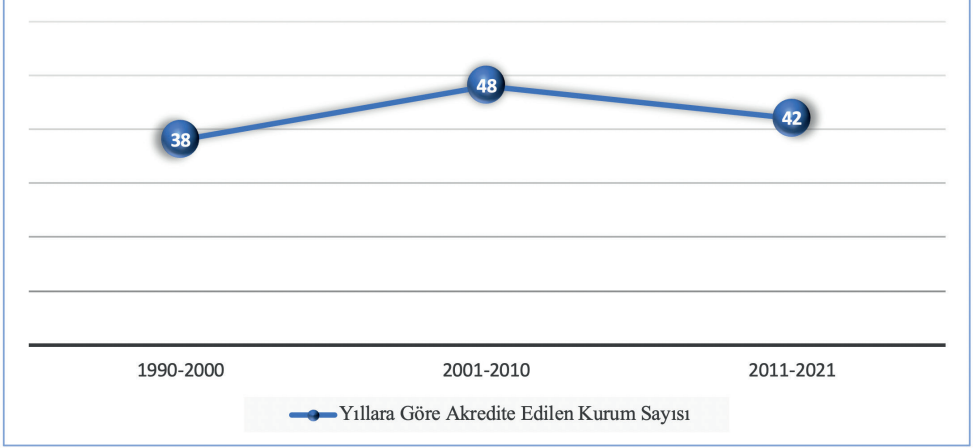
VII. ULUSAL İNSAN HAKLARI KURUMLARINA İLİŞKİN SAYISAL VERİLER

Tablo 1: Bölgelere Göre Akredite Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Dağılımı



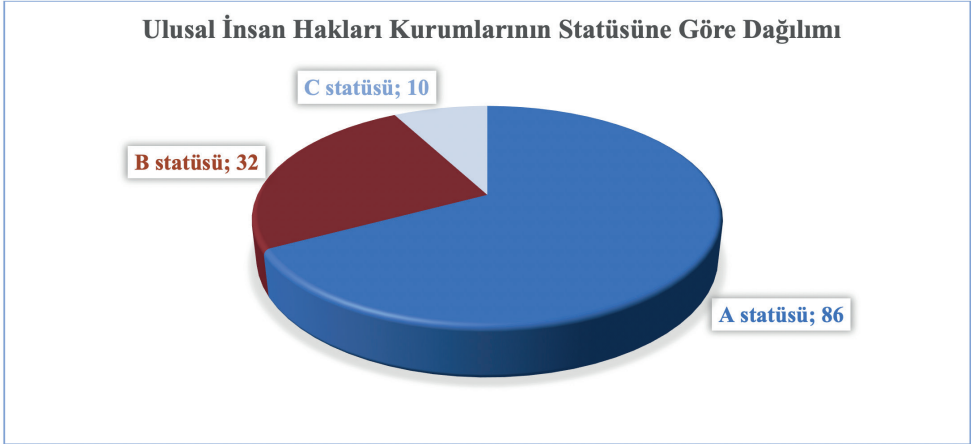
Kaynak: GANHRI, 2021: 1-13.

Tablo 2: Yıllara Göre Akredite Edilen Kurum Sayısı



Kaynak: GANHRI, 2021: 1-13.

Tablo 3: Statüsüne Göre Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Dağılımı



Kaynak: GANHRI, 2021: 1-13.

KAYNAKÇA

- Brodie, Meg, “Uncomfortable Truths: Protecting the Independence of National Human Rights Institutions to Inquire”, *University of NSW Law Journal*, Vol. Nu. 3, 2015.
- Cardenas, Sonia, “Adaptive States: The Proliferation of National Human Rights Institutions”, Carr Center For Human Rights Policy Working Paper T-01-04, 2001.
- Cardenas, Sonia, “National Human Rights Institutions and State Compliance”, *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions*, (eds. Ryan Goodman; Thomas Pogram), Cambridge University Press, 2012.
- Cardenas, Sonia, “Sovereignty Transformed? The Role of National Human Rights Institutions”, *Negotiating Sovereignty and Human Rights*, (eds. Noha Shawki and Michaelene Cox), Ashgate Publishing, 2009.
- Cardenas, Sonia, *Chains of Justice: The Global Rise of State Institutions for Human Rights*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 2014.
- Cardinas, Sonia, “Confronting Racism in the US: Are Civil Rights Enough?”, 2015, <https://www.opendemocracy.net/en/openglobalrights-openpage-blog/confronting-racism-in-us-a-re-civil-rights-enough/>
- Carver, Richard, “A New Answer to an Old Question: National Human Rights Institutions and the Domestication of International Law”, *Human Rights Law Review*, Vol. 10, Nu. 1, 2010.
- Carver, Richard, “One NHRI or Many? How Many Institutions Does It Take to Protect Human Rights? – Lessons from the European Experience”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 3, Nu. 1, 2011.
- Carver, Richard; Dvornik, Srđan and Redžepagić, Denis, “Rationalization of the Croatian Human Rights Protection System”, Report of Expert Team, 2010.
- Choudhury, Tufyal, “The Commission For Equality and Human Rights: Designing the Big Tent”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 13, Nu. 3, 2006.
- Crowther, Neil; O’Cinneide, Colm, “Bridging the Divide? Integrating the Functions of National Equality Bodies and National Human Rights Institutions in the European Union”, *UCL Faculty of Laws*, October 2013.
- De Feyter, Koen, “Localising Human Rights”, University of Antwerp&Institute of Development Policy and Management, Discussion Paper, 2006.

- De Feyter, Koen, “Sites of Rights Resistance”, *The Local Relevance of Human Rights*, (eds. Koen De Feyter, Stephan Parmentier, Christiane Timmerman and George Ulrich), Cambridge University Press, 2011.
- Douzinas, Costas, *Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism*, Routledge-Cavendish, 1st Edition, 2007.
- Douzinas, Costas, *İnsan Haklarının Sonu* (çev. Kasım Akbaş ve Umre Deniz Tuna), Dipnot Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2015.
- EQUINET, Equality Bodies-Current Challenges, 2012.
- Gadamer, Hans-Georg, *Truth and Method*, Continuum Publishing, Second, Revised Edition, 2004.
- GANHRI, Accredited by the Global Alliance of National Human Rights Institutions, Accreditation status as of 3 August 2021, <https://ganhri.org/wp-content/uploads/2021/08/StatusAccreditationChartNHRIs.pdf>, 2021.
- Galligan, D., Sandler, D., “Implementing Human Rights”, *Human Rights Brought Home: Socio-Legal Perspectives on Human Rights in the National Context*, (eds. Halliday, S, Schmidt), Hart Publishing, 2004.
- Goldschmidt, Jenny, “Protecting Equality as a Human Right in the Netherlands”, *The Equal Rights Review*, Vol.8, 2012.
- Groves, Steven, “U.S. National Human Rights Institution: A Bad Idea”, <https://www.heritage.org/report/us-national-human-rights-institution-bad-idea>, 2013.
- Huntington, Samuel P., *Üçüncü Dalga: Geç Yirminci Yüzyılda Demokratikleşme*, (çev. Ergun Özbudun), Kilit Yayınları, Ankara 2011.
- Karan, Ulaş, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayırmıcılık Yasağı*, Oniki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Kılıç, Muharrem, “Mit ile Gerçeklik Arasında İnsan Hakları Anlatısı”, I. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu, 06-07Aralık 2018, *İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek Bildiriler Kitabı*.
- Kılıç, Muharrem, *Pandemi Döneminde Sosyal Haklar: Sosyal Hakların Sosyo–Legal Dinamiği*, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara 2021.
- Kjærum, Morten, “National Human Rights Institutions Implementing Human Rights”, Danish Institute for Human Rights, Denmark 2003.

- Kumar, C. Raj, “National Human Rights Institutions (NHRIs) and Economic, Social and Cultural Rights: Toward the Institutionalization and Developmentalization of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, Nu. 3, 2006.
- Lacatus, Corina, “Explaining Institutional Strength: The Case Of National Human Rights Institutions in Europe and its Neighbourhood”, *Journal of European Public Policy*, 2018.
- Moreno, Erika, “The Contributions of the Ombudsman to Human Rights in Latin America, 1982-2011”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 58, Nu. 1, 2015.
- Moreno, Erika; Witmer, Richard, “The Power of the Pen: Human Rights Ombudsman and Personal Integrity Violations in Latin America, 1982-2006”, *Human Rights Review*, Vol. 17, Nu. 2, 2016.
- Moss, Jeremy, “Valuing Equality”, *Philosophy Compass*, Vol. 10, Nu. 3, 2015.
- Moyn, Samuel, *Son Ütopya: Tarihte İnsan Hakları*, (çev. Firdevs Er), Koç Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2017.
- Murray, Rachel, “National Human Rights Institutions: Criteria and Factors For Assessing Their Effectiveness”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 25/2, 2007.
- Mutua, Makau, “Is the Age Of Human Rights Over?”, *Routledge Companion to Literature and Human Rights*, (eds. Sophia A. McClennen and Alexandra Schultheis Moore), Routledge, London and New York 2016.
- Pegram, Tom, “Diffusion Across Political Systems: The Global Spread of National Human Rights Institutions”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32, Nu. 3, 2010.
- Pegram, Tom, Rodriguez, N. H., “Bridging the Gap: National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System”, *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*, (ed. P. Engstrom), 2018.
- Principles relating to the Status of National Institutions (The Paris Principles), 48/134 of 20 December 1993.
- Renshaw, Catherine; Byrnes, Andrew; Durbach, Andrea, “Testing the Mettle of National Human Rights Institutions: A Case Study of the Human Rights Commission of Malaysia”, *Asian Journal of International Law*, Vol. 1, Nu. 1, 2011.
- Risse, Thomas; Sikink, Kathryn, “The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction”, *The Power of Human Rights: International Norms*

- and Domestic Change* (eds. Thomas Risse, Stephen C. Ropp, Kathryn Sikkink), Cambridge University Press, December 2009.
- Rosenblum, Peter, “Tainted Origins and Uncertain Outcomes Evaluating NHRIs”, *Human Rights, State Compliance, and Social Change: Assessing National Human Rights Institutions* (eds. Ryan Goodman; Thomas Pegrām), Cambridge University Press, 2012.
- Shawki, Noha, “A New Actor in Human Rights Politics? Transgovernmental Networks of National Human Rights Institutions”, *Negotiating Sovereignty and Human Rights*, (eds. Noha Shawki and Michaelene Cox), Ashgate Publishing, 2009.
- Smith, Anne, “The Unique Position of National Human Rights Institutions: A Mixed Blessing?”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 28, Nu. 4, 2006.
- Solano Carboni, Montserrat, “The Role of National Human Rights Institutions in Implementing Decisions of the Inter-American System: Three Recent Examples from Costa Rica”, *Journal of Human Rights Practice*, Vol. 12, Nu. 1, 2020.
- Spencer, Sarah; Harvey, Colin, “Context, Institution or Accountability? Exploring the Factors that Shape the Performance of National Human Rights and Equality Bodies”, *Policy & Politics*, Vol. 42, Nu. 1, 2014.
- UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 10: The Role of National Human Rights Institutions in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1998/25.
- Vienna Declaration and Programme of Action, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, Erişim tarihi: 12.01.2022.
- Welch, Ryan M., “Domestic Politics and the Power to Punish: The Case of National Human Rights Institutions”, *Conflict Management and Peace Science*, Vol. 36, Nu. 4, 2019.
- Welch, Ryan M., DeMeritt, Jacqueline H. R., R. Conrad, Courtenay, “Conceptualizing and Measuring Institutional Variation in National Human Rights Institutions (NHRIs)”, *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 65, Nu. 5, 2021.
- Wolfsteller, René, “The Unrealized Potential of National Human Rights Institutions in Business and Human Rights Regulation: Conditions for Effective Engagement and Proposal for Reform”, Springer, 2021.
- Wolman, Andrew, “The Relationship Between National and Sub-National Human Rights Institutions in Federal States”, *The International Journal of Human Rights*, Vol. 17, Nu. 4, 2013.

Yefet, Bosmat, “Can National Human Rights Institutions Make a Difference? Discourse, Accountability, and the Egyptian National Council for Human Rights”, *Journal of Human Rights*, 2021.

İnternet Kaynakları

Amnesty International, National Human Rights Institutions, 2001, <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/007/2001/en/>, Erişim tarihi: 02.01.2022.

Avrupa Komisyonu, 2000/78/EC, <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=166&langId=en>, Erişim tarihi: 05.01.2021.

Avrupa Komisyonu, 2004/113/EC, 2004 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML>, Erişim tarihi: 02.01.2022.

Avrupa Komisyonu, 2006/54/EC, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj>, Erişim tarihi: 02.01.2022.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, “Technical Cooperation”, t.y., <https://www.ohchr.org/en/countries/pages/technicalcooperationindex.aspx>, Erişim tarihi: 02.01.2022.

Equality Act 2010, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

Equality and Human Rights Commission, “Home” t.y., <https://www.equalityhumanrights.com/en>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

Equality and Human Rights Commission, “Our role as a National Human Rights Institution (NHRI)”, t.y., <https://www.equalityhumanrights.com/en/our-human-rights-work/our-role-national-human-rights-institution-nhri>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 2016, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6701.pdf>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, “Ulusal Önleme Mekanizması” t.y., <https://www.tihek.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

United Nations, Guiding Principles on Business and Human Rights, New York and Geneva 2011, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf, Erişim tarihi: 31.12.2021.

<http://ennhri.org/rule-of-law-report/switzerland/>, Erişim tarihi: 31.12.2021.

<https://ennhri.org/our-members/sweden/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

https://equineteurope.org/author/hungary_commissioner/, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2006/54/oj>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://humanrights.gov.au/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.ajbh.hu/en/web/ajbh-en/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.do.se/sprak-och-lattlast/om-diskriminering-lattlast>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.humanrights.dk/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.ihrec.ie/about/who-we-are/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.lygybe.lt/lt/>, Erişim tarihi: 01.01.2022.

<https://www.oas.org/en/IACHR/jsForm/?File=/en/iachr/mandate/what.asp>, Erişim tarihi: 31.12.2021.

İNSAN HAKLARI EYLEM PLANI SONRASI İL VE İLÇE İNSAN HAKLARI KURULLARININ GELECEĞİ

The Future of the Provincial and Sub-Provincial Human Rights Boards After the Human Rights Action Plan

Mehmet Alp DİDİNMEZ*

Öz

İnsan haklarına ilişkin meselelerin yerel düzeyde ele alınması, Birleşmiş Milletler'in kurulmasından çok kısa bir süre sonra gündeme getirilen bir konudur. Bu bağlamda, ikinci milenyumun başında Türkiye'de oluşturulan yapılardan birisi de İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarıdır. İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, 20 yılı aşkın bir süredir yerel düzeyde insan haklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet etmektedir. Oluşturuldukları günden beri olumlu ve olumsuz birçok eleştirinin hedefi olan Kurulların geleceği uzun süredir merak konusudur. Türkiye'deki bütün il ve ilçelerde oluşturulan bu eşsiz yapılar, 2021 tarihli İnsan Hakları Eylem Planı'yla yeniden gündeme gelmiştir. Eylem Planı'nda yapılarının güçlendirilmesi ve etkinliklerinin artırılması öngörülen Kurulların geleceği üzerine değerlendirmeler yapmak bu çalışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Çalışma kapsa-

Abstract

Addressing human rights issues at the local level is an issue that was brought up very soon after the establishment of the United Nations. In this context, one of the structures established in Turkey at the beginning of the second millennium is the Provincial and Sub-provincial Human Rights Boards. The Provincial and Sub-provincial Human Rights Boards have been serving the protection and promotion of human rights at the local level for more than 20 years. The future of the Boards, which have been the target of many positive and negative criticisms since the day they were established, has been a matter of curiosity for a long time. These unique structures created in all provinces and sub-provinces in Turkey have come to the fore again with the Human Rights Action Plan dated 2021. Making evaluations on the future of the Boards, whose structures are envisaged to be strengthened and their effectiveness to be increased in the Action Plan, is the focus of this study. In the scope

* İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, mehmetalp.didinmez@tihek.gov.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9197-7025>.

mında; “İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” ve Kurullara yöneltilen temel eleştiriler üzerinden değerlendirmeler yapılacak ve Kurulların iyileştirilmesine yönelik öneriler sunulacaktır. Çalışmanın, Kurullar hakkında yapılması öngörülen reformlara yeni bir bakış açısı sunması ümit edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları, İnsan Hakları Kurulları, İnsan Hakları Eylem Planı ve İnsan Hakları Kurulları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Yönetmeliği, İnsan Hakları Yerel Yapılanması.

of this study; evaluations will be made based on the “Regulation on the Establishment, Duties and Working Principles of the Provincial and Sub-Provincial Human Rights Boards” and the main criticisms directed to Boards, and suggestions will be presented for the improvement of the Boards. It is hoped that the study will provide a new perspective on the envisaged reforms of the Boards.

Keywords: Provincial and Sub-Provincial Human Rights Boards, Human Rights Boards, Human Rights Action Plan and Human Rights Boards, Regulation on the Provincial and Sub-Provincial Human Rights Boards, Local Human Rights Structure.

GİRİŞ

Yerel düzeyde insan haklarını koruma mekanizmalarının kurulması İkinci Dünya Savaşı'nın hemen akabinde ortaya atılan bir fikirdir. Bu fikir Birleşmiş Milletler teşkilatı bünyesindeki oluşumlar tarafından sık sık dile getirilmiş ve 1990'lı yıllar insan hakları koruma mekanizmalarının yerel düzeyde kurulması ve yayılmasında adeta küresel bir dönüm noktası olmuştur. Türkiye’de de 1990 yılında Başkent’te başlayan insan hakları idari yapılanması ikinci binyıla girilmesiyle birlikte yerel düzeye de yayılmış ve bu çerçevede 2000 yılında İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının temelleri atılmıştır. “Memlekete has” bir yapı diyebileceğimiz İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının dayanağı olan “*İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik*” (Yönetmelik) 2003 yılında revize edilmiş ve 2021 yılına kadar herhangi bir değişikliğe uğramadan varlığını sürdürmüştür. Bu Yönetmelikte Kurulların amacı “*toplumda ve kamu görevlilerinde insan hakları bilincini geliştirmek, insan haklarını korumak, ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak, insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari nedenleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunmak*” olarak yer almıştır (Yönetmelik, m.1).

Kurullar, insan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek, ulaşılan sonuçları konusuna

göre Cumhuriyet savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletmek ve sonucunu takip etmek, insan hakları alanında bilgilendirme, bilinçlendirme, eğitim faaliyetleri gerçekleştirmek; kadın, çocuk, hasta ve engelli haklarına ilişkin araştırmalar yapılmasını ve çözümler üretilmesini teşvik etmek, insan hakları uygulamalarını yerinde görmek amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara ziyaretler gerçekleştirmek, her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmak gibi çok çeşitli görev ve yetkilerle donatılmıştır (Yönetmelik, m. 9-13).

Kurullar, mülki idare amirlerinin başkanlığında kamu görevlileri, sivil toplum kuruluşları (STK), meslek odaları ve siyasi parti temsilcilerinden oluşturulmuştur. Kurulların kararları icrai niteliği haiz olmadığı için başka bir kişi, kurum veya kuruluşun kararlar üzerinde onama, veto ya da değişiklik yapma yetkisi yoktur. Kamu tüzel kişiliği bulunmayan Kurullar tüm iş ve işlemlerini devlet tüzel kişiliği altında icra etmektedir (Aktaş, 2020).

Geçen 20 yılı aşkın süre zarfında Kurullar, Türkiye'nin yerel düzeydeki insan hakları sorunlarına merhem olmaya çalışmıştır. Bununla birlikte 2010 Anayasa değişikliği sonrasında Ankara'da oluşturulmaya başlanan insan hakları koruma mekanizmaları, Kurulların görev ve yetkilerinin merkezi idare eliyle yürütülmesini beraberinde getirmiştir. Bu süreç içerisinde Kurulların mevzuatı yapılan reformlara ayak uyduramamış ve zamanla Kurulların görev, yetki ve işleyişleri konusunda sorunlar baş göstermiştir. Bir başka ifadeyle insan hakları koruma mekanizmalarının geçirdiği değişim ve dönüşüm bu Kurullar için gerçekleştirilememiştir.

Uzun süredir yeniden yapılandırılma ihtiyacı bulunan ve geleceğine şüpheyle bakan Kurullar, 2 Mart 2021 tarihinde “Özgür Birey, Güçlü Toplum; Daha Demokratik Bir Türkiye” vizyonu doğrultusunda insan hakları standartlarını yükseltmek amacıyla hazırlanan İnsan Hakları Eylem Planı (İHEP) ile birlikte tekrar gündeme gelmiştir. İHEP'te *“kamusal alanda faaliyet gösteren insan hakları kurum ve kuruluşlarının, kamu hizmetlerinin insan haklarına dayalı olarak işleminin temini açısından önemli işlevler gördüğü, anayasal ve yasal değişikliklerle sistemimize dâhil edilen bu kurumların her birinin, kişiler için yeni bir başvuru ve güvence imkânını da beraberinde getirdiği”* belirtilmiş ve İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları bireylere insan hakları alanında güvence sağlayan kuruluşlar arasında zikredilmiştir (İHEP: 21).

Eylem Planı'nda “Daha Güçlü Bir İnsan Hakları Koruma Sistemi” için “İl ve ilçe insan hakları kurullarının yapısının güçlendirilmesi ve etkinliklerinin artırılması”

(İHEP, Faaliyet 1.2.f.) ve “İnsan hakları kurumları ile il ve ilçe insan hakları kurullarının üye ve uzmanlarına, insan hakları alanındaki gelişmelere yönelik faaliyetler düzenlenmesi” (İHEP, Faaliyet 9.1.f) öngörülmüştür. Plan’da, Kurulların güçlendirilmesi ve etkinliklerinin artırılması görevi İçişleri Bakanlığına, diğer görev ise Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumuna (TİHEK) verilmiştir. İHEP uygulama takviminde (Uygulama Takvimi) ise Kurullarla ilgili faaliyetlerin “sürekli” yapılması gerektiği belirtilmiştir.

İHEP’te yer alan faaliyetlerin ve güçlendirmenin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için öncelikle mevzuat değişikliği yapılması gerektiği düşünülmektedir. Bu çalışmanın amacı da, İHEP doğrultusunda yapılması arzulanan mevzuat değişikliğine ve Kurulların geleceğine ilişkin birtakım öneriler sunmak olacaktır. Bu kapsamda, mevcut Yönetmelik üzerinden olası bir mevzuat değişikliğinde üzerinde çalışılması gerektiği düşünülen konu başlıkları sırasıyla ele alınacaktır. Çalışma içerisinde Kurullara yöneltilen eleştirilere, geçmiş deneyimlere ve gelecek üzerine önerilere yer verilmeye gayret edilecektir. Şüphesiz İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları hakkındaki bir mevzuat düzenlemesini veya detaylı bir görev ve yetki analizini bu çalışmaya sığdırmak mümkün değildir. Bu nedenle, temel sorunlara ilişkin konu başlıkları ele alınacak, Kurulların görev ve yetkilerine ilişkin inceleme yüzeysel olarak yapılacaktır. Çalışmanın, Eylem Planı kapsamında taahhüt edilen güçlendirme faaliyeti çerçevesinde yapılabilecek reformlara katkı sağlaması ümit edilmektedir.

I. İL VE İLÇE İNSAN HAKLARI KURULLARININ HUKUKİ DAYANAĞI

Türk kamu yönetimine, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının girişi 2/11/2000 tarihli ve 24218 sayılı Resmî Gazete’de Devlet Bakanlığı tarafından yayımlanan “İnsan Hakları Kurullarının Görev, Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik” (Yönetmelik 2000) ile olmuştur. Bu Yönetmelik yürürlüğe girdikten sonra Kurulların faaliyetlerini detaylıca düzenlemek için “İnsan Hakları Kurulları Çalışma Usul ve Esasları İle Faaliyetlerine İlişkin Yönerge”(Yönerge) de çıkartılmıştır.

Kurullar bu çerçevede yaklaşık 3 yıl faaliyet yürüttükten sonra, 23/11/2003 tarih ve 25298 sayılı Resmî Gazete’de Başbakanlık tarafından “İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik”(Yönetmelik) yayımlanmıştır. 2000 tarihli Yönetmelik’i yürürlükten kaldıran mezkûr Yönetmelik’le, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının yapısında değişiklikler yapılmış ve Kurullar sivil toplum ağırlıklı bir yapıya dönüştürülmüştür.

Halen yürürlükte olan 2003 tarihli Yönetmelik, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un (3056 S. K.) Ek 6'ncı maddesine dayanılarak hazırlanmıştır. Bu madde şu şekildedir: “*İnsan hakları ihlâli iddialarını yerinde incelemek ve araştırmak üzere, Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanına bağlı olarak heyetler oluşturulur. Heyetler; Başbakanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı temsilcileri ile insan hakları alanında çalışmalar yapan kişi ve meslek kuruluşları arasından inceleme ve araştırma yeri ve konusuna göre Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanınca beş kişiden az olmamak üzere belirlenir. Heyetlere Başbakanlık temsilcisi başkanlık eder ve seketarya hizmetleri İnsan Hakları Başkanlığınca yerine getirilir. Heyetlerde görev alacak bakanlık temsilcileri kurumlarınca, kişi ve meslek kuruluşları ise Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanınca belirlenir. Heyetler, Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanının onayı ile inceleme ve araştırma yaparlar ve inceleme ve araştırma sonuçlarını bir rapor halinde görevlendiren makama sunarlar. Heyetlerin giderleri Başbakanlık bütçesinden karşılanır. Ek Madde 6 – (Ek - 20/9/2000 - KHK - 626/4 md.; Değiştirilerek kabul : 12/4/2001 - 4643/4 md. Mülga:21/6/2012-6332/22 md.)” (3056 S. K. , m. Ek 6).*

Söz konusu maddeye dayanılarak çıkartılan İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik'te belirtilen İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının yapısı, başkanı, bağlı olduğu merci, seketarya hizmetleri vb. konular ile Yönetmelik'e dayanak olarak gösterilen madde içeriği birbirinden farklıdır. Teşkilat Kanunu'nda sayılan bakanlık temsilcilerinin hiçbiri bu hükme dayanarak çıkarılan İl ve İlçe Kurulları Yönetmeliği'nde yer almamaktadır (Altıparmak, 2007: 64). Daha açık bir deyişle, Yönetmelik'in yasal dayanağı olarak gösterilen Kanun maddesindeki heyetler, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları değildir. Söz konusu Kanun maddesinde belirtilen heyetler “*İnsan hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetlerinin Kuruluş, Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” (İnceleme Heyetleri Yönetmeliği) ile düzenlenen heyetlerdir. Adı geçen bu heyetler kağıt üzerinde var olmasına rağmen uygulamada hiç var olamamıştır. Tam aksine, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları yasal dayanakları hukuki açıdan sorunlu olmasına, başka bir deyişle “ölü” doğmalarına rağmen faaliyetlerini hala devam ettirmektedir.

2012 yılında yayımlanan 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu (6332 S.K.) ile birlikte Yönetmelik'e dayanak olarak gösterilen Ek 6'ncı madde mülga edilmiştir. 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu'nun Geçici Birinci

maddesinin yedinci fıkrasında “Kurum büroları kuruluncaya kadar, il ve ilçe insan hakları kurulları, Kurum bürosu olarak görev yapar.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan Kanun yaklaşık 4 yıl yürürlükte kalmış ancak bu zaman zarfı diliminde ne Kurum bürosu kurulmuş ne de Kurulların hukuksal durumuyla ilgili bir gelişme yaşanmıştır. 2016 yılında 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile 6332 sayılı Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

6701 sayılı Kanun’un geçici 1’inci maddesinin on birinci fıkrasında “Cumhurbaşkanlığı tarafından yeni bir düzenleme yapıncaya kadar il ve ilçe insan hakları kurulları faaliyetine devam eder.” hükmüne yer verilmiştir. Mezkûr Kanun’un 9’uncu maddesinin birinci fıkrasının (j) bendinde de Kurulların adından söz edilmiştir. Buna göre; “(...) il ve ilçe insan hakları kurulları ile diğer kişi, kurum ve kuruluşların bu gibi yerlere gerçekleştirdikleri ziyaretlere ilişkin raporları incelemek ve değerlendirmek” TİHEK’in görevleri arasında sayılmıştır.

6701 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra geçen 5 yıllık süre içerisinde Kurullarla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. 6701 sayılı Kanun, Kurullarla ilgili düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılması gerektiğini hükme bağlamıştır. Hâlihazırda Kanun düzeyinde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarıyla ilgili tek madde TİHEK’in kuruluş Kanunu’nda kalmıştır. Kısacası, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının kendilerine dayanak teşkil edecek mevzuat düzenlemesi sürekli ertelenmiştir.

İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Yönetmeliği’nin dayandığı mevzuatın yürürlükten kaldırılmış olması uzun süredir gerek uygulamada gerek doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır. Yönetmelik’in yasal dayanağı konusundaki boşluk Kurulların üyeleri ve mülki idare amirliklerinin sorumlu personellerinin uygulamalarında da tereddüte neden olmaktadır.

Yürürlükteki mevzuatta, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının TİHEK ile ilişkisi konusunda da bir netlik bulunmamaktadır. Ancak İHEP’te “il ve ilçe insan hakları kurullarının üye ve uzmanlarına, insan hakları alanındaki gelişmelere yönelik faaliyetler düzenleme” görevi TİHEK’e verilmiştir. Bu yüzden, yapılacak düzenleme ile Kurulların TİHEK’in yerel bürosu olarak mı görev ifa edeceği yoksa tamamen bağımsız bir oluşum olarak mı çalışacağı ya da daha farklı bir işlev mi yükleneceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Şayet TİHEK ile Kurullar arasında veya Kurullar ile başka kurum/kuruluşlar arasında bir bağ kurulacak ise bu bağın mevzuat değişikliğinin amaç/kapsam maddelerine işlenmesi, geçmişte Kurulların diğer kurum ve

kuruluşlarla arasındaki bağ hakkında oluşan tereddütlerin bir daha yaşanmaması adına faydalı olacaktır.

Eylem Planı ile İçişleri Bakanlığına Kurulların yapısını güçlendirme misyonunun yüklenmiş olması, Kurullara mülki idare amirlerinin başkanlık etmesi ve sekreteryaya işlemlerinin taşra teşkilatı aracılığıyla yürütülmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde; TİHEK, İçişleri Bakanlığı ve Cumhurbaşkanlığı üç ayrı muhatap kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak Kurulların geleceğine yön verecek bir mevzuat değişikliğinde masada çok daha fazla paydaş bulunması gerektiği değerlendirilmektedir. Bu paydaşlar arasında, mevcut Yönetmelik'in Kurulların oluşumuyla ilgili 5'inci ve 6'ncı maddelerinde sayılan organların/grupların temsilcilerinin yanı sıra 2003 yılından sonra Türkiye'de insan hakları alanıyla ilişkili olarak kurulan bütün kurum/kuruluşların temsilcileri de yer almalıdır. Böylece, Kurulların misyonu ve vizyonu daha geniş katılımımla belirlenebilecektir.

Öte yandan Kurulların geleceğini belirleyecek mevzuat düzenlemesini yalnızca bir yönetmelik değişikliği olarak dar düşünmemek gerekir. Oluşturulacak konsensüs ile pekâlâ Kanun düzeyinde bir değişiklik de yapılabilir. Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkartılabilecek diğer norm seçenekleri de düşünülebilir. Son olarak, hatırlatılması gereken konu ise; 6701 sayılı Kanun'daki madde uyarınca Yönetmelikle ilgili düzenlemenin Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılması gerektiğidir. 6701 sayılı Kanun'da Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak düzenlemeye ilişkin atfın, Kurulların lağvedilmesinden ziyade güçlendirilerek devamı noktasında bir "irade beyanı" olduğu da değerlendirilebilir.

II. KURULLARIN OLUŞUMU VE ÜYE KOMPOZİSYONU

Kurullar Türk kamu yönetimine 2000 yılında "İnsan Hakları İl Kurulu" ve "İnsan Hakları İlçe Kurulu" (Yönetmelik 2000) adıyla giriş yapmıştır. 2003 tarihinde yapılan Yönetmelik değişikliğiyle Kurulların adında değişikliğe gidilerek, "insan hakları" ifadesi "il" ve "ilçe" kelimelerinin arkasına alınmıştır.

2003 yılı değişikliğiyle Kurulların yapısı da düzenlenerek jandarma komutanının, emniyet, milli eğitim, sağlık ve sosyal hizmetler müdürlerinin Kurullardaki üyelikleri kaldırılmıştır. Bunlar yerine il genel meclisi temsilcisi, siyasi parti temsilcileri, okul aile birlikleri temsilcisi, meslek odaları veya sendika temsilcileri üye kompozisyonuna dâhil edilmiştir. Böylece Kurullarda vali yardımcısı veya kaymakam ile kamu

görevlisi bir avukat veya hukuk fakültesi mezunu haricinde kamu görevlisi kalmamıştır (Başbakanlık, 2007: 10). Bu değişikliklerle kurul üyelerinin kahir ekseriyeti atanmış kişiler yerine seçilmiş kişilerden oluşmuştur.

Bu değişikliklerin temel amacı “*Kurulların kamuoyunda idari bir birim olarak algılanmasının önüne geçmek ve çalışmaların lokomotif olması beklenen sivil toplumun Kurullardaki ağırlığını arttırmak*” olarak kayıtlara geçmiştir (Başbakanlık, 2007: 10). Ancak Kurulların sivilleşmesinin, demokratik katılımı arttırdığı şeklinde görüşler olduğu gibi, kamu görevlilerin kurul üyeliklerinin devam etmesi ve sorumluklara ortak olması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür (Işık, 2005: 48).

Mevcut haliyle Kurullar; illerde vali, ilçelerde kaymakamın başkanlığında bir kamu görevlisi ile birlikte, belediye başkanı, il genel meclisi, üniversite, baro, tabipler odası, sanayi ve ticaret odası, okul aile birliği, muhtar, yerel medya, sendika, sivil toplum kuruluşları üyelerinden oluşmaktadır. Yönetmelik’te üye sayısı için üst limit belirlenmemiştir. Bu yüzden her il ve ilçede üye sayısı farklılık gösterebilmekle birlikte ortalama üye sayısı 15’dir. Büyükşehirlerde üye sayısı yaklaşık 20 civarında olup (Antalya İl İnsan Hakları Kurulu; Barolar, 2021) bazı illerde üye sayısı 30’u geçebilmektedir. Yönetmelik’te üyeliğe ilişkin yaş sınırı bulunmadığı için bazı illerde çocuk üyeler de (Ankara İl İnsan Hakları Kurulu) bulunabilmektedir. İnsan Hakları Kurulları, bu üye yapısıyla ne kamu, ne özel ne de gönüllü sektörü içinde yer almaktadır (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 150). Bu yönüyle Kurullar kendine has bir yapıya sahiptir.

A. KURUL BAŞKANI

Kurulların oluşumuna -mevcut Yönetmelik’teki ifadesiyle kuruluşuna- ilişkin görüşlere Kurul başkanından başlamak doğru olacaktır. Çünkü Kurulların vali veya kaymakam başkanlığında toplanması, yıllardan beri en çok eleştirilen konuların başında gelmektedir. (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 130). Mülki amirlerin Kurulların başında olmasının bağımsızlığı etkilediği, şikâyet edilen uygulamanın Valilik veya Kaymakamlık tarafından yapılması durumunda sümen altı edilme ihtimali olduğu, mülki amirlerin Kurul üyelerinin hiyerarşik üstü olmasa da taşrada bir nüfuzlarının bulunduğu ve bu durumun tarafsızlığı etkilediği gibi hususlar eleştirilerin temel gerekçelerini oluşturmaktadır. Tam tersi yönde görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler ise; vali ve kaymakamın Kurulların başında yer almasının ilgili kurumlarla yazışmaların daha hızlı ve etkili olmasına vesile olduğu, Kurul baş-

kanlığı vali ve kaymakam tarafından yapılmazsa birçok kurumun yazışmalara yeterli özeni göstermeyeceği, Kurulların düzenli bir şekilde toplanması ile toplantı yer ve masraflarının valilik ve kaymakamlıklarca karşılanmasının Kurulların çalışmalarını kolaylaştırdığı gibi gerekçeler etrafında toparlanmaktadır (Albayrak, 2010: 191-192; Güldoğan, 2009: 53; Saraç, 2002: 174; Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 130). Taşrada çok sayıda kurula başkanlık eden vali ve kaymakamlar açısından ise; kendilerinin organize ettiği toplantılarda kendilerinin başkan olmamaları veyahut taşrada başkanı olmayacakları bir kurulun üyesi de olmak istemeyecekleri gibi argümanlar ileri sürülebilmektedir (Albayrak, 2010: 192).

Türkiye’de kağıt üzerinde 1000 civarı İnsan Hakları Kurulu olduğu göz önünde bulundurulur ve her kurulda görev yapan üyelerin insan haklarına bakış açısındaki farklılık da nazara alınırca eleştirilerin yaşanmışlıklara dayandığı söylenebilir.¹ Vali veya kaymakamın Kurulların başında olmasının yazışma ve toplantılar için kolaylık sağladığı, mülki amirlerin taşradaki insan hakları sorunlarından haberdar olması ve/veya bu sorunları çözüme kavuşturması için Kurulların bir zemin hazırladığı; bununla birlikte mülki amirlerin bağımsızlık ve tarafsızlığı olumsuz yönde etkileyebildiği ve ayrıca taşrada başkanı olmayacağı Kurullarda vali ve kaymakamın yer almak istemeyeceği çıkarımı yapılabilir. Bu sorunlara son vermek amacıyla, Kurullarda mülki idare amirlerinin üyeliğinin kaldırılması, Kurulların yalnızca sekreteryaya işlemlerinin mülki idare amirlikleri tarafından yapılması, yazışmalarda kolaylık olması adına Valilik ve Kaymakamlıkların irtibat noktası/muhabere bürosu gibi çalışması, Kurul üyelerine gelen dosyaların veya Kurul tarafından gönderilecek yazıların kuru-lacak veya entegresi sağlanacak elektronik bilgi sistemleri aracılığıyla yapılması gibi alternatif çözümler masaya yatırılabilir.

Vali veya Kaymakamın Kurul başkanlıklarının bitirilmesi veya üyeliklerine son verilmesi bazı eksilere yol açabilir. Ancak Valilik ve Kaymakamlık kurumlarının insan hakları kurullarıyla olan bağının kopartılmaması ve bu kurumların desteğinin mevzuatta açık bir şekilde düzenlenmesi yoluyla oluşabilecek eksiklikler bertaraf edilebilir. Oluşturulacak yeni insan hakları Kurullarında, Kurulların kendi başkanlarını kendilerinin seçmesi yönteminin benimsenmesi yoluyla işlevsel bağımsızlık da sağlanabilir.

¹ Nitekim konu hakkında yapılan saha çalışmaları bu yöndedir. Bkz. (Albayrak, 2010; Işık, 2005).

B. İL KURULLARI

İl İnsan Hakları Kurulları, oldukça geniş bir üye kompozisyonuna sahiptir. Üye yapısındaki çeşitliliğin avantajları olduğu gibi dezavantajları da bulunmaktadır. Yönetmelik'in 5'inci maddesine göre; "İl Kurulu vali veya valinin görevlendireceği bir vali yardımcısının başkanlığında;

- a) *Büyükşehir statüsü bulunan illerde büyükşehir belediye başkanı veya başkan yardımcısı, diğer illerde il belediye başkanı veya başkan yardımcısı,*
 - b) *İl Genel Meclisinin kendi üyeleri arasından seçeceği bir temsilci,*
 - c) *Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan siyasi partilerin il başkanları veya görevlendirecekleri bir temsilci,*
 - d) *Üniversite rektörleri veya bu konuda görevlendirecekleri bir öğretim üyesi ya da elemanı,*
 - e) *Valilik tarafından belirlenecek kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bir avukat veya hukuk fakültesi mezunu bir kamu görevlisi,*
 - f) *Baro temsilcisi,*
 - g) *Tabip odasından bir temsilci,*
 - h) *Ticaret veya sanayi odasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,*
 - i) *Valilik tarafından belirlenecek diğer meslek odaları veya sendikalardan bir temsilci,*
 - j) *Mahalli televizyon, gazete, radyo gibi kuruluşlardan başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,*
 - k) *Muhtarlar Derneği başkanı, yoksa mahalle muhtarlarından başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,*
 - l) *Okul-aile birliklerinden başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,*
 - m) *Sivil Toplum Kuruluşlarından başvuranlar² arasından valilik tarafından belirlenecek en az üç temsilciden,*
- oluşur.*

² Örnek üyelik başvuru ilanı için bkz. (İl İnsan Hakları Kurulu Başvuru Duyurusu, 2021).

Kurul başkanı gerekli gördüğü durumlarda ilgili kamu veya özel kuruluş temsilcilerini veya kişileri de toplantıya çağırabilir.”

Başkanları mülki amirler olan Kurullar idari hiyerarşiye tabi birimler olmadığı gibi; baro, meslek odaları, basın ve siyasi partilerden temsilcileri bünyesinde barındırmasına rağmen bilinen anlamda “sivil” bir örgütlenme de değildir (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 128). Kamu görevlileri ile sivil toplumdan temsilcilerin yer aldığı Kurulların bu “karma üye yapısının” geleneksel örgütlenmelerin dışında “çoğulcu katılıma” dayalı bir nitelik arz ettiği söylenmektedir (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 128). Bununla birlikte üyelerin nitelikleri konusunda; eğitim, yaş, uzmanlık, yeterlilik, liyakat gibi kıstaslar da şart koşulmamaktadır.

İleride yapılacak bir mevzuat değişikliğinde üye kompozisyonunu belirlerken cevap verilmesi gereken ilk soru “*belirli kurum/kuruluş veya örgütlerin kontenjanı olacak mı?*” sorusu olmalıdır. Kanaatimizce örgütlerin kontenjanlarının olması yerine, istekliler arasından başvuru ve belki de sınav sonucu kurul üyelerinin belirlenmesi gerekmektedir. Sırf kontenjanı doldurmak veya mevzuatta belirtilen temsili gerçekleştirmek için ifa edilen kurul üyeliğinin insan haklarına sağladığı marjinal fayda azalacaktır.

Yapılacak bir mevzuat değişikliğinde belirli kurum, kuruluş veya örgüte kontenjan ayrılacağı varsayımı altında değerlendirme yapılırsa; bazı kurumların temsilcilerinin Kurullardan çıkartılması, bazıları hakkında mevzuat redaksiyonu yapılması, kimi üyeliklerin yeniden düşünülmesi, bazı üyeliklerin ise fikir alışverişi yapıldıktan ve Kurulların görevleri belirlendikten sonra geleceklerine karar verilmesi gerektiği söylenebilir.

İlk olarak çıkarılması gereken üyelerden başlarsak, siyasi parti temsilcilerinin üyeliklerini ele almamız gerekmektedir. Kurullarda yer alacak siyasi parti temsilcileri; Kurulların önüne gelen meselelerin politikleştirilmesine ve insan hakları temelli yaklaşımdan ziyade politik bir yaklaşımla konuların ele alınmasına sebebiyet verebilir. Ayrıca siyasi parti temsilcilerinin Kurullardaki varlığı bile Kuruldaki diğer üyeler üzerinde baskı unsuru oluşturabilir.³ Diğer yandan, hem Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde grubu bulunan siyasi parti sayısı hem de siyasi partilerin içindeki kadroların

³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, idari veya yargısal makamların tarafsızlığını değerlendirirken tarafsızlığın uygulamada olmasını yeterli bulmamakta görünüşte de tarafsızlık olması gerektiğini belirtmektedir.

belirli bir sıklıkla değiştiği tahayyül edilirse, kurul üyelerinin deviniminin çok olacağı ve uzmanlaşmanın sağlanamayacağı sonucu çıkarılabilir. Siyasi parti temsilcilerinin Kurullarda yer almaması gerektiğine ilişkin daha birçok argüman ileri sürebilir. Zira dünya genelindeki ulusal ve uluslararası insan hakları mekanizmalarında karar verici konumda bulunan üyeler için belirli bir bağımsızlık ve tarafsızlık şartı konulmaktadır. Bu organlarda siyasi parti temsilcilerine yer verilmediği gibi, belirli bir ülkeden gönderilen üyelerin bile ülkeleri adına değil şahısları adına hizmet edecekleri yönünde kurallar konulmaktadır.⁴

Üzerinde yeniden düşünülmesi ve devamına karar verilmesi halinde ilgili mevzuatın yeniden kaleme alınmasını gerektiren iki üyelik olduğunu söylenebilir. Bu üyeliklerin ikisi de yerel yönetimlerle ilgilidir. Yönetmelik'in 5/a maddesine göre "*Büyükşehir statüsü bulunan illerde büyükşehir belediye başkanı veya başkan yardımcısı, diğer illerde il belediye başkanı veya başkan yardımcısı*", 5/b'ye göre "*İl Genel Meclisinin kendi üyeleri arasından seçeceği bir temsilci*"nin Kurullarda yer alması gerekmektedir. Meri mevzuata göre; büyükşehir belediyesinde başkan yardımcısı bulunmadığı (5216 S.K., m. 21) gibi, 2014 yılı mahallî idareler genel seçimi sonrasında büyükşehir olan illerde yerel yönetim birimlerinden biri olan İl Özel İdareleri de kaldırılmıştır (6360 S. K). Bu yüzden, Yönetmelik'in 5/a ve b maddelerindeki temsilcilerin Kurullarda yer alması yasal imkânsızlıklara takılabilir. Mevzuattaki değişiklikler sonucu oluşan karışıklığı göz ardı etsek bile bu makamların Kurullarda temsilci buldurup buldurumaması konusunun esasının tekrar gözden geçirilmesi de faydalı olabilir. Şayet Kurul üyeliklerine bir süre biçilecekse, Kurul üyeliği süresi ve bu makamlarda bulunan kişilerin görev sürelerinin birbiriyle denk gelmeme ihtimali çok yüksektir.

Kurullara biçilecek görevler çerçevesinde, kurul üyelikleri için kontenjan ayrılıp ayrılmamasına karar verilmesi gereken üyelikler ise aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

"h) Ticaret veya sanayi odasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,

i) Valilik tarafından belirlenecek diğer meslek odaları veya sendikalardan bir temsilci,

⁴ Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçları, her Sözleşmecî Taraf devlet adına ve her Taraf devletin sunacağı adaylar arasından seçilmesine rağmen Yargıçlar Mahkeme'ye kendi adlarına katılmaktadır (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 20-22).

- j) Mahalli televizyon, gazete, radyo gibi kuruluşlardan başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- k) Muhtarlar Derneği başkanı, yoksa mahalle muhtarlarından başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci,
- l) Okul-aile birliklerinden başvuranlar arasından valilik tarafından belirlenecek bir temsilci”

Bu temsilcilerin varlığının devamına Kurulların görevleriyle bağlantılı olarak karar verilmesi gerektiği öne sürülebilir. Örneğin, “İnsan hakları bilincinin yaygınlaştırılması amacıyla, köy ve mahalle muhtarlıklarıyla diyalogu geliştirmek,” (Yönetmelik, m. 11/e) göreviyle ilgili olarak mahalle muhtarlarından bir temsilci, “İlk ve orta dereceli okullarda insan hakları öğrenci kolu kurulmasını ve insan haklarına saygı bilincini yerleştirmek için etkinlikler düzenlenmesini teşvik etmek,” (Yönetmelik, m. 11/h) için okul-aile birliklerinden bir temsilci, “Yerel radyo ve televizyon kanallarında uzmanların katılımıyla insan hakları konusunda programlar düzenleyerek aydınlatıcı bilgiler verilmesini sağlamak,” (Yönetmelik, m. 11/g) amacıyla mahalli televizyon, gazete, radyo gibi kuruluşlardan bir temsilcinin Kurullarda olması şeklindeki uygulamaya devam edilebilir.

Yönetmelik’teki gibi üye kompozisyonunun genel hatlarıyla devam etmesi durumunda kalmasının yararlı olacağı değerlendirilen üyelikleri ise;

- d) Üniversite⁵ rektörleri veya bu konuda görevlendirecekleri bir öğretim üyesi ya da elemanı,
- e) Valilik⁶ tarafından belirlenecek kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan bir avukat veya hukuk fakültesi mezunu bir kamu görevlisi,
- f) Baro⁷ temsilcisi,
- g) Tabip odasından⁸ bir temsilci,” olarak sıralayabiliriz.

⁵ 81 ilde üniversite bulunmaktadır. (Üniversitelerimiz, t.y.).

⁶ 81 il Valiliği bulunmaktadır. (Valilikler&Kaymakamlıklar, t.y.).

⁷ 81 ilde baro bulunmaktadır. (Barolar, t.y.).

⁸ 65 ilde tabip odası bulunmaktadır. (Tabip Odaları, t.y.).

Sayılan bu organlardan tabip odası haricinde hepsi 81 ilde teşkilatlandığı için yerelden üye bulma konusunda sorun yaşanmayacaktır. Tabip odaları da kendi karnunları uyarınca (6023 S. K., m. 6)⁹ ilgili şehre temsilci gönderebilecektir.

Kesin olarak kalması gereken üyeliklerin ise; “*Sivil Toplum Kuruluşları*” temsilcileri (Yönetmelik, m. 11/m) olduğu söylenmelidir. Ancak bu noktada da STK’ların katılımının idari makamların takdirine bırakılmış olmasının demokratik katılım açısından doğurabileceği sakıncalar da unutulmamalıdır (Saraç, 2002: 174). Eğer ileride Kurulların üye sayısına bir sınırlama getirilecekse STK temsilcilerinin sayılarında da bir düzenlemeye gidilebileceği hatırd tutulmalıdır.

C. İLÇE KURULLARI

İlçe İnsan Hakları Kurullarının üye kompozisyonu, İl Kurullarının ilçeye uyarlanmış halidir. İlçe Kurullarında, İl Kurullarından farklı olarak olması gereken STK temsilcisi 3’ten 2’ye indirilmiştir. Buna rağmen en az 2 olması gereken STK temsilcisi sayısının bazı ilçelerde tamamlanamama ihtimali vardır. Bu ihtimalin nedeni, Yönetmelik’in STK olarak tanımladığı örgütlerin¹⁰ sayılarının bazı ilçelerde çok az olması veya Yönetmelik’in STK olarak tanımladığı kuruluşların bazen Kurullarda yer almak istememesidir. Bu yüzden, mevcut Yönetmelik’te bir değişiklik yapılması durumunda STK temsilcilerinin sayıları belirlenmeden önce il ve ilçe düzeyindeki STK’lara ilişkin detaylı bir analiz yapılmalı veya STK tanımı gözden geçirilmelidir.

Yapılacak bir mevzuat değişikliğinde belirli kurum, kuruluş veya örgüte konjenan tanınacaksa İl Kurulu için yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda İlçe Kurullarının yapısı da tekrar ele alınmalıdır.

Türkiye’deki 81 il ve 922 ilçede (İçişleri Bakanlığı, t. y.) bulunması gereken Kurulların toplam üye sayısı ile ilgili kabaca bir hesap yapılacak olursa yaklaşık 20 bin kişinin İnsan Hakları Kurullarında üye olarak kayıtlı olduğu sonucuna ulaşılabacaktır. Bu kişilerin çoğu da doğal olarak İlçe İnsan Hakları Kurullarına kayıtlıdır. Yirmi

⁹ “Madde 6 – [Değişik: 8/1/1985 - 3144/4 md.]: [Değişik birinci fıkrası: 23/3/2006 - 5477/1 md.] Hudutları içinde tabip odalarına kayıtlı en az yüz tabip bulunan her ilde tabip odası kurulur. [Değişik ikinci fıkrası: 7/6/1985 - 3224/50 md.] Hudutları içinde oda kurmak için yeter sayıda tabip bulunmayan illerdeki tabiplerin hangi illerdeki tabiplerle birleştirilerek yeni bir oda kurulacağı ve merkezinin hangi il olacağı veya bu gibi illerdeki tabiplerin hangi il tabip odalarına bağlanacağı; memleketin coğrafi ve ulaşım durumları ile tabiplerin toplu olarak buldukları iller göz önüne alınarak Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyinin önerisi üzerine Büyük Kongreye kararlaştırılır.”

¹⁰ Yönetmelik madde 4/h’ye göre “*Sivil Toplum Kuruluşu: Çalışmaları gönüllülük esasına dayalı, tüzüklerinde ve çalışma programlarında insan hakları konularına yer verilen dernek, vakıf gibi tüzel kişiliğe sahip kuruluşları*” ifade etmektedir.

bin kişilik insan kaynağı, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi açısından çok önemlidir. Ancak 20 bin kişinin insan hakları alanında eğitim verecek, başvuruları karara bağlayacak, ziyaretler düzenleyecek veya Yönetmelik'te gösterilen diğer görevleri bir profesyonel gibi yerine getirecek niteliğe sahip olması için yapılacak faaliyetler oldukça zor ve maliyetlidir. Özellikle büyük merkezler haricinde, ülkemizde insan haklarıyla ilgilenen uzmanların, araştırmacıların ve STK'ların azlığı, hatta birçok yerde bunların hiç bulunmayışı Kurulların etkin ve verimli çalışmalarının önündeki en büyük engeli oluşturmaktadır (Güldoğan, 2009: 76).

Kurulların etkililiği üzerine geçmişte yazılan kaynaklar irdelendiğinde, İlçe İnsan Hakları Kurullarının İl Kurullarına göre daha etkisiz olduğu anlaşılmaktadır. Uygulamaya bakılacak olursa, illerde Vali yerine Vali yardımcısının toplantılara başkanlık ettiği, ilçe düzeyinde ise genellikle toplantıların başvuru olmaz ise yapılmadığı, ayrıca İlçe İnsan Hakları Kurullarına yapılan başvuru sayılarının oldukça düşük olduğu görülmektedir.¹¹ Üstelik Kurullarda yer alan üyelerin birçoğunun Yönetmelik ile toplantılara katılma zorunluluğu olduğu için bu görevi ifa ettiği; buna rağmen, yeter sayıya ulaşamadığı için İlçe Kurullarında toplantıların yapılamadığı da bilinmektedir.

Bu noktada önerimiz, İlçe Kurullarının kaldırılması yönünde olacaktır. İlçe Kurullarının kaldırılması ile birlikte, il genelindeki insan hakları profesyonellerinin tek çatı altında toplanması sağlanabilecektir. Kurullardaki üye sayısının azalması ile birlikte, mevcut üyelerin eğitimine daha fazla ağırlık verilebilecektir. Bürokrasi ve kırtasiyecilik azalacak ve ortaya çıkan fazla vakit ve enerji daha farklı konulara harcanabilecektir. Ayrıca Kurullardaki üye sayısının azalması ile birlikte, İl Kurullarında faaliyet gerçekleştiren üyelere huzur hakkı ödenmesi gibi mali konuların da önü açılacaktır.

III. SEKRETARYA HİZMETLERİ VE MALİ KONULAR

Kurulların sekretarya hizmetleri, illerde ve ilçelerde yazı işleri müdürlükleri tarafından yürütülmektedir. Yönetmelik'te, *“zorunlu masraflar valilik ve kaymakamlık tarafından karşılanır.”* (Yönetmelik, m. 15) hükmü bulunmaktadır. Ancak bu zorunlu masrafların kapsamı belli değildir. Bu yüzden, Kurul başkanlarına geniş bir takdir yetkisi alanı bırakılmaktadır. Örneğin; Yönetmelik'in diğer maddelerinde yapılması

¹¹ Başvuru sayıları için bkz. (Güldoğan, 2009: 69-72; Albayrak, 2010: 174-179).

öngörülen tanıtım, bilinçlendirme ve eğitim faaliyetlerine ilişkin bir malzeme yaptırmanın zorunluluk unsuru idarecinin takdirine kalmaktadır. Aynı husus yapılacak ziyaretlerin giderleri konusu için de geçerlidir.

İnsan Hakları Kurulları işleyişinin sağlıklı hale getirilmesi için yeterli ödeneğe sahip değildir (Işık, 2005: 123). Bu sorun yıllardır ortada durmaktadır. Bu yüzden yeni dönemde Kurulların ödenekleriyle ilgili daha açık bir düzenleme yapılmalıdır. Böylece bütçe planlaması ve harcama denetimleri daha sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilebilecektir.

Günümüzde birçok kurul tipi yapılanmada cüzi de olsa üyelere bir ödeme yapılmaktadır. Örneğin, Türk bürokrasisine hemen hemen aynı yıl giren (4681 S.K.) “Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları” başkan ve üyelerine ücret ödenmektedir (4681 S.K., m.15).¹² Ancak Yönetmelik uyarınca İl ve İlçe İnsan Hakları Kurul üyelerine bir ödeme yapılmamaktadır. Kurulların profesyoneller için daha cazip hale gelmesi ve üyeleri teşvik etmesi adına performans dayalı bir ücretlendirme yoluna gidilebilir. Ayrıca Kurullar, başta TİHEK olmak üzere merkezdeki bazı kurumların taşradaki yükünü hafifletecek şekilde tasarlanırsa, kurul üyelerine ücret verilmesi genel bütçe için daha avantajlı olabilir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, İlçe Kurullarının varlığının devam etmesi durumunda üyelere ödeme yapılması pek olası gözükmemektedir.

IV. DANIŞMA VE BAŞVURU MASALARI

Yönetmelik’in “Danışma ve başvuru masaları” başlıklı 7’nci maddesine göre; “İllerde valilik yazı işleri müdürlüğünde, ilçelerde kaymakamlık yazı işleri müdürlüğünde herkesin kolayca ulaşabileceği bir danışma ve başvuru masası oluşturulur. Masaya gelen başvurularla ilgilenmek üzere illerde vali, ilçelerde kaymakam tarafından sürekli bir memur görevlendirilir. Masa görevlisinin hukuk formasyonuna sahip olması veya halkla ilişkiler konusunda uzman olması göz önünde bulundurulur.” Uygulamada bu madde

¹² “Malî hükümler

Madde 10 – İzleme kurulu başkan ve üyelerine her toplantı için 2000 gösterge rakamının Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayıyla çarpımı sonucunda bulunacak miktarda huzur ücreti ödenir. Ancak, bir ayda en çok iki toplantı için ödeme yapılabilir. Cumhurbaşkanı, yukarıda belirtilen gösterge rakamını iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

İzleme kurulu üyelerine ayrıca 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre birinci derece

Devlet memurlarına ödenen miktarda harcırah ödenir. İzleme kurullarının görevleriyle ilgili her türlü harcamaları, Adalet Bakanlığı bütçesine bu amaçla konulan ödenekten karşılanır.”

genellikle illerde hukuk işlerinden bir personelin, ilçelerde ise yazı işlerinden bir personelin insan haklarıyla ilgili işlerde sorumlu olması şeklinde tezahür etmektedir.

Bu masalar Yönetmelik'in 17'nci maddesine göre; dilekçeye, telefonla, elektronik posta veya şehrin değişik yerlerine konulan "insan hakları başvuru kutuları" aracılığıyla veya sözlü olarak başvuruları almaktadır. Fakat Kurulların başvuru alma yöntemleri çağımızın gereklerine göre yeniden düzenlenmelidir. "İnsan hakları başvuru kutuları" zamanında iyi düşünülmüş bir uygulama olmasına rağmen bilgi teknolojilerinin hızla geliştiği günümüzde etkinliğini yitirmiştir. Bu yüzden e-devlet kanalı gibi elektronik başvuru yöntemlerinin geliştirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Yirmi yılı aşkın bir süredir kullanılan insan hakları başvuru kutularının belki e-devlet üzerinde aynı adla kullanılması, vatandaşın ilgisini çekebilecek şekilde e-devlet portalı üzerinde Kurullara yapılacak başvurular için "İnsan Hakları Başvuru Kutusu" isminde bir sekmeye yer verilmesi de bir tanıtım tekniği olarak kullanılabilir.

Telefon ile başvuru alınması konusu da tartışmaya açılabilir. Şöyle ki 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un (3071 S.K.) "Dilekçede bulunması zorunlu şartlar" başlıklı 4'üncü maddesine göre "*Türkiye Büyük Millet Meclisine veya yetkili makamlara verilen veya gönderilen dilekçelerde, dilekçe sahibinin adı soyadı ve imzası ile iş veya ikametgâh adresinin bulunması gerekir.*" Bu yüzden telefon ile yapılacak müracaatların; başvuru değil de niteliği itibarıyla Yönetmelik'in diğer maddelerinde yer alan "ihbar, dilek ve talep" ifadelerine daha uygun düştüğü değerlendirilmektedir.

Öte yandan, dikkate alınması gereken yeni gelişmeler de bulunmaktadır. 2012 yılında çıkan "Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) Kanunu" ve 2016 yılında yürürlüğe giren "Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu" illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklara kendi başvurularıyla ilgili görev yüklemektedir. Her iki Kanun'un 17'nci maddesinde benzer şekilde "*Kurumlara başvuruların, illerde valilikler, ilçelerde kaymakamlıklar aracılığıyla yapılabilmesi*" düzenlemektedir. Bu Kanunlarda veya Kanunların Yönetmeliklerinde İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarındaki "danışma ve başvuru masaları"nın bu kurumlara gelen başvuruları da alacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kurulların yapısında güçlendirmeye yönelik bir düzenleme yapıldığında, yukarıda anlatılan gelişmelerin de göz önüne alınması, belki daha ayırt edici bir isim olması adına "danışma ve başvuru masalarının" isminin "İnsan Hakları Başvuru Noktası/

Masası” gibi bir isimle değiştirilmesi düşünülebilir. Bu yerlerde çalışacak personele, TİHEK tarafından sertifikalı bir eğitim verilmesi veya Cumhurbaşkanlığı Uzaktan Eğitim portalı vasıtasıyla ya da uygun görülecek başka bir çevrimiçi sistem üzerinden belirlenecek bir eğitimin alınması gibi ek bir şart koşulabilir.

V. GÖREV VE YETKİLER

Kurullar, mevzuatı ve mantığı itibarıyla vatandaşların kamusal makamlar tarafından yapılan eylem ve işlemler karşısında yaşadığı sorunları önleyici ve telafi edici tedbirler alma konusundaki bir boşluğu doldurmaya çalışmıştır (Erdoğan ve Pank, 2017: 96). Bu çerçevede; Kurulların görevlerine, Yönetmelik’te dört başlık altında yer verilmiştir. Bunlar “genel görevler”, “halkla ilişkiler ve iletişim”, “bilgilendirme, bilinçlendirme ve eğitim”, “araştırma ve izleme” ile “ihlal iddialarını inceleme ve karara bağlama”dır.

Çalışma kapsamında bu görevlerin tamamı detaylıca ele alınamayacaktır. Ancak İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının görev ve yetkilerini bir bütün olarak değerlendirmek gerekirse, “İnsan Haklarının Geliştirilmesi ve Korunması için Kurulan Ulusal Kuruluşların Statüsüne İlişkin İlkeler” veya yaygın adıyla Paris Prensipleri’ndeki ilkelerden ilham alındığı söylenebilir. Bu ilkeler uyarınca, ulusal insan hakları kurumlarının farklı durum ve süreçlerde farklı rol, görev ve yetkileri bulunmaktadır (Yazar, 2018: 630). Kurulların görev ve yetkileri de göz önüne alındığında İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları için, Paris Prensipleri’nde yer alan ulusal kurumlar düşüncesinin, taşrada oluşturulan bir prototipi olduğu yorumu yapılabilir.

A. GENEL GÖREVLER

Kurulların genel görevleri Yönetmelik’in 9’uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurullar;

a) İllerde Bakanlık, Başkanlık, Valilik, İl Masası, İl Kurulu üyeleri ve İlçe Kurulları tarafından İl Kurulunun gündemine getirilen; ilçelerde de Bakanlık, Başkanlık, Valilik, İl Kurulu, Kaymakamlık, İlçe Masası ve İlçe Kurulu üyeleri tarafından İlçe Kurulu gündemine getirilen konuları değerlendirmek,

b) İnsan hakları ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak,

c) İnsan haklarının korunması ve insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari sebep-

leri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin valilik veya kaymakamlık makamına önerilerde bulunmak,

d) Her türlü ayrımcılığın önlenmesi için gerekli çalışmaları yapmak,

e) İdarenin uygulamalarında vatandaşlara hoşgörü ve nezaketle yaklaşılmasını sağlamak amacıyla gerekli çalışmaları yapmak,

f) Ayda bir tüm çalışmaları özet olarak, ilçelerde İl Kuruluna, illerde Başkanlığa bildirmek,

ile görevlidir.”

Madde ile Kurullara tanımlanan genel görevler Türkiye’de son 20 yıl içerisinde insan hakları alanında faaliyet gösteren kurum ve kuruluşların görevlerinin özeti niteliğindedir. Daha önce de ifade edildiği gibi Paris Prensipleri’nde tanımlanan bir ulusal insan hakları kurumunun görev ve yetkilerinin yerele uyarlanmış halidir.

Maddenin (a) bendi Kurulların kendi iradesi dışında gündemine gelecek konuları da değerlendirmesine cevaz vermektedir. Bu yönüyle Kurulların, merkezden gelecek (bakanlık veya TİHEK vb.) ya da mülki idare amirliklerinden kendisine intikal edecek vakaları araştırmasına imkân tanınması olumlu bir düzenlemedir. Böylece yereldeki insan hakları meseleleri daha hızlı ve düşük maliyetle ele alınabilecektir.

Maddenin (b) bendi mülga 6332 sayılı Kanun’la Türkiye İnsan Hakları Kurumuna ve yürürlükteki 6701 sayılı Kanun’la TİHEK’e tanınmış yetkiler arasındadır. Maddenin (c) bendi Paris Prensipleri’nde bir ulusal kurumda olması gereken tavsiye yetkisinin hükümete doğrudan değil de valilik veya kaymakamlık aracılığıyla yapılması şeklinde tasarlanmıştır. Maddenin (d) bendi, günümüzde TİHEK’in ayrımcılıkla mücadele ve eşitlik alanında Kanun’la tanınan görevlerinin genel bir ifadesidir. Maddenin (e) bendi ise KDK’nın 2012 yılından beri yerine getirdiği görevin tezahürüdür.

Maddenin (f) bendi¹³ de Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı döneminde düzenli olarak yerine getirilen ancak sonraki süreçte takibi zorlaşan, gerekli ölçüm ve

¹³ Raporlama Yönetmelik’in 19. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir:

“Raporlama

Madde 19 — Kurullar tarafından faaliyetleri ile ilgili aylık rapor hazırlanır. Hazırlanan raporlar dönemi izleyen ayın ilk 10 günü içerisinde valilik kanalıyla Başkanlığa gönderilir.

Ayrıca kurullar, Dünya İnsan Hakları Günü ve Haftası programı çerçevesinde yapılan faaliyetleri içerir bir raporu bir ay içerisinde valilik kanalıyla Başkanlığa gönderir.”

analizleri yapılamayan bir görevdir. Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığının kaldırılmasından sonra Kurulların çalışmalarının özetleri Türkiye İnsan Hakları Kurumuna, Türkiye İnsan Hakları Kurumunun kaldırılmasından sonra da TİHEK'e gönderilmeye devam etmiştir.

B. ARAŞTIRMA VE İZLEME

Kurulların geçmişte yaptığı gibi gelecekte de yapması muhtemel olan görevlerinden biri "araştırma ve izleme" faaliyetleridir. Bu faaliyetler Yönetmelik'in 12'nci maddesinde aşağıda yer aldığı gibi düzenlenmiştir:

"İl ve İlçe Kurulları;

- a) İnsan haklarıyla ilgili konularda üniversiteler, kamu kurumları, sivil toplum kuruluşları ve diğer kurumlarla işbirliği yaparak araştırma yapılması, yaptırılması ve rapor hazırlanmasını sağlamak,*
- b) Kadın, çocuk, hasta ve özürlü hakları ile ilgili araştırmalar yapılması ve çözümler üretilmesini teşvik etmek,*
- c) İnsan hakları ihlaline neden olan çevre ve trafik sorunları ile ilgili araştırmalar yapılması ve çözümler üretilmesini teşvik etmek,*
- d) İlköğretim çağına geldiği halde çeşitli sebeplerle okula gidemeyen çocuklarla ilgili araştırmalar yapılmasını sağlamak,*
- e) Sokak çocuklarının sorunlarının çözümüne, çocuk işçiliğinin ve çocuk dilenciliğinin önlenmesine yönelik çalışmalar yapılmasını sağlamak,*
- f) İnsan hakları uygulamalarını yerinde görmek amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlara ziyaretler gerçekleştirmek,*
- g) İnsan hakları uygulamalarının teşvik edilmesi amacıyla örnek kurum ve kuruluşlar ile kamu görevlilerinin tespit edilerek ödüllendirilmesini sağlamak,*
- h) Karakol ve nezarethane denetleme formlarını inceleyerek varsa aksaklıkların giderilmesi hususunda ilgililere tavsiyelerde bulunmak,*
- i) Nezarethane koşullarının iyileştirilmesi ve ilgili mevzuata uygun hale getirilmesi hususunda tavsiyelerde bulunmak,*

j) Sanık haklarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaya yönelik araştırma ve inceleme yapmak, ile görevlidir.”

Maddenin (b), (c), (d), (e) bentleri Yönetmelik'in çıkarıldığı yıllarda gündemde olan konular arasındadır. Ancak günümüzde söz konusu bentlerdeki görevler artık daha farklı kavramlarla ifade edildiği gibi daha farklı kurumlar tarafından da incelenebilmektedir. Bu yüzden bu görevler daha genel ifadelerle kaleme alınabilir. Maddenin *işbirliği yapılmasını ve rapor hazırlanmasını düzenleyen* (a) bendindeki görev aynen muhafaza edilebilir. İyi uygulama örneklerinin ödüllendirilmesini konu alan (g) bendindeki görev ise bugüne kadar pek uygulama alanı bulmadığı gerçeği göz önünde bulundurularak Kurulların görevleri arasından çıkarılabilir. Mevcut Yönetmelik'in (j) bendinde yer alan *“Sanık haklarının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamaya yönelik araştırma ve inceleme yapmak”* görevi ise yalnızca “sanık” ifadesinin kullanılmasından dolayı ve “sanık” kelimesinin kısıtlı bir alanı ilgilendirmesi nedeniyle değiştirilebilir, kaldırılabilir veya mağdur, tutuklu, hükümlü gibi ifadelerle genişletilebilir.

Maddenin (f), (h) ve (i) bentlerinde düzenlenen görevler özel olarak irdelenmelidir. Kurullar, geçmişte insan hakları uygulamalarını yerinde görmek ve muhtemel insan hakları ihlallerini önlemek amacıyla kamu kurum ve kuruluşlarına, özellikle özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin tutulduğu karakollar, nezarethaneler gibi yerler ile suiistimaller ve hak ihlallerinin ortaya çıkması muhtemel olan çocuk yuvaları/sevgi evleri/yetiştirme yurtları, huzurevleri, sığınma evleri, hastanelerin ilgili bölümleri gibi yerlere ziyaretler gerçekleştirmiştir. Ziyaretlerin çoğunluğu maddenin (h) ve (i) bentlerinde açıkça belirtilen karakol ve nezarethanelere yapılmıştır. Bununla birlikte az sayıda da olsa maddenin (f) bendine dayanılarak cezaevlerine, huzurevlerine, engelli okullarına, rehabilitasyon ve bakım merkezlerine, çeşitli sağlık kurumlarına, çocuk yuvalarına, gençlik merkezlerine, yetiştirme yurtlarına, yurt ve okullara, sığınma evlerine, mülteci barınma yerlerine, eğitim ve toplum merkezleri vb. diğer yerlere de ziyaretler yapılmıştır (Başbakanlık, 2007).

Günümüzde bu yerlerin çoğuna ziyaret gerçekleştirmeye “İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin İhtiyari Protokolü” (OPCAT) uyarınca 6701 sayılı Kanun'la ulusal önleme mekanizması (UÖM) olarak belirlenen TİHEK yetkilidir. Adı geçen Protokol 27/10/2011 tarihinde (Bakanlar Kurulu Kararı) ülkemiz bakımından yürürlüğe girmiştir. Henüz

OPCAT dünyada yürürlüğe girmeden (2006) bu şekilde yasal düzenlemeler yapılması, ayrıca Türkiye OPCAT’i imzalamadan önce bu görevin benzerinin Kurullar tarafından yerine getirilmesi takdire şayandır.

OPCAT’ın amacı “işkence ve diğer zalimane, insanlıkdışı, aşağılayıcı muamele veya cezayı önlemek amacıyla uluslararası ve ulusal kuruluşlar tarafından kişilerin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı yerlere düzenli ziyaretler sistemini kurmaktır.” (OPCAT, 2006). TİHEK, 6701 sayılı Kanun ile işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması işlevini yerine getirmekle görevlendirilmiştir. Böylece, TİHEK’in UÖM görevi yasa ile açıkça belirlenmiştir.

6701 sayılı Kanun’a göre TİHEK’in “Özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin buldukları yerlere” ziyaretler yapabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile “alıkonulma yerlerinin” ne olduğuna ilişkin bir liste sunulmamış ve yalnızca kişilerin “özgürlüğünden mahrum bırakıldığı yerlere” değil “koruma altına alındığı yerlere” de ziyaret yapabileceği ifade edilerek UÖM’nin mümkün olduğunca geniş bir yelpazede, bireylerin tutulduğu ve koruma altına alındığı kurumlara ziyaretler düzenlemesi mümkün hale getirilmiştir (“Ulusal Önleme Mekanizması”, t.y.).

Türkiye’de cezaevleri, geri gönderme merkezleri, nezarethaneler, yaşlı bakım evleri, ruh sağlığı ve hastalıkları merkezleri ve hastaneleri, özel bakım merkezleri gibi alıkonulma ve koruma mekânlarının sayısı binlerle ölçülmektedir. Bu sayı; artan nüfus, şehirleşme, bazı merkezlerin büyük kurumlar yerine daha küçük ve butik yapılara dönüştürülmesi gibi sebeplerle önümüzdeki yıllarda muhtemelen artacaktır. Daha önce de belirtildiği gibi OPCAT’ın temel amacı, alıkonulma merkezlerine haberli veya habersiz ziyaretler düzenlemektir. Ancak bu tür yerlerin tümünü merkezden gidecek heyetlerin düzenli aralıklarla ziyaret edebilmesi mümkün değildir. Bu noktada, Kurullar sayılan bu yerlere ziyaretler gerçekleştirmek ve Türkiye’nin OPCAT uyarınca yerine getirmeyi vadettiği görevi şeklen olmasa da özü itibarıyla yerine getirmek amacıyla kullanılabilir. Daha açık bir deyişle, Kurulların buralara yapacağı ziyaretler UÖM kapsamında ziyaret sayılmayacak; ancak bu mekânlar bağımsız heyetler tarafından izleme ziyaretlerinden de mahrum kalmayacaktır.

Gerek uluslararası içtihat, gerek mevcut ulusal hukuk Kurulların UÖM sayılmasına cevaz vermemektedir. Mevcut yapısıyla Kurullar UÖM görevini ifa etmek için uluslararası standartların altındadır.

OPCAT'te yer alan görevleri yerine getirmek belirli bir uzmanlık bilgisi gerektirmektedir. Söz konusu ziyaretlerin insan haklarının korunmasında etkin bir mekanizma olarak işlev görebilmesi için belirli nitelikte olması ve bu konuda bağımsız, uzman ve çoğulcu oluşumlar tarafından gerçekleştirilmeleri tavsiye edilmektedir. Ziyaretlerin sürekli, düzenli ve habersiz yapılması ve ziyaretleri gerçekleştirecek kişilerin ise ziyaretlerin mahiyetine göre alanında uzman, insan hakları ve ziyaretlerin nasıl yapılacağı hususunda bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde, Kurulların önemli bir kısmının bu standartlardan uzak olduğu söylenebilir. Bu konuda ciddi bir eğitime ve uygulama pratiklerine ihtiyaç vardır.

Kurullar tarafından ziyaretlere devam edilmesi halinde yapılacak mevzuat düzenlemesinde, ziyaretlerle ilgili maddelerde alıkonulma ve koruma mekânlarını kapsayıcı ifadelerin tercih edilmesi ve ziyarete gidecek kişilerde belirli bir eğitim şartının aranması yararlı olacaktır.

Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı döneminde Türkiye çapında bütün İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına gönderilen düzenleme gereğince; en az bir üyesi STK mensubu olan üç kişilik heyetler oluşturulmuş ve bu heyetler tüm ülkede jandarma ve polis nezarethanelerine her ay haberli ya da habersiz ziyaretler gerçekleştirmiş ve bu ziyaretlerle ilgili raporlar hazırlanmıştır (Başbakanlık, 2007: 35). Hazırlanan bu raporlar üç ayda bir Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığına gönderilmiştir (Başbakanlık, 2007: 35). Geçmiş dönem tecrübelerinden yola çıkarak mevzuat düzenlemesinde heyetlerin oluşumuyla ilgili “en az bir üyesi STK mensubu olan üç kişilik heyetler” veya benzeri bir ifade konulması yararlı olabilir.

Ziyaretlerle ilgili belirtilmesi gereken önemli bir husus da, insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik ziyaret ve denetimlerin sadece İnsan Hakları Kurulları tarafından değil, ayrıca, Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları, TBMM'nin ihtisas komisyonları ve konuyla ilgili diğer yetkili idari merciler tarafından da gerçekleştirilebilmesidir. 2021 tarihli İHEP kapsamında Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurullarının yapısında da değişiklik ve görevlerinde iyileştirilmeler yapılması planlanmaktadır. Görev ve yetki karmaşası yaşanmaması adına mevzuat düzenlemesi yapılmadan önce ilgili kurum ve kuruluşlarla istişare edilmesi faydalı olacaktır.

C. İHLAL İDDİALARINI İNCELEME VE KARARA BAĞLAMA

Kurullara yapılacak başvurular hakkındaki düzenlemeler Yönetmelik'in üç farklı maddesinde ele alınmıştır. Yönetmelik'in 13'üncü maddesi ile Kurullara "İhlal iddialarını inceleme ve karara bağlama" görevi verilmiştir. Bu maddeye göre; "İl ve İlçe Kurulları; insan hakları ihlali iddiaları ile ilgili başvuruları incelemek ve araştırmak, inceleme ve araştırma sonuçlarını değerlendirmek, ulaşılan sonuçları konusuna göre Cumhuriyet savcılıklarına ya da ilgili idari makamlara iletme ve sonucunu takip etme görevlidir."

Başvuruların nasıl ve ne yollarla alınacağı ise Yönetmelik'in 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; "Başvuruların mümkün olduğunca kolaylaştırılması esas olup, başvurular dilekçeyle, telefonla, elektronik posta veya şehrin değişik yerlerine konulan İnsan Hakları Başvuru Kutuları aracılığıyla veya sözlü olarak yapılabilir."

"Başvuruların değerlendirilmesi ve sonuçlandırılması" usulü ise, Yönetmelik'in 18'nci maddesinde kaleme alınmıştır. İlgili maddeye göre;

- a) İl ve İlçe Kurullarına yapılan başvurular, İl ve İlçe Masaları aracılığıyla kurul gündemine getirilir.
- b) İl ve İlçe Masalarına gelen her başvuru kurulda görüşülür ve başvurularla ilgili ne tür işlemler yapılacağına karar verilir.
- c) Başvurular, konularına göre ilgili kanunlarda belirtilen zamanaşımı süreleri göz önünde tutularak değerlendirilir.
- d) Kurulda alınan kararlar ve yapılan işlemler yazılı olarak başvuru sahibine en geç otuz gün içerisinde bildirilir ve gerekli hallerde ara bilgi de verilir.
- e) Kurul, gerekli gördüğü hallerde re'sen veya başvuru sahibinin isteği üzerine, başvuru sahibini veya temsilcisini dinleyebilir.
- f) Başvuru hakkında karar verilmesine imkân vermeyen eksiklikler söz konusu ise, eksikliklerin tamamlanması için ara karar alınır.
- g) Bakanlık ve Başkanlık tarafından iletilen konular ilgili kurulda öncelikle görüşülerek sonuçlandırılır ve sonucundan Bakanlığa veya Başkanlığa bilgi verilir.

h) *Başvuru sahibine verilecek yanıtta, hakları konusunda kendisine başvurabileceği yasal yollar hakkında bilgi verilir.*

i) *Kurul kararları, ilgili kamu kurum ve kuruluşları tarafından geciktirilmeksizin öncelikle ele alınıp sonuçlandırılır.”*

Yönetmelik'in başvurularla ilgili maddelerinin değerlendirilmesine öncelikle başvuruların hukuk âleminde ne sonuç doğurduğu açısından bakmakla başlanabilir. Yönetmelikte başvurular sonucunda verilecek karar türlerine ilişkin bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak uygulamada Kurullar tarafından verilen kararların “*ihlal olduğu*” veya “*ihlal olmadığı*” şeklinde olduğu belirtilmektedir (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 190). Hukuki öngörülebilirlik ilkesi gereğince Kurullara başvuru yapanların, başvurularının sonunda hangi karar türlerinin verilebileceği konusunda bir ön bilgilerinin olması gerekir. Bu manada, karar türlerinin belirlenmesi, adı geçen ilkenin yerine getirilmesi açısından yararlı ve benzer kurul ve kuruluşların uygulamalarıyla da uyumun tesis edilmesi için gereklidir.

Kararların bağlayıcılığı konusunda da Yönetmelikte hüküm bulunmamaktadır. Bu noktada, kararların, hukuki açıdan idari işlem sayılmakla birlikte icrai nitelikte olmadıkları için “*tavsiye kararı*” olarak kabul edildiği, bağlayıcılığı olmayan kararların hayata geçmesinin, ancak ilgili kurumlarca benimsenip uygulanmasıyla mümkün olduğu ifade edilmektedir (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 190). Dolayısıyla kararlar aleyhine idari yargı yoluna başvurulamayacağı, idare mahkemelerinde iptal davası açıldığı takdirde mahkemelerin davayı işlemin icrai olmaması nedeniyle incelemeyeceği belirtilmektedir (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, 2006: 190). Uygulamadaki bu durum, Kurulların kararlarının kişilere görevlerini hatırlatmak dışında bir işlevinin bulunmadığı yönünde eleştirilmektedir (Albayrak, 2010: 189). Öte yandan, yapılacak yeni düzenlemede, kararların sonunda bir idari yaptırımın öngörülüp öngörülmeceği veyahut kararların yalnızca bir durum tespiti veya tavsiye niteliğinde mi olacağı gibi hususların da netleştirilmesi önemlidir.

Kurullara yapılan başvurularla ilgili belirtilmesi gereken başka bir konu da hangi alanlarda başvuru alınacağıdır.¹⁴ Günümüzde insan hakları kavramının sınırları

¹⁴ Örneğin; 6701 sayılı Kanun'da başvuru alınabilecek alanlar arasında insan hakları ihlal iddiaları yer almamıştır. Bunun yerine; ayrımcılık yasağı ihlalinin zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek ve tüzel kişinin Kuruma başvurabileceği ile özgürlüğünden mahrum bırakılan ya da koruma altına alınan kişilerin ulusal önleme mekanizması kapsa-

kesin çizgilerle çizilemeyecek kadar geniştir. Türkiye’deki hak arama mekanizmaları da idari, siyasi ve yargısal anlamada çeşitlilik arz etmektedir. Bu yüzden başvuru alınabilecek konuların yapılacak mevzuat düzenlemesiyle sınırlarının çizilmesi faydalı olabilir. Ayrıca, yargıya intikal etmiş veya yargı organları tarafından görülmüş konularda başvuru alınacak mıdır? Ya da çeşitli istek, dilek veya talepler başvuru olarak Kurulların önüne getirilecek midir? Bu gibi soruların cevabının mevzuat düzenlemesiyle verilmesi yararlı olacaktır.

Yine Yönetmelik’te gri bir alan olarak duran konu, başvuruların sonuçlandırılma süresidir. Yönetmelik’e göre; *“başvurular, konularına göre ilgili kanunlarda belirtilen zamanaşımı süreleri göz önünde tutularak değerlendirilecektir.”* Ancak Kurullara yapılan başvuru konularının çeşitliliği, zaman aşımı sürelerini de çeşitlendirebilmektedir. Teknik bilgi ve ciddi bir takip gerektiren bu hususlarda ve zaman aşımının işlemediği durumlarda başvuruların sonuçlandırma sürelerinde belirsizlikler yaşanabilecektir. Bu ve benzeri sebeplerden başvuruların sonuçlandırma süresi de hukuki belirlilik ilkesi doğrultusunda mevzuatla güvence altına alınabilir. Ayrıca hatırlatılması gereken bir konu da Kurullara yapılan başvuruların başka bir mercie yapılacak müracaatlarda zaman aşımını durdurmadığıdır.

Kurullara gelen başvuruların evveliyatı incelendiğinde; İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarına, 2004 yılında 847, 2005 yılında 1373, 2006 yılında 1590 (Güldoğan, 2009: 69-72) 2007 yılında 1048, 2008 yılında 3214, 2009 yılında 2562, 2010 yılında 2446, 2011 yılında 2556 başvuru yapıldığı görülmektedir (Başbakanlık, 2011: 52). İl ve İlçe düzeyinde yapılan başvuruların ayırımına bakıldığında, İlçe İnsan Hakları Kurullarına yapılan başvuru sayılarının çok az olduğu, başka bir deyişle başvuruların büyük bir çoğunluğunun İl İnsan Hakları Kurullarına yapıldığı görülmektedir (Albayrak, 2010: 175). İstatistik veriler de İlçe Kurullarının geleceği üzerine tekrar düşünülmesi gerektiğini işaret etmektedir.

D. DİĞER GÖREVLER

Kurullara yukarıda sayılan görevler haricinde iki temel görev daha biçilmiştir. Bunlar “Halkla ilişkiler ve iletişim” (Yönetmelik, m. 10) ile “Bilgilendirme, bilinçlendirme ve eğitim” (Yönetmelik, m. 11) görevleridir. Her iki başlık altında da çok sayıda görev detaylı bir şekilde yazılmıştır. Çalışma kapsamında bu görevler tek tek

mındaki başvurularının inceleneceği düzenlenmiştir. Daha açık bir deyişle, bu iki alan dışında kalan insan hakları ihlali iddialarına ilişkin başvurular 6701 sayılı Kanun’un kapsamı dışında bırakılmıştır.

ele alınamayacaktır ancak genel bir yorum getirilecek olursa yapılacak bir mevzuat düzenlemesinde söz konusu görevler günümüzün gerekleri ve geleceğin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak tekrar kaleme alınabilir. “Halkla ilişkiler ve iletişim” görevi başlığı altında yer alan “*Kurulların görev ve çalışmalarında sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliğini geliştirmek*” (Yönetmelik, m. 10/e) ve “*Sivil toplum kuruluşlarının insan hakları konularında çalışmalar yapmalarını teşvik etmek ve desteklemek*” (Yönetmelik, m. 10/f) görevleri iyi düşünülmüş görevlerdir.

“Bilgilendirme, bilinçlendirme ve eğitim” başlıklı madde metni de oldukça detaylı ve önemli düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerin özüne dokunmadan bazı iyileştirmeler yapılabilir.

VI. KURULLARIN ÇALIŞMA YÖNTEMLERİ

Kurulların “çalışma usul ve esasları” Yönetmelik’te (Yönetmelik, m. 14) detaylı bir şekilde belirlenmeye çalışılmıştır. Buna göre Kurullar ayda bir defa, gerekli görülen durumlarda, başkanın çağrısı üzerine ayda birden fazla defa da toplanabilecektir. Ancak Kurulların yeteri kadar ve düzgün bir şekilde toplanmadığı yönünde birçok eleştiri bulunmaktadır.¹⁵

Yönetmelik’e göre gündem, kurul başkanı, yani mülki amir tarafından üyelerin teklifleri de dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Ancak üyelerin tekliflerinin kabul edilip edilmeyeceği konusunda netlik yoktur. Bu noktada, Kurul başkanının takdiri ön plana çıkmaktadır. Bu yüzden üyelerin gündem tekliflerinin, belirli bir nisaba bağlanması belirsizlikleri giderebilecektir.

Kurulların toplantı ve üye yeter sayıları da Yönetmelik’le belirlenmiştir. Buna göre; üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanacak ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar verilecektir.

Yönetmelik’e göre; Kurul toplantılarına katılmakta özen göstermeyen üyelerin kurum ve kuruluşları uyarılacak ve üç defa üst üste Kurul toplantılarına katılmayanların üyeliği düşmüş sayılacaktır (Yönetmelik, m. 14/f). “Büyükşehir statüsü bulunan illerde büyükşehir belediye başkanı veya başkan yardımcısı, diğer illerde il belediye başkanı veya başkan yardımcısının” toplantılara sürekli katılmaması duru-

¹⁵ Örneğin Mehmet Elkatmış “*Muhtarlarımız il ve ilçe kurullarının üyesi olmalarına rağmen, ne kendilerinin burada üye olduklarını biliyor, ne onlar ‘şen üyesin’ diye toplantıya çağırıyor, zaten de toplanmıyorlar, dolayısıyla bu iş kâğıt üzerinde kalıyor kanun uygulanmıyor*” şeklinde bir eleştiri getirmiştir. (Elkatmış, 2003, s. 104) (Aktaran: Işık, 2005, s. 48).

munda üyelikleri düşecek ve anılan bu üyelerin sayısı sınırlı olduğu için uzun vadede Yönetmelik kendi kendisiyle çelişecektir. Örneklendirmek gerekirse, büyükşehir belediye başkanının bir kişi olduğu, yardımcılarının da sayılı olduğunu düşünülürse¹⁶ ayda üç kez toplanan kurula bu üyelerin sürekli katılmadığı durumlarda hepsinin üyelikleri düşmüş olacak ve Yönetmelik'te kontenjan ayrılan belediye başkanlığı temsilciliği boşa kalabilecektir. Biraz uç bir örnek olsa da, ihtimali sıfır olmayan bu tür durumların yapılacak mevzuat düzenlemelerinde hesaba katılması yararlı olacaktır.

Mevcut Yönetmelik'te Kurulların, çalışma usul ve esasları başlığı altında olması 'çıkartışmaları' durumu hakkında da düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme; *"Kurul Başkanı ve üyeleri; kendileri, alt ve üst soylarından biri ve eşleri ile ilgili olan konuların görüşüldüğü toplantılara katılamazlar."* (Yönetmelik, m. 14/e) şeklindedir. Bu hükmün üstüne ilave bir iyileştirme yapmak adına, Kurulların ziyaret yapması durumunda da, çıkartışmasına dikkat edilmesi için düzenleme yapılabilir. Örneğin, Kurulda görev alacak bir hekimin çalıştığı hastaneye veya ceza infaz kurumuna, Kurul üyesi sıfatıyla ziyarette bulunmaması gerekir. Bu ve benzeri durumların gerçekleşmemesi adına özel düzenleme yapılabilir.

Mevcut Yönetmelik, Kurulların altında "komisyon" ismiyle çalışma gruplarının oluşturulmasını da düzenlemiştir.¹⁷ Buna göre; en az üç üyeden oluşmak üzere "halkla ilişkiler ve iletişim", "insan hakları eğitimi ve insan hakları bilincini geliştirme" ve "insan hakları ihlallerini araştırma, inceleme ve değerlendirme" konularında komisyonların oluşturulması zorunlu tutulmuş, gerekli görülürse başka konularda ihtisas komisyonlarının da oluşturulabileceği belirtilmiştir (Yönetmelik, m. 8). Komisyonlar yapacakları çalışmaların değerlendirme raporlarını kurul gündemine getirmek üzere kurul başkanına sunacaktır (Yönetmelik, m. 16). Diğer gündem maddelerinden farklı olarak komisyonların çalışmalarının Kurul gündemine alınması Yönetmelik'te Kurul başkanının takdirine bırakılmamıştır.

İlerleyen dönemde, oluşturulacak komisyonların sayısı ile bu komisyonlarda kaç kişinin yer alacağı iki değişkene göre belirlenmelidir. Bunlardan ilki Kurulların üye sayısının belirlenmesi, ikincisi ise Yönetmelikle Kurullara verilecek görev ve yetkilerin sayısı ve sınırlandırılmasıdır. Komisyonların zorunlu olmasından ziyade önceden belirlenmiş alanlarda Kurulun takdirine bağlı olarak komisyon kurulması fikri de tartışılabilir.

¹⁶ Belediye başkan yardımcılığı makamıyla ilgili daha önce açıklama yapılmıştır.

¹⁷ Komisyonları çalışmasına/oluşturulmasına örnek bir Yönerge için bkz. (İlçe İnsan Hakları Kurulu Çalışma Yönergesi, 2021).

SONUÇ VE ÖNERİLER

Türkiye'deki hak arama mekanizmaları nicelik ve nitelik olarak son 10 yılda büyük ivme kazanmıştır. TİHEK, KDK, Meclis ihtisas komisyonları, Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulu gibi yapıların kurulmasıyla, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının yerelde yaptığı işlemlerin bazıları hakkında merkezi kuruluşlara yetki verilmiştir. Diğer yandan, İnsan Hakları Kurullarının yaptığı çalışmalara benzeyen çalışmalar yapan Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları gibi farklı yapılanmalar da bulunmaktadır. Ülke genelinde yaşanan bu gelişmelere İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları mevzuatı uyum sağlayamamıştır. Yukarıda aktarılan gerekçelere binaen, Kurulların yapısını düzenleyen mevzuatın revize edilerek yeni bir mevzuatın hayata geçirilmesi mühimdir. Bu mevzuat hazırlanırken ilgili olabilecek diğer kurum, kuruluş ve STK'ların görüş ve önerilerinin alınması da bilahare önem arz etmektedir.

Öte yandan, Kurulların etkinliği sorunu, oluşturuldukları günden bu yana tartışma konusu olmuştur. Kurulların kurulduğu günden beri sağlıklı çalışmadığı ve görevlerini yerine getiremediği (Işık, 2005: 123), çok başlı bir insan hakları yapılanması yerine merkezi bir ulusal insan hakları kurumunun yeterli olduğu (Kuçuradi, 2009), vatandaşın kullanabileceği başka birçok başvuru kanalının bulunması nedeniyle İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının olmasının bir anlam taşımadığı (Albayrak, 2010: 194) yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Kurulların; toplumda ve kamu görevlilerinde insan hakları bilincini geliştirmek, insan haklarını korumak, ihlal iddialarını incelemek ve araştırmak, insan hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının önündeki engeller ile hak ihlallerine yol açan sosyal, siyasi, hukuki ve idari nedenleri incelemek, araştırmak ve bunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunmak görev ve yetkileri birlikte düşünüldüğünde önemli işlevler üstlenebileceği ifade edilebilir. Ancak mevzuat olarak sahipsiz kalan Kurulların önemli işlevler üstlenme misyonunu pratiğe dönüştürme konusunda da sorunları olduğu ifade edilmelidir.

Hem 6701 sayılı Kanun'da Kurulların adının zikredilmesi, hem de İHEP'te Kurulların güçlendirilerek etkinliklerinin artırılması hedefine yer verilmesinden dolayı, Kurulların varlıklarının devam ettirileceği yönünde bir irade olduğu sonucuna varılabilir. Eylem Planı'nda belirtildiği üzere yapılabilecek güçlendirmeler için ise "öneriler" aşağıdaki gibi özetlenebilir:

Hukuki dayanak ve yürütmeye ilişkin;

Kurulları kuran Yönetmelik'in hukuki dayanağı yürürlüğe girdiği günden beri problemlidir. Bu yüzden evvela Kurulları oluşturan mevzuatın sağlam temellere dayandırılması gerekmektedir. 6701 sayılı Kanun Kurulların geleceğini Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılacak bir düzenlemeye bağlamıştır. Bu nedenle ilk olarak düşünülmeye gereken Cumhurbaşkanlığı tarafından çıkarılacak bir normdur. Ancak yasama tarafından bir düzenleme yapılması bu tür insan hakları yapılanmalarının oluşturulmasında arzu edilen bir durumdur.

Mevcut Yönetmelik'in yürütme maddesi, “*Bu Yönetmelik hükümlerini insan haklarından sorumlu Bakan yürütür*” (Yönetmelik, m. 22) şeklindedir. İHEP ile meri mevzuat, İçişleri Bakanlığını ve TİHEK'i ilgilendiren hususlar barındırmaktadır. Bu yüzden, yapılacak bir mevzuat düzenlemesinde yürütme maddesinin fiili duruma uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

TİHEK ile bağına ilişkin;

6701 sayılı Kanun'da Kurulların raporlarını inceleme görevi TİHEK'in uhdesinde yer almıştır. İHEP'te, kurul üyelerine alandaki gelişmelere yönelik faaliyetler düzenleme görevi de TİHEK'e verilmiştir. Eylem Planı uygulama takvimi ile birlikte TİHEK söz konusu faaliyetlere başlamıştır.¹⁸

TİHEK'in mevcut bütçe ve insan kaynakları göz önünde bulundurulduğunda geniş bir coğrafyaya sahip ülkemizde, sadece merkezden hizmet sunulmaya çalışılması yeterli görülmemektedir (Aktaş, 2020). Bu bağlamda, TİHEK'in başvuru, ziyaret ve yerinde incelemelerinde Kurullardan destek alabilmesi yönünde düzenlemeler yapılması gerekmektedir.

Kurulların oluşumuna/üye yapısına ilişkin;

Kurulların üye yapısı baştan aşağı değiştirilmelidir. İnsan hakları alanında hem Türkiye'de hem de dünyada son 20 yılda yaşanan gelişmeler, alanda belirli konularda uzmanlaşmaya gidildiği ve uzmanlık kuruluşlarının sayısının her geçen gün arttığını bize göstermektedir. Bu bağlamda, İnsan Hakları Kurullarının da uzmanlaşması,

¹⁸ Örnek faaliyetler için bkz. (Çankırı İl ve İlçe İnsan Hakları Kuruluyula Toplantı Gerçekleştirildi, 2021); (Kırıkkale İl İnsan Hakları Kuruluyula Toplantı Gerçekleştirildi, 2021).

kurul üyelerinin alanda belirli bir uzmanlığa sahip kişilerden oluşturulmasını gerektirmektedir.

Kurulların üyeleri arasında, insan hakları alanında doğrudan uzmanlık bilgisinden istifade edilebilecek akademisyen, hukukçu, doktor ve STK temsilcilerinin bulunması Kurulların etkili çalışması için önemlidir. Kurulların üstlendiği vazife gereği üyelerin kompozisyonu toplumun farklı kesimlerinin temsiline imkân tanıyacak şekilde çoğulcu olmalı fakat çoğulculuk sağlanırken de Kurulların görev ve yetkilerini profesyonel şekilde yerine getirebilecek donanımda kişilerin Kurullarda görev alınması sağlanmalıdır. Hâlihazırda Kurulların üyesi olan ancak yapılacak düzenleme ile Kurul üyelikleri sona erdirilecek temsilcilerin tecrübe, bilgi ve uzmanlıklarından bilirkişilik başlığı altında veya Kurulda dinleme yoluyla yararlanılabilir.

Üye sayısının sınırlanmasına ilişkin;

Kurullardaki üye sayılarında üst sınırın olmaması, nitelik değil niceliğe önem verilebilmesi, sayının çok olmasının kararların imzalanması ile toplantı yeter sayısı ve karar sayılarında aksaklıklara yol açması gibi sorunlar doğurabilmektedir. Bu ve benzeri gerekçelerle Kurullarda olacak üye sayılarının mevzuatta sarıh bir şekilde belirtilmesi, buna mukabil toplantı ve karar yeter sayılarının yönetmelikle belirlenmesi uygulamadaki aksaklıkları giderebilecektir. Bu tarz kurul tipi yapılanmalarda genellikle 5 ila 11 üye arasında tek sayı olacak biçimde bir üye sayısı belirlenmesi yoluna gidilmektedir. Böyle bir yöntem benimsenebilir. Üye sayısı önceden kesin olacaksa, yedek üyelerin de belirlenmesi oluşabilecek aksaklıkları önleyebilir.

Öte yandan, Kurul üyelerinin çıkar çatışması yaşayacağı kişiler sebebiyle katılamayacağı toplantılarda karar yeter sayısına ulaşamayacak durumların ortaya çıkması adına eksikliklerin nasıl tamamlanacağını da önceden düşünülmesi ve mevzuatta açıkça zikredilmesi yararlı olabilir.

Üyelerin görev sürelerine ilişkin;

Kurullarda yer alacak üyelerin yukarıda anlatılan çerçevede olması halinde, Kurul üyelerinin görev sürelerinin belirlenmesi, Kurullarda yer alacak kişilerin değişmesi veya önceden ne kadarlık bir süre için kurul üyesi olabileceklerinin bilinmesi açısından önemlidir. İnsan hakları alanında kurul tipi yapılanmaların dünya örneklerinde, kurul üyeliği süresi 3 ila 7 yıl arasında değişmektedir. Kurullarının kendine

has yapısı göz önüne alınırsa 3 yıllık bir süre Kurul üyeliği için ideal bir süre olarak düşünülebilir. Süresi dolan üyeler yeniden seçilebilir.

Üyelerin niteliklerine ilişkin;

Üyelerde aranacak nitelikler arasına, Kurulların görev ve yetkileriyle ilgili alanlarda yükseköğrenim görmüş olmak, mesleği ile ilgili olarak önceden belirlenen bir süre çalışmış bulunmak, kişisel nitelikleri ile çevresinde dürüst, güvenilir ve ahlaklı olarak tanınmış olmak gibi niteliklere yer verilebilir. Ayrıca üyelere ödeme yapılması durumunda; üyelerin istekli olanlar arasından seçilmesi, üyeliğe başlamadan önce veya başladıktan sonra TİHEK tarafından eğitime tabi tutulması gibi şartlar da konulabilir.

Kurul başkanına ilişkin;

Mülki amirlerin Kurul başkanlıklarının sona erdirilmesi, yaklaşık 20 yıldır İnsan Hakları Kurullarının bağımsızlığı ve tarafsızlığına yapılan temel eleştirilerin birçoğunu sonlandıracaktır. Mülki amirlerin başkan olması yerine, Kurulların kendi başkanlarını kendi üyeleri arasından seçebileceği bir yöntem belirlenebilir.

Sekretarya işlerine ilişkin;

Mülki amirlerin kurul başkanlıklarının bitirilmesi durumunda, Kurullar taşrada önemli bir destekten mahrum kalacaktır. Bu boşluğu kapatmak için Kurulların çalışmaları için mülki amirliklerin olduğu binalarda bir yer ayrılması; danışma, başvuru ve sekretarya işlemlerinin Valilikler kanalıyla yapılması yönünde hukuki güvencelerin sağlanması gerekmektedir.

Bütçe ve üyelere ücret ödenmesi ilişkin;

Kurulların sağlıklı çalışabilmesi için tahmini bir bütçelerinin olması gerekmektedir. İnsan hakları alanındaki profesyonelleri Kurullara çekmek için ise kurul üyelerine belirli bir ücretin ödenmesi önemlidir. Bu ödemelerin belirli bir performans değerlendirmesi kriterine bağlanması Kurulların verimliliğini artıracaktır.

İlçe kurullarına ilişkin;

Yukarıda saydığımız çerçevede bir yapılanmanın kolayca hayata geçirilebilmesi için İlçe Kurullarının varlığına son verilmesi fikri enine boyuna düşünülmelidir.

Kurul üyelerine ücret ödenmesi, Kurullara bütçe tahsis edilmesi, belirli yeterliliğe sahip isteklilerin ve alanında uzman kişilerin Kurullarda yer alması, Kurulların çalışmalarının merkezden takip ve analizlerinin rahatça yapılabilmesi, bürokrasi ve kırtasiyeciliğin azaltılması gibi birçok hususun önu İlçe Kurullarının kaldırılmasıyla açılacaktır.

Görevlere ilişkin;

Kurulların görevleri Yönetmelik'te oldukça geniş bir şekilde belirlenmiştir. Ancak bu görev ve yetkilerin günümüz ihtiyaçlarını göz önünde bulundurarak; diğerk kamu kurum ve kuruluşları ile üleştirilmesi, sınırlarının çizilmesi; somut, ölçülebilir, ulaşılabilir ve gerçekleştirilebilir olacak şekilde belirlenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- 2011/1962 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (2011, 5 Temmuz). *Resmi Gazete* (27985). Erişim adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/07/20110705M1-17.htm> (Bakanlar Kurulu Kararı).
- 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun.(1984, 19 Ekim). *Resmi Gazete* (18550). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3056.pdf> (3056 S. K.).
- Aktaş, M. (2020, Ocak 4). *İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Hakkında*. Kasım 1, 2021 tarihinde İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanları Derneği: <https://www.ihud.org/kose-yazilari/il-ve-ilce-insan-haklari-kurullari-hakkinda> adresinden alındı.
- Albayrak, F. (2010). Türkiye’de İnsan Hakları Yönetimi İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Üzerine Bir Alan Çalışması. *Yüksek Lisans Tezi*. Hatay: Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı.
- Altıparmak, K. (2007). Türkiye’de İnsan Haklarında Kurumsallaş(ama)ma . *Bürokrasi ve İnsan Hakları*, 54-111.
- Ankara İl İnsan Hakları Kurulu*. (tarih yok). Ekim 20, 2021 tarihinde İnsan Hakları Kurulu Amacı ve Başvurular: <http://ankara.gov.tr/insan-haklari-kurulu-amaci-ve-basvurular> adresinden alındı.
- Antalya İl İnsan Hakları Kurulu*. (tarih yok). Ekim 30, 2021 tarihinde Antalya Valiliği: http://www.antalya.gov.tr/kurumlar/antalya.gov.tr/Dosya/verilerle_ant/insan_haklari/kurul_uyeleri.pdf adresinden alındı.
- Barolar*. (tarih yok). Ekim 27, 2021 tarihinde Türkiye Barolar Birliği: <https://www.barobirlik.org.tr/Barolar> adresinden alındı.
- Başbakanlık. (2007). *2007 İnsan Hakları Raporu* . Ankara: Başbakanlık.
- Başbakanlık. (2011). *T.C. Başbakanlık 2011 Faaliyet Raporu*. Ankara: Başbakanlık.
- Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı. (2006). *İnsan Hakları: Temel Bilgiler, Koruma Mekanizmaları, İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları* . Ankara: Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı.
- Büyükşehir Belediyesi Kanunu. (2004, 23 Temmuz). *Resmi Gazete* (25531). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=5216&MevzuatTur=1&MevzuatTer-tip=5> (5216 S.K.)

- Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu. (2001, 21 Haziran). *Resmi Gazete* (24439). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4681.pdf> (4681 S.K.)
- Çankırı İl ve İlçe İnsan Hakları Kuruluyla Toplantı Gerçekleştirildi.* (2021, Eylül 23). Kasım 30, 2021 tarihinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: <https://www.tihек.gov.tr/cankiri-il-ve-ilce-insan-haklari-kuruluyula-toplanti/> adresinden alındı.
- Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun. (1984, 10 Kasım). *Resmi Gazete* (18571). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.3071.pdf> (3071 S.K.).
- Elkatmış, M. (2003). Türkiye ve İnsan Hakları. *Demokrasi Konferansları*. Türk Demokrasi Vakfı Yayınları.
- Erdoğan, O., & Pank, Ç. (2017). Kamu Bürokrasisinin Denetiminde “İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları”. *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 91-98.
- Güldoğan, A. (2009). *İnsan Haklarının Korunması ve Geliştirilmesinde İl Ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının İşlevleri*. Diyarbakır: Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
- Işık, A. (2005). Türkiye’de İnsan Hakları İle İlgili Kurumsal Yapının Güçlendirilmesi Girişimleri: Antalya İl ve İlçe İnsan Hakları Kurulları Örneği. *Yüksek Lisans Tezi*. Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- İHERP. (2021, Mart 2). *İnsan Hakları Eylem Planı*. Adalet Bakanlığı.
- İl İnsan Hakları Kurulu Başvuru Duyurusu*. (2021, Ocak 7). (07.01.2021) Ekim 28, 2021 tarihinde İstanbul Valiliği: <http://www.istanbul.gov.tr/il-insan-haklari-kurulu-uyelik-basvuru-duyurusu> adresinden alındı.
- İl ve İlçe İnsan Hakları Kurullarının Kuruluş, Görev ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik. (2003, 23 Kasım). *Resmi Gazete* (25298). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6305&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> (Yönetmelik).
- İlçe İnsan Hakları Kurulu Çalışma Yönergesi*. (2021, Ekim 22). Yıldırım Kaymakamlığı: <http://www.yildirim.gov.tr/ilce-insan-haklari-yonergesi> adresinden alındı.
- İnsan hakları İhlali İddialarını İnceleme Heyetlerinin Kuruluş, Görev ve İşleyişi İle İlgili Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik. (2001, 15 Ağustos). *Resmi Gazete* (24494). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=6309&mevzuatTur=Kurum-VeKurulusYonetmeligi&mevzuatTertip=5> (İnceleme Heyetleri Yönetmeliği).

- İnsan Hakları Kurulları Çalışma Usul ve Esasları İle Faaliyetlerine İlişkin Yönerge. (2002, 29 Mart). Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı B.02.0. İHB-01 Sayılı Genelgesi. Erişim adresi: <http://www.kemer.gov.tr/basbakanlik-insan-haklari-baskanligi> (Yönerge).
- İnsan Hakları Kurullarının Görev, Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik. (2000, 2 Kasım). *Resmi Gazete* (24218). Erişim adresi: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2000/11/20001102.htm#8> (Yönetmelik 2000).
- İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşme. (1950, Kasım 4). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*. Roma: Avrupa Konseyi.
- Kırkkale İl İnsan Hakları Kuruluyula Toplantı Gerçekleştirildi*. (2021, Kasım 8). Kasım 30, 2021 tarihinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: <https://www.tihk.gov.tr/kirikka-le-il-insan-haklari-kuruluyula-toplanti-gerceklestirildi/> adresinden alındı.
- Kuçuradi, İ. (2009). *Biz Kimiz? Görüşlerimiz Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu İle İlgili Çalışmalarımız Prof. Dr. İoanna Kuçuradi'nin 'Türkiye İnsan Hakları Kurumu' başlıklı değerlendirmesi*. Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi: <https://www.maltepe.edu.tr/insanhaklari/tr/prof-dr-i%CC%87oanna-kucuradinin-turkiye-i%CC%87nsan-haklari-kurumu-baslikli-degerlendirmesi> adresinden alındı.
- On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. (2012, 6 Aralık) *Resmi Gazete* (28489). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6360.pdf> (6360 S. K).
- OPCAT. (2006). *İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin İhtiyari Protokolü*. Birleşmiş Milletler.
- Saraç, A. (2002). Türkiye'de İnsan Hakları Resmi Örgütlenmesi. *Türk İdare Dergisi*, , 157-176.
- Tabip Odaları*. (tarih yok). Ekim 27, 2021 tarihinde Türk Tabipleri Birliği: <https://www.ttb.org.tr/tabipodalari.php> adresinden alındı.
- Türk Tabipleri Birliği Kanunu. (1953, 31 Ocak). *Resmi Gazete* (8323). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6023.pdf> (6023 S. K.).
- Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu. (2012, 30 Haziran). *Resmi Gazete* (28339). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6332.pdf> (6332 S.K.).
- Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu. (2016, 20 Nisan). *Resmi Gazete* (29690). Erişim adresi: <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6701.pdf> (6701 S. K.).

- Türkiye Mülki İdare Bölümleri Envanteri.* (tarih yok). Kasım 15, 2021 tarihinde İçişleri Bakanlığı: <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx> adresinden alındı.
- Ulusal Önleme Mekanizması.* (tarih yok). Ekim 29, 2021 tarihinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu: <https://www.tihек.gov.tr/ulusal-onleme-mekanizmasi/> adresinden alındı.
- Uygulama Takvimi. (2021, Nisan 30). *İnsan Hakları Eylem Planı ve Uygulama Takvimi.* Adalet Bakanlığı.
- Üniversitelerimiz.* (tarih yok). Ekim 27, 2021 tarihinde Yükseköğretim Kurulu: <https://www.yok.gov.tr/universiteler/universitelerimiz> adresinden alındı.
- Valilikler&Kaymakamlıklar.* (tarih yok). Ekim 27, 2021 tarihinde İçişleri Bakanlığı: <https://www.icisleri.gov.tr/valilikler> adresinden alındı.
- Yazar, E. (2018, Aralık 6-7). Terörle Mücadele Önlemlerinde Ulusal İnsan Hakları Kurumlarının Rolü. *I. Uluslararası İnsan Hakları Sempozyumu İnsan Haklarını Yeniden Düşünmek Bildiriler Kitabı* (s. 629-656). İstanbul: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu.

AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ PERSPEKTİFİNDE YANLIŞ İFADELERİN ANAYASAL KORUMASI

Constitutional Protection of False Speech in the Perspective of the American Supreme Court

Neslihan ÖZELER SEZİCİ*

Öz

Özerk birey kavramı üzerine inşa edilen modern liberal devletin, bu özerkliğin gerçekleşmesi için sahip olması gereken en önemli niteliklerinden biri, bireylerin ifade özgürlüğünü garanti altına almış olmasıdır. İfade özgürlüğü aynı zamanda bir devlete, bir topluma ya da herhangi bir topluluğa demokratik sıfatını bahşeden en önemli kurumdur. Bu sebeple kendisini bir hukuk devleti olarak tanımlayan her hukuk sistemi ifade özgürlüğüne ilişkin somut düzenlemelere sahiptir. Bu düzenlemeler, temel felsefesi itibarıyla ortak değerlere dayansa da birbirinden farklılaşan yönleri ihtiva etmektedir. Amacımız, söz konusu farklılıklardan biri olarak yanlış ifadelerin (*false speech*) ifade özgürlüğü kapsamında korunması hususunu ele almaktır. Amerikan hukuk sisteminde anayasal bir problem olarak kabul edilen *false speech* teorisi, kavramsal olarak

Abstract

One of the most important characteristics of the modern liberal state, which is built on the concept of the autonomous individual, is the freedom of expression to be guaranteed. Freedom of expression is also the most important institution that confers the democratic feature on a state, society or any community. Therefore, every legal system that defines itself as a rule of law has concrete regulations regarding freedom of expression. Although these regulations are based on common values in terms of their basic philosophy, they contain aspects that differ from each other. We aim to discuss the protection of false speech as one of these differences within the scope of freedom of expression. The false speech theory, which is seen as a constitutional problem in the American legal system, is conceptually alien to Continental

* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, nozeler@ybu.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5664-6191>.

Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancıdır. Bu çalışmada Amerikan hukukunda ifade özgürlüğüne ilişkin genel bilgilere değinildikten sonra yanlış ve yalan ifadelerin bu korumadan yararlanması meselesi değerlendirilecektir. Bu amaçla konu ile ilgili Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin en net tespitlerini içeren ve 2012 yılında verilmiş U.S. v. Alvarez kararı tahlil edilecektir. Son olarak, ifade özgürlüğü açısından kendine özgü özelliklerinin anlaşılması için Amerikan ile Kıta Avrupası hukuk sisteminin genel bir karşılaştırması yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade Özgürlüğü, Yanlış İfade, Amerikan Yüksek Mahkemesi.

law. In this study, after mentioning the general information on freedom of expression in American law, the issue of protection of false speech will be evaluated. In order to that, the U.S. v. Alvarez, which is one of the most important decisions of the U.S. Supreme Court held in 2012 will be analyzed. Finally, a general comparison will be made between the American and the European system to understand uniqueness of American free speech doctrine.

Keywords: Freedom of Expression, False Speech, U.S. Supreme Court.

I. AMERİKAN HUKUKUNDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GENEL ÇERÇEVESİ

Anglosakson hukuk geleneğinde ifade özgürlüğü çeşitli teorilerle temellendirilmiştir. Bu teorilerden bazıları Kıta Avrupası hukukunda da kullanılan kişi özerkliği ve demokratik hayatın sürdürülmesi teorileridir. Ancak Anglosakson geleneğinde “gerçeğe ulaşma” teorisi, ifade ve basın özgürlüğü söz konusu olduğunda önemli bir yer teşkil etmektedir. Özellikle John Stuart Mill tarafından savunulan bu düşünce, Yargıç Holmes tarafından kavramlaştırılan “fikirlerin serbest piyasası (*marketplace of ideas*)” doktriniyle Amerikan hukukunda yer edinmiştir (Özsoy, 2005: 30-31).

Mill, düşüncenin susturulmasını bir çeşit soygunculuk olarak tanımlamıştır. Çünkü yasaklanan düşünce, eğer diğerleri hatalı ise onları hatalarını görme ve düzeltme fırsatından mahrum edecektir. Eğer yasaklanan düşünce yanlış ama diğerleri doğru ise, bu sefer de doğru ile yanlışın çarpışması sonucu doğrunun sınanması, daha açık ve net hale gelmesi ve dolayısıyla da etkisini arttırması fırsatından mahrum kalacaktır. Üstelik yanlış ve doğrunun belirlenmesi otoriteye bırakılmamalıdır. Çünkü hem otorite bu konuda yanılabilir hem de diğer insanların doğruyu ve yanlışını değerlendirme hakkı ellerinden alınmış olur (Mill, 2003: 57). Mill’de temelini bulan fikirlerin serbest piyasası düşüncesi Holmes tarafından “doğru, zaman içinde, diğer düşüncelerle rekabet ederek ortaya çıkar” şeklinde ortaya konulmuştur (Özsoy, 2005: 32).

Yukarıda bahsedilen demokrasi, özerklik ve fikirlerin serbest piyasası doktrinine ek başka bir argümandan bahsedilmiştir. Buna göre Amerikan halkı, düşünce ve

ifade özgürlüklerinin belirlenmesine yönelik hükümete yetki verme konusunda isteksizdir. Bu sebeple de ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, olabilecek en az düzenlemenin yapılması hususunda genel bir kabul bulunmaktadır (Finnegan, 2021: 595).

Amerikan hukukunda ifade ve basın özgürlüğüne ilişkin somut düzenleme Anayasa'nın Ek 1. maddesinde yer almaktadır. Bu maddeye göre Kongrenin ifade ve basın özgürlüğünü kısıtlayan kanun yapması yasaklanmıştır.¹ Bunun haricinde bu özgürlüğün hangi şartlar altında kullanılabileceği ya da nasıl sınırlandırılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Yüksek Mahkeme bu özgürlüğün sınırsız olamayacağını kabul etmiş ve koruma dışı bırakılabilecek, yani hükümetin düzenleme yapmasının anayasaya aykırı olarak değerlendirilemeyeceği bazı kategoriler belirlemiştir. Bu husus ilk kez 1942 tarihli *Chaplinsky v. New Hampshire* (315 U.S. 568 [1942]) kararında dile getirilmiştir (White, 2019: 518). Mahkeme'nin sonraki kararlarıyla da geliştirdiği bu kategoriler şu şekilde sıralanabilir: Müstehcenlik (*obscenity*), hakaret ve küçük düşürme (*defamation*), dolandırıcılık (*fraud*), tahrik/kışkırtma (*incitement*), toplumda infial uyandıracak söylemler (*fighting words*), çocuk pornografisi, yakın ve gerçek tehdit (*true threats*), bir suçun işlenmesi için kullanılan ifadeler (*speech integral to criminal conduct*) anayasal koruma dışında kabul edilmiştir (Killion, 2019). Bu kategoriler, dava ve olay bazında belirli bir süreç içerisinde ortaya çıktığından sınıflandırmaların kavramlaştırılmasından ziyade nasıl yorumlandığı ve değerlendirildiği önem arz etmektedir. Örneğin müstehcenlik kategorisi oldukça dar yorumlanmaktadır. Üstelik Yüksek Mahkeme yeni kategoriler yaratma konusunda isteksizdir. Bu sebeple Amerikan hukuk sisteminde “nefret söylemi” kategorisel bir suç olarak görülmemekte (Yüksel, 2019: 440) ve genel olarak ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirilmektedir. Ancak nefret söyleminin gerçek ve yakın bir tehdit içermesi söz konusu ise anayasal korumadan yararlanmayacağı belirtilmiştir (*Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 [2003]).

Öğretide White, 1960'lardan itibaren Yüksek Mahkeme'nin bakış açısının beklenmedik bir şekilde özgürlükten yana geliştiğini belirtmektedir. Kamu görevlilerine ve kamusal figürlere karşı öne sürülen ifadelerin en üst derecede korunması gerektiği

¹ “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances” 1787 tarihli Amerikan Anayasası'na 1791 tarihinde hak kataloğunun içinde yer alarak eklenen bu madde aynı zamanda toplanma ve sorunların hükümete dilekçe yoluyla iletilmesi hakkını da düzenlemektedir.

belirtilmiş, müstehcenlik kategorisi dar yorumlanmaya başlanmış; politik eylemler, örneğin üzerinde küfür yazılı kıyafetin giyilerek gösteri yapılması, sözlü olmasa da bir ifade şekli olarak değerlendirilmiş ve koruma altına alınmıştır (White, 2019: 521).

Hükümetin ifade özgürlüğünün düzenlenmesi konusunda yaptığı yasaların iki tür sınırlama içerdiği kabul edilmektedir. Bunlar, içeriksel “*content based*” ya da yöntemsel veya şekilsel denilebilecek “*content neutral*” sınırlandırmalardır. İlkinde ifadenin verdiği mesaja, barındırdığı fikre, konusuna ya da içeriğine ilişkin bir müdahale söz konusudur. *Content neutral* sınırlamalar ise örneğin kimlik kartı ya da bayrak yakılması gibi protestoların cezalandırılması veya gösterilerin yer, zaman ve şekil bakımından kısıtlanması gibi hususları içermektedir (Özsoy, 2005: 38). İçerik kısıtlamalarında detaylı inceleme (*strict scrutiny*) yapılmaktadır. Şekilsel kısıtlamalar-daki inceleme ise daha ortalama seviyededir (*mid-level* ya da *intermediate scrutiny*) ve sınırlamalar çoğunlukla Anayasa’ya aykırı bulunmamaktadır (www.mtsu.edu/first-amendment/article/937/content-neutral). Detaylı incelemede ispat yükü hükümetin üzerindedir ve hükümetin şu iki hususu ispatlaması gerekmektedir (Finnegan, 2021: 599-601):

- i. Düzenlemeyle güçlü ve ağır basan bir faydayı sağlayan bir amacı yerine getireceği.
- ii. Düzenlemenin bu amacın gerçekleştirilmesi için mutlak surette gerekli olduğu. Bu noktada hükümetin daha az sınırlamayı içeren alternatif düzenleme olmadığını ya da eğer varsa bu düzenlemeleri hangi sebeple yapmadığını da göstermesi gerekmektedir.

A. YANLIŞ VE YALAN BEYANLAR VE ANAYASAL KORUMA

Doğrunun ahlaken iyi, yanlışın ise ahlaken kötü olduğu kabulü, yanlış ifadelerin korunması sorununun çözümlenmesinde başlangıç noktasıdır. Buradan hareketle ahlaken kötü olarak kabul edilen bir durumun hukuken korunmaması gerektiği ilk ulaşılan sonuçtur. Ancak yalan ya da yanlışın ahlaki değerlendirilmesine deontolojik ve faydacı ahlak anlayışları farklı iki açıdan yaklaşmaktadır.

Deontolojik ahlak, Kant ile özdeşleşmiştir ve ödev ahlakı olarak da anılmaktadır. Buna göre yalan söylemek her daim kötü bir davranış olarak kabul edilir ve hiçbir durumda hoş görülebilir değildir. Faydacı ahlak anlayışı ise eylemin ortaya çıkardığı

sonuca göre değerlendirilmesini öngörür. Eğer faydalı bir amaçla söylenen ya da fayda doğuran bir yalan beyan söz konusuysa yalan söylemenin ahlaken kötü olmadığı hatta zorunlu olduğu kabul edilmektedir.

Amerikan ifade özgürlüğü doktrini faydacı ahlak anlayışına uygun olarak temellendirilmiştir (Druzin ve Li, 2017: 5-10). Buna göre, yalan ve yanlış ifadelerin korunmasının çeşitli pragmatik sebepleri belirtilmiştir. Bunlar Mill'in görüşleriyle de ortaya koyulduğu üzere yanlışın, doğrunun ortaya çıkmasına zemin hazırlayabildiği, otoriteye neyin doğru neyin yanlış olduğunu belirleme yetkisi verilmesinin sakıncaları şeklinde sıralanabilir. Ancak son dönemlerde öne çıkan ve en çok vurgulanan sebep caydırıcı etki (*chilling effect*) denilen, yanlışın yasaklanmasının insanlar üzerinde doğruyu söylemekten çekinme şeklinde yayılan bir etkisi olduğu düşüncesidir. Felsefe, tarih, sosyal bilimler ya da sanat gibi alanlar bir zamanlar yanlış olduğu düşünülen ama sonradan doğru olduğu kabul edilen fikirler ile gelişmektedir. Buna karşın, söylediklerinin yanlış olması durumunda cezalandırılma ihtimalinin varlığı bireyleri sessiz kalmaya itebileceğinden, yanlış ifadelerin de hukuken korumadan yararlanması düşüncesi savunulmaktadır (Sunstein, 2020: 396-405).

Amerika Yüksek Mahkemesi'nin öngörmüş olduğu sınırlama kategorileri içerisinde yalan ya da yanlış beyan bulunmamaktadır. Mahkeme, önüne gelen çeşitli kararlarda yanlış beyanların anayasal korumadan yararlanıp yararlanmayacağını tartışmıştır. Tartışmanın odak noktası yanlış ve yalan ifadelerde anayasal korumaya layık bir değer bulunmadığı düşüncesi ile kategorik olarak yanlış ve yalan ifadeleri kısıtlayan bir düzenleme bulunmadığı düşüncesinin çatışmasıdır (White, 2019: 516). Bu tartışma ilk kez Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1964 tarihli *New York Times v. Sullivan* (376 U.S. 254 [1964]) kararıyla gündeme gelmiştir. Alabama Eyaleti'nin seçilmiş delegesi olan Sullivan, polisin toplumsal bir eylemde, göstericilere yönelik davranışlarını konu eden bir ilanda yanlış ifadelerin bulunması sebebiyle New York Times gazetesine dava açmış ve gazete beş yüz bin dolar tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Gazetede bir tam sayfa boyunca basılan on paragraflık ilanın dava konusu edilen iki paragrafında göstericilerin söylediği marşın ismi, polisin öğrencilerin yemek yemesini önlemesi için yemekhaneyi kilitlemesi, gösteri liderinin (Martin Luther) aslında dört kez gözaltına alınmış olmasına rağmen yedi kez gözaltına alındığının iddia edilmesi gibi doğru olmayan bilgiler yer almıştır. Yüksek Mahkeme kararında politik meselelerde özgür bir tartışmanın öneminden bahsetmiş ve bu şekilde özgür bir tartışmanın yanlış beyan ve ifadelerden tamamen ayıklanmasının imkânsız

olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bu tip hatalar özgür tartışma için “*nefes boşluğu*” yaratmaktadır. Üstelik kamu görevlileri ve kamusal meseleler söz konusu olduğu zaman anayasal korumadan istisna tutulma şartlarının daha sıkı değerlendirilmeye tabi tutulması gerekmektedir. Kamusal niteliği haiz ifadeler salt yanlışlık ya da küçültücü beyan içermesi sebebiyle anayasal koruma dışında tutulmamalıdır.

Sullivan kararından çıkan sonuçlar kısaca şu şekilde ifade edilebilir:

- i. Bir beyanın yanlış olması kendi başına o beyanı anayasa korumasından çıkar-maz.
- ii. Kamu görevlilerinin ve kamusal meselelerin söz konusu olduğu durumlarda kısıtlama yapılabilmesi için yanlış ve yalan beyanda kastın (*actual malice*) ispatlanması gerekmektedir.

Buradaki iki şart, yukarıda genel sınırlama şartları belirtilirken sayılan diğer iki şartla beraber düşünülmelidir. Daha açık bir ifadeyle, yalan ve yanlış ifade söz konusu olduğunda da devlet meşru amacını ve amaçla araç arasındaki orantılılığı ispat etmek zorundadır. Bunun sebebi, yalan ya da yanlış ifadelerin kategorisel olarak sınırlama sebepleri arasında görülmemesidir. Yalan ya da yanlış içerikli ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinde, bu ifadelerin muhatabının kamu görevlisi ya da kamusal tanınırlığa sahip bir kişi yahut kamusal meselelerle ilgili olup olmaması önem taşımaktadır. Kamusal karakter taşıyan davalarda ifade özgürlüğü daha fazla korunmaktadır. Dolayısıyla bu davalarda sınırlamanın anayasal sınırlar içerisinde değerlendirilebilmesi için yalan ve yanlış ifadenin kasten (*actual malice*) kullanıldığının ispat edilmesi şarttır. Buradaki kast, kişinin yanlışlığı bile isteye yaptığı yahut yanlış olup olmadığını umursamadığı anlamına gelmektedir. Kamusal karakter taşımayan davalarda bu şekilde bir kastın varlığının ispat edilmesine gerek yoktur. Ancak Yüksek Mahkeme'nin henüz bu tip davalarda ispat yükünün kimde olduğunu belirleyen bir kararı bulunmamaktadır (Chemerinsky, 2018: 295).

Değinilmesi gereken bir husus da ticari söylemlerde kullanılan yalan, aldatıcı ve yanlış ifadelerle ilgilidir. Eğer bu tür ifadeler ticari amaçlı reklam, tanıtım gibi nitelikler taşıyan bir amaçla yapılmaktaysa anayasal korumadan yararlanmayacağı belirtilmiştir. Ticari söylemlerin kategorisel olarak ifade özgürlüğü dışında tutulduğu söylenebileceğinden bu tür ifadelerde yalan veya yanlışın değerlendirmeye tabi tutulmayacağı söylenebilir (White, 2019: 519).

Anlaşılabacağı üzere Amerikan doktrini ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda genel bir isteksizliğe sahiptir. Ancak öğretilerde, özellikle yalan ve yanlış beyanlar başta olmak üzere daha kesin ve belirlenebilir bir ifade özgürlüğü düzenlemesine ihtiyaç olduğunu savunan görüşler bulunmaktadır. Buna göre örneğin mutlak kast (*actual malice*) yerine makul bir ihmalin (*predictable negligence*) varlığı aranmalıdır. Mutlak kast ispatının zorunluluğu ile medya neredeyse tamamen bağımsızlık kazanmakta ve onlara karşı dava açılması imkânsız hale gelmektedir. Ayrıca ifade ile oluşacak zararın o ifadenin hangi niyetle (kast yahut ihmal) söylendiği ile ilişkisiz olduğu durumlar mevcuttur. Yani kast olmasa dahi aşırı zarar doğuran bir sonucun gerçekleşmesi muhtemeldir. Bunu yanında, sözün tıpkı eylem gibi değerlendirilmesi gerektiği yani nasıl ki eylem ile haksız fiil gerçekleştirilebiliyorsa aynı şeyin sözle de yapılacağı kabul edilmeli buna göre bir *speech tort* -konuşma ile işlenmiş haksız fiil- teorisi oluşturulmalıdır (Guzelian, 2010: 670-680). Bu şekilde *speech tort* kabul edilen eylemlerin anayasal bir tartışmaya girmeksizin borçlar hukuku bünyesinde çözümlenmesi mümkün olacaktır.

B. ALVAREZ KARARININ ANALİZİ

1. Olayın Özeti

Yalan ve yanlış ifadelerin anayasal korunmadan yararlanmasıyla ilgili en çarpıcı karar Yüksek Mahkeme'nin 2012 tarihli U.S. v. Alvarez (567 U.S. 709 [2012]) kararıdır. Bu kararda açıkça ve tereddüde yer vermeyecek şekilde yanlış ve yalanın, sırf yanlış ve yalan olması sebebiyle anayasal korumadan çıkarılamayacağı belirtilmiştir.

Alvarez 2007 yılında, Kaliforniya eyaletinde yerel idari bir kuruluşun kurul üyesi olarak katıldığı halka açık bir toplantıda, Kongre Onur Madalyası almış emekli bir deniz piyadesi olduğunu söylemiştir. Beyanına göre bu madalyayı 1987 yılında almış ve 2001 yılında emekli olmuştur. Alvarez'in kendisi hakkında söylediği bu bilgilerin hiçbiri doğru değildir. Ayrıca kararda yalan söylemenin Alvarez için bir alışkanlık olduğu ve bundan başka yalanları da olduğu belirtilmektedir. Ancak madalya konusunda söylediği yalan 2005 yılında çıkarılan bir yasaya göre (*Stolen Valor Act*) suç olarak düzenlenmiştir. Alvarez bu düzenleme uyarınca cezalandırılmıştır (567 U.S. 713-714 [2012]).

2. Tarafların İddiaları

İlgili yasa uyarınca cezaya çarptırılan Alvarez, kısaca bu düzenlemenin ifade özgürlüğünü kısıtladığını ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmiştir. Yukarıda değinildiği üzere düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğunu ispat yükü hükümet üzerindedir. Hükümetin ilk iddiası yalan beyanın anayasal korumaya layık bir değer taşımadığıdır. Ayrıca yalan söylemenin suç olarak düzenlendiği başka yasalar bulunmaktadır. Bunun haricinde neden bu yasaklamaya ihtiyaç duyduğunu açıklamıştır. Düzenlemenin en önemli sebebi yalan beyanlar sebebiyle, vatan vazifesi sırasında gösterilen kahramanlıklara karşı verilen madalyanın değerinin düşeceği, gerçek madalya sahiplerinin onurunun zedeleneyeceğidir. Hükümet, amacının meşruluğu konusunda açıklamalarda bulursa da düzenlemenin bu amaca hizmet eden en orantılı araç olduğu hususunda yeterli delil sunmamıştır.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

Mahkeme ilk olarak, ifade özgürlüğünün kısıtlandığı durumları sıralamış, bu kategorilere girmeyen içeriksel sınırlandırmaların (*content based*) Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmiş ve Sullivan kararındaki, yanlışlık içeren ifadelerin özgür bir tartışmada kaçınılmaz olduğu saptamasına atıfta bulunmuştur (567 U.S. 718 [2012]). Bunun karşısında hükümetin, yalan ve yanlışın anayasal korumaya layık bir değer taşımadığı iddiasını değerlendirmiştir. Yüksek Mahkeme, hükümetin kendi iddiasını desteklemek için ileri sürdüğü tüm içtihatlardaki yalan ve yanlış ifadelerin hakaret, dolandırıcılık gibi suçlarla ilişkili olduğu ve esas olarak bu suçların işlenmesi için söylenen ifadeler olduğunu belirtmiştir. Bu kararlarda suç sayılan eylem yalan söylemek değil, yalan söylenmek suretiyle işlenen suçlardır. Dolayısıyla atıfta bulunulan içtihatların hiçbiri yalanı, sırf yalan olduğu için anayasal korumadan azade tutmamıştır (567 U.S. 719 [2012]).

Hükümetin bir diğer iddiası, salt yalan söylemenin suç olarak kabul edildiği ve Anayasa'ya uygun kabul edilen üç adet düzenlemenin bulunduğuudur. Bunlar, hükümet yetkililerine yalan söyleme suçu, yalan tanıklık ve yalan yere kendisini hükümet yetkilisi olarak tanıtırma suçlarıdır (567 U.S. 720 [2012]). Bu üç örnekte de bizzat yalan söylemenin kendisi suçun kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Yüksek Mahkeme'nin, hükümetin bu iddialarına karşı verdiği cevap ise bu üç suçun varlığının genel olarak yalan ifadeleri anayasal koruma dışında tutacak yeni bir kategori yaratmak için yeterli olmadığıdır. Yüksek Mahkeme, "*henüz spesifik olarak tartışılmayıp*

tanımlanmadığından bugüne kadar koruma dışı bırakılmış ifade türlerinin bulunabileceğini ancak korumasızlık kalkana dahil edilecek yeni bir kategori yaratılabilmesi için ihtilaf konusu düzenlemenin (şimdiye kadar tanınmamışsa) uzun bir yasaklama geleneğinin parçası olduğuna dair ikna edici kanıtlar sunulması gerektiğini” söylemiştir (567 U.S. 722 [2012]).

Mahkeme'nin, hükümetin itirazlarına karşı değerlendirmelerinden ortaya çıkan, o ana kadar uygulanan sınırlama sebepleri haricinde yeni sınırlama sebebi yaratılması konusundaki isteksizliğidir. Gerçekten de dava konusu olan yalan söyleme edimi tarihsel olarak sınıflandırılmış hiçbir suç kategorisi içerisine girmemektedir. Yalan, bir suçun işlenmesi ya da maddi bir menfaat elde edilmesi için söylenmemiştir. Alvarez, gerçek madalya sahiplerinin faydalandığı devlet imkanlarından faydalanma girişiminde bulunmamış, yani bu yalanı resmi hükümet görevlilerine söylememiştir. Amacının, sadece kendisini olduğundan farklı biri olarak göstererek toplum içerisinde daha fazla saygı duyulan bir statü elde etme olduğu söylenebilir.

Yüksek Mahkeme, madalya kazandığı konusunda yalan söylemeyi cezalandıran düzenlemenin hiçbir yer, kişi ve zaman sınırlaması olmaksızın kaleme alındığını belirtmektedir. Bu şekilde Alvarez, söz konusu beyanı halka açık bir toplantıda değil, ama kendi evindeki bir sohbet sırasında söylemiş olsa dahi suç işlemiş sayılacaktır. Yine bu yalan ile amaçlanan bir çıkarın olup olmaması da göz ardı edilmiştir. Bu noktada Mahkeme dikkat çekici bir değerlendirmede bulunmuştur (567 U.S. 723 [2012]):

“Hükümetin bu konuşmayı ister çatılardan bağırarak yapılınsın ister zar zor duyulabilen bir fısıltı ile yapılmış olsun, suç olarak düzenlemesine izin vermek, hükümetin yanlış beyanları cezalandırılabileceği konuların bir listesini çıkarması yetkisini kabul etmektir. Bu hükümet gücünün açık bir sınırlayıcı ilkesi yoktur. Anayasal geleneğimiz, Okyanusya'nın Hakikat Bakanlığı'na ihtiyacımız olduğu fikrine karşı çıkmaktadır.”

Yüksek Mahkeme “Okyanusya'nın Hakikat Bakanlığı” derken Orwell'in 1984 romanına atıfta bulunmaktadır. Mahkeme buraya kadar yapmış olduğu orta seviyeli incelemesinde (*mid-level/intermediate scrutiny*) dahi düzenlemenin ifade özgürlüğü prensipleri ile çatıştığını belirtmiş; ancak buna ek olarak içerik bazlı (*content based*) bir sınırlama söz konusu olduğundan detaylı inceleme (*strict scrutiny*) yapılması gerektiğini vurgulamıştır (567 U.S. 724 [2012]). Daha önce ifade edildiği üzere bu

incelemede hükümet düzenlemenin somut bir amaç için yapıldığını ve bu amaca ancak bu düzenlemeyle -daha azıyla değil- ulaşılabileceğini kanıtlamak durumundadır.

Hükümet, madalyanın vatan vazifesi ifa edilirken yapılan kahramanlıklara karşı duyulan şükranın gösterilmesi amacına hizmet ettiğini, ayrıca manevi destek ve birlik mesajı verdiğini belirtmiştir. Şu ana kadar milyonlarca kişi askeri görevlerde bulunmasına rağmen söz konusu madalyanın sadece 3476 kez verilmiş olması onun yüksek değerini göstermektedir (567 U.S. 724 [2012]). Mahkeme, hükümetin madalyanın onurunu koruması amacının tartışmasız olduğunu kabul etmekle birlikte (567 U.S. 725 [2012]), söz konusu düzenlemenin bu amaca ulaşılması için mutlak surette gerekli olduğunu göstermekte başarısız olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'nin beklentisi hükümetin, Alvarez'in yalan beyanlarıyla madalyanın toplum nezdindeki saygınlığının negatif yönde etkilendiğini göstermesidir (567 U.S. 726 [2012]). Buna gerçek madalya sahiplerinin onurunun incindiğine ilişkin emarelerin gösterilmesi de dahil edilebilir. Bir başka deyişle Mahkeme, yalan beyanın doğurduğu zararlı sonucun ortaya koyulmasını talep etmektedir. Bu şekilde yapılan düzenleme ile istenilen amaç arasındaki nedensellik bağı ispatlanmış olacaktır.

Detaylı incelemenin ikinci adımı ise daha az sınırlayıcı düzenlemenin neden tercih edilmediğinin ispatlanmasıdır. Yalan ifadelerle mücadele edilmesinde kabul edilen en temel araç *counterspeech* yani karşı beyandır. Bu kavram "yalan beyana karşı en iyi çözümünün doğru beyan" olduğu düşüncesinden türetilmiştir. Bu noktada hükümet karşı beyan aracını neden kullanmadığını ya da bunun yetersizliğini göstermemiştir. Üstelik, Alvarez kamusal bir toplantıda söylemiş olduğu bu yalan sebebiyle soruşturulmuş, yalanının ortaya çıkması sebebiyle toplum nezdinde bir şarlatan olarak görülmüş, yerel idare kurumundaki görevinden istifası istenmiştir. Yüksek Mahkeme burada yalan beyanın hukuki olarak cezalandırılmadan önce toplumsal kınama yoluyla cezalandırıldığını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, gayri ahlaki davranışın müeyyidesi toplum tarafından verilmiştir. Üstelik toplumun bu konuda konsolide olması madalyanın onurunun toplumsal olarak pekiştirilmesi sonucunu doğurmuştur (567 U.S. 726,727 [2012]).

Yüksek Mahkeme, ifade özgürlüğünün varlık sebebinin devletin korunması değil bireyin vazgeçilmez hakları olduğunu vurgulamıştır. Açık, dinamik ve rasyonel tartışmalar özgür bir toplumda bireylerin hakkı olduğu kadar görevidir ve bunun devletin sınırlayıcı düzenlemeleri olmaksızın da sürdürülebilir olması gerekmektedir.

Bu noktada mahkemenin serbest piyasa kuralları ile özgür bir tartışmanın doğru ile yanlışın çarpışarak, kendi koşullarında müdahale edilmeksizin gerçekleştirilmesini istemektedir (567 U.S. 728 [2012]). Mahkeme bu konudaki düşüncesini bir seviye daha yükseltmiştir:

“Amerikan halkının, geleneğimizde kahramanlarımızın sahip olduğu özel yere duydukları yüksek saygıyı ifade etmek için hükümetin yardımına ihtiyacı yoktur. Ancak zayıf bir toplum gerçeği korumak için hükümetin korumasına veya müdahalesine ihtiyaç duyar. Gerçeğin, kendini kanıtlaması için ne kelepçeye ne de bir rozete ihtiyacı vardır.” (567 U.S. 728,729 [2012])

Nihayetinde Mahkeme, hükümetin daha az kısıtlayıcı bir düzenleme olarak örneğin madalya sahiplerinin bulunduğu bir veri tabanı oluşturabileceğini, internet sayesinde ulaşılabilecek bir bilgi haline gelmesi halinde bu konuda yalan beyanlarda bulunma olasılığının azalacağını söylemiştir (567 U.S. 729 [2012]). Bu noktada hükümet neden daha az kısıtlayıcı bir düzenleme yapmadığını kanıtlayamamıştır. Sonuç olarak, yasanın Anayasa’daki ifade özgürlüğüne yani Anayasa’ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

4. Karşı Oy Değerlendirmeleri

Yüksek Mahkeme bu kararı oyçokluğu ile almıştır.² Karar hakkında değerlendirmede bulunabilmek için karara farklı gerekçe ile katılan ve muhalefet eden hakimlerin görüşlerine de değinmek gerekmektedir.

Yargıç Breyer ve Yargıç Kagan çoğunluk kararına katılmakla birlikte gerekçelerini, hükümetin meşru amacını gerçekleştirmek için daha az kısıtlayıcı düzenleme yapma imkanına sahip olmasına dayandırmışlardır. İncelemelerini ölçülülük analizi olarak değerlendirmişler ve bu sebeple detaylı analiz (*strict scrutiny*) değil, daha hafif seviyede bir analiz (*intermediate scrutiny*) yapılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Çünkü onlara göre detaylı analiz, felsefe, sosyal bilimler, sanat ve benzeri alanlara ilişkin beyanların sınırlandırılması söz konusuysa uygulanmaktadır. Ancak Alvarez olayında bu sayılan konulara ilişkin bir durum bulunmamaktadır (567 U.S. 731,732 [2012]). Yargıçlar, çoğunluk kararında da ifade edildiği gibi yalan ve yanlış

² Yargıç Kennedy tarafından deklare edilen karara Baş Yargıç Robert, Yargıç Ginsburg ve Yargıç Sotomayor katılmış; Yargıç Breyer ve Yargıç Kagan karara ayrı gerekçe ile (*concurring in judgment*) katılmış; Yargıç Alito, Yargıç Scalia ve Yargıç Thomas ise muhalefet şerhinde bulunmuşlardır.

ifadenin suç olarak düzenlendiği pek çok yasa bulunduğunu onaylamakla birlikte, bu yasaların çoğunda yalan ve yanlış ifadenin suç sayılması için belirli sınırlamaların bulunduğunu vurgulamaktadırlar. Ancak dava konusu yasa (*Stolen Valor Act*) ne tür yalan beyanların suç sayılacağına yönelik hiçbir koşul içermemektedir. Hükümet, meşru amacını gerçekleştirmek için yaptığı düzenlemelerde, sınırlamaları daha incelikli bir biçimde kaleme almak zorundadır. Dolayısıyla daha sınırlı bir düzenleme ile amacını gerçekleştirebilecekken sınırsız, geniş bir yasaklama getirmesi sebebiyle yasanın Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmişlerdir (567 U.S. 736-738 [2012]).

Kararın muhalefet şerhinde ise öncelikle, madalya hakkında yalan beyanda bulunulmasını yasaklayan söz konusu düzenlemenin bir fikir ya da düşüncenin söylenmesini sınırlandırmadığı, sadece olmayan bir olay hakkında bilinçli bir şekilde, bile isteye söylenen bir yalanı cezalandırdığı, bu tarz beyanların anayasal korunmaya layık hiçbir değer içermediği ifade edilmiştir (567 U.S. 739 [2012]). Karara muhalefet eden yargıçların ikinci itiraz ettikleri nokta, söz konusu düzenlemenin iddia edildiği gibi sınırsız olmadığıdır. Bu yasayla kapsamı oldukça dar ve yanlışlığı hiçbir şüpheye yer vermeksizin kanıtlanabilecek türdeki bir yalan ifade yasaklanmaktadır. Söyleyen kişinin kişisel bilgisiyle doğrudan ilişkili bir yalan söz konusudur. Ayrıca yasaklama nötr bir bakış açısına sahiptir. Yani herhangi politik ya da ideolojik eğilime ilişkin bir yanlışlık durumu yasaklanmamıştır (567 U.S. 740 [2012]).

Muhalefet şerhinde yargıçlar, bu tür davranışların yasaklanmasının uzun bir tarihi geçmişe sahip olduğunu ifade etmişlerdir. Buna göre, 1782 ve 1783 yıllarında George Washington'un yayınladığı emirler doğrultusunda yetkisiz bir şekilde üniforma giyen kişiler cezalandırılmıştır. Bu gelenek doğrultusunda askeri amblemlerin giyilmesi, üretilmesi ve satılması federal bir suç olarak kabul edilmiştir (567 U.S. 741 [2012]).

Karar muhalefet eden yargıçların değindiği bir diğer husus da madalya kazanımı hakkında söylenen yalanlarda, hatırı sayılır bir artış gerçekleşmesi ve Kongre'nin bu sebeple söz konusu yasayı çıkarmış olmasıdır. Madalya alındığına dair söylenen yalan beyanlara ilişkin pek çok veri sunulmuştur. Verilen örnekler içerisinde iki adet "*Medal of Honor*" aldığını söyleyen ve sahte madalyaları mahkeme salonunda sergileyen bir hâkim dahi bulunmaktadır (567 U.S. 742 [2012]).

Karşı oy yazısında Yargıçlar son olarak, bu tür ifadelerin yasaklanmasının diğer söylemler üzerinde olumsuz bir tesirinin, yani caydırıcı etkisinin (*chilling effect*) ol-

mayacağını belirtilmişlerdir. Askeri madalyalar hakkında yalan söylemeyi yasaklayan düzenlemenin sonrasında diğer sivil ödüller için de genişleyebileceği (örneğin Oscar ya da Super Bowl ödülleri gibi) çekincesinin, temelsiz bir korkuya dayandığını, bu şekilde varsayımsal kurgular üzerinden değerlendirme yapılmasının hatalı olduğunu ifade etmişlerdir (567 U.S. 753 [2012]).

5. Bizim Değerlendirmemiz

Alvarez kararı, çok zengin tartışma konuları içermektedir. Özgür bir tartışma ortamının gerçekleşebilmesi için “nefes boşluğu (*breathing space*)” ile “fikirlerin serbest piyasası (*marketplace of ideas*)” argümanları; ifade özgürlüğü kısıtlamalarının diğer ifadeler üzerindeki etkisini tasvir eden “caydırıcı etki (*chilling effect*)” argümanı yeni ve farklı bakış açıları sunmaktadır.

Demokratik bir ülkede yapılan özgür tartışmalarda yalan ve yanlış ifadelerin kaçınılmaz olduğu varsayımına dayanan nefes boşluğu kavramı (*breathing space*), bir değerlendirme kriteri olarak özgürlükler lehine işlev görmektedir. Ancak davaya konu olan yalan ifade, Alvarez’in salt kendisine saygın bir konum sağlamak amacıyla dillendirilen bir ifade olmakla, demokratik bir tartışmaya ne şekilde bir katkı sunacağı noktasında çekince doğurmaktadır (White, 2019: 529). Çünkü bu yalan ifade bir fikir, görüş ya da kanaat değil, kişinin kendisinin de doğrusunu bildiği bir olay bilgisidir. Bunun haricinde, Yargıç Breyer’in katılan görüşünde belirttiği gibi yalan söylemenin gerekli olduğu durumların bulunması mümkündür. Örneğin; kişi utanç duyması sebebiyle, özel verilerini korumak amacıyla ya da sıkıntılı durumdan kurtulmak gibi sebeplerle yalan söyleyebilir (567 U.S. 733 [2012]). Ancak söz konusu olayda bu sayılan hususların hiçbiri bulunmamaktadır. Dolayısıyla ne nefes boşluğu ne de fikirlerin serbest piyasası argümanlarının, bu karar için doğru ve yeterli bir gerekçe oluşturmadığı söylenebilecektir.

Alvarez’in kararının bir fikir, görüş ya da kanaat değil ama bilinçli bir şekilde söylediği yalan bir bilgi olması “caydırıcı etki (*chilling effect*)” tartışması bakımından da önemlidir. Sunstein, bu karara ilişkin olarak bazı durumlarda caydırıcı etkinin istenilen bir şey olduğunu belirtmiştir. Burada caydırıcı etki, birçok insanın diğer kişi ve kurumlar hakkında zarar verici yalan bilgiler yaymasını engelleyecektir (Sunstein, 2020: 395). Bu husus, ceza hukukunun amacını belirten teoriler içerisinde genel önleme teorisine denk gelmektedir. Buna göre; suç işleyenlere ceza verildiğini bilmek diğer bireyleri suç işlemekten korumaktadır (Centel, 2001: 345). Dolayısıyla

bu olay özelinde caydırıcı etki, bireylerin özgür tartışmaya katılmasına engel olacak istenilmeyen bir caydırıcı etki değil ama bireyleri bilinçli bir şekilde yalan söylemekten uzak tutan, istenilen bir caydırıcı etki şeklinde düşünülebilir.

Çoğunluk kararında göze çarpan hususlardan biri Mahkeme'nin yeni sınırlama kategorisi yaratma konusundaki isteksizliğidir. Ancak gerek çoğunluk gerek muhalefet görüşlerinde belirtildiği gibi yalan beyanın yasaklandığı pek çok suç türü bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yasanın Anayasa'ya uygun bulunması, tek başına yeni bir sınırlama kategorisi yaratılacağı anlamına gelmemektedir. Kaldı ki genel bir kategori yaratsa dahi bu durum, hükümeti derin incelemeden (*strict scrutiny*) kurtarmayacaktır. Hükümet diğer düzenlemelerinde yine gerekli meşru amacını ve bu amaca uygun aracı kullandığını kanıtlamak zorundadır.

Çoğunluk ve ona katılan görüşlerin değinmediği ancak muhalefet görüşünde Yargıç Alito'nun belirttiği bir husus bulunmaktadır. Buna göre yasanın çıkarıldığı dönemde madalya kazandığı hakkında yalan söyleyenlerin sayısında ciddi bir artış olmuştur. Buradan yasanın toplumda yükselen bir soruna yönelik çözüm üretmek amacıyla çıkarıldığı görülmektedir. Ancak en büyük sorun katılan görüşünde Yargıç Breyer'in ifade ettiği gibi kanunun "sınırlamayı sınırlama" hususunda ihtiyatsız davranıldığıdır. Gerçekten de bu kanun yalan ifadenin şekli, niteliği ve sonucu hakkında hiçbir sınırlama öngörmemekte, bir ev ortamında ya da hoşlandığı bir kimsenin gözüne girmek için söylenildiği durumları dahi kapsayabilmektedir. Bu sebeple yalan beyanının, örneğin kamuya hitap edecek şekilde söylenmesi yönünde bir sınırlandırma getirilmesi, söylenen bu yalan neticesinde maddi ya da belli durumlarda manevi bir menfaat sağlama şartı getirilmesi gibi sınırlamaların yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra çoğunluk kararında belirtildiği gibi teknolojik imkanların elverişliliği ile cezai düzenlemeye gidilmeksizin de hükümetin meşru amacına ulaşabilmesi mümkün olabilir.

Kararda dikkat çekici bir diğer nokta, çoğunluk görüşündeki ahlaki yaptırımın yeterli olduğuna ilişkin değerlendirmedir (567 U.S. 727 [2012]). Alvarez'in soruşturma geçirerek yalancı olduğunun ortaya çıkması, onun toplumda bir şarlatan olarak görülmesine sebep olmuş, hatta görevinden istifası istenmiştir. Bu husus tipik bir ahlaki müeyyide olarak gösterilen toplumsal dışlamadır. Mahkeme doğrudan bu şekilde ifade etmese de açıklamalarının bu şekilde yorumlanması mümkündür. Ancak, toplumsal kınamayı ortaya çıkaran sebebin, kişinin federal yetkililerce so-

ruşturulması olduğu unutulmamalıdır. Soruşturmanın sebebi ise Anayasa'ya aykırı bulunan düzenlemedir. Dolayısıyla böyle bir düzenleme yapılmasa soruşturma olmayacak ve belki de yalan ortaya çıkmayacaktır. Bu husus, asıl problemin madalya alınması sebebiyle yalan söylemenin yasaklanmasından ziyade, bu yasaklamanın niteliği ve sınırları olduğu noktasında Yargıç Breyer'in görüşünü destekler niteliktedir.

Sonuç olarak karar ifade özgürlüğü lehine geniş yorumlama yapılması sebebiyle olumlu olarak nitelendirilebilecekse de yalanın hukuken korunduğu düşüncesinin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Ayrıca, kararın verilmesinden kısa sayılabilecek bir zaman sonra sosyal medyanın rolü ile ifade özgürlüğü ve yalan bilgi ilişkisi çok değişik bir boyut kazanmıştır (Sunstein, 2020: 392). Elbette bu karardan yalan beyanın mutlak surette koruma altında bulunduğu sonucu çıkarılamaz. Buradaki en belirleyici nokta somut bir zararın ortaya çıkmaması ve de yalan sebebiyle somut bir faydanın sağlanmaması olabilir. Mahkeme bu yalanı alelade bir yalan olarak değerlendirmiştir. Bununla birlikte bir beyanın sadece yanlış ve yalan olması sebebiyle yasaklanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla, yalanın meydana getirdiği zarar ve yalanla sağlanan menfaat (madalya sahibi olma sebebiyle maaş bağlanması gibi) da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu da probleme deontolojik değil, pragmatik olarak yaklaşıldığını açık bir şekilde göstermektedir.

II. AMERİKAN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DOKTRİNİNİN AVRUPA SİSTEMİYLE KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmanın son bölümünde Amerikan ifade özgürlüğü doktrininin Kıta Avrupası sisteminden farkının anlaşılması için genel bir karşılaştırma yapılacaktır. Kıta Avrupası, birçok hukuk sisteminden oluşmaktaysa da insan hakları teorisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) bünyesinde ortaklaştığı söylenebilecektir. Bu sebeple öncelikle Amerikan Anayasası ile AİHS sistemi arasında genel bir karşılaştırma yapılacak, sonrasında karşılaştırma için örnek bir ülke olarak Almanya üzerinden hareket edilecektir. Çünkü son dönemde Amerikan'daki ifade özgürlüğü tartışmalarında, sosyal medya alanındaki düzenlemeler sebebiyle Almanya önemli bir yer işgal etmektedir.

Bizim hukuk sistemimizin de içinde yer aldığı kıta Avrupası hukuk sisteminde ifade özgürlüğü mutlak bir hak olarak kabul edilmemektedir. AİHM sisteminde ifade özgürlüğü davaları incelenirken sırasıyla yasaklamanın yasayla öngörülmüş olmasına, bu yasaklamanın sözleşmede belirtilen amaçlarla uygun olmasına, sınırlamanın

demokratik bir toplumda gerekli olmasına ve ölçülülük ilkesine uyulup uyulmadığına bakılmaktadır (Özbey, 2013: 48).³

Amerikan ve Avrupa sisteminde ifade özgürlüğü düzenlemeleri birtakım benzerlikler ve farklılıklar ihtiva etmektedir. Her iki sistemin ortak özellikleri şu şekilde belirtilmiştir (Heller ve van Hoboken, 2019: 6):

- i. İfade özgürlüğü ayırım gözetmeksizin herkese eşit olarak uygulanmaktadır, herhangi bir coğrafi sınırlama öngörülmemiştir.
- ii. Birtakım sınırlamalara tabi olmakla birlikte özgürlüğün maddi kapsamı geniştir, siyasi, kültürel ve ticari söylem de dahil olmak üzere her türlü bilgi ve fikri kapsamaktadır.
- iii. Rahatsız edici, şok edici, kızdıracı ve tiksindirici söylemlerin de bu özgürlükten faydalanması mümkün olabilir.
- iv. İfade özgürlüğü, bilgi ve fikirlerin hem alınmasını hem de iletilmesini içermektedir. Bu sebeple hem dinleyicilerin hem de konuşmacıların haklarını korumaktadır.
- v. Herkes fikirlerini dilediği bir iletişim aracını kullanarak bildirmekte özgürdür.

Amerika ve Avrupa'daki ifade özgürlüğü doktrini arasındaki temel fark değerlendirme kriterlerine ilişkindir. Amerikan Yüksek Mahkemesi öncelikle dava konusu ifadenin ve söz konusu sınırlamanın türünü tespit etmektedir. Bu tespit, ifadenin, dar yorumlanan sınırlama kategorilerinden birine girip girmediğini; sınırlamanın ise içerik sınırlaması (*content based*) ya da şekli sınırlama (*content neutral*) olup olmadığını belirlemeye ilişkindir. Sınırlamanın türüne göre yapacağı analiz (*strict scrutiny* ya da *intermediate scrutiny* şeklinde) farklılık göstermektedir. AİHM ise incelemesinde sırasıyla sınırlamanın kanunla yapıp yapılmadığı, meşru bir amacının olup olmadığı ve demokratik bir ülkede gerekli olup olmadığı hususlarını incelemektedir (Heller ve van Hoboken, 2019: 7). Analiz yöntemleri haricinde iki sistem arasında, nefret

³ AİHS 10. madde: (1) Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir. (2). Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve taraf-sızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.

söylemi ile yanlış ya da yalan bilginin ifade özgürlüğünden yararlanması ve sosyal medya düzenlemelerine ilişkin farklılıklar bulunmaktadır.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Amerika'da nefret söylemi ifade özgürlüğü içerisinde değerlendirilmektedir. Nefret içerikli söylemler sadece yakın tehdit, şiddete teşvik ya da hakaret olarak değerlendirilirse, ilgili bu kategoriler nezdinde sınırlamaya tabi olmaktadır. AİHM ise herhangi bir şiddet olayını tetikleyici nitelikte olmasa dahi, aktardıkları bakış açısının tehlikeli ve incitici olması sebebiyle nefret söylemlerinin yasaklanmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmamaktadır (Yüksel, 2019: 440).

Amerikan Yüksek Mahkemesi, ifade özgürlüğü davalarında yasaklamanın bir hükümet işlemi tarafından gerçekleştirilmiş olmasını aramaktadır. Eğer devlet gücü kullanılarak yapılmış bir sınırlama söz konusu değilse, dava konusu olay bir anayasal problem olarak değerlendirilmeyecektir. Bu husus Amerika'da devletin negatif yükümlülüklerinin pozitif yükümlülüklerinden daha öncelikli görülmesiyle ilişkilendirilmektedir. Esas olan bireylerin, kamu gücü kullanılan eylemlere karşı korunmasıdır (Yüksel, 2019: 440). AİHM sisteminde ise ifade özgürlüğü, devletin negatif yükümlülüğünün yanında pozitif yükümlülüklerinin dolaylı etkisinin olduğu alan olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple AİHM, devletin bireylerin ifade özgürlüğünü koruması için önlem almasını öngörmekte ve bireylerin bu özgürlüğünü kamu gücü kullanılmaksızın yapılan eylem ve işlemlere karşı da koruması gerekliliğini kabul etmektedir (Heller ve van Hoboken, 2019: 10).

İnternetin ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile yalan ve yanlış bilgiler ihtiva eden içerikler ve bunların hukuki durumları yeni bir boyut kazanmıştır. Son birkaç yıllık dönemde ülkemiz de dahil olmak üzere pek çok Avrupa ülkesinde sosyal medyanın düzenlenmesine yönelik yasalar çıkarılmaktadır. Amerika, sosyal medyanın sınırlanması düşüncesinden uzak olmakla birlikte özellikle, yalan haberlerin yayılım ve etkisinin internetle birlikte artarak adeta bir salgına dönüşmesiyle (*fake news epidemic*) yalan ve yanlış beyanların anayasal korunması konusu yeniden gündeme gelmiştir. Bu sebeple Almanya'nın sosyal medya konusunda yaptığı düzenlemeler Amerika tarafından takip edilmektedir. Bununla birlikte Amerika'da, Alman Sosyal Medya Kanunu'na benzer bir kanun çıkarılması durumunda Yüksek Mahkeme içtihatları karşısında bu yasanın Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirileceği belirtilmektedir (Finnegan, 2021: 580).

Alman Anayasası'nın (Basic Law) 5. maddesi ifade özgürlüğünü ve kısıtlamalarını düzenlemektedir.⁴ Bu bağlamda, Almanya'da da ifade özgürlüğü mutlak bir hak olarak kabul edilmemektedir. Alman hukukunda yalan beyanların anayasal düzlemde korunması gibi bir tartışma söz konusu değildir. Ayrıca, herhangi bir yasaklamaya tabi olmayan koruma altındaki ifadeler dahi, diğer hak ve özgürlüklerle birlikte değerlendirilerek bir denge testine tabi tutulmaktadır (Finnegan, 2021: 581-582). Bu denge testine göre, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması belirli derecelendirmeler üzerinden yapılmaktadır. Hak ve özgürlüklerin kapsamı, çekirdek alan, kişisel alan ve sosyal alan olmak üzere bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Kişinin düşünceleri, hisleri yahut günlük ya da mektupları çekirdek alanı oluşturmaktadır. Bu alan mutlak ve dokunulmaz olarak kabul edilmektedir. Bireyin özel hayatındaki faaliyetleri ise diğer haklarla dengelenmek suretiyle kısıtlamalara tabi tutulabilir. İş ve siyasal faaliyetlerinin de içerisinde olduğu sosyal alan ise en az korumaya tabi olan hak ve özgürlük alanı olarak değerlendirilmektedir (Kraski, 2017: 934-935).

Alman hukukunda, değerler arasında bir hiyerarşi olduğu düşüncesi benimsenmiştir. Buna göre, insan onuru, özgürlük, demokratik düzenin korunması, demokratik bütünlük, eşitlik, fiziksel bütünlük gibi değerlerin ifade özgürlüğüne göre öncelikli olduğu durumlar bulunabilir. Bu, Amerika'daki yaklaşımdan oldukça farklıdır. Amerika'da diğer değerlerle karşılaştırıldığı durumlarda ifade özgürlüğünün çoğunlukla galip geldiği belirtilmektedir. Özetle Amerikan ve Alman hukuku ifade özgürlüğü konusunda iki önemli farklılık içermektedir. İlki Alman hukukunda daha fazla sınırlama sebebi açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık Amerikan hukukunda daha az sayıda ve sınırlı nitelikte sınırlama kategorileri kabul edilmiştir. İkincisi, Alman Anayasası'nda haklar objektif olarak sınırlandırıldığından, Mahkeme farklı hak ve özgürlükler arasında dengeleme testi (*balancing test*) uygulamakta ve bu karşılaştırmada ifade özgürlüğü genellikle mağlup olmaktadır. Oysa bu durum Amerikan hukukunda tam tersi şekilde gerçekleşmektedir (Finnegan, 2021: 593).

⁴ Alman Anayasası 5. madde: (1) Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engellemeden, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz. (2) Bu haklar, genel yasaların hükümleri, gençliğin korunması hakkındaki yasa hükümleri ve kişisel şeref hakları ile sınırlıdır. (3) Sanat ve bilim, araştırma ve öğretim serbesttir. Öğretim özgürlüğü Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

SONUÇ

Amerikan Anayasası'nın ifade özgürlüğünü düzenleyen maddesi “Kongre kanun çıkartamaz (...*shall make no law...*)” şeklinde olumsuz bir emir ile başlamaktadır. AİHS'in ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesinin ikinci fıkrası, “bu özgürlüklerin kullanılması... bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir (...*may be subject to ...*)” şeklinde, sınırlamaya izin ve yetki verici ifadeyle oluşturulmuştur. Bu karşılaştırma dahi tek başına iki sistem arasındaki temel anlayış farklarına ilişkin ipuçları içermektedir. Zira bir hukuk metni söz konusu olduğunda seçilen sözcüklerin, cümle yapısının ve ifade tarzının düzenlemenin temelindeki anlayışla ilişkili olması doğaldır. Amerika'da ifade özgürlüğü geniş, sınırlamalar ise oldukça dar yorumlanmaktadır. AİHS, Amerikan Anayasası'na nazaran sınırlama gerekçelerini oldukça geniş kapsamlı kavramlarla ifade etmektedir. Takdir edileceği üzere hakaret, yakın ve gerçek tehdit, dolandırıcılık gibi kavramlar kamu düzeninin korunması, toprak bütünlüğünün korunması gibi sınırlandırma sebeplerine karşı daha somut ve belirlenebilir niteliktedir.

Amerikan ifade özgürlüğü doktrinindeki “nefes boşluğu (*breathing space*)”, “fikirlerin serbest piyasası (*marketplace of ideas*)” ve “caydırıcı etki (*chilling effect*)” argümanları, özgürlüklerin genişletici yoruma tabi olması hususunda özgün niteliktedir. AİHS sisteminde bu kavramlarla gerçekleştirilen tartışmanın “demokratik bir toplumda sınırlamanın gerekliliği” başlığı altında analiz edildiği söylenebilir. Amerikan Anayasası, ifade özgürlüğünü kısıtlayacak hiçbir şart öngörmemiş, ancak bu özgürlüğün sınırsız olamayacağı ve hangi şartlarda sınırlanmanın mümkün olabileceği içtihatlarla düzenlenmiştir. İchtihatlarla yaratılan sınırlama alanları da oldukça dar bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu durum Kıta Avrupası uygulamasına yabancı olan, yanlış ve yalan ifadelerin hukuken korunmasının tartışıldığı ve ilk bakışta absürt olarak değerlendirilebilecek bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Ancak Amerika'nın siyasi ve ekonomik felsefesine hâkim olan arz-talep anlayışı göz önünde bulundurulduğunda fikirlerin serbest piyasası içerisinde doğrunun kendiliğinden ortaya çıkacak bir değer olarak kabul edilmesinin bu genel felsefeyle uyumlu olduğu görülmektedir.

2012 yılında verilen Alvarez kararı ile yanlış ve yalan ifadelerin başka bir suçun işlenmesi amacıyla söylenilmediği yahut herhangi bir zarar doğurmadığı durumlarda, sırf yanlış olduğu için sınırlanamayacağı açık bir biçimde ortaya konulmuştur.

Ancak, *false speech* literatüründeki içtihatların, yaygınlığı ve etki alanı gittikçe artan sosyal medya aracılığıyla yayılan yalan ve yanlış bilgilerden kaynaklanan problemlerin çözümünde yetersiz kalacağı, bunun için de daha somut ve kesin düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu ifade edilmektedir. Gerçekten de teknolojinin geldiği nokta itibariyle bilginin yayılma hızı ve bu hızlı bilginin yarattığı etkinin kat be kat artması neticesinde Alvarez içtihadının güncel meseleler için emsal değeri tartışmalı hale gelmiştir.

KAYNAKÇA

- Centel, N. (2001) Cezanın Amacı ve Belirlenmesi, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 337-372.
- Chemerinsky, E. (2018) Keynote Address: Fake News, Weaponized Defamation and The First Amendment, *Southwestern Law Review*, Vol. 47, 1-15.
- Druzin, B. H./Li, J. (2017) Yalan Söyleme Eyleminin Suç Olarak Öngörülmesi: Eğer Mümkün İse Hangi Şartlar Altında Yalan Söylemek Suç Olarak Öngörülebilir? (Çev. Nagehan Kırkbeşoğlu), *Küresel Bakış*, Yıl:8, Sayı:23, 1-50.
- Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, 27.09.2021 tarihinde <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf> adresinden alınmıştır.
- Finnegan, B. (2021) The Cost of Free Speech: Combating Fake News or Upholding the First Amendment? *University of Miami Law Review*, Vol 75, No 2, 572-619.
- Guzelian, C. P. (2010) True and False Speech, *Boston College of Law*, Vol. 51, 669-718.
- Heller, B./ van Hoboken J. (2019) Freedom of Expression: A Comparative Summary of United States and European Law, Transatlantic Working Group, 18 Eylül 2021 tarihinde https://www.ivir.nl/publicaties/download/TWG_Freedom_of_Expression.pdf adresinden alınmıştır.
- Hudson, D. L. Jr. Content Neutral, 16 Eylül 2021 tarihinde *The First Amendment Encyclopedia*: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/937/content-neutral> adresinden alınmıştır.
- Killion, L. V. (2019) The First Amendment: Categories of Speech, Congressional Research Service Reports, 16 Eylül 2021 tarihinde Congressional Research Service (CRS): <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/IF/IF11072> adresinden alınmıştır.
- Kontoğlu, S. (2018) Alman Sosyal Medya Kanunu, *Küresel Bakış*, Yıl:8, Sayı:24, 143-150.
- Kraski, R. (2017) Combating Fake News In Social Media: U.S. and German Legal Approaches, Vol. 91, No. 4, 923-955.
- Mill, J. S. (2003) Hürriyet Üstüne, Çev. Mehmet Osman Dostel, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara.
- Özbey, Ö. (2013) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları, *TBB Dergisi*, No. 106, 41-92.

- Özsoy, Ş. (2005) Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Düşünceyi Açıklama Hakkına İlişkin Standartlar, TBB Dergisi, Sayı 56, 29-47.
- Sunstein, C. R. (2020) Falsehoods and The First Amendment, Harward Journal of Law and Technology, Vol 33, No 2, s. 396-405.
- White, E. G. (2019) Falsity and First Amendment, SMU Law Review, Vol. 72. Issue 3, 513-534.
- Yüksel, İ. (2019) Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi İçtihatlarında Nefret Söylemi, Inonu University Law Review,10(2): 438-451.

Mahkeme Kararları

- Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942), Justia US Supreme Court, 5 Eylül 2021 tarihinde <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/> adresinden alınmıştır.
- New York Times Co. V. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964), Justia US Supreme Court, 5 Eylül 2021 tarihinde <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/> adresinden alınmıştır.
- United States, Petitioner v. Xavier Alvarez, 567 U.S. 709 (2012), Justia US Supreme Court, 1 Eylül 2021 tarihinde <https://www.supremecourt.gov/opinions/boundvolumes/567BV.pdf> adresinden alınmıştır.
- Virginia v. Black, 538 U.S. 343 (2003), Justia US Supreme Court, 5 Eylül 2021 tarihinde <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/343/> adresinden alınmıştır.

İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ BOYUTU

The Inner Dimension of Freedom of Belief

Bengü Merve DERİN TÜRKÖĞLU*

Öz

İnanç özgürlüğü ulusal, bölgesel ve uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan vazgeçilmez haklardan biridir. Demokratik toplumun temel değerlerinden biri olarak kabul edilen bu hak, çoğulcu bir demokrasinin merkezinde konumlandırılmaktadır. İnsan hakları metinlerinde yer alan bu ve benzeri haklar ve özgürlükler yargı içtihatlarıyla yeniden anlamlandırılmaktadır. Hakkın norm alanı ve içkin sınırlarına ilişkin değerlendirme ve analizlerde, bu hakkın söz konusu yeniden anlamlandırmalar tarafından belirlenen kapsamını da göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Başta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) olmak üzere insan hakları belgelerinin yorum ve denetim organları inanç özgürlüğünün iç boyutunun kişiliğin ayrılmaz bir parçası olmasından hareketle bu özgürlüğün, doğasına uygun bir biçimde kısıtlanamayacak bir özgürlük olduğunu vurgulamaktadırlar. Bu özgürlüğün dışa vurumu ise ancak demokratik toplumun gerekleri doğrultusunda kısıtlanabileceği düşüncesinden ha-

Abstract

Freedom of belief is one of the indispensable rights included in national, regional and international human rights documents. Accepted as one of the fundamental values of a democratic society, this right, is positioned at the center of a pluralistic democracy. This right and similar rights and freedoms in human rights documents are re-interpreted by the judicial organs. It is also necessary to take the scope of these rights determined by these re-interpretations into account within the context of the evaluations and, analyzes on the issues of the norm area and imminent limits of the right. Judicial or interpretation bodies of human rights documents, particularly the European Court of Human Rights (ECHR), emphasize that freedom of belief is a freedom that cannot be restricted by its nature, considering that the internal dimension of freedom of belief is an integral part of the personality. The expression of this freedom is built on the idea that it can only be restricted in line with the requirements

* İnsan Hakları ve Eşitlik Uzmanı, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, bengumerve.derinturkoglu@tihek.gov.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5034-0247>.

rekette inşa edilmektedir. İnanç özgürlüğünün düzenlendiği hükümlerin lafzından hareketle yapılan bu yorumlarda söz konusu hakkın iki boyutunun olduğu kabul edilerek terminolojik olarak *forum internum* ve *forum externum* kavramlarına başvurulmaktadır. Bu çalışmanın amacı, inanç özgürlüğü bakımından bu iki alanı birbirinden ayırmanın pratikte oldukça karmaşık olduğu ve *forum externum*a yönelik bir müdahale olarak değerlendirilen bazı kısıtlamaların *forum internum* bakımından etki doğurabileceğini ortaya koymaktır. Bu doğrultuda çalışmada, inanç özgürlüğüne ilişkin uluslararası hukuk düzenlemeleri, Anayasa hükümleri, AİHM ve AYM kararları ile akademik çalışmalar çerçevesinde nitel verilere dayalı bir analiz yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnanç Özgürlüğü, *Forum Internum*, *Forum Externum*, Müdahale, Demokratik Toplum.

of a democratic society. The terms *forum internum* and *forum externum* are used terminologically in these interpretations based on the letters of the provisions regulating the freedom of belief. The aim of this study is to reveal that separating these two areas from each other in terms of freedom of belief is quite complex in practice and that some restrictions, which are considered as an intervention towards the forum externum, may have an impact on the forum internum. In this direction, an analysis based on qualitative data is made within the framework of international legal regulations on freedom of belief, constitutional provisions, ECtHR and Constitutional Court decisions, and academic studies.

Keywords: Freedom of Belief, *Forum Internum*, *Forum Externum*, Intervention, Democratic Society.

GİRİŞ

İnanç özgürlüğü, bireylerin, Tanrı ve dinlerle ilgili özgür bir biçimde seçim yapabilmesi, bir başka deyişle, siyasi yönetimi elinde bulunduranların, diğer bireylerin, yasaların ya da başka bir aracın baskısına maruz kalmaksızın bir dine inanma ve veya inanmamakta özgür olmasıdır (Kaboğlu, 1991: 268). Diğer taraftan bireylerin inanmalarıyla ya da inanmamalarıyla bağlantılı uygulamalar, inanç değiştirme, inancı yaymaya çalışma, inanç doğrultusunda örgütlenme, bir inançtan özgürce ayrılabilme hususları da inanç özgürlüğünün kapsamında yer almaktadır (Özipek, 2011: 208). İnanç özgürlüğü, bir dine bağlı olmama ya da o dinin kurallarına riayet etme hakkını da içermektedir (Dutertre, 2007: 351). Bu doğrultuda inanç özgürlüğü, insan haklarına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki vazgeçilmez bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki inanç özgürlüğünün hukuki belgelerde bulunması gerektiğine dair uzlaşma, bu özgürlükle ilgili uygulamada karşılaşılan sorunların önüne geçememektedir. Son on beş yılda AİHM'nin önüne inanç özgürlüğü çerçevesinde gelen dava sayısındaki artış bu durumun en bariz göstergesidir. Bu eğilimin sosyo-politik mecrada inanç özgürlüğü konusundaki sorunların artmasından kaynaklandığı düşünülmektedir (Avrupa Konseyi, 2020: 9).

İnanç özgürlüğünün yapısı çerçevesinde göz önünde bulundurulması gereken en temel mesele *forum internum* ve *forum externum* arasındaki ayrımdır. Bu kavramlar söz konusu hakkın doğasını anlamak için oldukça önemlidir. Ne var ki literatürde de tartışmalı olan bu kavramların tanımı inanç özgürlüğünün düzenlendiği madde metinlerinde doğrudan yer almamakta; zaman zaman Mahkeme içtihatlarında bu kavramlara yer verilmektedir (Caroline, 2014: 16).

Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHUS) 18'inci maddesinde¹, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 9'uncu maddesinde² yer alan ve AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinde³ de eğitim hakkı bağlamında kendisine yer verilen inanç özgürlüğü hem söz konusu maddelerin lafzında hem de uygulamada devletlerin pozitif ve negatif yükümlülükleri çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu hakkın *forum internum* olarak adlandırılan ilk boyutu bireylerin iç dünyasını ilgilendirmektedir. MSHUS'nin 18'inci maddesinin ve AİHS'nin 9'uncu maddesinin ilk cümleleri herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu hakkın, kişilerin “kalbinde ve aklında” yaşam bulduğu düşüncesinden hareketle devletin yargı yetkisine dâhil olmadığı ve sınırlama rejiminin dışında kalması gerektiği ifade edilmektedir (Harris vd., 2013: 438). Bu

¹ MSHUS'nin 18'inci maddesi şöyledir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile, tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir.

2. Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatmak zorlamaya tabi tutulamaz.

3. Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir.

4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.”

² AİHS'nin “Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü” 9'uncu maddesi şöyledir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

³ AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün “Eğitim hakkı” başlıklı 2'nci maddesi şöyledir:

“Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.”

doğrultuda inanç özgürlüğünün iç boyutunun mutlak haklardan olduğunu belirtmek gerekmektedir.

İnanç özgürlüğünün dış boyutu ise *forum externum* olarak adlandırılan ikinci boyutudur. Bu hakkın ikinci boyutu, “tek başına veya topluca, kapalı veya aleni olarak, dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğüdür.” (Doğru ve Nalbant, 2013: 121). MSHUS’nin 18’inci maddesine göre inanç özgürlüğünün dış boyutunu kişinin tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğü oluşturmaktadır. Benzer bir biçimde AİHS’nin 9’uncu maddesinden çıkan anlama göre bu alan tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü kapsamaktadır. İnancı açığa vurma özgürlüğü ise *forum internum*dan farklı olarak mutlak değildir ve ilgili maddelerde belirtilen nedenlerle sınırlanabilmesi öngörülmektedir.

Çalışmanın temel çabası inanç özgürlüğünün *forum internum* olarak adlandırılan iç boyutunun söz konusu özgürlüğün anlamı bakımından taşıdığı hayati önemi ortaya koymaktır. Bu çabaya *forum internum* ve *forum externum* ayırımının hakkın doğası bakımından taşıdığı risklere ilişkin tartışma eşlik etmektedir. Bu doğrultuda öncelikle *forum internum* ve *forum externum* kavramları ile bunlara ilişkin sınırlama rejimi üzerinde durulacak; ayırımın belirsizliğine değinilecektir. Ardından inanç özgürlüğünün iç boyutuna müdahale oluşturduğu düşünülen uygulamalar AİHM içtihadı ile birlikte inancı açıklamaya zorlanmak, eğitim hakkı ve genel kurallardan inanç nedeni ile muafiyet talebi üzerinden değerlendirilecektir. Son olarak Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesi içtihadı, inanç özgürlüğünün iki boyutuna yönelik yaklaşım merkezinde ele alınmaktadır.

I. İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İKİ BOYUTU

A. SINIRLAMA REJİMİ ÇERÇEVESİNDE FORUM INTERNUM VE FORUM EXTERNUM

İnsanların dinle ilişkilerinin görünümünün onların iç dünyalarında (*forum internum*) ya da dış dünyalarında (*forum externum*) meydana geldiğine dair kabul, inanç özgürlüğüne ilişkin koruma rejiminin düşünsel arka planını oluşturmaktadır. Bu ayırım, inanç özgürlüğüne yönelik hukuki korumanın niteliğini de belirlemektedir. İnanç özgürlüğünün, kişilerin iç dünyalarında cereyan eden durumlarla ilgili olduğunda mutlak bir korumadan faydalanması gerektiği; bu özgürlüğün kişilerin

dış dünyalarına da sirayet eden durumlarla ilgili olduğunda ve üstün değerler arasında bir çatışma ortaya çıktığında ise sınırlanabileceği genel kabul konusudur (Vural, 2014: 59).

Forum internumun koşulsuz korunması, insanların bağlı olmadıkları bir inanca sahip olmaya veya derinden inandıkları inançlarını ifşa etmeye zorlanmasının öz saygılarına ve insan haklarına ciddi biçimde zarar vereceği ilkesini yansıtmaktadır. Bir kişinin dini, ahlaki veya felsefi inancının iç boyutuna herhangi bir zorlayıcı müdahalenin yasaklanması, uluslararası hukukta kölelik veya işkence yasağı ile aynı statüye sahiptir. Bunlar istisnasız, mutlak yasaklardır (Bielefeldt, 2011: 6).

İnanç özgürlüğünün ilk boyutunun mutlak bir hak olması, söz konusu özgürlüğün sınırlama rejimini de AİHS'nin 8'inci maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygının, 10'uncu maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ve 11'inci maddesinde yer alan toplantı ve dernek kurma özgürlüğünün sınırlama rejiminden farklılaştırmaktadır. AİHM'nin Kokkinakis/Yunanistan kararında ortaya koyduğu gibi bu durum din ve vicdan özgürlüğünün niteliğinden kaynaklanmaktadır. Mahkemeye göre 9'uncu maddede ele alınan hakkın özgün niteliği, bu hakka sınırlama getiren paragrafın diline de yansımaktadır. 8'inci, 10'uncu ve 11'inci maddelerin sınırlamaya ilişkin ikinci fıkraları hakkın ele alındığı birinci fıkranın tamamına gönderme yaparken, 9'uncu maddenin hakkın sınırlanmasına ilişkin ikinci fıkrası yalnızca "kişinin dinini veya inancını açıklama özgürlüğüne" atıfta bulunmaktadır. Sınırlamaya ilişkin bu düzenlemenin nedeni ise, birden çok dini inancın varlık gösterdiği demokratik toplumlarda farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancının saygı görmesini sağlamak için bu özgürlüğün kısıtlanması ihtiyacının doğma ihtimalidir (AİHM, 25 Mayıs 1993).

Öte yandan 9'uncu maddeye ilişkin sınırlama nedenleri 8, 10 ve 11'inci maddelerde sayılan sınırlama nedenlerine göre daha azdır. 8 ila 11'inci maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklerden "ulusal güvenlik" nedeniyle sınırlama öngörülme-yen tek madde 9'uncu maddedir (Doğan, 2015: 624).

Dinlerin veya inançların sosyal alandaki tezahürleri biçiminde tanımlanan *forum externumun*, *forum internumdan* farklı olarak, uluslararası hukuk tarafından korunması koşulsuz değildir. Bu nedenle, sınırlama koşullarının din veya inanç özgürlüğünün tüm bireysel ve toplumsal boyutlarında evrensel bir insan hakkı normatif statüsüne sahip olduğu anlayışıyla kanunda açık ve öngörülebilir bir şekilde belirtilmesi

gerekmektedir. Esasen inanç özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanması arasındaki ilişki, kural ve istisna arasındaki bir ilişki olarak görülmelidir. Şüphe durumunda, kuralın geçerli olduğunu, yani gerekli görülen sınırlamaları haklı çıkarmak için ampirik kanıt ve normatif muhakeme sağlama yükümlülüğünün hükümete ait olduğunu vurgulamak önemlidir (Bielefeldt, 2011: 6).

Bu noktada kamu makamları tarafından gerçekleştirilen bir müdahalenin görünümünü ortaya koymak gerekmektedir. Müdahale kavramı bir yandan devletin alabileceği tedbirleri işaret etmektedir. Bu tedbirler işlem, karar veya eylem biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Diğer taraftan devletin bir konuda hareketsiz kalması da müdahale kavramının görünümünden biridir (Doğru ve Nalbant, 2013: 136). İnanç özgürlüğü alanında devletin pozitif yükümlülüğü belirli konularda tedbir almayı gerektirdiğinden, herhangi bir tedbirin alınmaması AİHS'nin 9'uncu maddesi ve MSHUS'nin 18'inci maddesi bağlamında ihlal nedeni olabilir. Devletin tarafsızlık ödevinin bir sonucu olan pozitif yükümlülük inanç özgürlüğünün hayata geçirilmesi konusunda gerekli tedbirleri almasını gerektirmektedir. İnanç özgürlüğünün açığa vurulması konusunda herhangi bir müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra bu müdahalenin her iki Sözleşme çerçevesinde haklı bir müdahale olabilmesi için belirli koşulları taşıması gerekmektedir. Bu koşullar, AİHS lafzıyla hukuken, MSHUS lafzıyla kanunla öngörülmüş olma, madde metinlerinde belirtilen meşru amaçlardan birini taşıma ve demokratik bir toplumda gerekliliktir. AİHM'nin bu konudaki değerlendirmeleri, söz konusu koşulların açıklığa kavuşturulması bakımından yol göstericidir.

Mahkeme meşru bir müdahalenin “hukuken öngörülmüş olması”nı iki gerekliliğe dayandırmaktadır. 1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık davasındaki değerlendirmeler bu iki gerekliliği açıklar niteliktedir. Öncelikle söz konusu norm “yeterince erişilebilir” olmalıdır. Diğer bir deyişle, vatandaşların bir olayda uygulanacak hukuk kurallarının geçerliliği hakkında bir göstergeye sahip olmaları gerekmektedir. Mahkemenin hukuken öngörülme koşuluyla ilgili aradığı ikinci gereklilik ise yürürlükteki normun “vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine imkân verecek açıklıkta formüle edilmesi”dir (AİHM, 26 Nisan 1979).

AİHM'ye göre hukukun yürütmeye tanınan takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama koşullarını yeterli açıklıkta tanımlaması gerekmektedir. Yürütmeye tanınan takdir yetkisinin sınırsız boyutlara ulaşabileceği aksi durumlarda hukukun üstün-

lügen ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Hukuken öngörülme tartışmasına ilişkin önemli noktalardan birisi de uygulanan düzenlemenin niteliğidir (Doğru ve Nalbant, 2013: 137).

Mahkeme “kanun” terimini “şekli” bir biçimde değil “özü” itibarıyla ele almaktadır. Bu doğrultuda Mahkeme, “kanundan daha alt düzeydeki kararname ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri kapsayan yazılı hukuku ve yazılı olmayan hukuku da” kanun kavramının içinde değerlendirmektedir. Öte yandan içtihat hukuku da yürürlükteki mevzuat kadar “kanun” kavramının unsurudur. Dolayısıyla Mahkemeye göre kanun kavramı, yürürlükte olan ve yargı organlarının hükümlerine dayanak teşkil eden düzenlemelerin bütünüdür (AİHM, 10 Kasım 2005).

Kamu makamları tarafından yapılan bir müdahale, hukuken öngörülmüş olma koşulunun yanı sıra meşru amaçları da izlemek durumundadır. Meşru amaçlara ilişkin AİHS ve MSHUS’de çizilen çerçeve aynı hususları kapsamaktadır. Bu doğrultuda inanç özgürlüğüne yönelik bir müdahale “kamu güvenliği”, “kamu düzeni”, “genel sağlık veya ahlak” ve “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” amaçlarından en az birini gerçekleştirmek için yapıldığı durumlarda meşru kabul edilebilecektir. Madde metinlerinde sınırlı olarak sayılan bu amaçlar dışında herhangi başka bir amaçla taraf devletler inanç özgürlüğüne müdahalede bulunamaz. Sayılan sınırlama nedenleri göz önüne alındığında kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlakın sınırlama nedeni olmasındaki amacın kamunun üstün çıkarlarını korumak iken diğer sınırlama nedeninin amacının başkalarının haklarını korumak olduğu görülecektir. Ancak, inanç özgürlüğü üzerine düşünürken kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlak kavramlarının muğlak kavramlar olduklarını ve “başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak” söz konusu olduğunda inanç özgürlüğünün alanını belirlemenin oldukça zor olabileceğini hatırlamak gerekmektedir (Harris vd., 2013: 447). AİHM tarafından burada söz konusu hakların kime ait olduğu, ilgili hakkın kullanımının bireylere olan uzaklığı/yakınlığı ve bu hakkın kullanımının/kullanılmamasının her iki tarafa yönelik zararları ve etkileri değerlendirilmektedir.

Sınırlama rejiminde değerlendirilmesi gereken üçüncü koşul ise “demokratik bir toplumda gerekli olma” koşuludur. Mahkemenin değerlendirmelerinde sınırlamanın yasallığına ilişkin tartışmadan ziyade yasayla öngörülen sınırlamanın “demokratik

bir toplumda gerekliliği” ön plandadır. Mahkeme bu konuyu “ölçülülük” ilkesiyle değerlendirmektedir. Mahkemeye göre meşru bir müdahaleden söz edebilmek için, müdahalenin “acil bir ihtiyaca karşılık gelmesi”, “elverişli olması” ve “amaçlanan sonuç bakımından orantılı olması” gerekmektedir (Vural, 2012: 441).

Demokratik toplumda gerekli olma koşulunu değerlendirirken AİHM’nin başvurduğu bazı ölçütler bulunmaktadır. Mahkemenin bu değerlendirmeleri yaparken motivasyonu öncelikle farklı grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı sağlamaktır. Bu çerçevede Mahkeme, çoğulculuk ilkesinin üzerinde durmakta ve demokratik toplumda geçerli olan uzlaşma rejimini sağlamak üzere kişilerin haklarını kullanırken onlardan fedakârlıkta bulunmalarının beklenebileceğini belirtmektedir. Mahkemenin demokratik bir toplumda gerekli olma koşulunu değerlendirirken başvurduğu bir diğer ölçüt ise devletlerin takdir alanıdır. Mahkeme bu konuda toplumların içinde dinsel olguya bakış farklılıkları olduğu gerçeğini dikkate alarak devletlere geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Burada önemli olan takdir yetkisinin de sınırsız olmadığı vurgulanmasıdır. Dinsel çoğulculuğun ortadan kalkması ile devletin tarafsız ve nesnel davranmaktan uzaklaşması takdir yetkisinin sınırlarını belirleyen en önemli durumlardır (Doğru ve Nalbant, 2013: 139-140).

B. AYRIMIN BELİRSİZLİĞİ

Her ne kadar AİHM inanç özgürlüğünü, bu özgürlüğe yönelik müdahalenin *forum internum* ve *forum externuma* yönelik olmasına göre farklı ele alsada bu iki alanın birbirinden ayrılması pratikte her zaman kolay görünmemektedir. Mahkemenin ya da Komisyonun bu konuya ilişkin herhangi bir açıklaması dahi mevcut değilken, inançların ve bunların açığa vuruluş biçimlerinin birbirinden farklı ve ayırt edilebilir kavramlar oldukları tezi tartışmalıdır (Evans, 2003: 74). Bir görüşe göre kişilerin inançlarını yaşamalarının önünde bir engel olmadıkça 9’uncu maddenin birinci fıkrası ihlal edilmeyecektir. Bu görüş, *forum internumun* kapsamını görece dar bir biçimde ele almaktadır. Bir diğer görüşe göre ise *forum internumun* kapsamı aslında oldukça geniştir. Bu nedenle devletin *forum internuma* müdahalede bulunabileceği incelikli yollar söz konusu olabilecektir. AİHM’in değerlendirmelerine bakıldığında *forum internumun* ilk bakış açısına uygun bir biçimde ele alındığı görülmektedir (Harris vd., 2013: 438).

Mahkemenin bu yaklaşımına rağmen, bireylerin günlük hayatlarındaki davranışları kimliklerini oluşturan bütün unsurların yansımasıdır. Şüphesiz, inanç da kişilerin kimliklerini oluşturan faktörlerden birisidir. Din ve inanç kavramlarının tartışılmaya başlanması insanlık tarihiyle eş zamanlıdır. Söz konusu kavramlar, siyasi yönetimlerin meşru veya gayri meşru olduklarına dair kabulde, bireylerin hem siyasal alana hem de toplumsal alana nüfuz eden davranışlarında ve ahlak algısının belirlenmesinde önemli rol oynamıştır (Arslan, 2005: 1). Konuya bu açıdan yaklaşıldığında H.A. Freeman'ın şu tespiti oldukça önemlidir: “*Dinler sadece bir inanç meselesinden ibaret değildir; dinler birer yaşam biçimidir, birer eylemdir*” (Freeman, 1958: 826). Donna Sullivan'a göre ise birçok dini inanç ve doktrin, sosyal davranış ve sorumluluk kuralları belirler ve inananların bunlara göre hareket etmesini gerektirir (Evans, 2003: 75). Bu nedenle, pratikte *forum internum* ve *forum externum* yakından ilişkilidir ve genellikle bir bütün olarak görülmesi gerekmektedir (Bielefeldt vd., 2016: 82).

Forum internum ve *forum externumun* iç içe geçmiş olması ve sınırlarının belli olmaması inanç özgürlüğünün mutlak olduğu *forum internuma* yönelik ihlallerin de *forum externuma* yönelik sınırlama olarak değerlendirilebilmesi ve bu sınırlamaların bireylerin iç dünyalarında yarattığı etkinin göz ardı edilmesi yönünde bir sakınca oluşturmaktadır. *Forum internumun* ihlaline yol açabilecek durumları Bahiyyih G. Tahzib şöyle örneklendirmektedir: “*Belirli bir dine ya da inanca sahip olmak ya da olmamak nedeniyle ayrımcılık yapmak; bazı din veya inançlara mensubiyeti kanunla yasaklamak; bir kişiyi dinini veya inancını açıklamaya zorlamak veya kişinin iradesi olmadan dinini veya inancını açığa çıkarmak; bireylere dini veya diğer inançlarına ve cemaatlerine uymaya zorlamak için veya din veya inançlarını değiştirmeleri için fiziksel güç tehdidi veya cezai yaptırım uygulamak*” (Tahzib, 1996: 26). Bu uygulamaların *forum internumu* hedef aldığı genellikle kabul görmektedir. Bu konuda tartışılması gereken mesele ise bu fiillerin hangi araçlarla gerçekleştirildiğidir. Zira bu konuda kullanılan herhangi bir araç *forum externuma* yönelik bir müdahale olduğu ileri sürülerek demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilmektedir. Ancak böyle bir durumda müdahalenin, kişilerin iç dünyalarında hiçbir sonuç doğurmadığını ileri sürmek mümkün görünmemektedir. Bir inancın izhar edilmesine ilişkin her şey aslında o inancı yaşayan kişinin iç dünyasıyla doğrudan ilişkilidir. Mahkemenin benzer olaylardaki farklı değerlendirmeleri bu iki alanı birbirinden ayırmanın ne denli güç olduğunun en bariz göstergesidir.

II. AİHM İÇTİHADINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ BOYUTUNA YÖNELİK MÜDAHALELER

A. İNANCI AÇIKLAMAYA ZORLANMAK

9'uncu maddenin koruma altına aldığı *forum internumun* kapsamı içinde kalan haklardan birisi kişilerin inançlarını açıklamaya zorlanamamalarıdır. Bu konuda AİHM'nin önüne gelen en önemli davalardan birisi 1998 yılında karara bağlanan *Buscarini ve diğerleri/San Marino* davasıdır. Bu davada San Marino Parlamentosuna milletvekili olarak seçilen üç kişi göreve başlamadan önce Seçim Yasası'na dayanan kararnamede yer aldığı biçimde İncil üzerine yemin etmek istememelerine rağmen eğer bu yemini etmezlerse milletvekillikleri düşeceği için yemin etmek zorunda kalmışlardır. Ardından bu uygulamayı AİHS'nin 9'uncu maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle dava konusu etmişlerdir. Başvurucular söz konusu uygulamanın 9'uncu maddeye aykırı bir biçimde temel bir siyasi hakkın kullanılmasının belirli bir inancın kamuya açıklanmasına konu edildiğini iddia etmişlerdir. Bu yönüyle başvurunun inanç özgürlüğünün iç boyutunun ihlaline ilişkin olduğunu söylemek gerekmektedir. Ancak davaya ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme olayın Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde ele alınması gerektiğine karar vermiştir. Bu doğrultuda da bu yeminin demokratik toplumda gerekli olmadığını değerlendirerek *forum externuma* yönelik bir ihlal olduğuna karar vermiştir (AİHM, 18 Şubat 1999).

Mahkeme benzer bir konuya ilişkin 2008 tarihli *Alexandridis/Yunanistan* davasında ise inanç özgürlüğünün iç boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir. Davaya konu olan olayda avukatlık yapmak için yasalar çerçevesinde İncil üzerine yemin etmesi gereken başvurucudan Ortodoks Kilisesine mensup olmadığını bildirmesi istenmiştir. Mahkeme bu durumun kişinin dinini açıklamama özgürlüğünün bir ihlali olduğunu değerlendirmiştir (AİHM, 21 Şubat 2008). Mahkemenin sergilemiş olduğu bu farklı yaklaşım inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutlarına yönelik yaklaşımın değişebildiğini gösterir niteliktedir.

B. EĞİTİM HAKKI BAĞLAMINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ VE DIŞ BOYUTLARI

İnanç özgürlüğünde devletlere düşen pozitif yükümlülüklerden birisi de kişilerin inançlarını oluşturabilmek için ihtiyaç duydukları özgür düşünce ortamını oluşturmaktır. Bu nedenle "endokrinasyon" olarak adlandırılan ve kişilerin inançlarını

oluşturmak için ihtiyaç duydukları özgür düşünce ortamını ve zamanı onlara bırakmaksızın sistemli telkin yoluyla belirli bir inancı benimsetmeye çalışmak da *forum internumun* ihlali anlamına gelecektir. Bu alanda karşımıza çıkan en tartışmalı konu ise din eğitimidir. İnanç özgürlüğü ile eğitim hakkı arasındaki bağlantı hem MSHUS’de hem de AİHS’de ailelerin ve vasilerin talepleriyle bağlantılı olarak ortaya konulmuş durumdadır.

MSHUS’nin 18’inci maddesinin dördüncü fıkrasında Sözleşme’ye Taraf Devletlerin anne-babalar ile eğer mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun bir biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı duymasını öngörmektedir. AİHS’de ise bu konuya ilişkin düzenleme Ek 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasına saygı gösterir. Bu konuda Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin inanç özgürlüğüne ilişkin 22 No’lu Genel Yorumunun 6’ncı paragrafında devlet okullarında, “genel din ve ahlak tarihi konulu derslerin verilebileceği; ancak bunun tarafsız ve objektif şekilde olması gerektiğinin” altı çizilmektedir. Komiteye göre bu özgürlük 18’inci maddenin birinci paragrafında belirtilen herkesin istediği dini ya da inancı öğretme özgürlüğünün güvence altına alınmasıyla ilgilidir. Ayrıca Komite devlet okullarında sadece belirli din veya inancın gereklerini öğretme şeklinde bir eğitimin de olabileceğini; ancak bu durumda ailelerin veya vasilerin taleplerine cevap veren ayrımcılık teşkil etmeye muafiyet imkânları veya alternatifler sunulması gerektiğini belirtmiştir.

AİHS’nin 9’uncu maddesiyle Ek 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesi arasında bir koşutluk bulunmasına rağmen AİHM, bu meseleleri genellikle 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesi kapsamında ele almaktadır (Harris vd., 2009: 441). Mahkemenin bu yaklaşımında eğitim konusunda 1 No’lu Protokol’ün 2’nci maddesinin *lex specialis* olması etkili olmaktadır. Folgerø/Norveç davasında başvurucular, çocukları olaylar döneminde ilkokula giden ve Norveç Humanist Derneği üyesi olan velilerdir. 1998 yılındaki yasa değişikliğinden önce müfredatta Hristiyanlık ve hayat felsefesi olmak üzere iki ayrı ders varken ve veliler istedikleri takdirde çocuklarının Hristiyanlık dersinden muaf tutulmasını talep edebiliyorken yeni yasal düzenleme ile bu iki dersin yerine gelen Hristiyanlık, din ve felsefe (KRL) dersinden, veliler ancak kendi dinlerine veya hayat felsefelerine uymaması halinde çocukları için muafiyet talep edebileceklerdi. Bu dersin tamamından muaf tutulmak isteyen velilerin taleplerinin karşılık

görmemesi üzerine Mahkemenin önüne gelen davada Mahkeme, kısmi muafiyet mekanizmasının velilere ağır bir yük yükleyebilecek, özel hayatlarının gereksiz yere ifşa edilmesine neden olacak ve velileri muafiyet talebinde bulunmaktan vazgeçirebilecek bir mekanizma olması gerekçesiyle 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (AİHM, 29 Haziran 2007). Mahkeme her ne kadar eğitim hakkı bağlamında bir değerlendirme yapmış olsa da ebeveynlerin eğitim konusundaki taleplerinin ve devletin eğitim politikalarının çocukların iç dünyalarındaki etkilerini de göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Mahkeme bu yaklaşımla ihlalin konusunun *forum internum*la olan bağıni değerlendirmeye almamaktadır.

Ancak Mahkeme Lautsi/İtalya (AİHM, 18 Mart 2011) ve Leyla Şahin/Türkiye (AİHM, 10 Kasım 2005) davalarında olduğu gibi, kimi zaman inanç özgürlüğüne ilişkin benzer müdahalelerin 1 No'lu Protokol'ün 2'nci maddesine dahi aykırılık teşkil etmediğini değerlendirmekte ve konuyu devletlerin takdir alanı içinde görmektedir. Mahkemenin bu yaklaşımı, kimi zaman endoktrinasyon faaliyetlerinin bireylerin iç dünyalarındaki etkilerinin gölgede kalması ve devletlerin takdir alanı içinde değerlendirilmesi riskini beraberinde getirmektedir.

C. GENEL KURALLARDAN İNANÇ NEDENİ İLE MUAFİYET

Devlet, kimi zaman vatandaşlarından dinlerine veya inançlarına aykırı eylemleri yerine getirmelerini istemekte, vatandaşlarının bunları reddetmeleri durumunda da cezalandırma yöntemlerine başvurabilmektedir. Her ne kadar bu durumun inancın açığa vurulma biçimleriyle ilgili olduğu savunulsa da konunun kişilerin iç dünyasına yönelik etkileri de olabilmektedir. Bazı durumlarda Devletin bireyden inandığı dinin emirlerine karşı hareket etmesini istemesinin veya vicdanına aykırı gelen kuralları yerine getirmeyi reddetmesini cezalandırmasının *forum internum* anlamında da sonuçları olabilmektedir (Evans, 2001: 76).

Valsamis/Yunanistan (AİHM, 18 Aralık 1996) davası, Mahkemenin önüne bu konuda gelen ilk davadır. Elias ve Maria Valsamis ile o dönemde ortaokula gitmekte olan kızları Victoria Yehova Şahidi'dir. Valsamis çifti kendi inançlarının temelinde yatan pasifizme aykırı unsurlar içerdiği gerekçesiyle kızlarının din eğitimi verilen derslerden, Ortodoks Kitle ve milli bayram kutlamaları ve halka açık yürüyüşler de dâhil olmak üzere dini inançlarına aykırı herhangi bir olaydan muaf tutulmasını talep etmişlerdir. Bunun üzerine Victoria din derslerinden ve Ortodoksluk inancının gerektirdiği ritüellerden muaf tutulmuştur. Ancak Ekim 1992'de Yunanistan ile

Faşist İtalya arasındaki savaşın başladığı tarihin kutlanacağı 28 Ekim ulusal gününe katılmayacağını bildirdiği için okul idaresi tarafından kendisine bir gün okuldan uzaklaştırılma cezası verilmiştir. Mahkeme konuya ilişkin değerlendirmesinde Komisyon, 9'uncu maddenin genel olarak ve tarafsız bir şekilde uygulanan disiplin kurallarından muafiyet hakkı vermediğini ve bu davada başvuranın dininin veya inancını açığa vurma özgürlüğüne müdahale edilmediğini belirtmiştir. Bu davada başvuru bu tarz uygulamaların iç âlemlerini etkilediğini ileri sürseler de Mahkemenin yaklaşımı müdahalenin özgürlüğün dış âlemine yönelik olduğu yönünde olmuştur.⁴

Bireylerin inançları ile devletlerin yasal düzenlemelerinin en çok çeliştiği durum zorunlu askerlik hizmeti ile vicdani ret arasında doğan gerilimdir. Askerlik hizmetinin zorunlu hizmet olduğu ülkelerde yurttaşların askerlik hizmetini yerine getirmek istememeleri doğal olarak, bütün yurttaşlar için geçerli olan genel kurallardan dini, felsefi veya politik nedenlerle muaf tutulma talebi anlamına gelmektedir. Kişinin mecburi bir uygulamaya vicdanının sesini dinlemesi nedeniyle karşı çıkması vicdani ret olarak tanımlanmaktadır (Mızrak, 2015: 118). Askerlik hizmetini yerine getirmeyenlerin tarihsel olarak öncelikle dini saiklerden hareket ettikleri görülmektedir. Vicdani reddin günümüzde en yaygın sebebi Yehova Şahitliği'dir (Sevinç, 2010: 253).

Vicdani ret konusunda devletlerin tutumu farklılaşmakla birlikte gelinen aşamada Avrupa Konseyi üyesi devletlerde Azerbaycan ve Türkiye hariç olmak üzere genel olarak kabul görmektedir. İnanç özgürlüğü açısından bu hak, ne AİHS'nin 9'uncu maddesinde ne de MSHUS'nin 18'inci maddesinde düzenlenmiş değildir. Ancak Bayatyan/Ermenistan (AİHM, 7 Temmuz 2011) davasındaki Büyük Daire kararı ile birlikte AİHM'nin gelişen içtihadı vicdani reddin de AİHS'nin 9'uncu maddesi kapsamında yer aldığını ortaya koymuştur.⁵

⁴ Darby/İsviçre (AİHM, 23 Ekim 1990) ve Kalaç/Türkiye(AİHM, 1 Temmuz 1997) davaları da inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutlarının bireyler tarafından algılanışı ile devletler tarafından ele alınışı açısından AİHM'nin önemli değerlendirmelerini içermektedir.

⁵ AİHM'nin vicdani ret konusunda önüne gelen davalardaki değerlendirmesi Bayatyan Davası'nda verilen Büyük Daire kararına kadar temelde bu konunun Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde yer alan "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" başlıklı üçüncü fıkrasının (b) bendiyle ilgili olduğu yönündedir. Bu hükme göre "Askeri nitelikte bir hizmet veya inançları gereğince askerlik görevini yapmaktan kaçınan kimselerin durumunu meşru sayan ülkelerde, bu inanca sahip kimselere zorunlu askerlik yerine gördürülecek başka bir hizmet" zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Bayatyan Davasına konu olayda Ermenistan yurttaşı olan başvuru Yehova Şahidi olduğunu belirterek zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmayı istemiş ve bunun yerine başka bir kamu hizmetini yerine getirebileceğini ifade etmiştir. Buna rağmen kendisine gelen askerlik çağrı belgesine rağmen teslim olmuş ve kaçmıştır. Bunun üzerine Ermenistan hükümeti başvuru aleyhine ceza davası açarak hukuki süreci başlatmıştır. AİHM önüne gelen davada ilgili Daire yerleşik içtihadı uygun bir biçimde 9'uncu maddenin inanç ile ilgili nedenlerle askerlik hizmetini yerine getirme hakkını güvence altına almadığını ve dolayısıyla bu hükmün bu davada uygulanamayacağı kanaatine varmıştır. Büyük Daire ise verdiği kararda vicdani redde ilişkin uluslararası hukukta meydana gelen gelişmeleri de dikkate alarak Sözleşme'nin canlı bir belge olduğuna da vurgu yaparak vicdani reddi Sözleşme'nin 9'uncu maddesinin birinci fıkrası açısından ele almıştır. Mahkemeye göre başvuru askere gitme yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı mahkûm edilmesi, başvuru için 9'uncu maddesinin birinci fıkrası ile güvence altına alınan dinini açığa çıkarma özgürlüğünün kullanımına bir müdahale oluşturmaktadır. Mahkeme, bu davada Yehova Şahidi olan başvuru kendi kişisel çıkarı veya kişisel kolaylığı için değil ama sağlam dini inançları nedeniyle askerlikten muaf hale getirilme talebinde bulunduğunu belirtmiştir. Tüm toplumun genel çıkarı ile başvuru çıkarı arasında makul denge bulunmamasından dolayı demokratik bir toplumda gerekli bir tedbir olmadığı gerekçesiyle Ermenistan'da alternatif hizmetin bulunmamasından dolayı başvuru cezalandırılmasını öngören düzenlemelerin 9'uncu madde bakımından ihlale neden olduğu sonucuna varmıştır (AİHM, 7 Temmuz 2011).

İnsan Hakları Komitesi de MSHUS'nin 18'inci maddesine ilişkin 22 No'lu Genel Yorumu'nun 11'inci paragrafında Sözleşme'nin açıkça vicdani ret şeklinde bir hakka yer vermediğini; ancak öldürücü silah kullanma zorunluluğunun, inanç özgürlüğü ve dini veya inancı ortaya koyma hakkıyla ciddi şekilde çatışması durumunda 18'inci maddenin bu şekilde bir hakka yer verdiğinin düşünülebileceğini belirtmiştir.

Bu çerçevede inanç özgürlüğünün koruma alanı içinde olan vicdani ret hakkı kişilerin iç dünyalarına aykırı herhangi bir eylem yapmak istememeleri anlamına gelmektedir. Bu hakkın inanç özgürlüğünün sınırlama nedenleri çerçevesinde değerlendirilmesi bu yapmama isteminin inancın bir dışı vurumu olarak değerlendirilmesiyle ilgilidir. Ancak inancın dışı vurumunun kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık veya ahlak ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için

sınırlandırılabilceği düşünöldüğünde bir inancın ritüelini yapma, uygulamalarını yerine getirmek gibi eylemlerle bir inancın yasakladığı eylemi yapmak istememek farklı kategorilerde değerdendirilmeyi hak etmektedir. İlkinde taraf devlet inancın dışı vurumunu demokratik bir toplumda zorunlu ise yasayla sınırlandırabilirken ikincisinde kişiyeye inancının yasakladığı bir davranış devlet tarafından zorla yaptırılmaktadır. Bu durumun sonucunda yalnızca inanç özgürlüğünün açığa vurulma biçiminin sınırlandırıldığını ileri sürmek bu sınırlamanın bireylerin manevi iç dünyasında yarattığı etkileri görmezden gelmek ve mutlak olarak korunan bu alanı ihlal etmek anlamına gelecektir.

III. ANAYASA'DA VE ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADINDA İNANÇ ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İÇ BOYUTU

AİHS'de ve MSHUS'de “Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü” biçiminde kendine yer bulan inanç özgürlüğü Anayasa'da “en az iki farklı maddede düzenlenmiştir.” (Şirin, 2018: 92). Adı geçen sözleşmelerde yer alan özgürlük Anayasa'nın 24'üncü maddesinde düzenlenen “Din ve vicdan hürriyeti” ile 25'inci maddesinde düzenlenen “Düşünce ve kanaat hürriyetine tekabül etmektedir. “Din ve Vicdan Hürriyeti” başlığını taşıyan 24'üncü maddede inanç özgürlüğünün ele alınışı AİHS ve MS-HUS'ye benzerdir. Bu maddenin lafzından da kolaylıkla inanç özgürlüğünün iki alanının bulunduğu anlaşılmaktadır. Herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahip olduğunun belirtildiği maddede “*Kimse ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz*” hükmü ile forum internumun mutlaklığına vurgu yapılırken “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir” hükmü ile de forum externuma yönelik sınırlandırmanın mümkün olabileceği ifade edilmektedir.

Anayasa'nın “Düşünce ve kanaat hürriyeti” başlıklı 25'inci maddesinde ise önce herkesin “düşünce ve kanaat özgürlüğüne” sahip olduğu belirtilmekte, ardından “*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*” hükmü ile hakkın dokunulmaz niteliği vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 15'inci maddesi ile savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü haller de dâhil olmak üzere “*kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı*” hüküm altına alınarak; inanç

özgürlüğünün iç boyutunun “çekirdek hak” alanında olduğu belirtilmektedir (Şirin vd., 2016: 26).

Anayasa’nın 13’üncü maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulacak ilkelere sayılmaktadır. Bu ilkelere ilkisi “öze dokunma yasağı”dır. AİHS ve MSHUS’nin lafzında yer almayan ancak her iki Sözleşme’nin de ruhuna sirayet eden söz konusu ilke, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması olanağını ortadan kaldıran ya da büyük ölçüde zorlaştıran sınırlamaları engellemeyi amaçlamaktadır (Yazar, 2021: 85). Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan diğer sınırlama nedenleri “Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı kalmak, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygun olmak, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk ve ölçülülüktür.” Ayrıca söz konusu maddede bir temel hakkın “yalnızca kanunla” sınırlandırabileceği de hüküm altına alınmaktadır.

Bir hakkın yalnızca kanunla sınırlandırabileceğine ilişkin Anayasal düzenleme AYM’nin bir hakka yönelik muamelede kanunilik ölçütünü değerlendirirken AİHM’den farklı bir yaklaşım göstermesine neden olmaktadır. AİHM kanundan daha alt düzeydeki kararname ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri kapsayan yazılı hukuk ve içtihat hukukunu da kanunilik ölçütünü karşılayan unsurlar olarak değerlendirmektedir.⁶ AİHM’den farklı olarak AYM kanunilik ölçütünde yasama organınca “kanun adı altında” çıkarılmış bir düzenleme olmasını aramaktadır. Öte yandan AYM, bir temel hakka yönelik müdahaleye dayanak teşkil eden kanunda AİHM içtihadında yer alan belirlilik ve öngörülebilirlik ölçütlerini de aramaktadır. Bu anlamda AYM’nin, bir sınırlama kriteri olarak kanunilik ilkesi konusunda AİHM’den daha sıkı bir değerlendirme yaptığını belirtmek gerekmektedir (Özpolat, 2018: 620).

Anayasa’nın 148’inci maddesinde meydana gelen değişiklikle birlikte 2012 yılından beri AYM’ye yapılmaya başlanan bireysel başvurular arasında inanç özgürlüğüne ilişkin başvurular da bulunmaktadır. AYM de değerlendirmelerinde inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutunu AİHM içtihadıyla bağlantılı olarak ele almıştır.

Avukat Tuğba Arslan, bir duruşmaya başörtülü olarak katılması nedeniyle hâkimin müvekkiline kendisini başka bir avukatla savunması için süre vererek duruşmayı ertelemesinin din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle olayı, başvuru

⁶ AİHM’nin kanunilik değerlendirmesinin Leyla Şahin/Türkiye kararı çerçevesinde eleştirel bir analizi için bkz. Altıparmak ve Karahanoğulları, 2004: 249-276.

yollarını tükettikten sonra Anayasa Mahkemesine taşımıştır. AYM'nin bu davada inanç özgürlüğünün dış boyutunun kapsamının belirlenmesinin inanç özgürlüğü bakımından taşıdığı önemi vurguladığı görülmektedir. Mahkemeye göre “*Bireyi, din veya inancına uygun davranmaktan alıkoymak, inancın kendisinin zayıflatılması ve bireyin din ve inanç özgürlüğünün ihlali ile sonuçlanacaktır.*” Mahkemenin bu tespiti inanç özgürlüğünün iki boyutu arasındaki muğlaklığa dikkat çekmesi bakımından oldukça önemli olmakla birlikte inanç özgürlüğünün mutlak olarak korunması gereken iç boyutu ile sınırlı olduğunu ifade ettiği dış boyutu arasındaki ayrımın altını çizme konusunda AİHM ile paralel bir yaklaşım benimsediği açıktır.

Mahkeme başvuruyla ilgili değerlendirmesinde AİHM içtihadına şu şekilde yer vermiştir: “*AİHM(...)Sözleşme'nin (...) din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin iki alanı koruduğunu belirtmiştir. Bunlardan birincisi, herkesin düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne mutlak olarak sahip olduğu içsel alan, ikincisi ise bu hakkın dışa vurulması sonucu ortaya çıkan ve sınırlı olan dışsal alandır*”. Mahkemeye göre Anayasa'nın 24'üncü maddesi AİHS'nin 9'uncu maddesiyle benzer biçimde bir inanca sahip olma ya da olmama, inancın özgürce değiştirilebilmesi, inancı açıklama konusunda zorlama ve baskıdan uzak olma şeklinde inanç özgürlüğünün iç boyutu ile öğretim, uygulama, tek başına veya topluca ibadet ve ayin yapmak şeklinde kendini gösteren dinini veya inancını açığa vurma hakkını oluşturan inanç özgürlüğünün dış boyutunu korumaktadır (AYM, 25 Haziran 2014).

AYM'nin, Adliye binası girişinde pardösüsünü çıkarması istenen avukat Esra Nur Özbey'in başvurusuna ilişkin değerlendirmesinde de bu ayrım vurgulanmıştır (AYM, 20 Mayıs 2015). Mahkeme her iki davada da öncelikle inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutları ekseninde müdahalenin mevcudiyetini tartışmıştır. Müdahalenin inanç özgürlüğünün dış boyutuna yönelik olduğuna kanaat getirdikten sonra Mahkeme müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığını kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olma ve ölçülülük kriterleri bakımından ele almıştır.

AYM her iki başvuruda da Anayasa'nın 24'üncü maddesinde yer alan din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine; ihlalin *forum externuma*, Mahkemenin deyişiyle “*din özgürlüğünün açığa vurulması hakkına*” yönelik olduğuna karar vermiştir.

SONUÇ

Düşünce, din ve inanç kavramları insanlık tarihi boyunca tartışılan kavramlar olmuştur. Bu tartışma, söz konusu kavramların bireyler için ifade ettiği anlamla siyasi yönetimlerin bu kavramlara yönelik algısı üzerinden şekillenmiştir. İnsan haklarına dair düşüncenin gelişimine ve insan haklarının kodifikasyonu çabalarına paralel bir biçimde söz konusu kavramlara yönelik müdahalelerin çerçevesinin çizilmesi önem arz etmiştir. Bu çabaların inanç özgürlüğü bakımından en görünür olduğu uluslararası insan hakları belgeleri küresel düzeyde MSHUS iken bölgesel düzeyde AİHS'dir. Ancak bir hakkın içeriği konusunda yalnızca hakkın düzenlendiği hukuki metinler değil; o hakka ilişkin içtihatlarıyla yargı organları da belirleyici olmaktadır.

İnanç özgürlüğüne yönelik kamu müdahaleleri yargı organlarınca müdahalenin *forum internuma* ya da *forum externuma* yönelik olmasına göre farklı değerlendirmelere tabi tutulmaktadır. *Forum internumun* mutlak olması nedeniyle AİHM bu alana yönelik bir müdahale tespit ettiğinde doğrudan ihlal kararı vermektedir. *Forum externum* ise mutlak bir hak olmadığı için bu alana yönelik müdahalede AİHM müdahalenin hukukiliği, demokratik bir toplumdaki gerekliliği ve ölçülülüğü üzerinden değerlendirmeler yapmaktadır. Bu değerlendirmeler neticesinde Mahkeme kimi zaman hakkın dış boyutuna yönelik bir ihlal olduğuna karar verirken kimi zaman müdahalenin ihlal oluşturmadığına karar vermektedir. Asıl sorun ise çalışmada örneklendirilmeye çalışıldığı üzere, Mahkemenin benzer olaylardan birinde *forum internumun* ihlal edildiğine karar verirken diğerinde *forum externumun* ihlaline karar verebilmesidir. Bu yaklaşımıyla Mahkeme, inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutlarının sınırlarının belirsizliğini bizzat ortaya koymuş olmaktadır.

Anayasada da inanç özgürlüğünün iç boyutunun çekirdek hak alanında yer aldığı, ancak dış boyutunun müdahaleye konu olabileceği görülmektedir. Türkiye'de 2012 yılından beri bireysel başvuru incelemesi yapan AYM'nin yaklaşımı da AİHM'nin yaklaşımıyla örtüşmektedir. AYM tıpkı AİHM gibi inanç özgürlüğünün iç ve dış boyutları arasındaki ayrıma vurgu yapmaktadır.

Bu çalışmada AİHM içtihadı bağlamında üzerinde durulan inancı açıklamaya zorlama, eğitim hakkı bağlamında yaşanan sorunlar ve genel kurallardan inanç nedeniyle muafiyete yönelik değerlendirmeler bu iki alanın sınırlarının belirsiz olmasının problem yarattığı sonuçlardan yalnızca birkaçıdır. Bu iki alanın birbirinden ayrılması pratikte her zaman kolay olmamaktadır. Dinlerin yalnızca birer inanç meselesi ol-

madığı, aynı zamanda birer yaşam biçimi de olduğu göz önünde bulundurulduğunda bu ayrımın daha dikkatli bir biçimde ele alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Forum internum ve *forum externum* kavramlarının günlük yaşamın birçok alanında iç içe geçmiş olması inanç özgürlüğüne yönelik bir kamu müdahalesinin, *forum internumda* meydana getirdiği etkiler görmezden gelinerek yalnızca *forum externuma* yönelik bir müdahale biçiminde yorumlanma riskini beraberinde getirmektedir. Bu nedenle AİHM ve AYM gibi yargı organlarının, inanç özgürlüğüne ilişkin değerlendirmelerinde, bu ayrımı gerekçelendirirken daha somut ve inandırıcı argümanlar sunmaları, demokratik toplumun en temel unsuru olan çoğulculuğun hayata geçmesinin güvencelerinden biri olan inanç özgürlüğü açısından kritik bir öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

- Altıparmak K., Karahanoğulları O., (2004). “Pyrrhus Zaferi: Leyla Şahin/Türkiye, AİHM/Hukuk, Düzenleyici İşlem/Kanun”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, 1(3), 249-276.
- Arslan, Z. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları.
- Avrupa Konseyi (2020). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde Rehberi Düşünce Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 16 Ekim 2021 tarihinde https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_9_TUR.pdf adresinden alındı.
- Bielefeldt, Heiner, (2011), Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief, UN Doc. A/HRC/16/53.
- Bielefeldt, H. , Ghanea N. , Wiener, M. , (2016). *Freedom Of Religion Or Belief: An International Law Commentary*, New York: Oxford University Press.
- Caroline, R. (2014). *The Other Side of the Coin? A Critical Examination of the Right Not to Manifest Religion or Belief in Article 9 of the European Convention on Human Rights*, 2 Eylül 2021 tarihinde: https://pure.aber.ac.uk/portal/files/27525081/Roberts_Caroline.pdf adresinden alındı.
- Doğan, İ. (2015). *İnsan Hakları Hukuku*, Ankara: Astana Yayınları.
- Doğru, O. , Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, Ankara: Pozitif Matbaa.
- Dutertre, G. , (2007). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara: Şen Matbaa.
- Evans, C. (2001). *Freedom Of Religion Under The European Convention On Human Rights*, New York: Oxford University Press.
- Freeman, H. A. (1958), “A Remonstrance for Conscience” , *Unniversity of Pennsylvania Law Review*, 106, 806-826.
- Harris, D. J. , O’Boyle M. , Bates, E. P. , Buckley, C. M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Ankara: Şen Matbaa.
- Kaboğlu, İ. Ö., (1991). “Din Özgürlüğü (Sınırı ve Güvencesi)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 46(1), 265-278.

- Mızrak, D. (2015). “Zorunlu Askerlik Hizmetine Karşı Vicdani Ret ve Sivil İtaatsizlik”, *TBB Dergisi*, 116(1), 113-134.
- Murdoch, J. (2007). *Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. Maddesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz Kitap*, 15 Aralık 2016 tarihinde http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/dusunce.pdf adresinden alındı.
- Murdoch, J. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*, (Çev. Av. Serkan Cengiz). Ankara: Şen Matbaa.
- Özipek, B. B. (2011). “Din ve Vicdan Özgürlüğü: Türkiye İçin Bir Anayasal Çerçeve Önerisi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 10(19), 207-219.
- Özpolat, H. (2018). “Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında Maddi Anlamda Kanun Kriteri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 9(33), 609-620.
- Sevinç, M. (2010). Vicdani Retçilik, Zorunlu Askerlik ve Kamu Hizmeti Seçeneği, *Anayasa Yazıları*, 149-176, Ankara: İmaj Yayınevi.
- Şirin, T. , Duymaz E. , Yıldız D. , (2016). *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, Ankara: Şen Matbaa.
- Şirin, T. (2018). *Bireysel Başvuru Usul Hukuku Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-7*, Ankara: MRK BASKI.
- Tahzib, B. G. , (1996). *Freedom Of Religion Or Belief: Ensuring Effective International Protection*, Londra: Martinus Nijhoff Publishers.
- Vural, H. (2012). Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence (Doktora Tezi). Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Tez Merkezi. (320269)
- Vural, H. (2014). “Anayasa'da Din Özgürlüğü”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 69(2), 241-278.
- Yazar, E. (2021). İnsan Hakları Bağlamında Avrupa'da Yabancı Terörist Savaşçılar, Ankara: Adalet Yayınevi.
- AYM, Anayasa Mahkemesi, K. 2013/7443 (20 Mayıs 2015).
- AYM, Anayasa Mahkemesi. K. 2014/256 (25 Haziran 2014).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 1448/04 (9 Ocak 2008).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 11581/85 (23 Ekim 1990).
- AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. K. 14307/88 (25 Mayıs 1993).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 15472/02 (29 Haziran 2007).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. K. 19516/06 (21 Mayıs 2008).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 20704/92 (1 Temmuz 1997).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 21787/93 (18 Aralık 1996).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 23459/03 (7 Temmuz 2011).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. K. 24645/94 (18 Şubat 1999).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 30814/06 (18 Mart 2011).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, K. 44774/98 (10 Kasım 2005).

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. K. 6538/74 (26 Nisan 1979).

Avrupa Konseyi. (1950). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu (1966). Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (1993). Genel Yorum No. 22.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ'NİN “KATI YORUM” İÇTİHADİ VE ANAYASAYA UYGUN YORUM

“Strict Interpretation” in Decisions of the Constitutional Court of Türkiye and the Constitutionally Conforming Interpretation

Eda YILDIZ*

Öz

Yasa metinlerinin kamu makamlarınca yorumlanış biçimi, temel hak ve hürriyetlerin kullanımına önemli etkiler yapmaktadır. Hakların normatif ve içtihadî içeriğinin yasaların yorumunda dikkate alınmasının, bireyler bakımından hayatı kolaylaştırması muhtemeldir. Zira hayatın dinamizmi karşısında bireylerin ve onlar çevresinde gelişen hayat olaylarının normlarla karşılaşma biçimi değişiklik göstermektedir. Söz konusu değişiklik karşısında yasa metinlerinin anlaşılma biçimlerinin değişip değişmeyeceği, davalara bakan yargıçların tutumuna göre belirlenmektedir. Bu tutumun oluşmasında yargıçların yasaya ve onun yorumuna yaklaşım tarzı önem arz etmektedir. Söz konusu insan hakları hükümlerine uygunluk olduğunda yasa metninin anlamının bireylerin subjektif durumları gözeticilerle belirlenme-

Abstract

The way of the interpretation of legal provisions by official powers highly affects the use of rights. Taking into account the normative and jurisdictional meanings of rights while interpreting provisions have an important role in making life easier. Since it's changeable that people and facts of life encounter norms within the dynamism of everyday life. Under the circumstances of this changeability, if the meaning of the provisions change or not is determined according to the approaches of the judges of the cases. The sight of them for the concepts of law and interpretation are extremely important in the construction of their approaches. Numerous law practitioners find the interpretation which conforms with the constitution that may mean the meaning of provisions is determined according to the subjective situation of people when it is con-

* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eyildiz@ybu.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2682-6770>.

si anlamına da gelebilecek Anayasa'ya uygun yorum, hukuk uygulamacılarının önemli bir kesimi tarafından yadırganmaktadır. Bu çalışmada, genel anlamda Anayasa'ya uygun yorumun anlamı ve yorum teorileri arasındaki konumu incelenecek, Anayasa Mahkemesi'nin Türk hukuk düzenine içtihadıyla getirdiği insan haklarına uygun yorum modeli ve bu çerçevede ortaya koyduğu katı yorum konsepti mercek altına alınacaktır. Bireysel başvuru yolunun ikincilliği kuralı ve Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının bağlayıcılığıyla ilgili tartışmalar gözetildiğinde Anayasa Mahkemesi'nin çabasının sonuç verir nitelikte olup olmadığı soruları cevaplanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa'ya Uygun Yorum, Katı Yorum, Metinsel Yorum, Hermenötik, Hakkın Özü.

formity to human rights norms odd. In this study, the meaning of interpretation which conforms with the constitution in general and its position among the other theories of interpretation will be examined and the interpretation that conforms with the human rights which the Constitutional Court of the Republic of Türkiye implements in its decisions and in this context, its concept of strict interpretation will be handled. In the light of the secondary of individual application to the Constitutional Court of the Republic of Türkiye and the discussion of the bindingness of violation of rights, the answer of the question of the effort of the Constitutional Court of the Republic of Türkiye could be fruitful or not will be seeking.

Keywords: Constitutionally Conforming Interpretation, Strict Interpretation, Textual Interpretation, Hermeneutics, Essence of Rights.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesi içtihadının incelenmesi, Anayasa Hukuku doktrininin önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Bunun sebebi, kararlarının tüm gerçek ve tüzel kişiler yönünden bağlayıcı oluşunun yanı sıra, anayasa hukukunun gelişiminde yol gösterici olmalarıdır. Türk hukukuna yabancı birçok hukukî kurum ve kavram, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla hukuk gündemine taşınmıştır. Buna örnek olarak yorumlu ret, eylemli içtüzük kuralı, meşru beklenti kavramları verilebilir. Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılından itibaren üretmeye başladığı "katı yorum" içtihadı da bu örneklerle benzer şekilde Türk hukuk sistemine yeni bir kavramlaştırmayı kazandırmıştır. Kavram, Anayasaya uygun yorum çerçevesinde anlam kazandığından, çalışma öncelikle bir yorum yöntemi olarak Anayasaya uygun yorumun incelenmesi ile başlayacak, bu kapsamda Anayasaya uygun yorumun anlamı, diğer yorum metotları arasındaki yeri ve Anayasa Mahkemesi içtihadındaki gelişimi incelenecektir. Ardından, "katı yorum" un anlamı, Anayasa Mahkemesi içtihadında yer aldığı şekilde yorum yöntemlerinden Anayasaya uygun yorum ile ilişkisi ve Anayasa Mahke-

mesi'nin Anayasa tarafından verilmiş yetki ve görevleri kapsamında uygulanabilirliği ele alınacaktır.

I. SİSTEME UYGUN YORUM VE ANAYASAYA UYGUN YORUM

Sisteme uygun yorum, Oder'in ifadesiyle, "normlar hiyerarşisinde alt sırada yer alan normun üst sırada yer alan norma uygun yorumlanabilmesi halinde, üst sıradaki norma aykırılık sorunu yaşamadan alt sıradaki normun varlığını koruyabilmesini sağlar" (Oder, 2010: 121). Bu yorum yönteminin bir alt türü olarak Anayasaya uygun yorum da bu açıklama esas alınarak, normlar hiyerarşisinde anayasanın hemen altında bulunan kanunların, Anayasaya uygun yorumlanma imkanının bulunması halinde iptal edilmeksizin varlıklarını sürdürebilmelerini mümkün kılar. Memiş Anayasaya uygun yorumu, "Anayasaya aykırılık savıyla iptali istenmiş bir kanun hükmünün iptal edilmesinden kaçınılarak, Anayasaya aykırı olmayacak veya (anayasa)la bağdaşacak biçimde uygulanmasını sağlamak için yapılan yorum" şeklinde tanımlar (Memiş, 2007: 64). Bir başka deyişle Anayasaya uygun yorum, bir mevzuat hükmünün mümkün anlamları içinden, anayasa metnine en çok uyum gösteren anlamının tercih edilmesi anlamına gelir (Miranda Camarena ve Navarro Rodríguez, 2014: 74). Bu yorum modelinin tercih edildiği hukuk sistemlerinde yargıç, içerikten iki farklı anlam çıkarsanması mümkün olan normlar bakımından, söz konusu yorumlardan biri Anayasaya uygun olduğunda, bu Anayasaya uygun yorumu normun anlam içeriği olarak kabul etmek durumundadır (Serrano Migallón, 2008: 11). Anayasaya uygun yorum yapan bir yargıcın muhakeme edişi, "Anayasaya aykırı metni anayasanın sözüyle çakıştırıp veya olgunlaştırıp savmak" olarak tarif edilmiştir (Memiş, 2007: 65).

A. ANAYASAYA UYGUN YORUMUN YORUM TEORİLERİ ARASINDAKİ KONUMU

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi (bundan sonra Yüksek Mahkeme) kararları, Anayasaya uygun yorumun kaynağı olarak gösterilmektedir (Enríquez Soto, 2015: 113). Bu kararlardan *Hylton vs. United States* kararı, örnek olarak incelenebilir. Karara konu olayda, Bay Hylton, sahibinin kullanımı için taşıdığı malların bir kısmınının 06/06/1794 tarihli Kanun'a göre belirlenmiş olan vergisini ödemediğinden belli bir miktar para cezasına çarptırılmıştır. Söz konusu kanun hükmü, malları sahibi adına nakletme ve sahibinin kullanımı için tutma faaliyetinde bulunan taşıyanın, taşıdığı şeyler üzerinden ödeyeceği vergiyi düzenlemektedir. Ödememenin gerekçesi olarak Hylton, vergisini ödemediği malların

kendi özel kullanımı için tuttuğu, mülkiyeti altındaki mallar oluşunu göstermiştir. Verginin kaynağı olan kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını taşıyan Hylton, cezaya itiraz etmesine karşın eyalet mahkemelerinden bir sonuç alamamıştır. Önüne gelen başvuruda Yüksek Mahkeme, taşıma vergisinin düzenlendiği hükmü yorumlamıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre maliki olunan malları içermeyen vergiler doğrudan vergilerdir. Taşıma vergisi bir doğrudan vergi türü olmadığından maliki olunan malları içermesi Anayasa'ya aykırı değildir (Hylton vs. United States, 1796). Şayet Yüksek Mahkeme taşıma vergisini bir doğrudan vergi türü olarak kabul etseydi, verginin düzenlendiği kanun hükmü Anayasa'ya aykırı olacaktı. Mahkeme burada vergilerin sınıflandırılış biçimini Anayasaya uygun şekilde yorumlayarak, hükmü ayakta tutmuştur.

Anayasaya uygun yorum, Kolombiya, Brezilya, Şili, İspanya gibi birçok ülkenin anayasal düzeninde yer almaktadır (Enríquez Soto, 2015: 115). Bu örnekler arasında Anayasaya uygun yorumun anayasal koruma altına alındığı ülkelerden olan Meksika'da 2011 yılında gerçekleştirilen anayasal reforma karşı yargıçlar nezdinde oluşan tepki, Anayasaya uygun yorumun yorum teorileri arasında durduğu yerin araştırılması konusunda teşvik edici bir perspektif sunmaktadır. Söz konusu reform kapsamında Meksika Anayasası'na iki ilke eklenmiştir (10/06/2011 tarihli Federasyon Resmî Gazetesi, 2011). Bunlar, *interpretacion conformé* ve *pro persona* ilkeleridir (Castañeda Hernández, 2018: 51). Sırasıyla "Anayasa'ya ve taraf olunan uluslararası sözleşmelere uygun yorum" ve "bireyin korunması" olarak tercüme edilebilecek olan bu ilkeleri düzenlendiği 1. maddede, insan haklarıyla ilişkili normların Anayasa'ya ve uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun ve her zaman bireylere en geniş korumayı sağlar şekilde yorumlanacağı belirtilmiştir (Meksika Federal Anayasası, 1917). Maddenin uygulanmasının, yargısal çevrelerde zorluklara yol açtığı, yargıçların *status quo*'yu koruma refleksi ve Montesquieu'cu bir yaklaşımla yasanın ağız olma davranışlarını sürdürme yönünde gayretlerinin gözlemlendiği ifade edilmektedir (Enríquez Soto, 2015: 113). Yasanın ağız olma yaklaşımının gereği, yasanın ne "olduğunu" ortaya koymaktan ibaret bir anlayışı ifade eder. Bu da zorunlu olarak, yasanın ne "olması gerektiği", nasıl "anlaşılması gerektiği" yahut "anlamının değişip değişmediği" tartışmalarından uzak durmayı gerektirir. Böyle bir uzak durma davranışını ilke edinmek, pozitivist hukuk kuramıyla özdeşleşen bir tutumdur.

Hukuki pozitivism Austin ve Hart'ın analitik pozitivismiyle başlar. Analitik sözcüğü, analiz sözcüğünden türemiştir ve analiz, “bir şeyin, bir bütünün, bir problemin parçalarının ayrı ayrı incelenmesi, parçaların birbirleriyle olan ilişkilerinin incelenmesi ya da parçaların bütünlükle olan ilişkisinin araştırılması için bileşen- sel öğelerine ayrılması süreci ya da işlemidir (Cevizci, 1999: 49). Austin'in (Wacks, 2017: 118-121; Güriz, 2020: 288-292; Işıқтаç, 2019: 234-238) ve Hart'ın (Wacks, 2017: 145-153; Işıқтаç, 2019: 329-332) analitik pozitivisminde hukukun ve yasa kavramlarının ne oldukları ve içerikleri irdelenmiştir. Söz konusu yaklaşım, yorum konusuyla ilgili bağlantılı görüşleri de içermiştir. Austin'in yorum konusundaki görüşü, yargıçların karar alma süreçlerinin egemen tarafından belirlenmesi ve yargıçlara serbest takdir yetkisinin sınırlı olması yönündedir. Austin'e göre kanunların yorumlanmasında ilk ele alınacak olan, kelimelerin en basit anlamları, bir diğer deyişle sözlük anlamlarıdır. Bir yargıç, ancak kanun hükmünü oluşturan dilsel ifadelerin sözlük anlamları belirsiz ise yasa koyucunun amacına ya da aynı yasa koyucu tarafından yapılmış diğer yasalara başvurabilir (Austin, 1875: 316). Austin'e göre yargıçların hukuk yaratması, hukuku yorumlamanın ardına gizlenmiştir fakat yine de bu yaratım/yorumlama, bir uyumsuzluğun çözüme bağlanması faaliyetinden öteye gitmez (Işıқтаç, 2019: 241) ve yargıçlar tarafından bir yasanın anayasa gibi bir üst norma yahut ahlaka uygun olup olmadığı yorumu asla yapılamaz. Egemen gücü sınırlayacak üst normun veya üstün ilkelerin varlığından söz edilemez (Güriz, 2020: 293).

Hukuk ve dil arasında güçlü bir bağ olduğu görüşünde olan Hart'ın nazarında, ortaya çıktığı ve geliştiği kavramsal bağlam anlaşılmadıkça hukuku doğru anlamak olanaksızdır (Wacks, 2017: 144). Hart'ın anlayışında hukuk kurallarının ortaya çıkabilecek her durum için kesin yanıtları yoktur (Wacks, 2017: 144). Kuralların birden çok anlam içeriği olabilir, bu da hukukun açık dokulu bir yapısı olduğunu gösterir (Wacks, 2017: 144). Yasalarla öngörülmemiş çözümleri yargıç hukuk yaratarak getirir (Türkbağ, 2011: 77). Hukuk yaratırken yargıcın yaptığı, yasa koyucunun iradesini ortaya çıkarmak olacaktır (Hart, 1998: 169). Fransa'da Napoléon yasalastırma hareketinden sonra ortaya çıkan egzejetik pozitivismdeyse kıyas (argumentum a pari), öncelik (argumentum afortiori) ve ters kavram (argumentum a contrario) prosedürlerinden kurulu bir hukuksal yorum metodüğü esas alınır (Öktem ve Türkbağ, 2009: 392). Zira yargıç hukuk yaratamaz, yasalar hiçbir belirlemeyi yargıçların keyfi iradesine bırakamaz (Öktem, 1977: 288). Başka bir hukukî pozitivist olan Kelsen de yorumu, “hıyerarşik düzenin daha üst

bir düzeyinden bu düzeye tabi daha alt bir düzeye doğru giden hukuk-yaratma sürecine eşlik eden entelektüel bir faaliyet” olarak tanımlamıştır (Kelsen, 2014: 46). Yorumlama faaliyeti, uygulanacak normun anlamının keşfedilmesi olarak anlaşıldığı takdirde, bu faaliyetten çıkacak sonuç da Kelsen’e göre “sadece uygulanacak normun temsil ettiği çerçevenin keşfi ve bu çerçevede normun farklı uygulanma olanaklarının bilinmesi olacaktır” (Kelsen, 2014: 47). Sert pozitivist Raz’a göre yorum, hukukun kaynaklarının yorumlanmasından çıkar ve anlamı açık olmayan norm hakkında yapılır (Arıkan,2019: 114). Raz, yorum yapılırken hukukun devamlılık, otoriteyi haiz olma, toplumsal hayatın ihtiyaçlarını karşılama ve hakkaniyetli olma özelliklerini dikkate almanın bir zorunluluk olduğunu ifade eder (Arıkan, 2019: 116). Buna göre, devamlılık ve otorite yorumda muhafazakâr tutumu gerektirirken, hukukun toplumsal ihtiyaçları karşılayabilmesi ve hakkaniyetli olması için belli bir ölçüde yenilikçilik yorumcu için olmazsa olmazdır (Arıkan, 2019: 116).

Hukukun ve normun metinsel incelemesini onun yorumu bakımından yeterli gören pozitivist görüşün karşısında normun veya onun lafzının onu yorumlamak için yeterli olamayacağını içeren görüşler de hukuk kuramında kendine yer bulmuştur. Hukuki realizm akımının temsilcileri yargıçların hukuku ortaya çıkardığını, dolayısıyla hukukun asıl kaynağının mahkeme kararları olduğunu savunurken, doğal hukukçu bir yorum kuramı geliştiren Moore, realist semantiğe dayanarak yasa metnindeki kelimeler, emsal kararlar, kanun koyucunun niyeti ve değerlerin yorumsal araçlar olarak kabul edildiği bir yorum sistemi öngörmüştür (Dinç, 2014: 195). Dworkin, hakimlerin hukuk yaratmadığını, aksine her bir hukuki uyuşmazlıkta tek bir doğru cevap olduğunu, hakimlerin normlar ve henüz kodifiye edilmemiş olan fakat yargıçların “keşfedip” uyguladıkları ilkeler yardımıyla o tek doğru cevaba ulaşacağını ifade etmiştir (Wacks, 2017: 214). Buna karşılık Finnis, tek doğru cevabın mümkün olamayacağı, zira bir cevabın diğerinden “iyi” olduğunun cevapların karşılıklı ölçülmesi mümkün olamayacağından saptanamayacağı görüşündedir (Metin, 2004: 190-191). Ona göre normun farklı yorumları arasında yapılacak tercih, normun uygulandığı uyuşmazlığa bakan yargıcın duygu ve eğilimlerine bağlı olarak somutlaşacaktır (Metin, 2004: 191).

Yorumla ilgili tüm görüşlerin yanında hukukî hermenötik, yorum teorileri konusunda kendine has bir yaklaşımı ortaya koymaktadır. Hukukî hermenötikin kendisinden türediği felsefi hermenötik, üç farklı şekilde tanımlanmaktadır. Bu

tanımlar hermenötiki metinleri anlama ve yorumlama doktrini olarak, insan davranışlarını ve eserlerini anlama doktrini olarak veya insanın kendi ontolojik temellerini anlama çabası olarak açıklarlar (Topakkaya, 2019: 176). Gadamer ile hermenötik, varlığın kendisini anlamlandırmasıyla ilgilenen bir alan haline gelmiştir (Topakkaya, 2007: 91). Bu anlamda hukukî hermenötik anlama, yorumlama ve uygulamadan oluşan bir süreçtir (Kılıç, 2011: 74). Buna göre yorum yapmak için sözlük anlamlarını ortaya çıkarmak yetmez. Normun gelişimi kendi tarihsel akışı içerisinde olmuştur ve bu akışta norm bir bağlam kazanmıştır. Tüm bu bağlam içinde normun anlamını ortaya çıkarmak gerekir. Böyle bakıldığında hermenötik bir anlamda hukuk yaratmak olduğu (Kılıç, 2011: 74) görüşüne katılmak işten değildir. Zira anlama, kendisinden önce gelen ve ona eşlik eden yorumlama ilkeleri yardımıyla meydana gelen bir süreçtir (Topakkaya, 2007: 89).

Yoruma hermenötik yaklaşım içerisinde normun varlık amacına önem atfedilmektedir. Olgusal ve zamansal olmak üzere iki dikotomi çerçevesinde normun anlamı ortaya çıkarılır (Topakkaya, 2019: 225). Normu anlamlandırmada o normu ihdas eden orijinal yasa koyucunun niyetine önem veren öznel-zamansal oluşum teorisi, güncel yasa koyucunun normu ele alışındaki niyetinin ne olabileceğine yönelen öznel-yorumlama zamanı teorisi, yasanın rasyonel anlamını onun oluşum zamanında arayan nesnel-zamansal oluşum teorisi ve son olarak yasanın rasyonel anlamını yorumlama zamanında arayan nesnel-yorumlama zamanı teorisi, yargıcın başvurabileceği seçenekleri oluşturur (Topakkaya, 2019: 225). Anayasaya uygun yorum, normun anlamının, içinde yer aldığı anayasal düzenin ve bu düzenin güncel dinamiklerinin bir bütün olarak değerlendirilerek belirlenmesi anlamına gelir. Bu sebeple de Anayasaya uygun yorum yapılmak istendiğinde yorumlanacak yasanın hermenötik yaklaşım çerçevesinde nesnel-yorumlama zamanı teorisine göre değerlendirilmesi gerekecektir. Zira, yargıç, anayasal düzenin güncel koşulları içerisinde normun anlamını saptayacaktır. Örneğin, maddi tazminat davası açma süresi ile ilgili yasa ihdas edilirken anayasada adil yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkını kapsayacak şekilde düzenlenmemiş olabilir. Bu durumda Anayasaya uygun yorumun gereği, dava açma süresinin düzenlendiği yasanın ihdas edildiği günün koşullarında yasa koyucunun niyetinin ne olduğunu ortaya çıkarmak değil, anayasal düzenin güncel koşullarında ifade edilen süre hükmünün ne anlama geleceğini ortaya çıkarmak olacaktır. Hukukî hermenötik ve Anayasaya uygun yorum, işte bu noktada örtüşmektedir.

B. ANAYASAYA UYGUN YORUMUN TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADINDAKİ GELİŞİMİ

Mevzuatın Anayasaya uygun yorumunun örnekleri, bireysel başvuru yolunun açılmasının öncesinde Anayasa Mahkemesi içtihadında yer almaya başlamıştır. Anayasaya uygun yorumun bireysel başvuru yolu açılmadan önce gözlenen bir örneği olarak Anayasa Mahkemesi'nin 1984 yılında somut norm denetimi yoluyla vermiş olduğu bir karar gösterilebilir. Karara konu norm, İcra İflas Kanunu'nun (İİK) 178. maddesinin ilk fıkrasıdır. Hükmün ilk cümlesi, *"İflasa tabi bir borçlu, aciz halinde bulunduğunu bildirerek yetkili mahkemeden iflasını isteyebilir"* biçimindedir. Başvuru, hükmün Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılmıştır. Zira alacaklının iflasını istemesi için İİK'nin 173. maddesinde belli şartlar öngörülmüştür. Hükmün Anayasa Mahkemesi kararına konu olduğu dönemde karara konu İİK madde 178'in, doktrin ve uygulamada ağırlıklı, borçlunun iflasını hiçbir koşul olmaksızın acizyet bildirimine bağladığı şeklinde anlaşıldığı, söz konusu kararda yer almıştır. Anayasa Mahkemesi ise hükmün açık olmadığı tespitini yapmış, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik kuralına uygun biçimde hükmü yorumlamakla bir sonuca varmıştır. O sonuç da hükmün anlamsal içeriğinde, iflas isteminde bulunan borçlunun aciz halinde olup olmadığının ilgili mahkemece incelemesi gerekliliğinin yer aldığı yönünde olmuştur. Zira iflasa tabi olmayan borçlular bakımından acizyet araştırması yapılırken iflasa tabi olan borçlular bakımından bu incelemenin yapılmamasının yaratacağı eşitsizlik, hükmün bu yöndeki yorumunu Anayasa'ya aykırı hale getirecektir. Böylelikle hükmün Anayasa'ya aykırı yorumu dışlanmış, merkezi olarak bir Anayasa'ya uygun yorum geliştirilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E.1984/8, K.1984/10 T.20.09.1984).

Anayasaya uygun yorumun bireysel başvuru öncesi örneklerinden bir diğeri, Oder'in Anayasaya uygun yorum tartışmasının siyasal alanda odaklandığı tek karar olarak tespit ettiği "Türban II" kararıdır (Oder, 2010: 128, Anayasa Mahkemesi, E.1990/36, K.1991/9, K.T. 09.04.1991). Bu karar bir yorumlu ret kararıdır. Karara konu kural, 25 Ekim 1990'da 3670 sayılı Kanun'la, 2547 sayılı Kanun'a eklenen ek madde 17'dir. Madde metni şöyledir: *"Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir."* Anayasa Mahkemesi, bir Anayasaya uygun yorum metodu örneği sergileyerek, dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılmasının Anayasa'ya aykırı oldu-

ğunun “Türban I” kararlarıyla tespit edilmiş olmasından hareketle, “yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak” koşulunun türban kullanımını kılık kıyafet serbestisi dışında tuttuğuna karar vermiştir. Bu tespit, Anayasa Mahkemesi’nin, “Türban I” kararında yaptığı, türban kullanımının Anayasayla bağdaşmadığı yorumuna dayanmaktadır (Anayasa Mahkemesi, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T:07.03.1989). Şöyle ki: Anayasa Mahkemesi’ne göre “yürürlükteki kanunlara” ifadesi Anayasa’yı da kapsamaktadır. Zira Anayasa’da laiklik ve eşitlik ilkeleri bulunmaktadır. Başörtüsü kullanımı, dinin gereklerinin yerine getirilmesi kapsamında icra edildiğinden laiklik ilkesine aykırı şekilde başörtüsü kullanımı için bir tür yönlendirme ve zorlama yaratacaktır. Ayrıca üniversite öğrencileri arasında dinsel inanç ve görüş ayrılıklarını öne çıkararak eşitliği bozacaktır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu karardaki bahsi geçen argümanlarından hareketle “Türban II” kararında 2547 sayılı Kanun’un Ek 17. maddesinin başörtüsü kullanımını serbest bıraktığı şeklindeki yorumunun Anayasaya aykırı olacağını vurgulamıştır. Bu sebeple kendi argümanına göre Anayasa’ya uygun olan yorumu tercih etmiş, söz konusu kanun maddesinin başörtüsü kullanımı serbestisini kapsamayacak şekilde anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır.

İnsan haklarının yargısal korunmasının hukuk düzenlerindeki etkisi dönüştürücü olmaktadır. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun kabul edildiği 2012 yılından itibaren bu etki, Türk hukukunda da gözlemlenmeye başlamıştır. Örneğin norm denetimi kararlarında Anayasa Mahkemesi’nin, bireysel başvuru kapsamında hakka müdahalenin hukuka uygunluğunu incelerken Anayasa’nın 13. maddesini esas alarak yaptığı ölçülülük incelemesini yaptığı gözlemlenebilmektedir. Örnek olarak, suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması hâlinde; soruşturma ve kovuşturma sürecinde, hâkim veya mahkemenin şirket işlerinin yürütülmesiyle ilgili olarak kayyım atayabileceği, atama kararında, yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğinin kayyımın onayına bağlı kılındığı veya yönetim organının yetkilerinin ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetler idare yetkilerinin tümüyle kayyıma verildiğinin açıkça belirtileceği hükmünü içeren 5271 sayılı Kanun’un 133. maddesinin “...ya da yönetim organının yetkileri ile birlikte ortaklık payları veya menkul kıymetleri idare yetkilerinin...” kısmının norm denetimine tabi tutulduğu karar gösterilebilir. Kararda ilgili ibare, Anayasa’nın mülkiyet hakkının düzenlendiği 35. maddesine uygunluk bakımından incelenirken, bu incelemede

temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir (Anayasa Mahkemesi, E. 2016/144, K. 2020/75, K.T: 10/12/2020).

Norm denetimi kararları çerçevesinde yapılan başvurular doğrultusunda yasa hükümlerini Anayasa'nın 13. yahut koşulları oluştuğunda 15. maddesine göre incelerken Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygun yorum metodunu uygulayıp yorumlu ret kararı vermemiş, kararları norm iptali yahut iptal talebinin reddi şeklinde ortaya çıkmıştır. Bireysel başvuru kararlarına konu olan olaylara uygulanan hükümler arasında Anayasa'ya aykırı gördükleri hakkındaki yaklaşımıysa bu hükümler hakkında verdiği çağrı kararları ile ortaya çıkmıştır. Bu kararlar aracılığıyla Anayasa Mahkemesi tarafından kanun önünde eşitlik yahut hukuk devleti ilkeleleriyle bağdaşmadığı gözlemlenen yasaların ortadan kaldırılması yahut düzeltilmesi için yasama organına çağrı yapılmaktadır (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göztepe, 2021). Bireysel başvuru kapsamında önüne gelen aşağıda ele alınacak kimi uyumsuzluklarda Anayasa Mahkemesi, olaya uygulanan yasa hükümlerinin anlam içeriklerinden en az birini Anayasa'ya aykırı bulmakla birlikte, ilgili hükümler dahilinde Anayasa'ya uygun bir anlam içeriğinin de bulunduğunu tespit etmiştir. Bu tespiti yaptığı hükümler bakımından Anayasa Mahkemesi, yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu sorunun yasama organınca düzeltilmesi gerektiği yönünde çağrı kararları formüle etmektense Anayasa'ya aykırı olan yorumunun dışlanarak yasanın hukuk alanında varlığını sürdürmesini salık vermiş, bu konuda derece mahkemelerinden iş birliği yapmalarını istemiştir. Bu şekilde, Anayasa'nın mevzuat hükümlerinin insan haklarını düzenleyen maddelerine uygun yorumunu yaptığı gibi, mevzuatı uygulayan kamu makamlarının bu tür bir yorumu benimsememelerinin hak ihlali yarattığı tespitini dile getirmeye başlamıştır.

II. KATI YORUM

A. KATILIK KONSEPTİNİN ANAYASA HUKUKU DOKTRİNİNDEKİ YERİ

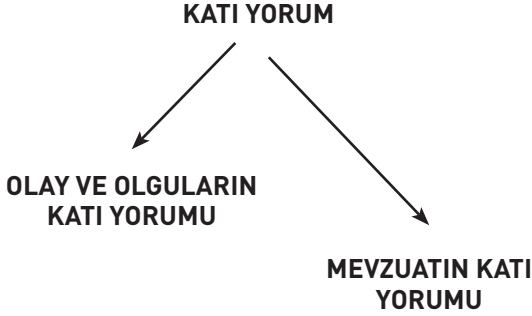
Katılık, anayasa hukuku doktrininde anayasanın kendisine atfedilen bir özellik olarak yer almaktadır. Katı anayasa, basit bir ifadeyle, değiştirilmesi zor şartlara bağlanan anayasa olarak tanımlanmaktadır (Gözler, 130; Anayurt, 115; Özbudun, 59; Eren, 9; Kaboğlu, 11). Bir diğer deyişle bu anlamda katılık, kolayca değişebilirliğin zıddı olarak ele alınmıştır. Yorum bağlamında değerlendirdiğimizde bu değişebilirlik karşılığını, ilk bakışta hükmün anlamının yorumlayan tarafından değiştirilemezliği

biçiminde anlamak mümkündür. Yani bu anlamda katılığı, yorum bağlamı içerisinde, hükmün anlamını koruyan yorum olarak anlamlandırmak olasıdır. Fakat Anayasa Mahkemesi, katı yorum deyimini lafzî yorum ile aynı anlamda kullanmamış yahut onu “kanunun sözünden uzaklaşılmasıdır” (a verbis legis non recedendum) ilkesiyle birlikte değerlendirmemiştir. Öyleyse Anayasa Mahkemesi’nin yorumdaki katılığı, katılığın anayasa hukuku doktrininde yer alış biçiminden tamamen farklı şekilde, ayrı bir kavramsallaştırmayla ele aldığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Aşağıda örnek göstereceğimiz kararlarda görüleceği üzere katılık, Anayasa Mahkemesi tarafından pejoratif biçimde, temel hakların kullanılmasını engelleyen ve varlıklarını anlamsız kılan yorum olarak ele alınmaktadır.

B. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADINDA KATI YORUM

Anayasa Mahkemesi, verdiği bir kısım kararlarda, kanunun olaylara uygulanışının hakların kullanımını engellemesi sebebiyle hak ihlali kararları vermiştir. Bu kararlarda ilk bakışta dikkati çeken yasaların yargıçlar tarafından olaylara uygulanması, Anayasa Mahkemesi’nin de olayla olaya uygulanan mevzuat arasında bir uyumsuzluk görmemesine rağmen hak ihlali kararı vermiş olmasıdır. Bir diğer deyişle kararların genelinde Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin kararlarında yanlış kanuni dayanak gösterdikleri yönünde bir tespit yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin argümanı, mevzuatın yahut olay ve olguların katı yorumlanmış olması sebebiyle bireye aşırı külfet yüklenmesinin hak ihlaline yol açtığı biçimindedir.

Anayasa Mahkemesi’nin katı yorum mevhumunu tartıştığı kararların taşıdıkları genel görüntünün yanında, birbirinden ayrılan özelliklerinin bulunduğu gözlemlenmektedir. Söz konusu kararlar en genel şekliyle, “mevzuatın katı yorumu” nu içerenler ile “olay ve olguların katı yorumu” nu içerenler olmak üzere iki ana grupta incelenebilir.



Süre Hükümlerinin Anayasa'ya Uygun Yorumu

- Zamanaşımı Hükümleri
- Etkili Yahut Geçerli Olmayan Hukuk Yolunun Ortaya Çıktığı Tarihin Zamanaşımı Hesabında Başlangıç Kabul Edilmesi
- Devlet Memurları Kanunundaki Çekilme Hükümleri
- Ziyaret Yönetmeliğinde Hükümlünün Ziyaretine İlişkin Süre Hükümleri

Mevzuattaki Kuralların İçeriklerinin Anayasa'ya Uygun Yorumu

- Munzam Zarar
- Çocuğun Soyadı

1. Olay ve Olguların Katı Yorumu

“Olay ve olguların katı yorumu” tespitini içeren kararlarda Anayasaya uygun yorumun izine rastlanmamaktadır. Bu tip kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlaline sebep olduğunu öne sürdüğü temel sorun, derece mahkemelerince ele alınan hukuki uyumsuzlukların çözümü esnasında davaya bakan hakimler tarafından olay ve olguların değerlendirilmesinde sergilenen sert tutumdur. Bu tutum kimi zaman daha hafif bir müdahaleyle murat edilen kamu yararını elde etme imkânı varken daha ağır bir müdahalede ısrar etme biçiminde somutlaşmaktadır (Hanife Ensaroğlu

Başvurusu¹, B.No: 2014/14195, K.T.: 20/9/2017), kimi zamansa bir ağacın fotoğrafına bakarak en fazla kaç yaşında olabileceği hakkında hakimlerin ulaştığı ve bilirkişi raporlarıyla dahi değişmeyen kesin yargılar biçiminde (Abdülaziz Çelik Başvurusu², B.No: 2015/18941, K.T.: 29/11/2018). Çalışmamızın esas konusunu teşkil eden “mevzuatın katı yorumu” ise aşağıda verdiğimiz karar örneklerinden de anlaşılacağı üzere, hakimlerce ele alınan uyumsuzlukta uygulanan hükümlerin anlamının dar, hak ve hürriyetlerle kamu yararı gibi meşru sınırlama sebepleri arasında adil bir denge kurmaya müsaade etmeyecek şekilde yahut temel hakların varlığını anlamsız kılacak nitelikte yorumlanması anlamına gelmektedir. Böyle bakıldığında mevzuatın katı yorumundan Anayasa Mahkemesi’nin kastettiğinin, herhangi bir tavrın nitelenmesi değil, bir yorum modeli olan Anayasaya uygun yorumun zıddı olduğu çıkarımını yapmak mümkündür.

2. Mevzuatın Katı Yorumu

Hangi konuyu ve hukukun hangi alanını ilgilendirirse ilgilendirsin, yargılamaların temelinde mevzuat bulunmaktadır. Özellikle insan hakları yargılaması söz konusu olduğunda, Anayasa’nın 13. maddesi dairesinde mevzuat özel önem arz eder. Sözü geçen maddede temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanacağı yazılıdır. Şu hâlde bir insan hakkı ihlali iddiasıyla yapılan bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kararının verilmesinin hemen ardından yapılacak ilk inceleme kanunilik incelemesidir. Bu inceleme, hakka yapılan müdahalenin bir kanuni dayanağı olup olmadığı incelemesidir. Eğer yapılan müdahalenin bir kanuni dayanağı olmadığı tespit edilirse, başka bir incelemeye gerek duyulmaksızın hak ihlali kararı verilecektir. Fakat katı yorumu bir olgu olarak ele aldığı kararlarda Anayasa Mahkemesi’nin tespit ettiği problem kamu gücü kullanımı yoluyla hakka yapılan müdahalelerde kanuni bir dayanağın olmaması değil, kanunların yorumunun onları uygulayan kamu makamları tarafından hakların kullanımını engelleyecek şekilde yapılmasıdır.

¹ Maliki olduğu araçta bir gizli bölme saklanmış halde uyuşturucu bulunan başvuruçunun aracına, kendisi olay bakımından iyiniyetli üçüncü kişi konumunda olmasına rağmen aracın sicil kaydına şerh konmasıyla yetinilmeyerek el konulmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre söz konusu el koyma, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu’nda “Kaçak eşya naklinde kullanılan taşıta etkoyma” başlığı altında yer alan 10. maddenin iyiniyetli üçüncü kişileri kapsar şekilde katı yorumlanması sonucunda uygulanmıştır.

² Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) tarafından Ilisu Barajı ve Hidroelektrik Santrali Projesi kapsamında baraj gölü alanında katan, başvuruçulara ait bir kısım taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınmış, açılan bedel tespiti davasında dosyaya atanan bilirkişinin raporunda yer verdiği hesaplamalar esas alınarak karar verilmiştir. Yargıtay’ın ilgili dairesi, kararı bedel tespitine konu arazi üzerinde yer alan nar ağaçlarının fotoğraflarındaki görüntüleri itibarıyla dava tarihinde iki yaşında oldukları gerekçesiyle bozmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararlarında katı yorum tespitinin belirli mevzuat grupları üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Bunları, hakkın kullanımını belirli bir başvuru süresiyle kayıtlayan süre hükümleri, mevzuattaki "zarar" kavramının içeriğinin Anayasaya uygun yorumu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da hükümlünün ziyaretine ilişkin hükümler olarak sıralamak mümkündür.

a. Süre Hükümlerinin Anayasaya Uygun Yorumu

Hukukta sürenin düzenlenişi farklı hukukî kurumlar bakımından farklılık arz eder. Zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süre olmak üzere iki süre rejiminden bahsetmek mümkündür. Bir hak kullanım talebinin reddini içeren olaylarda diğer tüm mahkemeler gibi Anayasa Mahkemesi de ilgili hakkın tabi olduğu süre rejimini, dayandığı mevzuatla birlikte dikkate almak durumundadır. Anayasa Mahkemesi'nin süre hükümlerinin katı yorumunu incelediği kararlarını birkaç başlık altında incelemek mümkündür. Bunlar, zamanaşımı hükümleri, etkili yahut geçerli olmayan hukukî yolunun ortaya çıktığı tarihin zamanaşımı hesabında başlangıç kabul edilmesi, Devlet Memurları Kanunu'nda çekilme hükümleri ve Ziyaret Yönetmeliği'nde hükümlünün ziyaretine ilişkin süre hükümleri olarak sıralanabilir.

i. Zamanaşımı Hükümleri

Anayasa Mahkemesi'nin zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasında mahkemelerde yapılan katı yorumun hak ihlalinin gerçekleşmesine yol açtığı yolundaki tespitini 2015 yılından itibaren çeşitli kararlarında yaptığı görülmektedir. Örneğin Hamza Küçük Başvurusuna konu olayda kararda aktarıldığı üzere, itfaiyeci olan başvuru, bir yangına müdahale ettiği esnada yaralanmıştır (Hamza Küçük Başvurusu, B.No: 2013/7400, K.T.: 5/11/2015). Olay 2006 yılında gerçekleşmiş ve olay neticesinde oluşan yanıklara ilişkin rapor da olayın gerçekleşmesinin hemen ardından verilmiştir. Bununla birlikte, olayın üzerinden geçen beş yıldan sonra, 2011 yılında başvurucuda aynı olaydan kaynaklı olarak %3 fonksiyon kaybı gerçekleştiği tespit edilmiştir. Bunun üzerine raporunu çalıştığı kuruma ibraz etmek suretiyle idari başvuru yolunu kullanmıştır. Fakat başvurusu, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu süreçten sonra başvuru tam yargı davası açmış, mahkeme davayı süre aşımı yönünden reddetmiştir. Danıştay tarafından da onanan karar, karar düzeltme talebinin reddinden sonra bireysel başvuruya konu olmuştur. Mahkeme değerlendirmesinde, süre hükümleri bakımından aşırı esneklikle katı şekilcilik arasında bir denge kurulmasının gerekliliğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre göre her

ne kadar kanun hükümlerinin uygulanması derece mahkemelerinin yerindeyse de, bir diğer deyişle bireysel başvuru yolu ikincil nitelikteyse de “...bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme’nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenebileceği tabiidir” ifadesi kullanılmış ve “başvurucunun sağlık durumunda meydana gelen değişikliklerin ve buna ilişkin sağlık raporlarının dava açma süresine etkisi hakkında bir gerekçeye yer verilmeksizin salt zararı doğuran olayın meydana geldiği tarihi baz alarak açılan davada süre aşımı bulunduğu şeklinde yapılan değerlendirmenin” başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkını kullanımına ilişkin katı bir yorum olduğu sonucuna varılarak adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Mahkeme’nin, kısaca “Sözleşme” olarak atıf yaptığı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Anayasa’nın ortak koruma alanındaki haklarla bağdaşan-bağdaşmayan yorum ayrımı yapması ve bunu bireysel başvurunun ikincilliği ilkesinin sınırları dışında addedip Anayasa Mahkemesi’nin “tabii” yargılama yetkisi içerisinde kabul etmesi, özel bir ilgiyi hak eder. Bu yaklaşım, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasaya uygun yorumu kendi yargılama faaliyeti içerisinde olağan bir yorum tekniği olarak gördüğü konusunda fikir vermektedir. Bu başvuru özelinde Anayasaya uygun yorumu yapılan kanun hükmü, İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 13. maddesidir. Maddenin yorumunda, içeriğindeki “*bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde*” ibaresine odaklanılmıştır. Burada idarenin eylemini öğrenme olgusunun birden fazla anlamı olabilecektir. İdari başvurunun yapıldığı kurum, derece mahkemesi ve Danıştay, bu olgunun, eylem gerçekleşikten hemen sonra alınan raporda gerçekleşecek nitelikte bir öğrenme olarak yorumlamışken Anayasa Mahkemesi bu yorumu Anayasa’nın ilgili hakkı koruyan hükmüne aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi kendi yorumunu açıkça ortaya koymasa da kalıcı zararın öğrenildiği 2011 yılında öğrenilen zararın tazmini için yapılan başvurunun, eylem tarihinden itibaren beş yılın geçmiş olduğu gerekçesiyle kabul edilmemesinin katı bir yorum olduğunu tespit ederek, olayda tazmin talebi bakımından süre aşımı olmadığı kanaatini ifade etmiş olmaktadır. Buradan Anayasa Mahkemesi’nin, öğrenme olgusunu, zararı tam olarak öğrenme biçiminde yorumladığı ve bu yorumu, incelediği hükmün Anayasa’ya uygun yorumu olarak gördüğü çıkarılabilir.

Dikkati cezbedecek kadar çok sayıda bireysel başvuru kararlarına konu olan, süre hükümlerinin yorumunun öne çıktığı bir diğer konu, askerlik hizmeti sırasında geçirilen hastalıklardan kaynaklanan ve bu rahatsızlıklarla ilgili alınan ilk rapordan uzun süre sonra alınan iş göremezlik raporlarıyla ortaya çıkan zararlar nedeniyle açılan tazminat davalarında süre aşımı gerekçesiyle verilen ret kararlarıdır. Bu davalarla ilgili olarak önüne gelen bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 35., 40., 42. ve 43. maddelerindeki süre kısıtlamalarında yer alan "öğrenme" olgusunun mahkemelerce yapılan yorumunu incelemiştir. Bu başvurulardan biri olan Sezai Balta Başvurusunda mahkeme, Hamza Küçük Başvurusundaki tespitlerini yinelemekle ve yapılan yorumların katı yorumlar olduklarını tespit etmekle beraber, mahkemeye erişim hakkının ihlalinin, geçirilen hastalıklarla ilgili verilen ilk raporun başvuruca tebliğ edilmemesine bağlamıştır (Sezai Balta Başvurusu, B.No: 2013/8834, K.T.: 4/2/2016). Yaptığı yorum incelemesini de AİHM'nin Eşim/Türkiye kararına (B.No:59601/09, K.T.:17/09/2013) atıf yapmakla sınırlı tutmuştur. Süreye ilişkin verdiği tüm kararlarda yer alan Eşim/Türkiye kararından yapılan alıntıya ilişkin kısım şöyledir:

"Davanın temelinde yer alan konunun aslen beş yıllık süre sınırını başvuruca'nın yaralandığı tarihten itibaren hesaplayan yerel Mahkeme kararındaki gerekçeleştirme olduğunu ifade etmiş; başvuruca'nın 25/9/1995 tarihinde kafatasındaki mermiden haberdar olmamasının tartışma konusu olmadığından kendisinden beş yıl içinde tazminat davası açmasının beklenmesinin makul olarak değerlendirilemeyeceğine, Mahkemenin nazarında şahsi yaralanmayla ilgili tazminat davalarında dava açma hakkının tarafların uğradığı zararı gerçekte değerlendirebildiğinde kullanılabilmesi gerektiğine hükmetmiş ve AYİM'in süre sınırı hakkındaki katı yorumunun davanın esasının tam olarak incelenmesine engel olması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır."

Anayasa Mahkemesi, kararlarında mevzuatın yorumunda mahkemelere uyguladığı, aşırı şekilcilikten ve aynı zamanda aşırı esneklikten kaçınma ölçütünü de AİHM kararlarına dayandırmaktadır. İsmail Halaç Başvurusunda Anayasa Mahkemesi'nin başvurduğu Walchli/Fransa kararında (B.No: 35787/03, K.T.: 26/07/2007) aynı ölçüt dile getirilmiştir. Bu kapsamda mahkemenin değerlendirmesi "(d)ava açma hakkını kullanmak yasal birtakım şartlara bağlansa da mahkemelerin usul kurallarını uygularken hem yargılamanın adil olmasına halel getirecek aşırı şekilcilikten hem de yasalar tarafından konulan usul kurallarını ortadan kaldırma sonucunu doğuracak aşırı esneklikten kaçınmaları gerekir" biçiminde olmuştur. Benzer şekilde katı yo-

rum konsepti için AİHM'nin Bêleş ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti kararında (B.No: 47273/99, K.T:12/2/2003) “(s)üre koşulu gibi dava açmaya ilişkin usul koşulları birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek şekilde katı bir şekilde kullanılmaması veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerekir” şeklinde bir açıklama yer almaktadır.

Askerlik hizmeti sırasında geçirilen rahatsızlıklardan doğan zarara ilişkin uyuşmazlıklarla ilgili verdiği hak ihlali kararları arasından, Anayasa Mahkemesi'nin derece mahkemelerince yapılan yorum hakkında ve Anayasaya uygun yorumun ne olması gerektiği hakkında kanaatini açıkça ortaya koyduğu bir örnek olarak İsmail Halaç Başvurusu gösterilebilir (İsmail Halaç Başvurusu, B.No: 2015/1714, K.T: 15/11/2018). Başvuruya konu olayda tıpkı aynı konudaki diğer örneklerde olduğu gibi başvurunun askerlik hizmeti esnasında geçirdiği hastalığın etkileriyle birlikte tam olarak öğreniliş terhisin üzerinden uzunca bir zaman geçtikten sonra olmuştur. Önüne gelen başvuruda Anayasa Mahkemesi, terör örgütü üyeleriyle girilen çatışmadan kaynaklandığı ve başvurunun maluliyetine sebep olduğu geç tarihli raporla ortaya çıkan psikolojik rahatsızlığın ve doğurduğu zararın olayın gerçekleştiği tarih itibarıyla başvuru tarafından bilinmesine yönelik beklentinin başvurucuya aşırı külfet yükleyeceği yorumunu yapmıştır. İlk kez 2003 yılında tespit edildiğinde bir tereddüt bulunmamakla birlikte, başvurunun tespit edilen rahatsızlıktan ötürü gerçekleşen zararını öğrenmenin 2013'te aldığı “başvurunun rahatsızlığının kronik hâle geldiğini ve TSK bünyesinde görev yapmasına mâni olduğunu tespit etmiş” olan rapor ile gerçekleşmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

ii. Etkili Yahut Geçerli Olmayan Hukuk Yolunun Ortaya Çıktığı Tarihin Zamanaşımı Hesabında Başlangıç Kabul Edilmesi

Etkili yahut geçerli olmayan hukuk yolunun ortaya çıktığı tarihin zanaşımı hesabında başlangıç kabul edilmesi biçiminde somutlaşan katı yorumun tespit edildiği, bugüne kadar verilmiş tek bir karar mevcuttur. O da AİHM'nin Fellner ve diğerleri/Türkiye (B.No: 13312/08, K.T: 10/10/2017) kararı emsal alınarak değerlendirilmiş olan, Yaşar Çoban Başvurusu için verilmiştir (Yaşar Çoban Başvurusu, B.No:2014/6673, K.T: 25/7/2017). Karara konu olayda, başvurunun taşınmazıyla ilgili yapılan tapu kadaströ işlemlerinde hata olması sebebiyle başvuru, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesi uyarınca tapu sicilinin düzeltilmesi davası açmıştır.

Fakat bu dava, hatalı kadaströ işleminin yapıldığı 1980 yılında yahut zamanaşımı kuralı uyarınca o yıldan başlayarak on yıl içinde değil, dayanak kanun maddesine ilişkin içtihadın değiştiği ve bu durumun Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca tespit edildiği 2009 tarihli içtihadattan sonra açılmıştır. İlgili içtihat değişikliği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca (HGK), "*Tapu işlemleri kadaströ tesbit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadaströ işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan T.M.K. m. 1007 anlamında Devletin sorumlu olduğunun kabulü gerekir*" biçiminde açıklanmıştır. AİHM nezdinde de bir iç hukuk yolunun ortaya çıkması olarak yorumlanan bu içtihat değişikliğine uygun şekilde başvuru açtığı dava ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiş, bunun üzerine başvuru temyiz yoluna başvurmuştur. Yargıtay'ın ilgili hukuk dairesi (daire) ret kararını onamıştır. Dairenin onamasının gerekçesi, ilk derece mahkemesinin ret gerekçesinden farklıdır. Dairenin gerekçesi, açılan davanın on yıllık zamanaşımına tabi olması, açılan davanın kadaströ tespitinin yapıldığı 1980 yılından yirmi dokuz yıl sonra, 2009 yılında açılmış olmasıdır.

Yargıtay'ın onama kararından sonra karar düzeltme talebi de reddedilen başvuru, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin süre hükümlerini yorumlayış biçimini değerlendirirken, tıpkı tazminat davaları bakımından yaptığı değerlendirmede olduğu gibi, kanun hükümlerinin yorumunun derece mahkemelerinin yetki alanı içinde kaldığını kabul eder. Bununla beraber, Eşim/Türkiye kararında AİHM'nin, "rolünün bu yorum etkilerinin Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığının tespitiyle sınırlı olduğunu" ifade ettiği kısmı alıntılanarak, kanunlardaki süre hükümlerinin mahkemeye erişim hakkına uygun yorumunu yapmanın sözleşmenin bir gereği olarak denetlenmesinde, tıpkı AİHM gibi zorunluluk gördüğünü ifade eder. Başvurucunun varlığından haberdar olmasının beklenemeyeceği kadaströ tespitine itiraz davası açma imkanından faydalanması somut koşullar içerisinde kendisinden beklenemeyeceğinden, zamanaşımı süresinin 1980 yılındaki hatalı kadaströ işleminden başlatılmasını mahkemeye erişim hakkının varlığını anlamsız kılacak düzeyde ölçsüz olarak nitelendirir. Ayrıca TMK 1007'de öngörülen kanun yolu, 2009'daki içtihat değişikliğinden sonra etkili hale gelmiştir. Bu tarihten önce, bu başvuru yolu etkili veya geçerli kabul edilmemektedir. Zamanaşımını etkili olmayan bir hukuk yolunun ortaya çıktığı tarihten itibaren başlatmak başvuru aşırı külfet yüklemek anlamına geleceğinden ölçsüz bir yorumdur. Yargıtay'ın başvuru dosyası ile ilgili verdiği karardaki

değerlendirmesine göre, 2009 yılından önce zamanaşımı süresi dolan başvurucular bakımından mahkemeye erişimin tümünden imkânsız olduğunu kabul etme gerekliliğindeki ölçüsüzlük de madalyonun diğer yüzü olarak ortaya çıkmaktadır ki, Anayasa Mahkemesi'ne göre bu da hakkın varlığını anlamsız hale getirecektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre olay tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımını başvurulacak hukuk yolundan haberdar olmanın gerçekleştiği tarihten başlayacak şekilde yorumlamak, bu başlangıcı da hatalı kadastro işleminin yapıldığı 1980 yılında değil, HGK'nun içtihadıyla 2009 yılında gerçekleşmiş olarak kabul etmek Anayasa'ya uygun bir yorum olacaktır.

Kararda ilgili hukuk kısmında yer alması dahi, 818 sayılı BK'nin 127. maddesine göre zamanaşımının başlangıç tarihi, alacağın muaccel olduğu tarih olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bir Anayasaya uygun yorum önerdiği kanun maddesi kanunda başka suretle hüküm olmadığı takdirde her davanın on yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükmünü içeren 125. madde değil, zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağını gösteren 127. maddesi olmak gerekir. Zira kararda Anayasa Mahkemesi'nin üzerine tartıştığı konu, muacceliyetin ne anlama geldiğinden başka bir şey değildir. Muacceliyet ifadesinin zararın doğduğu tarih ve zararın tazmini için başvurulacak kanun yolunun öğrenildiği tarih olmak üzere iki farklı anlamından mahkemeye erişim hakkına, dolayısıyla Anayasa'ya uygun olanının tercih edilmesi, Anayasa'ya uygun bir yorum olarak değerlendirilmiş, bu tercihin de başvurulacak kanun yolunun öğrenildiği tarih olması gerektiği açıklanmıştır.

iii. Ziyaret Yönetmeliğinde Hükümlünün Ziyaretine İlişkin Süre Hükümleri

Mevzuata ilişkin yorumların değerlendirildiği diğer konulardan farklı olarak bir yönetmelikte yer alan hükümlerin Anayasaya uygun yorum/katı yorum ikiliği çerçevesinde incelendiği karar örnekleri Ziyaret Yönetmeliği hakkında verilmiştir (Bkz. Erdal Oğuz Başvurusu, B.No: 2018/10567, K.T: 12/1/2021, Hüseyin Fatih Tamer Başvurusu, B.No: 2018/31316, K.T: 20/10/2020). Bu konu hakkında verilen kararlarda bir diğer farklılık insan haklarını düzenleyen hükümlere uygunluk yanında hakların sınırlanmasına ilişkin anayasal hükümlere uygunluğun da gözetilmiş olmasıdır. Ziyaret Yönetmeliği'nde ziyaretçi listesi belirtmek, altmış günlük bir süreye tabi kılınmıştır. Sorun, bu sürenin hak düşürücü süre olarak mı, yoksa düzenleyici süre olarak mı anlaşılacağıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre sürenin hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi, bir hakkın yönetmelikle sınırlanması anlamına gelecek-

tir. Ziyaretçi listesi bildirmeyi, hükümlüler bakımından şahsi ilişki kurmanın düzenlenmesi bağlamında özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını kullanmanın bir parçası olarak değerlendiren Anayasa Mahkemesi, bu hakkı süreye bağlayan hükmü hak üzerinde tasarruf etme işlevini gören bir hüküm olarak değerlendirmiştir. Bu tasarrufun sınırlama biçiminde yorumlanması, hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanacağı anayasal kuralı göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi'ne göre özel hayata saygı hakkına uygun değildir. Bu hükmün bir düzenleyici hüküm olarak değerlendirilmesiyse, süre geçmiş olsa dahi ziyaretçi bildirme hakkının ortadan kalkmaması sonucunu doğurur. Böylece bir hak, yönetmelik hükmüyle sınırlandırılmamış olacaktır. Bu gerekçeyle Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili kararlarında ziyaretçi listesi bildirme süresini düzenleyen yönetmelik hükmünü düzenleyici hüküm olarak görmeyi tercih etmiştir.

Hakların kanunla sınırlandırılmasına yapılan kuvvetli vurguya rağmen, konuya ilişkin kararların ihlal gerekçeleri sınırlamanın kanuni olmaması değil, ölçülülüğe ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılıktır. Kararların hakka müdahalede kanunilik ölçütünün değerlendirildiği kısımlarında atıf yapılan Mehmet Zahit Şahin Başvurusunda hükümlünün ziyaretine ilişkin kurallar bakımından kanunilik ölçütünü karşıladığı kabul edilen mevzuat içerisinde Ziyaret Yönetmeliği'nin 9. maddesi de yer almaktadır (Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, B.No: 2013/4708, K.T: 20/4/2016). Anayasa Mahkemesi'nin kanunilik anlayışında kanun hükümlerinin uygulanmasına ilişkin koşulların somutlaştırıldığı yönetmelik hükümlerinin önemi göz önüne alındığında, bu durum şaşırtıcı değildir. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre hakka müdahalenin bir şekilde dayandırılabilirdiği, fakat soyutluğu ve genelliği sebebiyle müdahaleyi tam olarak sınırlayamadığı kanun hükümlerinin kanunilik ölçütünü karşılayabilmesi için, uygulanmalarının düzenlendiği açıklayıcı yönetmeliklerle desteklenmeleri gerekir.

iv. Devlet Memurları Kanunu'ndaki Çekilme Hükümleri

Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 94. maddesi, *"Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunmuş sayılır"* biçiminde bir düzenlemeyi içermektedir. Burada belirtilen on günün geçmesindeki arka plan olaylarının niteliği düzenleme dışında bırakılmış, bir diğer deyişle kanun koyucu bu konuda "susmuştur". İşte tam da bu susulan kısım ile ilgili

olarak Anayasa Mahkemesi, 09/06/2021 tarihinde bir karar vermiştir (G.G. Başvurusu, B.No: 2018/9416, K.T. 9/6/2021). Katı yorumun DMK m.94 bağlamında tartışıldığı bu ilk karara konu olayda devlet memuru olan başvurucu, uzun süre boyunca ısrarlı takibe maruz kaldığı için evinden çıkamamış, çalıştığı kurumdan aldığı on günlük istirahat izni sonrasında işine dönememiştir. Bu sebeple DMK m.94'e göre "çekilmiş" sayılan başvurucunun açtığı iptal davası reddedilmiş, karar Danıştay tarafından onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, çekilmiş sayılma bakımından görevi terk süresinin hangi koşullarda geçirildiğinin muhakkak tespit edilmesi gerektiği, somut olayın koşulları değerlendirilmeksizin şekli biçimde terk olgusunun 10 gün boyunca kesintisiz olarak işe gitmeme ile sınırlı olarak yorumlanmasının aşırı şekilci ve katı bir yorum olacağını, bunun da Anayasa'nın 20. maddesinde koruma altına alınan özel hayata saygı hakkına aykırı olacağı sonucuna varmıştır. Burada ilgili hükmün anlamı yorumlanan kısmı "terk" kelimesidir. Acaba "terk" olgusu salt işe gitmeme ile mi gerçekleşir, yoksa terk etmemenin zorlayıcı bir sebep altında olmaksızın gerçekleşmesini de içerir mi? Bu sorunun özel hayata saygı hakkına, dolayısıyla Anayasa'ya uygun yanıtının ikincisi olduğu kanaati, aksi bir yorumun demokratik toplum gereklerine uygun ve ölçülü olmayacağı tespitine dayandırılmıştır. Zira işe devam etmemenin arkasında yer alan zorlayıcı koşullar göz önüne alındığında, memurluktan çıkarılmadan daha hafif ve tedbir niteliğinde bir müdahale olan tayin ile, işe devam etmemenin yarattığı kamusal zararın önüne geçmek mümkün olabilecektir. Anayasa Mahkemesi ayrıca bu seçeneğin, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun, ölçülü ve kamu hizmetinin devamlılığıyla hedeflenen kamu düzeninin bozulmaması adına da faydalı olacağını tespit etmiştir. Bir diğer deyişle Anayasa Mahkemesi, önerdiği yorumun anayasal hak ve onun anayasal sınırları arasında denge kurması sebebiyle Anayasa'ya uygun olduğunu değerlendirmiştir.

b. Mevzuattaki Kuralların İçeriklerinin Anayasaya Uygun Yorumu

i. Munzam Zarar (818 s.'lı Borçlar Kanunu, m. 105)

Anayasa Mahkemesi'nin katı yorum değerlendirmesi yaptığı kanun hükümlerinin arasında ispata ilişkin usûl hükümleri de bulunmaktadır. Fakat şimdiye kadar bu değerlendirmeyi yaptığı tek durum enflasyon sebebiyle oluştuğu iddia edilen zararlarda derece mahkemelerinin, zararın usul kanunlarına göre ispat edilmesi gerekliliği konusundaki içtihadına yönelik olmuştur. ANO İnşaat Ltd. Şti. Başvurusuna konu

yargılama sürecinde başvuru şirketin munzam zararının tazmini için açmış olduğu davada ilk derece mahkemesinin enflasyon oranlarına göre hesaplanmış zarar miktarına hükmetmesi sonrasında Yargıtay'ın ilgili kararı bozduğu görülmektedir (ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. B.No: 2014/2267, K.T: 21/12/2017). Yargıtay'ın bozma gerekçesi munzam zararın somut delillerle ispat edilmesinin ve zararın borçlunun fiili arasında uygun illiyet bağının kurulmasının gerekli olduğu değerlendirilmesine dayanmaktadır. Zira munzam zararın tazmininin mümkün olabilmesi için öncelikle o zararın varlığı ispat edilmelidir. Yargıtay'a göre alacaklıya ispat zorunluluğu tanınmaksızın varlığı karine olarak kabul edilen alacak, yalnızca temerrüt faizidir. Bunun dışında bir karineden faydalanmanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle verilen bozma kararına uyulmakla verilen yeni kararda enflasyondan doğan zarar hesaba katılmamıştır. İşbu kararda verilen hüküm temyiz edilmiş, Yargıtay tarafından onanmıştır. Başvuru tarafından yapılan karar düzeltme talebi de reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili değerlendirmesi, alacaklının alacağını enflasyon karşısında oldukça değer kaybetmiş şekilde tahsil etmeye mecbur bırakılmasının ona "bireysel olarak aşırı ve olağan dışı" bir yük yüklediği yönündedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "derece mahkemelerinin başvuru zararına uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle" mülkiyet hakkı ihlali oluşmuştur. Kararda iki farklı yorum biçimi göze çarpar. İlk olarak Yargıtay, bozma kararında mülga BK'nin 105. maddesindeki "(a)lacaklının dışı olduğu zarar" ibaresini, "karine olarak kabul edilen temerrüt faizi ve varsa onu aşan miktardaki varlığı ispat edilmiş zarar" olarak yorumlamıştır. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi sözü geçen ibarenin içerisinde bu iki kalem zararın dışında, karşılanmaması mülkiyet hakkını ihlal edecek bir başka zarar kaleminin daha zorunlu olarak bulunduğu kanaat getirmiştir. Bir başka deyişle mülga BK m.105'in mülkiyet hakkına uygun yorumu gereği, enflasyondan doğan zararı tabii olarak içerdiğini kabul etmiştir. Derece mahkemelerinden de beklentisi, uyumsuzluğa konu hükmü mülkiyet hakkına, dolayısıyla insan haklarına ve Anayasa'ya uygun şekilde yorumlamasıdır. Aksi halde mahkeme kararı yoluyla bir hak ihlali oluşması Anayasa Mahkemesi nezdinde kaçınılmaz olmaktadır.

ANO İnşaat Ltd. Şti Başvurusuna atıf yapılarak 04/03/2019 tarihinde verilmiş bir Yargıtay kararında enflasyondan kaynaklanan zararın, munzam zararın içerisinde yer almasının bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. İlgili uyumsuzlukta zarar miktarı belirlenirken enflasyonun etkisinin hesaplandığı bir bilirkişi raporuna dayanmamış olan karar eksik inceleme sebebiyle bozulmuştur. Sözü geçen kararda, "hak ihlâline neden olmamak düşüncesiyle munzam zararın somut delillerle kanıtlanması

gerektiği uygulamasından vazgeçilmiş, gelişen ekonomik koşullar, mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasındaki adil dengenin korunması Anayasa Mahkemesi'nin ihlâl kararlarının bağlayıcılığı göz önünde tutularak enflasyon ve buna bağlı olarak döviz kurları, mevduat faizleri, devlet tahvilleri ve diğer yatırım araçlarının faiz oranları ile birlikte getirilerinin temerrüt faizden fazla olması halinde munzam zararın varlığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği benimsenmiştir” biçiminde bir açıklamaya yer verilmiştir (Yargıtay 15. H.D., K.T: 4/3/2019 E.2018/1494, K.2019/932). Bu örnekte görüldüğü üzere Yargıtay da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygun yoruma ilişkin içtihadını uygulamayı, yine Anayasa'nın bir gereği olarak görmüş ve yorumunu değiştirmiştir.

ii. Çocuğun Soyadı (Soyadı Nizamnamesi m.15, Türk Medeni Kanunu m. 27)

Soyadı Nizamnamesi'nin 15. maddesinde evlilik birliği dışında doğan çocuğun ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hâkimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alacakları düzenlenmiştir. Bu hükmün konu olduğu bir başvuruda, yukarıdaki hallerden hâkimin babalığa karar vermesi durumu gerçekleşmiştir. Buna rağmen, babalığına karar verilen kişinin çocukla beraber yaşamadığı ve hiçbir şekilde ilişki kurmadığı, çocukla ilgili iş ve işlemlerde yer almadığı gerekçesiyle anne, çocuğa kendi soyadının verilmesini istemiştir. İlk derece mahkemesi, Soyadı Nizamnamesi'nin ilgili maddesinde herhangi bir istisnaya yer verilmediği gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Medeni Kanun'un 27. maddesi, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun babanın soyadını alacağını öngörmektedir. Bu düzenlemenin, tartışma konusu olduğu bir karara konu olayda babası öldürülen bir çocuğun annesi, çocuğun soyadının değiştirilmesi için ilgili mahkemeye başvurmuştur (Şule Bayburt Başvurusu, B.No: 2017/38724, K.T: 21/07/2020). İlgili mahkeme, Medeni Kanun'un 27. maddesinin açık olduğunu, evlilik birliği içinde doğan çocuğun babasının soyadını taşıyacağını, velayet hakkının anneye verilmiş olmasının bu durumu değiştirmeyeceğini açıklamış ve çocuğun soyadının değiştirilmesine yönelik talebi reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi her iki kurala ilişkin değerlendirmesinde, çocuğun soyadı bakımından benimsenen kuralların madde metnine dahil edilmiş hiçbir istisnasının bulunmayışının aşırı katı yorumlanmasının “aile hayatına saygı hakkı ile kamu düzeni amacı arasında adil denge sağlamaktan uzak” olduğunu belirtmiştir. Evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadında değişiklik yapılması hakkı babaya verilmiş

ken, anneye hiçbir koşulda bu hakkın verilemeyeceğine yönelik yorumun, cinsiyetler arasında haklı bir gerekçeye dayanmayan bir eşitsizlik yaratmış olduğu tespitinde bulunmuştur. Bu tespite göre kanun koyucunun Medeni Kanun m.27'ye bir istisna getirmemiş olması tek başına yaratılan bu eşitsizliğin haklı gerekçesi olamayacaktır. Bilakis, bir mahkeme, hükmü evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı biçiminde yorumladığında, hak ihlaline sebebiyet vermiş olacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, Medeni Kanun m.27'nin Anayasa'nın 20. maddesi ve 10. maddesiyle uyum içinde uygulanabilmesi için, kanun koyucu hükme bu hiçbir istisna getirmemiş olsa bile, annenin evlilik birliği içinde doğan çocuğun soyadını belirlemeye yönelik haklı nedenler ileri sürebileceğinin kabulü gerekir.

3. Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunun İkincilliği İlkesi Karşısında Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya Uygun Yorum Talebinin Değerlendirilmesi

“Bireysel başvurunun ikincilliği ilkesi”, Anayasa Mahkemesi'nin bir uyuşmazlığın çözümü ile ilgili hususları incelemekten müstesna olduğunu ifade eden kuraldır. Kural aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda inceleme alanının yalnızca başvuruçunun hakkına yapıldığı iddia olunan müdahalenin Anayasa'ya uygunluğuyla sınırlı olduğu anlamına gelir. Kabul edilebilirlik incelemesi çerçevesinde ele alınan bu ilkeye aykırı başvurular, esas incelemesine tabi olmaksızın Anayasa Mahkemesince reddedilmektedir.

Uyuşmazlıkların çözümünde derece mahkemelerinin olmazsa olmazı, mevzuatı yorumlamak ve somut olaya uygulamaktır. Bu, Kelsen'e göre yargıcın sübutuna karar verdiği maddi olayla uygulayacağı yasa'yı bir araya getirmesiyle hukukî bilişin oluşmasıdır (Kelsen, 2016: 7). Buna göre bir maddi olayın içeriğinin bir normun içerisine göre bilinmesine bağlı olarak ortaya çıkan bir yorumun doğurduğu biliş hukukî biliş olur (Kelsen, 2016: 7). Şu halde, yargıcın hukukî bilişinin oluşmasına yapılan müdahale, tekil normun oluşmasına yapılan müdahale anlamını taşır. İkincillik ilkesinin benimsenmesiyle yapılmak istenenlerden biri de bunu önlemektir. Anayasa Mahkemesi'ne göre mevzuatı yorumlama ve değerlendirme görev ve yetkisi derece mahkemelerine aittir. Anayasa Mahkemesince derece mahkemelerinin yerine geçilerek mevzuatın nasıl uygulanması gerektiğinin saptanması, bireysel başvurunun ikincilliği ilkesiyle bağdaşmaz (Erol Cumbul ve Ünal Cumbul Başvurusu, B.No: 2018/19078, K.T.: 13/04/2021).

Anayasa Mahkemesi, Ahmet Yıldırım kararında derece mahkemesinin yorumuna müdahalenin ikincillik ilkesiyle bağdaşacağı istisnai durumlardan birini açıklamıştır (Ahmet Yıldırım Başvurusu, B.No: 2014/18135, K.T: 20/9/2017). Karara göre bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesi'nin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta üstleneceği rol, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiğiyle ilgili olarak derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir. Bir diğer deyişle Anayasa Mahkemesi, ilgili davanın yargıcının zarar ve onun ortaya çıkışıyla ilgili hukuki bilişinin davaya uygulanacak süre hükmünün içeriğine göre oluşmasına yapılacak bir müdahaleyi ikincillik ilkesine aykırı bulmuştur. Bununla birlikte müdahale etmeme yönündeki ilkesel tutumunun sınırlarını, hakkın kullanılamaz hale gelmesi halleriyle sınırlamıştır. Zira bu gibi hallerin somut olay bazında mahkemeye erişim hakkına etkisi hakkı kullanacak kişi tarafından tamamen anlamsız hale getirmek biçimde zuhur ettiğinde hakkın özünün koruma alanına girilmiş olunur. Hakkın özünün koruma alanına girilmesi de Anayasa Mahkemesi tarafından ikincillik ilkesinin koruma alanından çıkıldığı şeklinde yorumlanmış gibi görünmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, derece mahkemelerinin mevzuatı yorumlayış biçiminin mahkemeye erişim hakkının varlığını anlamsız kılıp kılmadığını denetlemeyi ikincillik ilkesine aykırı görmediği bir diğer örnek, idari davalarda davacının menfaatin bulunup bulunmadığı hususunda yapılan yorumun denetlenmesidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, idari davalarda, dava konusu işlemin davacının hukukî durumu üzerinde yaratabileceği etki ve sonuçlardan hareketle menfaat şartının başvuru özelinde gerçekleşip gerçekleşmediğini idare mahkemeleri belirler. Bu konuda bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin bir yetkisi yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin bu hususta üstleneceği rol, idari işlemin bireyin menfaatlerini etkileyip etkilemediği ile ilgili olarak derece mahkemelerinin yaptığı yorumun mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olaylar ışığında incelemektir (Levent Tütüncü Başvurusu, B.No: 2015/3690, K.T.: 18/07/2018, Billur Solagay Başvurusu, B.No.:2018/3709, K.T.:11/02/2021). Sözü geçen etki, tıpkı dava açma süresinin başlangıcının belirlenmesinde yapılan yorumun etkisi gibi mahkemeye erişim hakkını anlamsız kılacak nitelikteyse hakkın özünü ihlal etmiş demektir. Bu da Anayasa Mahkemesi nezdinde, yapılan yorum dolayısıyla gerçekleşen bir hak ihlali olduğu anlamına gelecektir.

Hakkın özü kavramı için Anayasa Mahkemesi tarafından verilen tanım “(h)akkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekir-

deği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır” biçimindedir (İlknur Yüksel Başvurusu, B.No: 2014/7738 K.T.: 13/07/2016). Tanımda yer alan asgari koruma alanının güvencesi olma misyonu, Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna göre ikincillik ilkesine aykırılık oluşturmayacaktır. Hakkın özü ihlal edildiğinde hakkını kullanamayan kişiye taşıyabileceğinden fazla bir yük yüklenmiş olacaktır. Hakkın sınırlanmasında ölçülülük kriterinin sağlanmadığını gösteren bu durum hakka müdahalenin Anayasa'ya aykırı olduğu anlamına gelecektir.

Tüm bunlar ele alındığına Anayasa Mahkemesi'nin hakkın özünü ihlal etmeyecek bir yorumu derece mahkemeleri açısından zorunlu gördüğü ifade edilebilecektir. Bu yorumun, yasaların varoluşları itibariyle bazı somut olaylar bakımından hak ihlaline sebep olmalarının önüne geçeceği muhakkaktır. O halde, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygun yorum metodunu derece mahkemeleri açısından bir zorunluluk olarak gördüğü, bir diğer deyişle derece mahkemeleri için benzer olaylar bakımından bir yorum şablonu oluşturduğu söylenebilecek midir? Bu sorunun, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararlarının bağlayıcılığının anlamı ve kapsamına göre iki farklı cevabını vermek mümkündür.

4. Anayasa Mahkemesi'nin İhlal Kararlarının Bağlayıcılığı

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre “*Anayasa Mahkemesi kararları (...) yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*”. Bu hükmün içeriği farklı şekillerde yorumlanmıştır. Hükmün yalnızca soyut ve somut norm denetimini kapsadığı yorumu ile karar türünden bağımsız olarak Anayasa Mahkemesi'nin verdiği tüm kararları kapsadığı yorumu karşı karşıya gelmektedir.

Anayasaya uygun yorum, teleolojik bir metottur. Normların varoluş amaçlarını gerçekleştirerek Anayasaya uygun olmakla nihai formlarına kavuşmalarını hedefler. Bunun için de normların Anayasaya uygun olmayan yorumlarını merkezî olarak dışlayan bir anayasa yargısı ile normları Anayasaya aykırı yorumları dışlanmış haliyle veri olarak kabul eden derece mahkemelerini gerekli kılar. Zira “bir sistemin diğer bir sistemi doğrudan yönlendirmesi olanaklı görülmediğinden, sosyal sistem içi herhangi bir düzenleme (regulation) ancak öz-düzenlemeye eşlik ederse başarılı olacaktır” (Göztepe, 2016: 102). Bir iş birliğini gerektiren bu metodun uygulanmasında yapılan, yasa metninin içeriğini değiştirmeden modifiye edip, onu anayasal bir dayanakla

bağlantılandırmak, bir diğer deyişle metnin içeriğinde belirli bir anlayışı dışlayarak, metnin kalanındaki normatif içeriğe üstünlük sağlamaktır (Fernandez Cruz, 2016: 156-157). Örneğin, 657 s.'li DMK uyarınca izin süresinin dolmasından sonra göreve başlama süresinin geçirilmesi halinde müstafi sayılmaya ilişkin kuralda yasa metninin “sürenin geçirilmesi” ne ilişkin kısmının “sürenin herhangi bir şekilde geçirilmesi” yahut “sürenin zorlayıcı sebepler olmaksızın geçirilmesi” biçiminde iki anlamsal içeriğinin olduğu düşünülebilir. “Süreyi geçirme” fiilinin, failinin irade özgürlüğü olmaksızın gerçekleştirilemeyeceği yönündeki yorum, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararda yaptığı Anayasaya uygun yorumda görülmektedir. “Süreyi geçirme” fiilinin irade özgürlüğünden bağımsız olarak salt işe gelmeme durumunda yapılmış sayılan bir fiil olarak kabul edilmesi gerektiği ise metnin içeriğindeki diğer bir anlayış olarak kabul edilebilir. Olayda derece mahkemelerinin benimsediği anlayış da bu olmuştur. Sonuçta Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin benimsediği anlamı metinden dışlayarak, “zorlayıcı bir sebebin etkisi altında kalmadan süreyi geçirme” olgusuna normatif sonuç bağlanması gerektiğine karar vermiştir. Norma böyle bir teleolojik bakışın onun formuna aykırı anlamlarının merkezi olarak elimine edilmesini gerektirdiği nazara alındığında, bu anlayışa göre Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygun modelini derece mahkemeleri açısından uygulanması zorunlu bir model olarak gördüğü cevabı, verilebilecek ilk cevap olarak karşımıza çıkmaktadır.

Verilebilecek ikinci cevap, bağlayıcılık konusuna yaklaşımda, bireysel başvuru kararının gerekçesiyle birlikte mi, yoksa yalnızca hüküm kısmı bakımından mı bağlayıcı olduğu sorusuna verilecek cevap bakımından oluşan farklılık ışığında ele alınmalıdır. Anayasa'nın 153. maddesiyle hukuken korunanın, gerekçe olmadan anlam ifade etmeyen hüküm fıkralarının bağlayıcılığı olamayacağı görüşü ile bireysel başvuru kararının bağlayıcı olmasının yalnız hakkında hüküm verilen için öngörülen giderim yönteminin uygulanmasını mümkün kılabilmeyen bir yolu olarak anayasal sistemde yer aldığı görüşü bu konuda karşı karşıya durmaktadır (Göztepe, 2016: 96). Bu tartışma doğal olarak, bireysel başvuru kararlarının bağlayıcılığının *inter partes* (taraflar arasında) olduğu görüşü ile *erga omnes* (herkes için) olduğu görüşü arasında bir seçim yapmayı gerektirmektedir (Kahraman, Şahin, 2019: 47). Zira gerekçesi bağlayıcı olan karar, Anayasa Mahkemesi'nin benzer olaylar bakımından bir şablon ortaya koymasına imkân verecektir. Bu şablonun uygulanması da mahkemelerce zorunlu olacak ve yargı düzeninde insan hakları hükümlerinin olaylara uygulanışına bir biçim verecektir. Katı yorum içtihadında Anayasa Mahkemesi'nin derece mahkemelerinden beklediği Anayasaya uygun yorumun *erga omnes* bir etkiye kavuşup bir

yorum şablonu olarak uygulanabilmesinin mümkün olması, ancak bireysel başvuru kararlarının gerekçeleriyle birlikte bağlayıcı olduğu kabul edildiğinde mümkün görünmektedir. Aksi halde, derece mahkemeleri bakımından veri olan yalnızca her bir bireysel başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi'nin hüküm fıkrasında vardığı sonuç olacak, bu sonuca nasıl varıldığına bir önemi olmayacaktır. Yorumun her yargıcın doğal yargı yetkisinin bir parçası olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nin yorum sürecine müdahale edemeyeceği yönündeki bir ikincillik yorumuyla birleştiğinde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygun yorumu yaygınlaştırma ihtimalinin olmadığını ifade etmek gerekecektir.

SONUÇ

İçtihatla koruma alanı gelişen insan hakları, yargıçlarca oluşturulan bir insan hakları hukukunu mecbur kılmaktadır. Bu durum, yasa koyucunun hukuku belirleme alanının yargı organı lehine daralması anlamına gelmektedir. Hart'ın da işaret ettiği, yasanın her gerçekleşecek olay için öngörülmüş bir cevabı olamayacağı bir gerçektir. Yasaların olaylara uygulanması sırasında ortaya çıkan insan haklarına ilişkin problemlere çözüm bulma yükümlülüğünün yargıçların üzerinde olduğu dikkate alındığında, yargıçlara sorunların çözümünde belirli kıstaslar getirme iktidarının verilmesi kaçınılmazdır. Peki, bu kıstas belirleme iktidarının sınırları tespit edilebilir mi?

İnsan haklarının yargısal korunması kapsamında AİHM'nin içtihadıyla oluşturduğu birikim incelendiğinde, Sözleşmeciler devletler karşısında nasıl bir hukuku belirleme gücü olduğu açıkça görülebilmektedir. AİHS'ye taraf devletler, sözleşme hükümlerine ve AİHM içtihadına uymayı taahhüt ederler. Bu çerçevede yapılan anayasa ve yasa değişikliklerinin yanında, yargı organlarının içtihadının da bu taahhütten etkilendiği gözlemlenmektedir. Katı yorum içtihadının da AİHM içtihadından ileri geldiği görülmüştür. Otonom kavramlar doktrini çerçevesinde kabul ettiği "evrimci ve dinamik yorum" anlayışıyla birlikte ele alındığında AİHM'nin mevzuatın katı yorumlanmasını hak ihlali yaratan durumlardan biri olarak görmesi varılması güç bir sonuç değildir. Zira AİHM'ye göre "Sözleşme, günümüz hayat koşullarına göre değerlendirilmesi gereken, yaşayan bir belgedir. Bu belgenin, insan hakları ile ilgili artan standartları karşılamak için, uluslararası hukukta ve Sözleşmeciler devletlerin toplumsal yapılarındaki değişim ve gelişmeler de göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekir" (Salihpaşaoğlu, 2019: 799). Öyleyse AİHM'nin Sözleşme'ye uygunluk kapsamında insan hakları ile ilgili artan standartları karşılamak için Söz-

leşmeci devletleri de uluslararası hukukta ve toplumsal yapıdaki değişme ve gelişmelere göre yorumlama biçimindeki hermenötik yoruma yönlendiren bir içtihadı imza atması olağan karşılanmalıdır. Bununla birlikte 15. Protokol’le Sözleşme metnine eklenen ikincillik kuralı gereği AİHM’nin denetimine tabi de olsa Sözleşmeci devlet yargı organlarının bir takdir marjı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır.

Anayasa Mahkemesi’nin yetkileri Anayasa’da ve 6216 sayılı Kanun’da sayılmıştır. Bunların arasında norm denetimi başvurularını ve bireysel başvuruları karara bağlamak bulunmaktadır. Bu iki tür yetkinin kullanımına da içkin olansa bir mahkeme olarak doğal yargı yetkisi kapsamında içtihat oluşturmaktır. Her bir mahkeme, birbirine benzer olaylara uygulanmak üzere belirli kıstaslar geliştirir ve uyuşmazlıkları bu kıstasların süzgecinden geçirerek karara bağlar. Bir taşınmazın mali değerinin belirlenmesi konusunda yahut failin yaptığı eylemin anlam ve sonuçlarını anlayıp anlamadığının belirlenmesi konusunda belirlenen kıstaslar, mahkemenin önüne gelen birçok olayda uygulanmaya uygun şekilde geliştirilebilir. Bunun yapılması sadece yargıçların işlerini kolaylaştırmaya yaramaz, aynı zamanda yargı kararlarının öngörülebilirliğini sağlar. “Katı yorum” içtihadı örneğinde görülen, mahkeme içtihadının sayılan iki fonksiyonuna bir üçüncüsünü ekleme iddiasını taşır. O da yasanın anlam içeriğini daraltma yahut genişletme iddiasıdır.

Yasa metninin mümkün anlam içeriklerinden Anayasa’ya aykırı olanı dışlamak ve kararlarının bağlayıcılığı çerçevesinde bu belirlemeyi yargı erkinin bütününe teşmil etmenin Anayasa’daki “kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis etme” davranışıyla eşleşir biçimde yorumlanması imkân dâhilindedir. Anayasa’nın 153. maddesinin ikinci fıkrası, “*Anayasa Mahkemesi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez*” hükmünü içermektedir. Bu Anayasa hükmü nazara alındığında sorulacak soru şudur: Bu hüküm bireysel başvuru kararlarına uygulanacak mıdır?

Soruya olumlu cevap verebilmek için hermenötike başvurmak gerekecektir. Bir hermenötik yorum teorisi olan nesnel-yorumlama zamanı teorisine başvurulduğunda, söz konusu Anayasa maddesinin ihdas edildiği zaman diliminde bireysel başvuru yolunun bulunmadığı, bireysel başvuru yolunun anayasal düzene eklenmesiyle bu hükmün anlamının da kendiliğinden genişleyeceği söylenebilir. Bu yoruma eşlik etmesi muhakkak olan yorum, Anayasa Mahkemesi’nin bireysel başvuru kararları-

nın gerekçeleriyle birlikte *erga omnes* bağlayıcılığa sahip olduğu yönündeki yorum olacaktır. Bu yorumlardan süzülen yaklaşımla, bireysel başvuru kararlarıyla yasaların olaylara uygulanışından kaynaklanan ve yeni bir uygulamaya yol açma anlamına gelebilecek durumların ortaya çıkabileceği söylenebilir. Soruya olumsuz cevap vermek içinse metinsel yoruma yönelerek, Anayasa Mahkemesi'nin yetkisine istisna teşkil etmek üzere yalnızca norm denetiminde yeni bir uygulamaya yol açacak hüküm tesis etmenin yasaklandığını, hükümde bırakılan bilinçli bir boşluk olduğunu söylemek gerekir. Bu metinsel yorum, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarının yalnız hüküm fıkrası itibarıyla bağlayıcı olduğu yorumuyla birleştiğinde, hükümde ifade edilen şekilde bir boşluk bırakılmasının sebebi olarak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarıyla yeni bir uygulamaya yol açması ihtimalinin olmaması gösterilebilir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurularda beş yılı aşkın süredir devam eden içtihat birikimine rağmen "Katı yorum" un hukuk doktrininde kalıplaşmış bir anlamla anılmamakta oluşunun sebepleri tartışılabilirse de onun, ortaya çıkışına kadar geçerli olan "katılık" ve "yorum" konseptlerinden ayrı içeriğe sahip bir kavram olarak oluşturulduğu Anayasa Mahkemesi kararları göz önüne alındığında ifade edilebilir. İnsan hakları ile ilgili artan standartları karşılamak adına AİHM'ninkine benzer bir evrimci yorum yaklaşımının sonucu olarak ortaya çıkan bu içtihadın, yasaların belirli anlam içeriklerinin bütün bir yargı organı tarafından elimine edilmesi sonucunu doğurarak yasaları dönüştürme kuvvetine ulaşma ihtimali bulunmaktadır. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin munzam zarara ilişkin verdiği, yukarıda da yer verilen 4/3/2019 tarih ve E. 2018/1494, K.2019/932 sayılı karardaki gibi ihlal kararlarının bağlayıcılığı temelinde verilecek kararlar üzerine oluşacak yerleşik içtihat düzeni bunu sağlayabilir. Hatta hakkında Anayasaya uygun yorumun yapılmasının yerleşik içtihat halini aldığı yasalar bakımından bu içtihadı uymayan bir Yargıtay yahut Danıştay dairesinin kararının hukukî güvenliğe aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkını ihlal ettiği değerlendirilebilecektir (Türkan Bal Başvurusu, B. No: 2013/6932, K.T: 6/1/2015). Her durumda, "katı yorum" içtihadının yasama-yargı geriliminde yeni bir sayfa açma ihtimali ufukta belirmektedir.

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ö. (2021), *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- Arıkan, E. (2019), *Sert Pozitivizm*, İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Austin, J. (1875), *Lectures on Jurisprudence*, New York: Henry Halt and Company.
- Castañeda Hernández, M. (2018), *El Principio Pro Persona ante la Ponderación de Derechos*, Ciudad de México: CNDH México.
- Cevizci, A. (1999), *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayınları.
- Dinç, U. (2014), *Semantik Doğal Hukuk ve Hukuki Yorum: Michael S. Moore' un Kuramı*, İstanbul: Legal Yayınevi.
- Enríquez Soto, P.A. (2015), La Interpretación Conforme y su Impacto en los Jueces Mexicanos, *Cuestiones Constitucionales*, 32, 111-139.
- Eren, A. (2018) Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- Fernandez Cruz, J.A. (2016), La Interpretación Conforme con la Constitución: una Aproximación Conceptual, *Revista Ius et Praxis*, 2, 153-188.
- Gözler, K. (2020), *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi (Cilt I)*, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Göztepe, E. (2016), Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33, 93-118.
- Göztepe, E. (2021), Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı Çağrı Kararları Üzerine Bir İnceleme, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 38(1), 43-83.
- Güriz, A. (2020), *Hukuk Felsefesi*, Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Hart, H.L.A. (1998), *El Concepto del Derecho* (Çev. Genaro R. Carrió), Buenos Aires:Apeledo-Perrot.
- Işıktaç, Y. (2019), *Hukuk Felsefesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Kaboğlu, İ.Ö. (2019), *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık.

- Kahraman, M., Şahin, M. (2019), Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararlarının Yerine Getirilmesi, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 36(2), s.37-61.
- Kelsen, H. (2014), "Yorum Teorisi Üzerine" (Çev.: Melike Belkis Aydın ve Ertuğrul Uzun), *Hukuk Kuramı*, 1(5), s.45-51.
- Kelsen, H. (2016), *Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş* (Çev.: Ertuğrul Uzun), İstanbul: Nora Kitap.
- Memiş, E. (2007), *Anayasa'ya Uygun Yorum*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Metin, S. (2004), Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 62(1-2), s.165-207.
- Miranda Camarena, A. J., Navarro Rodríguez, P. (2014), El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano, *Opinion Juridica*, 13(26), s. 69-80.
- Oder, B.E. (2010). *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- Öktem, N. (1977), Hukuksal Pozitivizm Akımı, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 43(1-4), s. 271-299.
- Öktem, N., Türkbağ, A.U. (2009), *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul: Der Yayınları.
- Özbudun, E. (2019), *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Salihpaşaoğlu, Y. (2019), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Aile Hayatına Yüklediği Anlamın Toplumsal Cinsiyet Açısından Değerlendirilmesi, *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 797-799.
- Serrano Migallón, F. (2008), La interpretación conforme a la constitución, F. Serrano Migallón içinde, *La interpretación conforme a la constitución* (s.3-13) México City, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Topakkaya, A. (2007), Felsefi Hermeneutik, *FLSF Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, s.75-92.
- Topakkaya, A. (2019), *Hukuk Hermeneutiği*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- Türkbağ, A.U. (2011), Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 28, s.71-82.
- Wacks, R. (2017), *Hukuk Kuramını Anlamak* (Çev. Fatma Ünver, Serdar Ünver), Ankara: Astana Yayınevi.

İNTERNET KAYNAKLARI

Hylton v. United States Kararı, 3 U.S. 171 (1796), 6 Ekim 2021 tarihinde Amerikan Yüksek Mahkemesi: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/3/171/> sitesinden alındı.

Meksika Federal Anayasası (1917), 6 Ekim 2021 tarihinde Constitute Project: https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en sitesinden alındı.

MAHKEME KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Eşim/Türkiye, B.No: 59601/09, K.T.:17/09/2013.

Fellner ve diğerleri/Türkiye, B.No: 13312/08, K.T: 10/10/2017.

Béleš ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti, B.No: 47273/99, K.T:12/2/2003.

ANAYASA MAHKEMESİ

Bireysel Başvuru Kararları

Yaşar Çoban Başvurusu, B.No:2014/6673, K.T: 25/7/2017.

Hamza Küçük Başvurusu, B.No: 2013/7400, K.T.: 5/11/2015.

Sezai Balta Başvurusu, B.No: 2013/8834, K.T.: 4/2/2016.

İsmail Halaç Başvurusu, B.No: 2015/1714, K.T: 15/11/2018.

Erdal Oğuz Başvurusu, B.No: 2018/10567, K.T: 12/1/2021.

Hüseyin Fatih Tamer Başvurusu, B.No: 2018/31316, K.T: 20/10/2020.

Mehmet Zahit Şahin Başvurusu, B.No: 2013/4708, K.T: 20/4/2016.

ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. B.No: 2014/2267, K.T: 21/12/2017.

Ferat Yüksel Başvurusu, B.No: 2014/13828, K.T: 12/09/2018.

G.G. Başvurusu, B.No: 2018/9416, K.T. 9/6/2021.

Erol Cumbul ve Ünal Cumbul Başvurusu, B.No: 2018/19078, K.T.: 13/04/2021.

Ahmet Yıldırım Başvurusu, B.No: 2014/18135, K.T.: 20/9/2017.

Levent Tütüncü Başvurusu, B.No: 2015/3690, K.T.: 18/07/2018.

Billur Solagay Başvurusu, B.No.:2018/3709, K.T.:11/02/2021.

İlknur Yüksel Başvurusu, B.No: 2014/7738 K.T.: 13/07/2016.

Türkan Bal Başvurusu, B.No: 2013/6932, K.T: 6/1/2015.

Şule Bayburt Başvurusu, B.No: 2017/38724, K.T: 21/07/2020.

S.E. Başvurusu, B.No: 2017/40178, K.T: 26/02/2020.

Norm Denetimi Kararları

Anayasa Mahkemesi, E.1990/36, K.1991/9, K.T. 09.04.1991.

Anayasa Mahkemesi, E.1984/8, K.1984/10 T.20.09.1984.

Anayasa Mahkemesi, E. 2016/144, K. 2020/75, K.T: 10/12/2020.

Anayasa Mahkemesi, E. 1989/1, K. 1989/12, K.T:07.03.1989

YARGITAY

Yargıtay 15. H.D., K.T: 4/3/2019 E.2018/1494, K.2019/93

ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI BAĞLAMINDA ORTAYA ÇIKAN BİR HAK OLARAK UNUTULMA HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Right to be Forgotten as a Right Arising in Context of the Right to Privacy and the Right to Protect Personal Data

Kübra KAYA*

Öz

Çalışmamızın konusunu, özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Günümüzde ağırlıklı görüş, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği hakkının bir türü olduğu yönündedir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkının hukuki niteliği ortaya konulmadan kişisel verilerin korunması hakkının da anlaşılması mümkün değildir. Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının kesişim alanından ise üçüncü bir hak olarak unutulma hakkı ortaya çıkmıştır. Söz konusu hak günümüzde sadece uluslararası hukuk değil ulusal hukukta da tanınmaktadır. Dijital çağın ortaya çıkardığı yeni bir insan hakkı olduğu kabul edilmektedir. Biz bu nedenlerle çalışmamızda

Abstract

The subject of this paper is the relationship between the right to privacy and the right to protection of personal data. Today, the dominant view is that the right to protection of personal data is a form of the right to privacy. Therefore, it is not possible to understand the right to protection of personal data without revealing the legal nature of the privacy. As a third right, the right to be forgotten has emerged from the intersection of the right to privacy and the protection of personal data. This right is now recognized not only in international law but also in national law. It is accepted that there is a new human right created by the digital age. For this reason, in our study, we first deemed it appropriate to include the legal nature of the right to priva-

* Anayasa Mahkemesi Raportör Hakimi, Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, kubrakaya.uuhf@gmail.com, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0594-5041>.

öncelikle özel hayatın gizliliği hakkının hukuki niteliğine, ardından kişisel verilerin korunması hakkı ile olan ilişkisine yer vermeyi, son olarak ise unutulma hakkı üzerinde durmayı uygun gördük.

Anahtar Sözcükler: Özel Hayat, Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Unutulma Hakkı.

cy, then the relationship with the right to protection of personal data and finally to focus on the right to be forgotten.

Keywords: Private Life, Right to Privacy, Personal Data, Right to Protection of Personal Data, Right To Be Forgotten.

GİRİŞ

Teknolojinin henüz günümüzdeki kadar hızlı gelişmediği, bilgi iletiminin çoğunlukla basılı kaynaklarla yapıldığı dönemlerde insanların kamuya açık olmasını istemedikleri alanlara ilişkin hukuki menfaatleri özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunmuştur. Ancak günümüzde bilgi teknolojisindeki hızlı ilerleme “özel hayat” ve “özel hayatın gizliliği hakkı” kavramlarının sınırlarını ve içeriğini değiştirmiştir. Bir defa günümüzde gerek kişi gerekse de kurumların ekonomik, bilimsel ve kültürel pek çok faaliyetini internet ortamı üzerinden sürdürmesi veri işleminin çok daha kolay ve hızlı olmasını sağlamıştır. Gerçekten insanlık tarihinin başlangıcından 2003 yılına kadar yaklaşık beş milyar gigabayt veri işlenmişken 2011 yılına gelindiğinde aynı miktarda veri iki günde bir, 2013 yılına gelindiğinde ise on dakikada bir üretilmiştir (Çekin, 2016: 630). Dolayısıyla insanlar teknolojinin hayatı kolaylaştırıcı etkisinden faydalanırken bir yandan da kendilerine ait bilgileri kamuya açık alanda paylaşmak durumunda kalmış olup ve hatta söz konusu bilgi paylaşımları iradeleri dışında gerçekleşebilmiştir. Söz konusu alan uzun yıllar özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunsun da veri işleme meselesinin hukuki olmanın yanında teknik boyutu konuya ilişkin özel düzenleme yapma gereğini de beraberinde getirmiştir. Bu noktada “*kişisel veri*” ve “*kişisel verilerin korunması*” kavramları gündeme gelmektedir. Kişisel veri, dijitalleşen dünyada çok geniş bir bilgi kitlesini kapsamaktadır. Kişisel verilerin korunması noktasında ise devlet, günümüzde hem kişisel verileri en çok işleyen kamu tüzel kişisi hem de kural koyma ve yaptırım uygulama gücünü elinde bulunduran mercii olarak hem negatif hem de pozitif yükümlülüğe sahiptir. Günümüzde devletler bu farkındalık doğrultusunda kişisel verileri korumaya yönelik özel düzenlemeler öngörmekte ve gerektiğinde yaptırım uygulamaktadırlar. Bunun yanında kişisel verilerin korunması meselesinin teknik boyutundan dolayı ayrıca

ele alınmayı gerektirmesi onun özel hayatın gizliliği hakkından bütünüyle ayrıştığı anlamına da gelmemektedir. Aksine uluslararası düzenlemelerin birçoğunda halen kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin düzenlemeler kapsamında korunmaktadır.

Nispeten yakın zamanda ise özel hayatın gizliliği hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile yakın ilişkili bir hak olarak unutulma hakkı ortaya çıkmıştır. İlk kez uluslararası yargı kararları ve düzenlemelerle ortaya konulduktan sonra Türk Hukuku'nda da benimsenen bu hak yargı ve idare kararlarında yer almakla beraber henüz ulusal mevzuata kavramsal anlamda girmemiştir.

I. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Özel hayatın gizliliği hakkının, bir insan hakkı olarak tanınması ve korunması düşüncesi çok eskiye dayanmasa da özel hayat kavramının insanlık tarihi kadar eski olduğunu söylemek gerekir. Gerçekten özel hayat; onur, özgürlük, bağımsızlık gibi insanın sadece insan olmasından kaynaklı sahip olduğu değerler ile yakından ilgilidir (Lukacs, 2016: 256).

İnsan haklarının tarihi gelişimine bakıldığında; önceleri hakkın korunmasının somut bir tehlikeye, insanın bedensel veya ekonomik haklarına yönelik fiziki bir müdahaleye karşı olması gerektiğine dair bir inanç, anlayış olduğu görülmektedir (Warren ve Brandeis, 1890: 193). Zaman içinde gözlenen politik, sosyal ve ekonomik değişme ve gelişmeler insanın elle tutulur olmayan haklarının da korunması gerektiği düşüncesini ortaya çıkarmıştır (Warren ve Brandeis, 1890: 193). 17. ve 18. yüzyıllarda burjuvazinin aristokrasiye karşı verdiği mücadele sonucunda kişisel ve siyasal hakların tanınması gündeme gelmiştir (Aras, 2010: 16). Belirtelim ki özellikle kişisel haklar konusunda, devlete yüklenen bir "*yapmama yükümlülüğü*" vardır. Bundan dolayı Jellinek'in insan hakları tasnifinde bu gruptaki haklara negatif statü hakları da denir (Turhan, 2013: 368). Kişisel haklar, insan haklarının tarihsel süreçteki gelişimine göre yapılan kuşak sınıflandırmaları içinde ise birinci kuşak insan haklarına tekabül eder (Turhan, 2013: 359). Özel hayatın gizliliği hakkının ise bir tür kişisel hak olduğu kabul edilir (Aras, 2010: 54). Dolayısıyla özel hayatın gizliliği hakkı; birinci kuşak, negatif statü haklarından (Aras, 2010: 54).

Özel hayatın gizliliği hakkının, insan hakları içinde tanımlanması ve sınırlarının çizilmesinin en zor hak olduğu kabul edilir (Korkmaz, 2014: 101). Bunun bir se-

bebi, her kültür ve coğrafyada özel hayata yüklenen anlamın farklılaşabilmesi, kimi zaman aynı toplum içindeki insanlar bakımından dahi sınırlarının değişebilmesidir. Bir defa “*kamuya mal olmuş kişi*” kavramı vardır ki bu kişilerin eleştiriye katlanma yükümlülüğü, özel hayatlarının sınırları, özel hayatlarına hangi ölçüde müdahale edilebileceği hususları diğer insanlardan farklı bir şekilde ele alınmaktadır (Kurt, 2017: 582). Zira özel hayatın gizli alan, özel alan ve ortak alan olmak üzere üç katmanı olduğundan söz edilir (Kılıçoğlu, 2008: 84). Kişinin sadece kendisine özgü kalmasını istediği, başka kimseyle paylaşmak istemediği alan gizli alanıdır. Öte yandan bunu bir adım ileriye götürerek ailesi ve yakın arkadaş çevresiyle paylaşımlar yapabildiği alan özel alanıdır. Ortak alan ise yolculuk yapması, alışverişe gitmesi gibi kamuya açık alandaki faaliyetlerini gerçekleştirdiği alanıdır. İşte bu üç katmanlı yapı, kamuya mal olmuş kişilerde farklılık gösterir. Örneğin bir başkası için özel alanında kalması gereken bir bilgi, kamuya mal olmuş kişi bakımından ortak alan kabul edilebilir.

Öte yandan bilgi teknolojisindeki gelişmeler, özel hayat kavramının bilinen ve sınırlı anlamını etkilemiştir. İnsanlar bir yandan teknolojinin hayatı kolaylaştırıcı etkisinden faydalanırken bir yandan da kendilerine ait bilgileri sanal ortamda paylaşmak durumunda kalmışlardır. Bu ise günümüzde özel hayat kavramı altında korunmaya değer başka yararların da ortaya çıktığını göstermektedir. Dolayısıyla özel hayat kavramı mekana ve statülere göre değişebildiği gibi zamana göre de değişmektedir. Özel hayat başlığı altında bugün korunan değerler ile yirmi yıl önce korunanlar birbirinin aynı değildir. Kavramın bu dinamik yapısından dolayı da gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemelerde özel hayatın gizliliği hakkını koruyan pek çok hükme yer verilmekle beraber kesin sınırlarla çizilmiş bir tanımının yapılmasından özellikle kaçınılmıştır. Sözgelimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi ve Anayasa’nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı korunmuş ancak özel hayatın ne olduğu sorusunun cevabı verilmemiştir. Yargı organları ise koruyucu hükümlerden yola çıkarak konuya ilişkin genel bir çerçeve çizmekte, ardından özel hayat ve özel hayatın gizliliği hakkında her somut olaya göre bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin ifadesine göre, özel hayatın gizliliği hakkı, “*kişinin yalnız bırakılma hakkıdır*” (Warren ve Brandeis, 1890: 195). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise özel hayat kavramının kesin olarak tanımlanmasının mümkün olmadığını aslında böyle bir gayretin gerekli de olmadığını ifade etmektedir (Niemi v. Germany, 16.12.1992, 13710/88).

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI İLE İLİŞKİSİ

Kişisel veri, en genel ifadesiyle bir kişiye ait bütün bilgilerdir (Kılınç, 2012: 1093). Bu bilgiler kişinin ismi, görüntüsü, sesi, kimlik numarası, tedavi kayıtları, dünya görüşü, dini inancı, cinsel yönelimi, etnik kökeni gibi kişiliğine ilişkin olabileceği gibi aracının plakası, tapu kaydı gibi ekonomik değerlere ilişkin de olabilir. Öte yandan bu bilgilerin bütünüyle eşdeğer statüde olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira, kişisel verilerden özellikle dünya görüşü, dini inanç, cinsel yönelim, etnik köken gibi bilgiler “*hassas veri*” olarak kabul edilir ve bu alanda daha sıkı güvenlik önlemleri alınması gerekir (Avcıoğlu, 2018: 27). Bu noktada, en büyük sorumluluk devlet üzerindedir. Bunun iki sebebi vardır. Bir defa; günümüzde, saydığımız bu kişisel veriler çok çeşitli amaçlarla gerek özel hukuk tüzel kişileri gerekse de kamu tüzel kişilerinince toplanmaktadır. Bunlar içinde en çok kişisel veri toplayan kamu tüzel kişisi ise devlettir. Dolayısıyla, kişisel verilere en çok başvuran kurum olarak devletin konuya ilişkin hassasiyetinin en yüksek düzeyde olması gerekmektedir. Öte yandan, kural koyma ve yaptırım uygulama gücü devlete aittir. Bu nedenle de devlet kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli hukuk kurallarını koymak ve bunlara uyulmadığı takdirde yaptırım uygulamakla yükümlüdür. Bu noktada Common Law hukuk sisteminde konunun daha çok kişisel özgürlükler boyutu dikkate alınarak devlete bir “*yapmama*”, “*müdahale etmeme*” yükümlülüğü yüklenirken Kıt’a Avrupası hukuk sisteminde ise gerekli koruyucu önlemleri alma şeklinde bir “*yapma*” yükümlülüğü getirildiği görülür (Van Der Sloot, 2015: 25). Esasen devletin burada hem negatif hem de pozitif yükümlülüğü olduğunu kabul etmek gerekir. Zira devlet özellikle “*hassas veri*” grubundaki kişisel verileri gerekmedikçe toplamamalı, topladığı verileri ise kişilerin rızası olmadan üçüncü kişilerle paylaşmamalıdır. Öte yandan kural koyup yaptırım uygulayarak da pozitif yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Kişisel verilerin korunması hususunda devlete düşen bu etkin rol, bu korunma hakkının bir “*insan hakkı*” olma niteliğine de işaret etmektedir. Gerçekten kişisel verilerin korunması hakkının günümüzde özel hayatın gizliliği hakkının bir türü olduğu savunulmaktadır (Çelik, 2017: 391). Zira, kişisel veriler insanların çoğunlukla başkaları tarafından bilinmesini istemediği bilgiler içerir. Bu anlamda kişisel verinin özel hayatın bir parçası olarak kabul edilmesi ve kişisel verilerin özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunması gerekir (Korkmaz, 2016: 100).

III. KİŞİSEL VERİLERİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI KAPSAMINDA KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

Günümüzde kişisel verilerin toplanması ve yayılmasının giderek kolaylaşması bu alanda uluslararası bir koruma mekanizması sağlanması ihtiyacını doğurmuştur. Her ne kadar uluslararası düzenlemelerin sağladığı koruma ikincil nitelikte olsa da ulusal hukuklara da konuyla ilgili iç düzenlemeleri yapabilmeleri için örnek teşkil etmişlerdir.

Kişisel verilerin korunması düşüncesinin bu hakkın temel bir insan hakkı olan özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olmasından kaynaklandığını belirtmiştik. Bu kapsamda uluslararası düzenleme yapılırken iki yöntem izlendiği görülmektedir. Bunlardan ilki kişisel verilerin korunmasına ilişkin ayrı bir düzenlemeye hatta maddeye dahi yer vermeksizin doğrudan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında koruma sağlamaktır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde izlenen yöntem bunun bir örneğidir. Bir ikinci yöntem ise tamamen kişisel verilerin korunması hakkına özel düzenlemeler yapmaktır. Bunun en güzel örnekleri de Avrupa Konseyi'nin 1981 yılında kabul ettiği 108 sayılı Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme ("108 sayılı Sözleşme") ile Birleşmiş Milletler'in 1990 yılında kabul ettiği Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyaları Hakkında Yönlendirici İlkeler başlıklı belgedir.

Belirtelim ki kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında sağlanmaya çalışıldığında her somut olayda değerlendirme yapma işi uygulamaya düşmektedir. Örneğin, AİHM önüne gelen bir uyuşmazlıkta kişinin görüntüsü üzerindeki hakkını 8. madde kapsamında korumuştur. Uyuşmazlık konusu olayda, özel bir klinik tanıtım kitapçığı hazırlamış ve bu kitapçıkta daha önce orada doğan bir bebeğin fotoğraflarını izinsiz kullanmıştır. AİHM, burada kişinin görüntü kaydını kişisel veri kabul etmiş ve özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korumuştur (Davourlis v. Greece, 15.04.2009, 1234/05). Yine bir başka olayda sokağa yerleştirilen kamera başvuruçunun intihar teşebbüsü sırasında bileklerini kesme eylemini de kayda almış ve daha sonra bu kayıtlar kamuoyu ile paylaşmıştır (Peck v. United Kingdom, 28.04.2003, 44647/98). AİHM burada da kişinin video kaydının kişisel veri olduğu düşüncesinden hareketle özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen 8. madde-

nin ihlal edildiğine karar vermiştir. Burada sokakta gerçekleşen eylemin özel hayatın üç katmanlı yapısından “*ortak alan*” içinde gerçekleşmiş olsa da AİHM “kamuya mal olmuş kişi” kistasından hareket etmiştir. AİHM her ne kadar başvuruçunun bileklerini kesme eylemi sokakta, kamuya açık alanda gerçekleşmiş olsa da başvuruçu tanınmış, kamuya mal olmuş bir kişi olmadığından ortak alan içindeki bu eyleminin özel hayatın gizliliği kapsamında korunması gerektiğine kanaat getirmiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri’ne bakıldığında; konuya ilişkin yaklaşımlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ninkiyle benzer mahiyette olduğu görülmektedir. Zira, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 17. maddesi ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 12. maddesi özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin olup, bu sözleşmelerde de tıpkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde olduğu gibi kişisel verilerin korunması hakkı özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında korunmuştur.

Kişisel verilerin korunması hakkını özel olarak düzenleyen Avrupa Konseyi’nin 108 sayılı Sözleşmesi, hukuksal bağlayıcılığı yönüyle bu alanda bir ilki ifade etmektedir. Belirtelim ki Türkiye bu sözleşmeyi imzalamıştır ama uygun bulma kanunuyla onaylamamıştır. Sözleşme’nin amacı kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında kişilerin özel hayatını güvenceye almaktır (Kılınç, 2012: 1113). Ancak Sözleşme başlığından da anlaşılacağı üzere burada sınırlı bir koruma söz konusudur. Zira 108 sayılı Sözleşme sadece otomatik işleme elde edilen kişisel verileri korumaktadır. Sözleşme bu noktada ikili bir ayrıma gitmiştir. Bir defa kişilerin dünya görüşü, etnik kökeni, dini inancı, cinsel yönelimini içeren hassas verilerin otomatik işleme kaydedilmesi kural olarak yasaklanmıştır. Ancak ilgilinin rızası, işverenin kişisel veri kaydıyla yükümlü olması gibi istisnai hallerde hassas verilerin kaydına imkan tanınmıştır. Bunun dışında kalan kişisel verilerin ise otomatik işleme kaydedilebileceği düzenlenmiştir. Ancak burada da sınırsız bir serbestlikten söz edilemez. Zira, hassas veri niteliği taşımayan kişisel verilerin de yalnızca meşru bir amaç için kaydedilmeleri, bu amaca uygun olarak kullanılmaları ve belirli bir süre geçtikten sonra da silinmeleri gerekir.

IV. KİŞİSEL VERİLERİN ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI KAPSAMINDA KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSAL HUKUKTA YER ALAN DÜZENLEMELER

Konuya ilişkin ulusal hukuktaki düzenlemelere bakıldığında en başta Anayasa’nın “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddesi göze çarpmaktadır. Madde içeriğine bakıldığında; birinci fıkrada herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı

gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ile özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hususlarına yer verildiği görülür. 7.5.2010 yılında 5982 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle yapılan Anayasa değişikliği ile bu maddeye kişisel verilere ilişkin ek fıkra eklenmiştir. Buna göre; *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*.

Türk Medeni Kanunu'nun (“Türk Medeni Kanunu”) 24. maddesinde düzenlenen kişilik hakkının kapsamına kişisel verilerin işlenmesi hususu da dahildir (Avcıoğlu, 2018, s.70). Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesinde *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldıran kişinin hakimden saldırıda bulunanlara karşı koruma isteyebileceği, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu”* düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereğince kişisel verileri hukuka aykırı şekilde işlenen kişinin hakime başvurma hakkı vardır.

Öte yandan konunun bir de ceza hukuku boyutu vardır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (“Türk Ceza Kanunu”) 134 ila 140. maddelerinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bir defa Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesi gereği özel hayatın gizliliğini ihlal eden eylem suç oluşturmaktadır. Bu eylem ses veya görüntü kaydı alınarak yapılır ise ceza bir kat ağırlaştırılacaktır. Kaydedilen ses veya görüntü bir de ifşa edilirse bu kez cezanın alt sınırı iki yıl olacaktır. 135. madde ise “Kişisel verilerin kaydedilmesi” kenar başlığını taşımakta olup, bu madde içeriğinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinin suç teşkil ettiği düzenlenmiştir. Kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması hali ise cezayı ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme, Türk Ceza Kanunu'nun hassas verilerin otomatik işleme kaydedilmesini kural olarak yasaklayan 108 sayılı Sözleşme'nin yaklaşımıyla da örtüşür niteliktedir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin verileri, hassas veri niteliğinde olup,

Kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına vermek, yaymak veya ele geçirmek ise Türk Ceza Kanunu'nun 136. maddesi gereği cezanın alt sınırının iki yıla çıkararak eylemlerdir. Bu noktada, 137. maddede düzenlenen nitelikli haller ise ayrı bir öneme sahiptir. Buna göre suçun; kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, işlenmiş olması cezayı artırıcı sebep olarak öngörülmüştür. Zira belirli meslekleri icra eden insanlar, işleri gereği kişisel verilere kolaylıkla ulaşma imkanına sahiptir. Güvene dayalı bir yetkilendirme ile mesleki faaliyetlerini yürüttükleri ve kişisel verilere erişebildikleri için bu kişilerin sahip oldukları kolaylığı kötüye kullanmalarının önüne geçilmek istenmiştir. Belirtelim ki kişisel verilerin hukuka uygun bir sebeple kaydedilmesi suç değildir. Ancak hukuka uygun sebeple de olsa verilerin belli süre geçtikten sonra yok edilmesi gerekir. Bu sürenin kesin bir sınırını çizmek ise mümkün olmayıp somut olayın koşullarına göre değişkenlik göstermektedir. Nitekim çalışmamızın ilerleyen kısımlarında ele alacağımız Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararında yok edilmesi gerektiğine kanaat getirilen veriler yaklaşık on beş yıl öncesine dayanırken Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'na konu cinsel saldırı suçunun mağduruna ait kişisel verilerin korunmasına ilişkin olayda dört yıllık bir süre yeterli görülmüştür.

Gelişen teknoloji karşısında insanların neredeyse bütün işlemlerini internet ortamından yapabilmesi, daha çok kişisel verinin işlenmesinin ve yayılmasının yolunu açmıştır. Bu kadar yoğun bir şekilde kişisel verilerin işlendiği bir ortamda korunmaları da bir o kadar zorlaşmış ve Anayasa ile Türk Ceza Kanunu hükümleri yetersiz kalmaya başlamıştır. Kişisel verilerin korunması ve ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin özel düzenleme ihtiyacı 2016 yılına gelindiğinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ("Kişisel Verilerin Korunması Kanunu") yürürlüğe girmesi sonucunu doğurmuştur. Kanun'un 1. maddesinde konuluş amacı "*kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak*" olarak belirtilmiştir. Bu da Türk Hukuku'nda da kişisel verilerin korunması hakkının uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkından bağımsız düşünülemeyeceği anlayışının benimsendiğini göstermektedir. Kanun kişisel verinin tanımını yapmış, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi kişisel veri kabul etmiştir. Kanun ayrıca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin genel ilkeleri ve şartları ortaya koymuştur. Ancak bu beraberinde tartışmaları da getirmiştir. Zira söz konusu genel ilke ve şartların bir tarafında veri sorumlusu dururken diğer tarafında veri sahibi yer almakta, her ikisi

arasında menfaatler dengesinin sağlanması gerekmektedir. Bir görüş kanun koyucunun bu noktada kural olarak kişinin açık rızası olmadıkça kişisel verilerin işlenemeyeceği düzenlemesini getirerek menfaatler dengesini veri sorumlusu aleyhine aşırı ölçüde bozduğu, büyük ölçüde veri sorumlusunun menfaatini gözettiği eleştirisini getirmektedir (Doğan, 2019: 55). Öte yandan bir başka görüş mevcut kanuni düzenleme ile veri sorumlusunun yeterince korunmadığını, özellikle de “*kişisel verinin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması halinde açık rızanın aranmaması*” ibaresinin sorunlu bir ifade olduğunu, zira alenileştirme işleminin her zaman veri sahibinin iradesi ile gerçekleşmiş olmayabileceğini, bu durumda rıza aramamasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabileceğini öngörmektedir (Avcıoğlu, 2018: 55). Hassas verilerin işlenmesi ise uluslararası düzenlemelerde olduğu gibi burada da daha sıkı güvenlik önlemlerine tabi tutulmuştur. Ayrıca bu kanun ile Kişisel Verileri Koruma Kurulu getirilmiş olup, temel görevi kişisel verileriyle ilgili haklarının ihlal edildiğini ileri sürenlerin şikayetlerini incelemek ve gerektiğinde idari yaptırım kararı vermektir.

V. ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ HAKKI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKININ KESİŞİM ALANINDA ORTAYA ÇIKAN BİR HAK OLARAK UNUTULMA HAKKI

A. GENEL OLARAK

Buraya kadar incelediğimiz gerek uluslararası gerekse de ulusal hukukta yer alan düzenlemeler kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesinde bir engel olmadığını göstermektedir. Günümüzde, gerek devlet gerekse özel sektör eliyle teknolojinin imkanları kullanılarak bireylere ait pek çok kişisel veri işlenmekte ve hatta yayınlanmaktadır. Peki elde edilen bu kişisel veriler süresiz şekilde kayıt altında tutulabilir mi? Kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk kriterlerinin sağlanması veri toplayıcısına bunların muhafazası konusunda sınırsız bir yetki verir mi? İşte unutulma hakkı, bu sorulara cevap arandığı noktada ortaya çıkmıştır.

Esasen günümüze kadar unutulma kural, hatırlanma istisna olmakla birlikte 20. yüzyıldan sonra teknolojide gözlenen hızlı gelişme, özellikle internetin yaygınlaşması bu dengeyi tersine çevirmiştir (Çelik, 2017: 396). Zira, internetin ilk yaygınlaşmaya başladığı zamanlarda insanlar bilgilerini internet üzerinden paylaşmaktan çekinirlerken, günümüzde bu çekincenin yerini insanların daha önce kendi iradeleriyle ya da iradeleri dışında paylaştıkları verilerinin internet ortamından nasıl kaldı-

rılacağı endişesi almıştır (Owings, 2016: 45). Gerçekten günümüzde özellikle sanal ortamda çok sayıda kişisel verinin uzun yıllar yer aldığı görülmektedir. Ancak bu, bazen insanların itibarını zedeleyebilmekte, yeni bir başlangıç yapmalarının önüne geçebilmektedir. Bu kapsamda unutulma hakkı, insanların toplumsal hafızada yer almasını istemediği bilgilerinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkı olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla unutulma hakkını gerek kişisel verilerin korunması hakkından gerekse de özel hayatın gizliliği hakkından bağımsız düşünmek mümkün değildir (Yan, 2013: 3).

B. UNUTULMA HAKKINA İLİŞKİN OLARAK YARGI ORGANLARI VE İDARE TARAFINDAN VERİLEN İLKE KARARLAR

1. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Unutulma Hakkı Kapsamında Verdiği Google Kararı

Uyuşmazlık konusu olayda, İspanya'da yaşayan ve çalışan bir avukatın sosyal güvenlik borçlarından dolayı evini satmak zorunda kaldığına ilişkin bir gazete haberi yapılmış olup bu haber linkine Google arama motoru aracılığı ile ulaşılabilir. Avukatın başvurusu mahkemece haklı görülmüş ve Google'a ilgili linkleri kaldırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Google ise ilgili linkleri kaldırmanın kişilerin haber alma özgürlüğünü kısıtlayacağını ileri sürerek kararı bir üst mahkemeye taşımıştır. Yüksek Mahkeme ise bu noktada Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan görüş almıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı ise haber alma özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkının yarıştığı bu noktada özel hayatın gizliliği hakkına öncelik vermiştir (ABAD, 13.05.2014, C-131/12 Sayılı Karar). Burada ilk kez "*unutulma hakkı*" ifadesini kullanması ise önemlidir. Zira bu tarihte unutulma hakkı henüz bir hukuki belgede düzenlenmemiştir. Bu karardan sonra 4 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruması Tüzüğü çıkarılmış ve unutulma hakkı 17. maddede açıkça düzenlenmiştir.

2. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Unutulma Hakkı Kapsamında Verdiği 2014/4-56 Esas Sayılı Kararı

Belirtelim ki unutulma hakkı, kişinin nerede yaşadığı, hangi dili konuştuğu ya da hangi dine inandığından bağımsız olarak herkesin ihtiyaç duyabileceği evrensel bir haktır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen bir olay da bunu açıkça göstermektedir (YHGK, 17.06.2015, 2014/4-56 Esas, 2015/1679 Karar). Uyuşmazlık konusu olayda, dört yıl önce yargılama süreci tamamlanmış

bir cinsel saldırı suçuna ilişkin Yargıtay ilamına ceza hukuku üzerine yazılmış bir kitap kapsamında yer verilmiş ancak mağdurun ismi, kimliği anlaşılabilir şekilde açıkça ifade edilmiştir. Bunun üzerine kişi asliye hukuk mahkemesinde manevi tazminat talepli dava açmış ve davasının kısmen kabulüne karar verilmiştir. Davalı tarafın temyizi üzerine karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiş ve özel daire burada kişinin isminin bilimsel bir çalışmada kullanıldığı, davalı aleyhine tazminata hükmedilemeyeceğinden bahisle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. İlk derece mahkemesi ise bu noktada direnme kararı vermiş ve bunun üzerine konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne taşınmıştır. Genel Kurul mağdurun kendisine zarar veren ve dört yıl öncesinde kalmış bir olay ile anılmak istememe talebini haklı görmüş, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında unutulma hakkını açıkça korumuş ve yerel mahkeme kararını bu anlamda hukuka uygun bulmuştur.

Genel Kurul Kararı iki açıdan önemlidir. Öncelikle ilk kez bir ulusal yargı organı kararında “*unutulma hakkı*” kavramsal olarak yer almıştır. İkinci olarak ise Genel Kurul unutulma hakkını ele alırken Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google Kararı'na atıf yapmakla birlikte aslında daha öteye de geçerek salt dijital ortamda değil basılı bir eser bakımından da unutulma hakkının korunmasının söz konusu olabileceğini ortaya koymuştur.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Unutulma Hakkı Kapsamında Verdiği 2013/5653 Bireysel Başvuru Numaralı Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin önüne bireysel başvuru yoluyla gelen bir olayda ise başvurucunun hakkında 1998-1999 yıllarında bir gazete haberi yapılmıştır. Ancak bu haberler halen ilgili gazetenin arşivinde kayıtlı olup, ulaşılabilir durumdadır. Başvurucu bu haberlere ilişkin kayıtların silinerek gazete arşivinden kaldırılmasını istemektedir. Burada da basın özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği hakkı arasında bir denge kurulması gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de uyuşmazlık konusu olayda haberin güncelliğini yitirdiği, haber içeriğiyle ilgili korunan kamusal bir faydanın kalmadığı kıstaslarından hareketle özel hayatın gizliliği hakkına üstünlük tanımıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyu unutulma hakkı kapsamında ele alıp gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google Kararı'na gerekse de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/4-56 Esas sayılı Kararı'na atıfta bulunmuş olması önemlidir (AYM, 03.03.2016, B.No: 2013/5653).

4. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Unutulma Hakkı Kapsamında Verdiği 2020/927 Sayılı Kişinin Arama Motorunda Adı ve Soyadı ile Bağlantılı Sonuçların Kaldırılması Talebine İlişkin Kararı

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin unutulma hakkını kavramsal çerçevede ele alıp tanımış olması ulusal hukukta konuya ilişkin farkındalığı artırmıştır. Nitekim bu farkındalık Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na yapılan indeksten çıkarma talepli başvuruların unutulma hakkı zemininde ele alınması sonucunu doğurmuştur. Her ne kadar yargı organlarınca tanınmış olsa da unutulma hakkının kanuni bir düzenlemesi olmadığından tanımı, amacı, kapsamı, korunmasına yönelik araçların belirlenmesi ve diğer haklarla yarışması halinde menfaatler dengesinin sağlanmasına yönelik çözümlenmesi gereken bir dizi mesele gündeme gelmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu 23.06.2020 tarih ve 2020/481 Sayılı Kararı'nda söz konusu meseleleri konuya ilişkin uygulanabilecek ulusal düzenlemeler, bu düzenlemeler kapsamında koruma araçları ve bu araçların hangi durumlarda kullanılabilmesine yönelik kriterlerin belirlenmesi ekseninde ele almıştır. Bir defa unutulma hakkının ulusal hukukta ayrıca ve açıkça bir düzenlemesi yer almasa da Kurul, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemelerin unutulma hakkına yönelik olarak da kullanılabilmesini kabul etmektedir. Buna göre Anayasa'nın 20. maddesi, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4, 7 ve 11. maddeleri ile Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesi Kurul'un unutulma hakkına ilişkin olarak önüne gelen başvurularda uygulanabilir olduğunu kabul ettiği ulusal düzenlemelerdir. Kurul, belirtilen ulusal düzenlemeler ışığında veri işleme faaliyetinin durdurulması, silme, yok etme ve indeksten çıkarma faaliyetlerini ise koruma araçları olarak kabul etmektedir. Son olarak Kurul, söz konusu karar ekinde on üç maddeden oluşan bir değerlendirme kriterleri listesi öngörmüştür. Bu kriterler arama sonuçları sonucunda ulaşılan bilginin niteliğine ilişkin olup buna göre bilginin öznesinin çocuk olması, içeriğinin doğru olması, kişinin çalışma hayatı ile ilişkili olması, kişi için onur kırıcı nitelik taşıması, özel nitelikli kişisel veri niteliği taşıması, güncel olması, kişi hakkını da önyargıya sebep olması, kişi açısından risk doğurması, kişinin kendisi tarafından yayımlanması, gazetecilik faaliyeti kapsamında işlenip işlenmediği, yayımlanmasında yasal bir zorunluluk olup olmadığı, ceza gerektiren bir suçla ilişkili olup olmadığı hususları değerlendirme kriterleri olarak Kurulca dikkate alınacaktır. Bunun yanında Kurul kararında bu sayımın çerçeve nitelikte olduğunu, gerektiğinde kriterler arasına yenilerini ekleyebileceğini de öngörmüştür.

Söz konusu kararla ilgililerin indeksten çıkarma talepleri için unutulma hakkı kapsamında Kurul'a başvurularının mümkün olduğu ve inceleme yapılırken başvurulacak kriterler hususu netlik kazanmıştır. Bunun yanında Kurul kendisine başvuru yapılmadan önce ilgili arama sonuçlarının indeksten çıkarılması için önce arama motorlarına başvurulması gerektiğini öngörmüştür. Buna göre arama motoruna yapılan başvuru sonucunda açıkça bir talebin reddi cevabı alınması ya da talebe karşı herhangi bir cevap verilmemesi halinde Kurul'a başvuru yapılabilecektir. İlgililer isterlerse Kurul'a başvuru ile birlikte yargı yoluna da gidebileceklerdir.

5. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Anayasa Mahkemesi ve Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararları Işığında Unutulma Hakkının Değerlendirilmesi

Yukarıda sözü geçen yargı organlarının ve idarenin unutulma hakkına ilişkin verdiği kararlar söz konusu hakkın önemli bir özelliğini ortaya koymaktadır. Bu hakkın varlığından söz edilebilmesi için ilgili verinin gerçeğe aykırı olması ya da hukuka aykırı yolla elde edilmiş olması gerekmemektedir. Kamuoyunun bilgisine sunulmuş olay bütünüyle maddi gerçeğe uygun da olsa burada kişinin korunmaya değer bir hukuki yararının olduğu kabul edilmiştir. O hukuki yarar da kişinin yeni bir başlangıç yapma, hayatına devam etme hakkıdır.

İkinci bir göze çarpan ortak nokta ise unutulma hakkının gündeme geldiği durumda çoğunlukla bir başka hakla yarışmasıdır. Gerçekten Google Kararı'na konu olayda haberleşme, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nda bilimsel çalışma yapma özgürlüğü ve Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararı'nda basın özgürlüğü unutulma hakkının karşısında yer almıştır. Ancak her üç olayda da yargı organlarının unutulma hakkına öncelik vermesi, bu hakkın diğer insan hakları karşısında mutlak bir üstünlüğü olduğu düşüncesini de akla getirmemelidir. Somut olayın değişen şartlarına göre hangi hakkın üstün tutulacağı belirlenecektir. Google Kararı henüz konuya ilişkin bir hukuki düzenleme yapılmamışken kavramsal ifade sorununu çözmesi ve bu alanda bir ilk olması yönüyle; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararı ise Türk Hukuku anlamında bir ilki içermeleri ve bir uluslararası yargı organının kararına atıf yapmaları sebebiyle önemlidir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun Kararı ile de yargı organlarıncı çizilen çerçevenin içi uygulama kriterleri konulmak suretiyle doldurulmuş olmaktadır. Bu da ilgililer nezdinde hangi durumda unutulma hakkının korunmasını talep edebilecekleri noktasında bir farkındalık oluşturması yönüyle hukuki öngörülebilirliği sağlaması açısından önemlidir.

Aynı hukuki menfaati benzer yöntemle korumalarının yanında Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Kararı ile ulusal yargı organlarının kararları arasında bir farklılık da göze çarpmaktadır. Zira Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın önüne gelen olayda haber, internet sitesinde yayınlanmakta olup unutulma hakkı da dijital ortam ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen olaylarda basılı kaynak üzerinden kişisel verilerin yayımlanması söz konusudur. Bu noktada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi ise unutulma hakkı konusunda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın ortaya koyduğu kazanımlardan yararlanmış ama bunlarla sınırlı da kalmamıştır. Önlerine gelen somut olayda dijital ortamda bir veri paylaşımı olmasa da unutulma hakkını korumuşlardır.

Belirtelim ki unutulma hakkının uygulamaya dökülmesinde bazı işlevsel sorunlar halen vardır. Örneğin unutulma hakkının kapsamı ve hangi şartlar altında kullanılabilceği hususunda bir netlik bulunmamaktadır (Yan, 2013: 72). Ancak bununla beraber gerek Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google Kararı gerekse de Avrupa Birliği Genel Veri Koruması Tüzüğü ile unutulma hakkının tanınmış olması, bugün kişisel verilerin korunması noktasında bir kilometre taşı olarak kabul edilmektedir (Yan, 2013: 72). Günümüzde özellikle internet üzerindeki verileri yok etmek teknik olarak da neredeyse imkansızdır. Bu konuda kişilere hak tanıyan hukuki düzenleme ise çok az sayıdadır (Owings, 2016: 45). Unutulma hakkı ise bu hakkı doğrudan tanımaktadır.

Unutulma hakkının yargı ve idare kararları ile tanınmış olması kanun koyucuyu da bu yönde düzenleme yapmaya teşvik etmiştir. Ancak ulusal hukukta henüz kavramsal anlamda bir unutulma hakkı düzenlemesi yoktur. Bunun yanında 2007 yılında kabul edilen 5651 sayılı Kanun (“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”) internet ortamındaki faaliyetlere ilişkin yükümlülük ve sorumlulukların belirlenmesi ile suçla mücadele hususunda düzenlemeler içermekte olup bu Kanun'a 29.7.2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun (“7253 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”) ile getirilen “*başvuranın internet ortamında yapılan yayının içeriğinin kişilik haklarını ihlal etmesi halinde isminin ilgili internet sitesiyile ilişkilendirilmemesini talep etme hakkının*” açıkça belirtilmiş olmasa da unutulma hakkının ulusal hukuktaki yansımaları olduğu savunulmaktadır (Oymak, 2020: 133).

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması hakkı, dijital çağın ortaya çıkardığı bir insan hakkıdır. Bir görüşe göre özel hayatın gizliliği hakkının en iyi şekilde değiştirilmiş görünümüdür (Çelik, 2017: 391). Ancak hızla gelişen teknoloji karşısında konunun özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele alınması uyumsuzlukların çözümünde yetersiz kalma-ya başlamıştır. Neticede hakkın kendine özgü nitelikleri gözetilerek önce uluslararası alanda özel düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yaptırım gücü kısıtlı ve ulusal hukukun yanında ikincil nitelikleri olsa da devletlere kendi iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerde rol model olma işlevini yerine getirmişlerdir. Nitekim, doğrudan kişisel verilerin korunması hakkını içeren düzenlemeler pek çok devletin iç hukukuna alınmış ve giderek yaygınlaşmıştır. Türk Hukuku'nda da 2016 yılında Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kabul edilmiştir. Belirtelim ki bu kanundan önce de Türk Hukuku'nda kişisel veriler Anayasa ve Türk Ceza Kanunu ile korunmuştur. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, konuya ilişkin Türk Hukuku'ndaki ilk özel kanun olması sebebiyle önemlidir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise kişisel verilerin korunması hakkının gerek uluslararası gerekse de ulusal hukukta konuya ilişkin çıkarılmış özel düzenlemelerle ele alınmasının onu özel hayatın gizliliği hakkı dışında bırakmayacağıdır. Günümüzde kişisel verilerin işlenmesi ve ihlali daha çok teknolojinin verdiği imkanlar ile yapıldığından konunun özel niteliği gereği ayrıca ele alınmasına ihtiyaç duyulmuştur.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki bu sıkı ilişki yeni bir kavram olan unutulma hakkını ortaya çıkarmıştır. Teknolojik gelişmelerin bu kadar hız kazanmadığı dönemlerde hatırlanmak istisna, unutulmak kural iken günümüzde bu denge tersine dönmüş durumdadır. Ancak insanlar için sürekli hatırlanmak her durumda iyi sonuçlar doğurmayabilmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi, kanunda öngörülen sebeplere dayanılarak hukuka uygun şekilde elde edildiğinde ortada bir sorun yok gibi görünmektedir. Ancak bu verilerin uzunca bir süre saklanması ve yayımlanması kişilerce istenmeyebilir. Öyle ki bazı durumlarda insanlar kendilerine ait bilgileri vaktiyle kendi rızaları dahilinde paylaşmış bile olsalar belli bir süre sonra bunun artık toplumsal hafızada kalmasını istemeyebilirler. Burada yok edilmesini istedikleri bilginin maddi gerçeğe uygun olup olmamasının da bir önemi yoktur. Kişiler kendileriyle ilgili, doğruluğu olan, kendi rızalarıyla paylaştıkları verilerin sonsuza kadar kayıt altında tutulmasını ya da diğer insanlarla paylaşılmasını istemeyebilirler. Ancak buradaki hukuki yararı özel hayatın gizliliği hakkı da kişisel verilerin korunması hakkı

da tek başına açıklamaya yetmemiştir. Zira burada kişisel veri hukuka aykırı yolla ya da kişinin rızası hilafına elde edilmediği gibi gerçeğe aykırı da değildir. İşte unutulma hakkı bu noktada ortaya çıkmıştır. İnsanlar belli süre geçtikten sonra, kendileriyle ilgili bilgilerin yok edilmesini isteyebilmelilerdir. Bu da ancak “unutulma hakkı” ile mümkündür. Bu hak dünya üzerinde ilk kez Google Kararı olarak bilinen Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kararı ile tanınmıştır. Normatif düzenlemesi ise daha sonra 4 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruması Tüzüğü ile yapılmıştır. Google Kararı’nda uyumsuzluk konusu olaya da özgü olarak unutulma hakkı dijital ortamla sınırlı şekilde tanınmıştır. Avrupa Birliği Genel Veri Koruması Tüzüğü’nde ise bu şekilde bir sınırlama öngörülmemiştir. Türk Hukuku’nda da unutulma hakkına ilişkin olarak verilen gerek Yargıtay Hukuk Genel Kurulu gerekse de Anayasa Mahkemesi’nin kararında Google Kararı’na atıf yapılmış ancak onunla sınırlı kalınmamıştır. Türk Hukuku’nda unutulma hakkına ilişkin olarak verilen yargı kararları hakkın koruma alanını dijital ortamla sınırlamamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun ve Anayasa Mahkemesi Kararı ile unutulma hakkının ulusal hukukta tanınması Kişisel Verileri Koruma Kurulu’na bu yönde yapılan başvuruları artırmış ve nihayetinde Kurul önüne gelen başvurularda uygulayacağı kriterleri ortaya koyan bir karar yayımlamıştır. Unutulma hakkı ulusal hukukta kavramsal olarak ayrıca ve açıkça düzenlenmediği için söz konusu karardaki belirlemeler başvuruculara ve uygulayıcılara yol gösterici olmuştur.

Sonuç olarak, gerek hakkın özü gerekse de korunmak istenen hukuki yarar dikkate alındığında, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği hakkı içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Hızla gelişen teknoloji konunun ayrıca ele alınmasını gerektirse de bu durum kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olma özelliğini etkilememektedir. Öte yandan çoğu zaman basın özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü gibi diğer insan haklarıyla yarışmaktadır. Bu noktada birinin diğerine üstün olduğuna ilişkin genel geçer bir söylemde bulunmak yanlıştır. Somut olayın özelliğine göre kişisel verilerin korunması hakkına ya da onun karşısında yer alan hakka öncelik verilecektir. Bu hakkın bir başka önemli özelliği ise dinamik olmasıdır. Önceleri, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında sağlanan bir koruma yeterli iken teknolojik gelişmeler kişisel verilerin korunması hakkının ayrıca ve açıkça tanınması ihtiyacını doğurmuştur. Ancak bir süre sonra bu dahi yetersiz kalarak unutulma hakkı ortaya çıkmıştır. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkının teknolojik gelişmelerle en yakın ilişkili ve tanımlanması en zor insan hakkı olan özel hayatın gizliliği hakkının bir alt grubu olarak bugünden sonra da sürekli bir gelişim ve değişim içinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Aras, Ü. Y. (2010). İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Avcıoğlu, N. H. (2018). Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Karatay Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Beane, W. M. (1966). "The Right To Privacy and American Law", Law and Contemporary Problems, 253-271.
- Çekin, M. S. (2016). 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LKKIV, Sayı 2, 629-644.
- Çelik, Y. (2017). Özel Hayatın Gizliliğinin Yansıması Olarak Kişisel Verilerin Korunması ve Bu Bağlamda Unutulma Hakkı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 32, 387-406.
- Doğan, B. (2019). Kişisel Verilerin İşlenme Şartları Bağlamında Açık Rıza, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Dural, M. ve Ögüz, T. (2004). Kişiler Hukuku, İstanbul.
- Dülger, M.V. (2016). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 101-167.
- Efil, A.P.(2018). Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali Suçu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir.
- Gülener, S. (2012). Digital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Olarak Unutulma Hakkı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 25, Sayı 102, 219-240.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2009) Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, 9-22.

- Kılıçoğlu, A. M. (2008). Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara.
- Kılınç, D. (2012). Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, 1090-1169.
- Korkmaz, A. (2014). İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, 16 (Özel Sayı 1), 99-103.
- Korkmaz, İ. (2016). Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 124, 81-152.
- Kurt, L. M. (2017). Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 66, Sayı 3, 581-604.
- Lukacs, A. (2016). What Is Privacy? The History and Definition Of Privacy, Keresztes Gábor Tavaszi Szél, 256-265.
- Owings, L. (2016). The Right To Be Forgotten, Akron Intellectual Property Journal, 45-82.
- Oymak, H. (2020). 7253 Sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdikleri, Yeni Medya Dergisi, 129-141.
- Rubinfeld, J. (1989). The Right of Privacy, Harvard Law Review, Volume 102, Number 4, 737-807.
- Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 3, 227-266.
- Soysal, T. (2019). Unutulma Hakkının Avrupa Birliği’nin Genel Veri Koruma Tüzüğü Çerçevesinde İncelenmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 13, 340-422.
- Şen, E. (1990). Anglo Sakson Hukuku’nda Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması Hakkı, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 18, İstanbul, 83-88.

- Tandoğan, H. (1963). Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 20, Sayı 1-4, 1-35.
- Turhan, A. (2013). İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 357-378.
- Van Der Sloot, B. (2015). Privacy as Personal Right: Why The ECHR's Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in The Age of Big Data, Utrecht Journal of International and European Law, Volume 31, Number 80, 25-50.
- Warren, S. D. ve Brandeis, L. D. (1890). (The Right To Privacy, Harvard Law Review, Volume 4, Number 5, 193-220.
- Yan, Z. (2013). The Right to be Forgotten As a New Challenge of Human Rights: Analysing its Functioning in the Personal Data Protection, E. MA Master's Degree in Human Rights and Democratisation.

MEŞRU MÜDAFAA ÜZERİNE KURULU BİR CEMAAT ÖRNEĞİ: “36 BOYS”

An Example of Community Built on Self-Defense: “36 Boys”

Muhammed Emin YILDIZ*

Öz

Bu çalışma, cemaat sosyolojisi ile hukuk sosyolojisi alanı içerisinde yer almaktadır. Çalışma alternatif hukuksal yapıların oluşumlarının anlaşılabilmesini hedeflemektedir. Hukuki bir kavram olan meşru müdafaa kavramının cemaatin kurucu unsuru olduğu ileri sürülmektedir. Bu bağlamda çalışma Almanya'nın Berlin şehri Kreuzberg bölgesinde kurulan “36 Boys” grubu örneğine odaklanmıştır. İlk kısım olan kavram ve teori kısmında hukuk başlığı altında meşru müdafaa ve pozitif-negatif yükümlülükler ve sosyoloji başlığı altında cemaat, cemaatin kurucu unsuru, cemaatin kriterleri açıklanmıştır. Bu açıklamalar AİHM içtihatlarının taranması ve literatür tarama yöntemleriyle yapılmıştır. İkinci kısımda Al Jazeera televizyon kanalı için hazırlanmış olan “36 Boys” adlı belgeselde yer alan dokuz kurucu üyenin beyanları, içerik analiz yöntemi ile incelenmiştir. İncelemede çalışmanın ilk kısmında verilen kavram ve teori kısmının oluşturduğu çerçeve korunmuştur. 36 Boys grubunun meşru mü-

Abstract

This is a study of sociology of community and sociology of law. It aims to understand communities in terms of legal pluralism. The study suggests that self-defense, originally a legal concept could play a constituent role for a community. In order to do this, the study focuses on the community of “36 Boys” which was founded in Kreuzberg, Berlin-Germany. Throughout the first chapter, *concept and theory*, I examined self-defense, and positive-negative obligations of states within the domain of law and examined community, constituent element of community within the field of sociology using the method of literature review. I also reviewed to verdicts of the European Court of Human Rights on positive-negative obligations. Throughout the following chapter, I used the method of content analysis of interviews of nine founding members of 36 Boys in the documentary, which was shot for TV Channel Al Jazeera, and within the conceptual and theoretical boundary that was set by the

* Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, muhammedemin.yildiz@yobu.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0835-5853>.

dafaa etrafında toplanan bir cemaat olduğu sonucuna ulaşılmıştır ve de meşru müdafanın bir cemaatin kurucu unsuru olabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Hukuk sosyolojisi alanında alan araştırmaları sayısının azlığı dikkate alınarak, hukuk sosyolojisi alanına bu çalışma ile katkı yapılması umulmaktadır. Ayrıca cemaat sosyolojisinde yeni bir cemaat türü tanımlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cemaat Sosyolojisi, Hukuk Sosyolojisi, Meşru Müdafaa, Gemeinschaft, Gessellschaft, Pozitif-Negatif Yükümlülükler, 36 Boys.

previous chapter. The study has concluded that "36 Boys" were a community that was founded on the basis of self-defense which could play a constituent role for a community. Considering the lack of empirical research in the sociology of law, I believe this study will be a contribution to the field. I also identified a novel type of community which is built on self-defense.

Keywords: Sociology of Community, Sociology of Law, Self-Defense, Gemeinschaft, Gessellschaft, Positive-Negative Obligations, 36 Boys.

GİRİŞ

Bilindiği üzere literatürde hukukun bilim ya da disiplin olduğuna ilişkin bir tartışma bulunmaktadır (Topçuğlu, 1969: 3-14). Aslında bu çok verimli bir tartışma değildir. Bunun en önemli nedeni ise hukukun ne olduğu veya nasıl bir yol izlediği düşünüldüğünde akla ilk gelenin dogmatik hukuk olmasıdır. Elbette dogmatik hukukun mahkeme kararlarının kalitesinin artmasındaki katkısı yadsınamaz. Fakat belirtmek gerekir ki dogmatik hukuk, autopoietic olarak adlandırılan (Luhmann ve Barrett, 2018: 29), kendi içerisine dönük sınırlı bir alanda tekâmül etmektedir. Oysaki hukuk bir yanıyla da hayatımızın olağan akışı içerisinde en basit olgu ve eylemlerde kendisini göstermektedir. Bundan dolayı hukukun dogmatik olmayan yanı "evreni anlama çabası" olarak tarif ettiğimiz merakımızı cezbetmektedir. Bu çalışma, bilimsel merakla, dogmanın dışındaki hukuku arama çabasının ürünüdür. Çalışmayı hazırlamamın nedeni, olgular üzerinden yapılan, aktüel olaylara yönelen ve verilerin çeşitli yöntemlerle değerlendirilmesine dayanan bir çalışmayı hukuk literatürüne kazandırmak ve hukuk sosyolojisi literatürünü genişletmek isteğidir. Bu kapsamda yöneldiğim ilgi çekici iki nokta bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi kültürel farklılıklar oluşturan olaylar ve sonuçlarıdır. İkincisi ise hukukun, yasalar dışında kendisini gösterebilmesi ve prosedürel hukukun yetersiz kaldığı durumlarda alternatif bir hukuksallığın gelişmesidir. Çalışma bu iki ilgi çekici noktayı aynı olayda görmektedir.

II. Dünya Savaşı sonrası Avrupa'nın yeniden kurulmasında, ihtiyaç duyulan iş gücünün diğer ülkelerden karşılanmış olması işçi göçlerini gerektirmiştir. Bu göç

aynı zamanda, göç edenlerin kendi kültürleri ile gittikleri ülkelerin kültürleri arasındaki farklılığı beraberinde getirmiştir. İşçilerin gittiği ülkelerde haklarının korunması hususu ve zaman zaman ırkçı eğilimlerin etkisiyle yeterli koruma alamamaları hukuka da alternatif oluşturmuştur. Çalışmanın yöneldiği 36 Boys grubu hem kültürel farklılığın doğurduğu sonuçların hem de hak temelli sorunların doğurduğu sonuçların birlikteliğini göstermektedir. Bu bağlamda 36 Boys grubunun hukuki bir kavram olan meşru müdafaa etrafında cemaat haline geldiği tespiti yapılacaktır.

İlk bölümde kullanılacak kavramlar, hukuksal ve sosyolojik kavramlar olarak ayrılacaktır. Hukuksal kavramlar, grubun ortak iddiası olan meşru müdafaa kavramı ve bir araya gelmelerine neden olan koşulları yaratan pozitif-negatif yükümlülük kavramıdır. Sosyolojik kavram ise grubun niteliğini oluşturan cemaat kavramıdır. Cemaat kavramının geniş literatür taraması ile kurucu unsur ve kriterleri belirlenecektir. Bu sayede içerik analizinde kullanılacak kategoriler ve birimler belirlenmiş olacaktır. İkinci bölümde 36 Boys grubu hakkında yapılan belgeseldeki beyanlar içerik analiz yöntemi ile analiz edecektir. İçerik analizi aşağıda verilenler kısımlara riayet edilerek yapılacaktır (Aziz, 2016: 122; Tavşancıl ve Aslan, 1994: 2001):

- **Önerme:** Hukuki bir olgu olan meşru müdafaa, incelenen cemaatin oluşumunda ana unsurdur.
- **Varsayım:** Grup çok kültürlülüğün yaratmış olduğu kaotik ortamın mağduru olmuş, göç ettikleri ülkenin devlet otoritesinin pozitif-negatif yükümlülüklerini yerine getirememesi dolayısıyla meşru müdafaaya yönelmiş, bu yönelim onları anlamlı bir topluluk haline getirmiştir.
- **Örnekleme:** Almanya Berlin şehrinde bulunan Kreuzberg bölgesinde kurulmuş şiddet eylemleri gösteren 36 Boys grubudur. Beyanları incelenecek olan kişiler grubun dokuz kurucu üyesi Hakan Durmuş, Muzaffer Tosun, Sinan Tosun, Soner Arslan, Fevzi Tuncer, Mehmet Önder, Tim Raue, Ante Bagaric ve Dean Kutanoski'dir.
- **Sınırlılık:** Grup üyelerinin eylemlerinin teknik hukuki anlamda meşru müdafaa olup olmadığı incelenmeyecektir.
- **Kategori:** Meşru müdafaa değerlendirmesi ve cemaat değerlendirmesi kategorileri bulunmaktadır.

- **Analiz birimleri:** Meşru müdafaa iddiasının varlığı açısından saldırı ve savunma birimleri oluşturulmuştur. Meşru müdafaa'nın tipi açısından objektif teori-yetki devri, sübjektif teori-kendini koruma içgüdüğü birimleri oluşturulmuştur. Cemaat değerlendirmesi açısından; sosyal ilişki altında tekil ilişki, karşılıklı ilişki, öznel(duygusal) çıkar, nesnel (maddi) çıkar birimleri oluşturulmuştur. Sosyal eylem varlığı altında birliktelik, grup psikolojisi, üyelik farkındalığı, canlı/cansız varlığa yönelme, rıza-davranış birimleri oluşturulmuştur. Sosyal eylem tipi altında araç-us fayda, değer-dava güdüsü, duygusal gerginlik giderme, gelenek alışkanlık motivasyonu birimleri oluşturulmuştur.
- **Bulguları çözümlene ve değerlendirme:** Meşru müdafaa açısından saldırı, savunma, mecbur kalma, sesini duyuramama veya çaresizlik gibi beyanlar dikkate alınacaktır. Cemaat değerlendirmesi, sosyal ilişki açısından yalnızlık, tek kalmak, grup olmak, birliktelik, destek olmak, aile olmak, dost olmak, arkadaş olmak, para kazanmak, nüfuz kazanmak gibi beyanlar dikkate alınacaktır. Cemaat değerlendirmesi, sosyal eylem açısından ortak hedef, ortak amaç, ortak hareket, sonuçları bilmek, sonuçları istemek, sonuçları öngörmek, düşmana karşı, dosta karşı, mala karşı, cana karşı gibi beyanlar dikkate alınacaktır. Cemaat sosyal eylem tipi açısından korunmak, huzur elde etmek, güven elde etmek, aynı misyonu taşımak, misyonu gerçekleştirmek, alışkanlık kazanmak gibi beyanlar dikkate alınacaktır. Tüm bu beyanlar kategorik olarak oluşturulan analiz birimleri ile eşleştirilecektir.
- **Kodlama ve Güvenlik:** Güvenlik oranı %70'tir. Bu toplam dokuz kurucu üyenin altıdan fazlasının mutabakatı anlamına gelir. Meşru müdafaa'da savunma ve saldırının varlığı ile objektif açıdan yetki devri ve sübjektif açıdan kendini koruma içgüdüğü birimlerinde bu oranda mutabakat aranacaktır. Sosyal ilişkide, karşılıklı ve öznel-duygu yoğunluklu ilişki kurulması birimlerinde bu oranda mutabakat aranacaktır. Sosyal eylemde, değer ussallık, duygusallık veya geleneksellik ile rıza-davranış, canlı varlıklara karşı eylem ve ortaklık psikolojisi birimlerinde bu oranda mutabakat aranacaktır.

Analiz sonrasında yaygın çalışılmamış olan 36 Boys grubu ile ilgili bilimsel bir perspektif sunulmuş olacak, hukuk sosyolojisi literatürüne olgusal ve yöntemli bir çalışma kazandırılacaktır. Ayrıca grup ilk defa cemaat sosyolojisi perspektifi ile çalışılmış olacaktır. Cemaat sosyolojisi alanında yer alan yıkıcı cemaat, müzik cema-

ati, internet cemaati gibi çok çeşitli dönüşümler göstermiş cemaat türlerine savunma-meşru müdafaa cemaati adıyla yeni bir cemaat türü de eklenmiş olacaktır.

II.KAVRAM VE TEORİ: POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER, MEŞRU MÜDAFAA VE CEMAAT

A. HUKUKSAL KAVRAM VE TEORİLER: POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER VE MEŞRU MÜDAFAA

1. Pozitif Yükümlülük ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Çalışma bağlamında meşru müdafaa'nın temeline inildiğinde, kişilerin kendilerini korunma isteğinin olabileceği, bu korunma isteğinin de bir devlet tarafından karşılanması gerektiği fakat karşılanmadığı görüntüsü ortaya çıkmaktadır. Devletin toplumdaki gelen ihtiyaca dayalı istekleri yerine getirme-getirmeme eylemleri, literatürde pozitif ve negatif yükümlülükler olarak adlandırılmaktadır. Buradan hareketle analiz öncesinde devletin tabiiyetinde bulunan bireylere karşı sorumluluğu anlamında “pozitif yükümlülüklerin ve negatif yükümlülüklerin” ne olduğu açıklanmalıdır.

Pozitif yükümlülük için doğrudan net bir tanım yapılamamakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından yayınlanan rehber kitapta, bu tanımın kararlar ışığında kolayca oluşturulabileceği belirtilmektedir (Akandji-Kombe, 2008: 7). AİHS'in bu çalışmasına göre “Belçika Dil Davası” olarak anılan davanın 23 Temmuz 1968 tarihli kararında, başvurucular tarafından yapılan başvurular ışığında, devletin “bir şeyler yapma” yükümlülüğünden bahsedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen başka bir kararda (AİHM, *Hokkanen v. Finlandiya Davası*, Başvuru Numarası: 19823/92, Strasburg: 23 Eylül 1994.) ise net şekilde pozitif yükümlülükler, “...asıl karakteri, ulusal makamların bir hakkı güvence altına almak için gerekli tedbirleri uygulamak olan yükümlülükler...” olarak tanımlanmıştır (Akandji-Kombe, 2008:7). Bir başka kararda ise daha net bir tanımlama ile pozitif yükümlülükler, “...ulusal makamların makul ve uygun tedbirler alarak bireyin haklarını koruması...” şeklinde tanımlanmıştır (Akandji-Kombe, 2008:7). Açıkça pozitif yükümlülük kapsamında bir devletten beklenen, Sözleşme ile korunma altına alınmış hakların, Sözleşme'ye taraf olan devletlerin etki alanlarında yaşayan kişilerce ihlal edilmemesini sağlamaktır. Bunun için de taraf devlet gerekli tedbirleri almalıdır. Bu tedbirler özellikle, uygulanabilir olmalı, diğer tedbirler ve sözleşmeler ile de uyumlu olmalıdır (Akandji-Kombe, 2008: 7). Negatif yükümlülükler ise devletin bir şeyi yapmaktan imtina etme yükümlülüğüdür. Her iki yükümlülük birbirinden farklı nitelikli olmakla birlikte aynı sonuçları da doğu-

rabilmektedir. Negatif ve pozitif yükümlülük konusunun anlaşılması için şu örnek verilmektedir: Bay X'in kamusal alanda bir gösteriye katılımı sırasında polislin aşırı müdahalesi sonucunda ölmesi, AİHS 11. madde toplanma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmeli, devletin eylemsiz kalması gereken bir duruma hukuksuz müdahalesinin yaşam hakkı ihlali olduğu düşünülmelidir. Bu durumda devlet, negatif yükümlülüğü ihlal etmiş yani yapmaması-etmemesi gereken bir müdahaleyi yapmış olmaktadır. Bir başka şekilde kurgulandığında, yine kamusal alanda bir gösteriye katılan Bay X, orada bulunan ve karşıt görüşte bulunan eylemcilerce öldürülmüş, polis olaya müdahale etmemiştir. Burada artık devletin yaşam hakkının korunması için yapma-etme fiilini yerine getirmediği yani pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği düşünülmelidir (Akandji-Kombe, 2008: 11). Analiz kısmında ayrıntısı verileceği üzere, Almanya'da bulunan Türk işçilerine yönelik saldırıların can ve mal varlığına yönelmesi ile mütecevaz eylemlerin etkin soruşturulamaması şüphesi dolayısıyla, iki ana ve bir tali pozitif yükümlülük üzerinde durulacaktır. Bu ana yükümlülükler, yaşam hakkının korunması, mülkiyet hakkının korunması; tali yükümlülük ise etkin soruşturma yükümlülüğüdür.

Yaşam hakkının korunmasının temelinde var olan yaşam, doğumla başlayıp ölme geçen süre olarak adlandırılır. Yaşam hakkı ise tam ve sağ doğum ile başlayarak, ölüm veya gaiplik ile sona ermiş kabul edilir. Bu süre içerisinde canlılığın korunması esastır ve kişinin en temel hak ve özgürlüklerindedir. 4 Kasım 1950 yılında sözleşme Roma'da akdedildiğinden beri yaşam hakkı, AİHS kapsamında tanımlanan temel haklardandır ve AİHS'in 2. maddesi¹ kapsamında korunma altına alınmıştır. Yaşam hakkının korunması devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer almaktadır. Bu yükümlülüğe göre devletler, ilk olarak yaşamı etkili olarak korumalı, koruyamadığı durumlar için de etkili ceza soruşturmaları yapmalı, ayrıca yaşam hakkının ihlalinin önlemek için caydırıcı cezalar ihdas etmelidir (Doğmuş, 2018: 182; AİHM, *Dink v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 2668/07, 6102/08, 30079/08, Strasburg; Ağustos-Eylül 2010). Söz konusu yükümlülüklerin nasıl olacağı konusunda da çok sayıda AİHM içtihadı bulunmaktadır. İlk olarak bir devlet, yaşam hakkının korunması pozitif yükümlülüğü gereği, üçüncü kişilerin suç teşkil eden fiilleri sonucu meydana

¹ AİHS, Madde 2: " Yaşam hakkı: 1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması."

gelen ölümlerle ilgili bazı sorumluluklar taşır. Özellikle *L.C.B. v. Birleşik Krallık, Osman v. Birleşik Krallık, McCann v. Birleşik Krallık, Naddaf v. Almanya, Akkoç v. Türkiye* kararlarında bu sorumluluklara açıkça yer verilmiştir. Bir diğer sorumluluk hali ise aile içi şiddet sonucu meydana gelen ölümlerden sorumluluk halidir. Aile meselelerine, özel hayatın gizliliği kapsamında devletlerce müdahale edilmemesine yönelik olarak *Airey v. İrlanda, Bevacqua ve S. v. Bulgaristan, Hajduova v. Slovakya* kararları verilmiştir (Doğmuş, 2018: 211; AİHM, *L.C.B. v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 14/1997/798/1001, Strasburg: 9 Haziran 1998. AİHM, *Osman v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 87/1997/871/1083, Strasburg: 28 Ekim 1998. AİHM, *McCann v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 19009/04, Strasburg: 13 Mayıs 2008. AİHM, *Naddaf v. Federal Almanya*, Başvuru Numarası: 11604/85, Strasburg: 10 Ekim 1986. AİHM, *Akkoç v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 22947/93, 22948/93, Strasburg: 10 Ekim 2000. AİHM, *Airey v. İrlanda*, Başvuru Numarası: 6289/73, Strasburg: 9 Ekim 1979. AİHM, AİHM, *Bevacqua and S. v. Bulgaristan*, Başvuru Numarası: 71127/01, Strasburg: 12 Haziran 2008. AİHM, *Hajduova v. Slovakya*, Başvuru Numarası: 2660/03, Strasburg). Bunun yanında devletlerin üçüncü kişilerin kasıtlı eylemleri haricinde de yaşam hakkı kapsamında pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Tehlikeli faaliyetlerin yürütülmesinden kaynaklı ölümlerden doğan sorumluluk, doğal afetler sonucu meydana gelen ölümlerden doğan sorumluluk, kamu sağlığının korunmamasından doğan sorumluluk da pozitif yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir (Doğmuş, 2018: 222, 231, 243).

Bir diğer önemli pozitif yükümlülük, mülkiyet hakkının korunmasına yöneliktir. Mülkiyetin ne olduğu, hangi mülkiyetin korunmaya değer olduğu konusunda hem geniş bir literatür hem de uzun süren bir tartışma bulunmaktadır. Çalışmada kabul edeceğim görüş hem mülk hem de varlık kelimelerinin ortak içeriği olan geniş mülkiyet tanımı olacaktır. Bu içeriğe göre mülkiyet hakkının korumasına konu olanlar, mallar, maddi değerler, varlıklar, haklar, çıkarlar, bir sözleşme tarafından korunan asli edimler, patent hakları, ruhsatlar, fikri ve sınai haklar gibi varlıklardır (Perdecioğlu, 2020: 112-114). 1952 tarihli AİHS'in 1. Ek Protokolü'nün 1. maddesi hem gerçek hem tüzel kişiliklerin mal ve mülk dokunulmazlığını koruma altına almıştır.² Mülkiyet hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin ilk görünüm şekli, bil-

² AİHS, Ek Protokol, 1. madde: "Mülkiyet Hakkının Korunması, Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların

gilendirme yapma yükümlülüğüdür. Buna göre taraf devletler, mülkiyetin değerini geri dönülmez biçimde etkileyen bir işlem tesis etmeden önce, mülk sahibine tatmin edici açıklama yapmak zorundadır. Bu yükümlülük özellikle *Zolotas v. Yunanistan* kararında açıkça belirtilmiştir (Perdecioğlu, 2020: 159-160; AİHM, *Zolotas v. Yunanistan*, Başvuru Numarası: 66610/09, Strasburg: 29 Ocak 2013.). Diğer bir yükümlülük ikna edici açıklama yapma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğe göre taraf devlet, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin olarak ikna edici açıklama yapmak zorundadır. Bu ikna edicilik, sadece bireyler açısından değil AİHM açısından da değerlendirilebilecek şekilde hukuki olmalıdır. Özellikle ayrılık sonrası Yugoslavya bankalarında yer alan mevduatların durumuna ilişkin *Alisic ve diğerleri* kararında bu yükümlülük dile getirilmiştir (Perdecioğlu, 2020: 163; AİHM, *Alisic ve Diğerleri v. Bosna Hersek, Sırbistan, Slovenya, Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti*, Başvuru Numarası: 60642/08, Strasburg: 6 Kasım 2012). Bir diğer önemli yükümlülük ise mülkiyetin zarar görmesini engelleme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük aslında, mülkiyetin zarar görmesi risklerine karşı gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüdür. AİHM tarafından *Kolyadenko ve Diğerleri v. Rusya* kararında açıkça ifade edilmiştir (Perdecioğlu, 2020: 165-166; AİHM, *Kolyadenko ve Diğerleri v. Rusya*, Başvuru Numarası: 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, Strasburg: 28 Şubat 2012). Buna paralel olarak mülkiyetin değerini koruma konusunda da gerekli tedbirlerin alınması, *Hunguest Zrt v. Macaristan* kararında belirtilmiştir. Son olarak mülkiyet hakkının ihlaline yönelik eylemlere karşı etkili tazmin yolunun kurulması ve etkili soruşturma yapılması yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülükler de *Dzirnits v. Letonya* ile *Turturica ve Casian v. Moldova ve Rusya* kararlarında açıkça ifade edilmiştir (Perdecioğlu, 2020:166-172; AİHM, *Hunguest Zrt v. Macaristan*, Başvuru Numarası: 66209/10, Strasburg: 16 Ocak 2018. AİHM, *Dzirnits v. Letonya*, Başvuru Numarası: 25082/05, Strasburg: 29.03.2018. AİHM, *Turturica ve Casian v. Moldova ve Rusya*, Başvuru Numarası: 28648/06, Strasburg: 30 Ağustos 2016).

2. Meşru Müdafaa Kavramı

Hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde yer alan meşru müdafaa kavramı ile ilgili “yaklaşık” tanımlar yapılmaktadır. Bu yaklaşık tanımlar içerisinde öne çıkan bir tanım meşru müdafaaı, “bir kimsenin, kendisine veya başkasına karşı yapılan haksız bir saldırıyı defetmek maksadıyla ve başka surette korunması olanaklı bulunmayan böyle

veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

bir saldırıdan kurtulmak üzere, yaptığı savunma durumu” olarak ifade etmiştir (Dönmezer, 2013: 166). Bir diğer tanımda meşru müdafaa “*sık sık adı nefis savunması olarak da geçen, tüm zamanları ve tüm kanun sistemleri tarafından tanınan, çekirdeğinde doğuştan gelen bir karakterin dahi bulunduğu hukuki bir esas, insanların gayri meşru saldırılarına karşılık verme hakkı*” şeklinde tanımlanmıştır (Kühl, 2008: 112).

Meşru müdafaa tarihsel anlamda da hukuk dünyasında geniş yer tutmuş bir kavramdır. Roma döneminde, pagan dönem de dahil olmak üzere, meşru müdafaa ne olduğu ile ilgili tartışmalar yapılmıştır. Erken Roma döneminde meşru müdafaa sadece hukukun değil doğa kanununun bir parçası, Cicero döneminde tabiatın kanunu olarak görülmüştür. 12 Levha Kanunu’nda gece vakti hırsızlık gibi bazı özel suçlara karşı müsaade edilecek meşru savunma hallerine yer verilmiştir (Apaydın, 2016: 26-27). Benzer yaklaşımlar kanonik hukukta “zaruret kanun tanımaz” şeklinde, Cermen hukukunda “mal ve şerefe karşı suçlara karşı meşru savunma hali” şeklinde düzenlenmiştir (Apaydın, 2016: 25-26). Günümüz Avrupa ve Türk hukukunda da meşru müdafaa kavramı, hukuki kurum olarak bulunmaktadır. İtalyan hukuku, Sardunya, Zanardelli, Toscano ve son olarak 1930 tarihli Ceza Kanunu genel hükümlerinde meşru müdafaaaya genel hükümler çatısında yer verilmiştir. Alman hukuku, Alman Ceza Kanunu’nda, fiil başlıklı ikinci babın 32. ve 33. paragraflarında bu kuruma yer vermiştir. Fransız hukuku, Fransız Ceza Kanunu 328. ve 329. maddelerinde adam öldürme ve müessir fiiller için meşru müdafaa kurumunu tanımlamıştır (Özen, 1995: 23-26). Türkiye Cumhuriyet Hukuku, 5271 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinde ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller başlığı altında meşru müdafaaı tanımlamıştır.

Teknik hukuk bakımından bir saldırının meşru müdafaaı gerektirecek saldırı olup olmadığı ile bu saldırıya karşı geliştirilen savunmanın meşru olup olmadığına ilişkin çok çeşitli tasnifler bulunmaktadır. Fakat bu şartlar evrensel değildir; ülkelerden ülkelere, hatta aynı hukuk rejimine tabi mahkemelerin kararlarında dahi değişmektedir. Dolayısıyla yöntemsal bir incelemeye elverişli olabilecek, objektif ve yeknesak şartlar yoktur. Fakat şu kesin söylenebilir ki bir meşru müdafaa iddiası var ise 1) saldırı 2) savunma olması gerekmektedir. Zira herkesten davranışlarını açıklarken hukuk tekniğine göre değerlendirme yapması beklenemez. Önemli olan ve çalışmada bakılacak olan, beyanları incelenecek olan kişilerin meşru müdafaaada buldukları konusunda ortak iddiaları ve bu iddiaları etrafında oluşturdukları birlik bilinçleridir. Dolayısıyla incelemem, eylemlerin meşru müdafaa olup olmadığını

tanımlamak amaçlı değildir. İncelemem kişilerin içerisinde bulunduğu durumun, meşru müdafaa iddialarını dikkate alabileceğimiz asgari şartları sağlayıp sağlamadığına yöneliktir.

Meşru müdafaa teorileri, literatürde subjektif teoriler ve objektif teoriler olarak iki grupta incelenmektedir (Özen, 1995: 29). Bunlar subjektif teoriler başlığı altında manevi cebir düşüncesi, doğal hak düşüncesi, saikde meşruluk düşüncesi, kendini koruma içgüdüğü düşünceleri ve kusurlu fakat cezalandırılmayan hareket düşüncesidir (Özen, 1995: 29-37). Objektif teori başlığı altında ise hakların çatışması düşüncesi, hakkın butlanlığı düşüncesi, kötülüğün kötülükle karşılanması düşüncesi, tali kamu savunması düşüncesi, yetki devri düşüncesi, toplumsal zarar düşüncesi ve hukuk için mücadele düşüncesidir (Özen, 1995: 37-49). Bu çalışmanın konusu ile bütünlük arz ettiği düşünüldüğünden, ileride bu bütünlük ayrıntılandırılacaktır, subjektif teori açısından kendini koruma içgüdüğü düşüncesi ve objektif teori açısından yetki devri düşüncesi üzerinde durulacaktır.

Subjektif teoride kendini koruma içgüdüğü düşüncesi, meşru müdafaa denildiğinde akla ilk gelen düşüncelerden birisidir. Bu düşünce, haksız bir fiil ile karşı karşıya kalan kişinin bu saldırıyı bertaraf etme eğilimine dayandırılmaktadır. Canlılığın temelinde bulunan hayatta kalma içgüdüğünün bir yansıması olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu hayatta kalma içgüdüğüne dayanan kendini koruma eyleminin saldırıları bertaraf etme şeklinde olması, hukuk dünyasında kabul görmüş ve bir "meşru müdafaa" düşüncesi olarak belirtilmiştir (Apaydın, 2016: 40-41). Objektif teori de yetki devri düşüncesi ise temelde devletin üzerine düşen görevi yerine getirmemesi sonucu bireyin kendisini korumak istemesi fikrine dayanmaktadır. Devletin korumadığı hallerde, polisin yetkilerinin farazi ve belirli şartlar altında bireye devredilmesidir. Özellikle bu görüş, İtalyan ceza hukukçusu Vincenzo Manzini tarafından savunulmaktadır. Manzini'ye göre devletin pasifliği, kişilere zabita fonksiyonunu yüklemektedir (Manzini, 1961: 349).

B. SOSYOLOJİK KAVRAM VE TEORİLER: CEMAAT

1. Cemaat Tanımı

Sadece dini anlamlarıyla ve dünyanın belirli bölgelerinde değil çok daha geniş anlamda ve dünyanın her yerinde popüler olan, kendine özgü nitelikleri bulunan bir topluluk türü olarak cemaatlerin, doğru şekilde analiz edilebilmesi için çeşit-

li tanımlarla birlikte değerlendirilmesi gerekir. Makalenin sınırlılığı da göz önünde tutularak tanımlanacak olursa cemaat, Arapça topluluk, toplantı anlamındaki “جماعة” / “*camāʿa(t)*” kelimesinden, kökeninde ise toplanma anlamındaki Arapça “جمع” / “*camʿ*” kelimesinden gelmektedir (Nişanyan Sözlük, 2020: <https://www.nisanyansozluk.com/?k=cemaat>). Sıklıkla, “*namaz kılmak için bir araya gelmiş topluluk*” anlamında kullanılmakta ise de cemaat bir ikinci anlamıyla, sosyolojik olmayan düzlemde ve yanlış bir anlamda, belirli bir özelliği haiz olmayan “*insan kalabalığı*” anlamında da kullanılmaktadır. Son olarak ise cemaat, “*bir din veya bir soydan olanların topluluğu*” anlamında kullanılmaktadır (TDK, 1995: 393). Terimsel anlamıyla ise sosyoloji literatüründe cemaat “*üyelerinin ortaklaşa paylaştıkları bir şeye -genellikle ortak kimlik duygusuna- dayanan, özel olarak oluşturulmuş bir toplumsal ilişkiler bütünüdür*” (Marshall, 2005: 90).

Cemaatin terimsel anlamıyla sosyoloji literatüründe benzerlikleri olan doksan dört adet tanımın bulunduğu George A. Hillery tarafından saptanmıştır (Marshall, 2005: 91). Bu genişlik de dikkate alınarak daha çok öne çıkan tanımlarla devam etmek gerekir. İlk olarak Zygmunt Bauman cemaati, “üyelerine çevrenin, yaşamın, düzenin, muhatap olunan insanın, en iyisini ve konforlusunu sunan, sadece anlam değil his de taşıyan bir topluluk” olarak açıklamaktadır (Baumann, 2017: 7). Robert Nispet ise öncelikle bağlarını tanımlayarak cemaati, “psikolojik gücünü, salt anlamda irade veya çıkarlardan daha derin özellikler arz eden motivasyonlardan alan”, “güçlü şahsi bağlılıkları ile öne çıkan” topluluk olarak tanımlamaktadır (Nisbet, 2016: 66). Yine oldukça popüler olan tanımlardan birisi Alman sosyolog Ferdinand Tönnies’e aittir. Tönnies’e göre cemaat, “üyelerinde karşılıklı bağlanma duygusu bulunan, yine karşılıklı anlayış, hoşgörü ve toleransları bulunan, bir bütünü mensupları (bizlik bilinci) olarak üyelerini bir arada tutan özel bir Gemeinschaft” türüdür (Tönnies, 2019: 63). Max Weber ise cemaatin üyelerinin çeşitli sevgi ve sadakat bağları üzerine kurulan topluluk olduğunu ifade etmiştir. Ona göre, ancak ve ancak bireyler ortaklaşa olan bu duyguyu, karşılıklı olarak şu ya da bu şekilde birbirlerine yöneltirse ilişki doğacak ve bu ilişki bütünü cemaati oluşturacaktır (Weber, 1995: 73). Georges Gurvitch, diğer tanımların aksine daha kategorik bir tanım yapmayı tercih etmiş ve insanların bir araya gelmelerini, biz olma bilinçlerine göre ayırmıştır. Bu kategorilerde, biz olma bilinci en düşük olanlara yığın, en yüksek olanlara komünyon demiş ve cemaati, biz olma bilincinin orta yoğunlukta olduğu topluluk olarak tanımlamıştır (Gurvitch, 1985: 49). Son olarak, cemaate ilişkin en net tanımlardan birisini, İngiliz sosyolog Robert Morrison Maclver yapmıştır. Ona göre cemaat, “küçük veya büyük

herhangi bir grubun üyelerinin her nerede, şu veya bu şekilde, aynı menfaati değil fakat ortaklaşa hayatın ana şartlarını paylaşacak şekilde bir arada yaşamaları" anlamına gelmektedir (Maciver ve Page, 1994: 22). Richard Sennett ise kamusal alanın dönüşümü perspektifiyle cemaate yeni ve iki yüzlü bir anlam vermektedir. Kardeş katli meselelerinin, cemaatlerin hem içe dönük hem de dışa dönük bir eylemi olduğunu vurgulayarak "Dreyfus davası sırasında kimin daha solcu olduğu çatışmasını" bu duruma örnek olarak göstermektedir. Ona göre bu çatışma, aslında hem dışa dönük yek ve ayırıcı bir kimliği hem de içe dönük bir yankılanmayı temsil etmektedir. Dolayısıyla cemaat dönüşmüş bir gemeinschaft olarak hem duygusal temelli toplumdandan kaçış hem de şehir içerisinde mekân ve toprak esaslı bir barikattir (Sennett, 2019: 377-378).

Tönnies'in, şirket-cemaat karşılaştırması üzerinden, birinde üyelerinin hissi bağlarla, diğerinde üyelerinin mekanik bağlarla bağlı olması şeklinde daha somut ifade ettiği gibi, tüm bu tanımlama çabalarının sonucunda denilebilir ki üyelerinin derin hissi bağları, biz olma bilinci ve ortak karşılıklı motivasyonu cemaat için kesindir.

2. Cemaatte Kurucu Unsur

Cemaat olmanın kriterlerinden bağımsız olarak, bir topluluğa cemaat diyebilme için cemaat üyelerinin etrafında toplandığı temel bir öge olup olmadığı da incelenmelidir. Burada fikir demek yerine öge demek daha doğru olacaktır çünkü cemaatin kurucu ögesi her zaman fikir olmamakta, bazen bir yer, bazen ise başkaca somut bir olgu olabilmekte ve oluşan bizlik bilincine işaret edebilmektedir. Cemaat olmanın gerek kriterler gerekse de kurucu öge bakımından bilimsel incelemelerde ve literatürde somutlaşma sürecinin 19. yüzyılda başladığı söylenmektedir. Cemaatin hem politikayı hem de felsefi analizleri etkileyen, modernlik ile gelenekçilik arasında kalan ve geneli kontrastlar üzerinden gören bir düşüncenin eseri olduğu yorumu da yapılmaktadır. Bu vesileyle cemaat artık daha karakteristik özelliklere büründürülmektedir (Nisbet, 2016: 98). Katılmakta olduğum bu görüş etrafında ilerleyecek olursam ilk bakılacak nokta, Edmund Burke'nin Fransız Devrimi sonrasında topluluktan topluma doğru olan dönüşüm incelemeleridir.

Edmund Burke devrim sonrası Cumhuriyetçilik ve Anayasacılık etrafında birleşen topluluklarda, monarkları kastederek, dışarıdan müdahale edilemeyecek üstün bir güç etrafında birleşme talebini gözlemlemiştir. Burke bu talebi, topluluğu topluma dönüştüren bir bizlik bilinci olarak tanımlamış, "çimento" olarak tasvir

etmiştir (Burke, 2016: 265). Aslında her toplulukta görülecek bir yurttaşlık bağı da birleştirici unsur gibi görünse de Dominique Schnapper'in de belirttiği üzere, bizlik bilinci etrafında toplanmış yurttaşlar için de cemaat kavramının kullanılması gereklidir (Schnapper, 1995: 91-92). Burke, olmazsa olmaz diye tanımladığı bu kurucu ögeyi ya da kendi tabiriyle çimentoyu, ilk olarak soyluların müsadere edilen malları ve paraları olarak düşünmüştür. Fakat devamında sadece para ve müsadereye konu olmuş malların salt anlamda çıkar olduğunu ve bizlik bilincinin daha derinde aranması gerektiğini belirterek, bizlik bilincinin Paris'in mekânsal üstünlüğü de olabileceğini söylemiştir (Burke, 2016: 266-267). Burke daha sonrasında ise bu çimentonun mekân, para gibi somut öğelerden de öte olabileceğini söyleyerek, kurucu ögenin 3. prensip olarak adlandırdığı "Fransız Ulusu" olma bilinci de olabileceğini söylemiştir (Burke, 2016: 294). Görüldüğü üzere Burke, 1., 2., ve 3. prensipler olarak adlandırdığı para-mal, Paris(mekân), Fransız Ulusu(bilinç) öğelerinin kümülatif birlikteliğini, mutlaka bulunması şart olan kurucu öge olarak açıklamıştır.

Kronolojik sıra ile hareket edecek olursak, Edmund Burke sonrasında bir cemaatin kurucu ögesini açık şekilde dile getiren bir diğer kişi Tönnies olmuştur. Tönnies'in en önemli düşüncelerinden birisi ise Schnapper ve Burke'in aksine, cemaati aile, köy, şehir gibi daha küçük topluluklara indirgemesidir. Bu çalışmada da konu edilen, mikro düzeyli bir topluluktur. Bu indirgenmiş cemaat tasavvurundan hareketle Tönnies, çok keskin cemiyet ve cemaat (Gemeinschaft ve Gesselschaft) ayrımı yapmıştır. Bu keskin ayrım şu şekilde ifade edilmektedir: "Cemaat müşterek inançlarla davranan ruh ve zihin Gemeinschaft'ıdır." Bu ruh ve zihin olarak tanımlanan öge, apriori (uyum), gönül birliği, aile ruhu, yani "tayin edici irade" anlamında kullanılmıştır (Tönnies, 2019: 54-55). Tönnies'in "anlaşma" dediği bu anlamı çok daha somut olarak ortaya koyan Ramazan Yelken, tayin edici bu kurucu ögeyi, "lisana gelemeyen, sonsuz, tasarlanmamış sessiz uyum" olarak tanımlamaktadır (Yelken, 1999: 48). Bu, cemaatin kurucu öğelerinden en önemlisidir. Oysa "sözleşme" planlanan ve karar verilen bir mukaveledir, lisana dökülür. Bu da toplumun kurucu öğelerindedir. Özellikle en çok kır, köy, şehir içerisinde yaşayan dostluk, ortaklık, ayin, lonca, gettolarda, cemaatin kurucu ögesinin yukarıda tanımlanan formunun görüleceği savunulmuştur (Yelken, 1999: 48). Nitekim katıldığım bu görüş paralelinde, çalışmanın yöneldiği örneklemin kurucu ögesinin de bu formda olduğu görülecektir.

Tönnies sonrasında da cemaatte kurucu öge düşüncesi dile getirilmiştir. Nisbet tarafından daha soyut bir kurucu öge öne sürülerek, her cemaatin özünü oluşturan

bir psikolojinin olduğuna işaret edilmiştir. Öyle ki cemaati cemiyetten ayırmanın bu olduğu, cemaatlerde de cemiyet benzeri çıkar güdülenmeleri olabileceği ama bu çıkarın fer'i olduğu, asıl olanın bahsedilen bu kurucu psikoloji olduğu vurgulanmıştır. Cemaat, mekân, bölge, ulus, din, ırk, mezhep, mücadele, dava gibi temeller üzerinde oturabilmektedir; bu temeller, cemaatin sembolik ifadesini, bizim kullanacağımız anlamda kurucu ögesini, Nisbet'in kullandığı anlamıyla "derin motivasyonunu" oluşturur (Nisbet, 2016: 66).

Tönnies sonrasında, Nisbet gibi cemaatin kurucu ögesi fikrini savunan bir diğer kişi de Zygmunt Bauman'dır. Bauman'a göre bir topluluk meritokratik olsa dahi, bu toplulukta kazanan da güçlü de muhtaciyet içerisindedir. Kazananı dahi muhtaciyet içerisine düşüren bu durum, süre gelen risklilik ya da Bauman'ın deyişi ile "Risköleben" durumudur (Bauman, 2017: 67). İşte bu risklilik hali, kişileri "acımasız gerçeklikler" ile sürekli baş başa bırakmakta, cemaatin "sıcak bir duygu" tarafını çekici hale getirmektedir (Bauman, 2017: 10). Bauman tarafından cennet özlemi olarak da adlandırılan bu çekicilik, aslında kişilerde yapay şekilde oluşamayan, ortak güven ve konfor talepleridir (Bauman, 2017: 9,16-17). Önemli olan nokta ise bu ortak talebin bir uzlaşma olmadığıdır. Uzlaşma, farklı görüşlerdeki insanların birbirleri ile sert müzakereler ve yumruklasmalar sonucu bir araya gelmeleridir. Yani uzlaşma durumunda tartışmayı kazananın iradesi gerçek, tartışmayı kaybedenin iradesi ise rağmendir. Fakat cemaatin temelindeki kurucu öge uzlaşma değildir; rağmen iradesi yoktur. Cemaat iradesi, tüm tarafların gerçek iradeleri ile birbirlerine tartışma üstünlüğü kurmadan oluşturdukları iradedir (Bauman, 2017: 16).

Kesinlikle söylenemeyecek olan, cemaatin kurucu ögesinin net bir şekilde soyut, somut, mekân, düşünce, inanış olduğudur. Kesinlikle söylenebilecek olan ise ister somut ister soyut, cemaatin mitle gerçeğin iç içe geçtiği, varyasyonları sayılamayacak kadar çok olan fakat üyelerinin rızaları ile onayladıkları ve etrafında topladıkları kurucu bir ögesinin olduğudur.

3. Cemaat Kriterleri

Cemaat kavramının tanımlanması ve kurucu unsurunun açıklanması sonrasında anlaşıldığı üzere, bir takım derin bağlar ile mensuplarının birbirine bağlı olduğu bu özel topluluk türünün daha da somutlaştırılması elzemdir. Zira örnek üzerinden analiz edileceğinden, cemaate pozitif bir noktadan bakmak isabetli olacaktır. Bu konuda katıldığım düşünce Robert Nisbet'in rehberlik edici düşüncesidir. Bu dü-

şünceye göre Ferdinand Tönnies'in detaylandığı cemaat fikrini, rasyonel tipolojilere oturtan Weber, oldukça başarılı cemaat kriterleri oluşturmuştur (Nisbet, 2016: 108,113). İlk olarak Nisbet'in de belirttiği üzere Weber'in eylem tiplerinde, Tönnies'in cemaat ve cemiyet ayırımından etkilendiğini söylemek mümkündür. Özellikle kurulan bağların çıkar odaklılığı ve biz olma bilinci ile kolektif bilinç düşünceleri arasında ciddi paralellikler görünmektedir (Nisbet, 2016: 109,113). Bu paralellikler ise Weber sosyolojisinde önemli yer tutan "Sosyal Eylem" ve "Sosyal İlişki" başlıkları altında görülecektir.

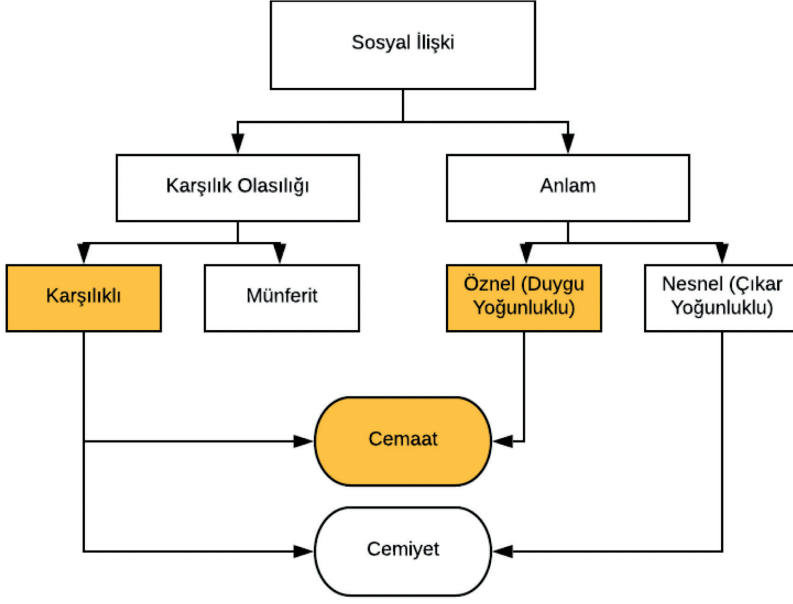
Kısaca tanımlanacak olursa sosyal eylem hem bir eylemde bulunmayı hem de bulunmamayı içeren, yani aktif ve pasif rızayı içeren davranışlar bütünüdür. Fakat bu niteliklere sahip her eylem sosyal eylem değildir; sosyal eylemin Weber'in tabiriyle açık eylem olması yani diğer canlı varlıklara yönelmesi gerekir. Dolayısıyla bir dini davranışı yerine getirmek sosyal bir eylem değilken, bir dini davranışı birlikte yerine getirmek için diğer kişilerle bir araya gelmek bir sosyal eylemdir. Fakat burada yine bir sorun bulunmaktadır. Her zaman birileriyle bir araya gelip aynı eylemi yerine getiren kişi de sosyal eylem içerisinde değildir. Bu kişiler bir olaya benzer zamanda benzer tepki veren sıradan insanlar da olabilir. Sosyal eylemin birliktelik koşulunun sağlanabilmesi için bireylerin dağınık olsalar bile belirli eylem etrafında bir grup psikolojisi içerisinde bulunması, bu bulunmayı ise bir gruba(cemaate) üye olmak olarak nitelemesi veya bu üyeliğinin farkında olması gerekmektedir (Weber, 2012; 130-131). Bu şekilde sosyal eylem kavramı dört tipolojide tanımlanabilmektedir. Bunlar: 1) Gereç-ussal, 2) Değer-ussal, 3) Duygusal, 4) Geleneksel tiplerdir.

Kısaca açıklanacak olursa, gereç-ussal davranış tiplerinde araçlar, amaçlar ve ikincil sonuçlar rasyonel olarak dikkate alınır. Eylemden alınacak faydalar, marjinal fayda başta olmak üzere sıralanır. Bu eylem tipleri, geleneksel tipler ve duygusal tipler ile bağdaşmamaktadır (Weber, 2012: 134). Değer-ussal davranış tiplerinde değerlere yönelik davranış tiplerinin formülize edilmiş olması ve bu davranışların dava güdüsüyle gerçekleşmiş olması gerekir. Bu gerçekleştirilmenin ise kişinin kendi rızasıyla, otomatik bir güdülenme ile harekete geçirilmesi gerekmektedir (Weber, 2012: 133,134). Duygusal eylem tipi ise duygusal bir gerginliğin bilinçli bir şekilde giderilmesi amacıyla yapılan eylemdir (Weber, 2012: 133). Son olarak geleneksel davranış tipinde, davranışı güdüleyen motivasyonun alışıldık hale gelmesi, otomatik bir güdülenme ile harekete geçirilmesi gerekmektedir. Hemen hemen bütün eylem tipleri bu geleneksel eylem tipine yakındır (Weber, 2012: 133).

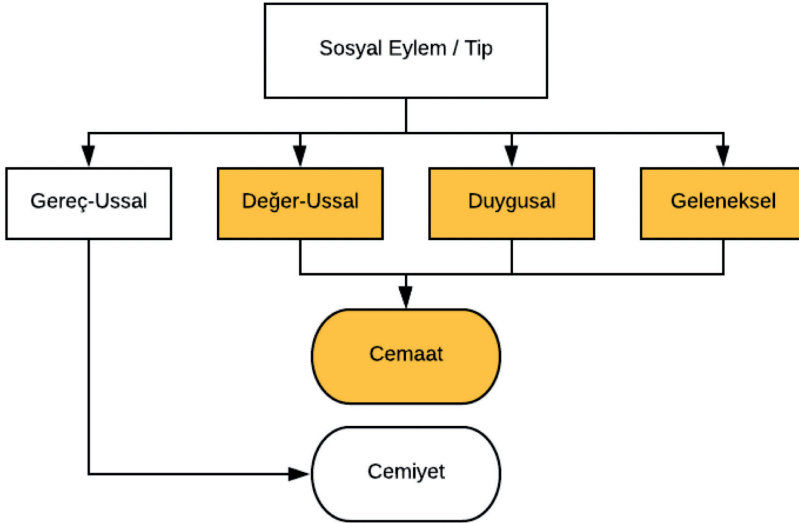
Bir diğer önemli kavram ise sosyal ilişki kavramıdır. Sosyal ilişki kavramı, bir aktörün eylemlerini belirli bir anlam bütünlüğü içerisinde diğer aktörlerce de taklit etmesi olasılığıdır (Weber, 2012: 135). Kısaca belirli sebeplerle, benzer eylemlerin, iki taraftan da beklenmesidir. Sosyal ilişkilerin bazı kriterleri bulunmaktadır. İlk olarak çatışma, düşmanlık, arkadaşlık, sadakat, cinsel birliktelik gibi bir karşılıklılık hali olmalıdır. Mensup oldukları topluluk türü kendilerine bir anlam sağlamalı, üyeler bu anlamı taşımaları ve diğer üyelerden de bu anlam içerisinde hareket etmesi beklenmelidir. Yine bu ilişkinin öznel veya öznel olmayan anlamı da bulunmaktadır. Öznel anlam, asimetrik yani karşılıklı olma mecburiyeti bulunmayan, arkadaşlık, sadakat, vatanseverlik gibi ilişkiler iken; yitmiş bir öznellik olan nesnellik, çıkara dayalı bir ilişkiyi ifade etmektedir (Weber, 2012: 135-136). Burada da yine şirket gibi öznelliği yitmiş nesnel topluluk ile cemaat gibi öznellik üzerine kurulu bir topluluk kıyaslaması yapılabilir.

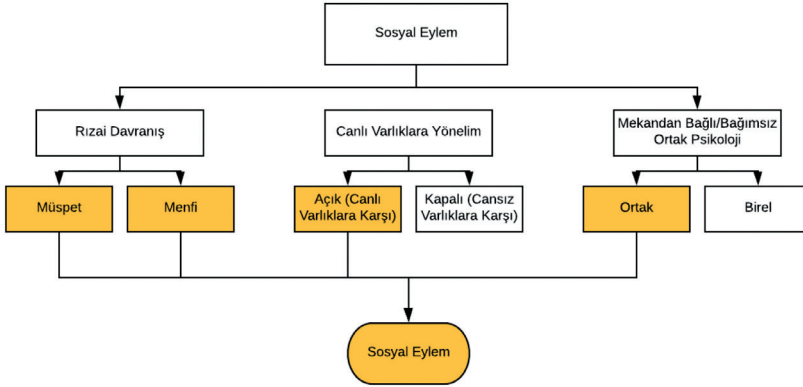
Söz konusu tüm bu kategorileştirmeden hareketle Nisbet tarafından da şirket ile cemaat arasında bir dikotomi üretilerek, Weber'in cemaat olma kriterleri saptanmıştır. Bu saptamada ise öne çıkan, rasyonel ve çıkara dayalı olmayan öznelliklerdir (Nisbet, 2012: 109-111). Buradan hareketle Weber kriterlerine göre cemaat olmanın kriterleri, üyelerin öznel sosyal ilişki içerisinde olmaları, sosyal eylem sergilemeleri ve değer-ussal, duygusal, geleneksel sosyal eylem tiplerini ayrı ayrı veya bir arada sergilemeleridir. Bu kriterler şu şekilde şematize edilebilir:

Grafik 1: Sosyal İlişki Şeması



Grafik 2: Sosyal Eylem / Tip Şeması



Grafik 3: Sosyal Eylem Şeması

II. ANALİZ

A. “36 BOYS” UN MEŞRU MÜDAFAA İDDİASINDA BULUNDUĞU ORTAM VE KOŞULLAR: ALMAN TOPLUMU VE KREUZBERG

Koşulları anlatmak için kullanılacak anahtar kelimenin “işçi göçü” olduğunu söylemek doğru olabilir. II. Dünya Savaşı sonrasında Almanya, belirli sanayi kollarındaki iş gücü sıkıntısını gidermek amacıyla 1955-1968 yılları arasında işçi talebinde bulunmuştur. Bu talebin karşılanması amacıyla Almanya Federal Cumhuriyeti ve sekiz Akdeniz ülkesi (Türkiye, İtalya, İspanya, Fas, Portekiz, Tunus, Yugoslavya, Yunanistan) arasında yapılan antlaşma kapsamında, Almanya İşçi Bürosu (*Bundesanstalt für Arbeit*) işçi kabul etmeye başlamıştır (Kaya, 2000: 41). Bu kabuller sonrasında 1961 yılında 6000 kişi olarak kaydedilen sayı, 1994 yılında 1.965.577 sayısına ulaşmıştır. Bu sayı Almanya toplam nüfusunun %8,6’sını, Almanya toplam yabancı nüfusunun %28,1’ini oluşturmaktadır. Bu nüfus artışının 1973 yılından sonraki kısmı çoğunlukla aile birleşimleri ve siyasal sığınma şeklinde olmuştur (Kaya, 2000: 42).

Bahsedilen bu işçi alımı ile başlayan sürecin, etnik çok kültürlü topluma dönüşmesi ise genel olarak geri dönme mitinin yıkılmasına bağlanmaktadır. “Myth of Return” olarak adlandırılan bu mit, işçi göçmenlerin yurtdışında elde ettikleri gelirler sonrasında ülkelerinde yaşam standartlarını yükseltmeleri durumunda geri dönecekleri beklentisine dayanmaktadır. Özellikle kendi ülkelerindeki anti demokratik

gelişmelerden çekinen misafir işçiler daimî ikamet seçimi yapmışlar, yatırımlarını ve geleceklerini Almanya üzerinde kurmaya karar vermişlerdir. Bu durum mitin yıkılışı olarak adlandırılmıştır (Kaya, 2000: 42-43).

Çok kültürlülüğün simgelerinden biri haline gelen Berlin-Kreuzberg bölgesinden bahsetmek de isabetli olacaktır. Kreuzberg işçi göçlerinden önce dahi çok kültürlülük merkezlerinden biri olarak görülmüştür. XVII. yüzyılda Kreuzberg, işçi sınıfı halklarının yerleşim yeri olarak belirlenmiştir. Yine aynı dönemde Fransa'da Katolik saldırılarından kaçan Protestanların (Huguenot) sığındıkları yerdir. XIX. yüzyılda ise Silesia, Promerenia ve Doğu Prusya yerli halkının yerleştiği bölge olmuştur. Kreuzberg, Berlin içerisindeki fabrika ve atölye bölgesi olarak anılmaktadır (Kaya, 2000: 75). İşçi göçleri sonrasında Kreuzberg'e gitmek bir Türk kıraathanesine zaman yolculuğu olarak tasvir edilmiştir. Özellikle bu bölgede, Türk kültürünün simgesi olarak görülen, kebab-döner restoranları, Türk berber salonları, Türk dişçi ve doktor muayenehaneleri, Türk bakkalları, muhasebecileri, matbaaları, televizyon kanalları, gazeteleri bulunmaktadır. Kısaca bir yaşam bölgesine ihtiyaç duyulabilecek her türlü hizmetin, Türklerce ve Türkçe sağlandığı, Türkçe tabelaların kullanıldığı gözlemlenmektedir (Kaya, 2000: 79-80). Bir diğer gözlem ise Türkiye'deki siyasi yapılanmaların da aynen buraya taşınmalarıdır. Bölge içerisinde Milliyetçi Hareket Partisi, sol fraksiyon partileri, Millî Görüş ve muhafazakâr parti temsilcilikleri bulunmaktadır (Kaya, 2000: 82). "Haç Dağı" anlamına gelen Kreuzberg'in küçük bir İstanbul olduğu sadece sosyal değil siyasi ortamı gereği de söylenebilecektir.



Resim 1-2-3: Kreuzberg Bölgesi Türklere Ait Dükkanlar³

Kreuzberg bölgesinin kaderini değiştiren olayın, Berlin Duvarı'nın yıkılması hadisesi olduğu söylenebilir. Sovyet siyasetinin en etkili sonuçlarından birisi Federal

³ <https://onedio.com/haber/17-adimda-yurtdisinda-kendini-mahallende-gibi-hissedebilecegin-tek-yer-kreuzberg-666830>.

Almanya Cumhuriyeti ile Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin birbirinden ayrılmasıdır. II. Dünya Savaşı sonrasında daha da kesinleşen bu ayrım, Batı Almanya'nın 1955 yılında NATO'ya katılımı ile hızlanmıştır (Roberts, 2015: 713-714). Berlin'in Amerikan-İngiliz-Fransız ve Sovyet bölgesi olarak bölünmesi, Doğu ve Batı Almanya arasındaki ayrışmayı ekonomik yönden de tetiklemiştir. Doğu Almanya'nın sosyalizme dayanan ekonomisi karşısında Batı Almanya'nın liberal ekonomik politikalarının en net görüldüğü yer de Berlin olmuştur. Sosyalist ekonominin olumsuzluklarından etkilenen Doğu Almanya vatandaşlarının, Berlin'in ferah kısmı denilebilecek liberal ekonomi etkisindeki Batı Almanya'nın kontrolü altında bulunan kısmına kaçışları hızlanmıştır. Bunun sonucunda Sovyetler Birliği tavsiyesi ve Sosyalist Birlik Partisi baskısıyla, bu kaçışları önlemek için Berlin'in ortasından geçen bir duvarın inşası gündeme getirilmiştir. Bu tavsiyelere uyularak ABD ve liberal politikaların kontrolündeki Batı Berlin çevrelenecek şekilde Berlin Duvarı, 13 Ağustos 1961 yılında bir gecede, yaklaşık 4 metre yüksekliğinde çelikten 46 km uzunluğunda olacak şekilde Doğu Alman güçleri tarafından örülmüştür. İlk olarak 1989 yılında Sovyet bloğunun zayıflaması ve Doğu Avrupadan başlayan göç akınının artması sonucunda duvarın öteki tarafına geçişe izin verilmeye başlanmış, geçişlerin artması sonrasında 13 Haziran 1990 yılında duvar Doğu Alman sınır güçlerince yıkılmış, Doğu Almanya Cumhuriyeti ise 13 Ekim 1990 yılında fiilen ortadan kalkmıştır.



Resim 4-5: Kreuzberg Bölgesi ve Berlin Duvarı Coğrafi Konumları⁴

Berlin Duvarı aslında Doğu Almanlar tarafından mevcut ekonomik krizin bir sembolü ve sorumlusu olarak görülmüştür. Duvar yıkıldığı sırada özellikle büyüyen işsizlik, işten atılmalar ciddi bir sorun haline gelmiştir. Tüm bu sosyo-ekonomik

⁴ https://www.iisdellafra.edu.it/pww/app/default/pww_img.php?sede_codice=M1110002&doc=2615307&inl=1.

problemlerin sembolü olan duvarın yıkılması sonucu öfkeli, ırkçı eğilimli Doğu Almanlar tarafından duvarın en yakınındaki göçmen bölgesi olan Kreuzberg bölgesine yönelim başlamıştır. Buradaki ırkçılığın temelinde, Almanların kendi vatanlarında işsizken, Türklerin iş sahibi olmasının vermiş olduğu bir çeşit kıskançlık motivasyonu yatmaktadır (Yurdakul, 2015: 36-37). Özellikle bu dönem içerisinde Türk işçilerin mevcut çalışmakta oldukları işlerden kovulmaları dahi söz konusu olmuştur (Yurdakul, 2015: 57). Duvarın yıkılması sonrasında birden şehrin ortasında kalan Kreuzberg, Türk ağırlıklı göçmen işçilerin, işçiler ile aynı semtte yaşayarak yaşam pratiği açısından yabancılarla yaşamaya alışkanlık gösteren Batı Almanya vatandaşlarının ve ekonomik sıkıntılarının nedenini yabancı işçiler olarak gören ırkçı eğilimli Doğu Almanya vatandaşlarının olduğu, çok kültürlü bölge haline gelmiştir. Duvarın yıkılması sonucu oluşan bu dengesiz yapı ve Türk işçilerinin ayrı bir sınıf halini alması çok kültürlülük örneği olarak ortaya çıkmıştır.

Gerard Delanty tarafından ileri sürülen topluluk tasniflerinde, kültüre dayalı farklılıklar önemli yer tutmaktadır. Geleneksel çok kültürlülük, modern çok kültürlülük gibi farklılıkların yanında, birden ortaya çıkan ve sentetik diyebileceğim post çok kültürlülük aslında olumsuz bir farklılık halidir. Buna radikal post çok kültürlülük de denmektedir. Özellikle dezavantajlı grupların (göçmenler, yabancılar, etnik azınlıklar gibi) diğer baskın gruplara karşı güçlendirilmesi sonrasında marjinal gruplaşmalar görülmektedir. Özellikle bu çok kültürlülük hali ABD’de eritme potası denilen asimilasyon tartışmalarına, Avrupa’da ise çoğunlukla eğitim alanında kültür çatışması tartışmalarına yol açmıştır. Sentetik “çok kültürlülük” hali olarak görülmesinden dolayı, birleştirici değil özellikle ırkçılığa dayanan bölücü birçok kültürlülük hali görüşü hakimdir (Delanty, 2015: 110). Berlin Duvarı’nın yıkılması sonrası ortaya çıkan çok kültürlülükte, Doğu Almanya’dan geçen ırkçı grupların dezavantajlı yabancı misafir işçilere karşı baskınlık kurma isteği radikal post-çok kültürlülüğün en bilinen sonuçlarından. Zira yabancı işçiler ile mevcut Batı Alman halkı arasındaki ilişkiler sentetik değil, bir toplumsal sürecin sonucunda kaynaşmıştır. Fakat ani bir siyasi gelişme sonucu birden Doğu Almanya vatandaşlarına komşu olan yabancı işçilerin birlikteliği, doğal bir sürecin sonucu olmayan sentetik bir birlikteliktir.

Öngörüldüğü üzere bahsedilen bu sentetik birliktelik sonucu oluşan radikal post çok kültürlülük, ideolojik saik barındıran kriminal eylemleri beraberinde getirmiştir. Bu eylemlerden en bilineni “Solingen Faciasıdır”. 29 Mayıs 1993 yılında gerçekleşen olayda, kendilerine Neonaziler diyen ırkçı gruplar tarafından Türk kökenli “Genç”

ailesinin yaşadığı ev kundaklanmış, ailenin beş üyesi hayatını kaybetmiştir (Yurdakul, 2015: 76). Türk karşıtlığı konusunda “TürKenraus” (Türkler dışarı), “Getürkt” (Türkleştirilmiş), “Kruzitürken-Kümmeltürke” (lanet) anlamındaki kullanımlar başlamış ve sıklaşmıştır. Alman Kriminal Dairesi verilerine göre özellikle NSU(Ne-naziler) tarafından çoğunluğu Türklere karşı olmak üzere 1983-1993 arasında toplam 13.577 ırkçı saldırı gerçekleşmiştir (Federal Almanya Kriminal Dairesi, 2020: https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/PoliceCrimeStatistics/to2013/pc-sUpTo2013_node.html). İşte bu sentetik radikal post çok kültürlülük birlikteliğinin bulunduğu ve ırkçı saldırıların olduğu ortamda adı Kreuzberg’in posta kodu olan 36’dan gelen “36 Boys” kurulmuştur.



Resim 6-7: Solingen Faciası Cenaze Töreni ve Olay Sonrası Görüntüsü⁵

B.POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER VE MEŞRU MÜDAFAA İDDIASININ İNCELENMESİ: 36 BOYS'UN GELİŞTİRDİĞİ ORTAK İDDİA

36 Boys grubunun eylemlerinin meşru müdafaa ile ilişkilendirilmesi Al Jazeera tarafından hazırlanmış olan “36 BOYS” belgesinde verdikleri mülakatlar üzerinden yapılacaktır.⁶ Söz konusu belgesel, 36 Boys grubu kurucu üyeleri ile yapılan ayrıntılı röportajlardan oluşmaktadır. Bu röportajlar Türk uyruklu “Killa Hakan” lakaplı rap sanatçısı Hakan Durmuş, Türk uyruklu “Muci” lakaplı dövüş sporcusu Muzaffer Tosun, Türk uyruklu “Reis” lakaplı tekstil tasarımcısı Sinan Tosun, Türk uyruklu

⁵ <http://www.ditib-iserlohn.de/solingen-faciasinda-hayatlarini-kaybeden-5-turk-icin-anma-toreni.html>.

⁶ KAPKIN, Yelda (Yönetmen): **36 Boys**, Al Jazeera, Yayın Tarihi, 4 Şubat 2013, Berlin, Almanya.

tasarımcı Soner Arslan, Türk uyruklu müzik yapımcısı Fevzi Tuncer, Türk uyruklu grafiti sanatçısı Mehmet Önder, Alman uyruklu yemek şefi Tim Raue, Sırbistan uyruklu “Migel” lakaplı grafiti sanatçısı Ante Bagaric, Sırbistan uyruklu “Deko” lakaplı grafiti sanatçısı Dean Kutanoski ile yapılmıştır. Burada sınırlılık, bu eylemlerin teknik hukuk anlamında meşru müdafaa değerlendirmesinin yapılmamasıdır. Değerlendirilecek olan üyelerin eylemlerini ne olarak tarif ettikleri, bu eylemleri yaptıkları ortamı nasıl nitelendirdikleri ve bu eylem etrafında kurdukları birlik bilincidir. Dolayısıyla üyelerin beyanları, teori ve kavram kısmında verilen meşru müdafaa asgari gerekleri üzerinden, hukuksal değil sosyolojik bağlamda, anlamlandırılacaktır. Meşru müdafaa değerlendirme formu örneği şu şekildedir:

Tablo 1: Meşru Müdafaa Kriterleri Değerlendirme Formu

36 BOYS Cemaat Değerlendirme Formu			
İsmi:			
Kod İsmi:			
Uyruğu:			
Mesteği:			
Görevi:			
Meşru Müdafaa Varlık		Meşru Müdafaa Tip	
Saldırı	Savunma	Objektif Teori / Yetki Devri	Subjektif Teori / Kendini Koruma İçgüdüsü

İlk olarak bakıldığında tüm üyeler, özellikle Berlin Duvarı yıkıldıktan sonra, Kreuzberg bölgesinde ırkçı Almanların görüldüğünü, bu kişilerce sözlü taciz, kapı sokak, mahalle işaretleme, Nazi veya SS sembolleri kullanma, saldırı gibi davranışlara maruz kalma olaylarının olduğunu beyan etmişlerdir. Özellikle saldırganları, Nazi arması taşıyan dazlak veya motorcu kimseler olarak tarif etmişlerdir. Bunun yanı sıra yukarıda verildiği üzere Alman Federal Kriminal Dairesi de bu dönemde görülen saldırıları “ırkçı motifli saldırı” başlığıyla kayıt altına almış ve sair görsel kayıtlarda bu olayların olduğunu doğrulamıştır. Bu açıdan meşru müdafaa'nın birinci şartı olan saldırı şartının gerçekleştiği açık şekilde görülmektedir.

İkinci olarak ise üyelerin tamamı yukarıda belirtilen saldırılara karşı kendilerini savunduklarını kabul etmektedir. Üyelerden Soner Arslan mecbur kaldıkları için bu

gruplarla çatıştıklarını, üyelerden Hakan Durmuş kendilerini savunmak için çatıştıklarını, üyelerden Fevzi Tuncer ortalama elli ile yüz arası kişilik gruplarla Kreuzberg'de sokak sokağa çatıştıklarını beyan etmişlerdir. Teknik değerlendirme yapılmayacağından dolayı meşru müdafanın ölçülülüğü değerlendirmesi dışında kalarak, üyelerin beyanlarının savunma yaptıkları yönünde olduğu kesindir. Bu açıdan meşru müdafanın ikinci şartı olan savunma şartının da olduğu tespit edilmektedir. Her iki şartın varlığı da düşünüldüğünde grup üyelerince yapılan eylemleri meşru müdafaa eylemi olduğu iddiaları gerçekçidir.

Üçüncü inceleme ise grup üyelerinin iddia ettikleri meşru müdafaa eylemlerinin tipolojisinin tespitidir. Burada da öncelikle objektif sonra da subjektif değerlendirme yapılacaktır. İlk olarak objektif teori açısından bakıldığında grup üyelerinden Hakan Durmuş, "Almanların kendilerinden entegre olmalarını istediklerini fakat kendilerinin özlerini ve kültürlerini koruma çabası içerisinde olduklarını bu yüzden de devlet tarafından destek göremediklerini" beyan etmiştir. Grup üyelerinden Muzaffer Tosun ise "korumasız ve savunmasız bırakıldıklarını, birlikte olmasalar var olmayacaklarını" beyan etmiştir. Alman Devleti'nden destek görmediklerini en net şekilde beyan eden ise Soner Arslan olmuştur. Soner Arslan *"Adamlar bizi öldürmeye başladı, polis ve siyasetçiler bir şey yapmadılar. Bizim hesabımız yapılmış zamanı gelince bizi göndereceklermiş"* diyerek Alman Devleti'nin zımnen saldırganlarla iştirak halinde olduğunu iddia etmiştir. Solingen Faciası başta olmak üzere yapılan incelemelerde ve çıkan olaylarda, Alman ırkçı grupların yaşam hakkı ve mülkiyet hakkına karşı mütecaviz tavırlar içerisinde oldukları görülmüş, nitekim örneklemin yer aldığı belgeselde kendisini gizleyen bir ırkçı tarafın *"Onlara zarar vermeye hazırım"* dediği görülmüştür. Kreuzberg'in konumu ve Doğu Almanya vatandaşlarının siyasi yapılarının öngörülmesinin çok mümkün olduğu bir bölgede gerilimin yaşanacağını öngörülememesi kanaatimce pek mümkün görülmemektedir. Bunun yanında öngörü problemi olan politikaların yarattığı risk ortamı sistematik şekilde 10 yılı aşkın süre boyunca devam etmiş, saldırılar yıllara yayılmış ve 15 bin sayısını aşacak şekilde can ve mal kayıpları ile seyretmiştir. Söz konusu durum AİHM içtihatları çerçevesinde pozitif yükümlülükler ile ilgili sorunlara işaret etmektedir. Bu durum ise 36 Boys grubu açısından yetki devrine dayalı bir meşru müdafaa haline işaret etmekte, saldırı altındaki kişilerin canlarını ve mallarını korumak konusunda kendilerinde yetki görmelerine neden olmaktadır. Nitekim Alman Hükümeti tarafından 36 Boys üyelerinin "Kiezläufer" (mahalle bekçisi/huzur bekçisi) olarak istihdam edilmesi (DEGGRICH, 2020:

<https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-52985280.html?name=Drei+Engel+für+Kreuzberg>) yetki devri teorisini desteklemektedir.

Sübjektif teori açısından bakıldığında ise üyelerden Hakan Durmuş emniyetleri için başkaldırmak zorunda kaldıklarını, üyelerden Muzaffer Tosun yanlışlar da yaptıklarını ama suçlulardan kendilerini korumak zorunda kaldıklarını, üyelerden Soner Arslan emniyetleri için savaştıklarını, üyelerden Mehmet Önder kendilerini savunmamaları durumunda Kreuzberg'in çok daha kötü olacağını, üyelerden Tim Rause arkadaşlarının yaşamlarını korumak için bu eylemleri yapmaya mecbur kaldığını, üyelerden Fevzi Tuncer ise şehitleri ve kayıpları olduğunu bu yüzden kendilerini savunmak zorunda kaldıklarını beyan etmiştir. Sübjektif teori açısından 36 Boys grubu üyelerinin eylemleri, kendini koruma içgüdüğü eylemine işaret etmektedir.

C. CEMAAT SOSYOLOJİSİ AÇISINDAN İNCELEME: 36 BOYS GRUBUNUN CEMAAT KRİTERLERİ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyoloji temelde insan birlikteliklerini, bunların niteliklerini, nasıl bir araya geldiklerini, bir araya gelme biçimlerini, aralarındaki ilişkileri, çatışmaları dayanışma biçimlerini, farklılıklarını, dağılımlarını ve bu birlikteliklerin değişimlerini inceleyen bilimdir. Bu nedenle öncelikle insan birlikteliklerinin toplumsal temellerini anlamaya, yorumlamaya ve açıklamaya çalışır. Toplumsal özelliklerini açıkladığımız 36 Boys grubunu sosyolojik anlamda bir cemaat olarak değerlendirmeye çalışmak, çalışmanın bu kısmına kadar sıraladığımız gerekçeler nedeniyle doğru bir yaklaşım olacaktır. Bunun için grubun cemaat olma özelliklerini sağlayan kriterleri değerlendirmemiz gerekmektedir. Bu değerlendirme yine, bir önceki başlıkta bahsedilen belgeselde yer alan beyanların analiz edilmesiyle yapılacaktır. Odak noktası üyelerin, kendi varlıklarını grup içerisinde nasıl değerlendirdikleri ve kendilerini nasıl gördükleridir. Bu beyanlar üzerinden 36 Boys grubunun, cemaat olup olmadığı yönünden kriterler değerlendirilerek sonuca ulaşılabilecektir. Cemaat değerlendirme formu örneği şu şekildedir;

Tablo 2: Cemaat Kriterleri Değerlendirme Formu

36 BOYS Cemaat Değerlendirme													
İsmi:													
Kod İsmi:													
Uyruğu:													
Mesleği:													
Görevi:													
Sosyal İlişki				Sosyal Eylem									
Tekil İlişki	İsteş İlişki	Öznel (Duygusal) Çıkar	Nesnel (Maddi) Çıkar	Sosyal Eylem Varlık						Sosyal Eylem Tip			
				Birliktelik	Birlikte Eylem			Canlı/Cansız Varlık	Rızai Davranış	Araç Us/Marjinal Fayda	Dğer Us/Dava Güdlüsü	Duygu/Duygusal Gerginlik Giderme	Gelenek/Alışkanlı Motivasyonu
					Grup Psikolojisi	Üyelik Nitelemesi	Üyelik Farkındalığı						

Beyanlar üzerinde yapılan ilk inceleme sosyal ilişkinin olup olmadığı hakkında yapılmıştır. Yapılan incelemede yukarıda ismi verilen 36 Boys grup üyelerinin tamamının sosyal ilişki bakımından tekil ilişki yerine karşılıklı ilişki içerisinde olduğu görülmüştür. İstisnasız olarak tüm üyeler, birbirleri arasındaki ilişkiyi karşılıklı dostluk ilişkisi olarak tanımlamış, üyelerden Ante Bagaric, dostluklarını 30 yıla dayandığını söyleyerek ilişkilerinin uzun sürecine dikkat çekmek istemiş, yine üyelerden Dean Kutanoski dostluk yanında ilişkilerini aynı zamanda bir aile ilişkisi olarak gördüğünü beyan etmiştir. Sosyal ilişkiye yönelik ikinci incelemede ise ilişkilerinden elde ettikleri fayda-çıkar üzerine beyanları incelenmiştir. Bu beyanlarda yine istisnasız olarak bir aile olmanın getirdiği duygusal bütünlük üzerine kurulu manevi haz dile getirilmiştir. Özellikle üyelerden Hakan Durmuş, Muzaffer Tosun, Sinan Tosun, Soner Arslan, Fevzi Tuncer, Mehmet Önder ve Dean Kutanoski kendi öz ailelerinin

çift mesai ya da tek ama çok uzun mesai saatlerinde çalışması dolayısıyla aileleri ile görüşmek ve duygusal ilişki kurmak için zaman bulamadıklarını söylemişler; 36 Boys grubunun bir aileden sağlanacak duygusal tatmini verdiğini beyan etmişlerdir. Herhangi bir nesnel çıkar elde ettiklerine ilişkin beyana rastlanmamakla birlikte üyelerden Tim Raue'un kendi işlettiği restorandaki başarısını, bu grup içerisinde aile olma bilinci öğrenmesine bağladığı yönünde beyanı bulunmaktadır. Fakat aranan nesnel çıkar bir tasarlamayı gerektirmekle birlikte, gruba girmenin motivasyonu olmalıdır. Tim Raue'nun ifadelerine bakıldığında, kariyer hikayesi 36 Boys grubunun aktivitesinin bittiği döneme denk gelmektedir. Dolayısıyla değerlendirilen üyelerin hiçbirinde nesnel fayda arayışına ilişkin beyana rastlanmamıştır. Kavramsal olarak bakıldığında, grup üyelerinin tamamı bir cemaat olgusunun ilk şartı sayabileceğimiz öznel çıkara dayalı sosyal ilişki içerisindeydir.

Beyanlar üzerinden yapılan ikinci inceleme, grup üyelerinin eylemlerinin sosyal eylem olup olmadığı yönündedir. Birliktelik açısından bakıldığında beyanı bulunan üyelerin tamamı birlikte hareket ettiklerini belirtmişlerdir. Birliktelik eylemleri açısından bakıldığında üyelerden Ante Bagaric, Tim Rause, Fevzi Tuncer, Soner Arslan, Sinan Tosun “çete” kelimesini kullanarak eylemlerini bir çete eylemi olarak tanımlamışlar ve kendilerinin farkında olarak bu çetenin birer üyesi olduğunu beyan etmişlerdir. Yine üyelerden Hakan Durmuş, Muzaffer Tosun, Mehmet Önder birlikteliklerini “caydırıcı anlamda korkutucu görünmek için grup olmak” olarak ifade etmişlerdir. Üyelerden Dean Kutanoski'nin ise birlikteliklerini Kreuzberg'in “parçası olan insanlar” olarak ifade ettiği görülmüştür. Üyelerin istisnasız olarak tamamı eylemlerinin, “Dazlak, Nazi” gibi isimlendirdikleri ırkçı Almanlara karşı, kendilerini koruma motivasyonu ile, rızaları doğrultusunda yaptıkları eylemler olduğunu belirtmişlerdir. Üyelerden Dean Kutanoski'nin birlikteliğini mekânsal olgu üzerinden tanımlaması haricinde, üyelerin tamamı birliktelik, grup psikolojisi, üyelik, üyeliğin farkındalığı kriterleri içerisinde canlı varlıklara karşı, rızaları ile gerçekleştirdiklerini beyan etmişlerdir. Bu açıdan 36 Boys grubunun eylemlerinin, cemaat olgusunun ikinci şartı olan, sosyal eylem olduğu görülmektedir.

Beyanlar üzerinden yapılan üçüncü inceleme ise 36 Boys grubunun sosyal eylem olarak adlandırabileceğimiz eylemlerinin hangi tip sosyal eylem olduğu incelemesidir. Bu konudaki beyanlar, diğer incelemelerde dikkate alınan beyanlara göre çok daha fazla çeşitlilik göstermiştir. Üyelerin beyanlarının hiçbirinde araç us/marjinal fayda odaklı sosyal eylem tipine rastlanmamıştır. Bunun yanında üyelerden Hakan

Durmuş, Muzaffer Tosun, Mehmet Önder eylemlerini "bir ailenin üyelerinin birbirlerine sağlayacağı şekilde, koruma, kollama, destek olma" olarak açıklamışlar; eylemlerini bir davanın eylemleri olarak tarif etmişlerdir. Bu açıdan bakıldığında bu kişilerin eylemleri hem "aile olmak" şeklinde değer olarak tarif ettikleri hem de güvenlik ihtiyacını karşılama davası olarak ifade ettikleri görülmüştür. Üyelerden Sinan Tosun ve Fevzi Tuncer, eylemlerini yaşam alanları olan Kreuzberg'i korumak olarak açıklamışlar, "doğdukları, büyüdüğüleri yeri sahiplenmek" şeklinde bir dava misyonu tarif etmişlerdir. Üyelerden Dean Kutanoski ve Ante Bagaric ise eylemlerini "ezilmemek için birbirlerine destek olmak" olarak açıklamış, gençlik hatalarına düşmemek veya bu hatalardan ders almak şeklinde bir misyon tarifinde bulunmuşlardır. Üyelerden Tim Rause ise bir dava veya misyon tarifinde bulunmamakla birlikte, eylemlerini "okulda, dışarıda sürekli zaman geçirdiği arkadaşlarına destek vermek, onları savunmak, bir ailenin parçası olmak" olarak tarif etmiştir. Üyelerden Soner Arslan ise çok daha net ve betimleyici beyanlarda bulunmuştur. Kendi ailesinin Almanya'ya gelen ilk işçi ailelerden olduğunu, Kreuzberg'in savaştan çıkan bir enkaz olduğunu ve burayı kendi ailesi ile diğer ailelerin yaşanacak bir yere çevirdiğini, Almanların uzun mesai saatleriyle ailesini çalıştırması sonucunda ailesinin manevi desteğine muhtaç kaldığını beyan etmiştir. Yine gençliğine dair ilk hatırladığı şeyin "Turken Raus" sloganı olduğunu, Almanların köle istediğini ve kendisinin bu duruma karşı olduğunu ifade etmiştir. Eylemlerini ve davasını ise bu beyanları üzerinden "yaşam alanını koruma, köle olmama, özgür yaşama" olarak tarif ettiği görülmüştür. Tüm bu eylem tarifleri ve motivasyon-dava tanımlamalarından anlaşılmaktadır ki üyeler, ailelerinin boşluğunu doldurmak amaçlı bir duygusal giderim halinde olmuşlar, ayrıca birbirlerine destek olmak üzerine kurulu bir dava benimsemişlerdir. Ayrıca 36 Boys logolu giysileri kullanmak, bu logoyu el işaretleri ile göstermek, rap müzik dinlemek gibi gelenek ve ritüellere sahip oldukları görülmektedir. Buradan hareketle bir cemaatin üçüncü şartı olarak görebileceğimiz değer/us, duygusal gerginliğin giderimi, gelenekselleşme sosyal eylem tipleri 36 Boys grubunda görülmüştür.

SONUÇ

Bu çalışma pozitif yükümlülüklerin ihlali varsayımını itici bir güç olarak konumlandırmış ve meşru müdafaa kavramının incelenmesine zemin hazırlamıştır. Kavramsal kısımda görüleceği üzere bir cemaatin olmazsa olmazı "bizlik" bilincidir. Bu bizlik ne olduğunu anlamak için 36 Boys grubunun kurulduğu dönemde Almanya ve Kreuzberg bölgesi tarihsel bağlamda aktarılmış; pozitif-negatif yükümlülüklerin

yerine getirilmediği şüphesi oluşmuştur. Bu şüpheyi oluşturan, sayı ve devamlılık açısından sistematik denebilecek ırkçı saldırıların varlığı ve Federal Almanya Kriminal Dairesi istatistiklerinin bu olguyu desteklemesidir. Varlığı açık olan ırkçı saldırıların hedefinde olan kişilerin kendilerini koruma dürtüleri üzerinden hareket edilerek, birleştirici gibi görünen diğer olguların elemine edilmesi gerekmektedir.

36 Boys grubunda öne çıkan diğer olguların “Rap Müzik”, “Grafitti”, “Kreuzberg’de Yaşamak”, “Türk olmak”, “Göçmen olmak”, “Dövüşmek veya Çatışmak” olduğu görülmektedir. Tüm üyelerini kapsayacak bir ortak öge olması gerekliliği açısından değerlendirildiğinde: Rap müzik 36 Boys üyelerinin tercih ettiği müzik stili olmuştur. Fakat müzik üzerine profesyonelleşen üye sadece Killa lakaplı Hakan Durmuş ve üye Fevzi Tuncer’dir. Dolayısıyla müzik bir profesyonel uğraş, ya da bir birleştirici olmaktan çok üyelerin sevdiği bir olgu, motivasyonu artırıcı bir araç seviyesinde kalmıştır. Yine bir başka öne çıkan olgu grafitti, sadece üyelerden Dean Kutanoski, Ante Bagaric ve Mehmet Önder tarafından profesyonelce yapılmış, üyelerin grafittiyi sadece grubun iletişim-propaganda aracı olarak kullandığı görülmüştür. Bir diğer öne çıkan olgu ise “Kreuzberg” veya “Kreuzberg’de Yaşamak” olgusudur. Fakat 36 Boys grubu Almanya merkezli Avrupa’da sağ ırkçılık karşıtı bir harekete dönüşmüştür. Hiç Kreuzberg’de yaşamayan hatta bulunmayan fakat Avrupa’nın farklı kentlerinde yaşayan üyelerinin bulunması, mekânın 36 Boys’un birleştirici gücü olmadığını da göstermektedir. Bir diğer öne çıkan olgu “Türk” olmak veya “Misafir İşçi Göçmen” olmaktır. Fakat açıkça görülmektedir ki 36 Boys grubu Sırbistan uyruklu üyeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Birleştiricinin “Göçmen olmak” olmadığı da Alman üye Tim Rause’nin varlığı ve beyanları doğrultusunda mümkün değildir. Bir diğer önemli öne çıkan olgu ise “dövüşmek, çatışmak” olgusudur. 36 Boys’un sosyal eylemlerinin temelinde çatışma olduğu görülmektedir. Fakat üyelerden Dean Kutanoski, Tim Rause, Ante Bagaric, Soner Arsan, Hakan Durmuş gençlik hatalarını telafi etmek, kendilerini ve gençleri eğitmek, onları kötü yollardan uzak tutmak gibi misyonlarının da olduğunu vurgulamışlardır. Bu açıdan 36 Boys, sadece dövüşmek değil farklı eylem biçimlerini de kullanmaktadır. Dolayısıyla mutlak anlamda bir çete olarak sınıflandırılması da doğru değildir.

Beyanların içerik analiz yöntemi ile incelenmesi sonucunda:

- Kurucu dokuz üyenin tamamı savunma halinde olduklarını ve kendilerini savunmaya mecbur kaldıklarını beyan etmiştir. Belirtilen tam mutabakat

sonrasında 36 Boys grubunun bizlik bilincinin belirlenmesinde anahtar kavramın "Meşru Müdafaa" olduğu görülmelidir. Zira çatışmak, dost olmak, aile olmak, eğitmek ve eğitilmek gibi tüm eylemleri ve doğuşa sebep olan tüm ırkçı saldırılar ile ihlal edildiğinden şüphe edilen pozitif-negatif yükümlülükler üyeleri "yaşamları, yaşam alanlarını, mal varlıklarını" korumaya odaklamıştır. Kenarda kalmak, köşede kalmak, banliyöde yaşamak gibi sıfatları haiz olmanın vermiş olduğu güçsüzlük hissi ve ırkçı saldırılardan kaynaklanacak yok olma riski, temel motivasyonu oluşturmakta, bu menfi durumlara karşı koymak için kendilerini savunmak istemeleri ise bizlik bilinçlerini ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla çok net şekilde 36 Boys'u mekân, uyruk, meslek, müzik, sanat ve kişiliklerden ari olarak en fazla kapsayan olgu meşru müdafadır.

- Kurucu dokuz üyeden sadece üçü, objektif teori-yetki devri açısından bir meşru müdafaa anlamına gelecek beyanlarda bulunmuştur. Bununla birlikte dokuz üyeden sadece beşi sübjektif teori-kendisini koruma içgüdüsü açısından meşru müdafaa anlamına gelecek beyanlarda bulunmuştur. Dolayısıyla net bir şekilde mutabık kalınan meşru müdafaa'nın objektif ve sübjektif tiplerine ilişkin mutabakat sağlanamamıştır. Fakat bu sonuç doğrudan meşru müdafaa'nın bu tiplerinin olmadığı anlamına da gelmemelidir. Çünkü Federal Almanya Kriminal Dairesi istatistikleri ve grubun üyelerine "Kiezläufer" (mahalle bekçisi/huzur bekçisi) yetkisi verilmesi destekleyici verilerdir.
- Kurucu dokuz üyenin tamamı sosyal ilişkilerini karşılıklı ilişki olarak değerlendirmiştir. Yine üyelerin tamamı bu sosyal ilişkiden öznel yani duygusal çıkar elde ettikleri yönünde beyanda bulunmuştur.
- Kurucu dokuz üyenin sekizi sosyal eylem varlığı açısından eylemlerini birliktelik olarak nitelemiştir. Birliktelik olarak niteleyen üyelerin tamamı ise grup psikolojisi, üyelik nitelemesi, üyeliklerinin farkında olduğu yönünde destekleyici beyanlarda bulunmuşlardır. Üyelerin tamamı eylemlerini canlı varlıklara karşı gerçekleştirdiklerini ve bu eylemlerde rızalarının olduğunu destekleyici beyanlar vermişlerdir.
- Kurucu dokuz üyeden hiçbiri sosyal eylemlerin tipi açısından araç us/marjinal fayda yönünde beyanda bulunmamıştır. Üyelerden dördü sosyal eylem tiplerini değer us/dava güdüsü, üyelerden dördü eylemlerini duygu/duygusal

gerginlik giderme güdüsü ile ilişkilendiren beyanda bulunmuştur. Üyelerden birisi ise hem değer us/marjinal fayda hem de duygu/duygusal gerginlik giderme yönünde beyanda bulunmuştur. Kurucu üyelerin tamamı gruba ait ritüel, alışkanlık, sembol, simge gibi öğelerden en az birine sahip olmuş veya uygulamıştır. Bu açıdan bakıldığında üyelerin tamamı cemaatte olması gereken sosyal eylem tiplerine uygun beyan vermiş ve bulunması gereken alışkanlık-geleneklere riayet etmiştir.

Elde edilen mutabakatlar sonucunda, meşru müdafaa iddiasının bir araya getirdiği bu gruba cemaat demek için Tönnies ve Weber tarafından belirlenen cemaat kriterleri olan öznel-duygusal çıkarlara ve karşılıklılık esasına dayalı sosyal ilişkide bulunma, farkındalık ve grup psikolojisi içerisinde birlikte canlı varlıklara karşı rızazen davranarak sosyal eylemde bulunma, sosyal eylemin ise değer-dava-duygu-gelenek içerisinde olma birimlerinde mutabakat sağlanmıştır.

Sonuç olarak, 36 Boys kimlik ve varoluşlarına yönelen tehdit ve saldırıların bir araya getirdiği, duygusal bir temelde oluşturdukları bizlik bilinciyle sıkı bir dayanışma içinde olan sosyolojik bir cemaattir. Cemaatin bu güçlü örgüsü, meşru müdafaa olarak gördükleri bu birlikteliğe sosyolojik ve psikolojik bir destek sağlamaktadır. 36 Boys cemaati için bir “meşru müdafaa cemaati” önermesi doğrudur. “Hukuki bir kurum olan meşru müdafaa da bir cemaatin kurucu unsurudur” önermesi doğrudur. Bu çalışma ile hukuk sosyolojisi literatürüne verili ve yöntemsel bir çalışma ile katkı yapıldığı düşünülmektedir. Hukukun dogmatik olmayan yanının da sonuçları açısından önemsenmesi gerektiği çünkü ortaya ihkak-ı hak temelli alternatif bir hukuksallık çıkardığı vurgulanmaktadır. 36 Boys grubu cemaatinin isim ve logosunu sonradan markalaştırması ve ticarete açması, kişilerin 36 Boys üzerinden profesyonel mesleklerinde cazibe yaratması ve maddi kazançlar elde etmesi de “Cemaatin Dönüşümü” açısından ayrıca bir çalışmanın konusunu oluşturmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akandji-Kombe, J.F. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, (Çev: İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü), İnsan Hakları El Kitapları Serisi No.7, İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Strasburg.
- Apaydın, C. (2016) *Meşru Savunma*, Acar Matbaacılık, İstanbul.
- Aziz, A. (1994). *Araştırma Yöntemleri- Teknikleri ve İletişim*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Bauman, Z. (2017). (Çev: N. Soysal), 2. Baskı, Say Yayınları, İstanbul.
- Burke, E. (2016). *Fransa'daki Devrim Üzerine Düşünceler*, (Çev: O. Arslan), 1. Baskı, Kadim Yayınları, Ankara.
- Delanty, G. (2015). *Bir Kavramın Anatomisi Topluluk*, (Çev: F. B. Atay), Everest Yayınları, İstanbul.
- Doğmuş, S. (2018). *AIHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Dönmezer, S. (2013). *Genel Ceza Hukuku Dersleri*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Gurvitch, G. (1985). *Sosyoloji ve Felsefe*, (Çev: K. Cangızbay), Değişim Yayınları, İstanbul.
- Kaya, A. (2000). *Berlin'deki Küçük İstanbul*, Büke Yayınları, İstanbul.
- Kühl, K. (2008). *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Baskı, Verlag Vahlen, Münih.
- Luhmann, N. ve Barrett, R. (2018). *Organization and Decision*, (Çev. N. Luhmann), Cambridge University Press, Cambridge.
- Maciver, R.M. ve Page, C.H. (1994). *Cemiyet*, Cilt 1, (Çev: A. Kurtkan), 3. Baskı, M.E.B. Yayınları, İstanbul.
- Manzini, V. (1961). *Tratto di Diritto Penale Italiano*, Quarta Edizione, Torino.
- Marshall, G. (2005). *Sosyoloji Sözlüğü*, (Çev: O. Akınhay, D. Kömürçü), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara.
- Nisbet, R. (2016). *Sosyolojik Düşünce Geleneği*, (Çev: Y. Kaplan), 2. Baskı, Paradigma Yayınları, İstanbul.
- Özen, M. (1995). *Türk Ceza Hukukunda Meşru Savunma*, Seçkin Yayınevi, Ankara.

- Perdecioğlu, İ.E. (2020). *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Roberts, J.M. (2015). *Avrupa Tarihi*, (Çev: F. Aytuna), İnkılap Yayınevi, İstanbul.
- Sennett, R. (2019). *Kamusal İnsanın Çöküşü*, (Çev: S. Durak ve A. Yılmaz), 6. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul.
- Schnapper, D. (1995). *Yurttaşlar Cemaati*, (Çev: Ö. Okur), Kesit Yayınları, İstanbul.
- Tavşancıl, E. ve Aslan E. (2001). *İçerik Analizi ve Uygulama Örnekleri*, Epsilon Yayınevi, İstanbul.
- Topçuoğlu, H. (1969). *Hukuk Sosyolojisi*, Cilt 1, 3. Baskı, Cezaevi Matbaası, İstanbul.
- Tönnies, F. (2019). *Cemaat ve Cemiyet*, (Çev: E. Güler), Vakıf Bank Kültür Yayınları, İstanbul.
- TDK (1999). *Türkçe Sözlük*, Cilt 1, Türk Dil Kurumu Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları, 9. Baskı, Ankara.
- Weber, M. (2012). *Ekonomi ve Toplum*, (Çev: L. Boyacı), Cilt 1, Yarın Yayınları, İstanbul.
- Weber, M. (1995). *Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı*, (Çev: Ü. Günay), Marmara Üniversitesi İ. F. Yayınları, İstanbul.
- Yelken, R. (1999). *Cemaatin Dönüşümü*, 1. Baskı, Vadi Yayınları, Ankara.
- Yurdakul, G. (2015). *From Guest Workers Into Muslims: The Transformation of Turkish Immigrant Associations in Germany*, Cambridge Scholars Publishing, Newcastle.

Dijital Kaynaklar

- KAPKİN, Y(Yönetmen). (2013). *Belgesel: 36 Boys*, Al Jazeera, Berlin.

İnternet Kaynakları

- Deggrich, v.M. (2007, 16 Eylül). Drei Engel für Kreuzberg, Der Spiegel. Elde Edilme Tarihi: 12 Haziran2020, <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d52985280.html?name=Drei+Engel+für+Kreuzberg>
- Federal Almanya Kriminal Dairesi. (2013). (12.06.2020).
https://www.bka.de/EN/CurrentInformation/PoliceCrimeStatistics/to2013/pcsUpTo2013_no.html.

Nişanyan Sözlük. Elde Edilme Tarihi: 12 Haziran 2020, <https://www.nisanyansozluk.com/?k=-cemaat>.

Başvurulan Karar Künyeleri

- AİHM, *Airey v. İrlanda*, Başvuru Numarası: 6289/73, Strasburg: 9 Ekim 1979.
- AİHM, *Akkoç v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 22947/93, 22948/93, Strasburg: 10 Ekim 2000.
- AİHM, *Alisic ve Diğerleri v. Bosna ve Herzigova, Sırbistan, Slovenya, Macedonia Eski Yugoslavya Cumhuriyeti*, Başvuru Numarası: 60642/08, Strasburg: 6 Kasım 2012.
- AİHM, *Bevacqua and S. v. Bulgaristan*, Başvuru Numarası: 71127/01, Strasburg: 12 Haziran 2008.
- AİHM, *Dink v. Türkiye*, Başvuru Numarası: 2668/07, 6102/08, 30079/08, Strasburg: Ağustos-Eylül 2010.
- AİHM, *Dzirmis v. Letonya*, Başvuru Numarası: 25082/05, Strasburg: 29.03.2018.
- AİHM, *Hajduova v. Slovakya*, Başvuru Numarası: 2660/03, Strasburg: 30 Kasım 2010.
- AİHM, *Hokkanen v. Finlandiya Davası*, Başvuru Numarası: 19823/92, Strasburg: 23 Eylül 1994.
- AİHM, *Hunguest Zrt v. Macaristan*, Başvuru Numarası: 66209/10, Strasburg: 16 Ocak 2018.
- AİHM, *Kolyadenko ve Diğerleri v. Rusya*, Başvuru Numarası: 17423/05, 20534/05, 23263/05, 24283/05, 35673/05, Strasburg: 28 Şubat 2012.
- AİHM, *L.C.B. v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 14/1997/798/1001, Strasburg: 9 Haziran 1998.
- AİHM, *Lopez Ostra v. İspanya*, Başvuru Numarası: 16798/90, Strasburg: 9 Aralık 1994.
- AİHM, *McCann v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 19009/04, Strasburg: 13 Mayıs 2008.
- AİHM, *Naddaf v. Federal Almanya*, Başvuru Numarası: 11604/85, Strasburg: 10 Ekim 1986.
- AİHM, *Osman v. Birleşik Krallık*, Başvuru Numarası: 87/1997/871/1083, Strasburg: 28 Ekim 1998.
- AİHM, *Turturica ve Casian v. Moldova ve Rusya*, Başvuru Numarası: 28648/06, Strasburg: 30 Ağustos 2016.
- AİHM, *Zolatas v. Yunanistan*, Başvuru Numarası: 66610/09, Strasburg: 29 Ocak 2013.

TANRI, YENİ DOĞAL HUKUK KURAMI VE İNSAN HAKLARI*

God, New Natural Law Theory, and Human Rights

Cristopher TOLLEFSEN - Çev. Emre BERBER**

Öz

“Yeni” Doğal Hukuk (YDH) kuramının eleştirileri bu kuramdaki ilahi olanın rolü hakkındaki soruları gündeme getirmiştir. Bu çalışma ilahi olanın rolünü bu kuramın insan haklarını temellendirmesi üzerinden ele almaktadır: YDH’nin insan hakları temellendirmesi “Tanrı’nın varlığı, doğası ya da iradesi meselesi”ne az ya da çok açık bir gönderme *yapmadan* hayatiyetini sürdürebilir mi? Finnis’in “ayrıntılı taslağının” *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*’ın sonuç bölümünde ilahi olana ilişkin düşüncelerini ortaya koymasından önce bile tam bir insan hakları kuramını içerdiği görülebilir. Fakat bu makalede, yeterince güçlü bir insan hakları temellendirmesinin Tanrı’nın ontolojik ve motivasyonel olan iki boyuttaki yaratıcı etkinliğine biraz olsun rol vermeden hayatiyetini sürdürmeyeceğini iddia etmekteyim. Bahsi geçen bu boyutlar Tanrı’ya, doğasına veya iradesine gönderme *yapmadan* insan haklarıyla ilgili

Abstract

Critics of the “New” Natural Law (NNL) theory have raised questions about the role of the divine in that theory. This paper considers that role in regard to its account of human rights: can the NNL account of human rights be sustained *without* a more or less explicit advertence to “the question of God’s existence or nature or will”? It might seem that Finnis’s “elaborate sketch” includes a full theory of human rights even prior to the introduction of his reflections on the divine in the concluding chapter of *Natural Law and Natural Rights*. But in this essay, I argue that an adequate account of human rights cannot, in fact, be sustained without some role for God’s creative activity in two dimensions, the ontological and the motivational. These dimensions must be distinguished from the epistemological dimension of human rights,

* Makalenin İngilizce aslı için Bkz. Tollefsen, C. (2021). God, New Natural Law Theory, and Human Rights. *Religions* 12 (613).

** Araştırma Görevlisi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, eberber@ybu.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8631-2088>.

hakikatlere epistemolojik açıdan ulaşmanın mümkün olup olmadığı meselesi olan insan haklarının epistemolojik boyutundan ayrılmasıdır. YDH yaklaşımı bahsi geçen göndermeleri yapmadan insan haklarına ilişkin hakikatlere epistemolojik açıdan ulaşmanın mümkün olduğu kabulünü içermektedir. Bununla birlikte, ben epistemolojik olanın bahsi geçen ontolojik ve motivasyonel meselelerden tam olarak soyutlanamayacağını ve YDH yaklaşımının da bu gerçekle zorlanmadan uyum sağlayabileceğini iddia etmekteyim.

Anahtar Kelimeler*:** Yeni Doğal Hukuk Kuramı, Doğal Hukuk, İnsan Hakları, Tanrı.

that is, the question of whether epistemological access to truths about human rights is possible without reference to God's existence, nature, or will. The NNL view is that such access is possible. However, I will argue, the epistemological cannot be entirely cabined off from the relevant ontological and motivational issues and the NNL framework can accommodate this fact without difficulty.

Keywords: New Natural Law Theory, Natural Law, Human Rights, God.

GİRİŞ

Germain Grisez, Joseph Boyle (2020a, 2020b), John Finnis ve diğer bazı isimler tarafından son 50 yıl veya daha uzun süredir ortaya koyulan ve savunulan “Yeni” Doğal Hukuk (YDH) kuramı temel etik, uygulamalı etik, siyaset ve hukuk felsefesi, eylem felsefesi ve St. Thomas Aquinas’ın düşüncelerinin yeniden yorumlanması alanlarında belirgin bir başarıyı temsil etmektedir.¹ Elbette tüm bu alanlarda eleştirmenleri de eksik olmamıştır. Özellikle “geleneksel” doğal hukuk kuramcıları YDH kuramının teorik ve pratik akıl arasındaki güçlü ayrımına (Veatch, 1990), bu kuramın idam cezası gibi konulardaki belirli pratik sonuçlarına (Feser ve Bessette, 2017) ve biyoetikte ortaya çıkan hayati nitelikteki çatışma durumlarına (Furton, 2014), “ortak iyinin aşkınılığını” reddine (Goyette, 2013), amaçlanan bir kriter olarak “yakınlığın” uygunluğunu reddine (Jensen, 2014) ve YDH kuramının Thomasçı *bona fidesine* (Pakaluk, 2020) itiraz etmiştir.²

Bu tür eleştirmenlerin çoğu aynı zamanda YDH kuramının ahlak felsefesinde Tanrı’nın oynadığı rolü hafife aldığına ya da yok saydığına inanmaktadır. Sözcüğümi, Fulvio Di Blasi, açık bir şekilde “yeni doğal hukuk kuramında Tanrı’ya bir rol

*** İlk üç anahtar kelime yazar tarafından belirlenmiştir. Yayın kuralları gereği bulunması gereken dördüncü anahtar kelime tarafımdan eklenmiştir. – Ç.N.

¹ Kuramın temelleri Finnis ve diğerleri tarafından özetlenmiştir (1987b).

² Alıntılar detaylandırıcı değil örneklendirici niteliktedir.

yoktur” (Di Blasi, 2013: 35) demektedir ve Stephen Long YDH kuramının “doğal hukukun özünde yer alan teonomik niteliğin yadsınması”nı içerdiğini yazmaktadır (Long, 2013: 107). Bu tip eleştiriler genellikle John Finnis’in *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*’daki, bu kitapla amaçladığı şeyin “Tanrı’nın varlığı ya da doğası ya da iradesi sorununa değinmeye gerek duymadan bir doğal hukuk kuramının oldukça ayrıntılı bir taslağı”nı önermek olduğu (Finnis, [1980] 2011: 49) güçlü iddiasıyla tetiklenmektedir. Yine de Finnis tam olarak bahsi geçen bu konularda felsefi görüşlerini paylaşmakta ve bu görüşlerin hiç de lüzumsuz olmadığına inanmaktadır. Özellikle, nihai anlam ve ahlakın daha ileri bir noktasiyla ilgili endişeler, kesinlikle kişisel bir niteliği olan, bu sayede insan fertleriyle bu varlıkla kişisel ilişki içine girmeleri için bir davette bulunmak üzere iletişime geçen nedensiz bir nedenin varlığına ilişkin araştırmayı gerektirmektedir.³ YDH kuramının Tanrı’ya hiçbir rol vermediği ya da Tanrı’yı yok saydığına yönelik kaygılar kesinlikle yersizdir.

Yine de YDH kuramında ilahi olanın rolü makul bir şekilde sorgulanabilir ve bu çalışma bu rolü kuramın belirli bir ciheti açısından, bu kuramın insan haklarını temellendirmesi açısından ele almaktadır. Söz konusu soru şudur: YDH’nin insan hakları temellendirmesi “Tanrı’nın varlığı, doğası ya da iradesi meselesi”ne az ya da çok açık bir gönderme *yapmadan* hayatiyetini sürdürebilir mi? Bu soru ortaya çıkmaktadır çünkü Finnis’in “ayrıntılı taslağının” *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*’ın sonuç bölümünde ilahi olana ilişkin düşüncelerini ortaya koymasından önce bile tam bir insan hakları kuramını içerdiği görülebilmektedir.

Bu makale bu soruya incelikli bir cevap sunacaktır. Yeterince güçlü bir insan hakları temellendirmesinin Tanrı’nın ontolojik ve motivasyonel olan iki boyuttaki yaratıcı etkinliğine biraz olsun rol vermeden hayatiyetini sürdürmeyeceğini iddia edeceğim. Bahsi geçen bu boyutlar Tanrı’ya, doğasına veya iradesine gönderme yapmadan insan haklarıyla ilgili hakikatlere epistemolojik açıdan ulaşmanın mümkün olup olmadığı meselesi olan insan haklarının epistemolojik boyutundan ayrılmasıdır. YDH yaklaşımı, yukarıda Finnis tarafından da ortaya koyulduğu gibi, bahsi geçen göndermeleri yapmadan insan haklarına ilişkin hakikatlere epistemolojik açıdan ulaşmanın mümkün olduğu kabulünü içermektedir. Fakat, tartışacağım üzere, epistemolojik olanlar bahsi geçen ontolojik ve motivasyonel meselelerden tam olarak

³ Bkz. (Finnis, [1980] 2011), XIII. bölüm. Finnis’in bunun devamı olan farklı düşüncelerini şurada tartıştım: (Tollefsen, 2020).

ayrılmaz ve göstereceğim üzere, YDH yaklaşımı bu gerçeği zorlanmadan kabul etmekte ve barındırmaktadır.

II. YENİ DOĞAL HUKUK KURAMI VE İNSAN HAKLARINI TEMELLENDİRMESİ

20. yüzyılın başlarındaki hukukçu Wesley Hohfeld'i takip eden YDH kuramcıları, dar anlamda bir "hakkın" her zaman onunla bağıntılı bir "ödev" sahip olduğunu kabul etmektedir: Φ bir eylemde bulunmayı veya bulunmamayı kapsıyorken, ancak ve ancak sizin benim için Φ ödeviniz varsa benim size karşı Φ hakkım vardır (Hohfeld, [1919] 2001)⁴. Bir hakkın tersi "hak-sızlıktır" (*no-right*): Ancak ve ancak sizin bana Φ ödeviniz yoksa, benim size karşı Φ hakkım yoktur. Ve bu hak-sızlığın bağlaşıklı özgülüktür: Ancak ve ancak benim size karşı Φ hakkım yoksa sizin Φ özgülüğünüz vardır. Başka bir ifadeyle, bana karşı Φ ödeviniz mevcut değildir.

Öyleyse açık ki, bir hak iddiası, hak, kişiler arası bir ilişki, bir çıkar ve "bir saygı duyma ya da çıkarı hayata geçirme ödevi ve ödevi yerine getirmek için yapılması gereken bir çeşit tercih (icra ya da ihmal)"den (Finnis, 2011: 2) oluşan *üç-koşullu* olarak bütünüyle ortaya koyulduğu müddetçe hem açıklık hem de eylem-rehberliği kapasitesi kazanacaktır. Fakat tarihi bir vakıa olarak *insan* haklarının kanonik ifadesi bu mantıksal forma bağlı kalmamaktadır. Sözgelimi, hem *Bağımsızlık Deklarasyonu*'nda hem de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde doğal veya insani kabul edilen haklar "herkes (veya tüm insanlar) x hakkına sahiptir" iddiasıyla tarif edilmektedir: Hakla ilişkili ödevin taşıyıcısından bahsetmeden yaşam, özgürlük, mülkiyet vs. hakkı. Nitekim *Evrensel Beyanname* üçüncü maddesinde "Herkesin yaşam, özgürlük ve kişi güvenliği hakkı mevcuttur" tespitini yapar fakat Hohfeldçi formülasyonun gerektirdiği ödev sahibi ya da sahiplerini açıkça belirlemez.

Ödev sahibine referansın eksik olmasına ek olarak, bu hak ifadeleri oldukça soyuttur. Yaşam hakkına neler dahildir? Bu hakkın belirli şiddet ve güç formlarına karşı dokunulmazlığı içerdiği söylenebilir fakat hangi şiddet ve güç formlarına karşı ve hangi koşullar altında? Bu hakka yardım için bazı ilave haklar da var mıdır ve eğer varsa bunlar hangi koşullar altında vardır? Yaşam hakkı, yaşamı korumak için bazı koruyucu önlemleri gerektirmekte midir? Bu tip sorular politik bir toplumda bir hakkın gerçekleşmesi ve güvence altına alınması için eninde sonunda somut hukuki cevaplara ihtiyaç duymaktadır.

⁴ YDH'nin insan haklarına yaklaşımının daha kapsamlı bir açıklaması için bkz. (Tollefsen, yayına hazırlanıyor).

Fakat *insan* hakları genellikle politika öncesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu tip haklara sahip olduğu iddialarının savunulması bir devletin hukukunda tanımlanmış olmasını gerektirmemektedir. Bununla ilişkili olarak, Yeni Doğal Hukuk kuramcıları hem geleneksel formülasyonlarındaki üç-koşullu tanımlamaya çok yakın olan ve hem de paradigmatik olarak politika öncesi olduğu iddia edilebilen, yani, eğer böyle bir şey mümkünse, hem evrensel hem de mutlak olan insan haklarıyla yakından ilgilenmektedir.

Finnis *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*'da (syf. 211-13) *Evrensel Beyanname*'nin belirli hakları 3. maddedeki "herkesin ... hakkı vardır"dan farklı bir şekilde çerçevelediğini ifade etmektedir. Sözgelimi, 4. madde, "Hiç kimse kölelik veya kulluk altında bulundurulamaz, kölelik ve köle ticareti her türlü biçimde yasaktır." ifadelerini içermektedir. Finnis "hiç kimse ... olamaz" formülasyonunun daha ileri bir spekülasyona gerek kalmayacak şekilde hakları önemli açılardan tanımlamak için kullanıldığını öne sürmektedir: Hakların hem içerikleri hem de hakka bağlaşıklık ödevlerin sahipleri yeterli ölçüde tanımlanmıştır. Öncelikle, "hiç kimse ... olamaz"daki hakkın bağlaşıklık ödevinin taşıyıcısı "herkes"tir: Her insan için, seçili eylemi *yapmama* ödevi söz konusudur. İkinci olarak, söz konusu eylem pratik olarak ne yapması gerektiğini değerlendiren bir yetkili tarafından saptanabilecek şekilde yeterince hassas olarak belirlenmiştir: Mevcut tüm seçeneklerden başka bir kişiyi köle olarak tutmayı ya da satmayı içeren herhangi bir seçenek basitçe tercih edilmemelidir. Bu nedenle hak hem yeterince belirlenmiş hem evrensel hem de mutlaktır: Bir istisna getirilmesi için mantıksal bir alan bırakılmamıştır.

Elbette böyle hakların varlığını öne sürmek bir meşrulaştırma gerektirmektedir ve YDH kuramcıları birçok farklı yerde ahlaki açıdan mutlak olan haklara bağlaşıklık olan ahlaki açıdan mutlak negatif sorumlulukların varlığını meşrulaştırmaya girişmiştir.⁵ Temel olarak, YDH kuramı, pratik aklın hatasız bir şekilde formüle ederek insan eylemleri için araçsal olmayan nedenler temin eden belirli iyileri tanımladığını kabul etmektedir. İçinde yaşam, sağlık, bilgelik, oyun, estetik deneyim, dostluk, uyum, din ve evlilik olan bu iyiler, insanlar için bitimsiz ve belki de sonsuz bir rengarenklikteki gelişmenin farklı, kendi tikel örneklerinde bile ölçülemez yönlerini arz etmektedir. Pratik akıl bundan başka çok genel bir normu, ahlakın ilk normunu, kişilerin istemenin her formunda, kendileri de dahil olmak üzere tüm kişilerin bütüncül insani tatminine açık olmaları gerektiğini belirtmektedir.

⁵ Örnek olarak, bkz. (Lee, 2006; Finnis ve diğerleri, 1987a).

Bu norm daha sonra, kimsenin temel bir insani iyiye zarar vermeyi veya yok etmeyi asla amaçlamaması şeklindeki genel bir ilkede daha da belirlenir. Argüman öncelikle ilgili seçeneklerin iyiliğinin ölçülemezliğine dayanmaktadır. Doğru anlaşıldığında bu iddia yalnızca seçeneklerin iyilik açısından ölçülebilirliğinin reddine ilişkindir: Seçenekler hakiki seçenekler olduğunda, hiçbir seçenek diğer seçeneklerin tüm iyiliğini veya fazlasını sunamaz.⁶ Ancak eğer seçenekler bu açıdan ölçülemezse, bir iyiye zarar vermenin açık bir gerekçesinin, yani, bir iyiye zarar vermenin daha büyük bir iyiyi getireceği düşüncesinin önü kapanmıştır. İkinci olarak, temel iyilerin insani gelişimin bir yönü olarak bahsi geçen statüsü ve böylece eylemler için bu şekilde gerekçe sağlayıcıları olması, daha büyük bir iyinin yokluğunda, kişinin temel bir iyi örneğine zarar vermeyi amaçladığı bir eylemin pratik aklın bütünsel yönlendiriciliğine tamamen açık bir eylem olmadığı, aslında, özünde, bu yönlendiriciliğe aykırı bir eylem olduğu iddiasını oluşturmaktadır.

Eğer bu norm tamamen eylemleri yönlendirici nitelikteyse geriye temel bir iyinin bir örneğine zarar vermenin amaçlandığı eylem türlerini belirlemek kalmaktadır. Örnek olarak: Başka bir insanın ölümüne kastetmek, insan yaşamının temel iyiliğine zarar vermeyi kastetmektir; dolayısıyla, başka bir insanı öldürmeye kastetmek her zaman ve her yerde yanlıştır. YDH kuramcılarının yalan söylemenin, işkence yapmanın, cinsel saldırının ve köleleştirmenin mutlak olarak yanlış olduğuna ilişkin benzer örnekler geliştirmiştir. Her örnekte ortak olarak, eğer bir kişinin söz konusu edilen eylemi *diğerine* yapması mutlak olarak yanlışsa, diğer kişi bu eylemin kendisine yapılmamasına ilişkin mutlak bir hakka sahiptir. Bu mutlak haklar, özellikle yan etki olarak ortaya çıkan her türlü zarar biçimine karşı iddiaları kuşatmaz, çünkü amaçlanması hiçbir koşulda kabul edilemez olan bir şeyin yan etki olarak ortaya çıkması kabul edilebilir olabilir. Finnis Avrupa mahkemelerinin mutlak hakların kapsamını bir yan etki olarak öngörülenleri veya hatta yalnızca bir yan etki olarak riske atılanları kuşatması amaçlanacak şekilde genişletme eğilimini özellikle eleştirmiştir (Finnis, 2016).

II. İNSAN HAKLARI, İNSAN ONURU VE TANRI

YDH kuramcılarının göre insan hakları, insan onuru ve ilahi olan üçlemesi arasındaki ilişkiler nelerdir? Bu soru iki eksen üzerinden araştırılmalıdır. Bunlardan

⁶ Bu iddia ölçülebilirliği topyekün reddetmemektedir: Ahlakın ilk ilkesi ve diğer ahlaki ilkeler eylem seçeneklerini ölçmekte, yani bir standart ışığında değerlendirmektedir. YDH'nin iddiası bu ölçümün genel iyilik üzerinden değil fakat eylem seçeneklerinin makullüğü üzerinden gerçekleştirildiğidir. Daha ileri bir tartışma için bkz. (Boyle, 2020b).

birincisi insan onuru ve insan haklarının kapsamı arasındaki ilişki, ikincisi ise insan haklarının motivasyonel etkinliğidir.

A. ONTOLOJİK BOYUT

İnsan fertleri, Robert P. George'un belirttiği gibi, "Tanrı-benzeri" bir özgür seçim gücüne, yani failin seçtiği *x seçeneğini* seçmiş olması için yeterli olan, seçimin kendisinden başka bir etken yokken tam olarak üzerinde düşünülmüş seçenekler arasında seçim yapma becerisine sahiptir (George, 2017: 63).⁷ Bu "Tanrı-benzeri" olan ve akıl gücü eşlik etmeden var olamayacak özgür seçim gücü, George ve diğerlerinin iddia ettiği üzere bizim onur veya üstünlüğümüzün kaynağıdır ve böylece *bizi* -diyelim ki bu makalenin yazarı ve okurlarını- bilinen tüm insan olmayan hayvanlardan esaslı bir şekilde ayırmaktadır. Fakat YDH kuramcıları daha da ileriye giderek, bu güç ya da bu güçler dizisinin bu haliyle insan doğasının temel özelliği olduğu ve bu yeteneğe en azından öz ya da kök haliyle sahip olmanın bir kişiyi insan *yapmak* için yeterli olduğu iddiasını savunmuştur.

Eğer bu doğruysa, öyleyse yaşa, gelişim seviyesine, engelliliğe veya ahlaki statüye bağlı olmadan *tüm* insanlar eşit şekilde insan onuruna sahiptir. Bir insanın onuru kendisi tarafından icra edilen korkunç eylemler veya bu insanın bilişsel kapasitesini kaybetmesi veya engelli hale gelmesi yoluyla kaybolamaz ve insan onuru, gelişim aşamasındaki ergin olmama hali boyunca da mevcuttur. Dolayısıyla, örnek olarak, çağdaş embriyolojinin belirttiği gibi bu tek hücreli varlık gerçekten bir insansa, doğmamış bir insan tek hücreli zigot aşamasında bile olsa tam bir insan onuruna sahip bir insan ferdidir.⁸

Bu onur insan haklarına sahip olmanın temelidir. Bu iyiler tarafından mükemmelleştirilmiş kişilerin şahsında insani iyiler korunmalı ve geliştirilmelidir, bu iyilere kasıtlı bir şekilde zarar verilmemelidir ve *insan fertlerinin* onuruna sahip olduğu müddetçe herhangi bir varlık bu mükemmelleştirmenin kapsamına girmektedir. "İnsan fertleri" ifadesindeki "insan" kavramı hayatidir çünkü iyiler insani iyilerdir; "fertler" kavramı da hayatidir çünkü özgür ve rasyonel bir varlığın özel üstünlüğüne sahip olarak -tekrar etmek gerekirse, en azından kökende yatan kapasite açısından- tüm insanlar köklü bir şekilde eşit statüdedir, bu nedenle adaleti hak etmektedir ve

⁷ Özgür iradenin bu liberteryen formu daha önce şurada savunulmuştur: (Boyle ve diğerleri, 1976).

⁸ Zigotlar ve embriyolarla ilgili biyolojik kanıtların bir değerlendirilmesi için bkz. (George ve Tollefsen, 2008).

bir hak meselesi olarak kendi şahsındaki iyilere saygı duyulması, bu iyilerin geliştirilmesi ve bu iyilere kasıtlı şekilde zarar verilmemesi hakkına sahiptir.

Birçok filozof, tüm insanların onurlu ve haklara sahip insan fertleri olduğu iddiasına karşı çıkmaktadır. Kişilik, onur ve haklar bu filozoflar tarafından sadece bazı insan varlıklarına, sıklıkla ilkel bir sinir sistem ya da beyin, bilinçlilik veya öz bilinçlilik geliştirmiş olmak gibi bazı fiziksel ve psikolojik emareleri kazanmış ve bunları sürdüren kişilere ait olarak kabul edilmektedir. Bu tip görüşlere göre, bir insan embriyosu ya da fetüsü, sözgelimi, gelişim göstermediği için düşünemeyen bir insanı çok aşan bir bilinç düzeyine sahip olan yetişkin bir köpek veya şempanzeden daha az onura veya değere sahiptir.

Yine de hiçbir köpek ya da şempanze, ölüm ya da acziyet tarafından engellenmediği takdirde bir insan embriyosunun *doğal* olarak yaptığı şeyi, yani, *bu şey* en başından itibaren, bir köpek ya da şempanze olarak değil, bir insan olarak gelişmeye yazgılı olduğundan dolayı, bir organizma olarak hayatıyet bulmasından beri açık bir şekilde mevcut olan, bilinçlilik ve öz bilinçliliğe ilişkin kökeninde yatan kapasiteyi hayata geçirebilecek hale gelecek seviyeye kadar kendi büyümesinin ve gelişiminin yürütücüsü olmayı asla yapmayacaktır. İnsan embriyoları, sözgelimi özgürce düşünme veya seçmeyi sağlayan aktif ya da gözlenebilir yetenekler geliştirdiklerinde yeni organizma türleri haline gelmiş olmazlar, daha ziyade, bu yetenekleri tam da böyle bir organizma oldukları için doğaları nedeniyle geliştirmektedirler. Bu nedenle, insan fertleri olarak onurları ve temel haklarıyla birlikte statülerini temellendiren şey insanların doğasıdır ve her insan bu doğaya sahip olduğundan dolayı tüm insanlar onurlu ve temel haklara sahip olan kişilerdir.

Açık şekilde, YDH kuramcılarını insan doğası hakkında iki iddiada bulunmaktadır: İnsan doğası denen bir şey vardır ve insan doğası George tarafından “Tanrı-benzeri” olarak tasvir edilen yetiler olan akıl ve özgür seçimler için bir kök kapasitesini içermektedir. İnsanoğlunun doğasına ilişkin bu iki katmanlı iddia, bu kadar derinlikli yeteneklere sahip olan varlıkların yaratıcısı ve destekleyicisi rolünü oynayan, sahiden Tanrı-benzeri ve hatta sahiden ilahi bir doğaya sahip olan bir şeylerin yokluğunda hayatıyetini sürdürebilir mi? Buna insan onurunun *ontolojik* sorusu diyelim. YDH kuramcılarının insan onurunun ve bunun üzerinden insan haklarının evrensel bir kapsama sahip olduğu fikrini dayandırdıkları insan doğasına ilişkin iddiaları, bu doğaya sahip olan varlıkların ilahi kaynağı hakkındaki iddialara mı bağlıdır?

Benim de üyesi olduğum Dışişleri Bakanlığı Devredilemez İnsan Hakları Komisyonu insan onuru ve haklara ilişkin meselelerin doğal teoloji ve insan doğasının ontolojisine dair sorulardan uzak tutulabileceğini önermektedir. “Akıl, doğa ve Tanrı hakkındaki felsefi tartışmalar nasıl çözülebilirse çözülsün, Beyanname’nin nerede yaşarlarsa yaşasınlar tüm insanların doğuştan gelen haklarını onaylaması asırlar içinde Amerikan inançlarının, pratiklerinin ve kurumlarının içine derinlemesine işlemiştir ve bu ulusun ahlaki ve siyasi mirasını takviye etmektedir” (Commission on Unalienable Human Rights, 2020: 11). Buradaki fikir, Tanrı ve doğa hakkındaki “felsefi tartışmalar” bir ateistin onları çözeceği gibi çözülmüş olsa bile doğuştan gelen insan haklarının kabulünün, insan haklarının bizim ortak yaşam ve tarihimizin dokusundaki yerleşik rolü sayesinde sürdürülebileceğidir.

Fakat epistemolojik ve ontolojik ihtimalleri birbirinden ayırmalıyız. Bazı ve birçok ahlaki hakikatin, yalın insan aklı tarafından Tanrı’nın varlığı, etkinliği veya iradesine ilişkin fikirlere başvurmadan belki *bilinebilecek* olması standart doğal hukuk görüşüdür. Dolayısıyla, insan fertlerinin eşsiz doğası ve bu doğaya izafe edilen eşsiz ahlaki statüye belki “doğal” olarak erişilebilir; bu hakikatlere ulaşmak epistemolojik açıdan mümkün olabilir.⁹

Fakat böyle bir *doğa* seküler natüralizm tarafından tasvir edildiği gibi olan bir dünyada -ontolojik olarak- mümkün müdür? Mümkün değilmiş gibi görünmektedir: Seküler natüralizm, henüz yolun başında, doğa diye bir şeyin olduğu konusunda şüphecidir (Silver, 2006). Fakat daha da önemlisi, natüralizm veya materyalizm yalnızca maddeden oluşan hiçbir varlığın özgür seçime ilişkin köklerinde yatan bir kapasiteye sahip olamayacağını kabul etmelidir, böyle bir varlık doğa yasaları tarafından belirlenecektir. Bundan dolayı, liberteryen özgürlükçü birçok dünya görüşünün genel olarak kabul görmüş ve doğru tanımlaması natüralistik bir dünya görüşüyle uyumsuzdur (Coyne, 2012).

Bu dünya görüşünden ortaya çıkan insan ferdi tasviri de benzerdir ve tam da bu sebeple tüm insanların eşit onur ve eşit haklara sahip olma fikriyle uyumsuzdur. -Bu kapasite hastalık ya da gelişimsel sorunlar ya da engellilik nedeniyle bloke olmuş olsa bile- kökensel olarak eşit bir rasyonel özgürlük kapasitesinin ihsan edilmiş olmasına dayanan esaslı bir eşitliğin yokluğunda insanların herhangi bir anlamlı veya önemli

⁹ Bahsedilen hakikatlere ulaşma, daha önce bu metinde gösterilen değerlendirmeler üzerinden, böyle bir şeyin var olması için gereken doğal koşullardan daha fazlasına ulaşılmasına pekala yol açabilir.

açından gerçekte eşit olmadıkları *açık görünmektedir*. Değerli görülen insanların ne olduğu değil fakat az ya da çok rastlantısal olarak ne yapabildikleridir. Seküler natüralizm daha önce de bahsedildiği üzere her insanın insan haklarına sahip olduğunu değil, daha ziyade yalnızca akli bir tür gözlenebilir şekilde kullanma ya da gözlenebilir bir özerk olarak seçim yapma yeteneği bir noktaya kadar gelişim gösteren insanların hakların öznesi olduğunu söyleyerek aslında genel olarak bunu kabullenmiş görünmektedir. Hakikaten de son zamanlarda en çok öne çıkan insan hakları savunucularından birinin temellendirmesine göre küçük çocuklar bu tip haklara sahip değildir (Griffin 2008).

Ama dikkat çekici olan şu ki burada ontolojik ve epistemolojik olan arasındaki duvar yıkılmaya başlamaktadır. Çünkü her ne kadar herhangi bir doğal hukuk görüşü doğal aklın kapasitesi üzerine bir iddiaya bağlı olsa da böyle bir görüş doğa ve insan doğası hakkındaki yanlış teorilerin aklın ahlak ve insan hakları hakkında gerçeğe ulaşma çabalarını engelleyebileceğini reddetmemelidir. Sonuç olarak, aklın ışığı gerçek insan hakları ihtimali açısından kendi içinden karartılmamış olsa da yine de yanlış teori tarafından dışsal bir şekilde engellenmiş olabilir. Dolayısıyla, YDH kuramı ontolojik açıdan, Tanrı olmadan insan haklarının imkansız olduğunu, epistemik açıdan ise insan haklarının tam kapsamının natüralist bir çerçevede kabul edilmesinin, aksi takdirde olduğundan daha az olası olduğu görüşünü benimseyebilir. Bununla uyumlu bir şekilde, diğerleriyle birlikte John Finnis, Germain Grisez ve Robert George'un çalışmalarında sekülerizmin etkileriyle ilgili sürekli bir endişe, doğal hukuk *bona fidesi*yle hiç de tutarsız olmayan bir endişe bulunmaktadır.¹⁰

B. MOTİVASYONEL BOYUT

Bunlar bizi onur, haklar ve Tanrı arasındaki araştırılması gereken ilişkinin ikinci eksenine, yani, insan haklarının motivasyonel gücü meselesine getirmektedir. Bahsedildiği şekilde tüm insanlara ait olan haklar olduğunu kabul edelim, bu hakların modellendiği formların yalnızca kapsamı açısından evrensel olmakla kalmadığı, aksine, daha önce de belirtildiği üzere, gerçekten mutlak da olduğu YDH'nin insan haklarını temellendirmesindeki daha başka ayırıcı bir özelliktir: Köleleştirilmeme, işkence edilmeme, kasıtlı bir şekilde öldürülmeme, tecavüz edilmeme ve benzeri haklar YDH'nin yaklaşımına göre asla köleleştirilmeme, işkence etmeme, kasıtlı şekil-

¹⁰ Dile getirilen endişeler için örnek olarak bkz. (Finnis, 1998; George, 2017).

de öldürmeme vs. gibi mutlak ödevlerle bağlaşıktır. Bu tip davranışlar sonuçlarından bağımsız olarak basitçe asla icra edilmemelidir.

Burada, epistemik açıdan bilinebilecek olanlarla motivasyonel olarak mümkün olanlar arasında bir boşluk olduğuna inanmaktayım. Tekrar etmek gerekirse, aynı zamanda YDH kuramcıları tarafından da benimsenen geleneksel doğal hukuk görüşü, yukarıda verilen argümanın izinden giderek, insan aklının asla icra edilmemesi gereken belirli eylemleri tespit edebileceği yönünde şekillenmiştir. Bu tespit eylemlerin gerekçeleri için bir bilinç durumu olan bir farkındalığa dayanırken, öte yandan bu farkındalık aynı zamanda rasyonel failer için motivasyonlardır. Bu tezde başarılı olmak YDH kuramcılarının gayribilişselcilik (*non-cognitivism*) ve öznelciliğe (*subjectivism*) karşı yürüttüğü polemikinin merkezinde yer almaktadır.¹¹

Dahası, YDH düşüncesi, doğal hukukun normlarının özü itibariyle insanların kendini gerçekleştirmesi imkanının koruyucusu olduğunu kabul etmektedir ve pratik ikilemlerle karşılaşan failerin doğal hukuk normlarını es geçmeleri kendilerini gerçekleştirme beklentilerine zarar vermektedir. Doğal hukuk normlarına aykırı davranış, (kişi tercihinden pişman olana dek) akıl ve insani iyilere karşı yerleşikleşmiş olan karşıtlığında, yalnızca akıl ve kendi içindeki insani iyilerden değil ama bu sayede diğer insan fertlerinden ve bizim hakkımızdaki arzusu diğer insanlarla birlikte toplum içinde insani iyileri gerçekleştirmemiz olan Tanrı'dan da çeşitli açılardan yabancılaşmış bir karakter oluşturmaktadır. Dolayısıyla, “neden ahlaklı olmalıyım?” sorusuna verilebilecek makul bir cevap mevcuttur, bu soru insan hakları terminolojisiyle ifade edilmiş olsa da: “Neden diğerlerinin insan haklarına saygı duymalıyım?” Cevap şudur: Diğerlerinin haklarına saygı göstermeliyiz çünkü diğer insanlarla doğru ilişkilerin kurucusu olan adalet normlarını yerine getirerek aynı zamanda kendimizi de gerçekleştiriyoruz.

Yine de, en olumsuz koşullar altında, bir failin her zemin ve zamanda yasak olan şekilde hareket etmeyi reddetmesinin bedeli olarak büyük bir iyilik olasılığını feda etmeyi kabul etmesini ya da belirgin bir kötülüğe katlanmasını gerektiren herhangi bir mutlak normun motivasyonel çekiciliği anlaşılır şekilde zayıftır. Ahlakla aykırı eylemin mantıklı alternatifi oldukları kabul edilse de bu tip kayıplar veya acılar gerçek kayıp ve acılardır.

¹¹ Bu bağlamda bkz. (Boyle, 2020b).

Tarihi kayıtlar hem insanların nadiren bu tür ayartıcı durumlara direnebilme metanetini gösterdiklerini hem de aynen ontolojik olanla epistemolojik olan arasındaki ilişkide olduğu gibi, motivasyonel alandaki başarısızlığın bu başarısızlık olmasaydı epistemik açıdan mümkün olabilecekleri engellemek üzere bu boyuta doğru da etki uyandırdığını göstermektedir. Daha farklı bir ifadeyle, insani iyileri yok etmek ya da bu iyilere zarar vermek niyetlerine yenik düşmüş olan insanlar bu tür zararları rasyonalize etme yolunda yürümeye başlarlar. Hristiyanlar arasında bile, yalan söylemek, sivil nüfusun kasıtlı bir şekilde askeri açıdan hedef alınması, işkence ve mutlak normların ve dolayısıyla mutlak insan haklarının başka şekillerde ihlalinin gerekçeleri meçhul değildir.

YDH kuramı felsefi etik bir yaklaşım olarak şu gerçeği kabul etmektedir: Aklın iddialarının en trajik tercihlerle karşı karşıya kalan kişileri tamamen motive etmesi pek olası değildir. Fakat doğal ve daha sonra da vahye dayalı teolojiye yakınlaştıkça YDH kuramı legalizmin istikrarlı ayartmasına karşı direnen daha incelikli bir motivasyonel cevap sunmaktadır. Burada kullanıldığı bağlamda, legalizm ahlaki normların, insan fertleri için mümkün olan göksel kendini gerçekleştirmeyle yalnızca harici (*extrinsic*) veya araçsal açıdan alakalı olan ilahi pozitif hukukun bir formu olduğu görüşü olarak anlaşılmalıdır: “Öldükten sonra gökyüzünde pasta (alırsın – Ç.N.)¹²”. Legalistler açısından, kötülüğe ilişkin ayartmalar karşısında kurallara uymak gerekmektedir, fakat sadece bazı harici faydaları elde etmek için. Eskatolojik açıdan bahsi geçen fayda Tanrı’yla birlikte yaşanan bir çeşit tatmin halidir.

Legalizmin mutlaklığı (*absolutism*) fiilen baltaladığı yerler açıktır: Doğal hukuk ve sonsuz mükafat arasındaki ilişki harici bir ilişkiyse, o zaman Tanrı ilgili normları kaldırabilir veya bu normlara istisnalar oluşturabilir ve bu ihlallerin affedilmesi içsel bir tövbe olmadan da mükafatlandırmaya giden bir yol olabilir. Katolik ahlak teolojisindeki legalizm, cehennemde kimse yok (*hell is empty*) doktrini olan evrenselciliğin (*universalism*) yükselen hakimiyetini takviye etmekte ve bu hakimiyet tarafından desteklenmektedir.¹³

¹² Orijinali “*pie in the sky when you die*”. Yazar burada Joe Hill tarafından yazılan meşhur şarkının sözlerine gönderme yapmaktadır. Şarkı, işçileri dünyada çektikleri zorluklara karşı ahirette karşılaşılabilecekleri faydalarla avutan din insanlarının eleştirisi üzerine kuruludur. Din insanlarının ağızından işçilere zor şartlar altında çalışması öğütlendikten sonra “öldükten sonra gökyüzünde pasta alacaksınız” denmekte ve hemen ardından “bu bir yalan” ifadesi eklenmektedir. -Ç.N.

¹³ Katolik ahlak düşüncesi bağlamında legalizmi daha uzun ölçekli şekilde şurada tartışmıştım: [Tollefsen, 2018].

Öte yandan YDH yaklaşımına göre yeryüzünde icra edilen doğru eylemler karşılıklarını ve sürekliliklerini, insani iyilerin takip edilip gerçekleştirilmesinin sürdürülmesi ve hem ilahi varlıkların hem de insan fertlerinin sonsuza kadar devam eden bir birlikteliği olan Cennetin Krallığı'nda bulacaktır. Cennet'teki sonsuz yaşam ahlaki açıdan doğru bir yaşama verilmiş harici bir ödül değildir, bunun aksine etrafında doğru bir yaşamın yapılandırıldığı iyilerin devam eden bir gerçekleştirilmesidir. Üstelik, Grisez, İkinci Vatikan Konsül'ünün iyi bilinen bir pasajından yararlanarak, Cennet'te iyi eylemlerin meyvelerinin yeniden keşfedileceğini ve insanın amaçlarıyla semavi mükemmeliyetleri arasında harici bir ilişki olmasından ziyade insanın semavi mükemmeliyetinin kısmen fani yaşamdaki doğru seçimler, eylemler ve yerine getirmelerden oluşacağını öne sürmüştür.¹⁴

Bunun somut olarak ne anlama geldiği elbette mecburen belirsizdir: Dünyadaki doğru davranışlar için ödenen bedellerin Cennet'te nasıl telafi edileceği bilinemez. Fakat imanla Cennet'i arayanlar, birçok şehidin gösterdiği şekilde, acıların eninde sonunda bitip telafi olacağına güvenerek adaletsizlik yapmak yerine acı çekmeyi seçecek gücü bulabilirler.

Tanrı, insani kötülük ve kişisel ıstırap karşısında Cennet için tam anlamıyla doğru hareket etmenin nasıl mümkün olduğuna dair bu hikâyenin merkezinde yer almaktadır. Motivasyonel açıdan, aynen ontolojik boyut açısından olduğu gibi, YDH kuramı böylece hem doğal hukuk kuramları açısından geleneksel olan epistemik olasılıklara hem de bu olasılıkların eğer üstesinden gelinecekse ilahi olana gönderme yapılmasını gerektiren sınırlarına haklarını teslim etmektedir.

¹⁴ İsa'nın nasıl onda tüm inananların bütünlük içinde birleşeceği Cennet'in kendisi olduğunu da içeren Cennet'in daha geniş bir açıklaması için bkz. (Grisez, 2014).

KAYNAKÇA

- Boyle, J. (2020a). Free Choice, Incomparably Valuable Options, and Incommensurable Categories of Good, J. Liptay, C. Tollefsen içinde, *Natural Law Ethics in Theory and Practice: A Joseph Boyle Reader*. Washington, DC: Catholic University of America Press.
- Boyle, J. (2020b). Reasons for Action: Evaluative Cognitions that Underlie Motivation, J. Liptay, C. Tollefsen içinde, *Natural Law Ethics in Theory and Practice: A Joseph Boyle Reader*. Washington, DC: Catholic University of America Press.
- Boyle, J., Grisez, G., Tollefsen, O. (1976). *Free Choice: A Self-Referential Argument*, Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- Commission on Unalienable Human Rights. (2020). *Report of the Department of State's Commission on Unalienable Human Rights*. Washington, DC: United States Department of State.
- Coyne, J. (2012, 18 Mart 2012). You Don't Have a Free Will. *The Chronicle of Higher Education*. https://www.chronicle.com/article/you-dont-have-free-will/?cid2=gen_login_refresh&cid=gen_sign_in. Son Erişim Tarihi: 22 Temmuz 2021.
- Di Blasi, F. (2013). The Role of God in the New Natural Law Theory, *National Catholic Bioethics Quarterly*, 13, 35-45.
- Feser, E., Bessette, J. (2017). *By Man Shall His Blood Be Shed: A Catholic Defense of Capital Punishment*, San Francisco: Ignatius.
- Finnis, J. (1998). On the Practical Meaning of Secularism, *Notre Dame Law Review*, 73, 491–516.
- Finnis, J. (2011a). Introduction, *Human Rights and Common Good, Collected Essays* (Cilt III). Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011b). *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Finnis, J. (2016). Absolute Rights: Some Problems Illustrated, *American Journal of Jurisprudence*, 61, 195–215.
- Finnis, J., Boyle, J., Grisez, G. (1987a). *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford: Oxford University Press.

- Finnis, J., Grisez, G., Boyle, J. (1987b). Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 99–151.
- Furton, E. (2014). Tollefsen on the Phoenix Case, *Ethics and Medics*, 39, 3–4.
- George, R. P. (2017). Natural Law, Human Dignity, and God, G. Duke, R. P. George içinde, *Natural Law Jurisprudence* (s. 57–75). New York: Cambridge University Press.
- George, R. P., Tollefsen, C. (2008). *Embryo: A Defense of Human Life*, New York: Doubleday.
- Goyette, J. (2013). On the Transcendence of the Political Common Good: Aquinas vs. The New Natural Law Theory, *National Catholic Bioethics Quarterly*, 13, 133–155.
- Griffin, J. (2008). *On Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.
- Grisez, G. (2014, 26–27 Eylül). *Human Persons' True Ultimate End: The Continuity between the Natural End and the Spiritual End*. 37th Annual Conference of the Fellowship of Catholic Scholars. Pittsburgh, PA, USA.
- Hohfeld, W. N. (2001). *Fundamental Legal Conceptions*, Abingdon: Ashgate.
- Jensen, S. (2014). Causal Constraints on Intention, *National Catholic Bioethics Quarterly*, 14, 273–293.
- Lee, P. (2006). Interrogational Torture, *American Journal of Jurisprudence*, 51, 131–147.
- Lee, P., George, R. P. (2008). The Nature and Basis of Human Dignity, *Ratio Juris*, 21, 173–193.
- Long, S. (2013). Fundamental Errors of the New Natural Law Theory, *National Catholic Bioethics Quarterly*, 13, 105–131.
- Pakaluk, M. (2020). On What a Theory of Natural Law is Supposed to Be, *Persona y Derecho*, 82, 167–200.
- Silver, L. (2006). *Challenging Nature: The Clash of Science and Spirituality at the New Frontiers of Life*, New York: Harper Collins.
- Tollefsen, C. (2018). The Future of Roman Catholic Bioethics, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 43, 667–685.

- Tollefsen, C. (2020). The Good of Play in John Finnis's Natural Law and Natural Rights, *Revista Persona y Derecho*, 83, 571–590.
- Tollefsen, C. (Yayına Hazırlanıyor). New Natural Law Foundations of Human Rights, T. Angier, I. Benson, M. Retter içinde, *The Cambridge Handbook of Natural Law and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Veatch, H. (1990). *Swimming against the Current in Contemporary Philosophy: Occasional Essays and Papers*, Washington, DC: Catholic University of American Press.



TÜRKİYE İNSAN HAKLARI VE EŞİTLİK KURUMU
THE HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTION OF TÜRKİYE



Yüksel Cad. No: 23 06650 Kızılay/ANKARA
Tel:+90 312 422 78 00
www.tihék.gov.tr

 /tihekkurumsal

 /tihek_kurumsal

 /tihekkurumsal

 /tihekkurumsal