TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
İNSAN HAKLARI MERKEZİ

İNSAN HAKLARI RAPORU

(2016 - 2017)

ADİL YARGILAMA

CEZAEVİ SORUNLARI

CİNSEL KİMLİK HAKLARI

ENGELLİ HAKLARI

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

MÜLKİYET HAKKI

HUKUK GÜVENLİĞİ

CEZA YARGILAMASINDA OHAL UYGULAMALARI

TÜRKİYE
BAROLAR
BİRLİĞİ
YAYINLARI

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 350

İNSAN HAKLARI RAPORU
(2016 - 2017)

ISBN: 978-605-9446-60-0

Yayıncı Sertifika No: 15566

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Aralık 2017, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat – ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr
Baskı

Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Sertifika No: 14251

İNSAN HAKLARI RAPORU

(2016 - 2017)

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ 17

TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ADİL YARGILAMA İLKELERİ AÇISINDAN İNCELENMESİ 25

I. GİRİŞ..... 27
II-GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI 31
III-ADİL YARGILANMA HAKKININ İÇERİĞİ 33
IV-ADİL YARGILAMA GÜVENCELERİ ÇERÇEVESİNDE GÜNCEL UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 35
1- Hak Arama ve Mahkemeye Erişim 35
1.1.İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 35
1.2.Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 37
2- Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı 38
2.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği..... 38
2.1.1. Yasal Mahkeme 39
2.1.2. Bağımsız Mahkeme 40
2.1.3. Tarafsız Mahkeme 42
2.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 44
3- Savunma Hakkı..... 46
3. 1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 46
3.1.1. Kendini Bizzat Savunma..... 47
3.1.2. Savunmada Bir Avukatın Yardımından Yararlanma..... 49
3.1.3. Mahkemece Re'sen Atanacak Avukat..... 50
3.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 51
4- Duruşma Salonlarının Fiziki Durumu, Hâkim, Savcı ve Avukatın Konumu 54
5. Makul Sürede Yargılanma Hakkı 57
5.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 57
5.1.1. Sürenin Başlangıcı ve Sonu 58

5.1.2. Makul Sürenin Değerlendirilmesi Kriterleri 59
5.1.2.1. Davanın Karmaşıklığı 59
5.1.2.2. Başvurucunun Tutumu 61
5.1.2.3. Görevli Makamların Tutumu..... 61
5.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 63
6. Aleni Yargılanma Hakkı 63
6.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 63
6.1.1. Açık Duruşma..... 64
6.1.2. Hükmün Aleni Verilmesi 67
6.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 68
7- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı 68
7.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 68
7.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 71
8- Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı..... 72
8.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 72
8.1.1.Bir Suçlamanın Olması 72
8.1.2.Suçluluğun Yasal Olarak Sabit Olması 74
8.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 75
9- Sanığın Asgari Hak ve Güvenceleri..... 77
9.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 77
9.1.1. Suçlama Hakkında Bilgilendirilme Hakkı 78
9.1.2.Savunmanın Hazırlanması İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma (m. 6/3-b)..... 79
9.1.3.Sanığın Savunmasını Bizzat veya Avukat Yardımıyla Yapması 80
9.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 81
10.Tanıkların Dinlenmesinde Eşitlik ve Gizli Tanık..... 81
10.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 81
10.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 83
11. Silahların Eşitliği 86
11.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 86
11.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 88

12. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı 89
12.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği..... 90
12.1.1.Suç İsnadına İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı90
12.1.2.Medenî Hak ve Yükümlülüğe İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı 92
12.1.3.Duruşmaya Etkili Katılma Hakkı 93
12.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 93
13. Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı..... 94
13.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği 94
Kendini Suçlayıcı Belge Veya İfade Elde Etmek İçin Kişiyi Zorlama..... 95
Sanığın Sessiz Kalmasından Sonuç Çıkarma 95
13.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme 96
14. Delillere İlişkin Temel İlkeler ve Haklar 97
14.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği..... 97
14.1.1.Delillerin Duruşmada Sunuluşu ve Tartışılması..... 98
14.1.2.Delillerin Kabul Edilebilirliği 98
14.1.3. Delile Ulaşma, Yorum Yapma Hakkı İle Sonradan Ortaya Çıkan Deliller..... 101
14.1.4. Tanık ve Bilirkişi Dinlenmesi Yönünden Talebin Reddi..... 103
14.1.5.Delile Verilen Ağırlık ve Delilin Değerlendirilmesi..... 103
14.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 104
15. Tüm Yargı Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu 105
15.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği..... 105
15.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme..... 106
V- OHAL KHK'LARI VE ADİL YARGILANMA HAKKI..... 108
1- Türk Hukuk Sisteminde Olağan Dönem Temel Hak ve Hürriyetler Rejimi 108
2-Genel Olarak OHAL Rejimi 109
3-Türk Hukuk Sisteminde 1982 Anayasası Öncesi OHAL Rejimi 110
4 -1982 Anayasası'nın Öngördüğü OHAL Rejimi 111
5 -AİHS ve OHAL Rejimi..... 114

6 -Anayasa Mahkemesi ve 15 Temmuz Kalkışması Öncesi OHAL Rejimi 116
7 -Anayasa Mahkemesi ve 15 Temmuz Kalkışması Sonrası OHAL Rejimi..... 117
8 -Adil Yargılanma Hakkı ve 15 Temmuz Sonrasındaki OHAL KHK'ları 119
9 - OHAL KHK'ları ile Kamu Görevinden Çıkarma Yönteminin Değerlendirilmesi 128
10 - Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Değerlendirilmesi..... 129
VI- GÜNCEL MEDENİ YARGILAMA SÜRECİNİN ADİL YARGILAMA İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ..... 130
VII -SONUÇ..... 132

CEZAEVİ SORUNLARI İZLEME ve ARAŞTIRMA KOMİSYONU CEZAEVLERİNDE YAŞANAN SORUNLARA İLİŞKİN ÖN RAPORU.....137

SÖZBAŞI 139
I) GENEL BİLGİLENDİRME 140
II) CEZAEVLERİNDE YAŞANAN SORUNLAR..... 144
A.Yaşam Hakkı İhlalleri ve İşkence ile Kötü Muamele..... 144
1. Yaşam Hakkı İhlalleri..... 144
2. İşkence ve Kötü Muamele 146
2.1. Cezaevi Koşulları 146
2.2. Sağlığa Erişim Hakkı 151
2.3. Açlık Grevleri..... 158
2.4. Nakil ve Sevk 162
B.Özel Hayat ve Aile Hayatına İlişkin Hususlar 168
1. Ziyaret ve Görüş Hakkının Sağlanması..... 168
2. Mektuplaşma Hakkının Sağlanması..... 169
3. Telefon Hakkının Sağlanması: 170
4. Aileye Yakın Yere Nakil Talepleri: 171
5. Eş Görüşmesi (Pembe Oda) : 173
C. ADİL YARGILAMAYA İLİŞKİN SORUNLAR..... 176

1. Avukata Erişim ve Görüşme 176
2. Kaynaklara Erişim ve Görüşme 180
3. Etkili Başvuru Hakkına İlişkin Sorunlar 181
4. Disiplin Cezaları – Hücre Hapsi 183
5. Segbis Uygulamaları 187
D. Eğitim Hakkına İlişkin Hususlar 190
1.Öğrenci Mahpuslar 192
2. Sınav Hakkı 193
3.Açık Öğretim – Cezaevlerinde Eğitim Alma 194
4.Kitap Kütüphane Sorunu 194
III) DENETİM VE HESAP VERİLEBİLİRLİK 195
IV) SONSÖZ 198

CİNSEL KİMLİK HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU RAPORU 209

GİRİŞ 211
I-TEMEL KAVRAMLAR/TOPLUMSAL CİNSİYET/İKİLİ CİNSİYET REJİMİ TERMİNOLOJİ 211
1.Biyolojik Cinsiyet / Toplumsal Cinsiyet 211
2.Cinsel Yönelim 212
a-Eşcinsel 213
b-Gey 213
c-Lezbiyen 214
d-Biseksüel 214
e-Heteroseksüel 214
3.Cinsiyet Kimliği 215
4.Trans 215
5.İnterseks Durumu 216
6.Heteronormativite 217
a-Homofobi 217
b-Transfobi 218
7.Cinsellik-Eşcinsellik 218

II-KADIN HAKLARI VE KADIN CİNAYETLERİ..... 224
III-ŞİDDET MAĞDURU KADINLARA CEZA DAVALARINDA AVUKAT GÖREVLENDİRİLMESİ VE KURUMSAL ÖRGÜTLERİN KAMU DAVASINA KATILMA TALEPLERİ..... 231
a) Soruşturma evresinde;..... 231
b) Kovuşturma evresinde; 232
IV-AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA CİNSEL KİMLİK VE CİNSEL YÖNELİM..... 234
1-Eşcinsel İlişki ve Özel Hayata Saygı Hakkı..... 237
2-Cinsiyet Kimliğinin Tanınması ile İlgili Kararlar..... 239
3-Eşcinsellere Yönelik İnsanlık Dışı Muamele 243
4 -Eşcinsellerin Evlat Edinme ve Velayet Hakları..... 245
5 -"Medeni Birliktelik" ile İlgili Kararlar..... 246
6 -Diğer Haklar Bakımından Çeşitli Kararlar..... 247
V-YARGITAY KARARLARINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ: "ERKEKLER LEHİNE İŞLEYEN HAKSIZ TAHRİK KURUMU" 250
Mizojini: Dünyanın en eski ön yargısı 250
Haksız tahrik nedir?..... 253
Haksız tahrik..... 255
Haksız Tahrikin Koşulları: Erkek Faili Mazur Görme Çabası 257
Namus Cinayeti/Töre Cinayeti: Erkekler Lehine İndirim Yapmanın Formülü..... 267
VI- SONUÇ..... 269
"KİMLİĞİM BU AMA BEDENİM FARKLI" 272
VII- ÇÖZÜM ÖNERİLERİ 273
İLGİLİ MEVZUAT..... 274

ENGELLİ HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU RAPORU 277
I. GİRİŞ..... 279
II. ENGELLİLERİN İSTİHDAMLARI VE ENGELLİ HUKUKU KONUSUNDA ..... FARKINDALIK YARATILMASI..... 280

III. ENGELLİLERİN ÇALIŞMA YAŞAMLARINDA HUKUKSAL VE FİİLİ DURUM 284
1) TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI BAKIMINDAN ENGELLİLERİN İSTİHDAMI 284
2) İŞ MEVZUATIMIZ BAKIMINDAN ENGELLİLERİN İSTİHDAMI: 286
3)DEVLET MEMURLARI KANUNU'NA GÖRE ENGELLİLERİN İŞE ALINMALARI VE DİĞER HUSUSLAR 295
4) ENGELLİLERİN İSTİHDAMINDA 5378 SAYILI YASA İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER 302
IV. ENGELLİ AVUKATLARIN MESLEKLERİNİ İCRA İMKANLARININ ARTIRILMASI: 303
A) Kamu Kurum ve Kuruluşları Yönünden; 304
a) Kamu Kurum ve Kuruluşları ve Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarınca Destekleyici Projeler Geliştirilmesi Yönünden; 304
b) Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Sözleşmeli Avukatlık İmkânlarından Yararlandırma Yönünden; 305
B) Kamu Hizmeti Sunan Kamu Yararına Dernek ve Vakıflar Yönünden; .. 309
C) Yabancı Ülkelerdeki Engelli Hukukçuların Mesleki Koşul ve İmkânlarının Araştırılması Yönünden; 310
D) Yüksek Öğretim Kurum Ve Kuruluşları Nezdinde Yapılması Gereken Girişimler Yönünden; 310
V. ENGELLİLER / ENGELLİ HUKUKÇULAR VE ENGELLİ HUKUKU KONUSUNDA FARKINDALIK YARATILMASI:..... 311
VI. ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI..... 313
1. BELGENET ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI..... 313
2. UYAP İLE İLGİLİ ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI 315
A-Uyap Doküman Editör Programı ile ilgili Sorunlar: 317
B-Uyap Avukat Portal İle İlgili Olan Sorunlar 318
C-UYAP Mevzuat Programıyla İlgili Sorunlar:..... 321
D-Sonuç Olarak; 322
3.FİZİKİ ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI..... 322
VII. ENGELLİLİK, MALULİYET ORANLARININ TESPİTİ VE EMEKLİLİK HAKKI 324

1- KONU KAPSAMINDA ENGELLİLERİN MEVZUATTAN KAYNAKLANAN HAKLARI 325
• ENGELLİ KİMDİR? 325
• ENGELLİ SAĞLIK KURULU RAPORU 326
• ENGELLİ KİMLİK KARTI 327
• GELİR VERGİSİ İNDİRİMİ 328
• SOSYAL GÜVENLİK HAKKI 329
• Malulen Emeklilik 329
• Devlet Memurlarının Emekliliği (4C Sigortalıları) 330
• Sigortalı Çalışanların Emekliliği (4A Sigortalıları) 331
• Farklı Sosyal Güvenlik Kurumlarında Çalışan Kişilerin Emekliliği ... 332
• Engelli Çocuğu Olan Çalışan Annelerin Emekliliği 332
2- UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLARA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ 333
• ENGELLİ RAPORLARIYLA İLGİLİ 333
Talep ve Önerilerimiz: 334
• ENGELLİ KİMLİK KARTINA İLİŞKİN 335
Uygulama ve Sorun: 335
Talep ve Öneriler: 336
• VERGİ İNDİRİM BELGESİNE İLİŞKİN 336
Uygulama ve Sorun: 336
Talep ve Öneriler : 336
• SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN 337
C- SONUÇ OLARAK; 338
VIII. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, BM VE TÜRK MEVZUATI 340
IX. ANAYASA MAHKEMESİNE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU 347
A. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU 347
B. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU ... 359
X. ENGELLİ BİREYLERİN HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI 363

- Çam- Türkiye Kararı (Başvuru No. 51500/08) 363
- Ozan Barıs Sanlısoy-Türkiye (8 Kasım 2016)..... 366
- Asalya- Türkiye Kararı (Başvuru No: 43875/09) 366
- Price- Birleşik Krallık (10 Temmuz 2001) 371
- Vincent - Fransa (24 Ekim 2006)..... 371
- Z.H. - Macaristan (8 Kasım 2011) 372
- Arutyunyan - Rusya (10 Ocak 2012 373
- Zarzycki - Polonya (6 Mart 2013) 373

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇALIŞMA GRUBU ÖN RAPORU.....375

HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN 667 – 694 SAYILI OHAL KHK'LARI HAKKINDA RAPORU 389

I.GİRİŞ – HUKUK KURALLARI 391
1.Türkiye'nin iç hukuk kuralları 391
1.1.Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili kuralları 391
1.2.2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu..... 393
2.Türkiye'yi bağlayan uluslararası hukuk kuralları 393
2.1.BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948) 393
2.2.Avrupa Konseyi (AK) Statüsü (kuruluş anlaşması) (1949) 394
2.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (1950) 394
2.3.1.AİHS'den doğan yükümlülüklerin askıya alınması (derogation) ile ilgili AİHS'nin 15. maddesi 396
2.3.2. Türkiye'nin AK Genel Sekreteri'ne sunduğu 21.7.2016 tarihli askıya alma (derogation) bildirimi ve kapsamı 399
2.3.3. Venedik Komisyonu'nun 667 – 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü 401
- Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamaları hakkında ilkesel bakış açısı:..... 401
- Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamalarıyla ilgili değerlendirmeleri: 401

2.4.BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966) 403
2.4.1. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması (derogations) ile ilgili, Sözleşmenin 4. maddesi 404
2.4.2. Türkiye'nin BM Genel Sekreteri'ne sunduğu, yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma (derogation) bildirimi 405
2.4.3. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere (derogations) ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu 405
2.5.BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966) 407
2.6.Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri..... 408
2.7.Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ... 409

II. ÇALIŞMA GRUBUNUN GÖREV ALANINI BELİRLEYEN KAVRAMLAR .. 411
1.Hukuk güvenliği kavramı 411
2.Geniş anlamda mülkiyet hakkı kavramı 412
2.1.İç hukuk 412
2.2.AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. Maddesi 412
2.3.Devletin, mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü 414
2.4.Devletin zilyetlik/mülkiyet hakkına müdahalesi 414
2.4.1. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakması..... 414
2.4.2.Kişinin zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin şikayetinin AİHM tarafından 4 aşamalı olarak incelenmesi..... 415
2.4.3. AİHM'nin, zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayeti, başka bir hakkın kapsamında değerlendirmesi..... 417
2.4.4. Zilyetlik/mülkiyet hakkı ihlalinin, başka hak ihlallerinin sonucu olması 417
2.4.5. Aynı olgunun zilyetlik/mülkiyet hakkı dahil, birkaç hakkın ihlaline kaynak oluşturması 418
2.4.6.Devletin, mülkün kullanımını denetlenmesi 418

III. 667 - 694 SAYILI OLAĞANÜSTÜ HAL KHK'LARININ, HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI İLE İLGİLİ MADDELERİ 419

Ø Görevden ve meslekten çıkarma..... 420
2.2.Yargı mensuplarının, idari değerlendirme sonucunda meslekten çıkarılmaları (667 sayılı KHK m.3(1); 668 sayılı KHK m. 4(8)b)). 420
§ 2.1. ve 2.2. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme: 420
Ø Görevden ve meslekten çıkarılanların çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması 420
§ 2.3. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme: 421
Ø Öğrencilikten çıkarılanların ve görevden uzaklaştırılan veya haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılan doçent adaylarının çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması 422
§ 2.4. ve 2.5. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme: 422
Ø Kapatılan kurum ve kuruluşların varlıklarına bedelsiz olarak el konması, şirketlere kayyım atanması ve şirketlerin tasfiye edilmesi 423
§ 2.6., 2.7., 2.8. ve 2.9. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme: 424
Ø Özel hukuk alanında doğan haklara müdahale..... 424
§ 2.10., 2.11. ve 2.12. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme: 425
Ø Eylem ve işlemlerinden dolayı, görevlilerin veya görev alanların sorumsuzluğu 426
§ 2.13. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme: 426
ØHak arama yollarının kapatılması ve zararların önlenmesinin engellenmesi 427
§ 2.14., 2.15. ve 2.16. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme: 428
IV. HAK ARAMA YOLLARI..... 428
- 685 sayılı KHK'da kurulması öngörülen Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu ve başvuruların yapılabileceği tarihler 429
- Yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına karşı, 685 sayılı KHK'da öngörülen, Danıştay'da dava açma yolu 431
- 685 sayılı KHK'nın öngördüğü Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu'nun görevine girmeyen konularda tüketilecek yollar... 432

- İç hukuk yollarının AİHM kararlarına odaklı olarak tüketilmesi 432
- AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmalarının, AİHM'ye yapılacak başvuruları etkilemesi .. 433

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ 434
KAYNAKÇA 435

CEZA YARGILAMASINDA OHAL UYGULAMALARI..... 437

I- YAKALAMA 439
1. YAKALAMA TÜRLERİ..... 439
1. 1. ADLİ YAKALAMA 439
ADLİ YAKALAMA 439
YAKALAMA 439
ÖNLEME YAKALAMASI..... 439
1.1.1) Adli Yakalama Türleri 440
1.1.2) Yakalama Emri..... 440
1.2) ÖNLEME YAKALAMASI..... 441
1.3) YAKALAMA SIRASINDA KOLLUK MEMURUNUN UYMASI GEREKEN KURALLAR..... 442
2. YAKALAMANIN ŞARTLARI 443
II-AİHS 5. MADDE KAPSAMINDA GÖZALTI 444
(İÇ GÜVENLİK PAKETİ BAĞLAMINDA) 444
III-TUTUKLAMA 449
1) Genel Olarak 449
2) Tutuklamanın Amacı 451
3) Uluslararası Hukukta Tutuklama Koşulları 451
3.1) Hukuka Uygunluk Koşulu 452
3.2) Makul Kuşku/Şüphe Koşulu 452
3.3) Uluslararası Belgeler 453
4) İç Hukukta Tutuklama Koşulları 453
Maddi Koşullar 454
5) Katalog Suç Koşulu 455

6) Uygulama..... 456
6.1) Gizlilik Kararı 457
6.2) Gizli Tanıklık 458
7) Savunma Hakkı ve Mesleği..... 459
8) Sonuç..... 459
IV-KHK'LAR İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER 460
A) 667 SAYILI KHK 460
1) 667 SAYILI KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER..... 460
2) 667 SAYILI KHK'DA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER 465
B) 668 S KHK 470
1) 668 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER..... 470
Müdafiiye Verilmiş Tutanakların Mahremiyeti:..... 472
2) 668 S KHK'DA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER 473
C) 676 S KHK 481
1) 676 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER..... 481
1.1) CMK'da Yapılan Değişiklikler:..... 481
676 Sayılı KKH;..... 489
D) 677 S KHK 492
1) 677 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER..... 492
1.1) Avukatın Görüşme Ve Dosya İnceleme Hakkı..... 492
1.2) Avukatların Dosya İnceleme, Bilgi
Ve Belge Toplama Yetkisinin Yasal Dayanakları 501

ÖNSÖZ

İnsan hakkı demek, "onurlu, eşit ve özgür yaşamanın kuralları" demektir.

İnsan hakları, insanları insan gibi yaşatmayı amaç edinir; insani değerlerin her türlü sömürü, baskı ve yok edilme tehlikesi karşısında korunması isteğine dayanır.

İnsan hakları; insanlar arasında ırk, din, dil, renk, yaş, cinsiyet, yetenek ya da diğer özellikler açısından ayrım yapılmaksızın, sadece insan olarak doğmakla elde edildiği kabul edilen ve tüm yönleriyle insani değerleri korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan evrensel ilke ve kurallar bütünüdür; bu özellikleriyle de, çağdaş demokrasilerde uygulanan, olmazsa olmaz evrensel bir değerler demetidir.

İnsan onurunu güvenceye alan bütün kurallar, insan hakları kapsamına girer.

İnsan onuru ise, hukuk kurallarının adalete uygunluğunu ve alınan kararların doğruluğunu ölçmenin en önemli aracıdır.

İnsan değerini korumayı ve insanın maddi ve manevi gelişmesini amaçlayan üstün kurallar bütünü olarak insan hakları kuralları, bütün ülkelerde devlet birey ilişkilerinin belirleyicisi, uluslararası düzlemde de dünya barışı ve adaletinin temelini oluşturur.

Hiç kimse, hiç bir kuruluş ya da devlet, "özgürlükleri yok etme" özgürlüğüne sahip değildir.

İnsan haklarının yok edilmesini amaçlayan hiçbir kural ya da eylem geçerlilik kazanamaz.

Hakların kullanılmasında bireyin zarar görmemesi, zedelenmemesi devletin gözetimi ve sorumluluğu altındadır.

İnsan haklarının korunması öncelikle bireyin korunması anlamına gelir ve bu korumanın birinci derecede sorumluluğu devlete aittir.

Kişi haklarının korunması, Anayasanın tümüne egemen bir yaklaşım olmalıdır.

Nitekim; **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. Maddesi** şöyledir:

"Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğar. Akıl ve vicdan ile donatılmışlardır, birbirlerine kardeşlik içinde davranmalıdırlar".

Kısaca insan hakları, sadece insan olmaktan kaynaklanan haklardır. Yaşamak, özgür ve eşit olmak, kişisel güvenliğe sahip olmak, köle olarak çalıştırılamamak, özgürce seyahat etmek, evlenmek ve aile kurmak, seçimlere katılmak, mülk edinmek, düşünmek, kendi görüşlerini savunmak, iyi koşullarda çalışmak, dinlenmek, eğitim görmek ve istediğince inanmak, en temel insan haklarından bazılarıdır.

İnsan hakları kavramı, korunması istenen insani değerlerin pozitif hukuk tarafından tanınması ve bir hak şeklinde formüle edilerek uygulamaya aktarılmasıyla hayat bulur.

İnsan hakları, sadece insan olmak nedeniyle sahip olunan haklar olarak devlet hukukundan önce gelirler ve bağımsızdırlar.

Bireyin eksiksiz gelişimi için gerekli bir koşul olarak insan hakları, ancak demokratik bir düzen içerisinde kendi yerini bulur.

Demokrasinin tüm kurum ve kuralları ile geçerli olduğu çağdaş uygulamalarda, temel hak ve özgürlüklerin sınırsız kullanılmaları esas, yasalarca sınırlandırılmaları ise, istisnadır.

Unutmayalım; insan haklarını hukuk yaratmaz; sadece tanır ve güvence altına alır.

İnsan hakları konusundaki hukuksallık, sadece iç hukuk kuralları ile değil, ancak giderek artan bir biçimde uluslararası hukuk kuralları ile de sağlanmaktadır.

Yargı mercii, önündeki anlaşmazlığa uygulanacak kurallar arasında sadece iç hukuk değil, uluslararası belgeleri de göz önünde tutmak zorundadır.

Uluslararası İnsan Hakları Kuralları İç Hukuka Göre Üstündür. Uluslararası bağlayıcı ölçülere aykırı bir iç hukuk kuralı, bu anayasa da olsa, geçerlilik kazanamaz.

İnsan haklarına ilişkin olarak, iç hukuk kuralları, genelde uluslararası hukukla uyum içinde olmalıdır.

Öte yandan insan hakları, bir yönüyle, **devletten** insan **onuruna yakışır bir hayat seviyesi talep etme haklarıdır.**

Bu anlamda **insan hakları taleplerinin ilk muhatabı devlettir.**

Devlet, egemenlik yetkisi altında bulunan herkesin, insan haklarını tanıma, uygulama ve koruma yükümlülüğü altındadır.

Devletin bu yükümlülüğü, taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri ile Anayasa'da belirtilir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, gerek 1982 Anayasası, gerek taraf olduğu sözleşmeler çerçevesinde bir çok hakkı Türkiye'de yaşayan herkese tanımıştır. Dolayısıyla, **herkes Türkiye'de tanınan bu hakların ihlalinden Devleti sorumlu tutabilir.**

Biz, Türkiye Barolar Birliği olarak bu değerlendirmeleri; ülkemizde hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti gibi çağdaş, demokratik ilkelerin tartışıldığı; demokrasimizin yönetimde, yargının da adalet dağıtımında yetersiz kaldığı algısının çeşitli toplum katmanlarında yaygınlaştığı bir dönemde "yargı bağımsızlığından, hukukun üstünlüğünden, bağımsız ve etkin savunmadan yana taraf" kimliğimizle yapıyoruz.

Biz, Türkiye Barolar Birliği olarak, üstlendiğimiz toplumsal sorumluluk gereği, "hak" dendiğinde, "hukuk" dendiğinde, "adalet" dendiğinde gereken her yerde, tam zamanında ve yek vücut olarak hazır bulunmak gayreti içinde olduğumuzun bilinmesini isteriz.

Toplumun hassasiyetlerine ve özellikle "daha fazla özgürlük ve adalet talepleri ile daha iyi bir gelecek isteğine" duyarlılıkla ve kararlılıkla sahip çıkmak suretiyle sürdürdüğümüz hizmet anlayışımızın, toplumumuzun takdirini ve güvenini kazanmış olmasından da büyük memnuniyet duyuyoruz.

İşte elinizde tuttuğunuz bu rapor, Türkiye Barolar Birliği'nin, 79 baro ve 110 bin meslektaşımızla birlikte yukarıda özetlediğimiz ilke ve düşüncelerinden hareketle kaleme alınmış değerlendirmeleri içermektedir.

İnsan hak ve özgürlüklerine ilişkin olarak yaşanmışlarla olması gerekenleri birlikte ele alan bu değerli çalışmada emeği geçen tüm değerli meslektaşlarıma, İnsan Hakları Merkezimizin Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi Av.Sayın Eyüp Sabri Çepik ve Merkezin Başkanı Av.Sayın İzzet Varan'ın değerli şahıslarında teşekkürü bir borç biliyorum.

Beklentimiz ve ısrarımız, ülkemizin, içinde bulunduğu bu zor dönemden çıkarak barışın hayat bulacağı, evrensel ölçüleriyle özgürlükçü, eşitlikçi, katılımcı ve demokratik bir Türkiye idealine ulaşabilmek için, tüm sorumlu kişi, kurum ve kuruluşların, kısır çekişmeleri bir yana bırakıp, iç ve dış kökenli tehlikelerin bilinci içinde ulusun birliğine, ülkenin bölünmez bütünlüğüne, can ve mal güvenliğine, sosyal adalete, kişi hak ve özgürlükleriyle Atatürk ilkelerine dayalı parlamenter demokratik bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamak amacıyla **safları sıklaştırıp güç birliği yapmalarıdır.**

Özverili bir çalışmanın ürünü olan bu yetkin raporun, herkese yararlı olmasını diliyorum.

Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

"İnsan Haklarıyla İnsandır"

Her gün, her anında insan haklarıyla iç içe yaşar insan. Özgürce yaşamak, düşündüğünü ifade edebilmek, istediğin yere gitmek, istediğin yerde yerleşmek, insanca muamele görmek, eşit olabilmek ve daha nice temel hak her an bizimledir.

İnsan hakları, tarih boyunca cesur insanların hayatları pahasına mücadeleleri sonrası kazanılmış haklardır. Toplum yaşamına bir denge getirmek, devlet erkinin birey üzerinde baskıcı ve kısıtlayıcı gücünü kontrol altında tutmak insan haklarıyla mümkündür.

Birleşmiş Milletlerce bundan yaklaşık 70 yıl önce Evrensel İnsan Hakları Beyannamesini yayınlarken ifade edildiği gibi unutulmamalıdır ki dünya barışının temeli, insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınmasıdır. Tarih boyu insanların hor görülmesi insanlık vicdanını isyana sevk eden birçok vahşiliğe sebep olmuş olup adaletin sağlanması ve insanların içinde huzur içinde yaşayabilecekleri, düşünebilecekleri, kendilerini ifade edebilecekleri bir dünya kurulması insan hakları ile mümkündür.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi işte bu nedenlerle, insan için daha iyi ne yapabiliriz düşüncesiyle uzun yıllardır çalışmaktadır. Şimdiye kadar yayınladığı birçok kitapla insan hakları literatürünü zenginleştirmiş, birçok panel, sempozyum, çalıştay düzenleyerek bilginin paylaşıldıkça değerlendiğini göstermiş, Türkiye'nin birçok yerinden gelen başvuruları özenle incelemiş, tespit edilen ihlalleri izlemiş ve raporlama çalışmaları yapmıştır.

2016-2017 yılları ülkemiz için İnsan Hakları bağlamında zor zamanlar yaşanan zamanlar oldu. Ülkemizin bugün geldiği durumda adaletin suç işlediğine dair kuşku bulunan herkese dokunup dokunmadığı ve devletin ayrım gözetmeksizin tüm yurttaşlarının hukuk önünde eşit olduğu hususlarında insanların inancının sarsıldığı, uzun OHAL yönetiminin ne yazık ki birçok keyfi düzenlemeyi beraberinde getirdiği hepimizin malumudur.

İnsan Hakları Merkezimiz bu kez de işte bu zor zamanlara ışık tutma çabasıyla, insan hakları mücadelesinde gelinen noktayı, yanlışı/doğruyu/olması gerekeni/hukukun gerektirdiğini ortaya koyma çabasıyla bu raporu hazırlamıştır. Bu raporun ülkeyi yönetenler ve toplumumuz açısından uyarıcı ve yönlendirici olabilmesi çalışmanın gerçek amacına ulaşmasını sağlayacaktır.

Bu değerli çalışma için İnsan Hakları Merkezi Başkanımız değerli dostum Av. İzzet Varan'ın şahsında yürütme kurulumuzun ve çalışma gruplarımızın saygıdeğer üyelerine en derin şükranlarımı ve içten teşekkürlerimi sunarım.

Biz Barolar Birliği, Barolar, Avukatlar olarak demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne olan inancımızla mücadelemizi sonuna kadar sürdüreceğiz. İnsan Hak ve Özgürlüklerinin herkes için hayata geçirildiği yeni bir Türkiye ve yeni bir Dünya ümidiyle..

Av. Eyyüp Sabri Çepik
TBB İnsan Hakları Merkezi
Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi

İnsan Hakları savunucusu olmak, her iktidar değiştiğinde iktidar sahiplerine karşı yine de İnsan Haklarını, Hukukun Üstünlüğünü ile Çağdaş Özgürlükleri savunmak ve hep aynı çizgide kalabilmek zor iştir. Bu aslında bir inat değil bir inanç meselesidir.

Hiç bir gerçek cehaletle, yalanla ve algılarla çarpıtılamaz. Ancak, bazıları geçici süre inanmış gibi görünebilirler. Aslında deve kuşlarının günahını alırız ama deyimden dolayı deve kuşu gibi başını kuma gömenler sıkıntılardan sadece başları kumda olduğu ve sorunu düşünmedikleri sürece uzak durabilirler. Bazen de doğruyu söyleyenler dokuz köyden kovulurlar. Ama onuncu köy her zaman vardır. Onuncu köy, vicdanlarımızın bizzat kendisidir. Yarın, gözlerimizin içine bakarak "o zamanlar ne yaptınız" diye soracak yarının sahiplerine, onuncu köyün sakini olarak dünyanın merkezine insanı koyduğumuzu ve hakları için savaştığımızı söyleyebiliyorsak, gönül rahatlığı ile işimizi yapmış sayılırız. Birileri rahatsız olabilir. Ama biz yine de işimizi yapmaya devam edeceğiz.

Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi tarafından yayınlanan bu rapora katkı sunan meslektaşlarımıza, Av. Özge GÖREL'e, tüm İHM Çalışma Gruplarına, İHM Yürütme Kuruluna, TBB Yönetim Kuruluna, Koordinatör Yönetim Kurulu Üyemiz Av. Eyyüp Sabri ÇEPİK ile Başkanımız Av. Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU'na şükranlarımızı sunarız.

Av. İzzet Varan
İnsan Hakları Merkezi Başkanı

TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN ADİL YARGILAMA İLKELERİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

ADİL YARGILANMA ÇALIŞMA GRUBU

Av. Zeki Ekmen
Çalışma Grubu Başkanı

Av. Melik Ataş
Çalışma Grubu Üyesi

Irmak Koruculu
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Ezgi Küçüker
Çalışma Grubu Üyesi

Yrd.Doç.Dr. Sadullah Özel
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Nurettin Tanış
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Barış Yavuz
Çalışma Grubu Üyesi

I. GİRİŞ

Adil Yargılama hakkı, demokratik hukuk devleti ve insan haklarının temelini oluşturur. Bu özelliğinden dolayı insan hakları evrenseldir. İnsan haklarının evrensellik boyutu, devletlerin egemenlik sınırlarını aşmakta olup uluslararası alanda insan hakları hukukun gelişimini sağlamış, hukuki düzenlemelerin yapılmasına yol açmıştır.

İnsan Haklarının temelini 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi oluşturmaktadır. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi ile başlayan süreç, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi temel düzenlemeleri insanlığa kazandırmıştır. İnsan Hakları ile ilgili düzenlemeler, devletlerin anayasalarında temel hak ve özgürlükler olarak yerini almıştır. Demokrasinin gelişim süreci içinde, bununla da yetinilmemiş, sağlanan temel hak ve özgürlüklerin korunması yargı denetimi ile güçlendirilmiştir.

Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisi; insan haklarının tanınması, korunması ve geliştirilmesinin pratiğe geçmesi aşamasını sağlamıştır. İnsan hakları hukukunun gelişimini sağlayan uluslararası ve bölgesel düzenlemeler bu bildiriden sonra gerçekleşmiştir. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisine taraf devletler Bildiride yer alan yükümlülükleri gereği Evrensel İnsan Hakları Bildirisi kapsamındaki hak ve özgürlükleri tanımak, korumak ve geliştirmek zorundadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birçok insan hakları belgesi için kaynak oluşturarak, çıkış belgesi olmuştur.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden daha kapsamlı olarak düzenlenmiş olup 82 maddeden ibarettir. Sözleşmenin 2. maddesi ile sözleşmede yer alan hakların üye devletler tarafından tanınarak etkinleştirilmesi için ulusal metinlerinde bu haklar ile ilgili yasal düzenlemelerin yapılması taahhüt edilmiştir. Ancak sözleşmede yer

alan hakların bir kısmı üye ülkelerin ulusal metinlerine tam olarak yansımamıştır.

Bölgesel olarak uygulamada olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi insan hakları alanında kabul edilen önemli bir uluslararası düzenlemedir. Avrupa Konseyi üyelerinin tümü, hukukun üstünlüğünü ve temel hak ve özgürlüklerin yargısal denetim çerçevesi içerisinde temel hak ve özgürlüklerin korunmasını kabul etmek zorundadır. İnsan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğüne bağlılık Avrupa Konseyinin temel amaçlarından biridir. Konsey statüsünün 3. Maddesinde üye devletlerin: HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ İLKESİNİ VE EGEMENLİK ALANINDA BULUNAN İNSANLARIN, İNSAN HAKLARINDAN VE TEMEL ÖZGÜRLÜKLERDEN YARARLANMA İLKESİNİ KABUL ETTİĞİNİ BİLDİRMİŞTİR. Bu hak AHİS m. 1 ile ÜYE DEVLETLERİN YETKİ ALANINDAKİ HERKESE TANININARAK GÜÇLENDİRİLMİŞTİR. SÖZLEŞMENİN GETİRDİĞİ GÜVENCE SİSTEMİ, SİSTEMİN YÜRÜTÜCÜSÜ OLAN ORGANLARIN ve 21 Ocak 1959 da AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ ÜYELERİNİN SEÇİLMESİ İLE İŞE BAŞLAMIŞTIR.

Sözleşme ile tanınan temel hak ve özgürlüklerin kullanımında yaşanan sorunların aşılması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisi ve denetimi ile güvence altına alınmıştır. Sağlanan yargı denetimi ile oluşturulan sistemde; İnsan hakları alanında yargı yetkisini kullanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları tüm üye devletleri bağlayıcıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarını uygulamayan üye devletler için çok ağır yaptırımlar öngörülmüştür.

İnsan Hakları alanında kişilere tanınan temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sağlanmasında taraf devletlerin, "*hukuk devleti*" kuralları içinde pozitif ve negatif yükümlülükleri öngörülmüştür. Demokratik bir hukuk devletinde devletin bu yükümlülükleri yerine getirip getirmediği yargı denetimi ile denetlenir. Demokratik bir hukuk devletinde yargı denetiminin adil yargılama kuralları içinde yapılması gereklidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, temek hak ve özgürlüklerinin adil ve eşit kullanımının sağlanmasını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi eli ile yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmedeki temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını sağlarken, Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılama hakkı çerçevesinde yargı yetkisini kullanmaktadır. AİHM bu hakkı kullanırken, ADİL YARGILANMA kavramına ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemenin kapsamını genişleterek, geniş yorum metodunu kullanmış ve hakların kapsamını genişletmiştir.

Türkiye, Avrupa Konseyi'nin kurulduğu 8 Ağustos 1949 tarihinde konseye üye olmuş ve üye bir devlet olarak yerini almıştır. Avrupa konseyi üyesi olduktan sonrada 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini imzalamış, 10 Mart 1954 tarihinde 6366 sayılı yasa ile sözleşmeyi yürürlüğe koymuştur. Böylece Türkiye üye devlet olarak sözleşmede yer alan hak ve yükümlülükleri kabul etmiştir.

Temel hak ve özgürlükler kapsamında başta Anayasa olmak üzere, yasalarında gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Ancak değişikliklerin yeterince özümsenmemesi nedeni ile uygulamada ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Özellikle hakların kullanımında, güvenlik kuvvetleri ve bazı kamusal kurumların ciddi bir direnci ile karşılaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 2. maddesinde Cumhuriyetin niteliklerini tanımlarken, *"…Türkiye Cumhuriyetinin Demokratik, Laik ve Sosyal bir Hukuk Devleti"* olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 15. maddesinde olağanüstü hallerde bile uluslararası anlaşmalardan kaynaklanan haklar saklı kalmak kaydı ile temel hak ve özgürlüklere sınırlamalar getirilebileceği hükme bağlanmıştır. Anayasanın 36. maddesinde *"Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile ADİL YARGILANMA HAKKINA SAHİPTİR."* hükmüne yer vermiştir. Başka bir deyişle "Adil Yargılanma Hakkı" Türkiye Cumhuriyeti sınır-

ları içinde bulunan her kişi için temel bir İnsan hakkı niteliğini taşımaktadır. Anayasanın 90. maddesi ile de *"... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır."* düzenlemesi getirilmiştir.

Bugün Dünya üzerinde bir devletin gücü, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine bağlılığı ile ölçülmektedir. Demokratik hukuk devletlerinde insan hakları kamusal güvence altındadır. Temel hak ve özgürlüklere herkes tarafından saygı duyulur. Bu haklar demokrasinin temeli olarak kabul edilir. Devleti ve milleti yücelten bu nedenle de kutsal olarak kabul gören değerler de yine bu değerlerdir.

Türkiye Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirisini ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kabul etmiş bir devlettir. 2001 yılında Anayasamızın 90/son maddesinde yapılan değişiklik ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunan temel hak ve özgürlükler ile ilgili uluslararası sözleşmeler iç hukukumuzun ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu sözleşmeler iç hukuk kuralları karşısında üst norm özelliğine sahip kurallardır. Bu sözleşmelerdeki hükümler iç hukuk kuralları ile çatıştığında, Anayasa gereği öncelikli olarak uygulanma özelliğine sahiptirler.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti 1987 yılında Türk vatandaşlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine bireysel başvuru hakkını tanımıştır. 1989 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini kabul etmiştir. Başvuru hakkının tanınması kararından sonra, Türk vatandaşlarının Mahkemeye yoğun şekilde başvuruları olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisine yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini; özellikle 6. maddede yer alan adil yargılama hakkı ile ilgili hükümleri yukarıda belirtildiği gibi, geniş yorumlamış ve madde met-

ninde yer almayan birçok hakkı içtihatlar ile bu madde kapsamında değerlendirmiştir. Aşağıda bu haklar ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Mahkeme yargılama yaparken Adil yargılama ile ilgili hak ve ilkeleri, yargılama sürecini bir bütün olarak ele almaktadır.

II- GENEL OLARAK ADİL YARGILANMA HAKKI

"Adil yargılanma hakkı", Evrensel Bildiri'nin 10. maddesi, AİHS'in 6. maddesi ve T.C. Anayasasının 36. maddesiyle güvence altına alınmış bir temel insan hakkıdır. "Adil yargılama" birçok güvenceyi içeren bir kavram öbeğidir. Hukuk devleti ilkesinin doğal uzantısı olan ve yargılama süreçlerindeki tüm güvenceleri kapsamına alır. Ayrıca adil yargılama, adli mekanizmanın işleyişi, organları ve yapısına yönelik direktifler içeren bir kavramdır. Demokratik bir hukuk devletinde olmazsa olmaz(sine quanon) olan adil yargılama hakkının, yargılama sürecinde hiçbir koşulda ihmali mümkün olmayan ilkeler bütünü olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

Evrensel Bildirinin 10. maddesi, "*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.*" cümlesiyle adil yargılanma hakkının içeriğini tanımlamakta ve güvence altına almaktadır.

AİHS m. 6 adil yargılanma hakkını güvence altına aldığı gibi içeriğini de çeşitli güvenceleri sıralayarak belirlemiştir. Ayrıca AİHM'nin kararlarında belirlediği ölçütler adil yargılama güvencelerini somutlaştırmıştır.

AİHS m. 1'deki "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*" hükmü; tüm sözleşmeci devletlere belirtilen hakları koruma sorumluluğu yüklemiştir.

AİHS m.6'nıntam metni aşağıdaki şekildedir;

"Madde 6. Adil Yargılanma hakkı

1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı

takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

Anayasanın 36. maddesindeki; "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* hükmüyle güvence altına alınmıştır. Anayasanın 90. maddesiyle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin öncelikli konumu nedeniyle adil yargılanma hakkının evrensel düzeydeki anlamı ve koruma çerçevesini esas alma zorunluluğu bulunmaktadır. Bu çalışmada, adil yargılama ilkeleri, iç hukuktaki niteleme ve sınırlamalardan öte demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığı kapsam ve içerikte değerlendirilmiştir.

III- ADİL YARGILANMA HAKKININ İÇERİĞİ

Adil yargılanma hakkının içerdiği güvenceler sayıyla sınırlanamasa da belli sınıflandırmalar yapılarak asgari ilkelerin ve standartların belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Özellikle kişi özgürlüğünü etkileyen ceza yargılamasında önem arz eden adil yargılama güvenceleri; özel hukuk(medeni) yargılamaları ve idari işlemlerin denetiminde de uygulanacak ölçütler içermektedir. AİHM, adil yargılanma hakkını AİHS kapsamındaki diğer hak ve özgürlüklerle birlikte değerlendirerek vakıa incelemesi yapmaktadır. Bu çerçevede "masumiyet karinesi", "savunma hakkı" ve "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkeleri adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler arasındadır. Bu kapsamda adil yargılama kapsamındaki ilkeleri bunlarla sınırlı olmamak kaydıyla aşağıdaki şekilde sınıflandırmak mümkündür.

Ceza soruşturması ve yargılaması sürecinde kişiye sağlanan adil yargılanma hakkının içerdiği güvencelerin ihlal edilmesi tehlikesi, kamu görevlilerinin bireyin suç işlediğinden kuşkulandıkları andan başlar ve gözaltına alma, tutuklama, yargılama, karar, istinaf ve temyiz süreçlerinde devam eder. AİHM başta olmak üzere; uluslararası yargı organlarınca ceza soruş-

turması ve yargılaması süreçlerindeki asgari hak ve güvenceleri tanımlayan ve koruyan adil yargılama standartları geliştirilmiştir. Bu standart ilkeleri aşağıdaki şekilde sınıflandırmak mümkündür.

1.Hak Arama ve Mahkemeye Erişim

2.Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

3.Savunma Hakkı

4.Duruşma Salonlarının Fiziki Durumu, Hâkim, Savcı ve Avukatın Konumu

5.Makul Sürede Yargılanma Hakkı

6.Aleni Yargılanma Hakkı

7.Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

8.Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

9.Sanığın Asgari Hak ve Güvenceleri

10.Tanıkların Dinlenmesinde Eşitlik ve Gizli Tanık

11.Silahların Eşitliği

12.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

13.Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı

14.Delillere İlişkin Temel İlke ve Haklar

15.Tüm Yargı Kararlarının Gerekçeli Olması Zorunluluğu

Bu güvenceler çerçevesinde Türkiye'deki güncel uygulamanın değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

IV- ADİL YARGILAMA GÜVENCELERİ ÇERÇEVESİNDE GÜNCEL UYGULAMANIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Hak Arama ve Mahkemeye Erişim

1.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Mahkeme önünde hak arama hakkı, mahkemeye başvurma hakkı ve dava hakkı olarak da isimlendirilmektedir. Bu hak, hukukun üstünlüğü ilkesiyle birlikte hukuk güvenliğinin sağlanmasının en önemli gereklerinden biridir[1]. Kişiler arası ihtilaflarda olduğu kadar, bireyle devlet arasında doğabilecek uyuşmazlıklarda da bireyin devlet aleyhine dava açma olanağının tanınması, hukukun üstünlüğü ilkesini tamamlayan bir gerekliliktir.

AİHS m. 6'da, mahkemeye başvurma hakkı, açık bir ifadeyle belirtilmiş değildir. Ancak m. 6/1'de, "*Her* şahıs ... *bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının ...dinlenmesini istemek hakkını haizdir*" ifadesinde belirtilen hakkın doğal ve zımni bir sonucu olarak görülen dava hakkı, bireye, iddialarını ve savunmalarını yetkili kılınan yasal organ önüne getirme hakkını kullanması imkânı sağlamaktadır.

Çağdaş hukuk sistemlerinde ihkak-ı hak yasaklandığından toplum yaşamının sağlıklı olarak işleyebilmesi için bireylerin haklarını güvence altına alacak ve ihlâl edilen haklarını icra edilebilir şekilde karara bağlayacak organlara ihtiyaç duyacakları açıktır. Meşru haklarını korumak ve savunmak için mahkemeye başvurma hakkı, adil bir yargılamanın başlayabilmesinin ön koşuludur.

Sözleşme organları bu hakkı tanırken;

---

[1] AİHM.,Golder/İngiltere, 21.2.1975; A 18, § 23

a) Sözleşmenin metni ve içeriğine,

b) Konu ve amacına,

c) Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak mirası olan, Avrupa Konseyi statüsünde ve AİHS'ın başlangıç bölümünde yer alan "hukuk devleti" ilkesine,

d) Hukukun genel ilkelerine dayanmaktadır[2].

Mahkemeye başvurma hakkının tanınmasıyla medenî hak ve yükümlülükler ve bir suç isnadına ilişkin yargılamalarda bireyin korunması sağlanmaktadır[3].

Başvuruculların bir suçun mağduru olması durumunda da mahkemeye başvurma hakkı önem kazanmaktadır. Mağdur kişi, suç iddiası konusunda verilen "kovuşturmama" kararının bir yargıç tarafından denetlenerek karara bağlanması hakkını haizdir[4].

Hak arama özgürlüğü mutlak ve sınırsız bir hak olmayıp AİHS m. 13'te sayılan sınırlamalara tabidir. Ancak bu sınırlamalar, taraf devletçe ölçülülük, amaca uygunluk ve hakkın özüne dokunmamama ilkelerine uygun olmalıdır[5].

Dava hakkı aynı zamanda, Strasburg Organlarınca kesinleşen mahkeme kararlarının gerekli olduğunda cebri icra yoluyla yerine getirilmesini talep hakkını da içerecek şekilde yorumlanmaktadır[6].Devlet gücüyle yerine getirilemeyen bir hükmün işlerliği olmayacağından, hak aramanın işlevi sembolik duruma geçecektir.

---

2 AİHM, Golder/İngiltere
3 AİHM, Deweer/Belçika, 27.2.1980; A 35, s. 24 § 48
4 AİHM, Deweer/Belçika, a.g.k.
5 AİHM, Philis/Yunanistan, 27.8.1991; A 209, § 59
6 AİHM, Airey/İrlanda, 9.10.1979; A 32, § 22

1.2.Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Mahkemeler sanıklar açısından adil yargılanma hakkını; sanıkların mahkemeye erişimi, duruşmaya çıkartılmaları veya duruşma salonunda bulunmaları ile sınırlı bir biçimde değerlendirerek bu hakkı çok dar yorumlamaktadır. *Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinde* yaşanan darbe girişimi sonrasında Savunma avukatları mahkeme dosyası ile ilgili olarak yaşanan olumsuzlukları görüşmek üzere, mahkeme başkanı veya hâkimi ile görüşmek istediklerinde, bu talepleri çoğu zaman kabul edilmemekte, savunma avukatları kalem personeli ile muhatap ettirilmektedir. Bu durum sağlıklı bir yargı işleyişine de engel teşkil etmekte, ciddi olumsuzlukların yaşanmasına sebep olmaktadır. Savunma avukatları bile taleplerini ancak dosya ile ilgili olarak yapılacak duruşmada dile getirebilmektedir. Bu durum ise zaman ve hak kaybına sebep olmaktadır. Fiziki açıdan da bir hâkime ulaşmak, dosya veya yargılama ile ilgili sorunları aktarmak imkânsız hale gelmiştir. Hâkim odalarının bulunduğu koridorlara şifreli kapılar kurulmuş bulunmaktadır. Bir dilekçe havalesi bile kalem personelinden birinin şifreli kapıyı açarak hâkime avukatın bir dilekçe getirdiğini söylemesi ve hâkimin de kabul etmesi halinde sağlanabilmektedir. Bu durum avukatın hâkimle konuşma talebinde de aynı şekilde vuku bulmaktadır. Savunma hakkı açısından bu a*çık bir keyfiliktir. Yargının* bir ayağı olan savunma böylece hem dışlanmakta hem de yok sayılmaktadır. Oysa mahkeme kararlarının başında "Türk Milleti Adına yargılama yapan… Mahkemesi" ibareleri yer almaktadır. 15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra oluşan tabloda yalnızca vatandaşın değil, savunma avukatlarının bile hâkimlere ve mahkeme başkanlarına ulaşması sorun haline gelmiştir. Millet adına yargılama yapan mahkemelere ve mahkemenin hâkimlerine Milletin kendisi hiç ulaşamadığı gibi, savunma avukatları da ulaşamamaktadır. Yargılamanın bir parçası olan iddia ve yargılama makamları bir bütünlük göstererek adeta savunmayı temsil eden avukatları yok saymaktadır. Oysa yasalarımızda Yar-

gının "sav", "savunma" ve "karar" makamları üçlüsünden oluştuğu yazılıdır. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 1. maddesinde, savunmanın yargının kurucu unsurlarından olduğu yazılıdır. *Bu yasal düzenleme*, savunma olmadan yapılacak bir yargılamanın yargılama olarak kabul edilemeyeceği anlamındadır. Savunmanın dışlandığı ve yok sayıldığı bir ortamda verilen yargı kararlarının da adaleti yansıtacağı kabul edilemez.

2- Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkı

2.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; hukuk devleti olmanın gereklerinden biri de "kendisinden daha üstün bir makam" olmayan hukuk organlarının, her türlü dış müdahale ve etkiden bağımsız şekilde yargılama faaliyetini yürütmeleridir[7]. Yargının bağımsız ve tarafsız olması, adil yargılamanın en önemli unsurlarından biridir.

6. maddenin 1. fıkrası da bu ilkeyi açık olarak metnin başında belirtmiştir. 6. maddenin 1. fıkrasında, "*Her* şahıs ...***yasayla kurulmuş, bağımsız*** *ve* ***tarafsız*** *bir yargı yeri tarafından ...yargılanma hakkına sahiptir*" denilmiştir. Bu hak, adil bir yargılamanın temellerinden biridir. Bu kural; yasayla kurulmuş, her türlü organ, kurum ve kişiden bağımsız, davanın taraflarına karşı nesnel, yargılama usulü güvencesine sahip bir yargı yerini ifade etmektedir[8].

Yukarıda belirtilen ve yargılama organına ilişkin nitelikler, AİHS dışında diğer birçok uluslararası sözleşme ve bildiride yer alan kişi özgürlüğü ve hukuk güvenliğiyle yakından ilgili evrensel ilkelerdir.

---

7 BATUM, Süheyl, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri", İÜHF yay., İstanbul 1993

8 AİHM, Mc. Michael/İngiltere, 24.2.1995; A 308-b, § 79

2.1.1. Yasal Mahkeme

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen *"yasayla kurulmuş bir mahkeme"* tarafından yargılamanın yapılabileceği belirtilmiştir. Bu kural da doğal yargıç güvencesini getirmektedir. Doğal yargıç (tabii hâkim) güvencesi, yargılama organlarının kuruluş ve yetkilerinin, yargılama usullerinin yasama organı tarafından "kanunla" ve dava konusu olan olay gerçekleşmeden önce saptanmasıdır. Bu kuralla kişiye göre veya olaya göre yargılama mercii oluşturma yolu kapatılmış, olabilecek keyfiliklerin önüne geçilmiştir[9].

Yasallık ilkesi sözleşme organlarınca bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleriyle birlikte değerlendirilmektedir. Mahkeme sıfatını taşımayan idarî işlevleri olan bir organın da *"mahkeme"* olarak nitelenebilmesi mümkündür[10]. Sramek-Avusturya davasında Taşınmaz Muameleler Kurulu iç hukukta bir idarî kurul olarak görülmesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir yargı yeri olarak nitelendirilmiştir[11].

Bağımsızlık ve tarafsızlık şartları yerine getirildiği sürece bir mahkemenin üyelerinin tamamının veya bir kısmının profesyonel olarak yargıç olması da gerekmemektedir. "Karar veren organın yargısal rol üstlenmesi ve hukuken düzenlenmiş bir usul izlemesi, bağlayıcı kararlar alabilme yetkisine sahip olması" ulusal hukuk tarafından mahkeme olarak nitelenmese de mahkeme niteliği taşıdığının göstergeleridir[12].

İlgili karar organının dava konusu olayı hem maddî hem hukukî açıdan inceleme yetkisine sahip olması gerekmektedir. Sadece mütalaa ve tavsiye niteliğinde karar veren bir organ olması mahkeme niteliği taşımasına engeldir[13].

---

9 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 154
10 AİHM, Engel et autres/Hollanda, 23.11.1976; § 89
11 AİHM, Sramek/Avusturya, 22.10.1984; A 84, § 38
12 AİHM, Bellilos/İsviçre, 29.4.1988; A 132, § 67
13 AİHM, Van De Hurk/Hollanda, a.g.k., para.45

Komisyon önüne gelen bazı davalarda "yasayla kurulmuş mahkeme" ifadesi sadece belli kategorideki mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alacak konuların belirlenmesi değil, her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dâhil olmak üzere mahkemelerin tüm organizasyonuna yönelik bir belirlemeyi gerekli kılmaktadır[14].

Kuralın amacına ilişkin olarak komisyon, "*demokratik bir toplumda yargı teşkilatı yürütmenin takdirine bağlı olmamalı, yargı teşkilatı meclis tarafından çıkarılmış yasayla düzenlenmelidir*"[15] görüşündedir. Fakat bu zorunluluk yargı teşkilatına ilişkin tüm detayları kapsamamaktadır. Sözleşme organlarınca bazı konularda yasal düzenlemeyle yürütme organına yetki devredilmesi, belli koşullar altında yasallık ilkesine aykırı bulunmamıştır. Yürütme işleminin hukuka uygunluğunun veya keyfi olup olmadığının yargı denetimine tabi olması halinde Mahkeme bu yetki devrini yasallık ilkesine aykırı bulmamaktadır[16].

Komisyona göre, kuruluş şekli ve madde bakımından yetkisi (görev) kanun tarafından belirlenmiş olan mahkemenin, yer bakımından yetkisinin tayininin yürütmeye bırakılmış olması m. 6/1'e aykırılık teşkil etmemektedir[17].

2.1.2. Bağımsız Mahkeme

Mahkemelerin bağımsızlığı, hukuk devleti ilkesinin en önemli göstergelerinden birisidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, "mahkemelerin herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almaması yasamanın, yürütmenin ve diğer dış baskı gruplarının etkisi altında kalmamasını" ifade etmektedir[18].

Sözleşme, organlarınca bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerinin iç içe girmiş kavramlar olduğuna vurgu yapılmıştır. AİHM, ba-

---

14 AİHM, Albert Le Compte/Belçika, a.g.k.
15 AİHM, Benthem/Hollanda, 23.10.1985
16 AİHM, Campbell et fell/İngiltere, 28.6.1984; A 80 § 78
17 Avrupa Kom. K.,Zand/Avusturya, 12.10.1978; No. 7360, DR 15, s. 70
18 AİHM, Engel et autres/Hollanda.

ğımsızlık ve tarafsızlık ilkesini çoğu zaman birlikte değerlendirmektedir. Mahkeme kararlarında bağımsızlık kavramının objektif tarafsızlıkla birlikte kullanıldığı görülmektedir[19].

Sözleşme organları, yargılama makamlarının bağımsızlığına ilişkin bazı ölçülere göre değerlendirme yapmaktadır. Bu ölçüler:

a) Mahkeme üyelerinin niteliği,

b) Atanma ve görevden alınma şekli,

c) Görev süresi,

d) Mahkeme üyelerine emir yetkisine sahip bir organın olup olmaması,

e) Dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler,

f) Bağımsız görüntü verip vermemesi[20].

AİHM, disiplin suçlarını istinaf derecesinde yargılayan Belçika Hekimler Odası, İngiltere'de cezaevlerine ilişkin disiplin kurulu görevi yürüten Cezaevi Müfettişler Komitesi, Yukarı Avusturya'da gayrimenkullere ilişkin karar veren Ticari İşlemler Bölge Komisyonu'nun, m. 6/1 anlamında "mahkeme" olduğuna karar vermiştir[21].

Buna karşılık Mahkeme bir memurun üye olarak katıldığı bir "yargı organı" önünde amirinin davacı olarak görev üstlenmesini bu makamın yeterli bağımsızlık görüntüsü vermediği için "mahkeme" olarak nitelememiştir[22].

İncal/Türkiye davasında, Mahkeme, m. 6/1 anlamında

---

19 Sibel İNCEOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Y. 2002, s. 163

20 A.Feyyaz GÖLCÜKLÜ, A.Şeref GÖZÜBÜYÜK. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan K. 3. B.s. 283

21 AİHM, Albert Le Compte/Belçika.

22 AİHM, Sramek/Avusturya.

sözleşmenin ihlâl edildiği kanaatine varmıştır. Mahkeme, DGM'lerde görev yapan üç üyeden bir tanesinin dahi asker kişi olmasını sözleşmede korunan bağımsızlık ve tarafsızlık ilkesine aykırı görmüştür[23].

Mahkemeye göre; bir sivilin kısmen dahi olsa askerî yargıçtan oluşan bir mahkemede yargılanmasının, sanıkta, doğal olarak mahkemenin davaya yabancı başka mülahazalarla hareket edebileceği endişesini ciddi olarak uyandırabileceği belirtilmiştir. Bu durum DGM'lerin görünüm olarak bağımsız ve tarafsız mahkeme sayılmasına engel teşkil etmiştir.

2.1.3. Tarafsız Mahkeme

Tarafsızlığın, sözleşme organları tarafından "bağımsızlık" ölçütü ile birlikte değerlendirildiğine daha önce değinilmişti. AİHS m. 6/1 anlamında yargılama organında davanın çözümünü etkileyecek düzeyde bir önyargı olmamasından, mahkemenin veya üyelerinden bazısının taraflara karşı, onların leh ve aleyhine bir duygu ve çıkara sahip olmamaları anlaşılmaktadır[24].

Anayasanın 140. maddesinin 5. fıkrasında geçen *"yargıçların kanunla belirtilenlerden başka resmî ve özel hiçbir görev alamamaları"* ilkesi yargıçlara yönelik getirilmiş, tarafsızlığı sağlamaya yönelik önlemlerden biridir. Ayrıca Anayasanın 138. maddesinin 1. fıkrasında geçen *"hâkimler g*örevlerinde bağımsızdır Anayasa*ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler"* hükmü de yargıçların tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamaya yönelik güvencelerden biridir.

Tarafsızlık koşulunun gerçekleşmesinin ön şartı, bağımsız bir mahkeme olmasıdır. Yürütmeden ve diğer organlardan bağımsız olmayan bir mahkeme tarafsız da olamayacaktır.

---

23 AİHM, İncal/Türkiye, 9.6.1998
24 AİHM, Piersack/Belçika, 1.10.1992; A 53, § 30

AİHM, tarafsızlık kavramını, "sübjektif ve objektif" (öznel ve nesnel) tarafsızlık şeklinde ikiye ayırarak incelemektedir[25].

Sübjektif tarafsızlık, daha çok mahkeme üyesi yargıcın birey olarak davadaki kişisel tarafsızlığına ilişkindir. Objektif tarafsızlıkta, kurumsal olarak mahkemenin kişide bıraktığı görünüm dikkate alınmaktadır. Mahkemenin tarafsız bir görünüme sahip olması yani hak arayanlara yönelik güven veren, tarafsız bir yapı olduğu izlenimi vermesi olarak anlaşılmaktadır. Bu konu hukuk güvenliğinin bireyler bazında gerçekleşmesinin koşullarından biridir. Sübjektif tarafsızlığın aksi kanıtlanıncaya kadar mevcut olduğu varsayılmaktadır. Bu karinenin aksinin kanıtlanması başvurucuya düşmektedir[26].

Objektif tarafsızlık değerlendirilirken mahkemenin görünümü önem kazanmaktadır. Demokratik bir toplumda mahkemelerin vatandaşa ve ceza davalarında sanığa verdikleri güven hissi önem kazanmaktadır. Mahkeme bu durumu ifade eden, "*adaletin yerine getirilmesi yetmez, aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi de lâzımdır*" öz deyimine sık sık atıfta bulunmaktadır[27].

Mahkemeye duyulan güven, kurum olarak, üyelerden soyut olarak, bir bütün olarak mahkemenin verdiği nesnel görünüme bağlıdır[28].

AİHM, bu konuda;

a) Bir davada şahsa iddia makamını işgal etmemekle beraber kovuşturmayı yürüten savcılık grubu başkanı kişinin sonradan aynı davadan duruşma yargıcı sıfatı ile yer almasını[29],

---

25 Çetin AŞÇIOĞLU, Yargıda Temel; Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı, Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı I, Temmuz-Ağustos 1998, s. 930

26 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 183

27 GÖLCÜKLÜ,GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 28

28 AİHM, Delcourt/Belçika, a.g.k.

29 AİHM, Piersack/Belçika, a.g.k.

b) Danışma niteliğinde önceki aşamada görev yapmış kişilerin sonradan aynı konuda yargıç rolünü üstlenmelerini[30],

c) İlk soruşturmada görevli *"sorgu yargıcı"*nın daha sonra mahkeme üyesi olarak esas hakkındaki karara katılmasını, tarafsızlığı ihlâl edici nitelikte görülmüştür[31].

Tarafsızlık değerlendirilirken teorik duruma değil, pratikte ve somut olayda yargılama sisteminin ne şekilde işlediğine bakmak gerekmektedir[32].

2.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Olağanüstü halin yürürlükte olduğu mevcut yargılamalarda, siyasi iktidarın etkisi gözlenmektedir. Yaşanan olaylar nedeni ile yargı makamlarının bir yönü ile endişe içinde oldukları hissedilmektedir. Bu endişe yargılama makamlarında ister istemez manevi baskı ve korku yaratmaktadır. Soruşturmayı yapan C.Savcıları karşılarına gelen olayda yeterli delil araştırması yapma gereği duymadan, gerekli özeni göstermeden, kendilerine yönelecek bir baskı endişesiyle kişiyi doğrudan tutuklamaya sevk etmektedir. Soruşturma kapsamında Şüphelinin ifadesini alan Sulh Ceza Hâkimleri, dosyada yeterli delil ve kesin deliller olmamasına rağmen, üzerlerinde hissettikleri baskı nedeni ile tutuklama kararı verebilmektedirler. Hatta baskı altında tutuklama kararı verdiğini dışa vuran ve bunu savunma avukatları ile paylaşan hâkimler bile bulunmaktadır. Hâkimlerin ve C.Savcılarının bu endişelerini haklı çıkaracak olaylar bu süreç içerisinde de yaşanmış ve yaşanmaktadır. İstanbul Adliyesinde FETÖ soruşturması kapsamında yargılanan bazı sanıkları tahliye eden hâkimler hakkında soruşturma açılmış ve görev yerleri değiştirilmiş-

30 AİHM, Procola/Lüksemburg, a.g.k.
31 AİHM, JonKristinson/İzlanda, 7.3.1990; A 171-b
32 AİHM, Holm/İsveç, 2.11.1993; A 271-a, § 32

tir. Keza By-lock uygulaması ile ilgili olarak İSTİNAF İNCELEMESİ YAPAN GAZİANTEP İSTİNAF MAHKEMESİNİNİN İLGİLİ CEZA DAİRESİNİN HAKİMLERİNİN GÖREV YERLERİ VERDİKLERİ KARAR NEDENİ İLE DEĞİŞTİRİLMİŞTİR. KARARI VEREN İKİ HAKİM GÖREVLERİNDEN ALINARAK BAŞKA İLLERE HAKİM OLARAK ATANMIŞ, VERİLEN KARARA MUHALİF KALAN HAKİM İSE AYNI İSTİNAF DAİRESİNE BAŞKAN OLARAK ATANMIŞTIR.

15 Temmuz 2016 darbe girişiminden sonra binleri aşan hâkim ve savcının meslekten ihraç edilerek terör örgütü üyesi olarak tutuklanması, hâkim ve savcı kadrolarında ciddi anlamda boşalmalara sebep olmuştur. Bilgi donanımı açısından yeterli düzeyde olmayan birçok kişi ağır ceza mahkemelerine başkan ve üye olarak atanmış, mahkemelerin birçoğuna henüz Adalet Akademisinde hâkimlik-savcılık stajına devam eden adaylar hâkim ve savcı olarak atanmıştır. Örneğin; henüz 3 aylık staj yapmış olan birçok hâkim ve savcı adayı, hâkim ve savcı olmuştur. Bu da adaletin dağıtılmasında, adil yargılama hakkının gerçekleşmesinde ciddi sorunlar yaratmaktadır. Ceza hukuku alanında deneyimi olmayan hâkimler (örneğin bir kadastro mahkemesi hâkimi) ağırlıklı olarak terör örgütü davalarına bakan bir ağır ceza mahkemesine Başkan olarak atanabilmektedir. Bu kişinin yanına bazen yeni kura çekmiş hâkimler de ağır ceza mahkemesi üyesi sıfatıyla atanarak yargılama yapmaktadır. Bu durum yargılan kişinin ve kamuoyunun yargıya olan güveni sarsmaktadır.

Uygulamadaki bu örnekler mevcut olağanüstü hal koşullarında yargılama yapan hâkimlerin hâkimlik güvencelerinin ortadan kalktığını göstermektedir. Bu koşullarda yargılama yapan hâkimlerin mevcut durumu, adil yargılama koşullarının (özellikle mahkemelerin bağımsızlık ve tarafsızlığı yönüyle) yargılama makamları için de sorun oluşturduğunu göstermektedir.

3- Savunma Hakkı

3. 1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Savunma hakkının en önemli gereklerinden biri olan avukat ile temsil hakkı, yeterli hukukî donanıma sahip olmayan bireyin savunmasını ve davasını avukatın hukukî yardımıyla yapma hakkını güvence altına almaktadır. Bu hak aynı zamanda savunma hakkının temelidir. Hakkaniyete uygun bir yargılamanın yapılabilmesi için bu hakkın cezaî ve medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin davalarda kişiye tanınması gereklidir[33].

Sözleşme m. 6-1/c'de ceza davalarına ilişkin olarak her sanığın bir müdafi tarafından temsil edilme hakkı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca mâli olanaktan yoksun ise ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa mahkeme tarafından tayin edilecek bir müdafinin hukukî yardımından yararlanma hakkı olduğu da belirtilmiştir.

Hazırlık soruşturmasında polis tarafından alınan ifadeler de dâhil olmak üzere soruşturmanın ve yargılamanın her aşamasında sanığın üçüncü kişilerin duymayacağı şekilde müdafi ile görüşme hakkını Mahkeme de AİHS m. 6-3/c gereğince kabul edilmiştir[34].

Çağdaş hukuk sistemlerinde savunmanın en etkili biçimde yapılabilmesi, adaletin gerçekleşebilmesinin en önemli koşullarından biri olarak kabul edilmektedir. *"Savunma adaletin temelidir"* bu önemli ilkeyi açıklayan bir özdeyiştir. Savunmanın etkili olabilmesi için hukukî donanımdan yoksun sanığın bu donanıma sahip olan bir müdafiin yardımından yararlanabilmesi oldukça önemlidir[35].

---

33 SCHRODER-YENİSEY-PEUKERT, "Ceza Muhakemesinde 'Fair Trial' İlkesi", İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul 1989; s. 76

34 AİHM, Brennan/Birleşik Krallık, a.g.k.

35 AİHM, Pham-Hoang/Fransa, 25.9.1992, A 243, § 39

Yargılama faaliyetinin "iddia ve savunmanın" karşılıklı tartışması sonucu yargılama makamının karar verdiği hükme ulaştığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle silahların eşitliği ilkesi gereği sanığın da iddia makamını teşkil eden savcı gibi hukukî donanıma sahip bir avukat yardımından yararlanabilmesi gerekir[36].

Yukarıda aktarılan m. 6/3-c'de sanığa üç tür savunma imkânı tanınmıştır:

a- Kendini bizzat savunma,

b- Kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanma,

c- Mahkemece görevlendirilecek bir avukatın ücretsiz yardımını talep etme.

Komisyon, m. 6/3-c'nin, yeterli savunma olanağı sağlanmadan yapılan yargılamayı kural olarak yasakladığı kanaatindedir[37].

AİHS m. 6/3-c'de sayılan ilk iki olanak sanığa seçimlik haklar olarak tanınmıştır. Ancak üçüncü olanağın kullanılabilmesi için sanığın mâli ihtiyacı ve adaletin gerekli kılması hâlinde ulusal mahkemece takdir edilmesi gerekmektedir.

3.1.1. Kendini Bizzat Savunma

Sözleşmenin 6/3-c maddesindeki bu hak seçimlik bir haktır. Sanık öncelikle kendini bizzat savunma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılması durumunda sanığa duruşmada hazır bulunma hakkının sağlanması esastır[38]. Daha önce belirtilen, duruşmaya etkili katılma hakkı ile bağlantılı olarak kendini bizzat savunma durumunda olan sanık duruşmanın tüm aşamalarında hazır bulunma olanağına sahip bulunmalıdır.

---

36 AİHM, Monnel et Morris/İngiltere, a.g.k.
37 Kom. R., Bernard Poitrimol/Fransa, 3.9.1992; no. 14032/88, § 46
38 AİHM, T./İtalya, 12.10.1992, a245-c § 26

Bu noktada sanığın istinaf ve temyiz aşamasında da kural olarak mahkeme önünde hazır bulunma hakkı olacaktır. Ancak Mahkeme, temyiz ve istinaf mahkemesi önündeki yargılamanın sanığın duruşmaya katılmasını gerektirmediği durumlarda ve sadece hukukilik denetimi yapılması hâlinde sanığın mahkemede bizzat hazır bulunmamasının ihlâle yol açmayacağı kanaatindedir[39].

Sanığın duruşmaya katılmaktan kendi iradesiyle vazgeçmesi durumunda mahkemece AİHS m. 6/3-c ihlâl edilmiş sayılmayacaktır. Ancak duruşmaya katılmaktan feragâtin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve vazgeçmenin kamu yararına aykırı olmaması gerekir[40]. CMK m. 196'da düzenlenen; *"Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan bağışık tutabilir."* hükmü gereğince sanık, sorgusunun yapılmış olması halinde kendisinin ya da bu hususta yetkili kıldığı müdafinin talebi ile duruşmadan bağışık tutulabilir.

"Kaçak" durumundaki sanığın gıyapta yargılanabilmesi de ulusal mevzuatta öngörülmüş olabilir. Ancak bu durumda da resmî görevlilerin sanığa ulaşmak için her türlü tedbiri almış olması buna rağmen sanığa ulaşılamaması hâlinde sanık gıyaben yargılanabilecektir.

Kaçakların yargılanması CMK m. 247 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili CMK m. 247 şöyledir;

"Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye kaçak denir.

---

39 AİHM, Fejde/İsveç, 20.10.1991, A 212-c, § 31
40 AİHM, Colozza/İtalya, a.g.k.

(Ek: 25/5/2005 - 5353/31 md.) Hakkında, 248 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olan şüpheli veya sanığın, yetkili Cumhuriyet savcısı veya mahkemece usulüne göre yapılan tebligata uymamasından dolayı verilen zorla getirilme kararı da yerine getirilemez ise, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme;

a) Çağrının bir gazete ile şüpheli veya sanığın bilinen konutunun kapısına asılmak suretiyle ilânına karar verir; yapılacak ilânlarda, on beş gün içinde gelmediği takdirde 248 inci maddede gösterilen tedbirlere hükmedilebileceğini ayrıca açıklar,

*b) Bu işlemlerin yerine getirildiğinin bir tutanak ile saptanmasından itibaren on beş gün içinde başvurmayan şüpheli veya sanığ*ın kaçak olduğuna karar verir.

Kaçak sanık hakkında kovuşturma yapılabilir. Ancak, daha önce sorgusu yapılmamış ise, mahkûmiyet kararı verilemez.

Duruşma yapılan hâllerde kaçak sanığın müdafii yoksa, mahkeme barodan bir avukat görevlendirilmesini ister."

3.1.2. Savunmada Bir Avukatın Yardımından Yararlanma

Sanığa savunma konusunda tanınan ikinci seçimlik hak bir avukattan yararlanma hakkıdır. Bu durumda, avukat seçme hakkını kullanan kişiye bu olanak sağlanmalıdır.

John/İngiltere davasında[41] sanığın ilk 48 saat boyunca avukatıyla görüştürülmemesi m. 6/1 ile bağlantılı olarak m. 6/3-c'ye aykırı bulunmuştur. Polis soruşturmasında sanığın beyan ve tavırlarına özellikle önem veren sistemlerde ilke olarak sanığa avukatın refakat etmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Sanığa tanınan avukat yardımından yararlanma hakkı mutlak değildir. Mahkeme, yargılamanın bütünü açısından fiilen bir

41 AİHM, John Murray/İngiltere, 8.2.1996, § 59 ve son

avukatın yardımından gerektiği şekilde yararlanması hâlinde, sanığın belli safhalarda bu haktan yararlanmamış olmasında bir ihlâl görmemiştir[42].

3.1.3. Mahkemece Re'sen Atanacak Avukat

AİHS m. 6/1-c'de sanığa bazı koşulların gerçekleşmesi hâlinde mahkemece re'sen ücretsiz müdafi atanacağı belirtilmiştir. Sanığın mali gücünün yeterli olmaması ve adalet hizmetinin gerektirmesi hâlinde sanığa bu hakların tanınacağı belirtilmiştir[43].

Mahkemece tayin olunan avukat konusunda sanık büyük ölçüde seçim hakkına sahip değilse savunma görevinin avukat tarafından gerektiği gibi yerine getirilmediği hâllerde mahkemenin duruma müdahalesi veya yeni bir avukat tayin etmesi gerekir. Bu durumda sanık etkili ve gerçek bir savunma yapamayacağı için âdil bir yargılama da yapılamayacaktır[44].

Sözleşme organları, sanığa ücretsiz adlî yardım olanağı tanınmasını mutlak bir hak olarak değerlendirmemiştir[45]. Sanığa re'sen avukat atandıktan sonra avukatlık ücretinin sonradan sanığa yükletilmesi hakkaniyete uygun olmak koşuluyla m.6-1-c'ye aykırı olarak değerlendirilmemiştir.

Tutuklu olan sanığın, avukatı ile görüştürülmemesi de m. 6/1 ile paralel olarak bir mahkemeye gidebilme hakkının ihlâli niteliğinde sayılmış ve m. 6/3-c'nin de ihlâli olarak nitelendirilmiştir. Delillerin karartılması gibi bir tehlike yoksa sanık ve avukatın konuşması özel ve gizlidir[46].

Medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin yargılamalarda Avukat yardımından yararlanma hakkı 6. madde metninde açıkça

---

42 AİHM, Imbrioscia/İsviçre, 24.10.1993, A 275, § 37
43 AİHM, Artico/İtalya, 13.5.1990, A 37, § 23
44 AİHM, Artico/İtalya, a.g.k.
45 AİHM, X/Almanya, 6.5.1982, no. 9365/81, DR 28
46 AİHM, Golder/İngiltere, a.g.k.

belirtilmemiştir. Ancak bu hakkın tanınması da hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin gerçekleşmesi için çok önemlidir. Mahkeme yorumuna göre m. 6/1 ceza davaları dışında medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin davalarda da belli ölçülerde avukatın yardımından yararlanma hakkını güvence altına almaktadır[47].

3.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Savunma makamını temsil eden Avukatlar açısından avukatlık görevini kabul konusunda endişe verici algılar oluşmuştur. FETÖ davalarında savunma avukatlığı yapılması taleplerinde, kendisine başvurulan avukat; davayı alıp almama endişesi taşımakta ve çoğu zaman bu davaları almamaktadır. Davayı alan savunma avukatı açısından savunmayı yürütürken karşılaştığı tablo çok vahimdir. Savunmayı üstlenen avukatın gizli bir ortamda müvekkili ile görüşmesi mümkün değildir. 667 sayılı KHK ile getirilen düzenleme gereğince avukatların müvekkilleriyle yapılan görüşmeleri kayıt altına alınmaktadır.

Görüşmelerde savunma ile ilgili yazışma veya yazılı bilgi alışverişi kabul edilmemekte ve belgelere el konulabilmektedir. Bu yetmezmiş gibi, görüşme sırasında resmi bir görevli de hazır bulunmaktadır. Bu ortamda savunma avukatının müvekkiline hukuki yardımda bulunma olanağı tamamen kısıtlanmış durumdadır. CMK m. 154'te; *"Şüpheli veya sanık, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman VE KONUŞMALARI BAŞKALARININ DUYAMAYACAĞI BİR ORTAMDA GÖRÜŞEBİLİR. BU KİŞİLERİN MÜDAFİ İLE YAZIŞMALARI DENETİME TABİ TUTULAMAZ."* hükmünü düzenlenmiştir. Bu madde ile savunma avukatına sağlanan haklar 667 sayılı olağanüstü hal Kararnamesinin 6/1- d maddesi ile ortadan kaldırılmıştır. 667 sayılı KHK. 6 d maddesi aynen şöyledir;

---

47 AİHM, Kerojarvi/Finlandiya, a.g.k., para. 42

"Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık yada şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde C.Savcısının kararıyla görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir. TUTUKLU İLE AVUKATIN YAPTIĞI GÖRÜŞMELERİ İZLEMEK AMACIYLA GÖREVLİ HAZIR BULUNDURULABİLİR. TUTUKLUNUN AVUKATINA VEYA AVUKATIN TUTUKLUYA VERDİĞİ BELGE VEYA BELGE ÖRNEKLERİ, DOSYALAR VE ARALARINDAKİ KONUŞMALARA İLİŞKİN TUTTUKLARI KAYITLARA EL KONULABİLİR. VEYA GÖRÜŞMELERİN GÜN VE SATLERİ SINIRLANDIRILABİLİR. TUTUKLUNUN YAPTIĞI GÖRÜŞMENİN BELİRTİLEN AMAÇLA YAPILDIĞININ ANLAŞILMASI HALİNDE GÖRÜŞMEYE DERHAL SON VERİLEREK BU HUSUS GEREKÇESİ İLE BİRLİKTE TUTANAĞA BAĞLANIR. GÖRÜŞME BAŞLAMADAN ÖNCE TARAFLAR BU HUSUSTA UYARILIR. TUTUKLU HAKKINDA TUTANAK TUTULMASI HALİNDE C.SAVCISININ İSTEMİ İLE TUTUKLUNUN AVUKATLARI İLE GÖRÜŞMESİ SULH CEZA HAKİKİMLİĞİNCE YASAKLANABİLİR. YASAKLAMA KARARI TUTUKLU İLE YENİ BİR AVUKAT GÖREVLENDİRİLMESİ İÇİN DERHAL İLGİLİ BARO BAŞKANLIĞINA BİLDİRİLİR. BARO TARAFINDAN BİLDİRİLEN AVUKATIN DEĞİŞTİRİLMESİ CUMHURİYET SAVCISI TARAFINDAN İSTENEBİLİR. GÖREVLENDİRİLEN AVUKATA 23.3.2005 TARİHLİ VE 5320 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNUN YÜRÜRLÜLÜK VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUNUN 13. MADDESİNE GÖRE ÜCRET ÖDENİR."

Görevliler istisnasız her görüşmeye katılmakta ve görüşmeleri izlemektedirler. Kanun hakkında kararnamenin bu hükmü ile sanığın avukatı ile kimsenin duymayacağı şekilde görüşme hakkı tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Oysa AİHS m. 15 ve Anayasanın me. 15'teyer alan düzenlemeye göre olağanüstü hallerde bile temel hak ve özgürlükler ortadan kaldırılamaz. Kanun hükmünde kararnameler ile ilgili yargı denetiminin ol-

maması sorunu daha da ağırlaştırmaktadır. Bu ortamda yapılan görüşmelerde SAVUNMA VE DİĞER HAKLARININ NASIL SAĞLANACAĞININ TAKDİRİ KAMUOYUNDADIR.

Savunma avukatlarının karşılaştıkları sorunlar bununla da sınırlı değildir. Soruşturma başlar başlamaz, C.Savcıları tarafından 667 sayılı KHK'da C. Savcılarına tanınan yetki kapsamında dosyalar ile ilgili gizlilik kararı alınmakta ve savunma avukatının dosyaya erişim hakkı sınırlanmaktadır. Savunma avukatı dosyaya ancak kovuşturma safhasında, iddianamenin kabulü kararı verildikten sonra ulaşabilmektedir. Savunma avukatının soruşturma aşmasında dosyaya ve delillere ulaşamaması, soruşturmanın eksik yapılması, suç delili olduğu iddia edilen belge, beyan ve buna benzer delillerin savunma açısından denetlenememesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumlar ise birçok zaman hak ihlaline sebep olmaktadır. Kovuşturma aşamasında da çoğu zaman savunmanın araştırmasını istediği delillerin araştırması yapılmamakta, talepler reddedilmektedir.

Savunma makamı olan avukatlara yönelik kısıtlamalara somut örnekler verilmesi uygun olacaktır.

Örneğin; Adana Barosuna mensup bir avukat hakkında, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı'nca asılsız bir ihbar ile soruşturma başlatılmış, avukat 17.12.2016 tarihinde gözaltına alınmıştır. Adana Barosuna bağlı bir grup avukat Adana Emniyet Müdürlüğü'ne giderek, tutuklu avukat ile görüşmek istemişlerdir. Ancak polis memurlarınca tüm çabalara rağmen şüphelinin müdafisi ile görüşmesine izin verilmemiş ve Adana Barosunca durum savcıya iletilmiş ancak polisler savcıyı dinlemeyerek görüşmeyi sağlamamışlardır. Avukat Sulh Ceza Hakimliği'nce serbest bırakılmıştır. İşbu avukat hakkında açılan soruşturma gerekçe gösterilerek, Ağır Ceza Mahkemesi dosyalarında CMK 151/3 maddesi gerekçe gösterilerek MÜDAFİLİK GÖREVİNDEN YASAKLANMA kararları verilmeye başlanmıştır.[48]

[48] Not: Konu ile ilgili tutanak ve duruşma zabıtları TBB İnsan Hakları Mer-

Yukarıdaki örnek dışında İstanbul 8. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 110 avukat hakkında verilen müdafilik görevine ilişkin yasaklama kararının savunma hakkını sınırlamanın ötesinde, savunma makamını işlevsizleştirerek avukatlık mesleğinin icrasını imkansız *kılacak ölçüde ağır b*ir yaptırım oluşturduğu açıktır[49].

4- Duruşma Salonlarının Fiziki Durumu, Hâkim, Savcı ve Avukatın Konumu

Ülkemiz sınırları içerisinde yapılan yargılamalarda, duruşma salonlarının fiziki durumu ve bu fiziki durumun doğal sonucu olarak irdelenmesi gereken hâkim, savcı ve avukatların konumu uzun süredir tartışılmaktadır. Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi ile alakalı 2003 tarihli İstişari Ziyaret Raporu'nda da bu durum açıkça gözler önüne serilmiştir.

Yargılamaların yapıldığı duruşma salonlarında Cumhuriyet savcıları, mahkeme hâkimleri ile birlikte aynı seviyede bir platformda ve doğrudan onlarla bitişik/yakın olarak oturmaktadır. Bu durum sadece duruşma salonlarının fiziki yapısı ile alakalı olmayıp, beraberinde yargılamanın bütününe etki eden önemli sonuçlar da doğurmaktadır. Yargılama makamı ile iddia makamının birleşmesi ve bu görüntünün yargılamayı etkilemesi kaçınılmaz olmuştur.

Cumhuriyet savcıları iddia makamını temsil etmektedir. Bu sebeple savcıların gerek yapabileceği işlemlerin gerekse de konumunun savunma avukatından farkının bulunmaması gerekir. Hatta çoğu Balkan ülkelerinde dahil olmak üzere dünya üzerinde birçok ülkede şekli olarak savcıların ve savunma avukatlarının aynı konumda bulunduğu sabittir.

---

kezinde mevcuttur.

[49] Not: Konu ile ilgili tutanak ve duruşma zabıtları TBB İnsan Hakları Merkezinde mevcuttur.

Savcıların hâkimler ile yan yana ve aynı konumda oturması, silahların eşitliği ilkesinin ihlaline neden olmakta ve savcıya savunma avukatına göre daha fazla itibar gösterildiği, savcıya daha fazla önem verildiği izlenimi yaratmaktadır. Bu durumun yarattığı kaygılar Türkiye hakkında düzenlenen İstişari Ziyaret Raporlarında belirtilmiş ve Adalet Bakanlığına hitaben birtakım önerilerde bulunulmuştur.

Adalet Bakanlığı, 2003 yılında düzenlenen birinci istişare raporundan sonra prensip olarak, savcının pozisyonunun savunma avukatı ile eşitlenecek şekilde değiştirilmesinde mutabık kalmıştır. Adalet Bakanlığı, yine de, önerinin uygulanmasının zaman alacağını ve mali kaynak gerektirdiğini ifade etmiştir. Adalet Bakanlığı, herhangi bir değişikliğin savcılar tarafından hoş karşılanmayacağı konusunda kaygılarını da dile getirmiştir. Yine de, yeni İstinaf Mahkemelerinin tasarımının, savcının savunma avukatının karşısında veya yanında oturacak şekilde, zemin hizasında bir masada oturması şeklinde dizayn edileceğinde ve ayrıca bu önerinin 2005 ve sonrasında inşa edilecek yeni duruşma salonlarında da dikkate alınacağında mutabık kalınmıştır. Adalet Bakanlığı, aynı zamanda, savcının duruşma salonunda hâkimden fiziki olarak uzak olması kavramını, eğitim içeriğine dahil etmede de mutabık kalmıştır. 2004 yılında düzenlenen İstişari Faaliyet Raporunda da aynı hususlara değinilmiş ve cevaben Adalet Bakanlığı bu hususa ilişkin yaklaşımlarını tekrarlamıştır.

Yukarıda bahsedilen İstişari Faaliyet Raporları 2003, 2004 ve 2005 tarihli raporlardır. Günümüz itibariyle 2017 yılı da geride kalmaktadır. Adalet bakanlığı tarafından yukarıda bahsi geçen taahhütler halen yerine getirilmemiştir. 2011 yılında Türk Yargısının Etkinliği ile ilgili raporda konu ile alakalı hiçbir değişim yapılmadığı ve ilerleme kat edilmediği belirtilmiştir. Yargılama sırasında savcının hâkimlerin yanındaki konumu hiçbir değişikliğe uğramaksızın, daha da kökleşmiştir. Bu duruma ilişkin kayda değer hiçbir gelişme yaşanmamıştır. Silahların

eşitliği ilkesinin ihlali bir yana, artık misafirler ve sanık konumunda bulunan kişiler tarafından savcılar, hâkimler ile aynı konumda görülmektedir. Vatandaşların bu algılamaları neticesinde, savcıların bulunduğu yerlerde kendilerini savunma güçleri azalmakta ve savcı karşısında konuşmaya korkarak, savunma yapmaktan çekinmektedirler. Uzun yıllardır tartışılan konu savcıların, savunma avukatı ile aynı düzeyde ve eşit konuda olması gerekliliği iken tam tersine artık savcı tamamen hâkimlerle eşdeğer düzeyde görülmeye başlanmıştır.

Hâkim ve savcıların yukarıda anlatıldığı şekilde konumları itibariyle yan yana olmaları, başka sorunları da beraberinde getirmiştir. Savcılar hâkimlerle aynı giriş çıkış kapılarını kullanmakta, bundan daha önemlisi müzakerelere hâkimler ile birlikte katılmaktadır. Savcılar konumları nedeniyle, hâkimlerle eşit oldukları ve savunma avukatının daha üstünde olduklarını düşünmektedir. Adalet Bakanlığı tarafından önerilere yönelik verilen cevap yazısında, olası bir değişim halinde savcıların bu duruma karşı olacakları kaygılarının bulunduğundan bahsedilmiştir.

Türkiye'de yapılan yargılamalarda bir savcı aynı mahkemede yıllar boyu görev yapmaktadır. Buna ilişkin olarak bir hâkim, aynı savcı ile 8 yıldır aynı mahkemede görev yaptıklarını belirtmiştir. Bu durum ister istemez savcının hâkim kararlarında etkili olabileceği şüphesini artırmaktadır. Hâkim ve savcıların eşit konumda ve birbirlerine yakın oturmaları, uzun yıllar beraber çalışmaları, aynı sitelerde oturmaları, aynı yemekhane, aynı asansör, aynı kapıları kullanmaları aralarındaki ilişkinin neredeyse arkadaşlık boyutuna ulaşmasına neden olmakta ve tüm bu aşamalarda savunma avukatlarından ayrı konumlanmaları nedeniyle adil yargılanma ilkesinin ihlaline neden olmaktadır. Herhangi bir durumda adil yargılanma ilkesinin ihlal edilebileceği şüphesinin oluşması halinde bile bu şüphenin ortadan kaldırılmaması adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir.

Savcıların konumunun, savunma avukatları ile aynı konuma getirilmesi halinde yukarıda sayılan ve hak ihlallerine neden olan birçok durumun değişeceği görülecektir. Savcılar bu durumda, yargılama makamı olmadıklarının, iddia makamı niteliğinde görev yaptıklarının farkına varacaktır. Böylece zamanla savcıların mahkeme kararlarına olan etkisi azalacak ve müzakereler artık sadece hâkimlerin katılımıyla yapılabilecektir. Hatta bu durum sanıkların savunmalarını daha iyi yapabilmelerini ve savcı korkularını yenmelerini sağlayacaktır. Ayrıca savunma avukatları açısından tanık dinletebilme, delilleri tartışabilme, söylenenleri zapta geçirme gibi hususlardaki eşitsizlikte giderilmiş olacaktır. Kısacası silahların eşitliği ilkesi tam anlamıyla sağlanabilecektir.

5. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

5.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Yargılama faaliyeti yürütülürken hak arama konumunda olan veya suç isnadı ile karşı karşıya kalan bireyin en kısa sürede sonuca ulaşılacak bir karar verilmesini talep etme hakkı vardır. Bu hak, "gecikmiş adalet, adalet değildir" öz deyimiyle ifade edilebilir. Yargılamanın makul bir süre içinde sona erdirilmesi yükümlülüğü de adaletin işlerliğini ve güvenirliliğini artıracaktır. Makul süreye ilişkin yükümlülük, medenî hak ve yükümlülükler ve bir suç isnadını karara bağlayan yargılamalar için geçerli olan bir ilkedir[50].

AİHS m. 5/3'te geçen "tutuklulukta makul süre" kavramı AİHS m. 6/1'deki makul süreden farklıdır. İki maddenin koruma alanı farklıdır. AİHS m. 5/3'teki makul süre, tutuklama tedbirine başvurulduğunda tedbirin makul süre içerisinde sonlandırılmasına ilişkin bir güvencedir[51].

---

50 AİHM, Tutsa/İtalya, 27.2.1992; A 231
51 AİHM, Wemhof/Almanya, a.g.k.

AİHS m. 6/1'de kişinin yargılama aşamasının belirsizliği nedeniyle hukuk güvenliğinin derin ölçüde zedelenmesinin önüne geçilmesi amacıyla makul sürede yargılanma hakkı tanınmıştır. Bir Mahkeme içtihadında ilkenin amacı şu şekilde belirlenmiştir: *"Tüm hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak, özellikle ceza davalarında suçlanan veya mağdur konumunda olan kişinin uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir"*[52].

Makul süre belirlenirken her dava konusu olay için geçerli her olasılığı kapsayan, standart bir makul süre tespitinin imkânsız olduğu açıktır. Bu nedenle sözleşme organları makul süreyi tespitte her somut olayın özelliklerini ve kapsamlarını göz önüne almakta ve bu değerlendirme sonucu sürenin makul olup olmadığına karar vermektedirler[53].

5.1.1. Sürenin Başlangıcı ve Sonu

Medenî hak davalarında süre, ilke olarak davanın yetkili yargılama organının önüne götürüldüğü tarihte başlar[54]. Mahkemeye başvurmadan önce örneğin bir idarî makama başvurarak karar almak gerekiyorsa süre o tarihte başlar[55].

Ceza davalarında ise süre kamu davacısının iddiayı yargıç önüne götürmesi zamanında değil, ilgilinin suç işlediği şüphesi altında olduğu anda başlamaktadır[56]. Bu nedenle makul süre, çoğu zaman olayın ceza yargıcı önüne götürülmesinden önce, polis veya savcılık soruşturmasına başlanıldığı tarihte işlemeye başlayacaktır[57].

---

52 AİHM, Stögmüller/Avusturya, 10.11.1969, A 9 § 5
53 AİHM, Buchholz/Almanya, 6.5.1981; A 42, § 49
54 AİHM, Poiss/Avusturya, 23.4.1987; A 117, § 50
55 AİHM, Golder/İngiltere, a.g.k.
56 AİHM, Öztürk/Almanya, a.g.k.
57 AİHM, Foti/İtalya, a.g.k.

Sürenin sonu ise mümkün ve olası kanun yolları dahil yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihtir[58].

AİHS m. 6'nın bu ilkesi tüm yargılama mercilerini, ayırım gözetmeden fakat yargılamanın türü ve niteliği göz önünde tutulmak kaydıyla, bağlamaktadır[59]. Bir dava sonunda verilen kararın yorumu için mahkemeye yapılan başvurunun inceleme süresi komisyona göre makul sürenin hesabına dâhil değildir[60].

5.1.2. Makul Sürenin Değerlendirilmesi Kriterleri

5.1.2.1. Davanın Karmaşıklığı

Davanın hukukî ve maddî olaylar açısından tüm yönleri yargılamanın karmaşıklığı değerlendirilirken dikkate alınmaktadır. Bu ölçüler mahkeme içtihatlarında şu şekilde belirlenmiştir:

1) Davanın konusu,

2) Hukukî meselenin çözümündeki güçlük,

3) Delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller,

4) Hastalık ve tutukluluk gibi kişinin özel hâline ilişkin unsurlar,

5) Maddî olayların karmaşıklığı,

6) Sanıkların, tanıkların, davanın taraflarının veya isnat edilen suçların sayısı

7) Davanın uluslararası unsurları,

8) Bilirkişi deliline ihtiyaç duyulması,

---

58 AİHM, Eckle/Almanya, a.g.k.
59 AİHM, Deumelant/Almanya, a.g.k.
60 Kom. R. FamilleRuisMateos/İspanya, 14.1.1992, No.1257/87, § 45

9) Yazılı delillerin hacmi gibi ölçütler sözleşme organlarınca davanın karmaşıklığını etkileyen hususlar olarak belirlenmiştir[61].

Davanın uzamasında bu unsurlar tek başına sebep olmuyor, başka nedenler de bu unsurlara ekleniyorsa "davanın karmaşıklığı" haklı gerekçe olmaktan çıkmaktadır[62].

Mansur/Türkiye kararında uyuşturucu kaçakçılığı suçundan yargılanan başvurucuya ilişkin Yunanistan'dan istenen belgeler, devletin ilgili birimleri arasındaki iletişimsizlik, yeminli tercüman bulunmaması ve belgelerin Türkçeye çevrilmemesi nedeniyle zamanında kullanılamamıştır. Bu da devletin davanın karmaşıklığını, def'i olarak öne sürmesine engeldir[63].

Adaletin gerçekleşmesi ilkesiyle, davanın hızlı yürütülmesi uyumlu olmak durumundadır. Mahkeme bu nedenle bazen yargılamanın uzun sürmesini haklı görebilmektedir. Buddeart/Belçika davasında mahkeme 6 yıl 3 ay süreyi makul bulmuştur. Zor bir cinayet tahkikatının olması ve iki davanın paralel ilerlemesi zorunluluğu bu süreyi haklı ve makul kılmaktadır. Bu noktada Mahkeme, adaletin gerçekleşmesi ve davanın hızlı bir şekilde yürütülmesi arasında bir denge olması gerektiği kanaatindedir[64].

Mahkeme, bazı hâllerde, dosyanın karmaşık olmasına rağmen, davaya bütün olarak bakıldığında makul olmayan bir gecikmeyi ihlâl olarak nitelemektedir. Ferantelli ve Santangelo/İtalya davasında başvurucular 16 yıl sonra mahkûm olmuşlardır. Bu dava karmaşık olsa da Mahkeme 16 yıllık süreyi makul bulmamıştır[65].

---

61 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 366-367
62 AİHM, Zimmermann/İsviçre, a.g.k.
63 AİHM, Mansur/Türkiye, a.g.k.
64 AİHM, Boddeart/Belçika, a.g.k.
65 İNCEOĞLU, s. 368, a.g.k.

5.1.2.2. Başvurucunun Tutumu

Makul sürede yargılanma yapma yükümlülüğünün ihlâli sonucuna varılabilmesi için bu gecikmenin devlet organlarından kaynaklanması gerekir. Başvurucunun kendi davranışlarından ve tutumundan kaynaklanan gecikmelerden ilgili devlet sorumlu olmayacaktır[66].

Başvurucunun usule ilişkin kastî gecikmelere yol açması ilgili devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır[67].

Hukuk davalarında işin takibi taraflara bırakılmışsa da AİHM'e göre bu konu, mahkemenin davayı gerekli süratle yürütmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz[68].

Ceza davalarında ise sanık adlî makamlarla aktif bir işbirliği yapmak zorunda değildir. Şikâyetçinin, kendisine açık kanun yollarını sonuna kadar kullanması nedeniyle kendisinin sorumlu tutulması mümkün değildir[69]. Ancak Mahkeme bazı durumlarda sanığın kötü niyetli manevralarını da hesaba katmaktadır[70].

5.1.2.3. Görevli Makamların Tutumu

Devletin idarî ve yargısal organlarına makul sürenin aşılması konusunda izafe edilebilecek bir kusurun olması hâlinde ilgili devlet sorumlu tutulmaktadır[71].

Yargısal organlar, kamu davasının açılması konusundaki gecikmeler veya davanın daha sonra başka bir mahkemeye gönderilmesi nedeniyle ortaya çıkan gecikmeler de dâhil olmak üzere tutumlarından da sorumlu olabilmektedir[72]. Bununla

---

66 AİHM, König/Almanya, a.g.k.
67 AİHM, Deumeland/Almanya, a.g.k.
68 AİHM, Zana/Türkiye, a.g.k.
69 AİHM, Eckle/Almanya, a.g.k.
70 AİHM, Deumeland/Almanya, a.g.k.
71 AİHM, İNCEOĞLU, a.g.e., s. 371
72 AİHM, Foti/İtalya, a.g.k.

beraber, sözleşme organlarınca, yargılama makamlarının kendilerinden beklenenleri yapmış olmalarına rağmen görev dışı başka nedenlerle (yargıç açığı, siyasî ortam, ulusal hukuktaki boşluklar, iş yükünün ağırlığı ve sair) makul sürenin aşılması hâlinde devletin sorumluluğuna gidilmektedir[73].

Devlet, 6. madde ve tüm sözleşme gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. AİHM, yargılama sırasında ortaya çıkan her bir hareketsiz dönemi, ertelemeleri ve boşlukları süre konusunda tek tek değerlendirme yoluna gitmektedir.

Yargısal organların davayı hızlı şekilde sonuca ulaştırma konusunda yükümlü oldukları kabul edilmiş ise de bu durum adaletin gerçekleştirilmesinden taviz verilmesi anlamına gelmemektedir. AİHM, bu iki yükümlülüğün dengelenmesi konusunda değerlendirme yapmaktadır.

Ewing/Birleşik Krallık davasında Komisyon yargılamanın gecikme nedeni olan üç davayı birleştirme kararını keyfî olmadığı ve gecikmeyi doğuran işlemin gereksiz olmadığı kanaatine vardığından ve adaletin gerçekleşmesi amacına hizmet ettiğinden, süre yönünden gecikmeyi makul bulmuştur[74]. Adaletin etkili bir şekilde gerçekleştirilmesi için verilen dosyaları birleştirme, ayırma ve delil toplama gibi usulî kararları AİHM, tek başına ihlâl olarak nitelendirmemiştir. Ancak verilen bu kararların davayı uzatmaları nedeniyle, davanın sonraki aşamalarında, ulusal mahkemelerin yargılamayı hızlandırma yönünde gayret göstermesi zorunludur[75].

Yargılama devam ederken Mahkemeye makul sürenin aşıldığı iddiasıyla başvurulması hâlinde iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu **aranmamaktadır**[76].

---

73 AİHM, Eckle/Almanya, a.g.k.
74 AİHM, Ewing/Birleşik Krallık, a.g.k.
75 AİHM, Reilly/İrlanda, a.g.k.
76 AİHM, Neumeister/Avusturya, a.g.k.

AİHM açısından, makul sürenin değerlendirilmesinde dava sonucunun önemi ve etkisi bulunmamaktadır. Dava makul süre içinde bitirilmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyeceği konusu devlet lehine bir def'i teşkil etmeyecektir[77].

Yargılamada makul sürenin aşıldığı iddiası, 6. madde kapsamında AİHM'a yapılan başvuruların sayı itibariyle en fazla olanıdır. Yapılan bu başvuruların hemen hemen tamamında ihlâl tespit edilmiştir[78].

5.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Uygulamada ceza yargılamalarında uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri dışında kovuşturma aşamasının mahkemelerden kaynaklı sebeplerle ihlal konusu olacak şekilde uzadığı görülmektedir. Ayrıca özel hukuka ilişkin yargılamalarda da özellikle malvarlıklarına ilişkin davaların oldukça uzun sürede bitirilemediği ve makul olmayan gecikmelerin yaşandığı gözlenmektedir.

6. Aleni Yargılanma Hakkı

6.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Adil yargılamayı düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrasında, aleni yargılanma hakkı şu şekilde ifade edilmiştir: "*Her şahıs, gerek medenî hak yükümlülükleri ile ilgili nizalar gerek kendisine isnat edilen bir suçun belirlenmesinde, ... davasının ...**aleni surette** dinlenmesini istemek hakkını haizdir. Hüküm, **aleni** olarak verilir, şöyle ki; ... .*" Hükmün aleni olarak açıklanması ilkesine ileride ayrıca değinilecektir.

6. maddenin 1. fıkrasında yer alan "aleniyet ilkesi", taraflar için iki ayrı yükümlülük getirmektedir:

---

77 AİHM, H./İngiltere, 8.7.1987; A 120, s. 61, § 81
78 GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s. 287

I- Davanın aleni (açık) duruşma ile görülmesi,

II- Hükmün aleni olarak verilmesi.

Bu yükümlülükler ile halkın gözetimi olmaksızın gizli bir yargılama sonucu keyfî karar verilmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca halkın hukuk sistemine güven duyması ve bu şekilde hukuk güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır.

AİHM, Pretto ve Ayen kararlarında, aleni yargılama hakkının tanınma amacı ve önemiyle ilgili şu ifadeler kullanılmıştır[79]: "*Madde 6/1'de yer alan yargısal organlar önündeki yargılamanın aleni karakteri tarafları, kamu denetimi olmaksızın adaletin gizli bir şekilde yerine getirilmesinden korumaktadır; bu özellik aynı zamanda, hem üst hem alt derece mahkemelerine olan güveni koruma amaçlarından biridir. Aleniyet, adaletin gerçekleşmesini 'görünür' kılarak her demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olan âdil yargılama güvencesine katkıda bulunmaktadır.*"

Aleniyet ilkesinin mutlak olarak uygulanması, davayla ilgili olanlar ve toplum açısından yarardan çok zarara neden olabilecektir. 6. maddenin 1. fıkrasında da bu ilkenin istisnalarına yer verilmiştir. Bu tür durumlarda, yargılama gizli yapılabilecektir. Örneğin çocuk yaşta birinin yargılamasının aleni yapılmasını, aleni yargılanmış olmasını, Mahkeme, davanın hakkaniyete uygun dinlenmesi ilkesine aykırı bulmuştur.

8. maddenin 1. fıkrasında, aleniyet ilkesinin iki ayrı yükümlülük getirdiği belirtilmişti. Bu yükümlülükler kısaca değerlendirilecektir.

6.1.1. Açık Duruşma

6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen aleniyet ilkesinin gereklerinden birincisi aleni yargılanma hakkıdır. Bu ilke, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin tamamında geçerli bir ilke olmakla

79 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 328

birlikte, bu kuralın kapsamı ve uygulama koşulları bakımından yasal sistem ve uygulama açısından devletler arasında farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Mahkeme, bu farklılıkların olabileceğini belirtmiş, önemli olan hususun, yargılamanın açık olmasıyla güdülen amacın gerçekleşip gerçekleşmediği olduğunu değerlendirmiştir. Bu bağlamda ilk derece yargılanması ile istinaf ve temyiz yargılaması aşamalarında farklı uygulamaların olabileceği belirtilmiştir[80].

İstinaf ve temyiz derecelerinde "açık duruşma" gereğine riayet edilip edilmediği hususu, ilk derece mahkemesi kararına yapılan itirazın konusu ve önemi, aynı zamanda yargılama faaliyetinin bütünü göz önünde tutulmak sureti ile (her bir derece mahkemesinin yargılamadaki rolüne bakılarak) ele alınacaktır.

Ulusal mevzuatlarda mahkemelerdeki iş yükünün fazlalığı nedeniyle "hukukilik" denetimi yapan yargılama organlarında, duruşmasız yargılama yapılmasına dair hükümler olabilmektedir. Bu durum AİHM tarafından 6/1 ihlâli olarak görülmemektedir[81].

Maddî olaylara ilişkin ilk derece mahkemesinin yargılamasında, duruşma aleni yapıldıysa, temyiz mahkemesinin rolü **itirazın hukukî incelenmesi** ile sınırlı olduğundan, alt derece mahkemesinin faaliyeti belirleyici olmaktadır[82].

Ekbatani/İsveç kararında AİHM, başvurucu Gotenburg şehir mahkemesinde aleni olarak yargılanmamış ve istinaf mahkemesi başvurucunun talebine rağmen açık duruşma yapmamış, başvurucudan itirazlarını yazılı olarak sunmasını talep etmiştir. Dosya üzerinden verilen kararla başvurucunun itirazı reddedilmiştir. İstinaf mahkemesi maddî ve hukukî denetim

80 AİHM, Deweer/Belçika, a.g.k.
81 AİHM, Colozza/İtalya, a.g.k.
82 AİHM, Axen/Almanya, a.g.k.

yapan bir organ olduğundan duruşmasız verilen karar, sözleşmenin aleniyet ilkesinin ihlâli olarak değerlendirilmiştir[83].

Bu bağlamda, Mahkemenin değerlendirmesinden çıkan sonuç, kural olarak yargılamanın her aşamasında aleniyet ilkesine uyulması gerekmekte, ancak bu ilkeden sapmanın haklı olabilmesi için yargılamanın tümünün özelliklerine bakılmaktadır. Bu konuda:

i- İstinaf ve temyiz mahkemesinin denetim yetkisinin kapsamına,

ii- Başvurucunun menfaatlerinin, istinaf mahkemesinde korunup korunmadığına bakılmaktadır[84].

Yukarıdaki durum dışında sadece hukukilik denetimi yapan organların ilk derece mahkemesinde duruşma yapılması koşuluyla aleniyet ilkesine uymadan yazılı şekilde karar verebilecekleri kabul edilebilmektedir[85].

İlgili, 6. maddenin 1. fıkrasının temel hükümlerinden biri olan "açık duruşma''dan acık bir beyanla veya zımnen vazgeçebilecektir. Ancak bu beyanın belirgin olması ve kamu yararına ters düşmemesi gerekmektedir[86].

Mahkeme, kimi durumlarda "açık duruşma" yapılması halinde de 6. maddenin bütününü değerlendirerek hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesi ile ihlâl kararı verebilmektedir. Cinayet suçu sanığı 11 yaşlarında iki küçüğün yargılamasının açık duruşmada yapılmasının, âdil yargılanma hakkının ihlâli niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, salonun gergin atmosferinin kendilerini savunmalarını olumsuz etkileyeceğine (savunma, avukatların yardımı ile olsa da) âdil yargılanma ilkesinin ihlâl edildiği sonucuna varmıştır[87].

---

83 AİHM, Ekbatani/İsveç, 26.5.1988; A 134, § 24
84 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 334
85 AİHM, Axen/Almanya, a.g.k.
86 AİHM, Deweer/Belçika, a.g.k.
87 AİHM, T/Birleşik Krallık, a.g.k.

Açık duruşma kuralına getirilen istisnalar fıkranın ikinci cümlesinde gösterilmiştir: "Genel ahlâk, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, adaletin selametinin gerektirmesi hâlindeki durumlarda Mahkeme, bu istisnai durumlar olmadığı sürece kararı açık oturumda verecektir.

6.1.2. Hükmün Aleni Verilmesi

6. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde "hüküm aleni olarak verilir" ifadesi kullanılmıştır. Bu bağlamda kural olarak ulusal mahkemelerin hükümleri aleni olarak açıklamaları yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu konuda yerel uygulamaların farklılaşabileceği AİHM tarafından kabul edilmektedir[88].

Werner-Avusturya kararında Mahkeme, Avusturya'da ilk derece ve istinaf mahkemesi kararlarının mahkeme kaleminden alınması imkânı olmadığı için bu ilkenin ihlâl edildiği kanaatine varmıştır. Bu davada hüküm duruşmada da okunmamış olduğu için aleniyet ilkesi yerine getirilmemiştir[89].

Hermers-İsveç kararında, şahsî bir ceza davasında hükmün açık duruşmada okunmadığı başvurucu tarafından iddia edilmiştir. Komisyon, hüküm sözlü olarak okunmamış olmasına rağmen, hükmün taraflara tebliğ edilmesini ve mahkeme kaleminde bulundurularak herkes için ulaşılabilir olmasını yeterli bulmuş ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur[90].

Bu noktada, AİHS m. 6/1'in amacının mahkemelerin bir hukukî soruna ilişkin tavırlarının halk tarafından bilinebilmesinin ve böylece kamu denetimine olanak sağlanmasıdır. Sözleşme organları, kararın şekli anlamada aleni olarak verilip

88 AİHM, Pretto ve diğerleri/İtalya, a.g.k.
89 AİHM, Werner/Avusturya, a.g.k.
90 AİHM, Hermers/İsveç, a.g.k.

verilmediğine değil, yargılamanın bütününe bakarak kararın alenileşip kamu denetimi olanağının sağlanıp sağlanmadığına bakmaktadırlar[91].

Sözleşme organları, 6'ncı maddenin 1'inci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan sınırlama nedenlerinin "açık duruşma" için olduğu kanaatindedirler. Bu nedenle bu sınırlamalar "hükmün aleni olması" açısından sınırlama nedeni olarak kabul edilemezler[92].

6.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

CMK m. 182'de duruşmanın aleniliği ilkesi benimsenmiş olup istisnası da yine aynı maddede düzenlenmiştir. Buna göre; *"Duruşma herkese açıktır.*

Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.

Duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanır."

7- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

7.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Hakkaniyete uygun yargılama ilkesi 6. maddenin 1. fıkrasında geçen, "*hakkaniyete uygun –fairhearing- kavramlarından hareket edilerek AİHM tarafından geliştirilmiş bir ilkedir. Her şahıs ..... davasının hakkaniyete uygun (âdil) .....surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.*" şeklindeki madde metninde geçen bu ifadeler âdil yargılanma hakkının hakkaniyete uygun yargılama ilkesini içerdiğini göstermektedir.

---

91 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 355
92 AİHM, Campbell ve fell/Birleşik Krallık, a.g.k.

AİHS m. 6/1'deki anlamında, hakkaniyete uygun yargılama ilkesi, ceza yargılaması ve medenî hak ve yükümlülükleri karara bağlayan yargılamaların tümü için geçerlidir. Maddede sayılan somut haklar tek başına âdil yargılama güvencesini sağlamaktan uzak olduğundan madde metnine "davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi" (fairhearing) ifadesi kullanılmıştır. Bu ibare sayesinde sözleşme organları maddeyi geniş olarak yorumlamışlar ve bu yorumla madde metninde açıkça belirtilmeyen ilkeleri de madde kapsamında değerlendirmişlerdir[93].

Mahkeme, bu kavramdan hareket ederek âdil yargılamanın zımnî gereklerini saptamıştır. Sözleşme organlarının görevi bilindiği üzere ulusal mahkeme kararlarının maddî ve hukukî doğruluğunu araştırmak değildir. Bu açıdan AİHM bir üst derece mahkemesi değildir. Mahkeme, muhakeme faaliyetinin tüm işlemlerini bir bütün olarak göz önünde bulundurarak yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılıp yapılmadığını saptamaktadır.

Yargılamanın şekline ve özelliklerine göre her somut olayda 6. maddenin uygulaması farklı olmaktadır. AİHM'in içtihatlarında hakkaniyete uygun yargılama hakkının çok geniş bir çerçevede ele aldığını gözlemlemekteyiz. Bu bağlamda Mahkeme hakkaniyete uygun "âdil" yargılamanın genel ve nesnel bir tanımını yapmış değildir. Bunun yerine her başvurudaki davanın somut durumuna göre yargılama aşamalarını "pragmatik bir yaklaşım"la değerlendirme yolunu seçmiştir[94].

Yukarıda belirtilen değerlendirmelerin sonucu hakkaniyete uygun (âdil) yargılamanın unsurları ve gereklerini kapsayan bir koşullar listesi oluşmuştur. Bunları hakkaniyete uygun yargılamanın "zımnî gerekleri" olarak isimlendirmek müm-

93 AİHM, X/Birleşik Krallık, a.g.k.
94 GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s. 290

kündür[95]. Maddenin 1. fıkrasında yer alan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının geniş yorumlanması nedeniyle maddenin 2. ve 3. fıkrasında sayılan haklar ve güvenceler de 1. fıkranın doğal uzantıları olarak nitelenmektedir. Sözleşme organlarınca maddenin 2. ve 3. fıkrasında ayrı olarak belirtilen haklar hakkaniyete uygun yargılanma hakkının daha çok ceza yargılamasındaki sanığa ilişkin özel uygulamalarından ibaret olarak görülmüştür[96]

6. maddenin 3. fıkrasında sayılan "başlıca" (notamment-minumum) kelimesi ile başlayan haklar listesi sanığın "asgari" haklarıdır. Âdil yargılama koşulunun gerçekleşebilmesi için sadece bu hakların tanınması yeterli olmayacaktır. Tek başına 2. ve 3. fıkraya uygun yapılan bir yargılama sadece bu nedenle hakkaniyete uygun olarak nitelendirilmeyecektir[97].

Bu nedenle âdil yargılama kavramının içeriğini yorumlarken birlikte değerlendirmek doğru olur. 2. ve 3. fıkranın içerdiği güvenceler şeklen ceza yargılamasına ilişkin sanığa tanınan haklar olarak görülseler de gerektiğinde *"mutatismutandis"* özel hukuk davalarında uygulanabileceklerdir[98].

Yargılama faaliyet ve işlemlerinin icrası (iddia ve savunma kanıtlarının mahkemeye sunuluşu, bunların kabul veya reddi, ispat değerlerinin takdiri ve sair) ulusal mevzuatı uygulayan yerel mahkemenin yetki ve takdirine tabi ise de yargılamanın bütünlüğü içinde, bu işlemlerin âdil yargılama taahhüdüne cevap verip vermediğini takdir etme ve denetleme AİHM'in görevidir. Bu konu iddia tanıklarının dinlenmesinde savunma hakkının sağlanıp sağlanmadığı veya gıyabî yargılamanın adilliği değerlendirilirken önem kazanmaktadır[99].

---

95 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 210
96 AİHM, Colozza/İtalya, a.g.k.
97 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 211
98 AİHM, Artico/İtalya, a.g.k.
99 AİHM, Beheer/Hollanda, a.g.k.

7.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Özellikle 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe girişiminden sonra tutuklanan birçok kişi, yargılamanın yapıldığı Mahkemenin yargı alanı dışında olan cezaevlerinde tutuklu bulunmaktadırlar. Bu kişilerin savunmaları sesli ve görüntülü iletişim sistemi ile alınmaktadır. Sanıkların mahkemelerde hazır bulunup ifade verme talepleri mahkemeler tarafından dikkate alınmayarak genellikle reddedilmektedir. Bu şekilde yapılan yargılamalar, sanıkların adil yargılanma hakkı kapsamında olan, mahkemeye erişim ve yargılamanın yüz yüze yapılması ilkesine aykırı bulunmaktadır. Bu sistem ile alınan savunma ve ifadeler aleni yargılama ilkesi ile yargılamada vicahilik kuralına aykırılık taşımaktadır. Keza bir siyasi parti genel başkanının Segbis sistemi ile ifade vermeyi reddetmesi ve mahkeme karşısına çıkarılmaması, bir yıla yakın bir süre ile hakkında kamu davası açılmaması adil yargılama hakkının ihlali mahiyetindedir.

Bu koşullarda ve olağanüstü hal kapsamında yapılan yargılamalarda kamuoyuna yansıyan çok çarpıcı davalarda verilen kararlarda yargılamaların adil yargılama koşullarına uygun olarak yapılmadığını, yargılamalarda gerekli özenin gösterilmediğini, delillerin yeterince araştırılması gereği duyulmadığı gözlenmektedir. Örneğin; terör örgütü kapsamında suç işlediği iddiası ile yargılanan milletvekili ile ilgili İstanbul İstinaf Mahkemesinin kararı Yargılamaların ne kadar özensiz yapıldığını, Mahkeme tarafından delil araştırmalarının ne kadar yetersiz olduğunu, bir milletvekilinin bile hakkında soruşturma açılması halinde hukuki güvencesinin olmadığını göstermektedir. Yapılan bir soruşturma ve kovuşturmada milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmış olması, kişinin hukuk güvenliği ve adil yargılanma hakkını ortadan kaldırmaz. Bu örnek yukarda değinildiği gibi, soruşturma ve yargılamaların nasıl özensiz yapıldığının açık kanıtıdır. Keza verilen bu kararların siyasi otoritenin beklenti ve söylemlerine uygun olması, bu

kararların iç siyaset malzemesi yapılması düşündürücüdür. İstinaf Mahkemesinin bu yargılamaya ilişkin bozma gerekçeleri, yargılamalardaki hak ihlallerinin vahametini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

8- Suçsuzluk Karinesi ve Lekelenmeme Hakkı

8.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

AİHS m. 6/2 gereğince; *"bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar suçsuz sayılır"*. Fıkrada geçen *"suç"* kavramı teknik olarak yaptırımı ceza olan *"kanuna aykırı fiil"*dir. Suçluluğun yasal olarak saptanmasının anlamı da *"kesinleşmiş bir mahkeme hükmü"*dür.

Bu fıkrada getirilen güvencede asıl olan, bireyin suçsuz olmasıdır. Aksi ispatlanıncaya kadar kişi suçlu muamelesi görmeyecektir. Bu bağlamda yargılama sonucunda beraat etme ihtimâli olan kişinin bir önyargının sonucu olarak peşin olarak cezalandırılmasının önüne geçmek istenmiştir.

8.1.1.Bir Suçlamanın Olması

Suçsuzluk karinesinin uygulanabilmesi için 6. maddenin 2'nci fıkrasında belirtildiği üzere bir suçlamanın olması gerekir. İspat hukukuna ilişkin bir ilke olan suçsuzluk karinesi sayesinde bir suçla itham edilen birey, suçsuzluğunu kendisi ispatlamak zorunda kalmayacaktır. İddia makamınca mahkemeye sunulacak delillerle suçluluğu sabit oluncaya kadar suçsuz addolunacaktır. Bu ilkenin doğal sonucu olan *"şüpheden sanık yararlanır ilkesi"* gereği iddianın kanıtlanamaması hâlinde dava beraatle sonuçlanacaktır[100].

Mahkemece iddiayı destekleyici ciddi bir delil başlangıcı olmaması hâlinde sanığın olay hakkında açıklamada bulunma-

[100] SCHRODER-YENİSEY-PEUKERT, a.g.e., s. 30

ması (susma hakkı) ve başka bazı vakıalardan hareketle suçun sabit görülüp mahkûmiyet kararı verilmesi, suçsuzluk karinesinin ihlâli olarak değerlendirilmektedir[101].

Sözleşme organları, suçsuzluk karinesini geniş yorumlayarak ayrı bir içtihat oluşturmuşlardır. Bu karine maddedeki açık ifadeden anlaşılacağı üzere bir suç isnadının olması hâlinde geçerli bir ilkedir. Medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin davalarda uygulanabilecek bir ilke değildir[102].

Suçsuzluk karinesi, yargılama sürecinin tüm aşamalarını etkileyen bir ilkedir. Beraatla sonuçlanan bir davanın sonucunda açılan haksız tutuklama davasında da suçsuzluk karinesi geçerli olacaktır[103].

Sözleşme organları, suçsuzluk karinesinin sanık için geçerli olan ve yargılamayı yapan mahkemenin yanı sıra tüm resmî makamları bağlayıcı bir ilkedir. Diğer resmî görevli ve organların henüz kesin bir mahkûmiyetle cezalandırılmamış kişiye suçlu gözüyle bakmaları ve bu yönde işlemler yapmaları 2. fıkra hükmüne aykırı görülmüştür[104].

Kitle iletişim organları ve diğer özel kurumların da bu ilkeye uygun davranmaları gerekir. İfade özgürlüğü ve haber alma ve verme özgürlüğü kapsamında, resmî makamların yaptıkları açıklamalar tek başına 2. maddenin ihlâli için yeterli değildir. Bu açıklamaların yapılması durumunda açıklamaların 2. fıkranın kapsamına aykırı olmayacak bir özenle yapılması gerekir[105].

Adil yargılamanın bir usulü olan suçsuzluk karinesinin uygulanması kişinin *"zanlı"*, *"sanık"* sıfatını aldıktan sonra başlayan

---

101 AİHM, Telfner/Avusturya, 20.3.2001, a.g.k.
102 AİHM, Agosi/İngiltere, 27.10.1986; A 35, § 30
103 AİHM, Leutscher/Hollanda, 26.3.1996, § 25 ve son.
104 AİHM, R.F. et S.F./Avusturya, no. 10847/84, DR. 44, s. 238
105 AİHM, Alennet de Ribemont/Fransa, 102.1995, A 308, § 38

bir ilkedir. Hakkında polis soruşturması başlatılmış veya gözaltına alınmış kişi hakkında bu karinenin sağladığı güvenceler yeterlidir. AİHM bu karinenin genel bir tanımını yapmış değildir. Ancak Mahkeme kararlarında suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve kendisini savunma olanağı tanınmadan kişinin suçlu olduğu hissini telkin eden bir ara karar suçsuzluk karinesinin ihlâli olarak değerlendirilmiştir[106].

Barbara/İspanya davasında[107] Mahkeme "6. maddenin 2. fıkrası mahkeme üyelerinin görevlerini yerine getirirken, sanığın suç teşkil eden fiili işlediği ön yargısından hareket etmemeleri gerektirir" şeklinde karar vermiştir. "İspat yükümlülüğü, suçlayan makama aittir ve sanık şüpheden yararlanır" hükmünü vererek suçsuzluk karinesinin uygulamada nasıl anlaşılması gerektiğine vurgu yapmıştır[108].

8.1.2.Suçluluğun Yasal Olarak Sabit Olması

AİHS m. 6/2'deki *"suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar"* bölümünde yasal olarak sabit olma ibaresi sözleşmenin ulusal hukuka koşulsuz olarak yaptığı bir gönderme olarak değerlendirilemez. Mahkeme bu şekilde değerlendirildiği takdirde davanın esası hakkında karar verecek yargıcın, yasa koyucu tarafından takdir yetkisinden mahrum edilebilecek müdahalelerle suçsuzluk karinesinin içeriği boşaltılabilecektir. Bu durum da 6. madde ile korunan hukukun üstünlüğü temel ilkesinin ihlâli anlamına gelir[109].

AİHS 5. maddenin 1. fıkrası kapsamında kalma koşuluyla suçsuzluk karinesi sanığın tutuklanmasına engel olarak görülmemiştir. Ancak yargılamanın esasıyla ilgili bir karar verilmeksizin kovuşturmanın herhangi bir nedenle son bulması hâlinde

106 AİHM, Minelli/İsviçre, a.g.k.
107 AİHM, Barbara/İspanya, a.g.k.
108 AİHM, Barbera, MesseueveJabardo/İspanya, 6.12.1988, A 146, § 77
109 SAİHM, alabiaku/Fransa, 7.10.1988, A 141-a

sanığa sırf şüphe üzerine bir ceza veya tedbir uygulanması 6. maddenin 2. fıkrası hükmünün ihlâlidir. Sözleşme organları susma ve kendini suçlamama hakkını suçsuzluk karinesi ile bağlantılı olarak değerlendirmiştir[110].

CMK m. 158'e 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı KHK'nin 145 inci maddesiyle eklenen 6.fıkra eklenerek ilgili hüküm;

"Ek: 15/8/2017-KHK-694/145 md.) İhbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilir. Bu durumda şikâyet edilen kişiye şüpheli sıfatı verilemez. Soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar, varsa ihbarda bulunana veya şikâyetçiye bildirilir ve bu karara karşı 173 üncü maddedeki usule göre itiraz edilebilir. İtirazın kabulü hâlinde Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma işlemlerini başlatır. Bu fıkra uyarınca yapılan işlemler ve verilen kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından görülebilir." şeklini almıştır. Bu şekilde soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar verilebileceği hüküm altına alınarak kişinin şüpheli sıfatını alması için hakkında ihbar ya da şikayet yeterli olmaktan çıkmıştır.

8.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Hakkında bir mahkumiyet hükmü veya tutuklama tedbiri olmayan (hatta adli soruşturma bile açılmamış) kişilerin görevden uzaklaştırılan (açığa alınan) memur isim listeleri olarak internet sitelerine sızdırılması, siyasetçiler tarafından yargılamayı etkileyecek şekilde yargılanmadan suçlu olarak ilan edilme şeklindeki beyanlar masumiyet ilkesinin ihlali niteliğindedir.

---

[110] AİHM, Guzzardi/İtalya, 6.11.1980, A 39, § 100; Neumeister/Avusturya, 27.6.1968, A 8, s. 37, § 4

KHK ile ihraç edilen memurların listesinin Resmi Gazetede aleni şekilde yayınlanması da masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir.

Soruşturmaların başlaması ve yürütülmesi için bir iddia veya asılsız ihbar yeterli olmaktadır. Soruşturma başlatılırken gerekli özen gösterilmemektedir. İddianın gerçek olup olmadığı, iddiaya ilişkin delillerin gerçekliği araştırılmadan, kişi gözaltına alınmakta ve soruşturmaya başlanmaktadır.

Genellikle deliller toplanmadan kişi *önce* tutuklanarak özgürlüğünden mahrum bırakılmakta; iddianın ve delillerin gerçekliği sonra araştırılmaktadır. Yapılan soruşturma yönteminde veya soruşturmada hak kaybı yaşanıp yaşanmayacağı, soruşturma makamlarınca dikkate alınmamaktadır. Masumiyet karinesi ortadan kalkmış olup kişinin suçsuzluğunu ispat etmesi gerekli hale gelmiştir. Soruşturma kapsamındaki kişi, iddianın gerçek olmadığını ispat etme zorunda bırakılmaktadır. Örneğin Bylock kullandığı iddiası ile hakkında soruşturma yürütülen bir kişinin gerçekte bu programı kullanıp kullanmadığı ilk planda soruşturmayı yapan birimlerce araştırılmamaktadır. Kişi bu iddia ile hemen gözaltına alınmakta, birkaç gün gözaltında tutulduktan sonra, hâkim karşısına çıkarılarak tutuklanması sağlanmaktadır. Dosyayı inceleyen hâkim de gerçekte böyle bir kullanımın olup olmadığını araştırmadan, iddia edilen suç ile ilgili yeterli ve kuvvetli suç *şüphe*sinin var olduğunu kabul ederek tutuklama kararları vermektedir. Soru*şturma sonucunda kamu davaları* açılmakta ve kişi özgürlüğünden yoksun bir şekilde, hâkim karşısına ağır bir ceza tehdidi altında çıkmaktadır.

Tutuklu kişinin iddia edilen suç ile ilgili telefon programını kullanmadığı iddiası, mahkeme tarafından araştırılmakta ilgili birimlere yazılar yazılmakta, yargılama süreci böyle devam etmektedir. Yargılama sürecinde yazılan yazılara verilen cevaplarda, bazı sanıkların Bylock programı kullanmadıkları yolunda yazı cevapları gelmektedir. Kişi ancak bu yazı ceva-

bı geldiğinde tahliye edilme olanağına kavuşmaktadır. Ancak mahkemeler tahliye kararı verirken kişinin adli kontrol altında tutularak; yurt dışı yasağı, güvenlik birimlerine imza verme, elektronik kelepçe kullanması gibi ağır koşullara tabi tutulmaktadır. Böylece kişi hem haksız bir tutuklama ile karşı karşıya kalmakta, hem de suçsuz olduğuna inanmasına, dosyalardaki deliller lehinde olmasına rağmen, özgürlüğü kısıtlılık altında kalmaktadır. Kişinin uğradığı haksız uygulamalar bununla da *sınırlı değildir. Genellikle karşılaşılan olaylarda; kişi kamu görevlisi ise öncelikle gözaltına alındığında, kamu görevinden ihraç edilmekte ve sosyal yaşamını devam ettirmek için gerekli olanakları elinden alınmaktadır. Kişi suçsuzluğunu ispat etme*k zorunda kalıp, isnat edilen fiili işlemediğini resmi kayıtlar ile kanıtlamasına rağmen, mağduriyeti giderilememektedir. İşinden atılmış durumda kalan kişi yine KHK ile kurulan komisyona işine son verilen yüzbinlerle ifade edilen kişilerden biri olarak başvuruda bulunma ve ne zaman biteceği belli olmayan bir komisyon kararını bekleme durumuna gelmektedir. Bu durumda bulunan kişilerin sosyal hayatlarındaki çöküntü ise devam etmektedir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

9- Sanığın Asgari Hak ve Güvenceleri

9.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

AİHSm. 6 bir bütün olarak âdil yargılamanın uyulması gereken koşullarını güvence altına almaktadır. Maddenin 1. fıkrası, âdil yargılamanın genel kapsamını belirlemekte ve daha önce belirtildiği gibi diğer iki fıkrada da daha çok suç isnadına ilişkin yargılamalara ilişkin bazı ilkeler özel olarak belirtilmektedir.

Bu bağlamda m. 6/3'te madde metnindeki "başlıca" *(notammant minimum)*; en azından suç kovuşturmasına sanığa tanınan hakları ve güvenceleri –sınırlandırıcı olmayacak bir şekilde- sıralamıştır. Bu belirlemeden de anlaşılacağı gibi 6. madde konusunda bir ihlâl iddiası incelendiğinde, maddenin koru-

ma altına aldığı âdil yargılanma hakkı ilkesi, bir bütün olarak alınmaktadır ve genel çerçeveyi çizen 6/1 maddesi ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu nedenle Mahkeme maddenin 3. fıkrasını konu alan başvurularda iddiayı genellikle 1. fıkra ile bağlantılı olarak değerlendirip karar vermektedir[111]. Bazı başvurularda da 3. fıkranın ihlâli ileri sürülen bendi açısından inceleme yaptıktan sonra iddianın ayrıca 1. fıkra açısından da incelenmesine gerek olmadığını belirtmektedir.

9.1.1. Suçlama Hakkında Bilgilendirilme Hakkı

Bir suçla itham edilen kişinin, suçlamayla ilgili detaylı olarak bilgilendirilmesi, etkili bir savunma yapması için gerekli olan en temel hakkıdır[112].

Kendisi hakkında ileri sürülen iddiaların ve suçlamanın konusu, hangi fiil veya fiilleriyle bu suçla ilişkilendirildiği ve bu fiil veya fiillerin neden olduğu suçlamanın hukukî nitelemesi konusunda ayrıntılı bilgilendirilmesi gerekecektir[113].

Sanığa verilecek olan bilginin, soruşturma süresince ortaya çıkarılacak yeni bilgi ve belgeleri de kapsaması gerekmektedir. Ayrıca bu hakkın, sanığa verilen bilginin ayrıntılı olması kadar bilgilerin hiçbir fiilî veya hukukî hataya yer vermeyecek şekilde sunulmasını da kapsamına aldığı belirtilmiştir[114].

Ulusal mahkemenin suç vasfının değişmesi kanaatine varması hâlinde bu konuda sanığa "yeni suçlamadan" dolayı yeterli savunma olanağı tanımaları gerekmektedir. Sadak,Zana/ Türkiye kararında Mahkeme, suç niteliğinin, karardan hemen önce sanıkların savunmalarını hazırlama olanağına sahip olmayacakları şekilde son duruşmada değiştirilmiş olmasını

111 AİHM, Luedicke, Belkacem et Koç/ Almanya, 28.11.1978, A 29, § 42,45,55
112 REID, K, a.g.e., s. 163
113 AİHM, X/ Avusturya, a.g.k.
114 AİHM, GeaCatalan/İspanya, 10.2.1995, a.g.k.

âdil yargılama ilkesinin m. 6/1 ile bağlantılı olarak m. 6/3-a,b hükmüne aykırı bulmuştur[115].

AİHS m. 6/3-c'de geçen *"kısa bir zamanda"* ifadesi kesin bir süreyi belirlememektedir. Bu konuda Mahkeme somut olaya göre değerlendirme yapmakta, bu sürenin makûl ve anlaşılır bir zaman içinde yapılması koşulunu aramaktadır[116]. Bu zaman, sanığın savunmasını hazırlamasını, hazırlayabileceği bir olanağa sahip olmasına ilişkin olduğundan, kısa zamanın başlangıç noktası, öncelikle kovuşturmaya geçildiği an; en azından yargıç önüne gönderildiği an olmalıdır. Sanığa yönelik bilgilendirmenin herhangi bir şekle bağlı olması zorunlu değildir. Bilgilendirmenin sanığın etkili savunma yapabilmesine elverişli bir şekilde amaca uygun olarak yapılması gerekir[117].

Sanığa suçlamayla ilgili verilecek bilgilerin sanığın anlayacağı dilde yapılması kural olarak zorunludur. Ancak bu, tüm dava dosyasının sanığın anlayacağı dile çevrileceği anlamına gelmez[118]. AİHS m. 6/3-a'da belirtilen, sanığın anlayacağı dilde bilgilendirilmesi ilkesi, m. 6/3'e ücretsiz tercüman yardımından yararlanma hakkı ile de bağlantılıdır.

9.1.2.Savunmanın Hazırlanması İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olma (m. 6/3-b)

Bir suç isnat edilen kişinin suç isnadı konusunda yeterli olarak bilgilendirildikten sonra, suçlamaya karşı kendini savunabilmesi için gerekli olan süreye ve olanağa sahip olma hakkı güvence altına alınmıştır[119].

Sanığa tanınması gerekli olan zaman ve kolaylıklardan ne anlaşılması gerektiği, mahkeme tarafından yargılama faali-

---

115 AİHM, Sadak, Zana, Dicle ve Doğan/Türkiye, 17.7.2001, § 43
116 AİHM, Kremzow/Avusturya, 21.9.1993; a.g.k.
117 GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s. 300
118 AİHM, Kamasinski/Avusturya, 19.12.1989; a.g.e.
119 AİHM, Engel et autres/Hollanda, 8.6.1976, A 22, s. 38, § 91

yetinin tümü göz önüne alınarak yapılacaktır. Yargılamanın aşamaları, davanın niteliği, konunun karmaşıklığı ve ilgilinin tutukluluk hâli gibi farklı durumlarda sanığa savunma için tanınması için gereken zaman ve kolaylıkların oranı farklı olabilecektir.

Mahkeme kararlarında "sanığa sağlanacak kolaylıklar" ifadesinde;

1- Bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenmesi olanağı,

2- Savunmada bulunabilmek için sanığın, avukatı ile serbestçe görüşebilmesi,

3- Gerekçeli mahkeme kararının sanığa usulü ile tebliği haklarını kapsamaktadır.

Yukarıda sayılan "kolaylıkların" sanığa mutlak olarak sunulması zorunlu değildir. Savunmayı olanaksız kılmamak ve makul sınırlar dâhilinde belli bir zaman için sınırlanması bent hükmüne aykırı görülmemektedir[120].

Mahkeme sanık avukatının dava dosyasını inceleme hakkına belli bir ihtiyaç nedeniyle sınır getirilmesini dem. 6/1-b'nin ihlâli olarak görmemiştir[121].

Sözleşme organları sanığın avukatı ile olan ilişkilerinde yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olmasını da bendin koruması kapsamında değerlendirmiştir[122].

9.1.3.Sanığın Savunmasını Bizzat veya Avukat Yardımıyla Yapması

AİHS m. 6/3-c 'de sanığın kendi kendini savunmasını veya kendi seçeceği bir müdafi veya mahkeme tarafından tayin edi-

120 AİHM, Bricmont/Belçika, a.g.k.
121 AİHM, Schuler-Zgragen/İsviçre, 24.6.1993, A 264, § 52
122 Kom. K, X ve Y./Avusturya, req. no. 7909/77, s. 162-163

lecek bir avukat yardımından yararlanması hakları düzenlenmiştir.

9.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Dosyalardaki gizlilik kararı nedeniyle şüpheli ve müdafiin DOSYAYA ERİŞİM HAKKI ihlal edilmiştir. CMKm. 153'e göre; ancak SORUŞTURMANIN AMACININ TEHLİKEYE DÜŞMESİ durumunda gizlilik kararı verilebilir. AYM, Can DÜNDAR-Erdem GÜL kararında gizlilik kararının savunma hakkını ihlal etmemesi için KİŞİYE İSNAT EDİLEN SUÇUN NİTELİK VE SEBEBİNİN VE AYRICA İSNAT EDİLEN FİİLLERİN AÇIKÇA GÖSTERİLMESİ gerektiğine karar vermiştir. Soruşturma dosyalarının birçoğunda sanıklarla ilgili bir belge, fiil ve olgu sorulmamıştır. Böylece sanıklar savunma yapacağı konuyu bile öğrenme hakkından yoksun bırakılmıştır.

10.Tanıkların Dinlenmesinde Eşitlik ve Gizli Tanık

10.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği Mahkeme içtihatlarınca hakkaniyete uygun yargılamanın gerektirdiği bir sonuç olan silahların eşitliği ilkesinin en önemli gereklerinden biridir. Silahların eşitliği bölümünde bu güvence daha ayrıntılı olarak incelendiğinden bu bölümde kısaca değerlendirilecektir[123].

Silahların eşitliği ve yargılamada vicahilik gibi ilkeleri Mahkeme hakkaniyete uygun yargılamanın zımni gerekleri olarak kabul etmektedir. AİHS m. 6/3-d de bu ilkeleri kapsamında olan daha özel bir ilkedir. AİHS m. 6/3'te yer alan ilkeleri m. 6/1 ile birlikte değerlendiren sözleşme organları, tanıklara ilişkin olan bu ilkeyi de geniş yorumlayarak bilirkişi ve diğer ispat araçlarını kapsayacak şekilde değerlendirmişlerdir[124].

---

[123] GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s. 306
[124] AİHM, Bönish/Avusturya, 6.5.1985, A 92, § 92

Mahkeme bu ilkenin sanığa mutlak olarak istediği kişileri savunma tanığı olarak dinletme hakkı vermediği şeklinde yorumlamıştır. Bu konuda takdir yetkisinin kural olarak ulusal mahkemede olduğunu belirtmekle beraber ulusal mahkemelerin değerlendirme yaparken taraflar arasında eşitliğin gözetilmesi ve sunulan delilin yararlı olup olmadığı konusunda hakkaniyete uygun şekilde karar verme durumunda olduğunu belirtmiştir[125].

AİHM sunulan delillerin gerekliliği konusunda takdir yetkisinin ulusal makamlara ait olduğunu, kendi işlevinin yargılamanın bir bütün olarak hakkaniyete uygun olup olmadığını değerlendirme konusunda olduğunu belirtmiştir[126].

Mahkeme yargılamayı bir bütün hâlinde değerlendirdiği için iddia ve savunma tanıkları arasında sağlanan sayısal değil, nitelik eşitliğini aramaktadır. İddia ve savunma arasında tez ve antitez şeklindeki âdil tartışma olanağının ve dengesinin sağlanıp sağlanmadığı incelenmektedir[127].

Komisyona göre savunma tarafından sunulan bir tanığın reddedilmesi durumunda mahkeme bu reddin gerekçesini kararında göstermek zorundadır. Tanığın gerekçe gösterilmeden reddedilmesi m. 6/3-d'nin ihlâli niteliğindedir[128].

Mahkeme tanık ve tanık beyanı kavramlarını ulusal düzenlemelerdeki anlamlarından bağımsız olarak değerlendirmektedir. Bunların otonom kavramlar olduğu belirtilmektedir. Savunma hakkının etkili olarak kullanılabilmesinin bir gereği olarak sanığın iddianın kanıtlarını bilme, bunlarla yüzleşme ve tartışma olanağı sağlanması gerekmektedir. Bu husus silahların eşitliği ile birlikte d bendiyle güvence altına alınmıştır[129].

---

125 AİHM, Unterpentinger/Avusturya, a.g.k.
126 AİHM, Barberra/İspanya, a.g.k.
127 AİHM, Boggers/Belçika, a.g.k.
128 AİHM, Bricmont/Belçika, 7.7.1989, A 158, § 89
129 AİHM, Kostovski/Hollanda, a.g.k.

Delillerin açık duruşmada iddia ve savunmayı oluşturan taraflar önünde tartışılması yargılama hukukunun en önemli gereklerinden biridir. Silahların eşitliği ilkesi açıklanırken bu konu ile ilgili daha ayrıntılı açıklama yapılmıştır.

10.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Cumhuriyet Savcılarının soruşturma sırasında ulusal yargı sistemimize ve yasal düzenlemelere aykırı olarak soruşturma yürütmeleri kovuşturma aşamasının adil yürütülmesini de engellemektedir. Güvenlik kuvvetleri, soruşturmayı C. Savcıları adına yürütmektedir. İçinde bulunulan olağanüstü ortamda Cumhuriyet Savcıları soruşturmalarda gerekli özeni göstermemektedir. Ceza yargılama sistemimizde sanık olan bir kişinin tanık olamayacağı ve tanık olarak dinlenemeyeceği yasalar ile hükme bağlanmıştır.

Şüpheli sıfatı ile gözaltına alınan kişiler aleyhine usulsüz bir şekilde, "gizli tanık" adı altında bazı kişilerin ifadesine başvurulmaktadır. Gerçekte bu kişiler aynı soruşturma kapsamında şüpheli/sanık konumunda olmalarına rağmen beyanlarına itibar edilmektedir. Ceza yargılama sistemimizde, tanık 3. kişidir. 3. kişi konumunda olan tanık dıştan gelen, görgüsü ve bilgisi dahilindeki vakıaları hâkime aktaran ve anlatan kişidir. CMK m. 236/1 suç mağdurlarının tanık sıfatı ile dinlenebileceklerini hükme bağlamıştır. Bunlar dışında tanık olarak dinlenebilecek kişiler olay ile ilgili bilgisi olabilecek 3. kişilerdir. Bir kişinin sanık olarak yargılandığı bir davanın soruşturma ve buna bağlı olarak açılan kamu davasının kovuşturma evresinde tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. Ceza yargılama sistemimiz buna izin vermemektedir. Soruşturmayı yapan ve soruşturma dosyası elinde olan bir Cumhuriyet Savcısının yasanın bu kuralını bilmemesi mümkün değildir. Bu yasal düzenlemeye rağmen Cumhuriyet Savcısı, hakkında soruşturma yürüttüğü bir kişiye kod adı vererek gizli tanık olarak dinlemekte ve tanık olarak dinlediği kişinin beyanını hiçbir yan

delil ile desteklemeden, gizli tanığın ifadesinde iftirada bulunduğu kişiler hakkında soruşturma başlatarak bu kişilerin tutuklanmasını sağlamaktadır. Soruşturma sonucunda Cumhuriyet Savcısı, gizli tanık olarak dinlediği kişi hakkında aynı soruşturma dosyasında, dinlediği gizli tanık hakkında, sanık sıfatı ile kamu davası açmaktadır. Bu uygulama Cumhuriyet Savcılarının soruşturmaları ne kadar özensiz ve yasaları hiçe sayarak yürüttüklerini göstermektedir. Bu şekilde haklarında soruşturma ve sonrasında kamu davası açılan bir kişinin gizli tanığın kimliğini bilmesi ve ortaya çıkarması yasal düzenlemeler karşısında çok zordur. Bu konuda mevcut yasal düzenlemelerin başında 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu gelmektedir. Tanık koruma Kanununun 2. maddesinde tanığın tanımı yapılmıştır. M. 2/1-a'ya göre; "*Tanık: Ceza Mahkemesinde tanık olarak dinlenen kişiyi, tanık sıfatı ile dinlenen suç mağdurlarını ve kanunda belirtilen yakınlarını… ifade eder.*" Bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi sanık durumunda bulunan bir kişi tanık olarak dinlenemez. Aynı yasanın 5. maddesine göre; bu kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanacak tanık koruma tanık koruma tedbirleri şunlardır:

a) kimlik ve adres bilgileri kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ayrı bir adres tespit edilmesi,

b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.

c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.

ç) Fizikî koruma sağlanması.

d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:

1) Adlî sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması. e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.

f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.

g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.

ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.

h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi

Ayrıca m. 10/2'nin son *cümlesi*nde *"Tanığın Gerçek kimlik ve adres bilgileri ile koruma kararı ayrı bir kartonda muhafaza edilir."* denmektedir.

Bu yasal düzenlemeler karşısında, soruşturmada şüpheli veya sanık konumunda olan bir kişinin gizli tanığın gerçek kimliğine ulaşması çok zor bir durumdur. Yargılama makamının kabulü halinde gizli tanığın kimliği araştırılabilir. Böyle bir araştırmanın kabul edilmemesi halinde, gizli tanık yasalara aykırı bir şekilde dinlenmiş veya gizli tanık olma sıfatını taşıma olanağı bulunmayan bir kişi olsa bile, bunun ortaya çıkması mümkün değildir. Böyle bir durum ise kişinin hak mahrumiyetine uğramasına, hukuka aykırı bir delilin, delil olarak kabulüne ve bu uygulama sonucunda Sanığın cezalandırılmasına sebep olacak haksız ve adaletsiz bir durum ortaya çıkmaktadır.

11.Silahların Eşitliği

11.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Mahkemeye göre âdil (doğru) yargılamanın ilk ve en önemli şartı "silahların eşitliği ilkesi"dir. Bu ilkeye göre mahkeme önünde sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında (sav-savunma, davalı-davacı) tam bir eşitliğin olması ve bu dengenin tüm yargılama süresince korunmasıdır. Bunun anlamı, yargılama faaliyetinin iddia ve savunma süjeleri arasındaki mücadele bağlamında "eşit silahlarla" (equility of arms) yapılmasıdır[130].

Ceza yargılaması kapsamında, Kara Avrupa hukukunda kavram olarak yer almayan bu ilke Anglo-Amerikan hukukundan uyarlanmıştır. Bu kavram, ilk olarak Neumeister/Avusturya kararında uygulanılmış ve bu karardan sonra m. 6/1 kapsamında hakkaniyete uygun yargılama koşullarından birini oluşturan bir ilke olarak kabul edilmiştir[131].

Bu eşitlik ilkesi hem ceza hem de medenî hukuk yargılamalarda uygulanacak bir ilkedir. Silahların eşitliği ilkesi bir özel hukuk yargılamasına ilişkin olan DomboBeheer/Hollanda kararında şu şekilde ifade edilmektedir: "*Çatışma hâlindeki özel menfaatleri içeren uyuşmazlıklarda silahların eşitliği bir tarafı, davanın diğer tarafı karşısında nitelikli bir dezavantaj içine sokmayacak şartlar altında, her bir tarafın delilleri de dâhil olmak üzere, davasını ortaya koymak için makul bir olanağa sahip olması zorunluluğu demektir.*[132]"

Mahkeme, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını gözetirken, somut olaydaki eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığını incelemektedir[133].

---

130 REID, Karen, a.g.e., s. 90
131 AİHM, Neumeister/Avusturya, a.g.k.
132 AİHM, DomboBeheer/Hollanda, a.g.k.
133 AİHM, Delcout/Belçika, a.g.k.

6. maddenin 3. fıkrasının d bendinde özel olarak sayılan "tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği" ceza yargılamasında silahların eşitliği ilkesinin bir uzantısıdır. 6/3-d bu ilkenin önemli bir kısmını güvence altına almaktadır.

Çekişmeli yargılama, silahların eşitliği ilkesinin en önemli gereklerinden biridir. Çekişmeli yargılama kavramı da 6. madde metninde geçmemesine rağmen hakkaniyete uygun yargılama yapılabilmesinin koşullarından biri olarak kabul edilmiştir. Sözleşme organları, bu ilkeyi, bir davada tarafların, karşı tarafın sunduğu delil veya dosyada yer alan mütalaalar hakkında bilgi sahibi olma ve bunlar hakkında yorum yapma imkânına sahip olması şeklinde yorumlamışlardır[134]. Çelişmeli yargılamadaki eşitlik ilkesinin sağlanması gereken koşullar şunlardır:

a- Karşı delil sunma yönünden eşitlik,

b- Bilirkişi incelemesi konusunda eşitlik,

a- Savcılık ve savunma arasındaki usulî eşitlik.

Mahkeme içtihatları sonucu silahların eşitliği ilkesinde doğan kurallar şu şekilde kümelenebilir:

a- Ceza davasında sanık (savunma) ve savcı (iddia) eşit durumda olmalıdır. Savcılık tarafından mahkemeye sunulan tüm belgeler, sanığa savunmasını yapabilmesi için verilecek ya da tebliğ edilecektir[135],

b- Temyiz incelemesinde, kararın daire tarafından incelenmesi sırasında başsavcının duruşmada hazır bulunması, silahların eşitliğinin bozulmasıdır[136],

c- Ceza ve hukuk davalarında mehiller tüm taraflar için aynı olmak zorundadır[137],

---

134 AİHM, Kremzov/Avusturya, a.g.k.
135 AİHM, Kuopila/Finlandiya, 27.4.2000
136 AİHM, Borgers/Belçika, a.g.k.
137 AİHM, Kremzol/Avusturya, a.g.k.

d- Tanıklar (iddia-savunma tanıkları; davalı-davacı tanıkları) aynı koşullar altında dinlenecektir[138],

e- Savcılık mütalaasının sanığa tebliğ edilmemiş olması silahların eşitliği ilkesine aykırılık teşkil eder[139],

f- Davanın tarafları, karşı tarafça sunulan kanıt belgeleri tartışma olanağına sahip olacaklardır[140].

11.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Müdafinin savunma olanağını kısıtlayan düzenlemeler arasında özellikle gizlilik kararları adil yargılamanın temel ilkesi olan silahların eşitliğini ortadan kaldırmaktadır. Mahkemeler tarafından yapılan tutukluluk halinin devam edip etmeyece*ği yönündeki* değerlendirmelerde savunma yok sayılmakta, değerlendirmelere savunma çağrılmamakta ve görüşleri alınmamaktadır. Buna karşın iddia makamı davet edilmekte ve iddia makamının katılımı ile tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği yönünde kararlar verilmektedir. Bu uygulama açık bir şekilde adil yargılanma hakkını olumsuz yönde etkileyen yasaya ve silahların eşitliği kuralına aykırı bir durumdur. Yargılama öncesi soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimleri tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği yolunda karar verirken, savunma avukatlarını davet edip talep ve görüşlerini alması, CMK ile sağlanan bir hak olmasına rağmen 667 sayılı KHK ile Sulh Ceza Hâkimlikleri bu incelemeyi dosya üzerinden yapmaktadır.

Savcıların CMK m. 160/2 gereğince şüpheli lehinde olan delilleri toplama görevi de vardır. Ancak uygulamada savcılar şüpheli lehinde olan delilleri toplamayı görevleri kapsamında görmemektedirler. Savcıların şüpheli lehine delil toplama hakkı ve yükümlülüğü olmasına rağmen bunu yapmadıkları

---

138 AİHM, Anker/İsviçre, a.g.k.
139 AİHM, Göç/Türkiye, 9.11.2000
140 AİHM, Feldburugge/Hollanda, 29.1.1986, A 99, § 44

gözlenmektedir. Kaldı ki savunma avukatlarının şüpheliyi savunacak olmasına rağmen delil toplama hakkı bulunmamaktadır. Müdafiin delil toplama yönündeki talepleri ve sundukları delillerin değerlendirilmesi savcılığın takdirindedir. Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda acil değişiklik yapılarak savunma avukatlarına delil toplama ve delil sunma hakkının tanınması ve bu sunulan delillerin değerlendirilmesinin zorunlu kılınması yönünde düzenleme gerekliliği bulunmaktadır. Adil yargılama, silahların eşitliği ve hakkaniyete uygun yargılanma ilkeleri bunu gerektirir.

AİHMNicolova davasında silahlarda eşitlik bulunmasının en önemli sonuçlarından birinin soruşturma dosyasına ulaşabilme hakkı olduğunu belirlemiş ve savcının beyanlarına veya görüşlerine karşı etkili bir şekilde savunma yapılabilmesinin ancak savunmanın bu belgelere ulaşması halinde mümkün olacağını tespit etmiştir.

KHK kapsamında alınan gizlilik kararı nedeniyle dosyadaki delillerin bilinmemesi nedeniyle avukatların CMK m. 160/2 gereğince savcının lehe delilleri toplayıp toplamadığına ilişkin hukuki müdahale imkanı bulunmamaktadır. Böylece savcının lehe delil araştırması yapıp yapmadığı denetimi ortadan kalkmıştır. Bu düzenleme ve uygulamaların tamamı ADİL YARGILANMA HAKKINA aykırılık oluşturmaktadır

12.Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

CMK m. 191 gereğince duruşmanın başlaması için sanığın duruşma salonunda hazır olması gerekmektedir. Hazır bulunmayan sanık hakkında yargılama yapılmaz. Mazeretsiz olarak duruşmaya gelmeyen sanık hakkında CMK m. 193/1 gereğince zorla getirme kararı verilir. Sanığın duruşmada bulunma hakkının istisnası CMK m. 194'te düzenlenmiştir. Buna göre; belirli koşulların varlığı halinde ve sanığın kendisinin ya da bu hususta yetkilendirdiği avukatı tarafından sanığın duruşmalardan vareste tutulması istenebilir.

12.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Bu ilke daha önce aktarılan "aleni duruşma" (publichearing) hakkıyla bağlantılıdır. Ancak bu ilke dar anlamda kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat katılmasını içermektedir. AİHS m. 6/1'de açıkça belirtilmemişse de "aleni yargılama" ilkesinden dolaylı olarak anlaşılan bir ilkedir. Ayrıca m. 6/3 c, d, e bentlerinde de daha somut olarak kapsam dâhilinde olduğu anlaşılan bir haktır[141].

Bu hak aynı zamanda hakkaniyete uygun yargılama ilkesinin de zımnî bir unsurudur. Ceza davalarında geçerli ve bazı durumlarda medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin davalarda uygulanan bir ilke konumundadır. İlkenin uygulamada suç isnadına ilişkin davalar ve medenî yargılamaya ilişkin davalarda hazır bulunma hakkını ve duruşmaya etkili katılma hakkını içerdiği kabul edilmektedir[142].

12.1.1.Suç İsnadına İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Kendisine suç isnat edilen sanıklar için duruşmada hazır bulunma hakkı, hakkaniyete uygun yargılamanın bir gereği olarak kabul edilmektedir. 6. madde tümüyle değerlendirildiğinde, âdil bir yargılama için sanığın kendisi ile ilgili, davanın duruşmalarına bizzat katılma hakkı olduğunun kabulü gerekir[143].

Ayrıca m. 6/3-c, d'de sanığın kendini savunma hakkı, iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek hakları olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu hakların kullanılabilmesinin ön koşulu sanığın duruşmada bizzat hazır bulunabilme hakkıdır[144].

---

141 AİHM, Bricmont/Belçika, 7.7.1989
142 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 249
143 AİHM, Monnel ve Morris/Birleşik Krallık, a.g.k.
144 AİHM, Barbera/İspanya, a.g.k.

Sanık hakkında mahkûmiyet yolunu açabilecek yargılama faaliyetine sanığın aktif olarak katılmasında menfaati olduğu açıktır. Davaya aktif olarak müdahale edemeyen bir sanığın, savunma hakkını kullanabilme olanağı bulunmayacaktır[145]. SEGBİS ile alınan ifadelerle bu hak ciddi anlamda zedelenmektedir.

Hazırlık soruşturmasında kimi zaman sanığın yokluğunda toplanan delillerin, sanığın bulunduğu bir duruşmada tartışılmadan delil olarak kabul edilmesi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir[146].

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak bir hak olmamakla beraber bu hakların sınırlanabilmesi için gerekli koşulların gerçekleşmesi gerekir. Sanığın duruşma düzenini bozma, tanığın korkutulması hâli veya kimliği gizli tutulan tanığın dinlenmesi hâlinde bu haktan sapılması uygun görülebilmektedir. Bu konudaki sınırlamalar, durumun gerektirdiği ölçüde ve keyfiliğe yol açmayacak şekilde olmalıdır[147].

Bu konuda devletin, sanığın duruşmada hazır bulunmasını engellememe yanında (olumsuz edim) sanığın duruşmada hazır bulunması imkânını oluşturan edimi (olumlu edim) de bulunmaktadır. Colozza-İtalya davasında[148], eski adresinde bulunamadığı için "latitante" (aranan kişi) ilan edilen başvurucunun davası, gıyabında sürdürülmüş ve mahkûm edilmiştir, oysa başka bir suçla ilgili olarak Roma polisinin ve savcılığın bazı bölümleri başvurucunun yeni adresini bulmuşlardır. Mahkemeye göre, "*bu durumu, Sözleşmeye taraf devletlerin madde 6'da koruma kapsamına alınmış hakların etkili olarak kullanımını sağlamak için göstermeleri gereken gayretle bağdaştırmak mümkün değildir.*" Sanığı duruşmada hazır bulundurma edimini yerine

145 AİHM, Colozza/İtalya, a.g.k.
146 AİHM, FCB/İtalya, a.g.k.
147 AİHM, Barberra/İspanya, a.g.k.
148 AİHM, Colozza/İtalya, a.g.k.

getirmeyen devlet organlarının, sanığın gıyabında duruşma yapmaları hakkaniyete uygun yargılamanın gerekleriyle bağdaşmaz.

Sanığın duruşmaya gelmemesi veya saklanması hâlinde, bu haktan feragatin olup olmadığı sözleşme organlarınca müstakil olarak ayrı ayrı değerlendirilmiştir[149].

Bu konuda Goddi/İtalya davasında Mahkeme, sanığa usulüne uygun tebligat yapılmasına rağmen sanığın duruşmalara katılmamasının feragat anlamına gelebileceğini belirtmiştir. Ancak bu feragatin kamu yararına aykırı olmaması, açık ve şüpheye meydan vermeyecek şekilde olması gerekir[150].

12.1.2.Medenî Hak ve Yükümlülüğe İlişkin Davalarda Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Sözleşme organları, duruşmada hazır bulunma hakkının medenî yargılamada ceza yargılamasında olduğu kadar zaruri bir unsur olmadığı kanaatindedir. Ancak ceza davası dışındaki davalarda da duruşmada hazır bulunma, hakkaniyete uygun yargılanma açısından zorunlu olabilir. Medenî bir yargılamanın tarafı durumundaki kişinin; kişisel özellikleri, yaşama biçimi, davranışları kararın oluşmasında doğrudan etkili olabilecektir. Bu durumda duruşmanın, sanığın gıyabında görülmesi ile âdil bir yargılama yapılamayacağından kabul edilmemektedir. Örneğin; ebeveynlerinin boşanma sonrası çocuklarını görme haklarına ilişkin veya çocuğun bakımı ve gözetimi ile ilgili davalar bu türdendir[151].

Bu konular dışındaki davalarda tarafların avukatlarının duruşmaya katılmaları yeterli bir temsil olanağı sağlıyorsa tarafın kendi yokluğunda duruşmanın görülmesi bu hakkın ihlâl

149 AİHM, Stanford/Birleşik Krallık, a.g.k.
150 AİHM, Goddi/İtalya, a.g.k.
151 AİHM, X/İsveç, a.g.k.

edildiği anlamına gelmemektedir. Aksini ispat başvurucuya düşecektir[152].

12.1.3.Duruşmaya Etkili Katılma Hakkı

Ceza yargılaması ve medenî hak ve davalarında tarafların duruşmaya şeklî olarak hazır bulunmaları yeterli olmamaktadır. Yargılama sürecine etkili bir biçimde katılabilme olanağının da sağlanması gerekecektir.

Mahkeme, Stanford/Birleşik Krallık kararında[153] tecavüz, adam kaçırma, hukuka aykırı cinsel ilişki kurma suçlarının hepsinden yargılanan başvurucu, duruşma sırasında cam engelin arkasında durmak zorunda bırakılması ve bu nedenle duruşmada söylenenleri anlayamaması nedeniyle yaptığı başvuruda ihlâl olmadığı kanaatindedir.

Sanığın duruşmaya katılma hakkı, duruşmada hazır bulunmanın yanında duruşmayı izleme, duyma ve anlama olanağı sunulmadan bir anlam ifade etmeyecektir. Bu nedenle bu hakların bir bütün olarak sağlanması gerekmektedir[154].

Sözleşme organları, ilk derece yargılama sonrası aşamada, duruşmada hazır bulunma hakkının sınırlanabilmesinin maddeye aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindedir. Üst mahkeme, hukukilik denetimi yapan bir organ ise bu davanın duruşmasında hazır bulunma hakkının olmayabileceği kanaatindedir[155]. Ancak maddî ve hukukî denetim yapıldığında bu hak söz konusu olabilecektir.

12.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

CMK'un 108. Maddesine göre yapılan aylık tutukluluk halinin incelenmesi kararlarında, 668 sayılı OHAL KHK'sinin

---

152 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 251
153 AİHM, Stanford/Birleşik Krallık, a.g.k.
154 AİHM, Zana/Türkiye, a.g.k.
155 AİHM, Komasanski/Avusturya, a.g.k.

3/Ç maddesine göre duruşma yapmadan ve dosya üzerinden yapılan inceleme ile tutukluluk halinin devamına karar verilmektedir. AİHM'si Hussain ve Kompanis, Wloch davalarında, hukukilik denetimi kavramlarından doğal olarak çıkan ilk temel güvencenin tutuklamaya karşı başvuruyu inceleyen yargıç tarafından etkili bir şekilde dinlenme hakkı olduğunu, tutukluluk incelemelerinin duruşmalı yapılması gerektiğini ve duruşmanın "çekişmeli yargı ilkesine" uygun bir şekilde yapılması gerektiğine karar vermiştir. Görüldüğü üzere Sulh Ceza Hâkimliğinin dosya üzerinden karar vermesi durumu Anayasanın 19 ve 36.maddelerine aykırı olduğu gibi, kanunların (KHK'LARIN) Anayasaya aykırı olamayacağına dair Anayasanın 11/2 maddesine de aykırıdır. Aynı şekilde AİHS'in 5/4 ve 15.maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

SEGBİS yöntemiyle ifade alınması özellikle sanıklar için getirilmiş bir kolaylaştırma mekanizması iken yukarıda da yer yer açıklandığı üzere; sanıkların mahkemeye etkin katılımını engelleme amaçlı kullanılmaktadır. Özellikle yargılamada vicahilik (yüzyüzelik) ilkesine aykırı şekilde, bazı sanıkların mahkemeye bizzat katılımı engellenmektedir. Sanıkların kimliğini bilmedikleri gizli tanıkların soyut atfı cürümlerine karşı yargılamaya etkili katılım sağlamadan savunma yapması beklenmektedir. Bu kovuşturma süreçlerinde adil yargılama koşullarının sağlanması olanaksızdır.

13.Susma ve Kendini Suçlamama Hakkı

13.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Ceza davalarında, hakkaniyete uygun yargılamaların bir koşulu olarak kendi mahkûmiyetine yardımcı olmama, kendi aleyhinde beyanda bulunmaya zorlanmama hakkını içerir. Kişinin kendi kendini suçlayıcı bir duruma düşmemesi için susma hakkının ve kendini suçlamama hakkının tanınması, âdil yargılanma hakkının önemli bir uzantısıdır[156].

[156] İNCEOĞLU, a.g.e., s. 248

İkrara zorlanma yasağıyla doğrudan bağlantılı olan bu ilke, çağdaş hukuk düzenlerinin ulaştığı düzeyin bir ifadesidir. Eski çağlarda "delillerin kraliçesi" olarak kabul edilen "ikrar"ın günümüzde insan haklarına aykırı şekilde elde edilmesini önleme amacıyla, kişiye susma hakkı tanınmıştır. AİHS m. 6'da "susma hakkı" ile ilgili açık bir ifade olmasa da bu hakkın âdil yargılamaya zımnen dâhil bir unsur olduğu kabul edilmektedir[157]. Medenî ve siyasî haklar sözleşmesi m. 14/3-g'de yer alan bu hakkın, AİHM tarafından da âdil yargılama hakkına dâhil olduğu kabul edilmektedir.

Bu hakkın içeriğini oluşturan iki hususa yer verilecektir.

Kendini Suçlayıcı Belge Veya İfade Elde Etmek İçin Kişiyi Zorlama

Susma ve kendini suçlamama hakkı kişiye, aleyhine olan ifadeyi vermeme ve de aleyhine olan belgeleri vermeme hakkını kapsar.

Funke/Fransa davasında başvurucu kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye sunmadığı için para cezasına çarptırılmıştır. Bu nedenle yapılan başvuruda Mahkeme başvurucuyu haklı bulmuş ve aleyhine olan belgeleri vermemesinden dolayı sanığa ceza verilmesinde sözleşmeye aykırılık olduğu kanaatine varmıştır[158].

Sanığın Sessiz Kalmasından Sonuç Çıkarma

Ulusal mahkemeler kural olarak sanığa tanınmış bir hak olan "susma hakkı" kullanıldığı zaman, salt bu hakkın kullanılmasını sanığın aleyhine yorumlayacaklardır. AİHM değerlendirme yaparken, sanığın susmasının, ulusal mahkemece sanığın aleyhine yorumlandığının ispatına önem vermektedir

157 AİHM, Feldbrugger/Hollanda, a.g.k.
158 AİHM, Funke/Fransa, a.g.k.

Sözleşme organları, belli durumlarda bu hakkın mutlak olarak uygulanamayacağı kanaatindedir. John Murray kararında AİHM şu ölçütlere göre âdil yargılama hakkının ihlâl edilmediği kanaatindedir[159]:

a- Sanığın susma hakkı mutlak değildir,

b- Bir ceza tehdidi ile konuşturulmaya zorlanmaması gerekir. Fakat susmasının kendi aleyhine sonuç çıkarılmasına neden olabileceği konusunda uyarılabilir,

c- Savcılığın sunduğu güçlü fakat izah edilmeyi gerektiren deliller varsa bu deliller karşısında sanık tarafından açıklama yapılmaması, deliller değerlendirilirken suçlu olduğu yönünde bir sonuç yaratabilir,

d- Sanığın susması, sorulara cevap vermemesi veya delil göstermemesi mahkûmiyetin tek ve esas dayanağı olamaz, başka deliller de olmalıdır,

e- Mahkemenin, bu şekilde bir sonuç çıkarması hâlinde gerekçenin detaylı olması, bu konuda sanığın açık bir biçimde aydınlatılmış olması, bir üst mahkeme tarafından tekrar incelenme güvencelerinin olması gerekir.

Bu noktada, susma hakkını kullanan sanığın **mahkûmiyeti için**, bu hakkın kullanılmasının "asıl belirleyici" olup olmaması ölçütü mahkeme tarafından tüm somut olaylarda ayrı ayrı değerlendirilmektedir[160].

13.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Anayasanın 38/7. maddesine göre; CEZA SORUMLULUĞU ŞAHSİDİR. Savcılık ifade tutanağında BİRDEN FAZLA ŞÜPHELİ HAKKINDA ŞABLON soruların sorulması Anayasanın

159 AİHM, John KevinMurray/Birleşik Krallık, a.g.k.
160 AİHM, Hamil/Birleşik Krallık, a.g.k.

38. maddesine aykırıdır. İsnat edilen suçla ilgisi olmayan, matbu özgeçmiş niteliğinde, delil üretme amacı güden, dosya kapsamında bulunan hiçbir delil ile ilgisi bulunmayan, isnat edilen herhangi bir fiil veya olayla ilgisi ve bağlantısı bulunmayan, aile hayatının gizliliği ve verilerin korunması ilkesine aykırı sorular ile ifadelerin alınması ve aynı sorular ile sorguya çekilmeleri Anayasanın 36. maddesi İle AİHS'nin 6. maddesinde geçen ADİL YARGILANMA HAKKINA aykırılık oluşturmaktadır.

14.Delillere İlişkin Temel İlkeler ve Haklar

14.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Sözleşmenin 6. maddesi, belirli delil kurallarına uyulması konusunda, sözleşmeyi imzalayan devletleri yükümlü kılmamaktadır. Delillerin kabulü ve değerlendirilmesi asıl olarak millî mahkemenin yetki alanındadır. Ulusal mahkemenin, delilleri uygun şekilde değerlendirip değerlendirmediği sözleşme organlarının yetkisinin dışında kalmaktadır[161].

Avrupa Komisyonunu oluşturan ülkelerdeki büyük sistem farklılıkları incelendiğinde bu durumun kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme organlarının ilk derece mahkemesinin kararını bozma gibi bir yetkisi olmadığından bu yaklaşım kaçınılmaz olmaktadır. Bununla birlikte sözleşme organları, devletlerin aşmaması gereken bazı sınırlar koymuş ve herhangi bir hukuk sisteminde bazı temel delil kurallarına uyulmaması hâlinde yargılamanın hakkaniyete uygun yapılmadığı kanaatine ulaşmıştır[162].

Delile yönelik bir dengesizlik veya adaletsizlik iddiası yargılamanın bütünü göz önüne alınarak incelenecektir[163]. Mahkeme tarafından;

---

161 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 274
162 AİHM, Brennan/Birleşik Krallık, a.g.k.
163 REID, K, a.g.e., s. 99

a- Başvurucunun yargılamaya etkili bir biçimde katılma olanağının olup olmadığına,

b- Savunmanın konum olarak önemli şekilde zarar görüp görmediğine,

c- Millî mahkemenin değerlendirmesinin keyfî olup olmadığına bakılacaktır.

Bu anlamda genel olarak mahkemenin delillere ilişkin olarak geliştirdiği ayrımları incelemek gerekir.

14.1.1.Delillerin Duruşmada Sunuluşu ve Tartışılması

Ceza davalarında genel kural olan, savunma aleyhindeki delillerin aleni olarak sanığın huzurunda mahkemeye sunulmasıdır. Yargılamada "vicahilik" mahkemenin delillerle doğrudan karşı karşıya gelmesi ilkesinin bir sonucu olduğundan AİHM tarafından gözetilen hususlardandır.

Bir gün süren duruşmada, 36 yıllık mahkûmiyet hükmü verilen kapsamlı bir davada şu ihlâller saptanmıştır[164]:

a- Sorgulanması veya sorgulatılması mümkün olmayan tanıkların yazılı ifadelerine başvurulmuş,

b- Evinde elde edildiği iddia edilen silah, malzeme ve belgeler mahkemeye sunulmamış, bu da savunma olanağını ortadan kaldırmıştır.

Bu nedenle mahkeme, hakkaniyete uygun olmayacak şekilde delillerin değerlendirildiğini tespit ederek ihlâl saptamıştır.

14.1.2.Delillerin Kabul Edilebilirliği

AİHS M. 6'da; "hukuka aykırı olarak" toplanan delillerin davada kullanılamayacağına ilişkin bir ifade bulunmamaktadır.

---

164 AİHM, Barberra/İspanya, a.g.k.

Bu nedenle sözleşme organları, ulusal hukuka göre yapılan bir ceza yargılamasında "hukuka aykırı biçimde toplanan delillerin kullanılmasına izin veren kuralı" doğrudan hakkaniyete uygun yargılamaya aykırı bulmamaktadır[165].

Delillerin değerlendirilmesi konusunda ortak bir Avrupa yaklaşımının olmaması nedeniyle sözleşme organları, bu konuyu bir iç hukuk sorunu olarak görmektedirler

Ancak, hukuka aykırı bir delilin davada kullanılışı bütün olarak yargılamayı hakkaniyete aykırı hâle getirebilmektedir. Özel yaşamın gizliliğine aykırı olarak toplanan delil, mahkûmiyet kararı sadece veya esas olarak bu delile dayanıyorsa hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmektedir[166].

İşkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ile elde edilen ifade, sanık ve tanıkların açıklamalarında her türlü iradelerine baskı kuran muamelelerle delil elde edilmesi yasaklanmıştır (AİHS Madde 3). Sözleşme organları bu tür yasak yollarla elde edilen delillerin âdil yargılanma hakkının ihlâli olduğu sonucuna varmaktadır[167].

Sözleşme organları, hakkaniyete aykırı olarak kullanılmadığı sürece, gerçeği tam olarak ortaya çıkarmak için mahkemenin dolaylı delillere dayanmasını madde 6/1'e aykırı görmemektedir[168].

Yazılı tanık ifadeleri, suç isnadına ilişkin davalara özgü m. 6/3-d ile korunan "iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek" hakkıyla da yakından ilişkilidir.

Unterpertinger/Avusturya kararında, başvurucu, üvey kızını ve eşini yaraladığı için yargılanmıştır. Başvurucunun eşi

---

165 AİHM, Schenk/İsveç, a.g.k.
166 AİHM, Wischnewski/Almanya, a.g.k.
167 REID, K, a.g.e., s. 108
168 AİHM, Schenk/İsveç, a.g.k.

ve kızı poliste ifade verdikten sonra soruşturmada tanıklıktan çekinme haklarını kullanmışlardır (Avusturya hukuku), polise verdikleri ifadeler savcılıkça mahkemeye delil olarak sunulmuş, başvurucu, tanıklarla yüzleşememiş ve onları sorgulayamamıştır. Aleyhine ifadeleri olan tanıkları, yargılamanın hiçbir aşamasında sorgulayamadığı için savunma hakkı önemli ölçüde kısıtlanmıştır ve bu nedenle AİHS madde 6/3-d ile birlikte değerlendirip madde 6/1'in ihlâl edildiğini saptamıştır[169].

Mahkeme, kimliği gizli tutulan tanıkların ifadelerinin delil olarak kullanıldığı davalarda, dengeleyici başka usullerin kullanılıp kullanılmadığına bakmaktadır. Örneğin; Doorson/Hollanda kararında mahkeme, uyuşturucu suçundan yargılanan başvurucu avukatının huzurunda, iddia tanıklarının sorgulanmasını dengeleyici bir unsur olarak görmüş ve sanığın bizzat tanıklarla yüz yüze gelmesinin mutlak gereklilik olmadığına karar vermiştir. Savunma avukatı, tanıkları sorgulayabilme imkânına sahip olduğu için ihlâlin olmadığına hükmetmiş. Ayrıca mahkeme kararı sadece ve belirleyici olarak söz konusu tanık ifadeleri deliline dayanmadığı için madde 6/1-c, ve 6/3-d'nin ihlâl edilmediği kanaatindedir[170].

Bu kararlar birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç, eğer sanık veya müdafi tarafından güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla sorgulanamamış tanık delili, mahkeme kararının dayandığı "esas" ve "belirleyici" delil ise sanığa "dengeleyici güvenceler" sağlayan bir usul öngörülmemiş ise sözleşmenin ihlâli ortaya çıkacaktır[171].

169 AİHM, Unterpertinger/Avusturya, a.g.k.
170 AİHM, Doorson/Hollanda, a.g.k.
171 AİHM, X/Avusturya, a.g.k.

14.1.3. Delile Ulaşma, Yorum Yapma Hakkı İle Sonradan Ortaya Çıkan Deliller

a- *Ceza Yargılamasında Delile Ulaşma ve Delili Tartışma Hakkı*

AİHS m. 6/1 ve m. 6/3-b gereği, sanığın gerekli savunma kolaylıklarına sahip olması, hakkaniyete uygun yargılamanın bir gereği olduğundan savcılığın topladığı, sanığın lehine ve aleyhine olan maddî delilleri son soruşturma aşamasında savunmaya açıklama yükümlülüğü vardır[172].

Bu açıklamanın yapılmaması son soruşturmanın eksik ve kusurlu yürütüldüğü anlamını taşımaktadır. Delilleri açıklama yükümlülüğü tüm toplanmış ve toplanacak deliller için geçerlidir[173].

Mahkemeye göre kural olarak savcılık makamları kendi ellerinde bulunan sanığın lehine ve aleyhine olan delilleri savunmaya açıklamak zorundadırlar (Rowe-Davis). Ancak mahkeme bu hakkın mutlak bir hak olmadığını belirtmiş ve meşru amaçlarla sınırlanabileceği kanaatine varmıştır[174].

Bu anlamda Mahkeme:

i- Savunmanın haklarının karşısında dengelenmesi gereken millî güvenlik ve sair,

ii- Tanıkları bir misillemeden korumak,

iii- Polisin suçu araştırma metotlarını gizli tutmak gibi amaçlarla delillerin açıklanmamasını meşru görebilmektedir[175].

AİHM millî mahkemelerin delilleri değerlendirme serbestisine sahip olduğunu belirtmekle beraber kendi görevinin, uygu-

---

172 AİHM, Edwards/Birleşik Krallık, a.g.k.
173 AİHM, Edwards/Birleşik Krallık, a.g.k.
174 AİHM, Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, a.g.k.
175 AİHM, Doorson/Hollanda, a.g.k.

lanan karar alma usulünün mümkün olduğu kadar çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği olmadığını, sanığın menfaatlerini koruyucu uygun güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını incelemek olduğunu belirtmektedir[176].

b- Medenî Nitelikte Görülen Yargılamalarda Delile Ulaşma ve Delili Tartışma Hakkı

Delillere ulaşma hakkı ceza yargılamasında olduğu gibi medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıklarda da önemli bir yer tutmaktadır. Feldbrugge-Hollanda kararında, AİHM malullük aylığı kesilen başvurucunun dosyasındaki uzman raporlarına ulaşma ve yorum yapma imkânının tanınmaması yargılamaya etkili katılım hakkını engeller nitelikte olduğu kabul edilmiştir[177]. Kerojendi-Finlandiya davasında da Mahkeme, savaş nedeniyle ortaya çıkan rahatsızlığı sebebiyle kendisine aylık bağlanması için yaptığı başvuruda başvurucuya, Finlandiya Sigorta Mahkemesinde bulunan, savaş zamanlarına ilişkin tıbbî raporların verilmemesini de m.6/1'e aykırı bulmuştur[178].

Hakkaniyete uygun yargılama ilkesi Mahkemeye göre belgelerin aleni olarak ifşa edilmesini gerektirir. Başvurucu yukarıdaki olayda belgelerle ilgili yorum yapma olanağından yoksun kalmaktadır. Davanın taraflarının bilgi ve belgelere ulaşamaması davanın farklı özelliklerine göre silahların eşitliği açısından da değerlendirilmektedir[179].

c- Sonradan Ortaya Çıkan Deliller

İlk derece yargılamasında edilmeyip sonradan elde edilen deliller veya kesin hüküm verildikten sonra elde edilen açısından bir ayırım yapmak gerekmektedir. İsviçre'ye karşı yapılmış başvuruda başvurucunun lehine olan ilk derece mahkemesi-

176 AİHM, Rowe ve Davis/Birleşik Krallık, a.g.k.
177 AİHM, Feldbrugge/Hollanda, a.g.k.
178 AİHM, Kerojendi/Finlandiya, a.g.k.
179 AİHM, Mantovanelli/Fransa, 18.3.1997, a.g.k.

nin kararına karşı savcının yaptığı aleyhe temyiz başvurusu sonradan elde edilmiş ve başvurucunun bilgisi dâhilinde olmayan raporlara dayanılarak kabul edilmiştir. Bu davada Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur ve dava dostâne çözümle sonuçlanmıştır[180].

Kesin hükümden sonra medenî hak ve yükümlülüğüne ilişkin bir başvuruda Komisyon kesin hükümden sonra sözleşmenin yargılamanın yenilenmesini isteme hakkını içermediği sonucuna varmıştır[181].

14.1.4. Tanık ve Bilirkişi Dinlenmesi Yönünden Talebin Reddi

Sözleşme organları delilleri değerlendirme, delilleri kabul veya ret konusundaki yetkinin esas olarak ulusal mahkemelerin yetkisinde olduğunu kabul etmekle birlikte delillerin kabul veya reddinin yargılamayı hakkaniyete uygunluk açısından etkilediği kanaatine vardığında ihlâl saptayabilmektedir. Örneğin başvurucunun gösterdiği bazı delillerin ulusal mahkemece yeterli gerekçe gösterilmeden reddedilmesinde 6. maddenin ihlâli kararı verebilmektedir. Vidal-Belçika kararında[182] başvurucunun gösterdiği dört tanığın mahkemece reddedilmesi konusunda gerekçe gösterilmemiş olmasını sözleşmenin ihlâli niteliğinde görmüştür.

14.1.5.Delile Verilen Ağırlık ve Delilin Değerlendirilmesi

Sözleşmede delil değerlendirilmesine ilişkin ulusal mahkemenin asıl yetkisi olduğu belirtilmiştir. Bu konuda temyiz mercii gibi hareket edemeyen sözleşme organları, bazı kararlarında, ulusal mahkemelerinin dolaylı veya varsayımsal delillere dayanmalarını hakkaniyete uygun bulmamıştır[183].

---

180 AİHM, JacobJager/İsviçre, 11.12.1989; A 63, DR 156
181 AİHM, X/Avusturya, a.g.k.
182 AİHM, Vidal/Belçika, a.g.k.
183 REID, K.,a.g.e., s. 108

Ulusal mahkeme, "günlük hayattaki tecrübelere dayanan bir varsayım" üzerine başvurucuya maluliyet aylığı bağlanması konusunda davayı reddetmiştir. Bu varsayım pek çok kadın ilk çocuğu doğduğunda çalışmayı bırakmaktadır. Başvurucunun sağlık problemi olmasaydı dahi ilk çocuk doğduktan sonra çalışmayı bırakacağı varsayımı üzerine karar vermiştir. Bu nedenle AİHS m. 14 ile beraber m. 6/1'in ihlâl edildiği kanaatine varmıştır[184].

14.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Anayasanın 19/4. maddesi ile AİHS m. 6/3-a-b'de geçen şekilde SUÇUN NİTELİK VE SEBEBİ AÇIKLANMAMAKTA, şüpheliler hakkında toplanan DELİLLER VE OLAYLAR ANLATILMAMAKTA, savunmanın hazırlanması içine GEREKLİ ZAMAN VE KOLAYLIK sağlanmamaktadır. Aynı hükümler CMK m. 147/1-b-f fıkralarında ifade edilmiştir. Ancak CMK m. 160/2 ile savcılık makamına yüklenen ŞÜPHELİNİN HAKLARINI KORUMAK ve LEHE DELİLLERİ TOPLAMA yükümlülüğü yerine getirilmemektedir. AİHM, birçok kararında soruşturma makamlarının yükümlülüklerini yerine getirmemesini soruşturmada özen yükümlülüğüne aykırı görmüştür. Sulh Ceza Hâkimliklerinin tutukluluk halinin devamı ve itirazın reddi kararlarında "DELİLLERİN HENÜZ TOPLANMAMASI VE SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMEMİŞ OLMASI" şeklinde ibareler yazılmaktadır. Bazı dosyalarda bir yıllık tutukluluğa rağmen soruşturmaların sürmesi ADİL YARGILANMA HAKKINA açıkça aykırıdır.

CMK'da tümdengelim yani toplanan delillerden failin bulunması ilkesi geçerli iken, tümevarım yani fail üzerinden delillere gitme sistemi uygulanmaktadır.

---

184 AİHM, Scuhuler-Zgraggen/İsviçre, a.g.k.

15.Tüm Yargı Kararlarının Gerekçeli Olma Zorunluluğu

15.1. İlkenin AİHM İçtihatları Çerçevesinde İçeriği

Çağdaş hukuk sistemlerinde cezaî ve medenî yargılamalarda kabul edilen genel ilke, mahkeme kararlarının gerekçeli olması zorunluluğudur. Gerekçeli karar verme hükümlülüğü, silahların eşitliği, çekişmeli yargılama ve susma hakkı gibi 6. maddenin metninde açıkça belirtilmemiş ilkelerden biridir. Bu ilke de diğer sayılan ilkeler gibi hakkaniyete uygun yargılama ilkesi (fairhearing) çerçevesinde Mahkeme tarafından zımni olarak madde kapsamında görülmüştür[185].

Ulusal mahkemelerin kararlarının içeriği ve değerlendirme biçimleri kendi takdir yetkileri kapsamındadır. Fakat kararlarının dayandığı hukukî ve maddî olguları yeterli açıklıkta belirtmek zorundadırlar.

Gerekçeli karar ilkesi özellikle kanun yollarının olduğu durumlarda hakkaniyete uygun yargılamanın önemli bir gereğini oluşturmaktadır. Gerekçeli kararın olmaması durumunda kanun yoluna başvurma hakkı sembolik bir hakka dönüşecektir.

Sözleşme organları gerekçeli karar ilkesinin ceza hukukunda öncelikle (a fortrori) uygulanacağını belirtmektedirler. Mahkûm olan kişinin kendisi aleyhine olan kararı temyiz etme hakkı bulunduğundan alt derece mahkemesi kararının detaylı gerekçesi kendisine sunulmak zorundadır[186].

Mahkeme sadece sanıklar için değil medenî hak ve yükümlülüklere ilişkin kararların da gerekçeli olması gerektiği kanaatindedir[187].

AİHM'e göre gerekçeli kararın tatmin edici şekilde ayrıntılı

---

185 GÖLCÜKLÜ, a.g.e., s. 293
186 AİHM, Melin/Fransa, 9.4.1992; Kom. R.
187 AİHM, Hadjianastasiou/Yunanistan, a.g.e.

olması gerekir. Ancak tarafların belirttiği her konunun özel olarak gerekçelendirilmesi gerekli değildir. Gerekçenin makul ve kabul edilebilir bir kapsamı olmalıdır[188].

Komisyon gerekçeli karar tebliğ edilmediği için gerekçeyi bilmeden temyiz başvurusu yapmak zorunda kalan başvurucunun temyiz başvurusunun bu nedenle reddedilmesini sözleşmeye aykırı bulmuştur. Sanığın bu nedenle gerçek ve etkili bir savunmadan mahrum kaldığı ve sonuçta m. 6-3 b,c ile bağlantılı olarak 1. fıkra hükmünün ihlâl edildiği kanaatine varmıştır[189].

Kararın gerekçeli olma zorunluluğu sözleşme organlarının bir temyiz mercii gibi hareket etmekten kaçınmaları nedeniyle çok etkin olarak denetlenememektedir. Genellikle açık bir keyfilik söz konusu olduğunda ve makul olmayan bir biçimde gerekçesiz karar verildiğinde gerekçenin niteliği tartışılmaktadır[190].

Mahkeme;

i- Gerekçenin öğrenilememesi,

ii- Gerekçede tarafların sorulana cevap verilmemesi,

iii- Yetersiz gerekçeli kararlar verilmesi durumlarında başvurucuyu hakkaniyete uygun olmayacak şekilde kendini savunma hakkından yoksun bırakılması hâlinde ihlâl saptayabilmektedir[191].

15.2. Türkiye Uygulaması Açısından Değerlendirme

Anayasamızın 141. maddesine göre de mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olması gerektiğini ifade etmektedir.

---

188 AİHM, Frestone Tire ve Rubber/Birleşik Krallık, 2.4.1973
189 GÖLCÜKLÜ, a.g.m., s. 219
190 REID, K, a.g.e., s. 140
191 İNCEOĞLU, a.g.e., s. 311

CMK m. 101/1-1 cümle ve 101/2 maddesinde de Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacak tutuklulukla ilgili işlemlerin gerekçeli olması gerektiği ve mahkeme tarafından verilecek kararların da *"delillerin somut olaylarla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi"* gerektiği ifade edilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki birden çok tutuklama ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararların kopyala-yapıştır yöntemiyle verildiği, yeni delil tartışması yapılmadığı, sanıklar hakkında verilen kararların aynı olduğu(kopyala-yapıştır usulü), tutukluluk süresi içinde savcılık tarafından delil araştırması yapılmaması ve soruşturmanın genişletilmemesi durumları nazara alındığında dosyalardaki tutuklama, itirazın reddi ve tutukluluk halinin devamı kararları Anayasanın 19, 13, 141. maddeleri ile AİHS m. 5/1-c ve m. 5/3 ile m. 6'e açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Tutuklama kararlarında 'şüphelilerin kaçma şüphesi altında olduğunu gösteren somut olguların bulunması' gerekçe olarak gösterilmektedir. AİHM bir kararında; kaçma tehlikesinin ulusal mahkeme tarafında somut olgularla desteklenmesi gerektiğini, kaçma tehlikesinin bulunup bulunmadığının tespiti için yaratacağı sonuçlar ve doğuracağı zararlar bakımından kaçmayı tutukluluğun devamına göre daha az kötü gösteren şartların var olup olmadığının denetlenmesi gerektiğini (Stögmüller davası) başka bir kararında; kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgâhı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa kaştı gösterdiği tepkiyi başka bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı düşündüğü ülke ile bağlantıları, gibi unsurların incelenmesi gerektiğine karar vermiştir(Nevmeister davası). Kaçma şüphesinin tutuklamaya itiraz ve tutukluluğun devamına ilişkin kararda gerekçe olarak gösterilmesi Anayasanın 19 ve AİHS'nin 5/1-c, 5/3, 5/4 ve 6. maddelerine aykırıdır.

V-OHAL KHK'LARI VE ADİL YARGILANMA HAKKI

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim rejimleri, demokratik hukuk devletlerinde uygulaması olan ve hukuksal meşruiyeti olan geçici süreçlerdir. Bu bölüm yedi kısımda incelenecektir. Öncelikle olağan dönemlerdeki temel hak hürriyetler rejimi kısaca aktarılacak ve ikinci kısımda OHAL rejiminin genel incelemesi yapılacaktır. Üçüncü kısımda Türkiye'nin anayasal sisteminde 1982 öncesi OHAL rejimi kısaca aktarılacak ve dördüncü bölümde 1982 Anayasasına göre OHAL rejimi incelenecektir. Dördüncü kısımda 15 Temmuz 2016 kalkışması öncesindeki OHAL rejimi Anayasa Mahkemesi kararları ışığında değerlendirilecektir. Beşinci kısımda 15 Temmuz kalkışması öncesi OHAL uygulaması ve Anayasa Mahkemesi'nin OHAL Rejimine ilişkin yorumu incelenecektir. Altıncı kısımda 15 Temmuz kalkışması sonrası ilan edilen OHAL ve buna dayalı çıkarılan OHAL KHK'larının çerçevesi ve içeriği incelenecektir. Yedinci ve son kısımda adil yargılanma hakkının ve içerdiği güvencelerin OHAL'de kısıtlanmasının mümkün olup olmadığı ve 15 Temmuz kalkışması sonrası çıkarılan OHAL KHK'larının hakların sert çekirdeği olarak ifade edilen ilkeler doğrultusunda değerlendirmesi yapılacaktır.

1- Türk Hukuk Sisteminde Olağan Dönem Temel Hak ve Hürriyetler Rejimi

1982 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin en temel normu, 2001 değişikliği sonrasında Anayasanın 13. maddesidir. Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlama sınırını belirleyen bir norm halini almıştır. Bu kapsamda; *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* hükmüyle hak ve özgürlüklerin ilgili oldukları maddede belirtilen sebeplerle sınırlanabileceği belirlemesi yapılmıştır. Anayasa'nın 14.

maddesi de 2001 değişikliği sonrası *"kötüye kullanma yasağı"* şeklinde ifade edilebilecek sınırlayıcı bir norm olma niteliğini korumaktadır. Adil yargılanma hakkı açısından Anayasa'nın 13. maddesindeki atıf gereği Anayasa'nın 36. maddesini incelediğimizde hiçbir sınırlama hükmünün olmadığını tespit ediyoruz. Dolayısıyla olağan dönemlerde "adil yargılanma hakkı"nı kısıtlama sonucunu doğuracak bir anayasal norm mevcut değildir. Anayasa'nın 14. maddesindeki "kötüye kullanma yasağı"nın adil yargılanma hakkı açısından sınırlayıcı bir niteliği bulunmamaktadır. Olağanüstü hal rejiminde adil yargılanma hakkının sınırlanmasına ilişkin değerlendirme 6. bölümde yapılacaktır.

2- Genel Olarak OHAL Rejimi

OHAL, ivedi ve acil eyleme geçmeyi gerektiren, bir tehdit veya tehlikeyi içeren, beklenmedik ve öngörülmeyen kriz halleri olarak nitelenmiştir[192].OHAL'in ilan edilmesi ve uygulanması aşamasında idarenin takdir yetkisi en üst düzeye ulaşmakta ve cari hukuk düzenindeki kuralların askıya alınması mümkün olmaktadır. OHAL'in hukuksal meşruiyeti konusunda farklı teoriler bulunmakta ise de OHAL'in hukuksal dayanağı da zaten pozitif hukuk düzenidir. Ancak OHAL dönemi olağan dönemlerdeki hukuk düzeninden farklı bir hukuk rejimi doğurur. Kamu düzeni açısından olağanüstü bir durumun oluşması, normal yasal tedbirlerle bu duruma karşı konulamaması ve durumun gerektirdiği ölçüde idareye genişletilmiş yetkiler tanınması OHAL'in temel unsurlarıdır[193].

Yürütme organının elde ettiği yetkiler bağlamında farklı OHAL modellerinin olduğu kabul edilmektedir. Anayasal Model, Yasama Modeli ve Hukuk Dışı Önlemler modeli olarak üçlü bir sınıflandırma yapılmaktadır. Anayasal modelde

---

192 Muhammed BEHÇET, Olağanüstü Hal Uygulaması ve Teorik Temelleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,s.35

193 Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yay. s.318-319

devletin veya ulusun maruz kaldığı ciddi bir bunalım ve tehdit halinde anayasal ve geçici bir yöntemle yürütme organına geniş düzenleme yetkisiyle bunlarla savaşma olanağı tanınmaktadır. 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1958 Fransız Anayasası ve Weimar Anayasasının OHAL'e ilişkin düzenlemelerinin anayasal modele uygun olduğu belirtilmektedir. ABD ve İngiltere'de uygulanan yasama modelinde ise yasa ile genişletilen özel ve geçici yetkiler söz konusudur. Hukuk dışı önlemler modelinde ise OHAL durumunda hukuk dışına çıkılması meşru kabul edilmektedir.[194]

Hukukun üstünlüğünü kabul eden demokratik rejimlerin, olağan dönemlerde uygulanan ve bireysel hakların sınırlanmasında kamu otoritesini kısıtlayan asgari ilkeleri bulunmaktadır. Olağan dönemlerde demokratik yöntemlerle seçilmiş iktidarın yetki ve sorumluluklarının kapsamı anayasa ile çizilmiştir. Demokratik rejime yönelen açık bir tehdit ve yaygın şiddet olayları karşısında olağan dönemlerdeki yetki ve sorumlukların yetersiz kalacağı öngörülmüştür. Bu bağlamda kamu otoritesinin olağanüstü koşullarda geçici olarak etkili tedbirler alabilmesini sağlayacak azami yetkilerle donanması gerekebilmektedir. Olağanüstü hal ilanını gerektirecek olay ve olguların ortaya çıkması halinde olağanüstü hal tedbirleri kapsamındaki bu yetkilerin dayanağı da anayasal hukuk sistemidir. Bu nedenle de olağanüstü hal rejimi de demokratik ve hukuksal olarak nitelenir. Ancak olağanüstü hal ilanının gerekliliğinin, uygulama usulünün, OHAL sürecinin ve kapsamının anayasal ilkelere uygun olarak belirlenmesi gerekmektedir.

3- Türk Hukuk Sisteminde 1982 Anayasası Öncesi OHAL Rejimi

Türk Anayasallarında olağanüstü hal ve sıkıyönetim halinin

[194] Muhammed BEHÇET, Yüksek Lisans Tezi, s.35

ilk düzenlenişi 1876 Kanun-i Esasisine uzanmaktadır. Kanun-i Esasi'nin 113. maddesi sıkıyönetim ilanı ve padişaha sürgün yetkisi veren bir kuraldır. Ayrıca Kanun-i Esasi'nin 36. maddesinde olağanüstü dönemlerde icra heyetine "muvakkat kanun" ismiyle geçici düzenlemeler yapma yetkisi verilmiştir. Meclis hükümeti sistemi öngören 1924 Anayasası'nın da 74. madde ve 86. maddeleri sıkıyönetim ve olağanüstü hale ilişkin hükümlerdir. 1961 Anayasasında "olağanüstü yönetim usulleri" şeklinde tek başlık bulunmaktadır. 1961 Anayasası'nın 123. maddesi "olağanüstü hal" ve 124. maddesi "sıkıyönetim" dönemine ilişkindir. Ancak 1961 Anayasası, olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumunda çeşitli temel hakları kısıtlayacak yükümlükler içermesine rağmen; yürütme organına OHAL KHK'sı şeklinde ayrıksı bir düzenleme yetkisi tanımamıştır.

4 - 1982 Anayasası'nın Öngördüğü OHAL Rejimi

1982 Anayasası'nın hükümet sistemi, 1961 Anayasasından farklı olarak yürütme organını oldukça güçlendirmiş yetkiler içermektedir. Yürütme organının(özellikle cumhurbaşkanının) olağan dönemlerdeki yetkileri dahi klasik parlamenter sistemlerdekini aşan boyuttadır. 1982 Anayasasının belirlediği olağanüstü hal rejimi ise yürütme organının yetkilerinin kapsamını oldukça genişletmekte ve parlamentoyu adeta işlevsiz kılmaktadır. 1982 Anayasası m. 15/1'e göre; olağanüstü hallerde milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilmektedir. Ancak olağanüstü halde dahi Anayasa m. 15/2'de sayılan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'ya göre OHAL'de dahi kısıtlanamayacak temel hak ve özgürlükler şunlardır;

- Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz;

- Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz;
- Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez;
- Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Yukarıda sayılan çekirdek haklara OHAL dönemlerinde dahi sınırlama getirilmesi engellenmiştir. Ayrıca diğer temel hak ve özgürlükler de OHAL'in gerekli kıldığı ölçüde sınırlanabilecektir.

Anayasa'nın sıkıyönetim ile hükümleri konu kapsamı dışında olduğundan olağanüstü yönetim usulleri başlığı altındaki maddelerin aktarılması ve aşağıda da izahı uygun olacaktır.

(III.) Olağanüstü yönetim usulleri

A. Olağanüstü haller

(1.) Tabiî afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilânı

MADDE 119. – *Tabiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*

(2.) Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilânı

MADDE 120. – *Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir.*

(3.) Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme

MADDE 121. – *Anayasanın 119 ve 120 nci maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilânına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmî Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.*

119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların *Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir*.

Olağanüstü hal ilanını gerektiren iki ayrı nedenin olduğu ve bu nedenlerin Anayasanın 119. ve 120. maddelerinde iki başlık halinde metne aktarıldığı görülmektedir. Anayasanın 119. maddesi, "t*abiî afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerini" OHAL ilan edilebilecek koşullardan birincisi olarak belirlemiştir. Anayasa'nın 120. maddesi ise* **Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması** ***sebeplerini OHAL ilan edilebilecek durumlardan ikincisi olarak tespit etmiştir. Çalışma kapsamında Anayasa'nın 120. maddesinde belirtilen "Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve***

kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması" hallerinde geçerli olacak OHAL Rejimi değerlendirilecektir.

OHAL, yürütme organına her konuda yasa gücünde düzenlemeler yapma yetkisini sağlamakta ve bu geçici sürede parlamento ve yargı denetimini oldukça sınırlayan geniş bir iktidar alanı* açmaktadır. Anayasa'nın 148. Maddesinin 1. Fıkrası uyarınca OHAL KHK'larının *Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir. Ancak yürütmeye tanınan OHAL KHK'ları sınırsız bir yetki tanımazlar. OHAL KHK'larının da objektif sınırları vardır.

OHAL KHK'larının Anayasa 15 ve 121. Maddelerinden doğan "yer", "konu" ve "zaman" bakımından sınırları bulunmaktadır.

5 - AİHS ve OHAL Rejimi

AHİS m. 15, temel hak ve özgürlüklerin olağanüstü hallerde askıya alınması ile ilgili bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin 15/1 maddesi "savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her yüksek sözleşmeci Taraf, durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir" şeklindedir. Madde ile dokunulmaz haklar dışında kalan hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına olanak tanınmaktadır. Sözleşme gereğince Olağanüstü hal ilanının meşru sayılabilmesi için tehlikenin, ulusun bütünlüğünü etkileyecek ve yakın nitelikte olması gerekir. AHİS m. 15/1 de belirlenen iki şart " *ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlike ve durumun gerekleri ile sınırlılık"*tır.

a- Kamusal tehlike şartından anlaşılması gereken 15/1 maddesinde yer alan " ulusun yaşamı" ifade, tüm ulusu, ülkeyi içine almaktadır.

b - Durumun gerekleri ile sınırlılık, ölçülülük ilkesi.

AHİS madde 15/1'de yer alan *"durumun gerektirdiği ölçüde"* ifadesi tehlikenin boyutlarıyla orantılı olmasını ifade etmektedir. Ölçülülük ilkesi ile istenen, amaç ile araç arasında makul dengenin sağlanmasıdır. Bireylerin temel haklarının korunması ile kamu yararını koruma amacını taşıyan yönetimlerin müdahale alanları arasındaki yasal sınırların belirlenmesidir. Bir hükümet olağanüstü hali siyasal rakiplerine karşı; onları yok etme, muhalefeti baskı altına alma gibi amaçlarla kullanamaz. Bunun objektif ölçüsü, hükümetin değerlendirmesi değil, sınırlamaların gerekliliği ve yasallığıdır. Önlemler alınması ve yürürlüğe konması mutlaka gerekli olmalıdır.

c - Uluslararası yükümlülüklere ters düşmeme:

AHİS m. 15 kapsamında, olağanüstü hallerde alınan önlemler, diğer uluslararası sözleşmelerde yer alan geniş kapsamlı koruyucu hak ve yükümlülüklere aykırı olamaz. Başka bir değişle taraf devletler. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları sözleşmesine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesine taraf olan devletler, bu sözleşmelerde yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı, bu hakları ihlal edecek önlemler alamazlar. AHİS'e göre; olağanüstü hale ilişkin temel koşullar, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların geçici ve istisnai mahiyette olmasıdır.

AİHM, OHAL kapsamında 15. maddeye göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sözleşmeye uygun olup olmadığını değerlendirirken, öncelikle ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum olup olmadığını değerlendirir. Sonrasında alınan tedbirlerin, sınırlamaların sözleşme gereğince durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığına bakar. Son olarak alınan önlemlerin uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklere aykırılık teşkil edip etmediği inceler.

6 - Anayasa Mahkemesi ve 15 Temmuz Kalkışması Öncesi OHAL Rejimi

Anayasa'nın Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesindeki;

"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz." hükmü gereğince; olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerin hem şekil hem de esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Anayasanın bu hükmü eleştirilere sebep olmuştur. Çünkü olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesinin yargı yetkisinin dışında bırakılması temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından güvencesiz bir duruma mahal verebilecek türdendir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılında 425 ve 230 sayılı kanun hükmünde kararnamelerin iptali için açılmış olan davalar sonucu vermiş olduğu 10.01.1991 tarihli E. 1990/25- K. 1991/1 sayılı kararında; *"Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin hukuksal nitelemesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi "olağanüstü hal KHK'si" adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir "olağanüstü hal KHK'si" niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenleme-*

ler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur." diyerek yapılan işlemin yargı denetimine yol açıp açmayacağının denetiminin, bu işlemi yapan merciinin onu ne şekilde adlandırdığına bakılmaksızın hukuki niteliğinin ne olduğuna bakılarak Anayasa Mahkemesi tarafından bizzat yapılacağı yönünde karar vermiştir[195]. Anayasa Mahkemesi bu görüşünü 03.07.1991 tarihli E.1991/6, K.1991/20, 26.05.1992 tarihli 22.05.2003 tarihli E.1992/30, K.1992/36 ile E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararlarında da devam etmiştir. Mahkeme bu içtihatlarıyla; olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin, Anayasa m. 121 kapsamında ve bunun sonucunda da Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimi dışında olup olmadığının denetiminin de yine Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacağına hükmetmiştir. Buna göre; yer, konu ve zaman ölçütlerine uymayan, olağanüstü hal ilanının gerektirdiği konuyla ilgili olmayan veya bu dönem haricinde yürürlükte olacak düzenlemeleri olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi olarak değerlendirmeyerek bu düzenlemeleri olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi olarak kabul ederek incelemiştir[196].

7 - Anayasa Mahkemesi ve 15 Temmuz Kalkışması Sonrası OHAL Rejimi

15 Temmuz darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hal kapsamında pek çok kanun hükmünde kararname çıkartılmıştır. Bu kanun hükmünde kararnameler hakkında

---

195 ÖDEN, Merih, Anayasa Mahkemesi Ve Olağanüstü Hal Ve Sıkıyönetim Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 58, S. 3, 2009, s. 662.

196 CAN, Osman/ ŞİMŞEK AKTAŞ, Duygu, Olağanüstü Hâl Dönemi Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Yargısal Denetimi Üzerine, MÜHF HAD, C:24, S.1, s. 27.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi bu hususta daha evvel geliştirmiş olduğu içtihadından dönmüştür. 25.07.2016 tarih ve 668 sayılı kanun hükmünde kararnamenin iptali istemiyle açılan davayı reddetmiştir. 12.10. 2016 tarihli E.2016/166, K.2016/159 sayılı kararında;

"İptali talep edilen 668 sayılı KHK, ülkemizde 15 Temmuz 2016 gecesi Türk Silahlı Kuvvetleri içerisinde örgütlenmiş olan bir cunta tarafından demokratik anayasal düzeni cebir ve şiddet kullanarak ortadan kaldırma teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında çıkarılmıştır. Cumhurbaşkanının başkanlığında 20.7.2016 tarihinde toplanan Bakanlar Kurulu, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması ve şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra yurt genelinde, 21.7.2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan etmiş ve bu karar 21.7.2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Olağanüstü hâl ilan edilmesine yönelik söz konusu karar, TBMM'nin onayına sunulmuş ve Genel Kurulun 21.7.2016 tarihli ve 1116 sayılı kararıyla da onaylanmıştır.

Olağanüstü hâlin ilan edilmesi ve bu kararın TBMM tarafından onaylanmasından sonra Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, yurdun tamamında geçerli olmak üzere 25.7.2016 tarihinde 668 sayılı KHK çıkarılmış, 27.7.2016 tarihli ve 29783 (2. *Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve aynı gün TBMM'nin onayına sunulmuştur. Dolayısıyla dava konusu kuralları da içeren söz konusu KHK, Anayasa'nın 121. maddesine dayanılarak olağanüstü hâlin geçerli olduğu dönem içerisinde çıkarılmış olan bir olağanüstü hâl KHK'sıdır.*

Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca çıkarılan dava konusu KHK hükümlerinin, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fık-

rasının üçüncü cümlesinde yer alan "… olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz." hükmü karşısında, esasa geçilerek yargısal denetiminin yapılması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallara yönelik iptal taleplerinin yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir." denilerek Anayasa m. 121 hükmüne dayanılarak ilan edilen olağanüstü hal dönemi içerisinde düzenlenen olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi dışında kaldığından iptal isteminin reddine hükmetmiştir. Kararda;"*Anayasa Mahkemesinin, olağanüstü hâl KHK'sı şeklinde yapılan düzenlemelerin gerçekten olağanüstü hâl KHK'sı niteliğinde olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu ölçütlerini esas alarak yaptığı inceleme, KHK kurallarının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Böyle bir değerlendirme de kuralların, esas bakımından Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması sonucunu doğuracaktır."* denilerek önceki yıllarda geliştirmiş olduğu içtihatların da dayanağını oluşturan; olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinin Anayasa m. 121'deki düzenlemede yer alan koşulları taşıyan kanun hükmünde kararnameler olup olmadığının belirlenmesi için denetim yapması gerektiği yönündeki görüşünü de bu kriterlerin incelenmesinin kanun hükmünde kararname kurallarının içeriğinin de denetlenmesi anlamına geleceğinden bahisle değiştirmiştir.

8 - Adil Yargılanma Hakkı ve 15 Temmuz Sonrasındaki OHAL KHK'ları

15 Temmuz darbe girişiminin ardından Anayasanın 120. maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine göre; Ülke genelinde 21.07.2016 tarihinden itibaren Olağanüstü Hal ilan edilmiş, 2016/9064 sayılı karar 21.07.2016 tarih ve 29777 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Olağanüstü hal ilanından sonraki süreçte yayınlanan kanun hükmünde kararnameler ile özellikle adil yargılanma hakkı bakımından ciddi sonuçları olan pek çok düzenleme getirilmiştir.

Örneğin; CMK m. 153'teki;

(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir.

Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

2. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

3. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

4. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

5. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

8. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 326, 327, 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337).

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 160 ıncı *maddesinde tanımlanan zimmet suçu.*

d) 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan suçlar" hükmünde müdafiin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanabilmesi için cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararı gerekmekte iken; 27.07.2016 tarih ve 668 sayılı KHK m. 3 gereğince 5257 Sayılı TCK'nın İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince; müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararı ile kısıtlanabilir hale getirilmiştir. Dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alabilme yetkisi savunma hakkının olmazsa olmaz niteliktedir. Müdafiin dosyayı inceleme ve dosyadan örnek alabilme yetkisinin hâkim kararı aranmaksızın cumhuriyet savcısının kararının yeterli olması; silahların eşitliği prensibine de aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir.

Olağanüstü hal döneminde, savunma hakkına getirilen bir diğer çok önemli kısıtlama ise **tutuklu** yargılanan kişilerin avukatları ile görüşmelerine getirilen kısıtlamalardır. 23.07.2016 tarih ve 667 sayılı KHK m.6/1-d gereğince;

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli ha-

zır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir."

Tutuklu şüpheli veya sanığın müdafi ile yapacağı görüşmelerin **Cumhuriyet savcısının kararı** ile teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilmesi, bu görüşmelerin bir görevli vasıtası ile izlenmesi, tutuklunun müdafiine veya müdafiin tutukluya vermiş olduğu belgelere, konuşma kayıtlarına ve dosyalara el konabilmesi ve görüşmelerin tarih ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi silahların eşitliği ilkesine ve savunma hakkına getirilmiş olan ciddi sınırlandırmalardır.

03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK m. 6 ile; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda da değişiklikler yapılarak; **HÜKÜMLÜ** ile avukatı arasındaki görüşmelere sınırlandırmalar getirilmiştir. Şöyle ki;

"13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 59 uncu maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

"(4) Görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hü-

kümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz.

(5) Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile *12/4/1991* tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve *tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir* veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir."

Müdafii ile şüphelinin yapacağı görüşmelere süre bakımından da sınırlandırma getirilmiştir. Buna göre; öncelikle 668 sayılı KHK m. 3/1-m ile gözaltında bulunan şüphelinin müdafii ile görüşme hakkının Cumhuriyet savcısının kararı ile beş gün ile sınırlandırılabileceği düzenlenmiş idi. Ardından CMK'nın *Müdafii ile Görüşme* başlıklı 154/2. maddesine, 03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK m. 3 ile eklenen; "*Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.* " hükmü ile bu kısıtlamanın en fazla yirmidört saat olabileceği düzenlenmiştir.

Savunma hakkına getirilen bir diğer sınırlandırma da müdafii sayısına getirilen sınırlandırmadır. 03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK m. 1 ile değiştirilmeden evvel CMK m. 149 gereğince yalnızca **ifade alma sırasında** üç avukatın hazır olabileceğine ilişkin sınırlandırma; 676 sayılı KHK ile genişletilerek örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, **kovuşturmanın her evresinde** üç avukatla sınırlandırılmıştır.

Müdafiin yasaklanmasına ilişkin CMK m. 151'teki hüküm; 03.10.2016 tarih ve 676 sayılı KHK m. 2ile;

(Ek:25/5/2005 - 5353/22 md.) 149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkrada sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabilir.

(Ek:25/5/2005 - 5353/22 md.) Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, hâkim veya mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, avukat hakkındaki soruşturma veya kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, soruşturma veya kovuşturmanın niteliği itibariyle bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar." şeklini almıştır.

Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik bir diğer önemli düzenleme avukat bürolarında yapılacak aramaya ilişkin 27.07.2016 tarih ve 668 sayılı KHK m. 3/1-i'de getirilen;

" Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz." hükmüdür. Avukat bürolarında yapılacak aramaya ilişkin CMK m. 130 incelendiğinde de görüleceği üzere;

"1- Avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde aranabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur.

2- Arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu fıkrada öngörülen kararlar, yirmidört saat içinde verilir.

3- Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması üzerine ikinci fıkrada belirtilen usuller uygulanır."

Avukat büroları herhangi bir işyeri niteliğinde olmayıp; müvekkillerin etkin bir savunma yapılabilmesi için avukatlarına teslim ettikleri belgelerin, avukat ile müvekkili arasındaki sır saklama yükümlülüğü kapsamındaki her türlü evrak, yazışma ve ses kaydının bulunduğu, avukatların müvekkillerine ait davalara ilişkin her türlü faaliyeti yürüttükleri yerlerdir.

Bu nedenle de avukat bürolarında yapılacak aramaların etkin bir hukuki güvenlik içerisinde yürütülmesi gerekmektedir. CMK m.130'da avukat bürolarında yapılacak aramaların mahkeme kararı ile ve Cumhuriyet savcısının gözetiminde yapılabilmesi, arama sırasında elkonan eşyanın avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ilişkin olduğuna dair itiraz durumunda elkonan eşyanın ayrı bir şekilde paketlenerek avukatın veya baro başkanının itirazlarının soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından incelenmesi özünde savunma hakkının ve bu bağlamda adil yargılanma hakkının korunmasına ilişkindir. Ancak 668 sayılı KHK ile avukat bürolarında yapılacak aramanın Cumhuriyet savcısı gözetiminde olması zorunluluğunun kaldırılması ve CMK'nın 130. maddesinin 2 ve 3. fıkralarının uygulanmayacağına yönelik bu düzenleme savunma hakkına getirilen büyük bir sınırlandırmadır.

Kanun hükmünde kararnameler ile şüphelinin gözaltı süresi bakımından da değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle 23.07.2016 tarih ve 667 sayılı KHK m. 6/1'de;

"1- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren otuz günü geçemez." hükmü getirilmiştir.

Gözaltı süresini 30 gün olarak düzenleyen hüküm; 23.01.2017 tarih ve 684 sayılı KHK m. 10'daki;

"18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 6 *ncı* madde-

sinin birinci fıkrasının (a) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"*a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin yedi gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir.*" ve m. 11 ile getirilen;

"*8/11/2016* tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "otuz günü geçemez" ibaresi "şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez" şeklinde değiştirilmiş, aynı bende aşağıdaki cümle eklenmiş ve aynı fıkranın (m) bendi yürürlükten kaldırılmıştır.

"*Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin yedi gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir.*" hükümleri ile değiştirilmiştir.

Gözaltı süresi CMK m. 94'te;

"1- Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine soruşturma veya kovuşturma evresinde yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır.

2- Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır." şeklinde düzenlenmiştir.

CMK'da en fazla yirmidört saat olarak düzenlenen gözaltı süresinin olağanüstü hal döneminde yedi veya otuz güne çıkartılması, yetkili hâkim önüne çıkma hakkı bakımından makul olmayan sürelerdir.

Kanun hükmünde kararnameler ile adil yargılanma hakkına getirilen bir önemli kısıtlama da; 27.07.2017 tarih ve 668 sayılı KHK'nın 3. Maddesinin 1. Fıkrasının g ve ğ bendleri gereğince hakkında arama işlemi uygulanan kişiye ait belge ve kağıtların kolluk tarafından incelenebilmesi ve şüpheli veya sanık ile CMK m. 45 ve m. 46 maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere bu kimselerin nezdinde olsa bile elkonabilmesine ilişkin düzenlemelerdir.

9 - OHAL KHK'ları ile Kamu Görevinden Çıkarma Yönteminin Değerlendirilmesi

Olağanüstü hal ilanından sonraki süreçte çıkarılan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile kamuda çalışan pek çok kişinin meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir. Bu işlemler kanun hükmünde kararnamelerde bulunan; *"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir."* şeklinde genel ifadeler ile tesis edilmiştir. Bu kimselerin örgüt faaliyetine ne şekilde katıldıkları veya örgütle ne şekilde bir bağlantılarının olduğu hususuna değinilmemiştir. İsmi listelerde bulunan kimseler herhangi başka bir işleme gerek olmaksızın mesleklerinden ihraç edilmişlerdir. Ayrıca ihraçların yer aldığı kanun hükmünde kararnamelerde bu kişilerin haklarında mahkûmiyet hükmü olmasa dahi rütbe ve memuriyetlerinin alınmasına, görev yaptıkları teşkilata geri dönmelerinin ve bir daha kamu hizmetinde görevlenmelerinin yasaklanmasına hükmedilmiştir.

Bu kimseler hakkında meslekten çıkarma işleminin tesis edilmesi ile birlikte ceza yargılaması da başlamıştır. Ancak pek çok kişi bakımından yargılamalar sonuçlanıp bu kimseler hakkında mahkumiyet hükmü verilmemiştir. Ceza yargılaması sonuçlanıp haklarında herhangi bir mahkeme kararı bulunmaksızın bu kişilerin meslekten çıkartılmaları, rütbelerinin alınması *"Masumiyet Karinesine"* de aykırılık teşkil etmektedir.

10 - Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Değerlendirilmesi

27.01.2017 tarih ve 685 sayılı KHK ile olağanüstü hal kapsamında Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. Bu komisyon olağanüstü hal kapsamında terör örgütlerine ya da Milli Güvenlik Kurulunca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna hükmedilen yapı veya oluşumlara üyeliği ve irtibatı olduğu gerekçesi ile doğrudan doğruya kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirir.

Komisyon toplam yedi üyeden oluşmakta olup bu üyelerden üçü Başbakan tarafından kamu görevlileri arasından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı veya ilgili kuruluşlarda çalışan hâkim ve savcılar arasından, bir üye İçişleri Bakanlığınca mülki idare amiri sınıfına mensup personel arasından, birer üye ise Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından Yargıtay ve Danıştay'da görevli tetkik hâkimleri arasından seçilir. Komisyonun inceleyip karar vereceği kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen işlemler aşağıdaki gibidir;

- Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesi.
- Öğrencilikle ilişiğin kesilmesi
- Dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuru-

luşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması.

- Emekli personelin rütbelerinin alınması.
- Olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen ve birinci fıkra kapsamına girmeyen işlemler

Komisyona başvurular, valilikler ya da kamu görevinden veya meslekten ya da görevli olduğu teşkilattan çıkarılanlar tarafından en son görevli oldukları kurum aracılığı ile de yapılabilmektedir. Komisyon, yapılan başvurular hakkında öncelikle başvurunun süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı, başvuru sahibinin hukuki menfaatinin olup olmadığı, kanun hükmünde kararname kapsamında olup olmadığı yönünden ön inceleme yapar. Komisyon tüm incelemeleri dosya üzerinden yapar ve sonuç olarak başvurunun kabulüne veya reddine karar verir.

Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde yargı yoluna başvurulabilmektedir.

VI- GÜNCEL MEDENİ YARGILAMA SÜRECİNİN ADİL YARGILAMA İLKELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza yargılamasının kişi özgürlüğünü ilgilendiren doğrudan etkilemesi nedeniyle çalışmada adil yargılama ilkelerinin sanık ve şüphelilere yönelik boyutuna ağırlık verilmiştir. Ancak özellikle kamulaştırmasız el atma müdahaleleri karşısında AİHM'nin Türkiye aleyhine saptadığı ihlal kararları önemli bir oranı oluşturmaktadır.

Özellikle Anayasa Mahkemesinin AİHM'nin ihlal kararları üzerine 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 36. maddesini iptal etmesi ve 20 yıllık hak düşürücü süreye ilişkin Yargıtay

HGK'nın vermiş olduğu kararlar AİHM'e yapılan mülkiyet hakkı ihlali başvurularını sona erdirmemiştir. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun Geçici 6. maddesi başta olmak üzere AİHM başvurularını işlevsiz kılacak düzenlemeler dizisi sorunu çözmek yerine daha da arttırmıştır. Kamulaştırmasız el atmaya yasal dayanak sağlamaya yönelik 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun Geçici 6. ve 7. maddeleri Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarına konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 2012/169 sayılı birinci kararında 1983-2003 yılları arasındaki kamulaştırmasız el atmalara ilişkin esaslar öngören geçici 6. maddenin geçmişte meydana gelen hukuksal sorunların tasfiyesini amaçlaması ve geçici nitelik taşıması nedeniyle mülkiyet hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olmadığı yönünde hüküm tesis etmiştir.[197] Anayasa Mahkemesinin bu kararında salt, "sadece" kelimesinin iptaliyle yetinilmiştir. Anayasa Mahkemesi 2014/76 sayılı ikinci kararında ise Geçici 6. maddenin kapsamını 2003 sonrasına da uygulanacak şekilde genişleten düzenlemeyi mülkiyet hakkına aykırı bularak iptal etmiştir.[198] 1983-2003 yılları açısından sınırlayıcı düzenlemenin uygulanmasını ölçülü bulan Mahkeme, 2003 yılı sonrası kamulaştırmasız el atmalarda aynı düzenlemenin uygulanmasını ölçüsüz bulmuştur. Kamulaştırma bedeli tespitindeki değerleme esaslarının uluslararası standartlara uygunluğu, demokratik toplum düzeninin gerekleri olarak ifade edilen anayasal ilkenin kamulaştırma işlemindeki temel koşullarından biridir. Anayasal bir yetkiye dayanmayan acele kamulaştırma yönteminin, asgari anayasal güvenceleri sağlayacak şekilde kapsamı, sınırları ve koşullarının somut olarak belirlenmesi ve uygulama alanının niteliğine uygun şekilde sınırlanması zorunluluğu bulunmaktadır. Kamulaştırmasız el atma konusundaki düzenlemelerde, olağan kamulaştırma işlemine göre malik aleyhine sonuç doğuran

[197] Anayasa Mahkemesi, E.2010/83 ve K.2012/169
[198] Anayasa Mahkemesi, E.2013/95 ve K.2014/176

tüm yargısal kısıtlamaların kaldırılması adil yargılama ilkesinin de gereğidir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı şekilde yargı organı tarafından hakların telafisi yönündeki kararları işlevsiz kılacak yasama ve yürütme organının düzenlemeleri hukuka olan güveni zedelemektedir. Örneğin; uygulamada yaygın hak ihlallerine neden olan ve kamuoyunda "kayıp-kaçak bedeli" olarak bilinen elektrik faturaları kesintilerine ilişkin hukuksal süreci kesintiye uğratan bir yasal düzenleme yapılmıştır. 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu'nun bazı maddelerinde değişiklik ve bu Kanuna eklemeler getiren 6719 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 17.06.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu düzenleme sonucunda yargılama konusu olan yüzbinlerce davada, yargı yoluyla hak sahiplerinin müktesep hakkını ortadan kaldıracak şekilde geçmişe yönelik işlem tesis edilmesi sağlanmıştır. Aynı şekilde tüketici karşısında büyük dağıtım şirketleri kollanarak davaların konusuz kalmasına yasal meşruiyet sağlanmıştır. Bu konuya ilişkin davalarda HMK ve Avukatlık Kanunu hükümleri yok sayılarak avukatların vekalet ücreti hakkı da engellenmiştir.

VII - SONUÇ

Hukuk devletlerinde OHAL rejimlerinde bile siyasi iktidar ve diğer anayasal kurumlar hukuk devleti kurallarına bağlı kalırlar. Olağanüstü koşullarda kullanılan yetkiler sınırsız değildir. OHAL yönetimi kendi koşullarına uygun bir hukuk rejimi içinde işler. Hukuka uygun işleyen bir olağanüstü hal rejimi, geçici tedbirler kapsamında ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde uygulanmalıdır. Ayrıca OHAL kapsamındaki tüm düzenleme ve işlemler siyasi ve yargısal denetime tabi olmalıdır. Siyasal denetimi yapan yasama organının işlemleri de yargı denetimine tabi olmalıdır. Cumhuriyet tarihimizin önemli bir bölümü OHAL rejimi koşullarında geçmiş, demokrasi büyük

ölçüde kesintiye uğramış, temel hak ve özgürlükler yok sayılmıştır. Bu nedenle OHAL rejimi ile ilgili yasal düzenlemeler önem kazanmaktadır. Bu açıdan Anayasa Mahkemesinin OHAL KHK'ları kapsamındaki başvuruları önceki içtihatlarına aykırı şekilde anayasal denetim dışında görmesi, OHAL'in gerekli kılmadığı konularda ve ölçülülük ilkesine aykırı KHK'ların çıkarılması konusunda yürütme organının önünü açmaktadır. Bu anayasal denetim boşluğu, adil yargılanma hakkının da dahil olduğu temel hakların ihlal edilmesine süreklilik kazandırmaktadır.

1982 Anayasasının 15. maddesindeki düzenlemeye göre, OHAL rejiminde alınacak önlemlerin ve normların uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklere ters düşmemesi gerekir. Bu yönü ile de uluslararası yükümlülüklerden kaynaklanan düzenlemelere karşı yargı yolunun açık olması gerekir. Yargı kuruluşlarının bu konuda kendilerini yetkili kabul etmesi gereklidir. Bu yetki Anayasanın 15. maddesinde "…milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla..." düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

Yaşanılan süreçte özellikle ceza soruşturmaları ve yargılamaları OHAL koşullarında yapılmaktadır. Kişilere tanınan birçok adil yargılama güvencesi OHAL KHK'ları ile ortadan kaldırılmaktadır. OHAL KHK'ları ile yargılama sırasında kişilere tanınan yasal güvencelere müdahalede bulunularak adil yargılanma hakları ihlal edilmektedir.

OHAL KHK'ları ile toplam 2956'sı hâkim ve 1284'ü savcı olmak üzere toplam 4240 yargı mensubu ihraç edilmiştir. Bu rakam toplam yargı mensubu sayısının üçte birine yakındır. Sadece rakam bazlı *düşünüldüğünde bile ülkenin içinde bulunan durumun vahameti anlaşılmaktadır. Nitekim içinde bulunan ortamda binleri aşan üyesi terör örgütü* Fetö üyesi olarak tutuklu bulunan hâkim ve savcıların uygulamalarının ve şekli anlamda gerçekleştirdikleri yargılamaların, TÜRKİYE CUMHURİYETİ YARGISINI GETİRDİĞİ SEVİYE GÖZLER ÖNÜNDEDİR. TÜRK

MİLLETİNİN YARGIYA OLAN GÜVENİNİN % 20'LERE KADAR GERİLEMİŞ OLMASI DA HUKUK DEVLETİNDEN UZAKLAŞMIŞ OLDUĞUMUZA DAİR ALGIYI GÖSTEREN DİĞER BİR GÖSTERGEYİ OLUŞTURMAKTADIR. Bu ortamda faaliyet yürüten yargılama organlarının verdiği kararların adil olduğu ciddi anlamda kuşku yaratmaktadır.

19 Aralık 2015 yılında yapılan hâkimlik ve savcılık sınavı ile mülakatı kazanarak, aday olan hâkim ve savcı stajyerleri 26.05.2017 tarihinde yapılan kura sonucu görev yerlerine atanmışlardır. Hâkim ve savcı adayları 2 yıllık staj yapmakta iken, bu süreçte staj süresi dikkate alınmamış ve sınavın yapılması, sonuçların açıklanması, mülakat tarihlerinin belirlenmesi, mülakat sonuçlarının açıklanması, hâkim savcı adayı olma süreci de dahil 2 yıldan az bir sürede atamalar yapılmaya başlanmıştır. Bu süreç dikkate alındığında hâkim-savcı adaylarının fiilen 1 yıldan bile daha az süre staj yapmış oldukları görülecektir. Devletin varlığı ve yaşamın düzenli bir şekilde devamlılığı açısından en önemli organ olan yargı sistemi güvenilirliğini büyük ölçüde kaybetmiştir. Henüz yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadan, belki bulunduğu mevkiinin bile henüz önemini anlayamayan bireyler, karar verilmesi gereken mevkilere yerleştirilmiştir. Bu durum Türkiye'de her açıdan sorunların yaşandığını ve yalnızca mevcut yargının değil, gelecekteki yargı sisteminin de güvenirliliğinin şüphe uyandıracağını göstermektedir.

Yukarıda aktarılan örnek uygulamalardan da anlaşılacağı *üzere bu yargılamaların* AİHS'te *hükme bağlanmış olan adil yargılama ilkelerine uygun olmadığı açıktır. Yargılamalarda ve yürütülen soruşturmalarda ciddi hak ihlalleri bulunmaktadır. Türkiye'deki yürürlükteki* OHAL KHK'ları ile ağırlaştırılmış mevzuatın ve güncel hukuk uygulamasının, Anayasa ve uluslararası insan hakları metinleri çerçevesinde incelenmesi sonucunda, hukuk devleti ve adil yargılama koşullarının sağlanamadığı görülmektedir.

Bugün için hukuk penceresinden baktığınızda, Türkiye'de HUKUKUN *ÜSTÜNLÜĞÜNE* DAYALI ADİL YARGILAMA KOŞULLARININ VAR OLDUĞU BİR HUKUK DEVLETİ *ÇOK UZAKTA GÖRÜNMEKTEDİR.*

KAYNAKÇA

Anayasa

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

667 – 688 sayılı olağanüstü hal KHK'ları

İç hukuk yargı kararları

Anayasa Mahkemesi kararları

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa Sosyal Şartı

Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Uluslararası yargı kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları

CEZAEVİ SORUNLARI İZLEME ve ARAŞTIRMA KOMİSYONU CEZAEVLERİNDE YAŞANAN SORUNLARA İLİŞKİN ÖN RAPORU

CEZAEVİ SORUNLARI İZLEME VE ARAŞTIRMA KOMİSYONU

Av.Yasemen ÖZTÜRKCAN
Çalışma Grubu Başkanı

Av.Özgür Cevat ALTUNTAŞ
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Elif Lale AYAZ
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Hakan BOZKURT
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Gamze KAYA
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Yusuf ÖFGELİ
Çalışma Grubu Üyesi

SÖZBAŞI

Cezaevlerinde yaşanan hak ihlallerini daha yakından incelemek ve mahpuslarının haklarının uluslararası ve ulusal mevzuat uyarınca eksiksiz temin edilmesini sağlamak için Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi bünyesinde kurulan Cezaevi Sorunları İzleme ve Araştırma Komisyonu, yeni çalışma dönemine "Cezaevlerinde Yaşanan Sorunlara İlişkin Ön Raporu"nu hazırlayarak başlamıştır.

Komisyon üyelerimizin 1 aylık bir süre zarfında hazırladığı bu ön raporda Avrupa Konseyi, Birlermiş Milletler tarafından hazırlanan raporlar, tavsiye kararları, görüşleri ile birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları İnceleme Komisyonu raporları, Meclisimize sunulan soru önergeleri, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı faaliyet planları, Siyasi Partiler, Barolar ve Sivil Toplum Kuruluşlarınca hazırlanan raporlar, Ceza İnfaz Kurumlarından iletilen mektuplar ile son olarak yazılı ve görsel basından derlenen haberler, temel olarak kabul edilmiştir.

Zaman sınırı nedeniyle, ikincil kaynaklar derlenerek hazırlanan işbu ön raporda, belli başlı hususlar çok kısıtlı olarak ele alınılabilmiştir. İnfaz Kurumlarının idarî, fizikî ve personel altyapısı incelenerek tespit edilen mevcut sorunlara; insan hak ve özgürlükleri çerçevesinde muhtemel çözüm önerileri sunarak değinilmesi amaçlanmıştır.

Komisyonumuz, Ceza İnfaz Kurumlarına yapılacak ziyaretler, eğitimler, Kamu Kurum Kuruluşları ve Sivil Toplum Kuruluşları ile gerçekleştirilecek temaslar neticesinde çalışmalarını derinleştirdikten sonra "2016 – 2017 yılı Cezaevleri Sorunlarına İlişkin Esas Rapor"unu yayın dizisi olarak ilgi ve dikkatinize sunacaktır.

Tespit edilen sorunlar ile hak ihlallerinin en kısa zamanda giderilerek adalet ve barışın kalıcı olarak tesis edilmesine katkı sunabilmeyi temenni ederiz.

I) GENEL BİLGİLENDİRME

Ülkemizde 15/11/2017 tarihi itibariyle,

290 kapalı ceza infaz kurumu, 71 müstakil açık ceza infaz kurumu, 3 çocuk eğitimevi, 8 kadın kapalı, 5 kadın açık, 7 çocuk kapalı ceza infaz kurumu olmak üzere toplam 384 ceza infaz kurumu bulunmakta olup, bu kurumların kapasitesi 207.279 kişiliktir.[1]

Ceza İnfaz Kurumu'nda yer alan mahpusların yıllara göre dağılımı şöyledir :

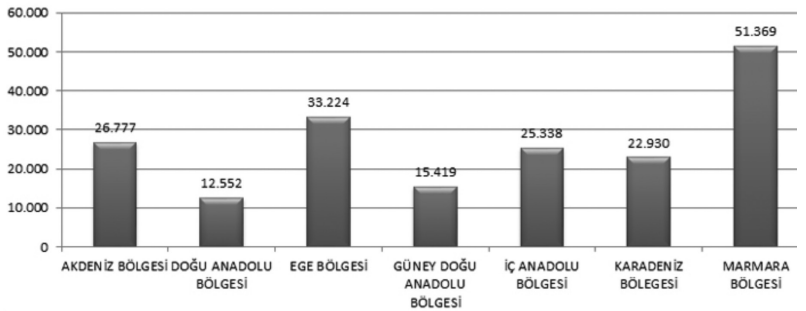
YILLAR	HÜKÜMLÜ				TUTUKLU				GENEL TOPLAM
	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	
1970	*	*	*	30.119	*	*	*	26.392	56.511
1971	*	*	*	33.416	*	*	*	28.047	61.463
1972	*	*	*	36.140	*	*	*	28.749	64.889
1973	*	*	*	33.722	*	*	*	27.246	60.968
1974	*	*	*	5.442	*	*	*	19.418	24.860
1975	*	*	*	14.276	*	*	*	23.340	37.616
1976	*	*	*	19.881	*	*	*	24.450	44.331
1977	*	*	*	22.632	*	*	*	27.752	50.384
1978	*	*	*	25.212	*	*	*	29.430	54.642
1979	*	*	*	22.417	*	*	*	30.236	52.653
1980	*	*	*	31.241	*	*	*	38.931	70.172
1981	*	*	*	42.446	*	*	*	37.340	79.786
1982	*	*	*	44.650	*	*	*	33.551	78.201
1983	*	*	*	45.144	*	*	*	31.114	76.258
1984	*	*	*	46.370	*	*	*	26.694	73.064
1985	*	*	*	45.388	*	*	*	25.842	71.230
1986	*	*	*	30.786	*	*	*	21.364	52.150
1987	*	*	*	31.315	*	*	*	19.484	50.799
1988	*	*	*	33.078	*	*	*	18.592	51.670
1989	*	*	*	29.407	*	*	*	17.697	47.104

[1] http://www.cte.adalet.gov.tr/ (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017)

YILLAR	HÜKÜMLÜ				TUTUKLU				GENEL TOPLAM
	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	ERKEK	KADIN	ÇOCUK	TOPLAM	
1990	*	*	*	29.373	*	*	*	16.233	45.606
1991	*	*	*	11.047	*	*	*	15.804	26.851
1992	*	*	*	12.823	*	*	*	18.659	31.482
1993	*	*	*	15.147	*	*	*	19.658	34.805
1994	*	*	*	16.881	*	*	*	22.050	38.931
1995	*	*	*	22.008	*	*	*	24.083	46.091
1996	*	*	*	26.979	*	*	*	23.904	50.883
1997	*	*	*	36.334	*	*	*	24.272	60.606
1998	*	*	*	41.240	*	*	*	24.925	66.165
1999	*	*	*	44.131	*	*	*	23.450	67.581
31/12/2000	23.708	894	253	24.855	22.595	921	1.141	24.657	49.512
31/12/2001	26.286	903	352	27.541	25.267	1.136	1.665	28.068	55.609
31/12/2002	33.079	1.181	548	34.808	22.197	927	1.497	24.621	59.429
31/12/2003	35.297	1.207	552	37.056	24.613	970	1.657	27.240	64.296
31/12/2004	29.074	925	366	30.365	24.914	1.023	1.628	27.565	57.930
31/12/2005	28.420	882	143	29.445	24.089	930	1.406	26.425	55.870
31/12/2006	34.458	1.086	321	35.865	31.303	1.315	1.794	34.412	70.277
31/12/2007	50.650	1.620	539	52.809	34.353	1.527	2.148	38.028	90.837
31/12/2008	60.444	1.948	671	63.063	36.446	1.651	2.075	40.172	103.235
31/12/2009	73.063	2.305	632	76.000	36.585	1.708	2.047	40.340	116.340
31/12/2010	83.289	2.748	529	86.566	31.262	1.402	1.584	34.248	120.814
31/12/2011	89.252	2.955	410	92.617	32.479	1.584	1.924	35.987	128.604
31/12/2012	100.617	3.278	418	104.313	28.564	1.560	1.583	31.707	136.020
31/12/2013	113.378	3.956	451	117.785	24.966	1.200	1.527	27.693	145.478
31/12/2014	131.136	4.855	540	136.531	19.915	869	1.522	22.306	158.837
31/12/2015	146.767	5.373	729	152.869	22.525	1.030	1.665	25.220	178.089
31/01/2016	149.337	5.517	733	155.587	23.104	1.041	1.684	25.829	181.416
29/02/2016	152.167	5.541	750	158.458	23.655	1.076	1.689	26.420	184.878
31/03/2016	154.750	5.631	784	161.165	23.610	1.157	1.715	26.482	187.647
01.11.2016	123.987	4.659	645	129.291	62.976	3.235	1.795	68.006	197.297
02.10.2017	134.211	5.034	1.003	140.248	81.969	4.951	1.825	88.745	228.993

Ceza İnfaz Kurumu'nda yer alan mahpusların (01.04.2016 tarihi itibariyle) coğrafi bölgelere göre dağılımı şöyledir : [2]

BÖLGE	Hükümlü		Tutuklu		Toplam
	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın	
AKDENİZ BÖLGESİ	21.449	823	4.337	168	26.777
DOĞU ANADOLU BÖLGESİ	9.947	164	2.330	111	12.552
EGE BÖLGESİ	29.067	1.277	2.730	150	33.224
GÜNEY DOĞU ANADOLU BÖLGESİ	10.507	159	4.550	203	15.419
İÇ ANADOLU BÖLGESİ	21.033	1.117	3.020	168	25.338
KARADENİZ BÖLEGESİ	21.122	337	1.400	71	22.930
MARMARA BÖLGESİ	42.314	1.804	6.900	351	51.369
GENEL TOPLAM	155.439	5.681	25.267	1.222	187.609



[2] http://www.cte.adalet.gov.tr/ (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017)

Ceza İnfaz Kurumu'nda yer alan mahpusların (01.04.2016 tarihi itibariyle) yaş gruplarına göre dağılımı şöyledir : [3]

Yaş Gruplarına Göre Dağılım	Hükümlü			Tutuklu			Genel Toplam		
	E	K	T	E	K	T	E	K	T
12 ve 17 Yaş (18 Yaşından Gün Almamış Çocuk)	746	26	772	1.670	49	1.719	2.416	75	2.491
18 ve 20 Yaş (Genç)	5.577	136	5.713	3.382	159	3.541	8.959	295	9.254
21 ve 39 Yaş (Genç-Orta Yetişkin)	99.557	3.259	102.816	15.360	752	16.112	114.917	4.011	118.928
40 ve 64 Yaş (İleri Yetişkin)	47.050	2.166	49.216	4.721	255	4.976	51.771	2.421	54.192
65 ve 79 Yaş (Yaşlı)	2.344	85	2.429	159	9	168	2.503	94	2.597
80 Üstü (İleri Yaşlı)	119	5	124	8	0	8	127	5	132
Yaş Grubu Bilinmeyen	7	1	8	7	-	7	14	1	15
TOPLAM	155.400	5.678	161.078	25.307	1.224	26.531	180.707	6.902	187.609

K=Kadın, E=Erkek, T=Toplam

Ceza İnfaz Kurumu'nda yer alan mahpusların (01.04.2016 tarihi itibariyle) bazı suç gruplarına göre dağılımı şöyledir : [4]

Bazı Suç Gruplarına Göre Dağılım (01.04.2016 İtibarıyla)			
Bazı Suç Gruplarına Göre Dağılım	Çocuk	Yetişkin	Toplam
ADAM ÖLDÜRME	251	28.745	28.996
ADAM ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS	26	1.795	1.821
CİNSEL SUÇLAR	337	14.889	15.226
DOLANDIRICILIK	15	5.875	5.890
FUHUŞ	0	2.071	2.071
HIRSIZLIK	732	41.857	42.589
SAHTECİLİK	1	8.873	8.874
UYUŞTURUCU	378	35.007	35.385
YAĞMA VEYA GASP	294	22.587	22.881

[3] http://www.cte.adalet.gov.tr/ (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017)
[4] http://www.cte.adalet.gov.tr/ (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017)

YARALAMA	72	23.206	23.278
TOPLAM	2.106	184.905	187.011
*Bu tablodaki veriler; 01.04.2016 tarihi itibariyle ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlülerin işlemiş olduğu veya işlediği iddia edilen suçlardan 10 tanesi baz alınarak hazırlanmış ve bir kişinin birden fazla işlediği suçlarıda sayılmış olup suç sayısını göstermektedir. Bu nedenle, tablodaki genel toplam (187.011) aynı tarihte ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlü sayısı (187.557) ile uyuşmamaktadır.			

Kasım 2017 itibariyle;

Toplam 14 adet F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 22 adet L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 58 adet T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 44 adet E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 2 adet D Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 5 adet H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu;

toplam 2 C Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 23 adet M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu;

toplam 3 adet R Tipi Ceza İnfaz Kurumu (Rehabilitasyon Merkezi); toplam 8 adet B Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 8 adet Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu;

toplam 18 adet BTOK (Belirli Bir Tipi Olmayan) Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 7 adet Çoçuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumu; toplam 3 adet Çoçuk Eğitimevi; toplam 71 adet Açık Ceza İnfaz Kurumu; toplam 6 adet Kadın Açık Ceza İnfaz Kurumumuz bulunmaktadır.

II) CEZAEVLERİNDE YAŞANAN SORUNLAR

A.Yaşam Hakkı İhlalleri ve İşkence ile Kötü Muamele

1. Yaşam Hakkı İhlalleri

Yaşam hakkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2., Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 6.

ve Anayasamızın 17. maddesi ile belirtildiği üzere "Her insanın doğuştan gelen yaşam hakkına sahip olduğu ve bu hakkın yasalarla korunması gerektiği'' insan hakları içinde değer sırası bakımından ilk sırada yer alır. En temel insan hakkı olarak diğer tüm hakların varlık sebebi olması nedeniyle tüm hakların kullanımının yaşama hakkına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 2. maddesi 1. fıkrasının kapsamı devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü gözaltı, cezaevi veya zorunlu askerlik hizmeti sırasında bulunan bireyi intihara karşı korumayı kapsayacak kadar geniş yorumlamıştır.[5]

Türkiye'de özellikle de 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra cezaevlerinde yaşam hakkı ihlallerine ilişkin olarak açlık grevine karşı hukuka aykırı uygulamalar, cezaevi personelinin keyfî tutum ve işlemleri, fiziki koşulların (yeme, içme barınma) yetersizliği, nakil taleplerinin değerlendirilmemesi, çıplak arama, kelepçeli muayene gibi kötü muamele ile sağlığa erişimde gecikme veya hiç erişememe gibi iddialarla ilgili toplam 2.525 başvuru bulunmaktadır.[6] Son 8 aylık süreçte cezaevlerinde 8 mahpus hayatını kaybetmiş, en az 367 mahpus işkence ve kötü muameleye maruz kalmış, 605 mahpus bulundukları cezaevlerinden bir başka cezaevine zorla sevk edilmiş, 35 mahpusun da sağlık hakkı ihlal edilmiştir.

Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) İstanbul Milletvekili ve Parti Meclisi Üyesi Av. Dr. M. Sezgin Tanrıkulu, 06/10/2017 tarihinde, "2017 yılı İnsan Hakları İhlal Raporu"nu açıklamıştır. Raporda, OHAL ve KHK'ların demokrasinin gidişatını belirlediği dile getirilmiştir. Raporda ihlaller şu şekilde sıralanmıştır:

---

5 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 16/11/2000 tarihli Tanrıbilir/Türkiye kararı ile 21/10/2008 tarihli Klavuz/Türkiye kararları

6 TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi 3. Toplantı 17 Mayıs 2017;sf 5.

- Ø 15 Temmuz gecesi yaşanan olaylarda, 179 sivil, 62 polis, 29 asker olmak üzere 270 kişi yaşamını kaybetmiştir. 2 bin 195 kişi de yaralanmıştır.

- Ø Gülen yapılanmasına ilişkin soruşturma kapsamında tutuklu bulunan 3 kişi Temmuz ayında, 1 kişi Ağustos ayında yaşanan olaylar ve cezaevi yönetiminin ihmalleri sonucu yaşamını yitirmiştir. Bu kapsamda, darbe girişimi ile doğrudan ve dolaylı biçimde bağlantılı olarak yaşamını kaybettiği tespit edilebilen toplam kişi sayısı en az 274 olmuştur.

- Ø FETÖ/PDY soruşturması ile bağlantılı olarak 15 kişi intihar ederek yaşamına son vermiştir. Soruşturma ile bağlantılı olarak 4 kişi de kuşkulu biçimde yaşamını yitirmiştir.[7]

Cezaevindeki mahpusların 10 kişilik odada 36, 40 kişinin kalması bir yatakta 3 kişi kalmak zorunda olması ve yerlerde yatmak durumunda kalınması, yemek yiyememesi, sağlıklı beslenememesi, gökyüzünü hiç görememesi, havalandırmaya çıkamaması, ailesiyle iletişim kuramaması açık şekilde yaşam hakkı ihlaline neden olmaktadır.[8]

2. İşkence ve Kötü Muamele

2.1. Cezaevi Koşulları

2017 yılı içerisine TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu alt komisyonlarınca yapılan araştırma ve incelemeler sonucunda yayımlanan raporlardan[9] ulusal ve uluslararası mev-

---

7 https://chp.org.tr/Public/0/Other/RAPOR%C4%B0HLALTABLO2.pdf (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017).

8 TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi 3. Toplantı 17 Mayıs 2017

9 Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu 26. Dönem 2. Yasama Yılı 2017; https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/kirikkale_incele_raporu.pdf
Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu 26. Dönem 2.

zuatlara aykırı olacak şekilde mahpusların yetersiz yeme, içme, barınma ve hijyen konularında [10]çok fazla şikayetçi olunduğu, sıcak suyun veriliş saati ve miktarının cezaevi barınma kapasitesinin çok fazla aşılması nedeniyle uygunsuz ve yetersiz olduğu, insan onuru ile bağdaşmayan çıplak arama uygulamasına devam edildiği, muayene esnasında kelepçeli muayene[11] konusunda inisiyatifin doktorda olsa dahi genel uygulamada kelepçelerin hiç açılmadığı, 15 günde bir 3 saat olan sohbet hakkının sınırlandığı, yağmur yağdığı zaman bacaların aktığını, bunun da rutubete yol açtığı, sağlık hizmetlerinde aksamalar yaşandığını, doktor muayenelerine 15 gün sonra ancak sıra geldiğini, hastane sevklerinin aylar sonraya kaldığını, kıyafet ve terlik ile leğen, fırça gibi eşya sınırlaması yapıldığı, daha önceki yıllara nazaran disiplin cezası uygulamasına daha sık başvurulduğu, dilekçelerinin işleme alındığını ancak sakıncalı görülmesi suretiyle belirtilen adreslere postalanmadığını, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan ve mahpuslara gösterilmeyen genelge ile odalarda arama yapıldığı[12], bu arama esnasında spor yapmak için içi su dolu 5 litrelik bidonlar ile birden fazla leğen, kova, çek pas gibi temizlik alet ve ile plastik ayakkabı dolabı gibi bazı eşyalara el konulduğunu, bu aramalar sırasında bazı

Yasama Yılı 2017; https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/bursa_h_tipi_raporu.pdf

Eskişehir H ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu 26. Dönem 2. Yasama Yılı 2017; https://www.tbmm.gov.tr/docs/24yd_faaliyet_raporu_07062015.pdf

Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu 26. Dönem 2. Yasama Yılı 2017; https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/balikesir_L_tipi_raporu.pdf (Son Erişim Tarihi 20/11/2017).

10 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Kararına Ek 17.1-3,18.1-10, 19.1-7, 20.1-4 ,21, 22.1-5.

11 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Kararı 68.1-2 a, b 69.

12 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Kararına Ek 31.1-7.

odalarda zor kullanmak suretiyle arama gerçekleştirildiği, özellikle odaların temizlik ihtiyacının giderilmesi ve odaya sağlık bir yaşam koşulları kazandırılması amacıyla kullanılan temizlik alet ve edevatlarının toplatılmasının ciddi sağlık riskleri ile mahpusları karşı karşıya getirdiği, hücre cezası[13] çeken bazı mahpusların bir başka arkadaşı ile ortak havalandırma alanına çıkarılmadığı, en küçük bir hususta bile disiplin cezası uygulamasına gidildiği ve yargı mercilerine yapılan itirazlar sonrasında da etkili bir sonuca ulaşılamadığı, bir kısım incelemelerin Ramazan ayı içerisinde gerçekleşmiş olması nedeniyle ziyaret edilen odalardaki mahpusların çoğu niyetli olduklarını beyan etmesine rağmen akşam yemeğinin iftardan çok önce dağıtıldığını ve akşam yemeği ile birlikte sahur menüsünün de odalara bırakıldığını, bu bakımdan sıcak bir yemek ile iftar yapmalarına imkân olmadığını ve sahur için bırakılan yiyeceklerin ise sıcak havalardan dolayı bozulma riski ile karşı karşıya kaldığını, kışın bazı zamanlar havaların soğuk gitmesinden dolayı koğuşlarının ısınmadığı, hasta ve hastalığının cezanın infazına engel olduğu düşünülen hasta mahpusların taleplerinin değerlendirilmediği, sevk taleplerinin yerine getirilmediği ve elektrik kullanım ücreti istendiği, cezaevine doktorun verdiği ilaçlar yerine ucuz olan muadili getirildiği için bazı hastalıkların tedavisinde ciddi sorunlar yaşandığı, tek aile hekiminin kalabalık bir gruba sağlık hizmeti vermeye çalışması sebebiyle sağlık hakkının engellendiğini, Sağlık Bakanlığına ait Medula sisteminin cezaevi içinde kullanılamadığı için hastanın geçmişini görememe kaynaklı sorun yaşandığı, kapasite fazlası sorununun 15 Temmuz darbe girişimi öncesinde de yaşanmakta olduğunu, darbe girişimi sonrası yoğunluğun daha da arttığını, yoğunluğun sadece fiziksel imkânsızlık doğurmadığını, aynı zamanda psikolojik olarak da etkilediği, yemeklerin kalitesiz ve iaşe bedelinin

[13] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Kararları 53.1-2 57.

düşük olmasından kaynaklı olarak yetersiz olduğu, diğer bir cezaevinde ise sıcak suyun haftada 2 kez ve 3 saat olarak düşük basınçla verildiğini, bunun hem temizlik hem çamaşır için yeterli olmadığı, kurum kantinde kalitesi düşük ürünler satıldığını ve bunların da aşırı pahalı oldukları, kameraların açısının sadece giriş kısmını değil ortak yaşam alanını ve yatakhane bölümünü de görüntülediği, özellikle diş tedavisi taleplerinin aylarca yerine getirilmediğini ve diş doktorunun kelepçeli muayene ettiği tespitleri yapılmıştır. [14]

Benzer bir şekilde aynı sorunların geri gönderme merkezlerinde de yaşandığı tespit edilmiştir. Avrupa Konseyi İşkence ve Kötü Muameleyi Önleme Komitesi (CPT) Türkiye'de yabancıların barındırıldığı Geri Gönderme Merkezleri'ne (GGM) 2015 yılında gerçekleştirdiği denetimle ilgili raporunda bu merkezlerde tutulan yabancıların işkence ve kötü muamele şikayetinde bulunmadıkları, buna karşılık Ankara, İstanbul ve İzmir'deki merkezlerde gözlemlenen fiziki koşulların "insanlık dışı" olarak tanımlanabileceği belirtilmiştir. Raporda, Ankara, İstanbul-Kumkapı ve İzmir GGM'lerdeki fiziki koşulların kötü olduğu, bu merkezlerdeki yabancıların yetersiz hijyen, havalandırma ve doğal ışık olmayan bir ortamda uzun süre tutulduğu, bu durumun "insanlık dışı muamele olarak tanımlanabileceği" not edilmiştir. Merkezlerde barındırılan yabancılara gerekli hijyen malzemesi sağlanması ve merkezlerin düzenli olarak dezenfekte edilmesi gerektiği hatırlatılmıştır.[15]

Mahpusların ailelerinden uzakta bir ceza infaz kurumunda cezalarının infaz edilmesi nedeniyle, ailelerinin sık sık ziyarete gelemedikleri, tutuklu bazı mahpuslar açısından yargılamalarının başka şehirde yapılmasına rağmen burada cezalarını infaz ettikleri, bu bakımdan ailelerine yakın veya yargılama-

---

[14] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Karaları 37.1 37.2 37.3 37.4.

[15] https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey;http://p.dw.com/p/2m121.

nın devam ettiği şehirlerdeki cezaevlerine sevk taleplerinin olduğu ancak değerlendirilmediği; Cezaevi görüşlerinin 30 dakikaya düşmüş olduğu, FETÖ tutukluları için alınan önlemlerin tüm mahpuslara teşmil edilmesinden kaynaklı uygulama şikayetleri (ayda bir yapılan açık görüşlerin iki ayda bir yapılması) de güncel ihlaller arasındadır.

Uygulaması devam eden hücre cezası hem Birleşmiş Milletler standartları karşısında hem ulusal hukuki düzenlemelerimiz karşısında bir disiplin cezası olarak ve bir günden yirmi güne kadar olabilecek bir ceza süresince hücrede tutulma durumunun gündeme gelebileceğini fakat bunun dahi açık havadan yararlanma hakkı saklı tutularak yapılması gerektiğini düşünüldüğünde uygulamada "tecrit" adı altındaki uygulamanın özünde bir hücre cezası uygulamasına dönüşmüş olduğunu cezaevlerinde, bu konuda çok yoğun yakınmalarla karşı karşıya kalınmaktadır.[16]

Ceza İnfaz Kurumu Personeli

2016 yılı 15 Temmuz'a kadar olan dönem içerisinde 344 ceza infaz kurumu personeli hakkında kötü muameleye dair yapılan şikâyetler üzerine işlem yapılmıştır. İkinci, 15 Temmuz-31 Aralık tarihi içerisinde 89 personel hakkında işlem yapılmıştır. Bu yılın 9 Mayısına kadar olan dönem içerisinde de 194 personel hakkında işlem yapılmıştır. Bunların ciddi bir kısmıyla ilgili soruşturmalar da devam etmektedir.[17] Oysaki ceza infaz kurumunda çalışan personel, mahpusların özel sta-

---

[16] 5275 sayılı 'Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun' uyarınca düzenlenen cezaevi infaz koşulları ve kurallarına göre; 'hücreye koyma' bir disiplin cezasının karşılığı olarak tanımlanıyor ve hâkim kararı gerekiyor. Ayrıca kişinin hücreye konulması için sağlık raporuna da ihtiyaç duyuluyor. Aynı kanuna göre 'hücreye koyma cezası hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılması olarak tanımlanıyor.

[17] TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi 3. Toplantı 17 Mayıs 2017; sf 5.

tüleri ve ihtiyaçlarını tam olarak hesaba katabilecek biçimde seçilmeli ve eğitilmelidir.[18]

2.2. Sağlığa Erişim Hakkı

Ceza İnfaz Kurumlarında sağlığa erişim hakkı, özgürlüğünden yoksun bırakılmış mahpuslara hastalık teşhisi ve gereken tedavinin sağlanması, ilaç temini ve tedavi ücretlerinin karşılanması, hastaneye sevk, düzenli doktor ve sağlık personeli, sosyal hizmetler uzmanı ve psikolojik destek hizmetinin sağlanması, hijyenin sağlanması, spor aktiviteleri, havalandırma, açık hava, gün ışığı, sıcak-soğuk su temini gibi fiziksel koşulların sağlanması gibi pek çok alt başlığı içinde barındırmaktadır. Bu konuda yaşanan sıkıntılar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özellikle İşkence Yasağını düzenleyen 3. maddesi[19] kapsamında pek çok açıdan ihlal iddialarına konu olabilmektedir[20].

Avrupa Konseyi bünyesinde ceza infaz kurumları ile ilgili ortaya konmuş uluslararası nitelikteki standartlara baktığımızda özellikle sağlığa erişimin sağlanması ile ilgili meselelerin önemli bir yer taşıdığını görmekteyiz. Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararının sağlığı etkileyen fiziki koşullar, hijyen ve beslenme ile ilgili kısımları özel olarak ihtiva etmektedir.[21]

---

18 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında 2006-2 Nolu Tavsiye Karaları 43.

19 AİHS md 20; "Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.".

20 AİHM Kudla – Polonya [Büyük Daire], Başvuru no: 30210/96, 26/10/2000; AİHM Khodorkovskiy ve Lebedev – Rusya, Başvuru no: 11082/06 ve 13772/05, § 479, 25/07/2013

21 Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı md 18.1 "Mahpuslara sağlanan barınma yerleri ve özellikle bütün yatakhane bölümleri, insan onuruna ve mümkün olabildiğince özel yaşama saygı gösterecek biçimde olmalı, iklim koşulları ve özellikle zemin alanı, havanın metreküp miktarı, aydınlatma, ısıtma ve havalandırma dikkate alınarak, sağlık ve temizlik gereklerini karşılamalıdır.18.2 Mahpusların yaşadığı, çalıştığı veya bir araya geldiği tüm binalarda: a. Pencereler,

Belirtilen standartlar ışığında, Türkiye'deki ceza infaz kurumları ile geri gönderme merkezlerinde tespit edilen şikayetler birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki hususlar ön plana çıkmaktadır:

Öncelikle kapasite üzeri mevcut sebebiyle[22] de katlanan bazı

---

mahpusların normal koşullarda gün ışığında okumalarını veya çalışmalarını mümkün kılmaya yeterli büyüklükte olmalı ve klima sistemiyle yeterli ölçüde bir havalandırmanın yapıldığı haller hariç, temiz havanın içeriye girmesini sağlamalıdır; b.Yapay aydınlatma, onaylanan teknik standartlara uygun olmalıdır.(…)."

md 19 Hijyen; "19.1 Her cezaevinin bütün bölümleri gerekli şekilde bakılmalı ve her zaman temiz tutulmalıdır. 19.2 Mahpuslar cezaevine kabul edildiklerinde kalacakları odalar veya diğer yatma yerleri temiz olmalıdır. 19.3 Mahpuslar, hijyene ve mahremiyete saygı gösteren sıhhi imkanlara her an ulaşabilmelidirler.19.4 Genel hijyenin sağlanması için her mahpusun, iklime uygun sıcaklıkta ve mümkünse her gün, değilse haftada en az iki kez (veya gerekiyorsa daha sık olarak) banyo veya duş yapabilmesi için uygun tesisler sağlanmalıdır.19.5 Mahpuslar kendilerini, giysilerini ve kaldıkları yerleri temiz ve düzenli tutmalıdırlar.19.6 Mahpusların temizlik koşullarını yerine getirebilmeleri için cezaevi yetkilileri onlara tuvalet malzemeleri de dahil olmak üzere genel temizlik alet ve malzemelerini sağlamalıdırlar. 19.7 Kadınların sıhhi ihtiyaçları için özel düzenleme yapılmalıdır."

Md 20 Giyim ve Yatak Malzemeleri; "20.1 Kendine ait uygun giysisi olmayan mahpuslara iklime uygun giysiler verilmelidir. 20.2 Bu giysiler aşağılayıcı veya küçük düşürücü olmamalıdır. 20.3 Bütün giysiler iyi durumda muhafaza edilmeli ve gerektiğinde değiştirilmelidir. 20.4 Cezaevinden dışarı çıkmak için izin alan mahpuslardan, mahpus olduklarını belli edecek giysiler giymeleri istenmemelidir. 21. Her mahpusa, düzenli biçimde muhafaza edilen ayrı bir yatak ile temiz tutulmasının sağlanması için gerekli sıklıkta değiştirilen ayrı ve uygun bir yatak takımı sağlanmalıdır.

Md 22 Beslenme; "22.1 Mahpuslara, yaşlarını, sağlıklarını, fiziki koşullarını, dinlerini, kültürlerini ve çalıştıkları işin özelliğini hesaba katan besleyici gıdalar temin edilmelidir. 22.2 Asgari enerji ve protein miktarı da dahil olmak üzere besleyici bir gıdanın gerekleri ulusal mevzuatta düzenlenmelidir. 22.3 Yiyecekler hijyenik olarak hazırlanmalı ve dağıtılmalıdır. 22.4 Mahpuslara makul aralıklarla günde üç öğün yemek verilmelidir.22.5 Mahpuslar temiz içme suyuna her zaman ulaşabilmelidir.22.6 Pratisyen hekim veya nitelikli bir hemşire tıbbi sebeplerle özel bir mahpusun beslenmesinde değişiklik yapmalıdır.."

[22] World Prison Brief tarafından yapılan çalışmaya göre Türkiye mahkûm nüfusu en fazla olan ülkeler arasında 9. sırada yer almaktadır bkz: http://www.dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-de-cezaevlerinin-durumu;

United Nations Universal Periodic Review of Turkey 2015 – UNCT Sub-

sağlığa erişim ile ilgili problemlerin ağırlıklı olarak ön planda olduğu görülmektedir. Kapasitenin artışı, cezaevlerinde özellikle doktor ve sağlık personelinin düzenli ve yeterli müdahalesini, düzenli ve yeterli ilaç temini, zamanında ve düzenli tedavi sağlanması ve gerektiğinde gecikmeksizin hastaneye sevk gibi konularda gecikmelere sebebiyet verdiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir ceza infaz kurumlarındaki tüm hizmetlerde olduğu gibi sağlık hizmetleri de planlanandan çok kişinin olması durumunda olumsuz yönde etkilenmektedir[23]. Bu şekilde yaşam kalitesi düşmekte ve aşırı kalabalıklaşma özellikle kurumun fiziki koşulları yönünden insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele düzeyine erişebilmektedir.

Ceza infaz kurumlarında sağlığa erişimin belki de en temel unsurlarından biri hijyenin sağlanmasıdır. Özellikle yoğun kapasite sebebiyle yatak mevcudunun yeterli olmaması ve koğuşlarda yaşam alanına ilişkin standartların[24] karşılanamıyor olması bir problem olarak karşımıza çıktığı söylenebilir.

Diğer taraftan, açık havaya çıkarılma zamanlarının seyrekliği ve sportif aktiviteye izin verilmemesi ya da çok kısıtlı şekilde sportif aktiviteden faydalanılması ayrı bir problem olarak ortaya çıkmaktadır[25].

---

mission 2015, § 24 bkz: http://www.refworld.org/docid/54c109084.html ;
1 Ocak 2016 itibariyle Avrupa Konseyi Yıllık Ceza İstatistiklerine göre karşılaştırmalı oranlar için bkz: http://wp.unil.ch/space/space-i/prison-stock-on-1st-january/prison-stock-on-01-jan-2015-2016/;
Avrupa Komisyonu 2016 yılı Türkiye Raporu SWD(2016) 366, 9 Kasım 2016, s. 71, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_turkey.pdf.

23 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem 2. Yasama Yılı, 17/5/2017 tarihli toplantıda kabul edilen, Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 10 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/balikesir_L_tipi_raporu.pdf.

24 CPT/Inf /2015) 44 sayılı "Living space per prisoner in prison establishments: CPT Standards" adlı belgenin gayriresmî çevirisi için http://www.cte.adalet.gov.tr/duyurular/2015/12-4/EK-A.pdf.

25 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem 2. Yasama Yılı,

Sıcak su veriliş saatleri, örneğin somut vakalarda görüldüğü şekilde haftada 2 kez ve 3 saat düşük basınçla verilen suyun temizlik için yeterli olmadığı[26] ve verilen su miktarının yetersizliği yine hijyenle ilgili sıkıntıları beraberinde getirmektedir ve bu şartların iyileştirilmesi gerektiği söylenebilir[27].

Yine, özellikle kış aylarında yeterince ısıtma olmaması, özellikle yatakhane katındaki peteklerin yetersiz olması ve kaloriferlerin ağırlaşan kış koşullarına rağmen yanmaması, rutubetli ortam, kalınan yerlerin yeterli güneş ışığı almaması [28] sağlık koşullarını olumsuz yönde etkileyen faktörlerdir.

Fiziki koşullardaki yetersizlik ve kapasitede yaşanan yoğunluk nedeniyle sağlık hizmetinin verilmesi, özellikle hastaneye sevklerin gecikmesi, ilk teşhis, hastayı takip ve tedavinin sağlanmasında da gecikmelere sebebiyet verdiği görülmektedir[29]. Bu çerçevede sağlık hizmetlerinde kalitenin, personelin ve kapasitenin arttırılması önem arz etmektedir.

Bu noktada değinilmesi gereken başka bir mesele de, cezaevinde hafta içi ve özellikle hafta sonu düzenli olarak doktor bulunmasının bir cezaevinde ulaşılması gereken asgari standartlardan bir diğeri olduğudur. Özellikle hasta mahpusların ceza infaz kurumlarındaki durumu ile ilgili veriler basına yan-

17/5/2017 tarihli toplantıda kabul edilen Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 4 https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/bursa_h_tipi_raporu.pdf. (Son Erişim Tarihi 20/11/2017).

26 Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 9

27 Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 4-5

28 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem 2. Yasama Yılı, 17/5/2017 tarihli toplantıda kabul edilen İstanbul Çocuk Eğitimevi ile Ümraniye E ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu s. 10;, CPT/Inf (2017) 32, § 7Geri Gönderme Merkezleri ile ilgili olarak Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi [CPT] 16-23 Haziran 2015 tarihli Geri Gönderme Merkezlerine ilişkin Ziyaret Raporu

29 Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu s. 5; Ümraniye E ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu s. 11

sıdığı kadarıyla bilinmektedir[30]. Acil durumda müdahale edecek sağlık personelinin mevcudiyeti ile ilgili elimizde bir veri bulunmamakla birlikte, bu gibi durumlarda en yakın hastaneye sevklerin nasıl ve ne kadar sürede gerçekleştirildiğinin de bilinmesi ve envanterinin tutulması da önem arz etmektedir. Örneğin Balıkesir L tipi cezaevinde yıllık 20-25.000 muayene yapıldığı belirtilmiştir. Yapılan hesaba göre bir günde 100-125 hasta muayenesine denk gelmektedir. Sadece 1 doktor tarafından verilen sağlık hizmeti mahpuslar tarafından ulaşılabilir olmaktan çıkmakta, aciliyet gereken durumlarda hastane sevklerinde uzun süreler sora yapılabilmesine yol açmaktadır.

Ağır hastalık, engellilik, yaşlılık gibi özel bakım gerektiren durumları kapsayan bir takım özel uygulamaların olduğu teorik olarak söylenebilir[31]. Ancak uygulamada, OHAL kaynaklı ve personel azlığına ve iş yüküne bağlı sebeplerle özellikle ağır hastaların hastaneye sevki ile ilgili bazı sorunların gündeme geldiği basına yansımaktadır[32]. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Nuriye Gülmen – Semih Özakça başvurusunda, açlık grevi sebebiyle ceza infaz kurumunda ağır hasta durumda bulunan tutuklular ile ilgili AİHM İç Tüzük madde 39 kapsamında tahliyelerinin sağlanması için talep edilen tedbir kararı reddedilmiştir. Ret kararının gerekçesi olarak, başvuruculların hastaneye sevk edilmiş olmalarının vücut bütünlüğü ve yaşam hakkı üzerinde salıverilme konusunda tedbir uygulanmasını gerektirecek gerçek ve yakın bir risk oluşturmadığı gösterilmiştir. Ancak her ihtimalde AİHM, bu aşamada, dava-

---

30 Ceza infaz kurumlarında bulunan hasta mahpuslara ilişkin Adalet Bakanlığı verileri hakkında bkz: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/736673/Cezaevlerinde_tahliye_sirasi.html#

31 Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu, 24. Dönem 5. Yasama Yılı 2015, s. 13-16, bkz: https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2015/saglik_hizmetleri_hakkinda.pdf.

32 http://siyasihaber3.org/vanda-hasta-tutuklular-hastaneye-goturulmuyor-ohal-var-idare-edin; https://www.evrensel.net/haber/328500/hasta-tutuklular-sevk-edilmiyor

lı Hükümetin başvurucuların vücut bütünlüğü ve yaşam hakkını koruma çerçevesinde her türlü tedbiri alması, dosyada mevcut raporlar ışığında günlük ihtiyaç ve bakımın sağlanması konusundaki yükümlülüğünü ve kendi seçtikleri doktorlara danışarak açlık grevine son verip vermeme konusunda karar almalarına izin verilmesi gerekliliğine de vurgu yapmıştır[33].

Öte yandan, ceza infaz kurumu koşullarında, mahpusların diş sağlığının korunması da en çok gündeme gelen sağlıkla ilgili şikayetlerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda özellikle kurumlarda diş hekimi bulunmamasının diş sağlığı ile ilgili muayene teşhis ve tedavilerin gecikmesine sebebiyet verdiğinden şikayetçi olunduğu görülmektedir[34].

Diğer taraftan, muayene sırasında kelepçe kullanılması[35] ve hasta mahremiyetinin sağlanmasına aykırı olarak ceza infaz kurumu personelinin muayenede hazır bulunması ve sağlıkla ilgili verilerin gizliliği konularının da ayrı bir şikâyet konusu olarak ortaya çıktığı görülmektedir[36].

Beslenme ile ilgili sıkıntılara gelince, özellikle diyabet hastalarına ya da özel gereksinimi olan hasta mahpuslara gereken beslenme imkanının sağlanamaması ayrı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine kurum kantinlerinde kalitesi düşük ürünlerin satılması, yemeklerin kalitesiz olması gibi şikayetler de gündeme gelebilmektedir[37].

---

33 AİHM Özakça – Türkiye, Başvuru no: 45940/17 ve Gülmen – Türkiye, Başvuru no: 46171/17, 2 Ağustos 2017 tarihli Tedbir Talebinin reddi kararı.

34 Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 10.

35 TUAD-ÖHD-ÖDAV Cezaevi İzleme Komisyonu Marmara Bölgesi Hapishane ve Hasta Tutsaklar Raporu http://www.hukukpolitik.com.tr/wp-content/uploads/2016/08/HApishaneRaporu.pdf

36 Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi [CPT] 16-23 Haziran 2015 tarihli Geri Gönderme Merkezlerine ilişkin Ziyaret Raporu, CPT/Inf (2017) 32, § 42 ve 43

37 Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu s. 9; Ümraniye E ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu s.10

Psiko-sosyal servis hizmetlerine ilişkin olarak, özellikle anne yanındaki çocuklar ile ilgili olarak destek sağlanması önemli bir konudur[38]. İnternet üzerinden erişilen resmi olmayan verilerde, 549 mahkûma 1 psikolog düşerken 986 mahkûma bir sosyal sağlık uzmanı düştüğünün tespit edildiği göze çarpmaktadır[39]. Özellikle çocuklar açısından düzenli ve devamlı sosyal danışmanlık verilmesinin önemi büyüktür. Psikolog, sosyal hizmetler uzmanı ve sosyologların bulunmaması ya da yetersizliği, kurumda bulunan kişilerin rehabilitasyonunun sağlanması konusunda olumsuz etki yaratmaktadır. Bu çerçevede bu konuda profesyonel olarak çalışan sivil toplum kuruluşlarının rehabilitasyon desteği vermesine izin verilmesi düşünülebilir. Hücre hapsinin sıklıkla disiplin cezası olarak başvurulan bir yöntem olması da bu açıdan tartışılabilir bir meseledir[40].

Elde bulunan veriler ışığında genel olarak bakıldığında, sağlık hizmetlerini karşılama ve fiziki koşulların yeterliliği konularında yukarıda da bahsedilen uluslararası standartlarla uyum bakımından yetersiz kaldığı söylenebilir[41]. Bu konularda yapılacak iyileştirme çalışmaları açısından özellikle ulusal denetim mekanizmalarının yanında, ceza ve tutukevlerine resmi ziyaretler gerçekleştiren Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi'nin güncel tespit ve raporlarının önemi büyüktür. Ancak bu Komite'nin 2016-2017 yıllarına ilişkin olarak gerçekleştirdiği 10 - 23 Mayıs

---

38 Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu s. 8

39 Türkiye'de cezaevlerinin durumu, Doğruluk Payı 31 Mayıs 2016, http://www.dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-de-cezaevlerinin-durumu

40 Turkey 2016 Report, European Commission Staff Working Document, SWD(2016) 366 Final, Brüksel, 9 Kasım 2016, s. 71 https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_turkey.pdf

41 Independant Advisory Group on Country Information tarafından hazırlanan Türkiye'nin Cezaevi Koşulları Raporu, Şubat 2016, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/566296/CIG_-_Turkey_-_Prison_Conditions.pdf

2017 tarihli periyodik ziyareti, 29 Ağustos - 6 Eylül 2016 ve 28-29 Nisan 2016 tarihli ziyaretlerine ilişkin raporları henüz yayınlan(a)mamıştır[42]. Bu raporlar ışığında sağlık hizmetlerine ve sağlığa erişim ile ilgili güncel durum hakkında daha somut veriler çerçevesinde değerlendirme yapmak mümkün olacaktır.

2.3. Açlık Grevleri

Türkiye'de özellikle 12 Eylül Darbesi sonrasında ceza infaz kurumlarında yoğun şekilde açlık grevleri ve ölüm oruçları olayları ile karşılaşılmıştır. Bunların sonucunda çok ciddi ve kalıcı sağlık problemleri yaşandığı gibi birçok ölüm de meydana gelmiştir.

Diğer taraftan özellikle 15 Temmuz Darbe Girişiminden sonraki süreçte de Türkiye'deki birçok ceza infaz kurumunda açlık grevleri başlamış ve hatta ölüm orucuna giren mahpuslar olduğu tespit edilmiştir.

Ulusal basın kuruluşları ile Baroların ve bağımsız sivil toplum örgütlerinin yaptığı tespitler ışığında açlık grevleri ve ölüm oruçlarının genel sebeplerine bakıldığında;

- Politik sebepler veya talepler,
- Cezaevi koşulları (kapasite, barınma, iaşe sorunları, temizlik, sosyal aktivite kısıtlamaları vs.)
- OHAL KHK'leri ile birçok kişinin görevlerinin sona erdirilmesi, buna yönelik olarak hak arama özgürlüklerinin kısıtlanması,
- Sağlığa erişim
- Tutuklu ve hükümlü haklarının gözetilmemesi,

[42] https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey

- Cezaevi idarelerinin hak ihlallerine varan tutum ve davranışları,
- Sistemleşmiş darp ve ayrımcılık uygulamaları,
- İşkence ve kötü muamele,
- Mahkemelere erişimin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması,
- Adil yargılanma hakkı ile beraber etkili başvuru hakkının etkin şekilde yerine getirilmemesi,
- Uzun tutukluluk sürelerine rağmen yargılamaların başlamaması ve tutukluluk değerlendirmelerinin dosya üzerinden duruşma yapılmaksızın incelenmesi gibi somut olaya göre değişen birçok neden sıralanabilir.

Türkiye'deki açlık grevlerinin genel sebeplerine bakıldığında siyasi sebepler veya talepler önemli bir ölçüde yer tutarken; cezaevlerindeki hak ihlalleri de çok önemli sebepler olarak öne çıkmaktadır.

Bu konuda Van Barosu'nun Van T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda yaptığı incelemeye ilişkin rapora[43] bakıldığında "*..bu cezaevinde başlayan açlık grevinin sebeplerinin yukarıda belirtilen sebeplerle örtüştüğü söylenebilir. Bu sebeplerin başında cezaevindeki hak ihlallerine, kötü muameleye dikkati çekmek ve hukuka aykırı uygulamaların sona ermesi olduğu"* görülmektedir.

Cezaevlerinde açlık grevlerindeki kişilere yönelik sergilenen tavır endişe verici olduğu; bu durumun açlık grevlerine giren kişi sayısını da artmasına neden olduğu söylenebilir. Sivil toplum kuruluşlarının raporlarına, ulusal yayın kuruluşlarının haberlerine ve özellikle Baroların yaptığı tespitlere bakıldığın-

---

[43] 05.04.2017 tarihli Van Barosu Van T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Raporu.
Bkz: http://www.vanbarosu.org.tr/insan-haklari-komisyonucezaevi-inceleme-raporu-icerik-8.html (Erişim Tarihi 1 Kasım 2017)

da açlık grevlerinin ve greve katılanların sayısının belirttiğimiz sebeplere dayalı olarak arttığı gözlemlenmektedir.

Özellikle açlık grevine giren tutuklu veya hükümlülerin "*cezaevlerindeki hak ihlallerinin devam etmesi, uzak kentlere sevklerinin karayolu ile yapılması, cezaevinde A Takımı diye kendisini tanımlayan görevlilerin açlık grevindekilere ve greve girmek isteyenlere karşı baskı yapması-gözdağı vermesi, kan şekeri ve tansiyon ölçümlerinin yapılması veya durdurulması*" olayları açlık grevlerinde olumsuz bir tavır içine girildiği ve bunun somut hak ihlallerine sebebiyet verildiği görülmektedir.

Türkiye'de 2016-2017 yıllarında meydana gelen ve gündemde olan açlık grevleri olayları;

Barolarla yapılan görüşmeler ve ellerindeki bilgi, belgeler çerçevesinde Türkiye'de özellikle son iki yılda açlık grevleri eylemlerinin arttığı söylenebilir.

- Van Barosu'nun Van T Tipi Kapalı İnfaz kurumuna ilişkin raporu bu konuda önemli detaylar sunmaktadır. Raporda açlık grevinde olanların sayısının 30-31 kişiye yakın olduğu, bunların çoğunluğunun farklı şehirlere karayolu ile sevk edildiği, açlık grevinin sonlanması ve katılımın engellenmesi için A Takımı diye tabir edilen bir grubun oluşturulduğu gibi ciddi hak ihlalleri doğuran tespitlere yer verilmiştir.

- Türkiye genelinde birçok ildeki cezaevlerinde, 50'den fazla siyasi tutuklu ve hükümlünün başlattığı süresiz ve dönüşümsüz açlık grevi devam etmektedir. Açlık grevleri Şakran Cezaevi'nde 35, Edirne Cezaevi'nde 26, Sincan Cezaevi'nde 27, Menemen Cezaevi'nde 15, Van Cezaevi'nde 13. güne ulaşmıştır. Ermenek Kapalı Ceza İnfaz Kurumu ve Osmaniye Kapalı Ceza İnfaz Kurumu, açlık grevlerinin devam ettiği cezaevleridir. Cezaevlerinden gelen bilgilere göre bazı tutuklu ve hükümlülerin sağlık durumları kötüleşmeye başlamıştır.[44]

[44] https://www.evrensel.net/haber/313165/8-cezaevinde-aclik-grevleri-

- Görevlerinden uzaklaştırılan akademisyen Nuriye Gülmen ve öğretmen Semih **Özakça'nın açlık grevi** devam etmektedir.

- Mersin Tarsus İlçesi T Tipi Kapalı Kadın Cezaevi'nde yaşanan hak ihlallerin devam etmesi karşısında 12 kadın mahkum, dönüşümsüz ve süresiz açlık grevine başlamıştır.[45]

- Türkiye İnsan Hakları Vakfı, İnsan Hakları Derneği'nin 19 Nisan 2017 tarihli açlık grevleri ile ilgili ortak açıklamasında, birçok cezaevinde açlık grevlerinin başlamış olduğu ve sonradan sona erdirildiği bildirilmektedir. Yayınlanan rapora göre 34 farklı cezaevinde toplam 305 mahpusun süresiz dönüşümsüz açlık grevine girdiği ve bu grevin 19 Nisan 2017 tarihinden sona erdirildiği belirtilmiştir.[46]

Açlık grevleri ile temelde kişinin yaşam hakkı tehlikeye girmektedir. Yaşam hakkını korumak devletin en temel sorumluluğudur. Nitekim açlık grevlerindeki bireylerin yaşam hakkını korumak için devletin müdahale etme hakkı vardır. Ancak bu müdahale hiçbir şekilde "kişinin açlık grevini engelleme veya ortadan kaldırma" amacıyla yapılamaz. Açlık grevindeki bir bireye karşı yapılan tıbbi müdahale, kişinin iradesine saygı duyacak, bunun yanında yaşam hakkını da koruyacak şekilde olmalıdır. Özellikle açlık grevindeki kişinin beyanının alınması, *zorla besleme yapılmaması*[47] ve fakat müdahale durumunun

---

devam-ediyor (Erişim Tarihi 22 Mart 2017)

45 https://www.birgun.net/haber-detay/tarsus-t-tipi-kadin-cezaevi-nde-suresiz-aclik-grevi-basladi-174925.html (Erişim Tarihi 18.08.2017)

46 https://www.ihd.org.tr/suresiz-donusumsuz-aclik-grevleri/ (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017).

47 Açlık grevi sırasında yapılan "zorla besleme", etik olmadığı gibi, tıbbi olarak da başarılı olmayan bir yöntemdir. Özellikle Johannes Wier Enstitüsü'nün gösterdiği örneklerde, zorla beslemenin sağlık durumlarını iyileştirmediği, hatta ölümlere yol açabildiği ifade edilmiştir. Zorla beslenen açlık grevcilerinin bir bölümü nefes alma güçlüğü, oksijensiz kalma, aritmi ve gastrite bağlı olarak yaşamlarını yitirmişlerdir. Zorla beslenmeden sonra "kurtarılanlar" ise, tam olarak düzelememiş, çok zayıf ve bitap kalmışlar, çoğu da zorla beslendikten bir süre sonra, yeni-

ne zaman gerçekleşeceğinin bilinmesi[48], *müdahalenin tıbbi etik ve yasal düzenlemeler*[49] uygun olması konusunda önemli hususlar olarak arz etmektedir.

Açlık grevine başlayan tutuklu veya hükümlülerin taleplerin demokratik ve insan haklarına saygılı bir hukuk devletine yakışır şekilde muhatap alınması, en önemlisi cezaevlerinde gerçekleşen hak ihlallerine karşı etkin bir şekilde soruşturma yapılması, sorumluların ivedi şekilde cezalandırılması açlık grevi sebeplerini ortadan kaldırabilecek ve hatta bir daha yaşanmamasını sağlayabilecektir. Yine açlık grevi sürerken tedavi yaklaşımına dikkat edilmesi veya sonlandırıldıktan sonra kişinin tedavisinin etkin şekilde yapılması ve takip edilmesi yine devletin sorumluluğundadır.

2.4. Nakil ve Sevk

Hükümlüler, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedeni ile başka bir kuruma sevk edilebilirler. 5275 sayılı Ceza

---

den açlık grevine başlamışlardır. **(Smeulers 1995)- Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, Ttb Ve Son Tartışmalar-Ata Soyer (Türk Tabipleri Birliği Toplum ve Hekim Dergisi)**

48 "…Açlık grevinde etik tutum tartışmalarındaki en sancılı nokta, bilinci kaybolmuş kişiye müdahale meselesidir. Burada birkaç pratik noktadan yola çıkabiliriz. Bir kişi, bir hastaneye "koma" durumunda gelmişse, yanında hekimin sorup arzusunu öğreneceği kimsesi yoksa, gelen hasta ile birlikte kendisine müdahale istemediğini belirten bir belge de yoksa, hekim, kişiyi kurtarmak için müdahale eder; tıpkı her acil olgu gibi. Ancak, kişi her gün hekimi görüyor, ona kendisine müdahale edilmeme isteğini sözlü ve/veya yazılı olarak ifade ediyorsa, o kişinin bilinci kaybolduğunda hekimin ciddi bir çelişki yaşaması kaçınılmaz olacaktır. O noktada, hekim, kişiyi yaşatma sorumluluğu ile mahkûmun özerkliğine ve onuruna saygı duyma gereği arasında kalır. Ulusal ve uluslararası metinlerde belirtilen husus, hekimin bu noktada en doğru kararı vermede, hiçbir baskı altında olmadan mesleki özgürlüğe sahip olması gerektiğidir…" **Açlık Grevleri/Ölüm Oruçları, Ttb Ve Son Tartışmalar-Ata Soyer (Türk Tabipleri Birliği Toplum ve Hekim Dergisi)**

49 **TTB** (2000), Açlık Grevinde Hekim Tutumu Tıbbi Yaklaşım, TTB Broşürü

ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun'un 53. maddesinde nakil sebepleri ve şekli belirtilmiştir.[50]

Hükümlülerin kendi istekleri ile nakil edilmesi için bazı şartlar gereklidir. Bu şartlar 5275 sayılı Kanun'un 54. maddesinde[51] yer almaktadır. Yine disiplin nedeni ile de hükümlülerin nakilleri söz konusu olabilmektedir. Bu husus ilgili kanunun 55. maddesinde düzenlenmektedir.[52]

Bunların yanı sıra zorunlu nedenlerle veya hastalık sebebiyle

---

50 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.53: "(1) Hükümlüler, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler. (2) Hükümlü nakilden önce aranır ve kurum hekimine, yoksa diğer bir resmî hekime muayene ettirilir; muayene sonucu yola çıkarılamayacağı anlaşılanlar, kurumun en üst amirince derhâl resmî bir sağlık kuruluşuna sevk edilir. Mazeretinin, biri hastalığın uzmanı olmak üzere en az iki uzman hekimin imzaladığı ve hastane başhekiminin onayladığı resmî rapor ile belgelenmesi hâlinde nakil, mazeret ortadan kalkıncaya kadar geri bırakılır ve durum Adalet Bakanlığına bildirilir."

51 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.54: "(1) Hükümlülerin kendi istekleri ile bulundukları kurumdan başka kurumlara nakledilebilmeleri için; a) Gitmek istedikleri kurumlardan durumlarına uygun en az üç yeri belirten bir dilekçe vermeleri, b) Nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri, c) Koşullu salıverilmelerine beş aydan az süre kalmamış olması, d) İyi hâl göstermeleri, disiplin cezası almamış veya kaldırılmış olması, e) İstekte bulunulan kurumda yer, kapsama gücü ve sınıfının uygun bulunması ve tutukevi olmaması, f) Mahkûmiyet sürelerine uygun hükümlülerin barındırıldığı bir kurum olması, g) Daha önce disiplin nedeniyle ayrılmak zorunda kaldıkları kurum olmaması, Gerekir. (Ek cümle : 24/1/2013-6411/7 md.) Çocuk hükümlüler bakımından bu fıkranın (b) bendi uygulanmaz. (2) Bu hükümlüler nakledildikleri kurumlarda, eğitim öğretim veya hastalık nedeniyle nakil hariç, bir yıl kalmak zorundadırlar. Çocuklar bakımından bu süre altı ay olarak uygulanır."

52 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.55: "(1) Hükümlü, hücreye koyma cezasını gerektiren eylemlerde bulunması hâlinde kurum yönetimince hakkında disiplin işlemi yapılır ve kurum en üst amirinin istemi üzerine Bakanlıkça başka kurumlara nakledilebilir. Disiplin cezaları yeni kurumlarda çektirilir. (2) Bu hükümlüler nakledildikleri kurumlarda, mahkeme kararı, kurum güvenliği, can güvenliği veya hastalık sebepleriyle nakil hariç, altı ay kalmak zorundadırlar."

nakil de yapılabilmekte yine ilgili kanunun 56.[53] ve 57.[54] maddelerinde düzenleme alanı bulmaktadır. Yine hükümlünün açık ceza infaz kurumundan bir başka açık ceza infaz kurumuna yapılacak nakilleri de Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin 11. maddesinde düzenlenmiştir. [55]

---

[53] 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.56: "(1) Kurumların elverişsiz ve yetersiz kalması, kapsama gücünün aşılması, kullanılamaz hâle gelmesi, asayiş, güvenlik, doğal afet, yangın ve büyük onarım gibi zorunlu nedenlerle başka kurumlara nakledilmeleri gerekli görülen hükümlüler, yargı çevresi dışında Adalet Bakanlığınca belirlenen ve konumlarına uygun olan diğer kurumlara nakledilebilirler."

[54] 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.57: (1) Hastaneye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesinin hükümlü koğuşuna yatırılır. (2) Bu hastanelere gönderilen hükümlülerin başka yerlerdeki hastanelere sevki, sağlık kurulu raporuyla, acil ve yaşamsal tehlikesi bulunması hâlinde, varsa biri hastalığın uzmanı olmak üzere iki uzman hekim tarafından verilip, başhekim tarafından onaylanan ve hastalığın sebebi, tedavinin hangi sebeple bulunduğu hastanede gerçekleştirilemediği, hastaya nerede ve ne tür bir tedavi gerektiğini açıkça belirten bir raporla mümkündür. Bu durumda da en yakın ve hükümlü koğuşu bulunan Devlet veya üniversite hastaneleri tercih edilir. (3) Hükümlünün bu hastanelerde kontrol ve tedavisinin devam edip etmeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi gerekir; aksi hâlde hükümlü ait olduğu kuruma iade edilir. (4) Hükümlü, acil hâller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez. Acil hâllerin varlığı hâlinde Adalet Bakanlığına bilgi verilir. (5) Hükümlü, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakledilebilir."

[55] Açık Ceza İnfaz Kurumuna Ayrılma Yönetmeliği m.11: "(1) Hükümlülerin, bulundukları açık kurumlardan başka açık kurumlara nakil olmayı talep etmeleri halinde, nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri koşuluyla, gitmek istedikleri en (Değişik ibare:RG-22/8/2015-29453) az üç kurumu belirtir dilekçeleri ve hükümlü bilgi cetveli Bakanlığa gönderilir. (2) Bakanlıkça, hükümlünün talepte bulunduğu kurumların kapasitesi ile daha önce aldığı disiplin cezası nedeniyle ayrılmak zorunda kaldığı kurumlardan olup olmadığı hususları birlikte değerlendirilerek talep hakkında bir karar verilir. (3) (Değişik:RG-22/8/2015-29453) Hak ederek tahliyelerine veya koşullu salıverilmelerine ya da cezasının kalan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına beş aydan az süre kalan hükümlülerin başka açık kurumlara nakil talepleri, Cumhuriyet başsavcılığınca reddedilerek durum ilgiliye tebliğ edilir. (4) Açık kurumlardan başka açık kurumlara nakledilen hükümlüler; eğitim-öğretim, güvenlik veya hastalık gibi zorunlu nedenler hariç, nakledildikleri kurumlarda en az bir yıl kalmak zorundadır. Çocuklar bakımından bu süre altı ay olarak uygulanır. (5) Kapalı kurumlardan açık kurumlara ayrılan hükümlüler bakımından dördüncü fıkradaki süre şartı aranmaz. (6) Aynı ağır ceza merkezi yargı çevresinde bulunan açık

Hükümlünün kapalı ve açık ceza infaz kurumları arası nakilleri yanında ülkemizde bulunan bir hükümlünün bir başka ülkeye nakli ya da bir başka ülkede bulunan hükümlünün ülkemize yapılacak nakil işlemleri de düzenleme alanı bulmuştur. Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi'nde[56], 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanun'un 30. maddesinde[57], 2015 yılında Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan "Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler" konulu 167 Nolu Genelge'nin 12. maddesinde ilgili hükümler bulunmaktadır. [58]

---

kurumlar arasındaki nakillere ağır ceza merkezi Cumhuriyet başsavcılığınca karar verilir. (7) Bakanlık; kurum kapasitesinin aşılması, ihtiyaç, güvenlik, yangın, doğal afet veya hastalık gibi zorunlu hâllerde açık kurumlar arasında resen nakil yapabilir. (8) (Ek:RG-22/8/2015-29453) Açık kurumlardan başka açık kurumlara isteği üzerine nakledilen hükümlü, kendisinden kaynaklı herhangi bir nedenle nakil olunduğu kuruma üç ay içerisinde gitmediği takdirde, nakil durumu yeniden değerlendirilmesi amacıyla Bakanlığa bildirilir."

56 Bkz: Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/ak/turkce/112_tur.pdf (E.T:01.10.2017)

57 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu m.30: (1) Yabancı devlet mahkemeleri tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü, aşağıdaki koşulların birlikte bulunması hâlinde cezanın infazı amacıyla Türkiye'ye nakledilebilir: a) Hükümlünün Türk vatandaşı olması veya Türkiye ile güçlü sosyal bağlarının bulunması. b) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin rıza göstermesi. c) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. ç) Mahkûmiyet kararına konu fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi. d) Merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça, talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hapis cezasının bulunması. (2) Hükümlü, kanunî temsilcisi veya yakını tarafından Türkiye'ye nakil talebinde bulunulması hâlinde, yabancı devlet makamlarından; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin nakle rıza gösterdiğine dair belge, ç) İnfazı gereken cezayı gösteren belge, d) Gerekli görüldüğü takdirde, hükümlünün sağlık durumunu gösteren tıbbî raporlar ile hastalığı varsa tedavisine ilişkin tavsiyeleri içeren belgeler, e) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkrada belirtilen belgelerin tercümeleri, talep edilir. (3) Nakil koşullarının bulunmadığının, naklin, hükümlünün sosyal rehabilitasyonuna katkı sağlamayacağının, ceza adaletinin amaçlarına hizmet etmeyeceğinin veya Türkiye'nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, nakil talebi Merkezî Makam tarafından reddedilebilir. (4) Hükümlülerin nakline Adalet Bakanı karar verir."

58 Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler konulu 167 Nolu Genelge "m.12: (1) Yabancı uyruklu hükümlü, hükümöz-

Her ne kadar 5275 sayılı Kanun'da hükümlülerin nakilleri düzenlenmiş ise de, tutukluların da nakilleri söz konusu olabilmektedir. 2015 yılında Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan "Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler" konulu 167 Nolu Genelge'de[59] ve Ceza İnfaz Kurumlarının Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokolün 19.[60] vd. maddelerinde de tutukluların da nakil işlemlerine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. [61]

---

lü ve tutuklular müdürlük teşkilatı bulunmayan ceza infaz kurumlarında barındırılmayacak ve Cumhuriyet Başsavcılıklarınca derhal bağlı bulundukları ağır ceza merkezi kapalı ceza infaz kurumuna resen gönderilecektir. Ağır ceza merkezi olup, müdürlük teşkilatı bulunmayan ceza infaz kurumlarının yabancı uyruklu hükümlü, hükümözlü ve tutukluları gönderecekleri ekli (1) sayılı listenin (I) bölümünde belirtilmiştir. (2) Yabancı uyruklu hükümlü ve hükümözlüler, yabancı uyruklular için sınıflandırılmamış olsa bile suç vasfı, salıverilme tarihleri ve ceza süreleri itibariyle konumlarına uygun ise yakalandıkları yerdeki müdürlük teşkilatı bulunan bütün ceza infaz kurumlarında kalabilecekler resen nakilleri için talepte bulunulmayacaktır. Ancak yetişkin erkek ve genç erkek ile yetişkin kadın ve genç kadın hükümlü ve hükümözlüler kendi istekleri ile sadece, ekli 1 sayılı listenin (I) bölümünde işaretlenen konumlarına uygun ceza infaz kurumlarından birisine nakil talebinde bulunabilecek Bakanlıkça nakledileceklerdir."

59 167 Nolu Genelgede Değişiklik Yapılmasına Dair Genelge http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/mevzuat/genelge/167-2.pdf (E.T:01.10.2017)

60 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol m.19: (1) Ceza infaz kurumu idaresince hükümlü ve tutukluların hastane ve duruşmaya sevk yazıları, zorunlu haller dışında en geç iki gün öncesinden jandarmaya gönderilir ve jandarma koruma birlik komutanlığınca da istenilen gün ve saatte hizmete uygun olarak sevkler yapılır. 2) Başka ceza infaz kurumuna nakledilecek hükümlü ve tutukluların nakilleri, ilgili yazıların jandarmaya intikal etmesinden itibaren zorunlu haller dışında en geç bir hafta içinde yapılır. 3) Nakilleri yapılacak hükümlü ve tutuklulara ait sevk bilgileri zorunlu haller dışında nakilden en geç bir gün önce jandarma tarafından kurum idaresine bildirilir. 4) Kadın hükümlü ve tutukluların il içerisindeki hastaneye veya duruşmaya sevklerinde kadın jandarma görevlisinin bulunmadığı ya da yetersiz kaldığı durumlarda mümkün olduğu takdirde kadın infaz ve koruma memuru görevlendirilir.

61 http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/mevzuat/protokol/P47.pdf (E.T:01.10.2017)

5275 sayılı Kanun'un 58. maddesinde[62] ise nakillerde alınacak tedbirler yer almaktadır. "Uzak cezaevlerine yapılan nakillerde güvenlik faktörüne üst düzeyde dikkat gösterilmesi gerekirken 16 Eylül 2012 tarihinde Van'dan İstanbul'a mahkum götüren cezaevi aracının Malatya Kayseri yolunda yanması ve bulundukları bölümün kilidinin açılmaması sonucunda 5 tutuklu ve 2 hükümlü yanarak can vermiştir. 2 Şöfor ve 10 jandarma yaralı olarak kurtarılmıştır." [63]

Tutuklu ve hükümlülerin nakilleri yanında mahkemeye, hastaneye gibi sevklerini gerektiren durumlar da mevcuttur. Örneğin Ceza İnfaz Kurumlarının Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokolde ve Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nde de bu hususlar düzenlenmiştir.

Tutuklu ve hükümlülerin nakil başvuruları şartlara tabidir. Ancak bazen başvuru sahipleri şartları taşısa da taleplerinin kabul edilmediğini belirtebilir. İlgili duruma örnek olarak ülkemizde uygulama alanı bulan Kamu Denetçiliği Kurumu'nun

---

62 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazına İlişkin Kanun m.58: "(1) Hükümlülerin kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi sırasında, halkla bir araya gelmelerine ve başkaları tarafından görülmelerine engel olacak tedbirler alınır. (2) Hükümlü, havalandırma ve ışık durumu yetersiz araçlarla, eziyet verici veya onur kırıcı şekilde nakledilemez. Nakil sırasında alınacak tedbirler, hükümlünün firarını önleyici ve yukarıdaki fıkrada yazılı engelleri gerçekleştirici sınırları aşamaz, birbirleriyle ve görevlilerle herhangi bir tartışmaya girmelerini engelleyici boyutları geçemez. (3) (Değişik: 24/1/2013-6411/8 md.) Çocuk eğitimevlerine nakiller kurum görevlisinin nezaretinde yapılır. Açık ceza infaz kurumlarına nakiller ise kurum görevlisi olmaksızın yapılır. Bu hâlde hükümlünün, aynı il sınırları içinde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde aynı gün içinde; farklı illerde bulunan ceza infaz kurumları arasındaki nakillerde ise kurum amirinin kırksekiz saati geçmeyecek şekilde belirleyeceği süre içinde, nakledildiği açık ceza infaz kurumuna giriş yapması gerekir. Belirlenen sürelerde açık ceza infaz kurumuna giriş yapmayan hükümlüler hakkında 97 nci madde hükümleri uygulanır. (4) Görevli nezaretinde yapılan nakiller sırasında hükümlünün iaşe ve bedensel ihtiyaçları giderilir."

63 Türkiye Barolar Birliği Cezaevleri Raporu 2015-2016 sy. 51

(OMBUDSMANLIK) nakil ve sevk taleplerinin reddedilmesine ilişkin başvurucuya verdiği kararı mevcuttur.[64]

B.Özel Hayat ve Aile Hayatına İlişkin Hususlar

Mahpusların dış dünyayla temaslarının makul düzeyde devam ettirilmesi, aileleriyle etkin bir iletişim kurmalarına yardımcı olunması hem rehabilitasyonun geliştirilmesi, psikolojinin düzeltilmesi, uyum ve sosyalleşmenin sağlanması açısından hem de özellikle tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında özel ve aile hayatının korunmasını düzenleyen 8. Madde bağlamında önem arz etmektedir.

1. Ziyaret ve Görüş Hakkının Sağlanması

Ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar kapalı ve açık görüşü kapsayacak şekilde Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik'in 7 ila 18. Maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Ancak uygulamaya bakıldığında, cezaevlerinin fiziki koşullarındaki yetersizlik aileler ile nitelikli açık görüş yapılmasını engelleyebilmektedir[65]. Özellikle de disiplin cezalarının verilmesinde, özel ve aile hayatını doğrudan etkileyen görüş ve ziyaret kısıtlaması gibi yaptırımlara başvurulması ve hak mahrumiyetlerine ilişkin cezaların verilmesi problem yaratmaktadır. Bu çerçevede söz konusu yönetmelikte değişiklik yapılması taleplerinin de bulunduğu görülmektedir[66].

---

[64] Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 29.09.2016 tarihli sevk ve nakil ile ilgili kararı https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Ceza%20%C3%84%C2%B0nfaz%20Kurumlar%C3%84%C2%B1ndan%20Birisine%20Naklinin%20Sa%C3%84%C5%B8lanmas%C3%84%C2%B1yla%20%C3%84%C2%B0lgili.pdf (E.T:01.10.2017)

[65] Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, s. 5

[66] Ümraniye E ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s.12

Özellikle terör vasıflı suçlar nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan mahpuslarla ilgi olağanüstü hal kararı çerçevesinde kısıtlamalar yaşandığı, İstanbul'dan gelen kolilerin güvenlik nedeniyle kabul edilmediğine ilişkin de şikayetler bulunduğu görülmektedir[67]. Bu konu ile ilgili olarak koli kabul edilmemesinin tüm mahpuslar için geçerli olduğu, sınırlamanın ziyaretçilerin yanında getirdikleri eşyalar ve İstanbul dışından gelen kolilerle ilgili olmadığının İdare tarafından savunulduğunu belirtmek gerekir.

2. Mektuplaşma Hakkının Sağlanması

Kural olarak, mahkûm ve tutukluların yakınları ve avukatları ile mektuplaşması, mektupları alıp okuyabilmesi, mektup gönderebilmesi, AİHS madde 8 kapsamında garanti altına alınan *haberleşme özgürlüğünün* içinde yer almaktadır. Her ne kadar bu madde kapsamındaki haberleşme özgürlüğü kanun, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olduğu ölçüde kısıtlanması mümkün olabilse de bazı noktalar uygulamalar sıkıntı yaratabilmektedir.

Öncelikle mahpusların avukatları ve resmi kuruluşlarla yazışmalarının gizli olması gerektiği ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük madde 84 ve 91 uyarınca özellikle savunma hakkına saygı duyulması açısından yazışmaların okunmaması sağlanmalı ve aslında mevzuatta yer alan hükümler uygulanmalıdır.

Yakınları ile ilgili yazışmalar açısından ise, Tüzük 91. maddesinde Hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkına ilişkin düzenleme mevcuttur. Bu maddenin 3. fıkrasına göre Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları

[67] Ümraniye E ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumları İnceleme Raporu, s. 16

paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Ancak uygulamada Türkçe'den başka dilde yazılmış mektuplara tercüman ya da dil bilen personel eksikliği sebebiyle el konulması sıkıntılı bir alan yaratmaktadır. Bu çerçevede ceza infaz kurumları ve tutukevleri ve geri gönderme merkezlerinde, dil bilen personel açığı giderilmelidir[68].

3. Telefon Hakkının Sağlanması:

Telefonla görüşme hakkı yine Tüzük 88. Maddede detaylı olarak düzenlenmiştir. Uygulamada telefonla yapılan görüşmelerin ücretli olması, özellikle maddi durumu düşük olan mahpuslar için iletişim hakkının kısıtlanmasına neden olabilmektedir. Ayrıca anadili Türkçe olmayan mahpuslar için, bu durumun kısıtlandığı durumlar ortadan kaldırılmalı ve gereken düzenlemeler için çalışılmalıdır. Yabancı dil bilen personelin arttırılması bu konuda da önemli bir husustur[69].

Yine telefon görüşme sürelerinin arttırılması da taleplere de şikayetler arasında sıklıkla rastlanmaktadır[70]. Özellikle örgüt üyeliği bağlantılı suçlarla yargılanan kişiler açısından telefon görüşmesi yapılmasına izin verilmediği de raporlarda görülen şikayetler arasında bulunmaktadır. Aynı şekilde kapasite fazlalığının da telefon görüşmelerinde aksamalar yaşamasına sebep olabildiği göze çarpmaktadır.

---

68 Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi [CPT] 16-23 Haziran 2015 tarihli Geri Gönderme Merkezlerine ilişkin Ziyaret Raporu, CPT/Inf (2017) 32, § 56 https://rm.coe.int/pdf/168075ec0a.

69 Türkiye'de Ceza İnfaz Politikaları ve Kurumlarına İlişkin Yapısal Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 6, TESEV, s. 33. http://tesev.org.tr/wpcontent/uploads/2015/11/Ceza_Infaz_Kurum_Ve_Politikalarina_Iliskin_Yapisal_Sorunlar_Ve_Cozum_Onerileri.pdf.

70 Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi [CPT] 16-23 Haziran 2015 tarihli Geri Gönderme Merkezlerine ilişkin Ziyaret Raporu, CPT/Inf (2017) 32, § 55 https://rm.coe.int/pdf/168075ec0a.

4. Aileye Yakın Yere Nakil Talepleri:

Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararının 17.3. maddesi ilk yerleştirme ve sonradan yapılacak bir cezaevinden diğerine nakil konusunda, mümkün olabildiğince mahpusa danışılması gerektiğini ilke olarak ortaya koymuştur.

Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2016/107 sayılı başvurusuyla ailesinden uzak yerde barındırıldığı ve durumuna uygun bir kuruma naklini talep ettiği dilekçesinin kurumlarda kapasitenin dolmuş olduğu ve başvurucunun naklini sağlamak için açlık grevine girmiş olduğu ve disiplin cezası aldığı gerekçeleriyle reddedildiğine ilişkin iddiaları incelemiştir. Bu başvuruyu başvurucunun durumuna uygun olduğu belirtilen ceza infaz kurumlarında kapsama gücünün aşılmış olması ve bu nedenle naklin sağlanamamış olması nedeniyle hukuka aykırı görmemiş, diğer taraftan yine açlık grevine girmiş olması sebebiyle verilen disiplin cezasına dayanılarak da gerekçe gösterilmesinde bir hukuka aykırılık görmemiştir. Kamu Denetçiliği Kurumuna göre "*ceza ve infaz kurumlarında barındırılan hükümlü veya tutukluların, idareye karşı dayatma şeklinde isteklerini yerine getirtmeye yönelik tutum ve davranışlarının kabul edilmesi düşünülemez*[71].

AİHM de Taraf devletlerin, cezaların infazı konusunda geniş takdir yetkisine sahip olduklarını kabul etmekle birlikte, AİHS hükümlerinin ceza infaz kurumunun kapısında son bulmayacağının altını çizmiştir. Mahkeme, bir kişiyi hukuka uygun olarak özgürlüğünden yoksun bırakmanın, doğası gereği Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile korunan özel ve aile ha-

---

[71] Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2016/107 numaralı 29 Eylül 2016 tarihli Red Kararı, § 27.11 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Ceza%20%C3%84%C2%B0nfaz%20Kurumlar%C3%84%C2%B1ndan%20Birisine%20Naklinin%20Sa%C3%84%C5%B8lanmas%C3%84%C2%B1yla%20%C3%84%C2%B0lgili.pdf. (Son Erişim Tarihi, 20/11/2017)

yatına da kısıtlamalar getireceğini, ancak bu noktadan hareketle mahkûmun söz konusu haklarından tamamen mahrum olduğu gibi bir sonuca da ulaşılamayacağını belirtmiştir. Taraf devletler, aile hayatına saygı hakkı kapsamında mahkûmların yakın aile çevresiyle etkin bir şekilde ilişkilerini sürdürebilmesi için gerekli yardımı sağlamak yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede Mahkeme, coğrafi şartlar, ulaşım koşulları gibi hususlar da göz önüne alındığında, mahkûmun ailesine uzak bir bölgede cezasının infaz ettirilmesinin, Sözleşme'nin 8'inci maddesi ile güvence altına alınan aile ve özel hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edebileceğini; böyle bir müdahalenin ise hukuka uygun olma, meşru amaca yönelik olma ve orantılılık ilkeleri açısından irdelenmesi gerekeceğini belirtmiştir[72].

Yine cezaevlerindeki aşırı yoğunluğun meşru bir gerekçe olarak öne sürülebileceğini, ancak bu durumda dahi mahkûmun görece daha yakın ceza infaz kurumuna nakli hususunun değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde, yani kişinin nispeten daha yakın bir bölgeye nakli önünde meşru bir engel yokken uzakta bulunan bir kurumda barındırılması halinde, AİHS'nin 8'inci maddesinin ihlali sonucu doğabileceğini vurgulamıştır[73].

Ailesinden uzakta barındırılan mahkum ve tutuklular ile ilgili olarak, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 14/11/2013 tarihli ve 2013/72 sayılı kararında ziyaret rejiminde esneklik sağlayıcı bir takım mevzuat değişikliği yapılmasının iyi yönetim ve hakkaniyet ilkelerinin bir gereği olduğu gibi bu kişilerin rehabilitasyonu açısından da büyük önem arz ettiği vurgulanmış ve sonuçta ilgili mevzuat hükümlerinde değişiklik yapılması yönünde tavsiyede bulunulmuş olduğunu da belirtmek gerekir. Bu konuda Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri

---

72 AİHM Khodorkovskiy ve Lebedev – Rusya, Başvuru no: 11082/06 ve 13772/05, § 836, 25/07/2013.

73 AİHM Vintman - Ukrayna, Başvuru no: 28403/05, § 103, 23/10/2014.

Hakkındaki Yönetmelik hükümlülerinde değişiklik yapılmasına ilişkin çalışmaların sürdüğü ve Yönetmeliğin "ziyaret gün ve saatleri" başlıklı 10'uncu maddesinde öngörülen ziyaret süresinin, ailesinden uzak ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular için üst sınırdan kullandırılmasını temin edilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir[74].

5. Eş Görüşmesi (Pembe Oda) :

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 2013 yılında yapılan düzenleme ile 51. maddede[75] ödüllendirme başlığı altında çeşitli ödül sistemleri düzenlenmiştir. Pembe oda uygulaması da bu ödüllendirmelerden birini oluşturmaktadır. İlgili maddenin 3. fıkrasının a bendinde

---

74 Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2016/107 numaralı 29 Eylül 2016 tarihli Red Kararı, § 22 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Ceza%20%C3%84%C2%B0nfaz%20Kurumlar%C3%84%C2%B1ndan%20Birisine%20Naklinin%20Sa%C3%84%C5%B8lanmas%C3%84%C2%B1yla%20%C3%84%C2%B0lgili.pdf

75 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.51: (Değişik: 24/1/2013-6411/6 md.) (1) Hükümlüler, kurum içindeki veya dışındaki genel durumları, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine etkin katılımları, kurum düzenine karşı tutumları ve kendilerine verilen işlerdeki gayretleri dikkate alınarak teşvik esaslı ödüllerden yararlandırılabilirler. (2) Bu madde hükümleri, çocuk hükümlüler için de geçerlidir. (3) Hükümlülere verilebilecek ödüller şunlardır: a) Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmidört saate kadar eşleri ile kurum veya eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüştürülebilir. b) Çocuk hükümlülere, en geç iki ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmidört saate kadar ana ve babasıyla veya vasisiyle kurum ya da eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın aile görüşmesi yaptırılabilir. c) Haftalık ziyaret süresi iki saate kadar uzatılabilir. d) Kapalı ziyaret yerine açık ziyaret yaptırılabilir. e) Üst üste kullanılmayan en fazla üç haftalık ziyaret süresi toplu olarak kullandırılabilir. f) Haftalık telefonla görüşme süresi veya sayısı iki katına kadar artırılabilir. g) Sosyal, kültürel veya sportif etkinliklerden öncelikli veya daha uzun süreli yararlanmaları sağlanabilir. h) Haftalık harcama miktarı yarı oranında artırılabilir. ı) Tek kişilik odalarda televizyon bulundurma imkânı verilebilir. j) Hediye verilebilir. k) Takdir belgesi veya tavsiye mektubu verilebilir. (4) Ödüllendirme sisteminin usul ve esasları ile bu ödüllerden yararlanmanın kapsam ve şartları, suç türleri dikkate alınarak yönetmelikle belirlenir.

pembe oda şu şekilde düzenlenmiştir: " Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar eşleri ile kurum veya eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüştürülebilir."

Yine aynı maddenin 4. fıkrasında öngörüldüğü üzere; pembe oda uygulamasının ve diğer ödüllendirmelerin yönetmelikle düzenleneceği şu şekilde belirtilmiştir: "Ödüllendirme sisteminin usul ve esasları ile bu ödüllerden yararlanmanın kapsam ve şartları, suç türleri dikkate alınarak yönetmelikle belirlenir."

İlgili maddenin yönlendirmesiyle "Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik" düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde[76] verilecek ödüller düzenlenmiş, pembe oda ise 1. fıkrasının a bendinde; "Hükümlü ve tutuklulara; a) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki evli hükümlü ve tutuklulara, kurum personelinin yakın nezareti olmaksızın eşleri ile mahrem görüşme ödülü verilir." şeklinde belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 12. maddesinde[77] ödüle ilişkin genel esaslar, 13.

---

76 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 7: (1) Hükümlü ve tutuklulara; a) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki evli hükümlü ve tutuklulara, kurum personelinin yakın nezareti olmaksızın eşleri ile mahrem görüşme, b) Haftalık açık veya kapalı ziyaret süresini uzatma, c) Kapalı ziyaret yerine açık ziyaret yapma, ç) Üst üste kullanılmayan ziyaret sürelerini toplu olarak kullanma, d) Haftalık telefonla görüşme sayı veya süresini artırma, e) Sosyal, kültürel veya sportif etkinliklerden öncelikli ve daha uzun süreli yararlanma, f) Haftalık harcama miktarını yarı oranında artırma, g) Tek kişilik odada televizyon bulundurma, ğ) Hediye, h) Takdir belgesi, ı) Tavsiye mektubu,ödülü verilebilir.

77 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 12: (1) Eş görüşmesi için kuruma gelen ziyaretçilerden; Türk vatandaşı olanların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını içeren resimli bir kimlik belgesini, yabancı uyruklu olanların ise pasaport veya yerine geçebilecek bir kimlik belgesi ile birlikte hükümlü veya tutuklu ile evli olduğunu ispatlayan Türkçe tercüme edilmiş resmî onaylı belgeyi göstermesi zorunludur. (2) Kurul, her bir ödüllendirme kararı ile bir kez eş görüşmesi ödülü verebilir. (3) Cinsel saldırı, cinsel istismar veya aile içi

maddesinde[78] görüşmenin süresi ve detayları düzenlenmiştir. Örneğin ilgili tutuklu veya hükümlüye en erken ayda bir en geç üç ayda bir pembe oda ödülü verilebilir.

Görüşme esnasında alınacak güvenlik ve sağlık[79] önlemlerine

şiddet suçu işlemiş hükümlü ve tutuklular ile eş görüşmesi ödülü verilmesinin hükümlü, tutuklu veya eşi açısından riskli görüldüğü diğer durumlarda kurumda bulunan veya başka kurumlardan temin edilen psiko-sosyal yardım servisi personeli eşlerle öncelikle ayrı ayrı görüşür. Gerekli hâllerde eşlerle birlikte de görüşme yapılabilir. Görüşme sonucunda hazırlanacak değerlendirme raporunun Kurul tarafından dikkate alınması zorunludur. (4) Aynı kampüs veya kurumda barındırılan hükümlü veya tutuklu eşlerin bu ödülden yararlanmaları için her ikisi hakkında da ayrı ayrı ödüllendirme kararı verilmesi gerekir.

78 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.13: (1) Hükümlü ve tutuklulara, en erken ayda bir en geç üç ayda bir, üç saatten yirmi dört saate kadar eş görüşmesi ödülü verilebilir. (2) İlk görüşmenin süresi üç saat olarak belirlenir. Bu süre; hükümlü veya tutuklunun tutum ve davranışları, kurumun fizikî yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu dikkate alınarak kademeli şekilde yirmi dört saate kadar artırılabilir. (3) Eş görüşmesi, dini ve milli bayramlar ile Bakanlık tarafından açık görüşme izni verilen özel günlerde yapılamaz. (4) Eş görüşmesinin gün ve saati, kurumun fizikî yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu ile hükümlü ve tutukluların talepleri dikkate alınarak 09:00 ilâ 17:00 saatleri arasında başlayacak şekilde belirlenir. (5) Görüşme tarihi ve saati, başkalarının haberdar olamayacağı uygun vasıtalarla, hükümlü veya tutuklunun eşine haber verebileceği makul bir süre önce kendisine bildirilir. (6) Kurumdan kaynaklanan bir sebeple veya hükümlü, tutuklu ya da eşinin kabul edilebilir bir mazereti nedeniyle görüşmenin planlanan gün ve saatte gerçekleşmemesi hâlinde kurum idaresi tarafından başka bir tarih belirlenir.

79 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.15: (1) Kurum, hükümlü ve tutuklular ile eşlerini, koruyucu sağlık tedbirleri ve kurumsal temizlik koşulları konusunda yazılı olarak bilgilendirir. Bu konuda hazırlanmış olan afiş ve broşür benzeri bilgilendirici materyaller hükümlü ve tutukluların kolayca erişebileceği yerlerde bulundurulur. (2) Hepatit veya HIV gibi kan ya da cinsel yolla bulaşabilecek bir hastalığı olduğu kurumca bilinen hükümlü veya tutuklunun eşi, sağlık personeli tarafından yazılı olarak bilgilendirilir. (3) Eş görüşmesi kapsamında kuruma gelen ziyaretçiden ikinci fıkrada yazılı türden bir hastalık taşıyıp taşımadığı konusunda hükümlü veya tutukluyu bilgilendireceği yönünde yazılı beyanı alınır. (4) Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelikte geçen sağlık, temizlik ve kişisel kullanıma ilişkin malzemeler ile gerektiğinde bunların tek kullanımlık olanları, ayrıca ilaç niteliği taşımayan doğum kontrol ürünleri kurum kantininden satın alınabilir veya kurum idaresi tarafından imkânlar dâhilinde ilgili kurum ve kuruluşlardan temin edilebilir. (5) Görüşme odası ve eklentilerinin düzen ve temizliğinden görüşmeden

de yer verilmiş, yine yönetmeliğin 16.[80] ve 18.[81] maddelerinde pembe oda ödülünde olan tutuklu ve hükümlünün o günlük iaşesi ve görüşme esnasında kurallara uyulmaması durumları düzenlenmiştir.

Basından[82] edinilen bazı bilgilere göre ise, getirilen bu ödül sisteminin topluma kişiyi yeniden kazandırmak olduğu ve eşlerden birinin ceza infaz kurumunda bulunmasından ötürü aile bağlarının zayıflamasının önüne geçmek olduğu belirtilmiştir.

15 Temmuz sonrası ise, FETÖ tutuklularının pembe oda taleplerinin güvenlik gerekçesiyle reddedildiğine ilişkin basında haberler[83] yer almaktadır.

C. ADİL YARGILAMAYA İLİŞKİN SORUNLAR

1. Avukata Erişim ve Görüşme

Ceza infaz kurumlarında tutuklu ya da hükümlünün avukatla görüşme ve hukuki yardım alma hakkı 5275 sayılı Ceza ve

yararlanan hükümlü veya tutuklu sorumludur.

80 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.16: (1) Hükümlü ve tutuklulara, görüşme saatlerine rastlayan öğünlere ilişkin iaşeler eş görüşmesi öncesinde kumanya olarak verilir. (2) Hükümlü ve tutuklular, eş görüşmesi öncesinde kurum kantininden satın aldığı gıda maddelerini görüşme odasında bulundurabilir.

81 Tutuklu ve Hükümlülerin Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m.18: (1) Hükümlü ve tutuklu veya ziyaretçi tarafından bu Yönetmelik ve diğer ilgili mevzuatta düzenlenen kurallara uyulmaması hâlinde görüşmeye derhâl son verilebileceği gibi bu husus sonraki ödül değerlendirmelerinde de dikkate alınır.

82 http://www.internethaber.com/mahkumlarin-esiyle-kaldigi-pembe-oda-da-neler-yasaniyor-1564001h.htm (E.T: 30.09.2017), http://www.milliyet.com.tr/pembe-oda-kullanimi-artti-gundem-2191168/ (E.T:30.09.2017)

83 http://www.haberturk.com/gundem/haber/1382901-fetoculere-pembe-oda-yasagi (E.T: 30.09.2017)
http://www.karar.com/guncel-haberler/fetoculerin-pembe-oda-istegine-yasak-getirildi-382672 (E.T:30.09.2017)
http://www.abcgazetesi.com/cezaevindeki-fetoculere-pembe-oda-yasagi-788g.htm (E.T:30.09.2017)

Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 59. maddesinde düzenlenmiş ve bu maddede 3 Ekim 2016 tarihli 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile birtakım değişiklikler yapılmıştır. Hükümlüleri kapsayan bu düzenleme tutuklular için de uygulanmaktadır.

Bu maddenin değişikliğe uğramayan ilk üç fıkrası uyarınca, hükümlü, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde avukatları ile vekaletnamesi olmaksızın en çok üç kez görüşme hakkına sahiptir; avukat ile görüşme, meslek kimliklerinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır; ve avukatlar, vekaletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşme yapamazlar.

Avukatla yapılan görüşmeye ilişkin olarak, 676 sayılı KHK'nın 6. Maddesi ile bu Kanun'un dördüncü ve devamı fıkralarında yapılan değişikliğe göre, görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz. Ancak Türk Ceza Kanunu'nun 220'nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmeler açısından birtakım sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre; "*toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde*", Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve İnfaz Hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle;

- Görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir,
- Hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir,
- Hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir veya
- Görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.

İnfaz Hakimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısaltılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilir.

Kanun'un yedinci fıkrasında, avukatla yapılan bu görüşmenin yaptığı görüşmenin, yukarıda belirtilen amaçlara yönelik yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanacağı hükme bağlanmış ve görüşme başlamadan önce taraflar bu hususta uyarılacağı belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un değişikliğe uğrayan sekizinci fıkrası da yukarıda şekilde bir tutanak tutulması halinde, avukat ile görüşmenin infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabileceğini öngörmüştür[84].

---

[84] (9) (Ek: KHK/676 - 3.10.2016 / m.6) İnfaz hâkimi tarafından bu madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edilebilir. (10) (Ek: KHK/676 - 3.10.2016 / m.6) Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır.

Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma aşamasında Mahkeme yetkilidir.

676 sayılı KHK ile getirilen değişikliklerle, görüşmelerin kısıtlanması, kayda alınması, görüşmede görevli hazır bulundurulabilmesi, görüşmeye ilişkin kayıtlara el konulabilmesi ile ilgili Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine İnfaz Hakimliğine geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Hatta İnfaz Hakimliğinin kararda belirttiği süreyi müteaddit defa uzatmasına ilişkin de bir hüküm getirilmiştir. Ancak bu takdir yetkisi keyfi kullanılmamalı ve sınırlama kararının somut gerekçeyi taşıması aranmalıdır. Madde hükmünden görüldüğü üzere "toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve talimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine" ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi ve somut olarak gerekçelendirme yapılması gerekmektedir. Ancak uygulamada bu somut gerekçenin, KHK'nın ilgili hükmünde yazılı olan ibarelerin tekrarı olma ihtimali bulunduğu söylenebilir.

Mahpuslardan elde edilen mektuplardan öğrenildiği kadarıyla, bu konuda Kars T Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nda, avukatla görüşme kamera ile kayıt altına alınmakta, belgeler incelenmekte, hatta el konulmakta, görüşme sırasında personel hazır bulundurulmakta olduğuna dair şikayetler bulunmaktadır.

Yine avukatın bu madde kapsamına giren fiiller sebebiyle hakkında tutanak tutularak görüşmenin yasaklanması ile ilgili olarak da yasaklamayı meşru kılacak durumun kişisel değerlendirme yapılmak suretiyle somut delillerle ortaya konarak değerlendirilmesi ve savunma hakkının özüne dokunan böylesine ciddi bir tedbire ancak istisnai hallerde başvurulması gerektiğini vurgulamak gerekir.

Son olarak, özellikle tutukluların suç yeri dışındaki cezaevlerine nakilleri sonucunda, aradaki mesafenin fazla olması nedeniyle müvekkil-avukat görüşmesi yapılamadığı, görüşme yapılması ihtimalinde bile bunun masraflı ve yetersiz olduğu gözlemlenmektedir. Bu yöndeki uygulama ve kısıtlamaların ceza infaz kurumlarında bulunan mahpuslar açısından savunma hakkının tam anlamıyla kullanılmasını engellemekte olduğu söylenebilir.

2. Kaynaklara Erişim ve Görüşme

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri İnfazı Hakkında Kanun'un 61. maddesi cezaevindeki mahpusların kütüphanelerden yararlanma haklarına imkan vermektedir. Yine 62. maddesinde ise mahkemelerce yasaklanmamış olması koşulu ile süresiz ve süreli yayınlardan ücretinin ödenmesi karşılığında yararlanma imkanı tanır.

Kütüphanelerde bulunan süreli/süresiz yayınların ve edebi kitapların yanı sıra söz konusu kişilerin, bir infaz kurumunda bulunmaları nedeniyle, en çok ihtiyaç duyulan ceza kanunlarına da erişim imkanları olmalıdır. Cezaevlerindeki kütüphaneler arttırılmalı ve içlerine her koğuşun sırayla yararlanabilmesine yetecek kadar ilgili ceza kanunlarından konulmalıdır.

Mahpuslar için kaynaklara erişim, savunma hakkı kapsamında da önem taşımaktadır. İlgili kuruma ya da makama yazacakları dilekçeleri çoğaltma imkanlarının olmaması ancak el yordamı ile yeniden yazarak bunu sağlayabilmeleri de mahpuslar açısından zorluk oluşturmaktadır.

Yine savunma hakkı ve adil yargılanma kapsamında yararlanacakları kaynaklar arasında, Kanun'un 67. maddesinin 3. fıkrasında yer alan sınırlı şekilde de olsa internet hizmeti alma imkanına sahiptirler. Her ne kadar kanun bu imkanın eğitim ve iyileştirme programı çerçevesinde olması amacı ile verilmesini düzenlemişse de, bunun savunma hakkı kapsamında da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yine Kanun'un 88. maddesi kütüphane ve kurslardan yararlanmayı düzenler. Cezaevlerinde bulunan mahpusların iyileştirme kapsamında bu imkanlardan yararlanmaları amaçlanmıştır. Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nde ve Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kütüphane ve Kitaplık Yönetmeliği'nin de 6. maddesinde ceza infaz kurumunda bulunan kitapların nasıl sağlanacağı belirtilmiştir.[85]

Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nden alınan verilere göre; kütüphanede toplam 2527 adet kitap bulunmakta olup; Nisan-Mayıs-Haziran 2017, 3 aylık döneminde 1788 Tutuklu/Hükümlü tarafından 3712 kitap, 133 dergi okunmuştur.

3. Etkili Başvuru Hakkına İlişkin Sorunlar

Tutuklu, halen suçu işlediği kesinleşmemiş olup, cezasının infazına başlanmayan kişiyi; hükümlü ise, suçu işlediği ve cezasının kesinleştiği sebebiyle cezasının infazına geçilen kişiyi ifade eder. Tutuklu ve hükümlülerin cezaevlerinde sahip oldukları imkanlar ve hakları farklıdır. Belirtildiği üzere; masumiyet karinesi gereği tutuklunun ceza almayacağı da göz önünde bulundurulur, yargılama aşaması henüz bitmemiştir. Bu ayrımdan yola çıkılarak suç işlediği kesin olan kişiye göre tutuklunun özgürlük şartları daha önemle korunmalıdır.

22/02/2017 tarihli Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 1. maddesi ile Açık Ceza Evlerine Ayrılma Yönetmeliği'nin

---

[85] Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Kütüphane ve Kitaplık Yönetmeliği m.6: Kurumun kütüphane ve kitaplıklarında ihtiyaç duyulan, kitap, mecmua, gazete vesair yayınlar; Bakanlıkça kuruma gönderilen ödeneklerden, a) Cezaevi yönetimince açılacak bağış kampanyasından, b) Basın Savcılıklarından, c) Bakanlıkça gönderilen yayınlardan, d) Hükümlü ve tutukluların kitap bağışlarından sağlanır. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/um_cezakutuphane.pdf (E.T:12.11.2017)

6. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde yapılan değişiklik ile birçok hükümlünün açık cezaevine geçme imkanı artmıştır.[86] Ancak mevcut yargı sistemimizdeki iş yükü yoğunlukları da dikkate alındığında yargılamaların sonuçlanması uzamakta cezası onaylanan bir hükümlü açık cezaevine geçebilmişken, temyiz ya da istinaf hakkını kullanan ve cezası kesinleşmemiş olan tutuklu kapalı ceza infaz kurumunda bulunmaktadır. Verilecek sonuç cezanın infazının ilgili hükme uyarlanacağı düşünüldüğünde, mahpusun açık cezaevinde geçireceği

[86] Açık Ceza İnfaz Kurumu'na Ayrılma Yönetmeliği m.6: (1) Hükümlülerden; a) (Değişik:RG-22/8/2015-29453) Toplam (Değişik ibare:RG-22/2/2017-29987) cezaları on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve yukarı olanlar ise onda birini kurumlarda infaz edip, iyi hâlli olan ve koşullu salıverilme tarihine yedi yıl veya daha az süre kalanlar, b) Müebbet hapis cezasına mahkûm olup, koşullu salıverilme tarihine beş yıl veya daha az süre kalanlar, c) Cezaları yüksek güvenlikli kapalı kurumlar veya diğer kapalı kurumların yüksek güvenlikli bölümlerinde infaz edilenlerden toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi hâlli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine üç yıl veya daha az süre kalanlar, açık kurumlara ayrılabilir. (2) Açık kurumlara ayrılabilmek için, ayrıca; a) (Değişik:RG-18/8/2016-29805) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 142, 148, 149, 188 ve 190 ıncı maddeleri ile 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 403, 404, 491/3-4, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498 ve 499 uncu maddelerinden mahkûm olanların koşullu salıverilme tarihine beş yıldan az süre kalması, b) (Değişik:RG-18/8/2016-29805) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddeleri ile eşe karşı işlenen 82/1-d, 86/3-a ve 96/2-b maddeleri ve 1/3/1926 tarihli ve mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 416/1, 418/1 maddeleri ile eşe karşı işlenen 449/1, 456 ve 457/1 maddelerinden mahkûm olanlar ile adli suçlardan hükümlü olup yabancı uyrukluların koşullu salıverilme tarihine üç yıldan az süre kalması, c) 29/7/2003 tarihli ve 4959 sayılı Topluma Kazandırma Kanunu, 30/7/1999 tarihli ve mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununun 14 üncü maddesi ve 5237 sayılı Kanunun 221 inci maddesinden yararlananların koşullu salıverilme tarihine iki yıldan az süre kalması, ç) Terör ve örgütlü suçlardan hükümlü olup, mensup oldukları örgütten ayrıldıkları idare ve gözlem kurulu kararıyla tespit edilenlerin koşullu salıverilme tarihine bir yıldan az süre kalması, şartı aranır. (3) Birden fazla cezanın toplanarak infazı hâlinde, açık kuruma ayrılmada esas alınacak suç, koşullu salıverilme tarihine en az sürenin arandığı suçtur. (4) Açık kuruma ayrılma süresini dolduranlar hakkında altı aylık deneme süresinin tamamlanması beklenmeden açık kuruma ayrılma kararı alınabilir.

süreyi kapalı cezaevinde fazladan geçirmesi de söz konusu olabilmekte mağduriyetler oluşabilmektedir. Bu husus; birçok tutuklunun istinaf ve temyiz haklarından feragat ederek cezalarının yeter ki onanmasını böylelikle kapalı cezaevinden çıkıp açık cezaevine geçme haklarına kavuşmak düşüncesi ile adil yargılanma ve etkili başvuru haklarından yararlanmaktan vazgeçmelerine neden olmaktadır.

Ceza ve infaz kurumlarında özellikle avukatla görüşmelere getirilen sınırlamaların etkili başvuru hakkı üzerinde de etkide bulunduğu görülmektedir.

Ceza infaz kurumlarından edinilen mektuplar değerlendirildiğinde, bu konuda özellikle,

Disiplin soruşturmalarında savunma alınmadığı, yanlı ve taraflı davranıldığı, ceza verilirken tecrit ve izolasyon hedeflendiği ile ilgili şikayetler göze çarpmaktadır.

4. Disiplin Cezaları – Hücre Hapsi

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 37. maddesinde[87] disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşulları düzenlenmiştir. Buna göre; kurumda düzenli bir yaşamın devamı, güvenliğin ve disiplinin sağlanması adına; emredilen ya da gerekli kılınan davranış ve tutumlarda kusurlu olarak ihlal varsa eylemin niteliğine ve ağırlık derecesine göre kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanmaktadır.

---

87 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.37: (1) Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır. (2) Suç oluşturan eylemlerden dolayı açılan kamu davası, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemez

Kanunda disiplin cezaları çocuklar ve çocuklar haricindekiler olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiş, 38. madde[88] de ise çocuklar haricindeki hükümlülere uygulanabilecek disiplin cezaları ve tedbirler düzenlenmiştir. Buna göre çocuklar haricindekiler için uygulanabilecek disiplin cezaları;

*Kınama,

*Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma,

*Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma,

*Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama,

*Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma,

*Hücreye koyma,

Yukarıda belirtilen disiplin cezaları Kanun'da kendilerine ayrılan maddelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Ancak düzenlenen sıralamada da olduğu gibi en ağır disiplin cezası hücre cezasıdır.

Kanun'un 44. maddesi[89] hücre cezasını hücreye koyma madde

---

88 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.38: (1) Çocuklar haricindeki hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları ağırlık derecesine göre şunlardır: a) Kınama. b) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma. c) Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma. d) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama. e) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma. f) Hücreye koyma. (2) Toplu, bedensel, zalimane, insanlık dışı veya küçültücü cezalar disiplin cezası olarak uygulanamaz

89 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.44: (1) Hücreye koyma cezası, hükümlünün eylemlerinin nitelik ve ağırlığına göre bir günden yirmi güne kadar, açık havaya çıkma hakkı saklı kalmak üzere, geceli ve gündüzlü bir hücrede tek başına tutulması ve her türlü temastan yoksun bırakılmasıdır. (2) Bir günden on güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemler şunlardır: a) Kurum tesislerine, araç ve gereçlerine zarar vermek. b) Tünel kazmaya teşebbüs etmek. c) Firara teşebbüs etmek. d) Hükümlü ve tutukluları idareye karşı kışkırtmak veya isyana kalkışmak. e) Hükümlü ve tutukluları daha az cezayı

başlığı ile düzenlemektedir. Hücre cezasının eylemin niteliğine ve ağırlığına göre 1 gün ile 20 gün arasında değişebileceğini; 1 gün ile 10 gün arasında hücre cezasını gerektirecek eylemler ile 11 gün ile 20 gün hücre cezasını gerektirecek eylemleri de düzenlemektedir. Hücre cezası alan hükümlünün avukat ile görüşmesine engel olunmayacağı da düzenlenen hükümler arasındadır.

---

gerektiren şekilde kasten yaralamak. f) Hükümlü ve tutuklular üzerinde baskı kurarak çıkar sağlamak, özel işleriyle başka işlerde kullanmak, bunlara kalkışmak veya bu amaçları gerçekleştirmek için oluşturulan gruplara katılmak veya bunlarla dayanışma içinde olmak. g) Üçüncü fıkranın (g) bendinde belirtilenler dışında kalıp da Kanuna uygun olarak yasaklanmış bulunan her türlü eşya, araç, gereç veya malzemeyi ceza infaz kurumlarına sokmak, bulundurmak, kullanmak. h) Sayım ve aramalar ile 43 üncü maddenin (e) bendinde belirtilen faaliyetlere şiddet kullanarak engel olmak veya buna kalkışmak. ı) Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet teklif etmek veya vermeye kalkışmak. j) Kurum görevlilerine hakaret veya tehditte bulunmak. k) Kuruma, kurum görevlilerine veya hükümlü ve tutuklulara ait şeyleri çalmak veya bunlara kasten zarar vermek. l) İzin süresini özürsüz olarak en fazla iki gün geçirmek. m) Hükümlü ve tutukluların beslenmelerini engellemek, açlık grevine ve ölüm orucuna teşvik veya ikna etmek, bu yolda talimat vermek. (3) Onbir günden yirmi güne kadar hücreye koyma cezasını gerektiren eylemler şunlardır: a) İsyan çıkartmak. b) Kuruma ağır zarar vermek. c) Kasten yangın çıkarmak. d) Adam öldürmek veya öldürmeye kalkışmak. e) Hükümlü ve tutukluları kasten veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamak ile görevlileri her türlü kasten yaralamak. f) Cinsel saldırıda veya çocuklara karşı cinsel istismarda bulunmak, bu suçlara kalkışmak veya cinsel tacizde bulunmak. g) Her türlü ateşli silâh, mermi, patlayıcı madde, kesici, delici, yaralayıcı, bereleyici alet, yakıcı, aşındırıcı, boğucu, bayıltıcı, kör edici gaz ve ecza, her türlü zehir ve uyuşturucu ilâç ve madde, cep telefonu, telsiz ve sair elektronik haberleşme aracını kuruma sokmak, bulundurmak, kullanmak. h) Görevlileri veya hükümlü ve tutukluları rehin almak. ı) Firar etmek veya tünel kazmak. j) Hükümlü ve tutuklular üzerinde baskı kurarak çıkar sağlamak, özel işleriyle başka işlerde kullanmak, bunlara kalkışmak veya bu amaçları gerçekleştirmek için nüfuz kullanarak grup oluşturmak. k) Suç örgütlerine ait her türlü yayın, bez afiş, pankart, resim, sembol, işaret ve benzeri eşyayı kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek. l) Suç örgütlerinin eğitim ve propaganda faaliyetlerini yapmak veya yaptırmak. m) Kurum görevlileri ile dış güvenlik görevlilerine rüşvet vermek. (4) Hücre, yaşamsal gereksinmeleri karşılayacak biçimde düzenlenir. (5) Hücreye konulan hükümlünün, resmî ve yetkili merciler ve avukat ile görüşmesine engel olunmaz.

İstanbul Anadolu 1. İnfaz Hakimliği tarafından Kanunun 44. maddenin 1. fıkrasının Anayasa m.17'ye aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmişse de; Anayasa Mahkemesi 2013/137E. 2014/94K. ve 22.05.2014 Tarihli kararı[90] ile itiraz konusu kararın kararda açıkladığı nedenler ile Anayasa'nın 2. ve 17. maddesine aykırılık teşkil etmediğine oybirliği ile karar vermiştir.

Disiplin cezasını gerektiren eylemin tekrarlanması, disiplin cezalarının infazı ve kaldırılması ise; Kanun'un 48. maddesinde[91] düzenlenmiş, ilk fıkra Anayasa Mahkemesi'nin 2013/28E.,

---

90 Any. Mah. 2013/137E. 2014/94K. 22.05.2014T. Kararı http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/09/20140912-11.pdf (Son Erişim Tarihi, 09.11.2017)

91 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.48: (1) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 3/10/2013 tarihli ve E.:2013/28, K.:2013/106 sayılı Kararı ile.) (2) Bir eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra bu cezanın kaldırılması için gerekli süre içinde yeniden disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunan hükümlü hakkında, her defasında bir üst ceza uygulanır. (3) Disiplin cezalarının infazı; a) Hücreye koyma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanır. Hücreye koyma cezasına ilişkin diğer hükümler saklı kalmak üzere, kesinleşen disiplin cezalarının infazına derhâl başlanır. Birden fazla disiplin cezası verilmiş olması hâlinde, bu cezalar kesinleşme tarihleri sırasına göre ayrı ayrı infaz edilir. Bir cezanın infazı tamamlanmadan diğerinin infazına başlanmaz. b) Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hakederek salıverme tarihini geçemez. c) Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası iki katı süreyle uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur. (4) İnfaz edildiği tarihten itibaren disiplin cezasının kaldırılmasında ve iyi hâlin kazanılmasında aşağıda belirtilen süreler esas alınır; a) Kınama cezası onbeş gün, b) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası bir ay, c) Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma cezası üç ay, d) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası üç ay, e) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası üç ay, f) Hücreye koyma cezası 44 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hâllerde altı ay, üçüncü fıkrasındaki hâllerde bir yıl, g) Hücre cezasına karşılık ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, (f) bendinde belirtilen süre, Sonunda disiplin cezası

2013/106K. ve 3.10.2013 Tarihli kararı ile iptal edilmiştir.

694 sayılı KHK'nin 151. maddesi[92] ile 5275 sayılı Kanun'a geçici madde 8 eklenmiş ve birçok hükümlüye, maddede belirtilen şartları sağladıkları takdirde disiplin cezalarının affedilmesi ile denetimli serbestlikten faydalanma imkanı ve açık cezaevlerine ayrılma hakkı doğmuştur.

5. Segbis Uygulamaları

Anayasa Mahkemesi (AYM), avukatla savunma hakkı açısından Bölge Adliye Mahkemeleri'nde yapılacak duruşmalar ile ilgili CMK'nın 281. maddesi uyarınca "tutuksuz sanığa yapı-

almamak ve iyi hâlli olmak koşuluyla (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezalar kurum en üst amiri tarafından, diğer bentlerde belirtilen cezalar, kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla kaldırılır. (5) Çocuk hükümlüler hakkında verilen disiplin cezaları; a) Uyarma ve kınama cezaları kararla birlikte, b) Onarma, tazmin etme ve eski hâle getirme cezası yedi gün sonunda, c) Harcamalarına sınır koyma cezası otuz gün sonunda, d) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası otuz gün sonunda, e) Teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma cezası otuz gün sonunda, f) İznin ertelenmesi cezası altmış gün sonunda, g) Kapalı ceza infaz kurumuna iade cezası altmış gün sonunda, h) Odaya kapatma cezası doksan gün sonunda, Kendiliğinden kalkmış sayılır. (a) bendi hariç, bu fıkradaki diğer süreler karar tarihinden, firar hâlinde infaz tarihinden itibaren başlar. (6) Disiplin kurulu, kurum kurallarına uyma, iyileştirme programında ilerleme veya verilen ceza ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesi durumunda, çocuk hakkında vermiş olduğu cezayı süre koşulu aranmaksızın her zaman kaldırabilir.

92 694 sayılı KHK m.151: 5275 sayılı Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir:
Geçici Madde 8- (Ek: 15/8/2017-KHK-694/151 md.) 5237 sayılı Kanunun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde ve 220 nci maddesinde düzenlenen suçlar ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile bunların mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki karşılığı olan suçlardan ve 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlardan hükümlü ve tutuklu olanlar ile bu Kanunun 9 uncu maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan hükümlü ve tutuklular hakkında verilenler hariç olmak üzere; 1/8/2017 tarihinden önceki eylemler nedeniyle bu Kanunun 39 ila 46 ncı maddeleri uyarınca verilen disiplin cezası ve tedbirleri, infaz edilmeleri kaydıyla 48 inci maddedeki süre ve karar şartı aranmaksızın idare ve gözlem kurulunca verilecek iyi hal kararı üzerine kaldırılır. 55 inci madde hükümleri saklıdır.

lacak çağrıda kendi başvurusu üzerine açılacak davanın duruşmasına gelmediğinde davasının reddedileceği ayrıca bildirilir" hükmünü iptal etmiştir. AYM avukatı hazır bulunan sanığın, duruşmaya gelmemesi sebebiyle savunma hakkından yoksun bırakılacak şekilde davasının reddedilmesinin tutuksuz sanığın müdafii yardımından yararlanma hakkını yitirmesine neden olduğundan bahisle adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığını iptale gerekçe göstermiştir. Bahse konu iptal kararı AİHM içtihadı ile uyumludur ve Neziraj – Almanya kararına açıkça atıfta bulunmaktadır[93].

AİHM yerleşik içtihadında sanığın duruşmaya gelmesi için avukatla savunma hakkından mahrum edilmesi adil yargılama hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, AYM'nin bu iptal kararının 13. Paragrafında da vurgulandığı üzere, adil yargılanmanın güvencelerinden olan müdafii yardımından yararlanma hakkını ortadan kaldıran ya da kullanılmasına imkân vermeyen usul kuralları şüphesiz ki adil yargılanma hakkının özüne dokunur. Şunu da belirtmek gerekir ki, AYM tarafından oybirliği ile alınan bu iptal kararıyla söz konusu madde hükmü 20/07/2017 kabul tarihli ve 05/08/2017 gün ve 30145 Mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 7035 sayılı "Bölge Adliye ve Bölge İdare Mahkemelerinin İşleyişinde Ortaya Çıkan Sorunların Giderilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Diğer taraftan, AYM'nin savunma hakkı ile ilgili bu olumlu yaklaşımı bu şekilde bir iptal kararında vücut bulmuşken, 25 Ağustos 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 694 sayılı Olağanüstü hal kapsamında bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair Kanun Hükmünde Kararnamenin 148. Maddesi ile 5271 sayılı Kanun'un 216. maddesinin 3. fıkrasına "..bu aşamada zorunlu müdafin bulunmaması hükmün açıklanma-

93 AİHM Neziraj/Almanya, Başvuru no: 30804/07, 08/11/2012

sına engel teşkil etmez" cümlesi eklenmiştir. Bu maddenin getirilmesi ile amaçlananın mevcut durumda zorunlu müdafi olmaksızın duruşmanın devam ettirilmesi ve davanın bitirilmesinin mümkün olmaması sebebiyle yaşanan gecikmelerin ortadan kaldırılması olduğu düşünülmektedir. Ancak zorunlu müdafinin bulunması kanunen zorunlu olan durumlarda, müdafinin yokluğunda sanık hakkında hükmün açıklanmasına ilişkin bu değişikliğin, savunma hakkının özüne dokunulmaması ve yargılamanın bütününe ilişkin tüm adil yargılanma garantilerinin sanığa sağlanması zorunluluğu ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, tutuklu sanık hakkında zorunlu müdafi öngörülen hallerde, müdafi ile savunma hakkından mahrum bırakılarak aleyhinde hüküm tesisinin uygulamada problem yaratabilecek bir değişiklik olduğunun altını çizmek gerekir.

SEGBİS uygulaması ile ilgili olarak, Yargıtay 16. Ceza Dairesi de birçok kararında SEGBİS sistemi yoluyla yargılama yapılmasını ve sanığın mahkumiyetine karar verilmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanmasını adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirdiği görülmektedir. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 9 Eylül 2015 tarihli kararında *"Yargılandığı suçtan dolayı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir cezaevinde tutuklu olan sanık hakkında duruşmalarda bulunmaktan bağışık tutulması hususunda herhangi bir karar verilmediği gibi, sanığın mahkeme huzuruna çıkarak savunma yapmak istemesi ve sanık müdafinin de bu yönde talepte bulunması karşısında, adil yargılanma hakkı kapsamında sanığın duruşmada hazır bulundurulması sağlanarak savunmasının tespiti yerine, SEGBİS sistemi yoluyla savunmasının alınıp yargılamanın yapılması ve sanığın mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması…kanuna aykırı, sanık müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan…hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına"* şeklinde hüküm kurulmuştur[94].

[94] Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2015/4733 E. – 2015/2397 K. numaralı ve

Yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 219. maddesi uyarınca duruşmanın SEGBİS ortamında sesli ve görüntülü olarak kayda alınmasına karar verilerek kayıt yapılmaya başlanması halinde, bu kayıtların yazılı olarak tutanağa aktarılması zorunluluğu ile alakalı olarak 4 Temmuz 2017 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu, tutanağa dönüştürüldüğünde resmi belge niteliğine kavuşacak olan kayıtların tutanağa dönüştürülmemesi şeklindeki eksikliğin esasa etkili olduğu ve eksik inceleme ile hüküm kurulduğuna kanaat getirmiştir[95].

Kural olarak Mahkemelerce ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklular ile ilgili SEGBİS uygulamasına başvurulmasında bir sakınca olmamakla beraber, bu uygulamaya başvurulma gerekçelerinin kararda somut olarak ortaya konması ve SEGBİS yöntemiyle ceza infaz kurumundan bağlanılarak dinlenen tutukluya adil yargılama hakkı kapsamında usule ilişkin garantilerin, özellikle de başkalarının duyması mümkün olmadığı şekilde avukatıyla gizli olarak görüşmesi ve hukuki yardım alması, duruşmada dinlenen tanıklara soru sorabilmesi ve duruşmanın içeriğinden bütünüyle haberdar olacak şekilde SEGBİS yönteminin uygulanmasının, tutuklu sanığı dezavantajlı bir duruma düşürmeyecek şekilde sağlanması gerekmektedir[96].

D. Eğitim Hakkına İlişkin Hususlar

Ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların eğitim ve öğretim hakları da bulunmaktadır. Anayasa'nın 42. maddesi[97] "Kimse, eğitim ve öğretim hakkından yoksun

09/09/2015 tarihli kararı

95 Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2017/1-355 K. 2017/357 numaralı ve 04/07/2017 tarihli kararı

96 Usuli garantilerin sağlanma zorunluluğu açısından aynı yönde bkz: AİHM Marcello Viola/İtalya, Başvuru no: 45106/04, §§ 75-76, 05/10/2006.

97 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.42: Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tes-

bırakılamaz", Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü 2. maddesinde[98] "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz." ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 26. maddesi[99] ise "Her şahsın öğrenim hakkı vardır." der.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

---

pit edilir ve düzenlenir. Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz. Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz. İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır. Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir. (Ek fıkra: 9/2/2008-5735/2 md.; İptal: Anayasa Mahkemesinin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile) Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez. Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır.

98 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ek Protokolü m.2: 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.

99 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.26: Her şahsın öğrenim hakkı vardır. Öğrenim hiç olmazsa ilk ve temel safhalarında parasızdır. İlk öğretim mecburidir. Teknik ve mesleki öğretimden herkes istifade edebilmelidir. Yüksek öğretim, liyakatlerine göre herkese tam eşitlikle açık olmalıdır.
Öğretim insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetlerine saygının kuvvetlenmesini hedef almalıdır. Öğretim bütün milletler, ırk ve din grupları arasında anlayış, hoşgörü ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.
Ana baba, çocuklarına verilecek eğitim türünü seçmek hakkını öncelikle haizdirler.

Kanun'un 75. maddesi[100] hükümlülere uygulanacak eğitim programlarını, 76. maddesi[101] ise açık ceza infaz kurumunda ve çocuk eğitim evinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmalarını düzenlemektedir.

1.Öğrenci Mahpuslar

"Cezaevlerinde örgüt üyesi oldukları, örgütsel faaliyetlerde bulundukları Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasası'na aykırı oldukları iddiasıyla çok sayıda öğrenci bulunmaktadır."[102]

Cezaevinde bulunan mahpuslardan, öğrenciyken cezaevine giren tutuklu ve hükümlüler olduğu gibi cezaevinde bulundukları sürede sınavlara hazırlanarak eğitim öğretim hayatına başlayanlar vardır. Ceza infaz kurumlarında bulunan öğrencilerin eğitim hakları, bu hakların engellenmemesi, karşılaştıkları zorluklar ve çözüm önerisi olarak sunulan tutuklu ve hükümlü öğrenciler ile ilgili uygulamalara ilişkin haberler bulunmaktadır.[103]

Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklu Olarak Bulu-

---

100 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 75: (1) Ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde hükümlüye, kişiliğini geliştirecek, eğitimini güçlendirecek, yeni beceriler elde etmesini, suç işleme eğilimini yok etmeyi sağlayacak ve salıverilme sonrasına hazırlayacak programlar uygulanır. (2) Hükümlünün yaş, ceza süresi ve yeteneklerine öncelik verilerek ekonomik ve kültür durumuna uygun biçimde düzenlenen eğitim programları; temel eğitim, orta ve yüksek öğretim, meslek eğitimi, din eğitimi, beden eğitimi, kütüphane ve psikososyal hizmet konularını kapsar.

101 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 76: (1) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlülerin örgün ve yaygın, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin yaygın öğretimden yararlanmaları sağlanır.

102 Türkiye Barolar Birliği Cezaevleri Raporu 2015-2016 sy.54

103 http://t24.com.tr/haber/tutuklu-binlerce-ogrenci-ne-gibi-sorunlarla-karsilasiyor-egitim-hakki-icin-ne-yapmali,395811 (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)
https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/140386-mahpuslara-ucretsiz-ogrenim (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)

nan Adayların Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığı (ÖSYM) Tarafından Yapılan Sınavlara Başvurusu, Sınava Alınması ve Sınav Görevlilerinin Görev ve İşlemleri Hakkında Protokol[104] ile tutuklu ve hükümlülerin sınava başvuru süreçleri, görevlendirilecek kimseler, sınav güvenliğinin sağlanması ve bunların tüm ceza infaz kurumlarında ortak standartların temini gibi hususlar amaçlanmıştır.

2. Sınav Hakkı

Eeğitim hayatına bulundukları ceza infaz kurumunda devam etmek isteyen ancak mali sorunlar neticesinde yararlanamayan tutuklu ve hükümlüler için açık öğretim fakültesi, açık öğretim lisesi ve açık öğretim ortaokuluna devam eden için sınav ve kayıt ücretlerinin ödeneceğine ilişkin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı arasında Yoksul Tutuklu ve Hükümlülerin Sınav ve Kayıt Giderlerinin Karşılanması Kapsamında Yapılacak İşbirliği Protokolü[105] ile bu sorun aşılmaya çalışılmıştır.

15 Temmuzdan sonra ise 22 Kasım 2016 Tarihli 677 sayılı KHK nun 4. maddesinde[106] sınavlara ilişkin bir takım tedbirler alınmış, terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlardan tutuklu veya hükümlü olarak cezaevinde bulunanların olağanüstü halin devamı ve ceza infaz kurumunda bulundukları süre boyunca, ülke genelinde uygulanan merkezi sınavlar ile örgün veya yaygın her türlü eğitim

---

104 http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/mevzuat/protokol/P46.pdf (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)

105 http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/mevzuat/protokol/P11.pdf (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017).

106 677 sayılı KHK m.4**:** "Terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunanlar, olağanüstü halin devamı ve kurumda barındırıldıkları süre zarfında, ülke genelinde uygulanan merkezî sınavlar ile örgün veya yaygın her türlü eğitim ve öğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından ceza infaz kurumu içinde veya dışında yapılan ya da yaptırılan sınavlara giremezler."

öğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından ceza infaz kurumu içinde veya dışında yapılan ya da yaptırılan sınavlara giremeyeceği belirtilmiştir.

3.Açık Öğretim – Cezaevlerinde Eğitim Alma

Yine eğitim hayatına bulundukları ceza infaz kurumunda devam etmek isteyen ancak mali sorunlar neticesinde yararlanamayan tutuklu ve hükümlüler için açık öğretim fakültesi, açık öğretim lisesi ve açık öğretim ortaokuluna devam eden için sınav ve kayıt ücretlerinin ödeneceğine ilişkin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile Adalet Bakanlığı arasında Yoksul Tutuklu ve Hükümlülerin Sınav ve Kayıt Giderlerinin Karşılanması Kapsamında Yapılacak İşbirliği Protokolü[107] ile bu sorun aşılmaya çalışılmıştır.

Cezaevinde bulunmaları neticesinde eğitim hayatından kopan mahpuslar olduğu gibi başarı hikayesi gösterenleri de mevcuttur. Üniversite sınavına cezaevinde hazırlanıp başladığı eğitim hayatında derece yapan hükümlü, Kırıkkale E Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nda hazırlandığı sınavda başarılı olarak üniversiteyi kazanmıştır. Kırıkkale E Tipi Ceza infaz Kurumundan, Edirne Açık Cezaevinde nakil olan hükümlü, haftanın beş günü belirlenen saatler içerisinde izinli olarak Trakya Üniversitesindeki eğitimine devam etmiş ve 2015-2016 yılı eğitim öğretim yılını okul birincisi olarak tamamlamıştır.[108]

4.Kitap Kütüphane Sorunu

Cezaevi koşullarında sınavlara hazırlanan ya da mevcut eğitimlerini sürdüren mahpusların bir takım kaynaklara ihtiyacı

---

[107] http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/mevzuat/protokol/P11.pdf (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)

[108] https://ogrenimhakki.wordpress.com/2016/06/30/kirklarelinde-bir-mahpus-cezaevinde-basladigi-universiteyi-birincilikle-bitirdi/ (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)http://www.memurlar.net/haber/592893/ (Son Erişim Tarihi, 21.10.2017)

bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, uzaktan eğitim yoluyla katıldıkları yüksek öğrenimlerini sürdürebilmek için gerekli bilgisayar kullanımın ve kaynaklara ulaşmalarının kısıtlandığını şikayetlerinin gözetilmeden reddedilmesi sebebiyle bunun eğitim- öğretim ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini belirten 4 mahpusun Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurusu[109] hakkında adil yargılanma haklarının ihlal edildiğinin kabul edilemez olduğunu, eğitim ve öğretim haklarının ise ihlal edilmediğine ilişkin karar vermiştir.

III) DENETİM VE HESAP VERİLEBİLİRLİK

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararının "Sorumluluk" ile ilgili bölümünde özellikle cezasızlık ile mücadele ve Kötü muamelenin tıbbi kanıtlarının belgelendirilmesi ve rapor edilmesi ile ilgili ilkelere vurgu yapılmıştır.

Söz konusu tavsiye kararında idari Denetim (§ 92) konusunda Cezaevlerinin ulusal ve uluslararası hukukun gereklerine ve bu Kurallarda yer alan hükümlere uygun bir biçimde yönetilip yönetilmediğinin değerlendirilmesi için düzenli olarak idari bir kuruluş tarafından teftiş edilmesi gerektiği ve bağımsız denetim (§ 93) ile ilgili olarak Hapsedilme koşulları ve mahpuslara uygulanan iyileştirme faaliyetleri, raporlarını açıklayabilen bağımsız bir kurul veya kurullar tarafından denetlenmesi ve bu tür bağımsız izleme kurul veya kurulları, hukuken cezaevlerini denetleme konusunda yetkili olan uluslar arası kuruluşlar ile işbirliğine teşvik edilmesine vurgu yapılmıştır.

Ulusal idari denetim mekanizmaları konusunda özellikle Birleşmiş Milletler İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı

---

[109] 10.12.2014 Karar Tarihli Mehmet Reşit Arslan ve Diğerleri Başvurusu (http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/bc52b607-c861-403d-bbee-73536f681bd6?excludeGerekce=False&wordsOnly=False (Son Erişim Tarihi, 20.10.2017).

ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmenin Seçimlik Protokolü'nün [A/HRC/23/47/Add.2] 4. Bölümü kapsamında bir önleyici ulusal mekanizmanın kurulması konusunda 6701 sayılı Kanun ile kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu pozitif bir adım olarak değerlendirilebilir. Ancak bu Kurum'un bağımsızlık ve işleyişini yerine getirebilmesi için yeterli ve uzman personel ve bütçe açısından kaygıların giderilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Türkiye Kamu Denetçiliği Kurumu [Ombudsmanlık] ile Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun şikayetleri almaları ve ön izne gerek kalmadan denetim faaliyetini ceza ve tutukevlerinde gerçekleştirmeleri mümkün görünmektedir.

Bunun yanı sıra Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Soruşturma Komisyonu da, yasama organının denetimi çerçevesinde cezaevlerini ziyaret edebilmekte ve soruşturma ve denetim yürütebilmektedir. Müfettişlerin daha etkin şekilde denetim sağlaması gerekir ancak bunun için de yeterli kaynak, eğitim ve tecrübe de gereklidir.

Bu noktada, 8/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Kamu Denetçiliği Kurumunun inceleme ve araştırma yaparken insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması; eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum veya davranışta bulunup bulunmadığını gözeteceği düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Kamu Denet-

çiliği Kurumu tarafından 2016/107 numaralı şikayete ilişkin verilen 29 Eylül 2016 tarihli kararda bu ilkelere vurgu yapıldığı ve şikayete konu ceza infaz kurumunun şikâyet başvurucusunun talebi ile ilgili olarak makul sürede ve gerekçeli olarak cevap verip vermediği, "kanunlara uygunluk", "ölçülülük", "tarafsızlık", "şeffaflık", "hesap verilebilirlik", "makul sürede karar verme", "kararların gerekçeli olması", "kararın geciktirilmeksizin bildirilmesi" ve "karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi" ilkelerine uygun davranıp davranmadığını incelediği görülmektedir[110].

Uluslararası denetim konusunda ise, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi ve Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Alt Komitesi ve Keyfi Tutuklamalar üzerine Çalışma Grubu da ceza infaz kurumlarına ve geri gönderme merkezlerine adhoc ve periyodik olarak ziyaretler gerçekleştirmekte ve raporlama faaliyetinde bulunmaktadır. Ancak bu ziyaretlere ilişkin hazırlanan bazı raporların son dönemde yayınlanmasına izin verilmediği görülmektedir. Örneğin, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi en son 16 – 23 Haziran 2015 2015 tarihli *adhoc* Geri gönderme merkezlerine yaptığı ziyaret raporları 17 Ekim 2017 tarihinde yayımlanmış ancak 10 - 23 Mayıs 2017 tarihli periyodik ziyareti, 29 Ağustos - 6 Eylül 2016 ve 28-29 Nisan 2016 tarihli *adhoc* ziyaretlerine ilişkin raporlar henüz yayınlanmamıştır. Bu çerçevede bu raporların da yayınlanması denetim mekanizmasının işlerlik kazanmasında ve iyi yönetişim ve şeffaflık ilkeleri çerçevesinde önem arz etmektedir[111].

---

[110] Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 2016/107 numaralı 29 Eylül 2016 tarihli Red Kararı, § 31 https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/Ceza%20%C3%84%C2%B0nfaz%20Kurumlar%C3%84%C2%B1ndan%20Birisine%20Naklinin%20Sa%C3%84%C5%B8lanmas%C3%84%C2%B1yla%20%C3%84%C2%B0lgili.pdf

[111] Aynı yönde bkz: Turkey 2016 Report, European Commission Staff Working Document, SWD(2016) 366 Final, Brüksel, 9 Kasım 2016, s. 70 https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/pdf/key_documents/2016/20161109_report_turkey.pdf

Yine objektif bilgi akışının sağlanabilmesi için şikayet alan sivil toplum kuruluşlarının da tutukevi ve cezaevlerini denetlemesine izin verilmesi gerektiğinin de altı çizilmelidir.

Birleşmiş Milletler 2015 tarihli Türkiye'ye ilişkin periyodik raporunda cezaevi şartlarının denetimi için daha güçlü standartlar getirilmesini salık vermiştir[112].

IV) SONSÖZ

15 Temmuz sonrası ilan edilen Olağanüstü Hal sürecinde KHK'lar ile temel ceza kanunlarımıza ve ceza infaz rejimimize getirilen önemli değişiklikler neticesinde Ceza İnfaz Kurumlarımızın, temel hak ihlallerinin en sıklıkla karşılaşıldığı, özgürlüklere getirilen kısıtlamaların en yoğun yaşandığı yerler olarak kabul edilmesini beraberinde getirmiştir.

Özellikle mahpuslar arasında yapılan ayrımcı yaklaşımlar ve her kurumun birbirinden farklı uygulamalar geliştirmiş olması, Türkiye'de cezaevlerinin, hak ihlalleri ile açlık grevleri, şiddet, işkence, tecrit, istismar yerleri olarak görülmesine sebebiyet vermektedir.

Mahpus sayısının artması ile ortaya çıkan kapasite sorunu, koşulların elverişsizliği, personel yetersizliği, tutuklu yargılamaların bir istisna olarak değil adeta olmazsa olmaz bir kural olarak ceza infaz sistemimize yerleşmeye başlamış olmasının neticesidir.

Uluslararası standartlar uyarınca, bir insanın cezaevinde bulunması, onun tüm haklarının yok sayılması anlamına gelmediği için, cezaevi koşullarının ek bir cezalandırma yöntemi olarak görülmesi yerine iyileştirilmesi mutlak bir zorunluluktur. Şüphesiz ki, hak mahrumiyeti tek taraflı da olmamakta-

[112] UN Report of the Working Group on the Universal Periodic Review Turkey, 13 Nisan 2015, http://www.un.org.tr/humanrights/vm/Report_of_the_working_group_document_2015.pdf

dır. Mahpusların yakınları ve adalete erişim hakkının olmazsa olmazı avukatları da sayısız caydırıcı engelle mücadele etmek zorunda bırakılmakta; adeta cezalandırılmaktadırlar. Keza sıralanan eksiklikler, infaz koruma memurlarının, cezaevi personelinin de hak kaybına sebebiyet vermektedir.

İnsanın en temel vazgeçilemez hak ve ihtiyaçlarından biri olan özgürlük ve güvenlik hakkından mahrum bırakılan mahpusların cezaevinde geçirdikleri süre, içsel bir muhakeme ile topluma yeniden adapte olma, hayata kazandırılma amacı gütmelidir.

MEVZUAT

1) Ulusal

- 2709 s. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
- 1721 s. Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun
- 2802 s. Hakimler ve Savcılar Kanunu
- 2992 s. Adalet Bakanlığının Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde

Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun

- 4301 s. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve

İdaresine İlişkin Kanun

- 4675 s. İnfaz Hakimliği Kanunu
- 4681 s. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu
- 4769 s. Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri Eğitim Merkezleri Kanunu
- 5237 s. Türk Ceza Kanunu
- 5252 s. Türk Ceza Kanunun Yürürlülük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
- 5271 s. Ceza Muhakemesi Kanunu
- 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tebdirlerinin İnfazı Hakkında Kanun.

- 5320 s. Ceza Muhakemesi Kanunun Yürürlülük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun
- 5326 s. Kabahatler Kanunu
- 5352 s. Adli Sicil Kanunu
- 5395 s. Çocuk Koruma Kanunu
- 5402 s. Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu
- Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük
- Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği
- Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik
- Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği
- Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik
- Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlermleri ve Diğer Hükümler Hakkında Genelge
- Ceza İnfaz Kurumlarına Gönderilen Ödeneklerin Kullanımı ve Diğer Hükümler Hakkında Genelge
- Disiplin Suç ve Cezalarına Ait Esaslar Hakkında Genelge
- Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlermleri ve Diğer Hükümler Hakkında Genelge
- Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi

2) Uluslararası

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
- Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Ceza İnfaz Alanındaki Tavsiye Kararları
- Avrupa Konseyi Denetimli Serbestlik Kurallarına İlişkin R (2010) 1 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Şartlı Tahliye Hakkında R (2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararı
- BM Genel Kurulu'nun 2002/12 Sayılı Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Hakkındaki Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kurallarının Uygulanmasının Geliştirilmesi Konusunda R (2000) 22 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Cezaevinin Aşırı Kalabalıklaşması ve Cezaevi Mevcudu Enflasyonu Hakkındaki R (99) 22 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Ceza İşlerinde Arabuluculuk Konulu R (99) 19 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Ceza ve Tedbirlerin Uygulanmasıyla İlgili Personel Hakkındaki R (97) 12 Sayılı Tavsiye Kararı

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki R (92) 16 Sayılı Tavsiye Kararı
- Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları (Tokyo Kuralları)
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Çocuk Suçluluğuna Karşı Toplumsal Tepkiler Hakkındaki R (87) 20 Sayılı Tavsiye Kararı
- Çocuk Adaletinin İcrasına Dair Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları (Pekin Kuralları)
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Şartla Tahliye Edilen veya Şartla Mahkûm Edilen Suçluların Gözetimi Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin R (79) 14 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Hapis Cezasına Alternatif Belirli Ceza Tedbirleri Hakkında R (76) 10 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Suçlularla Grupsal ve Toplumsal Çalışmalar Hakkındaki R (73) 24 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Şartlı Tahliye Edilen veya Şartlı Cezalandırılanların Tahliye Sonrası Gözetimi ve Korunması İçin Alınan Tedbirlerin Pratik Organizasyonu Hakkında R (70) 1 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere, Cezanın Ertelenmesi, Denetimli Serbestlik, Hapis Cezasına Diğer Alternatifler Hakkında R (65) 1 Sayılı Tavsiye Kararı
- Şartla Mahkûm Edilen veya Şartla Salıverilen Suçluların

Gözetimi Hakkında Avrupa Sözleşmesi

- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı
- Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele ya da Cezayı Önleme Komitesi [(AİÖK) CPT] Standartları (2002) 1 – Rev. 2015

KAYNAKLAR

Raporlar

- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Tutanak Dergisi
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Bursa H Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu

İnceleme Raporu

- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Eskişehir H ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Balıkesir L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu
- TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve

Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu

- UN Turkey, Turkey's Universal Periodic Review of 2015;

  (National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21)

- European Commission Staff Working Document Turkey 2016 Report

(Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions 2016 Communication on EU Enlargement Policy {COM(2016) 715 final})

- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) / Living space per prisoner in prison establishments: CPT standards, 15/12/2015

- European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) / Report to the Turkish Government on the visit to Turkey, from 16 to 23 June 2015

- CHP İstanbul Milletvekili Av. Dr. M. Sezgin Tanrıkulu 2017 Yılı İnsan Hakları İhlal Raporu

- Tuad- Öhd- Ödav Cezaevi İzleme Komisyonu Marmara Bölgesi Hapishane Hasta Tutsaklar Raporu

- Van Barosu Van T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Raporu, 05.04.2017

- Türk Tabipler Birliği, Toplum Ve Hekim Dergisi, "Açlık

Grevleri/Ölüm Oruçları, Ttb Ve Son Tartışmalar", Kasım-Aralık 2000 Sayı:6

- Türkiye Barolar Birliği Cezaevleri Raporu (2015-2016)
- Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfı (TESEV), Türkiye'de Ceza İnfaz Politikaları ve Kurumlarına İlişkin Yapısal Sorunlar Ve Çözüm Önerileri, Şubat 2015.

İnternet

- http://www.cte.adalet.gov.tr/
- https://www.coe.int/en/web/cpt/turkey
- http://www.un.org.tr/
- http://www.refworld.org/
- https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/
- https://chp.org.tr/
- http://www.dw.com/tr/
- http://www.dogrulukpayi.com/bulten/turkiye-de-cezaevlerinin-durumu
- https://ec.europa.eu/
- http://wp.unil.ch/space/
- http://www.cumhuriyet.com.tr/
- https://www.evrensel.net/haber/
- http://www.hukukpolitik.com.tr/
- https://www.gov.uk/government/uploads/
- http://www.vanbarosu.org.tr/
- https://www.birgun.net/

- https://www.ihd.org.tr/tag/tihv/
- http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/a_soyer.html
- http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/
- http://tesev.org.tr/tr/
- http://www.milliyet.com.tr/
- http://www.haberturk.com/
- http://www.karar.com/
- http://www.abcgazetesi.com/
- http://t24.com.tr/
- https://m.bianet.org/
- http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/

CİNSEL KİMLİK HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU RAPORU

CİNSEL KİMLİK HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU

Av. Nuriye KADAN
Çalışma Grubu Başkanı

Av. Hülya AKSAKAL
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Ezgi CANKURT
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Derya DEMİR
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Saide EKMEN
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Hüseyin KANDEMİR
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Gülce MUTOĞLU KILAVUZ
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Buket VURGEÇ
Çalışma Grubu Üyesi

GİRİŞ

Çalışma Grubunun amacı; toplumsal cinsiyet eşitliği için; cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve interseks durum temelli ayrımcılığa karşı mücadele etmek, "Kadın ve LGBTİ (lezbiyen, gey, bisekssüel, trans, interseks) haklarına" yönelik olarak söz konusu grupların haklara ve hizmetlere erişimlerini kolaylaştırmak, mevzuatta konuya ilişkin gerekli değişikliklerin yapılmasını sağlamak amacıyla çalışmalar yürütmek, bu alanda çalışmak isteyen avukatlara yönelik eğitimler düzenlemek ve söz konusu alana ilişkin farkındalığı arttırmak amacıyla seminer ve konferanslar düzenlemektir.

I- TEMEL KAVRAMLAR/TOPLUMSAL CİNSİYET/İKİLİ CİNSİYET REJİMİ

TERMİNOLOJİ

1.Biyolojik Cinsiyet / Toplumsal Cinsiyet

Biyolojik cinsiyet insanları genetik, fizyolojik ve biyolojik özellikleri üzerinden "kadın" ya da "erkek" olarak tanımlar. Bu sınıflandırmada biyolojik farklılık temel alınır. Bununla birlikte, toplumsal ilişkiler içinde insanların cinsiyetlerine dayanarak belirlenen konumların ve işbölümünün gerektirdiği rollerin ve sorumlulukların biyolojik cinsiyet ile bir ilgisi yoktur. Bu normlar tamamen toplumsal süreçlerde inşa edilir; zaman içinde ve toplumdan topluma değişirler. Dolayısıyla toplumsal cinsiyet, dinamik bir kavram olarak, belli bir tarihsel dönemde belli bir kültürde erkeksi ya da kadınsı kabul edilen rol ve davranış özellikleri üzerinden tanımlanır. Bu özellikler saç şekli ve giyim stilinden, insanların konuşma ya da duygularını ifade etme tarzlarına ve hatta mesleklerine kadar uzanan büyük bir çeşitlilik gösterir. Ayrıca, toplumsal cinsiyet, "mutlak iki biyolojik/toplumsal cinsiyet kimliği ve tek cinsel yönelim" önyargısının ötesine geçen, farklı cinsel kimlikleri içeren olgulara, yani yaşamın çeşitliliğine ve realitesine dair bir kavramsallaştırmadır. Başka bir deyişle, bu tanımlamada

çeşitli cinsel yönelimlerden erkekler, kadınlar veya translar olarak kendimize dair benlik algımızı, dışavurumlarımızı ve deneyimlerimizi ifade eden toplumsal cinsiyet kimliklerimiz kapsanır.

Kamusal ve özel hayatın hemen her alanında görülen toplumsal cinsiyet eşitsizlikleri çoğu zaman biyolojik cinsiyet farklılıklarına dayalı olarak gerekçelendirilir. Cinsiyetlere, ataerkil normlar uyarınca oluşturulan ve muhafaza edilmek istenen eşitsiz toplumsal konumların gerektirdiği ve "değişmez" olduğu iddia edilen roller ve sorumluluklar atanır. Eşitsizlik, biyolojik farklılıkları yaratan doğal veya doğaüstü bir temele dayandırılır. Buna karşın, bu meşrulaştırma arayışları toplumsal cinsiyet ilişkilerinin ve eşitsizliğinin toplumsal süreçlerde inşa edildiği, iktidar yapılarıyla biçimlendirildiği, muhafaza edildiği ve dönüştürülebilir olduğu gerçeğini örtemez.

Nitekim Türkiye'nin ilk imzalayan ve onaylayan ülke olduğu Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde (İstanbul Sözleşmesi) toplumsal cinsiyet; herhangi bir toplumun, kadınlar ve erkekler için uygun olduğunu düşündüğü sosyal anlamda oluşturulmuş roller, davranışlar, faaliyetler ve özellikler olarak anlaşılmaktadır. İstanbul Sözleşmesi, toplumsal cinsiyet ile birlikte cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği kategorilerini doğrudan metninde içeren ilk uluslararası sözleşmedir.[1*]

2.Cinsel Yönelim

Belli bir cinsiyetteki bireylere karşı süregelen derin duygusal, romantik ve cinsel çekimi ifade eder. Cinselliği oluşturan dört unsurdan biridir. Cinsellikle ilgili diğer üç unsur ise biyolojik

---

1 Avrupa Konseyi, **Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi**, https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680462545

cinsiyet, cinsiyet kimliği (erkek ya da kadın olmaya ilişkin psikolojik duyum) ve toplumsal cinsiyet rolüdür (erkeksi ya da kadınsı davranışları belirleyen kültürel normlara uyum).

Üç cinsel yönelim tanımlamak mümkündür. Kişinin kendi cinsiyetinden birine yönelmesi eşcinsellik, kişinin karşı cinsiyetten birine yönelmesi heteroseksüellik, kişinin her iki cinsiyete de yönelmesi biseksüellik olarak ifade edilir. Cinsel yönelim duyguları, sürekliliği ve kendilik-kendiliğindenlik nosyonlarını içerdiği için cinsel davranıştan farklıdır. Benliğin ve kişiliğin değiştirilemez bir bileşenidir. Bununla birlikte, bireyler davranışlarıyla cinsel yönelimlerini ifade edebilecekleri gibi etmeyebilirler de.

a- Eşcinsel

Duygusal/cinsel açıdan hemcinsine ilgi duyan kadın veya erkek. Eşcinsellik uzun yıllar boyunca bilim çevreleri de dahil olmak üzere çeşitli gruplar tarafından cinsel kimlik bozukluğu, hastalık, sapıklık gibi olumsuz ifadelerle tanımlanmıştır. 1973 yılında Amerikan Psikiyatri Birliği Ruhsal Bozuklukların Tanı ve İstatistiksel El Kitabı-IV (DSM-IV) kapsamında ve 1992 yılında Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Uluslararası Hastalık Sınıflandırması (ICD) kapsamında eşcinselliğin ruhsal bir bozukluk olmadığı kararını almış ve bu kavramı hastalık sınıflandırmalarından çıkartmıştır. Türkiye'de de resmi olarak DSM-IV kullanılmaktadır.

b- Gey

Erkek eşcinsel. Bu terim, eşcinsel hakları hareketiyle birlikte ortaya çıkmıştır. Bu süreçte, "homoseksüellikten" politik bir kopuş olarak tanımlanmıştır. "Homoseksüel" sözcüğü tıp tarafından tanımlanmış olduğu halde, "gey" sözcüğü aynı cinsten insanların birbirlerine karşı duygusal, cinsel yönelimleriyle yarattıkları varoluşu tanımlamak için eşcinsel bireyler tarafından ortaya konmuştur. Başlangıçta hem kadın

hem erkek eşcinselleri kapsayan bir sözcük olmakla beraber, günümüzde sadece erkek eşcinseller kendilerini ifade etmek için kullanmaktadır; ancak İngilizce'deki karşılığı olan "gay" yurtdışında gündelik konuşmada her iki cinsiyet için de kullanılabilmektedir.

Bu sözcüğün Türkçe'ye İngilizce'den olduğu gibi alınması 1980'lere rastlar. 2000'li yıllardan itibaren de şu an kullanılan haliyle, okunduğu gibi yazılmaktadır. İlk kez, 1999'da Türkiyeli Eşcinseller Buluşması sonrasında "gay" sözcüğü, Türkçeleştirilerek "gey" olarak kullanılmaya başlanmıştır. Eylül 2006 tarihinden itibaren Türk Dil Kurumu elektronik sözlüğünde "gey", erkek eşcinsel olarak tanımlanmaktadır.

c- Lezbiyen

Kadın eşcinsel. Sözcüğün kökeni, M.Ö. 6. yüzyılda Yunanlı kadın şair Sappho'nun yaşadığı Lesbos (Türkçe adıyla Midilli) adasından gelir.

d- Biseksüel

Duygusal/cinsel açıdan her iki cinsiyete de ilgi duyan kadın veya erkek. Biseksüel bir kimse her iki cinse de aynı ölçüde ilgi duymayabilir ve bu ilginin derecesi zaman içinde değişebilir. Biseksüellik, aynı anda hem bir kadına hem bir erkeğe ilgi duymak, her iki cinsiyetten iki birey ile aynı anda birlikte olmak anlamına gelmez.

e- Heteroseksüel

Duygusal/cinsel açıdan karşı cinse ilgi duyan kadın veya erkek. Toplumda egemen ve dayatılan bir "norm" olarak herkes heteroseksüel sayıldığından, "çoğunluktaki" heteroseksüel bireyler kendilerini heteroseksüel olarak tanımlamak gereği duymazlar.

3.Cinsiyet Kimliği

Cinsiyet kimliği, doğumunda atanan cinsiyete uygun düşsün veya düşmesin, kişinin duyumsadığı cinsiyetine göre dış görünüşünü veya bedensel işlevlerini giyim kuşam, söz ve davranışlar yoluyla veya tıbbi, cerrahi veya başka yöntemlerle yeniden inşa ederek kendi kişisel cinsiyetini yaşamasını ifade eder.

Bir başka ifadeyle cinsiyet kimliği, kişinin cinsiyetine dair derinden hissettiği içsel ve benliğine dair tecrübesidir; ancak bu, doğumda atanan cinsiyetle aynı olmayabilir. Cinsiyet kimliği, kişinin bedenine ait kişisel duyumuna ve serbestçe seçmesi mümkün olduğunda vücut görünümünde ve işlevlerinde tıbbi, cerrahi ve başka yollarla yaptığı değişikliklere işaret eder. Aynı zamanda kişiler kılık kıyafet, konuşma, davranış, hareket ve tavırları aracılığıyla da benimsedikleri cinsiyeti ifade etmektedirler.[2*]

4.Trans

Basmakalıp kültürel, toplumsal cinsiyet rollerinden çeşitlenmiş farklı eğilimlerden bireyleri, davranışları ve grupları içeren genel bir terimdir. Trans kişinin cinsiyet kimliğinin (kendini kadınla, erkekle özdeşleştirmek, ikisiyle de özdeşleştirmek, hiçbiriyle özdeşleştirmemek), doğduğu anda atanan (başkaları tarafından fiziksel/genetik özelliklerine bakılarak kadın, erkek veya interseks olarak tanımlanmak) cinsiyetiyle eşleşmemesi durumudur. Trans terimi herhangi bir cinsel yönelimi işaret etmez. Trans kişiler heteroseksüel, eşcinsel, biseksüel veya aseksüel yönelimlere sahip olabildikleri gibi, bu cinsel yönelim etiketlerinin kendilerine yetmediğini veya uymadığını da düşünebilirler. Halk arasında travesti, ameliyatla kadın olmamış, yalnızca dış görünümü ve davranışlarıyla kadın kimliğine bürünenleri; transseksüel ise giyim ve

---

2 **Yogyakarta İlkeleri**, http://www.pembehayat.org/yayinlar.php?id=778

davranışlardan öte ameliyatla kadın olanları tanımlamak için kullanılan yerleşmiş kelimelerdir. Oysa her iki cinsiyet için de geçerli olmak üzere, kişinin cinsiyet geçişi ameliyatı olması ya da olmaması tanımlamalarda belirleyici özellik olmamalıdır. Kişinin kendisini nasıl hissettiği üzerinden getirdiği tanımlamanın esas alınması gerekir.

5.İnterseks Durumu

Bu tanım, kadınlar ve erkekler için "atipik" kabul edilen genital organ veya üreme sistemi ile doğmuş kişileri ifade eder. İnterseks kişiler, mevcut tıbbın kromozomlara, eşeye veya anatomik cinsiyete dayanarak "erkek veya kadın bedeni" saydığı normlara göre sınıflandırılamayan kişilerdir. Bazı intersekslerin üreme organları net bir biçimde erkek veya kadın olarak tanımlanamayabilir ve bunun sonucunda bu kişiler doğum anında kolayca interseks olarak adlandırılırlar. Öte yandan bazı kişilerde bu durum hayatın ilerleyen dönemlerinde, ergenlik çağında, hatta ondan bile sonra gerçekleşebilir; örneğin regl olunmaması ya da bedensel gelişimin doğumda atanmış cinsiyete göre gerçekleşmemesi nedeniyle. Her ne kadar durumlarından ötürü gerçek sağlık sorunlarıyla yüzleşmeseler de, interseksler – sıklıkla bebekken veya çok gençken – fiziksel görünümlerinin iki cinsiyetten birisiyle örtüşmesi için, kendilerinin aydınlatılmış onamları alınmaksızın, geri dönüşü olmayan tıbbi veya cerrahi tedavilere maruz bırakılırlar. Aynı zamanda sıklıkla önyargılara, damgalanmaya ve ayrımcılığa dayalı insan hakları ihlallerinin mağdurları olurlar.

İnterseks durumunu bir cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği saymak veya interseksleri trans veya "üçüncü cinsiyet" olarak sınıflandırmak doğru değildir. İnterseks kişiler arasında büyük bir çeşitlilik vardır: Birçok kişi kendisini erkek veya kadın, bazıları ise her ikisi ya da hiçbirisi olarak tanımlar. Benzer şekilde, interseksler heteroseksüel, biseksüel veya eşcinsel olabilirler. Aslına bakılırsa, interseks durumu, "cinsiyet özellikleri

açısından çeşitliliklere" sahip bireyleri içine alan bir şemsiye terimdir.*

6.Heteronormativite

Heteroseksüelliğin tek normal cinsel yönelim olarak görülmesi ve toplumsal değerlerin, kuralların ve politikaların herkes heteroseksüelmiş gibi kabul edilmesi ve dayatılmasıdır. İnsanların heteroseksüel kadınlar ve heteroseksüel erkekler olarak ikiye ayrıldığını, cinsiyete dayalı her türlü ilişkinin ve birlikteliğin sadece ve sadece karşıt cinsiyetten sahip kişiler arasında olabileceğini ve her cinsiyetin kendine özgü değişmez rolleri olduğunu iddia eden inançlar, normlar ve politikalar bütünüdür.

a- Homofobi

Genel anlamıyla eşcinsellere karşı önyargılı, olumsuz veya düşmanca duygu, tutum ve davranışlar olarak tanımlanır. Homofobi, bireysel bir korku ve irrasyonel bir inanç olmanın çok ötesindedir. Kültür ve anlam sistemleriyle, iktidar yapılarıyla, kurumlarla ve geleneklerle ilişkili bir politik bağlamda oluşan ve onlarla bir arada ele alınması gereken, gruplar arası bir sürece işaret eder. Homofobi, daha bireysel (kişilik, benlik algısı, bilişsel yapılar gibi) süreçlerin de etkilediği, eşcinsellerin ve biseksüellerin bir dış grup olarak kavramsallaştırılması sonucunda oluşan ve belirli stereotiplerin eşlik ettiği bir "gruplar arası ilişki ideolojisi" olarak görülebilir. Homofobik ideoloji, bireysel bir özellik olarak kendiliğinden değil, belirli bir sosyal, politik, kültürel bağlam içinde oluşur. Kültürel ve bireysel koşullara dayalı bütün köklerine rağmen pek çok sosyal psikolog, homofobinin ırkçılık ve cinsiyetçilik bağlantıları içinde anlaşılabileceğini düşünür. Homofobi bu anlamda cinsiyetçiliğin önemli bir uzantısıdır. Heteroseksüellikten farklı cinsel yönelimlere sahip insanlara karşı şiddet, "insanlığın korunması ve kontrolü" için bir dayatma mekanizması haline gelir.

b- Transfobi

Transfobi ise translardan nefret etme, korku duyma, varoluşlarından hoşlanmama benzeri önyargılı, olumsuz veya düşmanca tavır ve tutumları ifade eder. Homofobi gibi transfobi de sık sık bireysel veya kurumsal ayrımcılık, önyargı ve şiddet vakalarıyla sonuçlanır. Yine homofobi gibi transfobi de bireylerde kendiliğinden değil, belirli bir sosyal, politik, kültürel bağlam içinde ortaya çıkar veya giderilir.

7.Cinsellik-Eşcinsellik

Cinsellik tartışmalarında -kabaca tarifleyecek olursak- iki farklı yaklaşımın karşımıza çıktığını görüyoruz. Cinselliğin herhangi bir tarihinin olmadığını, tarih dışı olmasıyla beraber herhangi bir değişime de uğramadığını, bunun bireylerin fizyolojik/biyolojik bir özelliği olduğunu dile getiren özcü yaklaşım. Özcü yaklaşıma göre cinsellik sıklıkla edim olmaktan çıkarılıp kişileştirilir. Kişinin cinselliği bedenine kazınır! Eşcinsel, sadist, mazoşist gibi… Örneğin bu yaklaşıma göre kişinin cinsel yönelimi yani kimliği de doğal, elbette değişmeyecek ve doğuştan gelir.

İnşacı yaklaşım ise cinselliğin tarihe, topluma içkin olduğunu dolayısıyla farklı zaman ve mekanlarda farklı şekillerde karşımıza çıkacağını dile getirir. Bu yaklaşıma göre arzular bedenlerden önce var olmaz, toplumların kendine özgü pratikleri esnasında üretilirler.

Açıkçası cinselliğin bireysel bir özellik olarak tanımlandığı özcü yaklaşımlar ele alındığında bu bakış bizlere herhangi bir politik çözümleme alanı sunmayacak, adaletsizliğe, baskılama biçimlerine dair herhangi bir eleştiriyi en baştan olanaksız hale getirecektir. Ancak karşılaştırmalı antropoloji, etnografi ve tarih çalışmaları, ama daha ziyade özellikle 70'lerden sonra artan eşcinsellik ve *queer* çalışmaları bizlere bunun modernizme ne kadar da içkin olduğunu gösterecektir…

Buna karşın zaman zaman bu yaklaşımların her ikisi de hem homofobi karşıtı mücadele için hem de homofobiyi çoğaltmak için kullanılmışlardır. Eşcinsel hakları mücadelesinin, eşcinselliğin doğuştan geldiğini savunarak konumunu güçlendirmesi ya da inşacı yaklaşımının homofobiklerin eşcinselliğin düzelebileceği, değiştirilebileceği şeklinde kampanyalar düzenlenmesine olanak tanıyabilir. Dolayısıyla özcülüğün her zaman muhafazakar ya da inşacılığın radikal politikalara uygun olduğunu söylemek yanlış olabilir.

İkinci dalga feminizmin feminist mücadele için oldukça önemli bir kavramsallaştırması olan "toplumsal cinsiyet" her zaman cinselliği anlayamayabilir ya da anladığı türden bir cinsellik oldukça normatif veya muhafazakar olabilir. Zira cinsellik ile toplumsal cinsiyet birbiriyle oldukça ilişkili olmasına karşın, cinselliği toplumsal cinsiyetin bir ürünü olarak okumak yanlış olacaktır. Örneğin; seks endüstrisi içerisinde var olan adaletsizlikleri ortadan kaldırmak yerine pornografiyi doğrudan kadınların aşağılanması olarak okuyup cinselliğin ortadan kaldırılmasına yönelik feminist söylem son derece muhafazakar bir cinsel ahlakı dayatmaktan da geri kalmayacaktır.

Queer hareketin feminizme yönelteceği bu eleştiriler ile beraber toplumsal cinsiyet çalışmaları feminizm ile cinsellik tartışmaları ise queer teori ile ilişkilendirilecek ve *queer* teorinin ana çalışma alanı olan cinsellik ortaya çıkaracaktır. Ancak böylesi bir ayrımını tamamıyla bir feminizm karşıtlığı olarak okumak da yanlış olur. Zira *queer* eleştiriyi doğrudan bir kimlik karşıtlığı olarak okumak yerine, cinsel edimlerin nasıl kimliklerimiz haline geldiğini, bu duruma gelirken ne tür ön koşullara ihtiyaç duyduğunu ve bu kimliklerin sonuçlarını sürekli olarak sorgulayan bir teori olarak görmek oldukça önemlidir.

Cinsellik tartışmalarının eşcinselliğe odaklanan izleğine de şöyle bir göz atabiliriz; cinselliğin bir tabu olarak görüldüğü, değil yaşanmasının, konuşulmasının bile "hoş" karşılanmadığı bir toplumda, cinsel politikalar oldukça nadiren sorgu-

lanmış ve çoğunlukla da verili ya da "doğal" olarak kabul görmüştür. Eşcinsellik, biseksüellik ve translık da cinsellikle ilişkilendirilmiş, dolayısıyla böylesi kabuller tartışmaların önünde oldukça büyük bir engel oluşturmuştur.

Eşcinsellik kavramının, tarihsel süreç içerisindeki ilk uğrağında -tek tanrılı büyük dinlerin ortaya çıkışı- belirli türden bir cinsel edimi tarif etmek için –esasen "sodomi" kavramıylakullanıldığını görürüz. Üreme ve evlilikle ilgili kural dizgisi, bu dönemde eşcinsel edimi "üremeye uymama", "evlilik kurallarına uymama" ve "hazza yenik düşme" gibi belirleyiciler üzerinden "günah" olarak adlandıracaktır.

Eşcinselliğe dair ikinci kopuş, sekülarizasyonla beraber "günah" (kutsal yasak) olmaktan çıkıp İngiltere Kralı 8. Henry'nin 1553 yılında çıkartacağı yasayla (ki bu yasa sadece eşcinselliğe yönelik değil "sodomi" adı altında kadın-erkek, erkek-erkek, erkek-hayvan arasındaki anal cinsel ilişkiyi de yasaklamıştı) beraber eşcinsel edimin "yasa ihlali" (suç) haline gelmesiyle gerçekleşir. Bu tarihe kadar eşcinselliğe din kaynaklı karşı çıkışlar dışında bir yaklaşım olmayacaktır. Ancak eşcinsellik hâlâ bir "kişilik" halini de almamıştır.

Ve artık "… Viktoryen Burjuvazisinin gecesine varılmıştır. İşte o zaman cinsellik titiz bir biçimde kapatılır. Yeni bir mekâna taşınır. Cinsellik yalnızca zıt cinsler arasında ve elbette evlilik bağıyla kurulan ve çocukları olan çiftlerin boyunduruğundadır. Yalnızca meşru ve döl veren çiftin borusu öter"[3*]. Böylelikle modernite cinsellik üzerine her yerde şu üçlü yasasıyla karşımıza çıkacaktır; yasaklama, yok sayma ve suskunluk. Artık bu tarihten sonra eşcinselliğin bir "edim"den ziyade "kişilik" olarak tanımlanmaya başladığına tanıklık ederiz. Bu kişilik de

[3] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, **Politika Belgesi "Human Rights and Intersex People"**, http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/europe-disregards-intersex-people-s-right-to-self-determination-and-physical-integrity

üremeye dair olmadığı için hem kovulur, hem reddedilir, hem de suskunluğa mahkûm edilir. Üremeye yönelik olarak düzenlenmediği için de ne toplumda bir yeri vardır, ne yasası, ne de söz hakkı. Burada "baskı hem yok olmaya mahkûm etme işlevi görür hem de bir susma emri" verir.[4*]

"Eşcinselliğin kişileştirilmesiyle" beraber heteroseksüellik de belirginleşir ve "sapkınlık" kategorisi ancak "normallik" üzerinden çizilen sınırlarla anlam kazanmaya başlar. Diana Fuss'un da belirttiği gibi;

"Heteroseksüelliğin oluşumunu düzenleyen dil ve yasa... savunmanın ve korunanın dili ve yasasıdır: heteroseksüellik kendi benliğine ait kimliğini güvenceye alır ve kirletilmiş diğer türü olan eşcinselliğin aralıksız süren yağmacı saldırıları olarak gördüğü ne varsa kendisini bunlara karşı koruyarak, kendi ontolojik sınırlarını pekiştirir."

Yukarıda bahsedilenler çerçevesinde "lezbiyenlik"in de tarihte çeşitli uğrakları ve büyük dönüşümleri olmuştur; bunun için "cinsellik tertibatlarının" gündelik hayatta ne tür söylem değişikliklerine yol açtığını irdelemek, cinsiyetler üzerine düşünmek oldukça önemlidir.

18.yy öncesi kadın kadına cinsellikler üzerine kadınlar tarafından yazılan eserler varsa da bunların günümüze ulaştığı söylenemez. Bunlara daha çok erkek yazarlar tarafından ulaşabiliyoruz. Elbette bu çalışmalar da kadın kadına cinselliği tariflerken vajinaya sokulan nesneler dışında pek bir şey anlatmaz, esasında heteroseksüel cinselliğinden ibaret hayal gücünden yoksun çalışmalar olarak ortaya çıkar. Örneğin 17.yy'da Pierre de Bourdeille, kadın kadına cinselliğe dair yazılarında ikili bir ayrım yapar: Dildo kullanılarak yapılan seks ve sürtünerek yapılan seks. Ona göre sürtünerek yapılan seks zararsızken dildo kullanımıyla gerçekleştirilen seks tehdit edi-

---

4 Michel Foucault, *Cinselliğin Tarihi*, çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 11.

cidir; eseri de dildo kullanan kadınların başına gelen felaket ve yaralanma hikayeleriyle bitmektedir.

Geçen yıllarla beraber kadın kadına cinselliğinin yer aldığı öyküler çeşitlenecek, 20. yüzyılın başlarında on yıllarca süren vampir "lezbiyenler" modasında olduğu gibi canavarlaşan, acımasız, insafsız ama illaki sevgi ve şefkatle genç kızları baştan çıkaran, onları "doğal olmayan cinselliklere" sürükleyen kadınlar karşımıza çıkacaktır. Açıkçası 70'lere gelene kadar, Freudcu penis kıskançlığı ya da çocuklukta yaşanan travmatik cinsel tecrübeler ile şekillenen ve sonu elbette hep acıyla biten kadın kadına cinsellikleri görürüz. Eski türden kadın kadına cinselliğin dönüşümüne bakmak için ABD'de kurulan ilk lezbiyen örgüt "Daugters of Bilitis"in 1970'e kadar yayınlanan "*The Ladder*" isimli yayını bizler için önemli bir kaynaktır.

Feministler yalnızca cinsel ahlaka uygulanan çifte standarda meydan okumakla kalmamış, cinselliğe dair hemen hemen her şeyi sorgulamaya açmıştır. Ancak feminist hareket içinde de heteroseksüel olmayan cinsellikler kolay kolay kabul görmeyecektir. 1960'larla beraber feminizmin yarattığı cinsel devrim olmasaydı eğer, heteroseksist geleneksel cinselliğin dışındaki farklı cinsellikler öcü olarak kalmaya devam edecekti muhtemelen.

Betty Fridan başkanlığında 1969 yılında heteroseksüel feministler tarafından düzenlenen "First CongresstoUnite Women"da, "*Daugters of Bilitis*" katılımcı listesinden çıkarılacak, lezbiyenler ise "Lavanta Tehdit" olarak nitelendirilecektir. Feminist hareket, lezbiyenlerin erkeklerden nefret ettiği imajının harekete zarar vereceğini düşünerek alır bu kararı. Ancak kongrenin ikinci yılında katılımcıların hiç beklemediği bir şey olur; lezbiyenler üzerlerinde "lavanta tehdit" yazan tişörtlerle kongreyi basar ve bildirilerini okur. Pek çoklarına göre "Lezbiyen Feminizm"in doğuş anıdır bu. Artık feminizm içinde lezbiyenler sessiz kalmayacak, lezbiyenlik ve feminizm ilişkisi yeniden şekillenecektir. 1970'ler ile beraber lezbiyen ki-

tapları yayıncılığı artacak, pek çok önemli araştırma ve edebi eser basılmaya başlayacaktır. Artık kadınlar arası cinselliğin, tutkunun, aşkın olumlu sunumları gerçekleşmeye başlayacaktır.

Cinsel düzene itiraz etmek demek, aynı zamanda bütün toplumsal kurum, ideoloji ve teorilere itiraz etmeyi gerektiriyor. Heteronormatif ve seksist düzen, kurumları öyle sarmalıyor ki, mücadelemiz salt bir cinsiyet eşitliği ve cinsel özgürlük mücadelesi ya da bu tür sorulara maruz kalmamak için yürütülen ayrımcılık karşıtı bir mücadele olamaz. Dolayısıyla tartışmaya toplumsal teorileri, ideolojileri ve kurumları sorgulayarak dahil olmak oldukça büyük bir önem arz ediyor. Lezbiyen kimliğinin olumlanması tek başına özgürleştirici bir mücadele olamayabiliyor. Butler bunu "Imitation and Gender Insubordination" da şöyle açıklıyor;

"Kimlik kategorileri, ister baskıcı yapıların normalleştirme kategorileri gibi, ister bu mutlak baskının özgürleştirici mücadelesi için bir toparlanma noktası gibi olsun, düzenleyici rejimlerin enstrümanları olma eğilimindedirler. Bu benim lezbiyen göstergesi altında siyasi faaliyetlerde bulunamayacağım anlamına gelmez. Fakat bu göstergenin tam olarak neyi gösterdiğinin daima belirsizleştirilmesini tercih ettiğim anlamına gelir."[5*]

Tartışmamız gereken bir diğer önemli nokta da, "19.yy'ın başlarında kullanılmaya başlayan 'cinsellik' ya da çok daha yakın bir tarihte kullanılmaya başlanan 'lezbiyen' kavramını kullanarak farklı dönemlerdeki arzuları, cinsel pratikleri, romantizmi ve cinsel ifadeleri anlayabilir miyiz?" sorusu ile beliriyor. Cinsel özgürleşme için kapıda bekleyen diğer sorular da şunlar olabilir: Feminist kolektiflerimizi, örgütlerimizi, kendimizi

---

5 JudithButler,*ImitationandGenderInsubordination*, içinde Inside Out. New York: Routledge,1991.

sadece "belirlenmiş" özne konumlarını olabildiğince muğlaklaştırıp nasıl aktif hale getirebiliriz? Bu süreçte yaşadığımız öznel deneyimlerin sabitlenmiş kimliklere dönüşmeden failleşmesinin olanaklarını ne tür ittifaklarla mümkün kılabilir, özcü olanakları nasıl yaratıcı-yenilikçi direniş biçimlerine evriltebiliriz?

II- KADIN HAKLARI VE KADIN CİNAYETLERİ

İnsan hakları aslında kadın-erkek bütün bireyleri kapsar. İnsan haklarını gözeten bir hukuk sisteminde herkes cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, renk, din, dil, yaş, uyruk ya da toplumsal köken, düşünce farkı, mülkiyet gibi farklara bakılmaksızın yasalar önünde eşittir.

Kadınlar, uzunca bir süre –dünyanın birçok yerinde halen- insan haklarından eşit bir biçimde yararlanmadılar; hayatın pek çok alanında haklarını kullanma konusunda ayrımcılığa maruz kaldılar ve pek çok hakları ihlal edildi. Kadınların en çok ihlal edilen hakları arasında yaşama hakkı, evlilik ve boşanma ile ilgili hakları, bedensel hakları, kamu yaşamındaki hakları vardır.

- **Kadının evlilikle ilgili hakları arasında,** İstediği kişiyle evlenme hakkı, eşit miras hakkı, evlilik içinde cinsel birleşmeyi reddetme hakkı, şiddete maruz kalmama hakkı, kendi malına sahip olma hakkı, kumayı reddetme hakkı, resmi nikâh hakkı gibi haklar yer alır.

- **Kadının boşanma ile ilgili hakları:** Ev tutarak ayrı yaşama hakkı, boşanmak için mahkemeye başvurma hakkı, çocuklarının velayetini alma hakkı, nafaka alma hakkı, kendi malını beraberinde götürme hakkı gibi haklar yer alır.

- **Kadının bedensel hakları:** Kendi cinselliğini yaşama hakkı; tecavüzsüz, tacizsiz, enseste maruz kalmadan yaşama hakkı; doğum kontrolünü kullanma veya kullanmama hakkı; sağlıklı yaşama hakkı; kadının bedeninin yalnızca ken-

dine ait olması hakkı gibi haklar mevcuttur.

- **Kadının kamu yaşamındaki hakları:** İstediği zaman kocasından izin almadan istediği işte çalışma hakkı, eşit ücret hakkı, eşit eğitim hakkı, kendi istediği partiye oy verme hakkı, siyasi partiye katılma hakkı, ev kadını veya tarımda aile işçisi olarak çalışsa bile sigortalı olma hakkı, dini yaşama katılma ya da katılmama hakkı gibi haklar vardır.

Dünya Ekonomik Forumu tarafından her yıl hazırlanan Küresel Cinsiyet Uçurumu 2016 Raporuna göre hiçbir ülke cinsiyet eşitsizliğini gideremezken, bu amaca en çok yaklaşanlar yine İskandinav ülkeleri oldu. Ekonomi, eğitim, sağlık ve politika olmak üzere 4 başlıkta toplanan rapor, kadın ve erkek arasındaki ekonomik uçurumun küresel çapta daha da derinleştiğine işaret etmektedir. Buna göre kadın ve erkek arsındaki ekonomik katılım ve fırsat eşitsizliği yüzde 59'luk bir oranla 2008 yılından bu yana en kötü değere ulaştı. Uzmanlara göre bu gerilemenin sebeplerinden biri de kadınların küresel çapta hala erkeklerden ciddi oranda daha az gelir elde ediyor olmasıdır. Geçen yıl açıklanan raporu değerlendiren Dünya Ekonomik Forumu uzmanları, kadın ve erkekler arasındaki ekonomik uçurumun 2133 yılına kadar kapanabileceğini açıklarken, bu yıl açıklanan rapordaki ilerleme hızına göre bu makasın kapanmasının 2186 yılına kadar sürebileceğinden söz ediliyor.

Türkiye'de kadınların insan hakları ihlallerinin en fazla yaşandığı ve yaşanmakta olduğu ülkeler arasında üst sıralardadır. Dünya Ekonomik Forumu tarafından hazırlanan Cinsiyet Eşitliği Raporu'nda Türkiye son 10 yılda 20 basamak geriledi. Türkiye, kadın erkek eşitliğinde 142 ülke arasında Tunus(123) ve Bahreyn'in (124) ardından 125. sırada yer alıyor. Yani dünyada tam 124 ülkede kadınlar Türkiye'den daha fazla hakka sahip. 2002 BM İnsani Gelişme Raporu'na göre ise, toplumsal cinsiyetle bağlantılı gelişme açısından 177 ülke arasında 88. sırada bulunuyordu.

Kadınlara karşı şiddet, bütün toplumlarda kadınlar ile erkekler arasında eşit bir güç dengesinin bulunmamasının ve kadınların ikincil konumda sayılmasının sonucudur, bu nedenle de evrensel bir olgudur. Bu bakış açısı, ilk kez BM İnsan Hakları Komisyonu tarafından vurgulanmış ve 1993 Viyana İnsan Hakları Deklarasyonu ve Eylem Programı'nca daha da pekiştirilmiştir.

Uluslararası Af Örgütü`nün yaptığı araştırmalara göre; 15-40 yaşları arasındaki birçok kadın kanser, trafik kazaları ya da sıtma gibi hastalıklardan değil erkeklerin şiddeti nedeniyle ölmekte ya da yaralanmaktadır. Her 3 kadından biri, diğer bir deyişle dünyadaki 1 milyar kadın erkekler tarafından dövülmekte, cinsel ilişkiye zorlanmakta ya da taciz edilmektedir. Kadın cinayet kurbanlarının, %70`i erkek partnerleri tarafından öldürülmektedir Uluslararası Af Örgütünün (2002) Kadınlara yönelik işkence ve kötü muamele raporuna göre dünya genelinde kadınların en az %20`si fiziki ve cinsel saldırıya uğramaktadır. ABD`de uygulanan şiddet ile ilgili rapora göre her 1 saniye`de 1 kadın şiddet görmekte, 6 dakikada 1 kadın tecavüze uğramaktadır.

Avrupa Konseyi`nin çalışma raporuna göre, Avrupa`nın her ülkesinde kadınlara yönelik şiddet görülmektedir. Avrupa`da kadınların yaklaşık %25`i hayatında en az bir kez fiziksel şiddete maruz kalmış, %10`u da cinsel tacize uğramıştır.

Hindistan`da halen «sati» geleneğine uyarak kocasının cenazesinde diri diri yakılan kadınlar mevcuttur.

Türkiye'de de durum farklı değildir. **Türkiye'de yaşayan her iki kadından biri fiziksel ve/veya cinsel şiddete maruz kalmaktadır.**

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı 2015 yılı verilerine göre,

- Ülke genelinde yaşamının herhangi bir döneminde eşi veya eski eşi tarafından fiziksel şiddete maruz bırakılan kadınların oranı %39,3'tür.

- Yaşamının herhangi bir döneminde cinsel şiddete maruz kalan kadınların oranı %15,3'tür.

- Yaşamın herhangi bir döneminde fiziksel veya cinsel şiddetin birlikte yaşanma yüzdesi 41,9'dur.

- Kentte fiziksel şiddet oranı %38 iken kırsalda %43'tür.

- Yaşadıkları fiziksel şiddet sonucunda yaralanan kadınların oranı %25'tir.

- Yaşadıkları şiddeti kimseye anlatamayan kadınların oranı %48,5'tir.

- Şiddet yaşayan kadınların sağlık sorunları yaşama, intihar etmeyi düşünme ya da deneme olasılıkları en az iki kat artmaktadır.

- Her 10 kadından 1'i gebeliği sırasında fiziksel şiddete maruz kalmıştır.

- Cinsel şiddet birçok durumda fiziksel şiddet ile birlikte yaşanmaktadır; kadınların %42'si fiziksel veya cinsel şiddete maruz kaldıklarını belirtmişlerdir.

- Sadece eğitim düzeyi düşük olan kadınlar şiddete maruz kalmamaktadır. Eğitim düzeyi daha yüksek olan kadınlar arasında bile her 10 kadından 3'ü eşleri tarafından fiziksel veya cinsel şiddete maruz kalmıştır.

- Evlenmiş kadınların hayatındaki en yaygın şiddet eşlerinden gördükleri şiddettir.

- Kadınların %7'si çocukluklarında (15 yaşından önce) cinsel istismar yaşadıklarını belirtmişlerdir.

- 2002 - 2015 yılları arasında Türkiye'de resmi rakamlara göre 5406 kadın cinayeti işlenmiştir

Yargının kadına karşı şiddette caydırıcı bir tutum sergilemekten kaçınması ve siyasi iktidarı kullananların söylemlerinde ataerkil ve kadını hor gören bir üslup kullanması, kadına şiddetin toplumumuzda giderek daha derinleşen bir probleme dönüşmesine neden olmaktadır.

- Kadın cinayetleri davalarında faillere ortalama 20 yıl ceza verilmektedir.
- Davaların yaklaşık %70'inde sanıkları çeşitli indirimlerden yararlanmaktadır.
- Kadın cinayetleri davalarında verilen en az ceza 10 yıldır.
- Kadın cinayetlerinin en az %10'u karakol, savcılık ya da sığınma evi gözetiminde işlenmektedir.
- Medya bu cinayetleri %60 3.sayfalarda adli olay şeklinde haberleştirmektedir. Haberler bu cinayetleri sıradanlaştıran hatta meşrulaştıran ifadelerle verilmektedir.

Dünya Ekonomik Forumunun hazırladığı rapora göre kadınların eğitim oranı ile 2015 yılı raporunda küresel çapta 105'inci sırada gelen Türkiye, bu yıl 109'uncu sıraya geriledi. Rapora göre Türkiye'de en az ilkokul mezunu olan kadınların oranı yüzde 92'ye erkeklerde de yüzde 93'e geriledi. Bu oran 2015 yılı raporunda kadınlarda yüzde 94, erkelerde ise yüzde 95'ti. Bununla birlikte Türkiye'de yüksek öğretim mezunu kadınların oranı yüzde 73 ve erkeklerinki de yüzde 85'de kalmaya devam etti.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından açıklanan TÜİK verilerine göre Türkiye'de okuma yazma bilmeyen kişi sayısı 2 milyon 654 bin 643. Okuma yazma bilmeyen 2 milyon 205 bin 315 kadın var. Yani okuma yazma bilmeyen her 5 kişiden 4'ü kadın.

Yine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı verilerine göre parlamentoda kadın temsil oranı sadece yüzde 14,4. Bu rakam dün-

yada ortalama %22. Pozitif ayrımcılık uygulanan Ruanda'da kadınların parlamentoda temsil oranı yüzde 56,3 olurken, Hollanda'da bu oran yüzde 40, ABD'de ise yüzde 16,8.

Türkiye, kadınların siyasete katılımı kategorisinde de 105'inci sıradan 113'üncü sıraya geriledi. Meclisteki kadın milletvekili sayısı ile 2015 yılında 145 ülke arasında 85'inci sırada yer bulan Türkiye 2016 yılı raporunda 100'üncü sıraya geriledi.

Kadının siyasal yaşama katılımının ilk basamağı kabul edilebilecek yerel yönetimlerde de temsili sınırlıdır. 30 Mart 2014 Yerel Seçimlerinde, Türkiye genelinde toplam 1.381 belediye başkanı seçilmiş olup bunlardan sadece 40'ı (%2,9) kadındır. Bu kadınlardan ise 3'ü büyükşehir, 1'i il belediye başkanı olmuştur. 20.498 Belediye Meclis Üyesinin ise 2.198'i (%10,7) kadındır. İl Genel Meclisi üye sayısına bakıldığında da durum çok farklı görünmemektedir. Toplam 1.251 İl Genel Meclis üyesinin 60 tanesi (%4,8) kadındır.

Devlet Personel Başkanlığı'nın Haziran 2014 verilerine göre kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen personelin %37'si kadın, %63'ü erkektir. Bürokraside üst düzey yöneticilerin %90,8'i erkek, %9,2'si kadındır.

Bürokrasinin önemli alanlarından biri olan ve bütün dünyada erkeklerin egemen olduğu diplomatik görevlerde **Türk Dışişlerinde görev yapan 214 Büyükelçiden 26'sı kadındır (TÜİK, 2013). 1 kadın Vali (Yalova) bulunmakta olup 458 Vali Yardımcısından 6'sı, 860 Kaymakam'ın 21'i, 241 Kaymakam adayının ise sadece 3'ü kadındır** (Mart 2013). Adli yargıda görev yapan hakimlerin %39,2'si, idari yargıda görev yapan hakimlerin %19,5'i, savcıların ise %6,6'sı kadındır (HSYK, Eylül 2013).

Dünyada en fakir ve eğitim almamış insanların büyük bir çoğunluğu kadınlardır. Dünya genelinde kadınlar erkeklere oranla %25-50 düşük ücretle çalışmaktadır. Türkiye'de kadın-

ların istihdama katılım oranı yüzde 26,6 seviyesinde ve gelişmiş ülkelerden yaklaşık 2,5 kat daha az. 28 Üyeli AB'de kadın istihdam ortalaması yüzde 62 seviyelerinde.

TÜİK verilerine göre 26 milyon 313 bin kişilik istihdamın sadece 7.7 milyonu kadın olmakla 7.7 milyon kadından 2.4 milyonu tarımda çalışıyor. Tarımda çalışan kadınların ise yüzde 80'i ücretsiz aile işçisi. Tarım dışı sektörlerde çalışan 5 milyon kadının ise yüzde 85 ücretli, yevmiyeli çalışıyor. İşgücü dışında kalan kadın sayısı ise tam tamına 20 milyon.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından açıklanan TÜİK verilerine göre Türkiye'de okuma yazma bilmeyen kişi sayısı 2 milyon 654 bin 643. Okuma yazma bilmeyen 2 milyon 205 bin 315 kadın var. Yani okuma yazma bilmeyen her 5 kişiden 4'ü kadın.

Devletin çocuklar için parasız eğitim, okul, yurt, eğitim materyali gibi olanakları sağlaması gerekirken özellikle maddi durumu yeterli olmayan kız çocukları bu imkanlardan faydalanamadıkları için tarikat, cemaat okulları gibi alternatiflere yönelmek zorunda kalmaktadır. Bu da kız çocuklarının bu yapılar elinde farklı şekilde sömürülmelerine, çağdaş ve modern eğitimden mahrum kalmalarına, hatta cinsel istismara uğramalarına ve yaşam haklarının ellerinden alınmasına neden olmaktadır.

Türkiye'de kadınlar açıkça cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılığa uğruyor. Eğitim olanaklarından yoksun bırakılıyor, erken yaşta evlendiriliyor, yapılan yasal düzenlemelerle erken evliliklerin önü açılmaya çalışılıyor, aile içi cinsel ve fiziki şiddete maruz kalıyor. Çalışan kadınlar aynı işi yapan erkeklerden daha az kazanıyor, ucuz emek olarak adeta köle gibi çalıştırılıyor, yüksek maaşlı işlerde çalışmaları engelleniyor, hem kamuda hem özel sektörde yönetici pozisyonlara geçme hakları gasp ediliyor.

Kadınların, haklarını savunamamalarının en önemli bir nedeni de eşleri, aileleri ve toplum tarafından gördükleri fiziksel, cinsel, duygusal ve psikolojik şiddettir. Kırsal alanda yaşayan kadınlar şehirde yaşayanlara oranla daha fazla şiddete maruz kalmaktadırlar. Yapılan araştırmalar şiddet eylemlerinde sosyokültürel farklılıkların önemli bir rol oynamadığını ve kişilerin hangi kültürel katmanda olursa olsun bu tip davranışlara eğilimli olduklarını ortaya koymuştur. Kadının ve eşinin eğitim düzeyi yükseldikçe maruz kalınan şiddet azalmasına rağmen yüksek eğitim gruplarında da önemli oranlarda şiddet yaşanmaktadır. Bu veri gösteriyor ki, devletin sağladığı eğitim tüm bu sorunları çözmede yetersiz kalmaktadır. Kişilerin «toplumsal cinsiyet» eğitimini erken yaşlarda almaları ve içselleştirmeleri, devletin bu konuyla ilgili yasal ve idari önlemleri alması, medyayı bu konuda denetlemesi, devlet personelinin de bu eğitime tabi tutulması gerekmektedir. Tüm bu sorunların çözümü kısa vadeli hamlelerle değil, planlı ve uzmanlarca hazırlanmış uzun vadeli bir yatırım ile çözümlenebilir.

III- ŞİDDET MAĞDURU KADINLARA CEZA DAVALARINDA AVUKAT GÖREVLENDİRİLMESİ VE KURUMSAL ÖRGÜTLERİN KAMU DAVASINA KATILMA TALEPLERİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinde mağdur ve şikayetçinin soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki hakları sayılmıştır.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Mağdur ile şikâyetçinin hakları" başlıklı 234. Maddesinde avukat görevlendirmesi ile ilgili düzenleme:

"(1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

a) Soruşturma evresinde;

3. (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis ce-

zasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

b) Kovuşturma evresinde;

5. (Değişik: 24/7/2008-5793/40 md.) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

Aynı kanunun "Katılanın hakları" başlıklı 239. maddesi:

"1- Mağdur veya suçtan zarar gören davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebilir.

2-Mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede akıl hastası olması halinde avukat görevlendirilmesi için istem aranmaz" şeklindedir.

Bu düzenlemeye göre mağdur ile şikayetçi ve katılan ancak cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin yargılamalarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme hakkına sahiptir. Kanun metninin ilk halinde "Vekili yoksa, baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme" hakkı tanınmış iken 24.7.2008 tarihli, 5793 sayılı Kanun değişikliğiyle mağdur ile müştekilere ve katılana tanınan bu hak kısıtlanmıştır. Nazilli 1. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından CMK 234 ve 239. maddelerinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş, Anayasa Mahkemesi'nin 11.09.2014 tarih, 2013/124 E. 2014/136 K. Sayılı kararıyla iptal talebi reddedilmiştir.

Şiddet mağduru kadınlar açısından bu durum kadınların yar-

gılamayı takip süreçlerinde ikincil mağduriyete uğramalarına sebep olmaktadır.

Özellikle aile içi şiddet vakalarında çoğu zaman gidecek bir yeri ve herhangi bir maddi desteği de bulunmayan kadınlar yargılamaları takipte maddi ve manevi zorluk yaşamaktadır. Kadınlar, fail ve yakınları ile karşı karşıya kalmakta, tehdit ve baskı ile şikayetten vazgeçmeye zorlanmaktadır. Kadınlar çoğu kez şikayetlerinden vazgeçmekte ve adalete olan güven duyguları sarsılmaktadır. Yine cinsel şiddete uğrayan kadınlar açısından vekil isteme hakkı bulunmakla bu hak kendilerine çoğu kez hatırlatılmamakta, kadınlar yalnız bırakılmaktadır.

İstanbul Sözleşmesi'nin "Taraflar, mağdurların iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullar altında hukuki yardım ve ücretsiz adli yardım alma hakkını sağlayacaklardır." Şeklindeki düzenlemesi de mağdur kadınlara koşulsuz şartsız bir avukat görevlendirmesi sağlamamakta, devletlerin iç hukuk kurallarındaki şartların gerçekleşmesi halinde hukuki yardım sağlanacağını düzenlemektedir.

Yine **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 237. Maddesinde;**

"(1) Mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler.

(2) Kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz. Ancak, ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır."

Şeklinde düzenlenen kamu davasına katılma hakkı da mahkemeler tarafından dar yorumlanarak baroların, sivil toplum örgütlerinin kadına karşı şiddet vakalarında davaya katılma

taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Oysa ki; İstanbul Sözleşmesi'nin "Taraflar, kendi iç hukuk kurallarının öngördüğü koşullara uygun biçimde, bu Sözleşme'de belirlenen suçlarla ilgili olarak yürütülen soruşturma ve yargı süreçlerinde mağdurun kendi talebi doğrultusunda kamu kuruluşlarından ve sivil toplum kuruluşlarından ve aile içi şiddet danışmanlarından yardım ve/veya destek almasına olanak sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alacaktır. " şeklindeki 55/2 maddesi de dikkate alınarak; uygulamada yaşanılan sorunlar gözetilerek hem şiddet gören kadınlara avukat görevlendirilmesi hem de kurumsal örgütlerin kamu davasına katılma taleplerinin kabulünün sağlanması için gerekli iç hukuk düzenlemesi yapılmalıdır.

IV- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINDA CİNSEL KİMLİK VE CİNSEL YÖNELİM

İnsanın taşıdığı kromozomlar tarafından belirlenen 'kadın' ya da 'erkek' olma durumu "cinsiyet" olarak tanımlanmaktadır. Bir insanın iç dünyasında kendisini hissettiği cinsiyet ise o kişinin cinsel kimliğidir. Cinsel kimliğin insanlarda iki ya da üç yaşına kadar geliştiği kabul edilmektedir.

Cinsel yönelim ise bir insanın kendisi ile aynı ya da karşı cinsiyetten kişilere yönelik, devamlı biçimde duygusal ve cinsel yakınlık duymasıdır. Karşı cinse ilgi duyulması halinde heteroseksüalite, kendi cinsine ilgi duyulması halinde homoseksüalite eşcinsellik olarak da adlandırılır, her iki cinse de ilgi duyulması halinde ise biseksüalite şeklinde adlandırılır. Günümüz aktivist grupları arasında sıklıkla kullanılan LGBTİ kavramı ise, lezbiyen, gey, biseksüel, transgender ve interseks kavramlarını kapsar.

Yukarıda sayılan bu kavramlar cinsel azınlıklar olarak da adlandırılmaktadırlar. Cinsel azınlıktan kasıt toplumun bireylerden beklediği cinsiyet rollerine ve kalıplarına uymayan, cinsel

yönelimi ya da cinsel kimliği ile toplumun çoğunluğundan farklı olan bireyleri ifade eder.

Günümüzde ve tarih boyunca cinsel azınlıklara yönelik tepkiler kültürden kültüre, toplumdan topluma değişkenlik göstermektedir. Örneğin Antik Yunanda eşcinsellik son derece yaygın ve normal bir durum iken, günümüz dünyasında pek çok İslam ülkesinde eşcinsellik suç kabul edilmekte ve eşcinseller işkenceye, ölüm cezasına ve türlü insan hakları ihlallerine maruz kalmaktadır. Türkiye gibi eşcinselliğin kanunen suç sayılmadığı birçok ülkede ise yine de genel ahlaka aykırı kabul edilebilmekte ve yaşamları pek çok alanda zorlaştırılmaktadır.

Cinsel azınlıklar hayat tarzları ve ilişkileri nedeniyle ayrımcılığa ve toplumsal baskıya maruz kalma potansiyeli çok yüksek olan bireylerdir. Azınlıklar açısından eşitliğin sağlanması ancak onların farklı kimliklerinin korunması ile mümkün olabilir. Bunun içinse ayrımcılık ile mücadele etmek şarttır. Eşcinselliğin yasalarca suç olarak kabul edilmemesi veya cinsiyetin değiştirilmesi için hukuki zemini tanımak bu anlamda yeterli olmayacaktır; devletlerin cinsel azınlıklara karşı homofobi ve transfobiyi de çeşitli yollarla ortadan kaldırması gerekir.

Cinsel yönelimi ve kimliği bir insanın onuru ve kişiliğinin parçasıdır. Bu nedenle cinsel yönelim hakları insan hakları kapsamında, özellikle cinsel yönelim temelli ayrımcılığa karşı korunmalıdır. İnsan hakkı olarak kabul edilmesi gereken cinsel yönelim hakkının, hakların kronolojik sıralamasında ise yeri çok net değildir; zira pek çok hukuk sistemi için yenidirler. Kronolojik olarak ele alındığında 20.yüzyılda sık sık gündeme gelmeleri, aynı türden yenilikler istemeleri bakımından çevre, barış, gelişme hakkı vs.nin içerisinde olduğu üçüncü kuşak haklar kategorisine dâhil edilebilmekle birlikte; kişilik, eşitlik, mahremiyet, vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve örgütlenme haklarıyla ilişkisi nedeniyle birinci kuşak haklar arasında da değerlendirilmektedir. Bunun yanında cinsel azınlık hakları şeklinde bahsedilen yeni bir hak grubu oluşturmaya gerek

olup olmadığı da tartışmalıdır; çünkü özgürlük, eşitlik, özel hayatın gizliliği, vicdan, ifade, örgütlenme özgürlükleri insan hakları belgelerinin hemen hemen hepsinde yer alır ve cinsel yönelim hakları da bu hakların geniş şekilde yorumlanması ile pekâlâ koruma altına alınabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bilindiği üzere Avrupa Konseyi üyeleri tarafından kabul edilmiş, insan haklarına dair önemli bir belgedir. Sözleşme, içerdiği haklar açısından diğer insan hakları sözleşmelerinden pek farklı olmamasına rağmen, getirdiği denetim mekanizması açısından en etkili insan hakları belgesidir. Devletler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kabul etmekle beraber, sözleşmede yer alan insan haklarını ihlal etmeleri halinde sözleşme uyarınca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yaptırımlara tabi tutulmaktadırlar. Sözleşme bireyi uluslararası hukuk açısından hak sahibi kılmıştır ve Mahkeme de verdiği kararlar ile devletleri iç hukuklarında ve uygulamalarında insan hakları bakımından olumlu değişiklikler yapmaya zorlamıştır. Mahkemenin geliştirmiş olduğu içtihatlar, sözleşmede yer alan hakların kapsamını genişletmiştir. Bu anlamda sözleşme durağan bir yapıda değildir; gün geçtikçe toplumların ihtiyacı ve değişen toplumsal anlayışlar perspektifinde sözleşmede yer alan hakların içeriği, kapsamı ve devletlere düşen yükümlülükler değişim göstermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi incelendiğinde korunan mevcut hak ve özgürlüklerden hiçbirinin doğrudan cinsel azınlıklar ile ilgili olmadığı görülmektedir. Ancak mahkemeye cinsel azınlıklar tarafından cinsel kimlik ya da cinsel yönelimleri ile ilgili olarak pek çok başvuru yapılmıştır. Mahkeme sözleşmenin kısıtlı yapısına rağmen birçok konuda olduğu gibi bu başvurular açısından da pek çok içtihat oluşturmuş, oluşturmaya da devam etmektedir. Cinsel azınlıkların, hakkında başvuru yaptığı ve mahkemenin içtihatlarıyla geliştirdiği maddeler ağırlıklı olarak şunlardır: özel hayata ve aile

hayatına saygı hakkı(madde 8.), evlenme hakkı(madde 12.), ayrımcılık yasağı(madde 14 ve 12. ek protokol).

1- Eşcinsel İlişki ve Özel Hayata Saygı Hakkı

Mahkeme bu madde ile ilgili inceleme yaparken ilk olarak sözleşme tarafından korunan hakkın varlığının somut vakada olup olmadığının tespitini yapar. Ardından ihlal yaptığı iddia edilen devletin tanıma-koruma şeklindeki yükümlülüklerini ihlal edip etmediğine inceler. Son olarak böyle bir ihlal varsa bunun 2.fıkrada yer alan meşru amaçlara uygun olup olmadığını, demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının tespitini yapar.

Burada özel hayat kavramının Mahkeme tarafından ne şekilde değerlendirildiği önem taşır. Mahkeme, özel hayat kavramının çok geniş olduğunu ve eksiksiz bir tanımının yapılmasının imkansız olacağını belirtmekle birlikte, *Niemietz v Almanya* davasında şu şekilde bir ifade kullanmıştır: "…(özel hayat) kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşadığı 'yakın çevresi' ile sınırlamak ve bu çevrenin içine dahil edilemeyen dış dünyayı tamamen göz ardı etmek çok kısıtlayıcı olacaktır. Özel hayata saygı belirli bir dereceye kadar diğer insanlarla ilişki kurmayı ve geliştirmeyi de içermelidir." Bu karardan hareketle Mahkemenin 8.madde ile sunulan güvenceyi 'herkesin dışarıdan müdahale edilmeksizin diğer insanlarla ilişkileri içinde kendi kişiliğini geliştirmeyi' olarak gördüğü ifade edilebilir. Hatta mahkemeye göre bir kişinin diğer kişilerle etkileşime girdiği alan kamuya açık bir alan olsa bile bu özel hayat kapsamına girebilecektir.

Yukarıda da izah edildiği üzere özel hayat sadece bireysel, kişisel seçimlerden ibaret değildir; diğer kişilere yönelik seçimleri de kapsamaktadır. Mahkemeye göre cinsel ilişki bu anlamda kesin olarak özel hayat kapsamında değerlendirilmelidir. Mahkeme reşit erkekler arasında rızaya dayalı olarak özel alanda yaşanan eşcinsel ilişki ile ilgili olan 1981 ta-

rihli *Dudgeon v Birleşik Krallık* davasında cinsel hayatı "özel hayatın en mahrem kısmı" olarak tanımlamıştır. 1980'lerde Batı Avrupa'da pek çok ülke yetişkin erkekler arasında cinsel ilişkiyi suç olmaktan çıkarmıştı. Ancak bazı ülkelerde hala bu tür kanunlar yürürlükteydi ve Kuzey İrlanda da bunlardan biriydi. Dudgeon kararı cinsel yönelim ile ilgili olarak Mahkemeye yapılan ilk başvurudur. Söz konusu karara göre Kuzey İrlanda'da ilgili tarihte yürürlükte olan mevzuat gereğince erkekler arasında eşcinsel ilişkiler ceza gerektiren suç teşkil ediyordu. Başvurucu eşcinsel olduğu için söz konusu kanunların kendisinde taciz, şantaj korkusu, acı ve psikolojik sıkıntı yarattığını ve ayrıca bazı eşcinsel faaliyetleri nedeniyle hakkında soruşturma açıldığını belirterek şikayetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşmenin 8.maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiş ve başvurana uygulanan cezalar ile güdülen amaçlar arasında yani "başkalarının hak ve özgürlüklerinin" ve "ahlaklarının korunması" amaçları arasında orantısızlık olduğunu kaydetmiştir. Devlet 8.maddenin 2.fıkrası bakımından ihlalin söz konusu olmadığını ileri sürmüşse de, Mahkeme gençlerin güçsüz ve deneyimsizlikleri bakımından korunması gibi sebeplerle sözleşmeye taraf devletlerin belli ölçülerde eşcinsel davranışları denetlemesi gerektiğini kabul etmekle birlikte, Kuzey İrlanda'daki düzenlemenin gereklilik açısından sorunlu olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca eşcinsel faaliyetleri cezalandırmanın gün geçtikçe Sözleşmeci devletlerin uzaklaştığı bir tutum olduğunun altını çizmiş, devletlerin eşcinsellere daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterdiğini ifade etmiştir.

Mahkeme yine *A.D.T. v Birleşik Krallık, Norris v İrlanda* ve *Modinos v Kıbrıs* kararlarında, başvuruculaların ülke mevzuatlarında eşcinsel ilişkinin suç kabul edilmesi nedeniyle gerilim, baskı, yargılanma korkusu yaşadıklarını ileri sürmeleri üzerine ilgili devletlerin 8.maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre bu yasaların varlıkları başvuranların özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilemektedir. Ayrıca Mahkemeye göre eşcinsel fiillerin ceza gerektiren suç sayılması acil

bir toplumsal ihtiyaç değildir, bu nedenle rızalarıyla bu fiillerde bulunanlar toplumun bir kesimini ahlaken rahatsız etse de, bu kişilere cezai yaptırım uygulanması mazur görülemez.

L. ve V. V Avusturya, S.L. v Avusturya, B.B. v Birleşik Krallık davalarında ise başvuranlar 18 yaşından küçük erkeklerle eşcinsel ilişkiye girmekten ötürü mahkum edilmişlerdir. Avusturya kanunlarına göre yetişkin erkeklerin 14-18 yaş aralığındaki erkeklerle eşcinsel fiilleri cezai suç iken aynı aralıktaki kızlarla ilişkileri suç değildir. Birleşik Krallıkta ise ilgili tarihteki mevzuata göre 18 yaşın altındaki erkeklerle eşcinsel ilişki yaşamak suç iken, heteroseksüel ilişki için rıza yaşı 16'dır. Mahkeme bu bahsedilen dosyaların hepsinde 8.maddenin ve şikayet konusu muamele farklılığının haklı bir nedene dayanmaması nedeniyle 14.maddenin(ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine de dair karar vermiştir. *Santos Couto v Portekiz* kararında(2010) ise başvurucu ergenlerle yaşadığı eşcinsel ilişkiden dolayı mahkum edilen başvuranın 8.madde ile bağlantılı olarak 14.maddenin ihlal edildiği iddiası Mahkemece kabul edilmemiştir. Çünkü benzer durumda olan kişilerle karşılaştırıldığında(yani ergenler ile heteroseksüel ilişkide bulunanlar??) başvurana yönelik olarak gerçekleştirilen muamelede herhangi bir farklılık olmadığı için ayrımcı muamele söz konusu değildir denilmiştir.

2- Cinsiyet Kimliğinin Tanınması ile İlgili Kararlar

Mahkeme 1986 tarihli *Rees v Birleşik Krallık* ve 1990 tarihli *Cossey v Birleşik Krallık* kararlarında transseksüel olan başvuranın, Birleşik Krallık hukukunun kendisine mevcut durumuyla ilgili bir hukuki statü sunmaması hakkında yaptığı şikayetleri 8.maddeye aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre başvuranın talep etmiş olduğu değişiklikler nüfus kayıt sisteminde temelden değişiklikler yapılmasını gerektirecek, bu durumun önemli idari sonuçları olacak ve toplumun geri kalanına yeni görevler yükleyecektir. Mahkeme ayrıca Birleşik Krallık'ın başvuranın tıbbi giderlerini karşılamış olduğuna dikkat çek-

miştir. Ancak Mahkeme "transseksüellerin sorunlarının ciddiyetinin ve kendilerinde yol açtığı sıkıntının" bilincinde olduğunun da altını çizerek, "özellikle bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında gerekli uygun tedbirlerin incelenmesine devam edilmesini" tavsiye etmiştir. Mahkeme her iki şikayette 12.madde(evlenme ve aile kurma hakkı) konusunu da incelemiş ve bir ihlal olmadığı kararını vermiştir. Mahkemeye göre geleneksel evlilik kavramının karşı biyolojik cinslerin bir araya gelmesine dayalı olduğunun ve devletlerin evlenme hakkını ulusal mevzuatla düzenleme yetkisi olduğunu belirtmiştir.

1992 tarihli bir başvuruda Mahkeme ilk kez transseksüellerin tanınması ile ilgili bir davada Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. *B. v Fransa* başvurusunda transseksüel başvuran, Fransız makamlarının nüfus kaydını talep ettiği şekilde değiştirmediklerinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme Birleşik Krallık ve Fransız medeni hal sistemlerindeki farklılıklar nedeniyle, yukarıda bahsedilen *Rees v Birleşik Krallık* ve *Cossey v Birleşik Krallık* davalarından farklı olarak burada Sözleşmenin 8.maddesinin ihlaline hükmetmiştir. Birleşik Krallıkta doğum belgelerinin yeniden düzenlenmesinin önünde büyük engeller var iken; Fransa'da bu belgelerin ilgili kişilerin hayatı boyunca güncellenmesi amaçlanmaktadır. Mahkeme Fransa'da pek çok resmi belgede "transseksüel bireyin yasal cinsiyeti ile görünürdeki cinsiyeti" arasında farklılık görüldüğünü, bu duruma sosyal güvenlik belgelerinde ve bordrolarda da rastlandığını belirtmiştir. Bu nedenle de başvuranın nüfus kaydının değiştirilmemesinin gündelik hayatında özel hayatına saygı hakkına uygun düşmeyeceğine karar vermiştir.

1997 tarihli *X, Y ve Z v Birleşik Krallık* davasında kadından erkeğe transseksüel olan X, bir kadın olan Y ile düzenli ve sürekli bir birliktelik sürdürmektedir. Z ise Y'nin yapay döllenme yolu ile dünyaya gelen çocuğudur. Başvurucular X ve Z'nin arasındaki ilişkinin yasal olarak tanınmamasının Sözleşmenin

8.maddesini ihlal ettiğini ileri sürerek Mahkemeye başvurmuşlardır. Mahkeme bu davada 8.maddenin ihlal edilmediğine karar vermek ile birlikte, transseksüel birey ile partnerinin çocuğu arasında, X'in Z'nin doğumundan beri her bakımından onun "babası" gibi hareket etmesinden ötürü üç başvurucu arasında fiili bir aile bağının bulunduğunun tespitini yapmıştır.

Christine Goodwin v Birleşik Krallık kararı 2002 tarihli Büyük Daire kararıdır. Başvuran cinsiyet değişikliği durumunun hukuki olarak tanınmamasından ve özellikle iş, sosyal güvenlik, emeklilik ve evlenme hakları bakımından maruz kaldığı muameleden şikayetçi olmuştur. Mahkeme bu sefer 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir; çünkü transseksüellerin toplum tarafından kabullenilmesi ve ameliyatla cinsiyet değiştirenlerin yeni cinsel kimliklerinin hukuki olarak tanınması açısından uluslararası bağlamda artış gösteren bir eğilim vardır. Mahkeme başvuranın yeni cinsel kimliğinin hukuki olarak tanınmasında kamu yararını olumsuz etkileyecek kayda değer etkenler bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme bu başvuru ile ilgili olarak ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesinin (evlenme ve aile kurma hakkı) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Buna göre transseksüel evliliklerin şartlarını ve formalitelerini belirleme görevinin Devlete ait olduğunu kaydetmekle birlikte transseksüellerin evlenme hakkından yararlanmalarını hiçbir gerekçenin engellememesi gerektiğini belirtmiştir. Büyük Daire'nin *Christine Goodwin* kararının ardından Birleşik Krallık transseksüellerin cinsiyetlerinin tanınmasına yönelik olarak bir "sertifika başvuru sistemi" öngörmüştür.

Parry v Birleşik Krallık ile *R. ve F. v Birleşik Krallık* kararları yukarıda sözü geçen sertifika sistemi ile ilgili 2006 tarihli kabul edilebilirlik hakkında kararlardır. Başvurucular evli ve çocuk sahibidirler. 2004 yılında Cinsiyetin Tanınması Kanunu'nun çıkarılmasıyla birlikte cinsiyet değiştirme operasyonu geçiren başvuranlar cinsiyetin tanınmasına ilişkin sertifika

için başvuruda bulunmuşlar; ancak evlilikleri devam ettiği için talepleri kabul edilmemiştir. Başvurucular 8.madde ve 12.madde(evlenme hakkı) kapsamında evliliklerini sonlandırmaksızın kazanılmış cinsiyetlerinin yasal olarak tanınmasının mümkün olmaması nedeniyle şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme başvurular hakkında esasa geçmeden kabul edilemez kararı vermiştir. İngiliz hukukunda eşcinsel evliliğe izin verilmemesi nedeniyle başvuranların evliliklerinin sonlandırılması gereklidir. Birleşik Krallık yaptığı yasal değişiklikler ile cinsiyet değiştiren bireylerin yasal olarak tanınmasını sağlamış ve başvurucuların ilişkilerine neredeyse bütün hak ve yükümlülükleri kapsamakta olan "medeni birliktelik" yoluyla devam etmeleri mümkündür. Mahkeme, Birleşik Krallık'ın kabul ettiği bu yeni sistemde kanun koyucunun sayıca az da olsa transseksüellerin mevcudiyetinin farkında olduğunu, ancak eşlerden birinin cinsiyetin tanınması usulünden faydalanması durumunda evliliğin devamına ilişkin bir hüküm koymayı tercih etmediğini, zira az sayıda evlilik için gerekli olacak bu istisnanın yapılma zorunluluğunun bulunmadığını belirtmiştir.

2003 tarihli *Van Kück v Almanya* kararında, başvurucu cinsiyet değiştirme masraflarının kendisine geri ödenmesi talebiyle özel bir sağlık sigortası şirketine karşı açmış olduğu ve Alman mahkemeleri önünde yapılan yargılamanın adil olmadığı ve kararın da özel hayatına saygıyı ihlal ettiğini iddia etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı inceleme sonucu Alman mahkemelerinin tıp konusunda uzman bir bilirkişiden bilgi talep etmeleri gerektiğini, cinsiyet değiştirme ameliyatı olma kararının keyfi ve değişken bir durum olmadığını ve Temyiz mahkemesi kararını verdiğinde başvurucunun bu ameliyatı zaten geçirmiş olduğunu belirtmiştir. Tüm yargılamalar dikkate alındığında 6.maddenin(adil yargılanma hakkı) ihlal edildiğine karar verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ayrıca cinsiyet kimliğinin kişinin özel hayatının en mahrem özelliklerinden biri olması sebebiyle başvurucunun yargılama organları önünde tedavinin tıbbi anlamda gerekli olup olmadığının kanıtlamaya

zorlanmasının haksız bir eylem olduğunu, bu nedenle 8.maddenin de ihlal edildiğine hükmedilmiştir.

Litvanya'da bir transseksüel cinsiyet değiştirme ameliyatı olmasının ardından, cinsel kimliğinin resmi belgelerde değiştirilmesi için uygulanabilir bir mevzuatın olmaması üzerine Mahkemeye başvurmuştur. 2007 tarihli *L. v Litvanya* kararında Mahkeme başvurucunun 3.madde(insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması) açısından yaptığı başvuruyu reddetmiştir. Başvurucunun anlaşılabilir derecede sıkıntı ve üzüntü yaşamasına rağmen, içerisinde bulunduğu durumda hayatını tehdit eden koşulların mevcut olmadığından sebeple bu madde ile ilgili koruma kapsamında olmadığına hükmedilmiştir. Mahkeme 8.madde açısından ise ihlal kararı vermiştir. Buna göre Litvanya hukuku transseksüellere yalnızca cinsiyetlerini değil hukuki statülerini değiştirme hakkını da tanımaktadır. Ancak cinsiyet değiştirme ameliyatı ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır, bu anlamda bir kanun boşluğu söz konusudur. Bu kanun boşluğu başvurucunun özel hayatı ve cinsel kimliğinin tanınması açısından başvurucuyu belirsizliğe ve çeşitli sıkıntılara itmektedir. Mahkemeye göre kamu sağlığı hizmeti açısından ekonomik çekinceler, transseksüellerin haklarının Medeni kanun kapsamında uygulanmaya başlanması açısından yaşanan gecikmeler haklı gerekçelere dayandırılabilse de bu gecikmeler Mahkeme açısından çok uzun sürmüştür. Üstelik ilgili kişiler sınırlı sayıdadır ve bu nedenle söz konusu ekonomik yükler çok ağır olmayacaktır. Mahkemeye göre devlet, kamu menfaati ve başvurucunun hakları arasında adil bir denge kuramamıştır.

3- Eşcinsellere Yönelik İnsanlık Dışı Muamele

Identoba ve Diğerleri v Gürcistan kararı 2015 tarihli bir karardır ve bir sivil toplum örgütü tarafından Uluslararası Homofobi Karşıtlığı gününü anmak amacıyla Mayıs 2012'de Tiflis'te düzenlenen barışçıl bir gösteriyle ilgilidir. Yürüyüş, göstericiler-

den sayıca üstün olan karşıtlar tarafından şiddete başvurularak engellenmiştir. Gösteriye katılan başvurucular Gürcistan makamlarının kendilerini karşıt göstericilerin şiddetli saldırılarından koruyamadıklarından ve saldırıların arkasındaki ayrımcı amacı tespit ederek olayı etkin bir biçimde soruşturamadıklarından şikayetçidir. Mahkeme ilk olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin raporu başta olmak üzere Gürcistan'da lgbt bireyler ile ilgili raporları dikkate alarak Gürcistan toplumunun bazı kesimlerinde topluluk üyelerine karşı negatif bir tutumun mevcut olduğunu tespit etmiştir; düzenlenen gösteriye katılanlara yönelik saldırıların arkasında da ayrımcı tutumlar vardır. Mahkeme başvurucuların kendilerinden sayıca üstün, tehditkar söylemlerde bulunan, fiziksel şiddete başvuran bir grup insan tarafından taciz edilmelerinin kendilerinde insanlık onuruyla bağdaşmayacak şekilde korku, stres ve güvensizlik yarattığını ifade etmiştir. İlgili makamların gösteriye yönelik risklerin farkında olması gerektiğini ve gerekli önlemleri almalarının zorunlu olduğunu; bunun yanında olaydan sonra ilgili makamlarının Gürcistan ceza kanununu cinsel kimlik ve cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı ağırlaştırıcı unsur olarak kabul etmesi nedeniyle açmaları gereken özel soruşturmayı açmadıklarını tespit etmiştir. Tüm bu nedenlerle Mahkeme sözleşmenin 3.maddesinin(insanlık dışı ve aşağılayıcı muamelenin yasaklanması) ve 14.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2012 tarihli *X v Türkiye kararı* eşcinsel bir mahkumun diğer mahkumların sindirici ve yıldırıcı davranışlarından şikayetçi olması sonucu toplamda 8 aydan uzun bir süre boyunca hücrede tutulması ile ilgilidir. Mahkeme burada başvurucunun ruhsal ve fiziksel acılara ve insanlık onurunun rencide edilmesine yol açılması nedeniyle 3.maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca başvurucunun hücrede tutulmasının temelinde başvuranı korumak değil cinsel yönelim temelli ayrımcılık olduğunu tespit etmiş ve bu nedenle 14.maddeye aykırılık kararı vermiştir.

4 - Eşcinsellerin Evlat Edinme ve Velayet Hakları

E.B. v Fransa kararı 2008 tarihli Büyük Daire kararıdır. Bu davada başvurucu bir başka kadınla birlikte yaşayarak lezbiyen bir ilişki sürdürmektedir ve evlat edinmek istediğinde sürecin her aşamasında cinsel yönelimi temelinde ayrımcı bir muameleye maruz kaldığını ve özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkına müdahale edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme Fransız hukukunun bekarların çocuk evlat edinebilmesine ve bekar bir eşcinselin de bu haktan yararlanabilmesine olanak olmasına karşın başvuranın eşcinsel olmasının talebinin reddedilmesi konusunda belirleyici olduğunu tespit ederek Sözleşmenin 8.madde ve 14.maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir

2012 tarihli *Gas ve Dubois v Fransa* kararında başvurucular birlikte yaşayan iki kadındır. Başvuruculardan biri diğerinin çocuğunu sınırlı evlat edinmek(kan bağı esasına dayanan tabii ebeveyn-çocuk ilişkisine ek olarak, yasal yollarla ikinci bir ebeveyn-çocuk ilişkisinin oluşturulmasını sağlar) istemiş ancak bu talep Fransız makamlarınca reddedilmiştir. Mahkeme 8.madde ve 14.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre başvurucular ile evli çiftlerin durumu kıyaslanabilir değildir. Fransız hukukunda evli olmayan kişilerin ikinci ebeveyn şeklinde evlat edinebilmesi söz konusu değildir. Ayrıca başvurucular gibi medeni birliktelik içinde olan heteroseksüel çiftlerin de sınırlı evlat edinme konusunda aynı muameleye maruz kaldıkları vurgulanmıştır. Başvuruculların medeni birliktelik içinde olan heteroseksüellerin bu muameleden evlenerek kurtulabildikleri itirazına ise eşcinsel çiftlerin evlilikleri hakkındaki görüşlerin yer aldığı *Schalk ve Kopf v Avusturya* kararına gönderme yapmıştır. Bu kararda başvurucular düzenli birliktelikleri olan eşcinsel bir çifttir. Avusturya makamlarından evlenmek için izin istediklerinde bu istek Avusturya makamlarınca evliliğin ancak karşı cinsten iki kişi arasında mümkün olabileceği gerekçesi ile reddedilmiştir. Bu karar mahkemeler önünde de uygun bulunmuştur. Başvurucular Tescilli Birliktelik Kanununun yürürlüğe girmesine

kadar ilişkilerini kanun önünde tanıtmaları için hiçbir imkan bulunmaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme 2010 tarihli kararında Sözleşmenin 12.maddesi(evlenme hakkının) ve 8.madde ile bağlantılı olacak şekilde 14.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre başvuranlar arasındaki ilişki aile hayatı kavramının içindedir. Ancak Sözleşme bir devlete eşcinsel bir çifte evlilik hakkı tanıma yükümlülüğü getirmemektedir. Mahkeme evlilik kurumunun köklerinin derinlere uzanan toplumsal ve kültürel anlamları olduğunu ve bu anlamların toplumlar arasında değişimler göstermesi nedeniyle bu konuda kararı konuyu en iyi değerlendirecek olan ulusal makamların vermesi gerektiğini ifade etmiştir.

5 - "Medeni Birliktelik" ile İlgili Kararlar

2008 yılında Yunanistan'da "Aile, çocuklar ve topluma yönelik reformlar" başlıklı bir kanun ile "medeni birliktelik" kurumu getirilmiştir. Söz konusu kanun, ilgili kişilerin ilişkilerini, evlilik ile öngörülen durumlardan daha esnek bir hukuki çerçevede tescillemelerine olanak sağlayan, resmi bir ilişki biçimidir. 2013 tarihli Büyük Daire kararına konu olan *Vallianatos ve Diğerleri v Yunanistan* kararına konu olan başvuruda, başvurucular söz konusu kanunun yalnızca heteroseksüel çiftler için medeni birliktelik öngördüğü, eşcinsel çiftleri ise kapsamadığı, ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme burada 8.madde ile bağlantılı olarak 14.maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Mahkeme, Sözleşmeci devletler arasında evlilik dışı kayıtlı birliktelik öngören 17 devletten sadece Yunanistan ve Litvanya'nın bu hakkı eşcinsellere tanımadığının altını çizerek, bu tutumun gerekli olduğuna dair ikna edici kanıtlar sunulmadığını belirtmiştir. Medeni birliktelikler konusunda Mahkemenin vermiş olduğu bir başka karar 2015 tarihli *Oliari ve Diğerleri v İtalya* kararıdır. Bu davada eşcinsel başvurucular İtalya mevzuatı kapsamında evlilik yapamamaları veya başka türden bir medeni birliktelik

kuramamaları konusunda yakınmışlardır. Mahkeme burada da 8.madde ile bağlantılı olarak 14.maddenin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir. Mahkemeye göre İtalya'da eşcinsel çiftlere sunulan yasal koruma stabil ve bağlı bir ilişki içinde bulunan çiftler açısından yeterli değildir, medeni bir birliktelik veya tescilli ilişki başvuranlar gibi eşcinsel çiftlerin ilişkilerini yasal olarak kaydettirmeleri bakımından en iyi yol olacaktır. Mahkeme burada Avrupa Konseyi üye devletleri arasında eşcinsel çiftlerin yasal olarak tanınmamaları yönünde son zamanlarda artan bir eğilimin bulunduğuna(47 üyeden 24'ü) ve İtalyan Anayasa Mahkemesinin ve İtalyan nüfusunun çoğunluğunun bu hususta bir düzenleme yapılmasının gerekli olduğunu düşündüğüne işaret etmiştir.

6 - Diğer Haklar Bakımından Çeşitli Kararlar

Pajic v Hırvatistan kararı 2016 tarihli bir karardır ve Hırvatistan'da yaşayan bir kadınla düzenli bir eşcinsel ilişki yaşayan bir Bosna Hersek vatandaşı tarafından oturma izni ile ilgili yapılan bir başvurudur. Başvurucu Hırvatistan'da oturma izni başvurusunda bulunurken cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme bu iddiayı yerinde bulmuştur; Mahkemeye göre Yabancılar Kanunu kapsamında heteroseksüel ve eşcinsel çiftler arasında muamele farkı vardır. Kanun heteroseksüel çiftlere aile birleşimi için oturma izni başvurusunda bulunma imkanı sunarken eşcinseller için bu imkan yoktur ve Hırvat Hükümeti bu muamele farklılığının meşru bir hedefe varmak için gerekli haklı bir nedeni olduğunu ortaya koyamamıştır.

P.B. ve J.S. v Avusturya kararı 2010 tarihli bir karar olup bir sigortalının sağlık sigortasının kapsamını eşcinsel partnerini de kapsayacak şekilde genişletme talebinin reddi ile ilgilidir. Ne var ki Avusturya'da 2007 yılında gerçekleşen mevzuat değişikliği ile bu artık mümkün hale gelmiştir. Bu değişiklikten önce ise yalnızca sigortalının yakın bir akrabası ya da karşı

cinsten birlikte yaşadığı bir kişi bakmakla yükümlü olunanlar kapsamındaydı. Mahkeme 2007 yılına kadar 8.madde ve 14.maddenin ihlalinin söz konusu olduğunu, 2007'den beri ihlalin ortadan kalktığını kaydetmiştir. Bir başka benzer dava 2003 tarihli *Karner v Avusturya* davasıdır. Başvurucu Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin kendisine partnerinin ölümünden sonra kira sözleşmesini devralma hakkını tanımamasının cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Her ne kadar başvurucu daha sonra vefat etse de Mahkeme, Mahkeme, Sözleşmede belirtilen insan haklarına saygı ilkesi doğrultusunda davanın incelenmeye devam edilmesi gerektiğini (Sözleşme'nin 37.madde ilk fıkrasının son cümlesi) tespit etmiş ve 8.madde ve bağlantılı olarak 14.maddenin ihlal edildiği tespitinde bulunmuştur.

İfade özgürlüğü ile ilgili bir dava olan *Vejdeland ve Diğerleri v İsveç* kararı 2012 tarihlidir. Başvurucular 2005 yılında lisede eşcinsellere yönelik saldırgan ifadeler içerdiği belirlenen yaklaşık 100 bildiri dağıtmaları sonucunda mahkum edilmişlerdir. Başvurucular İsveç makamlarının ifade özgürlüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme özellikle, söz konusu ifadelerin doğrudan nefret içerikli eylemler için bir çağrı niteliğinde olmamasına rağmen, bu ifadelerin ciddi ve önyargılı görüşler içerdiğini, cinsel yönelim temelindeki ayrımcılığın da ırk, köken veya renk temelinde gerçekleştirilen ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır. Buna göre Mahkeme İsveç mercilerinin başvuruculara ifade özgürlüğüne müdahalesinin demokratik bir toplumda başkalarının saygınlığının ve haklarının korunması adına makul ve gerekli olduğu için Sözleşme'nin 10. maddesinin (ifade özgürlüğü) ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Mahkemenin toplantı ve dernek kurma özgürlüğü (Sözleşmenin 11.maddesi) ile ilgili olarak da çeşitli kararları vardır. 2007 tarihli *Baczkowski ve Diğerleri* v Polonya kararında başvurucular "Eşitlik Vakfı" ve üyelerinden oluşmaktadır. Bu vakıf eşcinsel

hakları için mücadele etmektedir ve 2005 yılında ayrımcılık konusunda farkındalık için Varşova sokaklarında yürüyüş düzenleme talepleri reddedilmiştir. Ancak yürüyüş buna rağmen düzenlenmiştir. Başvurucular barışçıl olarak toplanma haklarının yerel mahkemenin iç hukuk kurallarını uygulama biçimi nedeniyle engellendiği, belirlenen tarih öncesinde gereken kararın çıkarılabilmesi için herhangi bir usulün bulunmadığı, kendi taleplerinin reddine rağmen başka organizatörlerin taleplerinin kabulünün altında cinsel yönelim temelli ayrımcılık bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme söz konusu olayda Sözleşmenin Sözleşme'nin 11. maddesinin (toplantı ve dernek kurma özgürlüğü) ve 11. madde ile bağlantılı olarak, 13. maddesinin (etkili başvuru hakkı) ve 11. maddesi ile bağlantılı olarak, 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, yürüyüşün gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, başvurucuların ilgili tarihte resmi olarak izin alamamaları nedeniyle risk almak zorunda kaldıklarını, yürüyüş izni verilmemesine ilişkin kararlar için yalnızca ihlal sonrasında ortaya çıkarılan hukuk yollarına sahip olduklarını ve izin verilmemesinin gerçek gerekçesinin, yerel makamların eşcinsel karşıtlığı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme mülkiyetin korunması ile ilgili olarak da karar vermiştir. 2010 tarihli J.M. v Birleşik Krallık kararında başvurucu, çoğunlukla babalarıyla birlikte yaşayan iki çocuk annesi ve boşanmış bir kadın olup 1998 yılından beri bir kadınla uzun süreli ilişki yaşamaktadır. Yurt dışında yerleşik bir ebeveyn olması nedeniyle çocuk nafakasına ilişkin düzenlemeler uyarınca, çocukların ihtiyaçlarına katkıda bulunmak durumundadır ve haftalık olarak ödemesi gereken miktar yaklaşık 47 İngiliz sterlinidir. Bir erkekle ilişkisi olması durumunda ise ödediği miktar 14 İngiliz sterlinine düşecektir. Başvurucu ödemek zorunda olduğu nafakasın belirlenmesi sırasında, yetkililerin kendisini cinsel yöneliminden dolayı ayrımcılığa maruz bıraktığını iddia etmiştir. Mahkeme başvurucunun bu iddiasını yerinde bularak Sözleşmeye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. madde-

si (mülkiyetin korunması) ile bağlantılı olarak, 14. maddenin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca Medeni Birliktelik Yasası'nın ortaya çıkarılmasından önce yürürlükte olan hükümlerde, eşcinsel ilişki yaşayan bireylere karşı ayrımcı bir tutum sergilendiğini kaydetmiştir.

V- YARGITAY KARARLARINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ:

"ERKEKLER LEHİNE İŞLEYEN HAKSIZ TAHRİK KURUMU"

Mizojini: Dünyanın en eski ön yargısı

Mizojini, kadınlara karşı duyulan soğukluk, antipati veya abartılı düşmanlıktır. Bu kavram dünyanın çeşitli bölgelerinde, bin yıllardır şiddetin ve adaletsizliğin gerekçesi olmuştur. Bütün insanlığı esir alan bu hastalıklı düşünce tam olarak nerde, nasıl doğmuştur kesin olarak söylemek güç. Ancak biliyoruz ki; Yunan mitolojisinde, kötülüğün kapalı tutulduğu kutuyu açma cüreti gösteren ve insanlığı felakete sürükleyen bir kadındır; Pandora. Yine semavi dinlerin ortaklaştığı "cennetten kovulma" hadisesinde erkeğin şeytanın oyununa gelmesine aracılık eden, Adem'in cennetten kovulmasına yol açan da yine bir kadındır; Eva (Havva).

Dini söylenceler ve mitlerle köklü bir meşruiyet kazanan kadın nefreti, devam eden bin yıllarda sosyal hayatı da dizayn etmeye başlamış, kurumlar ve yasalar bu nefretin doğal olduğu ön kabulü ile şekillenmiştir. Örneğin Engels, ilk çağın en uygar ve en geniş gelişmiş halkı kabul edilen Yunan halkı içinde tek eşliliğin hiçbir şekilde bireysel cinsel aşkın meyvesi olmadığını tespit eder ve özel mülkiyetin, ilkel ve kendiliğinden özel mülkiyeti yenmesi üzerine kadın-erkek arasındaki döl verme bakımından iş bölümünün, dişi cinsin erkek cins tarafından baskı altına alındığı ilk sınıf çatışmasına dönüştüğünü açıklar. Gerçekten de kadının bir değişim değerinin olduğunun fark edilmesiyle, kadının cinselliğinin baskı altına alındığını ve

partnerlerden yalnızca kadın için "tek eşlilik" buluşu ile aile olarak adlandırılan yapıda, kadın nefretinin kurumsallaştığını gözlemleriz. Familia sözcüğü, Romalılarda, ilkin karı-koca ve çocukları ile ilgili değil, tersine yalnız kölelerle ilgilidir. Famulus, bir ev kölesi ve familia bir erkeğin kölelerinin toplamı anlamına gelmektedir.

Demosthenes'e ait olduğu söylenen *Neera'ya Karşı* adlı savunmanın sonunda, yazarın ünlü özdeyişi kadına erkekler için nasıl bir ihtiyaç giderme misyonu yüklendiğini ve tek eşliliğin, erkekler yararına yalnızca kadınlar için geçerli bir kural olduğunu dile getirir; *"Haz için hafifmeşrep kadınlara fahişelere, günlük bakımımız için metreslere, yasal bir soyumuz ve yuvamızın sadık bir bekçisi olması için de karılara sahibiz."*

"Atina'da bir kadın yasalar karşısında bir çocukla aynı basamakta bulunuyor ve yaşamı boyunca bir erkeğin vesayetinde kalıyordu. O, evini sadece bir nezaretçinin eşliğinde terk edebiliyordu. Çok ender olarak kocasıyla birlikte yemeğe davet ediliyor ve kendi evinde ayrı bir bölümde oturuyordu.

…Erkeğin eşine ihaneti boşanma nedeni sayılmıyordu. Fakat bir kadın kocasına ihanet ederse ya da kendisine tecavüz edilmişse kocası onu evden atabiliyor ve oracıkta boşayabiliyordu."

Dinler açısından duruma bakıldığında, erkeklerin doğal olarak güçlü ve akılcı oldukları, dolayısıyla egemen olmak ve hükmetmek için tarih sahnesine çıktıkları kabulü ile karşılaşırız. Bu kabule, kadınların doğal olarak daha zayıf, akıl ve rasyonel yetenekler açısından daha aşağı, duygusal bakımdan dengesiz oldukları kabulü eşlik eder, böylece kadınlar dinler tarafından siyasal/kamusal alanın dışına itilirler. İş bölümünden ziyade bir tahakküm ilişkisi haline gelen kadın/erkeğin toplumsal konumlanışı, erkeklerin ölümsüz kültür ve fikir ürünleri yarattığı, kadınların ise doğum fonksiyonunu yerine getirip, ölümlü bedenler yarattığı ve bu denklemde, doğal olarak aşağı kabul edildiği bir görünüm yaratır.

Kadın nefreti ve kadının aşağı konumlandırılışı öylesine köklü ve evrensel denilecek kadar yaygın bir inanıştı ki; kadın cinselliğinin kontrol edilemez olması ihtimali yaratabilecek ve kadınların asli görevi anneliği reddetmeleri anlamına gelecek "doğum kontrol yöntemleri" ABD'de uzun yıllar yasaklanmış ve lanetlenmiştir. Yine Japonya'da kadın-erkek ilişkilerine bakıldığında, tarih boyunca kadınların değersiz ve aşağı görüldüğü dikkat çeker. Öyle ki; Japonya'da "kadın" sözcüğü yavaş ve aptal erkekleri tanımlamak için kullanılırdı ve üç kere tekrarlanan gürültü anlamına gelen Çin harfi "kadın" anlamına gelirdi.

Günümüz dünyası da mizojiniden arınmış değildir; Hindistan'da dul kadınların yakılması, başta Kuzey Afrika olmak üzere dünyanın birçok yerinde kız çocuklarının sünnet edilmesi, bir savaş tekniği olarak kadınlara tecavüz edilmesi, kadınların köle pazarlarında satılması, namus veya töre cinayetleri gibi ilkellikler kadın düşmanlığının bir sonucu olup, tarih boyunca din, felsefe, sanat ve hukuk sistemleri bu nefretin sürdürülmesinde meşruiyet zemini yaratmıştır.

Bugün yaşamımız, insan topluluklarının, bu toplulukların gündelik yaşamının, hukukun ve evrensel değerlerin gelişmişliğini kabulle örgütlenen kurumlar eliyle idare edilmektedir. Ancak "erkek olmayan" ve "erkek egemenliğine boyun eğmeyenler" açısından bu yaygın gelişmişlik algısına tam manasıyla katılmak mümkün değildir. Bunun nedenlerinden biri felsefenin, dinlerin ve yasaların meşrulaştırdığı mizojini kavramının bugün hala güncelliğini koruması, toplumsal eşitsizliğin ve bu eşitsizliği doğal gören ilkel anlayışın terk edilmemesidir.

Bu çalışma, mizojinin bir görünüm şekli olarak Eski Yunan Ceza Hukukundan bu yana, ceza hukukunda yer bulan "erkek lehine haksız tahrik kurumunun" şiddeti ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğini nasıl sürdürülebilir kıldığını tespit ve ifa-

deye yönelik olarak hazırlanmış, tespitler yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın ceza davalarındaki tutumu esas alınarak ortaya konmuştur.

Haksız tahrik nedir?

Eski Yunan Ceza Hukukunda, cezaların şahsileştirilmesi çabalarının olduğunu, buna bağlı olarak ceza hukukunda haksız tahrike yer verildiği söylenebilir. Örneğin failin öfkeye kapılarak suç işlemesi hafifletici bir sebep sayılır ve karısını zina esnasında yakalayarak öldüren koca hakkında cezai takibat yapılmayacağı kabul edilmiştir. Yine Roma Ceza Hukukunda zina halinde öldürmeye ilişkin haksız tahrik hali kabul edilmiştir. Agustus Evlilik Kanunu tarafından getirilen düzenlemeye göre ise; babanın kendisinin veya damadının evinde zina halinde yakaladığı kızını öldürme hakkı kabul edilmiştir. Şayet baba kızıyla birlikte zina halinde yakaladığı kızının aşığını da aynı zamanda öldürürse yine cezalandırılmazdı. Görüldüğü üzere haksız tahrikin bir kurum olarak doğduğu anda, erkekleri koruma misyonu yüklendiği ve kadını aşağı gören bir anlayışın ürünü olduğu aşikardır.

Haksız tahrike ilişkin benzer düzenlemelerin, Fransız Ceza Kanunu'ndan tercüme edilen yasa sayesinde Osmanlı Ceza Hukukunda da görmek mümkündür. Osmanlı Devleti 1858 Ceza Kanunname-i Hümayununda 756 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 462[6*]'ye benzer bir hüküm olan 188. maddede de haksız tahrik kadınları öldürebilme erkinin dayanağı olmuş-

---

6 *Madde 462 – (1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Kanunun hükmüdür.) Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan füller, zinayı icra halinde meşhuden yakalanan veyahut zinayı irtika, etmek üzere veya henüz irtikap edildiğinde zevahiri hale nazaran şüphe edilmiyecek surette görünen bir koca veya karı veya kız kardeş veya fürudan biri veya bunların müşterek faili yahut her ikisi aleyhinde karı veya koca veya usulden biri veya erkek kardeş veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire kadar tenzil ve ağır hapis cezası hapse tahvil olunur. İdam yerine iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir.*

tur; *"Bir kimse zevcesini veyahut diğer mahariminden birini bir şahs ile fiil-i şen-i zina halinde görüb de birini veya ikisini birden darb veya cerh veya katl eylerse mafuvdur. Eğer bir kimse zevcesini veyahut mahariminden birini bir şahs ile firaş-ı gayr-ı meşruda görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerh veyahut katl ederse mazurdur."*

Cumhuriyet dönemi Türk Ceza Hukukunda, haksız tahrikin indirime neden olduğu durumlar yasanın genel ve özel hükümlerinde belirli suç tipleri için çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Genel hükümlerde düzenlenen, tüm suç tipleri için uygulanabilir olan ve bu çalışmanın konusu olan haksız tahrik kurumu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 51. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

Madde 51 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)

Bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.

Tahrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.

Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun mülga edilmesine kadar 1936, 1953, 2002 ve 2004 tarihlerinde kanun metninde değişiklikler meydana gelmişse de metnin ana unsurlarında değişiklik olmamıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

Haksız tahrik

Madde 29- (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

Anlaşılan o ki; mahkemelerin alt ve üst sınırlar aracılığı ile verecekleri cezayı şahsileştirebilecekleri takdir aralığının varlığı, yasa koyucular tarafından yetersiz görülmüş, Türk Ceza Hukukunda haksız tahrik, failin kusurluluğunu ve aynı oranda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak belirlenmiştir.

Haksız tahrikin ilişkin varlığına ve hukuki esasına ilişkin teoriler ve haksız tahrikin koşulları zaman ve mekan yönünden oldukça çeşitlidir. Örneğin Anglo Sakson hukukunda haksız tahrikin varlık nedenine ilişkin teorilerin iki başlık üzerinde yoğunlaştığı görülür: 1. Tahrik eden, faildeki şiddet dürtüsünü veya ihtirası kışkırttığından ve bu nedenle failin kendi iradesi ile hareket edemediğinden bahisle kısmen sorumlu olduğu teorisi, 2. Tahrik edenin hareketi neticesinde faile misilleme yapma hakkı doğduğu teorisi.

Bugün hala farklı görünümlerde de olsa, Almanya, ABD, İsviçre, Kanada ve Avusturya'da haksız tahrik kurumu bulunmaktadır. Buna karşılık Yeni Zelanda, Fransa ve Avustralya'nın Tazmanya ve Viktorya eyaletlerinde, özellikle haksız tahrikin kadın cinayetlerinde yol açtığı adaletsizlik itirazları dikkate alınarak, haksız tahrik uygulaması kaldırılmıştır.

Kadınları ve onların aşıklarını öldürebilmenin anahtarı olan, zaman içinde özel görünümleri bir yana bırakılarak genel bir indirim nedeni olarak yasada yer bulan ve Türk Ceza Hukukunda tüm suç tipleri için uygulanabilir olan haksız tahrik kurumu, kadınların çeşitli bahanelerle her gün öldürüldüğü günümüz Türkiye'si için özel önem arz etmekte ve bu kuru-

mun ceza politikaları açısından ciddi manada tartışılması gerekmektedir.

Peki haksız tahrik gerçekte nedir? Yasalarda yer verildiği şekilde; bir failin, mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisinde suç işlemesi midir, yoksa erkeklerin, kadınlara karşı işledikleri suçlarda, toplumun içine girdiği şiddet/saldırı beklentisini karşıladıklarından, toplum, yasa ve yargıç tarafından hoş görüldüğü, cezasının hafifletilerek ödüllendirildiği bir mizojini kurumu mudur?

Cevabı, erkeklik performanslarının toplumda yarattığı yıkımları anlamak ve görmek yerine bu ilkel performansları doğal kabul etmiş görünen yerel mahkeme ve Yargıtay Ceza Daireleri'nin verdiği güncel kararlarda bulmak mümkün. Bu yüzden öncelikle, kısaca erkeklik performansı kavramından ve erkekliğin ispatından söz etmek gerekir.

En genel tanımıyla hegemonik erkeklik, toplumsal cinsiyet rejimlerinde iktidarı elinde tutan erkeklerin sahip oldukları erkeklik imgesidir. Bu imgeden kovulma, lanetlilerden olma tehlikesi erkekleri, erkekliklerini sürekli kanıtlama çabasına girdikleri bir sarmala sürükler. Kimmel'e göre; erkeklik kanıtlanmalıdır. Kanıtlanır kanıtlanmaz da yeniden sorgulanır ve tekrar kanıtlanması gerekir.-devamlı, acımasız ve erişilmezdir-en sonunda kanıtlama mücadelesi o denli anlamsızlaşır ki Weber'in ifadesiyle bir spor haline gelir.

Erkekliği oluşturan unsurları ve erkekliğin aşamalarını ise Pınar Selek şu şekilde açıklar:

"Babalık, erkekliğini ispatlayan erkeklerin konumudur. Bu konum için çeşitli ruhsatlar kazanılmalıdır. Erkek, iktidarını öncelikle cinsel alanda ispatlamalı, örneğin sünnet bıçağından geçmiş cinsel organ mutlaka ereksiyon yeteneğine sahip olmalıdır. Bu da yetmez. Baba demek, kısır olmayan koca, evini koruyan asker, elinden bir iş gelen,

evini geçindiren, evle ilgili ekonomik, hukuki, siyasal tüm kararları alan patron ve devlet adamı olmak demektir. Yani erkek adam, evin bakıcısı-koruyucusu olmak için bazı beceriler geliştirmeli, bunun için mutlaka değişik hayatların içine girip çıkmalıdır."

Durumu Türkiye açısından özetlemek gerekirse; genel anlamda hegemonik erkeklik; sünnet olan, askerliğini yapan, bir işte çalışan, evli, çocuklu, ailesinin koruyucusu ve geçindiricisi olan, cinsel performansı sorunsuz, tahakkümü altındaki kadınların namusunun bekçisi, kıskanç, futbol ve siyasetle ilgilenen, şiddet ve küfre eğilimli erkekleri anlatır. Yerel Mahkemelerin ve Yargıtay'ın hegemonik erkekliği doğal gören, şiddeti ve eşitsizliği meşrulaştıran algısı, en çok kadın cinayetlerinde uygulanan haksız tahrik ve iyi hal indirimlerinde kendisini göstermektedir. Bu çalışmanın odak noktası, mijozini kavramının haksız tahrik indirimi uygulanan yargı kararlarında ne şekilde yer bulduğu anlamak ve açıklamak olduğundan, kararların faille empati noktasındaki başarının bir başka hegemonik erkeklik performansı olduğu şüphesini doğurmuştur. Hukukun amacı, bireylerin huzur ve güven içinde yaşadığı, adalete yönelmiş bir toplum yaratmak iken şiddet, ayrımcılık ve eşitsizlik yargı tarafından hoş görülebilir mi?

Haksız Tahrikin Koşulları: Erkek Faili Mazur Görme Çabası

Yasanın lafzına bağlı kalınarak haksız tahrikin şartları, sıralandığında, bir suçun haksız tahrik etkisi ile işlendiğinden söz edebilmek için öncelikle ortada tahrik teşkil eden bir fiil olmalı, bu fiil haksız olmalı, fail bu fiil sebebiyle öfke veya şiddetli elem haline sürüklenmeli, failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır.

Haksız tahrikin koşullarına biraz daha yakından bakacak olursak;

Mağdurun ceza hukuku bakımından tahrik teşkil eden bir

davranışının bulunması haksız tahrikin ilk koşuludur. Buna göre failin, haksız tahrikin varlığına ilişkin sübjektif bir inanca kapılması ve bu zan altında suç işlemesi haksız tahrikin varlığı için yeterli görülmez. Mutlaka mağdurun tahrik teşkil eden bir hareketi bulunmalıdır. Ancak yerel mahkemelerin gerçekler yerine bazen faillerin sanrılarına itibar ettiği, öldüğü için kendisi hakkındaki isnatlara yanıt veremeyen kadınları da olağan şüpheli saydığı görülebilmektedir. İzmir 11. Ağır Ceza Mahkemesi 19.09.2007 tarihli 2006/210 E. 2007/329 K. sayılı kararında olduğu gibi;

"Alev, 17 yaşındaki oğlunu alarak gittiği tatilde daha önce boşanma davası açtığı eşi Erkan'ın telefonlarını yanıtsız bırakmıştır. Eve eşyalarını toplamak için döndüğünde Erkan Alev'in çantasından aldığı telefonda "Adil Işık" isimli şahıstan gelen mesajı ve doğum kontrol hapını görünce Alev'in kendisini aldattığından şüphelenir. Alev'in göbeğindeki yara bandını ve piercingi gören Erkan, "hayatımı yaşıyorum bana karışamazsın" dediğini iddia ettiği Alev'i evde bulunan iple boğarak öldürür ve buzdolabına koyar. 5 yıl önce karıştığı bir kavgadan dolayı kesinleşmiş hapis cezası nedeniyle yolda yürürken yakalanınca, karısını öldürdüğünü itiraf eder. Mahkeme, 5 yıl önce Alev'in kendisini aldattığına dair Erkan'ın tanıklarını dinler ve "Adil Işık"ın kadın giyim markası olduğunu bilmesi beklenemeyecek sanığın, değer yargılarına göre yeniden aldatıldığını düşünmesinin normal olduğu gerekçesiyle haksız tahrik indirimi uygular."

Alev'in doğum kontrol hapı kullanması ve telefonuna Adil Işık isimli giyim markasından mesaj gelmesi birleşince, fail haksız bir fiil olan aldatılma fiiline maruz kaldığı zannına kapılmış, boşanma aşamasında olduğu, çocuğunun annesi eşini iple boğarak öldürmüş, yetmemiş, cesedi buzdolabında saklamıştır. Ancak yerel mahkeme bu gerçeklikleri bir kenara koyarak failin aldatıldığı şeklinde bir fikre kapılmasını cezasında indirime gitmek adına yeterli görmüş, öldürülen mağdurun faile hangi tahrik edici haksız fiili ile suç işlettirdiğini araştırma/açıklama gereği duymamıştır. Kanaatimce bu olayda mahke-

menin faili tahrik eder bulduğu olgu, boşanma aşamasında da olsa evli ve çocuklu bir kadın olan Alev'in bir başka kişiyle cinsel münasebette bulunma ihtimalinin olmasıdır.

Haksız tahrikten söz etmek için aranan ikinci koşul, tahrik fiilin haksız olmasıdır ki bu koşul Yargıtay'ın skandal kararlarında öne çıkan, mağdur kadınları sabık gören anlayışın en çok sarıldığı koşuldur. Tahrike sebebiyet veren fiilin haksız olması, hukuka aykırı olması anlamına gelir, yani fiilin suç teşkil etmesi veya Borçlar Hukuku'ndaki haksız fiil olması gerekmez. Ancak hukuk düzenince tasvip edilmeyen bir fiil olması şarttır.

Hukukun kaynağını, din, örf adet veya toplumun değer yargılarında bulduğu sistemlerde, tahriki oluşturan fiilin, sırf örf ve âdete veya toplumun değer yargılarına aykırı olmakla haksız addedilebileceği bir gerçektir. Bu bakımdan doktrinde, bir fiilin haksızlığını tespitte belirleyici olanın hukuk düzeni olduğu hukukla çatışan değer yargılarının ihlalinin haksız kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.

"Sosyal kurallara, değer yargılarına, geleneklere aykırı hareketler de tahrik teşkil edebilir ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler faili tahrik etse bile haksız olmadıklarından haksız tahrik indirimi söz konusu olmayacaktır. Çünkü tahrik fiilinin haksız olması koşulu, hukuk düzenini korumaya yöneliktir."

Doktrinin açıklıkla çizdiği bu tabloya göre, esasen tayt giymek, renkli telefon kılıfı kullanmak, kırmızı oje sürmek, bir erkeğe saat sormak gibi fiillerin hukuk düzeninin tasvip etmediği fiillerden olmadığı açıktır. Ancak ne yazık ki her yıl onlarca kadının bu ve benzeri haksız fiilleri işlediklerinden bahisle erkekler tarafından öldürüldükleri ve bu erkek faillerin yargının anlayışlı kucağında teselli bulduğu, mazur görüldüğü bir gerçektir. Örneğin;

"Sanığın olay tarihinde saat 23:00 sıralarında evine geldiği, 30-40 dakika kadar zili çalmasına rağmen katılan eşinin kapıyı açmadığını, kapı kilitli olduğundan kendi anahtarı ile de kapıyı açamadığını, bilahare kapı açılmayınca ev sahibinden tornavida isteyip kapıyı açmak üzere iken katılanın içerden kapıyı açtığını, kapıda bekletilmesinden dolayı eylemini gerçekleştirdiği savunması karşısında, her ne kadar katılan uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de sanık ile katılanın arasındaki geçimsizlik nedeniyle katılanın sanığı isteyerek kapıda bekletme ihtimalinin bulunduğu, bu nedenle sanık lehine yorumla sanık hakkında haksız tahrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığından "(Y.3CD 01.10.2013, 2012/28544, 2013/33263)

Bu kararda kadının haksız fiili; kocasını kapıda bekletmektir. Yargıtay kadının uyuyakaldım duymadım beyanına da itibar etmemiş, kadının kocasını kapıda bekletme ihtimaline sarılmış ve haksız tahrik indirimi uygulamaktan yine geri kalmamıştır. Örf ve adet hukukuna göre kocasına itaat etmeyen kadın, erkeğin işlediği kendisine karşı suçtan alacağı cezada indirime gidilmesiyle, kanaatimce bir bakımdan Yargı tarafından cezalandırılmış olmaktadır.

"Sanığın eşi olan mağdureye aynı gece kısa aralıklarla etkili eylemde bulunması tek suç oluşturduğu gibi, mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlanmamış olması şeklindeki hareketlerinin sanık lehine tahrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin kararda tartışılması gerekir." (Y.2CD, 29.03.2000, 3033/3281)

Bu karara konu olayda ise mağdur kadın, eşinden izinsiz terlik satın alarak ve eşine yemek hazırlamayarak, kocasını tahrik eden haksız eylemlerde bulunmuş, kadınlar için erkekler eliyle çizilen sınırları aşmış, erkeğine itaatte kusur etmiştir. Yargı, bu kararıyla kadını sadece kadın olduğu için belli davranışları sergilemediğinden kocasının suçunun esas sebebi görmüş, her ne olursa olsun şiddete başvurmama ihtimali olan erkeğin, şiddeti seçen iradesini yine anlayışla karşılamıştır.

Haksız tahrikin üçüncü koşulu, failin psikolojisini esas alan, "fiil, failde şiddetli bir elem yaratmalı" koşuludur. Buna göre haksız tahrik etkisi altında suç işlediğinin iddia edildiği her olayda mahkeme, hiddet veya şiddetli elemin varlığını, buhran seviyesine bulaşıp ulaşmadığını araştırmalı, haksız bir fiilin varlığının, failde otomatik olarak buhrana yol açtığı kabul edilmemelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 28.06.2011, 114/150 sayılı kararı haksız tahrikin psikolojik koşulunun, "Türk erkeği" kavramı ekseninde incelendiği oldukça ilginç bir karardır.

"Fail, olay sırasında o denli öfkelenmiş ya da birtakım düşünce veya kanaatlere kapılmıştır ki; bir anda gözünü kan bürüyerek öldürmekten ya da öldürme amacıyla yaralamaktan kaçınmamıştır. Bunun böyle olduğu binlerce dosyadan gerek Ceza Dairesince gerekse Ceza Yargıç ve Savcılarınca pekala bilinmektedir. Nitekim olaydan önce Nevzatla Çağla'nın sözlü oldukları, o gün kokoreç yemeye gittikleri yerde birbirleriyle tartıştıkları, bu yüzden Nevzat'ın erkek olarak sinirlendiği, gerildiği açıktır. İşte bu halde iken katılan ve mağdur grubunun 'bir kıza sahip çıkamıyor, ne biçim erkek' şeklinde söz atmaları bardağı taşıran damla olmuştur. Kavgada, kendine güvenen hangi Türk erkeği olursa olsun bu sözün altında kalmak istemez. İnsanların özellikle bu tür suç işlemelerinde ulusal, töresel ve ahlaki ön yargıların ve alışkanlıkların büyük rolü vardır. Değer yargıları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez."

Şiddet kullanma yetkisinin "Türk erkeği"ne *"ulusal, töresel ve ahlaki ön yargıların ve alışkanlıkların"* verdiğinin belirtildiği kararda, *"Değer yargıları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez."* diyerek bu söz karşısında, erkeğin şiddete başvurmaktan kaçınmasının beklenemeyeceğini de söylüyor.

Haksız tahrikin bir diğer koşulu, suçun, tahrik fiilini gerçekleştirene karşı işlenmiş olması koşuludur. Yani, fail suçu, kendisi-

ni suç işlemeye tahrik eden haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlemiş olmalıdır. Aldatmayı haksız bir fiil olarak kabul eden Yargı bu fiilin kime yöneldiğini önemsemekte midir görelim:

Oğlu şehir dışında çalışmaya giden baba, gelininin o gece sevgilisiyle kaçıyor olduğunu görür. Evin kapısının önünde bekleyen arabadaki gelinin sevgilisini ve bu arada arabadan kaçmaya çalışan gelinini de öldürür. Yerel mahkeme maktüllerin birlikte kaçma girişimini haksız tahrik olarak değerlendirir ve oy çokluğuyla haksız tahrik indirimi verir.

Bu vakada aldatma, evlilik dışı birliktelik için kaçma girişimi haksız eylem kabul edilmişse de bu haksızlığın faile yönelmesi gerekliliği gözden kaçırılmış görülmektedir. Gelinin, evlilikten kaynaklanan sadakat yükümlülüğü kayınpederini de kapsamakta mıdır?

Bir başka karar, annesi ile bir erkeğin duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen, evin içinde annesi ile bu erkeği gören 17 yaşında bir çocuğun, annesinin aşığı olduğuna kanaat getirdiği erkeği öldürmesi olayında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği haksız tahrik kararıdır. Ceza Genel Kurulunca bu cinayetin de mazur görüldüğü, sadakat yükümlülüğünün kadının çevresindeki tüm erkeklere kadını/aşığını öldürme hakkı ve yetkisi verdiğini düşündürmektedir:

"*Annesinin başkasıyla duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen ve suç tarihinde 17 yaşında olan sanığın, olay günü arkadaşıyla birlikte motorsikletini almak için eve geldiğinde, evin içinde maktul ile annesini birlikte otururken görmesi üzerine evin içine girerek mutfaktan aldığı bıçakla maktulü kasten öldürdüğü olayda, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*

Maktul ile sanığın annesi arasındaki ilişkinin cinsel ilişki boyutuna ulaştığına dair delil bulunmamakta ise de; maktulün evliliği devam

eden, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşayan bir bayanın evine gündüzleyin gelmesi, sanığın daha önce maktulü birkaç kez evlerinin önünde görmesi nedeniyle annesiyle maktul arasında ilişki olduğundan şüphelenmesi ve olay günü de maktulü ailece birlikte yaşadıkları evin içinde annesinin yanında görmesi, kendisinin eve mutfak kapısından girdiği sırada daire kapısından çıkan maktulün apartmanın girişinde babasıyla tartışmaya başlaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, haksız tahrikin ulaştığı boyuta göre yerel mahkemece TCK'nun 29. madde uyarınca alt sınırdan uzaklaşılmak suretiyle takdir edilen haksız tahrik indiriminin adil ve yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2013/1-528 K. 2014/269 T. 20.5.2014)

Görülüyor ki; Agustus Evlilik Kanununda yer bulan, kadının ve aşığının öldürülmesi hakkı yalnızca kadının kocasına veya babasına ait değildir. Kadının namusunu temizlemenin toplumsal gerekliliği sonucu kadını/aşığını öldürme hakkı ilgisini ispat eden herkese aittir.

Haksız tahrikin tepki suçlarında uygulanabilirliğine dair doktrindeki genel kabul, haksız tahrik teşkil eden fiille bu fiile tepki olarak işlenen suç arasında oran meselesini tartışmalı bir konu olarak gündeme getirmektedir. Tahrik fiili ile tepki fiili arasında orantılılık unsuruna yer verildiği ve orantılı olmayan tepkiden ötürü failin tahrik indiriminden yararlanamayacağı Alman ve Amerikan hukuk sistemlerinde benimsenmiştir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi Commonwealth v. Bermudez kararında, failin eşi olan mağdurun sarf ettiği küfürlü sözlerin, öldürme suçunda tahrik indirimi uygulanması için yeterli görmediğini beyan etmiştir. Kararda; *"Her ne kadar aşağılayıcı olursa olsun, sadece sözle yapılan bir saldırı bir kimsenin başka bir kimseyi öldürmesi neticesinde haksız tahrik indirimi yapılmasını gerektirmemektedir."* ifadeleri vurgulanmıştır.

Failin işlediği tepki fiili ile buna neden olan tahrik fiili arasında herhangi bir oran aranıp aranmayacağı hususunda Türk Ceza Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir

görüşe göre haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız fiil ile buna tepki olan suç eylemi arasında bir oran bulunmalı, bu oran yoksa failin cezasında indirime gidilmemelidir. Bir başka görüşe göre ise Roma hukukundan gelen bir özdeyişe göre *"saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur"* dolayısıyla bireyin psikolojisine göre kimin hangi olaya, nasıl tepki vereceğini tahmin etmek mümkün olmadığından, haksız tahrikte oran aramaya gerek bulunmamaktadır. Yargıtay'ın oran meselesinde her iki görüşe yakın kararları olduğunu bu konuda yerleşik bir içtihat edinemediğini, ancak kadın cinayetlerinde, maktül kadınların kendilerini savunma imkanı da kalmadığından erkek faillerin indirime yönelik senaryolarına genellikle itibar edildiğini belirtmek gerekir.

Oran meselesinde özellikle bu çalışma açısından önem teşkil eden konu, oran ilkesi gözetilerek verilen haksız tahrik kararlarının cinsiyete göre farklılaşmasıdır. Örneğin, partnerleri veya ailesindeki erkek üyeler tarafından uzun süre psikolojik, cinsel, sözlü, ekonomik, fiziki şiddet gören kadınların işlediği suçlarda, oran ilkesi gözetilerek, son gerçekleşen haksız fiil ile kadının işlediği suç arasında oran aranması, kurumun erkekler lehine işleyen, mizojini kalıntısı bir kurum olduğunu tezini desteklemektedir.

Haksız tahrikin yasadaki düzenlenişinden yola çıkılarak tespit edilen bir diğer koşul, tahrik teşkil eden hareketle işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunması koşuludur. Yani, failin suç eylemi, tahrik konusu fiilden kaynaklanmalı, iki eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağı koşulunun düşündürdüğü bir başka konu, tepki fiili ile tahrik fiili arasındaki zaman sorunudur:

Tepki fiili olduğu kabul edilen bu nedenle mazur görülerek cezası hafifletilen haksız tahrik suçlarında, tahrike yol açan haksız fiil ile suç fiili arasında zamansal yakınlık olması Anglo Sakson ve Amerikan hukuk sistemlerinde benimsenmektedir. Yine Alman Hukuku doktrininde de tahrik ile tepki fiili ara-

sında zaman aralığının dar olmaması halinde, tahrike neden olan fiilin yarattığı hiddetin azalacağı ve maddenin uygulama mantığının dışına çıkılacağı eleştirileri mevcuttur. Ancak Türk Hukukunda böyle bir zamansal yakınlık aranmadığı, bunun yerine nedensellik bağının bulunmasını yeterli bulduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında[7]tepki fiilinin zamanı konusunda şöyle bir değerlendirme yapmıştır:

"Haksız tahrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın vuku bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke ve acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tahrikin derecesinin takdiriyle sonuca göre hüküm kurulmaması kanuna aykırı bulunmuştur."

Yargıtay'ın suçun tahrik fiilinin hemen akabinde işlenmesine ilişkin yasada herhangi bir ibare bulunmamasını dikkate alarak, suç ile haksız fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisi ile yetinmesi son derece sakıncalı bir yaklaşımdır. Tasarlayarak öldürmenin ceza yasasında nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerçeği karşısında, haksız fiile tepki suçlarında zaman aralığına dikkat edilmemesi ve bazı durumlarda tahrik fiili ile tepki fiili arasında tasarlamaya yol açacak kadar uzun zaman aralığı bulunmasına rağmen faile haksız tahrik indirimleri uygulanması ceza politikasında çelişki yaratmaktadır. Bir örnek; Erkan ve Zuhal 20 yıllık evlidir ve 4 çocukları vardır. Olaydan 1.5 yıl önce bir geceyi Erkan ifadesinde öyle anlatır:

"Su içtikten sonra içeri geçtiğimde eşimin müzik dinlediğini gördüm. Yanına gidip neden uyumadığını sorduğumda bana müzik dinlediğini söyledi, ben de gel o zaman ilişkiye girelim dedim o da tamam diyip telefonu bıraktı. Ben eşimin bıraktığı telefonu elime aldım ve telefonu kontrol ettim. Telefonda Özgür isminde birini gördüm ve bunu görünce eşime bu kişinin kim olduğu sordum. Eşim

7 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E.1991/7141 K.1991/8305, T.25.12.1991

de Özgür'ün sevgilisi olduğunu ve Özgür'ü sevdiğini, benden ayrılmak istediğini söyledi. Ben de bunu duyunca şoka girdim ve kardeşim Erhan'ı aradım. Benim eşim Özgür'e 207 tane mesaj atmıştır, Özgür de eşime yaklaşık 100e yakın mesaj attı. Kardeşim Erhan bunun ayıp olduğunu ve doğru olmadığını söyledi. Büyük oğlum eşimin önünde diz çökerek "Anne sen nasıl böyle bir şey yaparsın diye söyledi. Daha sonra telefonu kurcalayınca 20 yıllık eşimin başını açarak Özgür'e mesaj attığını gördük. Kayın biraderim ve kardeşimin huzurunda eşim bize hitaben "evet ben onu seviyorum sevgilimdir, beni boşasın" şeklinde konuştu. Aramızdaki sorun devam etti ve boşanma davası açacaktık. Daha sonra barıştık ve barıştıktan sonra bulunduğumuz evden taşınıp daha iyi bir ev tuttuk. O eve taşındığımızda eşim benimle bir an evvel boşanmak istediğini söyledi ve biz de gidip boşanma davası açtık." Peki, daha sonra ne olur? Tarafları aile büyükleri bir araya gelerek barıştırlar, Zuhal'in boşanma isteği ciddiye alınmaz. Olay gecesi Zuhal'in tartışmada son sözlerinin "şerefsiz olmasan beni boşarsın" olduğu iddia edilir. Netice olarak Erkan Zulal'in boğazını keser. Mahkeme ise hem daha evvel gerçekleştiği mesajlarla ispat olunan aldatma vakasını hem de maktülün son sözleri olduğu iddia edilen sözleri, eşini affettiği, aldatıldığını bildiği halde 1.5 yıl beraber yaşadığı, affettiği eşinin boğazını kesen Erkan'a haksız tahrik uygulama gerekçesi yapar:

"Somut olayımıza baktığımızda, sanığın resmi nikahlı olan eşinin başka bir erkekle incelenen mesaj kayıt içeriklerine göre duygusal ilişki yaşadığı, bir kısım beyanlara göre bu ilişkisini kabul ettiği, mesajların cep telefonunda hala kayıtlı olduğu ve dökümlerinin alındığı, incelenen mesaj içerikleri ve maktülün sanığa sarf ettiği iddia edilen sözler birlikte değerlendirildiğinde maktülden kaynaklı haksız fiilin meydana getirdiği hiddet ve elemin tesiri altında kalan sanığın bu hiddet ve elemin yoğunluğu gözetilerek hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının gerektiği bu hüküm uygulanırken olayın oluş şekli hak nesafet ve adalet kuralları olayın toplumsal yansımaları bölgenin sosyal durumu dikkate alınarak" (Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 23.05.2013, 2013/72 E., 2013/209 K.)

Kadınların fail olduğu olaylarda yargının yaklaşımı aynı olacak mıdır? Hayır. Bir akşam arkadaşlarıyla katıldıkları yemekte, polisler ve polislik mesleğine hakaret eden kocasıyla yemekten sonra eve döndüklerinde tartışıp, kocasını görev silahıyla vuran polis memuru kadının dosyasında indirim uygulanmıyor. Yerel Mahkeme yatak odasında bulunan sigara izmaritlerinden yola çıkarak kadının, kocasını affettiğine, çiftin barıştığına kanaat getiriyor. Dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi 14.06.2005, 1480/2326 sayılı kararıyla haksız tahrikin affetmeden sonra söz konusu olamayacağını belirtiyor:

"…haksız tahrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tahrikin husule getirdiği gazap ve şedit elemin etkisi altında suç işlenmesi gerekir. Failin daha önce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez. Aksini kabul yasa hükmüne aykırı olduğu gibi yas koyucunun amacına da ters düşer."

Namus Cinayeti/Töre Cinayeti: Erkekler Lehine İndirim Yapmanın Formülü

5237 Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden önceki dönemlerde töre saikiyle öldürme yargılamalarında tahrik indirimi uygulanmakta iken 5237 sayılı kanunun kabul edilmesiyle kasten öldürme suçlarında kan gütme ve töre saikinin nitelikli hal olarak cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay kanunun ilgili maddelerinin gerekçelerine paralel biçimde, töre saikiyle kasten öldürme suçunu değerlendirdiği kararlarında, haksız tahrik ve töre saikinin bir arada bulunmayacağını kesin biçimde belirtmektedir[8*]. Ancak aynı Yargıtay'ın namus cinayetlerini "töre"den saymadığı ve bu tür cinayetlerde ekseriyetle haksız tahrik indirimi uygulanmasının vaaz edildiği görülmektedir.

Yargıtay'a göre töre cinayetlerinde kolektif bir karar ve ruh

8 Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2010/4303, K.2010/6578, T. 12.10.2010

bulunmaktadır, namus cinayetleri ise sübjektif nedenlerden kaynaklanmakta, bireysel bir karar neticesinde vücut bulmaktadır. Bir yanda, aldatılma şüphesini dahi öldürme fiilini tahrik eder bulan ve "*her Türk erkeğinden beklenir"* formülü ile şiddeti toplumsal bir meşruluk düzleminde gören Yargıtay, namus cinayetleri ile töre saikiyle işlenen cinayetler arasında hiç kimsenin göremediği ve anlayamadığı bir farkı, kendince keşfetmiş, bu keşif ile namus cinayetlerinde erkek lehine haksız tahrik indirimleri uygulaması kesintiye uğramadan sürmüştür.

"…"töre" kavramıyla sık sık karıştırılan "namus" kavramının ise "bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük" olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fülerinin "töre saikiyle öldürme" olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi" biçiminde gerçekleştirilen her fülin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan", sırf bu nedenle "töre saikiyle öldürme" olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, "töre cinayeti ile namus cinayetinin" aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği," (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2015/1374, K.2015/5380, T.19.11.2015)

Biliyoruz ki; failin özellikle namus cinayetlerinde, kapıldığı hiddet ve elemin kaynaklarından biri, toplumda oluşan şiddet ve saldırganlık sergilemesi yönündeki beklentidir. Bu beklenti failin, toplumu (izleyicileri) tatmin edecek erkeklik performansını sergilemesine, eşi, kızı, sevgilisi, annesi veya herhangi bir kadını öldürmesine yol açmaktadır. Yargıtay'ın bu yalın gerçeği görmezden geliyor olması, Türk Hukukunda mizojini

ve hegemonik erkeklik kültürünün olumsuz ve yoğun etkisinin bir sonucu olarak görülmektedir.

VI- SONUÇ

Haksız tahrik konusundaki akademik çalışmalar, yerel mahkeme ve Yargıtay kararları üzerinde yapılan incelemelerde, erkeklik performansları denilen, toplumun erkeklere biçtiği rol, onlardan beklenen ve sergilendiğinde olağan kabul edilen şiddet ve saldırganlık dolu davranışları yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın anlayışla karşıladığı, yer yer hak verdiği ve faillerle empatide son derece başarılı olduğu anlaşılmıştır.

Haksız tahrik kararlarında, cezaların şahsileştirilmesi amacından sapılarak, erkekler lehine uygulanan indirimlerin cinsiyetçi, gelenekçi ve ahlakçı olmanın yanı sıra şiddeti bir sarmal haline getirerek toplumsal kötüyü de beslediği değerlendirilmektedir.

Toplumsal yaşamı düzenleme ve iyileştirme işlevi olduğunu kabul ettiğimiz hukukun, toplumun kültürüne mesafeli bir yaklaşımla, toplumsal olgu ve normları değerler süzgecinden geçirerek hukuk normları oluşturması beklenir. Ancak kadınlara şiddet gösteren erkekleri çeşitli nedenlerle hoş gören haksız tahrik uygulaması, kadın düşmanı kültürün "olduğu gibi" yasalara, içtihatlara ve adalet algımıza zerk ettirildiği kanaatini doğurmaktadır.

Çalışma Grubu Başkanı Av. Nuriye Kadan'ın üyesi olduğu İzmir Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu, Cezaevi Komisyonu Tarafından Menemen T Tipi Kapalı Cezaevi'ne Yapılan Ziyaret Sonucu Oluşturulan Rapor:

İzmir Valiliği İl İnsan Hakları Kurulu Cezaevi ve Gözaltı Birimleri İnceleme Komisyonu olarak, Türkiye İnsan Hakları Kurumu'ndan gelen 19/04/2016 tarih 16949670/560 sayılı "Ceza İnfaz Sisteminde Sivil Toplum Derneğinin bir mahpusun yaşadığı sorunlara ilişkin başvurusu, gerek aynı cezaevin-

de kalan LGBT bireyleri ile görüşme yapılması, gerekse kurula iletilen LGBT bireylerin başvuruları kapsamında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının izni ile Menemen T Tipi Kapalı Cezaevinde 23/05/2016 tarihinde ziyaret düzenlenmiş ve bu ziyaret ile ilgili bilgi ve çözüm önerileri sunulmuştur.

LGBTİ kısaltması alışılageldik ya da geleneksel kadın-erkek rollerine uymayan kişilerden oluşan çeşitli bir grubu tanımlamaktadır. LGBTİ kişiler zaman zaman "cinsel, cinsiyetle ilgili ve bedensel azınlıklar" olarak da adlandırılmaktadır. Lezbiyen fiziksel, romantik ve/veya duygusal açıdan kadınlara ilgi duyan kadındır. Çoğu zaman Gey fiziksel, romantik ve/veya duygusal açıdan erkeklere ilgi duyan erkekleri ifade etmek için kullanılsa da, hem eşcinsel erkekler, hem de lezbiyenler için kullanılabilmektedir. Biseksüel fiziksel, romantik ve/veya duygusal açıdan hem erkeklere, hem de kadınlara ilgi duyan kişileri tanımlamaktadır. Trans cinsiyet kimliği ve/veya cinsiyet ifadesi doğumda kendilerine atanan cinsiyetten farklılık gösteren kişileri ifade etmektedir. İnterseks terimi ise, erkekliğe ve kadınlığa ilişkin kültürel olarak kurulmuş standartlar bakımından, bedensel farklılıkları içermektedir. Bu farklılıklar kromozom, eşeysel bez ya da cinsel organlar düzeyinde olabilmektedir. Cinsel yönelim bir kişinin duygusal, tutkusal ve cinsel çekimi ve samimi ve cinsel ilişkilerini karşı, aynı ya da birden fazla cinsiyetten kişilere dönük olarak yaşama kapasitesini ifade etmektedir. Cinsiyet kimliği bir kişinin, kendisine doğumda atanan cinsiyetle uyumlu olsun ya da olmasın, cinsiyetine dair derinden hissettiği içsel ve bireysel deneyime işaret etmektedir.(*)

Ayrıca LGBT bireylerin biyolojik, psikolojik özellikli durumları da düşünülerek bilgi sunumunda adli tıp ve psikiyatri uzmanlarının görüş ve önerilerine de yer verilmiştir. Menemen T tipi kapalı cezaevi erkek tutuklu ve hükümlülerin kaldığı cezaevidir. LGBT bireyler mavi cüzdan (erkek) bireyler olduğu için bu cezaevinde tutulmaktadırlar.

Yapılan ziyarette, şikayete konu olan başlıklar; gezilen koğuşlarda kalan LGBTİ (lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel, interseks) bireylerin cinsel yönelimlerinden ve cinsiyet kimliklerinden dolayı ayrımcılığa uğradıkları, koğuş içerisinde cinsel tacize maruz kaldıkları, cezaevi çalışanları tarafından sözel şiddete (cinsel yönelimlerinden ötürü hakaret ve aşağılama amaçlı) uğradıkları, transseksüel bireylerin cinsiyet değişimi sürecinde hormon terapi tedavisine ulaşmakta zorluk çektikleri, tedavinin geciktirildiği, poliklinik kontrol tarihlerinin aksatıldığı, koğuş içerisinde bireylerin dış görünümleri ve kıyafet seçimlerine yönelik baskı gördükleri şeklinde kurula başvurulmuş/aktarılmıştır.Ziyaret kapsamında cezaevinde tutulan ve başvurusu kurula aktarılan LGBT bireyler ile görüşülmüştür. Başvuru konuları genelde aynı hatlarda toplandığı gözlemlenmiştir.

Yapılan görüşmelerde cinsel yönelimleri nedeni ile görevlilerin bir kısmının kendilerine küçümseyici hitaplarda bulunulduğu, kıyafet seçimlerinden dolayı sorun yaşadıkları, cinsiyet değişim sürecinde bireylerin hormonterapi tedavi ve ilaçlarını alamadıkları beyan edilmiş ise de son zamanlarda bu sorunun çözüldüğü, hormon ilaçlarının kendilerine verildiği, cinsel yönelimlerinden dolayı kıyafetlerini seçebildikleri ve giyebildikleri, infaz koruma memurlarının tavır ve davranışlarına dikkat ettikleri tarafımıza aktarılmıştır. Görüldüğü kadarı ile hormon ilaçlarının verildiği ve trans bireylerin kadın kıyafetleri içerisinde bulundukları da gözlemlenmiştir.

Ruh sağlığı açısından değerlendirildiğinde, kişilerin, travma sonrası stres bozukluğu, major depresif bozukluk, anksiyete bozukluğu gibi psikiyatrik hastalıklarının bulunduğu ve psikiyatri hekimine ulaşmalarında zorluk yaşandığı öğrenilmiştir.

Ayrıca LGBT bireylerin cinsiyet öğeleri, cinsel yaklaşımları vb hususlar irdelenmeden aynı koğuş içerisinde biseksüel, eşcinsel ve transeksüel bireylerin beraber kaldığı bu durumdan transeksüel bireylerin koğuş içerisinde diğer bireyler tarafın-

dan cinsel ve sözel şiddete maruz bırakıldığı ifade edilmiştir. Bu cinsel, sözel ve psikolojik şiddet ve taciz nedeni ile rahatsız olan bireylerin tekli ünite de kalma talepleri olduğu bireylerce ifade edilmiştir.

Ünite ziyaretinde LGBT bireylerin ayrım yapılmadan, aynı ünitede tutulduğu bu nedenle ünite kapasitesinden fazla sayıda tutulanın bulunduğu, ünitenin mevcut fiziki şartlarının kalan sayısının ihtiyaçlarını karşılamadığı gözlemlenmiştir.

Görüşmelerde hormon ilaçlarının kendilerine verildiği diğer cezaevlerinde atölye ye çıkma konusunda sıkıntı yaşamalarına rağmen bu cezaevinde atölye ye çıkabildiklerini ve sinema izleyebildiklerini ifade etmişlerdir.

Sağlığa erişim ile ilgili sorunların çözümü için İdare tarafından gayret gösterilmesine rağmen çözümün diğer alanlarında yer alan kurumların da ortak katılımı ile ihtiyaca yönelik çözüm aranmalıdır.

Erkek cezaevinde erkek kurallar olduğunu fakat sıkıntılarını ilettiklerinde düzelebildiğini fakat iletişimin zor kurulduğunu, içinde bulundukları cinsel tercih nedeni ile kadın oldukları halde erkek muamelesi gördüklerini ifade etmişlerdir.

"KİMLİĞİM BU AMA BEDENİM FARKLI"

LGBT kişilerin hakları var olan uluslararası insan hakları hukuku tarafından korunsa da lezbiyen, gey, biseksüel, trans ve interseks (LGBTİ) kişilerin insan haklarını tam olarak kullanabilmelerini sağlamak için belirli eylemlere sıkça ihtiyaç duyulmaktadır. LGBTİ kişiler diğer tüm kişilerle aynı haklara sahiptir; kendileri için yeni insan hakları oluşturulmadığı gibi hiçbir haktan da mahrum bırakılmamalıdırlar. AB insan haklarının evrenselliği ilkesine bağlıdır ve kültürel, geleneksel ya da dini değerlerin LGBTİ kişilere karşı ayrımcılık da dâhil olmak üzere hiçbir ayrımcılık türünü gerekçelendirmek için kullanılamayacağını yeniden teyit eder (*).

VII- ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Cinsiyet kimlikleri, cinsel yönelimleri nedeni ile içinde bulundukları kendilerine özgü biyolojik ve psikolojik olgudan kaynaklı olarak LGBT bireylerin kendilerine özgü sorunları ve ihtiyaçları bulunmaktadır. Dolayışı ile bu bireylerin farklı sorunların ve ihtiyaçlarının cezaevinde devam ettiği ve edeceği aşikârdır. Kadın cezaevinde kendine erkek hisseden birey olmak veya erkek cezaevinde kendini kadın hisseden birey olmak. Kimliğim bu ama bedenim farklı. Farklıyız farkında mısınız? söyleminin başka bir insan hakları boyutu.

1-Cezaevi yöneticilerine ve çalışanlarına, cezaevinde bulunan tüm hükümlü ve tutuklu bireylere, biyolojik cinsiyet, cinsiyet kimliği, cinsel yönelim, homofobi ve transfobi konularında eğitim desteği sağlanmalıdır (Zira gözlemlerimiz bu bireylerin durumu hakkında cezaevi çalışan ve yöneticilerinin yeterli bilgi sahibi oldukları takdirde davranışlarının da farklı olabileceği yönünde olmuştur.)

2-Ruh sağlığı desteğinin iyileştirilmesi açısından, bir erişkin psikiyatrisi uzmanının tam zamanlı çalışmasının koşulları oluşturulmalıdır.

3-Kişilerin cinsiyet kimliği ve cinsel yönelim özellikleri göz önünde bulundurularak cezaevi içerisindeki yerleşim koşulları düzenlenmelidir. LGBT bireylerin cezaevinde kalacakları üniteler belirlenirken içinde bulundukları biyolojik, psikolojik ve cinsel yönelim durumları da gözetilerek belirlemenin yapılması ünite içindeki bireylerin birbirlerine karşı şiddet olaylarının önüne geçilmesini temini için önemlidir. Tavsiye olarak LGBT bireylerin tutuklama kararı verildikten sonra kişinin kendi beyanı ve adli tıp uzmanı tarafından verilecek sağlık raporuna göre cezaevi yönetimine bilgi verilerek cezaevinde tutuklunun kendi koşullarına uygun koğuşlara yerleştirilmesine çalışılarak sağlık vs. yönünden doğabilecek risklerin önceden bertaraf edilmesi sağlanabileceği görüşündeyiz.

4-Cezaevine yapılan ziyaretlerin sıklaştırılması ve gerektiğinde ilgili kişilerden görüş alınmalıdır.

5-Cezaevinde LGBT birey olmak; özellikle konunun tüm katmanları ile birlikte değerlendirilip çok alanlı bir çalışma ile sorunların belirlenip çözülmesi gerekmektedir. Başvurunun İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumundan aktarıldığı da gözetilerek bu konuda ilgili kurum ve kuruluşların, sivil toplum kuruluşlarının katılımı ve desteği ile İnsan Hakları ve eşitlik Kurumun öncülüğünde çözüm odaklı sorun tespit ve çözüme yönelik daha detaylı bir çalışmanın yapılmasını da önemli buluyoruz ve öneriyoruz.

İLGİLİ MEVZUAT

1- BM-Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi

2- Kadına Yönelik Şiddet Ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi Ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)

3- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)

4- 6284 s. Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

5- Cinsel Yönelim Ve Cinsiyet Kimliğine Dayalı Şiddet Ve Ayrımcılığa Karşı Korumaya İlişkin Bağımsız Uzman'ın Raporu[9]

---

[9] Özet : Bu raporun teması "Çeşitliliği kucaklamak ve insanlığı harekete geçirmektir". İnsan hakları hukuku ve pratiğine dair uluslararası ve ulusal düzeylerde gerçekleşen ilerlemeler; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği ile şiddet ve ayrımcılığı ilgilendiren diğer konular arasındaki kesişimsellik; cinsel yönelim ve cinsiyet kimliğine dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı korumaya ilişkin Bağımsız Uzman ile paydaşlar arasındaki diyalog ve işbirliği konusunda 2017 yılında meydana gelen önemli gelişmelere yer verilmiştir.
Bağımsız Uzman'ın ilk raporunda dile getirilen farklı temellerden ikisi,

6- T.C. ANAYASASI

7- TMK 40, TCK 29, TCK 122

şiddet ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve önlemek amacıyla özellikle seçilmiştir: Bunlar, rızaya dayalı eşcinsel ilişkinin ve toplumsal cinsiyet ifadesinin suç olmaktan çıkarılması ve etkili ayrımcılıkla mücadele tedbirleridir. Raporda, çeşitli aktörler tarafından Bağımsız Uzman'a gönderilen raporlarda vurgulanan ülke durumlarına yer verilmektedir. Rapor, rızaya dayalı eşcinsel ilişkiyi suç sayan ve cinsiyet kimliği ve ifadesiyle ilgili yasaların, politikaların ve uygulamaların değiştirilmesi için çağrı yapmaktadır. Ayrımcı yasaların kaldırılmasını beklerken öncelikli politika bu olumsuz kanun ve politikaları uygulamaktan vazgeçmek olmalıdır. Kanunlardan politikalara ve kapsamlı ve insan haklarına duyarlı bir ortama kadar çeşitlenen etkili ayrımcılıkla mücadele tedbirlerine de ciddi ihtiyaç duyulmaktadır.

ENGELLİ HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU RAPORU

ENGELLİ HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU

Av. Gonca ÖZMUMCU
Çalışma Grubu Başkanı

Av. Murat DENİZ
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Cemal DONAT
Çalışma Grubu Üyesi

Av. İrem SAKALLIOĞLU GÜLER
Çalışma Grubu Üyesi

Av.Deniz HALLAÇ
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Güven KIŞLALI
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Şerif Ali MUTLU
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Müge ÖZATA
Çalışma Grubu Üyesi

I. GİRİŞ

Engelli bireylerin sahip olduğu haklar ve bu hakların kullanımdaki hak ihlalleri somut olarak en çok göze çarpan problemlerden biridir. Engelli bireyler için uluslararası hukuk, Anayasa, kanun, yönetmelikler, özel hükümler ile geç de olsa düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin yanında engelli bireylerin psikolojik durumu, toplumdaki empati yetersizliği, bilinçsiz yaklaşım ve önyargılar da ayrıca tartışma konusu olmuştur.

Engelli kavramı diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermek olarak tanımlanırken, hukuk düzeni tüm bireyler ile tam ve eşit şekilde haklardan yararlanmayı ilke edinmiştir. Somut olaylara bakıldığında yaşam hakkı, işkence veya aşağılayıcı muamele yasağı, özgürlük ve güvenlik, adil yargılanma, özel hayata ve aile hayatına saygı, ayrımcılık yasağı, mülkiyetin korunması, eğitim, oy kullanma gibi temel hakların daha yoğun bir şekilde ihlal edildiği görülmektedir. Genellikle başvuruların bu maddeler kapsamında ve çeşitli ihlaller sonucu oluştuğu anlaşılmaktadır. Pozitif hukukun engelli bireye yansıması ve sürecin ağır işlemesi, hak ihlallerinin oluşumuna zemin hazırlamaktadır.

Yine somutlaştırmak gerekirse sözlü ya da fiziksel taciz olayları, tutukluluk/gözaltı koşulları, kamuya açık alanların düzeni, acil veya afet durumlarında özel bir düzenlemenin olmaması, eğitim, sağlık, istihdam eksikliği gibi sayfalar sürebilecek örnekler mevcuttur. Bu hususlar pozitif hukukun yanında, bunların denetimi, uygulamasında bölgesel ve uluslararası seviyede politikaların geliştirilmesi ile yol kat edilebilir.

Tüm bunların ötesinde sadece fiziksel engelliler değil, zihinsel engellilerin de daha özel sorunlarının olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle eğitim alanında devrim niteliğinde, teknoloji ile öz-

deşleşmiş eğitim reformlarının yapılması gerekmektedir. Kuşkusuz bu reformlar eğitim ile başlayacak umutlu ve mutlu bir geleceğe adım olacaktır. Yine tam ve eşit şekilde haklardan yararlanıldığı varsayımında dahi, toplumun engelli bireylere karşı saygısının ve empatisinin az olması, farkındalığın oluşmamış olması toplumda bir ötekileştirme yaratmaktadır. Bu durum engelli bireylerin özgüvenini ve onurunu kırmakta, onları içe kapanık bir ruh haline sokmaktadır. Sosyal hayata katılımın ve bu bunun hep birlikte yapılması gerektiğinin önemi tartışılmaz boyuttadır. Kanunlardan ve yasal düzenlemelerden çok bu boşluğun nasıl doldurulacağı ayrı bir tartışma konusudur.

Sonuç olarak ilk adım pozitif hukuktaki eksikliklerin tamamlanmasıdır. Ancak bu eksikliklerin tamamlanmış olması yetmeyecektir. Bu düzenlemelerin etkin şekilde uygulanması ve uygulayıcıların denetlenmesi gerekmektedir. İkinci adım toplumsal bilincin yaratılmasıdır. Bu bilinç empati ve farkındalık yaratılması ile gerçekleştirilecektir.

Engelleri kaldırmak temennisi ile.

II. ENGELLİLERİN İSTİHDAMLARI VE ENGELLİ HUKUKU KONUSUNDA FARKINDALIK YARATILMASI

Tüm dünyada özellikle çağdaş ve ileri ülkelerde engellilik konusu evrensel normlara oturtulmuş ve devletlere bu alanda önemli sorumluluklar yüklenmiştir. Ülkemizde nüfusun yüzde 12.29'unu oluşturduğu istatistiki verilerle belirgin olan 10 milyon engelli yurttaşımızın hakları, başta Anayasamız olmak üzere çeşitli yasalar ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınmaya çalışılmıştır.

Engellilik alanında çağdaş dünyadaki gelişmeler ve evrensel ilkeler ışığında ülkemizin en dezavantajlı kesimini oluşturan bu insanların sorunlarının çözümü için yeni sosyal politikaların geliştirilmesine ve engellileri ilgilendiren mevzuatın büyük

ölçüde yeniden gözden geçirilmesi, aksayan/uygulanmayan yönlerinin düzeltilmesi ya da çağdaş normlarla desteklenmesi son derece de gerekli ve zorunludur. Engellilere yönelik Son dönemde başlatılan çalışmalar sonucunda 07.07.2005 tarihinde 5378 sayılı Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun, Resmi Gazete 'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un genel gerekçesinde insan haklarına dayalı "ayrımcılıkla mücadele" eksenli bir sosyal politikanın çerçevesini belirleyen Engelliler Kanunu'nun ruhunu engellilik alanında fırsat eşitliği, insan hakları ve ayrımcılığın önlenmesi ilkelerinin olduğu belirtilmiş ise de, yasanın bu yaklaşımının bugün engellilerin günlük yaşamlarında hissedildiğini söylemek oldukça güçtür. Yine de gelinen noktada, Engelliler Kanunu ile ulaşılabilirlik, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğe ilişkin sorunların çözümü, engelli bireylerin her bakımdan gelişmeleri ve toplumsal hayata tam katılımlarının sağlanması ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemelerin yapılmasının yasal çerçevesi belirlenmiştir. Böylelikle yasa ile getirilen düzenlemelerin uygulanması çabalarına az da olsa tanık olunmuş; engelli bireylerin önündeki engellerin kaldırılması yönünde bazı adımlar atılmıştır.

Sürecin devamında 5378 sayılı Engelliler Kanunu'nda çıkarılması öngörülen ve kanuna işlevsellik kazandıran yönetmeliklerin Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle daha da umutlanan engelli yurttaşlar için çıkarılan bu yönetmelikler tam bir hayal kırıklığı yaratmıştır. Zira çıkarılan bu yönetmeliklerle Türkiye'nin en önemli sosyal sorunlarından ve gündem maddelerinden birinin çözümü yolundaki beklentiler hayal kırıklığı ile sonuçlanmış; engelli yurttaşlarımızın çözüm beklentileri büyük ölçüde ileri adımlar atılmadığından, atılmakta çekinceli davranıldığından, gelecekte daha yoğun mücadele etmemiz gerekliliğini ortaya koymuştur.

Engellilerin istihdamlarına ilişkin dünyada bir süredir bazı araştırmaların yapıldığı dikkat çekmektedir. Bu araştırmalar sonucunda ulaşılan en önemli tespitlerden birisi de, engellilerin istihdamlarında onlara yönelik önyargılar nedeniyle dünyanın hemen her yerinde büyük sorunların yaşandığı gerçeğidir.

Genel olarak engelli istihdamına baktığımızda ilk karşımıza çıkan örnek Amerika'dır; engelli istihdamı alanında oldukça duyarlı davranmaya çalışan araştırmacılar, çarpıcı sonuçlara ulaşmışlardır.

Engellilerin istihdamı ile ilgili önyargılar, engellilerin iş yaşamında gerekli çoğunluğu sağlayamamalarının başında gelen en önemli faktördür. ABD'de yapılan bir araştırma, önyargıların ne olduğunu özetler niteliktedir. Yapılan bu araştırmaya göre:

A. Engelli işçiler, sık sık mazeret izni alırlar ve sürekli hastalanırlar.

B. Verimli ve iyi çalışamazlar.

C. Hissidirler. Alıngan, kırılgan olurlar ve çabuk kızarlar.

D. Diğer çalışanları rahatsız etmektedirler ve genel çalışma temposunu düşürmektedirler.

E. Daha çok iş kazalarına maruz kalmaktadırlar.

F. Halkla ilişkiler açısından olumsuz bir manzara oluşturmaktadırlar.

G. İşyerinde özel düzenlemelerin yapılması masraflıdır.

H. İşten atmak ve cezai müeyyide uygulamak daha zordur.

İ. Emek piyasasında yeterince sağlam işsiz bulunmaktadır.

Engelli bireyler hakkındaki bu önyargılar iş hayatında onların,

insan kaynakları birimlerini, işverenler ve çalışma arkadaşları tarafından farklı olarak tanımlanmalarına neden olmuştur. Farklı olarak görülmek engelli bireye, çalışmakta olduğu yerde kendisini kabul ettirme, üretken olduğunu kanıtlama ve ilişki kurmakta zorlanmadığını ispatlama için engelsiz bireyin gösterdiğinden çok daha büyük bir çaba harcamasına neden oluyor. Engelli bireyin iş bulma sürecinde de engelsiz bireye göre çok daha büyük çaba harcaması, insanların kafalarında taşıdıkları çok daha fazla sayıda soruya cevap vermesi gerekmektedir.

Bütün bu çabalar, yukarıda sıraladığımız önyargıların birçoğunun aşılmasına yardımcı olabilmektedir. ABD'de, "engelli iş gücüyle çalışma deneyimi olan işverenler" ile yapılan bir araştırma, tam da bu çabaları destekler nitelikte olması bakımından hayli önemlidir. Araştırma sonuçlarına göre engellilerin;

A- İş bırakma ihtimalleri daha az olmaktadır.

B- Sorumlu ve kesintisiz olarak çalışmaktadırlar.

C- Daha az iş kazalarına sebep olmaktadırlar.

D- İşlerini daha çabuk kavramaktadırlar.

E- Daha çok iş bilincine sahip olmaktadırlar.

F- Normal işçiler kadar verim göstermektedirler.

G- İşlerine zamanında gelmektedirler.

Türkiye'ye baktığımızda ise 2002 yılında devlet planlama teşkilatı, devlet istatistik enstitüsü ve engelliler idaresi başkanlığı tarafından yapılan "Türkiye Engelli araştırması", Türkiye'de engellilerin genel nüfusa oranının yüzde 12.29 olduğunu göstermektedir. Erkek engellilerin engelli nüfusunun yüzde 11.10'unu teşkil ettiği, buna karşın kadınların oranının ise, yüzde 13.45 olduğu saptanmıştır. Engellilerin;

Yüzde 1,5'u ortopedik,

Binde 60'ı görme,

Binde 37'si işitme,

Binde 38'i dil ve konuşma,

Binde 48'i zihinsel engelli bu gruptakilerin, yüzde 9.70'i de diğer özür gruplarında bulunmaktadır.

Engellilere yönelik hizmetlerin hedef kitlesini bulması ve sınırlı kaynakların doğru kullanılması bakımından araştırma oldukça değerli veriler sağlamıştır.

Genel olarak araştırmadan çıkan veri olarak engellilerin, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlara tam katılamadığı ve fırsat eşitliğinden yararlanamadıkları yönünde bir tespitin hiç de karamsar bir tespit olmadığı açıktır. Türkiye'de engellilerin istihdamı konusunda yarım asra sığan temel yaklaşım biçimi, 2003 yılında yürürlüğe giren 4857 sayılı iş kanunu açısından da değişmemiştir. İş hukuku normlarının gelişmiş ülkelerin 1990'lı yıllarda daha farklı arayışlara girdiği bir dönemde, ülkemizde yine kota rejimi olarak açıklanan istihdam modeline devam kararı alınmıştır. Yani, çalıştırılan işçi sayısından hareketle belirli bir büyüklüğe ulaşan işyerleri işverenlerine, çalıştırdıkları toplam işçi sayısı üzerinden belirli bir oranda engelli çalıştırma yükümlülüğü verilmesi uygulamasına devam edilmiştir.

III. ENGELLİLERİN ÇALIŞMA YAŞAMLARINDA HUKUKSAL VE FİİLİ DURUM

1) TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI BAKIMINDAN ENGELLİLERİN İSTİHDAMI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası öncelikle başlangıç bölümünde Türkiye Cumhuriyeti devletinin sosyal bir hukuk devleti olduğunu öngörmekte; 2. maddesinde devletin niteliklerini

sayarken ülkemizin sosyal bir hukuk devleti olduğu yönünde kesin bir belirleme yapmaktadır. Yine Anayasamızın "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. maddesinde devletin görevleri sayılırken; devletin görevlerinin: "…kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.'' biçiminde belirlenmiş olduğu görülmektedir. Anayasamız bu belirlemeleri temelinde eşitlik ilkesine, sosyal güvenlik ve istihdam ilkesini düzenleyen önemli hükümler getirmiştir.

Yine engellilerin korunması düzenlemesine de başta belirlediği sosyal hukuk devleti ilkesine paralel olarak özel bir yer vermiştir. Kanun önünde eşitlik başlıklı Anayasamızın 10. maddesine göre: ''Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde (…) (1) kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Yine çalışma hürriyetinin korunması ve sağlanmasının da Anayasamızın güvencesi altında olduğu rahatlıkla söylenmelidir. Gerçekten de, Anayasamızın "sözleşme ve çalışma hürriyeti" başlıklı 48. maddesine göre: "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

Keza "çalışma hakkı ve ödevi" başlıklı 49. maddesinde ise Anayasamız; çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu hükme bağlamakta, devamla devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağını öngörmektedir.

Anayasamızın "Çalışma Şartları ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesi ise: "Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar…" hükmünü getirmektedir.

Anayasamızın "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 60. maddesine göre: "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

Bu kapsamda ele alınması gereken bir başka Anayasa maddesi ise, Anayasamızın 61. maddesidir. "sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı bu maddenin 2. fıkrası ise, devletin sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağını hükme bağlamaktadır.

Son olarak Anayasamızın "hizmete girme hakkı" başlıklı 70. maddesi; "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez." düzenlemesi getirmek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının işe alınması bakımından mesleğinin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir nitelik aranamayacağını kısacası bu hususta ayrımcılık yapılamayacağını kesin bir biçimde yasaklamıştır.

2) İŞ MEVZUATIMIZ BAKIMINDAN ENGELLİLERİN İSTİHDAMI:

İşçi olarak istihdam edilmesi söz konusu olan engellilerin çalışma şartları, engelli çalıştırma oranları ve diğer hususlar ön-

celikle, 4857 sayılı İş Kanununun 30. maddesinde ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Sosyal devlet sayılmanın bir gereği olarak yapılan bu düzenlemenin ayrıntılarına girmek suretiyle bu yasanın engelliler ile ilgili çalışma koşullarını nasıl düzenlediği hususu daha yakından incelenecektir.

Anılan Kanun maddesine göre: "İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli ve yüzde iki eski hükümlü işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler." Bu düzenleme ile bir işverenin engelli çalıştırmakla yükümlü sayılabilmesi için İşyerinde elli ya da daha fazla işçinin çalışıyor olması gerekmektedir. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanacaktır. Keza bu kanun kapsamında çalıştırılacak işçi sayısının tespitinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar, çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz, yarım ve daha fazla olanlar tama dönüştürülür. İşyerinin işçisi iken sakatlananlara öncelik tanınır. Bu düzenleme ile işverenlerin çalıştırdıkları işçileri Türkiye iş kurumu başkanlığı aracılığı ile sağlamaları gerekmektedir.

Aynı yönde bir düzenleme, 25.04.2009 tarih ve 27210 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik" in 13. maddesinde de yer almıştır. Anılan düzenlemeye göre:

"(1) Kamu ve özel sektör işverenleri, çalıştırmakla yükümlü oldukları engelli ve eski hükümlü işçileri Kurum aracılığıyla sağlar.

(2) Kurum aracılığı olmadan engelli istihdam eden özel sektör işvereni, engellinin işe başlama tarihinden itibaren bu duru-

mu en geç on beş iş günü içinde Kuruma bildirmesi ve tescil ettirmesi zorunludur. Kurum tarafından tescili yapılmayan işçi engelli statüsünde değerlendirilmez.

(3) İşyerinin işçisi iken engelli duruma düşenlere öncelik tanınır.

Aynı yönetmeliğin 14. maddesine göre ise: ''(1) Kamu ve özel sektör işverenleri, çalıştırmakla yükümlü bulundukları işçileri, yükümlülüğün doğmasından itibaren beş iş günü içinde niteliklerini de belirterek Kurumdan talep eder.

(2) Taleplerde, işyerinde yapılan işin gerektirdiği ağırlıklı vasıfların üstünde istihdamı zorlaştırıcı şartlar öne sürülemez.

(3) Engelli statüsündeki işçi taleplerinde, işin niteliği gerektirmediği sürece, engellilik oranına üst sınır getirilemez ve özür grupları arasında ayrım yapılamaz…"

Yönetmeliğin 15. maddesi ise: ''(1) Özel sektör işvereni, engelli açığını yükümlülüğün doğduğu andan itibaren otuz gün içinde karşılamak zorundadır.

(2) Kurum, özel sektör işvereninin engelli talep tarihinden itibaren en geç on gün içinde, başvuranlardan nitelikleri uygun engellileri durumlarını ve niteliklerini belirten belgelerle birlikte işverene gönderir. İşveren engelli açığını, en geç on beş gün içinde, Kurum tarafından gönderilenler ya da Kurum portalında kayıtlı diğer engelli iş arayanları bizzat seçerek veya kendi imkânlarıyla temin edeceği engelliler arasından karşılar. İşe alınanları ve alınmayanları, alınmayış nedenlerini de belirterek Kuruma bildirir.

(3) Kamu işyerlerinin engelli ve eski hükümlü talepleri, kamuda işçi istihdamına ilişkin mevzuat hükümleri çerçevesinde karşılanır.'' biçiminde bir hüküm getirmektedir.

Mamafih, yönetmeliğin 17. maddesi işe alınmada engellilerin ayrımcı uygulamalara tâbi tutulmalarını da yasaklamakta-

dır. Bu hükme göre: ‘‘1) İşe alınmada; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan aşamaların hiç birinde engelliler ve eski hükümlüler aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz.

(2) Çalışan engelli ve eski hükümlülerin aleyhine sonuç doğuracak şekilde, diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz.

(3) Ayrımcılık veya farklı muamele gösteren kamu kurum ve kuruluşları ile işverenler için 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 122 inci maddesi hükümleri uygulanır.’’

Yönetmeliğin “İşyeri ve çalışma koşullarının engellilere göre hazırlanması” başlıklı 18. maddesi de irdelenmeye değer bir maddedir. Anılan düzenlemeye göre: ‘‘(1) İşverenler, işyerlerini engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak ve işin engelli çalışana uygunluğunu sağlayacak şekilde hazırlamak, sağlıkları için gerekli tedbirleri almak, mesleklerinde veya mesleklerine yakın işlerde çalıştırmak, işleriyle ilgili bilgi ve yeteneklerini geliştirmek, çalışmaları için gerekli araç ve gereçleri sağlamak zorundadırlar.

(2) Uygun koşulların varlığı halinde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatleri iş kanunlarında belirtilen sürelerden az olmamak koşuluyla, engellinin durumuna göre belirlenebilir.’’ Kanun, engelli işçilerin yeraltı ve su altı işlerinde çalıştırılamayacağını öngörmüştür. Bu nedenle de, yeraltı ve su altı işlerinde çalışan işçiler, engelli oranının belirlenmesindeki işçi sayısına dâhil edilmeyecektir.

Aynı yönde “Yurtiçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik” in 11. maddesinde de bir düzenleme yer almaktadır. Bu hüküm önce 4857 sayılı Kanun’un 30. maddesindeki bazı kuralları tekrarlama yolu ile yeniden kaleme almakta

sonra da bazı farklı hükümler vazetmektedir. Buna göre: ''(1) Zorunlu çalıştırılacak engelli ve eski hükümlü işçi sayısının tespitinde belirli veya belirsiz süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan tüm işçiler esas alınır. Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalışanlar çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve işyerindeki tam süreli çalışan işçi sayısına ilave edilir. İşyerinde kısmi süreli olarak çalıştırılan engelli ve eski hükümlü işçi bulunması halinde bunlar da çalışma süreleri dikkate alınarak tam süreli çalışmaya dönüştürülür ve toplam işçi sayısından düşülür. Oranın hesaplanmasında yarıma kadar kesirler dikkate alınmaz. Yarım ve daha fazla olan kesirler tama dönüştürülür.

(2) Fıkradaki hükümler uyarınca işyerlerindeki işçi sayısının tespitinde yeraltı ve su altı işlerinde çalışanlar hesaba katılmaz.

(3) 10.6.2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanuna göre kurulan özel güvenlik şirketleri ile kurumların kendi ihtiyacı için kurduğu güvenlik birimlerinde güvenlik elemanı olarak çalışan işçiler engelli ve eski hükümlü işçi sayısının tespitinde dikkate alınmaz.''

Bu düzenlemede yer alan 5188 sayılı kanun hükümleri uyarınca güvenlik hizmetlerinde çalıştırılan işçilerin de engelli çalıştırılması bakımında toplam işçi sayısında dikkate alınmayacağına dair hükmün kanun hükümlerine dolayısıyla da hukuka aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira güvenlik hizmetinde çalıştırılan işçiler kanunda engelli çalıştırma sayısının dışında tutulmadığı halde anılan bu yönetmelik hükmü ile bu işçilerin engelli çalıştırma oranı bakımından toplam işçi sayısına dâhil edilmemiş olması Kanun'un vermediği bir yetkinin kullanılmış olması bakımından yetki aşımı sorununu doğurmuştur.

Keza, engellilerin çalıştırılamayacakları işler bakımından kanundaki düzenlemeye ek olarak anılan yönetmeliğin 19. maddesinde de bazı düzenlemeler yapılmıştır. Sözü edilen

düzenlemeye göre: "(1) Yeraltı ve su altı işlerinde engelli işçi çalıştırılamaz.

(2) Engelliler, sağlık kurulu raporunda çalıştırılamayacakları belirtilen işlerde çalıştırılamaz.''

Bu noktada hemen belirtilmelidir ki, bir sağlık kurulu raporunda engellilerin çalıştırılamayacakları işlerin tespitinin bilimsel olarak saptanabilmesi hiç mümkün değildir. Bir hekimin elinde hangi bilimsel ölçütleri vardır ki bir engellinin çalışacağı işleri saptayabilsin. Burada ister istemez işin içine ön yargılar girer ki bunun ne kadar bilimsel olduğunu tartışmak dahi beyhudedir. Bu nedenle, bu hükmün de kanuna aykırı olduğu düşünülmektedir. Bundan başka, engellilerin çalıştırılamayacakları işler hakkında ''Engelli, Eski Hükümlü Ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesi de paralel hükümler getirmektedir. Yine ''Yurt İçinde İşe Yerleştirme Hizmetleri Hakkında Yönetmelik'in 11. maddesinin 6. fıkrasına göre: Çalıştırılan engelli ve eski hükümlü işçiler, toplam işçi sayısının hesabında dikkate alınmamaktadır.

Pekiyi daha önce bir işverende çalışırken malul olup da o iş yerinden ayrılanların durumları ne olacaktır? Kanun bu sorunun da çözümüne ilişkin önemli bir düzenleme getirmektedir. Buna göre: Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat ödemek zorunda kalır. Kanun engelli çalıştırma yükümlülüğü olmadığı halde, engelli çalıştıran ya da, kontenjan fazlası engelli çalıştıran özel sektör işverenlerini bu yaklaşımları nedeniyle ödüllendirmeyi ve bazı kolaylıklar getirmeyi de ihmal etmemiştir. Gerçekten de özel sektör işverenlerince bu

madde kapsamında çalıştırılan 17.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tabi engelli sigortalılar ile 1.7.2005 tarihli ve 5378 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde belirtilen korumalı işyerlerinde çalıştırılan engelli sigortalıların, aynı Kanunun 72 inci ve 73 üncü maddelerinde sayılan ve 78 inci maddesiyle belirlenen prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin tamamı, kontenjan fazlası engelli çalıştıran, yükümlü olmadıkları halde engelli çalıştıran işverenlerin bu şekilde çalıştırdıkları her bir engelli için prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanan sigorta primine ait işveren hisselerinin yüzde ellisi Hazinece karşılanır. Belirtelim ki işveren hissesine ait primlerin hazinece karşılanabilmesi için işverenlerin çalıştırdıkları sigortalılarla ilgili olarak 506 sayılı Kanun uyarınca aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içerisinde Sosyal Güvenlik Kurumuna verilmesi ve sigortalıların tamamına ait sigorta primlerinin sigortalı hissesine isabet eden tutarı ile Hazinece karşılanmayan işveren hissesine ait tutarın ödenmiş olması şarttır. Kanundaki düzenlemeye göre: işveren tarafından ödenmesi gereken primlerin geç ödenmesi halinde, hazinece Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılacak ödemenin gecikmesinden kaynaklanan gecikme zammı, işverenden tahsil edilir. Hazinece karşılanan prim tutarları gelir ve kurumlar vergisi uygulamalarında gider veya maliyet unsuru olarak dikkate alınmaz. Bu maddenin ihlali halinde aynı kanununun 101. maddesindeki ceza uygulanacaktır.

Anılan Kanun maddesine göre: "Bu Kanunun 30 uncu maddesindeki hükümlere aykırı olarak engelli ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her engelli ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için yedi yüz elli milyon lira para cezası verilir. Kamu kuruluşları da bu para cezasından hiçbir şekilde muaf tutulamaz."

Kanun burada önemli bir düzenleme daha getirmektedir. Buna göre: Bu Kanunun 30. maddesine aykırılık hallerinde

101. madde uyarınca tahsil edilecek cezalar, engellilerin ve eski hükümlülerin mesleki eğitim ve mesleki rehabilitasyonu, kendi işini kurmaları, engellinin iş bulmasını sağlayacak destek teknolojileri ve bu gibi projelerde kullanılır. Bu konu ile ilgili kimlerin yetkili oldukları konusunda da kanunda bir düzenleme yer almaktadır. Burada önemle vurgulamalıyız ki, kanun katılımcı bir anlayış sergileyerek engellilere hizmet amacıyla kurulan sivil örgütlerinin en tepesinde bulunan Türkiye Sakatlar Konfederasyonunu da sürece dâhil etmektedir. Bu düzenlemeye göre: Tahsil edilen cezaların kullanımına ilişkin hususlar, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğünün koordinatörlüğünde, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Engelliler İdaresi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü ve Türkiye Sakatlar Konfederasyonu ile en çok işçi ve işvereni temsil eden üst kuruluşların birer temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından karara bağlanır. Bu yönde 26.09.2003 tarih ve 25241 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "Engelli Ve Eski Hükümlü Çalıştırmayan İşverenlerden Ceza Olarak Kesilen Paraları Kullanmaya Yetkili Komisyonun Kuruluşu Ve Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik" halen yürürlüktedir. Ayrıca, yukarıdan beri anılan Kanun ve yönetmelik hükümlerinden yararlanabilmek için mevzuattaki engelli tanımına da uygun bir özrün belgelenmesi gerekmektedir.

Bu noktada kimlerin engelli oldukları ve bu durumu nasıl belgeleyecekleri sorunu karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan öncelikle kimlerin engelli sayılacakları hususunda "Engelli, Eski Hükümlü Ve Terör Mağduru İstihdamı Hakkında Yönetmelik" bir tanım getirmektedir. Yönetmeliğin 3. maddesine göre: ''Engelli: Bedensel, zihinsel, ruhsal, duygusal ve sosyal yeteneklerindeki engelleri nedeniyle çalışma gücünün en az %40'ından yoksun olduğu sağlık kurulu raporuyla belgelenenleri ifade etmektedir.'' Bu tanımdan da görüleceği üzere,

bir kimsenin kanundaki engelli kotasından faydalanabilmesi için yönetmelikteki engelli tanımına uyması ve en az %40 oranında engelli olması temel koşuldur. Özür durumunun yine bu yönetmeliğin 10. maddesine göre sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi gerekmektedir.

Aynı yönde bir düzenleme de, "Kamu Kurum Ve Kuruluşlarına İşçi Alınmasında Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" hükümleri arasında düzenleme alanı bulmuştur. Bu yönetmeliğin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre ''Engellilerin, engellilik ölçütü, sınıflandırılması ve engellilere verilecek sağlık kurulu raporları hakkındaki yönetmelik hükümleri gereğince yetkili sağlık kuruluşlarından alınan sağlık kurulu raporuyla durumlarını belgelendirmeleri gerekmektedir.'' Sözü edilen yönetmeliğin "İşçi talebinde dikkat edilecek hususlar" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrasının e) bendine göre ise, kamu kurum ve kuruluşlarının her türlü işçi taleplerinde, işin niteliği gerektirmediği sürece, engelli olmama şartının aranmaması, engellilik oranına üst sınır getirilmemesi ve özür grupları arasında ayrım yapılmaması, hususlarına dikkat edilmesi gerektiği hükmü amir bir hüküm olarak yönetmelikte yer almıştır.

Sınav ile işçi alacak kamu işverenleri için de anılan yönetmelikte bazı yükümlülüklerin getirildiği görülmektedir.

Gerçekten de, yukarıda sözünü ettiğimiz yönetmeliğin "Sınav" başlıklı 17. maddesine göre: "(1) Kamu kurum ve kuruluşları işe yerleştirilecek kişileri, Kurum tarafından gönderilen listelerdeki adaylar arasında yapacağı sınav ile belirler.

Sınav; yazılı veya sözlü yöntemlerinden biri veya ikisi kullanılarak, meslekî bilgi ve becerilere ilişkin konulardan yapılır.

(2) Sınav, kamu kurum ve kuruluşlarınca, Kurum tarafından gönderilen listelerin ulaşmasını müteakip otuz gün içinde yapılır.

(3) Engellilere yönelik sınavlar, özür grupları ve ulaşılabilir-

likleri göz önüne alınarak uygun ortamlarda yapılır. Sınavın şekli ve soruları, meslekî bilgi ve görevle ilgili bilgi ve becerilerine ilişkin konularda işitme ve/veya dil ve konuşma, zihinsel engelliler için öğrenme ve algılama düzeyleri ile dil gelişimleri ve sözel iletişim güçlükleri esas alınmak suretiyle belirlenir."

Bu arada iş mevzuatımız bakımından engelli çalıştırma yükümlülüğüne işaret eden Deniz İş Kanun'una da değinmek gerekir. Bu Kanun'un 13. maddesi de bu Kanun'un kapsamına giren işverenlerin engelli çalıştırmakla yükümlü olduğunu hüküm altına almıştır. "sakat ve eski hükümlü çalıştırma" başlıklı kanunun 13. maddesine göre: ''Bu kanunun kapsamına giren işveren veya işveren vekilleri, işyerlerinde İş Kanununun ve bununla ilgili tüzüğün bu konuda koyduğu hükümler, esaslar, ölçüler ve şartlara göre sakat ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırmak zorundadır."

Aynı kanun, engelli çalıştırma yükümlülüğünü ihlal eden bu kanun kapsamındaki işverenlerin cezai sorumluluklarının bulunduğu hükmüne amir bulunmaktadır. Gerçekten de, 854 sayılı 'Deniz İş Kanunu'nun 50. maddesinin(ç) bendine göre: "13 üncü madde gereğince sakat ve eski hükümlü gemi adamı çalıştırma ile ilgili kanun ve tüzük hükümlerine uymayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her sakat veya eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için iki bin Türk Lirası idarî para cezası verilir.''

3) DEVLET MEMURLARI KANUNU'NA GÖRE ENGELLİLERİN İŞE ALINMALARI VE DİĞER HUSUSLAR

657 sayılı "Devlet Memurları Kanunu" da engellilerin memurluğa alınma şartları, hangi işlerde çalıştırılacakları ve diğer şartlar ile ilgili hükümler getirmektedir. Bu hususa ilişkin ilk düzenleme kanunun 48. maddesi ile getirilmiştir. Devlet Memurları Kanununun 48. maddesi memurluğa alınmada genel ve özel şartlar getirmektedir. Bu düzenlemenin engelliler için

getirdiği memurluğa giriş şartı Kanun'un 48. maddesinin (a) fıkrasının (7.) bendinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan hükme göre: ''53 üncü madde hükümleri saklı kalmak kaydı ile görevini devamlı yapmasına engel olabilecek (…)(1) akıl hastalığı (…) bulunmamak'' gerekmektedir. O halde görevini sürekli yapmaya engel teşkil edecek bir akıl hastalığının dışında herhangi bir özrün bulunması devlet memuru olmak bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Ancak, bu düzenlemenin dışında devlet memurluğuna engellilerin alınma şartları ile ilgili bir düzenlemenin "Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları İle Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik" hükümlerinde de yer aldığı görülmektedir. Anılan yönetmeliğin 9. maddesine göre:

''a) Genel şartlar:

1) Türk vatandaşı olmak,

2) Memuriyete girişte en az 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 40'ıncı maddesinde belirtilen yaşta olmak,

3) Aynı Kanunun değişik 41 inci maddesindeki öğrenim şartlarını taşımak,

4) Kamu haklarından mahrum bulunmamak,

5) Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak,

6) Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, sağlık kuruluşlarınca verilecek resmi sağlık kurulu raporu bulunmak.

b) Özel şartlar:

1) Hizmet göreceği sınıf için 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36'ncı ve 41 inci maddelerinde belirtilen öğretim ve eğitim kurumlarının birinden diploma almış olmak,

2) Kurumların özel kanun veya diğer mevzuatında belirtilen şartları haiz bulunmak, gereklidir."

657 sayılı Kanun'un "Sınav şartı" başlıklı 50. maddesinin 3. fıkrası: ''Engelliler için sınavlar, engelli kontenjanı açık olan kurum ve kuruluşlarca ilk defa devlet memuru olarak atanacaklar için açılan sınavla eş zamanlı, böyle bir sınava ihtiyaç duyulmamışsa, engelli kontenjanı açığı bulunduğu sürece ayrı zamanlı olmak üzere özür grupları ve ulaşılabilirlikleri göz önüne alınarak yapılır." biçiminde bir düzenleme getirmektedir. Ancak, kanun koyucu sonraki fıkrada yapmış olduğu düzenleme ile engellilerin sınav usulü hakkında kafalarda tereddüt yaratacak nitelikte bir düzenleme yapmıştır. Gerçekten de anılan düzenleme: 'Engelliler için sınavlar, engelli grupları dikkate alınarak sınav sorusu hazırlamak ve değerlendirmek üzere özel sınav kurulu teşkil edilerek ayrı yapılır.'' demektedir. Buradaki tereddüt bu fıkra bir önceki fıkradaki kontenjan açığı halinde mi uygulanacaktır. Yoksa bu son fıkra karşısında 3. fıkra hükmü işlemeyecek midir? Eğer 3. fıkra işleyecek ise yani kurumların engelli kontenjanı halinde eş zamanlı sınava tâbi tutulmaları nasıl mümkün olacaktır? soruları cevap beklemektedir. Nitekim kurumlar, KPSS sınavlarına girip başarılı olan engellileri Kanun'un biraz önce zikrettiğimiz 4. fıkrası gereğince ya hiç işe başlatmamakta, ya da işe başlattıktan sonra bu kişilerin engelli olduklarını fark ettiklerinde görevden almaktadır. Danıştay 5. Dairesinin yerleşik kararları da, engellilerin KPSS sınavlarına giremeyecekleri yönünde olup, bu konudaki kamu kurumlarının uygulamalarını desteklemektedir. Fakat bu durumda az yukarıda da değinilen 657 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 3. fıkrasının nasıl işlevsellik kazanacağının netliğe kavuşturulması gerekmektedir.

Aynı yönde bir düzenlemenin Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları İle Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik'in 'Sınav Yapılmasında Uyulacak Temel Usul Ve Esaslar' başlıklı 6. maddesinde de yer almış olduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre:

"a) İlk defa Devlet memurluğuna atanacak engellilerin sınavları çoktan seçmeli test şeklinde yapılır.

b) Sınavlar, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun değişik 36'ncı maddesinde tespit edilen sınıflar ve bu sınıflara gireceklerde aranması gerekli öğrenim şartları ile diğer nitelikler göz önüne alınarak düzenlenir.

c) Kamu kurum ve kuruluşları, sınavları kendileri yaparlar.

d) Sınavlarda gizlilik esastır.

e) Sınav esnasında özür gruplarına göre, refakatçi bulundurulmasına izin verilir. Bu sınavların, engelli grupları dikkate alınarak sınav sorusu hazırlanması ve değerlendirilmesi için özel sınav kurulu teşkil edilerek yapılması esastır.

f) (Ek bent: 2006/10129–13.02.2006 S.B.K. Yön/4.mad) Sınav kuruluna diğer kamu kurum ve kuruluşlarından konu ile ilgili üye alınabilir.

g) (Ek bent: 2006/10129–13.02.2006 S.B.K. Yön/4.mad) Engelliler için sınavlar, özür grupları ve ulaşılabilirlikleri göz önüne alınarak uygun ortamlarda yapılır." Anılan yönetmelik sınavların yapılma zamanını da düzenlemektedir. Buna göre: "Kamu kurum ve kuruluşlarınca, engelli açığı bulunduğu sürece, her yılın Nisan-Mayıs, Temmuz-Ağustos, Ekim-Kasım dönemlerinden bir veya birkaçında sınav yapılmak suretiyle, engellilere tahsis edilen boş kadroların ilgili mevzuatına göre doldurulması zorunludur."

Devlet memurluğuna engelli olarak gireceklerin öncelikle devlet memurları ile ilgili mevzuat hükümleri uyarınca engel-

li tanımına uymaları gerekmektedir. Her ne kadar 657 sayılı Kanunda bu tanımlamaya rastlanamamakta ise de, anılan Kanun'un 53. maddesine dayanılarak çıkarılan 'Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları İle Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinde engelliliğin tanımının yapıldığı görülmektedir. Bu tanıma göre engelli: "Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yetenekleri bakımından özür durumuna göre tüm vücut fonksiyon kaybı oranının yüzde kırk ve üzerinde olduğunu, 6.2.1998 tarihli ve 98/10746 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, sağlık kuruluşlarınca verilecek sağlık kurulu raporu ile belgeleyenleri'' ifade etmektedir. Bu tanıma göre bir kimsenin engelli olarak nitelendirilebilmesinin ilk şartı engellilik olgusunun doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle meydana gelmesi, ikinci şartı ise, bu engelin bedensel, ruhsal, zihinsel, duyusal ve sosyal yeteneklerden birinin ya da bir kaçının kaybedilmesi gerekmektedir.

Engellilik tanımının bir başka unsuru ise özür durumuna göre tüm vücut fonksiyon kaybı oranının yüzde kırk ve üzerinde olduğunu, 6.2.1998 tarihli ve 98/10746 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, sağlık kuruluşlarınca verilecek sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi gerekecektir.

Öncelikle belirtelim ki, yönetmelik yanlış bir rapor yönetmeliğine atıfta bulunarak engelli tanımı yapmış bulunmaktadır. Zira atıfta bulunulan yönetmelik vücut fonksiyon kaybı gibi bir kavram getirmiş değildir. Ama engelli tanımını veren yönetmeliğin atıfta bulunduğu 1998 tarihli Sağlık Kurulu Raporu Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmış; onun yerine 16.07.2006 tarih ve 26230 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "Engellilik Ölçütü, Sınıflandırması Ve Engel-

liler E Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik" engelliliğin tanımında vücut fonksiyon kaybı oranını baz almıştır. Ne var ki, bir kimsenin özür durumuna göre vücut fonksiyon kaybının ölçülmesinin hangi bilimsel yöntemlerle saptandığı hususu net bir biçimde ortaya konulmuş bilimsel verilerle açıklanamamaktadır. Burada kişinin özür durumu ve derecesi tespit edildikten sonra raporun (ek 4) bölümünde yer alan bilgilere göre, o engellinin vücut fonksiyon kaybı hekimin yargısı da işin içine sokularak belirlenmektedir. Örneğin %60 oranında görme kaybı bulunan bir engelli vücut fonksiyon kaybı hesaplamasında ancak, %30 oranında engelliymiş gibi var sayılmaktadır. Böylelikle, fiilen bir çok engelli aslında gerçekten engeli bulunmasına rağmen vücut fonksiyon kaybı gibi son derece bilimsellikten uzak bir kriter kullanılmak suretiyle engelli statüsü ile memur olabilme şansını kaybetmiş olmaktadır.

Öte yandan "Devlet Memurları Kanun'unun " "Engellilerin devlet memurluğuna alınmaları" başlıklı 53. maddesi: "Mevzuata uygun olmak kaydıyla; engellilerin mesleklerine uygun münhal kadrolara atanması, mesleklerini icra veya infaza yardımcı araç ve gerecin kurumlarınca temin edilmesi esastır. Engellilerin Devlet memurluğuna alınma şartları ile hangi işlerde çalıştırılacakları, mesleklerini icra ve infazda hangi yardımcı araç ve gereçlerin kurumlarınca temin edileceği, zihinsel engellilerin hangi görevlere atanmasında asgari eğitim şartından istisna edileceği hususları Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Engelliler İdaresi Başkanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca müştereken hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir." şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemenin en önemli kazanımı, engellilerin kendi meslekleri ile ilgili bir işte çalıştırılmalarının öngörülmesidir. Ancak düzenleme kesin bir ifade taşımadığından, bu kazanımın şu an için engellileri çok memnun ettiğini söylemek oldukça güçtür. Aynı kanun maddesinin 2. fıkrası, kamu kurum ve kuruluşlarında en az %3 oranında engelli memur

istihdam edilmesini öngörmüş; %3'ün hesaplanmasında ilgili kurum veya kuruluşun (taşra teşkilatı dâhil) toplam dolu kadro sayısının dikkate alınacağını öngörmüştür. Aynı düzenlemeyle; Kurum ve kuruluşların çalıştırdıkları ve işten ayrılan engelli personel sayısını üç ayda bir Devlet Personel Başkanlığına bildirmekle yükümlü oldukları hüküm altına alınmış. Bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlarda, ikinci fıkrada tespit edilen oranda engelli personel çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin takip ve denetiminden Devlet Personel İdaresi Başkanlığını sorumlu tutmaktadır. Ancak, kanunda bu hükümlerin ihlali halinde ihlal edenlerin nasıl bir cezai yaptırım ile cezalandırılacaklarına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Kanun'un 53. maddesindeki hüküm emredici nitelikte bulunduğundan, ihlali halinde bu kanun hükmünü ihlal eden gerek kamu kurum ve kuruluşlarının yetkili yöneticilerinin, gerekse de, Devlet Personel İdaresi Başkanlığının bu konunun takibi ile sorumlu personeli hakkında 5237 sayılı TCK. Md. 257/2-1 hükmünün uygulanması gerekir. Ancak bu konudaki boşluğun bir kanun hükmü ile doldurulması daha da ideal bir çözüm olacaktır.

Bundan başka 'Engellilerin Devlet Memurluğuna Alınma Şartları İle Yapılacak Yarışma Sınavları Hakkında Yönetmelik'in 24. maddesi: "Kamu kurum ve kuruluşları çalışma yerlerini ve eklentilerini, engellilerin erişebilirliğine uygun duruma getirmek, engellilerin çalışmalarını kolaylaştıracak gerekli tedbirleri almak ve engellilerin görev yaptıkları kadronun gereği olan işleri yapabilmeleri için özür durumlarına göre gerek duyulan yardımcı ve destekleyici araç-gereçleri temin etmek zorundadır." hükmüne amir bulunmaktadır.

Yine aynı Yönetmeliğin "Engellilerin çalıştırılacakları işler" başlıklı 25. maddesine göre: ''Belirli bir mesleği olan engellilerin meslekleri ile ilgili işlerde çalıştırılmaları esastır. Belirli bir mesleği olmayan veya mesleğine uygun kadro bulunmayan engelliler, özür durumlarına göre, yapabilecekleri hizmetlere

ait mevcut kadrolarda çalıştırılır. Engelliler, engelliliklerini artırıcı veya ek özür getirici işlerde çalıştırılamazlar."

Ayrıca 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "İşe alıştırma" başlıklı 189 maddesine göre: ''Malullük aylığı bağlanan Devlet memurlarından çalışma gücünün artırılabileceği umulanlar eski sınıflarında veya yeni sınıf veyahut meslekte çalışabilmelerini sağlamak üzere işe alıştırılmaya tabi tutulabilirler. İşe alıştırmanın ne suretle ve hangi esaslara göre yapılacağı özel kanununda gösterilir.''

4) ENGELLİLERİN İSTİHDAMINDA 5378 SAYILI YASA İLE GETİRİLEN DÜZENLEMELER

Engellilerin günlük yaşamlarına ilişkin temel düzenlemelerden birisi de, 5378 sayılı 'Engelliler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'dur. Bu Kanun'da da engellilerin istihdam edilmelerine ilişkin özellikle de ayrımcılık yasağı başta olmak üzere çeşitli düzenlemeler yer almıştır.

Bu düzenlemeler arasında "İş ve meslek analizi" başlıklı 12. maddeden söz etmek gerekir. Anılan düzenleme iş ve meslek analizi konusunda ilgili bakanlıkları yükümlü kılmaktadır. Ancak konumuz ile doğrudan ilgili olarak "İstihdam" başlıklı 14. maddede yer alan düzenleme engellilerin işe alınmaları ve iş yaşamlarına ilişkin önemli belirlemelerde bulunmaktadır. Anılan düzenlemeye göre: "İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde engellilerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz. Çalışan engellilerin aleyhinde sonuç doğuracak şekilde, özrüyle ilgili olarak diğer kişilerden farklı muamelede bulunulamaz. Çalışan veya iş başvurusunda bulunan engellilerin karşılaşabileceği engel ve güçlükleri azaltmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik istihdam süreçlerindeki önlemlerin alınması ve işyerinde fiziksel düzenlemelerin bu konuda görev, yetki ve sorumluluğu

bulunan kurum ve kuruluşlar ile işyerleri tarafından yapılması zorunludur. Engellilik durumları sebebiyle işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engellilerin istihdamı, öncelikle korumalı işyerleri aracılığıyla sağlanır. Korumalı işyerleriyle ilgili usul ve esaslar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Maliye Bakanlığı ve Engelliler İdaresi Başkanlığınca müştereken çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

Bu düzenlemenin yukarıda andığımız diğer hukuksal düzenlemelerden önemli bir farkı, bu düzenlemede korumalı iş yerleri düzenlenmesine de yer verilmiş olmasıdır. Kanun korumalı işyerlerinin bünyesi ve niteliği ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme getirmemektedir. Ancak bundan söz ederek bu alanda çalışmalar yapılmasını belli ki özendirmek istemektedir. Bu Kanun'un yukarıda sözünü ettiğimiz 14. maddesine dayanılarak çıkartılan "Korumalı İşyerleri Hakkında Yönetmelik" hükümlerinden korumalı işyerlerinin nitelikleri ve çalışma usul ve esasları hakkında önemli bilgilere ulaşılması olanaklı hale gelmiştir.

Söz gelişi, andığımız bu yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde: Korumalı işyeri: 'Normal işgücü piyasasına kazandırılmaları güç olan engelliler için mesleki rehabilitasyon ve istihdam oluşturmak amacıyla, devlet tarafından ilgili mevzuatta teknik donanımın sağlandığı ve mali yönden desteklendiği, çalışma ortamının özel olarak düzenlendiği işyeri' biçiminde tanımlanmaktadır. Bu yönetmelik, 30.05.2006 tarih ve 26183 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

IV. ENGELLİ AVUKATLARIN MESLEKLERİNİ İCRA İMKÂNLARININ ARTIRILMASI:

Bilindiği gibi, engelliğin ortaya çıkmasında devlet aygıtının asli görevlerini yerine getirmemesine, sosyal devlet ilkesinin uygulanmamasına dayalı olarak sorumluluğunun bulunduğu kesindir ve bu sorumluluğun devlet aygıtı tarafından alınması gere-

ken tedbirlerle ve engellilerin hayata kazandırılması yönünde geliştirici önlemleri alması gerektiği olguları yadsınamaz.

Ülkemizde bir çok engeli aşarak avukatlık mesleğini icra imkanı bulan engellilerin eşdeğer meslektaşlara nazaran iş imkanlarının yaratılması ve geliştirilmesi, mesleklerini icrada engellerinden kaynaklanan gerek fiziksel, gerekse bilgiye erişimin önündeki engellerin kaldırılması için devlet aygıtının üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirdiğinden söz etmemiz bu gün için imkan dâhilinde değildir.

Bu bağlamda devlet aygıtının kendi güç alanında, mesleğini icra imkânı kısıtlı olan kariyer meslek sahiplerine, özelde de engelli avukatlara sosyal devlet ilkesi doğrultusunda yeterli desteği sağlaması gerektiği açıktır. Bu çerçevede, gerek devlet aygıtı, gerekse diğer kamusal hizmet sunucuları yönünden bunların üzerine düşen yükümlülüklerin ve sorumlulukların bir kısmına aşağıda işaret etmek gerekmiştir. Buna göre;

A) Kamu Kurum ve Kuruluşları Yönünden;

Devlet aygıtı kendi bünyesindeki avukatlık hizmetini gerektiren işlerini gördürmekte gerçek kişilerden yararlanırken, engelli avukatlarla eşdeğer meslektaşları arasında fırsat eşitliği bakımından herhangi bir ayrım yapmaması esas olmalıdır. Ancak kamusal bilinç eksikliğine dayalı olarak, günümüzde fırsat eşitliğinin engelliler aleyhine bozulmuş olduğu açıktır.

a) Kamu Kurum ve Kuruluşları ve Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşlarınca Destekleyici Projeler Geliştirilmesi Yönünden;

Türkiye İş Kurumu'nun kuruluş ve görevlerine dair 4904 Sayılı Kanun ve 4447 Sayılı Kanunların yanı sıra bunların uygulama yönetmelikleri çerçevesinde, engelli hukukçuların serbest mesleğe başlamalarında asgari 2 yıl süre ile genel istihdam politikaları gereği ofis sabit giderleri, donanım masraflarının belirli bir oran esası ile karşılıksız proje desteği sağlanarak,

serbest meslek icrasına gerekli desteğin sağlanması yerinde olacaktır.

Bununla ilgili olarak Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüğü ile Türkiye Barolar Birliği arasında bir protokol yapılarak, engelli hukukçuların serbest meslek icrasına adaptasyonu, mesleki geliştirici tedbir/eğitimlerin sağlanması, proje kapsamına girenlerin denetimlerinin yapılması vs. yönleri ile işbirliği yapılabileceği değerlendirilmektedir.

Yine Türkiye Barolar Birliği tarafından engelli hukukçuların mesleğe adaptasyonu yönünden, genel meslek içi eğitim ve teknolojik donanım artırıcı projeler geliştirilmesi ile engelli hukukçuların bilgi ve teknolojik donanımlarının arttırılması, meslek icrasında dezavantaj durumunu bir nebze azaltacaktır.

Kamuoyunun bilinçlendirilmesi bakımından da Türkiye Barolar Birliğinin üzerine düşen bir kısım önemli görevler olduğunun altını çizmek gerekir. Bu yönü ile basın yayın kuruluşlarında engelli hukukçuların haber değeri taşıyan boyutları ile yer almalarını sağlamak, engelliler yönünden önem arz eden günlerde basın toplantıları yaparak, engelli hukukçuların olumlu/avantajlı yönlerinin kamuoyu ile paylaşılmasını sağlamak gibi çalışmalar yürütülmesi de engelli hukukçuların mesleki gelişimlerinde büyük rol oynayacaktır. Örneğin, 03 Aralık Dünya Engelliler günü, Mayıs ayının 2. Haftasında bulunan Engelliler Haftası, 5 Nisan Avukatlar Günü vb. önemli günlerde engelli hukukçulara da yer veren haber/programların yayımlanmasında öncülük etmek.

b) Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Sözleşmeli Avukatlık İmkânlarından Yararlandırma Yönünden;

Kamu kurum ve kuruluşları, bağlı kuruluşları ile özel bütçeye dâhil ya da katma bütçeli idareler ile iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ile bu kurum ve kuruluşlara bağlı sermayesinin %50'sinden fazlası kamuya ait olan şirket-

lerce Serbest Piyasadan gerek hizmet alımı yolu ile gerekse vekalet akdi yolu ile avukatlık hizmetlerinin satın alınması aşamasında engelli avukatlara da 4857 Sayılı İş Kanunu m. 30'da yer alan kamu işyerlerinde %4 oranda engelli personel istihdamına yönelik zorunlu kontenjanın korunmasının sağlanması ile serbest avukatlık yapan engelli avukatların mesleklerini icrada ve iş koşullarının artırılmasında temel bir çözüm yolu oluşturacağı kesindir.

Hali hazırda; SGK Başkanlığı, İl / İlçe belediyeleri ile Büyükşehir Belediyeleri ve bağlı kurum ve kuruluşları ile bunların ortağı olduğu şirketler ve diğer bazı kamu kuruluşları tarafından engelli kontenjanı dikkate alınmaksızın serbest avukatlık hizmeti sunan kişilerden ya ihale mevzuatı hükümlerine göre hizmet alımı yolu ile ya sözleşmeli personel istihdamı yolu ile ya da 6098 Sayılı T.B.K.'nın vekalet akdi hükümlerine göre bağıtlanan vekalet akdi yolu ile avukatlık hizmetlerini gördürmekte, bir başka ifade ile bu hizmetlerini avukatlık büroları olan serbest meslek erbaplarından temin etmektedirler.

Örneğin; SGK Başkanlığı Yönünden; 5502 Sayılı Yasanın 7. Maddesinin i) bendinde; "Kurumun dava ve icra takipleri için vekâlet akdi yoluyla avukat çalıştırılmasına, özel uzmanlık gerektiren ve geçici nitelikteki işler için ise hizmet satın alınması yoluyla yerli veya yabancı uzman çalıştırılmasına karar vermek, bunların sözleşme şartlarını ve avukatlara ödenecek ücretleri belirlemek." hükmüne amirdir. Anılan hükme dayanılarak SGK tarafından; 657 sayılı yasaya tabi AHS sınıfında istihdam edilen kadrolu avukatların yanı sıra, Türkiye genelinde yüzlerce serbest çalışan avukattan gerek vekalet akdine dayalı, gerekse sözleşmeli kısmi süreli akitlerle avukatlık hizmeti almaktadır. Ancak anılan kurumca Türkiye genelinde hali hazırda en fazla 5 engelli avukata vekâlet akdi ile serbest avukatlık imkanı tanımaktadır.

Başka bir örnek olarak; 4904 Sayılı Yasa ve 4447 sayılı yasalarla faaliyetini sürdüren Türkiye İş Kurumu tarafından da kurum

hak ve alacaklarının tahsili, kurum aleyhine ikame olunan davalar bakımından kısmi süreli serbest meslek erbabı sözleşmeleri ile dışarıdan avukatlık hizmeti alımı yapıldığı, ancak yine engelli avukatlara fırsat eşitliği bakımından imkan sağlanmadığı bilinen bir somut durumdur. Bu kurum ve kuruluşların yargıya intikal eden uyuşmazlıkları konusunda engelli hukukçulara da fırsat tanınıp, sözleşmeli avukatlık ilişkisi kurulması için iç düzenlemeler yapılmasının sağlanmasının anılan kuruma önerilmesi yararlı olacaktır.

Yerel Yönetimler Yönünden de 5216 sayılı yasaya tabi Türkiye genelindeki tüm Büyükşehir Belediye Başkanlığı ve bağlı kurum ve kuruluşları ile 5393 Sayılı Yasaya tabi il ve ilçe belediyeleri ile bunlara bağlı kuruluşlarca da 657 sayılı yasaya tabi kadrolu avukatlarının yanı sıra, 5393 sayılı yasanın 49. Maddesinin 3. ve 4. Fıkralarına dayanılarak serbest piyasadan yüzlerce sözleşmeli avukatlık hizmeti alınırken, engelli avukatlarla sözleşme yapılmaktan kaçınılmakta, adeta bu meslek gurubu dışlanmaktadır. 5393 Sayılı Yasanın 49. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkralarında; 'Avukat, mimar, mühendis (inşaat mühendisi ve harita mühendisi olmak kaydıyla) ve veteriner kadrosu bulunmayan veya işlerin azlığı nedeniyle bu unvanlarda kadrolu personel istihdamına ihtiyaç duyulmayan belediyelerde, bu hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, haftanın ya da ayın belirli gün veya saatlerinde kısmi zamanlı olarak sözleşme ile personel çalıştırılabilir. Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak personel sayısı yukarıda belirtilen her unvan için birden fazla olamaz ve bunlarla yapılacak sözleşme süresi takvim yılını aşamaz. Bunlara ödenecek net ücret, aynı unvanlı kadroların birinci derecesinin birinci kademesi için yapılması gereken bütün ödemeler toplamının net tutarının yarısını geçmemek ve çalıştırılacak süre ile orantılı olmak üzere belediye meclisi kararı ile tespit edilir. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli personel olarak çalıştırılanlar için iş sonu tazminatı ödenmez ve işsizlik sigortası primi yatırılmaz. Bunlardan yaptıkları başka işler sebebiyle herhangi

bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olanlar için sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası primi yatırılmaz ve aynı kişi birden fazla belediye veya bağlı kuruluşta çalıştırılamaz. Üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri uyarınca çalıştırılacak personele her ne ad altında olursa olsun sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılmaz ve ücret mahiyetinde aynî ya da nakdî menfaat temin edilmez. Bu personel hakkında bu Kanunla düzenlenmeyen hususlarda vize şartı aranmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilenler hakkındaki hükümler uygulanır. Bu personele ait sözleşme örnekleri sözleşmenin imzalanmasını izleyen 30 gün içinde İçişleri Bakanlığına gönderilir. **(Ek cümle: 29/6/2012-6338/16 md.)** Dördüncü fıkrada sayılan unvanlara ilişkin hizmetler dışında kalmak ve o hizmet için ihdas edilmiş kadro bulunmamak kaydıyla, İçişleri Bakanlığınca üçüncü fıkra çerçevesinde sözleşmeli personel istihdamı uygun görülmüş olan kadro unvanlarına ilişkin görevlerde, 657 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre münhasıran kısmi süreli olarak sözleşmeli personel çalıştırılabilir.' hükmüne amirdir.

Anılan hüküm gereği belediyeler ve bağlı kuruluşlarında kısmi süreli sözleşmeli avukat çalıştırılmasında hiçbir denetim söz konusu olmadığından, engelli avukatlara mesleklerini icrada fırsat eşitliği yaratılmaması ve buna bağlı oluşan olumsuzlukların bertarafı için ancak ve ancak merkezi yönetimce denetim mekanizmalarının geliştirilmesine, kamu işyerlerinde %4 engelli istihdamına ilişkin genel kuralın sözleşmeli ya da vekalet akdine dayalı avukatlık ve diğer kariyer mesleklere de uygulanmasının sağlanmasına bağlıdır.

Bu nedenle Türkiye Barolar Birliği tarafından T.C Başbakanlık ile işbu rapor paylaşılarak, Engelli hukukçuların istihdamı, mesleki imkânlarının geliştirilmesi yönünden kamu kurum ve kuruluşları nezdinde genelge haline getirilmesinin talep edilmesi ve izlenmesinin gerektiği düşünülmektedir.

Kamu bankalarının sözleşmeli avukatlık hizmetleri yönünden; bilindiği gibi kamu bankaları olan Ziraat Bankası, Vakıf Bank ve Halk Bankası'nın yanı sıra BDDK uhdesine alınmış özel bankalar tarafından alacak borç takip işlemleri serbest koşullarda hizmet yürüten avukatlardan yararlanılarak yürütülmektedir. BDDK nezdinde girişimlerde bulunularak, özellikle kamu bankalarının sözleşmeli avukatlık hizmetlerini yürütümünde engelli avukatların da fırsat eşitliğinin gözetilmesi, bu konuda hassasiyetle yaklaşılarak engelli avukatlara eşitlikçi-dengeleyici imkânlar sağlanması konusunda Türkiye Barolar Birliği tarafından başvuruda bulunulmasının yararlı olacağı düşünülmektedir.

B) Kamu Hizmeti Sunan Kamu Yararına Dernek ve Vakıflar Yönünden;

Bakanlar kurulu kararları ile kamu yararına statüsü verilen dernek ve vakıfların hukuk uyuşmazlıklarında engelli hukukçulardan yararlanmakta çekinceli davrandıkları, fırsat eşitliği sağlamadıkları bilinen bir olgudur. Kızılay, Diyanet Vakfı, Türk Hava Kurumu, gibi kamusal ağırlıklı kurum ve kuruluşların engelli hukukçular/avukatlar konusunda bilinçlendirilmesi ve hizmetleri ifada diğer meslektaşlarına nazaran herhangi bir bilgi eksikliklerinin bulunmadığı, konularında bilinçlendirme faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinin faydalı olacağı açıktır.

Keza anılan kurum ve kuruluşların sundukları hizmetler itibariyle kamusal yönü ağır basmasına rağmen, bu hizmetlerin yerine getirilmesinde engellilerden yararlanılmakta toplumsal bilinç eksikliğine dayalı olarak geri durma hatta kaçınma yaklaşımları içerisinde olunduğu açıktır.

Bu açıdan, anılan kurum ve kuruluşların genel merkezlerine Türkiye Barolar Birliği tarafından bilgilendirici, bilinçlendirici boyutta işbu raporumuzun paylaşılıp, gerek kurumlarının doğrudan, gerekse sosyal sorumluluk projeleri kapsamında

engelli hukukçulara fırsat eşitliği sağlamalarının engelli hukukçular açısından büyük önem arz ettiği olgularının altının çizilebileceği düşünülmektedir.

C) Yabancı Ülkelerdeki Engelli Hukukçuların Mesleki Koşul Ve İmkânlarının Araştırılması Yönünden;

Türkiye Barolar Birliği tarafından ziyaret edilecek olan ülkeler ya da yabancı ülkelerce meslek kuruluşumuzun davet edildiği ülkelerde engelli hukukçuların fiziksel ve bilgiye erişim imkanlarının yanı sıra anılan meslek gurubunun iş olanaklarının araştırılıp, ülkemize adaptasyonunun sağlanmasında temel teşkil etmesi için anılan ziyaretlere ve davetlere engelli hukukçulardan da katılımcıların sağlanması, bu suretle raporlamalar yapılarak, ülkemiz uygulamaları ile mukayese imkanlarının sağlanması ve buna dayalı olarak yeni/geliştirici iş olanaklarının gündeme getirilmesi engelli hukukçuların mesleki gelişimlerine büyük katkıda bulunacağı açıktır.

Diğer taraftan, Türkiye Barolar Birliği tarafından, gerek Avrupa Birliği ülkeleri, gerekse gelişmiş diğer ülkeler (ABD, Japonya vb.) ülke büyük elçilikleri ile yazışmalar yapılarak, engelli hukukçuların ülkelerindeki mesleki imkan ve şartları hakkında rapor talep edilmesi de engelli hukukçuların mesleki gelişimlerine büyük yarar sağlayacaktır.

D) Yüksek Öğretim Kurum Ve Kuruluşları Nezdinde Yapılması Gereken Girişimler Yönünden;

Ülkemiz nüfusunun yadsınamayacak bir oranın engelli vatandaşlardan oluştuğu, engelli bireylerin gerek eğitim, gerek sosyokültürel, gerekse ekonomik açıdan topluma uyumlarının sağlanması için üniversitelerde Engelli Hukuku Kürsülerinin kurulması, engelli hukukunun eğitim müfredatlarına alınmasının sağlanması önem arz etmektedir. Bu bağlamda engelli hukukçuların da söz konusu kürsülerde araştırma görevlisi, eğitimci olarak çalışmalarına imkan sağlanarak, mesleki yön-

den ayrı bir alan yaratma çalışmaları yönünden büyük önem taşıyacağı açıktır.

Bu yönleri ile Türkiye Barolar Birliği tarafından YÖK'e yönelik olarak hazırlanacak olan salt bu konulara ilişkin ayrıntılı rapor ve kürsü/bölüm açılması/açılmasının sağlanması, engelli hukukçuların da kürsü/bölümlerde istihdam olanaklarının yaratılması konularını içeren başvuruda bulunulması ufuk açıcı olacaktır.

Sonuç olarak; Yukarıda örnekseme ile belirtilen yol ve yöntemler, ilke ve esaslar doğrultusunda Türkiye Barolar Birliğimizin destekleri ile engelli hukukçuların ülkemiz nezdinde diğer meslektaşlarına göre dezavantajlı durumlarının önlenebileceği, yeni mesleki olanakların önünün açılmasında büyük katkı sağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

V. ENGELLİLER / ENGELLİ HUKUKÇULAR VE ENGELLİ HUKUKU KONUSUNDA FARKINDALIK YARATILMASI:

İnsan hakları bağlamında, Engelliler Hukuku kanımızca en önemli alanlardan biridir. Ne yazık ki, ülkenin yüzde 12'sinden fazla toplum kesimini ilgilendiren bu alana ne üniversiteler, ne de doktrin gereği kadar ilgi duymamakta, geliştirici aksaklıkları giderici doktriner görüşler gerek görsel basında, gerekse yazılı basında olması gerekenin çok altında ilgi görmektedir.

Bu yönleri ile engelliler, engelli hukukçular ve engelli hukuku konularında farkındalık yaratılması, gerek kamu kurum ve kuruluşları nezdinde, gerekse yargı hizmeti sunucuları nezdinde bu alanda farkındalığın artırılmasına ilişkin çalışmalar yürütülmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu nedenlerle;

1- Engelli Hakları/Hukuku konusunda kısa, öz, anlaşılabilir bir kitapçık düzenlenmesi için Türkiye Barolar Birliği

tarafından çalışma yapılması, 6'şar aylık periyodlarda bu çalışmanın güncellenerek, gerek yayın olarak, gerekse İnternet Sayfasından yayınlanması sureti ile Engelli Hakları / Hukuku hakkında gerekli çalışmalar yapılması son derece yararlı olacaktır.

2- Adalet Akademisi, Türkiye Barolar Birliği ve Staj eğitimi sağlayan büyük barolar nezdinde engelliler, engelli hukukçular ve engelli hukuku konusunda farkındalık yaratılması için eğitim çalışmaları yapmak yararlı olacaktır.

3- Engelli hukuku ve Engelli Hakları ile ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarınca toplumun bilinçlendirilmesine ilişkin kamu spotları, tanıtım filmleri, el broşürleri vs. basın yayın/medya yolu ile çalışmalar yapılması için gerek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, gerek RÜTÜK, gerekse diğer ilgili kurum ve kuruluşlar nezdinde girişimlerde bulunulması zorunluluk arz etmektedir.

4- Türkiye Barolar Birliği ve Barolar tarafından engellilere ilişkin özel günlerde engelli hukuku ve hukukçuları hakkında kamuoyunun duyarlılığının artırılması için basın toplantıları, tanıtım çalışmaları, seminerler düzenleyerek, farkındalığın artırılmasına katkıda bulunmaları yararlı olacaktır.

5- Barolar tarafından Holding ve Bankalara gönderilen avukat istihdamı zorunluluğunun hatırlatılması/çalıştırma yükümlüğünün yerine getirilmesine ilişkin başvuru/bildirim yazılarında, engelli hukukçuların da mesleklerinde en az diğer meslektaşları kadar yararlı/bilgili oldukları, tercih noktasında engelli hukukçu istihdam eden bu tür firmaların Barolar Birliği/ilgili Baro sayfalarında ilan edileceği, duyarlılıkları yönünden tebrik/teşekkür vs. taltif edileceği yönünde bilgi notlarına yer verilmesi yararlı olacaktır.

6- Farkındalığın artırılmasına ilişkin olarak yine geliştirici/gelecekçi düşünce ve projeler oluşturulması açısından Tür-

kiye Barolar Birliği tarafından çalışmalar yapılıp, sonuçlarına göre elde edilecek verilerden hareketle engelli hukuku, engelli hukukçular yönünden farkındalığın artırılması çalışmalarına katkıda bulunmaları yararlı olacaktır.

VI. ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI

1. BELGENET ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI

Engelli kamu avukatlarının mesleklerini icra ederken yaşamış olduğu sorunlar, aslında genel olarak hayatın diğer alanlarındaki sorunların çözümlenmemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, binaların fiziksel erişilebilirliğinin sağlanmaması vb. Bu tür sorunlara daha detaylı olarak değinileceğinden bu incelemede daha özel bir sorundan, görme engelli kamu avukatlarının iç yazışma yapmak için kullandıkları programlara erişimlerindeki sorunlardan bahsetmenin daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte kamu kurumları iç yazışmalarını elektronik ortam üzerinden e-imza ile yapmaya başlamıştır. Hatta son yıllarda kurumlar birbirleriyle yazışırken de yine bu yöntemi kullanma yoluna gitmektedirler. Bu programlar bir web sayfası ara yüzü ile çalışmaktadır. Kamuda çalışan görme engelli avukatların, görevlerini başka birisinin yardımına ihtiyaç duymadan bağımsız bir şekilde yapabilmesi için bu yazışma sistemini iyi derecede kullanabilmesi gerekmektedir.

Kamu kurumları iç yazışmalarını elektronik ortama aktarırken her kurum kendi satın alacağı iç yazışma programını kendisi belirlemiştir. Bu nedenle her kurumda aynı iç yazışma programı bulunmamaktadır. Ayrıca aynı üreticiden alınan programlar için her kuruma göre ayrı ara yüz tasarlandığından programın kullanımı bir diğer kurumdaki programa benzememektedir. Görme engelli avukatların işyerlerindeki verimliliği için iç yazışma programına erişiminin sorunsuz olarak

sağlanması çok önemlidir. Bu nedenle aşağıdaki incelemede, Türksat A. Ş. Tarafından sunulan, kamu kurumları tarafından yaygın olarak kullanılan Belgenet adlı iç yazışma programının erişilebilirlik sorunlarına değinilecektir.

Görmeyenlerin kullanabilecekleri birden çok ekran okuma programı bulunmaktadır. Ancak bu yazıda en yaygın kullanılan ekran okuma programı olan "Jaws For Windows" adlı ekran okuyucu program açısından durum ele alınacaktır. Her ne kadar Belgenet programı birçok kamu kurumu tarafından kullanılmakta olsa da bu incelemede sistemin değerlendirilmesi, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü tarafından kullanılan Belgenet programı üzerinden gerçekleştirilmiştir. Erişilebilirlik sorunları;

1- Ara yüz üzerinde bulunan butonların birçoğu etiketlenmediğinden Jaws tarafından yalnızca "buton" olarak seslendirilmektedir. Bu nedenle seslendirilen butonların fonksiyonları anlaşılamamaktadır.

2- Bir bağlantı tıklandığında, açılan alt liste Jaws programı tarafından sayfanın en sonunda olacak şekilde algılanmaktadır. Açılan alt listenin incelenmesi için "ctrl ile end" tuşlarına basılarak bulunulan yerden ayrılmak gerekmektedir. İşlem bittiğinde önceki yere tekrar dönülmek zorunda kalındığında zaman kaybı yaşanmaktadır. Örneğin, "evrak işlemleri" adlı butona tıklandığında açılan alt liste (bu listede: evrak oluştur, olur düzenle, evrak ara gibi bağlantılar bulunur) sayfanın en sonunda bulunmaktadır.

3- Evrakın gideceği yer ve konu kodu gibi seçimler için ayrı bir küçük pencere açılmakta, bu pencere Jaws programı tarafından seslendirilememektedir.

4- Metin üzerinde düzenleme işlemleri kolaylıkla yapılamamakta, ayrıca seçilen metnin yazı ve paragraf sitili Jaws tarafından seslendirilememektedir.

5- Yukarıda açıklanan sorunlar sistemin kullanılmasını engellediği için programın kullanılması mümkün olamamaktadır. Bu nedenle yukarıda yazılandan daha fazla erişilebilirlik sorunları bulunması ihtimali göz ardı edilmemelidir.

Yukarıda detaylıca izah edilen erişilebilirlik sorunları, yalnızca Belgenet programına has değildir. Diğer kamu kurumlarındaki başka marka programların da benzer sorunları taşıdığı değerlendirilmiştir. Bu sorunlar, ara yüz üzerinde yapılacak bazı değişikliklerle giderilebilecek niteliktedir. Bu değişiklikler sistemi zorlayacak ya da görselliği bozacak nitelikte değildir. Bu nedenle çözüm için;

Devletin tüm kurumlarında aynı iç yazışma programının kullanılmasının sağlanması, iç yazışmanın tüm yurtta yeknesak bir usule tabi kılınmasının gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu yapıldığında, iç yazışma programının kullanımı tüm ülke genelinde biriktirilen ortak bir tecrübenin ürünü olacak, programın kullanımı daha hızlı yaygınlaşacaktır. Ayrıca bu şekilde, birçok programın erişilebilirlik kriterlerini sağlayıp sağlayamadığının takibindense yalnızca bir programın erişilebilirliğine yoğunlaşabilecektir.

Belgenet özelinde ise Türksat A. Ş. tarafından konu ile ilgili olarak çözüm iradesi ortaya konulmalı, çözüm için yapılacak değişiklikler yazılı iş programlarına dahil edilmeli, bu konuda yazılım mühendisleri tarafından yapılacak teknik çalışmaların ekip ruhu içerisinde görme engelli kamu avukatları tarafından test edilmesi ve geri bildirimlerle bu çalışmaların avukatlar tarafından desteklenmesi, en nihayetinde erişilebilirlik kriterlerinin, Belgenet ara yüzünün piyasaya arz edilmesi için ön koşul haline getirilmesi gerekmektedir

2.UYAP İLE İLGİLİ ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI

Bilindiği gibi UYAP Sistemi ülkemizdeki tüm hukukçulara büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak bu sistemin, mesle-

ğin icra edilmesinde türlü zorluklar ve engellenmişlikler yaşayan görmeyen kişiler açısından çok daha büyük bir yenilik olduğu, bilgisayarı ekran okuma programıyla kullanmakta olan görmeyen hukukçuların mesleklerini bağımsız bir şekilde yürütmesinde çok büyük bir işleve sahip olduğu tartışmasızdır. Örnek vermek gerekirse, bu sistemi etkin olarak kullanan bir avukat, adliyeye gitmek zorunda kalmadan savunmakta olduğu dava dosyasındaki belgeleri inceleyebilmekte, davaya sistem üzerinden dilekçe göndererek cevap vermek, temyiz etmek gibi işlemleri yapabilmekte, dosyaya harç ve masraf yatırabilmekte, yeni dava açabilmekte, icra takibi başlatabilmektedir. Ancak Görme engelli bir avukat, Avukat Portal web sayfasının tam olarak erişilebilir olmaması nedeniyle bu işlemlerin bir kısmını zorlukla yapabilmekte, bir kısmını da kendi başına yapamamaktadır. Bu incelemede, bilgisayarı ekran okuma programı ile kullanmakta olan görme engelli Avukatların UYAP Doküman Editör, Avukat Portal ve UYAP Mevzuat programlarını kullanırken yaşadıkları erişilebilirlik sorunları ortaya konulacaktır. Görmeyenlerin kullanabilecekleri birden çok ekran okuma programı bulunmaktadır. Ancak bu yazıda en yaygın kullanılan ekran okuma programı olan "Jaws For Windows" adlı ekran okuyucu açısından durum ele alınacaktır.

Öncelikle belirtilmelidir ki; Sistem Java tabanında oluşturulmuştur. Bu, bilgisayarı "ekran okuyucu program" ile kullanan görmeyen kişilerin sisteme erişebilmesini zorlaştırmaktadır. Ekran okuyucu programlar java ara yüzünü, ekstra programların desteği olmadan seslendirememektedir. Kuşkusuz, koskoca bir sistemin bir anda başka bir tabanda yer almasını sağlamak mümkün değildir. Ancak bu platformdan vazgeçilmesinin görme engelli hukukçuların en büyük taleplerinden biri olduğunun bilinmesi önem arz etmektedir. Bu talebimizin zorluğu ve uzun solukluluğu karşısında öncelikle, ekran okuyucuların java ara yüzünü seslendirebilmesi amacıyla, UYAP ile ilgili programları ve web ara yüzlerini tasarlayan

ve oluşturan yazılım mühendisleri tarafından aşağıdaki sorunların giderilmesi için çalışmalar yapılmasının sağlanması gerekmektedir.

A- Uyap Doküman Editör Programı ile ilgili Sorunlar:

1- UYAP Doküman Editör programı üzerinde ekran okuyucu programı ile yazı yazmak mümkün değildir. Yazı yazılırken bir anda tüm satırlar sanki orada hiç yazı yokmuş gibi "boşluk" şeklinde seslendirilmektedir. Yazılan satırlar üzerinde yön tuşlarıyla gezinti yapılmak istendiğinde, aşağı yön tuşuyla diğer satıra geçildiği halde önceki satırın okunmasına devam edilmektedir. Aynı şey kelimeler için de geçerlidir. İmleç bir sonraki kelimeye gittiği halde bilgisayar bir önceki kelimeyi seslendirmektedir. Bazen, ekrana gelen imzalama, imzalama hataları, kaydetme gibi işlemlere ait uyarı iletilerinin de seslendirilemediği gözlenmektedir.

2- Üst menü "şerit menü" şeklinde dizayn edilmiştir. Bu şerit menü, jaws tarafından seslendirilememektedir. Ayrıca farenin sağ tuşuyla ya da klavyeden uygulama tuşuna basılarak açılan menü de seslendirilememektedir.

3- Yazı yazarken, imlecin yukarıdan ve soldan kaç santim aşağıda ve içeride bulunduğu seslendirilmemektedir.

4- Belgenin düzenlenmesi esnasında, yazıların istenilen girintilere hizalanmasında kullanılan cetvel Jaws tarafından seslendirilememektedir. Hatta bu cetvele Jaws ile ulaşılamamaktadır.

5- Sayfa üzerinde yer alan antet ve sayfanın en altında yer alan dipnot bölümüne Jaws ile ulaşılamamaktadır. Bu bölümlerde Jaws ile düzenleme yapabilmek şöyle dursun, buralara ulaşılamadığından, buralarda yazılmış olan yazıların okunması da mümkün olamamaktadır.

6- Günümüz teknolojik imkânlarıyla, ekran okuyucular artık

seçilen metnin; tipini, sitilini, paragraf aralıklarını ve nasıl hizalandığını, o an belgenin hangi sayfasında ve satırında bulunulduğunu, hatta imlecin konumunu sayfanın üst ve sol kenarından kaç santim uzakta olduğunu seslendirebilmektedir. Örneğin bir Word belgesi üzerinde çalışılırken, "insert ile f" tuşlarına basıldığında, seçilen metnin sitil ayarları seslendirilmektedir. Ancak Doküman Editör üzerinde bu bilgilere ulaşmak mümkün değildir.

7- Doküman Editör penceresi simge durumuna küçültüldükten sonra tekrar üzerinde çalışılmak istendiğinde, bazen Jaws programı yazma alanına odaklanamamaktadır.

8- Doküman Editör programı üzerinde yazı yazılırken jaws, belgenin adını değil önce Doküman Editör programının sürüm numarasını ardından da belgenin adresini seslendirmektedir. Belgenin adı bunlardan daha sonra seslendirilmektedir. Bu sebeple hangi belge üzerinde çalışıldığının öğrenilmesi uzun bir süre teşkil etmektedir. Yapılacak bir düzenlemeyle, dilekçe bilgisayara kaydedilirken verilmiş olan ismin, pencere adı olarak görünmesi sağlanmalıdır.

9- Uyap Doküman Editör programının 2. Versiyonlarında belge, elektronik imza ile imzalandığında belgenin başlığında parantez içinde "imzalı doküman" ifadesi yer alırdı. Jaws programına pencere başlığını oku komutu verilince öncelikle belgenin adresi ve adı okunur ardından da eğer belge imzalıysa, "imzalı doküman" şeklinde seslendirme yapılırdı. Bu şekilde, belgenin daha önce imzalanmış olup olmadığı anlaşılabilirdi. Ancak Doküman Editör' ün 3. Ve üzeri versiyonlarında artık belgenin imzalı olup olmadığı anlaşılamamaktadır.

B- Uyap Avukat Portal İle İlgili Olan Sorunlar

Bu bölümdeki sorunlar Avukat.uyap.gov.tr adresli web sayfasının erişilebilirliği ile ilgili olan sorunlardır.

1- Portal üzerinden icra takibi başlatılamamaktadır. Web sayfası üzerinden yeni takip başlatma bağlantısına girildiğinde açılan sayfa ekran okuyucular tarafından seslendirilmemektedir. Bu nedenle ekran okuyucu program kullanılarak icra takibi yapılamamaktadır.

2- Yeni dava açılması esnasında dava türünün seçildiği web sayfasında yön ya da tab tuşuyla dolaşılırken dava türlerinden hangisinin seçildiği anlaşılamamaktadır. Her bir dava türü ayrı bir satırda yer almaktadır. Bu satırlar üzerinde dolaşılabilmektedir. Ancak bu satırlardan hangisinin işaretlenmiş olduğu, ekran okuyucu programlar tarafından seslendirilmemektedir. Aslında her bir dava türü ayrı bir checkbox (seçim kutusu) olarak düzenlenmiştir. Ancak ekran okuyucular bu checkbox'ları seslendirememektedir. Oysaki portal üzerinde bulunan birçok seçim kutusu seslendirilebilmektedir. Örnek vermek gerekirse dosyaya vekaletname ile birlikte cevap dilekçesi gönderilirken, Taraf mı yoksa ihbar olunan mı olduğumuzun sorulduğu seçim kutuları Jaws tarafından seslendirilmektedir. Dava türlerinin işaretlendiği kutucukların da örnekteki seçim kutusu gibi düzenlenmesi sorunu çözecektir.

3- Portal üzerinde dava dosyalarının incelenmesi esnasında listelenen evrak, web sayfasındaki diğer unsurlar gibi "bağlantı" olarak yer almamaktadır. Bu da ilgili belgenin görüntülenmesinde ya da kaydedilmesinde sorunlarla karşılaşılmasına sebep olmaktadır. Bir belgeye ulaşmak için öncelikle belgenin adının üzerine gelip farenin sol tuşuna basarak bir kere tıklamak ondan sonra da sayfanın en aşağısında yer alan kaydet ya da görüntüle ikonlarından birisine yine farenin sol tuşuyla bir kere tıklamak gerekmektedir. Görüldüğü üzere klavye üzerinden "enter" tuşuna basarak istenen evrakın görüntülenmesi ya da kaydedilmesi sağlanamamaktadır. Kaydet ve görüntüle butonları sayfanın en sonunda belirmekte bu nedenle sürekli sayfanın sonuna

gidilmek zorunda kalındığından vakit kaybı oluşmaktadır. İnternet Explorer dışındaki tarayıcılarda (Google chrome, mozilla firefox) ise kaydet ve görüntüle butonları hiç bulunamamaktadır. Her bir belgenin, web sayfası üzerinde, tıpkı ana sayfada yer alan "işlemler", "dosyalarım", duruşmalarım" gibi "bağlantı" şeklinde yer alması sorunu çözecektir.

4- Avukat tarafından Portala evrak gönderildiğinde (vekalet ile birlikte sunulan cevap dilekçesi hariç), evrakın hangi iş emri numarasıyla gönderildiğine dair görüntülenen ileti kopyalanamamaktadır. Eğer bir dosyaya "vekalet işlemleri" bağlantısı kullanılarak belge gönderilirse, ekrana gelen iş emri numarası kopyalanabilmektedir. Dolayısıyla bu istisnai durum genele de uygulanırsa sorun çözülmüş olacaktır.

5- Yapılan son güncellemeyle, "safahat" bağlantısı üzerinden kontrol yapılmak istendiğinde, ekrana gelen karakterlerin girilmesi istenmektedir. Yani güvenlik kodu istenmektedir. Körler için de sesli güvenlik kodu uygulaması getirilmiştir. Ancak bu kod çok hızlı seslendirilmektedir. Bu nedenle, dinlerken girilmesi mümkün olmadığı gibi uzun olan bu kodun hafızada tutulup sonradan girilmesi de mümkün olamamaktadır. Ayrıca harflerin; Burdur, Isparta, İzmir gibi kelimelerle kodlanmaması karışıklık oluşturmaktadır. Örneğin, b, m ve n harfleri birbiriyle karıştırılabilmektedir. Sesli güvenlik kodu probleminin çözümünde, güvenlik kodlarının karakter sayısı azaltılmalı, kod içinde yer alacak harfler şehir ve benzeri kelimelerle seslendirilmelidir.

6- Yeni dava açarken gelinen harç hesaplama ekranında, keşif olup olmadığının işaretleneceği kutucuk "bilirkişi bilgisi" şeklinde seslendirilmekte, bilirkişi olup olmayacağının seçileceği kutucuk da "tedbir talebi" şeklinde seslendirilmektedir. Bunlardan sonra yer alan tedbir talebinin olup olma-

yacağı kutucuk ise "hesapla" şeklinde seslendirilmektedir. Yanılmanın önüne geçilmesi için bu kutucuklara verilen etiketlerin tekrar tanımlanması gerekmektedir.

7- Avukat portal üzerinde açılmış olan oturum çok kısa bir sürede zamanaşımına uğramaktadır. Görmeyen kullanıcılar bilgisayarda daha yavaş işlem gerçekleştirmektedirler. Bu nedenle sık sık oturumu yeniden açmak zorunda kalmaktadırlar. Oturumun zamanaşımına uğrama süresinin artırılması sorunu çözecektir.

8- Değişik iş sayılı dosyalarda özellikle ihtiyati haciz taleplerinde gizlilik sağlanabilmesi amacıyla portal üzerinden evrak görüntülemeye izin verilmemektedir. Bu nedenle açılan dava ile ilgili evrakı bizzat davacının kendisi bile inceleyememektedir. Yapılacak bir geliştirmeyle değişik iş sayılı dosyalarda davacının evrakı görüntüleyebilmesine izin verilmesi sorunu çözecektir.

C- UYAP Mevzuat Programıyla İlgili Sorunlar:

UYAP Mevzuat programı Adalet Bakanlığı tarafından sağlanmakta olup, bilgisayara indirilip kurularak kullanılmaktadır.

1- Mevzuat metni, programın kendi ara yüzü üzerinden incelenirken, ağaç üzerinde seçilen maddenin metni seslendirilememektedir. Maddenin metnini duyabilmek için önce alt ile birlikte tab tuşuna basarak başka bir pencereye geçiş yapmak daha sonra yine aynı tuş kombinasyonuyla programın penceresine geri dönmek gerekmektedir. Ancak bu şekilde yapıldığında seçilen maddenin metni okunabilmektedir. Bu durum madde ile irtibatlı içtihatların görüntülenmesinde de geçerlidir.

2- Program kullanılırken bilgisayarın işlemcisi aşırı yük altına girmektedir.

D- Sonuç Olarak;

Yukarıda detaylıca izah edilen erişilebilirlik sorunları, ilgili program üzerinde yapılacak bazı değişikliklerle giderilebilecek durumdadır. Bu değişiklikler sistemi zorlayacak ya da görselliği bozacak nitelikte değildir. Bu nedenle öncelikle Adalet Bakanlığı tarafından konu ile ilgili olarak çözüm iradesi ortaya konulmalı, çözüm için yapılacak değişiklikler yazılı iş programlarına dahil edilmeli, bu konuda yazılım mühendisleri tarafından yapılacak teknik çalışmaların ekip ruhu içerisinde görme engelli avukatlar tarafından test edilmesi ve geri bildirimlerle bu çalışmaların avukatlar tarafından desteklenmesi, en nihayetinde erişilebilirlik kriterlerinin, UYAP ile ilgili programlar ile web ara yüzlerinin yayınlanması için ön koşul haline getirilmesi gerekmektedir.

3.FİZİKİ ERİŞİLEBİLİRLİK SORUNLARI

Hayatın birçok alanında engellilerin yaşadığı erişilebilirlik sorunlarının devam ettiği, hatta bu sorunların daha da arttığı söylenebilir. Bu sorunların başlıca nedenleri arasında, altyapı ve planlama eksikliklerinin bulunması ve karar verme noktasında bulunanların bakış açılarının bir türlü değişmemesi sayılabilir.

Özelde avukatlar açısından bakıldığında, adliyelerdeki erişilebilirlik için de, durumun çok da iç açıcı olmadığını belirtmek mümkündür. Adliyelerdeki erişilebilirlik sorunlarının en önemlilerinden birisi, yeni yapılan binaların gerek dikey, gerekse yatay olarak çok büyük ve tek bina şeklinde yapılması; bununla birlikte, planlama sırasında, engellilere yönelik düzenlemeler yapılmasının akla bile getirilmemesidir. Binaların dikey ve yatay olarak tek blok şeklinde yapılmasının sonucu olarak, içeride fazla sayıda kat, koridor, oda, merdiven, asansör vb. alanlar oluşmakta; bu da, özellikle görme engellilerin bina içinde yön bulma konusunda ciddi sıkıntı yaşamalarına neden olmaktadır. Yatay yönde çok büyük binaların iç alanlarında bulunan kılavuz yolların (sarı çizgi) kimi yerlerde hiç

olmaması, kimi yerlerde de eksik olması, görme engellilerin hareket rahatlığını ortadan kaldırmaktadır.

Çok katlı adliyelerdeki asansörlerde, gelinen katlar için sesli uyarı sistemi bulunmaması; asansör panellerinde braille yazı ve kabartma işaretlerin bulunmaması da, görme engelliler için ciddi bir sorun oluşturmaktadır. Diğer taraftan, bu büyük adliyelerde çok fazla oda, kat, koridor vb. alanlar oluşturulurken, bunların kapı vb. yerlerine o alanın ne olduğuna dair Braille yazılı tabelaların konulmaması da, görme engelliler için önemli bir erişilebilirlik sorunu oluşturmaktadır.

Büyük adliye binalarında, görme engellilerin yaşadığı önemli sorunlardan biri de, binanın girişinden itibaren, gidilmek istenen yere ulaşmanın zorluğu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bağımsız hareketi ileri düzeyde bile olsa, görme engellilerin bu büyük binaların planlarını her zaman akılda tutmaları mümkün olmamakta; bu da, gidilecek yere ulaşmakta sorun yaşanmasına neden olmaktadır. Bunun çözümü olarak, uygulamada, güvenlik görevlilerinden ya da, binaya giren kişilerden yardım isteme gibi yöntemlerin kullanılmakta olduğu, ancak, bunun her zaman işe yaramadığı, özellikle güvenlik ve danışma noktalarında bulunanların, iş yoğunluğu ve çalışan sayısının azlığı gibi gerekçelerle, yardım isteklerini geri çevirmekte oldukları görülmektedir.

Çözüm bulunması gereken önemli konulardan biri de, duruşma sırasında görme engelli avukatların duruşma tutanaklarına erişiminin sağlanmasıdır. Teknolojik gelişmelerin her alanda olduğu gibi, adliyelerde de kullanılmasının bir sonucu olarak, artık avukatlar karşılarındaki ekranlardan duruşma tutanağını anında okuyabilmekte ve gördükleri yanlışlık ya da eksikliklere müdahale edebilmektedirler. Ancak, görme engelli avukatlar için henüz bu sağlanmış değildir.

Yukarıda başlıcalarına değinilen sorunların ortadan kaldırılması için, bina içlerindeki kılavuz yol (sarı çizgi) eksiklikle-

rinin giderilmesi; asansörlerin panellerinde Braille yazı ve kabartma işaretlerin yapılması ve bunların görme engellilerin kullanımına uygun hale getirilmesi; asansörlerin tümünde gelinen katı bildiren sesli uyarı sisteminin bulundurulması; asansör dış panelinde ve merdiven başlarında, bulunulan blok ve kat bilgilerinin Braille yazılı olarak bulundurulması; katlarda, koridorlarda, odalarda vb. yerlerde bulunan tüm yazılı tabelaların uygun yerlerine Braille yazılı tabelalar yerleştirilmesi; danışma noktalarında, engellilerin gidecekleri yerlere ulaşmalarını sağlayacak ve gerekli eğitimler verilmiş ve ihtiyaç halinde kendilerine kolay ulaşılabilecek görevliler bulundurulması; görme engelliler için geliştirilen ve giderek yaygınlaşmaya başlayan, akıllı cihazlar kullanılarak bina içinde gidilecek yere sesli yönlendirme yapan (bir tür bina içi navigasyon) uygulamaların adliyelere kurulması; duruşma tutanaklarına görme engelli avukatların anında sesli olarak erişimini sağlayacak teknolojik düzenlemelerin yapılması; adliyelerin idari birimlerinde, erişilebilirlik sorunlarını takip etmekle görevli yetkililerin belirlenmesi; yeni yapılacak yahut da kiralanacak adliyelerde, engellilere uygunluğun projenin temel unsurlarından kabul edilmesi; tamamlanan binalarda erişilebilirlikle ilgili eksikliklerin bulunması halinde, kesin kabulün yapılmamasının temel şart olmasına dair çalışmaların bir an önce tamamlanması gerektiği değerlendirilmektedir.

VII. ENGELLİLİK, MALULİYET ORANLARININ TESPİTİ VE EMEKLİLİK HAKKI

Engelli bireyler, doğuştan veya sonradan herhangi bir hastalık veya kaza sonucu bedensel, zihinsel, ruhsal, duyusal ve sosyal yetilerini çeşitli derecelerde kaybetmiş, normal yaşamın gereklerine uyamayan kişilerdir. Ülkemizdeki nüfus oranının yaklaşık %12.29'u engellidir. Ancak bu sayının bir kısmı resmi olarak engelli kabul edilmemektedir. Sebebi ise ya engelli haklarından bihaber olmaları nedeniyle rapor alamamaları ya da başvuru yaptıkları halde %40 oranında rapor alamadıkla-

rı için ilgili yönetmeliğe göre engelli kabul edilmemeleridir. Ülkemizde engelli sayılmak ve engellilere tanınan haklardan faydalanabilmek için öncelikle yetkili sağlık kuruluşlarından usulüne göre alınmış ve engel oranının en az %40 olduğunu gösteren bir engelli sağlık kurulu raporu sahibi olmak gerekmektedir.

Engelli hakları, mevcut engel durumu nedeniyle engellilerin, engelsiz bireylerle aralarında bulunan fırsat eşitsizliğini ortadan kaldırmak amacıyla tanınan ve pozitif ayrıcalık sağlayan haklardır. Engelliler de sosyal hayata katılmak ve yaşamlarını sürdürebilmek için çalışmak zorundadırlar. Çalışmak, bir işe yaradığını hissetmek her insan gibi engellileri de motive ederek yaşama dört elle sarılmalarını sağlayacaktır. Onlara iş vererek motive olmalarını sağlamak ve geleceklerini güvence altına almak sosyal devletin en temel görevlerindendir.

Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de engellileri koruyucu kanunlar bulunmaktadır. Bir işte çalışan engelliler, engellilik durumuna göre gelir vergisi indiriminden yararlanmakta ve bunun neticesinde de erken emekli olma hakkı bulunmaktadır. Sosyal güvenlik hakkı bakımından engellilerin durumunu irdeleyecek olursak; yararlanması gereken haklar, uygulamada yaşanan sorunlar ve çözüm önerileri aşağıda yer almaktadır:

1- KONU KAPSAMINDA ENGELLİLERİN MEVZUATTAN KAYNAKLANAN HAKLARI

- **ENGELLİ KİMDİR?**

ENGELLİ; doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, ruhsal, zihinsel, duygusal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişidir.

Ülkemizde birçok engelli tanımı yer almaktadır. 5378 sayılı kanuna göre ise;

Engelli: Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen bireyi ifade etmektedir.

- **ENGELLİ SAĞLIK KURULU RAPORU**
- **Engelli Sağlık Kurulu Raporu**, ilgili kurumun sevk etmesi veya engelli vatandaşların doğrudan müracaatıyla Engelli Sağlık Kurulu Raporu vermeye yetkili sağlık kuruluşlarından alınabilir. Rapor vermeye yetkili sağlık kuruluşları, Sağlık Bakanlığının www.saglik.gov.tr adresinden öğrenilebilmektedir. Sizi sağlık kuruluşuna bir kurumun sevk etmesi gerekmemektedir, siz kendiniz de direkt hastaneye giderek rapor alabilirsiniz.
- Engelli raporu almak isteyen Bakanlığın internet sitesinde yer alan her hangi bir sağlık kuruluşuna giderek raporunu alabilecektir.
- **Engelli Sağlık Kurulu Raporu alanlardan ücret talep edilmeyeceği Sağlık Bakanlığı-Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2010/31 sayılı genelgesinde yer almaktadır.**
- İster kurum sevkiyle olsun isterse doğrudan doğruya ilgilisinin müracaatıyla olsun sağlık kuruluşu düzenlediği raporun en az bir suretini mutlaka ilgilisine vermek zorundadır. Çünkü raporda faydalanılması muhtemel tüm haklar yer almaktadır ve ilgilisinin durumuna göre faydalanması gereken tüm haklar için birer suret tasdik edilip kendisine verilmesi gerekmektedir,
- Rapor almak üzere sağlık kuruluşuna müracaat ettiğinizde eğer size raporu ne için almak istediğiniz sorulursa her

hangi bir neden bildirmenize gerek bulunmamaktadır. Zira yeni sistemde Sağlık Bakanlığı raporun formatını belirlemiştir. Bu formatın dışında verilen raporları kesinlikle kabul etmeyiniz. Yeni yönetmelikte mükerrer rapor yasağı bulunduğundan almış olduğunuz rapor her işlemde geçerli sayılacaktır ve yeni rapor almanız yasaklandığından eksik düzenlenen raporlar sizlere sıkıntı doğuracaktır. Bu nedenle aldığınız raporu dikkatle inceleyiniz ve eksik olan hususları zamanında tamamlatınız.

- 30.03.2013 tarihinden sonra alınmış bir raporunuz varsa Rapor Yönetmeliğinin 2. Maddesinde yer alan istisnalar dışında hiçbir kurum sizden yeni rapor talep edemez.

İstisnalar: (2) 8/10/1986 tarihli ve 86/11092 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği kapsamında asker hastanelerince malullük aylığı bağlanacaklar için verilecek engelli sağlık kurulu raporları ile sosyal güvenlik kuruluşlarınca primli sisteme tabi olanlara bağlanacak malullük aylıkları için istenecek engelli sağlık kurulu raporları ve vergi indirimi için istenecek engelli sağlık kurulu raporlarının nihai kararları bu Yönetmelik kapsamında değerlendirilmez

Engelli sağlık kurulu raporu almak için; Kimlik fotokopisi ve fotoğraf ile birlikte rapor vermeye yetkili kuruluşların sağlık kurulu bölümüne müracaat edilir

- **ENGELLİ KİMLİK KARTI**

Engellilerin çeşitli hak ve hizmetlerden yararlanmasını sağlamak amacıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından verilen karttır. Engelli kimlik kartı almak için; engelli raporunun onaylı örneği, 1 adet resim ve Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüklerinde bulunan başvuru formuyla birlikte Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'ne müracaat edilir.

04.03.2014 tarihinde yayınlanan yönetmelikle bu tarihten son-

ra düzenlenecek olan kartlar şehir içi toplu taşıma araçları ve şehirlerarası deniz ve demiryolları ile yapılacak seyahatlerde ücretsiz taşıma için de kullanılacaktır.

Engelli kimlik kartı engelli sağlık kurulu raporu yerine geçmez. Kimlik kartına sahip her Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, mevzuatta münhasıran engelli kişilere tanınan hak ve hizmetlerden yararlanır. Kimlik kartı alıp almamak engelli kişinin isteğine bağlıdır.

- **GELİR VERGİSİ İNDİRİMİ**

Bu konuya 4A ve 4C'ye tabi sigortalıların emeklilik için ön koşul olması nedeniyle yer verilmiştir.

- Gelir Vergisi Kanunu'na göre, çalışma gücünün asgari % 80'ini kaybetmiş bulunanlar birinci derece engelli, asgari % 60'ını kaybetmiş bulunanlar ikinci derece engelli, asgari % 40'ını kaybetmiş bulunanlar ise üçüncü derece engelli sayılmaktadır. Gelir Vergisi Kanunu'na göre bu engel kategorilerinde bulunanlara çeşitli oranlarda vergi muafiyeti uygulanmaktadır. 2017 yılı için engellilerin derecelerine göre vergiden muaf tutulan gelir miktarları aşağıda yer almaktadır:

- I. Derece Engelliler İçin (Çalışma gücünün asgari %80'ini kaybetmiş olanlar) 900 TL

- II. Derece Engelliler İçin (Çalışma gücünün asgari %60'ını kaybetmiş olanlar) 470 TL

- III. Derece Engelliler İçin (Çalışma gücünün asgari %40'ını kaybetmiş olanlar) 210 TL

- Çalıştığına dair işveren tarafından düzenlenen imzalı ve kaşeli dilekçe, nüfus cüzdanı fotokopisi, bir adet fotoğraf, varsa ilgili yönetmeliğe uygun sağlık kurulu raporu (30/03/2013 tarih ve 28603 sayılı Resmi Gazetede yayım-

lanan Engellilik Ölçütü Sınıflandırması ve Engellilere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik) ile birlikte Vergi Dairesi Başkanlığı olan illerde ilgili Grup Müdürlüğüne, Vergi Dairesi Başkanlığı olmayan illerde ise defterdarlıklara bağlı Gelir Müdürlüğüne, Bağımsız Vergi Dairesi bulunan ilçelerde Vergi Dairesi Müdürlüğüne, Vergi Dairesi bulunmayan ilçelerde ise Mal Müdürlüklerine bir dilekçe ile başvuracaklardır.

- Gelir Vergisi Kanunu'na göre engellilik indirimi uygulamasından; Engelli Ücretli, Bakmakla Yükümlü Olduğu Engelli Yakını Bulunan Ücretli, Engelli Serbest Meslek Erbabı, Bakmakla Yükümlü Olduğu Engelli Yakını Bulunan Serbest Meslek Erbabı, Basit Usulde Vergilendirilen İşlerle Uğraşan Engelliler yararlanabileceklerdir.

- **SOSYAL GÜVENLİK HAKKI**

- **Malulen Emeklilik**
- Sosyal güvenlik sistemi içinde, çalışma hayatına girdikten sonra herhangi bir hastalık veya kaza sonucu çalışma gücünün en az %60'ını kaybettiği tespit edilen, iş kazası/meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü kayıp oranı %60 ve üzerinde olan sigortalı malul sayılır.

- Sosyal Güvenlik İl/Merkez Müdürlüğü tarafından size verilen sevk yazısında belirtilen, Devlet üniversite hastaneleri, Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastaneleri ile Askeri hastaneler sağlık kurulu raporu düzenleyebilir.

- En az on yıldan beri sigortalı bulunup, toplam olarak 1800 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olması şartıyla malulen emekli olunabilecektir. Başka birinin sürekli bakımına muhtaç olan kişilerde 10 yıl şartı aranmamaktadır. Ancak ilk kez sigortalı olduğu tarihte %60 veya daha fazla çalışma gücü kaybı bulunan veya ileride

maluliyet oranını geçecek şekilde engeli bulunan sigortalı bu haktan faydalanamamaktadır.

- **Devlet Memurlarının Emekliliği (4C Sigortalıları)**

5510 sayılı kanundan önce çalışmaya başlayan ve çalışmaya başlamadan önce usulüne uygun alınmış bir raporla en az %40 engelli olduğunu gösterir raporu bulunanlarla, doğuştan %40 engelli olduğunu gösterir raporu bulunanlar 5400 gün prim yatırmak suretiyle emekli olma hakkı elde edeceklerdir.

01.10.2008 tarihinden önce sigortası bulunanların geçiş hükümleri 5510 sayılı kanunun geçici 4. Maddesinde yer almaktadır.

İlk kez 01.10.2008 tarihinden sonra kuruma tabi olup memur olanlardan, engel derecesi %50-59 arasında olanlar 5760, %40-49 arasında olanlar 6480 günde emekli olabileceklerdir.

- **Kendi Hesabına** Çalışanların Emekliliği **(4B Sigortalıları)**

İlk kez 01.10.2008 tarihinden önce kurum kaydı bulunanlardan;

- Çalışma gücü kaybı %60' ın altında olanlar 4320 gün,
- Çalışma gücü kaybı %60 ve üzeri olanlar ise 3960 gün prim ödemek şartıyla emekli olabileceklerdir.

Ancak 01.10.2008 tarihinden sonra sigortalılık başlangıcı olanların çalışma gücü kaybı;

%60 ve üzeri olanlar, en az 15 yıldan beri sigortalı olmaları ve 3960 gün,

% 50 ilâ % 59 arasında olanlar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

% 40 ilâ % 49 arasında olanlar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün,

malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığına hak kazanırlar.

- **Sigortalı Çalışanların Emekliliği (4A Sigortalıları)**

01.10.2008 tarihinden itibaren ilk kez sigorta girişi olanlar 5510 sayılı yasanın 28. Maddesine göre;

Sigortalı olarak ilk defa çalışmaya başladığı tarihten önce 25 inci maddenin ikinci fıkrasına göre malûl sayılmayı gerektirecek derecede hastalık veya engeli bulunan ve bu nedenle malûllük aylığından yararlanamayan sigortalılara, en az on beş yıldan beri sigortalı bulunmak ve en az 3960 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığı bağlanır.

Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmet sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, Kurum Sağlık Kurulunca çalışma gücündeki engel oranının;

a) % 50 ilâ % 59 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 16 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4320 gün,

b) % 40 ilâ % 49 arasında olduğu anlaşılan sigortalılar, en az 18 yıldan beri sigortalı olmaları ve 4680 gün,

malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi bildirilmiş olmak şartıyla yaşlılık aylığına hak kazanırlar.

01.10.2008 tarihinden önce sigorta girişi olanlar için emeklilik, sigorta giriş tarihi ve engel derecesine göre farklılık göstermektedir.

Sigorta Primi Ödeme Başlangıç Tarihi	3. derece ; %40 ile 59 arası	2. derece %60 ile 79 arası	1. derece %80 ve üzeri
05.08.1991 ve daha önce	15 yıl ; 3600 gün	15 yıl ; 3600 gün	15 yıl ; 3600 gün
06.08.1991 ~ 05.08.1994	16 yıl ; 3760 gün	15 yıl 8 ay ; 3680 gün	15 yıl ; 3600 gün

06.08.1994 ~ 05.08.1997	17 yıl ; 3920 gün	16 yıl 4 ay ; 3760 gün	15 yıl ; 3600 gün
06.08.1997 ~ 05.08.2000	18 yıl ; 4080 gün	17 yıl ; 3840 gün	15 yıl ; 3600 gün
06.08.2000 ~ 05.08.2003	19 yıl ; 4240 gün	17 yıl 8 ay ; 3920	15 yıl ; 3600 gün
05.08.2003 ~ 30.09.2008	20 yıl ; 4400 gün	18 yıl ; 4000 gün	15 yıl ; 3600 gün
Sigorta Primi Ödeme Başlangıç Tarihi	%40 ile 49 arası	%50 ile 59 arası	%60 ve üzeri
01.10.2008 ~ 31.12.2008	18 yıl ; 4 bin 100 gün	16 yıl ; 3 bin 700 gün	15 yıl ; 3 bin 700 gün
01.01.2009 ~ 31.12.2009	18 yıl ; 4 bin 200 gün	16 yıl ; 3 bin 800 gün	15 yıl ; 3 bin 800 gün
01.01.2010 ~ 31.12.2010	18 yıl ; 4 bin 300 gün	16 yıl ; 3 bin 900 gün	15 yıl ; 3 bin 900 gün
01.01.2011 ~ 31.12.2011	18 yıl ; 4 bin 400 gün	16 yıl ; 4 bin gün	15 yıl ; 3 bin 960 gün
01.01.2012 ~ 31.12.2012	18 yıl ; 4 bin 500 gün	16 yıl ; 4 bin 100 gün	15 yıl ; 3 bin 960 gün
01.01.2013 ~ 31.12.2013	18 yıl ; 4 bin 600 gün	16 yıl ; 4 bin 200 gün	15 yıl ; 3 bin 960 gün
01.01.2014 ~ 31.12.2014	18 yıl ; 4 bin 680 gün	16 yıl ; 4 bin 300 gün	15 yıl ; 3 bin 960 gün
01.01.2015'den sonra	15 yıl ; 4 bin 680 gün	16 yıl ; 4 bin 320 gün	15 yıl ; 3 bin 960 gün

- **Farklı Sosyal Güvenlik Kurumlarında Çalışan Kişilerin Emekliliği**

Çalışan en son çalıştığı kuruma dilekçe vermek suretiyle farklı kurumlarda bulunan çalışmalarının birleştirilmesini talep etmelidir. Çalışanın hangi sosyal güvenlik kurumuna tabi olarak emekli olacağı yatırmış olduğu son 7 yıllık primin en fazla hangi kurumdan olduğuna bakılarak belirlenecek ve çalışan son olarak üç buçuk yıldan fazla prim ödemiş olduğu kurumun kurallarına göre emekli olacaktır.

- **Engelli Çocuğu Olan Çalışan Annelerin Emekliliği**

Sosyal güvenlik reformu olarak bilinen 5510 sayılı Kanunla, sosyal güvenlik sistemimize getirilen yeni bir düzenleme ile başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malul çocuğu bulunanların, 01.10.2008 tarihinden sonra geçen prim ödeme gün sayılarının dörtte biri, prim ödeme gün sayıları toplamına

eklenmesi ve eklenen bu sürenin emeklilik yaş hadlerinden de indiriminin yapılması sonucunda erken emeklilik hakkının tanınması sağlanmıştır.

2- UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLARA İLİŞKİN AÇIKLAMALAR ve ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

• ENGELLİ RAPORLARIYLA İLGİLİ

Uygulama ve Sorun:

- Engelli sağlık kurulu raporları, rapor vermeye yetkili sağlık kurumlarınca mevzuata uygun düzenlenmemektedir.

  Açıklama: Uygulamada ilgilinin başvuru dilekçesinde belirtilen amaç dikkate alınmaksızın yönetmeliğe ekli formdaki raporun kullanım amacı kısmına ilgili hekim tarafından genellikle matbu olarak "2022'den yararlanabilir." şeklinde yazılarak rapor düzenlenmektedir. Ayrıca çoğu kere rapor içeriği memurlar tarafından doldurulmakta, ilgili sağlık kurulu tarafından sadece imza atılmaktadır. Bunun sonucunda ise kurumlara yapılan başvurularda rapordaki kullanım amacı kısmı yönetmeliğe uygun olarak doğru bir şekilde doldurulmadığı gerekçesiyle yetersiz olduğundan bahisle rapor kabul edilmemektedir. Bu durum kişilerin haklarına erişimi noktasında mağduriyetlerine neden olduğu gibi yeniden rapor talebinden kaynaklı olarak rapor vermeye yetkili hastanelerin mevcut iş yükünü artırmakta, bürokrasi ve kırtasiyeciliğe neden olmaktadır.

- Engelli sağlık kurulu raporlarının usulüne uygun düzenlendiği durumlarda ise raporun yönetmelik gereği ilgili sağlık kurumları tarafından Sağlık Bakanlığı(SB) veri tabanına düzenli veya hiç aktarılmadığı görülmektedir.

- SB tarafından veri tabanında mevcut haliyle yer alan raporlar ise Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı(ASPB) veri tabanına elektronik ortamda aktarılmamaktadır.

- ASPB tarafından Ulusal Özürlüler Veri Tabanı(UÖVT) henüz oluşturulmamıştır. Açıklama: 16/07/2006 tarih ve 26230 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ilk yönetmelikten itibaren 16/12/2010 tarih ve 27787 sayılı, 14/01/2012 tarih ve 28173 sayılı ve sonuncusu 30/03/2013 tarih ve 28603 sayılı olmak üzere farklı tarihlerde çıkarılan toplam 4 yönetmelikte aynı madde başlığı ve numarası altında UÖVT öngörülmesine rağmen aradan geçen 9 yıllık süre zarfında mevzuat gereği yerine getirilmediğinden sistem bir türlü kurulup hayata geçirilememiştir.

Mevzuatın uygulanmasıyla ilgili özellikle bürokratik işleyişten kaynaklı olarak ortaya çıkan sorunlar Devlet Denetleme Kurulu tarafından hazırlanmış olan "2009/5 sayılı Özürlülük Araştırmaları Raporu" ile açıkça ortaya konulmuştur:

Talep ve Önerilerimiz:

- Sağlık kurumları tarafından düzenlenen engelli raporlarının Sağlık Bakanlığı tarafından yönetmeliğe uygunluğunun denetlenmesi ve raporun mevzuata uygun hazırlanması konusunda eğitim, genelge vb. yöntemlerle farkındalık oluşturulması,
- Hastanelerce usulüne uygun hazırlanacak raporların düzenli bir biçimde Sağlık Bakanlığı'nın veri tabanına aktarılması,
- SB veri tabanında toplanan raporların yukarıdaki mevzuata göre ASPB'na aktarılması,
- ASPB'nca mevzuat gereğince bir an öce Ulusal Özürlüler Veri Tabanı'nın oluşturulması ve oluşturulacak veri tabanından bu verilerin hangi usul ve esaslara göre alınabileceğine dair yasal ve idari düzenlemelerin yapılması,
- Engellilik durumuna ilişkin rapor esas alınarak yapılan

işlem ve verilen hizmetlerde raporu talep eden kurumlar tarafından UÖVT ye elektronik ortamda sorgulama yapma ve erişim imkanının sağlanması, (Bu konuda Adalet Bakanlığı UYAP sistemi aracılığıyla bir çok kurumla yapılan protokollerle kurulan entegrasyon sayesinde nüfus, adres, adli sicil, tapu, trafik ve sgk bilgilerine elektronik ortamda ulaşılabilmektedir. Bu sistemden örnek alınabilir.)

- Raporun talebinde ve düzenlenmesinde asıl amaç kişinin engellilik durumunun tespiti olduğundan farklı hizmetlerden yararlanabilmek için her seferinde amaca göre ayrı ayrı rapor istenmesi ve düzenlenmesinin önüne geçilebilmesi açısından yönetmeliğin kullanım amacı ile ilgili 9/4 fıkrasının değiştirilmesi veya kaldırılması yoluna gidilmesi,

gerektiği değerlendirilmektedir. Bu durumun önüne geçilmesi halinde engellilerin karşılaşmış olduğu temel sorun ortadan kalkmış olacaktır.

Ayrıca mevzuatta aslında aynı anlama gelen bir çok ağır engelli tanımı yer almakta olup yapılacak düzenlemeyle tüm mevzuat açısından tek bir ağır engelli tanımı getirilmelidir. Örneğin 4760 sayılı kanuna göre %90, 193 sayılı kanuna göre %80, 2022 sayılı kanuna göre %70, 5510 sayılı kanuna göre %60 ve 2828 sayılı kanuna göre %50 olan oranların tamamı kendi içerisindeki mantığa göre ağır engellilik olarak kabul edilmektedir.

- **ENGELLİ KİMLİK KARTINA İLİŞKİN**

Uygulama ve Sorun:

Engelli kimlik kartı niteliği itibariyle son derece basit bir şekilde düzenlenmektedir ve kurum tarafından ilgili yönetmelikte vasıflandırıldığı derecede önem görmemektedir. Bu nedenle de ilgili kurumlarca geçerli kabul edilmemektedir.

Talep ve Öneriler:

Engelli kimlik kartı, Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlükleri tarafından yetkili sağlık kuruluşlarınca verilmiş olan engelli raporuna dayanılarak hazırlanmaktadır. Dolayısıyla yetkili sağlık kuruluşlarından alınmış bir engelli sağlık kurulu raporu bulunmayan engellinin engelli kimlik kartı alması mümkün değildir. Bakanlık tarafından yapılacak bir düzenlemeyle engelli kimlik kartlarının çipli hale getirilmesi başta toplu ulaşım olmak üzere rapor gerektiren hallerde ülke genelindeki tüm kurum, gerçek ve tüzel kişilerce kabul edilmesinin zorunlu hale getirilmesi yaşanan birçok sorunun önüne geçecektir.

- **VERGİ İNDİRİM BELGESİNE İLİŞKİN**

Uygulama ve Sorun:

01.10.2008 tarihinden önce çalışmaya başlayan işçi ve memurların emekli olmak istemeleri halinde gelir vergisi muafiyeti belgesi istenmesi birçok engellinin yeni mevzuata göre rapor alamaması nedeniyle mağduriyetine yol açmaktadır.

Talep ve Öneriler :

4B sigortalılarında olduğu gibi 4A ve 4C sigortalılarında da bu ayrımın ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu da ilgili maddenin kanundan çıkarılmasıyla gerçekleşecektir.

Vergi indirim belgesi istenmesindeki 2008 öncesi ve sonrası ayrımı kaldırılmalıdır. Çünkü engelli kişi rapor alırken hastaneye bizzat başvurmakta ve heyet engelliyi görmekte olup durumuna göre oran vermektedir. Maliye Bakanlığı Merkez Sağlık Kurulu ise engelliyi bizzat görmeden sadece raporda yazan ibarelere göre oran verdiğinden -neye göre oran verdikleri de bilinmemekle birlikte- engel oranı düşürülmekte ve kişi engelli statüsünden çıkarak emeklilik hakkını kaybetmektedir. Hatta çoğu zaman engelli statüsünden çıkmıştır denilerek işveren tarafından işine dahi son verilmektedir.

Bununla birlikte vergi indirim oranlarının 5510 sayılı kanunun 28. maddesinde yer alan emeklilik sistemindeki oranlara göre belirlenmesi daha uygun olacaktır.

- **SOSYAL GÜVENLİK HAKKINA İLİŞKİN**
- Malulen emekli olanların kontrol muayenesine sevki sonrasında maluliyetin ortadan kalktığı gerekçesiyle aylıklar kesilmektedir. Oysaki maluliyetin tespitine ilişkin dava açıldığında maluliyetin ortadan kalkmadığı mahkeme kararıyla tespit edilmektedir.

*(*Çözüm: *Maluliyet Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde ya düzenleme yapılmalı ya da bu yönetmelik yürürlükten kaldırılmalı)*

- 4B'ye (Bağ-Kur) tabi engellilerin emeklilik taleplerini birimler mevzuata aykırı bir şekilde sürekli reddetmekte ve gerekmediği halde vergi indirim belgesi talep etmektedirler.

- Genel olarak emeklilik başvurusunda bulunan engellilerin talepleri 5510 S.K. Madde 28 kapsamında emeklilik olduğu halde sanki tüm başvuru sahipleri Madde 25 kapsamında malulen emeklilik talep ediyormuş gibi başvurular reddedilmektedir. Bu hususta %60'ın altında engel oranı olanlar çoğu zaman dava açmak zorunda kalmakta ve emekliliklerini gecikmeli olarak elde etmektedirler.

- 5510 S.K 28. Maddesine göre engellilere tanınan erken emeklilik hakkından faydalanmayı talep eden %60 ve üzeri orana sahip engellilerin işlemleri bazen malulen emeklilik gibi yapıldığı için tekrar çalışmaya başladıklarında emekli aylıkları kesilmekte ve ceza-i işlemlere maruz kalmaktadırlar.

- Kurum bünyesindeki Sağlık Kurulları ve Bölge Sağlık Kurulları normalde %60 ve üzeri raporu bulunan engellilerin çoğuna %60 engelli değil yönünde karar vermektedir. Bu

şekilde verilen kararların çoğu dava açıldığında mahkemelerce iptal edilmektedir.

- SGK tarafından maluliyet veya emekli aylıkları iptal edilen kişilerin bu haklarını dava yoluyla kazanmaları halinde o kişiyle ilgili işlemleri yapan bürokratlar hakkında işlem yapılması ve kurumun tazmin yükümlülüğüyle ilgili 5510 sayılı kanuna ve ilgili yönetmeliklere madde eklenmesi gerekmektedir.

- İlk kez sigortalı olduğu tarihte zamanla ilerleyen süreğen hastalığı bulunan başta MS, ALS ve Epilepsi hastaları olmak üzere birçok engelli grubu kanunla malulen emeklilik kapsamı dışında bırakılmıştır. Oysa bu engel grupları durumlarının zamanla ağırlaşması nedeniyle çalışamayacak hale gelebilmektedir. Ne yazık ki kanun durumları ne olursa olsun bu kişilerden 3600 prim gün sayısı doldurulması şartını aramaktadır. Oysa ki bu durumdaki engelliler için sağlık ve ekonomik durumlarını temel alan bir emeklilik modeli geliştirilmesi elzemdir.

- 08.09.1999 tarihinden önce sigorta girişi olan kişiler 15 yıl 3600 günü doldurup işten ayrıldıklarında kıdem tazminatı alabiliyorken bu tarihten sonra girişi olanlar 25 yıl 4500 günü doldurmak zorundadır. Engellilerin zaten 25 yıllık bir çalışma süresi bulunmamaktadır, bu nedenle engelliler açısından bu süre yine 15 yıl 3600 gün olarak devam etmelidir.

C- SONUÇ OLARAK;

Anayasamızın 5. ve 10. Maddelerinde yer alan ilkelere göre engelliler için emekli aylıklarının düzenlenmesi gerekmektedir. Özel sektörde engelliler genellikle asgari ücretle çalıştırılmakta olup emekli maaşları asgari düzeyde olacağından bir de 5510 sayılı yasanın 29. Maddesindeki hesaplamaya göre % oranla düşürülmesi engellilerin emekli maaşlarının asgari

düzeyin de altına düşmesi demektir ki bu da eşitlik ve adalet ilkesine aykırıdır. Emekli aylıklarının hesaplanmasında birkaç farklı hesap dönemi bulunmaktadır. Bu dönemler 2000 yılı öncesi dönem, Ocak 2000 ile Ekim 2008 arası dönem ve Ekim 2008 sonrası dönem olarak üçe ayrılmaktadır. En genel anlamda ifade etmek gerekirse; 2000 yılı öncesi aylık bağlama oranı %70 iken 01.01.2000 ile 01.10.2008 arası bu oran %40'a inmiş, 01.10.2008 tarihi sonrası dönem için ise %30'a düşürülmüştür. Eğer bu husus düşük prim gün sayısıyla emekli olan engelliler lehine düzeltilmezse 600 TL civarında emekli aylıklarıyla karşılaşılacaktır.

Kaldı ki engelliler yaşamlarında engelsiz bireylere göre daha fazla çaba sarf etmektedir. Anayasamızın Devletin "Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. Maddesi "… kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve **adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan** siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." demektedir. Ayrıca Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. Maddesi de "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

… (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, engelliler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz." demektedir.

Anayasamızın "Sosyal Güvenlik Hakkı" başlıklı 60. maddesine göre: "Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar." Bu kapsamda ele alınması gereken bir başka Anayasa maddesi ise, Anayasamızın 61. maddesidir "sosyal güvenlik bakımından özel olarak korunması gerekenler" başlıklı bu maddenin 2. fıkrası ise, devletin engellilerin korunmalarını

ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alacağını hükme bağlamaktadır.

Dolayısıyla ne kadar iyi olursa olsun uygulanmayan mevzuat bir anlam ifade etmemektedir. Bu nedenle düzenlemelerin kâğıt üzerinde kalmayıp uygulamalara yansıması ve pratik hayatta sonuç doğurması yaşanan birçok sorunun ortadan kalkmasını sağlayacaktır. Uygulamada yaşanan sorunlar genel olarak mevzuatı bilmeyen, yanlış yorumlayan veya eksik bilgiden dolayı gereği gibi işlemleri yapamayan memurlardan kaynaklanmaktadır. Özellikle engellilerle ilgili mevzuatın uygulanmasında kurumlardaki iş bilmez memurlar yüzünden engellilerin işlemleri sürüncemede kalmakta olup, işlerini yapmakta zorlanan engelliler için bu durum eziyet haline dönüşmektedir.

VIII. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ, BM VE TÜRK MEVZUATI

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan "Engelli Kişilerin Haklarına dair Uluslararası Sözleşme" ve Ek İhtiyari Protokol,13.12.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 03.05.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Ana Sözleşmeyi 30.03.2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşmenin onayına ilişkin 27 Mayıs 2009 tarih ve 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve resmi Türkçe çeviri, 14 Temmuz 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazete 'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 28 Eylül 2009 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye'nin Sözleşmeye ilişkin bir çekince veya beyanı söz konusu değildir.

Sözleşmenin amacı, engelli kişilerin tüm insan hakları ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit olarak faydalanmasını teşvik etmek, korumak ve sağlamak, ayrıca bu kişilerin insan onuruna saygı gösterilmesini teşvik etmektir. Sözleşmenin ilk

maddesinde engelli kavramı, "diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişiler" olarak tanımlanmıştır.

Sözleşmenin 3.maddesinde, Sözleşmenin dayandığı temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlar şu şekildedir: kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, kişilerin insanlık onuru ve bireysel özelliklerine saygı gösterilmesi, ayrımcılık yapılmaması, engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması, farklılıklara saygı gösterilmesi ve engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi, fırsat eşitliği, erişilebilirlik, kadın-erkek eşitliği, engelli çocukların gelişim kapasitesine ve kendi kimliklerini koruyabilme haklarına saygı duyulması.

Sözleşmenin en önemli özelliği, engellilik kavramına getirdiği tanım ve bu doğrultuda yer verdiği hukuksal güvencelerdir. Sözleşme engelliliği bireydeki bir sorun ile açıklayan ve çözümü de yine kişisel olarak ele alan tıbbi yaklaşımdan farklı olarak, engelli olma durumunu fiziksel, ruhsal veya zihinsel rahatsızlıkları bulunan kişilerle, bu kişilerin topluma tam ve etkin biçimde katılımını önleyen çevresel ve davranışsal engeller arasındaki etkileşim ile açıklayan sosyal yaklaşımı benimsemiş ve buna yönelik çözümlere yer vermiştir. Sözleşmenin bu yaklaşımı, engellileri, haklarında kararlar alınan, zorla tedavi dâhil üzerlerinde çeşitli işlemler uygulanan, fiil ehliyetinden yoksun nesneler olarak değil, insan onurlarına saygıyı hak eden, kendi seçimlerini yapan ve bu seçimler doğrultusunda yaşama hakkı olan özerk bireyler olarak kabul etmesidir. Sözleşmeye göre devletlerin yükümlülüğü, engellilere, kendi seçimlerini yapma ve yaptıkları seçimleri doğrultusunda yaşayabilmeleri için ihtiyaç duydukları destek hizmetlerini sağlamaktır.

Taraf devletlerin Sözleşme ile üstlendikleri genel yükümlülükler 4.maddede sıralanmıştır. Taraf devletlerin yükümlü-

lükleri genel olarak, engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin insan hak ve özgürlüklerini güçlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda Taraf devletler,

(a) Bu Sözleşmede tanınan hakların uygulanması için gerekli tüm yasal, idari ve diğer tedbirleri almayı;

(b) Yürürlükte mevcut, engelliler aleyhinde ayrımcılık teşkil eden yasalar, düzenlemeler, gelenekler ve uygulamaları değiştirmek veya ortadan kaldırmak için gerekli olan, yasama faaliyetleri dahil uygun tüm tedbirleri almayı;

(c) Tüm politika ve programlarda engellilerin insan haklarının korunmasını ve güçlendirilmesini dikkate almayı;

(d) Bu Sözleşmeyle bağdaşmayan eylemler veya uygulamalardan kaçınmayı ve kamu kurum ve kuruluşlarının bu Sözleşmeye uygun davranmalarını sağlamayı;

(e) Kişiler, örgütler veya özel teşebbüslerin engelliliğe dayalı ayrımcı uygulamalarını engellemek için gerekli tüm uygun tedbirleri almayı;

(f) Standartlar ve rehber ilkelerin geliştirilmesinde Sözleşmenin ikinci maddesinde tanımlandığı gibi evrensel tasarımdan yararlanılması ve engellilerin özel ihtiyaçlarını karşılamak üzere evrensel olarak tasarlanmış ve mümkün olduğunca az değişikliği ve düşük maliyeti gerektiren ürünler, hizmetler, ekipman ve tesislerin araştırılması, geliştirilmesi, temini ve kullanılabilirliğini sağlamayı veya desteklemeyi;

(g) Maliyeti karşılanabilir teknolojilere öncelik vererek bilgi ve iletişim teknolojileri, hareket kolaylaştırıcı araçlar, yardımcı teknolojiler gibi engellilere yönelik yeni teknolojilerin araştırılması, geliştirilmesi, temini ve kullanılabilirliğini sağlamayı veya desteklemeyi;

(h) Engellilere yeni teknolojiler dâhil hareket kolaylaştırıcı araçlara, yardımcı teknolojilere ve bunların beraberindeki di-

ğer yardımcı ve destekleyici hizmetler ile tesislere ilişkin erişim bilgilerinin sağlanmasını,

(i) Engellilerle çalışan meslek sahipleri ve işyeri personelinin bu Sözleşmede tanınan haklara ilişkin eğitiminin geliştirilmesi ve böylece bu haklarla güvence altına alınan destek ve hizmetlerin iyileştirilmesini üstlenmişlerdir.

Sözleşmenin 34.maddesi ile "Engelli Hakları Komitesi"nin kurulması öngörülmüştür. Bu Komite, başlangıçta on iki uzmandan oluşmaktadır. Sözleşmenin altmış adet onay veya katılım almasından sonra ise üye sayısı altı arttırılarak azami üye sayısı olan on sekize ulaşılacaktır. Komite üyeleri kişisel kapasiteleri ölçüsünde çalışacak ve ahlaki değerleri yüksek, sözleşmenin içerdiği alanlarla ilgili başarısı ve deneyimi bulunan kişiler arasından seçilirler. Komitenin üyeleri Taraf devletler tarafından seçilirler. Bu seçimi yaparken Taraf devletler komite üyelerinin seçiminde eşit coğrafi dağılım, farklı medeniyetlerin ve hukuk sistemlerinin temsili, kadın-erkek dağılımının dengesi ve engelli uzmanların katılımı unsurlarını dikkate alırlar. Komite üyeleri dört yıllık bir dönem için seçilirler; sadece bir dönem daha tekrar seçilebilirler. Üyelerden birinin ölüm, istifa ya da herhangi bir nedenle süresi dolmadan görevinden ayrılması durumunda, üyenin temsil ettiği Taraf Devlet, ilgili maddede aranan nitelik ve yeterliliklere sahip bir başka uzman atar. Yeni üyenin görev süresi kalan süre kadardır.

Komite çalışmalarıyla ilgili kuralları kendisi belirler. Komitenin, Sözleşme ile kendisine verilen görevlerini etkin olarak yerine getirebilmesi için ihtiyaç duyacağı personel ve diğer gereksinimleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği sağlar. Ayrıca Genel Sekreter Komiteyi ilk toplantı için toplar.

Sözleşmeye göre, bir devlet Sözleşmeyi onayladıktan sonra iki yıl içerisinde, aldığı tedbirleri Engelli Hakları Komitesine raporlamak durumundadır. Devlet bu ilk rapordan sonra her dört yılda bir Komiteye rapor sunmalıdır. Komitenin raporla-

ra ilişkin denetiminin amacı ihlalleri tespit etmekten ziyade, devletin karşılaştığı zorlukları tespit edip bu zorlukları gidermek üzere işbirliği imkanları yaratmaktır. Komite devletlerin raporda şu bilgileri sunmasını istemektedir:

- Sözleşmenin ulusal mevzuat ve politikalara nasıl yansıtıldığı,
- Sözleşmede güvence altına alınan haklardan yararlanma bakımından kaydedilen gelişmeler,
- Sözleşmenin uygulanmasında karşılaşılan zorluklar ve
- Sözleşmenin amacına ulaşmasını sağlamak üzere benimsenen plan ve politikalar.

Komitenin fonksiyonu açısından İhtiyari Protokol önem taşır. Taraf Devletler şayet bu protokole imza atarlar ise Komitenin bireysel başvuruları karara bağlama yetkisini kabul etmiş olurlar.

Komite, taraf devletlerin raporları üzerinden yaptığı denetimde, sivil toplum örgütlerinden de destek alır. Bu işbirliği "gölge rapor" olarak adlandırılan sivil toplum raporları aracılığıyla sağlanmaktadır. Gölge raporlar, devlet raporlarının gerçek durumu raporlarında ne ölçüde yansıttığının değerlendirilmesi açısından son derece önemlidir. Sivil toplum örgütlerinin hazırladıkları gölge raporlar, devlet raporlarında yansıtılmayan sorunların ortaya çıkmasını sağlayarak, Komitenin denetim işlevini yerine getirmesinde yardımcı olur. Komite devlet raporunu sivil toplum örgütlerinin raporları ile birlikte değerlendirdikten sonra, görüşlerini ve tavsiyelerini ortaya koyar. Devletin bir sonraki raporunda bu tavsiyelere ilişkin olarak almış olduğu tedbirleri de belirtmesi gerekir.

Sözleşmeye Ek İhtiyari Protokol, raporlama yanında iki ayrı denetim usulü daha öngörmüştür. Bunlardan ilki bireysel başvurudur. Buna göre, Sözleşmede güvence altına alınan

hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bireylerin yukarıda bahsedilen Komiteye başvurması mümkündür. Ancak bu başvurunun Komite tarafından değerlendirilebilmesi için, bireyin ulusal iç hukukta tüm hak arama yollarını tüketmiş olması gerekir. Ek Protokol ile öngörülen ikinci denetim usulü ise soruşturmadır. Bu usul de Sözleşmenin ağır ve sistematik şekilde ihlal edilmesi durumunda işletilebilecek bir yoldur.

Devletlerin Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinde uluslararası denetim usullerinin önemi tartışmasız olmakla birlikte zaman ve insan kaynağı kısıtlılığı nedeniyle Engelli Hakları Komitesinin Sözleşmeyi onaylamış her devletteki her ihlali tespit etmesi ve bunların giderilmesini sağlaması mümkün değildir. Bu nedenle Sözleşme, bir de ulusal denetim usulü öngörmüştür. Buna göre Sözleşmeye taraf her devlet, Sözleşmenin uygulanmasını izlemek üzere bağımsız bir denetim mekanizması kuracak veya böyle bir mekanizma hâlihazırda mevcutsa onun yetkisini Sözleşmeyi de içerecek şekilde genişletecektir. Burada tarz bir kurum Türkiye İnsan Hakları Kurumu veya Kamu Denetçiliği Kurumu gibi bir kurum olabilir. Türkiye henüz bu denetim mekanizmasını kurmamıştır.

Türk Anayasasının 90.maddesi *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"* ifadesine yer verir. Buna göre, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe girmiş olan "Engelli Kişilerin Haklarına dair Uluslararası Sözleşme" artık iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir ve mevcut yasalarla sözleşme arasında çatışma olması halinde mevcut yasalar değil sözleşme dikkate alınmalıdır. Mahkemelerden ve idari makamlardan engelliler için daha geniş haklar getiren sözleşmeyi

uygulaması talep edilmelidir. Anayasa 90. madde engellilere, sözleşmeye aykırı davranan kişi ve kuruluşlar için hukuksal yollara başvurma hakkını getirmektedir.

Sözleşmenin kanun hükmünde olması, ulusal mevzuatta düzenleme olmasa bile doğrudan Sözleşmeye dayanılarak hak iddia edilebilmesi anlamına gelir. Hatta Anayasadaki düzenlemenin son cümlesine göre, ulusal düzenlemeler Engelli Hakları Sözleşmesine uygun değilse o hâlde ulusal düzenlemenin değil, Sözleşme'nin uygulanması gerekir. Ancak, Türkiye'de hukuku uygulamakla yükümlü olanların, genellikle kanun ve yönetmelikleri uygulamaya eğilimli olduklarını ve uluslararası sözleşmeleri Anayasa'nın açık düzenlemesine rağmen göz ardı ettiklerini söylemek mümkündür. Bu nedenle yasama organı sözleşmelerin uygulanmasını kolaylaştırmak için sözleşmede yer alan yükümlülükleri ilgili kanunlara yansıtmayı tercih etmektedir. Bu doğrultuda Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi bakımından da aynı yönde bir yol izlenmiş, Sözleşmede yer alan yükümlülükler "Özürlüler Hakkında Kanun"a yansıtılmıştır. İlk değişiklik, Kanunun adında da yer alan "özürlü" kavramının terk edilerek, bu kavram yerine "engelli" kavramının benimsenmesi olmuştur. 2014 yılında ise, Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan, ancak Engelliler Hakkında Kanun'da hiç ya da yeterince düzenlenmeyen konulara ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Hatta Sözleşmenin de ötesine geçildiği söylenebilir. Zira ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemeler bakımından, Kanunun Sözleşmeden çok daha açık ve ayrıntılı hükümler içermektedir.

Sözleşme'nin 4.maddesinde "devletlerin Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamak üzere yasal tedbirler alması" (kanunlarında gerekli düzenlemeler yapması) yükümlülüğü açıkça yer almaktadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yasal tedbirlerin yükümlülüklerin sadece sınırlı bir kısmını oluşturduğudur. Türkiye'de sorunlar bu noktada gözlenmek-

tedir. Devlet, bir konuyu kanunla düzenlediğinde, bu konudaki sorunu ortadan kaldırdığını, yapması gerekeni yaptığını varsaymaktadır. Oysa 4. maddedeki yükümlülükler, yasal tedbirlerin başka tedbirlerle desteklenmesi gerektiğini açıkça öngörmektedir.

Sonuç olarak unutulmamalıdır ki, Sözleşme'nin ve Kanun'un gereği gibi uygulanmasının, başka bir ifade ile engelli bireylerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit şekilde yararlanabilmesinin ön koşulu, başta kamu otoriteleri olmak üzere herkesin engelli bireylerin 'eşit' bireyler olduğunu kabul etmesidir.

IX. ANAYASA MAHKEMESİNE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

A. ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yöntemine ilişkin, uygulamaya yönelik bilgi vermeden önce; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun tarihçesine kısaca değinmek uygun olacaktır. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, kamu gücünün eylemi, işlemi ya da ihmali nedeniyle temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen bireylerin başvurdukları bir hak arama yoludur. Bu yola başvurabilmek için diğer tüm iç başvuru yolları tüketilmiş olmalıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu, ikincil ve istisnai bir hak arama yoludur.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu, 5982 Kanun ile, 1982 Anayasası'nda 12 eylül 2010 tarihinde yapılan halkoylaması (referandum) sonucunda kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yapılması, hem Anayasa'da güvence altına alınmış hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan haklardan birinin ihlal edilmesi durumunda söz konusudur. Dolayısıyla bu yol ek bir istinaf ya da temyiz yolu değildir.

Bu yol, yöntem ve sonuçları itibariyle diğer hak arama yollarından farklı, özel bir hak arama yoludur. Söz konusu yolun amacı hem Anayasa'da güvence altına alınmış olan ve ihlal edilmiş olan bir hakkın ihlalini ve bu ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırmak; hem de verilen kararların olumlu etkisi sayesinde hak ihlallerini önlemektir.

Bireysel Başvuru ile kişilere sağlanan koruma, kamu gücüne dayanılarak gerçekleştirilen ihlallere karşı korumadır. Çünkü bireyler bu tür durumlarda kamu gücü karşısında korumasızdır.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolunun ikincil bir yol olduğundan yukarıda da bahsetmiştik. Bunun sebebi, idare ve yargı mercilerinin bireysel hak ihlallerinde daha etkin ve öncelikli role sahip olmalarıdır. Bu nedenle idarenin ve yargı mercilerinin söz konusu ihlalleri Anayasa Mahkemesine intikal etmeden çözmesi gerekmektedir.

Ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine 1954 yılında taraf olmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru yolunu 1987 yılında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargılama yetkisini de 1990'da kabul etmiştir.

Ülkemiz ile diğer ülkelerdeki uygulamalar kıyaslandığında, iç hukukunda etkin bir bireysel başvuru yolu bulunan ve işleyen ülkelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yaptığı başvuru sayısı ile ülkemizin yaptığı başvuru sayısı arasında ciddi bir fark olduğu, diğer ülkelerin başvurusu çok az iken ülkemizin başvuru (derdest dosya) sayısının henüz 2011 yılı başlarında dahi 20,000 civarında olduğu görülmektedir.

Avrupa Konseyinin organları da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukukta uygulanmasının sağlamaya yönelik uygulamaları sağlamaları yönünde taraf devletlere sorumluluk ve yükümlülüklerini hatırlatmaktadır. Bu yönde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2004 tarihli tavsiye kararında, Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesindeki dava yükünün azaltılabilmesi için bireysel başvuru yönteminin iç hukukta tanınmasının gerekliliğine dikkat çekmiştir.

19.02.2010 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Interlaken Deklarasyonu kabul edilmiş ve bu deklarasyon ile de taraf devletler, iç hukuklarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini uygulayıcı ve temel hak ihlallerinin etkin bir şekilde ortadan kaldırılmasını sağlayıcı mekanizmaları en kısa sürede kurmayı taahhüt etmişlerdir.

Ayrıca Venedik Komisyonunun 85. Genel Kurul toplantısında 'Anayasa Yargısına Bireysel Ulaşıma İlişkin Rapor' kabul edilmiş, bu raporun 82. paragrafında yukarıda bahsettiğimiz etkili mekanizmaların en önemlisinin Anayasa mahkemelerine bireysel başvuru hakkının tanınması olduğu vurgulanmıştır.

Ülkemizde 2004 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan ve bireysel başvuruyu da içeren Anayasa değişikliği önerisi, Venedik Komisyonu tarafından 29.06.2004 tarihli ve 296/2004 sayılı görüş ile olumlu bulunmuştur. Ayrıca Venedik komisyonu 18.10.2011 tarihli ve 612/2011 sayılı görüşü ile 6126 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanununu değerlendirmiş ve bireysel başvuru ile ilgili düzenlemelerin diğer Avrupa ülkelerinde zaten bilinen örnekleri takip ettiğini ve Avrupa standartlarına uygun olduğunu tespit etmiştir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolunun subjektif ve objektif olmak üzere iki farklı işlevi vardır. Bireysel Başvurunun tek tek bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin gerçekleştirilmesini sağlaması subjektif yönü; Anayasanın korunmasını ve yorumlanmasını sağlaması objektif ise objektif yönüdür. Bu iki yön birbirinin tamamlayıcısıdır. Anayasa Mahkemesi bireylerin haklarının tek tek korunması sırasında Anayasa hukukunun yorumlanması ve güncellenmesi çalışmalarını da yapmaktadır. Dolayısıyla bireysel olarak hak arama faaliyeti dolaylı olarak, uygulama birliğinin sağlanmasına hizmet etmektedir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolu birden fazla hukuki metinde yer almaktadır. Öncelikle Bireysel Başvuru, 2010 yılında düzenlenen referandumla kabul edilen 5982 sayılı Kanun'un 1982 Anayasasının 148. ve 149. maddelerinde yaptığı değişiklikler ve geçici 18. maddesi hükümleri ile hukuk sistemimize girmiştir. Bunların yanında, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un özellikle 45. ve 51. maddeleri bu Anayasa hükümlerini daha somut hale getiren düzenlemelere yer vermektedir. Ayrıca,12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü de bireysel başvurunun işleyişi konusunda fazlasıyla ayrıntılı hükümler içermektedir. Ayrıca İçtüzük'ün bazı hükümlerinde değişiklikler yapıldığı ve bu değişikliklerinde 05.03.2014 tarihli ve 28932 sayılı Resmi Gazetede yayınlandığını da belirtmekte fayda vardır.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi veya buna ek ve Türkiye'nin taraf olduğu Protokoller kapsamında olanlarından herhangi birinin, kamu gücüne dayanılarak ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu iddia eden kişilerce yapılabilir. Yaşam hakkı, işkence ve eziyet yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, suç ve cezaların kanuniliği, mülkiyet hakkı, hak arama hürriyeti ve daha pek çok hak bu kapsamda sayılabilir.

Bireysel Başvuruya konu edilebilecek olan kamu gücü davranışı, bir işlem ya da eylem şeklinde olumlu bir davranış olabileceği gibi, yapılması gereken bir işlem ya da eylemin yapılmaması şeklinde olumsuz bir davranış olarak da karşımıza çıkabilir. Bu ikinci tür davranış şeklinin yani ihmali nitelikteki işlemlerin bireysel başvuruya konu edilebilmesi, ancak kamu organlarının bir işlemde bulunması zorunluluğunun olduğu hallerde mümkündür.

Bunun yanında, bireysel başvuruya konu olabilecek işlemler, bireyler bakımında bağlayıcı ve emredici kamu gücü işlemleridir.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler, Yüksek Askeri Şuranın terfii işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma işlemleri, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararları gibi Anayasa'nın açıkça yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin de bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi imkansızdır.

Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiğini iddia eden "herkes" bireysel başvuru hakkına sahiptir. Ancak, yalnızca Türk vatandaşlarına tanınan haklarla ilgili olarak yabancılar bireysel başvuru yapamaz. Yabancıların bireysel başvuruda bulunabilmesi, ancak hukukun kendilerine tanıdığı sınırlar dahilinde mümkündür. Özel hukuk tüzel kişileri, doğrudan tüzel kişiliğin (üyelerinin değil) mağdur olduğu hak ihlalleri nedeniyle bireysel başvuruda bulunabilirler.

Bireysel başvuruya konu edilecek işlemin, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik yetkisini kullandığı coğrafi alanlardaki, kamu gücüne dayanılarak yerine getirilen işlemler olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi; Genel Kurul (17 üyeden oluşur. Başkan ve en az 12 üye ile toplanır. Kural olarak katılanların salt çoğunluğu ile karar alır.), iki Bölüm (Başkanvekilleri hariç 7 üyeden oluşur. Başkanvekili başkanlığında en az 4 üye ile toplanır. Katılanların salt çoğunluğu ile karar alır.) ve altı Komisyondan (iki üyeden oluşur. İki üye ile toplanır. Oybirliği ile karar alır.) oluşmaktadır.

Bireysel Başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini Komisyonlar, esas incelemesini de Bölümler yapar.

Genel Kurulun, bireysel başvuruların kabul edilebilirliği ve esasının karara bağlanmasında herhangi bir görevi bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Bireysel Başvuru Formu kullanılarak veya başvuru formunda bulunması gereken tüm bilgileri içeren ve aynı formatta olan bir dilekçe ile yapılmalıdır. Başvurucu varsa avukatı formu/dilekçeyi imzalamalıdır. Başvurunun açıklamalar kısmı, ekleri hariç en fazla 10 sayfa olmalıdır. Ekler mutlaka tarih sırasına göre ve açıklayıcı başlıklar ile eklenmelidir.

Başvuru belgesine eklenmesi gereken belgeler; kanuni temsilci veya avukat vasıtasıyla takip edilen başvurularda başvurucuyu temsile yetkili olunduğuna dair belge, harcın ödendiğine dair belge, nüfus cüzdanı örneği, başvurucu yabancı ise geçerli kimlik belgesi, tüzel kişilerde tüzel kişiliği temsile yetki belgesi, nihai karar veya işlem tebliğ edilmişse tebellüğ belgesi, dayanılan belgelerin asılları ya da onaylı örnekleri, tazminat talebi varsa uğranılan zarar ve buna ilişkin belgeler, başvuru süresinde yapılmamışsa mazereti ispatlayan belgelerdir.

Başvurucunun dayandığı belgeler bir resmi kurumun elinde bulunuyorsa ve başvurucu bunları temin için her türlü hukuki girişimlerini yapmasına rağmen bu bilgi ya da belgeler kendisine verilmiyorsa, başvurucunun bunlara erişememe nedenlerini delilleri ile birlikte formda belirtmesi gerekmektedir. Mahkeme gerekli görürse bu bilgi ve belgelerin teminini ilgili kurumdan bizzat ister.

Başvurucu ile ilgili koşullarda başvuru sonrasında bir değişiklik meydana gelirse, başvurucu bu durumu Anayasa Mahkemesine yazılı olarak bildirmelidir. Bildirmemesi durumunda doğan her türlü sorumluluk başvurucuya aittir.

Başvurucunun kimliğini gizli tutması başvuru aşamasında mümkün değildir. Ancak sonraki aşamalarda kamuya açık belgelerde kimliğin gizli tutulması, başvurucunun talebi ve yargılamanın aleniyeti ilkesine istisna oluşturan bu talebinin gerekçelerini başvuru formunda belirtmesi ile mümkündür. Bu talep kararı verecek olan bölüm ve komisyonlarca değerlendirilir; eğer haklı bulunursa da kabul edilir. Kabul edilmesi durumunda başvurucunun adı Resmi Gazetede de Anayasa Mahkemesinin İnternet sitesinde de ad ve soyadının baş harfleri ya da "X", "Y", veya "Z" gibi harflerle gösterilir.

Bireysel başvuru harca tabidir. Söz konusu harç her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için tespit edilen ve ilan olunan yeniden değerleme oranında arttırılır. Başvurucunun söz konusu harcı yatıracak gücünün bulunmaması halinde adli yardım talebinde bulunulması mümkündür. Bu konudaki karar da bölüm ve komisyonlarca verilir.

Başvuru formu ve eklerinde Anayasa Mahkemesinin ilgili birimlerince eksiklik tespit edilmesi halinde bu eksikliğin tamamlanması veya giderilmesi için başvurucuya, varsa avukatına veya kanuni temsilcisine en fazla 15 günlük süre verilir. Verilen bu süre kesindir. Süre içerisinde söz konusu eksiklikler giderilmezse başvuru idari yönden reddedilir. İdari yönden red kararının başvurucuya tebliğinden itibaren 7 gün içinde başvurucu Anayasa Mahkemesine itiraz edebilir. Bu itiraza ilişkin incelemeyi yapacak olan da karar verecek olan da ilgili Komisyon olacaktır.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun öncelikli olarak taşıması gereken birtakım şartlar söz konusudur. Bu şartlar; başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kanunlarda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının başvurucu tarafından tüketilmesi ve başvurunun Anayasal açıdan önem taşımasıdır.

Anayasa Mahkemesi 23.09.2012 tarihinden sonra kesinleşen kararları incelemektedir. Bu tarihten önce kesinleşen kararların bireysel başvuruya konu edilmesi durumunda söz konusu başvuru, zaman yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilmektedir.

Bireysel Başvurunun, kanunlarda zorunlu idari ve yargısal başvuru yolları öngörülmüşse, bu yolların tamamının "tüketildiği tarihten", başvuru yolu öngörülmemişse "ihlalin öğrenildiği tarihten" itibaren 30 gün içinde yapılması gerekmektedir. Vekil vasıtasıyla takip edilen işlere bu süreler, vekile yapılan tebliğ ile işlemeye başlar. Başvurucuya verilen alındı belgesinin verildiği tarih, başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir.

Olağanüstü kanun yollarına yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Başvurucu yukarıda belirttiğimiz süreyi ağır hastalık veya mücbir sebep gibi bir sebeple kaçırırsa, bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren 15 gün içinde mazeretini belgeleyen delilleri de başvuru belgesi ve eklerine ekleyerek başvurusunu yapabilir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılabileceği gibi diğer mahkemeler ya da yurt dışı temsilcilikleri aracılığıyla da yapılabilir. Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin hak kaybına uğramaması için, bulundukları ceza ve infaz kurumları aracılığıyla başvuru yapabilmeleri imkanı da Anayasa Mahkemesi tarafından sağlanmıştır.bu kişilerce yapılacak olan başvurunun evrakı ilgili Cumhuriyet başsavcılığı tarafından Anayasa Mahkemesine ulaştırılır.

Anayasa Mahkemesi dışındaki merciler aracılığıyla başvuru yapılması durumunda, başvuru formu ve ekleri gerekli kayıt

işlemlerinin yapılmasının ardından elektronik ortamda ve fiziki olarak da Anayasa Mahkemesine ulaştırılır. Söz konusu merciler başvurunun kabul edilebilirliği ya da esası hakkında herhangi bir inceleme yapma yetkisine sahip değildir.

Bireysel Başvurunun bizzat yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla posta yoluyla veya telgraf, mektup, e-mail gibi yöntemlerle bireysel başvuru yapılması mümkün değildir. Bu şekilde yapılan başvurular kayda dahi alınmamakta, başvuru evrakları başvurucuya varsa vekiline veya vasisine iade edilmektedir.

Başvuru sonrasında, başvuruya dair bilgi alınmasının da bir usulü vardır. Bizzat Anayasa Mahkemesine giderek başvuru hakkında bilgi almak mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi ile yapılacak olan yazışmalar, başvuru usulü ile aynı şekilde yapılmalıdır.

Başvurucuya başvurusunun yaptığını gösterir bir numara verilir ve daha sonraki yazışmalarını bu numara ile yapması gerektiğini belirtir bir yazı gönderilir. Bunun dışında başvuruya ilişkin bir bilgilendirme yapılmamaktadır. Sadece bölümler ve komisyonlar tarafından verilen kabul edilebilirliğe ve esasa ilişkin kararlar başvurucuya tebliğ edilir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruların sonuçlandırılması, karara bağlanması için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Karar süresi dosyanın niteliğine, aciliyetine, duruşmalı olup olmamasına ve benzer etmenlere bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Bireysel başvuruların inceleme sırası başvurucunun yaşam hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne ya da kişi güvenliği ve hürriyeti hakkına yönelik ihlal iddiası içeriyorsa daha önlere alınır.

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru üzerine yerel mahkemenin kararını ya da olaya uygulanacak kuralın belirlenmesini ve buna benzer noktaları incelemez. Yapılan inceleme sadece ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüklere

ilişkindir. İhlalin tespiti durumunda da bunun ortadan kaldırılması için alınması gerekli olan tedbirlere hükmeder.

Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemeler sırasında, başvuru ile ilgili kurum ve kuruluşlarla bizzat yazışmalar yaparak resen bilgi toplayabilir. Ayrıca yerel mahkemelerin sisteme yükledikleri tüm evraka da UYAP üzerinden erişim imkânı da bulunmaktadır Anayasa Mahkemesinin. Ancak başvurucu, Anayasa Mahkemesinin bu imkânlarına güvenerek, hiçbir bilgi ve belge sunmaksızın bir başvuru yapmamalıdır.

Komisyonlar başvuruların kabul edilebilirliği konusundaki kararlarını dosya üzerinden vermek zorundadırlar. Buna karşın Bölümler, başvuruları dosya üzerinden incelemekle beraber resen ya da başvurucu veya Adalet Bakanlığının talebi üzerine gerekli görülmesi halinde duruşma yapılmasına karar verebilirler. Duruşma yapılmasına karar verilmesi halinde, duruşmanın yeri, günü ve saati başvurucuya bildirilir. Duruşma sırasında duruşma tutanağı da düzenlenir ve düzenlenen tutanak örnekleri, talepleri halinde başvurucu ve Adalet Bakanlığı ile varsa diğer ilgililere verilir. Teoride bu bilgiler yer almakla beraber henüz Anayasa Mahkemesi hiçbir dosyada duruşma kararı vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi başvuruları incelerken istisnai olarak da olsa bilirkişi de atayabilir, tanık da dinleyebilir veya keşif kararı da verebilir.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsettiğimiz şekilde resen elde ettiği bilgi ve belgeler 15 günlük süre içinde beyanlarını sunabilmeleri için başvurucuya tebliği edilir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda bulunulması durumunda idari işlemler ya da eylemler, Anayasa Mahkemesinin kararı kesinleşene kadar işlemeye devam eder. İdari işlem ya da eylemin infazının veya icrasının durması için Anayasa Mahkemesinin verdiği kararın kesinleşmesi gereklidir.

Başvurucunun hayatına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehdit bulunması durumunda Bölümler esas incelemesi aşamasında resen veya başvurucunun talebi üzerine tedbir kararı verebilirler. Bu gibi istisnai durumlarda tedbir kararına başvurulmaması durumunda esas incelemesine geçilmesini hızlandıran mekanizmalar da mevcuttur. Bu durumda Komisyonlar başvuruyu derhal Bölümlere sevk edilmekte, Bölümlerce yapılan inceleme sonucunda kabul edilebilirlik ve esas incelemesi yapılıp tedbir kararı çok kısa sürede aynı gün içinde verilmektedir. Bölüm, tedbir kararı verince kararın derhal uygulanması için ilgili birime derhal kararı bildirir. Diğer yandan, tedbir kararı verilen başvurunun esas hakkındaki kararı da en geç 6 ay içinde verilmelidir.

Tedbirin devamına ilişkin yeni bir karar alınmadıysa, başvurucunun iddia ettiği gibi bir hak ihlalinin olmadığı veya başvurunun düşmesi kararı verildiyse tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

Bireysel Başvurudan feragat mümkündür. Feragat ile birlikte düşme kararı verilir. Ancak feragat edilen bir başvuru hakkında, Anayasanın uygulanması veya yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kılması halleri söz konusu olduğunda düşme kararı verilmeyip Anayasa Mahkemesi tarafından incelemeye devam edilmesi kararı alınabilir. Söz konusu başvuru esastan sonuçlandırılır.

Anayasa Mahkemesine yapılan Bireysel Başvuru sonucunda Komisyonlarca verilebilecek üç tür karar vardır. Komisyonlar kabul edilebilirlik, kabul edilemezlik ya da oybirliği sağlanamadığı belirtilerek dosyanın Bölümlere sevk edilmesi kararı verirler. Bölümler kabul edilebilirlik incelemesi yapılmadan kendilerine gönderilen başvurular için kabul edilebilirlik ya da kabul edilemezlik kararı verirken; kabul edilebilirlik incelemesi yapılarak kendisine gönderilen başvurular için bir temel hakkın ihlal edildiği ya da edilmediği şeklinde iki tür karar verirler.

Kabul edilebilirlik kararı komisyonlarca verilirken; başvuruda iddia edildiği gibi bir temel hak ve özgürlük ihlali olup olmadığı hususunda esasa ilişkin inceleme yapılması ve karar verilmesi Bölümlerin görevidir. Bunun yanında Bölümler esasa ilişkin inceleme yaparken kabul edilebilirliğe ilişkin bir engelin varlığını tespit ederse ya da böyle bir engel kabul edilebilirlik kararından sonra ortaya çıkarsa; başvuru hangi aşamada olursa olsun başvurunun esasını karara bağlamadan önce kabul edilemezlik kararı verebilirler.

Anayasa Mahkemesi başvurunun sürdürülmesini haklı kılan bir sebep olmadığı kanaatine varırsa başvuru hakkında düşme kararı verebilir. Anayasa Mahkemesi, kamu işlemiyle bir temel hakkın ihlal edildiğini tespit ederse, bu konuda yeniden yargılama yapılıp yapılmayacağı yönünde bir karar verir öncelikli olarak. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar olmadığı yönünde karar verilirse başvurucu lehine tazminata hükmedilir. Tazminat miktarının tespiti ayrıntılı bir incelemeyi gerektiriyorsa, Bölümler bu konuyu karara bağlamadan, genel mahkemelerde dava açılması yolunu gösterebilirler. Yeniden yargılama yapılması gerekli görülürse, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Anayasa Mahkemesi dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. İlgili mahkeme yeniden yargılamayı yapar ve ivedilikle karar verir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi kararında, gerekli görüldüğü takdirde, ihlalin ve sonuçlarının hangi şekilde ortadan kaldırılabileceği noktasında yapılması gerekenleri belirtir.

Anayasa Mahkemesinin Bölümleri ve Komisyonlarınca verilen kararların birer örneği başvurucuya, Adalet Bakanlığına, yeniden yargılama yapılmasına karar verilmişse ihlale neden olan kararı veren mahkemeye tebliğ edilir. Ayrıca varsa başvurucunun avukatına veya kanuni temsilcisine yapılan tebliğler ve yazışmalar da başvurucuya yapılmış sayılır.

Bölüm kararlarının tümü Anayasa Mahkemesinin internet sitesinde yayınlanırken; Komisyonların verdiği kabul edilebilir-

lik kararlarından, ilkesel önem taşıyanlar yayınlanır. Bunun yanında Bölüm Başkanının tespit ettiği, Bölüm tarafından verilen pilot karar niteliğinde ya da içtihadın ortaya koyulması açısından ilkesel önem taşıyan kararlar Resmi Gazetede yayımlanır.

Bölümler ve Komisyonlarca verilen kabul edilebilirlik ya da esasa ilişkin kararlar kesindir. Bu kararlar Anayasa Mahkemesinin diğer kararları gibi yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.

Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanımının tespiti halinde başvuru reddedilir ve başvurucunun yargılama giderleri dışında, 2.000 TL'den fazla olmamak üzere disiplin para cezası ile cezalandırılmasına karar verilir. Bu para cezası verildiği anda kesindir. Bunun yanında söz konusu başvuruda başvurucu avukat ile temsil edilmiş ve hakkın kötüye kullanılması hususunda avukatın kusuru da mevcut ise bu durum ilgili baroya da bildirilir.

B.AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurabilmek için, şikayet edilecek olan devletin Avrupa Konseyine taraf ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini tanıyan bir devlet olması gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde güvence altına alınan hakları ihlal eden bir müdahalesi veya bir eylemsizliği olmalıdır. Çünkü AİHM'ye başvururken başvurucun elindeki tek dayanak AİHS olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki temel haklardan biri veya bir kaçının ihlaline maruz kalan gerçek ve özel tüzel işiler AİHM'ye başvurabilir. Bir kamu kurumu, başka bir kamu kurumunu AİHM'ye şikâyet edemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal eden, "Devlet" ya da "İhlal sırasında kamu gücü kullanmakla yetkili olan bir kamu görevlisi" olmalıdır. Bu ikisi dışındakilerce gerçekleştirilen ihlaller için AİHM'ye gidilemez.

Gerçek ve özel tüzel kişiler aleyhine de AİHM'ye gidilemez, dava açılamaz.

Başvuru konusu ihlal, ihlali yapan devletin ulusal mahkemesinde dava olarak görülmelidir. Yani başvurucu, müdahale veya eylemsizlik halinin ortadan kalkması için ulusal hukukta var olan sonuca elverişli hukuk yollarının en kapsamlısı tamamıyla tüketilmiş olmalıdır. Yani önce iç hukuk yolları tüketilmelidir.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolunda başvuru yapmak için tüketilmesi gereken iç hukuk yollarından birisidir. Fakat Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşmiş idari ya da hukuki işlem ya da kararları kapsadığından, bu tarihten önceki hak ihlalleri ile ilgili olarak doğrudan AİHM'e başvuru imkanı mevcuttur.

23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen idari ya da hukuki işlem ya da kararlardan ötürü Anayasa Mahkemesine yapılacak Bireysel Başvurudan olumlu sonuç alınamaması halinde, başvuru şartlarını taşıması şartıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapışabilmektedir.

Olağanüstü kanun yollarını tüketmek kural olarak gerekmemektedir. Hukuk sistemimizde tüketilmesi gereken iç hukuk yolları şunlardır:

- Ceza yargılamasında: Temyizin sonucuna kadar
- Hukuk yargılamasında: Karar düzeltmenin sonucuna kadar

- İdari yargılamada: Karar düzeltmenin sonucuna kadar

İç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğinin İSTİSNALARI şunlardır:

- İç hukuk yollarını etkisiz olması
- Engelleyici bir yasanın bulunması
- Yerleşmiş bir yargı içtihadının bulunması
- Sözleşmeye aykırı yerleşmiş bir idari uygulamanın bulunması
- Davanın sürüncemede kalması (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi kapsamında 'makul süre' ihlali)
- Kamu görevlilerinin engellemesi

Başvurucu, iç hukuk yollarının etkinliği konusunda şüphe duysa da iç hukuk yolları mutlaka tüketilmelidir. İç hukuk yollarının tüketilmesinden itibaren 6 AY içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılmalıdır mutlaka. Bu süre geçtikten sonra AİHM'ye başvuru mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmak için, başvuru formunun doldurmak gerekir. Bir dava dilekçesi ile AİHM'ye başvuru yapmak mümkün değildir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine sözleşmeyi imzalamış olan devletlerden herhangi birinin resmi dili ile başvurmak mümkündür. Bu durumda AİHM'ye gönderilecek başvuru formunun Türkçe doldurulabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri İngilizce ve Fransızca olduğu için, bu dillerden bir ile başvurulması durumunda başvurunun daha kısada sonuçlanması söz konusu olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru ancak ve ancak posta yolu ile mümkündür. Başvuru ile ilgili tüm yazışmalar aşağıdaki adres ile yapılmalıdır.

Cour européenne des droits de l'homme
Conseil de l'Europe
67075 Strasbourg Cedex
France

Mahkemenin fax numarası da aşağıda belirtildiği şekildedir.
+33 (0)3 88 41 27 30

Mahkemeye gönderilecek yazışma ve belgeler zımba, bant ve benzeri araçlarla birbirine tutturulmamalı; tüm sayfalar sırasına göre numaralandırılarak dizilmelidir.

Başvuru formu gönderildikten sonra, mahkeme yazı işleri tarafından bir dosya numarası verilir başvurucuya. Daha sonraki tüm işlemlerde bu başvuru numarası kullanılmalıdır.

Mahkeme yazı işleri müdürlüğünce istenen tüm bilgi ve belgeler, belirtilen süresi içinde ve eksiksiz olarak mahkemeye gönderilmelidir.

Başvuru formunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hangi maddesine dayanıldığı açıkça ve ayrıntılı biçimde belirtilmelidir. İnceleme için gerekli olan tüm belgeler de başvuru formuna eklenmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru tamamen ücretsizdir, harca tabi değildir. Dosyanın gidişatı ile ilgili bilgilendirme, AİHM yazı işleri müdürlüğünce yazılı olarak yapılır.

Yargılamanın ilk aşaması kural olarak yazılı usulde yürütülür; ancak daire, duruşma yapılmasına da karar verebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde duruşma sırasında mutlaka tercüman bulunmaktadır.

X.ENGELLİ BİREYLERİN HAK İHLALLERİNE İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşme kapsamında koruma altına alınan temel haklara ilişkin ihlal iddialarını ele almaktadır. Engelli bireylere ilişkin hak ihlalleri de sözleşme maddeleri kapsamında değerlendirilmekle birlikte bireyin ihtiyaçlarının faklı olması ve taraf devletlerinde farklı yükümlülükleri bulunması nedeni ile mahkeme içtihatlar ile sözleşmeyi daha geniş kapsamlı yorumlamaktadır.

Sözleşme ve ek protokollerde düzenlenen hemen her madde açısından engelli hak ihlallerine ilişkin kararlar bulunmaktadır. Bu çalışmada Türkiye aleyhine verilmiş iki karar ile ilgili kararların ihlal maddelerini taşıyan başkaca ülke kararlarından örnekler ele alınacaktır.

Kararlardan ilkinde başvurucunun eğitim hakkı ihlal edilmiş ve bunun yanında mahkemece eğitim hakkı engelinden dolayı ihlal edildiğinden ayrımcılık yasağına aykırı davranış nedeni ile de Türkiye mahkûm edilmiştir.

İkinci kararda ise başkaca madde hükümlerinden ihlaller olsa da asıl olarak işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin hükmün ihlali ele alınmıştır. Tutuklu bireyin engeli göz önüne alınarak buna uygun ortamın yaratılmaması Türkiye'nin gerek AIHS gerekse BM sözleşmelerine aykırı davranışı sonucunu ortaya çıkarmıştır.

- **Çam- Türkiye Kararı (Başvuru No. 51500/08)**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurucunun Konservatuvara kaydının reddedilmesi göz önünde bulundurulduğunda, öncelikle, olayın geçtiği dönemde yürürlükteki yasalar uyarınca ayrımcılık yapılmaksızın engelli bireylerin eğitim hakkının olduğunu dikkate almaktadır. Yürürlükteki ulusal mevzuat açısından engelli bireylerin eğitim hakkının kısıtlanması

sonucunu doğuracak bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasamız ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümlerince eğitim temel haklar içerisinde yer almakta olup devletin bunu ayrım gözetmeksizin tüm vatandaşları için uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerek idarenin ulusal mahkemelerde yaptığı savunmasında gerekse Türkiye Cumhuriyeti Devletinin AHIM önünde verdiği savunmada engelli bireylerin eğitim hakkının ulusal mevzuatça tanındığı ve korunduğu şeklindedir. AHIM de savunmalarda bu açıdan bir aykırılık görmemiştir.

Ancak yapılan savunma; somut olayda sorunun usuli bir eksiklikten kaynaklandığını, tüm öğrencilerin konservatuara sunması gereken derslere katılabileceği yönündeki sağlık raporunu sunmaması gerekçesine dayandırmaktadırlar.

Mahkeme üye devlet idaresinin sağlık raporu sunmasını zorunlu tutan usul kurallarında bir hukuka aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır. Görme engelli bir bireyin de bu usul kuralından muaf tutulamayacağını belirtmiştir. Ancak mahkemece gerekçede belirtildiği üzere başvurucu tarafından görme engelinin de göz önünde bulundurulduğu bir sağlık raporu sunulmuştur. Konservatuvar ise bunu reddetmiş ve bu raporu hazırlayan başhekimden raporu değiştirmesini istemiştir.

Bu nedenle, Konservatuvar başvurucunun başvurusunu reddedişini, kendisinin gerekli idari formaliteleri, özellikle de tem teşekküllü bir hastaneden alınan sağlık raporu şartını yerine getirmediği gerekçesiyle meşrulaştırmaya çalışsa da, Mahkeme başvurunun reddedilmesinin tek sebebinin görme engeli olduğunu ifade etmektedir.

Buna ek olarak Mahkeme, başvurucunun kayıt yaptırmak için ön koşul olan giriş sınavını geçmesinin, kendisinin Devlet Konservatuvarına kayıt yaptırma yeterliliğine sahip olduğunu gösterdiği kanaatindedir. İdarenin dersleri almasının mümkün olmayacağı yönündeki savunmasını ise görme engelinin

müzik derslerini almasına ne şekilde engel teşkil edeceğine dair yeterli açıklama yapılmaması nedeni ile katılmamaktadır.

Tüm bunların yanında okulda ders görmesi için gerekli fiziksel koşulların bulunmamasını ise başvurucunun hatası olmadığını ulusal yetkili makamların görme engelli bir bireyin eğitim almasına uygun hale getirme girişimde dahi bulunmadığının altını çizmiştir

AHIM yukarıda açıklanan tüm gerekçelerin yanında tarafımızca ihlalin en önemli noktasına işaret eden gerekçesini şu şekilde açıklamıştır. *BAŞVURUCUNUN OKULA KAYDI KAYIT YAPTIRMAYA HAK KAZANMASINA RAĞMEN BİR TAKIM İDARİ PROSEDÜR NEDENİ KAYDI YAPILAMAMIŞTIR. AHIM BUNUN GEREKÇESİ OLARAK GÖRME ENGELLİ BİR BİREYİN KAYIT YAPTIRMA OLASILIĞININ ULUSAL YETKİLİ MAKAMLARCA HİÇBİR ZAMAN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMAMASINDAN KAYNAKLANDIĞINI HÜKÜM ALTINA ALMIŞTIR.*

AHIM eğitim hakkının demokratik toplulukların vazgeçilmez bir parçası olduğunun altını birçok kararında çizmiş ve bu nedenle protokolün ilgili maddelerinin dar bir şekilde yorumlanamayacağı içtihadını geliştirmiştir. Somut olayda eğitim hakkı ihlali tartışmadan uzaktır. Konservatuar yeterlilik sınavlarını geçen ve okula kayıt yaptırmaya hak kazanan bir bireyin sonrasında usuli işlem eksiklikleri öne sürülerek bu hakkının kısıtlanması kabul edilemez. Ancak somut olay göz önüne alındığında bir noktanın daha altını çizmek gerekmektedir. Çeşitli konularda AHIM kararları ele alındığında görülmektedir ki Türkiye açısından hak ihlaline sebebiyet veren çoğu zaman yasal düzenlemelerdense bunların uygulanması / uygulanmamasından doğan sorunlardır. Yasal mevzuatımızda çoğu zaman uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülüklerimize uygun düzenlemeler yer almaktadır. Ancak bunların uygulanmasına ilişkin yaşadığımız sorunlar Türkiye'nin birçok kez tazminata mahkum edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu noktada AHIM'in Çam kararında da vurguladığı üzere yapılacak olanın idari ve hukuki açıdan uygulayıcı, karar verici mevkilerde bulunan kişilerin bakış açısının değiştirilmesidir. Mevzuatımız açısından görme engelli bir bireyin eğitim hakkını kısıtlayan bir düzenleme bulunmamakta ve konservatuarca yapılan ön sınavlarda yeteneğini ortaya koymasına rağmen okula kabulde bunca sorunun yaşanmasının uygulayıcıların bakış açısından başkaca bir engele sahip olmadığının kabulü gerekmektedir.

- **Ozan Barıs Sanlısoy-Türkiye (8 Kasım 2016)**

Otizmli olduğu için kayıt yaptırmak üzere başvurdukları özel bir okul tarafından öğrenci olarak okula alınmayan başvurucunun ailesi tarafından okul yöneticileri hakkında 'ayrımcılık yasağını ve eğitim hakkını ihlal ettikleri' yönünde yapılan suç duyurusunun takipsizlikle ve buna yapılan itirazın da ret kararı ile sonuçlanması üzerine yapılan başvuruda mahkeme, her ne kadar eğitim sisteminde otizmli öğrencilerle ilgilenebilecek eğitmen eksiği olduğu yönünde genel bir şikayet olsa da, başvurucunun şuan halihazırda okumakta olduğu bir devlet okulu olduğunu ve bir okul tarafından öğrenci olarak kabul edilmemesinin eğitim hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal etmeyeceğini söyleyerek başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun buldu.

Somut olayda mahkeme başvurucunun bir devlet okuluna kabul edilmiş olmasının eğitim hakkının ihlalinin önüne geçtiğini hükme bağladı. Başvurucunun sadece zihinsel engeli nedeni ile bir okula alınmaması kabul edilebilir olmamakla beraber özel bir okula gitmesinin ailenin tercihinde olduğu, devletin eğitim hakkını sağlama yükümlülüğünün yerine getirildiği konusunda karar verildi.

- **Asalya- Türkiye Kararı (Başvuru No: 43875/09)**

Bir Türk vatandaşı ile evli olan belden aşağısı felçli ve geçerli

ikamet izni bulunan başvurucu hakkında sınır dışı kararı verilmesine ilişkin olarak Mahkeme Türkiye'nin sözleşmenin 3. Maddesini ihlal ettiği yönünde karar vermiştir. Türkiye savunmasında başvurucunun Kumkapı'da tutulduğu süre boyunca hiçbir şekilde işkence ve kötü muamele ile karşı karşıya gelmediğini beyan etmiştir. Ancak başvurucunun tutulduğu yer koşullarının belden aşağısı felçli bir birey için uygun olup olmadığı hususunda ileri sürülen iddialara hiçbir cevap vermemiş, bu iddiaları reddetmemiştir.

Türkiye AIHS yanında birçok uluslararası sözleşmenin da tarafı olmakla bunlardan doğan yükümlülükleri mevcuttur. Bu sözleşmelerin başında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 13 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme gelmektedir. Sözleşmenin 2 maddesinde yer alan tanımlar kısmına göre ;

Barınma;

İşbu Sözleşme'nin amaçları açısından; ...'Makul barınma', engellilerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini tam ve diğer bireylerle eşit şekilde kullanmasını veya bunlardan yararlanmasını sağlamak üzere belirli bir durumda ihtiyaç duyulan, ölçüsüz veya aşırı bir yük getirmeyen, gerekli ve uygun değişiklik ve düzenlemeleri ifade eder..."

Madde 14'de düzenlenen **Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği hükümleri** ise şu şekildedir ;

Taraf Devletler; engellilerin herhangi bir süreç sonunda özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları halinde, uluslararası insan hakları hukukuna uygun olarak diğer bireylerle eşit güvencelerden yararlanmalarını ve makul barınma imkanının sağlanması da dahil olmak üzere Sözleşme'nin hedef ve ilkelerine uygun muamele görmelerini sağlar.

Birleşmiş Milletler Özel Raportörü de 2008 tarihli geçici raporunda şu hususlara dikkat çekmiştir;

Engelli kişiler, cezaevlerinde veya başka yerlerde özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarında genellikle güçsüz bir duruma düşerler. Bu bağlamda, bir kişinin engeli, o kişinin başkalarına muhtaç bir duruma düşmesine ve istismara daha kolay hedef olmasına yol açabilir. Devletler, ayrıca, tutulma sürecindeki muamele ve koşulların, engelli kişilere karşı doğrudan veya dolaylı bir şekilde ayrımcılık yapılmayacak şekilde düzenlenmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu tür ayrımcı bir muamelenin ağır derecede acı ve sıkıntıya neden olması halinde, söz konusu muamele, işkence veya benzeri bir kötü muamele anlamına gelebilir Bu bağlamda, engellilerin diğer bireylerle aynı hak ve temel özgürlüklerden faydalanmalarının sağlanması noktasında, tutulma merkezlerindeki usullerde ve fiziksel yapılarda (…), ölçüsüz olmayacak veya aşırı bir yük getirmeyecek şekilde uygun değişikliklerin yapılması sorumluluğu ifade edilmektedir. Engellilerin makul barınma imkânlarından faydalandırılmaması veya bu imkânların sağlanmaması, kötü muamele ve işkence anlamına gelecek tutulma koşullarının söz konusu olması sonucunu doğurabilir."

Somut olay bu kapsamda ele alındığında başvurucunun tutulduğu Başvuran, Sözleşme'nin 3. maddesine dayanarak, Kumkapı Yabancılar Misafirhanesindeki tutulma koşullarının, özellikle de kendisi gibi tekerlekli sandalyeye bağlı engelli kişilerin ihtiyaçlarına yönelik özel düzenlemelerin mevcut olmadığı görülmektedir. Tuvalet ve yatak ihtiyaçlarını sağlamasına imkan verilmemiştir. Başvurucunun beyanlarına göre Kumkapı'da tutulduğu 7 gün süresince ve bu durumun söz konusu maddenin ihlaline yol açtığını ileri sürmüştür. Başvuran, Kumkapı Yabancılar Misafirhanesinde, tekerlekli sandalye kullananların ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak, asansör veya uygun tuvalet gibi düzenlemelerin mevcut olmadığını ileri sürmüştür. Özellikle de, tutulduğu merkezde bulunan alaturka tuvaletleri kullanamadığına dikkat çekmiştir. ***Bu nedenle, yedi günlük alıkonma süresi boyunca, tuvalet ihtiyacı geldiğinde, her seferinde, en az iki polis memuru tarafından Kumkapı Yabancılar Misafirhanesine 50 metre uzaklıktaki bir otele götürülmeyi ve söz konusu memurların***

tuvalet ihtiyacını gidermesine yardımcı olmalarını beklemek zorunda kalmıştır. Başvuran, bunun son derece aşağılayıcı bir durum olduğu kanısındadır. Başvuran, aynı şekilde, kendisinin durumundaki kişilere uygun yatacak yer düzenlemelerinin de yapılmadığını belirtmiştir. ***Ortamın aşırı kalabalık olması ve asansör imkânının bulunmaması nedeniyle, zemin katta bir ofiste masa üstünde uyumak zorunda bırakıldığını beyan etmiştir***.

Mahkeme yerleşik içtihatları uyarınca işkence ve kötü muamele şikayetlerinde eylemin asgari düzeyde nitelik taşıyıp taşımadığını ele almaktadır. Bu asgari düzey, özü itibarıyla göreceli olup, olayın tüm koşullarının değerlendirilmesiyle, yani muamelenin uygulandığı süre, fiziksel ve ruhsal etkileri ve bazı hallerde de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi etkenlere bağlı olarak Mahkeme, aynı zamanda, muamelenin, mağdurlarda korku, üzüntü ve aşağılık hissi uyandıracak derecede küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olması ve ayrıca mağdurların fiziksel veya ruhsal direncini kırabilecek düzeye erişmesi halinde "aşağılayıcı muamele" olarak nitelendirilebileceğini kaydetmiştir. Ayrıca, bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında "aşağılayıcı" nitelikte olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınacak unsurlardan biri de, muamelenin kişiyi küçük düşürme veya aşağılama amacı taşıyıp taşımadığıdır. Ancak, böyle bir amacın bulunmaması, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği yönünde bir tespitin kesin olarak yapılabileceği anlamına gelmez

Mahkeme, bu bağlamda, engelli bir kişinin gözaltına alınmasına ve tutuklanmasına karar verilmesi halinde, yetkililerin, söz konusu kişinin engelinden kaynaklanan özel ihtiyaçlarına yanıt verebilecek uygun koşulların sağlanması konusuna özel itina göstermeleri gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, başvuranın, engeline uygun koşuların sağlanması konusunda çaba gösterilmemesi nedeniyle, tuvalet gibi en temel ihtiyaçlarını karşılamakta ciddi zorluklar yaşadığını kaydet-

mektedir. Mahkeme, bu bağlamda, özellikle de başvuranın, tutulduğu merkezdeki yapısal eksiklikler dolayısıyla, tamamen polis memurlarının yardımına ve bu hususta ki iyi niyetlerine muhtaç kaldığını dikkate alarak, sıhhi hizmetlere erişim sağlanamamasının Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir sorunun ortaya çıkmasına yol açtığını belirtmektedir. Başvuranın, tuvalete götürülürken, bazen, eşinin de kendisine ve polis memurlarına refakat etmiş olması, bu anlamda yaşadığı sıkıntıları azaltmamıştır. Mahkeme, ayrıca, özellikle de başvuranın kısa bir süre önce omurilik yaralanması geçirdiği dikkate alındığında, geceyi geçirmek için uygun olmayan bir ofiste sert bir masanın üzerinde uyumak zorunda kalmasına neden olan koşulların da kabul edilemeyeceği kanaatindedir. 53. Somut davada, başvuranı küçük düşürme veya aşağılama gibi mutlak bir niyetin bulunduğuna dair herhangi bir delil mevcut değildir. Ancak, Mahkeme, başvuranın, her ne kadar kısa bir süre alıkonmuş olsa da, medeni bir yaşamın gerektirdiği asgari şartlardan bazılarına uygun olmayan, yani yatakta uyuma ve yabancıların yardımına muhtaç kalmadan gerektiği kadar sıklıkla tuvalete gidebilme gibi ihtiyaçlara yanıt vermeyen koşullarda tutulmasının insan onuruyla bağdaşmadığı ve bu durumun tutulmasının keyfiliğinden kaynaklanan manevi zararın daha da artmasına yol açtığı kanısındadır.

Yukarıdaki kararda da görüleceği üzere Türkiye'nin engelli bireylere ilişkin fiziki koşulları sağlama yükümlülüğünü yerine getirmekte birçok eksiği bulunmaktadır. Günlük yaşam içerisinde dahi devlet üzerine düşen yükümlülükleri tam olarak yerine getirmezken engelli bir bireyin göz altı ya da tutukluluk durumlarında ihlaller daha fazla ortaya çıkmaktadır. Bu durumda 3. Madde gibi sözleşmenin temel taşlarından olan bir maddenin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Ki sözleşmenin tüm maddeleri insan haklarının korunması konusunda hayati bir önem taşımakla birlikte 3. Madde ihlali uluslararası arenada ihlale sebebiyet veren ülkeler açısıdan ciddi prestij kaybına yol açmaktadır.

Engelli bireylerin tutukluluk ve gözaltında yaşadığı zorluklar nedeni ile hak ihlallerine mahkemece genellikle ihlal kararı verilmekte olup aşağıda başkaca ülkeler hakkında yapılan başvurular kısaca ele alınacaktır. ;

- **Price- Birleşik Krallık (10 Temmuz 2001)**

Engelli Hakları alanında çalışan kişilerce oldukça bilinen ve mahkemenin de bu alanda neredeyse tüm kararlarına dayanak gösterdiği karar olan davada başvurucu iki kolu ve iki bacağından engelli bir talidomit mağduru olan ve aynı zamanda böbrek sorunlarından muzdarip bir bireydir.

Hukuk yargılamaları esnasında mahkemeye saygısızlık nedeniyle cezaevine konmuştur. Başvurucu yatağın engelli kişiler için özel adapte edilmemiş olmasından ötürü, tekerlekli sandalyesinde uyumak zorunda kaldığı ve soğuktan şikâyetçi olduğu nezarethanede bir gece boyunca tutulmuştur. Ardından, tuvaleti kullanmak için erkek cezaevi infaz koruma memurlarının yardımına muhtaç olduğu normal bir cezaevinde iki gün geçirmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme özellikle, ağır engelli bir kişinin tehlikeli bir biçimde soğukta kaldığı, yatağının sertliği ve ulaşılabilir olmaması nedeniyle yara alma riskiyle karşı karşıya olduğu, tuvalete gidemediği ve güçlük çekmeden temizliğini sağlayamadığı koşullar altında tutulmasının, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir aşağılayıcı muamele teşkil ettiğine karar vermiştir.

- **Vincent - Fransa (24 Ekim 2006)**

Başvuranın, kendisine 2005 yılında verilen on yıllık hapis cezası infaz edilmekteydi. 1989 yılında meydana gelen bir kazadan itibaren belden aşağısı felçli olan başvuran işlerini kendisi halledebiliyor; ancak tekerlekli sandalye yardımı olmaksızın hareket edemiyordu. Başvuran özellikle, farklı cezaevlerinde tutulduğu koşulların engeli için adapte edilmediğinden

şikâyet etmiştir. Mahkeme, belden aşağısı felçli olan başvuranın, sadece tekerlekli sandalyeyle hareket edebilen, özellikle bedensel engelli kişilerin tutulmasına elverişli olmayan Fresnes Cezaevi'nde kendi kendine hareket edebilmesinin mümkün olmaması nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuranı rencide etmeye veya küçük düşürmeye yönelik pozitif kasıt bulunduğuna dair hiçbir delil mevcut olmamıştır. ***Ancak Mahkeme, hareket edemeyeceği ve özellikle hücresini tek başına terk edemeyeceği bir cezaevinde engelli bir kişinin tutulmasının Sözleşme'nin 3. Maddesi kapsamında aşağılayıcı muamele teşkil ettiğini değerlendirmiştir***.

- **Z.H. - Macaristan (8 Kasım 2011)**

İşitme ve konuşma engelli olan, işaret dilini kullanamayan, okuma yazma bilmeyen ve öğrenme engeli bulunan başvurucu özellikle, neredeyse üç ay boyunca cezaevinde tutulmasının insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil ettiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, makamların başvuranın durumunu ele almak üzere gösterdiği takdire şayan ancak geç kalmış çabalarına rağmen, başvuranın makul bir süre içerisinde gerekli tedbirler alınmaksızın tutulmasının, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil eden bir durumla sonuçlandığına karar vermiştir. Mahkeme bu davada ayrıca Sözleşme'nin 5 / 2 maddesinin (özgürlük ve güvenlik hakkı) ihlal edildiğine karar vermiştir. ***Mahkeme özellikle, başvuranın birden fazla engeli olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tutukluluğuna itiraz etmesi için gerekli bilgileri edindiğinin değerlendirilebileceğine ikna olmamıştır***. Mahkeme ayrıca, Engellilerin Haklarına ilişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2 2., 13. ve 14. maddelerindeki "makul düzenleme"ye oldukça benzer bir kavram olan gerçekten "makul adımların", başvurucunun durumunu ele almak, özellikle de kendisinin bir avukat veya uygun diğer bir kişi tarafından yardım almasını sağlamak üzere makamlar tarafından atılmamasının üzücü olduğu kanaatine varmıştır.

- **Arutyunyan - Rusya 10 Ocak 2012**

Başvuran tekerlekli sandalyeye bağımlıydı ve böbrek nakli hastalığı, çok düşük görme yeteneği, şeker hastalığı ve ağır obezite gibi pek çok sağlık sorununa sahipti. Başvurucunun hücresi asansörü bulunmayan bir binanın dördüncü katında iken tıbbi ve idari birimler ise zemin katında ulunmaktaydı. Bir asansör bulunmayışı nedeniyle başvuranın hemodiyaliz ve diğer gerekli tıbbi tedavileri almak üzere her gün merdivenleri inip çıkması gerekmiştir. Mahkeme, yerel makamların başvurucuyu engeliyle tutarlı, güvenli ve uygun bir biçimde tedavi etmediği ve kendisinin tıbbi olanaklara, açık havada egzersize ve temiz havaya etkili erişimini engellediği kanaatine vararak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme özellikle, engelli olan ve hareket edebilmek için bir tekerlekli sandalyeye bağımlı olan başvuranın neredeyse on beş aylık bir süre boyunca haftada en az dört kez, sağlığı için elzem olan karmaşık ve yorucu tıbbi tedavisine gidip gelirken dört kat merdiven inip çıkmaya zorlandığını gözlemlemiştir. Bu çaba şüphesiz başvuranın gereksiz yere acı çekmesine sebebiyet vermiş ve kendisini, sağlığına ciddi zarar verilmesi konusunda aşırı bir risk altına sokmuştur***. Bunun yanında her gün 4 kat aşağıya inmeyi reddeden başvurucu cezaevi avlusuna çıkmayı bırakmış ve cezasını 24 saati tutuklu yerleşkesi içerisinde geçirmeye başlamıştır. Hatta 4 kat inmemek için hayatı için zorunlu olan hemodiyalize girmediği günler de olmuştur.*** Bu nedenle somut olayda başvurucunun engeline uygun şartlar altında tutulmaması gerek sağlığı gerekse tutukluluk koşulları açısından oldukça ağır sonuçlar doğurmuştur.

- **Zarzycki - Polonya (6 Mart 2013)**

Yukarıdakilerin aksine ihlal kararı çıkmayan bir başvuru ise şu şekildedir. Başvuran engelli olup, her iki kolunun dirsekle bilek arasındaki bölümü kesiktir. Başvuran özel ihtiyaçları için uygun tıbbi yardımı almadan ve daha gelişmiş biyome-

kanik protez kolların ücretini kendisine geri ödenmeden üç yıl dört ay boyunca tutuklu kalmasının aşağılayıcı nitelikte olduğundan şikâyet etmiştir. Başvuran, bunun sonucunda belirli günlük temizlik ve giyinme işlerinde kendisine yardım etmeleri için diğer mahkûmlara muhtaç kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme, cezaevi idaresinin başvurana karşı ileriye etkili tutumunu dikkate alarak, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bedensel engelli bir tutukluya hücre arkadaşları aracılığıyla düzenli olarak yardım edilmesini sağlama planının, hücre arkadaşları gönüllü olsalar veya sadece cezaevi revirinin kapalı olduğu sırada yardımlarına başvurulsa dahi, Mahkeme tarafından sıklıkla eleştirilmektedir. Ancak somut olayda, Mahkeme başvurana uygun ve gerekli yardımın sağlanması için makamlar tarafından kurulan sistemi kınamak için hiçbir sebep görmemiştir. Ayrıca protez edinme konusunda, temel tipte mekanik protezlerin mevcut olduğu ve başvurana ücretsiz olarak sağlandığı ve ayrıca biyomekanik protez ücretinin küçük bir kısmının geri ödenmesinin de mümkün olduğu göz önünde bulundurulduğunda, Polonya Hükümeti'nin gelişmiş tipte bir protez cihazının ücretinin tamamını ödemeyerek Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmediği söylenemez hükmüne varmıştır.

Dolayısıyla makamlar, başvurucunun özel ihtiyaçlarını dikkate alarak kendisine düzenli ve yeterli yardımda bulunmuştur ve başvurucuyu rencide etme veya küçük düşürme konusunda herhangi bir olay veya pozitif bir kasta ilişkin hiçbir delil bulunmamıştır. Mahkemece başvurucunun her iki kolunun dirsekle bilek arasındaki bölümü kesik olması nedeniyle, tutukluluğun zorluklarına karşı daha savunmasız olmasını kabulle birlikte yapılan müdahale Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir muamele teşkil etmek için gereken ciddiyet eşiğine ulaşmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ
ÇALIŞMA GRUBU ÖN RAPORU

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇALIŞMA GRUBU

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
Çalışma Grubu Başkanı

Yrd. Doç. Dr. Bilge Erson Asar
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Rifat Çulha
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Fahrettin Demirağ
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Hasan İçöz
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Dr. Salih Oktar
Çalışma Grubu Üyesi

Avukatlık mesleğinin çatı organı olan Türkiye Barolar Birliği'nin oluşturduğu İnsan Hakları Merkezi bünyesinde, geçtiğimiz yıllarda olduğu gibi, bu yıl da, bir 2017 Yıllığı oluşturulmasına karar verilmiştir. Bu çerçevede değerlendirme konusu yapılacak haklardan birisi de, ifade özgürlüğü olarak belirlenmiştir.

İfade özgürlüğü çalışma grubu, tespit ve değerlendirmelerini 2016 ve 2017 yıllarıyla sınırlandırmıştır. Ön raporda AYM ve AİHM kararlarına ilişkin bir istatistik sunulduktan sonra ifade özgürlüğünün son dönemde ülkemiz açısından en çok tartışma yaratan meselelere kısaca değinilecektir. Hem AYM hem de AİHM kararlarına bakıldığında, en çok başvurunun basın özgürlüğü kapsamında yapıldığı gözlenmiştir. Bu nedenle çalışmanın önemli bir kısmı, gazetecilerin ifade özgürlüğü ve haber yapma hakkı çerçevesinde şekillenecektir. Bununla birlikte savunma dokunulmazlığı, medyaya yapılan müdahaleler, bilgiye erişim özgürlüğünün kısıtlanması, internet yasakları, bilimsel ve sanatsal ifade özgürlüğü ile erteleme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının (oto)sansür etkileri gibi konular da ele alınması gereken hususlar olarak görülmüştür. Bu hususlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme, nihai raporda gerçekleştirilecektir.

AİHM'e ifade özgürlüğünün ihlali iddiasıyla açılan ve 2016-2017 yılları arasında sonuçlanan 24 dava[1] bulunmakta-

[1] 15 Kasım 2017 tarihi itibariyle sözü edilen davalar şunlardır: Eker v. Türkiye, 24016/05, 24/10/2017 (2.D) , Bayar v. Türkiye, 603/09, 24/10/2017 ; Bayar v. Türkiye 55060/07 55061/07/ 13/06/2017, (2. DK); Surat v. Türkiye, 50930/06, 10/10/2017 (2. DK); Çamyar v. Türkiye, 16899/07, 10/10/2017; Çamyar v. Türkiye 42900/06, 05/09/2017, (2. DK); Fatih Taş v. Türkiye, 6813/09, 10/10/2017; Balbal v. Türkiye, 66327/09, 10/10/2017, (2. DK); Yurtsever v. Türkiye, 42320/10, 05/09/2017, (2. DK); Özer v. Türkiye, 47257/11, 05/09/2017, (2. DK); Özalp v. Türkiye, 48583/07 53717/07, 18/07/2017; Ali Çetin v. Türkiye, 30905/09, 20/06/2017; Çolak ve Kasımoğulları v. Türkiye, 29969/07 47462/07, 13/06/2017, (2. DK); Ali Gürbüz v. Türkiye, 14742/10, 13/06/2017 (2. DK); Güllü v. Türkiye, 57218/10, 13/06/2017 (2. DK);

dır.[2] AYM'nin verdiği kararlar bakımından öncelikle, verilere ulaşma ve bunları değerlendirme konusunda Mahkeme'nin internet sayfasındaki UYAP doküman sistemine uyumlu arayüzün bilgiye erişimi zorlaştırıcı yönünü dile getirmek gereklidir. Gerçekten de örneğin, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlara ulaşmak için gerekli bilgiler girildiğinde 14 Ekim 2015'e kadar verilen kararlar listelenmektedir. Bu da kesin veriler ortaya koymayı son derece güçleştirmektedir. Bu çerçevede, çalışma grubu tarafından elde edilen ve ulaşılan kararlar kapsamında ifade özgürlüğüne ilişkin AYM'nin 2016[3] ve 2017[4]

Sarıgül v. Türkiye, 28691/05, 23/05/2017; Döner ve diğerleri v. Türkiye, 29994/02, 07/03/2017

Belge v. Türkiye, 50171/09, 06/12/2016; Kaos GL v. Türkiye, 4982/07, 22/11/2016; Savda v. Türkiye, 2458/12, 15/11/2016; Semir Güzel v. Türkiye, 29483/09, 13.09.2016; Bilen ve Çoruk v. Türkiye, 14895/05, 08/03/2016; Erdener v. Türkiye, 23497/05, 02/02/2016; Görmüş ve diğerleri v. Türkiye 49085/07, 19/01/2016

2 AIHM, şu davalarda ihlalin bulunmadığını tespit etmiştir: Eker v. Türkiye, 24016/05, 24/10/2017 (2.D); Güllü v. Türkiye, 57218/10, 13/06/2017 (2. DK); Sarıgül v. Türkiye, 28691/05, 23/05/2017.

3 Murat Karayel, 2013/5444, 06/01/2016; Murat Karayel, 2013/6223, 07/01/2016; Vural Nasuhbeyoğlu, 2013/6146, 17/02/2016; Hasan Güngör, 2013/6152, 24/02/2016; Erdem Gül ve Can Dündar, 2015/18567, 25/02/2016; Faik Özgür Erol, 2013/2719, 09/03/2016; Hayrettin Öztekin, 2013/4535,0 9/03/2016; Mehmet Reşit Arslan, 2013/2909, 09/03/2016; Mustafa Kamil Uzuner ve Mustafa Kadir Gül, 2013/3371, 09/03/2016; Faik Özgür, 2013/2719, 09/03/2016; Ahmet Temiz, 2013/8696, 10/03/2016; Yusuf Çabuk, 2013/8858, 23/03/2016; Akif İpek, 2013/9344, 30/03/2016; Eren Yıldız, 2013/8035, 13/04/2016; Metin Yamalak, 2013/9450, 13/04/2016; İlter Nur, 2013/6829, 14/04/2016; Kahraman Güvenç, 2013/3551, 14/04/2016; İlker Erdoğan, 2013/316, 20/04/2016; Kamuran Reşit Bekir, 2013/7644, 20/04/2016; Vahap İlhan, 2013/7311, 20/04/2016; Murat Tür, 2013/7082, 21/04/2016; Mehmet Baransu, 2015/7231, 17/05/2016; Rıdvan Çelik, 2014/12574, 08/06/2016; Kanal Beyaz Televizyon Radyo Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş.,, 2014/3531, 09/06/2016; Veysel Kaplan, 2014/2795, 30/06/2016; Muhittin Pirinççioğlu, 2014/4397, 21/09/2016; Mustafa Nihat Behramoğlu, 2014/11299, 26/10/2016; Süleyman Demir, 2014/7307, 26/10/2016; Mustafa Nihat Behramoğlu, 2014/11299, 26/10/2016; Şenay Tavuz, 2014/10777, 16/11/2016

4 2017 yılına ilişkin verilen 15 Kasım 2017 tarihine kadar verilen ve Çalışma Grubumuzda tespit edilebilmiş şu kararları kapsamaktadır: Ahmet Temiz, 2014/10213, 01/02/2017; Önder Balıkçı, 2014/6009, 15/02/2017;

yıllarında toplam 57 karar verdiği tespit edilmiştir.

Gerek uluslararası alanda, gerekse ulusal bağlamda geçtiğimiz yıldan bu yana en çok tartışma yaratan meselelerden biri basın özgürlüğüdür. Özellikle 15 Temmuz 2016'da gerçekleşen darbe girişimini izleyen dönemde basına ve gazetecilere yönelik işlemler, ulusal ve uluslararası kamuoyunun yakın ilgisini çekmiştir.[5] Basının kamuyu aydınlatma görevi kapsamında ifade özgürlüğünün büyük öneme sahip olduğu AİHM kararlarında başından beri sürekli vurgulanmaktadır[6]. Basının kamuyu aydınlatma görevi bakımından haberin güncel olması ve Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen istisnaları ihlal etmemesi gerekmektedir[7]. Bununla birlik-

Orhan Pala, 2014/2983, 15/02/2017; Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret Aş, 2014/14965, 16/02/2017; Emre Güneş, 2014/17616, 09/03/2017; Hasan Koç, 2014/6506, 05.04.2017; Sabah Yıldızı Rd.Ve Tv.Yayın İlt.Rek.San.Ve Tic.Anonim Şirketi, 2014/12727, 25.05.2017; Yücel Sayman, 2014/6497, 08/06/2017; Harun Reşit Çümen 2014/19048, 21/06/2017; Osman Hilmi Özdil, 2014/14934, 22.06.2017; Kutlay Telli, 2014/18100, 22.06.2017; Hakan Yiğit, 2015/3378, 05/07/2017; Engin Kabadaş 2014/18587, 06/07/2017; Sait Orçan, 2016/29085, 19.07.2017; Hakkı İlker Yaşar / Birgün Yayımcılık, 2014/12902, 20/09/2017; Fetullah Gülen, 2014/8951, 20.07.2017; Pınar Bayram, 2016/22302, 20.07.2017; Remziye Duman, 2016/25923, 20.07.2017; Engin Günal, 2014/14734, 13.09.2017; Özgür Sevgi Göral Birinci, 2014/12112, 04.10.2017; Günay Doğa, 2014/1808, 04.10.2017; Asım Bayar Ve Veysel Bayar, 2014/4141, 04.10.2017; Asli Alp Ve Şükrü Alp, 2014/18260, 04.10.2017; Birsen Berrak Tüzünataç 2014 /20360, 05/10/2017; Fahri Göncü 2014/17943, 05/10/2017; Fahri Göncü, 2014/17943, 05.10.2017; Günay Doğa, 2014/1811, 05.10.2017; Gözde Yiğit 2014/16026, 05/10/2017

5 The Guardian gazetesinin Türkiye'yi "gazeteciler için dünyanın en büyük hapishanesi" olarak tanımlaması, yaşanan gelişmeler karşısında dünyadaki bakış açısını örneklemektedir. Bkz: https://www.theguardian.com/world/2017/feb/14/erdogan-free-speech-turkey-journalists-referendum

6 Bu konuda bkz. 26.4.1979 tarih ve 6538/7 başvuru numaralı *Sunday Times v. Birleşik Krallık* kararı, para. 65.

7 Engel ve diğerleri davasında verilen kararda (bkz. 8.6.1976 tarihli Engel ve diğerleri Kararı, Série A, n° 22), askeri disipline saldıran makaleler yayınlanması nedeniyle Hollandalı askerlere uygulanan bir disiplin cezasının, onları düşünceyi açıklama özgürlüğünden yoksun bırakmak olmadığını, fakat bu özgürlüğün kötüye kullanılmasını önlemek olduğunu ve dolayısıyla bir ihlalin bulunmadığını hükme bağlamıştır:

te, basının haber verme hakkına getirilen yasaklamanın veya uygulanan yaptırımın Sözleşme'nin 10.madesinin 2.fıkrasında belirtilen istisnalar kapsamına girmesi halinde bile, bu yaptırımların istisna ile güdülen amaçla orantılı olmaması halinde yine 10.maddenin ihlal edildiği kabul edilmektedir[8].

Basın özgürlüğü ile ilgili en önemli konulardan biri, gazetecilerin haber hakkı kısıtlanırken veya haklarında yazdıkları yazılardan dolayı ceza soruşturması açılırken ve ayrıca tutukluluk hallerinin devamına karar verilirken kuvvetli suç şüphesinin devam ettiğini gösteren somut delillere her defasında karar gerekçesinde yer verilmesidir. AİHM'in Türkiye bakımından basın özgürlüğüne ilişkin tazminat davaları boyutuyla yakın tarihli çok önemli bir kararı olan, Mengi – Türkiye[9] kararı da, Mahkeme'nin konuya bakış açısını gözler önüne sermektedir. Bu davada AİHM, Türk yargı yerlerinin takdir hakkına zarar vermeksizin, dava konusu yapılan mahkûmiyet kararı ile başvuran gazetecinin ifade özgürlüğüne yapılmış olan müdahalenin, demokratik bir toplumda başkalarının itibar ve haklarının korunması için gerekli olduğunu gösterecek yeterli gerekçelere dayandırılmamış olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir[10].

Öte yandan 2017 yılında Türkiye'de basın özgürlüğü konusunda en önemli gelişmelerden biri, on gazetecinin AİHM'e yaptıkları başvurulardır. Bu konuda Avrupa Konseyi İnsan

Zira bu davada, AİHM, yazıları yazanların asker olmasını ve askeri disiplin korunmasının ülkenin kamu güvenliğinin korunmasıyla ilgili bir konu olduğunu kabul etmiştir.

8 Sözgelimi AİHM, yukarıda değinilen Sunday Times n° 1 davasında 1979 nisan ayında, bir ilaca ilişkin bir makalenin ve bu konu ile ilgili davanın yayınlanmasını engelleyen bir ihtarın 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. O tarihteki Contempt of Court'a (mahkeme emrini icra yükümlülüğüne) ilişkin İngiliz hukukuna göre alınan bu önlem "demokratik bir toplulukta zorunlu" sayılmamıştır.

9 27 Kasım 2012 tarih ve 13471/05 ve 38787/07 başvuru numaralı karar.

10 Mengi v. Türkiye, para. 59

Hakları Komiseri bu davalara müdahale dilekçesi vermiş[11] ve bunun gerekçesini açıklamıştır[12]. Buna göre, 14 nolu Protokol ile AİHS m.36/3 ile getirilen düzenleme kapsamında 29/08/2017 tarihinde Türkiye'de tutuklu on gazetecinin AİHM'e yaptıkları başvurulara müdahale dilekçesi vermiş ve başvurusunda Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin insan hakları konusunda Avrupa Konseyi araçlarının üye devletlerde etkin bir şekilde uygulanmasını desteklemekle; yasada veya uygulamada boşluk varsa bunları tespit etmek ve insan haklarının korunmasına dönük tavsiyelerde bulunmak ve İnsan Hakları ihlallerini önlemekle görevli olması nedeniyle bu başvuruyu yaptığını ifade etmektedir.

İfade ve medya özgürlüğü Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri için öncelikli konular olmaktadır. Türkiye'ye gelince, gerek halefi ve gerekse kendisi için normların gerisinde kalan gerek yasalardaki hükümler ve gerekse bu kuralların yargısal yorumu ile oluşan ihlallerle mücadele için çok önemli görevler ifa ettiklerini belirtmektedir. İnsan Hakları Komiseri, 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe teşebbüsünden sonra ilan edilen olağanüstü hal uygulamasıyla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların yoğunlaştığını gözlemlemiştir. Gazetecilerin ve diğer medya mensupları hakkında kovuşturmalar yapılması ve tutuklanmaların İnsan Hakları Komiseri kadar, çok sayıda kurumu da endişelendirdiğini belirtmektedir. Bu kurumlar arasında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Hukuk yoluyla demokrasi için Avrupa Komisyonu sayılmıştır. Bu müdahale dilekçesi İnsan Hakları Komiserinin 6-14 Nisan 2016

---

11 İnsan Hakları Komiserinin müdahale talebinde bulunduğu on gazetecinin AİHM'e yaptıkları başvurular şunlardır: Ahmet Hüsrev Altan v. Turkey (no. 13252/17); Alpay v. Turkey (no. 16538/17); Atilla Taş v. Turkey (no. 72/17); Bulaç v. Turkey (no. 25939/17); Ilıcak v. Turkey (no. 1210/17); Mehmet Hasan Altan v. Turkey (no. 13237/17); Murat Aksoy v. Turkey (no. 80/17); Sabuncu and Others v. Turkey (no. 23199/17); Şık v. Turkey (no. 36493/17); Yücel v. Turkey (no. 27684/17)

12 Bkz. https://rm.coe.int/third-party-intervention-10-cases-v-turkey-on-freedom-of-expression-an/168075f48f

tarihleriyle 27-29 Eylül 2016 tarihleri arasında yaptığı Türkiye gezilerindeki gözlemlerin ışığında hazırlanmış olup, gazeteciler hakkında açılan soruşturma ve kovuşturmaların ayrıntılı hazırlanmadığını ve yüzeysel kaldığını gözlemlediğini ifade etmektedir. Gazetecilerin haber verme hakkı ülke güvenliği gibi nedenlerle sınırlandırılırken bunların somut dayanaklarının gösterilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir. İnsan Hakları Komiseri, müdahale dilekçesinde terörle mücadelenin zor bir iş olduğunu, ancak bu gerekçenin somut delillerle güçlendirilmesi gerektiğinin ve Türkiye'deki ifade özgürlüğü ihlallerinin çok önemli olduğu gerekçesiyle, AİHS m.36/3 ile kendisine verilen bir görevi yerine getirmekte olduğunun altını çizmektedir.

Söz konusu davaya müdahale taleplerinin giderek arttığını belirtmek gerekir. Ekim 2017'de Media Legal Defence Initiative, PEN International, ARTICLE 19, the Association of European Journalists, the Committee to Protect Journalists, the European Centre for Press and Media Freedom, the European Federation of Journalists, Human Rights Watch, Index on Censorship, the International Federation of Journalists, the International Press Institute, the International Senior Lawyers Project ve Reporters without Borders isimli ifade ve basın özgürlüğü alanında faaliyet gösteren 13 önde gelen uluslararası hükümet dışı kuruluş davalara üçüncü taraf sıfatıyla müdahale başvurusunda bulunmuştur.[13] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 2 Kasım 2017'de bir diğer müdahale talebi de[14] 10 milletvekilinin ifade özgürlüğü ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ihlaline yönelik yaptıkları başvurulara ilişkin davalardır.[15] AİHM'den konuyla ilgili çıkacak kararın ulusla-

---

13 https://europeanjournalists.org/blog/2017/10/21/groups-intervene-in-cumhuriyet-case-before-echr/

14 https://rm.coe.int/third-party-intervention-12-cases-v-turkey-on-freedom-of-expression-an/1680764ef6

15 Abdullah Zeydan v. Turkey (no. 25453/17); Ayhan Bilgen v. Turkey (no. 41087/17); Besime Konca v. Turkey (no. 25445/17); Çağlar Demirel

rarası kuruluşların da öncelikle ve yakından takibinde olduğu görülmektedir. Sonuç olarak, AİHM'in bu davalarda alacağı tavır, Türkiye'de ifade özgürlüğüne saygının boyutunu gösterecek bir özellik taşımaktadır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Türkiye ile ilgili hazırladığı raporda öne çıkan bir diğer vurgu da akademik özgürlüklere ilişkindir. Raportör akademik özgürlüklere ilişkin endişelerini dile getirirken 15 Temmuz darbe girişiminin akademik özgürlükleri ağır biçimde etkilediğini; 4500'e yakın akademisyenin, hukuk güvencesi ve yolu olmadan kanun hükmünde kararnamelere ek listelerle işten atıldığını ifade etmiştir. Raportör ayrıca, Türkiye'de bütün dekanların gerekli usuller takip edilmeden görevden alınarak bazılarının sonradan tekrar atandığını; bu dönemde akademisyenlerin izin almadıkça yurtdışına seyahat özgürlüklerinden otomatik olarak mahrum bırakıldığını; Üniversitelerin özerkliğinin ciddi şekilde sekteye uğradığını, üniversitelerde seçimlerin kaldırıldığını, yerine Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atamanın getirildiğini belirterek tüm bu uygulamaların akademik özgürlüğe yönelik ağır bir saldırı olduğunu dile getirmiştir.[16] Barış İçin Akademisyenler bildirisinin imzacılarına özel olarak değinen İnsan Hakları Komiseri, bildirinin ifade özgürlüğü sınırları içinde kaldığını belirtmiştir. Yaşanan süreçte gelinen noktaya bakıldığında, bildiri imzacılarının üniversitelerden ihraç edilmesi, zımni şekilde yurtdışına çıkışlarının engellenmesi, doçentlik başvurularının durdurulması

v. Turkey (no. 39732/17); Ferhat Encü v. Turkey (no. 25464/17); Figen Yüksekdağ; Şenoğlu v. Turkey (no. 14332/17); Gülser Yıldırım v. Turkey (no. 31033/17); İdris Baluken v. Turkey (no. 24585/17); Nihat Akdoğan v. Turkey (no. 25462/17); Nursel Aydoğan v. Turkey (no. 36268/17); Selahattin Demirtaş v. Turkey (no. 14305/17); Selam Irmak v. Turkey (no. 25463/17)

16 Commissioner for Human Rights, *Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey, by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Right*, 15 February 2017, CommDH(2017)5, para. 62-64

gibi uygulamaların devam ettiği gözlenmektedir. AK İnsan Hakları Komiseri konuyu raporunda yer verecek kadar önemli görmüşken, AİHM'in meseleye mesafeli yaklaştığını belirtmek gerekir. Ankara Üniversitesi'nden ihraç edilen 54 imzacı akademisyen tarafından AİHM'e yapılan başvuru, daha önce KHK ile görevden ihraç edilen bir öğretmenin yaptığı *Köksal v. Türkiye*[17] başvurusundaki yaklaşıma benzer şekilde OHAL Komisyonu'na başvurulmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Uluslararası alanda Türkiye'deki ifade özgürlüğü kısıtlamaları ve sansür etkisi yaratır nitelikte değerlendirilen uygulamalar, uluslararası kurumların raporlarında da vurgulanarak dile getirilmiştir. AB 2016 İlerleme raporunda, Türkiye'nin 2015 raporunda dile getirilen gerileme durumunun devam ettiği vurgusuyla başta gazetecilerin durumu olmak üzere, kapatılan veya erişimi engellenen basın ve yayın organları, RTÜK'ün teşkil yapısı ve uygulamalarının basın özgürlüğüne olumsuz etkileri, gazetecilere uygulanan sınır dışı etme, gözaltına alma, tutuklama, işten çıkarma olayları, üst düzey siyasetçilere hakaret edilmesi ve dini değerlerin aşağılanması nedeniyle başlatılan kovuşturmaların basın haberciliği üzerindeki caydırıcı etkileri; nefret söylemine ilişkin mevzuatın AİHM içtihadıyla uyumlu olmaması; gazetecilerin kayıt ve akreditasyonu ve bilgiye erişim hakkındaki mevzuatın uluslararası standartlara tam olarak uygun olmaması gibi konularda taşınan endişelere ilişkin bazı saptamalara yer verilmiştir.[18]

AB İlerlerme Raporu'nda geçtiğimiz yıl açılan hakaret davalarına da değinilmiştir. Raporda *"Cumhurbaşkanı'na hakaret iddiasıyla gazeteciler, yazarlar, sosyal medya kullanıcıları, diğer vatandaşlar ve hatta çocuklara yönelik kovuşturma vakaları devam etmiştir. Söz konusu vakalar genellikle hapis cezası, cezanın ertelen-*

---

17 6 Haziran 2017 tarihli ve 70478/16 başvuru numaralı karar

18 Rapor metni için bkz. *https://www.ab.gov.tr/files/...Reports/2016_ilerleme_raporu_tr.pdf , s.25 vd.*

mesi veya adli para cezasıyla sonuçlanmıştır. Bu kısıtlama ve sindirme ortamı, giderek artan bir biçimde oto sansüre yol açmaktadır; bu durum, devlet başkanlarına hakaretin suç olmaktan çıkartılması veya verilecek ceza türleri hapis cezasını içermeyecek şekilde kısıtlanırken suçun yalnızca en ciddi sözlü saldırılarla sınırlı tutulması yönündeki Avrupa uygulamalarıyla uyumlu değildir." tespitleri yapılmıştır.[19] Konuyla ilgili Cumhurbaşkanı ve Başbakan'ın kendilerine hakaret edildiği iddiasıyla açtıkları bir çok davayı geri çektiklerini açıklamaları da olumlu bir gelişme olarak dile getirilmiştir. AİHM'in 2017 yılında verdiği *Ali Çetin v. Türkiye*[20] kararında da devlet görevlilerine yönelen sözlere ilişkin ifade özgürlüğünün kapsamı ele alınmıştır. Karara konu olan olayda başvuran Ali Çetin'in, işinden çıkarılmasına neden olan muhasebe denetim raporundan gerçeği yansıtmayan bazı kısımların silinmesini talep ettiği dilekçesinde vergi müfettişinin "Bekçi Murtaza" gibi fetva verdiği şeklindeki ifadeleri nedeniyle hakkında memura hakaret suçundan açılan davada para cezasına hükmedilmesi, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle 10.maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Geçtiğimiz yıl Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi ile İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından TCK 299'un (cumhurbaşkanına hakaret suçu) Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek yapılan iptal başvurusu, AYM'nin E:2016/25, K: 2016/186 sayılı ve 14.12.2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir.[21] Başvuruda cumhurbaşkanının "kamusal faaliyetin yürütülmesine seçilme yoluyla süreli katılan" en üst düzeyde kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında, tüm kamu görevlilerine yönelik hakaret suçları bakımından tek yasal düzenleme olması gerekirken farklı düzenleme yapılmasının eşitlik ilke-

---

19 Benzer bir kaygı, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından da dile getirilmiştir. Bkz. *Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey, para. 54 vd.*

20 20 Haziran 2017 tarih ve 30905/09 başvuru numaralı karar

21 Karar 3.1.2017 tarih ve 29937 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

sini ihlal ettiği, kuralda hakaret suçuna ilişkin genel ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağının belirlilik içermediği, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağı, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlali niteliği taşıdığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin üst norm olarak gözetilmesi gerektiği, Cumhurbaşkanına hakaret suçunda Anayasa'nın 39. maddesinin ve TCK'nın 129. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde kesin bir belirlilik bulunmadığı, Cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından Anayasa'da istisnasız olarak düzenlenen "ispat hakkı"nın düzenlenmemiş olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Bu konuda yeri gelmişken dikkat çekici bir hususu da zikretmek gerekir. 2015 ve 2016 yıllarında Adalet Bakanlığı verilerine göre TCK 299 kapsamında 2015 yılında 1953 kişi hakkında dava açılmış; 570 suç hakkında karar verilmiş; bu kararlardan 238i mahkumiyet, 120si beraat, 151i hükmün açıklamasının geri bırakılması ve 169u diğer kararlar olmak üzere toplam 678 karar verilmiştir. 2016 yılında açılan davalardaki suç sayısı 4187, sonuçlanan davalardaki suç sayısı ise 2156'dır. Bu kararların 884'ü mahkumiyet, 544'ü beraat, 720si hükmün açıklanmasının geri bırakılması, 431'i ise diğer kararlar olmak üzere toplam 2579 karar verilmiştir. 2014 yılında açılan dava sayısı 132 iken 2016 yılında 4187'ye çıkması, endişe vericidir.[22] AİHM'in konuyla ilgili verdiği *Eon v. Fransa*[23] kararının ardından Fransa'da cumhurbaşkanına hakaret suç olmaktan çıkarılmıştır. Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla yapılan başvuruyu değerlendirirken söz konusu suçun "Şerefe Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde değil, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı Dördüncü Kısmın, "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlı-

[22] İstatistikler için bkz: http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ac-cik.html
[23] 14 Mart 2013 tarih ve 26118/10 başvuru numaralı karar..

ğına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlendiğini; düzenlemenin, güdülen amaçla orantılı olduğunu, cezalandırmanın amacının Cumhurbaşkanının şahsında Devletin saygınlığına yönelik saldırının önlenmesi olduğunu belirtmiş, ayrıca kovuşturmanın Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi olduğundan bahisle bunun suçu işleyen kişiler açısından da bir güvence temin ettiğini belirterek Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle iptal talebini reddetmiştir. Mahkeme'nin bu karara varırken ise konuya ilişkin AİHM içtihatlarına değinmediğini de belirtmek gerekir.

Çalışma Grubumuz, AİHM kararlarında vurgulandığı üzere, hoşa giden, sevindiren sözler kadar, insanları kızdıran, hoşa gitmeyen, sarsıcı ve hatta ağlatan sözlerin de, şiddet içermemek veya şiddeti teşvik etmemek kaydıyla ifade özgürlüğünün bir anlatım şekli olduğuna içtenlikle inanmaktadır. Bir toplumun demokratik niteliğinin en önemli göstergesi olan ifade özgürlüğüne getirilecek her türlü kısıtlama, son derece titiz bir biçimde ele alınmak durumundadır. Bu anlamda, gerek yasal düzenlemelerde, gerekse yargı kararlarında, özgürlüğün temini için geniş yorumun esas alınması gerektiği kanaati vurgulanmalıdır. Ülkemizin zor bir dönemden geçtiği aşikardır. Ancak bu zor dönemde dahi gözetilmesi gerekenlerin başında, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olma niteliğinden taviz vermeyen bir anlayışla hareket edilmesidir. Bu bağlamda, demokratik bir devlet olmanın en önemli göstergesi olan ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin, mutlak zorunluluk, meşru amaç, yasayla öngörülebilirlik ve ölçülülük kriterlerine uygun şekilde değerlendirilmesi gerekir. Olağanüstü hal döneminin keyfi uygulamaları meşru kılma aracı olmasının önüne geçebilmek için bu değerlendirmeyi her vakada yapmak zorunludur. Gerek uluslararası mecralarda gerekse ulusal alanda gözler önüne serilen Türkiye'nin 2016-2017 yıllarındaki özellikle ifade özgürlüğüne yönelik kötü karnesinin düzeltilmesi için bu yönde davranmaya hassasiyet gösterilmelidir.

HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI ÇALIŞMA GRUBUNUN 667 – 694 SAYILI OHAL KHK'LARI HAKKINDA RAPORU

MÜLKİYET HAKLARI ÇALIŞMA GRUBU

Av. Münci Özmen
Çalışma Grubu Başkanı

Av. Enver Aksakal
Çalışma Grubu Üyesi

Doç.Dr. Artuk Ardıçoğlu
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Mustafa Kemal Baran
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Dr. Gülnur Erdoğan
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Kadir Can Özel
Çalışma Grubu Üyesi

I.GİRİŞ – HUKUK KURALLARI

1.Türkiye'nin iç hukuk kuralları

1.1.Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili kuralları

a) Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, olağanüstü hallerde, "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla*", "*durumun gerektirdiği ölçüde*" temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Ancak, bu uygulamanın sınırları vardır.

Bu sınırların ilkini, aynı fıkrada yer alan, "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla*" ibaresi ortaya koymaktadır. Bu kural uyarınca, olağanüstü hal tedbir ve uygulamalarının, Türkiye'nin taraf olduğu, dolayısıyla, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler altına girdiği insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin (örn., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi [AİHS], BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi) hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

Aynı fıkrada yer alan ikinci sınır, "*durumun gerektirdiği ölçüde*" ibaresiyle ifade edilmiştir. Bu ibareden, temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasını kısmen veya tamamen durduran veya Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olarak alınan tedbirlerin, olağanüstü hale yol açan tehlikenin ortadan kaldırılması için gerekli ve bu amaç açısından ölçülü yani, bu amaçla orantılı olması koşullarına ("*gereklilik*" ve "*orantılılık*" koşulları) bağlandığı anlaşılmaktadır.

Diğer sınır, aynı maddenin 2. fıkrasında yer alır: Buna göre, olağanüstü hallerde, kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaktan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

b) Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrasına göre, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü

hal süresince, "*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*" kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarabilir ve Resmi Gazetede yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulur; bu KHK'ların TBMM tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usul İçtüzükte belirlenir.

Anayasanın bu fıkrasının atıfta bulunduğu TBMM İçtüzüğünün 128. maddesinin 1. fıkrası ise, şu hükmü içerir: TBMM'ne sunulan olağanüstü hal KHK'ları öncelikle ve ivedilikle ve en geç 30 gün içinde görüşülür ve karara bağlanır. 128. maddenin 2. fıkrasına göre, komisyonlarda en geç 20 gün içinde görüşmeleri tamamlanmayan olağanüstü hal KHK'ları, TBMM Başkanlığınca doğrudan doğruya Genel Kurul gündemine alınır [1].

Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrası, olağanüstü hal KHK'larını konu bakımından sınırlamıştır: Olağanüstü hal KHK'ları sadece "*olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda*" çıkarılabilir. Bunun dışında kalan konularda KHK çıkarılması Anayasaya aykırıdır.

c) Anayasanın 119. ve 120. maddeleri ile 121. maddesinin 1. fıkrası, OHAL'in geçici bir yönetim usulü olduğunu ortaya koyar. 119 ve 120. maddelere göre, olağanüstü hal en çok 6 ay süre için ilan edilebilir. Anayasanın 121. maddesinin 1. fıkrası ise, T.B.M.M.'nin olağanüstü halin her defasında en çok 4 ay süre için uzatılmasına karar alabileceğini belirtir. Olağanüstü hal yönetim usulünün geçici nitelikte olmasının nedeni, nihai amacın, temel hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulandığı olağan yönetim düzenine olabilecek en kısa zamanda dönülmesidir. Nihai amaç bu olunca, olağanüstü halin devamı veya uzatılması için, olağanüstü hale yol açan tehlikenin ortadan

---

[1] TBMM tatildeyken çıkarılan OHAL KHK'larının, belirtilen kurala göre görüşülmesini sağlamak amacıyla TBMM'nin toplantıya çağrılmaması, Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 51 ve 52. paragraflarında eleştirilmiştir (Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün Türkçe çevirisi TBB'nin web sitesinde yayımlanmıştır). Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

kaldırılamamış veya devam ediyor olması ve bu durumun da ortaya konması gerekir.

1.2.2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

Bu kanunun 4. maddesi, Anayasanın 121. maddesinin 3. fıkrasının tekrarı niteliğindedir.

Kanunun 11. maddesinde ise, şiddet hareketlerinde alınacak tedbirler sayılmıştır. Bu tedbirler, yerleşim yerlerini boşaltmak; öğrenime ara vermek; öğrenci yurtlarını, eğlence yerlerini, konaklama tesislerini kapatmak; ulaşım araçlarının bölgeye giriş çıkışını kayıtlamak, yasaklamak; sokağa çıkma yasağı koymak; kişilerin dolaşmalarını, toplanmalarını yasaklamak; kişilerin üstünü, araçlarını, eşyalarını aramak ve bunlara el koymak; yayınları yasaklamak ve toplatmak; sahne oyunlarını ve filmleri yasaklamak ve durdurmak; kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak ve bölgede yerleşimi yasaklamak; toplantı ve gösterileri yasaklamak, ertelemek; derneklerin faaliyetini durdurmak gibi tedbirlerdir.

Kanunun 33. maddesine göre, İçişleri Bakanına, OHAL Bölge Valisine ve Valiye OHAL'le ilgili olarak tanınan yetkilerin kullanımı kapsamındaki işlemlere karşı idari yargıda açılan davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmez.

2.Türkiye'yi bağlayan uluslararası hukuk kuralları [2]

2.1.BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (1948) [3]

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Giriş Bölümü'nün ilk cümlesinde belirtildiği gibi, dünyada özgürlük, adalet ve barı-

---

2 Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, yasa ve Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma, aynı konuda farklı hükümler içeriyorsa, uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır.

3 10.12.1948 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilmiştir.

şın, ancak, her insanın onurunun ve vazgeçemeyeceği ve devredemeyeceği haklarının bulunduğunun içselleştirilmesiyle sağlanabileceği düşüncesinden doğmuş ve klasik, sosyal ve ekonomik hak ve özgürlükleri güvence altına alan uluslararası insan hakları sözleşmelerine kaynak oluşturmuştur. Bunların başında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Kültürel ve Sosyal Haklar Sözleşmesi gelir (sözü edilen iki BM Sözleşmesi için bkz., aşağıda, 2.4. ve 2.5. no.lu paragraflar).

AİHS giriş bölümünde, AİHS'ye taraf devletlerin, AİHS'deki güvenceler üzerinde anlaşmaya varmakla, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların etkin olarak tanınıp saygı gösterilmesi yönünde ilk adımı atmış oldukları belirtilmiştir. Buradan, AİHS'nin özünde BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan haklar bulunduğu anlaşılmaktadır.

2.2.Avrupa Konseyi (AK) Statüsü (kuruluş anlaşması) (1949) [4]

AK Statüsünün 3. maddesinde AK üyesi devletlerin "*hukuk devleti*" ilkesini ve insan hakları ile temel özgürlüklerin herkes tarafından kullanılabilmesini kabul etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu gereğe uymamanın yaptırımı, 8. maddede, ilgili devletin AK'de temsilinin askıya alınması, üyelikten çekilmesinin istenmesi veya üyelikten çıkarılması olarak düzenlenmiştir.

2.3.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) (1950) [5]

AİHS'nin Giriş Bölümü'nde, AİHS'ye taraf devletlerin, adalet ve barışın temelinde özgürlüklerin yattığına ve bu özgürlüklerin, "*etkin siyasi demokrasi*" ve insan haklarına saygı gösterilmesiyle sürdürülebileceğine olan inançlarını teyit ettikleri ve siyasi gelenekler, ülküler, özgürlük ve "*hukuk devleti*" ba-

4 Türkiye 13.4.1950 tarihinde taraf olmuştur.
5 Türkiye 18.5.1954 tarihinde taraf olmuştur.

kımından aynı düşünce ve mirası paylaştıkları belirtilmiştir. AİHS'nin giriş bölümü, AİHS'nin özünü yansıtması bakımından önemlidir. Bu bölümde belirtildiği gibi, AİHS, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların etkin olarak tanınıp saygı gösterilmesi yönünde atılan ilk adımdır (bkz., yukarıda 2.1. no.lu paragraf). İlk adım olduğu için, AİHS'nin ana metninde, klasik temel hak ve özgürlüklerin sadece 12 tanesine yer verilmiştir. Bunlar, yaşam hakkı (m. 2), işkence yasağı (m. 3), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 4), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6), işlendiği zaman yasada suç sayılmayan bir eylemden dolayı cezalandırılma yasağı (m. 7), özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 9), ifade özgürlüğü (m. 10), toplanma ve örgütlenme özgürlüğü (m. 11), evlenme hakkı (m. 12) ve AİHS'deki hakların ihlali durumunda, iç hukukta ihlali giderecek etkin çözüm yolu hakkından (m. 13) ibarettir [6]. Diğer hak ve özgürlükler ise, AİHS'ye Ek Protokollerle düzenlenmiştir. Örneğin, mülkiyet hakkı, eğitim hakkı ve seçme-seçilme hakkı Ek 1 no.lu Protokolle güvence altına alınmıştır [7, 8].

---

6 AİHS m. 14'te yer alan ayrımcılık yasağı, kendi başına bir hak doğurmaz. Bu nedenle, AİHS'nin ana metninde yer alan hak ve özgürlükler arasında sayılmamıştır. Bu yasak, sadece AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerin uygulanmasıyla ilgilidir. Maddeye göre, AİHS'deki hak ve özgürlükler, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya başka nitelikte görüşler, ulusal ve toplumsal köken, bir ulusal azınlıkla bağlantı, mülkiyet, doğum veya başka statüler temelinde ayrımcılık yapılmadan uygulanmalıdır. Dolayısıyla, ayrımcılık yasağına, sadece AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin ayrımcılık yapılarak ihlal edildiği durumlarda dayanılabilir. Buna karşılık, ayrımcılığı genel olarak yasaklayan Ek 12 no.lu Protokol'e taraf olan devletler açısından ayrımcılık yasağı kendi başına hak doğurur yani, genel ayrımcılık yasağına dayanmak için başka hak veya özgürlüğün ihlal edildiğini ileri sürmek gerekmez. Türkiye Ek 12 no.lu Protokole taraf değildir.

7 AİHS'ye Ek Protokoller, güvence altına aldıkları hak ve özgürlükleri, bu Protokollere taraf olan devletler açısından AİHS'nin ana metnine ekler ve AİHS, bu devletler açısından, eklenen hak ve özgürlüklerle kaynaşmış bir bütün oluşturur. Bu nedenle, fesih söz konusu olduğunda, taraf olunan Ek Protokolleri değil, AİHS'yi feshetmek gerekir.

8 Türkiye, Ek 1 no.lu Protokolü, eğitim hakkıyla ilgili 2. maddesine çekince

2.3.1.AİHS'den doğan *yükümlülüklerin askıya alınması* (*derogation*) [9] ile ilgili AİHS'nin 15. maddesi

AİHS'nin 15. maddesine göre, olağanüstü hallerde, "*durumun **kesinlikle** gerektirdiği ölçüde*" ve "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla*", AİHS'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alınabilir [10]. Bu metnin, Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrası ile benzerliği açıktır – şu farkla ki, bu metinde, OHAL tedbirlerinin sınırlarından biri olan "*gereklilik*" koşulu, "*durumun **kesinlikle** gerektirdiği ölçüde*" biçiminde ifade edilmiştir. Anayasanın 15. maddesinin 1. fıkrasında ise, bu "*gereklilik*" koşulu, OHAL tedbirlerine daha geniş bir alan bırakmak amacıyla, "*durumun gerektirdiği ölçüde*" ibaresiyle düzenlenmiştir.

---

koyarak 18.5.1954 tarihinde taraf olmuştur. Çekinceye göre, Ek 1 no.lu Protokol'üneğitimhakkıylailgili2.maddesi,Tevhid-iTedrisatKanunu'nun hükümlerinin uygulanmasını etkilemeyecektir. Çekince metni için bkz.: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/009/declarations?p_auth=gKkGLmpp&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR&_coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=2 (erişim tarihi: 13.11.2017).

9 Bazı hukukçular "*derogation*" sözcüğünün, "*askıya alma*" değil, "*yükümlülüklerin azaltılması*" olarak çevrilmesinin daha doğru olacağını savunmaktadırlar. AK İnsan Hakları Komiseri'nin 7.10.2016 tarihli memorandumunun 14. ve 25. paragraflarında da, "*derogation*" sözcüğünün, yükümlülüklerin askıya alınması anlamına gelmediği vurgulanmıştır. Burada, "*yükümlülüklerin askıya alınması*" ibaresinin kullanılmasının nedeni, AİHS'nin resmi çevirisinin 15. maddesinin başlığında kullanılmış olmasıdır. AİHS'nin 15. maddesinin karşılığı olan, Anayasanın 15. maddesinde ise kavram, "*temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması*" veya "*Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi*" olarak ifade edilmiştir (bkz., yukarıda I. Bölümün 1.1. no.lu paragrafı)

10 Tırnak içindeki ibareler, Adalet Bakanlığının web sitesinde yer alan AİHS çevirisinden alınmıştır: http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/uluslararasi_belgeleri/insanhaklari_temel.pdf (erişim tarihi; 13.11.2017)
AİHS'nin geçerli olan metinleri İngilizce ve Fransızcadır (AİHS md. 59/son). AİHS'nin 15. maddesinin İngilizce metninde "*strictly required by the exigencies of the situation*" ibaresi, "*durumun kesinlikle gerektirdiği*" biçiminde çevrilebilir. Dolayısıyla, Adalet Bakanlığı web sitesinde yer alan Türkçe AİHS'nin 15. maddesinin bu ibaresi, geçerli metni yansıtmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, alınan OHAL tedbirlerini bireysel başvurular üzerinden denetlerken, AİHS'nin 15. maddesinde formüle edilen "*gereklilik*" koşulunu esas alır. "*Gereklilik*", "*tehlike*"nin giderilmesi amacına yönelik olmalıdır. Bu bağlamda, askeri personel, istihbarat görevlisi ve polis gibi kamu adına zor kullanma yetkisine sahip görevlilerin yaratacağı "*tehlike*" ile bu tür yetkileri bulunmayan öğretmenin, akademisyenin veya işçinin yaratacağı "*tehlike*"nin aynı ölçüde olduğu söylenemez [11].

AİHM'nin, AİHS'nin 15. maddesinde formüle edilen "*gereklilik*" koşuluyla ilgili en önemli kararı 19.2.2009 tarihli *A. ve diğerleri / Birleşik Krallık* Büyük Daire kararıdır [12]. AİHM, bu kararında, yabancıların uluslararası terörist olmaları şüphesine dayanılarak, önlem için belirsiz süre gözaltında tutulmalarını (*preventive detention*), durumun kesinlikle gerektirdiği bir tedbir olarak görmemiş ve bu OHAL tedbirinin, orantısız olduğu gerekçesiyle, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini (AİHS m. 5/1) ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Kararda, "*gereklilik*" koşulunun değerlendirilmesinin, hukuki nitelikte bir değerlendirme olduğunun; bu nedenle, AİHM'nin bu değerlendirmeyi yapmaya yetkisinin bulunduğunun belirlenmesi de, kararın önemli bir noktasıdır.

AİHM'nin, Türkiye aleyhinde, uygulanan olağanüstü hal tedbirinin, kesin gereklilik koşuluna uymadığı gerekçesiyle, ilgili olağanüstü hal tedbirinin askıya alma kapsamına girmediğini belirten iki kararı bulunmaktadır: 23.9.1998 tarihli *Demir vd./ Türkiye* ve 13.11.2003 tarihli *Elçi vd./ Türkiye* kararları.

---

11 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 7.10.2016 tarihli memorandumunun 28. paragrafı ile Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 107. paragrafı. Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

12 Kararın Türkçe çevirisi; http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"docname":["\"CASE OF A. AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM - [Turkish Translation] by the COE Human Rights Trust Fund\""],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER","itemid":["001-114906"]} (erişim tarihi; 13.11.2017)

AİHS'nin 15. maddesinde "*orantılılık*" koşuluyla ilgili bir hükmün yer almamış olması, AİHM'nin OHAL tedbirlerini denetlerken "*orantılılık*" koşulunu aramayacağı anlamına gelmez. AİHM, AİHS'de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere yapılan her müdahalede, amaçla orantılı olmak koşulunu aramaktadır. OHAL tedbirlerinin "*orantılı*" olmasından, OHAL'e neden olan tehlikenin giderilmesi amacıyla orantılı olması yani, aşırıya kaçılmaması anlaşılır. Bu bağlamda, tehlikenin giderilmesi için, görevlilerin açığa alınması veya ilgili kuruluşların faaliyetlerinin geçici olarak durdurulması gibi geçici tedbirler yeterli olabilecekse, görevlilerin meslekten çıkarılması, kuruluşların temelli kapatılması gibi kalıcı ve aşırı tedbirler "*orantısız*" olarak değerlendirilebilir.

AİHS'nin bütün maddelerinden doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alınmasına olanak bulunmamaktadır. AİHS'nin 15. maddesinin 2. fıkrası, meşru savaş eylemleri sonucunda meydana gelen ölümler dışında yaşam hakkıyla ilgili 2. maddeye; işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili 3. maddeye; köle ya da kul yapma yasağıyla ilgili 4. maddenin 1. fıkrasına ve kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralıyla ilgili 7. maddeye aykırı tedbirler alınamayacağını açıkça öngörmüştür. AİHS'ye Ek 7 no.lu Protokolün 1.8.2016 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmesi üzerine, bu Ek Protokolün, kişinin aynı suçtan iki kez yargılanıp cezalandırılamayacağı kuralıyla ilgili 4. maddesi de aykırı tedbirler alınamayacak yükümlülükler listesine eklenmiştir [13].

AİHS'nin ilgili maddelerinde açıkça belirtilmiş olmasa da, AİHS'nin giriş bölümünde yer verilen ve AİHM tarafından "çoğulcu demokrasi" olarak tanımlanan, "*etkin siyasi demokrasi*"ye ve "*hukuk devleti*"ne aykırı tedbirler alınmasına olanak bulunmadığı tartışmasızdır.

---

[13] Aykırı tedbir alma yasağını, Ek 7 no.lu Protokolün 4. maddesinin 3. fıkrası belirtmiştir.

Keza, AİHM'ye bireysel başvuru hakkına aykırı tedbirler alınması da olanaklı değildir. AİHM'nin, AİHS'den doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alınmasını, AİHS'nin 15. maddesinin içerdiği koşullara ve çoğulcu demokrasi ile hukuk devletine uygunluğu açısından denetlemesi devam eder.

AİHS'nin ve Ek Protokollerin, aykırı tedbirler alınamayan maddelerinin, aykırı tedbirler alınabilen maddeler üzerinden yani, dolaylı yoldan ihlal edilmemesine dikkat edilmelidir [14]. Aykırı tedbirler alınamayan maddelerin dolaylı yoldan ihlali, AİHS'nin 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği gibi, "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere ters düşmek*" anlamına gelir.

AİHS'nin 15. maddesi de, olağanüstü halin geçiciliğini öngörmektedir. Maddeye göre, olağanüstü hal uygulayan devlet, AK Genel Sekreterine, alınan OHAL tedbirleri, nedenleri ve OHAL tedbirlerine son verilip, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin yeniden tam olarak uygulanmaya başlandığı tarih hakkında bilgi verecektir. Bu hükümden, AİHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulandığı olağan düzenin asıl olduğu ve alınan OHAL tedbirleriyle olağanüstü hale yol açan tehlike giderildikten sonra zaman geçirmeden olağan düzene dönülmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

2.3.2. Türkiye'nin AK Genel Sekreteri'ne sunduğu 21.7.2016 tarihli *askıya alma* (*derogation*) bildirimi ve kapsamı

Türkiye'de 21.7.2016 tarihinden itibaren olağanüstü halin geçerli olması üzerine, 21.7.2016 tarihinde, AİHS'nin 15. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, AİHS'den doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alındığı AK Genel Sekreterine bildirilmiş ve yükümlülüklere aykırı tedbirler alınması bu tarihte yürürlüğe

[14] Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 161, 171 ve 214. paragrafları. Venedik Komisyonu hakkında bilgi için bkz., dip-not 17.

girmiştir. Bu bildirimde, AİHS'nin hangi maddelerinden doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alındığı belirtilmemiştir.

AİHS'nin hangi maddelerinden doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alındığının bildirilmemiş olması, yukarıda belirtildiği gibi, AİHS'nin bütün maddelerinden doğan yükümlülüklere aykırı tedbirler alınabileceği sonucunu doğurmaz.

Türkiye'nin 21.7.2016 tarihinde AK Genel Sekreterine sunduğu askıya alma bildiriminin ekinde bulunan "*15 Temmuz 2016 Darbe Girişiminden Sonra Olağanüstü Hal İlanı*" (*State of Emergency Declared in Turkey Following the Coup Attempt on 15 July 2016*) başlıklı notun, 2, 4, 6. paragraflarında, olağanüstü halin FETÖ terör örgütü ile etkin olarak mücadele edebilmek için olağanüstü hal ilanına ihtiyaç duyulduğu belirtilmiş; 9 ve 10. paragraflarda ise, olağanüstü hal ilanın amacının, temel özgürlükleri kısıtlamak değil, FETÖ terör örgütünün süratle ve etkin olarak tasfiye edilmesi olduğu vurgulanmış ve bu amaca ulaşıldığında bütün olağanüstü hal tedbirlerine son verileceği açıklanmıştır [15].

Hükümet, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu Ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını, söz konusu notta belirttiği amaçla sınırlandırmış bulunmaktadır. Bu sınırlama, AİHM'nin, OHAL KHK'larının uygulanması nedeniyle mağdur olduklarını ileri sürerek başvuruda bulunanların başvurularını inceleme yetkisinin belirlenmesi bakımından önemlidir. AİHM, askıya alma durumunda, yapılan başvuruları inceleme yetkisini, Hükümetin sunduğu bildirim ve bu bildirime açıklık getiren eklere ve notlara göre belirler [16]. Bu bağlamda, FETÖ terör örgütüyle etkin mücadele

---

15 https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168069538b (erişim tarihi; 13.11.2017).

16 AİHM, *Sakık vd. / Türkiye* (26.11.1997) kararında, Ankara'nın askıya alma bildiriminde belirtilen şehirlerden olmadığı gerekçesiyle, Hükümetin ilgili maddenin askıya alındığı itirazına itibar etmemiştir. *Sadak / Türkiye* (8.4.2004); *Yurttaş / Türkiye* (27.5.2004); *Abdülsamet Yaman / Türkiye*

amacına yönelik olmayan olağanüstü hal tedbirleri, AİHM tarafından, Hükümetin söz konusu nottaki sınırlaması nedeniyle, askıya alma kapsamında değerlendirilmeyebilir.

2.3.3. Venedik Komisyonu'nun [17] 667 – 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü

- **Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamaları hakkında ilkesel bakış açısı:**

Olağanüstü hal tedbirlerinin ve uygulamalarının amacı olağan hukuk düzenine (insan haklarına saygılı demokratik hukuk düzenine) dönüş olmalıdır. Bu tedbir ve uygulamaların kalıcı olması demokrasi için tehlike oluşturur. Hukuk devleti ilkesi, "*Avrupa'nın ortak kamu düzeni*"ni oluşturmaktadır ve bu düzende keyfiliğe yer verilmez. Bu nedenle, devlet yetkilerini kullananların takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu bağlamda yargısal denetimin kısıtlanması hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Adil yargılanma hakkına aykırı tedbirler alınabilse de, bu hakkın temel ilkelerine aykırı tedbirler alınamaz; kimse keyfi olarak özgürlüğünden yoksun ve insan hakları ihlallerine karşı çaresiz bırakılamaz [18].

- **Venedik Komisyonu'nun olağanüstü hal tedbirleri ve uygulamalarıyla ilgili değerlendirmeleri:**

FETÖ ile bağlantılı kamu görevlilerinin tasfiyesinde (görevlerine son vermede ve meslekten çıkarılmalarında), bunun, işlem öncesinde idari ve usuli güvencelerle, işlem sonrasında ise,

(2.11.2004) ve *Bilen / Türkiye* (21.2.2006) kararları da aynı yöndedir.

17 Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde faaliyet gösteren ve devletlerin anayasaları ile diğer yasalarını, AİHS, Ek Protokoller, Protokoller ve AK Statüsünden oluşan AK hukuku ve AİHM'nin içtihatlarıyla koyduğu standartlar açısından inceleyip görüş bildiren ve görüşlerine, AİHM kararlarında atıfta bulunulan bir kuruldur. Bu kurulun asıl adı "*Hukuk Yoluyla Demokrasi için Avrupa Komisyonu*"dur; toplantılarını Venedik'te yaptığı için "*Venedik Komisyonu*" olarak anılmaktadır.

18 Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 161. paragrafı.

adil yargılamaya uygun yargı denetimiyle gerçekleştirilebileceği; kanıtlara dayanmayan ve aile bireylerini de kapsayacak genişlikte ve toplu cezalandırmaya dönüşen bir uygulamanın kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu tasfiyede, kamu adına zor kullanma yetkisine sahip olanlarla olmayanlar arasında ayrım yapılmaması ve "*açığa alma*" gibi geçici tedbirler yerine, özel sektörde çalışmayı dahi engelleyecek sonuçlar doğuran görevden almaların, güdülen amaçla orantısı sorgulanmakta ve görevden almaların kanıta dayanması ve dayanılan kanıttan görevden alınan kişinin bilgilendirilmesi gerektiği hatırlatılmaktadır.

Bazı kamu görevlilerinin KHK'ların ekindeki listelerle, bazılarının ise, idari işlemle görevden alınmalarının ayrımcılık yarattığına ve eşitlik ilkesine aykırı olduğuna işaret edilmektedir.

Yargıçların görevden alınmalarının daha yüksek standartlara bağlı olması gerektiğinin altı çizilmekte; yargıçların, objektif verilere göre değil, sübjektif şüphelere / değerlendirmelere (667 sayılı KHK m. 3) göre görevden alınmalarının sakıncalı olduğu vurgulanmaktadır.

Olağanüstü hal tedbirlerini uygulayanların sorumsuzluğu ile ilgili düzenleme eleştirilmektedir.

Gözaltı süresinin 30 güne çıkarılmasının ve Cumhuriyet Savcısının kararıyla 5 güne kadar avukatla görüşmenin kısıtlanmasının [19] sadece, kişi özgürlüğü ve güvenliği (AİHS m. 5) ve savunma hakkı ve adil yargılanma hakkıyla (AİHS m. 6) bağlantılı olmadığına; aykırı tedbirler alınabilecek maddeler kap-

[19] 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinde ve bu KHK'yı yasalaştıran 6755 sayılı yasanın 3. maddesinde yer alan bu tedbirler, 23.1.2017 tarihli RG'de yayımlanan 684 sayılı KHK'nın 11. maddesiyle değiştirilmiş, gözaltı süresi 7 güne indirilmiş, gözaltında Cumhuriyet Savcısının kararıyla 5 güne kadar avukatla görüşmenin kısıtlanmasına ilişkin hüküm de kaldırılmıştır.

samında olmayan, işkence ve kötü muamele yasağını (AİHS m. 3) da ilgilendirdiğine dikkat çekilmektedir.

Kurum ve kuruluşların tasfiye edilmeleriyle ve varlıklarına el konulmasıyla ilgili olarak, geçici tedbirler (banka hesaplarının dondurulması gibi) yerine kalıcı ve yok edici uygulamalara girişilmesi ve özel sektördeki kurum ve kuruluşların varlıklarına el konulurken, bunların borçlarının üstlenilmemesi eleştirilmekte; bütün bu işlemlerde, kanıtlara dayanılmadığı eleştirilmektedir.

2.4.BM Medeni [20] ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (1966) [21]

Bu Sözleşme ve BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde yer alan hak ve özgürlükleri, bağlayıcı hukuk metinleriyle güvence altına alma amacıyla yapılmıştır. Her iki Sözleşme de, insan hakları alanının temel nitelikteki sözleşmelerindendir. Giriş bölümlerinde, özgür insanların, korkudan ve yoksulluktan kurtulma ülküsünün, bu Sözleşmelerde yer alan hakların gerçekleştirilmesiyle sağlanabileceği vurgulanmıştır.

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, klasik hak ve özgürlüklerin geniş bir listesini içerir. Bunlar, halkların, kendi geleceğini belirleme hakkı (*self-determination*) ve kendi doğal servet ve kaynakları üzerinde özgürce tasarruf etme hakkı (m. 1), ayrımcılık yasağı, bu Sözleşmenin sağladığı hakların hayata geçi-

---

20 Bazı hukukçular, herkese tanınan haklar olmaları ve sadece özel hukuk alanındaki haklarla ilgili olmamaları nedeniyle, "*Civil Rights*"'ın "*Medeni Haklar*" olarak çevrilmesi yerine, "*Kişisel Haklar*" olarak çevrilmesini doğru bulurlar. Burada, resmi çeviriye uyulmuştur.

21 Türkiye bu Sözleşmeye 23.9.2003 tarihinde taraf olmuştur. Türkiye, bu Sözleşmenin bütünüyle ilgili üç bildirimde bulunmuştur. Birinci bildirime göre, Türkiye, Sözleşmeyi, BM Yasası'ndaki (*Charter of the United Nations*) yükümlülükler çerçevesinde uygulayacaktır. İkinci bildirime göre, Türkiye, Sözleşmeyi, sadece diplomatik ilişki içinde bulunduğu taraf devletlere karşı uygulayacaktır. Üçüncü bildirime göre, Sözleşme, sadece Türkiye sınırları içinde uygulanacaktır. Söz konusu üç bildirim ve Sözleşmenin Türkçe metni için bkz., 21.7.2003 tarihli RG.

rilmesini isteme hakkı, hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda, iç hukukta ihlali giderecek etkin çözüm yolu hakkı (m. 2), bu Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından kadın-erkek eşitliği (m. 3), yaşam hakkı (m. 6), işkence ve kötü muamele yasağı (m. 7), kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (m. 8), özgürlük ve güvenlik hakkı (m. 9), özgürlüğünden yoksun bırakılanların insanca muamele ve onuruna saygı gösterilmesini isteme hakkı (m. 10), sözleşmeden doğan borç nedeniyle hapis cezası yasağı (m. 11), seyahat ve yerleşme özgürlüğü (m. 12), ülkede yasal olarak bulunan yabancının, ancak yasaya uygun olarak alınan kararla sınırdışı edilebilmesi (m. 13), adil yargılanma hakkı (m. 14), işlendiği zaman yasada suç sayılmayan bir eylemden dolayı cezalandırılma yasağı (m. 15), hukuksal kişiliğin tanınması hakkı (m. 16), özel hayata, aile hayatına, konuta, haberleşmeye, onur ve şöhrete keyfi veya yasa dışı olarak müdahale yasağı (m. 17), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m. 18), görüş sahibi olma ve ifade özgürlüğü (m. 19), savaş propagandası yasağı (m. 20), toplanma hakkı (m. 21), örgütlenme özgürlüğü (m. 22), ailenin korunması ve evlenme hakkı (m. 23), küçüklerin korunma hakkı (m. 24), vatandaşların seçme-seçilme hakkı (m. 25), yasa önünde eşit korunma hakkı (m. 26) ve etnik, dinsel ve dilsel azınlıkların, topluluk olarak kullanabilecekleri kültürel, dinsel ve dilsel haklarıdır (m, 27) [22].

2.4.1. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nden doğan *yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması* [23] (*derogations*) ile ilgili, Sözleşmenin 4. maddesi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi de AİHS'nin 15. maddesine benzer bir düzenleme getirmiştir. Olağanüstü hallerde, Sözleşmeden doğan yükümlülüklerden

---

[22] Türkiye, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 27. maddesine çekince koymuştur. Çekinceye göre, 27. madde, Anayasa'nın ve Lozan Antlaşması'nın ve Eklerinin ilgili hükümleri uyarınca yorumlanıp uygulanacaktır. Çekince metni için bkz. 21.7.2003 tarihli RG.

[23] Resmi çeviride kullanılan ibareye uyulmuştur.

ayrılan tedbirler alınabilmesi, burada da, "*durumun **kesinlikle** gerektirdiği ölçüde*" olmasına bağlı kılınmıştır. AİHS'nin 15. maddesinde öngörüldüğü gibi, Sözleşmenin yaşam hakkıyla ilgili 6., işkence ve kötü muamele yasağıyla ilgili 7., kölelik yasağıyla ilgili 8. (maddenin 1. ve 2. fıkraları), suç sayılmayan bir eylemden dolayı cezalandırılma yasağıyla ilgili 15. Maddelerinden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınamaz. Ek olarak, hukuksal kişiliğin tanınması hakkıyla ilgili 16. ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü ile ilgili 18. maddelerinden doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirlerin alınamayacağı da öngörülmüştür.

2.4.2. Türkiye'nin BM Genel Sekreteri'ne sunduğu, *yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma* (*derogation*) bildirimi

Türkiye'de 21.7.2016 tarihinden itibaren olağanüstü halin geçerli olması üzerine, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin "*derogation*"la ilgili 4. maddesi uyarınca, Sözleşmenin 2/3, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26 ve 27. maddelerinden doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alındığı BM Genel Sekreterine bildirmiştir. Bildirim 21.7.2016 tarihinde yapılmış, 2.8.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir [24].

2.4.3. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ne göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin *yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere* (*derogations*) ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu [25]

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 28. maddesine göre kurulmuş bulunan İnsan Hakları Komitesi'nin

---

24 Bkz., https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en (erişim tarihi; 13.11.2017).

25 http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=en (erişim tarihi; 13.11.2017).

olağanüstü hal tedbirleriyle ilgili son yorumu olan, 24.7.2001 tarihli ve 29 no.lu Genel Yorumu, olağanüstü hallerde, Sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınırken (*derogations*) göz önünde bulundurulacak koşulları belirtmektedir. Bu koşullar, yukarıda 2.3.1. no.lu paragrafta açıklanan, AİHS'nin 15. maddesi çerçevesinde alınabilecek aykırı tedbirler için öngörülen koşullarla benzerlik taşımaktadır.

İnsan Hakları Komitesi'nin Genel Yorumu'nda, "*kesin gereklilik*" ve "*ulusun yaşamına yönelik tehdit*", birlikte bulunması gereken koşullardır. Bu koşullardan sadece birinin varlığı, yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması için yeterli değildir. "*Kesin gereklilik*" koşulu, "*orantılılık*" ilkesinin bir yansıması olduğu gibi, keyfiliğe karşı da bir önlemdir. Yükümlülüklerden ayrılan tedbirler için göz önünde bulundurulacak diğer koşullar ise, "*yasallık*" (*legality*) ve "*hukuk devleti ilkesine (rule of law) saygı*"dır. Bu iki vazgeçilmez koşul, olağanüstü hallerde de geçerliliğini sürdürür. "*Geçicilik*" ve "*ihlallere karşı etkin çare (effective remedy) sağlanması*" da, İnsan Hakları Komitesi'nin aradığı koşullardandır. "*Geçicilik*"ten, alınacak aykırı tedbirlerle, Sözleşme'nin getirdiği yükümlülüklerin tam olarak yerine getirileceği olağan düzene geçilmesinin amaçlanması anlaşılmaktadır. Olağanüstü hallerde meydana gelen ihlallere karşı etkin çare sağlanması, Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. paragrafının getirdiği bir yükümlülüktür ve her ne kadar, Sözleşme'nin 4. maddesinde, yükümlülüklerinden ayrılınabilecek hükümler arasında sayılmamışsa da, bu koşula aykırı tedbir alınmaması, hukuk devletinin gereğidir. "*Diğer uluslararası yükümlülüklere aykırı olmamak*" da, gözetilmesi gereken koşullardandır. Bu yükümlülükler, toplu cezalandırmanın, zorla göç ettirmenin (*forced displacement*) ve adil yargılanma hakkının en temel ilkelerinden olan, keyfi tutuklamanın ve masumiyet karinesine aykırılığın yasak olmasını içerir.

2.5.BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (1966) [26]

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile ilgili açıklama burada da geçerlidir (bkz., yukarıda 2.4. no.lu paragraf).

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 1. maddesi, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde olduğu gibi, halkların, kendi geleceğini belirleme (*self-determination*) ve kendi doğal servet ve kaynakları üzerinde özgürce tasarruf etme haklarına ayrılmıştır. Sözleşmede yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel haklar şunlardır: Bu Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından kadın-erkek eşitliği (m. 3), çalışma hakkı (m. 6), adil ücret, kişi ve ailesi için yeterli yaşam standardı, güvenli ve sağlıklı çalışma ortamı ve işyerinde ilerlemede fırsat eşitliği sağlayan, adil ve elverişli çalışma koşulları isteme hakkı (m. 7), sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı, grev hakkı (m. 8), sosyal güvenlik ve sosyal sigorta hakkı (m. 9), ailenin, ananın, çocuğun ve gencin korunma hakkı (m. 10), kişi ve ailesi için yeterli yaşam standardı, gıda, giyecek ve konut hakkı ve yaşam koşullarının sürekli iyileştirilmesini isteme hakkı, açlıktan kurtulma hakkı (m. 11), sağlık hakkı (m. 12), eğitim hakkı (m. 13) [27], kültürel etkinliğe katılma ve bilimsel gelişmeden yararlanma hakkı (m. 15).

---

[26] Türkiye bu Sözleşmeye, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'yle aynı tarihte yani, 23.9.2003 tarihinde taraf olmuştur. Türkiye, bu Sözleşme'nin bütünüyle ilgili olarak, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi için yaptığı bildirimlerin aynısını yapmıştır. Bkz., yukarıda dip-not 21. Söz konusu üç bildirim ve Sözleşmenin Türkçe metni için bkz., 11.8.2003 tarihli RG.

[27] Türkiye, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin eğitim hakkıyla ilgili 13. maddesinin, ana-baba veya vasilerin, çocuklarını devlet okulları dışındaki okullara gönderme ve kendi inançları doğrultusunda ahlak ve din eğitimi almalarını sağlama hakkıyla ilgili 3. paragrafına ve kişi ve kuruluşların eğitim kurumları kurma ve yönetme hakkıyla ilgili 4. paragrafına çekince koymuştur. Çekinceye göre, 13. maddenin 3. ve 4. paragrafları, Anayasanın 3., 14. ve 42. maddeleri çerçevesinde uygulanacaktır. Çekince metni için bkz., 11.8.2003 tarihli RG. Ayrıca bkz., yukarıda dip-not 8.

2.6.Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler örgütü içinde hükümet, işçi ve işverenden oluşan üçlü yapıya sahip tek kuruluş olan Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) (*International Labour Organization - ILO*), kurulduğu günden bugüne kadar 83 yılda çalışma standartlarının oluşturulması amacıyla kabul ettiği 189 S**özleşme ile** sosyal adaletin temel unsurları olan insan haklarına saygıyı, saygın yaşam standartlarını, insanca çalışma koşullarını, istihdam olanaklarını ve ekonomik güvenceleri geliştirmek ve gelişmelerden tüm çalışanları bilgilendirmek amacını gütmektedir [28].

UÇÖ'nün temel nitelikte 8 tane Sözleşmesi vardır. Bunlar, 29 Sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (1930), 87 Sayılı Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948), 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi (1949), 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi (1951), 105 Sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (1957), 111 Sayılı Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi (1958), 138 Sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi (1973) ve 182 Sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimleri Sözleşmesi'dir (1999) [29].

Bu temel Sözleşmelerden Türkiye'nin de taraf olduğu özellikle 105 Sayılı Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (1957) ile 111 Sayılı Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi (1958) Türkiye'nin raporlama yükümlülüğü açısından önem taşımaktadır. 105 Sayılı Sözleşme, zorla ya da zorunlu çalıştırmanın herhangi bir biçiminin siyasal zorlama ve eğitme, siyasal ya da ideolojik görüşlerin açıklanması nedeniyle cezalandırma, işgücünü harekete geçirme, çalışma disiplinini sağlama, ayrımcılık ve greve katılanları cezalandırma aracı

---

[28] http://www.ilo.org/ankara/areas-of-work/lang--tr/index.htm (erişim tarihi; 5.3.2017) ve http://bianet.org/biamag/emek/14162-ilo-sozlesmeleri-ve-turkiye (erişim tarihi; 5.3.2017).

[29] http://www.ilo.org/ankara/about-us/WCMS_372880/lang--tr/index.htm (erişim tarihi; 5.3.2017).

olarak kullanılmasını yasaklarken, 111 Sayılı Sözleşme ise, iş verme, eğitim ve çalışma koşullarının düzenlenmesinde ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal görüş, ulusal kimlik ve sosyal köken temelinde ayrımcılık yapılmasının ulusal politikalarla önlenmesi, fırsat ve uygulama alanında eşitliği geliştirme ödevi yüklemektedir.

Türkiye UÇÖ'nün 1932 yılından bu yana üyesi olmasına rağmen, 189 Sözleşmeden sadece 59'unu onaylamış ve onayladıklarından da sadece 55 tanesi yürürlüğe girmiştir. Türkiye temel Sözleşmelerin tamamını onaylamış ancak, yönetişim sözleşmelerinin (öncelikli) 4 tanesinden 3'ünü, teknik sözleşmelerin ise, 177 tanesinden sadece 48'ini onaylamıştır. Bu eksiklik nedeniyle Türkiye, çalışanların haklarının ihlalinde ilk sıralarda yer almaktadır [30].

2.7.Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Sosyal Şartı, ikinci kuşak haklar olarak kabul edilen sosyal ve ekonomik hakları (çalışma hakkı, örgütlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, adil ücret hakkı gibi) koruma altına alan, AK bünyesinde 1961 yılında kabul edilmiş uluslararası bir sözleşmedir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin Giriş Bölümü'nün ilk cümlesindeki, insanların vazgeçilemez ve devredilemez haklarının bulunduğu vurgusu, sosyal ve ekonomik haklar dâhil, tüm insan haklarının bir bütün oluşturduğuna ve bu bütünlüğün, insan onurunun korunması ve ona saygı duyulması için var olduğuna işaret eder. Bu yaklaşıma göre, klasik hak ve özgürlükler, ikinci kuşak haklarla bütünlenmelidir [31]. Avrupa Sosyal Şartı bu anlayışın ürünüdür.

---

30 http://disk.org.tr/wp-content/uploads/2016/05/Tu%CC%88rkiyenin-ILO-Karnesi-2016.pdf (erişim tarihi; 5.3.2017). Türkiye'nin imzaladığı sözleşmeler için bkz. http://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/lang--tr/index.htm (erişim tarihi; 10.4.2017).

31 *Erdoğan, Gülnur;* Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sos-

Avrupa Sosyal Şartı ile çalışma hakkı (m. 1), adil çalışma koşulları hakkı (m. 2), güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları hakkı (m. 3), adil bir ücret hakkı (m. 4), örgütlenme hakkı (m. 5), toplu pazarlık hakkı (m. 6) , çocukların ve gençlerin korunma hakkı (m. 7), çalışan kadınların korunma hakkı (m. 8), mesleğe yönelme hakkı (m. 9), mesleki eğitim hakkı (m. 10), sağlığın korunması hakkı (m. 11), sosyal güvenlik hakkı (m. 12), sağlık ve sosyal yardım hakkı (m. 13), sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı (m. 14), engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma, sosyal bütünleşme ve katılma hakkı (m. 15), ailenin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 16), çocukların ve gençlerin sosyal, yasal ve ekonomik korunma hakkı (m. 17), diğer sözleşmeci devletlerin ülkelerinde gelir getirici iş edinme hakkı (m. 18), çalışan göçmenlerin ve ailelerinin korunma ve yardım görme hakkı (m. 19) olmak üzere, 19 hak koruma altına alınmış olup, Şart'a Ek Protokol (1988) ile istihdam ve meslek konularında cinsiyete dayalı ayrım yapılmaksızın fırsat eşitliği ve eşit muamele görme hakkı (m. 1), bilgilendirilme ve danışılma hakkı (m. 2), çalışma koşullarının ve çalışma ortamının düzenlenmesi ve iyileştirilmesi sürecine katılma hakkı (m. 3), yaşlıların sosyal korunma hakkı (m. 4) olmak üzere dört hak daha eklenmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından bazı maddelerle ilgili bildirimde bulunarak 24.11.1989'da onaylanmıştır. Bu tarihten sonra Şart'ın denetim mekanizmaları Türkiye'yi de kapsamına almıştır.

1996 yılında, *"güvence altına alınan sosyal ve ekonomik hakların koruma alanını genişletmek için yeni önlemler alınması"* amacıyla Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı oluşturulmuş ve imzaya açılmış ancak, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı da ortadan kaldırılmamıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Tür-

yal Şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008, s. 123-165.

kiye tarafından bazı maddelerle ilgili bildirimde bulunarak 27.6.2007 tarihinde onaylanmıştır.

II.ÇALIŞMA GRUBUNUN GÖREV ALANINI BELİRLEYEN KAVRAMLAR

1.Hukuk güvenliği kavramı

Hukuk güvenliği, keyfi uygulamalara yer vermeyen, kişiler ve gruplar üzerinde baskı ve tehdit oluşturmayan bir devlet düzenini gerektirir. Yasa kurallarının genel, açık, anlaşılır, sürekli, kesin ve geriye yürümez olması; idarenin yasal ve yargısal denetimi; hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğü usul ve biçim uyarınca müdahale edilebilmesi (*due process* ilkesi) ve müdahalenin öngörülebilir olması; yargının bağımsız ve tarafsız olması; yasa önünde eşitlik ve ayrımcılık yasağı gibi hukuk devletinin temel ilkeleri, hep, hukuk güvenliğini sağlamaya yöneliktir. Ancak, bu ilkeler yeterli değildir; hukukun genel ilkelerine bağlılık; uluslararası hukuka uygunluk; hukuk düzeninin rasyonel ve uygulanabilir kurallara dayalı olması; yasal düzenlemelerin kamuya duyurulması ve tanımlanmış açık ifadeler içermesi; haklı beklentilerin koruması; metinlerin tutarlılık ve bütünlük içinde olması; kamu kuruluşlarının faaliyetlerinde yasal sınırlar içinde kalması; yargı kararlarının bağlayıcılığı ve hukuki belirlilik de gerekmektedir [32]. Bunlar arasında yasal kuralların geriye yürümezliği ilkesi, kesinleşmiş hukuksal durumlar ve kazanılmış hakların korunması için bir güvencedir [33].

AİHM, hukuk güvenliğinin varlığı **için** yargı organına etkin erişim hakkının bulunmasını da aramaktadır. AİHM'ye göre, yargı organına etkin erişim hakkı için, tutarlı bir yargı düzeni olmalı ve bu düzenin, hak arayanlara pratik ve etkili olanak-

32 AYM, 27.10.2016, Başvuru No. 2014/16928 (RG. 18.11.2016-29892).
33 AYM, 7.9.2016, E. 2015/88, K. 2016 /156 (RG. 19.10.2016-29862).

lar sağlaması gerekir. Yasal veya uygulamadaki belirsizlikler, yargı organına erişim hakkına zarar verdiği ölçüde bu hakkın ihlaline yol açar [34].

Hukuk güvenliği, bireylerin devlete olan güven duygusuyla da bağlantılıdır. Hukuk devleti olmak, devletin düzenleme ve uygulamalarında bu güven duygusunu sarsmaktan kaçınmasını gerektirir [35].

2.Geniş anlamda mülkiyet hakkı kavramı

2.1.İç hukuk

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınmış, Medeni Kanun'un 683. maddesinde ise, ilkesel düzeyde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi (AYM) mülkiyet hakkını "… *genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanılanın biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsar*" sözcükleriyle tanımlamıştır [36].

2.2.AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. Maddesi

Mülkiyet hakkı, bağlı bulunduğumuz uluslararası hukuk kurallarından olan, AİHS'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün [37] 1. maddesinde güvence altına alınmıştır:

" *Madde 1 - Mülkiyetin korunması*

Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebe-

---

34 *Geffre / Fransa* kabul edilemezlik kararı (23.1.2003).
35 AYM, 28.11.2013, E.2013/64, K.2013/142 (RG. 27.3.2014-28954).
36 AYM, 20.05.1997, E.1997/36, K.1997/52.
37 AİHS'ye Ek 1 no.lu Protokol için bkz. dip-not 8.

biyle 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 veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

Maddenin ilk cümlesi Türkçeye, "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı*" olarak çevrilmiştir. AK bünyesinde yapılmış olan bütün Sözleşme ve Protokollerin geçerli metinleri İngilizce ve Fransızca'dır. Ek 1 no.lu Protokol'ün İngilizce metninin 1. maddesinin ilk cümlesinde, "*zilyetlikten* (elinde bulundurma ve kullanma) (*possession*) *barışçıl olarak yararlanma*" ibaresi yer almaktadır. Bu ibare, Ek 1 no.lu Protokolün 1. maddesiyle korunan hakkın, Türk hukukunda tanımlanan mülkiyet hakkından daha geniş kapsamlı bir hak olduğunu ortaya koymaktadır.

AİHM, diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, mülkiyet hakkını da "özerk (*otonom*)" olarak yorumlar ve tanımlar, yani, AİHM, devletlerin iç hukuklarında mülkiyet hakkını nasıl düzenlediği ve tanımladığı ile bağlı değildir [38].

Zilyetlik/mülkiyet hakkı, gerçek kişiler yanında, tüzel kişilere de tanınmaktadır. Bu hak, AİHS ve Ek Protokollerin oluşturduğu hak ve özgürlükler sisteminde tüzel kişiye tanınan tek haktır.

AİHM açısından, her türlü ekonomik çıkar, alacak hakkı, devletin tanıdığı sosyal güvenlik hakkı, parasal değeri olan her

[38] AİHM, Türk hukukunda orman arazisi sayılan ve kıyı şeridinde yer alan arazilerin kamulaştırmaya tabi olmadığını öngören, dolayısıyla, tazminatsız el konulmasına dayanak oluşturan yasal hükümlerden etkilenmeksizin ihlal kararları vermiştir (bkz., *Köktepe / Türkiye* (13.10.2009); *Turgut vd. / Türkiye* (13.10.2009).

şey ve her türlü kullanma ve yararlanma hakkı, ruhsat, lisans, kiracılık hakkı ve zamanaşımına bağlı kazanımlar Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin koruması altındadır. Ekonomik çıkarla ilgili "*meşru beklenti*" (örneğin, miras hakkı ya da sözleşmeden doğan alacak hakkı) de bu kapsamdadır. Buna karşılık, spekülatif beklenti (örneğin, kâr beklentisi) bu kapsama girmez. Keza, embriyo [39] gibi parasal değeri olmayan şey de koruma kapsamında değildir.

2.3.Devletin, mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü

Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinin başlığıyla ("*Mülkiyetin korunması*") vurgulanmak istendiği gibi, devletin, bu hakkı koruması asıldır ve bu bağlamda, bireylerden gelebilecek tecavüzleri önleme yükümlülüğü de vardır. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkını koruma yükümlülüğü oldukça geniştir. Bu yükümlülüğün genişliği, konutların bulunduğu yerleşim yerinin yakınına, metan gazı sıkışması nedeniyle patlama tehlikesi yaratacak bir çöplüğün oluşmasını önlemekten [40], şirketlerin tasfiyesi için görevlendirilen tasfiye memurunun taraflı davranmasını ve keyfi davranışlarda bulunmasını önleyecek mekanizmaların kurulmasına kadar uzanır [41].

2.4.Devletin zilyetlik/mülkiyet hakkına müdahalesi

Madde metninden, devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkına, iki türlü müdahalede bulunulabileceği anlaşılmaktadır: Yoksun bırakma ve denetleme.

2.4.1. Devletin, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakması

Madde metninden anlaşılacağı üzere, gerçek veya tüzel kişi-

39 *Parrillo / Italya* (27.8.2015 - Büyük Daire).
40 Öneryıldız / Türkiye (30.11.2004 – Büyük Daire).
41 *Kotov / Rusya* (3.4.2012 – Büyük Daire).

nin mülkiyet/zilyetlik hakkından yoksun bırakılmasına, ancak, kamu yararının ve yasaya uygunluk koşulunun birlikte bulunması durumunda izin vardır [42]. Öte yandan, maddede, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakmaya izin veren durumlar arasında sayılan, *yoksun bırakma koşullarının uluslararası hukukun genel ilkelerince belirtilmiş olması*, sadece, yabancılar için geçerlidir [43]; vatandaşlar bundan yararlanmazlar.

2.4.2.Kişinin zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakıldığına ilişkin şikayetinin AİHM tarafından 4 aşamalı olarak incelenmesi

i.İlk aşamada, zilyetlik/mülkiyet hakkının mevcut olup olmadığı sorusuna cevap aranır.

ii.İkinci aşamada, müdahalenin yasal olup olmadığı araştırılır. Müdahalenin yasal olabilmesi için, öngörülebilir yani, yasada önceden belirtilmiş olması gerekir. "Yasa" kavramına, uygulamaya yön veren yerleşik yargı kararları dahildir; yargı organının ne yönde karar vereceği belli olmayan durumlar ise, hariçtir. Yasanın açık, anlaşılır ve erişilebilir olması gerekir. Çok sık değişen ve anlaşılması güç, ne dediği belli olmayan yasalar karışıklığa yol açacağından AİHM tarafından yasa niteliğinde görülmeyebilir. Yasallık unsuru yoksa, zilyetlik/mülkiyet hakkı sona ermez [44]. Bu durum-

---

42 Kamu yararını ve yasallığı kanıtlama yükü devlete aittir.

43 Bu yaklaşım, yabancının vatandaşa göre daha fazla korunmaya gereksinim duyduğu varsayımına dayanmaktadır. Bkz., *James vd. / Birleşik Krallık* (21.2.1986) kararının 60, 64-66. paragrafları. Uluslararası hukukun genel ilkelerinin kaynağı, Uluslararası Adalet Divanı'nın (Lahey) (*ICJ*) kararlarıdır.

44 AİHM, *Loizidou / Türkiye* kararında, Kuzey Kıbrıs'ta Rum taşınmazlarına el konulması işleminde yasallık unsuru bulunmadığına karar vermiş ve el koyma işlemini, hukuka aykırı olarak zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakma (*unlawful dispossession*) olarak nitelemiştir. AİHM'ye göre, *Loizidou*'nun taşınmazına el konulması işleminde yasallık unsuru bulunmadığı için, *Loizidou*'nun taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermemiş ve Türkiye, kamulaştırmalarda söz konusu olabilecek, mülkün değeri kadar tazminat ödemeye değil, mülkün kullanımını engellemek-

da, zilyetliğe konu eşyanın, mülkün iadesi (*restitutio in integrum - restitution*) gerekir; iade olanaklı değilse, o zaman tazminat gündeme gelir. Yasallığın, hukuki belirlilik (*legal certainty*) ilkesiyle sıkı ilişkisi vardır. Bu ilke, kazanılmış haklara saygı ilkesini de içerir.

iii. Üçüncü aşamada, müdahalenin meşru bir amaç (kamu yararı, genel çıkar için denetim veya vergi alma gibi) güdüp gütmediği incelenir.

iv. Dördüncü aşamada, müdahalenin güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığına bakılır. Müdahalenin, kişileri aşırı külfet altında bırakması, orantısızlığı gösterir. Örneğin, taşınmazın yasal olarak kamulaştırılması durumunda – toprak reformu gibi sosyal adaleti gerçekleştirme amacına yönelik kamulaştırmalar hariç [45] – ödenecek tazminatın rayiç bedelin altında olması, mülk sahiplerini aşırı (orantısız) külfet altında bırakır. Tazminatın, yoksun kalınan mülkün alternatifini karşılamaması da orantısızlık yaratabilir. Örneğin, bir mülkü uzun süre malik olarak kullandıktan sonra iç hukukta açılan dava sonucunda mülkiyetin kaybedilmesi durumunda ödenecek tazminat, kaybedenin alternatif mülk edinmesine yetecek tutarda olmalıdır [46].

Çeşitli seçenekler içinde, diğer seçenekler bir kenara bırakılıp, mülkiyet hakkından yoksun bırakma seçeneğine öncelik verilmesi orantılılık noktasında ihlal oluşturabilir [47].

Orantılılık, yarışan çıkarlar arasında dengeli olmayı da gerektirir. Bu bağlamda, kamu yararı ile zilyetlik/mülkiyet hakkı

---

ten doğan zararın (*loss of use*) tazminine mahkum edilmiştir (*Loizidou / Türkiye* – esas hakkında karar) (18.12.1996).

45 Vatandaş, sosyal adalet amaçlı kamulaştırmalarda rayiç bedelin altında tazminat ödenmesine katlanmak durumundayken, yabancı, buna katlanmak zorunda değildir.

46 *Pincova ve Pinc / Çek Cumhuriyeti* (5.11.2002).

47 *Capital Bank AD / Bulgaristan* (24.11.2005).

arasında denge sağlanmalıdır. Aynı şekilde, bireysel hakların, örneğin, mülkiyet hakkı ile konut hakkının yarışması durumunda da denge korunmalıdır. AİHM kararlarında, bir kişinin bireysel hakkını teslim ederken, diğer kişinin hakkının çiğnenmemesi ve yeni ihlallere yol açılmaması gerektiğinin altı çizilmektedir [48].

2.4.3. AİHM'nin, zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayeti, başka bir hakkın kapsamında değerlendirmesi

Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikayet, AİHM'nin hukuki nitelemesine (*legal characterization*) bağlı olarak, bazen, başka bir hakkın kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, AİHM, bir siyasi partinin harcamalarını kanıtlamak üzere, fatura asılları yerine, fatura fotokopilerinin sunulmuş olduğu gerekçesiyle, AYM'nin, söz konusu siyasi partiye ödenen Hazine yardımına el konulmasına karar vermesini, mülkiyet hakkı ihlali olarak değil, örgütlenme özgürlüğü ihlali olarak nitelendirilmiştir [49]. Belirtelim ki, AİHM, şikayetlerin, AİHS'de yer alan hak ve özgürlüklerden hangisiyle daha fazla ilgili olduğuna, başvuruculların nitelemeleriyle bağlı olmaksızın karar verir.

2.4.4. Zilyetlik/mülkiyet hakkı ihlalinin, başka hak ihlallerinin sonucu olması

Zilyetlik/mülkiyet hakkının ihlali bazı durumlarda, başka ihlallerin sonucu da olabilir. Örneğin, iç hukuk mahkemesinin kamulaştırma bedelini belirlemesinin 75 yıl sürmesi, adil yargılanma hakkının ihlaline; bu ihlal de, mülkiyet hakkının ihlaline neden olmuştur [50].

---

48 *Demopoulos / Türkiye* - kabul edilemezlik kararının 117. paragrafı (1.3.2010).

49 *Cumhuriyet Halk Partisi / Türkiye* (26.4.2016).

50 *Malama / Yunanistan* (1.3.2001); mülkiyet hakkı ihlali, gecikme faizi öden-

2.4.5. Aynı olgunun zilyetlik/mülkiyet hakkı dahil, birkaç hakkın ihlaline kaynak oluşturması

Aynı olgudan birkaç hak ihlali doğabilir. Örneğin, iç hukuk mahkemesinin, tazminat ödenmesini veya parasal değeri olan bir işin yapılmasını öngören kararının icra edilmemesi veya sürüncemede bırakılması, hem adil yargılanma hakkının, hem mülkiyet hakkının ihlaline kaynak olmuştur [51].

2.4.6.Devletin, mülkün kullanımını denetlenmesi

Devletin, mülkün kullanımını denetlemesi, Ek 1 no.lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenen iki müdahale türünün ikincisidir. Maddenin birinci paragrafında, zilyetlik/mülkiyet hakkından yoksun bırakmanın, ancak belirli durumların gerçekleşmesiyle olabileceği belirtilmiştir. İkinci paragrafta ise, belirli durumlarla sınırlamanın, devletin, mülkün (*property*) kullanımını denetlemesine engel oluşturmayacağı kaydedilmiştir. Devlet, kamu yararı için veya vergi toplamak, katkı payı almak veya para cezalarını tahsil etmek için mülkün kullanımını – gerekli görürse - denetleyebilir. Burada sayılanların dışında kullanımın denetlenmesine izin yoktur; ayrıca, "*gerekli olmak*" koşuluna uyulmalıdır.

AİHM'nin, mülkün devlet tarafından denetlenmesi ile ilgili şikayeti inceleme yöntemi de, yukarıda açıklanan, zilyetlik veya mülkiyet hakkından yoksun bırakılmaya ilişkin şikayeti incelenmesi gibidir.

Şirketlere kayyım atanması (*compulsory administration*) ve kıyıların ve ormanların korunmasıyla ve çevre korumacılığıyla ilgili tedbirler bu kapsamdadır. Kıyı şeridinde inşaat yapılmasının yasak olduğunu bilerek yapılan inşaatın tazminat ödenmeksizin yıkılması ve bir de yıkım masrafının inşaat sahibin-

memiş olmasıyla ilgilidir.

51 *Burdov / Rusya (2)* (15.1.2009).

den alınması buna örnektir [52]. Buna karşılık, kıyı şeridinde tapulu arazisi üstüne inşaat yapan kişinin inşaatının tazminat ödenmeksizin yıkılması, mülkiyet hakkının kullanımının devlet tarafından denetlenmesi kapsamında değil, mülkiyet hakkının sona erdirilmesi/ortadan kaldırılması kapsamındadır [53].

III.667 - 694 SAYILI OLAĞANÜSTÜ HAL KHK'LARININ[54], HUKUK GÜVENLİĞİ VE GENİŞ ANLAMDA MÜLKİYET HAKKI İLE İLGİLİ MADDELERİ

1.Bu bölümde, 667 - 694 sayılı olağanüstü hal KHK'larının hukuk güvenliği ve geniş anlamda mülkiyet hakkı ile ilgili maddeleri, AİHM'nin, önceki bölümde sunulmaya çalışılan standartları açısından ele alınmıştır. Konuya AİHM standartları açısından yaklaşılmasının nedeni, AİHM'nin, Türkiye'deki uygulamaların insan haklarına uygunluğunu denetleyen, belirleyen ve yerine göre, ihlalin nasıl giderileceğini gösteren son ve en üst yargı organı olmasındandır [55]. Belirtilen KHK'ların, kişi dokunulmazlığı, özgürlüğü ve güvenliği, düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünceyi açıklama, yayma ve basın özgürlüğü, dernek kurma, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı, sendika kurma hakkı ve eğitim ve öğrenim hakkı ile ilgili maddeleri ise, çalışma grubunun görev alanı dışında kaldığından, irdelenmemiştir.

2.667 - 694 sayılı olağanüstü hal KHK'larının, hukuk güvenliği ve geniş anlamda mülkiyet hakkı ile ilgili maddeleri:

---

52 *Depalle / Fransa* (29.3.2010 – Büyük Daire); *Brosset-Triboulet vd. / Fransa* (29.3.2010 - Büyük Daire) kararları.

53 *N.A. vd./Türkiye* ihlal kararı (11.10.2005). AYM'nin, kıyı şeridinde tapulu taşınmaz mülkiyeti olamayacağına ilişkin 15.4.2014 tarihli ve 2012/636 başvuru no.lu kararı, AİHM'nin belirtilen ve benzer ihlal kararlarına aykırıdır.

54 667, 668, 671, 674 sayılı KHK'lar sırasıyla 6749, 6755, 6757, 6758 sayılı yasalarla yasalaşmıştır.

55 AİHM'nin denetimi, AYM'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği nihai nitelikteki karardan sonra devreye girmektedir.

Ø Görevden ve meslekten çıkarma

2.1.Kamu görevlilerinin ve kamuda çalışanların (TSK, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, MSB personeli, Yükseköğretim Personel Kanunu'na tabi personel, mahalli idareler personeli, Devlet Memurları Kanunu'na tabi personel ve işçiler, Uzman Erbaş Kanunu'na ve TSK'nde İstihdam Edilecek Sözleşmeli Subay ve Astsubaylar Hakkında Kanun'a tabi personel) idari değerlendirme ve onayla (*667 sayılı KHK m.4*) veya KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle (*668 sayılı KHK m. 2(1)a), 4(8)ğ) ve 4(8)h)*) ve tebligat yapılmaksızın (*670 sayılı KHK m. 2(1)*; *672 sayılı KHK m. 2(1)*; *673 sayılı KHK m. 7*; *675 sayılı KHK m. 1(1)*; *677 sayılı KHK m. 1(1)*; *679 sayılı KHK m. 1(1)*; *683 sayılı KHK m. 1(1)*; *686 sayılı KHK m. 1(1)*; *689 sayılı KHK m. 1(1)*; *692 sayılı KHK m. 1(1) 693 sayılı KHK m. 1(1)*) görevden çıkarılmaları.

2.2.Yargı mensuplarının, idari değerlendirme sonucunda meslekten çıkarılmaları (*667 sayılı KHK m.3(1)***;** *668 sayılı KHK m. 4(8)b)***).**

§ 2.1. ve 2.2. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları ve devletin anayasal düzenine sadakatsizlikleri yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, görevden / meslekten çıkarma işlemleri, hukuk güvenliği kavramına aykırı, keyfi uygulamalar olarak nitelendirilebilir ve bu işlemlerin sonucunda, maaş / ücret ve sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakılma, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkına aykırı görülebilir [56].

Ø Görevden ve meslekten çıkarılanların çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması

---

[56] Maaş / ücret ve sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakma, AİHM tarafından, AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayat ve aile hayatı hakkıyla ilgili olarak da olumsuz yönde değerlendirilebilir.

2.3.Kamu görevlilerinin ve kamuda çalışanların, görevden çıkarılmalarının kamu hizmetinde yeniden görev almalarına, özel güvenlik şirketlerinde yönetici olmalarına ve çalışmalarına engel oluşturması; bu kişilerin, pilot lisanslarının ve gemi adamlığı belgelerinin iptal edilmesi (*667 sayılı KHK m. 4(2)* ve *4(3)*; *668 sayılı KHK m. 2(2)*; *670 sayılı KHK m. 2(2)*; *689 sayılı KHK m. 1(2)*; *692 sayılı KHK m. 1(2)*; *693 sayılı KHK m. 1(2)*); unvan, sıfat ve meslek adlarını (örn., hakim, savcı, vali, müsteşar) kullanmalarının ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanmalarının yasaklanması (*670 sayılı KHK m. 4*; *675 sayılı KHK m. 2*; *677 sayılı KHK m. 1(2)* ve *1(3)*; *679 sayılı KHK m. 1(2), 1(3) ve 2*; *686 sayılı KHK m. 1(3)*; *689 sayılı KHK m.1(3)*; *692 sayılı KHK m. 1(3)*; *693 sayılı KHK m. 1(3)*); Milli Savunma Bakanlığı ile Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi nam ve hesabına tıp ve diş hekimliği fakültelerinde okuyan tabip ve diş hekimi subaylardan, yükümlülük sürelerini tamamlamalarından önce mahkeme veya disiplin kurulu kararıyla ilişikleri kesilenlerin, geriye kalan yükümlülük süreleri içinde mesleklerini icra etmekten alıkonulmaları (*694 sayılı KHK m. 5 ve 6*).

§ 2.3. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme:

Kişilerin terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, çalışma hayatında ekonomik çıkar sağlayan lisans ve belgelerin iptali ve yasalara göre kazanılmış unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkına ve başka haklara [57] aykırı bulunabilir [58].

---

[57] Unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, AİHS'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel hayat hakkına da aykırı bulunabilir.

[58] Lisans ve belgelerin iptali ve unvan, sıfat ve meslek adlarının sağladığı haklardan yasaklanmak, AİHM tarafından, AİHS'nin 8. maddesinin ih-

Ø Öğrencilikten çıkarılanların ve görevden uzaklaştırılan veya haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılan doçent adaylarının çalışma ve diğer haklarının kısıtlanması

2.4. FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı bulunan ve adları listede belirtilen, yurtdışında öğrenim gören öğrencilerin, öğrencilikle ilişiklerinin kesilmesi ve kamu hizmetinde istihdam edilmelerinin yasaklanması; yurtdışında gördükleri eğitim için denklik işlemi yapılmaması ve akademik unvan ve derecelerine bağlı hakları kullanmaktan yasaklanmaları (*673 sayılı KHK m. 4*; *675 sayılı KHK m. 4*; *689 sayılı KHK m. 4*; *690 sayılı KHK m. 65*; *692 sayılı KHK m. 5(1)*).

2.5. *Terör örgütlerine veya* MGK tarafından, *milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olması ya da değerlendirilmesi sebebiyle görevden uzaklaştırılan veya haklarında adli soruşturma ya da kovuşturma yapılan doçent adaylarının* doçentlik başvuruları ile ilgili işlemlerin durdurulması; bunlardan kamu görevinden çıkarılanların veya mahkum edilenlerin, doçentlik başvurularının iptal edilmesi (*683 sayılı KHK m. 4*).

§ 2.4. ve 2.5. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Kişilerin terör örgütü ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, yurt dışı öğrenimlerinin engellenmesi, denklik işlemlerinin yapılmaması, doçentlik başvuru işlemlerinin durdurulması veya iptal edilmesi, çalışma hayatında ekonomik çıkar sağlayan lisans ve belgelerin iptali ve yasalara göre kazanılmış akademik unvan ve

lali olarak da değerlendirilebilir. Bu bağlamda bkz., *Sidabras ve Džiautas / Litvanya* (27.7.2004); *Lupsa / Romanya* (prg. 38) (8.6.2006); *D.M.T. ve D.K.I. / Bulgaristan* (24.7.2012).

derecelerin sağladığı haklardan yararlanmanın yasaklanması, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkına ve başka haklara aykırı bulunabilir (karş., dip-not 58).

Ø Kapatılan kurum ve kuruluşların varlıklarına bedelsiz olarak el konması, şirketlere kayyım atanması ve şirketlerin tasfiye edilmesi

2.6. KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle veya idari değerlendirme ve Bakan onayıyla kapatılan kurum ve kuruluşların (özel sağlık, öğretim kuruluşları, öğrenci yurtları, pansiyonları, vakıflar, dernekler, vakıf yükseköğretim kuruluşları, sendikalar, federasyonlar, konfederasyonlar) (*667 sayılı KHK m. 2(1) ve 2(3)*; *677 sayılı KHK m. 3(1)a)*; *679 sayılı KHK m. 5(1)*; *689 sayılı KHK m. 3(1)*; *693 sayılı KHK m. 4(1)*) mal varlıklarının, alacak ve haklarının bedelsiz olarak Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilmesi *(667 sayılı KHK m. 2(2); 668 sayılı KHK m. 4(8)a)*; *677 sayılı KHK m. 3(2)*; *679 sayılı KHK m. 5(2)*; *689 sayılı KHK m.3(2)*; *693 sayılı KHK m. 4(2)*).

2.7. KHK ekindeki listede gösterilmek suretiyle veya idari değerlendirme ve Bakan onayıyla kapatılan basın ve yayın kuruluşlarının (özel radyo, televizyon kuruluşları, gazete, dergi, yayınevi, dağıtım kanalları) mal varlıklarının, alacak ve haklarının bedelsiz olarak Hazine'ye devredilmesi (*668 sayılı KHK m. 2(1)b)*, *2(3)* ve *2(4)*); *675 sayılı KHK m. 5(1)*; *677 sayılı KHK m. 3(1)b) ve 3(2)*; *683 sayılı KHK m. 3*; *689 sayılı KHK m. 3(2)*).

2.8. Kapatılan kurum ve kuruluşların (basın ve yayın kuruluşları dahil) ve bağlı oldukları şirketlerin, bedelsiz olarak Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilen mal varlıkları dışında kalan varlıklarının yine, bedelsiz olarak Hazine'ye devredilmesi ve söz konusu şirketlerin tasfiye edilmesi (*670 sayılı KHK m. 5(3)*).

2.9. Şirketlere, terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle açılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında kayyım atanması ve bu şirketlerin mevcut durumlarının sürdürülebilir olmadığının TMSF tarafından belirlenmesi halinde, varlıklarının satılması veya şirketin tasfiye edilmesi (*674 sayılı KHK m. 13,* 19; *675 sayılı KHK m. 9*); kayyımlık yetkisinin TMSF'ye devri (*677 sayılı KHK m. 7*); kayyımların ve tasfiye memurlarının hukuki, idari, mali ve cezai bakımdan sorumsuz olması (*675 sayılı KHK m. 11*; *691 sayılı KHK m. 11*); TMSF'nin kayyımlığı altındaki şirketlerin genel kurul yetkilerinin ilgili Bakan tarafından kullanılabilmesi (*694 sayılı KHK m. 180*).

§ 2.6., 2.7., 2.8. ve 2.9. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Belirtilen maddelere dayanan uygulamalar, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurabilir. Söz konusu kurum, kuruluş ve şirketlerin, terör örgüt ve eylemleriyle bağlantıları, yargısal süreçler sonucunda kanıtlanmadığı sürece, mal varlıklarına, alacak ve haklarına bedelsiz olarak el konulması ve şirketlerin varlıklarının satılması ve tasfiye edilmesi - bu tür müdahalelerin keyfiliğine karşı yeterli güvenceler bulunmaması durumunda - mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir [59]. Kayyımların ve tasfiye memurlarının sorumsuzluğu, keyfiliğe karşı yeterli güvencelerin bulunmadığı yönünde güçlü bir kanı oluşmasına yol açabilir. Ayrıca, şirketin tasfiyesi yerine uygulanabilecek başka seçenekler varsa, tasfiye biçimindeki müdahalenin orantılı olup olmadığı sorgulanabilir.

Ø Özel hukuk alanında doğan haklara müdahale

2.10. Kapatılan ve mal varlıkları Hazine'ye veya Vakıflar Ge-

59 *Capital Bank A.D. / Bulgaristan* (2005).

nel Müdürlüğü'ne devredilen kurum ve kuruluşların borçlarından sorumluluk kabul edilmemesi (*667 sayılı KHK m. 2(2)*; *668 sayılı KHK m.2(3)*; *677 sayılı KHK m. 3(2)*; *679 sayılı KHK m. 5(2)*; *683 sayılı KHK m. 3*; *689 sayılı KHK m. 3(2)*; *693 sayılı KHK m. 4(2)*); kapatılan kurum ve kuruluşların Hazine'ye veya Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne devredilen taşınmazların, Türk Medeni Kanunu ve özel yasalardan doğan her türlü kısıtlamalardan ve taşınmaz yükünden arındırılması *(667 sayılı KHK m. 2(2); 668 sayılı KHK m. 4(8) a)*; *677 sayılı KHK m. 3(2)*; *679 sayılı KHK m. 5(2)*; *689 sayılı KHK m.3(2)*; *693 sayılı KHK m. 4(2)*) .

2.11. Teröristlere veya terör örgütlerine yardım ve yataklık suçları nedeniyle, belediye başkanı, başkan vekili ya da meclis üyesi yerine görevlendirme yapılan (*674 sayılı KHK m. 38, 40*) belediyelerin ve bağlı kuruluşlarının gerçekleştirdiği ihalelerde, yüklenicilerin, terör örgütlerine iltisakı veya bunlarla irtibatı bulunduğunun EGM tarafından bildirilmesi veya yapılan sözleşmelerin ilgili belediyenin çıkarlarına aykırı olduğunun belirlenmesi üzerine, sözleşmelerin tek taraflı olarak feshedilmesi (*677 sayılı KHK m. 8*).

2.12. İntifa, irtifak ve kira sözleşmelerinin yararlanıcılarının ve kiracılarının milli güvenliğe tehdit oluşturduğu tespit edilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği veya iltisakı ya da bunlarla irtibatı bulunduğu değerlendirildiği takdirde, belirtilen sözleşmelerin iptal edilmesi *(667 sayılı KHK m. 8)*; geçmiş tarihli taşınmaz devir işlemlerinin muvazaa sayılması (*675 sayılı KHK m. 12*; *689 sayılı KHK m. 5(2)*).

§ 2.10., 2.11. ve 2.12. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Özel hukuk alanında, iyi niyetli alacaklıların alacak haklarından yoksun bırakılmaları, hukuk güvenliği kavramıyla ilişkili olarak, mülkiyet hakkına aykırı görülebilir. Keza, sözleşme-

nin Devletin müdahalesiyle feshedilmesi veya iptal edilmesi sonucunda, sözleşmenin tarafı olan kişilerin zarara uğraması, AİHM kararlarıyla yorumlanan mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir [60].

Ø Eylem ve işlemlerinden dolayı, görevlilerin veya görev alanların sorumsuzluğu

2.13.667 sayılı KHK kapsamında "*karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin*" eylem ve işlemlerinden (söz konusu KHK'nın 6. maddesinde yer alan soruşturma ve kovuşturma işlemleri dahil) dolayı, hukuki, idari, mali ve cezai bakımdan sorumsuz sayılmaları (*667 sayılı KHK m. 9*); genel olarak da, "*darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler* ile *olağanüstü hal süresince yayımlanan* KHK'lar *kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin*" karar, eylem ve işlemlerinden dolayı, hukuki, idari, mali ve cezai bakımdan sorumsuz olmaları (*668 sayılı KHK m. 37*).

§ 2.13. no.lu paragrafta belirtilen maddeler için değerlendirme:

Kamu görevlilerinin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumsuz olmaları, keyfiliğe yol açması ve hukuk güvenliğine aykırı olması bakımından hukuk devleti kavramıyla bağdaşmaz. Değerlendirilen maddelerin yazımı, söz konusu sorumsuzluğun sadece kamu görevlileriyle sınırlı tutulmadığı, kamu görevlisi olmayan fakat bir biçimde, eylem ve işlemlerin yürütülmesine katılan kişilerin de sorumsuz olacağı yönünde yorumlanmaya elverişlidir. Bu yolda yapılacak yorumlar, sorumsuzluğun yol açacağı keyfiliği daha da ağırlaştırır. Öte yandan, alacak hakkına, sosyal güvenlik hakkına, parasal değeri olan her tür-

60 *Consort Richet* ve *Le Ber / Fransa* (2010).

lü kullanma ve yararlanma hakkına, ruhsat, lisans ve kiracılık hakkına ve meşru her türlü ekonomik çıkara yönelik keyfi müdahalelerin sorumsuzluk zırhıyla korunması, yarattığı zarar ölçüsünde, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir.

Ø Hak arama yollarının kapatılması ve zararların önlenmesinin engellenmesi

2.14. Kapatılan kurum ve kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi yayınevi ve dağıtım kanalları ile bunların sahibi gerçek veya tüzel kişiler veya bunların mal varlıklarını, hak ve alacaklarını devralan Maliye Bakanlığı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü aleyhine açılan davalar için zorunlu olarak ret; takipler için de zorunlu olarak düşme kararı verilmesi (*675 sayılı KHK m. 16*); kapatılan kurum ve kuruluşların, kapatılmaları nedeniyle tazminat talebinde bulunmalarının yasak olması (*677 sayılı KHK m. 6*); devir işlemlerinin muvazaalı sayılması (bkz., 2.12. no.lu paragraf) nedeniyle açılan davaların zorunlu olarak konusuz kalması (*689 sayılı KHK m. 5(2)*).

2.15. Olağanüstü hal tedbirleri kapsamında görevden çıkarılanların göreve iade edilmeleri durumunda, kamu görevinden çıkarılmaları nedeniyle uğradıkları zararın tazmininin talep edilmesinin yasak olması (*675 sayılı KHK m. 3(3)*; *677 sayılı KHK m. 2(2)*; *679 sayılı KHK m. 3(2)*; *683 sayılı KHK m. 2(2)*; *686 sayılı KHK m. 2(2)*; *688 sayılı KHK m.1(2)*; *689 sayılı KHK m. 2(2)*; *690 sayılı KHK m. 72*; *692 sayılı KHK m. 2(2)*; *693 sayılı KHK m.2(2)*).

2.16. 667 sayılı KHK kapsamındaki (*667 sayılı KHK m. 10*) ve genel olarak olağanüstü hal süresince yayımlanan KHK'lar kapsamındaki karar ve işlemlerin ve TMSF'ye devredilen şirketlerle ilgili kayyımlık, satış ve tasfiye işlemlerinin yürütülmelerinin durdurulmasının yasaklanması (*668 sayılı KHK m. 38*; *691 sayılı KHK m. 5*)

§ 2.14., 2.15. ve 2.16. no.lu paragraflarda belirtilen maddeler için değerlendirme:

Açılan dava ve takiplerin KHK gereği, zorunlu olarak ret veya düşme kararıyla sonuçlanması, hak arama yollarının kapatılması olarak değerlendirilip, zarara yol açtığı ölçüde, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Olağan dönemde var olan tazminat talep etme hakkının kullanımının, olağanüstü dönemde yasaklanması da yine, mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilebilir. Karar ve işlemlerin yürütülmelerinin durdurulmasına karar verilmesinin yasaklanması ise, giderilemeyecek zararlara yol açtığı ölçüde, mülkiyet hakkının ihlali olarak görülebilir.

IV.HAK ARAMA YOLLARI

1.Olağanüstü hal KHK'ları kapsamındaki tedbir ve uygulamalar nedeniyle hakları ihlal edilenlerin, mağduriyetlerini gidermek için başvurabilecekleri iç hukuk yollarının KHK'ların çeşitli hükümleriyle kapatıldıkları, yukarıda III. bölümün 2.14. – 2.16. no.lu paragraflarında belirtilmiştir. Öte yandan, görevden veya meslekten çıkarılanların doğrudan Danıştay'a açtıkları davaların, Danıştay 5. Dairesi'nin görev yönünden reddedilerek, ilk derece idare mahkemelerine gönderildiği; ilk derece idare mahkemelerinin de, olağanüstü hal KHK'larını denetleme yetkilerinin bulunmadığı gerekçesiyle, davaları, incelemeksizin reddettikleri bilinmektedir. Hak arama alanındaki bu çaresizlik karşısında Venedik Komisyonu, 667-676 sayılı olağanüstü hal KHK'larıyla ilgili 12.12.2016 tarihli görüşünde, olağanüstü hal tedbirlerini denetleyen özel ve geçici bir yapı oluşturulmasını önermiştir. Venedik Komisyonu'na göre bu yapı, bağımsız ve tarafsız olmalı, hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğü usul ve biçim uyarınca müdahale edilebileceği (*due process*) temel ilkesine saygı göstermeli ve ihlalden önceki duruma dönüşü ve/veya uygun tazminat ödenmesini sağlayacak yetkiyle donatılmalıdır [61].

[61] Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli görüşünün 220-222. paragrafları.

- **685 sayılı KHK'da kurulması öngörülen *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu* ve başvuruların yapılabileceği tarihler**

2. 23.1.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 685 sayılı olağanüstü hal KHK'sı ile *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu* kurulması öngörülmüştür. Daha sonra, 29.4.2017 ve 22.6.2017 tarihli mükerrer Resmi Gazetelerde yayımlanan 690 ve 691 sayılı ve 25.8.2017 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 694 sayılı olağanüstü hal KHK'larıyla, 685 sayılı KHK'da bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. 12.7.2017 tarihli mükerrer Resmi Gazetede ise, *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonunun Çalışma Usul ve Esaslar*'ı yayımlanmıştır. Olağanüstü hal KHK metinlerini, elektronik ortamda doldurulacak başvuru formunu ve ilgili duyuruları içeren https://ohalkomisyonu.basbakanlik.gov.tr internet sitesinde yayımlanan 1, 3 ve 5 sayılı duyurularda, Komisyon'a başvuruların 17.7.2017 tarihinden itibaren yapılabileceği ve başvuruların yapılmasına 14.9.2017 mesai saati bitiminde son verileceği bildirilmiştir.

Komisyon'un görevi, 685 sayılı KHK'nın 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, doğrudan olağanüstü hal KHK'ları ile meslekten veya görevden çıkarılanların, öğrencilikle ilişiği kesilenlerin, kapatılan kurum ve kuruluşların ve basın-yayın organlarının ve rütbeleri alınan emeklilerin başvurularını inceleyip karara bağlamaktır. Maddenin 2. fıkrası ise, Komisyon'un bir görevinin de, olağanüstü hal KHK'larının doğrudan düzenlediği, gerçek ve tüzel kişilerin hukuki statülerini etkileyen ve 1. fıkra dışında kalan işlemlerle ilgili başvurular hakkında karar vermek olduğunu belirtmektedir. Bu fıkra, 10. maddenin 2. fıkrasında yer alan "*Kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin başvurunun kabulü halinde ilgili* KHK hükümleri, söz konusu kurum ve kuruluş bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte söz konusu KHK'nın *yayımı tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır*" ibaresi ile birlikte okunduğunda, Komisyon'un, kapatılan kurum ve kuruluşlarla ilgili başvuruları da incelemekle görevli olduğu sonucuna varılabilir.

3.Yukarıda belirtilen 2. maddenin 3. fıkrası ise, Komisyon'un görev alanına girmeyen konulara ilişkindir. Buna göre, **(a)** olağanüstü hal KHK'larında *yer alan ilave tedbirler* ve **(b)** *kanun yollarının açık olduğu işlemler* Komisyon'un görev alanına girmez. Olağanüstü hal KHK'larında *yer alan ilave tedbirler*'in neler olduğu açık değildir ve bunların görev alanı dışında tutulmalarının hangi makul nedene dayandığı bilinmemektedir.

Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar'ın 10. maddesinin f) fıkrasında, *ilave tedbirler*'e örnek olarak, silah ruhsatının alınması, pasaportun iptal edilmesi, kamu konutundan veya vakıf lojmanından tahliye edilmek gösterilmiştir.

4.Komisyonun 7 üyesinin 3'ü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından; 1 üyesi Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında veya bağlı kuruluşlarında çalışan hakim ve savcılar arasından Adalet Bakanı tarafından; 1 üyesi mülki idare sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanı tarafından; 2 üyesi Yargıtay ve Danıştay tetkik hakimleri arasından HSYK tarafından belirlenir. Bu oluşumun, Venedik Komisyonu'nun aradığı standartta bağımsız olduğu kuşkuludur. Bağımsızlığı kuşkulu olan bir yapının, tarafsız davranacağı ve hak ve özgürlüklere sadece yasaların öngördüğü usul ve biçim uyarınca müdahale edilebileceği (*due process*) temel ilkesine saygı göstereceği de kuşkuludur. Ayrıca, Komisyon, ihlalden önceki duruma dönüşü ve/veya uygun tazminat ödenmesini sağlayacak yetkiyle de donatılmamıştır.

5.*Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu* henüz herhangi bir karar üretmemiştir (13.11.2017). Buna rağmen AİHM, 672 sayılı olağanüstü hal KHK'sı uyarınca 1.9.2016 tarihinde öğretmenlik görevinden çıkarılan *Gökhan Köksal*'ın başvurusunu, başvuru tarihinden sonra oluşturulan iç hukuk

yolunun (Komisyon) tüketilmemiş olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur [62, 63].

- **Yargı mensuplarının meslekten çıkarılmalarına karşı, 685 sayılı KHK'da öngörülen, Danıştay'da dava açma yolu**

6.685 sayılı KHK'nın 11. maddesi ile Geçici 1. Maddesinde, meslekten çıkarılan yargı mensuplarının 60 gün içinde Danıştay'da dava açabilecekleri belirtilerek, kapalı olan yargı yolu açılmış ve yeni/özel bir iç hukuk yolu yaratılmıştır. Bu noktada AİHM, HSYK kararıyla meslekten çıkarılan, Ankara İş Mahkemesi yargıcı *Kadriye Çatal*'ın, başvuru tarihinden sonra oluşturulan iç hukuk yolunu tüketmemiş olması nedeniyle başvurusunu kabul edilemez bulmuştur[64].

---

62 12.6.2017 tarihli *Köksal / Türkiye* kabul edilemezlik kararı. Bu kararda, aşağıda belirtilen, 10.3.2017 tarihli *Kadriye Çatal / Türkiye* kararında olduğu gibi, AİHM'ye başvuru yapıldığı tarihte mevcut olmayan ve sonradan oluşturulan bir iç hukuk yolunun tüketilmesinin istenmesinin istisnai bir durum olduğuna dikkat çekilmiştir.

63 Tüketilecek iç hukuk yolu, etkin nitelikte olmalıdır. Etkin iç hukuk yolu, başvuru konusu ihlalin giderilmesini sağlayabilecek ve bu yönde makul ölçüde bir beklenti yaratabilecek nitelikte olan bir yoldur (9.4.2015 tarihli *Halil Ceylan / Türkiye* kabul edilemezlik kararı, prg. 22). Etkin olmayan iç hukuk yolunun tüketilmesi gerekmez ancak, bir iç hukuk yolunu, etkin olmadığı gerekçesiyle tüketmekten kaçınabilmek için, sağlam verilere dayanılmalıdır. AİHM, bir iç hukuk yolunun etkin olup olmadığına, söz konusu iç hukuk yolunun işleyişinin ve uygulamalarının, kendi (AİHM) içtihatlarıyla ve koyduğu standartlarla uyum içinde olmasına göre karar verir; bunun için, bir süre, söz konusu iç hukuk yolunun işleyişini ve uygulamalarını izler; bu sürede, söz konusu iç hukuk yolunun tüketilmesini ister. Bu nedenle, başvurucular, bir süre, henüz etkinliği AİHM tarafından belirlenmemiş iç hukuk yollarını tüketmek durumunda kalabilirler. İç hukuk yolunun varlığını ve etkinliğini ileri süren devlet, bunu kanıtlamakla yükümlüdür. AİHM'nin 12.6.2017 tarihli *Köksal / Türkiye* kabul edilemezlik kararında bu hususun altı çizilmiştir.

64 10.3.2017 tarihli Çatal / *Türkiye* kabul edilemezlik kararı. Bu kararda, *Kadriye Çatal*'ın AİHM'ye başvuru yaptığı tarihte mevcut olmayan ve sonradan oluşturulan bir iç hukuk yolunun tüketilmesinin istenmesinin istisnai bir durum olduğuna dikkat çekilmiştir. AYM'nin 15.2.2017 tarihli *Murat Hikmet Çakmakcı* başvuru kararı (kabul edilemezlik kararı) da,

- **685 sayılı KHK'nın öngördüğü *Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu*'nun görevine girmeyen konularda tüketilecek yollar**

7.Bu konularda bilinen olağan iç hukuk yollarının tüketilmesi gerektiğinde tereddüt yoktur.

- **İç hukuk yollarının AİHM kararlarına odaklı olarak tüketilmesi**

8.AİHS'ye taraf olmamız nedeniyle, AİHS'nin ve taraf olduğumuz ek Protokollerin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin ihlaliyle ilgili başvuruları inceleme ve bunlarla ilgili karar verme yetkisine sahip olan AİHM, hukuk sistemimize dahil bir yargı organıdır. Bu yargı organı, AİHS ve ek Protokollerde yer alan hak ve özgürlükleri yorumlar ve standartları belirler. AİHS'nin 46. Maddesi uyarınca, bu yargı organının nihai kararları ilgili devlet açısından bağlayıcıdır ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin denetimi altında yerine getirilir. Buna göre, AİHM'nin kararlarının ilgili devlet açısından bağlayıcılığı ve yerine getirilmek zorunda olması, uluslararası hukuk yükümlülüğüdür. Bu çerçevede, hukukumuzda, tüketilmesi gereken iç hukuk yollarında karar üretilirken, AİHM'nin Türkiye açısından bağlayıcı olan kararlarına aykırı karar vermemeye dikkat edilmesi ve Türkiye açısından bağlayıcı olmayan ancak, emsal oluşturan diğer devletlerle ilgili kararlarının da göz önünde bulundurulması, hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu açıdan bakıldığında, hak arama yolunun sonunda AİHM'nin bulunduğu ve tüketilecek iç hukuk yollarında üretilecek kararların AİHM kararlarıyla örtüşmemesi durumunda, son çare olarak AİHM'ye baş-

685 sayılı KHK ile oluşturulan yeni/özel iç hukuk yolunun tüketilmemiş olmasına dayanmaktadır.

vurulabileceğinin altı çizilebilir. Bu bağlamda, AİHM'ye başvurma hakkının kısıtlanamayacağı ve olağanüstü hallerde askıya alınamayacağı kaydedilmelidir.

9. Yukarıdaki veriler ışığında, ihlallerin iç hukuk yollarında çare bulması yani, giderilmesi gerçekleşmezse, yolun sonunda AİHM'nin bulunduğu düşünülerek, iç hukuk yollarında, AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlükleri yorumlayan AİHM kararıyla örtüşen kararlar üretilmesini istemek gerekmektedir. 685 sayılı olağanüstü hal KHK'sıyla getirilen iç hukuk yolları ve bu yollardan sonra gidilecek yargı yolları da (Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu dahil), bu yaklaşımla tüketilmelidir.

- **AİHS ve ek Protokollerde güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin askıya alınmalarının, AİHM'ye yapılacak başvuruları etkilemesi**

10. AİHM'nin, başvuruları inceleme yetkisinin konu bakımından sınırlandırılabilmesi için, başvurularda dayanılabilecek hak ve özgürlüklerin yukarıda I. Bölümün 2.3.1. no.lu paragrafında açıklanan koşullara (*kesin gereklilik*, *amaçla orantılılık*) uygun biçimde askıya alınmış olması gerekmektedir. Keza, askıya alma bildiriminin kapsamı dışında kalan konularda da bkz., I. Bölümün 2.3.2. no.lu paragrafı), AİHM'nin başvuruları konu bakımından inceleme yetkisinin sınırlandırıldığından söz edilemez.

11. Bu çerçevede, iç hukuk yolları tüketildikten sonra yapılacak AİHM başvurularında (başvuru formlarında), mağduriyete neden olduğu ileri sürülen olağanüstü hal tedbirlerinin, AİHS'nin 15. maddesinde aranan koşullara uyup uymadığı ve Türkiye'nin AK Genel Sekreterine sunduğu 21.7.2016 tarihli askıya alma bildiriminin kapsamına girip girmediği tartışılmalıdır.

V.DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1.Yukarıda III. Bölümde, 667-692 sayılı olağanüstü hal KHK'larının belirtilen maddelerine dayanan uygulamalarının, ilk bakışta ve genel olarak, hukuk güvenliğinin ve geniş anlamda mülkiyet hakkının ihlaline yol açabilecek nitelikte aykırılıklar içerdiği değerlendirilebilir. Ancak, önemli olan, iç hukuktaki idari ve/veya yargısal süreçlerde, olaya özgü değerlendirmelerin yapılması ve varsa, ihlallerin giderilmesi yönünde kararlar alınmasıdır.

2.İç hukuk yollarının kapalı, yetersiz veya etkisiz olmaları nedeniyle, ihlalleri giderecek çözümler üretilememesi durumunda, AİHM'ye başvurmanın son çare olacağı; bunun için,

- AİHM'ye başvurunun ön koşulu olan, mevcut ve yeni oluşturulan iç hukuk yollarının – etkisiz oldukları kendi kararları veya AİHM kararlarıyla belirlenmediği sürece – tüketilmelerinde;

- bu tüketim sürecinde karar üretecek organların, AİHM kararlarına ve standartlarına uyum sağlamaları gerektiğinin hatırlatılıp, istenmesinde;

- AİHM önüne gidildiğinde ise, hak ihlallerine yol açan olağanüstü hal tedbirlerinin, AİHS'nin 15. maddesindeki koşullara uyup uymadığının ve ihlale konu olan uygulamanın askıya alma bildiriminin kapsamına girip girmediğinin tartışılmasında

yarar görülmektedir.

KAYNAKÇA

Ulusal mevzuat

Anayasa

2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu

667 – 688 sayılı olağanüstü hal KHK'ları

İç hukuk yargı kararları

Anayasa Mahkemesi kararları

Uluslararası belgeler

Birleşmiş Milletler belgeleri

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 4. maddesi uyarınca 21.7.2016 tarihli yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma bildirimi

BM İnsan Hakları Komitesi'nin yükümlülüklerden ayrılan tedbirlere ilişkin 29 no.lu Genel Yorumu

BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri

Avrupa Konseyi belgeleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi uyarınca 21.7.2016 tarihli askıya alma bildirimi ve ekleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 no.lu Protokol ve çekince metni

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7 no.lu Protokol

Avrupa Sosyal Şartı

Gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 7.10.2016 tarihli memorandumu

Venedik Komisyonu'nun 667 - 676 sayılı olağanüstü hal KHK'larına ilişkin 12.12.2016 tarihli görüşü

Uluslararası yargı kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları

Bilimsel makale

Erdoğan, Gülnur; Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, Eylül-Ekim 2008

K ı s a l t m a l a r (alfabetik sırayla)

AK : Avrupa Konseyi
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM : Anayasa Mahkemesi
bkz. : Bakınız
EGM : Emniyet Genel Müdürlüğü
ILO : International Labour Organization
karş. : Karşılaştırınız
m. : Madde
MGK : Milli Güvenlik Kurulu
MSB : Milli Savunma Bakanlığı
OHAL : Olağanüstü hal
RG : Resmi Gazete
TCK : Türk Ceza Kanunu
TMSF : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri
UÇÖ : Uluslararası Çalışma Örgütü

CEZA YARGILAMASINDA OHAL UYGULAMALARI

ÖZGÜRLÜK VE HUKUK GÜVENLİĞİ ÇALIŞMA GRUBU

Av. Hikmet DELEBE
Çalışma Grubu Başkanı

Av. Burcu ÖZTOPRAK ALSULU
Çalışma Grubu Üyesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN
Çalışma Grubu Üyesi

Av. Rovshana BAKHRAMLI
Çalışma Grubu Üyesi

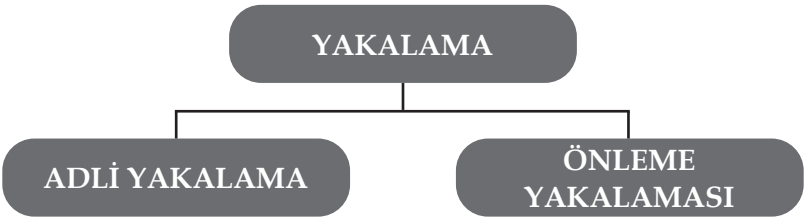
Av. Servet DANIŞ
Çalışma Grubu Üyesi

Av. İpek SÖNMEZ
Çalışma Grubu Üyesi

I- YAKALAMA

Yakalama kamu güvenliğine, kamu düzenine veya kişinin vücut veya hayatına yönelik var olan bir tehlikenin giderilmesi için denetim altına alınması gereken veya suç işlediği yönünde hakkında kuvvetli iz, eser, emare ve delil bulunan kişinin gözaltına veya muhafaza altına alma işlemlerinden önce özgürlüğünün geçici olarak ve fiilen kısıtlanarak denetim altına alınmasını ifade eder.

1. YAKALAMA TÜRLERİ



1. 1. ADLİ YAKALAMA

Tutuklamanın mümkün kılınması ve Ceza Muhakemesinin yapılabilmesi veya kesin hapis hükmünün infazının sağlanması gayesi ile hakkında henüz tutuklama kararı verilmeden önce, sanığın kişi hürriyetinin kaldırılmasına, "adli yakalama" denir. Kısaca suç işlendikten sonra yapılan yakalamadır. Hakim kararı bulunmamasına rağmen suç işleme şüphesiyle bir kimsenin özgürlüğünün kısıtlanmasıdır. Yakalama yetkisinin doğması için; kuvvetli suç işleme şüphesinin varlığını gösteren olayların, kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığı yani "kuvvetli belirti" mevcut bulunması gerekmektedir.

Yakalanan kimse gecikmeden hakim huzuruna çıkarılır. Tutuklama kararı verilirse yakalama tedbiri sona erecek ve tutuklama tedbiri başlayacaktır**.** Hakim tutuklama kararı vermezse, yakalanan kimse serbest bırakılır, yani yakalama tedbiri yine sona erer.

1.1.1) Adli Yakalama Türleri

- **Herkes Tarafından Yapılabilen Yakalama**
- **Kolluk Görevlilerince Yapılabilen Yakalama**

Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta şudur: Şikayete tabi suçlarda, şikayet yoksa yakalama yapılamaz. Ancak çocuklara, beden veya akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz bulunanlara karşı işlenen suçüstü hallerinde, kişinin yakalanması şikayete bağlı değildir.

Yakalama türlerini biraz açarsak: öncelikle, yakalamanın suç haberinin alınması üzerine ilk işlem olarak uygulanamayacağı görülür. Sadece suçüstü hallerde ilk işlem olarak yapılabilir.

Yasal düzenlemeler göz önünde tutulduğunda Adli Yakalamanın:

a- Suçüstü halinde yakalama,

b- Tutuklama kararı verilebilen ve gecikmesinde sakınca olan hallerde kolluğun RE'SEN yakalaması,

c- Kimlik Tespiti Amaçlı yakalama,

d- Herkesin Yakalayabilmesi,

e- Yakalama Emrine CMK 98 veya tutuklama Kararına dayanan tutma,

f- Kesinleşmiş Hapis Cezasının veya Güvenlik Tedbirinin İnfazı için

g- Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen Yakalama Emrine dayanan gibi türleri olduğu görülür.

1.1.2) Yakalama Emri

Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya kendisine çağrı yapılamayan şüpheli hakkında Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Tutuklama talebinin reddi kararına itiraz edilmesi üzerine bu itiraza bakmakla görevli mercii de yakalama emri düzenleyebilir.

Kişinin açık eşkali, biliniyorsa kimliği, yüklenen suç ile yakalandığında nereye gönderileceği yakalama emrinde gösterilmelidir.

Kovuşturma evresinde sadece "kaçak" kişiler hakkında yakalama emri düzenlenebilir. Hakkındaki kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurt içinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişilere de kaçak denir.

Mahkeme yakalama emri ile sanığın getirilmesine her zaman karar verebilir. Davetiyeye rağmen sanık gelmediğinde ya da kendisine ulaşılamadığında, yani sanık kaçak durumda olduğunda, Mahkeme sanığın ifadesinin temini için sanık hakkında yakalama emri çıkarabilecektir.

1.2) ÖNLEME YAKALAMASI

Genel sağlığın korunması için gerekli olan hallerde, suç işlenmiş olmasa bile, jandarma veya polis, "muhafaza altına alma" gibi, kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı nitelikte tedbirler alabilir. Görüldüğü gibi, jandarma veya polisin idari görevleri arasında, toplumu tehdit eden tehlikeleri önleme amacı ile bireylerin özgürlüklerini kısıtlama yetkisi de vardır.

Kollukça önleme görevi içinde başvurduğu tedbir olarak muhafaza altına alınan ve bu şekilde özgürlüğü kısıtlanan kişiye, geciktirilmeksizin muhafaza altına alınmasının nedeni açıklanmalıdır. Muhafaza altına alınan kişiye; bunun sebebi, yakalamaya itiraz etme hakkı ve bu hakkı nasıl kullanacağı açıklanır. Bu haldeki kişiye bir yakınına veya güvendiği bir kişiye haber vermek zorunluluğu vardır. Özgürlüğü kısıtlanan kişi bu hakkı kullanacak durumda değilse veya küçük ise, veli, vasi veya ilgilisine; yabancı ise, Konsolosluğuna haber verilmelidir.

Kolluğun önleme amaçlı muhafaza altına alma yetkisi, çok yakın bir tehlikenin önlenmesi amacıyla yapıldığından, işlem öncesinde hakimden karar almak için vakit yoktur. Bu yetki

her memur tarafından kullanılabilen, yani özel bir emre ihtiyaç göstermeyen bir yetkidir. Ancak, bu şekilde muhafaza altına alınan kişinin bu durumunun kısa sürmeyeceği anlaşılırsa, kolluğun GECİKMEKSİZİN özgürlük kısıtlamasının hukuka uygunluğu ve devamı konusunda hakimden bir karar alma zorunluluğu vardır.

1.3) YAKALAMA SIRASINDA KOLLUK MEMURUNUN UYMASI GEREKEN KURALLAR

Yakalanan kişinin zarar vermesini önleyecek yoklama, silah denetimi yapmak gibi işlemleri gerçekleştirmelidir.

Yakalanan kişiye kanuni hakları kolluk tarafından derhal bildirilmelidir.

Kişiye yakalama sebebi söylenmelidir.

Yakalanan kişiye ancak belirli koşullar oluştuğunda kelepçe takılabilir. Çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz, ancak kolluk gerekli başka önlemleri alır.

Yakalanan Kişiye Bildirilecek Hususlar Ve Hakları:

1) Haklarını öğrenme hakkı

2) İsnat edilen fiilin bildirilmesi

3) Susma hakkının bildirilmesi

4) Müdafiin hukuki yardımından yararlanma

5) Yakalanın durumunun yakınlarına veya belirlediği kişiye bildirilmesi

6) Yakalanan kişi, hemen C. savcısına bilgi verilerek ve zorunlu yol süresi (bu süre CMK 91/1-3 üncü cümle gereği 12 saatten fazla olamaz) hariç, yakalama anından itibaren EN GEÇ 24 Saat içerisinde hakim önüne çıkarılmalıdır. Toplu suçlarda, birer gün olmak üzere dört güne kadar uzatılabilir.

7) Yakalama ve gözaltı süresinin uzatılması işlemlerinin hukuka aykırı konusunda hakime başvurma hakkı

8) İfade verme hakkı

9) Sorgu hakkı 10) Serbest bırakıldıktan sonra (aynı suç isnadından ötürü) tekrar yakalanmama hakkı 11) Tazminat hakkı 12) Bireysel başvuru hakkı

2. YAKALAMANIN ŞARTLARI

2.1) Herkes tarafından yakalama yapılabilmesinin şartları; Failin suçüstü halinde yakalanması ve şikayet şartının gerçekleşmiş olmasıdır. Şikâyete tabi suçlarda yakalamanın yapılabilmesi için şikâyet şartının gerçekleşmiş olması gerekir. Çocuklara, beden ve akıl hastalığı, malullük veya güçsüzlükleri nedeniyle kendilerini idareden aciz olanlara karşı işlenmişse şikâyet şartı aranmaz.

2.2) Cumhuriyet Savcısı ve Kolluğun yakalama yetkisi;

Kolluğun yakalama yetkisi;

-Tutuklama kararı veya yakalama emri verilmesini gerektiren bir durum olmalıdır.

-Gecikmesinde sakınca olmalıdır.

-Cumhuriyet savcısına veya amirine derhal başvurma imkânı olmamalıdır.

-Şikâyet şartı gerçekleşmiş olmalıdır.

Savcının yakalama yetkisi;

- Kolluk görevlilerinin yakalama yapabildiği hallerde aynı yetkinin soruşturmanın sahibi olan savcıya da tanınması gerekir. Tutuklama kararı veya yakalama emri verilmesi gereken durumlarda savcının, hakim kararını beklemesi şüphelinin yakalanmasını imkansız hale getirecekse, savcı kolluğa yakalama yapmasını emredebilir.

II- AİHS 5. MADDE KAPSAMINDA GÖZALTI (İÇ GÜVENLİK PAKETİ BAĞLAMINDA)

Kişi hürriyeti ve güvenliği kavramları, birbirlerini tamamlayan kavramlardır. Kişi güvenliği, kamu otoriteleri tarafından yapılacak keyfî müdahaleleri önlemek anlamında, kişi hürriyetini korumaktadır.[1]

Kişilerin özgürlük ve güvenlik hakları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. Maddesi ile güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 5. Maddesinde, yine aynı maddede sayılan istisnalar dışında herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Madde metnine göre;

"*1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

---

[1] Ünal, Şeref, İnsan Hakları Sözleşmesi-İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları No:89, http://acikerisim.tbmm.gov.tr:8080/xmlui/handle/11543/2032?locale-attribute=en, erişim tarihi: 23.10.2017

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişlerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

Madde ile devlet tarafından kişilerin karakolda, cezaevinde veya herhangi bir yerde alıkonularak özgürlüğünden yoksun bırakılması düzenlenmekte ve bu tür kısıtlamaların denetleneceği belirtilmektedir. Uygulanacak kısıtlamalar iç hukukun öngördüğü usuller çerçevesinde ve yetkili organların kararı ile uygulanmalı, keyfi olmamalıdır. Öte yandan, iç hukuk kurallarının da AİHS hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir.

AİHS 5'e paralel olarak Anayasa'nın Kişi Hürriyeti ve Güvenliği başlıklı 19. Maddesinde özgürlükten yoksun bırakma hallerine ilişkin olarak hukuk sistemimizdeki temel dayanak düzenlenmiştir.

MADDE 19. *– Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*

Şekil *ve şartları kanunda gösterilen:*

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde *veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.*

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir.

Kişi özgürlüğü ile yakın ilişkisi olması nedeni ile Anayasa'nın 19. Maddesinde yakalamanın hangi hallerde yapılabileceği detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna paralel olarak yakalama CMK'nın 90. Maddesinde, gözaltına alma ise CMK 91 ve PVSK 13 maddelerinde düzenlenmiştir. Gerek yakalama ve gerekse gözaltına alma tedbirinin uygulanabilmesi için hakim ya da mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 19. Ve CMK'nın 90. Maddesine göre yakalama suç işleme kuşkusu bulunan bir kimsenin hakim kararı olmaksızın geçici olarak özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin koruma tedbiridir. Kolluk tarafından yakalama işlemi derhal cumhuriyet savcısına bildirilir ve cumhuriyet savcılığınca yakalanan kişi serbest bırakılmazsa gözaltına alınır. Gözaltına alma ise soruşturma bakımından zorunlu olması ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı halinde yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla kişinin özgürlüğünün geçici süre kısıtlanmasıdır.

27.03.2015 günü yasalaşan ve kamuoyunda "İç Güvenlik Paketi" olarak bilinen 6638 sayılı Polis Vazife Ve Salahiyet Kanunu, Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun doktrinde önleyici gözaltı ve önleme tutuklaması olarak bilinen kurumları hukuk sistemimize dahil etmiştir. Yapılan değişiklikten önce suç işleneceği şüphesi ile kişilerin suç işlenmesinden önce tutulmasını ve özgürlüğünden yoksun bırakılmasını temin edecek bir yetki hiçbir kamu otoritesine verilmemiş idi. Toplumsal olayları önleme ve bastırmada yetersiz görülen kolluğun yetkilerinin kanun değişikliği yapılarak yetkilerinin genişletilmesi ile toplumsal düzenin sağlanabileceği siyasi iktidar tarafından öne sürülmüştür ve yasa değişikliği yoluna gidilmiştir.

6638 sayılı yasa ile koruma tedbirinin uygulama alanı genişletilmiş ve suçüstü halleriyle sınırlı olmak kaydıyla; kişiler hakkında bir takım suçlarda mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verme yetkisi tanınmıştır. İşbu düzenleme CMK ile çelişmektedir. Yapılan düzenleme ile mülki amir tarafından belirlenecek kolluk amiri cumhuriyet savcısına haber vermeksizin kişilere koruma tedbiri uygulayabilecek ve toplu suçlarda 48 saate kadar gözaltına alabilecektir. Düzenleme ile aynı zamanda cumhuriyet savcısının yetkisi kısıtlanmış, yürütme tarafından belirlenen kolluğun yetkisi genişletilmiştir. Ayrıca kolluk amiri tarafından verilen gözaltı kararına karşı bir denetim mekanizması da yoktur. Cumhuriyet savcısının da aslında emri altında bulunan kolluk amirinin bu kararına müdahale edip edemeyeceği konusunda düzenlemede bir açıklık bulunmamaktadır. 6638 sayılı kanun ile getirilen "toplumsal olaylar sırasında işlenen cebir ve şiddet içeren suçlar" ifadesindeki *toplumsal olaylar* teriminin ne olduğu belirsizdir. Bu ifadeyi yorumlamak ve uygulamak kolluk amirine bırakılmıştır. Dolayısıyla yapılan

düzenleme Anayasa'da da ifadesini bulan suçta ve cezada kanunilik ilkesine de aykırıdır.

III- TUTUKLAMA

1) Genel Olarak

Tutuklama, suç işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunan kişilerin, kesin hükümden önce, yargıç veya mahkeme kararı ile özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Tutuklama bir *"ceza"* değil Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ***"koruma tedbirleri"*** başlığı altında düzenlenmiş bir önlemdir. Koruma tedbirleri içerisinde "tutuklama", özelliği itibariyle, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale açısından en ağır olanıdır. Bu tedbirin amaçlarının başında şüpheli veya sanığın delilleri karartması ve/veya kaçma tehlikesini önlemek gelmektedir.[2] Tutuklama nedenleri ve tutuklamaya ilişkin usul hükümleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, oldukça açık ve ayrıntılı biçimde gösterilmiştir. Kanun'da belirtilen tutuklanma nedenlerinin geniş ve özensiz biçimde yorumlanması ile tutuklama kararının kolayca verilmesi ve uzayıp giden tutukluluk süreleri, peşin verilmiş bir ceza gibi sonuç doğurmaktadır. Özellikle uygulamada, tutuklamayı "olası mahkûmiyet kararının infazını sağlama"nın aracı olarak gören anlayış egemendir.

Asıl olan tutuksuz yargılamadır. Yasal düzenlemelerdeki (AY m. 19, CMK m.100) 'tutuklanabilir' ifadesinden de anlaşılacağı üzere; yargıç veya mahkeme, koşulları oluşsa bile tutuklama kararı vermek zorunda değildir. Kanun koyucu burada tutuklamayı hakimin takdirine bırakmıştır.

Tutuklu sayısının ve oranının fazlalığı ile uzayan tutukluluk süreleri; tutukluluk konusunda hukuk devleti açısından gelişmiş olan ülkeler karşısında Türkiye'nin durumunun çok

---

[2] TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ İNSAN HAKLARI RAPORU. Nisan 2013 (TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ)

olumsuz bir tablo oluşturduğunu göstermektedir. Yargıçlarımız, tutukluluk kararlarını ve tutukluluk halinin devamına ilişkin kararları, çok kolay verir görünmektedir. Bu yüzden, özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilmiş düzenlemeler karşısında bir *"ayrıksılık"* (istisna) olması gereken tutukluluk *"kural"* haline gelmiş; tutuksuz yargılanma ise ayrıksılık (istisna) olmuş gibidir. Tutuklamadan beklenen amaçların, CMK'da ***"adlî kontrol"*** olarak adlandırılmış uygulamalarla sağlanabileceği durumlarda, tutuklamada ısrar edilmesini hukuk içinde açıklamaya olanak yoktur.[3] **'Adli Kontrol'**, tutuklama gibi kişinin özgürlüğünü kısıtlayan çok ağır koruma tedbirinin öncesinde uygulanan ve kişinin 'kaçmasını', 'delil karartmasını' engelleyerek, tutuklama yolunu öncelikle kapatan, koruma tedbiridir. (CMK m.109)

Diğer yandan hakkında adli süreç yürüyen bir bireyin suçluluğu yargı kararıyla kesinleşmedikçe **"suçsuzluk karinesi"** güvencesinden yararlanması gerekmektedir (AİHS m. 6/2; AY m. 36, 38/4). Bu nedenle geçici nitelikli olan tutuklama tedbirinin infazın sonuna dek sürdürülmesi, tutuklamayı mahkumiyetle özdeş kıldığından suçsuzluk karinesine aykırı düşmektedir. [4]

'Orantılılık (ölçülülük) ilkesi', araçla amaç arasında ölçüsüzlük bulunmamasını gerektirmektedir. Bu kapsamda daha hafif bir tedbirle beklenen amaca ulaşmanın olanaklı olması durumunda daha ağırına başvurmak orantılılık ilkesine uygun düşmemektedir. Yargı organları koruma tedbirlerinin seçiminde olduğu gibi, tedbir amacına ulaştığında tedbire son verme konusunda da orantılılık ilkesi ile bağlıdırlar.[5]

---

3 Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi – TUTUKLAMA RAPORU. 5 Ocak 2011. (TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ)

4 AİHM, Wernhoff/ Almanya

5 TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ İNSAN HAKLARI MERKEZİ İNSAN HAKLARI RAPORU. Nisan 2013 (TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ)

2) Tutuklamanın Amacı

Tutuklama, yasaya göre "hakkında son karar verilmemiş, ancak kuvvetli suç şüphesi bulunan kişinin yargıç kararı ile özgürlüğünün geçici olarak sınırlandırılması" dır. Koruma tedbirleri içerisinde "tutuklama", özelliği itibariyle, kişi hak ve özgürlüklerine müdahale açısından en ağır olanıdır ve çerçevesi Anayasa (m. 19), AİHS (m. 5), CMK(m. 100 ve davamı) hükümleriyle çizilmiştir.

Bu tedbir özünde, suç işlendiği iddiasıyla başlayan süreçte, yargılamanın hukuk kurallarına uygun yapılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaçların başında da şüpheli veya sanığın delilleri karartması ve/veya kaçma tehlikesini önlemek gelmektedir. "Suçun ağırlığı nedeniyle mahkumiyet kararlarının infaz edilebilmesi" ya da "yargılama masraflarının karşılanması" amaçları, tutuklamanın asıl değil, istisnai nitelikte amaçlarıdır.

Uygulama sorunlarının kaynağında, tutuklamada amacı "olası mahkûmiyet kararının infazını sağlama" olarak gören anlayış yatmaktadır. Bu anlayış öz itibariyle, AİHS m. 5/3'de düzenlenen "tutuklu kişinin usulünce makul sürede serbest bırakılma hakkı" ile çelişmektedir.

AİHM'ye göre, bu hak karşısında, olası cezanın ağırlığının da mutlak bir önemi bulunmamaktadır.[6]

Geçici nitelikli bu koruma tedbirinin infazın sonuna dek sürdürülmesi, tutuklama ve mahkumiyet kararlarını özdeş kıldığından aynı zamanda suçsuzluk karinesine aykırıdır.[7]

3) Uluslararası Hukukta Tutuklama Koşulları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uyarınca (m. 5/1), tutuklama kararında aradığı iki temel koşul vardır: i) İç hukuka uy-

6 AİHM, Mansur/Türkiye.
7 AİHM, Wernhoff/Almanya.

gunluk (Sözleşmeyle uyumlu olması gereken), ii) Suç işlendiğinden duyulan 'makul şüphe'.

AİHS m. 5/1-c tutuklama için "kişinin suç işlediği hakkında geçerli şüphenin varlığını, suçun işlenmesinin önlenmesi ya da suçlunun kaçmasının engellenmesi zorunluluğu inancını doğuran makul nedenlerin varlığını" gerekli görmektedir.

Sözleşme'de, ilk tutuklama kararı için ayrıca örneğin, 'kaçma tehlikesi, delilleri yok etme tehlikesi' gibi risk koşulunun varlığı öngörülmemiştir. Risk koşulu, iç hukukta öngörülmekte, bu hükümler ulusal mahkemeler tarafından uygulanmakta veya uygulanmamakta, AİHM önüne gelen olayda, iç hukuk yoluyla gerçekten böyle bir risk bulunup bulunmadığını incelemektedir.

3.1) Hukuka Uygunluk Koşulu

AİHM, Sözleşme'nin (m. 5/ 1) fıkrasındaki *'hukuka uygun'* ve '*hukukun öngördüğü usule uygun olarak'* deyimlerinin ulusal hukuka gönderme yaptığını ve iç hukuktaki maddi ve usul hükümlerine uyma yükümlülüğünü belirttiğini kaydetmiştir.[8]

Bir tutuklamanın iç hukuka uygun olması için, kişinin işlediği iddia edilen fiillerin bir suç oluşturması gerekir. Kişi hakkında iddia edilen fiiller iç hukuka göre bir suç oluşturmadığı halde Ceza Kanunundaki suçlardan birine atıf yapılarak verilen tutuklama kararı, Sözleşme'nin (m. 5/1) fıkrasındaki hukuka uygunluk koşulunu ihlal edecektir.[9]

3.2) Makul Kuşku/Şüphe Koşulu

Sözleşme'nin (m. 5/ 1- c) bendi, yakalama/gözaltı ve tutuklama için ayrı kuşku koşulları değil, kişinin *'suç işlediğinden makul kuşku duyulması'* koşulunu getirmiştir.

---

8 AİHM, Assenov/Bulgaristan.
9 AİHM, Lukanov/Bulgaristan.

AİHM, *"makul kuşku"* deyiminden ne anladığını açıklamıştır: Makul kuşkuya sahip olmak, objektif bir gözlemciyi söz konusu kimsenin suç işlemiş olabileceği konusunda ikna edebilecek maddi olayların veya bilgilerin varlığını gerektirmektedir. Bununla birlikte neyin *"makul kuşku"* oluşturduğu, olayın içinde bulunduğu koşullara göre belirlenecektir.[10]

3.3) Uluslararası Belgeler

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı uyarınca, adli makamlar, tutuklama kararı verilip verilmeyeceğini araştırırken, her davanın koşulları ve özellikle duruma göre; i) İsnat edilen suçun niteliğini ve ağırlığını, ii) Belirtilerin önemi ve sanık aleyhindeki karinelerin kuvvetini, iii) Sanığın kişiliğini, adli geçmişini, kişisel ve sosyal durumunu ve özellikle toplumsal bağlarını, iv) Kişinin davranışını, özellikle önceki ceza yargılaması sırasında kendisine yüklenmiş olan ödevlere riayetini göz önünde tutmaları gerekmektedir. (İlke 5)

Birleşmiş Milletler (BM) Savcıların Rolüne Dair Yönerge uyarınca, "Savcılar, ulusal hukuka uygun olarak ve sanıkların ve mağdurların haklarına bütünüyle saygı göstererek, devletlerin tutuklamanın aşırı kullanılmasından ve ayrıca hapisliğin olumsuz sonuçlarından kaçınmak için değişik usulleri kabul etme imkânını araştırırlar".

4) İç Hukukta Tutuklama Koşulları

Anayasanın m. 19/4 düzenlemesinde tutuklama koşulları şu şekilde gösterilmiştir: "*Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.*"

---

[10] AİHM, Fox, Campbell, Hartley/İngiltere; Murray/İngiltere; O'Hara/İngiltere.

Dolayısıyla Anayasa göre hâkimin vereceği tutuklamaya ilişkin bir karar için iki temel koşul bulunmaktadır: Kişinin i) suçluluğu hakkında 'kuvvetli belirti' (şüphe koşulu), ii) kaçmasını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacı veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan diğer hallerden birinin varlığı (risk koşulu).

Maddi Koşullar

(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut kanıtların bulunması;

(2) Bir tutuklama nedeninin bulunması;

-Kaçma şüphesi

-Kanıtları karartma şüphesi

-Katalog suçların işlendiği şüphesi

(3)Ölçülülük ilkesine uyulması ve yasak bulunmaması;

Aşağıdaki durumlarda tutuklama kararı verilemez:

-İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması

-Suçun karşılığının yalnızca adli para cezası olması

-Hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlar

-Mahkemenin gaip veya kaçak olan sanık hakkında, duruşmaya gelmesi durumunda tutuklanmayacağı hususunda bir güvence belgesi vermiş olması

Biçimsel Koşullar

(1) Yargıç (sulh ceza hakimliği) ya da mahkeme kararı

(2) Şüpheli veya sanığın huzurda bulunması

(3) Müdafiinin sorguda bulunması

(4) Ceza muhakemesi koşullarının gerçekleşmesi

(5) Gerekçe gösterilmesi – Gerekçede; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerini ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren kanıtlar, somut olgularla ilişkilendirilerek açıklanmalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında;

TUTUKLAMA KARARI VERİLEMEYECEK HALLER öncelikle şunlardır: a) Düzenlemeye göre öncelikle "orantılılık ilkesi" uyarınca "işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması" (m. 100/1), b) Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı bir yıldan fazla olmayan suçlar (m. 100/4).

TUTUKLAMA KARARI VERİLEBİLECEK HALLER şunlardır: Şüpheli veya sanık hakkında "kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması" (m. 100/1),

Bir **TUTUKLAMA NEDENİNİN VARSAYILABİLECEĞİ HALLER** ise şunlardır: Şüpheli veya sanığın "kaçması veya kaçması şüphesini uyandıracak somut olguların varlığı" veya "delillerin karartılacağı" konularında kuvvetli şüphe halleri (m. 100/2), Düzenlemede madde olarak sayılan suçların (katalog suçlar) işlendiği hususunda kuvvetli şüphe halleri (m. 100/3).

5) Katalog Suç Koşulu

Yasada ayrı ayrı düzenlemiş olmasından anlaşıldığına göre *'risk koşulu'* ile *'katalog suç koşulu'* birbirinden bağımsızdır. Bir tutuklama kararında hem 'risk koşulu'nun ve hem de 'katalog suç koşulu'nun bulunması gerekmez. Kuvvetli suç şüphesi koşulu ile birlikte, risk veya katalog suç koşullarından birinin bulunması, tutuklama kararı için yeterlidir.

Ne var ki, risk koşulunun aranmadığı katalog suçların söz konusu olduğu bir tutuklama kararında üç sorun ortaya çıkmaktadır:

Birinci sorun, bu tür bir tutuklamanın *Anayasa'ya ve Sözleşme'ye uygunluğu* sorunudur.

İkinci sorun, katalog suçlarda tutuklama şartlarını *ispat külfeti* sorunudur.

Üçüncü sorun, bu tür bir tutuklama bakımından *gerekçe gösterme* sorunudur.

6) Uygulama

"Vakıaların ya da hal ve davranışların varlığını" tutuklama için yeterli gören önceki CMUK düzenlemesine göre yeni CMK (m. 100) ve devamındaki düzenlemelerin *"kuvvetli şüphe nedenleri, somut olgulara"* ilişkin ölçütleri kuşkusuz daha güvencelidir, ancak bu farklılık uygulamaya yansımamıştır.

Yasal altyapının tüm olanaklarına ve hatta emredici hükümlerin varlığına karşın, özellikle CMK m. 100/3 düzenlenen *"katalog suçlar"* yönünden uygulamaya, tutuklamanın *"seçimliği"* değil, *"zorunluluğu"* anlayışı egemendir.

Geçmişte olduğu gibi bugün de kimi suçlarda (eski yasada asgari yedi yıl hapis gerektiren suçlar, yeni CMK m. 100/3'teki katalog suçlar) *"kaçma ve delilleri karartma"* ölçütü göz önüne alınmaksızın tutuklama uygulaması yaygın olarak sürdürülmektedir. Salt sevk maddesinin katalog suçlar (CMK m. 100/3-7) arasında yer alıyor olması, yargıçlar ve mahkemeler tarafından *"varsayılabilir tutuklama nedeni"* olmanın ötesinde, başlı başına geçerli ve mutlak tutuklama nedeni olarak kabul edilmekte; isnat edilen suçla ilgili olarak somut, ölçütleri özgül olaya uygulayan bir irdeleme yapılmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi uygulamada katalog suçlar yönünden de görmezden gelinmekte, yasağa karşın yaygın olarak ölçüden yoksun ve otomatik tutuklama kararları verilmektedir.

Uygulamada sıklıkla, yasal gereklilikler dışında, *"halkın adalet hislerini tatmin"* saikli (halkın, sanığın serbest bırakılmasını anlamaması, tutuklanmasını istemesi gibi) tutuklama örneklerine rastlanmaktadır. Yine yargılamaların erken aşamasında, mağdurun ve toplumun tatmini saikiyle, *"olası cezaya mahsuben peşin ceza"* niteliğindeki tutuklama uygulamaları, ceza adaletindeki tatminsizlik ve gecikmelerden kaynaklanan, toplumda mevcut olan, tutuklamayı ceza gibi görme eğilimini desteklemektedir.

6.1) Gizlilik Kararı

CMK m. 153/2'ye göre, *"Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir"*. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, "*Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanakları hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanmaz*".

TMK m. 10/d düzenlemesinde, CMK m.153/3'de öngörülen istisnaya da yer verilmeyerek bu kısıtlama terör suçları yönünden daha da genişletilmiştir: "*Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir."*

Hemen hemen tüm örgüt suçu kapsamındaki soruşturmalarda istenen *"kısıtlama kararı"* özel yetkili mahkemelerce doğrudan kabul edilmekte; genel kuralın aksine *"kısıtlama"* kural, *"savunmanın dosyayı inceleme yetkisi"* istisna haline gelmektedir. Özellikle sanıkların tutuklu yargılandığı davalarda dosya-

lara getirilen kısıtlama kararı Anayasanın ve AİHS *"adil yargılanma"* hakkına bu yönden de aykırılık oluşturmaktadır.

Tutuklama kararlı dosyalardaki gizliliğin devam etmesi, tutuklamaya itiraz yönünden de sorun oluşturmaktadır. Gözaltı ve tutuklamaya sevk aşamalarında dayanak delilleri, örneğin telefon konuşma kayıtlarını veya silahı ya da aleyhine verilen ifadeyi görmeyen şüphelinin savunma hakkı kısıtlanmış olmaktadır.

6.2) Gizli Tanıklık

"Gizli tanıklığı" düzenleyen Tanık Koruma Kanunu'nun amacı, "*ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya bu kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*" tir (m. 1).

Ulusal hukuk bakımından *"tanık"* olarak görülse de dinlenen gizli tanıkların anlatımlarının yerel mahkemenin önüne geldiği ve değerlendirmeye esas alındığı hallerde sanığa, aleyhindeki anlatımlara karşı itiraz etme olanağı tanınmalıdır.[11] Bunun nedeni gizli tanık anlatımlarının sanık ve savunmanının yokluğunda alınması halinde, bu tanıkların beyanlarının kasten uydurulmuş, önyargılı, husumete dayalı veya güvenilmez özelliklere sahip olduklarının kanıtlanamayacak olmasıdır. Ayrıca bu durumda mahkemede kimlikleri bilinmeyen gizli tanıkların sorular karşısında hal ve tavırlarının gözlemlenmesi ve böylece güvenilirlikleri hakkında izlenim oluşması da önlenmiş olmaktadır.

Yakın geçmişteki uygulama örneklerinde, gizli tanıklığın yasal amacından uzaklaştığı görülmektedir. Temel olarak gizli tanıklığa dayandırılan, soruşturma/ kovuşturma süreçlerinde

---

[11] AİHM, Kostovski/Hollanda, Windisch/Avusturya.

verilen tutuklama kararları savunmanın kısıtlanması yönünden, silahların eşitliğine ve adil yargılanma hakkına aykırıdır.

7) Savunma Hakkı ve Mesleği

AKBK Tavsiye Kararı'na göre,[12] "*avukatların, bağımsızlık ve teminat güvencesiyle, herhangi bir neden veya yolla, dolaylı veya dolaysız müdahale, tehdit, baskı, teşvik etki ve sınırlama olmaksızın meslekî görevlerini yerine getirmeleri, adaletin yerine getirilmesi için bir ihtiyaç*" olarak kabul edilmelidir. Tavsiye'ye göre hükümetlerin, "*barolar veya diğer meslekî avukat birliklerinin, üyelerini uygunsuz sınırlamalara veya haksız ihlallere karşı korumalarına, bağımsızlıklarını savunmalarına saygı göstermeleri*" gerekmektedir. Yine avukatlık meslek kuruluşlarının "*bir avukatın tutuklanması veya hapsedilmesi halinde savunma yapan avukatların menfaatlerini de korumayı içerir şekilde gerekli faaliyetleri yerine getirmeleri*" gerekmektedir.

Uluslararası ve iç hukuktaki ilkelere ve düzenlemelere karşın uygulamada, özellikle özel yetkiyle yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, avukatların mesleki görevlerini yürütmeleri nedeniyle ve hatta bizzat görev yaptıkları soruşturma ya da davalarla ilgili olarak haklarında özel yasal düzenlemelere uymayan (Av K. M. 58) koruma tedbirleri uygulanmaktadır: Avukatların, büroları ve evleri baro temsilcilerinin yokluğunda, avukatlara ilişkin özel yasa hükümlerine aykırı olarak aranmakta (CMK m. 130); gözaltına alınma yoluyla ifade alma yasal koşulları olmadan gerçekleştirilmekte (CMK m. 145) ve avukatlar tutuklanmaktadırlar.

8) Sonuç

Tutuklama uygulamasında yaşanan büyük sorunların nedenleri yasal düzenlemelerden çok uygulayıcılardan kaynaklan-

[12] Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, Avukatlık Mesleğinin Serbestçe İfa Edilmesine İlişkin Rec (2000) 21 sayılı Tavsiye Kararı.

maktadır. Uygulayıcıların Anayasa, AİHS ve CMK'ya uygun davranmaları durumunda, yaşanmakta olan sorunlar tümüyle ortadan kalkmasa da, en aza indirilebilecektir.

Yaşanan olayların, teftiş endişeleri ile tutuklayan değil, serbest bırakan yargıcın sorun yaşayacağı algısını destekliyor olması düşündürücüdür. Koruma tedbirlerine aykırılık halinde devletin tazminat ödemesine yol açan kamu görevlilerine rücu etmesini düzenleyen ve uygulanmayan yasa hükmü (CMK m. 141, 143/2) mutlaka uygulamaya geçirilmelidir.

CMK m. 250 ile yetkilendirilmiş ağır ceza mahkemeleri kurulduklarından bu yana, özellikle son zamanlarda giderek yoğunlaşan "*tutuklama*" konusundaki uygulamalarıyla birçok ağır insan hakkı ihlaline yol açmaktadırlar. Raporda aktarılan hemen her sorun alanında özel yetkiyle sürdürülen yargılama süreçleri en olumsuz örnekleri oluşturmaktadır. Özel Yetkili Mahkemeler 'in "*tutuklama önlemine*" böylesine kolay ve sık başvurmaları, tüm Türkiye'deki yargılama makamlarını kişi hak ve özgürlükleri açısından "olumsuz örnek" olarak etkilemektedir.

IV- KHK'LAR İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

A) 667 SAYILI KHK

1) 667 SAYILI KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1- Gözaltı süresi 30 Güne çıkarılmıştır.

2- Bütün şüpheli, mağdur ve tanık ifadeleri adli kolluk görevlileri tarafından da alınabilecektir.

3- Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma ve sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.(Bu konuda 676 S. KHK ile yeni düzenleme getirilmiştir)

4- Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve tâlimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde; Cumhuriyet savcısının kararıyla, tutuklu ve avukatın görüşmeleri teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, (Bu konuda 676 S. KHK ile yeni düzenleme getirilmiştir)

5- Tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir. (Bu konuda 676 S. KHK ile yeni düzenleme getirilmiştir)

6- Tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir(Bu konuda 676 S. KHK ile yeni düzenleme getirilmiştir)

7- Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Ayrıca Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. (burada gerekçe KHK'de yer almamaktadır. Muhtemelen güvenlik gerekçesi ile böyle bir talepte bulunulabilecektir.

Yukarıdaki düzenlemelerde tedbir ve sınırlandırma sebepleri sayılmış, otomatik bir tedbir öngörülmemiş ve Cumhuriyet Savcısının kararı ile uygulanacağı düzenlenmiştir.

8- Yürütülen soruşturmalarda, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesine göre seçilen veya aynı Kanunun 150 nci maddesine göre görev-

lendirilen müdafi, hakkında bu maddede sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabilir. Buradaki yasaklama o olaya, şüpheliye veya dosyaya ilişkin olmak üzere sınırlıdır. "müdafilik görevini üstlenmekten" ifadesinden bu sınırlı yasaklama açıkça anlaşılmaktadır.(676 S KHK ile avukat hakkında getirilen yasaklama da soruşturma veya kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilmektedir)

9- İddianame okunmak yerine özeti okunabilecektir .

10- Tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir.

11- Müdafiin görevd.en yasaklanması: (KHK madde 6/1-g) Şüpheli tarafından seçilen veya baro tarafından görevlendirilen müdafiin 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinde sayılan suçlar nedeniyle soruşturuluyor veya kovuşturuluyor olması halinde, müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanması mümkündür. Bu konuda, Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hakimi karar vermeye yetkilidir. Yasaklama kararı şüpheliye ve yeni bir müdafii görevlendirilmesi için ilgili baroya bildirilir.

12- Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda ifade alma ve sorgu sırasında ve duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Kuşkusuz buradaki sınırlama her bir şüpheli ve sanık açısından geçerlidir. Yani bir şüpheli veya sanığın en fazla üç avukat tarafından savunulmasından söz edilmektedir. (KHK madde 6/1-ğ)

13- Duruşmada iddianamenin (veya iddianame yerine geçen belgenin) özetlenerek anlatılması mümkündür. (KHK madde 6/1-h)

14- Tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir. Bu durumda

CMK'nın 108. maddesinde bulunan tutukluluğun incelenmesinde şüpheli veya müdafiinin dinlenilmesi zorunluluğuna ilişkin hükmün uygulanmaması söz konusu olabilecektir. (KHK madde 6/1-ı)

15- Hakim veya mahkemenin uygun gördüğü durumlarda, şüpheli veya sanığın sorgusu görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin (SEGBİS) kullanılması suretiyle yapılabilir veya duruşmalara bu şekilde katılmasına karar verilebilir. (KHK madde 6/1-i)

16- Öte yandan, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu da temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir.

a. Yaygın şiddet hareketleri sebebiyle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda, anılan kanunun 9. maddesinde sayılan tedbirlerle 11. maddesindeki tedbirlerin uygulanması mümkündür.

b. Bu konuda yetki valiliklerdedir.

c. Söz konusu tedbirlerden arama ve el koymaya ilişkin olanı şöyledir:

"Kişilerin; üstünü, araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak" (Madde 11/1-c) Görüldüğü üzere arama ve el koyma için Olağanüstü Hal Kanunu yargı kararı aramamakta, valiyi görevli ve yetkili kılmaktadır. Ancak bu görev ve yetki; genel güvenliği, asayiş ve kamu düzenini korumak ve şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla kullanılabilir. (Madde 11/1)

17- Gerek 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu, gerek 667 sayılı KHK'da temel hak ve hürriyetleri ilgilendiren düzenlemelerin Anayasa'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde temel hak ve hürriyetlere ilişkin yazılı olan güvenceleri askıya aldığı ortadadır.

a. Ancak Anayasanın 15.maddesi askıya almaya şu hükmüyle izin vermektedir:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.(Değişik: 7/5/2004-5170/2 md.) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun füller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

b. Görüldüğü üzere temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulması, bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması durumunda dahi;

- Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemez.
- Durumun gerektirdiği ölçü aşılamaz.
- Kişinin yaşama hakkına dokunulamaz.
- Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz. (Yani işkence ve kötü muamele yapılamaz)
- Kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, bunlardan dolayı suçlanamaz.
- Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez.
- Suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesi de savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlikenin ortaya çıkması halinde Sözleşmeye aykırı tedbirler alınmasına izin vermektedir. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasına getirilen sınırlamaları da içeren 15. madde aynen şöyledir:

"1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fülleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

2) 667 SAYILI KHK'DA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

MADDE 6 – (1) *26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;*

a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren otuz günü geçemez.

b) Yakalanan asker kişiler adli kolluk görevlilerine teslim edilir.

c) Yürütülen soruşturmalar kapsamında görev ve unvan ayrımı yapılmaksızın kamu görevlileri de dâhil olmak üzere bütün şüpheli, mağdur ve tanık ifadeleri adli kolluk görevlileri tarafından da alınabilir.

ç) Asker kişiler hakkında verilen tutuklama kararları, *13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 111 inci maddesinde belirtilen ceza infaz kurumlarında yerine getirilir.*

d) Tutuklu olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kararıyla, görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. Tutuklunun yaptığı görüşmenin, belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır. Tutuklu hakkında, tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet savcısının istemiyle tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi sulh ceza hâkimliğince yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutuklu ile yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir. Görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.

e) Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayyımı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme

hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler.

f) Tutuklu olanların bulunduğu ceza infaz kurumlarında görev yapan kamu görevlileri tarafından düzenlenen tutanaklara, ilgili görevlinin açık kimliği yerine sadece sicil numarası yazılır. Kurum görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kâğıdı görevlinin işyeri adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında işyeri adresi gösterilir.

g) Yürütülen soruşturmalarda, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesine göre seçilen veya aynı Kanunun 150 nci maddesine göre görevlendirilen müdafi, hakkında bu maddede sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik görevini üstlenmekten yasaklanabilir. Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, sulh ceza hâkimliği tarafından gecikmeksizin karar verilir. Yasaklama kararı, şüpheliye ve yeni bir müdafi görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına derhal bildirilir.

ğ) Yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, ifade alma ve sorgu sırasında veya duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.

h) Ceza mahkemelerinde duruşmanın başlamasından önce iddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur ya da özetlenerek anlatılır.

ı) Tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir.

i) Hâkim veya mahkemenin uygun gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle şüpheli veya sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.

Sorumluluk Başlıklı ***MADDE 9 –*** (1) Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren

kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

667 sayılı KHK'da soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin hususlar 6. maddede düzenlenmiştir.

Aşağıda açıklanan düzenlemeler, olağanüstü halin devamı süresince geçerlidir.

Bu düzenlemelerin uygulanacağı suçlar şunlardır:

a. TCK, İkinci Kitap, 4. Kısım, 4-5-6-7. bölümlerinde tanımlanan suçlar (TCK madde 302 ila madde 339)

b. Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar: TMK madde 3'te TCK'ya gönderme yapılarak sayılan terör suçları

TMK madde 4'te TCK'ya ve diğer kanunlara atıf yapılarak sayılan suçların TMK madde 1'de tanımlanan terör amacıyla işlenmiş olanları

c-Toplu işlenen suçlar: CMK madde 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar)

Gözaltı süresi şüphelinin yakalanması anından itibaren 30 günü geçemez. Bu süreye, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre dahil değildir. (KHK madde 6/1-a)

Yakalanan asker kişiler, adli kolluk görevlilerine teslim edilir. (KHK madde 6/1-b)

Kanunlarda aksine düzenlemeler bulunsa da, yürütülen soruşturmalar kapsamında görev ve unvan ayrımı yapılmaksızın bütün şüpheli, mağdur ve tanık ifadeleri (kamu görevlileri de dahil olmak üzere) adli kolluk görevlileri tarafından da alınabilir. (KHK madde 6/1-c)

Asker kişiler hakkında verilen tutuklama kararları 5275 sayı-

lı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 111. maddesinde belirtilen ceza infaz kurumlarında yerine getirilir. İnfaz kurumunun tipinin belirlenmesinde anılan maddenin gönderme yaptığı, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarını düzenleyen 9. maddenin uygulanacağı anlaşılmaktadır. (KHK madde 6/1-ç)

Tutuklu şüphelilerin avukatlarıyla görüşmelerinde tedbir uygulanması, sınırlama getirilmesi (KHK madde 6/1-d);

a.Tedbir/sınırlandırma sebepleri

Toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi ihtimalinin bulunması

Terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir ve talimat verilmesi veya yorumlarıyla gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin bulunması

b.Tedbir ve sınırlandırmalar

Görüşmenin teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilmesi

Görüşmeyi izlemek amacıyla görevlinin hazır bulunabilmesi

Tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örneklerine, dosyalara ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara el konulabilmesi

Görüşmelerin gün ve saatlerinin sınırlandırılabilmesi

Bu tedbir ve sınırlandırmalara karar vermeye, Cumhuriyet savcısı yetkilidir.

c. Tutuklunun avukatıyla yaptığı görüşmenin yukarıda belirtilen amaçlarla gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde bir tutanak tutularak görüşmeye son verilir. Görüşme başlamadan önce tutuklu ve avukatı bu hususta uyarılır.

d. Tutuklu hakkında böyle bir tutanak tutulması halinde Cumhuriyet savcısının istemi ve sulh ceza hakiminin kararıyla tutuklunun avukatlarıyla görüşmesi yasaklanabilir. Bu durumda ilgili baro başkanlığınca tutuklu için yeni bir avukat görevlendirilir. Baro tarafından bildirilen avukatın -yukarıdaki gerekçelerle(1)- değiştirilmesi Cumhuriyet savcısı tarafından istenebilir.

Tutuklunun tutuk evinde görüşebileceği diğer kişiler ve uygulanacak sınırlamalar (KHK madde 6/1-e);

Tutuklu olanlar sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasileri veya kayyımları tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet Başsavcılığı, burada sayılanların dışındakilere her seferinde ayrıca başvurulmak kaydıyla özel izin verebilir. Tutuklular telefonla görüşme hakkından on beş günde bir yararlanabilir. Sadece bu hükümde sayılan kişilerle ve on dakikayı geçmemek üzere konuşabilir.

Unutulmamalıdır ki OHAL kapsamında yapılan düzenlemeler ancak OHAL yürürlükte bulunduğu dönem süresince geçerli olan düzenlemelerdir. Dolayısıyla OHAL yürürlükten kalktığında OHAL için yapılan ayrıksı düzenlemeler de yürürlükten kalkacak ve işlemler ilgili kanunlar uyarınca yürütülmeye devam edilecektir. Yerine ayrıksı düzenleme getirilen kanunların yürürlükten kalkması veya değişmesi söz konusu değildir. Ancak yerine yeni düzenlemeler getirilen hükümlerin, olağanüstü hal süresince askıya alındığından söz edilebilir.

B) 668 S KHK

1) 668 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1- Tutukluluk kararma itiraz edilen sulh ceza hakimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok on gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

2- Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişi bulundurulur.

3- Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır.

4- Avukat bürolarındaki aramalarda savcının bulunma zorunluluğu kaldırılmıştır, baro başkanı veya temsilcisi ile bulunmaya devam edecektir. Ancak avukatın müvekkilleri ile ilgili dosya vb evraka el konulmasındaki sınırlamalar kaldırılmıştır!

5- Bilgisayar ve kütüklerinin kopyalanması uzun sürecekse el konulabilmesi mümkün hale gelmiştir .(Eskiden sadece şifrelenmiş ise el konulabiliyordu)

6- Mahkeme kararı olmaksızın, müdafiin dosya inceleme ve örnek alma hakkının C.Savcısının kararı ile kısıtlanması hükmü getirilmiştir.

7- Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilecektir. Ancak bu zaman zarfında ifade alınamayacaktır.(Bu konuda 676 S. KHK ile yeni düzenleme getirilmiştir)

8- 668 Sayılı KHK'nin 3-1 (L) maddesi, CMK madde 153/2'de getirilen avukatın dosya inceleme ve suret alma hakkının kısıtlanmasına dair düzenlemeyi genişleten (sadece ve sadece CMK madde 153/2 bakımından) bir hüküm getirmektedir. Buna göre önceden Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilen dosya inceleme ve örnek alma yetkisi OHAL süresince sadece Cumhuriyet Savcısının kararı ile kısıtlanabilmektedir.

668 S. KHK Md. 3-1/l l) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını

tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilir. Oysa konumuz, dosyanın tamamını inceleme ve örnek alma yetkisi değildir! Burada şüpheli müdafiinin bizzat hazır bulunduğu ifade alınması işleminin tutanağı söz konusudur. Bu husus ise CMK md 153/3 te düzenlenmiştir. Yani "şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar" söz konuşudur ve bu tutanaklar kısıtlamaya tabi değildir.

668 Sayılı KHK'nin 3-1(L) maddesindeki düzenleme açıkça CMK 153/2. maddesine ilişkin olduğu için artık müdafie, bizzat hazır bulunduğu ifade alınması işlemine dair tutanaktan suret verilmemesi mümkün değildir ve bunan dair hiçbir yasal dayanak bulunmamaktadır.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 23.09.2016 Tarih ve 58026 Sayılı yazısı bu konuya açıklık getirmiş ve "5271 Sayılı Kanunun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, soruşturma evresinde şüphelinin ifadesini içeren tutanağın bir örneğinin, istenilmesi halinde ifade sırasında hazır bulunan müdafiine verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir" denilmiştir.

Müdafiiye Verilmiş Tutanakların Mahremiyeti:

Soruşturma dosyası ile ilgili CMK 153 anlamında bir "kısıtlama" kararı varsa bu kararın gerekçesi, CMK53'debelirtildiğ gibi "soruşturmanın amacını tehlikeye düşmesi" dir. Bu nedenle dosyanın tamamının incelenmesi veya suret alınması hakkı kısıtlanmıştır.

Her ne kadar CMK 153/3 maddesine göre avukatın bizzat hazır bulunduğu ifade alma tutanağı bu kısıtlama kapsamında olmasa da kanaatimizce, "soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi" ihtimaline karşı avukatın, teslim aldığı tutanağı müdafii bulunduğu şahıs dışında kimseyle paylaşmaması doğru olacaktır.

Kaldı ki Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Meslek Kuralları avukata "sır saklama" yükümlülüğü getirmektedir

Bu kapsamda;

a- Avukata teslim edilen tutanak ifade sahibinin yakınlarına dahi verilmemelidir.

b- İfade veren şahıs vekaletname ile bir başka avukatı görevlendirmiş ise vekalet suretinden bir örnek eklenerek tanzim edilecek bir tutanak ile verilebilir.

c- Meslektaşlarımızın yukarıda bildirilen hususlara riayetinin yararlarına olacağı ve kendilerini sorumluluktan kurtaracağı düşünülmektedir.

d- Soruşturmaların sıhhat ve selameti, ileride herhangi bir şüphe veya istifham nedeni ile meşruiyetini yitirmemesi için usul hükümlerine riayet zorunludur. Yapılan işlemlerin doğru ve sağlıklı olmasının garantörünün işlemler sırasında bir avukat bulunması olduğu unutulmamalıdır.

e- Mücadele edilen örgütün uluslararası ayağı, çeşitli ülkelerdeki lobi faaliyetleri, uluslararası yargı organlarını etkileme gücü dikkate alınarak gelecekte ülkemizin hukuki itibarının zedelenmemesi için gerekli özen ve dikkatin gösterilmesi şarttır.

2) 668 S KHK'DA SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA İLE İLGİLİ HÜKÜMLER

668 sayılı KHK'da soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin hususlar 3. maddede düzenlenmiştir. Aşağıda açıklanan düzenlemeler, olağanüstü halin devamı süresince geçerlidir.

MADDE 3- *(1) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713*

sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

a) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Hakim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkında verilen gözaltı süresi otuz günü geçemez.

b) Hakkında yürütülen soruşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurtiçinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcılığı tarafından kendisine ulaşılamayan şüpheliye de kaçak denir. Bu kişiler hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 247 nci ve 248 inci maddelerinin ikinci fıkraları uygulanmaz.

c) Tutukluluk kararma itiraz edilen sulh ceza hakimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok on gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

ç) Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır.

d) Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir.

e) Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişi bulundurulur.

f) Askeri mahallerde hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir.

g) Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kağıtları adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilir.

ğ) Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Kanunun 45 inci ve 46 *ncı*

maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile elkonulabilir.

h) Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hakimin onayına sunulur. *Hakim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.*

ı) 5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesi uyarınca yapılacak *elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hakimliğince karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hakim kararı olmaksızın yapılan elkoyma* işlemi, beş gün içinde görevli hakimin onayına sunulur. *Hakim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.*

i) Avukat bürolarında hakim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.

j) 5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, beş gün içinde görevli *hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecek olması halinde bu araç ve gereçlere elkonulabilir. işlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.*

k) 5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 mcı maddeleri

uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını beş gün içinde görevli hakimin onayına sunar. Hakim, kararını beş gün içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar.

l) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilir.

m) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınamaz.

n) Yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hakiminden de karar alabilir.

o) Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturmanın gerekli kılması halinde yargı çevresi içindeki mülki idare amirliklerinden bina, araç, gereç ve personel talebinde bulunabilir.

ö) Bu maddede sayılan suçlarla ilgili olarak, alman bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, tutuklu veya hükümlüler yetkili Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza *hakimliğinin kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler.*

Yürütmenin Durdurulması Başlıklı *MADDE 38- (1) Olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında alman kararlar ve yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.*

668 S KHK nın 3.maddesi ile getirilen düzenlemelerin uygulanacağı suçlar şunlardır:

a.TCK, İkinci Kitap, 4. Kısım, 4-5-6-7. bölümlerinde tanımlanan suçlar (TCK madde 302 ila madde 339)

b.Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar: TMK madde 3'te TCK'ya gönderme yapılarak sayılan terör suçlarıTMK madde 4'te TCK'ya ve diğer kanunlara atıf yapılarak sayılan suçların TMK madde 1'de tanımlanan terör amacıyla işlenmiş olanları

c.Toplu işlenen suçlar:CMK madde 2/1-k (aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçlar)

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan şüpheli hakkında verilen gözaltı süresi otuz günü geçemez. (KHK madde 3/1-a)

Hakkında yürütülen soruşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurtiçinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet savcılığı tarafından kendisine ulaşılamayan şüpheliye de kaçak denir. Bu kişiler hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun *"kaçağın tanımı"*başlıklı 247 nci ve *"zorlama amaçlı el koyma ve teminat belgesi"* başlıklı 248 inci maddelerinin ikinci fıkraları uygulanmaz. (KHK madde 3/1-b)

Tutukluluk kararma itiraz edilen sulh ceza hâkimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok on gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. (KHK madde 3/1-c)

Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır. (KHK madde 3/1-ç)

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir. (KHK madde 3/1-d)

Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişi bulundurulur. (KHK madde 3/1-e)

Askerî mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. (KHK madde 3/1-f)

Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilir. (KHK madde 3/1-g)

Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Kanunun 45 inci ve 46 ncı maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile el konulabilir. (KHK madde 3/1-ğ) Şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar ya da Avukatları, hekimleri, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, mali işlerde görevlendirilmiş müşavirleri ve noterlerin şüpheli ve sanıklarla aralarındaki yazışmalara anılan kimseler nezdinde olsa dahi el konulabilecektir.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. (KHK madde 3/1-h)

5271 sayılı Kanunun 128 inci maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, sulh ceza hâkimliğince karar verilebilir. Gecikmesinde

sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. (KHK madde 3/1-ı) Sözü edilen rapor ilgisine göre Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, alınan suçtan elde edilen değere ilişkin üç ay içinde hazırlanan rapordur. Olağanüstü hal süresi boyunca alınmasına gerek kalmadan el koyma tedbiri uygulanabilecektir.

Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkam veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanunun 130 uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz. (KHK madde 3/1-i) 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi uyarınca avukat bürolarının ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde aranması zorunluluğu olağanüstü hal süresince askıya alınmıştır. Yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma"* başlıklı 130. maddesinde yer alan arama sonucu elkonulmasına karar verilen belgelere ilişkin -postada el koyma da dahil olmak üzere- özel düzenlemeler de bu süre zarfında uygulanmayacaktır.

5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde

açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun sürecek olması halinde bu araç ve gereçlere el konulabilir. İşlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir. (KHK madde 3/1-j)

5271 sayılı Kanunun 135 inci, 139 uncu ve 140 ıncı maddeleri uyarınca yapılacak olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerine hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı, kararını beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunar. Hâkim, kararını beş gün içinde açıklar; aksi halde tedbirler kendiliğinden kalkar. (KHK madde 3/1-k) Ceza Muhakemesi Kanununa göre ağır ceza mahkemesi tarafından oybirliği ile karar verilen anılan tedbirler, olağanüstü hal süresi boyunca hakim yada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karara bağlanacaktır.

Müdafin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilir. (KHK madde 3/1-l) Olağanüstü hal süresi boyunca madde 3 de belirttiğimiz suçlara ilişkin soruşturmalarda uygulanacak müdafin dosya inceleme ve örnek alma yetkisinin kısıtlanması olasılığı, Ceza Muhakemesi Kanunun 153. maddesinin 2. fıkrasına göre yalnızca maddede sayılan suçlara ilişkin soruşturmalarla sınırlı olarak ve hakim kararıyla verilebiliyordu.

Gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınamaz. (KHK madde 3/1-m)

Yürütülen soruşturmalarda Cumhuriyet savcısı bir soruşturma işlemine gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hâkiminden de karar alabilir. (KHK madde 3/1-n)

Cumhuriyet başsavcılıkları, soruşturmanın gerekli kılması halinde yargı çevresi içindeki mülki idare amirliklerinden bina, araç, gereç ve personel talebinde bulunabilir. (KHK madde 3/1-o)

Bu maddede sayılan suçlarla ilgili olarak, alınan bilgilerin doğruluğunun araştırılması bakımından zorunlu görülen hallerde, tutuklu veya hükümlüler yetkili Cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hâkimliğinin kararı ile geçici sürelerle ceza infaz kurumundan alınabilirler. (KHK madde 3/1-ö)

C) 676 S KHK

1) 676 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

1.1) CMK'da Yapılan Değişiklikler:

Örgüt suçlarında kovuşturmada en çok üç (3) avukat hazır bulunabilir şeklinde sınırlama getirilmiştir.

CMK nın önceki hali şu şekilde idi	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur:
Şüphelinin veya sanığın müdafi seçimi Madde 149 – (1) Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebilir.	Madde 149 – (1) Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebilir.
(2) Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir.	(2) Soruşturma evresinde, ifade almada en çok üç avukat hazır bulunabilir. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir.
(3) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.	(3) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukukî yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz.

TCK 220 ve 314. Maddelerinde sayılan sayılan suçlar ve terör suçlarından dolayı avukat hakkında soruşturma açılması

(şüpheli olması) veya kovuşturma açılması (sanık olması) halinde, müdafi veya vekil olmaktan yasaklanabilir denilmiştir. Daha önce sadece kovuşturma açılması (hakkında bir dava açılarak sanık olması) halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabiliyordu.

Burada KHK'nin lafzından o dosyaya ve o tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğine has olarak bir yasaklama değil ; suça ilişkin umum bir yasak getirme ile karşı karşıya kaldığımız sonucuna varılmaktadır.

Ancak KHK ile değişiklik yapılan CMK md.151/4'te "Müdafilik görevinden yasaklama kararı avukat hakkındaki soruşturma veya, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir "denilmekle bu yasaklamanın meslekten yasaklama olmadığı ve soruşturma süresince uzayıp gidecek süresiz bir yasaklama mahiyetinde bulunmadığı anlaşılmaktadır.1 yıllık süre 2 sefer 6 şar aylık uzatmalarla 2 yıla çıkabilecektir.

CMK nın önceki hali şu şekilde idi:	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur
Müdafi görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma	Müdafi görevini yerine getirmediğinde yapılacak işlem ve müdafilik görevinden yasaklanma
Madde 151 – (1) 150 nci madde hükmüne göre görevlendirilen müdafi, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafi görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir.	Madde 151 – (1) 150 nci madde hükmüne göre görevlendirilen müdafi, duruşmada hazır bulunmaz veya vakitsiz olarak duruşmadan çekilir veya görevini yerine getirmekten kaçınırsa, hâkim veya mahkeme derhâl başka bir müdafi görevlendirilmesi için gerekli işlemi yapar. Bu durumda mahkeme oturuma ara verebileceği gibi oturumun ertelenmesine de karar verebilir.
(2) Eğer yeni müdafi savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir.	(2) Eğer yeni müdafi savunmasını hazırlamak için yeterli zaman olmadığını açıklarsa oturum ertelenir.

(3) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) 149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından tutuklu ve hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkrada sayılan suçlar nedeniyle kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini üstlenmekten yasaklanabilir.	(3) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) 149 uncu maddeye göre seçilen veya 150 nci maddeye göre görevlendirilen ve Türk Ceza Kanununun 220 ve 314 üncü maddesinde sayılan suçlar ile terör suçlarından şüpheli, sanık veya hükümlü olanların müdafilik veya vekillik görevini üstlenen avukat, hakkında bu fıkrada sayılan suçlar nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini üstlenmekten yasaklanabilir.
(4) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, müdafi veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararı, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancak, kovuşturmanın niteliği itibariyle bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.	(4) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Cumhuriyet savcısının yasaklamaya ilişkin talebi hakkında, hâkim veya mahkeme tarafından gecikmeksizin karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir. İtiraz sonucunda yasaklama kararının kaldırılması halinde avukat görevini devam ettirir. Müdafilik görevinden yasaklama kararıavukat hakkındaki soruşturma veya, kovuşturma konusu suçla sınırlı olmak üzere, bir yıl süre ile verilebilir. Ancaksoruşturma veya, kovuşturmanın niteliği itibariyle bu süreler altı aydan fazla olmamak üzere en fazla iki defa uzatılabilir. Soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya kovuşturma sonunda mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi halinde, kesinleşmesi beklenmeksizin yasaklama kararı kendiliğinden kalkar.
(5) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Görevd.en yasaklama kararı, tutuklu veya hükümlü ile yeni bir müdafi görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.	(5) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Görevd.en yasaklama kararı, şüpheli, sanık veya hükümlü ile yeni bir müdafi görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.
(6) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Müdafi veya vekil görevd.en yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez.	(6) (Ek:25/5/2005 – 5353/22 md.) Müdafi veya vekil görevd.en yasaklanmış bulunduğu sürece başka davalarla ilgili olsa bile müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişiyi ceza infaz kurumunda veya tutukevinde ziyaret edemez.

Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü (Devletin Güvenliğine karşı suçlar Md 302 vd.) , Beşinci (Anayasal Düzene Karşı Suçlar Md309 vd.), Altıncı (Milli Savunmaya Karşı Suçlar Md 317 vd.) ve Yedinci (Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Md.326 vd.)

ve daha çok FETÖ Suçları, Terör Suçları vs. durumunda gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı C.Savcısının istemi ve Hakim Kararı ile 24 saat süreyle kısıtlanabilecek ancak bu halde ifade alınmayacaktır.

CMK nın önceki hali şu şekilde idi:	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur
Müdafi ile görüşme Madde 154 – (1) Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.	Madde 154 – (1) Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz. (2) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kararıyla yirmidört saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz.

Ancak bu madde ile getirilen düzenlemenin 668. S KHK nin Md.3/1-m hükmünü ilga ederek bu KHK ile 5 gün olarak belirlenen görüşme sınırlamasını 24 saate mi düşürdüğü tam olarak anlaşılamamıştır. Her halükarda yeni düzenleme olması, doğrudan CMK ilgili maddesini değiştirecek mahiyette bulunması karşısında bundan böyle 5 günlük görüşme kısıtlamasının 24 saate düşürüldüğünü söyleyebiliriz. 668. Sayılı KHK nin ilgili maddesini bir kez daha hatırlayalım:

668 S. KHK Md.3/1-m) Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilir. Bu zaman zarfında ifade alınamaz.

Daha önce taraflardan birisinin tanık veya uzmanın çağrılması talebi olursa, mahkeme reddetse dahi bu kişiler mahkemeye getirildiğinde duruşmada dinlenmek zorundaydı. Yeni düzenleme ile davayı uzatmak maksadı görülürse getirilen tanık veya uzmanlar dinlenmeyecektir.

CMK nın önceki hali şu şekilde idi:	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur
Çağrılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi Madde 178 – (1) Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.	Çağrılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi Madde 178 – (1) Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir. Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir

Zorunlu müdafilik halinde müdafiin duruşmada bulunması şarttı; Zorunlu müdafi bulunmadan duruşmaya devam olunamıyor idi. Yeni düzenleme ile müdafiin mazeretsiz (Geçersiz mazeretler de bu kapsamda sayılacak mı? Muhtemelen evet!) olarak duruşmayı terk etmesi halinde (Hiç gelmemesi hali de buna dahil kabul edilebilir mi? Yine muhtemelen evet!) duruşmaya devam edilebilecektir.

CMK nın önceki hali şu şekilde idi:	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur
Duruşmada hazır bulunacaklar Madde 188 – (1) Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafiin hazır bulunması şarttır.	Madde 188 – (1) Duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafiin hazır bulunması şarttır. Müdafiin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir
(2) (Mülga: 18/6/2014 – 6545/103 md.) (3) Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir.	(2) (Mülga: 18/6/2014 – 6545/103 md.) (3) Bir oturumda bitmeyecek davada, herhangi bir nedenle bulunamayacak üyenin yerine geçmek ve oya katılmak üzere yedek üye bulundurulabilir.

1.2) **CİK'da Yapılan Değişiklikler:**

Hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşmede görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez;

hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz hükmü getirilmiştir.

Ancak Türk Ceza Kanununun 220. maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü (Devletin Güvenliğine karşı suçlar Md 302 vd.) , Beşinci (Anayasal Düzene Karşı Suçlar Md309 vd.), Altıncı (Milli Savunmaya Karşı Suçlar Md 317 vd.) ve Yedinci (Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Md.326 vd.) Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmeleri C.Başsavcılığının istemi ve İnfaz hakiminin kararı ile üç ay süreyle sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir veya görüşme sırasında görevli hazır bulunabilir. Yine hükümlünün avukata veya avukatın hükümlüye verdiği belge ve aralarında tuttukları kayıtlara el konulabilir hükmü getirilmiştir.

İnfaz hakimi yukarıdaki üç aylık süreyi "müteaddit" defa ve her seferinde üç aya kadar uzatabilecektir!

Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü (Devletin Güvenliğine karşı suçlar Md 302 vd.) , Beşinci (Anayasal Düzene Karşı Suçlar Md309 vd.), Altıncı (Milli Savunmaya Karşı Suçlar Md 317 vd.) ve Yedinci (Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk Md.326 vd.) Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinin toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde görüşmeye son verilerek bu durum tutanağa bağlanır. Bu durumda hükümlünün avukatı ile görüşmesi infaz hakimince 6 ay süresince yasaklanabilir. Sonrasında barodan yeni bir avukat istenir.

5275 S CİK' nun önceki hali şu şekilde idi:	Maddenin Yeni Hali Şöyle Olmuştur
Avukat ve noterle görüşme hakkı MADDE 59.- (1) Hükümlü, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde avukatları ile vekâletnamesi olmaksızın en çok üç kez görüşme hakkına sahiptir. (2) Avukat ve noter ile görüşme, meslek kimliklerinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır. (3) Avukatlar, vekâletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşme yapamazlar.	Avukat ve noterle görüşme hakkı MADDE 59.- (1) Hükümlü, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde avukatları ile vekâletnamesi olmaksızın en çok üç kez görüşme hakkına sahiptir. (2) Avukat ve noter ile görüşme, meslek kimliklerinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde yapılır. (3) Avukatlar, vekâletnameleri olsa da aynı anda birden fazla hükümlü ile görüşme yapamazlar.
(4) (Değişik: 25/5/2005-5351/5 md.) Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunun 220 nci, İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü ve Beşinci Bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suçörgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı haberleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi halinde, Cumhuriyet Başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler infaz hâkimince incelenebilir. İnfaz hâkimi belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu karara karşı ilgililer, 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edebilirler.	(4) Görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz. (5) Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve tâlimat verildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün

(5) (Ek ibare: 25/5/2005-5351/5 md.) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve karşılıklılık esasına uygun olmak koşuluyla, Yabancıülkelerde haklarında soruşturma veya kovuşturma yapılmakta olan, yabancıülke veya uluslararası yargı mercilerinde dava açmak isteyen, leh veya aleyhine açılmış davası olan Türk vatandaşı veya yabancı uyruklu hükümlülerle yabancı uyruklu avukatları, bu soruşturma ve kovuşturma, açılacak veya açılmış davalarla sınırlı olmak ve vekâletname sunmak koşuluyla görüşebilirler. Vekâletnamesi olmayan yabancı uyruklu avukatlar, hükümlü ile Türkiye barolarına kayıtlı bir avukatla birlikte görüşme yapabilirler	avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir. (6) İnfaz hakimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısaltılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilir. (7) Beşinci fıkra kapsamına giren hükümlünün yaptığı görüşmenin, aynı fıkrada belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce taraflar bu hususta uyarılır. (8) Hükümlü hakkında, yedinci fıkra uyarınca tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemiyle hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabilir. Yasaklama kararı, hükümlüye ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir. Cumhuriyet başsavcılığı baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini baro başkanlığından isteyebilir. Bu fıkra hükmüne göre görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir. (9) İnfaz hâkimi tarafından bu madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edilebilir. (10) Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır. (11) Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkilidir.”

676 Sayılı KKH;

MADDE 1- *4/12/2004* tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 149 uncu maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından yürütülen kovuşturmalarda, duruşmada en çok üç avukat hazır bulunabilir."

MADDE 2- 5271 sayılı Kanunun 151 inci maddesinin;

a) Üçüncü fıkrasında yer alan "tutuklu ve" ibaresi "şüpheli, sanık veya" şeklinde, "kovuşturma açılması halinde tutuklu veya hükümlünün müdafilik veya vekilliğini" ibaresi "soruşturma ya da kovuşturma bulunması halinde müdafilik veya vekillik görevini" şeklinde değiştirilmiştir.

b) Dördüncü fıkrasında yer alan "müdafi veya vekil hakkında açılan kovuşturmanın yapıldığı" ibaresi "hâkim veya" şeklinde, "Kovuşturma sonunda" ibaresi "Soruşturma sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi veya kovuşturma sonunda" şeklinde değiştirilmiş, aynı fıkraya "Müdafilik görevinden yasaklama kararı," ibaresinden sonra gelmek üzere "avukat hakkındaki soruşturma veya" ibaresi ve "Ancak," ibaresinden sonra gelmek üzere "soruşturma veya" ibaresi eklenmiştir.

c) Beşinci fıkrasında yer alan "tutuklu" ibaresi "şüpheli, sanık" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 3- 5271 sayılı Kanunun 154 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(2) Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ve Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ile örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçları bakımından gözaltındaki şüphelinin müdafi ile görüşme hakkı Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, hâkim kara-

rıyla *yirmidört* saat süreyle kısıtlanabilir; bu zaman zarfında ifade alınamaz."

MADDE 4– *5271 sayılı Kanunun 178 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.*

"Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir."

MADDE 5– *5271 sayılı Kanunun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.*

"Müdafiin mazeretsiz olarak duruşmayı terk etmesi halinde duruşmaya devam edilebilir."

MADDE 6- *13/12/2004* tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 59 uncu maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve diğer fıkra buna göre teselsül ettirilmiştir.

"(4) Görüşme sırasında; hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmaya ilişkin olarak kendilerinin tuttukları kayıtlar incelenemez; hükümlünün avukatı ile yaptığı görüşme dinlenemez ve kayda alınamaz.

(5) Türk Ceza Kanununun 220 nci maddesinde ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile *12/4/1991* tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanların avukatları ile görüşmelerinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürüldüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütlerinin yönlendirildiğine, bu örgütlere emir ve *tâlimatverildiğine veya yorumları ile gizli, açık ya da şifreli mesajlar iletildiğine ilişkin bilgi, bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemi ve infaz hâkiminin kararıyla, üç ay süreyle; görüşmeler teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, hükümlü ile avukatın*

yaptığı görüşmeleri izlemek amacıyla görevli görüşmede hazır bulundurulabilir, hükümlünün avukatına veya avukatın hükümlüye verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarındaki konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkonulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.

(6) İnfaz hakimliği hükümlünün; kurallara uyumunu, toplum veya ceza infaz kurumu bakımından arz ettiği tehlikeyi ve rehabilitasyon çalışmalarındaki gelişimini değerlendirerek, kararda belirttiği süreyi üç aydan fazla olmamak üzere müteaddit defa uzatabileceği gibi kısaltılmasına veya sonlandırılmasına da karar verebilir.

(7) Beşinci fıkra kapsamına giren hükümlünün yaptığı görüşmenin, aynı fıkrada belirtilen amaca yönelik yapıldığının anlaşılması hâlinde, görüşmeye derhal son verilerek, bu husus gerekçesiyle birlikte tutanağa bağlanır. Görüşme başlamadan önce taraflar bu hususta uyarılır.

(8) Hükümlü hakkında, yedinci fıkra uyarınca tutanak tutulması hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığının istemiyle hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi infaz hâkimince altı ay süreyle yasaklanabilir. Yasaklama kararı, hükümlüye ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için derhal ilgili baro başkanlığına bildirilir.Cumhuriyet başsavcılığı baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini baro başkanlığından isteyebilir. Bu fıkra hükmüne göre görevlendirilen avukata, 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesine göre ücret ödenir.

(9) İnfaz hâkimi tarafından bu madde uyarınca verilen kararlara karşı 4675 sayılı Kanuna göre itiraz edilebilir.

(10) Bu madde hükümleri 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasına göre yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler ile beşinci fıkradaki suçlardan hükümlü olup, başka bir suçtan dolayı şüpheli veya sanık sıfatıyla avukatıyla görüşen hükümlüler hakkında da uygulanır.

(11) Tutuklular hakkında bu madde hükümlerine göre karar vermeye soruşturma aşamasında *sulh ceza hâkimi, kovuşturma aşamasında mahkeme yetkilidir."*

D) 677 S KHK

1) 677 S KHK İLE GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

Sınavlara ilişkin tedbirler başlıklı ***MADDE 4 –*** (1) Terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu veya hükümlü olarak ceza infaz *kurumunda bulunanlar, olağanüstü halin devamı ve kurumda barındırıldıkları süre zarfında, ülke genelinde uygulanan merkezî sınavlar ile örgün veya yaygın her türlü eğitim ve öğretim kurumları ile kamu kurum ve kuruluşları tarafından ceza infaz kurumu içinde veya dışında yapılan ya da yaptırılan sınavlara giremezler.*

Tazminat taleplerine ilişkin kısıtlama başlıklı ***MADDE 6 –*** (1) *20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ilan edilen olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler çerçevesinde, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı nedeniyle kapatılan kurum ve kuruluşlar tarafından, kapatma dolayısıyla hiçbir surette tazminat talebinde bulunulamaz.*

1.1) Avukatın Görüşme Ve Dosya İnceleme Hakkı

1- Olağan hukuk düzeninde; hükümlülerle ilgili kısıtlılıklar saklı olmak kaydıyla, avukatın temsil ettiği şüpheli veya sanıkla görüşme, ona aktif şekilde hukuki yardımda bulunma hakkı kısıtlanamaz. Bu noktada bir tereddüt bulunmamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. maddesi şüpheli veya sanığın avukattan yardım alma hakkını net bir şekilde düzenlemiştir.

CMK m.149/3'e göre; "*Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında avukatın,şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya*

sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz".

Müdafiin şüpheliye ve sanığa yardım hakkı; yalnızca yakalama anından itibaren ve gözaltında bulunulan yerde, tutukevi ve cezaevinde değil, duruşma salonunda, keşif mahallinde, yani şüpheli veya sanık için savunma hakkının kullanıldığı her aşamada varlığını korur.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.6/3-c, sanığın seçeceği bir müdafiin yardımından gerektiğinde ücretsiz yararlanma hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir. Elbette avukatla savunma hakkı, şüphelinin hak ve hürriyetlerinin kısıtlanabildiği soruşturma aşamasında da geçerlidir.

Uygulamada; özellikle duruşma salonunda müdafiin sanığa hukuki yardımda bulunamadığı, çünkü yan yana oturamadıkları, müşteki ve müdahil ile avukatının yan yana oturmasına rağmen aynı hakkın CMK m.149/3'e uygun olarak sanık ve müdafiine tanınmadığı, esas itibariyle duruşma salonu oturum düzeni bakımından savunma hakkının kısıtlandığı görülmektedir. Duruşma salonunun bu oturma düzeni, CMK m.149/3'e aykırıdır.

2- 21.07.2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal nedeniyle 23.07.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi ile aynı mahiyette 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendinde, müdafiin şüpheli ile görüşme hakkına ve bunun usulüne ilişkin düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu hükümlerde öngörülen kısıtlamalar, yalnızca Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve bu suçlar kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın toplu, yani en az üç kişinin iştiraki ile işlenen suçlarda uygulanabi-

lir. KHK'larda düzenleme ve kısıtlama bulunmayan hallerde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri yürürlüktedir. Örneğin, bir şüpheli veya sanığı temsil edecek avukat sayısı üçle sınırlandırılsa da bir avukatın, yararları birbirine uygun düşen birden fazla şüpheli veya sanığın savunmasını yapabilmesi mümkündür.

Olağanüstü halin gerekli kıldığı, yani olağanüstü hale yol açan sebeplerin ortadan kaldırılabilmesi amacıyla yürürlüğe sokulan 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile ilgili KHK'larda hüküm olmadığı durumlarda, olağan hukuk düzeninin kuralları yürürlük kabiliyetini korur. Kamu otoritesi; "defacto" yöntemler kullanarak veya tüzük, yönetmelik, genelge veya tebliğlerle keyfi veya yasal dayanağı olmayan kısıtlamalara başvuramaz.

3- 668 sayılı KHK m.3/1-m'ye göre; "Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı cumhuriyet savcısının kararıyla 5 gün süre ile kısıtlanabilir, bu zaman zarfında ifade alınamaz". Bu hüküm neden öngörülmüştür? Ya gözaltı yoğunluğu veya soruşturmanın selameti, yani amacını tehlikeye düşürmenin engellenmesi, bu kapsamda delil karartma veya başka şüphelilerin kaçmasının önünde geçilmesi gerekçe gösterilebilir. Esasında bu gerekçelerin hiçbirisi; savunma hakkının önüne geçmeye yeterli olmadığı gibi, profesyonel olarak mesleğini icra eden avukatı soruşturmanın tehlikeye düşürmeye elverişli hareketlerde bulunması muhtemel kişi olarak göstermesi itibariyle de isabetli değildir. Bu beş günlük yasal süresinde şüphelinin ifadesinin alınması yasak olsa bile, şüpheliden kayıt dışı bilgi alınıp alınmayacağı net değildir. Ayrıca sürenin uzunluğu, somut olayın özellikleri gerçekten zorunlu kılmadıkça, yani ortada sayıca çok fazla şüphelinin olmadığı ve gözaltında bulunan şüpheli ile görüşme yeri, şüphelinin ifadesinin alınması konusunda olması gereken yeterlilikte sorun yaşanmadığı sürece, bu beş günlük görüşme yasağı süresinin tatbik edilmemesi gerekir. Çünkü savunma hakkını kısıtlayan

bu yasak, her durumda uygulanmaya ve keyfi kullanılmaya elverişli değildir. Cumhuriyet savcısı, azami beş gün süre ile vereceği yasak kararına somut gerekçe göstermek zorundadır. Gözaltında olanşüphelinin; CMK m.98/1'in birinci cümlesi dışında hakim kararı ile tutulmadığı, kolluk veya cumhuriyet savcısının emri ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kısıtlandığında, avukat ile şüphelinin görüşmesinin mümkün olduğu kadar kısıtlanmaması, bu kısıtlılıktan sonra ve tutukluluk aşamasında şüphelinin avukatı ile görüşüp hukuki yardım alma hakkının engellenmemesi gerekir.

4- CMK m. 154'e göre; "Şüpheli veya sanık, vekaletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tabi tutulamaz".

CMK m.154, "silahların eşitliği" ilkesine uygun ve savunma hakkının özü açısından son derece isabetli bir hükümdür. Esas itibariyle bu hükümden taviz de verilmemelidir.Çünkü suçlanan veya tutuklanan kişinin, en azından kendisine hukuki yardımda bulunan ve temsil eden avukatı ile görüşmelerinin dokunulmaz olması gerekir. Bu güvence, suçsuzluk/masumiyet karinesi altında yargılanan kişiyi kamu otoritesine karşı korur.

Ancak 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, tutuklunun avukatı ile görüşmesinin gizliliğine kısıtlama getirilebileceği ifade edilmiştir. Bu kısıtlılık, gözaltına alınan şüpheli ile müdafiin görüşmesini kapsamaz. Çünkü hükümde tutukludan bahsedilmiştir. Açık hüküm olmadığı halde, tutukluluğun gözaltına alınmadan daha ağır olduğundan bahisle, gözaltına alınan ile avukatının görüşmesinin de kısıtlanabileceği ileri sürülebilir. Kanunun lafzı ve ruhu buna müsait değildir. Çünkü tutukluluk ayrı bir sıfat olup, gözaltına alınan kişi ile karıştırılmamalıdır. Gözaltına alınan kişi tutuklu olmadığından, tutukluya göre daha geniş haklara sahip olması da olağandır. Tutuklunun avukatı ile yapacağı görüşmenin kı-

sıtlanabileceğinden hareketle, gözaltına alınanın da aynı kapsamda değerlendirilebileceğini söylemek isabetli olmayacaktır.

Tutuklunun avukatı ile görüşmesinde, toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürülmesi, terör örgütü ve diğer suç örgütlerinin yönlendirilmesi, bunlara emir veya talimat verilmesi veya yorumlarla gizli, açık veya şifreli mesajlar iletilmesi ihtimalinin varlığı halinde cumhuriyet savcısının kararıyla; tutuklu ile avukatın görüşmeleri teknik cihazla sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilir, tutuklu ile avukatın yaptığı görüşmelerin izlenmesi için görevli hazır bulundurulabilir, tutuklunun avukatına veya avukatın tutukluya verdiği belge veya belge örnekleri, dosyalar ve aralarında geçen konuşmalara ilişkin tuttukları kayıtlara elkoyulabilir veya görüşmelerin gün ve saatleri sınırlandırılabilir.

KHK ile cumhuriyet savcısına; avukat ile tutuklunun görüşmesini, gizliliğini ve zamanını sınırlama konusunda geniş bir takdir yetkisi tanındığı görülmektedir. Olağanüstü halle sınırlı bu takdir yetkisi elbette keyfi kullanılamaz ve sınırlama kararının somut gerekçeyi taşıması aranır. Ancak uygulamada bu somut gerekçenin, KHK'nın ilgili hükmünde yazılı olan ibarelerin tekrarı olma ihtimali kuvvetlidir. Çünkü hükümde; gizli, açık veya şifreli mesajların iletilme ihtimalinden bahsedilmekte, fakat bunu gösteren somut olguların veya delillerin varlığına dair bir ibareye yer verilmemiştir.

Cumhuriyet savcısının kararı, bir tutukevi veya cezaevinin bütününde bulunan tüm tutukluları kapsamaz. Tutukluluk öncelikle KHK kapsamına giren bir suçun işlendiği iddiasına dayanmalı ve cumhuriyet savcısının kararında da sınırlamanın hangi tutuklu ve avukatla ilgili olduğu gösterilmelidir. Kanaatimizce, bu sınırlamanın görüşme öncesinde tutuklu ile avukatına bildirilmesi ve bu hususun en azından avukat yönünden tutanak altına alınması gerekir. Her ne kadar KHK'da bu konuda bir hüküm olmadığı söylense de, KHK m.6'nın 1. fıkrasının (d) bendinin 3. cümlesinde yer alan "Görüşme

başlamadan önce, taraflar bu hususta uyarılır." hükmünden dolayı, cumhuriyet savcısının kısıtlama kararının ilgililere bildirilmesi aranmalıdır. Karar ve bildirim olmadığı sürece, tutuklunun avukatı ile görüşmesinin gizliliği ve diğer hususlar kısıtlanamaz. Kısıtlama kararı olmadan ve taraflara bildirilmeden yapılan kısıtlama ve elkoyma avukat ve tutuklunun aleyhine kullanılamaz.

Tutuklunun yaptığı görüşmeye getirilen sınırlama sonrasında, bu görüşmenin KHK m.3/1-d'de belirtilen amaçla yapıldığının anlaşılması halinde, görüşmeye derhal son verilir ve bu husus gerekçesi ile birlikte tutanağa bağlanır.

Belirtmeliyiz ki, yukarıda yer alan sınırlamanın uygulanabilmesi için, tutuklu ile avukatı görüşmeye başlamadan önce gizliliğin kısıtlandığına dair uyarılmalı ve bizce bu husus tutanak altına alınmalıdır.

Tutuklunun avukatla yaptığı görüşmede; toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğinin tehlikeye düşürecek, terör örgütü veya diğer suç örgütlerini yönlendirecek, bunlara emir ve talimat verecek veya yorumlarla gizli, açık veya şifreli mesaj iletecek konuşma yaptığı tespit edildiğinde, görüşmeye derhal son verilir ve bu husus gerekçeli olarak tutanağa bağlanır. Tutuklu hakkında tutanak tutulması durumunda, cumhuriyet savcısının istemi üzerine tutuklunun avukatı ile görüşmesi sulh ceza hakimliği tarafından yasaklanabilir. Yasaklama kararı, tutukluya ve yeni bir avukat görevlendirilmesi için ilgili baro başkanlığına derhal bildirilir. Cumhuriyet savcısı, baro tarafından bildirilen avukatın değiştirilmesini isteyebilir. KHK, bu isteğin barodan ilk görevlendirilen avukat için değil, değişiklik isteğine bağlı olarak tayin edilen avukat için yapılabileceğini öngörmüş ve cumhuriyet savcısı için gerekçe bildirme zorunluluğundan da bahsetmemiştir.

Olağanüstü hal döneminde, avukatın gözaltına alınan şüpheli ile ilk beş güne kadar görüşmesi ve tutuklandıktan sonra da

görüşme içeriği ile görüşme zamanı kısıtlanabilmekte, hatta tutuklunun avukatının değiştirilmesi bile gündeme gelebilmektedir. Bu gibi sınırlamalarda isabet olmadığı ve savunma hakkını zedelediği tartışmasızdır. Bu tür sınırlamaları haklı kılabilecek yegane dayanak, olağanüstü hal ilanı ve buna yol açan nedenlerin ortadan kaldırılabilmesi amacıyla insan hak ve hürriyetlerinin bir kısmının Anayasa m.15 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.15 ile kanun veya KHK ile askıya alınmasıdır.

5- Prensip olarak, şüpheli veya müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve dosyanın bir kopyasını alabilir. Savunma hakkı açısından doğru olan da, herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın cumhuriyet savcısına göre karşı taraf olan şüpheli ve müdafiinin soruşturma dosyasını inceleyebilmesi ve dosyadan bir kopya almasıdır. Ancak CMK m.153/2 kapsamına giren suçlar ile 667 ve 668 sayılı KHK kapsamına giren suçlarda bu yetkinin, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek olması durumunda kısıtlanması mümkündür. Olağan hukuk düzeninde cumhuriyet savcısının talebiyle sulh ceza hakimliği ve olağanüstü hal döneminde de cumhuriyet savcısı doğrudan kısıtlama kararı verebilir.

Belirtmeliyiz ki, avukata karşı kısıtlılık kararı olsa bile, tutuklamaya sevk edilen veya tutuklanan şüphelinin sevkine ve tutuklanmasına dayanak olan delillerin mutlaka avukata ve şüpheliye gösterilmesi gerekir. Aksi halde, kişi hürriyeti ve güvenliğini kısıtlayan tedbirlere karşı savunma hakkı kısıtlanmış olur. Hatta bize göre, soruşturmanın gizliliğinin nisbi olarak kaldırılması usulü gözaltına alınma ile de uygulanmalıdır, fakat tatbikatta daha tutuklamaya sevk edilenin savunma hakkı ile tutuklananın itiraz hakkını kullanması amacıyla sevke ve tutukluluğa dayanak olan delillerin savunma tarafına gösterilip verilmesinde sorunlar olduğu, İHAM ile Anayasa Mahkemesi kararlarında da kısıtlılığın nisbiliğinin tutukluluk aşaması ile sınırlı kabul edildiği görülmektedir.

CMK m.153'e bakıldığında, kısıtlılığın sadece avukat için öngörüldüğü ve şüpheli yönünden bir kısıtlılık olmadığı, bu Kanun hükmünün ve 668 sayılı KHK m.3/1-l'nin de şüpheliye değil müdafiine kısıtlılık getirdiği, ilgili hükümlerin lafzından soruşturma gizliliğinin şüpheliye uygulanamayacağı, soruşturmanın selameti için gizlenen dosyanın avukata değilse de talebi halinde şüpheliye verilmesi gerektiği, aksi halde Kanunun ve KHK'nın lafzına aykırı hareket edileceği ve savunma hakkının da hukuka aykırı şekilde kısıtlanacağı, şüpheli tutukluluğa sevk edilsin veya edilmesin, tutuklansın veya tutuklanmasın, avukatı değilse de kendisinin gizli dosyadan bir kopya alabileceği ileri sürülmektedir. Hatta CMK m.153'ün ilk hali ile yürürlükte olan Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m.53/1-b'de şüpheliyi de dahil eden kısıtlılığın, bu Yönetmeliğin 06.08.2015 tarihinde kaldırılması ile ortadan kalktığı ve şu an için kısıtlılık kararı olsa bile şüpheliyi kapsayan yönetmelik hükmünün de olmadığı, yürürlükte olan Kanun ve KHK hükümlerinin ise kısıtlama kararının yalnızca şüphelinin avukatı için geçerli olacağı, bunun dışında kalan hatta şikayetçiyi, suçtan zarar göreni ve vekillerini de bu kısıtlılığın kapsamayacağı ileri sürülebilir.

Bu düşünceye katılmamaktayız. Şöyle ki; müdafiin dosyayı inceleme yetkisinin kısıtlanmasının nedeni, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme ihtimali olarak kabul edilmiştir. Bir soruşturmanın selametinin tehlikeye düşebilmesi, dosya içeriğinin şüpheliye hukuki yardımda bulunan müdafiin dosya içeriğini öğrenip alması ile olmaz. Bu konuda somut tehlike, belki şüphelinin dosya içeriğini, dosyada yer alan delilleri ve tanıkları öğrenip bunlara müdahale etmesi ile gündeme gelebilir.

Her ne kadar soruşturmanın savunmaya karşı gizlenmesini mümkün kılan Kanun ve KHK hükümlerinde şüpheliden değil müdafiinden bahsedilse bile, somut durumda soruşturma-

nın amacını tehlikeye düşürme ihtimali bulunan kişi şüpheli olabilir.

Kanun ve KHK'nın lafzında "şüpheli" ibaresine yer verilmediği, zorunlu müdafilik dışında şüphelinin kendisini avukatla savunmasının zorunlu olmadığı, hatta avukatı olsa bile kendisini ayrıca savunabileceği kabul edildiğinde, soruşturmanın gizliliği ile ilgili öngörülen kısıtlılığın şüpheliyi kapsamaması gerektiği savunulabilir. Yukarıda bahsedilen Kalem Yönetmeliği'nin yürürlükten kaldırılmasının da buna ek dayanak olabileceği söylense de, zaten CMK m.153 ve ilgili KHK hükmünde şüpheli kavramına yer verilmediği için, bunlara aykırı bir alt norm olan Yönetmelik hükmünde kısıtlama yasağının şüpheliye karşı uygulanabileceğine dair bir hükmün anlam ve bağlayıcılığı olmayacaktır.

Burada asıl sorun ilgili Kanun ve KHK hükümlerinin lafzı ile soruşturmanın savunmaya karşı gizlenmesinin çatışmasıdır. Kimisine göre, CMK m.160/2 uyarınca şüphelinin yalnızca aleyhine olan delilleri değil, lehine olan delilleri de toplayıp değerlendirmek olan cumhuriyet savcısının takip ettiği soruşturma dosyası yönünden "soruşturmanın selameti" kavramından hareketle savunmaya karşı kısıtlama getirilmesi yanlıştır. Ancak bazı durumlarda soruşturmanın amacının tehlikeye düşürülmemesi, örneğin insan kaçırma, cinsel saldırı ve istismar, kasten insan öldürme, Anayasa ile kurulan düzene ve Devletin güvenliğine karşı işlendiği iddia edilen suçlarda gerçekten bir süreliğine gizlilik kararı alınması lüzumlu olabilir. Esasında bu lüzumun keyfi, süresiz ve tüm dosyayı kapsayacak şekilde uygulanmaması gerekir.

Sonuç olarak; CMK m.153 ve 668 sayılı KHK m.3/1-l'de öngörülen özel kısıtlılık, her ne kadar hükümlerde müdafiden bahsedilse de şüpheliyi, suçtan zarar göreni, müştekiyi ve vekilini de kapsar. Gizliliğin sadece savunma ile sınırlı görülmesi; müşteki ve suçtan zarar gören ile temsilcinin vekilinin bu yasak kapsamında sayılmaması, öncelikle silahların eşitliği ilkesine ve

beraberinde savunma hakkına müdahale niteliği taşır ki bunu düşünen kanun koyucu mağdurun ve şikayetçinin haklarını düzenleyen CMK m.234/1-a, 2'de aynı gizliliği öngörmüştür.

İşin özüne bakıldığında; suçlanana, yani şüpheliye ve ona hukuki yardımda bulunup onun savunma hakkını destekleyen müdafiine karşı soruşturma dosyası gizlenmemelidir. Her ne kadar soruşturma aşamasında çelişmeli yargılama olmayıp CMK m.157 uyarınca kamuoyuna karşı soruşturmanın gizliliği esassa da, bu gizliliğin kendisini savunmak durumunda kalan şüphelinin ve onun ayrılmaz parçası olan savunma hakkını temsil eden avukatının mağduriyetine, yani savunmanın kendisini koruma tedbirlerine karşı anlatabilme ve bu tedbirlere itiraz edebilme hakkını kısıtlamasına yol açmamalıdır.

Uygulamada, soruşturmanın kısıtlılığına dair kararların aşırı uygulanabildiği, soruşturmanın selametinin tehlikeye düşüp düşmediği bakımından somut gerekçelerden yoksun kalabildiği, AHİM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına rağmen, tutukluluğu gündeme gelen şüpheliye buna ilişkin delillerin gösterilmeyebildiği görülmektedir.

Yukarıda bahsettiğimiz savunma hakkına sınırlama getiren kısıtlılık yasağının bahsettiğimiz kriterlere uyması kaydıyla, hem şüpheliye ve hem de müdafiine karşı tatbikinde bir sakınca bulunmamaktadır. Yazımızda anlattığımız üzere; soruşturma dosyası ile ilgili bu özel kısıtlılığın amacı, özellikle şüphelinin soruşturmanın selametini etkileme ihtimalinin önüne geçmektir. Yoksa kısıtlılık yasağının, dosyanın şüphelisi olmayan ve savunmaya destek için katılan avukatın şahsı ile ilgisi yoktur.

1.2) Avukatların Dosya İnceleme, Bilgi Ve Belge Toplama Yetkisinin Yasal Dayanakları

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesine göre yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu

iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadırlar. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler, elden takipli olarak, duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir.

46. maddede ise avukatların işlerini, kendi sorumluluğu altındaki stajyeri veya yanında çalışan sekreteri eliyle de takip ettirebileceği, fotokopi veya benzeri yollarla örnek aldırabileceği düzenlenmiştir. Avukatın onanmasını istemediği örnekler harca tabi değildir. Avukat veya stajyer, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 42. maddesinde, buna paralel bir düzenleme ile avukatların ve stajyerlerin, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını zabıt katibinin gözetiminde her zaman inceleyebilecekleri düzenlenmiştir. Mahkeme kalemince, incelemenin yapıldığına dair düzenlenen dosya inceleme tutanağı avukat veya avukat stajyeri ile zabıt katibi tarafından imzalanarak dosyasında saklanır. Ancak uygulamada, tutanak düzenlendiği durumlara nadiren rastlanmaktadır. Ceza Hukukuna ilişkin ise yasal dayanaklar, yukarıdakilerden farklı olarak, CMK 153. ve Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 83. maddesinde yer almaktadır.

CMK'nın 153. maddesine göre; "*(1)Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. (2) Müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belge-*

lerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. (3) Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz. (4) (Değişik: 25/5/2005-5353/23 md.) Müdafi, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir. (5) Bu maddenin içerdiği haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanır."

Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik Madde 45: "*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun başka hüküm koyduğu haller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek şartıyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir. Şüpheli ya da müdafi soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Şüpheli ya da müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasına ilişkin yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi ve ilgili hâkimin kararıyla kısıtlanabilir. Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adlî işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında üçüncü fıkra hükmü uygulanmaz. Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur ya da şikâyetçi ile suçtan zarar gören ve vekilleri de yararlanır. Soruşturma evrakı soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla Cumhuriyet savcısının belirleyeceği personel huzurunda kalemde incelenir.*"

Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 83. maddesi; "*Mağdurun, şikâyetçinin, suçtan zarar görenin ve katılanın vekilleri ile müdafi kovuşturma aşamasında dosyayı ve muhafaza altına alınmış delilleri yazı işleri müdürü veya görevlendireceği bir zabıt katibinin yanında inceleyebilir. Avukat ve*

stajyeri vekâletname olmaksızın kovuşturma dosyalarını inceleyebilirler. Mağdurun, şikâyetçinin ve suçtan zarar görenin vekilleri ile müdafi vekâletname ibraz ederek dilekçe ile başvurmaları hâlinde bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilirler. Katılan da bu hakka sahiptir."

667 sayılı KHK'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, 'tutuklunun' avukatı ile görüşmesinin gizliliğine kısıtlama getirilebileceği ifade edilmiştir. Bu kısıtlılık, Gözaltına alınan Şüpheli ile müdafinin görüşmesini yahut avukat sınırlandırmasını kapsamaz.

Görevli memurlarca, açık hüküm olmadığı halde, gözaltına alınan ile avukatının görüşmesinin de kısıtlanabileceği ileri sürülmüştür. Oysaki Kanun ve KHK'nin lafzında 'şüpheli' ibaresine yer verilmemiş, tutukluluk ayrı bir sıfat olup, gözaltına alınan kişi ile karıştırılmamalıdır. Gözaltına alınan kişi tutuklu olmadığından, tutukluya göre daha geniş haklara sahip olması da olağandır. Tutuklunun avukatı ile yapacağı görüşmenin kısıtlanabileceğinden hareketle, gözaltına alınanın da ayni kapsamda değerlendirilebileceğini söylemek kesinlikle hukuk düzeninde kabul edilebilir bir durum değildir. Kanun koyucu görevli memurlarca bir nevi egale edilmiş olmaktadır. Bunun da toplumun, yasa koyucuya ye adalete olan güven duygusunu zedelemesi kaçınılmazdır. OHAL sürecinde gözaltına almalarla ilgili mevcut düzenlemeler e aykırılıklar olabileceği düşünülmektedir. Gözaltı süresi devam ederken kolluk güçlerinin mülakat şeklinde şüpheli ile müdafi olmaksızın görüşmesi ve görüşme tutanakların delil olarak kullanılması şeklinde bazı uygulamalara rastlanmıştır. Ayrıca Örgüt üyeliği kapsamında işlem yapılan kişilerin takipsizlik ve beraat kararları sonrası sorunlar yaşadıkları, güvenlik soruşturmalarının olumsuz sonuçlandığı gözlemlenmiştir.

Olağanüstü halin varlığı, bu ciddi tehdit veya tehlikenin olağan hukuk düzeninin kuralları ile giderilememesi nedeniyle olağanüstülük taşıyan kuralların yürürlüğe koyulması ihtiya-

cına yol açabilir. Ancak bu ihtiyaç, gerek kurallarda ve gerekse bunların tatbikinde kamu otoritesinin dilediği şekilde hareket edebileceği anlamına gelmez. İç ve dış hukukilik denetimi olağanüstü dönemde de varlığını korur. Bu denetim olağanüstü halde kısıtlanmıştır. Kural koymada kısıtlılığın sınırları, Anayasa m.15/2 ve İHAS m.15/2'de gösterilmiştir ki, bu üst normlara bağlı kalınması ve somut gereklilik nedeniyle insan hak ve hürriyetlerinin kanun veya KHK ile kısıtlanması mümkün olabilir. Bu kısıtlılık için, somut gereklilik ve ölçülülük şart mıdır? Elbette şarttır. Olağanüstü hale neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilebilmesi için kişi hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması yoluna gidilebilir ve bu kısıtlamada da gerekliliğin yanında "ölçülülük" kıstası dikkate alınmalıdır. Olağanüstü hal döneminde uygulanan; kanun, KHK ve alt kuralların tatbiki şekli de çok önemlidir. Zaten kısıtlı olan hak ve hürriyetlerin kısıtlama dışında kalan kısmının tatbikinden imtina edildiğinde, ortaya çıkacak manzaranın "hukuk devleti" ilkesi yönünden ciddi sakıncaları olabilecektir. Bu bakımdan; kural koyarken sınırlara bağlı kalınması gerektiği gibi, özellikle kuralı uygularken de olağanüstü halin kamu otoritesine verdiği "haklılık ve meşruluk" kıstaslar kötüye kullanılmamalı, yani durumdan vazife çıkararak veya güçlenen kamu otoritesinin bazı bahanelerle kâğıtta korunur gözüken hak ve hürriyetleri uygulamada yok saymaması veya daha kısıtlı hale getirmemesi gerekir.

21.07.2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hal kapsamında çıkarılan 667 ve 668 sayılı KHK'lar, Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve bu suçlar kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın toplu, yani en az üç kişinin iştiraki ile işlenen suçlarda uygulanabilecektir. Hem soruşturmaların genişliği ve soruşturma içeriklerinde birçok suçun bulunması ve hem de tüm toplu suçların ilgili KHK'lar kapsamına dahil edilmesi sebebiyle, olağanüstü hal devam ettiği sürece kişi hak

ve hürriyetlerini askıya alan bu kuralların çok geniş uygulama alanı olacağını, dikkatli ve özenli uygulanması, tasarruflarla ilgili hukukilik denetimlerinin de ciddiyetle yapılması gerektiğini ifade etmek isteriz.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.91'de düzenlenen ve CMK m.90'a göre yapılan yakalama sonrasında cumhuriyet savcısının kararı ile kişinin geçici süre hürriyetinden mahrum bırakılmasına "gözaltı" denilmektedir. CMK m.90 incelendiğinde; yakalamanın suçüstü halleri ile sınırlı tutulduğu, kolluk tarafından gerekli tedbirler alındıktan sonra yakalanan kişiye yasal haklarının bildirilmesinin öngörüldüğü ve suçüstü hali ile sınırlı yakalama sonrasında kolluğun cumhuriyet savcısına bilgi verip emri doğrultusunda işlem yapmasının düzenlendiği görülmektedir.

Yakalanan kişi Cumhuriyet Savcısı tarafından bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakime veya mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yol süresi oniki saatten fazla olamaz. Toplu suçlarda, delillerin toplanmasının güçlüğü veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle gözaltı süresi toplamda dört gün olabilir. Toplu suçlarda ayrı bir yol süresi öngörülmemiştir.

"Kişi hürriyeti ve güvenliği" başlıklı Anayasa m.19/5'e göre; "*Yakalanan veya tutuklanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırksekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok dört gün içinde hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir*". Anayasa hükmünden görüleceği üzere; olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde gözaltı süreleri uzatılabilir. Bu uzatma, olağan dönemde kanunla ve olağanüstü dönemde de kanun veya KHK ile yapılabilir.

"Özgürlük ve güvenlik hakkı" başlıklı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.5'de ise, gözaltından "tutulma" olarak bahsedilmiş ve herhangi bir süreye yer verilmeksizin "makul süre" kavramından bahsedilerek, bu konu iç hukuka ve her somut olayın özelliğine göre ayrı değerlendirmeye bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu tercihi doğrudur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olağan hukuk düzeninde, keyfi uygulanmaması ve gerekli olmamasına rağmen gözaltı süresinin sonuna kadar beklenmemesi kaydıyla yirmidört, kırksekiz saat, dört gün ve olağanüstü halde de yedi günlük gözaltı süresini makul görmüştür. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhangi bir hakim veya mahkeme kararına dayanmayan, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını kısıtlayan gözaltının dayanaklı uygulanmasını aramış, yani gözaltı süresinin soyut makullüğünü yeterli görmemiş ve hukukilik denetiminden geçirilebileceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi gözaltına alınmayı, yargılama süreci bitmeden yalnızca şüphelinin tutuklanması halinde incelemektedir. Tutuklamanın olmadığı gözaltının haksızlığı konusunda yapılacak bireysel başvuru ise, yargılama sürecinin bitip kesinleşmesinden sonra kabul görmektedir.

CMK m.91'de düzenlenen gözaltı tedbiri, 90. madde uyarınca yakalananlar hakkında tatbik edilebilecektir. 6 Mart 2014 tarihinde yürürlüğe giren 6526 sayılı Kanunun 6. maddesi ile değişik CMK m.91/2'ye göre, "*Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır*".

Bu şartın CMK m.90'da yakalama için öngörülen şartlardan birisi ile birlikte oluşmadığı, yani suçüstünün, yakalama emri veya tutuklama kararı düzenlenmesini gerektiren ve gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığının bulunmadığı durumda gözaltına alma kararı verilemez. Çünkü gözaltına almada kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı tutuklamaya benzer şekilde kısıtlandığından ve tutulma tatbik edildiğinden, yeri-

ne mümkün olduğu ölçüde CMK m.145'de düzenlenen ifade veya sorgu için çağrı ve m.146'da düzenlenen zorla getirme uygulanır. Ancak tatbikatta; terör veya suç örgütü soruşturmalarında, örgüt kurma, yönetme ve mensupluğu suçunun mütemadi, yani neticesi devam eden suç olduğundan bahisle suçüstü halinin devam ettiğinden bahisle yakalama ve gözaltına almanın yapıldığı, ifade ve sorgu için davet ve hatta zorla getirme tatbik edilmeden yakalama ve ardından gözaltına alma tedbirine başvurulduğu görülmektedir.

CMK m.91/4'de, yakalama sonrası cumhuriyet savcısının gözaltına alma kararı olmaksızın, şüphelinin kolluk amirinin kararı ile tedbiren tutulmasını öngören bir hükme yer verildiği görülmektedir. "İç Güvenlik Paketi" adı ile bilinen 6638 sayılı Kanunun 13. maddesinin öngördüğü ve gözaltına alınma konusunda genel kaideyi bozan tedbir gözaltısı uygulamada yeterli işlerliği kazanamamıştır. Cumhuriyet savcısının kararı ile gözaltına alma genel kabul gören uygulama olarak devam etmektedir.

CMK m.90-91 ile m.94 ve m.98 birbirine karıştırılmamalıdır. İlkinde, suçüstü yakalanan kişinin gözaltına alınması ve ikincisinde, soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüphelinin cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hakimin düzenleyeceği yakalama emri ile yakalanıp hakim veya mahkeme önüne çıkarılması düzenlenmiştir.

Gözaltına alma, soruşturma yönünden zorunlu görülmesi ve kişinin suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığı halinde başvurulması gereken bir tedbirdir. Kişinin gözaltına alınmasında hedeflenen iki amaç vardır. Bu amaçlar, delil toplamak ve şüphelinin ifadesini almaktır. Ortada henüz kişinin atılı suçu işlediğine ilişkin yeterli veya kuvvetli şüpheyi gösteren somut delil olmayabileceğinden, hakim kararı olmaksızın CMK m.91'e göre yapılan, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını kısıtlayan gözaltına alma tedbiri konusunda dikkatli hareket edilmelidir.

Tutuklama, gözaltına almadan bir basamak daha ağır tedbirdir ve bu sebeple de hakim veya mahkeme kararı olmaksızın tatbik edilemez. Tutuklamada; artık kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin var olduğundan bahisle, kişinin adaletten kaçmasının ve delil karartmasının önüne geçilmesi için uygulanma gerekliliği vardır. Gözaltına alma ile tutuklamanın amaç ve fonksiyonları farklıdır. Bir veya iki şüphelinin işlediği iddia edilen suçlarda gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saati geçemez ve yol süresi de 12 saatten fazla olamaz.

Olağan hukuk düzeninde; toplu olarak işlenen, yani en az üç kişinin "şüpheli" sıfatıyla karıştığı suçlarda gözaltı süresi dört gün olabilmektedir ki, kanun koyucu toplu suçlar yönünden ayrı bir yol süresi tayin etmemiştir. Bu sebeple, azami dört günlük sürenin sonunda işlendiği iddia olunan toplu suçtan dolayı şüphelinin hakim önüne çıkarılması gerekir. Aksi halde, CMK m.91'e aykırı hareket edilmiş olur. Olağanüstü halin mevcut olması halinde kanun hükmünde kararnamelerle kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getirilebilir, gözaltı süresinde mevcut durumun hal ve koşullarına göre gereklilik ve ölçülülük ilkesine riayet edilmek suretiyle artışa gidilebilir. Yazımızın ana konusu budur.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı" başlıklı 120. maddesi *"Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir."* ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 3. madde-

sinin 1. fıkrasının (b) bendine göre *"Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra; Yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir."* olağanüstü hal ilan edilebilir.

Olağanüstü halin ilan edilmesiyle birlikte kişi hak ve hürriyetlerine sınırlama getiren düzenlemeler kanun hükmünde kararnamelerle yürürlüğe girmektedir. Nitekim 15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen darbeye teşebbüs suçundan (Türkiye Cumhuriyeti'nin bağımsızlığını zayıflatma, birliğini bozma, Anayasa ile kurulu düzene, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, Hükümete darbe suçlarından) sonra, 21.07.2016 tarihli Resmi Gazete ile olağanüstü halin ilan edilmesine ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı yürürlüğe girmiştir. Olağanüstü halin yürürlüğe girmesinden sonra kişi hak ve hürriyetlerine getirilen sınırlamalar 667 ve 668 sayılı KHK'larla yürürlüğe girmiştir.

667 sayılı Kararnamenin "Soruşturma ve Kovuşturma İşlemleri" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendine göre; "*Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hakim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren otuz günü geçemez."*

Hükümde geçen "otuz günü geçemez" ifadesinden, şüphelinin otuz gün keyfi olarak, avukat yardımından faydalanmaksızın, yakınlarına haber verilmeksizin, hekim kontrolünden geçmeksizin ve itiraz hakkı tanınmaksızın şüphelinin bekletilebileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Olağanüstü hal ilan edilmiş olsa bile, yargısal denetime tabi tutulmaksızın bir kimsenin otuz gün gözaltında tutulması, sadece kişi özgürlüğünün keyfi müdahalesine karşı değil, işkenceye karşı da korunmasız bırakılması sonucunu doğurabilir.

Olağanüstü halde KHK ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına getirilen sınırlamada, gözaltı süresinin uzunluğundan dolayı gözardı edilmemesi gereken hususları aşağıdaki başlıklarda toplayabiliriz.

- **Hekim (sağlık) kontrolü:** Şüpheli gözaltına alındıktan sonra, nezarethaneye girmeden ve nezarethaneden çıktıktan sonra veya nezarethanede bulunduğu sırada talebi halinde bir hekime muayene ettirilmeli (usule uygun şekilde sağlık kontrolünden geçirilmeli) ve hekim, şüpheliyi de dinlemek suretiyle raporunu düzenlemelidir. Aksi halde, şüphelinin işkence veya kötü muameleye maruz kaldığının ispatı yalnızca hekim raporunda belirtilen "cebir ve şiddet izine rastlanmamıştır" ibaresine bağlı olmayacak, şüphelinin işkence veya kötü muamele gördüğüne ilişkin beyanları esas alınabilecektir. Yukarıda yer verdiğimiz Aksoy/Türkiye kararında İHAM, gözaltında hekim hakkının nasıl kullandırılması gerektiğini açıklamış, gözaltında hekim incelemesinin şart olduğunu ve hazırlanan tıbbi raporun şüphelinin somut durumu ile ilgili olması, yani raporun genel geçer sözlerden ibaret olmamasını, gerçek bir muayenenin yapıldığını ve bunun da şüphelinin şikayetlerini karşılaması gerektiğini ifade etmiştir.

- **Yakınına haber verme:** Şüphelinin yakalanıp gözaltına alındığının bir yakınına haber verilmesi gerekir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda bahsettiğimiz emsal kararlarında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kısıtlanan şüphelinin bu durumunun kendisinin gösterdiği bir yakınına haber verilmesi gerekir. Şahsın bir yakını yoksa veya yakınına ulaşılamamakta ise, bu durum tutanak altına alınmalıdır. Gözaltına alınanın durumu hakkında yakınına bilgi verme yükümlülüğü, "hukuk devleti" ilkesinin olağanüstü halde de vazgeçemeyeceği bir esas olmalıdır. Herkes, yakınının başına ne geldiğini öğrenmek ister. Bu hakkın, olağanüstü dönemde de kısıtlanmaması gerekir. Bu neden-

le, şüphelinin gözaltında tutulduğu yerden gecikmeksizin durumu hakkında yakınına bilgi verilmesi bir yasal zorunluluk olarak öngörülmüştür.

- **Müdafiden faydalanma hakkı:** Şüphelinin hangi gerekçe ile olursa olsun müdafii ile görüşme, yanında bulunma ve yardımından faydalanması kısıtlanamaz. CMK m. 149/3'e göre; *'Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında, şüpheli veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez kısıtlanamaz.'*

Gözaltına alınan şüphelinin müdafii ile görüşme hakkını beş gün süreyle kısıtlayan hükmün, 668 sayılı KHK'nın "Soruşturma ve Kovuşturma İşlemleri" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (m) bendi ile yürürlüğe girdiğini ifade etmek isteriz. Bu hükme göre; "Gözaltındaki şüphelinin müdafii ile görüşme hakkı cumhuriyet savcısının kararıyla beş gün süreyle kısıtlanabilir'.

667 sayılı KHK ile getirilen şüphelinin en fazla otuz gün gözaltında bulunabileceğine ilişkin düzenleme ile ilgili ortaya koyduğumuz görüş burada da geçerlidir. Gözaltındaki şüphelinin müdafii yardımından faydalanmasını beş gün geciktirecek ciddi, somut, gerekli ve ölçülü nedenler olmadığı sürece keyfi olarak "nasıl olsa beş güne kadar süresi var" mantığı ile hareket edilmemelidir. Aksi halde, beş günün gerekçesiz uygulandığından veya şüphelinin gereğinden fazla göz altında tutulduğundan bahisle hak ihlali ile karşılaşılabilir.

- **İtiraz hakkı:** Şüphelinin, olağanüstü hal veya durumların varlığı halinde, hakim veya savcının önüne gelmesi sebebiyle baştan itibaren suçlu kabul edilerek temel hak ve hürriyetlerinden faydalanması engellenemez. Şekil itibariyle itiraz hakkına sahip olmak değil, bu itiraz hakkını fiili olarak, yani etkin kullanabilmek ve itirazdan sonuç alabilmek esastır. Birçok şüpheli tarafından yapılan ve şartlara göre

haklılık taşıyan hiçbir itirazın kabul görmemesi veya genel geçer gerekçe ile reddedilmesi, şeklen var olan itiraz hakkının etkin şekilde kullanılamadığını ortaya koyar. Olağanüstü hal döneminde de olsa, kanaatimizce gözaltına alma ve tutuklama gibi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını tedbiren kısıtlayan kişinin tutulma hallerinde ilgili ve yeterli gerekçenin tedbir kararında gösterilmesi ve bu kararın denetlenebilir olması gerekir. CMK m.91/5'de, gözaltına alınma ve gözaltının uzatılmasına ilişkin kararlara karşı sulh ceza hakimliğine itiraz hakkı tanınmıştır.

Hem ilk beş gün ve hem de otuz günlük sürelerle ilgili somut gerekçeler oluşturulmalı, kanaatimce cumhuriyet savcısı her beş günde bir ara inceleme yapıp sürenin uzatılıp uzatılmayacağına karar vermeli ve bu karar da itiraza tabi olmalıdır. Bu sebeple kolluk, ilk beş günden sonra devam edecek beş günlük uzatma süreleri ile ilgili cumhuriyet savcısından gözaltı süresinin uzatılıp uzatılmayacağın hakkında karar istenmelidir.

Şüphelinin müdafii ile görüştürülmeyebileceği ilk beş günün, soruşturmanın genişliğinden ve iş yoğunluğundan kaynaklandığı anlaşılmaktadır. İfadenin alınmadan şüphelinin bekletileceği bu gözaltı süresinin mümkün olduğu kadar kısa tutulması isabetli olacaktır. Çünkü hakim kararı olmaksızın yapılan bu tür tutmalarda, olağan döneme göre çok uzun süren gözaltıların hak ihlaline neden olabilme ihtimali kuvvetlenecektir. Tüm bu süreçte, savunma hakkının korunabilmesi için mümkün olduğu kadar CMK m.149/3'ün gereği yerine getirilmeli ve şüphelinin tutuklanmasından sonra da avukatı ile cezaevinde yapacağı görüşmelere de kısıtlama getirilmemelidir.

15 Temmuz 2016'dan sonra başlayan yargı süreçlerinin nev'i şahsına münhasırlığı, suç ve şüpheli sayısının fazlalığı ve soruşturmanın genişliği, gerçekten de olağan hukuk düzeninin kuralları ile çözülemeyecek boyuttadır. Daha önce terör suçlarında ilk yirmidört saat için uygulanan şüphelinin avukatı

ile görüşme yasağı soruşturmanın selameti ile ilgili idi, yani şüphelinin terör örgütü yapılanması kapsamında başkalarına haber vermesi, bilgi alışverişinde bulunmasının engellenmesi hedeflenmiş ve önemli bir amaç uğruna kısa süre ile savunma hakkının kısıtlanması kabul edilmiş idi. Daha sonra bu hüküm kaldırıldı, ancak şimdi yürürlüğe giren olağanüstü halle birlikte bu sürenin beş gün olarak belirlendiği, fakat yazılı olmasa da kabul edilme gerekçesinin iş yoğunluğu olduğu anlaşılmaktadır.

Belirtmeliyiz ki esas olan; hak arama yollarının, itiraz hakkını düzenleyen hükümlerin yalnızca hukuk sisteminde yer alması ve biçimsel olarak şüpheliye tanınması değildir, teoride şüpheliye tanınan hakların olağanüstü hal sırasında, yetersiz ve etkisiz olmadığını gösterebilmektir.

Olağanüstü halin ilanı suretiyle çıkan KHK'larda belirtilen suç tipleri bazı insan hak ve hürriyetlerinin kısıtlanması veya askıya alınması, bu konularla ilgili hak ihlali iddialarından dolayı Anayasa Mahkemesi'ne ve ardından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı anlamını taşımaz. Dolayısıyla, olağanüstü hal kurallarında ve bu kuralların tatbikinde dikkatli olmak, keyfi davranmamak, Anayasa m.15/2 ve İHAS m.15/2'nin sınırlarına uygun hareket etmek gerekir.

Olağanüstü halin ilan edilip insan haklarının askıya alınmasının maksadı; mevcut veya pek yakın bir tehlikenin etkilerinin tüm ülkeyi kapsaması, toplumu tehdit altına alması, istisnai nitelik taşıyan kriz veya tehdidin bertaraf edilmesi hususunda Sözleşmenin izin verdiği olağan tedbirlerin ve kısıtlamaların açıkça yetersiz kalmasıdır. 667 sayılı KHK'nın 6. ve 668 sayılı KHK'nın 3. maddeleri incelendiğinde;

Özellikle soruşturma aşaması ile ilgili şüpheli haklarına önemli kısıtlamalar getirildiği, şüphelinin başta savunma, müdafii ve yakınları ile görüşme hakkının kısıtlandığı, gözaltı süresinin otuz gün olarak belirlendiği, cumhuriyet sav-

cısına yakalama emri düzenleme yetkisi tanındığı, esas itibariyle Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve bu suçlar kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın toplu, yani en az üç kişinin iştiraki ile işlenen suçlar bakımından savcı yetkilerinin genişletildiği, kapalı yer aramaları ve elkoymaların kolaylaştırıldığı, avukat bürolarının aranması ile ilgili bazı sınırlamaların kaldırıldığı, bilgisayar kütüklerine elkoymada kopyalama ve yedeklemenin uzun sürme ihtimalinin de bir gerekçe olarak kabul edildiği, telefon dinleme, gizli soruşturmacı tayini ve teknik araçlarla izlemenin sulh ceza hakimliğinin kararı ile yapılabilmesinin mümkün hale getirildiği, cumhuriyet savcısının kararı ile de müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin, soruşturmanın amacının tehlikeye düşürme nedeniyle kısıtlanabileceği, gözaltında bulunan şüpheli ile müdafiin görüşme hakkının yine cumhuriyet savcısının kararı ile beş gün kısıtlanabileceği, fakat bu sürede şüphelinin ifadesinin alınamayacağı, yürüttüğü soruşturma kapsamında cumhuriyet savcısının gerek görmesi halinde soruşturmanın yapıldığı yer sulh ceza hakiminden karar alabileceği, ancak hükmün lafzından cumhuriyet savcısının bir başka yerde bulunan, yani yetki alanı dışında kalan adliye çevresinde görevli sulh ceza hakiminden karar alabileceği anlamının çıkmadığı, tutukluluk incelemelerinin tahliye taleplerinin ayrıca incelenmeyip en geç otuzar günlük sürelerde yapılacak tutukluluk incelemesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanmasının öngörüldüğü, cumhuriyet savcısının hazır bulunmadığı kapalı mahal alanında o yer ihtiyar heyetinden veya komşularından bir kişinin bulunmasının yeterli olduğu, askeri mahalde cumhuriyet savcısı olmadan da adli kolluk tarafından da adli arama ve elkoymanın yapılabileceğini, hakkında arama yapılan kişinin belge ve kağıtların adli kolluk tarafından incelenebileceği, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebile-

cek kişiler arasında gerçekleşen yazışmalara her durumda el koyulabileceği, CMK m.128'e göre; sulh ceza hakimliği veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde cumhuriyet savcısı tarafından elkoyma kararı verilebileceği, yürütülen soruşturma ile ilgili ihtiyaç olması halinde cumhuriyet savcısının yargı çevresinde bulunan idari birimlerden bina, araç ve personel talebinde bulunabileceği, cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin gerek görülen hallerde yetkili cumhuriyet savcısının talebi ve sulh ceza hakiminin kararı ile ceza infaz kurumundan alınıp soruşturmaya dahil edilebileceği, ifade edilmiştir.

Ayrıca 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinde; Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap Dördüncü Kısım, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve bu suçlar kapsamına girip girmediğine bakılmaksızın toplu, yani en az üç kişinin iştiraki ile işlenen suçlarla ve olağanüstü halin devam ettiği sürede uygulanmak üzere, telefon dinleme, gizli soruşturmacı görevlendirme ve teknik araçlarla izleme yöntemlerinin kullanılması suretiyle delil toplanması mümkün olabilecektir. Olağanüstü halde bazı suçlar bakımından iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ve teknik araçla izlemenin genişletildiği, buna göre toplu suçlarda herhangi bir suç ayırımı yapmaksızın bu yöntemlerinin tatbik edilebileceği anlaşılmaktadır. Devletin güvenliğine karşı suçlar ve terör suçları dışında kalan, olağanüstü halin ilan edilmesine neden olmayan suçlar bakımından "toplu suç" kavramının kullanılarak, özel hayat hakkının ve muhaberat hürriyetinin daraltılması, suç örgütlerinin faaliyetlerinin ortaya çıkarılmasının kapsamını aşacak şekilde iştirak halinde işlenen suçlarda da gizli soruşturmacının kullanılmasının önünü açacaktır. Düzenlemenin bu yönü ile hatalı olduğunu ve olağanüstü halin ilan edilerek kişi hak ve hürriyetlerinin daraltılması maksadının aşıldığı görülmektedir.

Yukarıda değindiğimiz KHK'larla tanınan yetkiler; otuz günlük gözaltı ve bu gözaltı süresinin ilk beş gününde avukatla görüşme yasağı ile ilgili olanların uygulanma şekline, süresine ve her somut olayın gerekliliğine göre göre gündeme gelebilecek hak ihlali iddiaları saklı olmak kaydıyla, diğerlerinin Anayasa m.15/2 ve İHAS m.15/2'ye uygun olduğu söylenebilir. Anayasa m.15/2 ve İHAS m.15/2'de öngörülen sınırlara bağlı kalmak şartıyla, olağanüstü halin ilanına neden olan olumsuzlukları ortadan kaldırılabilmesi ve bir an önce olağan hukuk düzenine dönülebilmesi için kişi hak ve hürriyetleri üzerinde geçici sınırlandırmalara gidilebilir. Ancak olağanüstü hal için getirilen bu kısıtlamaların uygulanma biçimlerinin önemli olduğunu, keyfi kullanılamayacaklarını ve olağanüstü hal döneminde kabul edilen KHK'lar uyarınca yapılan tasarruflar üzerinde hukukilik denetiminin devam edeceğini ifade etmek isteriz.

Ayrıca olağanüstü halde çıkarılan KHK'lara karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılamaması ile bu KHK'ların tatbiki ile ortaya çıkan bireysel sonuçlar hakkında dava açılabilmesi birbirine karıştırılmamalıdır. Olağanüstü hal döneminde bireysel idari tasarruflara (işlem ve kararlara) karşı idari yargıya başvurulabilir, ancak bu tasarruflardan dolayı açılan davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez.

15 Temmuz 2016 tarihinde meydana gelen darbeye teşebbüsün bastırılması ve sonrasında çıkarılan KHK'ların tatbikinden dolayı kamu görevlileri için öngörülen yargı dokunulmazlığı (sorumlu tutulamama), olağanüstü hal döneminde tatbik edilen kurallardan mağdur olduğunu iddia edenlerin yargı yoluna başvurmasının önünü kapatmayacaktır. Çünkü "hukuk devleti" ilkesi varlığını olağanüstü hal döneminde de korumaya devam eder.

Ayrıca; 667 sayılı KHK'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ile 668 sayılı KHK'nın 2. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, *"Bunların her türlü borçlarından dolayı hiçbir şekilde Hazineden bir hak ve talepte*

bulunamaz." cümlesinin sorunlu olduğu görülmektedir. Çünkü terör örgütü yapılanmasına aidiyeti, iltisakı veya irtibatı belirlendiği kabul edilen özel sağlık kurum ve kuruluşlarından, özel öğretim kurum ve kuruluşları ile özel öğrenci yurtları ve pansiyonlarından, vakıf ve dernekler ile bunların iktisadi işletmelerinden, vakıf üniversitelerinden, sendika, federasyon ve konfederasyonlar ile kitle ile iletişim vasıtalarından (radyo, televizyon, gazete ve dergilerden) alacakları olanların, yani bu yerlere mal satıp hizmet veren üçüncü kişilerin alacaklarını; kapatılan, faaliyetleri durdurulan ve her türlü malvarlığı Hazineye devredilen bu yerlerden tahsil edebilmeleri mümkün değildir. Bu hükmün düzeltilmesi ve elkoyulan malvarlıklarından, terör örgütü yapılanması ile iltisakı veya irtibatı olmayan, bu yerlerle sadece ticari münasebetleri olan iyiniyetli üçüncü kişilerin alacaklarının ödenmesi için yeni düzenleme yapılması isabetli olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.15/2'ye göre olağanüstü halde ve sıkıyönetimde dahi kısıtlanamayacak hak ve hürriyetler; yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı (vücut bütünlüğünün korunması), kölelik yasağı, "suçta ve cezada kanunilik" prensibidir ki, bu yasak iç hukukta bağlayıcı olan Anayasa m.15/2'de daha geniş tutulmuştur. Anayasa m.15/2'ye göre; yaşam hakkına, işkence ve kötü muamele yasağına, din, vicdan ve ifade hürriyetlerinden dolayı suçlanma ve zorlanma yasağına, "suçta ve cezada kanunilik" prensibine, kölelik yasağına ve suçsuzluk/masumiyet karinesine aykırı düşen hükümler olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde de getirilemez.

Suçsuzluk/masumiyet karinesi ile ilgili bir hususa değinmek isteriz ki; soruşturmalar devam ederken, soruşturmanın gizliliğinin şüphelilere ve avukatlara dahi uygulandığı bir aşamada, soruşturma dosyaları ile ilgili bilgi, belge, ifade, delil ve sorgu tutanaklarının kamuoyuna sunulması, tartışmaya açılması ve gizliliğinin bozulması doğru değildir.