

**T.C.**  
**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KORUNMASINDA POZİTİF  
YÜKÜMLÜLÜKLER**

**Ömer Faruk KIZILKAR**

**Yüksek Lisans Tezi**

**Danışman**  
**Doç. Dr. Abdulkadir YILDIZ**

**Konya - 2022**



T.C.  
NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü



**Bilimsel Etik Sayfası**

Öğrencinin	Adı Soyadı	ÖMER FARUK KIZILKAR		
	Numarası	19812301016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
Tezin Adı	Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Pozitif Yükümlülükler			

Bu tezin hazırlanmasında bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Ömer Faruk KIZILKAR



## ÖZET

Öğrencinin	Adı Soyadı	Ömer Faruk KIZILKAR		
	Numarası	19812301016		
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU/KAMU HUKUKU		
	Programı	Tezli Yüksek Lisans	X	
		Doktora		
	Tez Danışmanı	Doç.Dr. Abdülkadir YILDIZ		
Tezin Adı	Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasında Pozitif Yükümlülükler			

Temel hak ve özgürlükler bireylerin doğuştan sahip oldukları, devredilmez ve vazgeçilmez haklardır. Bu hakların öncelikli olarak devletler tarafından tanınması, saygı gösterilmesi, korunması ve en son olarak da bu hakların gerçekleştirilmesine uygun bir adli, idari ve yasal sistemin oluşturulması gerekmektedir.

Özellikle Avrupa Konseyine üye devletler açısından bakıldığında 2.Dünya Savaşı sonrası negatif yükümlülüklerin bir sonucu olarak tanıma ve saygı gösterme ödevlerinin gereği olarak devletler temel hak ve özgürlükleri yasal zeminde tanıyarak bu hakların korunması için gerekli düzenlemeleri sağlamaya çalışmışlardır. Negatif yükümlülüklerin tek başına temel hakların etkili kullanımlarında yeterli olmadığı, devletlerin ayrıca aktif bir davranış modeli içerisine girerek temel hakların korunması ve gerçekleşmesini sağlamaları gerektiği şeklinde bir anlayış süreç içerisinde gelişerek pozitif yükümlülükler olarak kavramsallaşan bir doktrinin oluşmasına zemin hazırlamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde oluşan bu doktrin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun sağlanması ile birlikte ülkemizde uygulamada sıkça karşılaşılan ve akademik açıdan rağbet gören bir konu haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: Temel Hak ve Özgürlükler, Devletin Ödevleri, Negatif Yükümlülükler, Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi



ABSTRACT

Author's	Name and Surname	Ömer Faruk KIZILKAR		
	Student Number	19812301016		
	Department	Public Law		
	Study Programme	Master's Degree (M.A.)	X	
		Doctoral Degree (Ph.D.)		
	Supervisor	Doç.Dr. Abdülkadir YILDIZ		
Title of the Thesis/Dissertation	Positive Obligations in the Protection of Fundamental Rights and Freedoms			

Fundamental rights and freedoms are known as the inalienable and indispensable rights of individuals. These rights must be recognized, respected and protected primarily by states. In addition, it is necessary to establish a judicial, administrative and legal system suitable for the realization of these rights.

Particularly, the member states of the Council of Europe have tried to provide the necessary arrangements for the protection of these rights by recognizing fundamental rights and freedoms on the legal basis as a requirement of their negative obligations and duty to recognize and respect after the Second World War.

An understanding that negative obligations alone are not sufficient for the effective use of fundamental rights and that states must also engage in an active behavior model and ensure the protection and realization of fundamental rights has developed in the process and paved the way for the formation of a doctrine conceptualized as positive obligations.

This doctrine, which was formed before the European Court of Human Rights, has become an academic issue that is frequently encountered in practice in our country with the provision of individual application to the Constitutional Court.

Keywords: Fundamental Rights and Freedoms, Duties of the State, Negative Obligations, Positive Obligations, European Court of Human Rights

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	ii
ABSTRACT .....	iii
İÇİNDEKİLER .....	iv
KISALTMALAR .....	vii
ÖNSÖZ .....	ix
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM DEVLETİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Devletin Negatif Yükümlülükleri .....	3
2. Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	4
2.1. Genel Olarak Pozitif Yükümlülükler .....	4
2.2. Pozitif Yükümlülüğün Tanımlanması ve Gelişim Süreci .....	6
2.3. Pozitif Yükümlülüklerin Kaynağı .....	7
2.3.1. Sözleşme Metninden Türetilen Pozitif Yükümlülükler .....	8
2.3.2. AİHM İçtihatlarından Doğan Pozitif Yükümlülükler .....	9
2.4. Yatay Etki Teorisi Işığında Pozitif Yükümlülükler .....	9
2.5. Pozitif Yükümlülük Doktrininin Kapsamına İlişkin AİHM Yaklaşımı .....	11
2.6. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri .....	12
2.6.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler .....	12
2.6.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler .....	14

### İKİNCİ BÖLÜM DEVLETİN YAŞAM HAKKI VE VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN KORUNMASINA DAİR POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Yaşam Hakkı (AİHS m.2-Any. m.17/1) .....	16
1.1. Yaşam Hakkı ve Normatif Temelleri .....	16
1.2. Yaşam Hakkının Korunmasına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	18
2. İşkence Yasağı (AİHS m.3-Any. m.17/3) .....	26
2.1. İşkence Yasağı ve Normatif Temelleri .....	26

2.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında İşkence Yasağına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	31
3. Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağı (AİHS m.4-Ay. m.18)....	39
3.1. Kölelik Yasağı ve Normatif Temelleri .....	39
3.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	43

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### ÖZEL HAYAT ve AİLE HAYATINA DAİR HAKLAR VE BU BAĞLAMDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

1. Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı (AİHS m. 8-Any. m.20, 21, 22) .....	46
1.1. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Hakkın Normatif Temelleri .....	46
1.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	50
2. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı (AİHS m. 12-Any. m.41) .....	56
2.1. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı ve Normatif Temelleri .....	57
2.2. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	59

### DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

#### ÇOĞULCULUĞUN KORUNMASI KAPSAMINDA HAKLAR VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

1. Seçme Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı (AİHS Ek 1 No.lu Protokol m.3- Any. m.67) .....	60
2. Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkına Dair Pozitif Yükümlülükler .....	61
3. Din ve Vicdan Özgürlüğü (AİHS m. 9-Any. m.24) .....	63
3.1. Din ve Vicdan Özgürlüğünün Normatif Temelleri .....	63
3.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Haklarına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	66
4. İfade Özgürlüğü (AİHS m.10-Any. m.25-26) .....	71
4.1. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Normatif Temelleri .....	71
4.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında İfade Özgürlüğüne Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	76
5. Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü (AİHS m.11-Any. m.33, 34, 51, 68, 69) ....	81

5.1. Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı ve Normatif Temelleri .....	82
5.1.1.Toplantı ve Gösteri Özgürlüğü .....	82
5.1.2.Örgütlenme Özgürlüğü .....	84
5.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğüne Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	85

## **BEŞİNCİ BÖLÜM**

### **MÜLKİYET HAKKI VE EĞİTİM HAKKI AÇILARINDAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER**

1. Mülkiyet Hakkı (Ek 1 No.lu Protokol m.1 – Any. m.35).....	89
1.1. Mülkiyet Hakkının Normatif Temelleri .....	89
1.2. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	90
2. Eğitim Hakkı (Ek 1 No.lu Protokol m.2, Any. m. 42).....	93
2.1. Eğitim Hakkının Normatif Temelleri .....	93
2.2. Eğitim Hakkının Gerçekleşmesinde Devletin Pozitif Yükümlülükleri .....	94

## **ALTINCI BÖLÜM**

### **USULE DAİR HAKLAR VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER**

1. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AİHS m. 5-Any. m.19) .....	96
1.1. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Normatif Temelleri .....	96
1.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	102
2. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m.6-Any. m.36,37,38,125 138, 140, 141).....	106
2.1. Adil Yargılanma Hakkı ve Normatif Temelleri .....	106
2.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Adil Yargılanma Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri.....	116

SONUÇ .....	122
-------------	-----

KAYNAKÇA .....	125
----------------	-----

## KISALTMALAR

<b>AD</b>	Adalet Dergisi
<b>age.</b>	Adı geçen eser
<b>agk.</b>	Adı geçen karar
<b>AİHM</b>	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜEHFD</b>	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜSBED</b>	Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
<b>AÜSBFD</b>	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	Anayasa
<b>AYM</b>	Anayasa Mahkemesi
<b>Bk.</b>	Bakınız
<b>BM</b>	Birleşmiş Milletler
<b>Bşv</b>	Başvuru
<b>C.</b>	Cilt
<b>CD</b>	Ceza Dairesi
<b>CGK</b>	Ceza Genel Kurulu
<b>CHD</b>	Ceza Hukuku Dergisi
<b>CMK</b>	Ceza Muhakemesi Kanunu
<b>DÜHFD</b>	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	Esas
<b>GÜHFD</b>	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HAEHD</b>	Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi
<b>İTÜSBD</b>	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
<b>K.</b>	Karar
<b>K.T.</b>	Tarihi
<b>m.</b>	Madde
<b>MÜHFHAD</b>	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>P</b>	Protokol
<b>R.G.</b>	Resmi Gazete

<b>S.</b>	Sayı / Sayılı
<b>s.</b>	Sayfa
<b>ss</b>	Sayfalar
<b>SÜHFD</b>	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>T</b>	Tarih
<b>TBBB</b>	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
<b>TCK</b>	Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	Türk Dil Kurumu
<b>THD</b>	Terazi Hukuk Dergisi
<b>THK</b>	Türk Hukuk Kurumu
<b>UMD</b>	Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi
<b>vd.</b>	Ve devamı (ve diğerleri)
<b>YBHD</b>	Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
<b>YD</b>	Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	Yargıtay Kararları Dergisi

## ÖNSÖZ

Bu çalışma, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile bir doktrin haline ulaşmış bulunan, temel hak ve özgürlüklere dair pozitif yükümlülüklerin yargı kararlarına yansımalarını incelemek amacıyla gerçekleştirilmiştir. Bu çalışmanın ana konusu temel hakların korunmasında devletin yükümlülüklerini pozitif yükümlülükler özelinde incelemektir.

Çalışma altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde temel hak ve özgürlüklere dair yükümlülükler konusu incelenmiştir. Diğer bölümlerde ise, hakların ortak özellikleri dikkate alınarak bir tasnif yoluna gidilmiş, ilgili konulara ait haklar aynı başlık altında incelemeye tabi tutularak haklar özelinde pozitif yükümlülükler konusu beş bölüm altında ayrı ayrı içtihatlar bağlamında incelemeye tabi tutulmuştur. Bölümler aracılığıyla yapılan tasnif sonucunda her bir hakka ilişkin genel bilgilendirme yapıldıktan sonra temel haklara dair pozitif yükümlülükler konusu üzerinde durulmuştur.

Tez yazım sürecime dair, tez teklifimi kabul eden ve tez çalışmamın her aşamasında engin bilgi, deneyimiyle beni aydınlatan ve kaynaklarından istifade ettiğim tez danışmanım Doç. Dr. Abdulkadir Yıldız Hocama teşekkür ediyor şükranlarımı sunuyorum. Ayrıca bu süreçte teknik bilgi ve deneyiminden faydalandığım değerli meslektaşım Abdurrahman Ünlü kardeşime, bugünlere gelmemde emeği olan değerli annem ve babama, hayatımın her alanında destekçim olan değerli eşime emekleri için teşekkür ediyorum.

Ömer Faruk KIZILKAR

Ankara 2022

## GİRİŞ

Temel hak ve özgürlükler yüzyıllarca süren çetin mücadeleler sonucu ulusal ve uluslararası metinlerde kendilerine yer bulabilmiştir. Geline nokta bireylerin doğuştan sahip oldukları, vazgeçilemeyen ve devredilemeyen bu hak ve özgürlüklerinin garantörünün devlet aygıtı olduğu şüphesizdir. Süreç içinde bu garantörlüğe bölgesel ve uluslararası kuruluşlar da dâhil olmuştur.

Devletlerin ulaştığı refah ve uyarlık seviyelerinin tespitinde temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde kullanılması önemli bir unsurdur. Günümüzde temel hak ve özgürlükleri korumaya yönelik sistemler ulusal ve uluslar üstü boyutuyla bir bütünlük ve ahenk içerisindedir. Nitekim Anayasamızın 90.maddesine göre temel hak ve özgürlükler konusunda uluslararası sözleşmeler ile kanunların çatışması durumunda uluslararası sözleşmelerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Bu değişiklikle birlikte, ulusal içtihatlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile uyumluluk sağlamaya başladı.

Uzun yıllar boyunca bireylerin temel haklarına haksız müdahaleden kaçınmanın devletlerin sorumluluğu açısından tek başına yeterli olduğu düşüncesi hâkimdi. Bu kaçınma yükümlülüğü, temel hak ve özgürlüklere karşı sadece negatif yükümlülük boyutunu oluşturmaktadır. Daha sonra, Strazburg organları, 1960lı yıllardan itibaren devletin sadece pasif hareket içerisinde bulunmasının hakların etkili bir şekilde korunması için yeterli olmadığı, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve korunması, işlevselleştirilmesi adına bazen aktif edimlerle harekete geçilmesi gerektiği yönünde içtihatlar geliştirmeye başladı. İşte temel hak ve özgürlüklerin daha etkili kullanılabilmesini sağlayacak bu aktif davranış modeline devletin pozitif yükümlülükleri denmektedir. Bu yükümlülüklerin tartışılıp geliştirilmesi pozitif yükümlülükler doktrinini oluşturmaya başladı. Nitekim ulusal ve uluslararası çapta temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren gelişmelerin dinamikliği göz önüne alındığında bu doktrinin yerindeliği ortaya çıkmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin tamamı için pozitif yükümlülükler doktrinini uygulamak mümkündür. Temel hak ve özgürlüklere dair normlar incelendiğinde bazı pozitif yükümlülüklerin normların içerisinde, norma bağlı emredici nitelikte

oldukları bazılarının ise yorum yoluyla ortaya çıkarılabilecekleri görülmektedir. Özellikle yorum yoluyla çıkarımda bulunulacak pozitif yükümlülükler; hukukun gelişimi, bireylerin ve devletlerin refah düzeyinin artması, insan haklarına yönelik farkındalıkların oluşması ile birlikte uygulama alanı genişletilebilmektedir. İşte bu dinamizm ve esneklik, tez konusunu belirlerken bize fayda sağlayıp yol gösterici olmuştur. Bu konuyu seçmekteki amacımız temel hak ve özgürlüklere dair devletin yükümlülüklerini içtihatlar üzerinden tartışmaktır.

Tez çalışması altı başlıktan oluşmaktadır. Bu başlıklar altında konu ve ilgilerine göre temel hak ve özgürlüklerin dağılımı yapılarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları özelinde devletin yükümlülükleri irdelenmektedir. Bu başlıkların ilki devletin temel hak ve özgürlüklere dair genel yükümlülüklerini içermektedir. Kalan beş başlık altında ise ikinci bölümde yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün bozulması bağlamında pozitif yükümlülükler, üçüncü bölümde özel hayat ve aile hayatı bağlamında pozitif yükümlülükler, dördüncü bölümde çoğulculuğun korunması bağlamında pozitif yükümlülükler, beşinci bölümde mülkiyet ve eğitim hakkı bağlamında pozitif yükümlülükler ve altıncı bölümde usule dair haklar ve bu haklar bağlamında pozitif yükümlülükler konuları işlenmektedir.

Yükümlülükler dair inceleme yapılırken özellikle pozitif yükümlülükler konusu üzerinde yoğunlaşılması tercih edilmiştir. Negatif yükümlülükler dair eserlerin bolluğu nedeniyle konuya yeri geldiğinde yüzeysel olarak değinilmekle yetinilmiştir. Ayrıca pozitif yükümlülükler konusu irdelenirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında sıkça uygulanan tasnif yöntemi üzerinden gidilmiştir. Bu tasnif doğrultusunda pozitif yükümlülükler maddi ve usuli olmak üzere ayrı ayrı incelemeye tabi tutulmuştur.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### DEVLETİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE DAİR YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Temel hak ve özgürlükler, bireylerin birbirlerine karşı veya devlete karşı olan haklarından oluşmaktadır. Bu hakların gerçekleşmesi adına, bireylere olduğu gibi devlete de bazı sorumluluklar yüklenmiştir. Bu sorumlulukların dayanağını, hakların gerçekleşmesi adına devletin bazı davranışlardan kaçınması veya hakların daha etkin kullanılabilmesi adına harekete geçmesi gerekliliği oluşturmaktadır. Devletin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki yükümlülükleri, davranış biçimi açısından negatif ve pozitif yükümlülükler başlıkları altında incelenmektedir. Bu usul ile yapılan bir inceleme Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihat usulü tipolojisine de uygunluk arz etmektedir.

#### 1. Devletin Negatif Yükümlülükleri

İnsan haklarını tanıyan devletlerden, yaygın olarak beklenen ilk şey, tanıdığı haklara saygı gösterip bu haklara müdahale etmemesidir. Dokunmama/saygı gösterme, George Jellinek'in<sup>1</sup> üçlü hak tasnifinde negatif statü haklarına tekabül etmektedir. Bu saygı elbette mutlak olmak zorunda değildir.

Pozitif yükümlülükler konusunun anlaşılabilmesi adına öncelikle negatif yükümlülüklerin ne olduğunun kavranması konuya giriş ve kavrama açısından önem taşımaktadır. Negatif yükümlülükler insan hakları konusunu içeren uluslararası, bölgesel ve ulusal mevzuatlarda yer alan temel hak ve özgürlüklere dair kamu otoriteleri tarafından yapılabilecek ihlal eylemlerini önleme amacıyla getirilen, hakkın doğasında bulunan ve bu haklarla bütünleşik olan ödevlerdir. Negatif yükümlülükler, kamu otoritesinin bireylerin hak ve özgürlükleri lehine sınırlanmasını ifade eder. Negatif yükümlülükler kavramı olumsuz bir anlam hissiyatı vermenin yanında kamu otoritesinin pasif davranış içerisinde bulunma veya davranıştan kaçınma şeklinde bir tutum sergilemesi yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır.

---

<sup>1</sup> Jellinek'in yaptığı sınıflandırmaya göre haklar; negatif statü hakları (koruyucu haklar), pozitif statü hakları (isteme hakları) ve aktif statü hakları (katılma hakları) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Ancak Jellinek dışında farklı sınıflandırmalar da mevcuttur. Kuşak haklar, bireysel-kolektif haklar, şekli-gerçek haklar, insan-yurttaş hakları gibi sınıflandırmalar insan haklarının farklı bakış açıları ile değerlendirilmesinin birer sonucudur.

Devletin kimseye işkence ve eziyet etmemesi, yasal sebepleri olmadıkça kimsenin haberleşmesinin engellenmemesi, kişilerin özel hayatına dokunulmaması, düşüncelerini ifade etmesinin engellenmemesi, mülke hukuka aykırı müdahaleden kaçınılması, keyfi yakalama, keyfi tutuklama ve keyfi yargılama gerçekleştirilmemesi gibi ödevler bu kapsamda sayılabilir. Bu ödevler, yükümler ve sınırlamalar; devletin, iktidarın ve kamu gücünü kullanan tüm kurumların hukuki sınırlarını çizer ve bireyi devlete karşı kollayıp, korumuş olur. Bu alanların devletler tarafından ihlal edilmesi, literatürde insan haklarının “dikey ihlali” olarak tanımlanır. Devlet ve birey arasındaki bu etkileşime ise “dikey etki” denir.<sup>2</sup>

Negatif yükümlülüklerin asıl olarak dikey ihlallere karşı koruma getirmesi nedeniyle bu iki kavram yakından ilişkilidir. İnsan haklarının ilk ve ana amacı devletin ihlallerine veya ihlal potansiyeline karşı bireyi korumaya almaktır. Dikey etki halinde sorumlu yalnızca devlettir ve temel hak ve hürriyetler her zaman dikey etkiye sahiptir.

## **2. Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

### **2.1. Genel Olarak Pozitif Yükümlülükler**

Temel hak ve özgürlüklerin etkili kullanımını için devletin negatif yükümlülüklerle riayet etmekle saygı gösterme ödevini tek başına yerine getiremeyeceği anlayışı zaman içerisinde oluşmaya ve gelişmeye başlamıştır. Bu gelişimin temelinde insan haklarının etkili bir şekilde korunması gayesi söz konusudur.<sup>3</sup>

Zamanla devletin koruma yükümlülüğü kapsamında aktif olarak adım atması gerekli temel hak ve özgürlük alanları olduğu fikri yayılmaya başlamış, bu koruma yükümlülüğü kavramı doktrinsel olarak gelişerek pozitif yükümlülük kavramına dönüşmüş, bu kavram AİHM tarafından da kabul görerek içtihatlarda sıkça kullanılır

<sup>2</sup> Durmuş TEZCAN vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, 6.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2016, s. 57.

<sup>3</sup> İsmail Emrah PERDECİOĞLU, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükler*, 1.Baskı Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 90.

hale gelmiştir.<sup>4</sup> Ancak ne AİHM ne de AİHS pozitif yükümlülükleri kavramsal olarak tanımlamaya çalışmışlardır.<sup>5</sup>

Saygı yükümlülüğünün sonucu olarak negatif yükümlülüğün, koruma ve gerçekleştirme yükümlülüğünün sonucu olarak ise pozitif yükümlülüklerin doğduğunu söyleyebiliriz.<sup>6</sup>

Pozitif yükümlülükler, devletlere ihlalden kaçınmanın yanında ihlali önleme ve hakların gerçekleşmesini sağlama adına aktif tutum içerisine sokan bir doktrin olmuştur. Pozitif yükümlülük doktrinine göre temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesi adına devletlerin makul ve gerekli her türlü tedbiri alması zorunlu tutulmaktadır.<sup>7</sup>

Pozitif yükümlülükler doktrini ile yakından ilgisi olan yatay etki teorisi, üçüncü kişilerin eylemlerine karşı devletin kişi hak ve özgürlüklerini korumadaki sorumluluğunu ele alır. Bu nedenle de pozitif yükümlülük doktrininin bir parçasını oluşturmaktadır. Aynı zamanda yatay etki teorisi pozitif yükümlülük doktrininin bir sonucudur.<sup>8</sup> Yatay etki teorisi Almanya’da kabul edilip gelişmeye başlamıştır. AİHS uygulamalarında ise yatay etki, pozitif yükümlülük doktrini altında değerlendirilmektedir. Ülkemizde de AİHM ile paralel bir şekilde pozitif yükümlülüğün bir parçası olarak içtihatlarla yansımaktadır.

AİHM; yatay ilişkiler kapsamında, AİHS uygulamasını üç yöntemle genişletmiştir. Bunlar; devletlerin pozitif yükümlülük kapsamlarını genişletme, özel hukuku AİHS kapsamında yorumlamak ve bireyin menfaati ile kamunun menfaatlerini dikkate alarak dengelemek hususlarından oluşur.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Reyhan SUNAY, “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. SUHFD (2015), s. 29, doi:10.15337/suh.2017.18.

<sup>5</sup> Jean-François AKANDJİ-KOMBE, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, ed. Özgür Heval ÇINAR, Abdülcelil KAYA, 1.Baskı Belçika: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:7, 2008, s. 7.

<sup>6</sup> Ufuk Ramazan ÇAKMAK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s. 123.

<sup>7</sup> Simay DOĞMUŞ, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*, 1.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 158.

<sup>8</sup> Ladji KABA, *AİHM Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2018, s. 59.

<sup>9</sup> Dilara YÜZER ELTİMUR, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 1.Baskı İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018, s. 92.

## 2.2. Pozitif Yükümlülüğün Tanımlanması ve Gelişim Süreci

Pozitif yükümlülüğü tanımlamak için doktrinde farklı bakış açıları vardır ve bu bakış açıları nispetince farklı tanımlamalar yapılmıştır. Bu farklı tanımlamalar kavramın esnekliği ve sosyal bilimlerin ruhundan kaynaklanmaktadır. İnsan hakları hukukunda devlete yüklenen ödevleri incelerken “yapmama, dokunmama ” kavramları üzerinde durmuştuk. Bu negatif kavramların tam karşısında devletin aktif bir tutum içerisine girmesini sağlayacak “edimde bulunma, koruma” şeklinde kavramlar yer alır.

Bu açıdan pozitif yükümlülük; bireylerin hak ihlallerinden korunması ve haklarını kullanırken engel durumların ortadan kaldırılması şeklinde devletlerin aktif davranış hali içerisine girme durumu olarak tanımlanabilir. Pozitif yükümlülük kavramının farklı tanımları içerisindeki ortak paydanın, devletin harekete geçme yükümlülüğü olduğu söylenebilir. İnsan haklarının geliştirilip uygulanabilirliği açısından bu yükümlülükleri yerine getirmek devletlerin görevidir.

Pozitif yükümlülüğün devletler açısından bir sorumluluk olarak ortaya çıkması sosyal hakların tanınmasıyla başlamıştır. 18-19.yüzyıllarda klasik insan hakları, negatif statü hakları veya birinci kuşak haklar olarak adlandırılan temel haklar tanınmaktaydı. Yatay etki kapsamında pozitif yükümlülük kavramı 20.yüzyılda ortaya çıkıp tartışılmaya başlandı.

AİHS sistematığı içerisinde pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkışı ve gelişiminde asıl rol sahibi şüphesiz AİHM'dir.<sup>10</sup> Pozitif yükümlülük bir kavram olarak AİHM'nin 1968 tarihli Belçika Eğitim Dili Davası<sup>11</sup> ile ortaya çıkmıştır.

---

<sup>10</sup> PERDECİOĞLU, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükler*, s. 68.

<sup>11</sup> “AİHM önüne gelen en önemli davalardan biri olan Belçika'da Eğitim Dili Davası'nda, Belçika Hükümeti bu yönde tezler öne sürmüştür. Belçika Hükümeti bu davada, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ve Avrupa Sosyal Şartı'nın aksine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, haklara karşılık olarak, özgürlüklerin klasik anlayışından esinlendiğini ve bireysel özgürlüklerin devletlere sadece birer kaçınma yükümlülüğü yüklediğini, yani olumsuz bir görev yüklediğini savunmuştur. Belçika Hükümeti burada devletlerin birer üstlenme, yani bu konuda vatandaşlarına eğitim ve öğrenim sunma yükümlülüğünün olmadığını, sadece bireylerin öğrenim hakkını engellememe yükümlülüğünün olduğunu savunmuştur. Mahkemeye göre burada devletlere getirilen sadece, olumsuz nitelikli bir yasaklama yasağı söz konusudur. Belçika Hükümeti'nin bu görüşlerine karşılık, AİHM aynı kararda, Sözleşme maddesinin bu şekilde kaleme alınmış olmasının taraf devletleri her türlü pozitif yükümlülükten muaf tuttuğu anlamının çıkmayacağı sonucuna varmıştır. Devletler; eğitim hakkından herkesi eşit bir şekilde yararlandırmak, herhangi bir ayrıma gitmemekle yükümlüdürler. Devletin hiç kimse aleyhine eğitim hakkını ihlal etmemesi gerekir. Bunun manası; Devlet bir şahsın eğitim hakkına

AİHM'nin bu kararının ardından sürekli olarak pozitif yükümlülük kavramının içeriği mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiştir. Aslında 1950 yılında Roma'da AİHS imzaya açılırken devletler sadece sözleşmede yer alan hakları ihlal etmekten kaçınacakları şeklindeki bir negatif yükümlülüğü üstlendiklerini düşünüyorlardı. Sözleşmenin lafzı doğrudan devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemiyordu. Ancak AİHM; içtihatlarıyla, devletlerin pozitif yükümlülükleri şeklinde yeni bir yorumu Sözleşme'ye katmış oldu.

Bu içtihatların ilk örneklerinden olan ve üçüncü şahısların eylemlerinden devletin sorumlu tutulabileceğine dair yatay etkinin kabul edildiği X ve Y/Hollanda davası pozitif yükümlülüğün kavramsallaşma tarihi açısından önemlidir. Bu davada AİHM şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Bu yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini dahi içine alan, özel hayata saygının güvence altına alınması amacıyla bir takım tedbirler alınmasını gerektirebilir.”<sup>12</sup>*

### **2.3. Pozitif Yükümlülüklerin Kaynağı**

Pozitif yükümlülüklerin hukuki dayanağı olarak, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan insan haklarına saygı yükümlülüğü ile 13. maddede yer alan etkili başvuru hakkı gösterilmektedir.<sup>13</sup> İnsan haklarını koruma yükümlülüğü ve etkili başvuru hakkı kapsamında, içtihat yoluyla pozitif yükümlülükler türetilmektedir. Bu bağlamda AİHM, bir kararında pozitif yükümlülüklerin dayanağına ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*“...Bu davanın şartlarında, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında Moldova'ya ait olan kendi yetki alanı içinde bulunan herkesin, (...) Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü, uluslararası*

---

pratikte müdahale etmemeli, örneğin devlet tarafından sunulan eğitim imkânlarına ulaşmada ve bu imkânları kullanmada herhangi bir engelleme olmamalıdır. Bunun yanı sıra, AİHM'e göre, sözleşme ilk olarak belirli bir zamanda, bir şekilde, var olan bir eğitim kurumuna girebilme hakkını güvence altına alır. Bu hakkın etkili sonuçlar doğurabilmesi için de; eğitimden yararlanan kişinin, o ülkede yürürlükte bulunan kurallara göre tamamladığı eğitiminin, bir şekilde, resmi olarak tanınması gerekir.” Ahmet Ziya ÇALIŞKAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. EÜHFD (2007), ss. 302–303. ÇALIŞKAN, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, ss. 295–314.

<sup>12</sup> X ve Y/Hollanda Davası, Başvuru No. 8978/80, 26.03.1985, prg.23.

<sup>13</sup> YÜZER ELTİMUR, s. 143.

*hukuka uygun olarak ve kendi gücü oranında alması gereken, diplomatik, ekonomik, hukuki ve diğer nitelikteki pozitif yükümlülükler ile sınırlıdır.”<sup>14</sup>*

Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi (AYM) de Anayasa'nın devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesinin devlete özgürlüklerin korunmasında pozitif yükümlülükler yüklediği yorumunu yapmaktadır. AYM'nin bir kararında bu durum şöyle ifade edilmektedir:

*“Anayasanın 5. maddesine göre devletin temel amaç ve görevlerinden biri 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.”<sup>15</sup>*

### **2.3.1. Sözleşme Metninden Türetilen Pozitif Yükümlülükler**

Pozitif yükümlülükler AİHS ve Ek Protokol'lerde yer alan hükümlerin lafzından doğrudan veya yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Örneğin Sözleşme'nin 6. maddesinin 3. fıkrasında<sup>16</sup> pozitif yükümlülükler çok açık bir şekilde sıralanmıştır: kişilerin suçlamadan ve niteliğinden anladığı dilde ve ayrıntılı şekilde haberdar edilmesi, kişilere savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıkların sunulması, tanıklarının dinletebilmesi için gerekli kolaylığın sağlanması, müdafinin tercüman yardımının sunulması gibi hakların sağlanması. İşte Sözleşme veya protokoller ile belirlenen bu yükümlülükler normatif yükümlülükler olarak da adlandırılabilir içtihat dışı kaynaklardır.

<sup>14</sup> Catan ve Diğerleri/Moldova ve Rusya Davası, Başvuru No:43370/04, 19.10.2012, prg.109.

<sup>15</sup> Tuğba Arslan Başvurusu, Başvuru No: 2014/256, 25.6.2014, prg.138.

<sup>16</sup> AİHS m.6/3: “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 müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;
- d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;
- e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

### 2.3.2. AİHM İçtihatlarından Doğan Pozitif Yükümlülükler

Mahkemenin pozitif yükümlülüklerle ilişkin devletlere yüklediği ödevlerin yukarıda bahsedilen lafızdan türeyen halleri dışındakiler AİHM içtihatları ile ortaya çıkmaktadır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin konu ve amacı, temel hak ve özgürlüklerin gerçek ve etkili şekilde korunmasını sağlamaktır.<sup>17</sup> Ayrıca AİHM Tyrer/Birleşik Krallık Davası'nda da belirttiği üzere Sözleşme'yi "yaşayan bir belge" olarak görmektedir. Bu gerekçelerdir ki Mahkeme, Sözleşme'nin lafzı ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasını ve gerçekleşmesini sınırlamamaktadır. AİHM içtihatlarından çıkarılan bazı ödevler olarak şunlar gösterilebilir:

*"Hukuki bir çerçeveyi yürürlüğe koyma, hak ihlallerini engelleme, hak ihlallerine dair enformasyon sağlama, hak ihlallerine karşı müeyyide, hakların ihlalini önlemek için bireylere kaynak sağlama."*<sup>18</sup>

AİHM'in Sözleşme'nin lafzı dışına çıkararak dinamik yorum yapmasına örnek olarak; mülkiyet hakkı konusunda resmi olarak gerçekleştirilen kamulaştırmaların yanında fiili kamulaştırmaların da madde kapsamında değerlendiriliyor olması gösterilebilir.

### 2.4. Yatay Etki Teorisi Işığında Pozitif Yükümlülükler

AİHS 34. maddesi ile "Bireysel Başvurular" başlığı altında<sup>19</sup>, aleyhinde bireysel başvuruda bulunulabilecek kişi olarak sadece devleti öngörmüştür. Yani Sözleşme ve Protokollerince, güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini düşünen kişi ve kamu kuruluşu dışındaki tüzel kişiler devlet aleyhine AİHM'e başvurabilirler. Bu maddenin lafzından; Sözleşmenin devlet ile birey arasında yaşanan dikey ihlallerde söz konusu olabileceği düşünülebilir. Hakların üçüncü

<sup>17</sup> Yüksel METİN, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 27 (2010), s. 119.

<sup>18</sup> Osman DOĞRU, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu 11 Mayıs 2007*, Ankara: Danıştay Tasnif ve YayınBürosu Yayınları, 2008, s. 208.

<sup>19</sup> AİHS m.34: "Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler."

kişilere etkisine dair bir ifade veya tanımlama Sözleşme metninde yer almamaktadır. Her ne kadar metinde lafzi olarak yer almasa da, bireyler arasındaki ilişkilerde devletin üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmediği gerekçesi ile devlet aleyhine bu yola başvurunun mümkün olduğu AİHS uygulamaları ve AİHM içtihatları ile kabul edilmiştir. Bu yorum ve içtihatların kaynağı AİHS m.1 olarak belirtilmektedir.<sup>20</sup>

Pozitif yükümlülük doktrini bireyler arasındaki ilişkilere de AİHS'in uygulanıp, temas edebilmesi için yatay etki doğurabilmektedir. Pozitif yükümlülüklerin yatay etkisinin kabul edilmemesi halinde hakların etkili olarak kullanımı sağlanamayacaktır.<sup>21</sup>

Uygulamada yatay etkinin uygulanabilirliğine dayanak olarak Sözleşme'nin 1, 13 ve 17. maddeleri gösterilmektedir.<sup>22</sup> Bu maddelerde bireylerin birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri ihlallere yönelik bir sınırlama getirilmediği gibi, Sözleşme'nin 1. ve 13. maddelerinde "herkes" ibaresi ile de yatay etkinin uygulanabilirliği pekiştirilmiştir.

Yatay ihlal hallerinde devletin sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda hangi ölçütlerin kullanılacağı gibi bir sorunsal ile karşılaşılabilir. Pozitif yükümlülüklerin normatif olarak düzenlenmeyişinden dolayı bu yükümlülüklerin sınırlarını tespit etmek kolay değildir. Fakat devletin yatay ihlalden sorumlu tutulabilmesi için kendisine atfedilebilir bir eylem, üçüncü kişinin müdahalesindeki koruma görevini ihmal veya kamusal aktivitelerdeki aksaklıklar olarak genel bir belirleme ile sorumluluğu sınırlandırabiliriz. Yatay ihlaller karşısında devletin sorumluluğu, koruma yükümlülüğünün neticesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca devletin koruma yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkan yatay etki teorisi bir

<sup>20</sup> AİHS m.1: "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

<sup>21</sup> Muhammet Murat ÜLKÜ, *Hürriyetinden Mahrum Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2019, s. 86.

<sup>22</sup> AİHS m. 13: "Bu Sözleşme 'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir."

AİHS m. 17: "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme 'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme 'de öngörülmesi olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz."

sonuç yükümlülüğü değildir, yani öngörülebilir makul tedbirleri alması sonucu yine de ihlal gerçekleşmiş ise devlet bundan sorumlu tutulamaz, aksi düşünce devletin sınırsız sorumluluğunu doğurmakta ve sınırsız bir külfet getirmektedir.<sup>23</sup>

AİHM, devletin önleyici ve telafi edici koruma yükümlülüğünü sağlaması gerektiğine dair Assanidze/Gürcistan kararında şu değerlendirmeleri yapmıştır;

*“...ayrıca sonuç olarak, bu hak ve özgürlüklerin kullanımının güvence altına alınması için bu makamların herhangi bir ihlali ilk aşamada engellemesi veya bunlara karşı hukuk yolu oluşturması gerekmektedir.”<sup>24</sup>*

## **2.5. Pozitif Yükümlülük Doktrininin Kapsamına İlişkin AİHM Yaklaşımı**

Pozitif yükümlülük kavramının içeriğine dair bir değerlendirmeyi AİHM’de göremiyoruz ancak AİHM içtihatları sonucu pozitif yükümlülükler doktrinine ulaşmaktayız. Mahkeme, nasıl bir yorum yapılması gerektiğini belirttiği gibi nasıl yorumlar yapılamayacağını da içtihatlarında belirtmektedir. Mahkeme özellikle pozitif yükümlülükleri değerlendirirken makamlara imkânsız ve orantısız bir yük yüklemekten kaçınır.<sup>25</sup> Mahkemenin bu bakış açısı devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Ayrıca Mahkeme tarafından, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine ilişkin özel bir yöntem geliştirmiştir. Bu yöntem hakların etkin kullanılabilmesi amacıyla her olayın somut şartlarına göre esneklik gösterebilmektedir. Bu yöntem Sözleşme’nin 8-9-10-11. maddelerinin 2. fıkraları da dikkate alınarak oluşturulmuştur.

Bunlar genel olarak:

- “Söz konusu müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı,
- Müdahalenin bu maddelerde belirtilen kamu güvenliği gibi meşru amaçlara hizmet edip etmediği,
- Müdahalenin hedefteki amaç ile orantılı olup olmadığı,
- Risk altındaki kamu menfaatinin önemi ve devletin takdir yetkisi,

<sup>23</sup> DOĞMUŞ, s. 171.

<sup>24</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 16.

<sup>25</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 55.

- Hukukun üstünlüğü ve üçüncü tarafın haklarını koruma gerekliliğidir.”<sup>26</sup>

## 2.6. Pozitif Yükümlülüklerin Türleri

AİHM veya AYM pozitif yükümlülük değerlendirmesi yaparken sistematik bir tasnifleme gayreti içerisine girmemektedir.<sup>27</sup> Mahkeme'nin yükümlülükler dair temel amacı hakların daha etkili ve aktif biçimde korunması ve kullanılmasını sağlamaktır. Ancak uygulamada gerek içtihatlar da gerekse de hukukçular arasında yükümlülüklerin daha anlaşılabilir olması amacıyla matuf olarak alternatifli sınıflama yoluna gidildiği görülmektedir. Bu tasniflere örnek olarak, önleme yükümlülüğü ile sonuç yükümlülüğü ve maddi yükümlülük ile usûli yükümlülük gösterilebilir. Ancak pratikte, AİHM ve AYM'nin sıkça kullandığı maddi ve usûli yükümlülükler şeklindeki ikili tasnif rağbet görmektedir.

Pozitif yükümlülükler AİHM uygulamasında usule ve esasa yönelik olarak ikili bir tasnifle incelemeye tabi tutulmaktadır. Bu tasniflemeye temel ölçüt, devletten temel hak ve özgürlüklere dair beklenti içerisinde bulunan edimin esasında yatmaktadır.<sup>28</sup> Genel olarak hakkın ihlalini önlemeye dair tedbirler pozitif yükümlülüklerin esasa dair kısmını oluşturmaktadır. İhlalin gerçekleşmesi sonrası, ihlal sonucu oluşan etkileri ortadan kaldırmaya yönelik davranışlar ise pozitif yükümlülüklerin usuli kısmını oluşturmaktadır. Pratikte her iki yükümlülük çeşidinin geçişken ve karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu görülmektedir.<sup>29</sup> Yasal ve idari çerçeve oluşturmanın esasa dair pozitif yükümlülüğü oluşturduğu, oluşturulan bu yasal ve idari çerçevenin etkili şekilde uygulanmasının ise usule dair pozitif yükümlülükleri oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>30</sup>

### 2.6.1. Usule İlişkin Pozitif Yükümlülükler

AİHM 'ne göre usûli pozitif yükümlülükler, kişilerin daha etkili korunması için devlete iç hukuk sistemlerinin gerek soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma gerekse de mevzuat açısından hak ihlallerine karşı yeterli hukuk yollarını öngören

---

<sup>26</sup> TEZCAN vd., s. 803.

<sup>27</sup> PERDECİOĞLU, s. 90.

<sup>28</sup> PERDECİOĞLU, s. 91.

<sup>29</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 16.

<sup>30</sup> Suat ŞİMŞEK, "AİHM İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, C. 84 (2012), s. 11.

yükümlülüklerdir.<sup>31</sup> Usule ilişkin pozitif yükümlülükler, fiilen etkili olan iç hukuk yollarını sağlamayı amaçlamaktadır.<sup>32</sup>

AIHM Önergyıldız/Türkiye davasında usuli pozitif yükümlülüklerle ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“İşte tam olarak bu husus, AIHM’nin, bu davalarda başvuruların etkili hukuk yollarından mahrum bırakıldıkları sonucuna varmasına neden olmuştur; yani, bu şahısların şikayetçi oldukları olaylara ilişkin mesuliyetin belirlenmesinde ve dolayısıyla uygun tazminat alma yoluna gitmede cezai usule bir müdahil taraf olarak katılmak için başvurma veya hukuk ve idari mahkemelerde işlem başlatma imkanları olmamıştır. Diğer bir ifadeyle, bir bütün olarak yasal sistemde, cezai soruşturma ve bu başvuruların yararlanabileceği mevcut hukuk yolları arasında sıkı bir usul ve pratik ilişkisi gözlenmiştir*

*Önemli olan, Devlet’in 2. maddeden kaynaklanan usule ilişkin yükümlülüğe uymamasının, merhumun ailesinin, 2. madde ile gözetilen haklarının ihlaline yol açan eylemler ve ihmaller için Devlet görevlilerine veya organlarına sorumluluk yüklemeye ve tazminat almada izlenebilecek diğer mevcut ve etkili hukuk yollarını kullanabilmeleri üzerindeki etkisidir.”<sup>33</sup>*

AYM ise bir kararında usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin kapsamını şu ifadelerle belirtmiştir:

*“Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu bu pozitif yükümlülüğün bir de usûli boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının*

---

<sup>31</sup> Sadık KOCABAŞ, *AIHS Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta Üniversitesi, Isparta, 2009, s. 23.

<sup>32</sup> Cem ŞENOL, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, 1.Baskı İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2013, s. 74.

<sup>33</sup> Önergyıldız/Türkiye Davası, Başvuru No:48939/99, 30.11.2014, prg.148.

*kariştiğı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır.*"<sup>34</sup>

Usule ilişkin yükümlülükler Sözleşme ile düzenlenmesinin yanı sıra AİHM kararlarında da ayrıca belirtilmektedir. Usule ilişkin yükümlülükler, Sözleşmenin bütün maddeleri üzerinde etkiye sahiptir. Çünkü temel haklardan oluşan Sözleşmenin etkili bir sonuç doğurabilmesi usûli yükümlülüklerin yerine getirilmesi şartına bağlıdır. Usule ilişkin yükümlülükler esasa ilişkin yükümlülüklerin n koşuludur. Bu n koşul yerine getirilmediği hallerde ihlal gerçekleşir.

Zararı tazmin etme, muhtemel zararı engelleme, etkin ve etkili bir yargı yolu sağlama, yargılama yapma ve yargılama sonucunu icra edebilme AİHM kararlarında gördüğümüz usule ilişkin bazı pozitif ykmllklere örneklerdir.

### **2.6.2. Esasa İlişkin Pozitif Yükümlülükler**

Esasa ilişkin pozitif yükümlülükler; etkin bir hukuk düzeni kurulması, üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruma sağlama ve hakları koruyucu tedbirler alma gibi ödevleri ihtiva eder. Bunlar devletin sağlaması gereken koruma yükümlülüğünün birer sonucudur.

AİHM pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacına matuf olarak, devletlerin uygun ve yeterli hukukî teçhizatlar ile kendilerini donatmaları gerektiğini belirtmektedir.<sup>35</sup>

Esasa ilişkin pozitif yükümlülükler dikey ve yatay etki kapsamında bir tasnifle de incelenebilir. Dikey etki kapsamında devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülükleri, etkin hukuk düzeni kurması ve hakların korunmasına yönelik tedbirler almasıdır.<sup>36</sup>

Anayasa Mahkemesi esasa dair pozitif ykmllklere ilişkin şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*"Pozitif yükümlülükler kapsamında devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi*

<sup>34</sup> Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2013/293, 17.7.2014, prg.110.

<sup>35</sup> ŞİMŞEK, s. 8.

<sup>36</sup> YÜZER ELTİMUR, s. 169.

*eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevi vardır. Devlet, öncelikle yaşam hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı; bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Bu ödev ayrıca bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten koruma yükümlülüğünü de içerir”<sup>37</sup>*

Etkin hukuk düzeninin kurulması, Sözleşme ’de yer alan hakların ulusal iç hukuk sistemleri tarafından tanınıp koruma altına alınması ile sağlanabilir. Devletler için hakların etkin korunmasını sağlayacak en önemli görev, Sözleşme’nin iç hukuk sistemi ile bütünleşmiş hale getirilmesidir. Bu entegrasyon ülkelerin hukuk sistemlerine göre farklılıklar arz edebilir.

Türk hukuk sistemi açısından bu entegrasyon 1982 Anayasası ve çeşitli kanunlarla gerçekleştirilmeye sağlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun bu bütünleşmeye dair önemli örneklerdir. Bunlar soruşturma ve kovuşturma usullerinin neler olduğu ve yaptırımların nasıl uygulanacağına dair hükümler içeren, Sözleşme ile uyumlu hale getirilmiş ulusal mevzuatlardır. Bu mevzuatlar ile etkin bir hukuk düzeni oluşturmak amaçlanmıştır.

Hakların korunması ve gerçekleşmesine yönelik tedbirler, hukuki alanda olabileceği gibi ekonomik, kültürel, dini ve eğitim alanlarında da olabilir. Bu tedbirler sınırlayıcı şekilde tasnif edilmemişlerdir ve zaten yapıları itibarıyla de bir sınırlamaya tabi tutulamayacaklardır.

Sınırlayıcı olmamanın dezavantajı yükümlülüklerin kapsamının genişlemesidir. Bu genişlemenin sonucu olarak ortaya çıkan ekonomik ve hukuki külfetlerin devletlere aşırı yük yüklediği şikâyetidir. Bu külfetleri azaltmak adına atfedilebilir yükümlülüklerin bir sınırının olması beklenir. AİHM’e göre bu sınırların kapsamı, devletten beklenebilecek oranda makul ve ciddi<sup>38</sup> adımların atılması şeklindedir. Devletin öngöremeyeceği makulün ötesinde koruma ödevlerini devlete yüklemek, altından kalkılamayacak bir külfet oluşturur.

<sup>37</sup> Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocapıçak Başvurusu, Başvuru No.2016/9528, 09.06.2020, prg.81.

<sup>38</sup> YÜZER ELTİMUR, s. 148.

## İKİNCİ BÖLÜM

### DEVLETİN YAŞAM HAKKI VE VÜCUT BÜTÜNLÜĞÜNÜN KORUNMASINA DAİR POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### 1. Yaşam Hakkı (AİHS m.2-Any. m.17/1)

Yaşam hakkı AİHS m.2 “Yaşam hakkı” başlığı altında ve 1982 Anayasası m.17 “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında işlenmiş ve koruma altına alınmıştır.

##### 1.1. Yaşam Hakkı ve Normatif Temelleri

Yaşam hakkı, insan haklarının içinde en temel haklardan ve diğer haklara nazaran en üstün değeri ifade etmektedir.<sup>39</sup> Bu hakkı önemli kılan başka bir husus ise diğer hakların insanlık tarihi içerisindeki serüvenini bizlere yansıtabilmesidir.

Yaşam hakkının pozitif norm olarak kabul edilmesi ve sıkça dillendirilmesi son yüzyıla dayanır. Özellikle II. Dünya Savaşı sırasında meydana gelen kitlesel yaşam hakkı ihlalleri nedeniyle yaşam hakkının ulusal ve uluslararası hukuk tarafından korunması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak hakkın varlığına tehlike oluşturan müdahalelerin önlenmesi için devletlere yükümlülükler getirilmiştir. Hakkın korunmasını sağlama, uluslararası teamül hukukunun temel ilkesini oluşturmaktadır.<sup>40</sup>

Ulusal mevzuatımız incelendiğinde; AİHS m.2 ve 1982 Anayasası m.17/1 ile yaşam hakkının koruma altına alındığı görülmektedir.<sup>41,42</sup> 1982 Anayasası’nda “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında yaşam hakkı koruma altına alınmıştır.

<sup>39</sup> Veli Özer ÖZBEK, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s. 106.

<sup>40</sup> Ayşe ÖZKAN DUVAN, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2 (2018), s. 661, doi:10.33433/maruhad.502940.

<sup>41</sup> AİHS m.2: “1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez. 2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz: a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması; b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme; c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması”

<sup>42</sup> 1982 Any. m.17/1: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

Sözleşme' ye Ek 6. ve 13. Protokoller sayesinde yaşam hakkı çerçevesinde AİHS ile Türk mevzuatı arasında tam bir uyum sağlanmıştır. Tıpkı AİHM gibi, Anayasa Mahkemesi de hakkı usul ve esas açısından ikili bir tasnife tabi tutarak incelemektedir. Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusunda, Anayasa Mahkemesi:

*“...Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usûli yönü bulunmaktadır.”<sup>43</sup>* diyerek hakkın korunmasındaki pozitif yükümlülükleri usul ve esas açısından ayrı ayrı değerlendirdiğini belirtmiştir.

Sözleşmede yer alan diğer haklara nazaran yaşam hakkı; “öncelikli” yani ihlali halinde diğer hakları anlamsız kılma niteliğine sahiptir. Yaşam hakkına dair 6. ve 13. Protokoller zaman içerisinde kapsamını genişletmiş ve son olarak ölüm cezasını kesin olarak yasaklamıştır. Aynı zamanda 2. madde ile hakkın korunması amacıyla devletlere yükümlülükler yüklenmiştir.

Yaşam hakkı, insan yaşamına saygı gösterme anlamında negatif bir yükümlülüğün yanı sıra hakkın etkili korunması, hakkın ihlali hallerinde soruşturma, kovuşturma ve yaptırım uygulama mekanizmasını kurma yönünde pozitif yükümlülükleri de bünyesinde barındırmaktadır. Özetle 2. madde devletlere; “öldürmeyeceksin, öldürmelere engel olacaksın, ihlal halinde faili soruşturup yargılayacak ve yaptırım uygulayacaksın” şeklinde ödevler yüklemektedir.

Sözleşme' de bazı hallerde gerçekleşen ölüm hallerinin ihlal sayılmayacağı tahdidi olarak belirtilmiştir. Maddede yer alan istisnai haller öldürme izni olarak düşünülmemelidir. Bunlar mutlak zorunluluk hallerinde başka imkân kalmaması durumunda ve özellikle ölçülülük ilkesi riyasetinde kuvvet kullanımını haklı kılan istisnalardır.

AİHM, Ergi/Türkiye Davasında<sup>44</sup> Sözleşme'nin öldürme için bir izin maddesi olmadığı ve yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda son çare olarak bu yola başvurulabileceği belirtilmiştir. Yine bu kararında güç kullanımını sonucu ölümün gerçekleşmesinin bir izin verme durumu olmadığını vurgulamıştır. Ayrıca ölümcül

---

<sup>43</sup> Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2012/752, 17.9.2013, prg.54.

<sup>44</sup> Ergi/Türkiye Davası, Başvuru No: 23818/94, 28.07.1998, prg.79.

kuvvetin uygulandığı durumlarda güç kullanımını düzenleyen iç hukuki altyapının da incelenmesi gerektiğini belirtmiştir.

## **1.2. Yaşam Hakkının Korunmasına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Yaşam hakkının korunmasına dair devletlerin negatif ve pozitif şeklinde iki tür yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>45</sup> Devletlerin, Sözleşme ile belirtilen güç kullanımı halleri istisna olmak üzere ilk yükümlülüğü yaşam hakkına müdahalede bulunmama olmalıdır. Yaşam hakkı ilk olarak dikey ihlallere yönelik, devletlere karşı bir koruma getirmektedir. Yani kamu görevlileri bireyin yaşamına son verecek ihlal eylemlerinden uzak durmalıdır. Yaşam hakkına dair devlete yüklenen öldürmeme şeklindeki bu ödev maddi niteliğe haiz bir negatif yükümlülüktür.<sup>46</sup> Bu yükümlülüğün kaynağı doğrudan AİHS'dir.

Ayrıca bilinmelidir ki ikinci madde sadece ölümle sonuçlanan hak ihlallerine hasredilmemiştir. Bu konuya ilişkin Yaşa/Türkiye kararında AİHM:

*“Komisyon, sadece, yetkililerin davanın esası hakkında yeterli bir ceza soruşturması yapmaması nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edildiği görüşündedir”<sup>47</sup>* demek suretiyle yaralanmış olan bir şahsın başvurusunu kabul edip ihlal kararı vermiştir. Karardan anlaşılacağı üzere ölümle sonuçlanmasa dahi ölüme sebebiyet verebilecek potansiyel güç kullanımı halleri de ihlale sebep olmakta yeterlidir. Bir başka deyişle AİHM insan bedeninin biyolojik-fiziksel hak boyutundan öteye geçerek, yaşam hakkının hukuki değerini korumaya çalışmaktadır.<sup>48</sup>

Koruyucu devlet anlayışının gelişmesi ve insan haklarına yönelik ihlallerin konu çeşitliliğinin artması son iki yüz yılda yoğunlaşmıştır. Bu gelişmelerin bir sonucu olarak, koruyucu yükümlülükleri yerine getirmek noktasında devletler zorunluluk hissederek pozitif yükümlülükler doktrininin oluşumuna katkı sağlamışlardır.

<sup>45</sup> Gizem Ceren DEMİR KOŞAR, *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Cezasızlık Sorunu*, 1.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2021, s. 28.

<sup>46</sup> Osman DOĞRU, *“Yaşama Hakkı” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 41.

<sup>47</sup> Yaşa/Türkiye Davası, Başvuru No:22495/93, 2.9.2018, prg.81.

<sup>48</sup> TEZCAN vd., s. 86.

Yaşam hakkı açısından ise devletin öldürmeme şeklinde negatif yükümlülük ile sorumlu olması başka ödevlerinin bulunmadığı anlamına gelmemelidir. Yaşam hakkının etkili bir şekilde gerçekleşmesi adına, öldürmeme yükümlülüğünün yanında insan hayatını koruyacak sistemi kurmak ve yaşam hakkının ihlali halinde ise bu eylemleri soruşturma şeklinde devletin pozitif nitelikte yükümlülükleri bulunmaktadır.<sup>49</sup> Ayrıca AIHS 2. maddede yer alan yaşam hakkının yasayla korunması hükmü, devletlere bu konuda adım atma şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklemektedir.<sup>50</sup>

Devletin yaşam hakkına yönelik her türlü riske dair koruma sağlanması gerekliliği kabul edilmektedir.<sup>51</sup> Yaşam hakkı kapsamında olası ihlallere yönelik olarak devlete adli, idari veya yasal bazı tedbirler alma ödevi bu riskleri ortadan kaldırmaya yönelik olarak yüklenmiştir.

Yaşam hakkı açısından üçüncü kişilerin eylemlerinden ötürü devletin sorumluluğu kabul edilmekte ancak bu sorumluluğun boyutu sonuç değil olanak yükümlülüğü şeklinde ifade edilmektedir.<sup>52</sup> Yani devlet öngörülebilir, gerekli ve makul bütün önlemleri almış ve ihlal buna rağmen üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmişse devletin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Yaşam hakkı kapsamında ayrıca maddi/esasa dair ve usûli yükümlülükler şeklinde ikili bir sınıflandırma yoluna gidilmektedir. Maddi- usûli yükümlülükler sınıflandırmasına dayalı değerlendirme, AIHM kararlarında sıkça kullanılmaktadır. Bu ayırım önleme ve telafi etme şeklinde iki sebeple yapılmaktadır. Ancak Akandji-Kombe'ye göre, önleme ve giderme (telafi etme) kavramları, maddi ve usûli yükümlülükleri ayırmak için “anahtar görevi” niteliğinde değildir.<sup>53</sup> Çünkü maddi yükümlülükler önleme amacına, usûli yükümlülükler de giderme/telafi etme amacına her zaman hizmet etmeyebilir. Ayrıca bu konuda zararın gerçekleşip gerçekleşmemesine göre zarar-ihlal denkleminde usûli ve maddi yükümlülükleri

<sup>49</sup> Cengiz Topel ÇİFTÇİOĞLU, “Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 103 (2012), s. 146.

<sup>50</sup> Serkan KIZILYEL, “Yaşam Hakkı: AIHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 14 (2014), s. 264.

<sup>51</sup> DOĞRU, “Yaşama Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5*, s. 42.

<sup>52</sup> DOĞMUŞ, s. 196.

<sup>53</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 16.

konumlandırıan farklı görüşler de bulunmaktadır. Ancak bizim için yol gösterici olan, AİHM kararlarında yapılan tasnifleme biçimidir.

AİHM, pozitif yükümlülüklerin önleme ve onarma/telafi etme şeklinde iki gayesi olduğunu kabul eder. Önleme yükümlülüğü maddi boyut kapsamında, onarma/telafi etme yükümlülüğü ise usûlî boyut kapsamında kalmaktadır. Örnek olarak Osmanoğlu/Türkiye Davası'nda<sup>54</sup> AİHM; yaşamın korunması/ihlalin önlenmesi yükümlülüğünün esas yükümlülüklerden olduğunu vurgulamıştır. Gözden kaçmamalıdır ki AİHM, önleyici tedbir alma yükümünü ve etkin soruşturma yapma yükümlülüğünü kararlarında ayrı ayrı değerlendirmektedir. Mahkeme ayrıca hukuki ve idari çerçevenin tesis edilmesi gerekliliğini maddi bir yükümlülük olarak kabul etmektedir.

Yaşam hakkının ihlali açısından esasa yönelik pozitif yükümlülüklerle örnek olarak son dönemlerde Türkiye'de ciddi bir sorun haline gelen aile içi şiddet konusunda devletin pozitif yükümlülükleri gösterilebilir. Bu konuyu içeren çok çarpıcı bir örnek, Opuz/Türkiye kararıdır.

*“İşlenen suçların ciddiyetine bakıldığında, devlet makamları başvuruçunun eşinin hareketlerine karşı açıkça uygun olmayan bir tutum takınmıştır. Başvuruçunun eşine karşı verilen kararlar görünüşe bakılırsa onun üzerinde hiçbir önleyici veya caydırıcı etkide bulunmamış, hatta bu kararlar onun eylemlerine karşı belli bir tolerans göstermiştir, çünkü başvuruçunun eşi başvuruçunun annesine arabayla çarpmaktan dolayı sadece – para cezasına çevrilen – kısa bir hapis cezasına çarptırılmış, daha da şaşırtıcı olanı, başvuruçuyu yedi yerinden bıçaklamaktan dolayı taksitlenebilecek az bir para cezasına çarptırılmıştır. Öte yandan, 4320 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği Ocak 1998 tarihine kadar Türk hukuku, savunmasız kişileri aile içi şiddete karşı korumayı amaçlayan idari ve güvenliğı sağlayıcı tedbirler öngörmüyordu. Bu tarihten sonra dahi, bu olayda, ulusal makamlar söz konusu kanunun sağladığı tedbirlere ve yaptırımlara etkili bir şekilde başvurmamıştır. Son olarak, AİHM, başvuruçunun maruz kaldığı şiddetin son bulmadığını ve yetkili makamların hareketsiz kalmaya devam ettiklerini, büyük bir endişeyle, kaydeder. Başvuruçunun devlet makamlarından yardım istemesine*

<sup>54</sup> Osmanoğlu/Türkiye Davası, Başvuru No:48804/99, 24.01.2008

rağmen, AİHM'nin, yetkili makamların aldığı tedbirlere ilişkin Hükümet'ten bilgi sunmasını istediği tarihe kadar hiçbir şey yapılmamıştır. Kısacası, devlet makamları fiziksel bütünlüğünü ciddi biçimde ihlal eden eski eşinin saldırılarına karşı başvurucuyu koruyacak etkili koruma tedbirleri alma yükümlülüklerini yerine getirmemiştir.”<sup>55</sup> diyerek öngörülebilir ve engellenmesi muhtemel yaşam hakkının ihlaline dair böyle bir olayda devletin önleyici tedbir almakta yetersizliği ifade edilerek esasa dair pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği vurgulanmıştır.

Ayrıca kamuoyunda Hrant Dink olarak bilinen ancak nüfus kayıtlarında Fırat Dink olarak yer alan bir gazetecinin yaşam hakkının ihlali konusunu içeren kararında AİHM, esasa dair pozitif yükümlülükler açısından şu değerlendirmeleri yapmıştır;

“...Üstelik AİHM, söz konusu cinayet hazırlıklarının bilgisi kendilerine ulaşan ulusal yetkililerin Fırat Dink'in talep etmesini beklemeden hayatını koruyacak şekilde harekete geçme zorunlulukları bulunduğu kanaatindedir.

AİHM somut olayın kendine özgü koşullarında, yetkililerin Fırat Dink'in yaşamındaki yakın ve gerçek söz konusu riski bertaraf edecek gerekli yollara makul düzeyde başvurmadıkları sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla, esas yönünden Sözleşme'nin 2.maddesi ihlal edilmiştir.”<sup>56</sup>

Mahkeme, Dink'in yaşamına yönelik yakın ve gerçek riski ortadan kaldıracak önlemleri devletin alamadığını söylemiş ve bu gerekçe ile esasa dair pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. Mahkeme ayrıca önleyici tedbirler alınmaması bakımından esas yönünden, etkin bir soruşturma yürütülmediği gerekçesiyle de usul yönünden ayrı ayrı değerlendirme yapmıştır. Burada esas yönünden belirtilen yükümlülüğün sonuç değil bir davranış yükümlülüğü olduğu da gözden kaçmamalıdır.<sup>57</sup> Her ne kadar sonucu engellemek önem arz etmekte ise de davranış yükümlülüğünün ayırt edici farkı sonuca giden yolda ne şekilde hareket edildiğidir. Devletler bu yolda üstüne düşeni yaptıktan sonra sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesinin yükümlülüğün takdiri açısından bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Burada devletin yükümlülüğü iki durumun izahıyla

<sup>55</sup> Opuz/Türkiye Davası, Başvuru No:33401/02, 9.6.2009.

<sup>56</sup> Dink/Türkiye Davası, Başvuru No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.09.2010

<sup>57</sup> TEZCAN vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 104.

ortadan kaldırılabilir. Bunlardan ilki, kişiye yönelik somut ve mevcut tehlikenin tespit edilip edilmediğidir. İkincisi ise tehlikeyi ortadan kaldırmak için makul ve gerekli tedbirleri devletin almış olup olmamasıdır. Bu tedbirler devletin maddi (esasa dair) pozitif yükümlülüğünü değerlendirmede önemlidir. Esasa dair pozitif yükümlülükleri yerine getirdiğinden bahisle devletin sorumsuzluğuna gidilse bile soruşturmanın etkin yapılıp yapılmadığı konusunda usûli pozitif yükümlülükler bağlamında ayrıca bir inceleme söz konusu olabilecektir.

Okulda bıçaklanıp yaşamını kaybeden bir öğrencinin yaşam hakkının son bulmasında okul görevlilerinin sorumluluğunu tartıştığı Kayak ve Türkiye Davası'nda<sup>58</sup> AİHM, devletin dikey ihlali önleme dışında, iç hukuk sistemine bağlı insanların hayatlarını korumak gayesi ile çeşitli tedbirleri almakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülük esasa dair pozitif yükümlülük olarak nitelendirilmektedir. Bu yükümlülüğün gerçekleşmesi için de gereken yasal çerçeve ve idari ortamı oluşturma görevi bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme bu kararında devletin çocukların sorumluluğunu üstlenme ödevi kaynaklı bir pozitif yükümlülük sonucuna varmaktadır.

Mahkeme bu kararında idarenin yaşam hakkının ihlalini önlemedeki pozitif yükümlülüklerini gayet açık şekilde belirtmiştir. Yakın ve gerçek bir tehlike söz konusu mudur? Devlet tehlikeyi önlemek için kendisinden beklenilebilecek makul ve gerekli tedbirleri almış mıdır?

AİHM cezaevinde bulunanlar, hastanede tedavi açısından gözlem altında bulunması zorunlu olanlar ve emir altındaki asker kişilerin intihar olaylarında da<sup>59</sup> devletlerin pozitif yükümlülüklerinin olabileceği yönünde kararlar vermiştir. Bu alanların kamu gücünün kontrolü altında olan yerlerden olması, meydana gelen herhangi bir olay hakkındaki bilginin kamu yetkililerinin uhdesinde olabileceği gerekçeleriyle burada kalan kişilerin dışarıdakilere göre kendilerini koruyabilmede güçsüz olduklarını kabul etmektedir. Bu sebeple bu alanlarda çalışan yetkililerin bu

---

<sup>58</sup> Kayak/Türkiye Davası, Başvuru No:60444/08, 10.07.2012

<sup>59</sup> Abdullah Yılmaz/Türkiye Davası, Başvuru No: 21899/02, 17.06.2008

kişileri korumakla yükümlü olduklarını ve bu koruyuculuğun pozitif bazı yükümlülükleri beraberinde getirdiğini belirtmektedir.<sup>60</sup>

Bir başka konu olan tehlikeli faaliyetlerden kaynaklı devletin pozitif yükümlülüğüne dair Kolyadenko ve diğerleri/Rusya kararında Mahkeme, devlete atfedilebilecek pozitif yükümlülüklerin kapsamını belirlemiştir. Mevcut tehdidin kaynağı ve var olan risk durumunun asgariye ne ölçüde indirgenebileceği gibi iki husus vurgulanmıştır.<sup>61</sup>

AİHM, asker kişilerin askerlik faaliyetinden kaynaklı ölümlerinde de devletin esasa dair pozitif yükümlülüğü hususlarını tartışmıştır. Bunlar arasında mayınlı arazide tarama yapan askerlerin ölümüne ilişkin değerlendirmeler önemli yer tutar. Bu konuda Paşa ve Erkan Erol/Türkiye Davası'nda Mahkeme, söz konusu mayınlı arazinin özel konumu güvenlik önlemlerinin ayrıca artırılmasını gerektirmekte demiş ve bu ihtimamın yeterince gösterilmediği gerekçesiyle devletin esasa dair pozitif yükümlülüğünden doğan yaşam hakkının ihlali kararı vermiştir.<sup>62</sup>

Meydana gelen kazalar özelinde bakıldığında AİHM, yaşam hakkının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesi yapmaktadır. Bu hususa örnek olarak Kalender ve Türkiye Davası verilebilir. Bu davada AİHM, tüm yaşamsal faaliyetlerin sorumluluğunu devletin garanti edemeyeceğini ancak ilgili mevzuat çerçevesinde riskli devlet faaliyetleri kapsamında kalan kazalar sonucu yaşam hakkına hanel getirecek halleri önlemek konusunda gerekli tedbirleri alıp almadığıyla alakalı olarak devletin sorumlu tutulabileceği şeklinde içtihatla bulunmuştur.<sup>63</sup>

Sokak köpeklerinin saldırısına uğrayan bir çocuğun yaşamının sona ermesi sonucu devletin sorumluluğunun konu edildiği Berü/Türkiye Davasında<sup>64</sup> AİHM, saldırgan hayvanların kişilerin yaşamlarına veya fiziksel bütünlüklerine karşı gerçek ve yakın bir tehlike oluşturduklarını bildikleri veya bilmeleri gerektiği olaylarda, devletin önleyici tedbirler almak gibi pozitif yükümlülüğünün olabileceğini

<sup>60</sup> DOĞRU, "Yaşama Hakkı" Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, ss. 176-77.

<sup>61</sup> DOĞRU, "Yaşama Hakkı" Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, ss. 198-99.

<sup>62</sup> Paşa ve Erkan Erol/Türkiye Davası, Başvuru No:51358/99,12.12.2006, prg.38.

<sup>63</sup> Kalender/Türkiye Davası, Başvuru No:4314/02, 15.12.2009.

<sup>64</sup> Berü/Türkiye Davası, Başvuru No:47304/07, 11.01.2011, prg.41.

belirtmiştir. Fakat Mahkeme, somut olayda önleyici tedbirler alma yükümlülüğü yükleyecek yeterince unsur bulunmadığını ve yetkililerin başvurucuların yakınının yaşamına yönelik tehlikeden haberdar olduklarını gösteren bir kanıt bulunmadığı kabulüyle yaşam hakkı kapsamında 2. madde uyarınca bir ihlal olmadığına karar vermiştir.<sup>65</sup>

Yine AİHM Alp/Türkiye Davasında kamuya açık alanlarda bulunan oyun ve spor aletlerinden kaynaklanan ölümlerde, pozitif yükümlülükler aykırılık sebebiyle devletin sorumlu olabileceğini değerlendirmiştir.<sup>66</sup>

Yaşam hakkının korunmasına dair pozitif yükümlülükleri, Anayasa Mahkemesi AİHM ile paralel bir bakış açısı ile değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Örnek verecek olursak; hurdalık olarak satmak gayesiyle topladığı askerî mühimmatı birbirine vurması sonucunda meydana gelen patlama neticesinde yaşamını yitiren onüç yaşındaki maktulün ailesi tarafından yaşam hakkının ihlal edildiğine dair yapılan Ayfer Demirel ve diğerleri başvurusunda AYM, yaşam hakkının ihlalini önlemeye yönelik maddi pozitif yükümlülükler şu ifadelerle değinmiştir:

*“Pozitif yükümlülükler kapsamında devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevi vardır. Devlet, öncelikle yaşam hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı; bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Bu ödev ayrıca bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten koruma yükümlülüğünü de içerir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 51).”<sup>67</sup>*

Başka bir kararda AYM devletin yaşam hakkından kaynaklı sorumluluğunu kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanacak risklere karşı da bir takım pozitif yükümlülükler teşmil etmektedir:

*“Yaşam hakkının korunması bağlamında yaşı küçük olan çocuklar başta olmak üzere kırılgan grupların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu bu dönem içinde teknik cihazlar veya başkaca imkânlarla, yasal mevzuatın da elverdiği*

<sup>65</sup> DOĞRU, “Yaşama Hakkı” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5, s. 252.

<sup>66</sup> Alp/Türkiye Davası, Başvuru No: 3757/09, 09.07.2013

<sup>67</sup> Ayfer Demirel ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2016/8011, 9.1.2020, prg.50.

*ölçüde sıkı takiplerinin yapılması, bu alanda yetişmiş personelin istihdamı yaşamı korumak için etkili işleyen bir organizasyon kurma yükümlülüğününün bir parçasıdır.”<sup>68</sup>*

Bahsedilen kararda ayrıca tutuklu kişiler veya emir altındaki askerlerin iradelerinin, içlerinde bulunulan koşullar sebebiyle sakatlanmış olabileceği dikkate alınarak, bu koşullar nispetinde gerekli tedbirlere başvurmak gerektiği vurgulanmıştır.

Usule ilişkin pozitif yükümlülükler, onarıcı ve telafi etmeye yönelik yükümlülüklerdir. Yaşam hakkının korunmasına dair etkili soruşturma yükümlülüğü devletin usule dair pozitif yükümlülüğünü oluşturur.

Soruşturma yükümlülüğü; soruşturmanın re’sen başlatılması, soruşturmayı gerçekleştiren organların bağımsızlığı, soruşturmanın etkililiği, soruşturma işlemlerinin makul bir itina içerisinde ve süratle yapılması, soruşturma ve sonuçlarının açıklığı, gerçekleşen soruşturmanın sonucunun caydırıcılığı gibi unsurlardan oluşur. Bu unsurları, AİHM kararlarıyla aşağıdaki şekilde pekiştirmek mümkündür.

Usûli pozitif yükümlülükler örnek olarak yer altı maden ocağında meydana gelip birçok kişinin ölümü ve yaralanması ile sonuçlanan olaya ilişkin yürütülen ceza soruşturmasında kamu görevlisi olan bazı şüpheliler hakkında soruşturma izni verilmemesine dair başvuruda, devletin doğal olmayan ölüm olaylarını araştırma ve sorumluları cezalandırma yükümlülüğü şu şekilde belirtilmektedir:

*“Usul yükümlülüğününün bir olayda gerektirdiği soruşturma türü yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespit edilmelidir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat*

---

<sup>68</sup> Semra Omak Başvurusu, Başvuru No:2016/78494, 12.11.2019, prg.72.

*ödenmesi, yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir.*"<sup>69</sup>

## **2. İşkence Yasağı (AİHS m.3-Any. m.17/3)**

### **2.1. İşkence Yasağı ve Normatif Temelleri**

Farsça kökenli bir kelime olan işkence, bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyeti ifade eder.<sup>70</sup> İşkence bir insanlık suçudur. Neredeyse bütün milletler bu insanlık suçuna maruz kalmıştır ve işkencenin tarihi neredeyse insanlık tarihi kadar eskiye uzanmaktadır.<sup>71</sup>

Eski Yunan ve Roma dönemlerinde, hukuki kişiliği bulunmayan köle statüsündeki insanlar işkenceye maruz kalmışlardı.<sup>72</sup> İşkence özellikle Engizisyon devri döneminde ikrar elde etmek gayesi ile sıkça başvurulan bir yöntem olmuştur.<sup>73</sup> Daha 1017 senesinde Fransa Kralı II. Robert'in, dinsizlikle suçladığı Hristiyanları diri diri yakması işkencenin sistematik ilk adımlarından bir tanesidir. Ama işkencenin metodolojisi daha sonraları, 1167 de İngiltere Kral II. Henry ile Fransa hükümdarı VII. Louis in Papa III. Alexander'e resmen müracaat ederek dinsizlerin, daha doğru bir deyimle kendilerine itaat etmeyenlerin işkence ile öldürülerek cezalandırılmalarını istemeleri ile bir ceza sistemi olarak ortaya çıkması sonucu başlar.<sup>74</sup> Son yüzyıl içerisinde I. ve II. Dünya savaşları öncesi ve sırasında meydana gelen yaşam ihlalleri ve işkenceler, Almanların Yahudilere uygulamış oldukları soykırım ile devam etmiştir. En son Yahudilerin Filistin Devleti vatandaşlarına uygulamaya devam ettikleri sistematik işkenceler bu insan hakkı ihlallerinin günümüzde de devam ettiğini göstermektedir.<sup>75</sup>

Tarihi süreçte işkence hep var olsa da hukuki anlamda işkence, devletleşme süreci ile başladı denebilir. Tarih içerisinde şiddete başvuran hemen herkes,

<sup>69</sup> Abdülkadir Yılmaz ve Diğerleri(2) Başvurusu, Başvuru No:2016/13649, 29.01.2020, prg.77.

<sup>70</sup> TEZCAN vd., s. 130.

<sup>71</sup> Mehmet EŞGİN, "İşkence ve Engizisyon", *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 3 (2016), s. 39.

<sup>72</sup> Büşra AYKAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye'deki Uygulaması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2010, s. 8.

<sup>73</sup> ÖZBEK, DOĞAN, s. 275.

<sup>74</sup> İlhan BARDAKÇI, "Örnekleri Usulleri ve Tarihi ile Kıyamete Kadar İşlenecek Suç: İşkence", *Tarih ve Medeniyet Dergisi*, C. 31 (y.y.), s. 23.

<sup>75</sup> Murat KÖYLÜ, "İsrail'in Filistinli Gençlere Yönelik İnsan Hakları İhlalleri", *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, S. 1 (2018), s. 88.

davranışlarını hukuki bir dayanak ile desteklemek istemiştir. Uluslar işkenceyi, cezalandırma sınıflamasına dâhil ederek mazur ve masum göstermeye çalışmışlardır. Neredeyse evrenselleşmiş olan bu uygulama yüzünden, eski çağlardan bu yana neyin işkence sayıldığı tam ve doğru olarak anlaşılamadığından işkencenin hukuki sınırları yeterince belirlenememiştir.<sup>76</sup>

Hukuki manada işkence kavramı üzerinde ittifak edilen ulusal veya uluslararası bir tanım olmamakla birlikte, 10 Şubat 1984 tarihli “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” bu konuda bir tanımlama yoluna gitmiştir.

İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. 1:

*“Sözleşmenin amaçlarına göre işkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızî olarak husule gelen acı ve ıstırapı içermez.”*

1982 Anayasası, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümü altında m.17 ile işkence yasağını şu ifadelerle düzenlemiştir: *“Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”*(1982 Anayasası m.17) Burada öncelikle suça maruz kalan kişilerin hakları koruma altına alınmak istenmiştir.

Yine AY m.38, *“Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz”* demektedir. Her iki maddeden anlaşılacağı üzere işkence kesin bir dille

---

<sup>76</sup>ESGİN, s. 40.

yasaklanmıştır. Ayrıca Türkiye, taraf olduğu diğer milletlerarası sözleşmelerle de işkencenin yasak olduğunu kabul ederek bu konuda gerekli tedbirleri alma konusunda taahhüt altına girmiştir.

Türkiye'nin de üyesi olduğu Birleşmiş Milletler 'in, 10 Aralık 1948 tarihinde ilan ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi beşinci maddesi şu şekildedir:

*“Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayriinsani, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz.”*

Türkiye'nin tarafı olduğu, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üçüncü maddesi şu şekildedir:

*“Hiç kimse işkenceye, zalimane, gayri insani yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleyle tâbi tutulamaz.”*

Ayrıca uluslar üstü bir niteliği bulunan 10 Şubat 1984 tarihli “İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” işkence yasağını tanımak ve uygulamak gayesi ile Türkiye tarafından onaylanmıştır.

Yine, Türkiye, gerek mülga 765 sayılı Ceza Yasası ile gerekse de mer'i 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile işkenceye dair yaptırım öngörmüş, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında işkencenin önüne geçecek kanuni düzenlemeler içeren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nu çıkarmıştır.<sup>77</sup>

Ulusal kapsamda işkenceyi konu edinen Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesi şu şekildedir:

*“Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

Zikredilen maddenin gerekçesinde ise işkence yasağı ile korunması hedeflenen değerler şu şekilde ifade edilmiştir:

---

<sup>77</sup>İsa BAŞBÜYÜK, “Türk Ceza Kanunu'nda İşkence Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12 (2010), s. 1444.

“İşkence suçu ile korunan hukukî değer, karma bir nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemi etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvuru işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.”(5237 sayılı TCK madde gerekçesi)

Korunan hukuki değer ve kapsam kanun gerekçesinde etraflıca ifade edilmiştir. Ayrıca, işkence yasağı ile ruh ve beden bütünlüğünün yanında, adil yargılanma hakkının da kişilere sağlanmaya çalışıldığı gözlerden kaçmamalıdır.<sup>78</sup>

Sözleşme’ de işkence veya aşağılayıcı muameleye dair yapılan bir tanım bulunmamaktadır. AİHS, “Hiç kimse, işkenceye ya da insanlık dışı yahut aşağılayıcı muamele ya da cezaya tabi tutulmayacaktır”<sup>79</sup> şeklinde bir düzenleme içermektedir. AİHM de konuya ilişkin genel bir tanım yapmaktan çok dava konusu somut olaylara göre değerlendirmeler yapmaktadır.

Sözleşme’ de yer alan “işkence”, “insanlık dışı muamele” ve “aşağılayıcı muamele” kavramları arasında fark vardır. Bu fark söz konusu fiilin ağırlığından kaynaklı derece farkıdır. Bir derecelendirme yapmak gerekirse, madde kapsamındaki en ağır fiil şüphesiz işkencedir. En hafif fiil ise aşağılayıcı muameledir. İşkenceden söz edebilmek için işkence mağduruna verilen ıstırap ve acıların belirli bir amaca hizmet etmesi gerekir.<sup>80</sup> İşkencenin oluşmasına sebep olan fiiller maddi olabileceği gibi ruhsal da olabilir. “İnsanlık dışı muamele” ile “aşağılayıcı muamele” arasında da bir derece farkı vardır ve aşağılayıcı muamele daha ağır, daha fazla zarar vericidir.

<sup>78</sup> BAŞBÜYÜK, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, s. 1147. BAŞBÜYÜK, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, ss. 1443–85.

<sup>79</sup> AİHS m.3

<sup>80</sup> Ali Emrah BOZBAYINDIR, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 145 (2018), s. 49.

AİHS “*Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma*” başlıklı 15.maddesi “*Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda gerçekleşen ölümler hariç, 2. maddeye, 3. maddeye, 4. maddeye (fıkra 1) ve 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.*”(AİHS m.15) diyerek işkence yasağının istisnasının olamayacağını tescillemiştir. Sözleşme ile işkence yasağına istisna tanınmaması bunun mutlak bir hak olduğunu göstermektedir.

Bu mutlaklık, İrlanda ve Birleşik Krallık davasında AİHM tarafından şu sözlerle vurgulanmıştır; “Sözleşme, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaları, mağdurun davranışından bağımsız olarak, mutlak surette yasaklar. Sözleşme’nin ve 1 ve 4 No.lu Protokollerin ağırlıklı maddelerinin çoğunun aksine, 3.madde istisnalara yer vermediği gibi, 15. Madde 2. fıkra hükmü uyarınca, toplum yaşamını tehdit eden genel bir tehlike halinde bile, bu yasaktan vazgeçilmesi söz konusu olamaz.”<sup>81</sup>

AİHS ile belirlenen işkence yasağına dair koruma alanı doğası gereği sadece gerçek kişilere özgüdür. Hak ile hedeflenen, kişilerin beden bütünlüğü ve kişi onurunun mutlak surette korunmasıdır.<sup>82</sup> Sözleşme ile devletler, işkence yasağına karşı kişileri korumak için hem negatif hem pozitif yükümlülükler ile sorumluluk altına alınmışlardır. Devletler negatif yükümlülükler kapsamında “işkence yapmama” şeklinde bir yükümlülük altına girer. Pozitif yükümlülükler kapsamında ise önleyici tedbirlerle kişileri işkenceye karşı korumak, ihlalin gerçekleşmesi halinde ise etkili soruşturma yapmak gibi usûlî ve esasi sorumluluklar yüklenmiştir.

AİHM “1999 İstanbul Protokolünde”<sup>83</sup> işkence yasağına dair işkenceyi önleme, belgeleme ve her türlü kötüye kullanımları engelleme amaçlı ilkeleri, kararlarının çoğunda başvurulacak kaynak metin niteliğinde görür ve kullanır.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Gilles DUTERTRE, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2007, s. 57.

<sup>82</sup> TEZCAN vd., s. 144.

<sup>83</sup>“Kısa adıyla İstanbul Protokolü, etkili soruşturma kavramını tanımlamak amacıyla bazı kuruluşlarca oluşturulmuş, 1999 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliğine sunulmuş olan “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu” adlı belgedir. İstanbul Protokolü 58 sayfalık açıklayıcı metinden ve 4 Ek’ten oluşmaktadır. İstanbul Protokolü I. Ek’in 1. maddesine göre soruşturmanın amaçları:

## 2.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında İşkence Yasağına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Devletin işkence yasağına ilişkin negatif yükümlülüğü “işkence yapmama” dan ibarettir. Bu yükümlülüğün hukuki dayanağı AİHS’in 3. maddesidir. Devlete yüklenen bu yükümlülüğün istisnası bulunmamaktadır ve bu sebeple mutlak bir hak niteliğine haizdir.

Devletin negatif yükümlülüğünü yerine getirmediğine ilişkin Akkoç/Türkiye davası<sup>85</sup> konunun anlaşılması adına önemlidir. Bu kararında AİHM, kötü muamelenin işkence yasağı kapsamında değerlendirilmesi için eylemin asgari bir ağırlık derecesine ulaşmasının gerekliliğinden söz etmektedir. Bu asgari ağırlık durumu dava konusu olayın somut şartlarına göre yorumlanmalıdır. Kötü muamele eyleminin yanı sıra kişiden bilgi almak gayesi ile eylemin gerçekleştirilmesi şeklinde ayrıca bir unsur da aranmaktadır.

AİHM, kamu görevlilerinin şiddet eylemlerine maruz kalan veya şiddet görme riskiyle karşılaşması muhtemel kişiler hakkında kamu mercilerinin geri verme veya sınır dışı etme gibi idari kararı verme hallerini de işkence yasağının devlete yüklediği pozitif yükümlülüğün ihlali olarak kabul etmektedir.<sup>86</sup>

İşkence yasağı ile negatif yükümlülüklerin yanı sıra devlete pozitif yükümlülüklerin de yüklendiği kabul edilmektedir. İnsan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan devlet, pozitif yükümlülükler bakımından işkence ve kötü muameleye yol açabilecek hukuki boşluklarla maddi koşul ve ortamları ortadan

---

a) maddi olayları açıklığa kavuşturmak, devletin ve bireylerin mağdurlara ve mağdur ailelerine karşı sorumluluğunun varlığını kanıtlamak ve kabul ettirmek;  
b) bu tür olayların tekrarını önlemek için ihtiyaç duyulan tedbirleri belirlemek;  
c) soruşturma sonunda sorumlu olduklarına işaret edilen kişiler hakkında kovuşturma yapılmasını ve/veya gerekirse disiplin cezaları uygulanmasını kolaylaştırmak ve adil ve yeterli maddi tazminat ile tıbbi tedavi ve rehabilitasyon araçlarının sağlanması dâhil, devletten tam bir giderim ve tazminat alınması ihtiyacı bulunduğunu göstermektedir.”

<sup>84</sup> İlyas DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku*, 2.Baskı Ankara: Astana Yayınları, 2015, s. 473.

<sup>85</sup> Akkoç/Türkiye Davası, Başvuru No:22947/93, 10.10.2000.

<sup>86</sup> Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, 1.Baskı Avrupa Konseyi Yayınları, 2012, s. 141.

kaldırmaya gayret eden ve alınan tüm önlemlere rağmen yine de gerçekleşen insan hakkı ihlallerinin üzerine kararlılıkla yürümelidir.<sup>87</sup>

Sözleşme'nin 1. ve 3. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi pozitif yükümlülüğün hukuki dayanağını oluşturmaktadır. İhlal öncesinde ihlali engellemeye dönük önleyici tedbirler ile ihlal sonrası ihlali veya etkilerini giderip, yaptırıma tabi tutmaya yönelik telafi edici veya onarıcı diyebileceğimiz yükümlülüklerden oluşur. İhlal gerçekleşmeden önce önleyici tedbir olarak hukuki ve idari tedbirler alarak kişileri işkence ve kötü muameleye karşı korumak devletin esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerini oluşturur.

Ayrıca, dikey ihlal durumlarının yanı sıra, bireylerin birbirlerine karşı olan eylemleri açısından ihlali engelleme, etkili soruşturma yapma gibi yatay koruyucu etki doğuran pozitif yükümlülükler devletlere yüklenmiştir. Bu yükümlülükler hem hukuki hem de fiili tedbirlerden oluşur. AİHM, işkence yasağı kapsamında pozitif yükümlülüğün imkânsız ve orantısız yük yükleyecek kadar mutlak sorumluluğu gerektirmediğini de kararları ile ayrıca ifade etmektedir.<sup>88</sup>

İşkence yasağı kapsamında hukuki ve fiili tedbirler alınması gereken hususlar olarak; üçüncü kişilerin işkence sayılabilecek eylemlerine karşı bireyleri koruma, gözaltında, tutukevinde veya cezaevindeki tutulma koşullarının yeterince sağlanması ve insanlık onuruna yakışmayacak aşağılayıcı müeyyidelerin ortadan kaldırılması hususları örnek olarak gösterilebilir.<sup>89</sup>

Daha önce bahsedildiği üzere pozitif yükümlülükleri esasa ilişkin ve usule ilişkin olmak üzere ikili bir tasnif ile incelemekteyiz. İşkence yasağı kapsamında esasa dair pozitif yükümlülükler ile işkence veya kötü muameleye maruz kalma durumlarını önceden belirleyerek bunların önlenmesini sağlayacak adli, idari veya yasal altyapının oluşturularak ihlal gerçekleşmeden önce müdahale etmek veya önlemek amaçlanır.

---

<sup>87</sup> Bülent ALGAN, "İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu", *AÜHFD Zabunoğlu Armağanı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 31.

<sup>88</sup> BOZBAYINDIR, s. 51.

<sup>89</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 142.

AIHM Opuz/Türkiye kararında devletin esasa dair pozitif yükümlülükleri bulunduğunu şu ifadelerle kabul etmektedir:

*“Üçüncü madde kapsamında, devlet dışı aktörler tarafından bireylere uygulanan kötü muamele bağlamında, Devletin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuyla ilgili olarak, AIHM, Yüksek Sözleşmeci Tarafların, AIHS'nin 1. maddesi uyarınca, kendi yargı yetkileri kapsamındaki herkese AIHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri temin etme yükümlülüklerinin, 3. maddeyle birlikte ele alındığında, Devletlerin, kendi yargı yetkileri dâhilindeki bireylerin, bireyler tarafından uygulananlar da dâhil olmak üzere, işkence, insanlık dışı, küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmamalarını temin etmek için oluşturulmuş tedbirleri almalarını gerekli kıldığını hatırlatır... Özellikle çocuklar ve diğer savunmasız kişiler, bu tür ciddi kişisel bütünlük ihlalleri karşısında, Devlet tarafından korunma hakkını haizdirler (bkz. A. – İngiltere, 23 Eylül 1998, Reports 1998-VI)”<sup>90</sup>*

Bu kararı ile Mahkeme, işkence yasağı özelinde üçüncü kişilerin saldırıları karşısında sözleşmenin koruyucu yatay etkisinin bulunduğunu, bu korumanın özellikle çocuklar ve savunmasız kişiler için etkin olarak uygulanması gerekliliğini vurgulamıştır. Ayrıca işkence ve kötü muameleye maruz kalmayı önleyecek tedbirleri alma şeklinde devletin, esasa ilişkin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu vurgulanmıştır.

Opuz/Türkiye davasında, aile içi şiddet olgusu üzerinden devletin pozitif yükümlülüklerine ayrıntılı bir şekilde değinen Mahkeme, şu ifadeleri kullanmıştır;

*“Her hâlikârda, yerel makamların yerine geçerek onlar adına, onların AIHS'nin 3. maddesi kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek için alınabilecek geniş tedbirler yelpazesi içinden bir seçim yapmak, AIHM'nin görevi değildir (bkz. gerekli değişiklikler yapılmak şartıyla, yukarıda anılan Bevacqua ve S. – Bulgaristan). Ancak, AIHS'nin 19. maddesi ve AIHS'nin güvenceye aldığı hakların teorik ve aldatıcı değil, uygulanabilir ve etkili olması gerektiği ilkesi kapsamında, AIHM, bir devletin kendi yargı yetkisi kapsamındakilerin haklarını korumaya dair*

---

<sup>90</sup> Opuz/Türkiye Davası, Başvuru No:33401/02, 9.6.2009, prg.159.

*yükümlülüğünün yeterince yerine getirildiğinden emin olmalıdır (bkz. Nikolova ve Velichkova – Bulgaristan, no. 7888/03, 20 Aralık 2007).’’<sup>91</sup>*

Mahkeme yukarıda belirtilen kararı ile aile içi şiddet mağduru kişinin korumasız kişilerden olduğunu ve bu sebeple özenli bir şekilde AİHS 1. Madde uyarınca korunması gerekliliğini vurgulamıştır.

Aile içi ilişkilerin şeffaf olmayan niteliği ve genelde bu şiddeti haber vermekten çeşitli kaygılarla imtina eden kadınların çaresizliği dikkate alındığında, devletin bu tür olası ihlal vakalarına yönelik üst düzeyde bir özen göstermesinin, önleyiciliğin etkisini arttırdığı kabul edilmektedir.<sup>92</sup>

İşkence yasağının usule ilişkin pozitif yükümlülüğü açısından ise AİHM, işkence ve kötü muamele yasağına dair devletlerin etkili bir ‘soruşturma yükümlülüğü’ altında olduğunu söyler. Daha önce de belirtildiği üzere, soruşturma yükümlülüğü pozitif nitelikte bir usul yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük başka bir deyişle telafi edici bir ‘yapma’ edimidir. Devletin yapması gerekenleri yapmaması ya da ihmal etmesi bu yükümlülüğün yerine getirilmemesine neden olmakta ve işkence yasağının usul yönünden ihlal edildiği sonucuna sebep olmaktadır. Bir cinsel saldırı olayında yeterince soruşturma yapılmadığına dair AİHM tarafından görülen M.C.-Bulgaristan Davası, yatay ihlalin etkili soruşturulmaması sonucu pozitif yükümlülüğün ihlal edildiğine dair iyi bir örnek teşkil etmektedir.<sup>93</sup> Benzer bir dava cinsel saldırı suçu iddiası ile yapılan şikâyet sonucu takipsizlik kararı verilmesiyle hak ihlali oluştuğuna dair S.Ç Başvurusunda AYM şu değerlendirmeyi yapmıştır.

*“Fiziksel veya zihinsel engelli bireylerin kendilerini savunamayacak durumda olmalarından yola çıkılarak yasal düzenlemelerle daha yüksek hukuki korumaya sahip olmaları, bu kişilere işlenen suçlar yönünden caydırıcı bir etkiye sahip olsa da tek başına yeterli değildir. Teorik olan hukuki korumanın yargısal pratikle etkinleştirilmesi, bu kişiler aleyhine işlendiği ileri sürülen suçlara ilişkin soruşturmaların en üst düzeyde dikkat ve hassasiyetle yürütülmesiyle mümkündür. Bu bağlamda engelli olan kişilerin iddia ve delillerinin en az olmayanların*

<sup>91</sup> Opuz/Türkiye Davası, Başvuru No:33401/02, 9.6.2009, prg.165.

<sup>92</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 170.

<sup>93</sup> BOZBAYINDIR, s. 54.

*şikâyetleri kadar en ince detayına kadar araştırılması, bu kişilerin mevcut olan yüksek hukuki korumadan gerçek anlamda istifade etmelerini sağlayacaktır.*

*Bu yönde somut olay incelendiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararında, akıl zayıflığı bulunan başvuruçunun bu durumu nedeniyle kendini ifade edememesi, olayın oluş biçiminin anlatılamaması şeklinde aleyhine yorumlandığı anlaşılmıştır. Ayrıca başvuruçunun hakkında alınan sağlık raporundaki eksiklikler tamamlanmamış, aradan geçen süre gözetilmemiş, rapordaki saldırı olmadığına yönelik görüş benimsenerek başvuruçunun saldırıya karşı koyamaması ihtimali göz ardı edilmiştir.”<sup>94</sup>*

Usûli ve maddi yükümlülüklerden birinin yerine getirilmiş olmasının diğerinin de yerine getirilmesi gerekliliğini ortadan kaldırmadığı, birbirlerinden bağımsız oldukları hususu gözden kaçmamalıdır.<sup>95</sup>

AİHS içerisinde işkence veya kötü muamelenin soruşturulmasına dair doğrudan özel bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ancak AİHM, Sözleşme'nin genel nitelikteki maddeleri diyebileceğimiz 1. 13. ve 3. maddelerini birlikte değerlendirerek devletlerin soruşturma yükümlülüğü şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğu kanaatine ulaşmıştır. Ayrıca Mahkeme bu konuda İstanbul Protokolü'ne sıkça atıfta bulunmaktadır. Mahkeme soruşturmaya dair ilkeleri, İstanbul Protokolü ışığında incelemiştir. Bu ilkeler şu şekildedir:<sup>96</sup>

- Soruşturma işlemlerinin re'sen başlaması
- Soruşturma yapacak organların bağımsızlığı
- Etkili soruşturma yapılması
- Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılması
- Soruşturmanın şeffaflığı ve kamu makamları tarafından denetimi
- Müeyyidelerin caydırıcılığı.

<sup>94</sup> S.Ç. Başvurusu, Başvuru No:2016/58121, 9.6.2020, prg.52,53.

<sup>95</sup> PERDECİOĞLU, s. 95.

<sup>96</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 173.

AİHM, polis nezaretindeyken kötü muameleye maruz kalındığı konusuna ilişkin Mehmet Eren/Türkiye davasında hem usûli hem de maddi yükümlülöklere aykırılık dolayısıyla ihlal kararı vermiştir. Bu kararında Mahkeme, kamu görevlileri dışındaki 3. kişilerin eylemlerinden de belirli ölçülerde devletin sorumlu olacağını vurgulamıştır:

*“...Yukarıda belirtilenler ışığında ve özellikle de başvuran tarafından alınan yaraların nedenine ilişkin olarak savunmacı hükümet tarafından makul bir açıklama yapılmaması karşısında, AİHM, bu yaraların başvuranın polis nezaretindeyken gördüğü ve sorumluluğunun Devlete ait olduğu ağır kötü muamelenin sonucu olduğu kararını vermiştir. Dolayısıyla, AİHS'nin 3. maddesi esas yönünden ihlal edilmiştir.*

*...AİHM, AİHS'nin 3. maddesinin, "savunulabilir" olduğu ve "makul şüphe uyandırdığı" sürece, özel şahıslar tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, kötü muamele iddialarına yönelik yetkililerin soruşturma yürütmesini gerektirdiğini yinelemiştir (bkz. özellikle, Ay - Türkiye, no. 30951/96, 22 Mart 2005).*

*AİHM, ek olarak, AİHS'de yer alan hakların farazi ve geçersiz değil; uygulanabilir ve etkili olduğunu yinelemiştir. Dolayısıyla, bu tip davalarda, etkili soruşturma, sorumluların belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlar nitelikte olmalıdır (bkz. üzerinde gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra, Nevruz Koç - Türkiye, no. 18207/03, 12 Haziran 2007).*

*AİHM, yukarıda, başvuranın aldığı yaralardan AİHS'nin 3. maddesi uyarınca savunmacı devletin sorumlu olduğu kararını vermiştir. Dolayısıyla, etkili bir soruşturma gerekli olmuştur. AİHM, somut davada, başlangıç olarak, Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı tarafından bir ön soruşturmanın yürütüldüğünü gözlemlemiştir. Ancak, AİHM, bu soruşturmanın titizlikle veya etkili bir şekilde yürütüldüğü konusunda ikna olmamıştır.*

*Yukarıda belirtilenler ışığında, AİHM, başvuranın kötü muamele iddialarına yönelik olarak yerel makamlar tarafından AİHS'nin 3. maddesinin gerektirdiği gibi etkili bir soruşturma yürütülmediği kararına varmıştır. ”<sup>97</sup>*

---

<sup>97</sup> Mehmet Eren-Türkiye Davası, Başvuru No:32347/02, 14.10.2008.

Anayasa Mahkemesi de işkence yasağına dair pozitif yükümlülükler konusunda, yaşam hakkında olduğu gibi sorumluluğu tespit etmeye çalışırken “yakın ve gerçek tehlike” ,“tehlikenin öngörülebilir olması” ve “makul ölçüde tedbir” unsurlarını dikkate almaktadır. Ayrıca hak ihlallerini incelerken uyguladığı usûli-maddi inceleme tasnifini, kötü muamele yasağını değerlendirirken de uygulamaktadır.

Bir partiye ait binaya asılan pankartın indirilmesi esnasında kolluk kuvvetleri tarafından parti üyelerine karşı zor kullanıldığı iddiasını içeren “Deniz Karadeniz ve Diğerleri Başvurusu” için AYM; hem pozitif yükümlülüğün usul boyutu hem de negatif yükümlülük yönünden inceleme yaparak her iki inceleme sonucunda ihlal kararı vermiştir. Kararın ilk kısmında şiddet veya kötü muamelenin önlenmesine dair devlete düşen negatif yükümlülüğün maddi kısmı inceleme konusu olmuş ve kolluk kuvvetlerince uygulanan eylemin “orantısız”, insan onurunu kıracak “düzeyde” olduğu kanaatine varılarak ihlal kararı verilmiştir. Kötü muamelenin kapsamında kalan işkence, eziyet kavramları tanımlanmaya çalışılmıştır. Kararda işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelelerin ihlal edilmesini gerektirecek istisnalar bulunmadığı belirtilerek mutlak bir hak olduğuna vurgu yapılmıştır. Ayrıca İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne kötü muamele, işkence tanımlamasında atıf yapılmıştır. Kararın usûlî değerlendirmesinin yapıldığı kısımda ise, Mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün usule ilişkin bir yönü de bulunmaktadır... Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili, resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin karıştığı olaylar dâhil olmak üzere sorumluların gerektiğinde hesap vermelerini sağlamaktır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 110).*

*Bu bağlamda soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edilebilmesi için soruşturma makamlarının başvuruda bulunulmasını mağdurların inisiyatiflerine bırakmadan olaydan haberdar olur olmaz resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplaması gerekir. Dolayısıyla soruşturmalar, kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarının gerektirdiği makul özenle ve süratle aynı zamanda derinlikli bir şekilde yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, derhâl resen harekete geçerek olay ve olguları ciddiyle öğrenmeye çalışmalı; soruşturmayı sonlandırmak ve kararlarını temellendirmek için acele ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 114). ”<sup>98</sup>*

AİHM tarafından ortaya konulan soruşturma ilkelerine AYM kararlarında da rastlamaktayız. Özellikle; resen soruşturma başlatılıp delillerin toplanılması, yargılamaların makul hızda ve belirli bir özen içerisinde gerçekleştirilmesi gerekliliği Mahkeme kararlarında sıkça yer almaktadır.

Sözleşmenin yatay etkisi kapsamında üçüncü kişilerin sebep oldukları kötü muamele ihlallerinde negatif yükümlülüklerde olduğu gibi devletin önleme veya telafi etme şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.

Üçüncü kişilerin kötü muamele ihlallerine ilişkin örnek olarak; resmi bir evlilik olmadan birlikte yaşadığı kişi hakkında kötü muamele sayılabilecek çeşitli eylemlerden ötürü yaptığı şikâyet üzerine kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle, üçüncü maddenin ihlal edildiğini iddia eden mağdura dair bir başvuruda Anayasa Mahkemesi şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Görüldüğü üzere devletin işkence ve kötü muamele yasağının garantörü olmasından kaynaklanan koruma yükümlülüğü, devletin bu konuda hem hukuki hem de fiili tedbirler almasını gerektirmektedir...*

*İşkence ve kötü muamele iddialarında Cumhuriyet savcılarının ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez olayın gerçeğini araştırarak kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere soruşturma başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerek suç ihbarı*

---

<sup>98</sup> Deniz Karadeniz ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru No:2014/18001, 6.2.2020.

*dilekçesinde gerekse ifadesinde başvuru, şüphelinin farklı tarihlerde kendisini darbettiğini ileri sürmüş ancak bu iddialarla ilgili olarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. Başvurucunun soruşturmadaki diğer delillerle birlikte işkence ve kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen somut olayda bu iddiaların soruşturma konusu yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usul bakımından ihlal edildiği kanaatine ulaşılmıştır.”<sup>99</sup>*

Kararda AYM, esasa dair pozitif yükümlülükleri incelerken sorumluluğun tespitinde “yakın ve gerçek tehlike” ve “tehlikenin öngörülebilir olması” unsurları açısından değerlendirme yaparak esasa dair bir yükümlülük ihlali oluşmadığını belirtmiştir. İhlal olmadığı yönündeki neticeden daha önemli olan husus, Mahkeme'nin burada yatay etkiyi de dikkate almasıdır. Ancak usuli pozitif yükümlülükler açısından ihlal kararı vermiştir.

### **3. Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağı (AİHS m.4-Any. m.18)**

AİHS'in 4. Maddesinde yer verilen “Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı”, Anayasamızın 18. maddesinde “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlığı altında düzenlenmiştir. Kölelik ve kulluk kavramlarına ise Anayasamızda yer verilmemiştir.

#### **3.1. Kölelik Yasağı ve Normatif Temelleri**

Kölelik, insanların özgürlüklerinden alıkonularak başkalarının malı haline gelmesi şeklinde tanımlanabilir. İnsanlık tarihi içerisinde köleler ticaretin bir unsuru, ekonomik hayatın birer parçasıydılar. Tarih içerisinde hürler ve köleler şeklinde ikili bir ayırım hep olmuştur. Hürler hak ehliyetine sahipken, köleler hak ve fiil ehliyetinden mahrum olarak yaşamaktaydılar. Köleler miras olarak sahiplerinin mirasçılarına devrolmakta, bir nesne gibi alınıp satılmakta ve türlü eziyetlere katlanmaktaydılar.<sup>100</sup> Kölelik ile insan ve insan emeğinin sömürülmesi/istismar edilmesi söz konusuydu.<sup>101</sup>

<sup>99</sup> Z.C. Başvurusu, Başvuru No:2013/3262, 11.5.2016, prg.84,104.

<sup>100</sup> Gülnihal BOZKURT, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 38, S. 1 (1981), s. 65. BOZKURT, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, s. 1.

<sup>101</sup> Ali BAL, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2 (2019), s. 58.

Kölelik ile kulluk, insan ticareti, fuhşa zorlama, dilendirme, insan kaçakçılığı, organ ticareti gibi kavramlar birbirleri yerine kullanılmış veya birbirleriyle ilintili unsurlardan oluşmaktadır. Kavramsallaştırılan bu sömürü hallerinin bazıları tamamen ortadan kalkmış, bazıları ise aynen veya modern bir görünüme bürünerek günümüzde de uygulanmaya devam etmektedir.

İlk kölelik yasakları ulusal düzeyde İngiltere ve Fransa'da ortaya çıkmaya başladı. Hatta köle ticaretini ilk yasaklayan anlaşma İngiltere ile Fransa arasında imzalanan 1814 tarihli Paris Anlaşmasının ekli hükümleridir. 1815 tarihli Viyana Kongresi Nihai Senedine eklenen Köle Ticaretinin Yasaklanmasına İlişkin Bildiri, ilk çok taraflı belge niteliğiyle uluslararası hukuk açısından ayrı bir önem arz etmektedir. 1919 tarihli Saint German Barış Antlaşması metninde kölelik ve köle ticareti yasakları işlenmiştir. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve daha sonra AİHS kölelik ve köle ticaretinin yasak olduğunu vurgulayan ve halen yürürlükte olan uluslararası bağlayıcılığa haiz metinler haline gelmişlerdir.

Tanzimat Fermanı, Kanun-i Esasi, 1924 Anayasası, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasasında kölelik ve kulluğu yasaklayan düzenlemeler yer almamıştır. Yer almamasının sebebi uygulamada kölelik diye bir uygulamanın olmaması olarak açıklanabilir.

1982 Anayasası 18. maddesinde “Zorla Çalıştırma Yasağı” başlığı altında ; *“Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”* denilmiştir.

Ayrıca Anayasa'nın 17.maddesinin ilk fıkrası *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* demektedir. Görüldüğü üzere Anayasa metninde “kölelik” kavramına yer verilmemiştir. Ancak yorum yoluyla 17. maddenin kölelik ve kulluk için de geçerli olduğu ve bu sebeple bu

hallerin de yasaklanmış olduğu kabul edilmektedir.<sup>102</sup> Ayrıca AYM içtihatlarında kölelik ve kulluk kavramları yer almamaktadır. Bu kavramlar yerine, zorla çalışma ve çalıştırma yasağı kavramlarını sık bir biçimde kullanmaktadır.

Anayasa'nın 18. maddesi, AİHS'in 4.maddesinden farklı olarak "angarya" kavramını kullanmıştır. Bu kavram madde gerekçesinde "Angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılmasıdır."(Anayasa m.18 gerekçesi) şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca Atilla İnan Başvurusunda AYM ise Atilla İnan Başvurusunda "angarya" kavramını şöyle tanımlamıştır:

*"Anayasa'nın 18. maddesinin gerekçesinde angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da angarya, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma biçiminde tanımlanmıştır. Hizmetlerin karşılığında kendilerine ücret ödenen kişilerin bu yükümlülük kapsamındaki çalışmalarının angarya olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir (AYM, E.2011/150, K.2013/30, 14/2/2013)."*<sup>103</sup>

Aynı zamanda kanun koyucu 5237 sayılı TCK 117.maddesi "İş ve Çalışma Hürriyetinin İhlali"<sup>104</sup> başlığı altında zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasaklarını, bir yaptırıma bağlamak suretiyle koruma altına almıştır.

AİHS'in "Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı" başlıklı 4. maddesi şu şekildedir;

---

<sup>102</sup> Ulaş KARAN, "Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 2 (2018), s. 416.

<sup>103</sup> Atilla İnan Başvurusu, Başvuru No:2012/615, 21.11.2013, prg.42.

<sup>104</sup> 5237 sayılı TCK m.117: "(1) Cebir veya tehdit kullanarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla, iş ve çalışma hürriyetini ihlal eden kişiye, mağdurun şikâyeti halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası verilir. (2) Çaresizliğini, kimsesizliğini ve bağıllığını sömürmek suretiyle kişi veya kişileri ücretsiz olarak veya sağladığı hizmet ile açık bir şekilde orantısız düşük bir ücretle çalıştıran veya bu durumda bulunan kişiyi, insan onuru ile bağdaşmayacak çalışma ve konaklama koşullarına tabi kılan kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis veya yüz günden az olmamak üzere adli para cezası verilir. (3) Yukarıdaki fıkrada belirtilen durumlara düşürmek üzere bir kimseyi tedarik veya sevk veya bir yerden diğer bir yere nakleden kişiye de aynı ceza verilir. (4) Cebir veya tehdit kullanarak, işçiyi veya işverenlerini ücretleri azaltıp çoğaltmaya veya evvelce kabul edilenlerden başka koşullar altında anlaşmalar kabulüne zorlayan ya da bir işin durmasına, sona ermesine veya durmanın devamına neden olan kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

*“1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz 2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz. 3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz: a) Bu Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş; b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet; c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet; d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.”*

Bu madde ifade tarzı bakımından bir hak tanımaktan ziyade yasakları göstermektedir. Korunan hukuki değer açısından bir değerlendirme yapmak gerekirse bu madde ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğü ile emeği korunmaya çalışılmaktadır.<sup>105</sup>

Maddenin 1.fikrası ile “köle” ve “kul” olarak tutulma durumları yasaklanmış, 2.fikrasında ise bir kimsenin “zorla çalıştırma” ve “zorunlu çalışma” durumlarına maruz bırakılmayacakları belirtilmiştir. Son fıkra ile de çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmayacak haller belirtilmiştir.

AİHM kölelik kapsamını değerlendirdiği “*Sliadin*” davasında 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi tanımını esas almıştır.<sup>106</sup> Ayrıca zorla çalıştırma veya zorunlu çalıştırma değerlendirmelerinde ise 29 nolu ILO Sözleşmesindeki tanımı esas almaktadır.

Köleliğin ayırt edici unsurları “kontrol”, “sahiplik”, “şiddet kullanma” ve “şiddet tehdidi”dir. Zorla çalışma/çalıştırmada ise “bir işin irade dışı yaptırılması”, “işin haksız olarak veya kuvvet ile yaptırılması” durumları söz konusudur. Zorla çalışma veya çalıştırılma kavramları da birbirlerinden esasen farklı anlamdadırlar. Zorla çalışma durumunda bir yükümlülük söz konusu iken zorla çalıştırılma halinde maddi veya manevi kuvvetin verdiği sıkıntı sebebiyle bir hareket söz konusudur.

<sup>105</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 317.

<sup>106</sup> TEZCAN vd., s. 183.

Ayrıca Sözleşme, 4. maddenin 3. fıkrası ile zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmadan sayılmayacak istisnai halleri tek tek belirtmiştir. Dikkat edilmelidir ki bu sayılan istisnalar 1. fıkra kapsamındaki kölelik ve kulluk yasağı için geçerli değildir. Çünkü bu yasak mutlak bir nitelik taşımaktadır. Bu istisna hallerinin ortak yanlarını belirlemek zarureti doğarsa “genel yarar”, “toplumsal dayanışma”, “olağanlık” gibi kavramlara dayandırılabilir.<sup>107</sup>

### **3.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

AİHS 4. madde ile yüklenen ödevlerin hem negatif hem de pozitif bir boyutu bulunmaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu madde özelinde yükümlülüklerin kapsamını incelediği ilk dava Siliadin/ Fransa Davası'dır.

Negatif yükümlülükler kapsamında AİHS'in 4. maddesi açısından devletten ihlali gerçekleştiren kişi olmaması beklenmektedir. Yani devletin “yapmama” yükümlülüğü söz konusudur. Mesela devlet bireyi zorla çalıştırmayacaktır. Çalıştırması durumunda ise negatif yükümlülüğün ihlali durumu gerçekleşecektir. Madde ile getirilen yasaklamalardan tek başına negatif yükümlülükleri ihtiva ettiği sonucu düşünülebilir. Ancak AİHM içtihatlarıyla, maddeye daha geniş bir koruma alanı tanınmıştır. AİHM ilgili maddeyi değerlendirirken, devletin negatif yükümlülüğün yanında pozitif yükümlülüğünün, Sözleşme'nin dikey etkisiyle beraber yatay etkisinin bulunduğunu kabul etmektedir.

Siliadin ve Fransa Davası<sup>108</sup>, yabancı bir ülkede pasaportuna el konularak, yakalanma korkusu içerisinde bırakılan başvuruçunun izinsiz ve bedelsiz olarak uzun süre gayri iradi çalıştırıldığı ve seyahat özgürlüğünün elinden alındığı iddialarını içerir. Bu davada AİHM şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“...Bu çerçevede Mahkeme, söz konusu dönemde yürürlükteki ceza kanununun, başvuruçuyu mağdur eden eylemlere karşı özel ve etkili bir şekilde korumadığı görüşündedir. Mahkeme, insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunması konusunda gerekli olan ve giderek yükselen standartların, kaçınılmaz*

<sup>107</sup> Şeref GÖZÜBÜYÜK, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11.Baskı Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016, s. 235.

<sup>108</sup> Siliadin/Fransa Davası, Başvuru No:73316/01, 26.10.2005.

*biçimde demokratik toplumların temel değerlerinin ihlallerini değerlendirmede daha istikrarlı olmayı gerektirdiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Fransa'nın 4. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.*"<sup>109</sup>

Karardan anlaşılacağı üzere, devletin güvenceye aldığı hakları ihlal etmekten kaçınması tek başına yetmemekte ayrıca pozitif yükümlülükleri de yerine getirmesi gerekmektedir. Bu karar, 4. madde özelinde Mahkeme'nin verdiği ilk karar olmasından ötürü ayrı bir öneme sahiptir. Ayrıca, Mahkeme bu kararında kölelik ve kulluk ayırımına gidip, köleliğin kulluğa göre daha yoğun bir hal olduğunu da vurgulamıştır. Sonuç olarak da yürürlükte olan mevcut ceza yasalarının küçük Siliadin'in maruz kalmış olduğu eylemlere karşı uygulanabilir ve etkin bir şekilde koruyamadığına hükmedilmiştir.

4. madde ile AİHM, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden birisinin korunduğu kanaatindedir.<sup>110</sup> Bu nedendir ki devletler bu madde kapsamında yer alan hakları korumak için gerekli kanuni düzenlemeleri yapıp bunların etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak zorundadırlar.

Daha önce de belirttiğimiz gibi AİHS 4. maddesi, Anayasa 18.maddesine denk gelmektedir. Kavramsal olarak maddeler birbirlerini tam bir biçimde karşılamamaktadır. Ancak hakların özü açısından değerlendirilecek olursa Anayasa tarafından bu koruma sağlanmaktadır. AİHS, kölelik ve kulluk kavramlarına yer vermişken, Anayasa bu kavramlara yer vermeyerek "zorla çalıştırma" ve "angarya" kavramlarını kullanmıştır. Lakin 17.maddede yer alan "*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*" hükmünün, yorum yoluyla kölelik ve kulluk yasağını kapsadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca kölelik ve kulluğa göre daha hafif nitelikte olan zorla çalıştırma biçimlerinin Anayasa tarafından yasaklandığı dikkate alındığında, köleliğin evleviyetle yasaklanmış olacağı şeklindeki değerlendirmeler hukukçular tarafından kabul edilmektedir.<sup>111</sup>

<sup>109</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, ss. 346–347.

<sup>110</sup> Özde DEREBOYLULAR, "Kölelik ve Kulluk Yasağının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. Özel Sayı (2019), s. 2602.

<sup>111</sup> DEREBOYLULAR, s. 2621.

Hâlihazırda bir karar taraması yapıldığında, AYM tarafından “Zorla Çalıştırma ve Angarya Yasağına” ilişkin verilmiş herhangi bir ihlal kararı bulunmadığı görülmektedir. Anayasa’nın 18.maddesi ile yasaklayıcı hükümler getirildiği kabulü ile devlete negatif yükümlülükler yüklendiği sonucuna ulaşılabilir. Ancak Anayasa 5.madde<sup>112</sup> dikkate alındığında, AİHM’nin oluşturmuş olduğu gibi AYM’nin de bu hakların korunması açısından pozitif yükümlülük doktrinini geliştirmek zorunda olduğu kabul edilmektedir.

Sonuç olarak kölelik, zorla çalıştırma, angarya yasakları hakkında günümüze dair bir değerlendirme yapabiliriz. Özellikle Avrupa’da ev hizmetlerinde kullanılan ve yaygın olarak cinsel amaçlı istismar edilen göçmen kadınların, uygun beslenme ve sağlık koşulları bulunmayan milyonlarca çocuğun çalıştırılması, silahlandırılması ve uyuşturucu ticaretinde kullanılması gibi durumların hukuki anlamda modern/küresel köle olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır.<sup>113</sup> Bu insanların en temel haklarından olan zorla çalıştırma, kölelik yasağı gibi doğuştan gelen insani haklarının korunması için ulusal ve uluslararası işbirliklerinin yanında, devletlerin aktif tutum sergilemeleri, önleyici, koruyucu ve telafi edici mekanizmalarını yasal ve idari anlamda oluşturup çalışmalarını gerekmektedir. Bu mekanizmaların oluşmaya başlayıp işlerlik kazanmalarına bölgesel olarak AİHM, ülkemiz açısından ise Anayasa Mahkemesi katkı sağlamaktadır.

---

<sup>112</sup> 1982 Any. m.5: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, 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.”

<sup>113</sup> Erkan DUYMAZ, “Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 123 (2013), s. 101.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ÖZEL HAYAT ve AİLE HAYATINA DAİR HAKLAR VE BU BAĞLAMDA POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

#### 1. Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı (AİHS m. 8-Any. m.20, 21, 22)

AİHS 8.madde “özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı” başlığına yer vermiştir. Madde metninde “özel yaşam”, “aile yaşamı”, “konuta ve haberleşmeye saygı” kavramları kullanılmıştır. Bu kavramlar; Anayasa’nın 20. maddesi “Özel hayatın gizliliği”, 21. maddesi “Konut dokunulmazlığı” ve 22. maddesi “Haberleşme hürriyeti” başlıkları altında birden çok maddede karşılık bulmaktadır. AİHS ile Anayasa arasında bu hakların korunması açısından ortak bir kanaat ve gayenin hedeflendiği görülmektedir.<sup>114</sup>

#### 1.1. Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı ve Hakkın Normatif Temelleri

Sözlüklerde tanım açısından yaşam kavramıyla hayat kavramı eş anlamda kullanılmaktadır. Özel hayat, Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “kişinin kendine özgü yaşayışı, yaşama tarzı, kendisini ilgilendiren tutum ve davranışı, öz yaşam, özel yaşam”<sup>115</sup> şeklinde açıklanmaktadır. Özel hayat çeşitli tanımlamalara tabi tutulmakta ancak üzerinde ittifak edilebilen tek ortak bir tanımı bulunmamaktadır.

Kişilerin iletişim halinde birer sosyal varlıklar oldukları dikkate alındığında, yaşam alanının büyük bir bölümünün diğer kişilere ve devletlere karşı açık olduğu görülecektir. Ancak özel hayatın bu aleniliği karşısında, izinsiz girilemeyen, teşhire kapalı ve ticari sermaye olarak kullanılamayacak sınırları da bulunmaktadır.<sup>116</sup>Bunlar özel hayatın kapsamını ve hudutlarını belirler. Bu sınırları belirleyen özel hayatın korunması hakkı, devletlerin veya üçüncü kişilerin hak ihlallerine karşı koruma sağlamayı amaçlamaktadır.

AİHS’in 8. maddesi ile koruma altına alınan; özel yaşam, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü kavramları 1982 Anayasası’nda; “Kişinin

<sup>114</sup> TEZCAN vd., s. 353.

<sup>115</sup> <https://sozluk.gov.tr/>

<sup>116</sup> Ali KORKMAZ, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması”, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 2014, S. 3 (2014), s. 100, doi:10.18493/kmusekad.97442.

Hak ve Ödevleri” başlıklı bölümde “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” başlığı altında 20-22. maddeler arasında yer almıştır. AİHS’in sunmuş olduğu koruma Anayasa’da yer alan bu üç madde ile tam olarak eşleşmemektedir. Bu maddelerin haricinde “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlıklı 17. madde, “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. madde ve “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlıklı 56. madde AİHS ile eşleşme ve karşılama açısından sayılabilecek diğer maddeler arasında yer almaktadır.

Anayasa’nın 20/1. maddesi “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*”, 20/3. maddesi “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar...*”, 21/1. madde “*Kimsenin konutuna dokunulamaz...*”, 22/1. madde ise “*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır...*” demek suretiyle bu hakları koruma altına almıştır.

Anayasa Mahkemesi özel hayat kavramını geniş bir perspektif ile yorumlamaktadır.<sup>117</sup> Özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında sayılabilecek konular:

Ad ve soyadı, etnik kimlik, kadının soyadını kullanma hakkı, çocuğa isim verme hakkı, cinsiyet değiştirenlerin isim değişikliği hakkı gibi kişinin kimliğine yönelik haklar, parmak izi, DNA profil bilgileri, kimlik bilgileri, ticari bilgiler, tıbbi bilgiler- bankacılık bilgileri gibi kişisel veriler, cinsel yönelim seçimleri, kişinin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, velayet, vesayet, evlat edinme, çocuk ebeveyn ilişkisi gibi konuları içeren kişinin aile hayatı, kişinin konut dokunulmazlığı ve kişinin haberleşme hürriyeti olarak ifade edilmektedir.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> TEZCAN vd., s. 361.

<sup>118</sup> Ramazan Onur KARADENİZ, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2016, ss. 36–37.

AİHS'in 8. maddesi "Özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı" başlığı altında bu hakkı koruma altına almıştır.<sup>119</sup> Maddenin ilk fıkrası ile kişilerin sahip oldukları haklar sayılmıştır. Bu haklar dörtlü bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Bunlar "özel yaşama saygı hakkı", "aile yaşamına saygı hakkı", "konuta saygı hakkı" ve "haberleşmeye saygı hakkı" olarak sıralanabilir.

Maddenin ikinci fıkrasında ise bu haklara yönelik sınırlama/müdahale sebeplerine yer verilmiştir. Bu sınırlamalar, ikinci fıkrada belirtilen meşru amaçların korunması için demokratik bir toplumda gerekli ise ancak kanuna uygun olarak yapılabilir ve ancak bu şekilde hakkın istisnaları arasında yer alabilir.<sup>120</sup> Genel kabul, bir devletin açıkça kötü niyetli davranışları istisna tutulacak olursa ikinci fıkrada yer alan meşru amaca aykırılık halleri devletler açısından ciddi bir sorun öngörmemektedir.<sup>121</sup> Demokratik toplumda gereklilik şartının yerine getirilmiş olduğunu kabul etmek için, müdahalenin zorlayıcı toplumsal ihtiyaçları karşılaması ve hedeflenen meşru amaç ile orantılı olması gerekir.

Khoroshenko/Rusya davasında<sup>122</sup> AİHM, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken devletlerin belirli takdir hakkına sahip olduklarının göz ardı edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

AİHS m.8/2 de sayılan istisnai hallerden, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının mutlak bir hak olmadığı sonucu çıkmaktadır. Madde metninde özel hayat, aile hayatı gibi kavramların tanımlarına yer verilmemiştir. AİHM içtihatlarına bakıldığında genel bir tanım yapma yoluna gitmekten kaçınılmakta ve kazüistik bir yol tercih edilerek, her somut olay kendi şartları içerisinde değerlendirilerek bir açıklama ve tanımlama yoluna gidilmektedir.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup>AİHS m.8: "1.Herkes, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2.Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin ya da ülkenin ekonomik refahının yararı, suçun ya da düzensizliğin önlenmesi, sağlığın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukuka uygun olarak yapılan ve bir demokratik toplumda gerekli bulunanlar hariç, hiçbir müdahale olmayacaktır."

<sup>120</sup> TEZCAN vd., s. 356.

<sup>121</sup> DUTERTRE, s. 344.

<sup>122</sup> Khoroshenko/Rusya Davası, Başvuru No:41418/04, 30.6.2015.

<sup>123</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 346.

Aile hayatının korunması da m. 8'in koruma alanı içerisinde. Aile hayatının özel hayat kapsamında değerlendirilebilmesi için öncelikle bir aile ilişkisinin mevcudiyeti aranır. AİHM, hukuki anlamda aile kavramının yanı sıra evlilik dışı ilişkilerden oluşan fiili aile ilişkisini de madde kapsamında değerlendirmektedir.<sup>124</sup> AİHM, eşcinsel fiili birliktelikleri, potansiyel aile ilişkilerini (mesela evlilik dışı çocuk ve baba arasındaki ilişki), evlat edinen ile evlatlık arasındaki ilişkiyi, boşanma durumunda velayet ve kişisel ilişki kurma durumlarını, mirasa ilişkin hususları m. 8 kapsamında değerlendirmektedir.<sup>125</sup> Mahkeme aile hayatı ilişkisi kapsamında kan bağı derecesiyle beraber “bireysel ve insancıl ilişkilerin gerçek bir aile hayatını gösterir düzeydeliğini, birlikte yaşamak, duygusal bağlantı, iktisadi bağımlılık” gibi unsurları da göz önünde tutar.<sup>126</sup>

Aile yaşamına saygı hakkı içerisinde diğer bir önemli konu olan kardeşler arasındaki ya da büyükannelerle veya büyükbabalarla olan ilişkiler de madde kapsamında değerlendirilerek AİHM tarafından incelemeye değer görülmektedir.<sup>127</sup>

AİHS m. 8 kapsamında koruma altına alınan alt kategorik haklardan diğeri “konuta saygı hakkıdır”. Genel manada konut, barınmak için kalınan ya da kişilerin özel hayatlarını idame ettirdikleri alanlar olarak tarif edilir. AİHM'e göre bir yerin konut sayılabilmesi, o yer ile yeterli ve süregelen bağların mevcudiyetine bağlıdır.<sup>128</sup> Ayrıca mesleki ve ticari faaliyet yürüten işyerleri de mahkemeye göre konut sayılmaktadır.<sup>129</sup>

Konuta saygı hakkı kapsamında güncel ihlal hallerine örnek olarak; göçe zorlama, konutta arama, konutun yakılıp yıkılması gibi durumlar gösterilebilir.<sup>130</sup> Ayrıca iskân edilen evin kamulaştırılmaya tabi tutulması, ev sahiplerinin kendi evlerinde oturmalarının yasaklanması, evlerin tahribi gibi hadiseler AİHM tarafından 8. maddenin ihlali olarak değerlendirilmektedir.

<sup>124</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 355.

<sup>125</sup> Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 1.Baskı Ankara: Şen Matbaa, 2013, ss. 317–318.

<sup>126</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 357.

<sup>127</sup> DUTERTRE, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, ss. 318–19.

<sup>128</sup> İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 319.

<sup>129</sup> Niemietz/Almanya Davası, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, prg.30.

<sup>130</sup> TEZCAN vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 386.

Son olarak 8. madde kapsamında incelenmesi gereken alt kategorik hak, haberleşmeye saygı hakkıdır. Bu hak ile özel haberleşmeler koruma altına alınmıştır. Kitlesel haberleşmeler ise bu madde kapsamında değil, onuncu madde kapsamında incelemeye tabi tutulmaktadır.<sup>131</sup>

Haberleşmeye saygı hakkı, kişilerin herhangi bir kesinti ve sansüre maruz kalmadan başka kişiler ile iletişim kurma hakkı olarak tanımlanmaktadır.<sup>132</sup> Haberleşme kavramı, her türlü yazılı veya sözlü iletiyi içermektedir.<sup>133</sup> Haberleşme içeriğine ulaşma gibi, olası haberleşme imkânlarının engellenmesi halleri de 8.madde kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>134</sup> Haberleşme kavramı, AİHM tarafından geniş yoruma tabi tutulmaktadır. Haberleşmeye saygı hakkına yönelik en yaygın ihlal hali; iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen haberleşmenin denetlenmesi hali oluşturmaktadır. Basit bir örnek olarak telefonların hukuka aykırı dinlenilmesi gösterilebilir.

## **1.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Özel Yaşam ve Aile Yaşamına Saygı Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Özel yaşam ve aile yaşamı hakkının korunması açısından AİHS'in öncelikli amacı, kişileri devletin keyfi tutumlarına karşı korumaktır. Bazı yazarlar bu ödevi sözleşmeden kaynaklanan “başat yükümlülük” olarak nitelendirmiştir.<sup>135</sup> Öncelikle devlet, kişilerin özel hayatlarını ve bu hakkın alt kategorisinde yer alan diğer hakları ihlal etmemekle mükelleftir. Bu hususlar; kişilerin telefonlarını hukuka aykırı dinlememek, kişilerin konutuna hukuka aykırı olarak zarar vermemek şeklinde örneklendirilebilir.

AİHM negatif yükümlülük kapsamında yaptığı değerlendirmelerde, ihlal başvurusuna konu müdahalenin meşru amaçların korunması için “demokratik bir toplumda gerekli” ve “kanuna uygun olarak” yapılıp yapılmadığını denetlemektedir.

AİHS 8. maddeden türeyen yükümlülükleri negatif yükümlülükler ile sınırlı tutmak bu hakkın etkili ve uygulanabilir olması yolunda engel oluşturabilir.

<sup>131</sup> TEZCAN vd., s. 488.

<sup>132</sup> Halil KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, 5.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2017, s. 481.

<sup>133</sup> TEZCAN vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, s. 473.

<sup>134</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 360.

<sup>135</sup> Gülay ARSLAN ÖNCÜ, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2019, s. 6.

AİHM'nin, 8. maddenin 1.fıkrası kapsamında hakkın kullanımına bir engel görmemesi veya hakkın kullanılmasına müdahale olmadığı kanısına varması tek başına ihlalin olmadığı anlamına gelmez, ayrıca devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini değerlendirmesi gerekmektedir.<sup>136</sup>

Von Hannover/Almanya davasında pozitif yükümlülüklerle ilişkin AİHM:

*“Yukarıda da belirtildiği gibi, Mahkeme, özel hayat korumasının ifade özgürlüğüne karşı dengelenmesinde ağırlıklı unsurun yayınlanan fotoğraf ve makalelerin kamu menfaatine katkıda bulunması gerekliliği olduğunu belirtmiştir. Mevcut davada, fotoğraf ve makalelerin, başvurusunun herhangi bir resmi görevi olmaması ve başvurusunun özel hayatı ile ilgili olmaları nedeniyle bu tarz bir katkı sağlamadığı açıktır.*

*Buna ilaveten, Mahkeme, her zaman yalıtılmış olarak tanımlanmayacak mekanlarda bulunsa dahi ve herkes tarafından tanınması gerçeğine rağmen halkın başvurusunun nerede olduğunu ve genel olarak özel hayatında nasıl davrandığını bilme hususunda yasal bir menfaatinin olmadığına karar vermiştir.*

*Mahkeme'ye göre, mevcut davada kamunun bir menfaati bulunsa dahi aynı zamanda söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayınlanmasında dergilerin de ticari bir menfaati bulunduğundan, bu menfaatlerden başvurusunun özel hayatının etkin şekilde korunması hakkı diğeri karşısında üstün gelir.*

*Son olarak, Mahkeme'ye göre, yerel mahkemeler tarafından başvuru kriterler başvurusunun özel hayatının etkin şekilde korunmasının sağlanması bakımından yeterli değildir. Başvurusunun özel hayatının korunması ile ilgili “yasal beklentisinin” karşılanması gerekmektedir.”<sup>137</sup> diyerek özel hayatın ve aile hayatının korunması açısından devletin pozitif yükümlülüklerle sorumlu olduğunu belirtmiştir.*

Özellikle, AİHM içtihatlarında pozitif yükümlülükler doktrininin en fazla özel yaşam ve aile yaşamının korunmasına dair 8. madde kapsamında değerlendirilip yorumlandığını söyleyebiliriz. Sözleşme'nin 1. ve 8. maddeleri özel yaşama saygı

<sup>136</sup> Ivana ROAGNA, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, ed. Ayşe Gül ALKIŞ, 1.Baskı Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2012, s. 11.

<sup>137</sup> Von Hannover - Almanya Davası, Başvuru No:59320/00, 3.06.2004, prg.76, 77, 78.

hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hukuki dayanağı olarak gösterilebilirler. Sözleşme'nin yaşayan bir enstrüman olma vasfının bir sonucu olarak, AİHM yeni hükümler türetebilecek şekilde Sözleşmeyi genişletici yoruma tabi tutmaktadır.<sup>138</sup>

Özel hayat ve aile hayatının korunması kapsamında yatay ihlalden devletin sorumluluğunun tartışıldığı ilk AİHM kararı, X ve Y/Hollanda<sup>139</sup> davasıdır. Devlet dışındaki üçüncü kişilerin 8. madde kapsamında yer alan hakları ihlal edebileceği ve bu ihlallerden de devletin sorumlu tutulabileceklerine dair ilk AİHM kararı olması bakımından önem taşımaktadır. Mahkeme, bu karardan sonra farklı birçok karar ile özel hayatın korunması adına yatay etkiden doğan sorumluluğu kabul etmiştir. Unutulmamalıdır ki Sözleşmenin yatay etki doğurduğunun kabulü pozitif yükümlülüklerin bir gereği ve sonucudur.<sup>140</sup>

AİHM, özel hayat ve aile hayatının korunmasına dair maddi/esasi pozitif yükümlülükler ile birlikte usule dair pozitif yükümlülüklerin varlığını da kabul etmektedir. Bu hususta, kolluk kuvveti tarafından izinsiz yapılan aramanın konut hakkına saygı hakkının ihlali iddiasını oluşturduğuna dair H.M/Türkiye davasında usûli pozitif yükümlülükler konusunda mahkeme şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“8. maddenin temel amacı kamu kurumlarının keyfi müdahalelerine karşı kişiyi korumak olsa da, bu maddenin güvence altına aldığı haklara saygıyı hedefleyen pozitif tedbirlerin yetkililer tarafından alınmasını da gerektirebilir (Bkz. diğerleri arasında Moreno Gomez-İspanya, no: 4143/02 ve M.C.-Bulgaristan, no: 39272/98). AİHM, söz konusu haklara saygıyı sağlama yollarını tercih ederken Devlet'in kullandığı takdir payına rağmen, 8. madde uyarınca Devlet'in pozitif yükümlülüğünün, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın etkililiği ve sonuç olarak usule ilişkin zorunluluklara da saygı gösterilmesi konusuna ilişkin sorunlara kadar genişletilebileceğini daha önce belirtmiştir (bkz. mutatis mutandis M.C.).”<sup>141</sup>*

<sup>138</sup> TEZCAN vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, ss. 69–70.

<sup>139</sup> X ve Y/Hollanda Davası, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985.

<sup>140</sup> ARSLAN ÖNCÜ, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, s. 10.

<sup>141</sup> H.M./Türkiye Davası, Başvuru No:34494/97, 8.8.2006, prg.26.

Yine özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında, yükümlü olunan pozitif yükümlülüklerin takdirinde uygulanacak ilkelerin belirlenmesine dair A,B ve C/İrlanda davasında, AIHM şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“8. madde anlamında Devletin pozitif yükümlülüğün takdirine uygulanan ilkeler negatif yükümlülüklerle uygulanan ilkelerle karşılaştırılabilir. Her iki durumda ilgili şahsın çatışma halindeki hakları ile kamu yararı arasında bir denge kurulması gerekmektedir. 8. maddenin 2. fıkrasındaki amaçlar bir rol oynamaktadırlar...*

*...Ancak Mahkeme devletlere yüklenen pozitif yükümlülüğün içeriğinin belirlenmesi için bir seri ilgili unsuru dikkate almıştır. Bu unsurların bazıları başvurucuyu ilgilendirmektedir; örneğin söz konusu olan çıkarın önemi veya temel değerlerin uygulamaya konulması ve özel yaşam hakkının esas unsurları (X ve Y/Hollanda, yukarıda adı geçen karar, § 27 ve Gaskin, yukarıda adı geçen karar, § 49), başvurucu üzerindeki hukuk ve sosyal gerçeklik arasındaki fark, hukuk sistemindeki idari ve hukuki uygulamalar, 8. madde altında yapılacak takdir sisteminde büyük bir önem taşımaktadırlar (B./Fransa, 25 Mart 1992, § 63, seri A no 232-C; ve Christine Goodwin, yukarıda adı geçen karar, §§ 77-78). Diğer faktörler devletin pozisyonu ile ilgilidir; örnek olarak iddia edilen yükümlülüğün geniş ve belirsiz bir nitelikte olması (Botta/İtalya, 24 Şubat 1998, § 35, Recueil 1998-I) ve yükümlülüğün kendisine yüklediği yük. (Rees/Birleşik Krallık, 17 Ekim 1986, §§ 43-44, seri A no 106; Christine Goodwin, yukarıda adı geçen karar, §§ 86-88).”<sup>142</sup>*

Doktorların mesleki beceri kullanımını sırasındaki ihmallerinden kaynaklı çocukta meydana gelen doku bozukluğundan yetkilileri sorumlu tuttıkları ve ayrıca olası sorumluların tespit edilmesini sağlayacak başvuru yollarına sahip olmadıkları iddiasını içeren hak ihlali iddiasına ilişkin Erdinç Kurt ve diğerleri/Türkiye Davasında, Mahkeme pozitif yükümlülükler konusunu şu ifadelerle değerlendirmeye tabi tutmuştur;

---

<sup>142</sup> A,B ve C/İrlanda Davası, Başvuru No:25579/05, 16.12.2010, prg.247,248.

“ Sözcleme'nin 2 ve 8. maddeleri, aynı zamanda, gerek özel gerekse kamu sektöründeki sağlık çalışanlarının sorumluluğu altında bulunduğu sırada yaşamını yitiren bir kişinin ölüm nedeninin veya vücut bütünlüğüne yönelik ihlallerin belirlenmesine ve gerektiğinde söz konusu sağlık çalışanlarını eylemlerinden sorumlu tutmayı sağlayacak etkin ve bağımsız bir yargı sistemi kurmakla yükümlü kılınmaktadır. (Calvelli ve Ciglio, yukarıda anılan, § 49).

Sözcleme'nin 2 ve 8. maddeleri bakımından Devletin yükümlülüğu, iç hukukta öngörülen koruma mekanizmaları yalnızca teorik olarak mevcutsa yerine getirilemez: Bu koruma mekanizmalarının, bilhassa pratik olarak da etkin bir biçimde işliyor olması gerekmektedir (Şilih/Slovenya [BD], No. 71463/01, § 195, 9 Nisan 2009).

Öte yandan, Sözcleme üçüncü şahıslara karşı ceza soruşturması açılması hakkını tek başına garanti altına alması da, Sözcleme'nin 2 ve 8. maddeleri tarafından gerekli kılınan etkin adli sistemin bazı koşullarda cezai baskı mekanizması oluşturabileceğini ve oluşturması gerektiğini Mahkeme birçok kez dile getirmiştir (Calvelli ve Ciglio, yukarıda anılan, § 51). Bununla birlikte yaşam hakkı veya vücut bütünlüğüne yönelik ihlal kasti değilse söz konusu hükümlerden ileri gelen etkin bir adli sistem oluşturma yönündeki pozitif yükümlülük, her durumda, mutlaka cezai yargı yolunu gerektirmemektedir... ”<sup>143</sup>

Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilen, çocukların ebeveynlerinden alınıp yetiştirme yurduna verildiği ve daha sonra ise açılan evlatlık davasına ebeveynlerin itirazını konu edinen, ebeveyn-çocuk arasındaki ilişkinin korunmasını hedefleyen ve bu nedenle devletin önlem alması gerektiği iddialarının tartışıldığı, S.H./İtalya kararında ise AİHM şu değerlendirmeleri yapmıştır;

“Bu hususları dikkate alarak ve bu tür konularda Devletin takdir yetkisine müdahale edilmeksizin, İtalyan yetkililer, hem çocukların menfaatini hem de aile bağının korunmasını sağlayacak diğer çözümler uygulanabileceken aile ilişkisinin nihai ve geri dönülmez şekilde sonlandırılmasına karar vererek, başvuranın çocuklarıyla yaşamayı isteme hakkına saygı gösterilmesini sağlamak için uygun ve

<sup>143</sup> Erdinç Kurt ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No:50772/11, 6.6.2017, prđ.54,55,56.

yeterli şekilde çaba sarf etmemiş ve böylece Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal etmiştir.”<sup>144</sup>

AYM, aile hayatına saygı kapsamında, 20.madde ile birlikte, tamamlayıcı madde olan, “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddenin birlikte değerlendirilmesi gerekliliğini belirtmiştir:

“...Ailenin sosyal yapısının yanı sıra toplum hayatında oynadığı rol de gözetilerek ailenin korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini belirtmek açısından Anayasa'nın 41. maddesinde de tamamlayıcı bir düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki düzenlemeler aile hayatına saygı ve bu hayatın korunması hususunda birey merkezli bir değerlendirmeden öte ailenin diğer fertleri ve genel olarak toplum menfaatleri de gözetilerek bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle aile hayatına saygı hakkı bakımından Anayasa'nın 20. maddesinin 41. madde ile birlikte uygulanması gerekmektedir (Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 87; Beşir Doğan, § 27).”<sup>145</sup>

Ulvi Balcıoğlu kararında ise AYM, haberleşme hakkına yönelik devletten veya üçüncü kişilerden gelebilecek olası ihlal risklerinin önlenmesine dair devletin pozitif yükümlülüklerinin mevcudiyetinden bahsetmiştir:

“... Bu düzenlemeler ışığında devletin bireyin haberleşme hürriyetine keyfi olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin anılan özgürlüğe karşı saldırılarını önlemekle yükümlü kılındığı, bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu söylenebilir (Ali Çığır, B. No: 2015/19298, 8/5/2019, § 32; Erol Kumcu, B. No: 2015/18988, 9/5/2019, § 32).

Dolayısıyla Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen hak kapsamında devletin pozitif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan tüm bireylerin haberleşme hürriyetlerini gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin

<sup>144</sup> S.H./İtalya Davası, Başvuru No:52557/14, 13.10.2015, prg.58.

<sup>145</sup> Abuzer Uzun Başvurusu, Başvuru No: 2016/61250, 13.6.2019, prg.30.

kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.”<sup>146</sup>

Haberleşme hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin usûl ve esas açısından ayrı ayrı değerlendirildiği Mehmet Seyfi Oktay başvurusunda, AYM şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“Bunun yanı sıra kamu makamlarının kişisel nitelikteki verilerin veya haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önleme; bu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi durumunda ise etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının sağlanması konusunda pozitif nitelikte usul yükümlülüğü bulunmaktadır. (Craxi/İtalya (2), §§ 73, 74; Cariello/İtalya, B. No: 14064/07, 30/4/2013, §§ 83, 84; Apostu/Romanya, § 118).*

*Anayasa'nın 22. maddesi "Devletin temel amaç ve görevleri" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında kamu makamları tarafından, haberleşmenin gizliliği hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamak, kişisel nitelikteki verilerin ve gizli tutulması gereken haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önlemek üzere bütün tedbirlerin alınması, bunun için yasal düzenlemelerin yapılmasının yanı sıra gerekli organizasyonun kurulması ve personelin de bu konuda eğitilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. (AİHM'in yaklaşımı için bkz. Apostu/Romanya, § 131).”<sup>147</sup>*

Konut hakkına saygı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin ele alındığı bireysel başvuru kararları incelendiğinde, kamulaştırma ve arama kararları gibi konuları içeren başvuruların yoğunluklu olduğu görülmektedir. Bu kararlar arasında, şerh konulan aile konutuna yönelik ihtilaflar olsa da doğrudan konut hakkına saygı kapsamında pozitif yükümlülüklerle dair henüz herhangi bir karar verilmediği görülmektedir.

## **2. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı (AİHS m. 12-Any. m.41)**

AİHS'in 12. maddesi “evlenme hakkı” başlığı altında düzenleme yapmıştır. Evlenme ve aile kurma hakkı, 1982 Anayasasında “özel hayatın gizliliği” başlıklı 20.

<sup>146</sup> Ulvi Balcioğlu Başvurusu, Başvuru No: 2015/3175, 10.10.2019, prg.33,34.

<sup>147</sup> Mehmet Seyfi Oktay Başvurusu, Başvuru No: 2013/6367, 10.12.2015, prg.57,58.

madde ve “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. madde çatısı altında dolaylı olarak yer bulmuştur.

### **2.1. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı ve Normatif Temelleri**

AİHS’in “evlenme hakkı” başlıklı 12. maddesi şu şekildedir:

*“Evlenme yaşına gelen erkekler ve kadınlar, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak, evlenmek ve bir aile kurmak hakkına sahiptir.”*

Maddenin başlığına bakıldığında Sözleşme’nin sadece evlenme hakkını düzenlediği izlenimi oluşmaktadır. Ancak madde içeriğinde evlenme hakkının yanı sıra aile kurma hakkının da koruma altına alındığı anlaşılmaktadır.<sup>148</sup> Evlenme hakkı başlıklı 12. madde ve aile yaşamına saygı hakkını içeren 8. madde arasında yakın bir ilişki bulunduğu söylenebilir.

Aile yaşamına saygı hakkını içeren 8. madde ile hali hazırda “kurulmuş olan” bir aile müessesesi korunmaktadır. 12. maddenin ise evlenmeyi ve aile kurma hakkını koruduğu kabul edilmektedir.<sup>149</sup> Ayrıca Sözleşme maddesinde yer alan “ulusal yasalara uygun olarak” ibaresi, devletlere hakkın düzenlenmesinde geniş takdir alanı ve yetki sunmaktadır.

Evlenme hakkı açısından AİHM tarafından yapılan cinsiyet değerlendirmesi zaman içerisinde değişiklik göstermiştir. Cinsiyetin evlilik üzerindeki etkisine ilişkin Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusunda AİHM, evlenme müessesesi kapsamında transseksüellere yönelik cinsiyet değerlendirmesinin biyolojik cinsiyet şeklinde dar kapsamlı yapılamayacağını söylemekle birlikte eşcinsel evlilikler konusunda devletlere zorlayıcı yükümlülükler yüklenemeyeceğini belirtmektedir.<sup>150</sup>

Evlenme hakkına getirilecek sınırlamalar veya bu hakkın kullanılması açısından yerine getirilmesi gereken usûli düzenlemeler konusunda Mahkeme,

---

<sup>148</sup>Ufuk Ramazan ÇAKMAK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2017), ss. 165–66, doi:10.15337/suhfd.340569.

<sup>149</sup>Osman DOĞRU, Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2. Cilt*, 1. Baskı Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2013, s. 539.

<sup>150</sup> Schalk ve Kopf/Avusturya Davası, Başvuru No. 30141/04, 24.6. 2010.

hakkın özünün zedelenmemesi gerektiği hususu üzerinde durmaktadır.<sup>151</sup> Ayrıca 12.maddenin, evlenmeme hakkını koruma altına alıyor olduğu kabul edilmesine rağmen boşanma hakkını kapsam dışında tuttuğu kabul edilmektedir. Fakat AİHM, boşanma sürecinin uzun sürmesinin yeni bir evliliğe engel oluşturabileceği şeklinde bir değerlendirme yaparak, 12. madde kapsamında değerlendirmeye tabi tutmaktadır.<sup>152</sup>

AİHS 12. madde ile evlenme hakkının yanı sıra aile kurma hakkı da düzenleme altına alınmıştır. Madde 8 dâhilindeki serbest ilişkilerin dışında kalan aile kurma hakkı, sadece evlilik bağı içerisinde aile kurma hakkını koruma altına almaya yöneliktir.<sup>153</sup> Ayrıca şu husus gözden kaçmamalıdır, bu hak ile aile kurma hakkı koruma altına alınmaktadır öteki taraftan aile yaşamını sağlamaya yönelik bir güvence söz konusu değildir.

Aile kurma hakkı kapsamında kısırlaştırma, kürtaj, evlat edinme gibi konular uygulamada somut olaylar olarak ortaya çıkabilmektedirler. Uygulamada evlat edinme hakkının 12. madde kapsamında değil 8.madde kapsamında değerlendirileceği kabul edilmektedir. Bu kabulün gerekçesi; 12. maddenin sadece evlilik ilişkisi içerisinde olan kişiler için geçerli olduğunda yatmaktadır. Aynı şekilde AİHM, suni dölleme konusunu da 8. madde kapsamında değerlendirmektedir. Gerekçe olarak, 12. maddenin sadece doğal yollarla çocuk sahibi olunmasını koruma altına aldığı söylenmektedir.

1982 Anayasası doğrudan evlenme hakkına ilişkin bir düzenleme yapmamakla birlikte evlenme hakkını ilgilendiren birçok hüküm barındırmaktadır. Mesela Anayasanın 20. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile evlenme hakkının yakın ilişki içinde olduğu söylenebilir. Yine “ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı 41. maddede yer alan ifadelerden evlenme hakkının tanındığı sonucuna ulaşılabilmektedir. Her iki maddenin de bu şekilde yorumlanmasındaki gaye, Anayasa ile AİHS arasında uyum sağlama amacının güdüldüğüdür.

---

<sup>151</sup> ÇAKMAK, s. 170.

<sup>152</sup> İNCEOĞLU, s. 430.

<sup>153</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 545.

Gerek evlenme gerekse de aile kurma haklarına dair Anayasa'da doğrudan karşılayıcı bir düzenleme bulunmamaktadır. Maddelerin yorumlanması sureti ile bu hakların tanınmış olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu hakların sınırlandırılmasına ilişkin ise; genel sınırlama sebeplerinin yer aldığı 13. maddenin uygulanabilir olduğu, AİHM içtihatları da dikkate alınarak kabul edilmektedir.<sup>154</sup>

## **2.2. Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Kapsamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Evlenme ve aile kurma haklarına yönelik, Sözleşme 12. maddesi ile negatif veya pozitif yükümlülükler açıkça belirtilmemiştir. Ancak devletlerin keyfi müdahalelerden kaçınmasını gerektiren negatif yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Devletlerin negatif yükümlülüklerine bir örnek verecek olursak; vatandaşları doğum kontrol yöntemlerine zorlamama şeklinde bir sorumluluk söylenebilir.

Hakka dair pozitif yükümlülükler yönüyle devletlerin çok sınırlı bir sorumluluk alanı söz konusudur. Devletlerin, evlenme ve aile kurma haklarını engelleyen halleri ortadan kaldırmak şeklindeki pozitif yükümlülükleri, sorumluluğun sınırlı olduğunun bir göstergesidir.<sup>155</sup> Ancak devletlerin, evlenme hakkını etkinleştirecek koşulları yaratma veya evlilikleri teşvik etme gibi pozitif yükümlülükleri bulunmadığı söylenmektedir.<sup>156</sup> Evlenme ve aile kurma hakkı yönüyle devletlerin pozitif yükümlülüklerine dair AİHM içtihatlarının, dar bir çerçeve çizmeye çalıştığı unutulmamalıdır.

---

<sup>154</sup> İNCEOĞLU, s. 437.

<sup>155</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 362.

<sup>156</sup> DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku*, ss. 672–75.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ÇOĞULCULUĞUN KORUNMASI KAPSAMINDA HAKLAR VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

#### 1. Seçme Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı (AİHS Ek 1 No.lu Protokol m.3- Any. m.67)

Seçme seçilme hakkı Anayasa m. 67 ve AİHS Ek 1 No.lu Protokol m.3'de yer almaktadır.<sup>157, 158</sup>

Anayasa madde 6 ile egemenliğin kayıtsız ve şartsız olarak millete ait olduğu belirtilmektedir. Egemenliği, seçim yoluyla belirlediği vekilleri aracılığıyla halk kullanır. İşte bu temsili demokrasinin olmazsa olmazı seçme ve seçilme hakkıdır. Anayasa'da bu hak siyasi haklar içerisinde düzenlenmiştir. Vatandaşlık hakkının bir gereği olan bu hak, siyasi kamu haklarından en önemlisi olma niteliğine haizdir.<sup>159</sup> AİHS, makul aralıklar içerisinde gizli oy kullanılarak serbest seçimler yapılmasını koruma altına almaktadır. Bu korumanın amacı demokratik devlet yapısını yaşatma gerekliliğidir.

AİHS ile devletlere belirli seçim sistemlerini uygulama yükümlülüğü yüklenmemiştir. AİHM genel olarak seçimin ilkelerini belirtmiştir. Bu ilkeler doğrultusunda istediği sistemi kurmakta devletler özgürdür.

---

<sup>157</sup> 1982 Anayasası m.67: "Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoymasına katılma hakkına sahiptir. Seçimler ve halkoyması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler. On sekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoymasına katılma haklarına sahiptir. Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir. Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Ceza infaz kurumları ve tutuk evlerinde oy kullanılması ve oyların sayım ve dökümünde seçim emniyeti açısından alınması gerekli tedbirler Yüksek Seçim Kurulu tarafından tespit edilir ve görevli hakim in yerinde yönetim ve denetimi altında yapılır. Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir. Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz."

<sup>158</sup> AİHS Ek 1 No.lu Protokol m.3: "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler"

<sup>159</sup> TEZCAN vd., s. 593.

AİHM seçme hakkını etkin bir hak, seçilme hakkını ise edilgen bir hak olarak görmekte ve seçme hakkının korunmasına daha fazla önem vermektedir.<sup>160</sup>

AİHS ve Anayasa ile tanınan seçme ve seçilme hakkı mutlak haklardan değildir. Hakka dair koşul ve sınırlandırmalar mümkündür ancak bu sınırlama AİHS ile belirlenen genel ilkelere aykırı olmamak zorundadır. Her devlet seçme ve seçilme hakkına engel olan halleri bu çerçevede belirleyebilme özgürlüğüne sahiptir. AİHM bu sınırlama ve koşulları değerlendirirken uyguladığı orantılılık ve demokratik toplumda gereklilik gibi genel kıstaslarını bu hakkı değerlendirirken de uygulamaktadır.

Ek Protokol ve Anayasa ile getirilen korumanın yasama organını belirlemeye yardımcı olacak ilkeler olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesi bu konuda yasama organı dışındaki seçimlere dair başvuruları konu bakımından yetkisi dışında değerlendirmiştir.<sup>161</sup>

Seçme ve seçilme hakkı kapsamında en çok gündeme gelen konuların başında yasama dokunulmazlığı yer almaktadır. Ülkemizde de sıkça konu olan yasama dokunulmazlığı parlamenterlerin ifade özgürlüğünü koruma altına alarak yargı makamı ile yasama makamı arasında bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Ayrıca bu korumanın sınırsız olmadığı, istisnaları bulunduğu gözden kaçmamalıdır. Bu nedenle de mutlak nitelikte değildir.

## **2. Seçme, Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkına Dair Pozitif Yükümlülükler**

Devletler öncelikle kişilerin seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını engellemeye dönük eylemlerden kaçınmak zorundadırlar. Bu zorunluluk devletlerin negatif yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır ve dikey ihlallere karşı bir koruma sağlamaktadır.

Pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak ise, Ek 1 No.lu Protokol m.3' ün AİHM tarafından ilk değerlendirildiği dava Mathieu-Mohin ve Clerfayt -Belçika davasıdır. Bu davada Mahkeme, temel yükümlülüğün diğer birçok hakta olduğu şekilde kaçınma şeklindeki negatif yükümlülük olmadığı, seçimlerin adil ve özgür

<sup>160</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 818.

<sup>161</sup> TEZCAN vd., s. 594.

gerçekleşebilmesi adına devletlerin aktif bir tutum içerisinde bulunmaları gerektiğini belirterek, pozitif yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamıştır.<sup>162</sup> AİHM tarafından başlangıçta yapılan bu pozitif yükümlülük değerlendirmesinin zaman içerisinde etkisini yitirdiği ve uygulama alanı bulamadığı söylenmektedir. Gerçekten Mahkeme tarafından verilen kararlara bakıldığında görülecektir ki, AİHM Sözleşme ile belirlenen ilkelere uygunluğu denetlemekten öteye gidememektedir.

Selahattin Demirtaş/Türkiye Davası'nda, AİHM pozitif yükümlülüklerle dair şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“ ...Bir özgürlükten yoksun bırakmanın, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinin amaçlarıyla orantılı bir tedbir olup olmadığını belirlemek amacıyla, Mahkeme birçok unsuru göz önünde bulundurmalıdır. Bu bağlamda, Mahkeme öncelikle, bir milletvekilinin ya da adayın tutuklanması halinde, üye Devletlerin, Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi gereğince pozitif yükümlülüklerini yerine getirmeleri amacıyla, keyfiliğe karşı bir güvence teşkil etmesi gereken ve bu güvence ile, bir başvuranın özgürlükten yoksun bırakılmasına etkin şekilde itiraz edebileceği ve bu hüküm bağlamındaki şikâyeti ile ilgili değerlendirmeye sahip olabileceği bir hukuk yolu kurmaları gerektiği kanaatine varmaktadır. Bu bağlamda, ulusal mahkemelerin, tutuklamaya ve/veya tutukluluk halinin devamına karar vermek için Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesiyle korunan ilgili kişinin ve toplumun menfaatleri ile adaletin iyi işlemesine ilişkin menfaatlerini dengelediklerini göstermeleri zorunludur (bk. mutatis mutandis (gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla), yukarıda anılan Uspaskich kararı, § 94). Mahkeme daha sonra, söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın süresini ve bunun sonuçlarını göz önünde bulundurmalıdır.”<sup>163</sup>*

Bu kararında Mahkeme, yasama dokunulmazlığı iddiasında olan başvuruçunun iddiasına dair itiraz edebileceği ve bu itirazının sonucunu takip edebileceği hukuki bir yol oluşturma şeklinde devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir.

Yine Namat Aliyev ve Azerbaycan davasında AİHM, seçilme hakkına engel olduğu iddiasına dair yaptığı incelemede, seçim sürecindeki şikâyetlere dair

<sup>162</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 49.

<sup>163</sup> Selahattin Demirtaş/Türkiye Davası No2, Başvuru No. 14305/17, 20.11. 2018, prg.231.

inceleme yapacak mercilerin oluşturulmamasının pozitif yükümlülüklerin ihlali olarak görülebileceğini belirtmiştir.<sup>164</sup>

Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik yatay ihlal hallerine dair koruyucu devlet anlayışının bir gereği olarak devletlerin sorumluluk altında olduğu kabul edilmektedir. Devletlerin hakkı kullanmaya engel olan üçüncü kişilere yönelik önleyici adli, idari ve yasal zemin oluşturma şeklinde pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Aksi durum, demokratik bir toplumun gelişiminde büyük bir engel oluşturacaktır.

### **3. Din ve Vicdan Özgürlüğü (AİHS m. 9-Any. m.24)**

1982 Anayasasının “din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. Maddesi, “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlığı altında AİHS 9. maddesinde karşılık bulmaktadır. Demokratik toplumun gereği olarak görüldüklerinden, bu haklar ayrı bir öneme sahiptirler. Bu önemin başka bir sebebi de ulusal ve uluslararası metinlerde, bu hakların koruma altına alınmalarıdır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 18. maddesi de bu hakkı şu düzenleme ile koruma altına almıştır:

*“Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, dini, tek başına veya topluca, açık olarak ya da özel biçimde öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.”*

#### **3.1. Din ve Vicdan Özgürlüğünün Normatif Temelleri**

1982 Anayasası “din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24.maddesinde bu hak yer almaktadır.<sup>165</sup>

Din ve vicdan özgürlüğü kapsamında Türk hukuk sistemine bakıldığında, Anayasa’nın ikinci maddesinde<sup>166</sup> “laik devlet ” kavramı yer almaktadır. Ayrıca

<sup>164</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 829.

<sup>165</sup> Anayasa m.24: “ Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. Din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır. Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”

başlangıç metninde “..laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı” cümleleri yer almaktadır. Bu maddelerin haricinde bu haklara dair başka Anayasa maddeleri de bulunmaktadır. Bu maddelere örnek vermek gerekirse, “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. madde, “Diyanet İşleri Başkanlığı” başlıklı 136. madde ve “İnkılap kanunlarının korunması” başlıklı 174. maddeler sayılabilir.<sup>167</sup>

Din özgürlüğü hakkının bireysel ve kolektif yönü dışında içe ve dışa dönük şeklinde bir yönü ve kapsama alanı da bulunmaktadır.<sup>168</sup> İnanç hürriyetinin içsel boyutu; inanma, inanmama veya inancını açıklamaya zorlayamama şeklinde koruma sağlamaktadır.<sup>169</sup> Hakkın dışsal boyutu ise inancın dışa vurumu hallerini koruma altına almaktadır.

Din özgürlüğü ibadet özgürlüğünü de kapsar. İbadet özgürlüğü kişinin inancının bir gereği olarak yaptığı ayin, ibadet, ritüel, törenlerden oluşur.<sup>170</sup> İbadet özgürlüğünü kullanma hakkı, dışsal boyut kapsamındadır ve mutlak bir hak değildir.

AİHS ise bu hakka, “Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” başlığı altında 9.maddede yer vermiştir.

*“1. Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak, dinini ya da inancını değiştirme özgürlüğünü ve ister tek başına isterse de başkalarıyla birlikte topluluk içinde, aleni ya da gizli olarak, ibadet etmek, öğretmek, uygulamak ve bunlara uymak şeklinde dinini ya da inancını açıklama özgürlüğünü içerir.*

*2. Bir kimsenin dinini ya da inancını açıklama özgürlüğü ancak, kamu emniyeti yararı, kamu düzeninin, sağlığın ya da ahlakın korunması için yahut başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunması için, hukukun öngördüğü ve bir demokratik toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulacaktır.”*

---

<sup>166</sup>1982 Anayasası m.2: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

<sup>167</sup>İNCEOĞLU, s. 339.

<sup>168</sup>DOĞAN, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 616.

<sup>169</sup>Abdulkadir YILDIZ, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 1.Baskı İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021, s. 30.

<sup>170</sup>KALABALIK, s. 501.

AİHS kapsamında hak, “belirli bir düzeyde güce, ciddiyete ve tutarlılığa” ulaşan ve “insan onuru ile bağdaşır olma” şartlarını yerine getiren inanç ve kanaatler üzerinde etki doğurmaktadır.<sup>171</sup>

Madde metni incelendiği zaman ilk fıkranın ilk cümlesi genel olarak hakkı belirlemektedir. İlk cümlede ifade edilen “*Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir...*” şeklindeki bu genel hak mutlak haktır ve bu nedenle sınırlamalara ve engellemelere tabi tutulamaz.

Maddenin 1.fikrasının 2.cümlesinde ise bu genel hakkın özeline inip kapsadığı alanlar sayılmaktadır. 2.fıkroda ise dini veya inancı açığa vurma hallerine getirilen istisnai haller belirtilmiştir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu istisnalar “açığa çıkarma” halleri için geçerlidir, yoksa din ve vicdan özgürlüğü mutlaktır.

AİHS 9. madde “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” hakkını sağlamanın yanında ayrıca bu hakların fiili olarak dışa vurumunu da sağlamaktadır. İşte bu hakların “açıklanma” kavramı sözleşmede yer alan 10. ve 11. maddelerdeki ifade özgürlüğü ve toplanma ve örgütlenme özgürlüğü haklarıyla, metinsel veya maddi içerik bağlamında bir kesişme yaratmaktadır.<sup>172</sup> Bu kesişme, hakların yakın ilişki içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir.

Mahkeme; din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum için bir gereklilik olduğunu vurgulamaktadır. Öte yandan madde ile bir din veya inançtan esinlenen her eylemin koruma altında olmadığı belirtilmiştir. AİHM ayrıca kişinin kendi inancını yayma çabasını, inancı açıklama özgürlüğü kapsamında görmektedir.<sup>173</sup>

Sonuç olarak din özgürlüğü; inancı seçme (inanmama şeklinde tezahürü de mümkün), inancı herhangi bir engel olmadan açıklayabilme, inancın gereği olan ibadet, ayin, törenleri yapabilme, inancını öğretebilme ve yayabilme haklarını içermektedir.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 123.

<sup>172</sup> Jim MURDOCH, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Din ve vicdan Özgürlüğü Hakkının Korunması*, ed. Serkan CENGİZ, 1.Baskı Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2012, s. 12.

<sup>173</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 368.

<sup>174</sup> KALABALIK, s. 496.

### 3.2. AİHS ve İctihatlar Bağlamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Haklarına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü devletlerin bir takım yükümlülükler altına girerek, bazı hususları sağlamasını gerektirmektedir<sup>175</sup>. Bu yükümlülükler negatif ve pozitif yükümlülüklerden oluşmaktadır.

Din ve vicdan özgürlüğünün, forum internum olarak geçen içsel boyutu mutlak nitelikte olmasına rağmen forum externum olarak geçen dışsal alanı ise mutlak nitelikte değildir.<sup>176</sup> Yani düşünce ve inancın dış dünyaya sirayet etmeyen kısmı mutlak olarak korunurken, dış dünyaya yansıyan tezahür halleri başkalarının özgürlük alanına müdahale edebileceğinden mutlak koruma altında değildir.

AİHS'in 9. maddesi ile güvence altına alınan “düşünce, vicdan ve din özgürlüğü” hakkına herhangi bir müdahalede bulunmama şeklinde negatif bir yükümlülük ile sorumludur. Bu yükümlülüğün hukuki dayanağı doğrudan Sözleşme'dir. Sözleşme ile bu hakka müdahale edilebilecek istisnai haller sayılmıştır. Bu durum da hakkın mutlak bir niteliğe sahip olmadığını göstermektedir. Ancak hakka müdahale edilirken demokratik toplumda gereklilik, orantılılık ve kanunilik ilkelerine uymak gerekmektedir. Hakkın sınırlandırılması konusunda, Sözleşmeye uygunluğun ispatı külfeti devlete aittir.<sup>177</sup>

AİHS'in 9. maddesi bireyin temel inanç sistemine hitap etmektedir. Bu inancın bireysel-kolektif olarak kullanımı mümkündür. Aynı zamanda bu hakkın kullanımı ve açıklanması özel alanda gerçekleşebileceği gibi kamusal alanda da gerçekleşebilir.

AİHM içtihatlarında, sadece bu hakkın ihlalden kaçınmanın tek başına 9.maddedeki hakların korunması açısından yeterli kabul edilmediğini görmekteyiz. Mahkeme, negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülüklerin de bu hak açısından bulunduğunu kararlarına yansıtmıştır. “Dini özgürlüğün çoğulculuk ve karşılıklı hoşgörü ruhu içerisinde varlığını sağlama”<sup>178</sup> amacına ulaşmak gayesi ile

<sup>175</sup> Sulhi DÖNMEZER, “Din, Vicdan Ve Kanaat Özgürlüğü”, *Erdem Dergisi*, C. 15, S. 42 (2005), s. 7.

<sup>176</sup> YILDIZ, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, s. 89.

<sup>177</sup> İNCEOĞLU, s. 344.

<sup>178</sup> MURDOCH, s. 29.

düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına dair pozitif yükümlülük doktrini geliştirmiştir.

İnsan haklarının yatay etkisi düşünce vicdan ve din özgürlüğü açısından da etki göstererek üçüncü kişilerin potansiyel ihlallerine karşı kişileri koruma altına almalıdır. Azınlık grupların 9. madde kapsamında yer alan haklarını gerçekleştirmelerinin, üçüncü kişi veya grupların potansiyel ihlallerine yönelik alınacak tedbirler ile sağlanması bu konu açısından iyi bir örnek olabilir.<sup>179</sup>

AIHM, din özgürlüğü ile ayrımcılık yasağının birlikte değerlendirildiği İzzettin Doğan ve Diğerleri davasında pozitif yükümlülükler hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*“Başvuranların taleplerinin reddedilmesinin Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine ne ölçüde aykırı olduğunun söylenebileceği konusunda Mahkeme, Devletin Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara herhangi bir müdahalede bulunmaktan kaçınma negatif yükümlülüğüne ek olarak, bu tür haklara “içkin olan pozitif yükümlülüklerin” bulunabileceğini vurgulamaktadır... Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar tam olarak tanımlanamamasına rağmen, uygulanabilir ilkeler yine de benzerdir (Bk. yukarıda anılan Fernández Martínez, § 114).”<sup>180</sup>*

Yukarıda verilen kararın ilgili kısmında belirtildiği üzere pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırı belirlemek gerçekten zordur. Mahkeme bu sınırı belirlemek için uyguladığı kriterleri Eweida ve diğerleri/Birleşik Krallık Davası’nda şu şekilde ifade etmiştir;

*“Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır kesin olmasa da, geçerli ilkeler yine de benzerlik arz etmektedir. Her iki bağlamda da, bireyin çıkarlarıyla genel anlamda toplumun çıkarları arasında gözetilmesi gereken denge adil olmalı ve her halükarda Devletin takdirine de tabi olmalıdır.”<sup>181</sup>*

<sup>179</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 137.

<sup>180</sup> İzzettin Doğan ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No:62649/10, 26.4.2016, prg.96.

<sup>181</sup> Eweida ve Diğerleri/Birleşik Krallık Davası, Başvuru No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, 15.01.2013, prg.94.

Karardan anlaşılacağı üzere AİHM, pozitif yükümlülüklerin varlığını genel bir ilke olarak nitelendirmiş; her somut olayda bireyin çıkarlarıyla toplumun çıkarları arasında bir denge kurulması suretiyle tespit ve değerlendirme yapılması gerekliliğini belirtmiştir.

Türkiye Ermenileri Patriği'nin görevini yerine getiremeyecek derecede rahatsızlığı sebebiyle yerine yeni birinin getirilmesine dair Ermeni cemaatinin seçim talebinin İstanbul Valiliği tarafından reddedilerek, seçim yerine doğrudan patrik vekili atanmasının din özgürlüğünün ihlaline yol açtığı iddiası ile yapılan başvuruda AYM şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Somut olayda Ermeni patriğinin hangi hâllerde seçileceğine açıkça İçişleri Bakanlığı karar vermiştir. Oysa acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hâli dışında yeni bir dinî liderin hangi hâllerde seçileceğine veya dinî liderin seçim usulüne devlet karar veremez. Zira Anayasa Mahkemesinin daha önce de ifade ettiği gibi bir din veya inancın gerekliliklerine ancak söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir.*

*Yargı organları ve kamu gücünü kullanan organlar aynı inancın mensupları arasında görülen somut olaydaki gibi farklılıkları din özgürlüğü bakımından tek başına çözümlenmek için yeterince donanımlı da değildir (bkz. §§ 102-106). **Dolayısıyla devletin yapması gereken farklı grupların menfaatlerini uzlaştırmak için tedbirler almak ve girişimlerde bulunmaktır (bkz. §§ 49, 99, 108).***

*Eldeki başvuruda ise idare, meselenin diyalog yoluyla çözümlenmesi imkânını araştırmamıştır. Daha genel olarak devlet Ermeni kanaat önderleri, din adamları, entelektüelleri ve diğer toplumsal kesimleri bir araya getirerek meselenin Ermeni gelenek ve görenekleri ile dinsel gerekliliklerine uygun bir biçimde çözümlenmesi için politikalar geliştirmemiştir. Bunun yerine idare, kendi çözüm önerisini uygulatarak Ermeni cemaatinin inanç uygulamaları konusunda hangi tarzda hareket edilmesinin daha yerinde olduğunu belirlemiş olmaktadır.*

*Sonuçta Sivil grubun mevzuat ve cemaat geleneklerine dayanarak önerdiği çözümlerin reddedilmesi ve idarenin önerdiği çözümün Ruhaniler tarafından da*

*benimsenmesi ile Siviller dışlanmış ve bunlar cemaatin işlerinin yürütülmesi ve mallarının yönetilmesi süreçlerine katılma imkânından mahrum kalmıştır.*

*Eldeki bireysel başvurunun yapılmasından sonraki gelişmeler -bir kanun hükmü olmaksızın ve ikna edici bir gerekçeye dayanmaksızın- idarenin yeni bir dinî liderin hangi hâllerde seçileceğine veya dinî liderin seçim usulüne ilişkin olarak belirleyici olma arzusunun devam ettiğini göstermektedir (bkz. §§ 24-32). Mevcut durumda, Ermeni cemaati içinde hastalığı nedeniyle görevlerini yapamayacak durumda olan Patrik'in yerine yerinin seçilip seçilmeyeceği konusunda herhangi bir ihtilaf kalmadığı anlaşılmaktadır.*

*Üstelik Ermeni cemaatinin daha önce nizalı olan tüm yetkilileri herhangi bir ihtilaf söz konusu olmaksızın seçime ilişkin tüm usulü süreçleri işletmişken İçişleri Bakanlığı, Karekin Bekçiyan'ın Patrik Kaymakamı seçilmesi de dâhil olmak üzere yeni bir patrik seçilmesine ilişkin tüm işlemlerin hukuken mutlak butlan ile batıl olduğunu belirtmiştir(bkz. § 31).*

*Demokratik toplum anlayışının bir sonucu olarak dinî bir topluluğun liderinin seçimine ve dolayısıyla dinî cemaatlerin iç işlerine bir müdahalede bulunuluyorsa bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlardan kaynaklandığının ortaya konabilmesi gerekir (bkz. § 91). Buna karşın somut olayda idare yeni patrik seçimini engellerken Nizamname'de somutlaştığı anlaşılan Ermeni geleneklerinin ruhuna ve Ermeni cemaatinin iradesine baskın gelen zorlayıcı toplumsal ihtiyacı ortaya koyabilmiş değildir.”<sup>182</sup>*

Görüldüğü üzere AYM, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin sadece hakkı ihlalden kaçınma yükümlülüğünün yeterli olmadığını ayrıca bu hakkın korunmasına, gerçekleştirilmesine katkı sağlayacak pozitif tedbirler, adımlar atılması gerekliliğini de kabul etmektedir. Ayrıca söylenmelidir ki devletin, üçüncü kişilerin olası hak ihlallerine karşı, din ve vicdan özgürlüğü hakkını korumak ile yükümlü olduğunu da AYM kabul ederek, yatay etkinin din ve vicdan özgürlüğü açısından mevcudiyetini vurgulamaktadır.

---

<sup>182</sup>Levon Berç Kuzukoğlu ve Ohannes Garbis Balmumciyan Başvurusu, Başvuru No: 2014/17354, 22.5.2019, prg.124-130.

Yine konuya dair başka bir örnek olarak, inancının gereği olarak gördüğü pardösüsünü adliye girişinde güvenlik görevlisi tarafından çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile yapılan Esra Nur Özbey başvurusunda pozitif yükümlülükler konusu hakkında değerlendirmelerde bulunan Mahkeme, şu ifadeleri kullanmıştır;

*“Mevzuatın açık hükmüne rağmen başvurunun üzeri orada bulunan bayan görevli tarafından aranmamış, eğer durumun gerektirdiği düşünülüyorsa başvurunun kıyafetini çıkartabilmesi için kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler de alınmamıştır. Dahası mevzuatın açık hükmüne rağmen başvurunun kıyafetini çıkartması için zorlanması nedeniyle suç duyurusunda bulunulmasına ve bu husus 5237 sayılı Kanun’da suç olarak düzenlenmesine rağmen bu şikâyet hakkında herhangi bir soruşturma işlemi de yapılmamıştır.*

*Son olarak, somut olayda idare veya yargı mercileri tarafından, dini inancı gereği vücudunu tamamen örtecek şekilde pardösü giyen başvurunun pardösüsünü çıkartmaması ile güvenliğin nasıl bozulacağı tam olarak açıklanmamıştır. Olasılıklara dayanarak hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir (Tuğba Arslan, § 130). Bu sebeple mevcut şikâyette başvurunun herkesin görebileceği bir yerde ve diğer tedbirler alınmadan pardösüsünün çıkartılmasının neden zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olduğu açıklanmamıştır.”<sup>183</sup>*

AYM yükümlülükler doktrinini somut olayın şartlarına göre değerlendirmekte ve yine AİHM uygulaması gibi pozitif yükümlülükleri belirlerken genel bir ilkeden faydalanmaktadır. AYM’nin ifadesi ile “çatışmalı menfaatlerin ağırlıklarının tartılması” olan bu ilke, genel toplumsal/kamusal menfaatler ile bireyin menfaatlerinin dengelenmesi sonucu ortaya çıkarılabilmektedir. Genel olarak pozitif yükümlülüklerin hukuki dayanağını ise Anayasa’da yer alan ve dinsel çoğulculuğu sağladığı kabul edilen “laiklik” ilkesine dayandırmaktadır.

---

<sup>183</sup> Esra Nur Özbey Başvurusu, Başvuru No: 2013/7443, 20.5.2015, prg.97, 98.

AYM içtihatlarında 24.madde kapsamında pozitif yükümlülükler değerlendirmesi içeren içtihat sayısı az olsa da, geliştirilen bu bakış açısı ile pozitif yükümlülüklerin insan haklarına yapacağı katkı azımsanamayacak derecede değerlidir.

#### **4. İfade Özgürlüğü (AIHS m.10-Any. m.25-26)**

İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10.Anayasa'nın ise 25. ve 26. maddelerinde düzenlenmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 28. maddesi de ifade özgürlüğünün özel görünümü olan basın özgürlüğünü düzenlemektedir.

##### **4.1. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Normatif Temelleri**

İnsan beyninin bir aktivitesi olan düşünme faaliyetinin, olgu haline gelip bir düşünceye bürünerek dış dünyaya yansması, düşüncenin açığa çıkması halidir. Düşüncenin açığa çıkması insanların paylaşma ve iletişim kurma ihtiyaçlarının bir sonucudur. Barışçıl yollardan çeşitli vasıtalarla duygu, düşünce, kanaatleri serbest bir biçimde açıklayabilmeye ifade özgürlüğü denmektedir.<sup>184</sup> İfade özgürlüğü dendiğinde ilk olarak tahayyül edilen, sözlü iletişim yoluyla ifadelerin izahıdır. Bu şekildeki bir izahat özgürlüğün kapsamı içerisinde kalmaktadır ancak ifade özgürlüğü sadece sözlü iletişimle sınırlı değildir. İfadenin dış dünyaya yansımalarına örnekler verecek olursak; bir toplantı veya gösteriye iştirak etme, sözlü ve yazılı anlatım, resim veya müzik yoluyla dış dünyaya ifadenin aktarımı gibi sayma yolu ile sınırlanamayacak kadar fazla ifade etme biçimi söz konusudur. İfade özgürlüğünün unsurları; bilgi edinme ve düşünme, bir görüşe/kanaate sahip olma ve düşünceyi açıklama/yayma hürriyetlerini içerir.

En üstün otoritenin halk olarak kabul edildiği demokratik yönetim sistemlerinde ifade özgürlüğü uluslar için olmazsa olmaz haklardandır. Çoğulculuk ve hoşgörünün bir getirisi olarak, demokratik yönetimlerde kişiler olumlu ifadelerin yanında kişilere ve devlete aykırı görünebilen, onları rahatsız edebilecek olumsuz ifadeler kullanma özgürlüklerine de sahiptirler ve idareciler ve toplum bu hakka karşı tolerans sahibi olmalıdır.<sup>185</sup>

<sup>184</sup> Mustafa ERDOĞAN, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 6.Baskı Ankara: Hukuk Yayınları, 2018, s. 214.

<sup>185</sup> KALABALIK, s. 504.

AİHM ifade özgürlüğünün demokratik toplumun zorunlu unsurlarından olduğunu şu ifadelerle açıklamıştır:

*“(i) İfade özgürlüğü demokratik toplumun zorunlu temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bireyin özgüveni için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. Maddenin 2. paragrafı uyarınca bu, kabul gören veya zararsız veya kayıtsızlık içeren “bilgiler” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Bunlar, bir “demokratik toplumun” olmazsa olmaz çokseslilik, tolerans ve hoşgörünün gerekleridir...”<sup>186</sup>*

İfade özgürlüğü, diğer birçok hak ile gerek benzer yönleri açısından gerekse de farklılıklarından ötürü çatışma hali içerisinde olmaları sebebiyle yakın bir temas ve ilişki içerisinde. <sup>187</sup> Bu ilişkiden ötürü, bazı yazarlar tarafından ifade özgürlüğü için “kavşak özgürlük” şeklinde bir ifade kullanılarak hakkın önemine atıf yapılmaktadır. <sup>188</sup> Belirtilen bu gerekçelerden dolayı ifade özgürlüğünün haklar içerisinde ayrı bir yer ve öneme sahip olduğu kabul görmektedir.

İfade özgürlüğünün hukuki gelişim süreci incelendiğinde; 16.yy da başlayan, Katolik kilisesine karşı dinsel bir harekete dayanan reform hareketleri, ifade özgürlüğünün sistematik olarak ortaya çıkışında büyük rol almış ve bu ortaya çıkış süreci ifade özgürlüğünü, Protestan hareketleri ile birlikte anılır hale getirmiştir. <sup>189</sup> İfade özgürlüğü ilk olarak, hukuki bir metin olan 1689 Haklar Bildirisi’nde (Bill of Rights), bireysel bir hak olmaktan uzak yasama sorumsuzluğu şeklinde yalnızca parlamenterlere tanınan bir hak şeklinde kendine yer bulmuştur. <sup>190</sup> İfade özgürlüğünün hukuki metinlerde yer alması bu süreç sonrasında devam etmiş, Amerikan kuruluş belgelerinde ve 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin

<sup>186</sup> Sürek/Türkiye Davası, Başvuru No:24735/94, 8.7.1999, prg.58.

<sup>187</sup> Sümeyye ULUSOY, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 2, S. 2 (2019), s. 123.

<sup>188</sup> Atilla YAYLA, “İfade Hürriyeti Nedir ,Niçin Gereklidir?”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 50 (2009), s. 160.YAYLA, “İfade Hürriyeti Nedir ,Niçin Gereklidir?”, ss. 159–75.

<sup>189</sup> MEHMET EMİN AKGÜL, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gereğiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1 (2012), s. 4, doi:10.1501/hukfak\_0000001649.

<sup>190</sup> DOĞAN, s. 559.

11. maddesinde yer almıştır.<sup>191</sup> BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve sonrasında oluşturulan birçok uluslararası metinde de ifade özgürlüğüne yer verilmeye başlandı. Günümüzde yaşanan insan hakları problemleri ve tartışmaları arasında, ifade özgürlüğünün hâlâ güncelliğini ve önemini koruduğu görülmektedir.

İfade özgürlüğünün içsel boyutu “düşünce ve kanaat hürriyeti” hiçbir şekilde sınırlandırmaya tabi tutulamayan haklardandır. Bu hususun hukuki dayanağı AY m.15 de yer alan "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, ...kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz" hükmüdür. Bu hüküm ile düşünce ve kanaat hürriyeti mutlak bir koruma altına alınmıştır.

26.madde kapsamında yer alan “düşünce açıklama ve yayma hürriyeti” açısından ise bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmektedir. Anayasa m.13 “temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” ve m.14 “temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması” başlıkları altında düzenlenen genel sınırlayıcı ve yasaklayıcı haller, düşünceleri açıklama ve yayma özgürlüğü açısından da geçerlidir. Ancak ifade özgürlüğüne ilişkin toplu bir düzenleme Anayasa metninde yer almadığı için özel olarak düzenlenmiş ilgili maddelere bakmak gerekmektedir. Anayasa m.14 ile düşünceyi açıklama ve yayma hakkının sınırlanabileceği haller şu şekilde ifade edilmiştir: “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz...*”

Bu madde ile devletin bölünmez bütünlüğü, demokratik ve laik Cumhuriyet koruma altına alınarak, ifade özgürlüğünün sınırı bu korumanın bittiği yer olarak belirlenmiştir. Her iki sınırlama sebebi de soyut birer kavram olarak, uygulamada çeşitli farklı yorumlamalara ve sorunlara yol açmaktadır.

---

<sup>191</sup> Madde XI: “Düşüncelerin ve inançların serbest iletimi insanın en değerli haklarından. Bu nedenle her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve yayınlatabilir, ancak bu özgürlüğün yasa da belirlenen kötüye kullanılması hallerinden sorumlu olur.”

AİHM önüne gelen somut bir olayda ifade özgürlüğüne dair inceleme yaparken öncelikle hakka ilişkin getirilen sınırlamanın ulusal mevzuatta bir dayanağı, kaynağı bulunup bulunmadığını yani kanuni sınırlama sebeplerinin bulunup bulunmadığına bakar. Yasalar ile nefret içerikli ve ırkçı söylemlere yönelik açıklamalar devletlerce sınırlanabilir. AİHM ilgili ülke vatandaşları açısından; bir arada ve barış içerisinde yaşama amacı güttüğü gerekçesiyle bu tür sınırlamaları meşru kabul etmektedir.<sup>192</sup>

İfade özgürlüğüne getirilebilecek sınırlamaların değerlendirildiği ve hak ihlali yönünde karar verilen Erbakan/Türkiye davasında, nefret söylemine ilişkin AİHM şu genel değerlendirmeleri yapmıştır;

*“Mevcut dava özellikle ulusal merciler tarafından «nefrete dayalı konuşmalar» olarak nitelendirilen beyanları nedeniyle başvurana müeyyide uygulanmış olmasıyla öne çıkmaktadır. Buna ilişkin olarak AİHM, hoşgörünün, herkesin onuruna ve saygınlığına eşit oranda saygı gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu hatırlatmaktadır. İlke olarak, demokratik toplumlarda «formaliteyi», «koşulları», «kısıtlamaları», veya «müeyyideleri» izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere, nefreti teşvik eden, hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve hatta bunların önlenmesi gerekli görülmektedir... ”<sup>193</sup>*

AİHM, yasa ile öngörülen sınırlama sebeplerine dair inceleme yaptıktan sonra meşru amacın var olup olmadığına dair inceleme yapmaktadır. Söz konusu müdahalenin kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, ahlakın korunması ve özellikle de başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçlar taşıyıp taşımadığı değerlendirilir. Daha sonra ise müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” değerlendirmesi yapılır.

Demokratik toplumda gereklilik ilkesinin temel esaslarını Delfi As Estonya Davasında Mahkeme şu ifadelerle açıklamıştır;

<sup>192</sup> Elif KÜZECİ, “AİHS’nin 10.Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, *TBB Dergisi*, S. 71 (2007), s. 183.

<sup>193</sup> Erbakan/Türkiye Davası, Başvuru No:59405/00, 6.7.2006, prg.56.

*“İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığı sorusuna ilişkin temel ilkeler, Mahkeme içtihadında oturmuş olup, aşağıdaki gibi özetlenmiştir... :*

*“(i) ...Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına konu olan ifade özgürlüğü; olumlu karşılanan veya hakaret içerikli ya da önemli olmadığı düşünülen “bilgi” veya “fikirler” için geçerli olmakla kalmayıp; aynı zamanda gücendiren, sarsan veya rahatsız eden “bilgi” veya “fikirler” için de geçerlidir. “Demokratik bir toplumun” olmazsa olmazlarından olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik bunu gerektirmektedir. 10. maddede belirtilen bu özgürlük, istisnalara tabidir; bununla birlikte bu istisnaların katı bir biçimde yorumlanması ve herhangi bir kısıtlamaya ihtiyaç duyulduğunun ikna edici bir şekilde ortaya konulması gerekir...*

*(ii) 'Gerekli' sıfatı, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamı dâhilinde, 'acil toplumsal ihtiyacın' varlığını ifade etmektedir. Sözleşme 'ye taraf Devletler, bu tür bir ihtiyaç olup olmadığını değerlendirmede belli bir takdir payına sahiptir; ancak bu, gerek yasaları gerekse bağımsız bir mahkeme tarafından alınmış olanlar da dâhil bunları uygulamaya yönelik kararları kapsayan Avrupa denetimi ile bir arada yürümektedir. Bu nedenle Mahkeme, 'bir kısıtlamanın', 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.*

*(iii) Denetleyici yargı yetkisini kullanırken Mahkemenin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil; daha ziyade bu makamların takdir yetkileri uyarınca vermiş olduğu kararları 10. madde kapsamında yeniden gözden geçirmektir... Mahkemenin yapması gereken, hakkında şikâyetle bulunulan müdahaleye davanın bütünü ışığında bakmak ve 'güdülen meşru amaçla orantılı' olup olmadığını ve ulusal makamların söz konusu müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdüğü gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığını belirlemektir.(...)”<sup>194</sup>*

---

<sup>194</sup> Delfi As/Estonya Davası, Başvuru No:64569/09, 16.6.2015, prg.22.

## 4.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında İfade Özgürlüğüne Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Diğer haklarda olduğu gibi ifade özgürlüğü açısından da, devletin doğrudan Sözleşme metninden doğan veya mahkeme içtihatlarıyla geliştirilmiş pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır.

AİHS 10. madde ile devletlere yönelik ilk olarak negatif yükümlülük yüklenmektedir. Devletler sözleşmede belirtilen istisnai haller hariç olmak üzere, ifade özgürlüğüne müdahale etmeme yükümlülüğü altındadırlar.

İfade özgürlüğüne devletin müdahale etmemesine dair negatif yükümlülük, hukuki dayanağını doğrudan Sözleşme'nin olumsuz edim yükleyen 10. maddesinden almaktadır. Bu yüzden bazı yazarlar bu durumu; *“ifade özgürlüğü ile ilgili negatif yükümlülükler Sözleşme'nin kendisine içkin durumdadır”* şeklinde ifade etmişlerdir.<sup>195</sup>

Hakkın etkili ve uygulanabilir olması adına devletlere pozitif birtakım yükümlülükler de yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerin çerçevesi Sözleşme' den öte Mahkeme içtihatları ile belirlenmeye çalışılmıştır. İfade özgürlüğüne dair pozitif yükümlülükler, bireyler arası iletişimin serbest olduğu ve düşüncelerin özgürce yayıldığı bir ortam oluşmasına zemin hazırlamaktadır.<sup>196</sup>

Bir gazetenin bombalanması konusunu içeren Özgür Gündem/Türkiye davasında ifade özgürlüğünün korunmasında devletin pozitif yükümlülüklerine dair, AİHM şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*“Bu davada, yetkililer Özgür Gündem'in ve de bu gazete ile bağlantılı kişilerin şiddet içeren bir dizi uygulamaya maruz kaldıklarının ve de gazetenin yayımlanmasının ve dağıtılmasının engellenmesi için başvuruların hedef olarak seçilmiş olmaları konusunda endişe duyduklarının farkındaydılar. Fakat, gazete veya personeli tarafından sunulan dilekçelere ve korunma taleplerine hiçbir cevap verilmemiştir. Hükümet, gazetenin yayınlandığı süre içinde gazetenin dağıtımı ile ilgili olarak sadece bir önlem alındığını gösterebilmiştir. Aralık 1994 tarihinde*

<sup>195</sup> Ulaş KARAN, *“İfade Özgürlüğü” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, 1.Baskı Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 92.

<sup>196</sup> TEZCAN vd., s. 433.

*İstanbul Ofisi'nde gerçekleşen bombalı saldırıdan sonra alınan önlemler, gazetenin varisi ile ilgili idi. Mahkeme, saldırıların ciddiyetine ve yaygın oluşuna bağlı olarak, bazı olaylar hakkında Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılan soruşturmaya güvenilemeyeceğini tespit etmiştir. Saldırıların, yetkililer tarafından desteklenen veya hoşgörü ile karşılanan bir uygulama olduğu iddiasına karşılık, bu soruşturmaların etkili ve yeterli bir cevap oluşturduğu şeklindeki Hükümet iddiası konusunda, Mahkeme tatmin olmamıştır.*

*Mahkeme, Özgür Gündem ve personelinin PKK'yı desteklediği ve propaganda aracı olduğu şeklindeki Hükümet görüşlerine dikkat çekmiştir. Bu doğru olsa bile, etkili bir şekilde soruşturma yapmak ve gerektiğinde şiddet içeren yasadışı fiillere karşı koruma sağlamak için tedbir almamayı haklı kılacak bir gerekçe oluşturamaz.*

*Mahkeme, Hükümet'in Özgür Gündem'in ifade özgürlüğünü koruma altına alma sorumluluğunu yerine getirmediği sonucuna varmıştır.*<sup>197</sup>

Alıntılanan kararda ayrıca AİHM, diğer hakları incelerken yaptığı genel değerlendirmeye paralel ve uygun bir yorum yapmıştır. Pozitif yükümlülüklerin genel-özel menfaat arasında bir denge kurulması suretiyle ortaya çıkarılabileceğini vurgulamıştır. Bu hususların yanında, ifade özgürlüğünün koruma alanına dair; devlet birey ilişkisiyle sınırlı tutmayıp birey birey ilişkilerinde de devletin sorumluluğu yoluna gidilebileceğini kabul etmiştir. AİHM bazı durumlarda kamusal olmayan özel alanlarda ifade özgürlüğünün engellenmesi durumunda da, devletin koruyucu rolünün bir gereği olarak pozitif yükümlülüğün devreye girmesi gerektiği söylenmektedir.<sup>198</sup>

İfade özgürlüğü hakkının etkili bir biçimde kullanılabilmesi adına, devletlerin kısıtlayıcı koruma tedbirleriyle birlikte yasal ve idari düzenleyici işlemler yapması da gerekebilmektedir.<sup>199</sup> Bu düzenleme yükümlülüğü esasa dair pozitif yükümlülüğü oluşturur. Bu konuya dair, Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano/İtalya davasında Mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır;

<sup>197</sup> Özgür Gündem/Türkiye Davası, Başvuru No:23144/93, 16.03.2000, prg.44, 45, 46.

<sup>198</sup> İNCEOĞLU, s. 356.

<sup>199</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 183.

*“Bu nedenle iç hukuk mevzuatı açık ve belirgin olmaktan yoksundur ve başvurucuya, ne zaman yayına başlaması için kendisine radyo frekansı verileceğini yeterli derecede öngörmesine imkan vermemektedir. Dolayısıyla bu yasalar, öngörülebilirlik şartlarını yerine getirmemektedirler. Son olarak makamlar, izinde belirtilen sürelerle uymamışlardır ve bu şekilde başvurucunun beklentilerini boşa çıkarmışlardır. Hükümet, başvurucunun idareyi, yasaya ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uymaya zorlayacak etkili araçlara sahip olduğunu göstermemiştir. Bu nedenle başvurucuya, keyfiliğe karşı yeterli güvenceler sunulmamıştır. Bu eksiklik özellikle radyo televizyon sektöründe rekabeti düşürme etkisi göstermiştir. Bu nedenle bu eksiklik, devletin medyada etkili çoğulculuğunu güvence altına almak için gerekli yasal ve idari düzenleme yapma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini ortaya koymaktadır”<sup>200</sup>*

İfade özgürlüğüne dair pozitif yükümlülüklerin değerlendirildiği, ülkemiz gündemini yakından meşgul eden yakın tarihli sayılabilecek Dink/Türkiye davasında AİHM ifade özgürlüğü kapsamında pozitif yükümlülükler dair şu değerlendirmeleri yapmıştır;

*“Öte yandan, AİHM başvuruların şikâyetlerinin ve mevcut davadaki özel koşulların Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü söz konusu ettiği kanaatindedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımının yalnızca Devletin her türlü müdahaleden imtina etme görevine bağlı olmadığını; bireyler arası ilişkilere varıncaya kadar pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır. Esasen, bazı durumlarda Devletin, özel kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı ifade özgürlüğünü koruma pozitif yükümlülüğü vardır...*

*Diğer başvuruların, mahkûmiyet kararının Fırat Dink'i, nihayetinde onu öldüren aşırı ulusalcı gruplar için hedef haline getirdiği yönündeki şikâyetlerine cevap olarak, Mahkeme, ifade özgürlüğü alanındaki Devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin görüşlerini yinelemektedir (yukarıda belirtilen 106. paragraf). Mahkeme, bu konuya ilişkin pozitif yükümlülükler gereğince, diğerlerinin yanında, Devletlerin, yazar ve gazeteciler için etkin bir koruma sistemi oluşturarak,*

<sup>200</sup> Centro Europa 7S.r.l. ve Di Stefano/İtalya Davası, Başvuru No:38433/09, 07.06.2012, prg.156.

*ilgililerin fikir ve düşüncelerini, bunlar resmi makamlar veya kamuoyunun önemli bir kesimi tarafından savunulanların aksine olsa, hatta onlar için şaşırtıcı veya rahatsız edici nitelikte olsa bile, korkusuzca ifade etmelerine imkân sağlayarak, söz konusu tüm kişilerin toplumsal tartışmalara katılımı için uygun bir ortam yaratmakla yükümlü oldukları kanısındadır.*”<sup>201</sup>

Mahkeme bu kararında devletin usûlî pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatine vararak ihlal kararı vermiştir. AYM de AİHM ile benzer şekilde ifade özgürlüğü açısından devletin pozitif yükümlülüklerini ortaya koymaktadır:

*“İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında Anayasa’nın 13. ve 26. maddeleri kapsamında zorunlu olmadıkça ifadenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır. (benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. Özgür Gündem/Türkiye, B.No:23144/93, 16/3/2000, §43).*

*Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa’da güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir. (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Von Hannover/Almanya (no.2) [BD], 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebeplerle ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir.*”<sup>202</sup>

AYM, AİHM’ye paralel olarak ifade özgürlüğünün yatay etkisini, yani üçüncü kişilerin ifade özgürlüğüne yönelik ihlallere dair devletin sorumluluğu

<sup>201</sup> Dink ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No:2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14.9.2010, prg.106,107.

<sup>202</sup> Emin Aydın Başvurusu, Başvuru No: 2013/2602, 23.1.2014, prg.55,56.

olduğunu kabul etmektedir.<sup>203</sup> Örneğin Başbakanlık İletişim Merkezine (BİMER) yaptığı başvurusu nedeniyle iş akdinin sonlandırılması işleminin ifade özgürlüğüne yönelik bir ihlal oluşturduğu iddiasına ilişkin, İlter Nur Başvurusunda AYM şu ifadeleri kullanmıştır:

*“Demokratik çoğulculuğun sağlanmasındaki önemi dikkate alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasında sadece devletin müdahale etmemek şeklindeki negatif bir yükümlülüğü olduğunun kabulü etkin koruma için yeterli değildir. İfade özgürlüğünün gerçek anlamda ve etkili olarak kullanılabilmesi için devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün ötesinde pozitif yükümlülüklerinin de olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu bağlamda pozitif yükümlülüğün sadece devlet ile birey arasındaki ilişkileri değil bireyler arasındaki ilişkileri de kapsamaması gerekir...”<sup>204</sup>*

AYM somut bir olayda pozitif yükümlülüklerin var olup olmadığına dair belirleme yaparken hangi ilkelere göre davrandığını bir kararında şu sözlerle ifade etmiştir:

*“Anayasa Mahkemesi, devletin bir alanda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığına karar verirken toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında ulaşılmaya çalışılan dengeye önem verecektir. Devletin bu yükümlülüğü -kaçınılmaz olarak- devletin ve toplumun idare edilmesi ile ilgili zorluklara, öncelikler ve kaynaklar hakkındaki seçimlere bağlı olarak değişiklik gösterecektir. Bu sebeple pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde devletin takdir marjı da hesaba katılacaktır. Demokratik bir toplumda böyle bir yükümlülük, kamu gücünü kullanan organlar için imkânsız veya adil olmayan bir yük oluşturduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.”<sup>205</sup>*

Yine aynı kararında AYM, ifade özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsız hale getiren engelleri, devletin ortadan kaldırması gerekliliğine dair şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*“İfade ve basın özgürlükleri alanında devletin pozitif sorumluluğunun bulunduğu inkâr edilemez bir gerçektir... Demokrasinin işleminin ön şartlarından*

<sup>203</sup> KARAN, “İfade Özgürlüğü” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, s. 95.

<sup>204</sup> İlter Nur Başvurusu, Başvuru No: 2013/6829, 14.4.2016, prg.24.

<sup>205</sup> Bizim FM Radyo Yayıncılığı VE Reklamcılık A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/11028, 18.10.2017, prg.57.

*biri olan ifade ve basın özgürlüklerinin etkin bir şekilde kullanılması sadece devletin müdahale etmeme görevine dayanmamaktadır. Bu özgürlükler, devletin bireyler arasındaki ilişkilerde bile hukuk alanında ve uygulamada koruma tedbirleri almasını gerektirebilmektir. İfade ve basın özgürlüklerinin önemi göz önüne alındığında devletin bu özgürlüklere en yüksek güvenceyi sağlaması gerekmektedir. Nitekim bu gerekliliğin bir ifadesi olarak Anayasa'nın 5. maddesinde, demokrasiyi korumak ve kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri olarak sayılmıştır. Daha özel olarak da Anayasa'nın 28. maddesinin üçüncü fıkrasında devlete, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu bağlamda son olarak Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "yayımların izin sistemine bağlanması" ve aynı maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler" ibareleri devlete - işin başta teknik boyutu olmak üzere- egemenlik alanındaki basın ve yayıncılığı organize etmesine ve ruhsat sistemi ile denetlemesine cevaz verdiği gibi bu alanda düzeni sağlayarak ifade ve basın özgürlüklerinin kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsız hale getiren maniaları da bertaraf etme yükümlülüğü getirir.”<sup>206</sup>*

##### **5. Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü (AİHS m.11-Any. m.33, 34, 51, 68, 69)**

Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, AİHS'in 11. maddesinde “toplantı ve örgütlenme özgürlüğü” başlığı altında düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nda ise “Dernek kurma hürriyeti” başlıklı 33. madde, “Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı” başlıklı 34. madde, “Sendika kurma hakkı” başlıklı 51. madde, “Parti kurma, partilere girme ve partilerden ayrılma” başlıklı 68. madde, “Siyasi partilerin uyacakları esaslar” başlıklı 69. madde gibi birden fazla madde ile toplantı ve örgütlenme özgürlüğü düzenleme altına alınmıştır. Görüldüğü üzere AİHS'in aksine Anayasa'da birden fazla madde ile ve farklı başlıklar altında detaylı bir biçimde toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne yer verilmiştir.

<sup>206</sup> Bizim FM Radyo Yayıncılığı VE Reklamcılık A.Ş. Başvurusu, Başvuru No: 2014/11028, 18.10.2017, prg.56.

### 5.1. Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Hakkı ve Normatif Temelleri

AİHS 11. madde “toplanma ve örgütlenme özgürlüğü” başlığı altında bu hakka yer vermiştir. Sözleşme ilgili madde ile “barışçıl nitelikli toplanma özgürlüğü” ve “örgütlenme özgürlüğü” hakları koruma altına alınmıştır.

Toplanma hakkı olmaksızın örgütlenme hakkının kullanılamayacağı gerekçesiyle bu iki hakkın birbiriyle yakından bağlantılı ve bütünleşik olduğu söylenmektedir.<sup>207</sup> Örgütlenme özgürlüğünü ayrıca dernek kurma hakkı olarak da nitelendirebiliriz. Sendika kurma veya üye olmayı ise dernek kurma hakkının içinde görebiliriz. Bu haklar nitelikleri gereği kolektif haklar olarak nitelendirilmektedirler.

#### 5.1.1. Toplantı ve Gösteri Özgürlüğü

Her ne kadar toplantı ve örgütlenme hakkı kolektif hakların bir görünümü olsa da kullanımı itibariyle bireysel özgürlük niteliğindedir. Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kolektif görünümü olarak “özel hüküm” vasfındadır. Bu hakkın, ifade özgürlüğünün özel bir düzenlemesi olduğuna dair AİHM şu değerlendirmeyi yapmıştır;

*“Mahkeme, somut davanın koşullarında, 10. maddenin, özel bir hüküm (lex specialis) olan 11. maddesine göre genel bir hüküm (lex generalis) olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.”*<sup>208</sup>

Daha önce izah etmiş olduğumuz ifade özgürlüğüne dair birçok husus burada da geçerlidir. “Hoşgörü”, “çoğulculuk” ve “açık fikirlilik” gibi hakkın özüne dair kavramlar, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü açısından da geçerlidirler.

AİHM tarafından, barışçıl toplantı özgürlüğü hakkı, gösteri özgürlüğünü de kapsayacak biçimde geniş yorumlanmaktadır.<sup>209</sup> AİHM’e göre şiddeti özendiren toplanmalar hariç bütün toplantılar bu maddenin korumasından faydalanabilmektedir. Bir kararında AİHM, bu hususa dair teyit edici şu ifadeleri kullanmıştır;

<sup>207</sup> TEZCAN vd., s. 519.

<sup>208</sup> Zülküf Murat Kahraman/Türkiye Davası, Başvuru No: 65808/10, 16.7.2019, prg.33

<sup>209</sup> İNCEOĞLU, s. 383.

*“İfade özgürlüğü hakkı gibi toplantı özgürlüğü hakkı da demokratik bir toplumun temel haklarından birisidir. Bu nedenle bu hakka kısıtlayıcı bir yorum getirilemez...”*

*Sözleşme'nin 11. maddesindeki güvenceler, şiddet kullanma niyetinde olan, şiddeti özendiren veya başka bir ifadeyle demokratik toplumun temellerini inkâr eden kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler dışında bütün toplantılar için uygulanmaktadır... ”<sup>210</sup>*

Her ne kadar bu hakkın koruma alanına dair kapsayıcı bir bakış açısı olsa da hangi durumların toplantı veya gösteri yürüyüşü sayılıp bu haktan faydalanacağı, Sözleşme veya AİHM tarafından kesin olarak belirlenmiş değildir.<sup>211</sup> Ancak Mahkeme, içtihatlarıyla belirli bazı temel ilkeler ortaya koymuştur.

Öncelikle söz konusu eylemin kolektif bir biçimde gerçekleşmesi 11. madde içerisinde değerlendirme yapılabilmesi adına önemlidir. Eylemin bireysel gerçekleşmesi durumunda ise Mahkeme, ifade özgürlüğü veya düşünce vicdan ve din özgürlükleri kapsamında konuyu ele almaktadır. Daha öncede bahsettiğimiz gibi bu hakkın kolektif görünümü vardır ancak hak bireyseldir. Ayrıca toplantı ve gösteri özgürlüğü hakkından, yabancılarda dâhil olmak üzere herkes faydalanabilir.

AİHS, toplantı ve gösteri yapılabilmesi için bildirim şartını aramaktadır. Fakat bildirimde bulunulmadan düzenlenen toplantı ve gösterilere karşı yapılan müdahalelere ilişkin, somut olayın şartlarına göre, belirlemiş olduğu bazı ilkeler doğrultusunda değerlendirme yapmaktan kaçmaz. Bu ilkeler; yaptırımın gerekliliği, niteliği ve ölçülü olup olmamasıdır.<sup>212</sup> Ayrıca AİHM'e göre asıl odaklanması gereken husus; toplantının barışçıl olup olmadığıdır.

AİHM, Türkiye'nin tarafı olduğu Oya Ataman/Türkiye Davası'nda bildirim yapılmamış olmasının gösteriyi kanundışı hale getireceğini ancak tek başına kanun dışı olmasının müdahaleyi haklı kılmadığını ve yetkililerin alması gereken önlem yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Toplantı ve gösteri

<sup>210</sup> Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası/Türkiye Davası, Başvuru No:20347/07,5.07.2016, prg.92,93.

<sup>211</sup> ZİYA ÇAĞA TANYAR, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 3 (2011), s. 601, doi:10.1501/Hukfak\_0000001639.

<sup>212</sup> İNCEOĞLU, s. 387.

yürüyüşüne müdahale AİHS m. 11/2 uyarınca mümkündür. Bu fıkrada belirlenen meşru amaçlar doğrultusunda, yasayla öngörülen hallerde ölçülülük ilkesine riayet edilerek müdahale gerçekleştirilebilir. Bu maddeye aykırı ulusal mevzuatlardaki sınırlamalar, gerçekleşen toplantı ve gösterinin barışçılığını ortadan kaldırmaz.

### 5.1.2. Örgütlenme Özgürlüğü

Örgütlenme özgürlüğü; sosyal, kültürel, siyasi veya benzeri amaçlara daha kolay ulaşabilmek gayesiyle bir araya gelen insan topluluğunun, kolektif hareket ederek belirli bir faaliyet veya davranış tarzı içerisinde bulunmaları özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır.<sup>213</sup> Örgütlenme hakkı, toplantı özgürlüğünde olduğu gibi kolektif görünümü olan ancak bireysel olarak kullanılan bir haktır. Örgütlenme özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve bu hakkın sınırlanabileceği haller AİHS m.11/2 de belirtilmiştir. Bu sebeplerin dışına çıkarak keyfi olarak bu hakka müdahale edilmemeli ve olası müdahalelere karşıda bir koruma sağlanmalıdır.<sup>214</sup>

AİHS 11.madde kapsamında dernek kurma hakkına yer verilmemiştir. Bu hakka yer verilmemiş olsa bile maddenin özü itibariyle dernek kurma veya üye olma hakkının koruma altına alınmış olduğu kabul edilmektedir. Örgütlenme özgürlüğünün sendika, dernek ve siyasi partileri kapsadığı AİHM içtihatları ile netleştirilmiştir.<sup>215</sup> Bu konuya dair AİHM'nin yaklaşımı şu şekildedir:

*“Divana göre sözleşmenin 11. maddesinin sözsel anlamı, siyasi partilerin bu maddeyi dayanak olarak alıp alamayacakları sorununa bir ilk cevap oluşturmaktadır. Divan bu bakımdan, 11. maddede her ne kadar -sendika kurma hakkı da dahil olmak üzere, başkaları ile birlikte, örgütlenme Özgürlüğünden söz ediliyorsa da, burada "dahil" bağlacının, sendikaların, örgütlenme Özgürlüğünün kullanılabilmesi için Örneklere sadece biri olduğunu açıkça gösterdiğini belirtir. O halde, bu hükümde, sendikaların anılmasıyla, Hükümetin değerlendirmesinde olduğu gibi, sözleşmeyi hazırlayanların siyasal partileri 11. maddenin kapsamı dışında bıraktıkları sonucuna varılamaz.”<sup>216</sup>*

<sup>213</sup> DOĞAN, s. 660.

<sup>214</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 436.

<sup>215</sup> DUTERTRE, s. 393.

<sup>216</sup> Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye Davası, Başvuru No: 133/ 1996/ 752/ 951, 30.01.1998, prg.24.

AİHS'in 11. maddesi "örgüt kurma" ve "örgüte katılma" haklarını koruma altına almaktadır. Şu hususa dikkat edilmelidir; "örgüt" kapsamında kalıp kalmadığı değerlendirilmesi yapılırken AİHM, iç hukuk sistemindeki tanımlamalar ile kendini bağlı tutmamaktadır. Mahkeme, sözleşme kapsamında bir örgütlenmenin var olup olmadığını inceler. Bundan dolayı hakkın, "özerk/otonom" vasfa sahip olduğu belirtilmektedir.<sup>217</sup>

Örgütlenme özgürlüğünün sınırlanması, Sözleşme m. 11/2 ile tıpkı toplantı ve gösteri yürüyüşünde olduğu şekildedir. Sınırlandırma yasayla öngörülen meşru amaç kapsamında, ölçülü ve demokratik toplumun gereklerine uygun olmalıdır. Sözleşme; şiddete başvuru, demokratik ilkelerin reddini içeren faaliyetler ve ayaklanmaya çağrı hallerini koruma dışı bırakmaktadır.<sup>218</sup>

## **5.2. AİHS ve İctihatlar Bağlamında Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğüne Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Sözleşme'nin 11. maddesi ile güdülen ilk amaç, devletin bu haktan faydalanılmasına keyfi olarak müdahale etmesinin önlenmesidir. Müdahalenin önlenmesi devlete bir negatif yükümlülük yüklemektedir. Negatif yükümlülüğün yanında devletin bir toplantı ve gösterinin sağlıklı bir şekilde icra edilmesi adına gerekli tedbirleri almak gibi pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.<sup>219</sup> Ayrıca toplantı ve örgütlenme hakkını kullanan bireylere ve gruplara karşı, barışçıl olmayan nitelikteki karşıt gösterici saldırılarına karşı koruma şeklinde pozitif yükümlülüğün yüklendiği kabul edilmektedir.<sup>220</sup> Bu koruma, karşıt göstericileri engellemek gibi katı bir tedbirden ziyade fikirlerin ortaya çıkabileceği sağlıklı bir ortam oluşturma yükümlülüğü olarak görülmelidir.<sup>221</sup>

Demir ve Baykara/Türkiye davasında AİHM pozitif yükümlülüklerle şu ifadelerle değinmiştir:

---

<sup>217</sup> TEZCAN vd., s. 519.

<sup>218</sup> İNCEOĞLU, s. 402.

<sup>219</sup> Ümit KILINÇ, "Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110 (2014), s. 286.

<sup>220</sup> Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU, "AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 3 (2017), s. 639, doi:10.1501/Hukfak\_0000001903.

<sup>221</sup> Berke ÖZENÇ, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 2 (2016), s. 108.

*“Daire, yalnızca 11. madde kapsamında başvuranların haklarına haksız müdahalede bulunduğu sonucuna varmamış, aynı zamanda başvuranların sendikasının tüzel kişiliğini tanımayı reddetmekle, devletin, aynı maddede yer alan haklardan yararlanılmasını sağlamak olan pozitif yükümlülüğüne riayet etmediğine de hükmetmiştir. Daire gibi Büyük Daire de bu davada yetkililerin eylemleri ya da eylemsizliklerinin bir arada belirleyici olduğunu, bu davanın başvuranların 11. madde ile güvence altına alınan haklarına devletin müdahalesi açısından incelenmesinin mümkün olduğu gibi devletin, başvuranların bu haklardan yararlanabilmelerini sağlamak yönündeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi açısından da incelenmesinin mümkün olduğunu düşünmektedir. AİHM, davanın bu 14 bölümünün, başvuranların haklarına bir müdahale olup olmadığı açısından incelenmesini tercih etmektedir, ancak bunu yaparken devletin pozitif yükümlülüklerini de dikkate alacaktır.”<sup>222</sup>*

Bir toplantı veya gösteriye müdahale eden üçüncü kişilerin önlenmesi, sendikal faaliyetleri sebebiyle işlerine son verilen işçilerin haklarının korunması gibi örneklerde olduğu şekilde devletlerin toplantı ve örgütlenme özgürlüğünün yatay boyutundan kaynaklı ödevleri de bulunmaktadır.

Öte yandan AİHM, hakkın gerçekleşmesi adına pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde kamusal menfaat ile bireysel menfaatin dengelenmesi gerekliliğini sıkça belirtmektedir:

*“Devletin Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesindeki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar, kesin tanım yapmaya elverişli değildir. Yine de uygulanabilir ilkeler aynıdır. Dava, Devletin pozitif yükümlülüğü bakımından veya haklı kılınması gereken kamu makamlarının müdahalesi bakımından analiz edilirse, uygulanacak ölçüt özünde farklı değildir. Her iki kapsamda, bireyin yarışan menfaatleri ile bir bütün olarak toplumun menfaatleri arasında kurulacak adil denge göz önüne alınmalıdır.”<sup>223</sup>* Ayrıca, toplantı ve örgütlenme özgürlüğü bakımından pozitif yükümlülüklerin; yasama, yürütme ve yargı organlarına getirilmiş bir sorumluluk olduğu ve bu organlar tarafından yerine getirilmesi gerektiği kabul

<sup>222</sup> Demir ve Baykara/Türkiye Davası, Başvuru No:34503/97, 12.11.2008, prg.85.

<sup>223</sup> Sindicatul “Pastorul Cel Bun”/Romanya Davası, Başvuru No:2330/09, 9.07.2013, prg.132.

edilmektedir.<sup>224</sup> AYM de toplantı ve örgütlenme özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği bir başvuruya ilişkin, pozitif yükümlülükler konusunda şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*“Anayasa’nın 51. maddesi, devlet için hem negatif hem de pozitif yükümlülükler getirmektedir. Devletin, 51. madde çerçevesinde, bireylerin ve sendikanın örgütlenme özgürlüğüne müdahale etmemeye yönelik negatif yükümlülüğü, 51. maddenin ikinci ila altıncı fıkralarında yer alan gerekçelerle müdahaleye izin veren koşullara tabi tutulmuştur. Öte yandan her ne kadar sendika hakkının asıl amacı, “bireyi, korunan hakkın kullanılmasında kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, bundan başka, korunan haklardan etkili bir şekilde yararlanmayı güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülükler de olabilir”. (bkz. Wilson, Ulusal Gazeteciler Sendikası ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 30668/96, 30671/96 ve 30678/96, 2/10/2002, § 41).*

*Aslında, devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında kesin ayrımlar yapmak her zaman olanaklı değildir. Buna karşın devletin bu her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak da uygulanacak ölçütlerde de bir değişiklik olmamaktadır. Devletin ister pozitif ve isterse de negatif yükümlülüğü söz konusu olsun bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (bkz. Sorensen ve Rasmussen/Danimarka, B. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58). Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verirken, kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir marjına sahip olduğunu göz önünde bulunduracaktır.”<sup>225</sup>*

Görüldüğü üzere pozitif yükümlülüklerin mevcudiyetini kabul eden AYM, ayrıca pozitif ve negatif yükümlülükler arasındaki sınırın belirlenmesi ya da pozitif yükümlülüklerin tespiti noktasında AİHM gibi, kamusal ve bireysel menfaatler arasında bir denge kurmak suretiyle neticeye ulaşılması gerektiğini söylemektedir.

---

<sup>224</sup> Ulaş KARAN, “Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü” Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kitapları Serisi-3, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 77.

<sup>225</sup> Tayfun Cengiz Başvurusu, Başvuru No:2013/8463, 18.9.2014, prg.36,37.

Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü hakkının, üçüncü kişilerin ihlallerine karşı koruma sağlayan pozitif yükümlülük yönü bulunduğu dair ise Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“Sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devletin koruyucu ve düzeltici önlemler almasını gerektirebilmektedir. Sendika hakkının korunması pozitif yükümlülüğü devlete, üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin çalışanların sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma haklarını kullanmayı engelleyici davranışlarından kaçınmasına yönelik ve sırf bu haklarından yararlandıkları gerekçesiyle yaptırıma tabi tutulmalarını, ayrımcılığa maruz kalmalarını önleyici tedbirler alma ödevi yüklemektedir. Bu çerçevede alınacak tedbirlerin üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin çalışanların sendika hakkına müdahalede bulunmaları bakımından caydırıcı nitelik taşıması gerekir. Öte yandan üçüncü kişiler tarafından sendika hakkına müdahale edilmesi durumunda müdahaleye karşı itirazların öne sürülebileceği ve müdahalenin sonuçlarının giderilmesi açısından gerçek ve etkili koruma temin edecek hukuksal mekanizmaların oluşturulması gerekiyorsa tazminat ve benzeri giderimler için dava açma imkânının getirilmesi devletin pozitif yükümlülüklerindedir.”<sup>226</sup>*

Görüldüğü üzere AYM, toplantı ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin pozitif yükümlülükleri sadece koruyucu tedbirlerle sınırlı tutmamakta aynı zamanda düzenleyici tedbirlerin de inşa edilmesi ve uygulanması gerekliliğini ifade etmektedir. Ayrıca Mahkeme, koruyucu tedbirlerin gerçek ve etkili olması gerekliliğini tekrar etmektedir.

---

<sup>226</sup> Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu, Başvuru No:2014/15627, 5.10.2017, prg.37.

## BEŞİNCİ BÖLÜM

### MÜLKİYET HAKKI VE EĞİTİM HAKKI AÇILARINDAN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

#### 1. Mülkiyet Hakkı (Ek 1 No.lu Protokol m.1 – Any. m.35)

Mülkiyet hakkı tarih boyunca, kurumsal anlamda devlet aygıtları yokken dahi tartışma konusu olan, hakkında tek bir ortak tanımaya varılamayan kişilere eşya üzerinde hâkimiyet ve tasarruf hakkı sağlayan temel insan haklarından<sup>227</sup>.

Mülkiyet hakkı, ekonomik niteliği itibariyle AİHS içerisinde düzenleme alanı bulmuştur. Mülkiyet hakkı, Ek 1 No.lu Protokolün 1.maddesinde yer almaktadır.1982 Anayasası ise “mülkiyet hakkı” başlığı altında 35. madde ile bu hakka yer vermiştir.

#### 1.1. Mülkiyet Hakkının Normatif Temelleri

AİHS Ek 1 No.lu Protokolün 1.maddesi mülkiyeti düzenlemiştir. Madde ile gerçek ve tüzel kişilerin sahibi olduğu “şeyler” koruma altına alınmıştır.<sup>228</sup> Bu koruma öncelikli olarak devletlerin keyfi müdahalelerine karşı bir koruyuculuk sağlamaktadır. Bu korumanın yanı sıra üçüncü kişilerin ihlal eylemlerine yönelik de devlete yükümlülükler yüklenerek kişilerin korunması amaçlanmaktadır.

AİHM nezdinde mülkiyet hakkına dair kapsamlı bir karar havuzu bulunmaktadır.<sup>229</sup> Mülkiyet hakkının kapsamını konu açısından sadece taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlamak mümkün değildir. Farklı soyut değerler de mülkiyet hakkı kapsamında kalabilmektedir. AİHM de bu anlayış içerisinde, kapsadığı konular itibariyle mülkiyet hakkını geniş yorumlamaktadır.<sup>230</sup> Ayrıca mülkiyet hakkına

<sup>227</sup> Gani KAMIŞLI, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 2.Baskı Ankara: Seçkin Yayınları, 2018, s. 33.

<sup>228</sup> AİHS 1 No.lu Ek Protokol m.1: “Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da 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 hâlel getirmez.”

<sup>229</sup> Haydar Burak GEMALMAZ, *“Mülkiyet Hakkı” Anayasa Mahkemesine Başvuru Kitapları El Serisi-6*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 2.

<sup>230</sup> Güney DİNÇ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 51 (2004), s. 134.

koruma sağlanabilmesi için mevcut bir mülkiyet hakkı bulunduğunu da gözden kaçırmamalıyız.<sup>231</sup>

Madde metninden anlaşılacağı gibi mülkiyet hakkı sınırlanabilmektedir ve bu nedenle hak, mutlak haklardan değildir. Mülkiyet hakkına müdahalenin haklı sayılabilmesi için; kamu yararı, sınırlamanın yasayla öngörülmüş olması ve sınırlayıcı sebeplerin orantılılık ilkesine uyması şeklinde üç koşul aranır.

1982 Anayasası mülkiyet hakkına ilişkin birçok düzenleme içermektedir. Ancak çatı madde olarak adlandırılabilir "mülkiyet hakkı" başlıklı 35.madde bu maddeler içerisinde ön plana çıkmaktadır.<sup>232</sup>

Maddenin ilk fıkrasında; özel mülkiyetin kabul ve tercih edildiği anlaşılmaktadır. Daha sonra ise hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Sınırlama sebepleri, AİHS ile uyumluluk arz etmektedir.

### **1.2. Mülkiyet Hakkı Bağlamında Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

AİHS ile ilk olarak, mülkiyet hakkına yönelik devletten gelebilecek ihlallere yönelik bir koruma sağlanması amaçlanmaktadır. Bu, hakkın korunmasına dair negatif yükümlülük alanını ifade eder. Ayrıca AİHM tarafından mülkiyet hakkının korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerin varlığı da kabul edilmektedir. Bu kabulün hukuki dayanağı, AİHS'in 1. maddesi ile Ek 1 No.lu Protokol'ün 1.maddesinin birleşimi olarak gösterilmektedir.<sup>233</sup> Hakka dair pozitif yükümlülüklerin siyasi dayanağı ise sosyal devlet ilkesi olarak görülmektedir.<sup>234</sup> Mülkiyet hakkı kapsamında devletlerin yükümlülüklerinin değerlendirildiği bir kararında AİHM şu hususlara değinmiştir:

*"1 Nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde belirtilen devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin sınırlarının belirli tanımları yoktur. Ancak uygulanabilme ilkeleri aynıdır. Bir davanın, devletin pozitif yükümlülükleri veya yerel makamların meşru olması gereken müdahalesi açısından analiz edilip edilmemesi için uygulanacak ölçütler çok fazla değişmez. Her iki bağlamda da bireyin çıkarları ile kamu yararı*

<sup>231</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 652.

<sup>232</sup> İNCEOĞLU, s. 526.

<sup>233</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 8.

<sup>234</sup> ŞİMŞEK, s. 6.

*arasında adil bir denge kurulmalıdır. Hükmün içinde belirtilen amaçların kamu yararının gerektirdikleri ile ilgili bir dengenin söz konusu olup olmadığı ve başvuruçunun temel mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi ile ilgili olduğu doğrudur. Her iki durumda da devlet, Sözleşme 'ye uyulması için atılması gereken adımları belirlerken belirli bir takdir yetkisine sahiptir (Broniowski, cited above, § 144).’’<sup>235</sup>*

Alıntılanan kararda da belirtildiği üzere, mülkiyet hakkına dair pozitif ve negatif yükümlülüklerin sınırının belirlenmesindeki güçlük değerlendirmesi önemlidir. AİHM'e göre önemli olan husus hakkın etkin bir şekilde kullanılabilmesidir, yükümlülüklerin tespitinde ortaya konulacak prensipler aynı olduğu için yükümlülükler arasındaki sınırların belirlenmesindeki güçlüğü bir önemi kalmamaktadır.<sup>236</sup>

Diğer bir kararda ise AİHM, şu ifadelerle pozitif yükümlülük konusuna değinmektedir:

*“Mahkeme, özellikle şirketin iştiğal ettiği faaliyetlerinin bir parçası olan gayrimenkul işlemleri söz konusu olduğunda, satıcıdan belirli bir özenin gösterilmesi beklenebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme somut olayda, Hükümetin itiraz etmediği başvuranın iddialarına göre, söz konusu taşınmazın daha geniş bir alanın parçası olduğunu, bu alan ile doğal bir süreklilik içinde bulunduğunu ve bitişik parsellerden ihtilaflı parseli ayırt etmeye imkân veren herhangi bir fiziki sınırın bulunmadığını tespit etmektedir (41. paragraf). Bu koşullarda, Mahkeme, satıcıya tapu kütüğündeki bilgilere tamamıyla güvenmemeyi ve olası çelişkileri tespit etmek amacıyla planı incelemeyi zorunlu kılmaya yönelik yerel mahkemelerin yaklaşımlarının, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yaklaşık 45.000 avro olduğu değerlendirilen, idare tarafından yapılan hata sonuçlarına katlanmasının, başvurana aşırı bir yük yüklediği görüşündedir.*

<sup>235</sup> Sargisyan/Azerbaycan Davası, Başvuru No:40167/06, 16.06.2015, prg.219,220.

<sup>236</sup> PERDEÇİOĞLU, s. 138.

*Sonuç olarak, Mahkeme, Türk hukuk düzeninin başvurana mülkiyet hakkına ilişkin olarak yeterli bir koruma sunmadığı ve başvuranın hakları ile toplumun genel menfaatleri arasında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulduğu kanısındadır.”<sup>237</sup>*

Alıntılanan kararda Mahkeme, yatay ihlal hallerinde de hakkın yerine getirilmesi ve korunması gayesi ile devletin pozitif yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmektedir. Bireylerin mülkiyet haklarına keyfi müdahalesi olarak tanımlayabileceğimiz yatay ihlal halleri hakkında AİHM, gerekli kanuni düzenlemeler ile olası ihlal durumlarını önleme ve eğer ihlal gerçekleşmiş ise telafi edici düzenlemeler yapma gibi iki tür ödevi devletlerin yerine getirmesini devletlerden beklemektedir.<sup>238</sup> Dikey etki kapsamında da devletlerin mülkiyet hakkının etkili kullanılabilmesine yönelik pozitif yükümlülükleri bulunduğu kabul edilmektedir.

Mülkiyet hakkına dair yatay ilişkilerden doğan devletin pozitif yükümlülüğüne dair AYM'nin ilk değerlendirmelerinin yer aldığı Türkiye Emekliler Derneği Başvurusunda, Mahkeme şu ifadelerle hem pozitif yükümlülükleri hem de pozitif yükümlülüklerin doğal sonucu olan yatay etki kapsamında devletin yükümlülüklerini kabul etmiştir:

*“Bireysel başvuru devlet tarafından kamu gücü kullanılarak bireylerin temel haklarına yapılan müdahaleler sonucu meydana gelen hak ihlallerini gidermek amacıyla ihdas edilmiş bir ikincil koruma mekanizması olmakla birlikte kimi durumlarda özel kişiler arası ilişkiler sonucu özel kişilerin birbirlerinin haklarına yaptıkları müdahalelerde devlete atfedilebilecek sorumluluklar bulunabilmektedir. Bu durumlarda bireysel başvuru konusu yapılan dava sadece adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmekle kalmayıp özel kişiler tarafından başlatılan süreç sonucu etkilenen diğer haklar yönünden de incelenebilir.”<sup>239</sup>*

<sup>237</sup> Gürtaş Yapı Ticaret ve Pazarlama A.Ş./Türkiye Davası, Başvuru No:40896/05, 7.07.2015, prg.59, 61.

<sup>238</sup>Yunus Emre YILMAZOĞLU, *Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri- Hak Arama Hürriyeti İlişkisi, Danıştay ve İdari Yargı 149.Yıl Sempozyumu*, Ankara: Danıştay Yayınları, 2007, s. 237.

<sup>239</sup>Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, Başvuru No:2012/1035, 16.10.2014, prg.34.

## 2. Eğitim Hakkı (Ek 1 No.lu Protokol m.2, Any. m.42)

Eğitim hakkı kültürel haklar arasında yer almaktadır. Eğitim hakkı temel haklardan olduğu gibi aynı zamanda insan hakları ile aynı ortak gayeye sahiptir. Bu gaye bireyin refah düzeyinin artması ve insan onurunun korunmasıdır. Eğitim hakkından faydalanma hakkı hem çocuklar hem de yetişkinler için geçerlidir.<sup>240</sup>

Bireyin gelişimi açısından önemli bir role sahip olan eğitim hakkı, 1982 Anayasası ve AİHS tarafından düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ile hakkın korunması, ifası ve gelişiminin sağlanması amaçlanmıştır.

### 2.1. Eğitim Hakkının Normatif Temelleri

Eğitim hakkı AİHS Ek Protokol'leri aracılığıyla düzenleme altına alınmıştır. Ek 1 No.lu Protokol m.2 "Eğitim hakkı" başlığı altında eğitim hakkını düzenlemiştir.<sup>241</sup>

Madde ile eğitim hakkına dair özel bir sınırlamama yapılmamıştır. Ancak bu hakka dair devletlerin sınırlama yapamayacağı anlamına gelmemektedir. Hakkın özünü zedeledikten devletler hakka yönelik sınırlamalar yapabilir.<sup>242</sup> AİHM, eğitim hakkına yönelik ilk değerlendirmelerini, 1968 tarihli Belçika Eğitim Dili Davası ile kapsamlı bir şekilde yapmıştır.

Ayrıca eğitim hakkının kamu kuruluşları ile birlikte özel kuruluşlar içinde geçerli olduğu, yükseköğrenim kurumlarını da kapsayacak şekilde geniş yorumlandığı (Örnek olarak Leyla Şahin/Türkiye Davası) AİHM kararlarından anlaşılmaktadır.

1982 Anayasasının Sosyal ve Ekonomik Haklar başlıklı bölümü, "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi" başlıklı 42. maddesi ile eğitim hakkı düzenlenmiştir. Maddenin 1.fıkrası Sözleşme ile uyumlu olup, hiç kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılmayacağını belirtmektedir. Daha sonra eğitim ve öğretimin uygulanırken bağlı kalınması gerekli ilkeler, ilkokulda zorunlu eğitim, öğrencilere burs yardımı ve eğitimde kullanılacak ana dil konularına değinilmiştir.

<sup>240</sup> KALABALIK, s. 616.

<sup>241</sup> AİHS Ek 1 No.lu Protokol m.2: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yüklenmesi gereken görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."

<sup>242</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, s. 763.

Anayasanın 42. maddesi haricinde, “Yükseköğretim kurumları” başlıklı 130. madde ve “Din ve vicdan hürriyeti” başlıklı 24. maddenin 4. fıkrası, eğitim hakkını doğrudan ilgilendiren maddelerdendir.

Anayasada, Sözleşme ’den farklı olarak eğitim hakkına getirilebilecek sınırlar belirtilmiştir. Bu sınırlamalar genel ifade tarzı ile belirlendiğinden, sonuçları ancak somut olaylar sonucu anlaşılıp, değerlendirilebilecektir.<sup>243</sup>

## 2.2. Eğitim Hakkının Gerçekleşmesinde Devletin Pozitif Yükümlülükleri

Eğitim hakkına dair devletin pozitif yükümlülükleri konusunda, “Belçika Eğitim Dili davası” ile “Leyla Şahin-Türkiye davası” yol aydınlatıcı önemi haizdirler. AİHM, Leyla Şahin kararında şu ifadelerle eğitim hakkı açısından pozitif yükümlülüğü kabul ettiğini açıklamıştır:

*“Eğitim hakkının içeriği ve bundan doğan yükümlülüğün kapsamına ilişkin olarak ise Mahkeme, “Belçika Dili” kararında ((esas hakkında), 23 Temmuz 1968, A serisi nu: 6, s. 31, §3), Bu hususları kaydetmiştir. “Negatif formülasyonda belirtildiği ve hazırlık çalışmalarında da teyit edildiği gibi, Sözleşmeciler, eğitimi, masrafları kendilerine ait olacak ya da para yardımı yapmalarını gerektirecek şekilde belirli bir tarzda veya düzeyde düzenlemek zorunda kalacakları bir eğitim hakkını tanımamaktadırlar. Ancak bundan, 1 No’lu Ek Protokol’ün 2. maddesinin ilk cümlesinde güvence altına alındığı şekliyle, söz konusu hakka uyulmasını sağlamak için Devletlerin hiçbir pozitif yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz. Bir hak varsa, bu Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca, bir Sözleşmeci Devletin yargı yetkisi alanında bulunan her kişiye temin edilir”.*<sup>244</sup>

Mahkemenin bu kararından da anlaşılacağı üzere; devletler Ek 1 No.lu Protokol 2.maddenin ilk cümlesi ile ekonomik anlamda pozitif yükümlülükten muaf tutulmuşlardır ancak bu muafiyet devletlerin, mevcut eğitimden faydalanma<sup>245</sup> ve bu eğitime ulaşma<sup>246</sup> yönündeki kişilere karşı yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Yani AİHM, devletleri; eğitim sağlamaya zorlamamakta, bir

<sup>243</sup> İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, s. 536.

<sup>244</sup> Leyla Şahin/Türkiye Davası, Başvuru No: 44774/98, 10.11.2005, prg.135.

<sup>245</sup> İNCEOĞLU, s. 533.

<sup>246</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 57.

eğitimin mevcudiyeti halinde herkese eşit bir şekilde ulaştırılması ve sunulması gerekliliğini kabul etmektedir.

1 No.lu Ek Protokol'ün 2. maddesinin 2. fıkrasının devlete pozitif yükümlülük yüklediğine dair AİHM'nin şu ifadeleri önemlidir:

*“c) 1 no.lu Ek Protokol'ün 2. maddesi, dini eğitim ve diğer dersler arasında eğitim yapılmasına izin vermemektedir. Bu madde, devlete, velilerin, hem dini hem de felsefi inançlarına, kamusal eğitim programının tamamında, saygı duymasını dayatmaktadır (adı geçen Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, paragraf 51). Bu ödevin uygulama alanı geniştir çünkü hem eğitimin içeriği hem de verilme şekli için ve devletin üstlendiği « görevlerin » tümü için geçerlidir. « Saygı göstermek » fiili, « tanımak » veya « dikkate almaktan » fazlasını ifade etmektedir. Negatif bir taahhüde ek olarak, saygı göstermek, devlet için, pozitif bir yükümlülük de içermektedir. Tek başına, « inanç » kelimesi, « fikirler » veya « düşüncelerin » eş anlamlısı değildir. Bu kelime, belli bir güç, ciddiyet ve önem derecesine gelmiş olan görüşlere uygulanmaktadır (adı geçen Valsamis, 25 ve 27. paragraflar ve adı geçen Campbell ve Cosans, 36-37. paragraflar).”<sup>247</sup>*

---

<sup>247</sup> Folgero ve Diğerleri/Norveç Davası, Başvuru No. 15472/02, 29.06.2007, prg.84.

## ALTINCI BÖLÜM

### USULE DAİR HAKLAR VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLER

#### 1. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı (AİHS m. 5-Any. m.19)

Hak ve özgürlüklerin tanınıp, korunması; siyasal otoritenin sınırlandırılması düşüncesinin bir ürünüdür. Bu tanıma ve sınırlandırmanın hukuka uygunluğunu denetleyici mercii olarak yargı mekanizması, hakların korunmasında önemli bir görev icra etmiştir.<sup>248</sup>

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı; neredeyse tüm temel hak ve özgürlüklerin temeli, yaşam kaynağıdır. En temel haklardan biri olması itibarıyla kişi özgürlüğü hakkı insan haklarına dair beyanatlarda hep yer almıştır. İlk yazılı insan hakları belgesi sayılan Magna Charta Libertatum (1215), Petition of Rights (1627) ve Habeas Corpus Act (1679) gibi belgelerde düzenlenmiş olan bu hak, modern zamanda da 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Haklar Bildirgesi'nde ve sonrasında oluşturulan anayasa ve sözleşmelerin çoğunda, ulusal ve uluslararası anlamda yer edinmiştir.

Bu hak, siyasi otoritenin keyfi tutum ve davranışlarını sınırlayarak, bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerine olanak tanır.

#### 1.1. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı ve Normatif Temelleri

AİHS m. 5 ve AY m. 19 da yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, en temel hak ve özgürlüklerdendir. En temel haklardan kabul edilmesinin sebebi, diğer çoğu hak ve özgürlüğün gerçekleştirilebilmesinin bu hakkın varlığına olan bağlılığıdır. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, önemine binaen “hakların garantisi”, “koruyucu haklar” şeklinde nitelendirmelere tabi tutulmaktadır.<sup>249</sup> Bu haklar birbirine yakın ve sıkı sıkıya bağlı haklardandır.

Kişi hürriyeti, kişinin fizik ya da beden hürriyeti, hareket serbestisi olarak izah edilirken, kişi güvenliği ise bu hakka keyfi müdahalenin önlenmesi olarak

<sup>248</sup> Mustafa Tarık ŞENTUNA, “İnsan Hakları Hukuku’nda ‘Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı’nın Gelişimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3 (2001), s. 993.

<sup>249</sup> İbrahim ŞAHBAZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği”, *TBB Dergisi*, S. 55 (2004), s. 204.

açıklanır.<sup>250</sup> Keskin'e göre ise kişi özgürlüğü ve güvenliği "*toplumsal yaşamın gerekleri sonucu kişinin, yalnızca yasayla belirlenmiş ve sınırlanmış durumların dışında hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun bırakılmamasıdır*".<sup>251</sup>

Özgürlüğe dair kısıtlamalar, kişi hürriyetlerinin karşısında potansiyel tehlike niteliği taşıdıklarından bu kısıtlamalara dair "*keyfiliği*" önleyici düzenlemeler oluşturmak gerekmektedir.<sup>252</sup> Bu sebeple demokrasi ve hukuka bağlı devletler, kişi hürriyetlerinin korunması için çeşitli güvenceler oluşturarak bireylerin güven içerisinde hareket etmelerine olanak sunmaktadırlar.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından yararlanan özne herkes iken, hakkın yükümlüsü yani muhatabı devlettir. Bu hakkın ceza hukuku ile de çok yakından ilişkisi bulunmaktadır. Kişi özgürlüğü hakkının anlaşılabilmesi detaylarına vakıf olunmasını gerektirdiğinden, diğer hak ve özgürlüklere nazaran kapsamlı incelemeye tabi tutulmasını gerektirecektir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, 1982 Anayasası madde gerekçesinde şu ifadelerle açıklanmıştır:

*"Bu madde kişi hürriyetini ve güvenliğini korumaya yönelik hükümleri içermektedir. Bilindiği gibi insanın kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olması, bunun güvence altına alınması demek, kişinin vücut ve hareket serbestisine sahip olması; kimsenin yanında gösterilen hal, kusur ve şartlar dışında bu hareket serbestisinden mahrum edilmemesi; yani yakalanıp tutuklanamaması demektir."*<sup>253</sup>

Madde gerekçesinden yola çıkacak olursak, kişi hürriyetini; kişinin vücut ve hareket serbestisi, kişi güvenliğini ise bu serbestinin ancak kanun ile sınırlanabilmesi olarak anlayabiliriz.<sup>254</sup>

Anayasamızda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı detaylı bir metin ile koruma altına alınmıştır. İlgili madde ile herkesin kişi hürriyeti ve özgürlüğü hakkına sahip

<sup>250</sup> KALABALIK, s. 441.

<sup>251</sup> Serap KESKİN, "Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 60, S. 1-2 (2002), s. 49.

<sup>252</sup> ŞAHBAZ, s. 203.

<sup>253</sup> 1982 Anayasası Danışma Meclisinin Kabul Ettiği Metnin Gerekçesi

<sup>254</sup> Cansu Büşra KARTAL, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. SUHFD (2013), s. 65, doi:10.15337/SUH.2017.42.

olduğunu, hiç kimsenin keyfi olarak yakalanıp tutuklanamayacağını, hiç kimsenin kanunun öngördüğü sebepler ve usuller dışında hürriyetinden yoksun bırakılmayacağı vurgulanmış, hakkın sınırlanmasına dair istisnalar ise keyfiliği önlemek amacıyla tek tek sayma yolu ile ifade edilmiştir.

AİHS'den farklı olarak Anayasa'nın 19. maddesinde gözaltına alınan kişinin "anlayabileceği bir dilde" bilgilendirilmesi kavramına yer verilmediği görülmektedir. Ancak 5271 sayılı CMK 202.maddesinde ise soruşturma ve kovuşturma aşamasında meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüpheli için tercüman bulundurulması usulü düzenlenmiştir. Ne var ki yargı makamları önüne gelene kadar kişiye anlayabileceği bir dilde alıkonulma sebebinin nasıl bildirilmesi gerektiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.<sup>255</sup>

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı AİHS 5. maddesinde "Özgürlük ve güvenlik hakkı" başlığı altında düzenleme altına alınmıştır.

*"1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Hiç kimse, aşağıdaki haller dışında ve yasayla öngörülen bir usule uygun olması durumu hariç özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır.*

*(a) bir kimsenin, yetkili bir mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararından sonra, hukuka uygun olarak alıkonması/tutulması;*

*(b) bir kimsenin, bir mahkemenin hukuka uyum olarak verdiği bir karara uyulmamasından ötürü ya da yasa tarafından öngörülen herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak üzere, hukuka uygun olarak yakalanması/(gözaltına alınması) ya da gözaltında/(tutuklu olarak) tutulması;*

*(c) bir kimsenin, bir suç işlediği hususunda makul bir kuşku bulunması üzerine ya da bir suç işlenmesini yahut suç işledikten sonra kaçmasını önlemek için makul olarak gerekli bulunduğu düşünülen hallerde, o kişiyi yetkili yasal makam önüne çıkartmak amacıyla, hukuka uygun olarak gözaltına alınması/(yakalanması) ya da gözaltında/(tutuklu olarak) tutulması;*

---

<sup>255</sup> Tolga ŞİRİN, "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, s. 162.

(d) bir küçüğün eğitiminin izlenmesi/gözetimi amacıyla verilen hukuka uygun bir emirle/kararla gözetim altında tutulması ya da yetkili yasal mercii önüne çıkarılması amacıyla hukuka uygun olarak alıkonması;

(e) bulaşıcı hastalıkların yayılmasının önlenmesi amacıyla bu tür hastalık taşıyan kişilerin, akıl hastası olanların, alkoliklerin ya da uyuşturucu bağımlısı olanların yahut serserilerin hukuka uygun olarak alıkonması;

(f) bir kişi hakkında bir ülkeye izinsiz şekilde girmesini önlemek üzere ya da sınır dışı etmek yahut geri vermek amacıyla bir işlem yapılması halinde, bu kişinin hukuka uygun olarak gözaltına alınması/(yakalanması) ya da alıkonması;

2. Gözaltına alınan bir kişi, derhal, gözaltına alınmasının nedenleri ve kendisine isnat edilen suçlar hakkında, anladığı dilde olacak şekilde bilgilendirilecektir.

3. Bu Madde paragraf 1/c hükümleri uyarınca gözaltına alınan ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonan herkes, derhal, bir yargıcın ya da yasa tarafından kendisine yargısal yetkiler kullanma erki verilen bir başka görevlinin önüne çıkartılacaktır ve bu kişi makul süre içinde yargılanma ya da yargılanması sürerken salıverilme hakkına sahip olacaktır. Salıverme, bu kişinin duruşmada hazır bulunmasını güvence altına alan koşullara bağlanabilir.

4. Gözaltına alınma ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan herkes, alıkonmasının hukuka uygunluğu hakkında ve bu alıkoyma hukuka aykırı ise salıverilmesi hususunda hızla karar verebilecek bir mahkemede dava açmak hakkına sahip olacaktır.

5. Bu Maddenin hükümlerine aykırı olarak gözaltına alınmanın ya da gözaltında/(tutuklu olarak) alıkonmanın mağduru olan her kişi, icra edilebilir bir tazminat alma hakkına sahip olacaktır.”(AİHS m.5)

Ayrıca AİHS Ek 4 No.lu Protokol m.1; “hiç kimse, yalnızca akdi ilişkiden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememiş olmasından dolayı özgürlüğünden yoksun bırakılamaz” hükmünü içermektedir.

Görüldüğü üzere Sözleşme ile yalnızca tutuklama, hürriyetinden alıkoyma konuları düzenlenmiştir.<sup>256</sup> İlgili madde ile kişilerin hareket serbestisi koruma altına almaya çalışılmıştır.<sup>257</sup> Ayrıca hakka dair koruma ve tanınmanın yanı sıra alınması gereken önlemler sıralanmıştır.<sup>258</sup> Madde, ifade kabiliyeti yönünden sarih ve muhteva olarak düzenleyici bir format içermektedir. Anayasa’da olduğu gibi burada da yakalama ve tutuklama hallerinin sınırlamaya tabi tutulduğu istisnalar sayma yoluyla ifade edilmiştir. Bu istisnalar hakkın sınırlarını oluşturmaktadır.

Sözleşme’den hakkın kapsama alanı hakkında; herkesin kişi hürriyeti ve özgürlüğüne sahip olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı ve yoksun bırakma hallerinin istisna olup ancak kanunun belirlediği usul ve sebepler ile olabileceği şeklinde çıkarımlarda bulunulabilir.<sup>259</sup>

Önemle vurgulanmalıdır ki; 5. maddenin koruma alanı sadece hürriyetten yoksun bırakma durumuna ilişkindir, tutulma koşulları bu kapsamın dışındadır.<sup>260</sup>

AİHM’e göre 5. maddenin 1. fıkrasındaki ihlalin unsurları şu hususları içermelidir; kişi kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulmalı ve bu tutma haline geçerli bir rıza göstermemiş olmalıdır.<sup>261</sup> Kişi özgürlüğünün uygulanması olağanüstü hallerde sınırlanıp, askıya alınabileceği için mutlak bir hak değildir. Ancak bu sınırlamalar hukuka uygun, keyfilikten uzak ve Sözleşme’de belirtilen sınırlama sebeplerine uygun olmalıdır. AİHM olağanüstü hallerde hakkın askıya alınması durumunu değerlendirirken, maddi ve usûlî açıdan ulusal mevzuata uyup uymadığına bakar. Sonra ise ulusal mevzuatın Sözleşme’de belirlenen sınırlayıcı sebeplerle olan uyumunu inceler. Ulusların iç hukuk sistemlerinde kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler ve açıklamalar olmasına ek olarak bu düzenlemelerin ayrıca öngörülebilir nitelikte olması beklenir. Bu öngörülebilirlik kişilerin hangi durumlarda özgürlüklerinin askıya alınabileceği veya sınırlanabileceğini, önceden bilebilme durumundan ibarettir.

---

<sup>256</sup> TEZCAN vd., s. 192.

<sup>257</sup> ŞAHBAZ, s. 209.

<sup>258</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 236.

<sup>259</sup> KALABALIK, ss. 442–44.

<sup>260</sup> DOĞAN, s. 502.

<sup>261</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 367.

5. maddenin 2. fıkrası ise tutma nedenleri hakkında bilgilendirilme hakkını içerir. Bu bilgilendirmenin içeriği; alıkonulma nedeni, isnat edilen suçun ne olduğunun kişinin anlayabileceği bir dilde derhal kendisine açıklanmasından oluşur. Fıkroda geçen “gözültüne alınan kişiler” kavramından kişinin hürriyetinden yoksun bırakıldığı durumlar şeklinde geniş bir anlam çıkarılmalıdır.

3. fıkra ile derhal yargılama makamı önüne çıkarılma ve yargılamanın makul sürede yapılması gerekliliği koruma altına almıştır. Mahkemeye göre bu fıkranın uygulama alanı mahkemenin tutuklama veya serbest bırakma kararı aşamasına kadar etki doğurur. Mahkeme, tutuklamadan sonraki aşamalar için bu maddenin işlevsiz olacağı kanaatindedir. Kişinin ilk alıkonulması ile hâkim tarafından tutuklanma/serbest bırakılma kararı arasında geçen süreyi, gözültü süresi olarak nitelendirebiliriz. Bu sürecin hızlılığı ve kişinin yargı makamları önüne çıkarılması gözültü süreci içerisinde gerçekleştirilecek kötü muamele potansiyelini azaltmak veya ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Hâkim önüne çıkarılma süresi Sözleşme’de “derhal” ifadesiyle belirtilmiş ancak somut bir süre belirtilmemiştir. AİHM kararları ile “derhal” kavramının içi doldurulabilir.

Kişi gözültü süreci sonunda yargıç önüne çıkarılmalı ve yargı görevini ifa eden makam ise kişinin suç işlediği hakkında makul kuşkuyu, iç hukukta öngörülen tutuklama nedenleri bulunup bulunmadığını incelemelidir. Şüpheliyi bizzat duruşma yaparak dinlemeli ve gerekçesini belirterek kararını vermelidir.<sup>262</sup>

5. maddenin 4. fıkrası, kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye başvurabilmesini öngören, ulusal iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır. 3 ve 4. Fıkralar birbirlerine benziyor olabilirler ancak aşamalar itibariyle birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Gözültü sürecini ve yargı makamı önüne çıkana kadarki aşamaya 3. Fıkra hitap ederken, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakıldığı hallere 4.fıkra hitap etmektedir. Özgürlüğü sınırlayan/askıya alan merci ki bu ister yargısal ister idari bir makam olsun, bu fıkra ile özgürlüğünden alıkonulan kişiler için itiraz başvuru yolları oluşturulmalıdır. Bu başvuru yolları madde gereği yargısal olmak zorundadır.

---

<sup>262</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 398.

5. maddenin 5. fıkrası, ilk dört fıkradan birinin ihlalinden mağdur olan kişiler için kendi hukuk sistemleri içerisinde tazminat haklarını öngörmekle birlikte ilk dört maddenin her ihlali halinde, tazminat sorumluluğu doğacağını söylemek de yanlış olacaktır. Sözleşme’de kişi özgürlüğünün ihlali dışında başka bir hakkın ihlali halinde bireye ulusal iç hukuk sisteminde tazminat öngören Sözleşme maddesi bulunmamaktadır.

### **1.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı temel haklardan olduğundan, hakkın muhatabı doğrudan devlet olarak kabul edilmektedir.<sup>263</sup> Dolayısıyla AİHS 5. madde kapsamında devletin kişilere karşı negatif yükümlülükleri söz konusudur. Kişi özgürlüğünü ve güvenliğini yasayla öngörülen usuller ile ancak 5. maddenin 1. fıkrasında sayma yolu ile belirlenen ve dar yorumlanması gereken istisna durumlarda sınırlama/askıya alma durumu söz konusudur. Bunların dışındaki her durum bu hakkın ihlaline sebep olur. Devletin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı açısından negatif yükümlülüğü hürriyetten keyfi olarak alıkoymamadır. Bu aynı zamanda kişilerin hareket serbestiyetinin de keyfi olarak engellenmemesi anlamına gelir.

Bir suç isnadı olmaksızın davet üzerine gidilen polis merkezinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye maruz kalınması ve bu olayla ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarını içeren Mehmet Baydan Başvurusunda kişi hürriyetine ilişkin olarak, AYM:

*“Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (Erdem Gül ve Can Dündar [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).*

*Anayasa'nın 19. maddesinin metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki sınırlama sebeplerinin kişilerin fiziksel özgürlüklerine ilişkin olduğu, ayrıca devam eden fıkralardaki güvencelerin de fiziki olarak hürriyetinden yoksun bırakılmış kişiler bakımından getirildiği görülmektedir.*

---

<sup>263</sup> ŞİRİN, s. 12.

*Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvence altına aldığı şey, bireylerin yalnızca fiziksel özgürlüğüdür (Galip Öğüt, § 35).”<sup>264</sup>*

AYM, kişi hürriyeti ve güvenliğini tanımlayarak, bu hakkın sadece fiziksel özgürlük olduğunu belirtmiş ve bu hakkın ihlal belirtilerinden en önemlisinin kişinin hareket serbestisinin sınırlanması veya engellenmesi olduğunu vurgulamıştır. Somut olayda mahkeme devletin negatif yükümlülüklerinden olan keyfi olarak kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmama ödevine aykırı eylemi nedeniyle ihlal kararı vermiştir.

Devletin AİHS 5. maddesi kapsamında negatif yükümlülükleri bulunduğu gibi pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kaynağına göre ikiye ayrılmaktadır. Birincisi; doğrudan Sözleşme metninden çıkarılabilen pozitif yükümlülüklerdir. İkinci olarak ise AİHM içtihatlarıyla türetilmiş pozitif yükümlülüklerdir.

AİHS 5. madde ile bazı pozitif yükümlülüklerden bahsetmiştir. Bunlardan madde metninden anlaşılan bazıları şunlardır:

- Gözaltına alınan kişiye, derhal gözaltına alınmasının nedenleri hakkında bilgi verilmesi
- Gözaltına alınan kişiye, kendisine isnat edilen suçlar hakkında, anladığı dilde olacak şekilde bilgilendirmenin yapılması,
- Gözaltına alınan kişiyi makul süre içerisinde yargılama makamı önüne çıkarma,
- Gözaltındaki kişinin itiraz edeceği yargı merciin oluşturulmasıdır.

Usûlî ve maddi pozitif yükümlülükler ayırımında değindiğimiz, devletin hak ihlallerini önlemeye dair tedbirleri alması, hakkın ihlal edilmesi durumunda ise etkili soruşturma yapılması gibi pozitif yükümlülükler, Sözleşme 'de yer almasa dahi Mahkeme içtihatlarıyla kabul edilebilmektedir.

Pozitif yükümlülükler sadece dikey ihlal hallerine özgü değildir. Sözleşmenin yatay etkisinin özgürlük ve güvenlik hakkına da tesiri bulunmakta olup, üçüncü

---

<sup>264</sup> Mehmet Baydan Başvurusu, Başvuru No: 2014/16308, 12.4.2018, prg.63,67.

kişilerin bu hakkın ihlaline yönelik devletlere pozitif yükümlülükler yüklenmektedir. Yatay ihlallere karşı getirilen bu koruma devletlerin garantörlük rolünden kaynaklanmaktadır.

Yatay ihlal hallerinden devletin pozitif yükümlülük kapsamında sorumlu olacağına dair Storck/Almanya davasında AİHM; “*bir başvuruçunun özel bir klinikte tutulması nedeniyle özgürlükten yoksun bırakıldığını ileri sürdüğü bir davada devletin, psikolojik rahatsızlıklarla bağlantılı olarak, yurttaşların vücut bütünlüğünü korumaya ilişkin yükümlülüklerinin bir kısmını özel hastanelere devretmiş olmasının denetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir.*”<sup>265</sup> diyerek devletin denetim sorumluluğundan kaçamayacağı ve bu sebeple pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediğine karar vermiştir.

Yine, Rantsev/Kıbrıs ve Rusya davasında Mahkeme;

“*Bayan Rantseva şahıslar tarafından alıkonulduğu için Mahkeme, apartman dairesinde tutulmasından dolayı hürriyetten mahrum bırakılmasının Kıbrıs Cumhuriyeti'nin sorumluluğunu belirlemek zorundadır. Bunun için Mahkeme özellikle, makamların pozitif yükümlülükleri gereği keyfi olan hürriyeti mahrumiyetten kişiyi korumayı dikkate almakta ve polislerin oynadığı rolü inceleyecektir (Riera Blume, yukarıda adı geçen karar, §§ 32-35).*

*Mahkeme daha önce, polislerin Bayan Rantseva'yı serbest bırakmak yerine onu M.A.'ya teslim etmeleri konusunda kaygılarını dile getirmiştir...*

*...Polislerin aktif işbirliği olmasaydı, genç kızın işverenleri tarafından apartman dairesinde tutulmasının mümkün olmayacağı açıktır. Mahkeme dolayısıyla, ulusal makamların Bayan Rantseva'nın tutulduğunu kabul ettikleri kanaatine varmaktadır.*”<sup>266</sup> Diyerek polisin aktif bir tutum içerisine girmemesinin, üçüncü kişilerin eylemlerine katkıda bulunma sayılacağını belirtmiş ve be gerekçe ile de hak ihlali oluştuğuna karar vermiştir.

Bilgilendirme hakkının değerlendirildiği Tanrıkulu/Türkiye davasında Mahkeme şu değerlendirmeleri yapmıştır;

---

<sup>265</sup> ŞİRİN, s. 18.

<sup>266</sup> Rantsev-Kıbrıs/Rusya Davası, Başvuru No: 25965/04, 7.01.2010, prg.319,320,321.

“ ... Başvuranların yakalanma nedenlerini bu tarihten önce öğrendiklerini gösteren herhangi bir dosya unsuru mevcut değildir. Bu hususta Hükümet, başvuranlarla ilgili bir yakalama zaptı tutulduğunu ve bu zaptın başvuranlarca imzalandığını savunsa dahi, başvuranlarla ilgili olarak yalnızca yakalama tutanağı düzenlendiği tespit edilmektedir. Başvuranlara ilişkin yakalama tutanaklarında ise yakalanma nedenleri hususunda herhangi bir bilgi verilmemektedir.

Bu itibarla AİHM, yakalanma nedenleri hakkında başvuranlara, AİHS'nin 5 § 2 maddesinde öngörülen ivedilik ilkesine uygun bir biçimde bilgi verilmediği sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla söz konusu hüküm ihlal edilmiştir.”<sup>267</sup>

Ayrıca Dikme/Türkiye Davası'nda<sup>268</sup> başvurucuya gözaltında iken işkence yapıldığına ve gecikmeden hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlal edildiğine, Günay ve Diğerleri Davası'nda ise başvurucuların 5 ile 11 gün arasında gözaltında tutulmalarını derhal yargılama makamı önüne çıkarılarak yargılamanın makul sürede yapılması ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>269</sup>

Korunmaya muhtaç kişilerin korunmasına dair devletin yükümlülüğünün tartışıldığı Stanev/Bulgaristan davasında AİHM;

“...Oysa Dodov/Bulgaristan (no. 59548/00, 17 Ocak 2008) kararına göre, devletin, sosyal bakımevlerinde kalan kişilere bakmak yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Hükümete göre, müdürün izlediği yol, bu koruma yükümlülüğü çerçevesindedir.

Bunun dışında, Mahkeme, 5/1. maddenin ilk cümlesinin, devlete, kendi yetki alanındaki kişilerin özgürlüklerini koruma yönünde pozitif bir yükümlülük yüklediği yönünde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer böyle olmasaydı, keyfi tutuklamaya karşı korumada ciddi bir boşluk söz konusu olurdu ve bu da, demokratik bir toplumda, bireysel özgürlüğün önemi ile uyuşmazdı. Demek ki, devlet, zayıf durumdaki kişilere özellikle de, resmi makamların bilgisi dâhilinde olan ya da olması gereken, hürriyetten mahrum kalmayı engellemeye yönelik etkili bir koruma

<sup>267</sup> Tanrıkulu/Türkiye Davası, Başvuru No:50086/99, 3.05.2007, prg.29,31.

<sup>268</sup> Dikme/Türkiye Davası, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2010, prg.104.

<sup>269</sup> KOCABAŞ, ss. 100–101.

*sağlamakla yükümlüdür (adı geçen, Storck, 102. paragraf).<sup>270</sup>* diyerek özellikle korunmaya muhtaç, zayıf durumdaki kişilerin korunmasında devletin pozitif yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamıştır.

Anayasa’da kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı olarak düzenlenen hak, AİHS ile benzer içeriklere sahiptir. AİHS’ de olduğu gibi Anayasa’nın 19. maddesi ile de doğrudan devlete bazı pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Bunlar;

- Hürriyetinden alıkonulan kişilere, alıkonulma sebepleri ve haklarındaki iddiaların bildirilmesi,
- Hürriyetinden yoksun bırakılan kişinin yargı makamları önüne hızlıca çıkarılması (AİHS “derhal” kavramını kullanırken AY bireysel ve toplu suç ayırımına gitmiş, yoksun bırakılma zamanına dair belirleme yaparak süre açısından somutlaştırma yoluna gitmiştir.),
- Hürriyetinden alıkonulan (ki burada artık gözaltı sonrası hürriyetinden yoksun bırakma anlaşılmalıdır) kişiye, alıkoymaya hukuksal gerekçelerle itiraz edebileceği yargısal yolların oluşturulması,
- Sayılan yükümlülükler uymama halinde ise devletin tazminat sorumluluğu altında olması gibi pozitif yükümlülükler belirlenmiştir.

## **2. Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m.6-Any. m.36,37,38,125 138, 140, 141)**

Adil yargılanma hakkı AİHS ve Türkiye Cumhuriyet Anayasası’nda yer almaktadır. AİHS “Adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinde, Anayasa “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36. maddesinde genel olarak bu haklara yer verilmiştir. Bu genel düzenlemenin haricinde, Anayasa’da çeşitli farklı maddeler, adil yargılanma hakkı ve unsurlarına yer vermiştir. Örneğin 37. madde “Kanuni hâkim güvencesi”, 38. madde “Suç ve cezalara ilişkin esaslar”, 125. madde “Yargı yolu”, 141. madde “Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması” adil yargılanma hakkının tamamlayıcı unsurlarını içeren maddeler olarak sayılabilir.

### **2.1. Adil Yargılanma Hakkı ve Normatif Temelleri**

Adil yargılanma hakkı Sözleşme’deki haklar içerisinde en önemli haklardan biridir. AİHM’e ihlal gerekçesi olarak başvuru yapılan, sayı olarak en çok başvuru yapılan

<sup>270</sup> Stanev/Bulgaristan Davası, Başvuru No. 36760/06, 17.01.2012, prg.110,120.

konulardan olması<sup>271</sup>, Sözleşme’de yer alan diğer haklara ve demokratik toplum düzenine olan katkısı sebebi bu önemin derecesini belirlemektedir.

İlk yazılı hukuki metinlerden olan Magna Carta Libertatum adil yargılanmaya ilişkin bazı hususlara yer vermiştir. Magna Carta’dan örnekler verecek olursak;

*“XXI-Kontlar ve baronlar ancak kendi eşitleri tarafından ve işlemiş oldukları suçlara uygun bir şekilde para cezasına çarptırılacaklardır.*

*XXIV-Kraliyet yargıçlarının bakması gereken davalara hiçbir şerif, adli amir, memur veya diğer bir memurumuz bakamayacaktır.*

*XXXVIII-Gelecekte hiçbir memur, inanılır şahitler göstermeden, yalnız kendi açıklamalarına dayanarak bir kimseyi mahkeme huzuruna çıkaramayacaktır.”<sup>272</sup>*

1215 tarihli Magna Carta sonrası, 1628 tarihli Haklar Dilekçesi(Petition of Right), 1679 tarihli Habeas Corpus Act(Kişi Güvenliği Yasası), 1789 Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi(ki bu bildirge 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine temel oluşturmuştur), 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi çok önemli metinlerde adil yargılanma hakkı veya bu hakkı sağlayacak hususlar yer almıştır.<sup>273</sup>

Türk anayasal gelişmeleri kapsamında ilk yazılı Anayasa metnimiz olan 1876 Kanunu Esasi’de “doğal yargıç ilkesi” ile mahkemelerin bağımsızlığı vurgulanarak adil yargılanma hakkının oluşumuna bir katkı sunulduğu görülür.<sup>274</sup> Kanunu Esasi, yargının tarafsız ve bağımsızlığına dair çok sayıda madde ihtiva etmiştir.<sup>275</sup> Daha sonra 1924 Anayasası m.8 ile yargı hakkının bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir, 1961 ve 1982 Anayasalarında ise adil yargılanma hakkının

<sup>271</sup> Hüseyin TURAN, “Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ndeki Yeri ve Önemi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 84 (2009), s. 214.

<sup>272</sup> Ersan İLAL, “Magna Carta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34, S. 1–4 (2011), ss. 218–20.

<sup>273</sup> DOĞAN, s. 542.

<sup>274</sup> 1876 Kânûn-ı Esâsî: “Madde 23- Yapılacak usulü muhakeme hükmünce hiç kimse kanunen mensup olduğu mahkemeden başka bir mahkemeye gitmeye icbar olunamaz.

Madde 81- Kanunu mahsusuna tevfikan tarafı Devletten nasbolunan ve yedlerine beratı şerif verilen hakimler lâyenazildir. Fakat istifaları kabul olunur.

MADDE 85.- Her dâva ait olduğu mahkemede rüyet olunur. Eşhas ile hükümet beynindeki dâvalar dahi mehakimi umumiyeye aittir.

MADDE 86.- Mahkemeler her türlü müdahelâttan azâdedir.”

<http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>

<sup>275</sup> Abdulkadir YILDIZ, *Yargının Tarafsızlığı*, 1.Baskı İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020, s. 96.

gerçekleşmesine katkı sunacak daha fazla madde yer almıştır. Ancak “adil yargılanma hakkı” bir kavram olarak 2001 yılına kadar anayasalarımızda yer bulmamıştır.<sup>276</sup> 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kavram olarak Anayasa’da yer almıştır.

AİHS 6. maddeye, kavram olarak adil yargılanma Ek 11.No.lu Protokol ile eklenmiştir. Daha önceleri mahkeme içtihatlarında yer alan olan bu kavram artık bir nevi “yasallık” kazanmıştır.<sup>277</sup>

Adil yargılanma, kavram olarak anlatılan aşamalar sonucu gelişerek çeşitli merhaleler kat etmiştir. Ancak kavramsallaşma öncesinde tarih süreci içerisinde hemen hemen her dönemde varlığı tartışılmıştır. Bu tartışmalar neticesinde adil yargılanma hakkı tanımlanırken farklı görüşler ortaya çıkmıştır.<sup>278</sup> Bu görüşlerden, uygulamada kabul göreni; adil yargılamanın yalnızca neticeye dönük bir beklenti olmasından öte, yargılama aşamalarının doğruluğu, dürüstlüğü, adaletli olması gerekliliği gibi, bir süreci ihtiva etmesi gerekliliği şeklindedir.

Adil yargılanma hakkı, önceden belirlenmiş olan usul ilkelerinin objektif bir yargılama sürecine yansımaları ile ortaya hakkaniyetli bir karar çıkma sürecini hedeflemektedir.<sup>279</sup> Bu sonucun istenen şekilde gerçekleşmesi ile birlikte, hukuk devletinin temel unsurlarından birinin de yerine getirilmiş olacağı kabul edilmektedir.

1982 Anayasası 2. maddesinde<sup>280</sup> yer alan “*hukuk devleti*” ilkesi, adil yargılanma hakkının düzenlenip uygulanmasını zorunlu hale getirmiştir. Adil yargılanma bir kavram olarak Anayasa 36. maddede yer almaktadır. Ayrıca 36-39, 125, 138-142 gibi maddeler de adil yargılanma hakkını ilgilendirmektedir.

---

<sup>276</sup> 1982 Anayasası m.36: “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

<sup>277</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 283.

<sup>278</sup> Adem ÇELİK, *1982 Anayasası’nda Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2006, ss. 21–22.

<sup>279</sup> İNCEOĞLU, s. 209.

<sup>280</sup>1982 Any. m.2: “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.”

Adil yargılanma hakkına dair ilkelerin düzenlendiği maddelere bakacak olursak; m.37 “Kanuni hâkim güvencesi”, m.38 “Suç ve cezalara ilişkin esaslar”, m.39 “İspat hakkı”, m. 125 “Yargı yolu”, m.138 “Mahkemelerin bağımsızlığı”, m.139 “Hakim ve savcılık teminatı”, m.141 “Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması” başlıklarından oluşmaktadır.

Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 36.maddesi şu şekildedir:

*“Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz.”*

Bu madde, adil yargılanma hakkı yönüyle çatı madde rolündedir. Adil yargılamaya dair diğer ilkeler, bu çatının altında yer almaktadır. Anayasa’nın 38.maddesiyle, adil yargılanma hakkıyla bağlantılı bazı önemli ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkeler;

- Kanunilik,
- Masumiyet karinesi,
- Hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı,
- Cezaların şahsiliği,
- Kanuna aykırı yollarla elde edilen delillerin, delil kullanılamayacağı,
- Genel müsadere yasağı,
- İdarenin kişi özgürlüğünü kısıtlayıcı yaptırım uygulayamaması,
- Vatandaşın suç nedeniyle başka bir ülkeye verilemeyeceği.<sup>281</sup>

AİHS adil yargılama hakkını düzenlerken norm alanını dar tutmuştur. Fakat Anayasa bu alanı daha geniş tutmuştur. Anayasa bütün özel ve kamu hukuku ilişkilerinde adil yargılanma hakkını kabul etmişken, AİHS özel ve kamu hukukunun

---

<sup>281</sup> TEZCAN vd., s. 267.

sadece belirli alanlarını kapsam dâhiline alarak, kapsama alanını dar ve sınırlı tutmuştur.<sup>282</sup>

Adil yargılanma hakkı, AİHS 6. maddede<sup>283</sup> “adil yargılanma hakkı” başlığı adı altında yer almaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, 1.fikra kapsamında yargılamanın bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede, aleni ve hakkaniyetli bir şekilde yapılması gibi bazı temel adil yargılanma unsurlarına yer verilmiştir. 2. fikra kapsamında masumiyet karinesi, 3. fıkra ise suçun şüpheli kişisine dair haklar sayılmıştır. 3. fıkra ise genel nitelikteki 1.fikranın bazı özel hallerini içermektedir. Ayrıca şuna dikkat etmek gerekir; 2. ve 3. fıkra da sayılan haklar asgari haklardır, özellikle 3. fıkra başlarken “başlıca” ifadesinin tercih edilmesi bu hakların asgari haklar olduğunu teyit etmektedir. 1. fıkra dayalı olarak mahkemenin daha geniş yorum yapma hakkı saklıdır. Bu konuda 1. fikranın dar yorumlanmaması gerektiğini AİHM de şu ifadelerle belirtmektedir:

*“Adil yargılama kavramının demokratik toplumda işgal ettiği önemli yer hem bu hakkın pratik mülahazalara feda edilmesine hem de genel kuralı içeren 1.maddenin dar yorumlanmasına engeldir.”<sup>284</sup>*

---

<sup>282</sup> İNCEOĞLU, ss. 209–14.

<sup>283</sup> AİHS m.6: “1. Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır; ancak basın ve kamu duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni yahut milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde, ya da aleniyetin, adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşullar bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, çıkartılabilir.

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

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

(a) kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak;

(b) savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak;

(c) bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı/(savunmanı) yoluyla savunmasını yapmak ya da, yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise, bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde, kendisine ücretsiz olarak sağlanması;

(d) aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak;

(e) mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmıyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

<sup>284</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 284.

1. fıkra metni haricinde ancak bu fıkranın yorumu neticesinde AİHM tarafından adil yargılanma hakkına dair türetilen bazı haklar/ilkeler de bulunmaktadır. Bu hakların tasnifi değişik şekillerde yapılabileceği gibi hakların niceliğine dair de bir kesinliği bulunmamaktadır. Ancak genel kabul gördükleri şekliyle türetilen haklar şunlardır:

- “Bir yargı yerine (Mahkemeye) başvuru hakkı,
- Duruşmada hazır bulunma hakkı,
- Duruşmaya etkin olarak katılma hakkı,
- Silahların eşitliği
- Çekişmeli yargı hakkı
- Kendini suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamama hakkı
- Kararların ve hükümlerin gerekçeli olması.”<sup>285</sup>

Bir yargı yerine başvurma hakkı doğrudan AİHS metninde yer almamaktadır. Ancak AİHM bu hakkın hukukun temel prensibi olduğunu, bu hak olmadan hakkaniyete uygun ve aleni bir yargılama olamayacağını, bu konudaki ilk değerlendirme olmasından dolayı önem arz eden Golder/Birleşik Krallık davasında belirtmiştir.<sup>286</sup>

Adli yardım talebinin reddine karar verilen Suna Yiğit/Türkiye davasında AİHM, mahkemeye erişim hakkının mutlak bir hak olmadığını, devletlere hakkın özüne dokunmadan sınırlama getirme imkân ve haklarının olduğunu belirtmiştir.<sup>287</sup> Adli yardım müessesinin de bu sınırlamalardan biri olarak tek başına ihlal oluşturmadığını somut olayda vurgulamıştır. Ancak ihlale sebep olan durum hakkında bir orantısızlık olduğu da kabul edilmelidir.

AİHS 6. maddesi ile herkesin kanunlarla kurulmuş olan bağımsız ve tarafsız bir yargılama mercii önünde yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Yargı bağımsızlığı ile yargılama faaliyetinin iç ve dış baskı ve etkilerden uzak, güven

---

<sup>285</sup> TEZCAN vd., s. 279.

<sup>286</sup> İNCEOĞLU, s. 215.

<sup>287</sup> DOĞAN, s. 552.

verici bir ortamda gerçekleşmesini, yargının tarafsızlığının ise; görülen işle yargılamayı gerçekleştiren hâkim arasında çıkar ilişkisinin bulunmaması şeklinde tarif yapılır.<sup>288</sup> Bağımsızlığın kurumsal boyutu ön plana çıkarken, tarafsızlığın kişisel boyutu ön plana çıkmaktadır.<sup>289</sup>

Yasayla kurulmuş mahkemeden kasıt ise tabii hâkim ilkesi ve tabii yargılama makamıdır. Buradaki amaç dava konusu olay ortaya çıkmadan önce kanuni düzenlemeler ile mahkemelerin teşekkül etmiş olması ve yargılama düzenlerinin yargılama öncesinden belirlenmiş olmasıdır. Yasayla kurulmuş olma güvencesi ise icra yetkisine sahip yürütme makamının takdirine keyfi olarak bırakılmaması anlamına gelir.

Yargı organları ile yürütme arasındaki ilişki açısından, AİHM birçok kararında yargıçların yürütme organı tarafından atanmasını tek başına bağımsızlığa aykırı görmemiş, mahkemeyi oluşturan hâkimlerin niteliği ve mahkemenin oluşumuna dikkat etmiştir.<sup>290</sup>

AİHM, tarafsızlık konusunu objektif ve subjektif olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemektedir.<sup>291</sup> Karakoç ve diğerleri başvurusunda, AİHM şu değerlendirmeleri yapmıştır:

*"AİHM, AİHS'nin 6/1 maddesine göre bir mahkemenin "bağımsız" olup olmadığına karar verilebilmesi için; üyelerinin atanma şeklinin, görev sürelerinin, dış baskılara karşı korunmalarının ve bağımsızlık görünümü sergileyip sergilemediklerinin dikkate alınması gerektiği görüşünü tekrarlamıştır...*

*AİHS'nin 6/1 maddesi uyarınca "tarafsızlık" konusunda karar verilirken uygulanacak iki kistas vardır: Birincisi; belli bir davada belli bir yargıcın kişisel kanaatinin kararı belirleyip belirlemediğinin, ikincisi ise; hâkimin yasal konumunun,*

---

<sup>288</sup> TEZCAN vd., s. 312.

<sup>289</sup> YILDIZ, *Yargının Tarafsızlığı*, s. 19.

<sup>290</sup> DOĞAN, s. 554.

<sup>291</sup> TEZCAN vd., s. 314.

*tarafsızlığı konusundaki şüpheleri uzak tutmak için yeterli garantiyi verip vermediğinin araştırılmasıdır... ”<sup>292</sup>*

Subjektif kıstas, hâkimin kişisel kanaatlerinden uzak durması gerekliliğinden, objektif kıstas ise hâkimlik makamının kişilere verdiği güvenden oluşmaktadır.

AİHM’e göre makul sürede yargılanma hakkının amacı, hak arayışı içerisinde olanları yargılamanın sürüncemede kalmasından korumak ve yargılamanın sonucu hakkındaki kaygı ve şüpheleri önlemektir.<sup>293</sup> Mahkeme makul süre kavramını her olayda özel olarak somutlaştırarak inceleme yapıp karar vermektedir. Mahkeme genel olarak makul süre konusunda kesin bir süre tanımı yapmaktan kaçınmaktadır. AİHM makul süre değerlendirmesi yaparken şu üç hususa dikkat eder;

- “Olayın kapsamı ve güçlükleri,
- Yargılamayı yürüten adli ve idari makamların tutumu,
- İlgili açısından yargılamanın sona ermesinin önemi.”<sup>294</sup>

Ayrıca tutuklulukta makul sürenin aşılması hususu da AİHS 5. maddenin 3. fıkrasında yer alan özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali kapsamında değerlendirilmektedir. Bu konunun adil yargılanma hakkının ihlali ile karıştırılmaması gerekir.<sup>295</sup>

AİHS 6.maddenin 1.fıkrasında da yapılan yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yapılması, adil yargılanmanın bir unsuru olarak sayılmaktadır. Aslında “hakkaniyete uygun” kavramı adil yargılanma hakkının özünü oluşturur. AİHM bu kavramı tanımlamaktan uzak durarak, somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmeler yapmaktadır. Hakkaniyete uygunluk değerlendirmesini yaparken, Mahkeme, yerel yargı makamlarının kararını maddi ve fiili açıdan değerlendirmemektedir. Sadece yargılama faaliyetini bir bütün olarak görüp yargılamanın adil olup olmadığı konusunda karar vermektedir.<sup>296</sup>

<sup>292</sup> Karakoç ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No: 27692/95, 28138/95, 28498/95, 15.11.2002, prg.29,30.

<sup>293</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 303.

<sup>294</sup> TEZCAN vd., s. 309.

<sup>295</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 306.

<sup>296</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 309.

AİHS 6. madde 1. fıkrası ile yargılamaların aleni olacağı ve hangi hallerde bu aleniliğin sınırlanabileceği belirtilmiştir. 6. madde ile getirilen yükümlülükler; aleni yargılama yapılması ve hükmün aleni bir şekilde ve ortamda verilmesi şeklindedir. Aleni yargılamanın doğal bir sonucu da yargılamanın duruşmalı yapılmasıdır. Yargılamanın aleniliğinden kasıt duruşmaların aleni olmasıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki yargılamanın açık duruşmada yapılması ile tarafların duruşmada hazır bulunmaları ayrı kavramlardır. Aleniyet hakkı sınırsız değildir. 1. fıkranın ikinci cümlesi sınırlama hallerini saymıştır. Bu cümlede geçen sınırlama sebeplerinin yanında demokratik toplumun gereklilik gibi bir şart ayrıca aranmaktadır.

AİHS m.6/2 de suçluluğu ispat edilinceye kadar herkesin masum olduğu belirtilmiştir. Böylece asıl olanın masumiyet, istisna olanın ise suçluluk olduğu teyit edilmektedir. Masumiyet karinesi kişiyi hakkında hüküm verilip kesinleşinceye kadar korur. Dava açılmadan başlayan masumiyet karinesi yargılamanın kesinleşmesine kadar devam eder.<sup>297</sup> Madde metninden bu ilkenin sadece suçlamanın olduğu ceza davasına hasredilmiş olduğu görülmektedir. Ancak Mahkeme, sadece ceza yargılamasını yapan makam üzerinde değil, bütün resmi düzeydeki makamlar üzerinde masumiyet karinesinin etkili olduğunu ifade etmektedir.<sup>298</sup>

Sözleşme'nin yatay etkisini masumiyet karinesinin ihlali halinde de görmek mümkündür. Üçüncü kişiler de masumiyet karinesini ihlal edebilmektedirler. Şüpheli ya da sanığın susması masumiyet karinesini ihlal etmeyeceği gibi, hukuka uygun tutuklama kararı da masumiyet karinesini ihlal etmemektedir.<sup>299</sup>

Hakkında suç isnat edilen şüpheli/sanık hakkında AİHS ile bazı asgari haklar tayin edilmiştir. Bunlar suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı, savunma hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, avukat ve adli yardımdan yararlanma hakkı, lehe delil ileri sürme ve tanığı sorguya çekme hakkı, tercüman yardımından faydalanma hakkıdır.

“Suçlama hakkında bilgilendirilme hakkı” AİHS m.6/3-a da “...Bir suç isnat edilen herkes, en azından aşağıdaki haklara sahiptir: (a) kendisine yöneltilen

---

<sup>297</sup> DOĞAN, s. 563.

<sup>298</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 315.

<sup>299</sup> TEZCAN vd., s. 324.

suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak...”<sup>300</sup> şeklinde yer almıştır. Hükümün gayesi yargılanan kişinin kendini etkili ve verimli bir şekilde savunabilmesini sağlamaktır.<sup>301</sup> Bu madde özgürlük ve güvenlik hakkını düzenleyen 5. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme ile benzerlik gösterse de aslında farklı hususları içermektedirler. Bu farklılık şöyle izah edilebilir: 5. maddede yer alan bilgilendirilme hakkı, tutulmanın hukukiliğini ilgilendirirken; 6. madde de yer alan bilgilendirilme hakkı ise savunma hazırlamak için bir güvence sağlamaktadır.<sup>302</sup> Kapsam açısından 6. madde daha geniş kapsamlıdır.

AİHM, şüpheli/sanığın bilgilendirilmesini herhangi bir özel şekle bağlamadığı gibi “sanığın anladığı dilde” ibaresinden tüm dava dosyasının anladığı dile çevrileceği anlamının çıkarılmaması gerektiğini belirtmektedir.<sup>303</sup>

“Savunma hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı” AİHS m.6/3-b maddesinde belirtilmiştir. Zaman kavramını ilişkin Mahkeme’nin somut bir belirlemesi bulunmamaktadır. Burada önemli olan, her somut olaya göre verilen sürenin kısa olmasının savunma hakkını etkileyip etkilemediğidir.<sup>304</sup> Mahkeme’ye göre sağlanacak kolaylıklar şunlardır; Şüpheli/sanığın dava dosyasını incelenme olanağı, savunma için duruşma zorunluluğu, yargılananın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi ve gerekçeli kararın sanığa usulüne göre tebliği.<sup>305</sup>

“Avukat ve adli yardımdan yararlanma hakkı” AİHS m.6/3-c de yer almıştır. Kişinin kendisini savunabileceği veya bir avukatın yardımından faydalanılabileceğini söyler. Avukat yardımından yararlanmak için mali olanağı yoksa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın yardımından faydalanabilme hakkı verir. İlk iki yol tarafın iradesine, üçüncü yol ise gerekli şartları taşıması halinde mahkemenin takdirine bırakılmıştır.<sup>306</sup>

---

<sup>300</sup> AİHS m.6/3

<sup>301</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 319.

<sup>302</sup> İNCEOĞLU, s. 261.

<sup>303</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 319.

<sup>304</sup> İNCEOĞLU, s. 263.

<sup>305</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 320.

<sup>306</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 321.

“Lehe delil ileri sürme ve tanığı sorguya çekme hakkı” AİHS m.6/3-d de yer almıştır. Bu bent ile “silahların eşitliği ilkesi” bir nevi somutlaşmıştır.<sup>307</sup> Burada yargılanan kişiye hem iddia makamının tanıklarının denetleme/kontrol etme imkânı hem de kendi tanıklarının dinletme imkânı tanınmıştır. Kendi tanıklarının dinletme hakkı mutlak değildir ulusal yargılama makamlarının gerekliliği ve yararlılığı dikkate alınarak takdir yetkisi vardır.<sup>308</sup> AİHM bazı kararlarında m.6/3-d den bazı kararlarında da m.6/1 den ihlal vermektedir. Mahkemenin bu ayırımının sebebi şudur; eğer bütün olarak davada adil yargılamanın ihlali olarak düşünüyorsa m.6/1 üzerinden yoksa 6/3-d den değerlendirme yapılmaktadır.<sup>309</sup>

“Tercüman yardımından yararlanma hakkı” AİHS m.6/3-e de yer almıştır. Bu hak uyarınca sadece yabancılar için değil mahkemede konuşulan dili bilmeyen kişiler ücretsiz olarak bu haktan yararlanabilirler. Ücret konusunda kişinin ekonomik durumuna bakılmaz. AİHM’e göre “mahkemede konuşulan dili anlayan ve konuşan kimse, savunmasını başka bir dilde yapma yönünde tercüme hizmeti talebinde bulunamaz”.<sup>310</sup>

## **2.2. AİHS ve İçtihatlar Bağlamında Adil Yargılanma Hakkına Dair Devletin Pozitif Yükümlülükleri**

AİHS 6. madde ile düzenleme altına alınan adil yargılanma hakkı, hakkaniyetli bir yargılamanın yapılabilmesi açısından bazı ilke, usul ve hakları içermektedir. Adil yargılanmanın gerçekleşmesini sağlayan bu haklar yasaklayıcı olmaktan ziyade, devletin harekete geçmesini gerektiren aktif-icrai eylemlerden oluşmaktadır.

Adil yargılanma hakkı kapsamında devletin negatif yükümlülüklerinin en fazla konuşulduğu alanlar; masumiyet karinesi, susma hakkı ve kendi kendini suçlamaya zorlama yasağı ilkeleridir. Bu pasif hallere ilişkin dikey hareketler ihlal oluşturabilmektedir.

Masumiyet karinesinin ihlalinin tartışıldığı Çelik (Bozkurt)/Türkiye Davası, suç örgütü Hizbullah üyesi olduğu gerekçesiyle yargılanan başvurunun

<sup>307</sup> DOĞAN, s. 570.

<sup>308</sup> GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 325.

<sup>309</sup> TEZCAN vd., s. 342.

<sup>310</sup> İNCEOĞLU, s. 268.

yargılanmasının 4616 sayılı yasa gereğince askıya alınarak başvurunun meslekten atılmasını konu edinmektedir. Meslekten atılma üzerine kişi idari yargı makamları önünde dava açma yoluna gitmiş ancak idari yargı organları söz konusu suçu işlediğinin saptandığı anlamına gelecek bir ifadeyi başvuru aleyhine kullanmışlardır. AİHM bu davada şu değerlendirmeleri yapmıştır;

*“Son olarak AİHM, yetkili mercilerin başvuranın müteaddit iş başvurularını reddederken Diyarbakır DGM'nin ceza kovuşturmasının ertelenmesi kararını almaya devam ettiğini gözlemler. AİHM bu durumu, devletin hiçbir temsilcisi ya da kurumunun bir şahsı, suçu bir "mahkeme" tarafından tespit edilmeden suçlu ilan etmemesini gerektiren AİHS'nin 6/2 maddesiyle bağdaşmadığı kanısındadır.”<sup>311</sup>*

Adil yargılanma hakkının etkili bir şekilde kullanılabilmesi için, sadece müdahale etmeme şeklinde pasif durumun yetmediği, ayrıca aktif bir hareket içerisinde bulunulmasının zorunlu olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda Akandji-Kombe, adil yargılamanın türlü gereksinimlerini ifa etmek amacıyla devletin harekete geçmesi gerektiğini ve bu konuda yasa çıkarmak gibi bir pozitif yükümlülüğünün olduğunu vurgulamıştır.<sup>312</sup>

Etkili kullanımının haricinde adil yargılanma hakkının, pozitif yükümlülükler doğuran ikinci kuşak haklardan olduğuna dair bir bakış açısı da bulunmaktadır.<sup>313</sup>

Ayrıca Sözleşme ile tanınan hakların, kişiler için gerçek ve fiilen kullanılabilir etkili güvenceler sağlaması gerekliliğinin kabulü ile adil yargılanma hakkının kullanılabilmesi için bazı yükümlülüklerin olması gerektiği AİHM tarafından kabul görmektedir.<sup>314</sup>

AİHS ile adil yargılanmaya dair haklar ve ilkelerin belirlendiği, bunların dışında AİHM yorumu ile başka ilke ve hakların da türetildiği belirtilmiştir. İşte bu ilkelerin uygulanabilmesi adına devletler bazı pozitif yükümlülükler altındadırlar.

<sup>311</sup> Çelik(Bozkurt)/Türkiye Davası, Başvuru No:34388/05, 12.04.2011, prg.27.

<sup>312</sup> AKANDJİ-KOMBE, s. 62.

<sup>313</sup> Tuğçe TAKCI, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, 1.Baskı Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 10.

<sup>314</sup> Ramadan SANIVAR, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Saniğa Tanınan Temel Haklar*, Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, Kıbrıs, 2012, s. 117.

Mahkemeye erişim hakkı, makul sürede yargılanma, duruşmalı yargılanma hakkı, silahların eşitliği gibi adil yargılanmayı oluşturan hakların gerçekleşmesi veya etkin kullanılabilmesi için çeşitli mekanizmaların oluşturulması zarureti bulunmaktadır. Bu tür mekanizmaların oluşturulması devletler için birer pozitif yükümlülük niteliğindedir.

Örnek olarak, bir nişasta fabrikasının inşası ve işletilmesi için, izne dair idari işlemleri iptal eden kesinleşmiş ve icra edilebilir yargı kararının uzun süre boyunca uygulanmaması ve haricen bu fabrikanın inşa edilmesine ve işletilmesine izin verilmesine ilişkin şikâyetlerin yer aldığı Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri başvurusunda, pozitif yükümlülöklere ilişkin AIHM:

*“Bu sebeple Mahkeme, davanın kendine özgü şartlarında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yukarıda anılan kararında (78 ve 139. paragraflar), fabrikaya ilişkin yatırım izninin daha sonra iptal edilmesine ve bu kararın kesinleşmesine rağmen, Başbakan tarafından imzalanmış olan, Cargill şirketini, faaliyetlerinin devamının sağlanması için idari ve yasal bir temel sağlamaya yönelik olarak yeni girişimlerde bulunmuş olduğu konusunda bilgilendiren mektubu eleştirdiğini gözlemlemektedir. Fabrikanın söz konusu kanun değişikliklerinden sonra, faaliyetlerine bu yeni kanun metnine dayanarak verilen yeni izinler temelinde devam edebildiği de anlaşılmaktadır. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ilkesinin temel unsurlarından birinin, mahkemelerin herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin verdiği kesin kararın bir daha sorgulanamayacağı olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda anılan Brumărescu, § 61). Hâlbuki söz konusu yasal değişiklik, birçok nihai yargı kararının etkisiz hale getirilmesi ve dahası, söz konusu kararların uygulanamamasıyla sonuçlanabilecektir (karşılaştırınız, daha önce anılan Gorraiz Lizarraga ve diğerleri, § 72 kararı ve bu kararda yapılan atıflar).*

*Bu unsurlar Mahkeme’nin, ulusal makamların, uzun yıllar boyunca kesin ve bağlayıcı birçok yargı kararına riayet etmeye yönelik gerekli tedbirleri almaktan kaçınarak, başvurularını etkin bir hukuki korumadan ve Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının etkili şekilde uygulanmasından yoksun bıraktığı sonucuna varması için*

yeterlidir. Sonuç olarak, söz konusu hüküm ihlal edilmiştir.”<sup>315</sup> diyerek AİHS m.6’nın etkin şekilde uygulanabilmesi için devletlerin ödevleri olan pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi gerekliliğini vurgulamıştır.

Tazminat ödenmesine dair mahkeme kararının icra edilmediğinden bahisle ulusal makamların adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği iddialarını içeren Osman Yılmaz/Türkiye başvurusunda ise AİHM;

“Bir Sözleşmecî Devlet’in ulusal hukuk düzeni tarafından verilen zorunlu ve kesinleşmiş bir yargı kararının taraflardan birinin zararına etkisiz kalması durumunda 6.maddenin 1. paragrafıyla güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının anlamsız hale gelmiş olacağını hatırlatmaktadır (Hornsby ilgili bölüm, prg. 40). Dolayısıyla, bir yargı kararının icrası aşırı derecede geciktirilemez (İtalya aleyhine Immobiliare Saffi davası [GC], no 22774/93, prg. 66, CEDH 1999-V). Bu bağlamda, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla uygun ve yeterli yasal düzenlemeleri yapmak her Sözleşmecî Devlet’in görevidir. (Romanya aleyhine Fociac davası, no 2577/02, prg. 70, 3 Şubat 2005)”<sup>316</sup> diyerek devletin üzerine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmeyerek AİHS m.6/1 de yer alan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, yargı merciine erişim hakkının sağlanmasında taraflar aleyhine konulan hukuki engellerin dışında mali engellerin de Sözleşme’ye aykırılık oluşturduğunu kabul etmektedir.<sup>317</sup> Bu konuya dair örnek olarak Airey/İrlanda Davası’nda, adli yardım konusunu değerlendiren AİHM:

“Mahkeme’ye göre, hukuki engel gibi maddi engel de Sözleşme ’ye aykırılık oluşturabilir (Golder, §26). Ayrıca Sözleşme’deki yükümlülükleri yerine getirmek bazen devletin pozitif tedbirler almasını gerektirebilir; bu tür durumlarda devlet pasif kalamaz; devletin “tasarrufu” ile “ihmalî” arasında bir ayırım yapılamaz (Marckx, §31; De Wilde, Ooms ve Versyp, §22). Mahkemeye başvurma hakkını etkili bir biçimde koruma yükümlülüğü bu tür bir yükümlüktür.”<sup>318</sup> diyerek, adil

<sup>315</sup> Bursa Barosu Başkanlığı ve Diğerleri/Türkiye Davası, Başvuru No. 25680/05, 19.06.2018, prg.144, 145.

<sup>316</sup> Osman Yılmaz/Türkiye Davası, Başvuru No: 18896/05, 8.12.2009, prg.31.

<sup>317</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 629.

<sup>318</sup> Airey/İrlanda Davası, Başvuru No:6289/73, 9.10.1979,prg.9.

yargılanma hakkının gerçekleşmesi adına mali açıdan devletlerin pozitif yükümlülük altında olduğu vurgulanmıştır. Yine aynı kararında Mahkeme, Sözleşme'nin teorisinin ötesine geçerek etkili bir şekilde uygulanması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>319</sup>

Adil yargılanma hakkına dair başka bir örnek olarak Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya davasında, pozitif yükümlülüklerle ilişkin AİHM:

*“Sözleşme'nin 6(3). fıkrasıyla birlikte ele alınan 1. fıkrası, Sözleşmeciler Devletlerin, özellikle sanığın kendisi hakkındaki suçlamanın niteliği ve sebepleri hakkında derhal bilgilendirme, sanığa savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklar verme, kendini bizzat veya hukuki yardımla savunabilmesinin sağlama ve sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekmesi veya çektirmesi ve lehine olan tanıkların aleyhine olan tanıklarla aynı koşullarda hazır bulunmalarını ve sorguya çekilmelerini sağlama imkânı verme gibi, pozitif tedbirler almasını gerektirir...”*<sup>320</sup> diyerek Sözleşme'nin 6/1 fıkrası ile birlikte 6/3-d bendinin ihlaline karar vermiştir.

Yine pozitif yükümlülükler konusunu içeren ancak nihayetinde ihlal kararı verilmeyen Mamatkulov ve Askarov Davası'nda AİHM; yurtdışına iade hallerinde adil yargılanmanın sağlanamayacağına bariz bir şekilde bilinebileceği durumlarda, iade etmeme seçeneğinin değerlendirilmesine dair devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunduğunu vurgulamıştır.<sup>321</sup>

Makul sürede yargılanma hakkına ilişkin ise Kudla/Polonya kararında AİHM, pozitif yükümlülüklerle ilişkin olarak *“sürüncemede kalan yargılanmanın bir ceza veya hukuk davası bünyesinde hızlandırılmasına olanak sağlayacak bir iç hukuk yolu yaratma”*<sup>322</sup> yükümlülüğü olduğunu vurgulamıştır.

Yine, adli yardım kapsamında atanan bir avukatın bazı durum ve şartlar kapsamında değiştirilebileceklerine dair devletlerin yükümlülüklerinin tartışıldığı Kamasinski/Avusturya kararında, AİHM şu ifadeleri kullanmıştır:

<sup>319</sup> Yunus Emre Gül, “AİHM'in Kararları Işığında Genel ve Özel Yorum Yöntemleri”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 18, S. 36 (2018), s. 230.

<sup>320</sup> DOĞRU, NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, s. 833.

<sup>321</sup> Mamatkulov ve Askarov/Türkiye Davası, Başvuru No: 46827/99, 46951/99, 4.02.2005.

<sup>322</sup> Dovydas VİTKAUSKAS, Grigoriy DİKOV, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı*, ed. Serkan CENGİZ, 2.Baskı Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018, ss. 117–118.

*“...Avukatlık mesleğinin Devlet’ten bağımsızlığı dolayısıyla, avukat ister bir adli yardım programı çerçevesinde atanmış olsun, ister kişisel olarak tayin edilmiş olsun, savunmanın yürütülmesi esas olarak sanık ile avukatı arasında bir meseledir. [...] 6. Maddenin 3-c bendi (madde 6-3-c) çerçevesinde, yetkili ulusal merciler ancak adli yardım yoluyla tayin edilmiş avukatın bu işi yapamadığı açıkça belliyse veya başka bir yoldan dikkatleri yeterince çekildiyse müdahale etmek yükümlülüğü altındadır.”<sup>323</sup>*

Ufuk Rifat Çobanoğlu başvurusunda makul sürede yargılamaya dair devletin yasadan kaynaklı pozitif yükümlülüklerini AYM şu ifadelerle değerlendirmiştir:

*“Adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer bir güvence de makul sürede yargılanma hakkıdır. Öte yandan Anayasa'nın 141. maddesinde yargı organlarına davaları "mümkün olan süratle" sonuçlandırma görevi verilmiştir. Bunun için devletin davayı makul sürede bitirme ve savunma için gerekli süreyi sağlama pozitif yükümlülükleri arasında bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu kapsamda bir taraftan suç isnadı altındaki kişiye savunma için yeterli zamanın yargılamayı adil olmaktan çıkarmayacak şekilde tanınması, diğer taraftan tanınacak zamanın yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılmasını olumsuz etkileyecek uzunlukta olmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle yargılama, savunma için gerekli zamana sahip olma hakkını zedeleyecek şekilde aceleye getirilmemeli; anılan hakkın gerçek anlamda kullanılmasını mümkün kılacak bir süratle sonuçlandırılmalıdır.”<sup>324</sup>*

---

<sup>323</sup> DUTERTRE, s. 267.

<sup>324</sup> Ufuk Rifat Rifat Çobanoğlu Başvurusu, Başvuru No: 2014/6971, 1.2.2017, prg.42.

## SONUÇ

İnsan hakları gerek inanç sistemleri içerisinde gerek sosyal hayat düzeninde hep konu edinilmiş bir alandır. Kur'an'da “*Sonra ona düzgün bir şekil vermiş ve ruhundan ona üflemiş; sizi kulak, göz ve gönüllerle donatmıştır. Ne kadar da az şükrediyorsunuz!*”<sup>325</sup> ayeti ile insanın yaratıcıdan bir parça ile oluşturulduğu hatırlatılarak insanın önemi ve değerine vurgu yapılmıştır. Şeyh Edebâli'nin “insanı yaşat ki devlet yaşasın” ve Alvarlı Efe Hazretlerinin “Hazer kıl kırma kalbin kimsenin cânını incitme, Esîr-i gurbet-i nâlân olan insânı incitme” sözleri ile de insanın ve bizatihi insan onurunun önemi vurgulanmıştır.

İnsan haklarının, yaratılış ile birlikte yeryüzünde varlığı kabul edilse bile hukuki manada kavramsallaşması son iki yüz yıla dayanmaktadır. Özellikle 1. ve 2. Dünya Savaşları sırasında ve sonrasında yaşanan insan haklarına yönelik ihlaller, bu kavramların somutlaştırılması ve korunması gerekliliği konusunda ülkeler nezdinde ayrı bir hassasiyet oluşmasına sebep olmuştur.

İnsan hakları kavramı üzerinde ittifak edilmiş ortak, tek bir tanım söz konusu değildir. Tarihi, siyasi, dini, sosyal ve kültürel farklılıklar gibi çeşitli etkenlerden dolayı insan haklarının tanımlanması ve tartışılması toplumlara göre farklılıklar arz etmektedir. Tüm bu farklılıklara rağmen insan haklarını en yalın haliyle, insanın sırf insan olmasından kaynaklı doğuştan sahip olduğu, devredilemeyen ve vazgeçilemeyen haklar diye tanımlayabiliriz.

İnsan hakları temelde devlete karşı ileri sürülmüş ve bireyi devlete karşı korumayı amaç edinmiştir. İnsan haklarının muhatabı devlet olarak görülmüş ve bireylerin devletten; tanıma, dokunmama, koruma ve temin/tedarik etme şeklinde olmak üzere dört kategori altında tasnif edilebilecek hak beklentileri olmuştur.<sup>326</sup> Bu beklentilerin sonucu olarak, devletin temel haklar konusundaki sınırlarının belirlenip insan haklarını ihlal etmemesi, bireylerin kendilerini gerçekleştirebilmelerine olanak sağlanması ve bireylerin diğer bireyler karşısında devletin garantörlüğü altında temel hak ve özgürlüklerini gerçekleştirebilmesi gerekliliğine dair beklentilerin kapsamı gelişmeye ve değişmeye başlamıştır.

<sup>325</sup> Secde Suresi: 9.Ayet (<https://kuran.diyaret.gov.tr/tefsir/Secde-suresi/3507/4-9-ayet-tefsiri>)

<sup>326</sup> KALABALIK, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 47.

Tüm bu gelişim ve değişim süreci ile birlikte sadece dikey ihlal hallerine karşı devletin sorumluluğunun yetersiz kaldığı ayrıca yatay ihlallere yönelik de devletlerin sorumlu olması gerektiği yönünde bir algı oluşmuştur. İşte tüm bu arayışların neticesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları doğrultusunda, Sözleşme'nin geniş bir bakış açısı ile yorumlanması suretiyle bir pozitif yükümlülükler doktrini oluşmaya başlamıştır. Bu doktrin ile birlikte devletlerin müdahale etmeme şeklindeki pasif davranış yükümlülüklerinin yanı sıra hakların etkin kullanımını adına aktif davranış içerisine girme şeklinde pozitif yükümlülüklerinin de bulunması gerekliliği kabul edilmiştir.

Ülkemiz açısından değerlendirecek olursak, temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası antlaşmaların kanunla çatışması halinde uluslararası antlaşmaların öncelikli uygulanması gerekliliğini sağlayan maddenin Anayasa'ya eklenmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun sağlanması ile pozitif yükümlülükler doktrini ulusal anlamda görünür hale gelmiş bulunmaktadır. Bu doktrin sayesinde ulusal anlamda kamu otoritesi aleyhine idari ve yasal bazı tedbirler alması gerekliliği yönünde kararlar çıkmaktadır.

Bu doktrine eleştiri olarak, bu yükümlülüğün sınırının ne olacağı sorulmaktadır. Ancak AİHM bu sorumluluğu sınırsız olarak görmediğini belirterek, bireyin ve kamunun menfaatlerinin dengelenerek pozitif yükümlülüklerin belirlenmesi sonucuna ulaşılması gerektiğini ifade etmektedir.

AİHM ve AYM, pozitif yükümlülükleri maddi ve usuli açıdan ikili bir tasnif içerisinde değerlendirmeye tabi tutmaktadır. Maddi açıdan pozitif yükümlülükler ile devletin hakların garantörü olduğu kabulünden yola çıkarak ihlal durumlarını önleme veya koruma amacı güdülmektedir. Usuli açıdan pozitif yükümlülükler ile gerçekleşen bir hak ihlali sonrası ihlalin etkilerinin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Bu amaca ise etkili bir soruşturma ve kovuşturma süreci ile ancak varılabilir.

Sonuç olarak pozitif yükümlülükler temel hak ve özgürlükler açısından bir koruma kalkanı olmaktadır.<sup>327</sup> Yorum yoluyla geliştirilen bu doktrin sayesinde temel

---

<sup>327</sup> YÜZER ELTİMUR, s. 572.

hak ve özgürlüklerin etraflıca kullanımı sağlanmakta ve yelpazesi genişlemektedir. Ülkelerin refah seviyelerinin ve hukuka olan bağılıklarının artması ile birlikte pozitif yükümlülüklerin kapsama alanının da genişleyeceği muhakkaktır.



## KAYNAKLAR

- AKANDJİ-KOMBE Jean-François, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, ed. Özgür Heval ÇİNAR, Abdülcelil KAYA, 1.Baskı., Belçika: Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları No:7, 2008.
- AKGÜL MEHMET EMİN, “İfade Özgürlüğünün Tarihsel Süreci Ve Milli Güvenlik Gerekçesiyle İfade Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 1 (2012), ss. 1–42.
- ALGAN Bülent, “İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu”, *AÜHFD Zabunoğlu Armağanı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2011, ss. 1–36.
- ARSLAN ÖNCÜ Gülay, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2019.
- AYKAR Büşra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İlkeleri Işığında İşkence Yasağı ve Türkiye’deki Uygulaması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2010.
- BAL Ali, “Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AIHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 2 (2019), ss. 55–112.
- BARDAKÇI İlhan, “Örnekleri Usulleri ve Tarihi ile Kıyamete Kadar İşlenecek Suç: İşkence”, *Tarih ve Medeniyet Dergisi*, C. 31 (y.y.), ss. 23–26.
- BAŞBÜYÜK İsa, “Türk Ceza Kanunu’nda İşkence Suçu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12 (2010), ss. 1443–85.
- BOZBAYINDIR Ali Emrah, “İşkence ve Kötü Muamele Yasağının Yatay Etkisi (Drittwirkung)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 145 (2018), ss. 45–60.
- BOZKURT Gülnihal, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 38, S. 1 (1981), s. 1.
- ÇAKMAK Ufuk Ramazan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Basın Özgürlüğü ve Devletin Yükümlülükleri*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- ÇAKMAK Ufuk Ramazan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 2 (2017), ss. 171–94.
- ÇALIŞKAN Ahmet Ziya, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Eğitim ve Öğrenim Hakkı”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. EÜHFD (2007), ss. 295–314.
- ÇELİK Adem, *1982 Anayasası’nda Adil Yargılanma Hakkı*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2006.

- ÇİFTÇİOĞLU Cengiz Topel, “Yaşam Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 103 (2012), ss. 137–68.
- DEMİR KOŞAR Gizem Ceren, *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasası Kapsamında Cezasızlık Sorunu*, 1.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- DEREBOYLULAR Özde, “Kölelik ve Kulluk Yasasının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *D.E.Ü Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. Özel Sayı (2019), ss. 2583–2628.
- DİNÇ Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 51 (2004), ss. 133–51.
- DOĞAN İlyas, *İnsan Hakları Hukuku*, 2.Baskı., Ankara: Astana Yayınları, 2015.
- DOĞMUŞ Simay, *AİHS Işığında Devletlerin Yaşama Hakkına İlişkin Pozitif Yükümlülükleri*, 1.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- DOĞRU Osman, “Devletin Sorumluluğu:İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlülükler”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl Sempozyumu 11 Mayıs 2007*, Ankara: Danıştay Tasnif ve YayınBürosu Yayınları, 2008, ss. 193–210.
- DOĞRU Osman, “Yaşama Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-5*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- DOĞRU Osman, Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.Cilt*, 1.Baskı., Avrupa Konseyi Yayınları, 2012.
- DOĞRU Osman, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt*, 1.Baskı., Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2013.
- DÖNMEZER Sulhi, “Din, Vicdan Ve Kanaat Özgürlüğü”, *Erdem Dergisi*, C. 15, S. 42 (2005), ss. 1–30.
- DUTERTRE Gilles, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2007.
- DUYMAZ Erkan, “Modern Kölelik Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 123 (2013), ss. 67–104.
- ERDOĞAN Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 6.Baskı., Ankara: Hukuk Yayınları, 2018.
- ESGİN Mehmet, “İşkence ve Engizisyon”, *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 3 (2016), ss. 39–60.
- GEMALMAZ Haydar Burak, “Mülkiyet Hakkı” *Anayasa Mahkemesine Başvuru Kitapları El Serisi-6*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.

- GÖZÜBÜYÜK Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 11.Baskı., Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2016.
- GÜL Yunus Emre, “AİHM’in Kararları Işığında Genel ve Özel Yorum Yöntemleri”, *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 18, S. 36 (2018), ss. 215–37.
- İLAL Ersan, “Magna Carta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 34, S. 1–4 (2011), ss. 210–42.
- İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 1.Baskı., Ankara: Şen Matbaa, 2013.
- KABA Ladji, *AİHM Kararlarında Aile Hayatına Saygı Hakkının Uygulanmasında Devletin Yükümlülükleri*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, 2018.
- KALABALIK Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, 5.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.
- KAMIŞLI Gani, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Mülkiyet Uyuşmazlıkları*, 2.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- KARADENİZ Ramazan Onur, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, 2016.
- KARAN Ulaş, “İfade Özgürlüğü” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2*, 1.Baskı., Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- KARAN Ulaş, “Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı: Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Karşılaştırmalı Analiz”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 67, S. 2 (2018), ss. 415–62.
- KARAN Ulaş, “Örgütlenme ve Toplanma Özgürlüğü” *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kitapları Serisi-3*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- KARTAL Cansu Büşra, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 21, S. SUHFD (2013), ss. 63–87.
- KESKİN Serap, “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 60, S. 1–2 (2002), ss. 49–61.

- KILINÇ Ümit, “Barışçıl Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yapma Hakkı ve Devletin Yükümlülükleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 110 (2014), ss. 281–304.
- KIZILYEL Serkan, “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 14 (2014), ss. 253–89.
- KOCABAŞ Sadık, *AİHS Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta Üniversitesi, Isparta, 2009.
- KORKMAZ Ali, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği Ve Korunması”, *Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 2014, S. 3 (2014), s. 99.
- KÖYLÜ Murat, “İsrail’in Filistinli Gençlere Yönelik İnsan Hakları İhlalleri”, *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi*, S. 1 (2018), ss. 63–95.
- KÜZECİ Elif, “AİHS’nin 10.Maddesi Işığında Nefret İçerikli ve Irkçı Nitelikli Düşünce Açıklamaları”, *TBB Dergisi*, S. 71 (2007), ss. 174–200.
- METİN Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler”, *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, C. 7, S. 27 (2010), ss. 111–32.
- MURDOCH Jim, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü Hakkının Korunması*, ed. Serkan CENGİZ, 1.Baskı., Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2012.
- ÖZBEK Veli Özer, Koray DOĞAN, Pınar BACAĞIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2021.
- ÖZENC Berke, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Özgürlüğü ve Mekân Yasakları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 2 (2016), ss. 87–133.
- ÖZKAN DUVAN Ayşe, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Maddesi Çerçevesinde Yaşam Hakkının Korunmasında Devletin Yükümlülüğü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 24, S. 2 (2018), ss. 660–81.
- PERDECİOĞLU İsmail Emrah, *Mülkiyet Hakkı Yönünden Devletin Pozitif Yükümlülükler*, 1.Baskı., Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- ROAGNA Ivana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, ed. Ayşe Gül ALKIŞ, 1.Baskı., Strazburg: Avrupa Konseyi Yayınları, 2012.

- SANIVAR Ramadan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı Ve Sanığa Tanınan Temel Haklar*, Yüksek Lisans Tezi, Doğu Akdeniz Üniversitesi, Kıbrıs, 2012.
- SUNAY Reyhan, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 23, S. SUHFD (2015), ss. 9–52.
- ŞAHBAZ İbrahim, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği", *TBB Dergisi*, S. 55 (2004), ss. 201–25.
- ŞENOL Cem, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü*, 1.Baskı., İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2013.
- ŞENTUNA Mustafa Tarık, "İnsan Hakları Hukuku'nda 'Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkı'nın Gelişimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3 (2001), ss. 983–95.
- ŞİMŞEK Suat, "AİHM İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, C. 84 (2012).
- ŞİRİN Tolga, "*Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*" *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1*, Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- TAKCI Tuğçe, *Türk ve Avrupa Hukukunda Temel Hak Boyutuyla Adil Yargılanma Hakkı*, 1.Baskı., Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- TANYAR ZİYA ÇAĞA, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 60, S. 3 (2011), ss. 593–634.
- TEZCAN Durmuş vd., *İnsan Hakları El Kitabı*, 6.Baskı., Ankara: Seçkin Yayınları, 2016.
- TURAN Hüseyin, "Adil Yargılanma Hakkının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ndeki Yeri ve Önemi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 84 (2009), ss. 213–30.
- ULUSOY Sümeyye, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C. 2, S. 2 (2019), ss. 119–53.
- ÜLKÜ Muhammet Murat, *Hürriyetinden Mahrum Bireylerin Tutulma Koşullarına Yönelik Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2019.

- VİTKAUSKAS Dovydas, Grigoriy DİKOV, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması Uygulamacılar İçin El Kitabı*, ed. Serkan CENGİZ, 2.Baskı., Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları, 2018.
- YAYLA Atilla, “İfade Hürriyeti Nedir ,Niçin Gereklidir?”, *Liberal Düşünce Dergisi*, S. 50 (2009), ss. 159–75.
- YILDIZ Abdulkadir, *Din ve Vicdan Özgürlüğü*, 1.Baskı., İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2021.
- YILDIZ Abdulkadir, *Yargının Tarafsızlığı*, 1.Baskı., İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2020.
- YILMAZOĞLU Yunus Emre, *Vergisel Müdahalelerde Mülkiyet Hakkının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri- Hak Arama Hürriyeti İlişkisi*, Ankara: Danıştay Yayınları, 2007.
- YÜZER ELTİMUR Dilara, *AİHS Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri*, 1.Baskı., İstanbul: Onikilevha Yayınları, 2018.
- ZABUNOĞLU Hamdi Gökçe, “AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 66, S. 3 (2017), ss. 627–58.

## **YARARLANILAN AİHM KARARLARI<sup>328</sup>**

A,B - C-İrlanda, BN:25579/05, 16.12.2010

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-102332%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-102332%22]})

Abdullah Yılmaz-Türkiye, BN: 21899/02, 17.06.2008

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120415%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120415%22]})

Airey-İrlanda, BN:6289/73, 9.10.1979

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57419%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57419%22]})

Aktaş-Türkiye, BN:24351/94, 24.04.2003

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120497%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120497%22]})

Alp - Türkiye, BN: 3757/09, 09.07.2013

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120836%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120836%22]})

Bursa Barosu Başkanlığı-Türkiye, BN. 25680/05, 19.06.2018

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-201765%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-201765%22]})

Catan ve Diğerleri-Moldova ve Rusya Davası, BN:43370/04, 19.10.2012

<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-138844>

Centro Europa 7S.r.l. - Di Stefano-İtalya, BN:38433/09, 07.06.2012

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-117709%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-117709%22]})

Çelik(Bozkurt)-Türkiye, BN.34388/05, 12.04.2011

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-175690%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-175690%22]})

Delfi As-Estonya, BN:64569/09, 16.06.2015

<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168529>

Demir ve Baykara-Türkiye , BN:34503/97, 12.11.2008

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-89558%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-89558%22]})

Dikme - Türkiye, BN: 20869/92, 11.07.2010

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-58751%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-58751%22]})

Dink-Türkiye, BN: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 - 7124/09, 14.09.2010

<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-121005>

Ergi-Türkiye, BN: 23818/94, 28.07.1998

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121106%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121106%22]})

Eğitim - Bilim Emekçileri Sendikası-Türkiye, BN:20347/07, 5.7.2016

---

<sup>328</sup> NOT: Çalışma sırasında alıntılanan AİHM içtihatları HUDOC sitesinde yayınlanmış metinler arasından alınmıştır.

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-170806%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-170806%22]})  
Erbakan - Türkiye, BN:59405/00, 6.7.2006

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121147%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121147%22]})  
Erdoğan Kurt- Türkiye, BN:50772/11, 6.06.2017

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-179237%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-179237%22]})  
Eweida-Birleşik Krallık, BN: 48420/10, 59842/10, 51671/10 - 36516/10,  
15.01.2013

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-115881%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-115881%22]})  
Folgero-Nor-ç, BN. 15472/02, 29.06.2007

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-81356%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-81356%22]})  
Gürtaş Yapı Ticaret A.Ş-Türkiye, BN:40896/05, 7.07.2015

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-157651%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-157651%22]})  
Güleç- Türkiye, BN:21593/93, 27.07.1998

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121414%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121414%22]})  
H.M.-Türkiye, BN:34494/97, 8.8.2006

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-125748%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-125748%22]})  
Kalender-Türkiye, BN:4314/02, 15.12.2009

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121693%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121693%22]})  
Kayak- Türkiye, BN:60444/08, 10.7.2012

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-120152%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-120152%22]})  
Karakoç - Türkiye, BN: 27692/95, 28138/95, 28498/95, 15.11.2002

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-121626%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-121626%22]})  
Khoroshenko - Rusya, BN:41418/04, 30.06.2015

<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168523>  
Leyla Şahin-Türkiye, BN: 44774/98, 10.11.2005

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-142300%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-142300%22]})  
Mamatkulov - Askarov/Türkiye, BN: 46827/99, 46951/99, 4.02.2005

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-123703%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-123703%22]})  
Mehmet Eren-Türkiye, BN:32347/02, 14.10.2008

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-123726%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-123726%22]})  
Osmanoğlu-Türkiye, BN:48804/99, 24.01.2008

[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-124251%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-124251%22]})

Osman Yılmaz - Türkiye, BN: 18896/05, 8.12.2009  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-124243%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-124243%22]})

Opuz-Türkiye, BN:33401/02, 9.6.2009  
<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119583>

Öneryıldız-Türkiye, BN:48939/99, 30.11.2014  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-162089%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-162089%22]})

Özgür Gündem-Türkiye, BN:23144/93, 16.03.2000  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-141266%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-141266%22]})

Paşa - Erkan Erol-Türkiye, BN:51358/99,12.12.2006  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-124251%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-124251%22]})

Rantsev-Kıbrıs - Rusya, BN: 25965/04, 7.01.2010  
<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119730>

Sargsyan-Azerbaycan, BN:40167/06, 16.06.2015  
<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-168510>

S.H./İtalya, BN:52557/14, 13.10.2015  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-168433%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-168433%22]})

Selahattin Demirtaş - Türkiye No2, BN. 14305/17, 20.11.2018  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-208341%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-208341%22]})

Sürek - Türkiye, BN:24735/94, 8.7.1999  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-141272%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-141272%22]})

Stanev -Bulgaristan, BN:36760/06, 17.01.2012  
<https://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-117829>

Siliadin-Fransa, BN:73316/01, 26.10.2005  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-69891%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-69891%22]})

Sindicatul “Pastorul Cel Bun”-Romanya, BN:2330/09, 9.07.2013  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-122763%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-122763%22]})

Söderman-İsveç, BN:5786/08, 12/11/2013  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-128043%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-128043%22]})

Tanrıkulu - Türkiye, BN:50086/99, 3.5.2007  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-125409%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-125409%22]})

Türkiye Birleşik Komünist Partisi –Türkiye, BN: 133/ 1996/ 752/ 951, 30.01.1998  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-125311%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-125311%22]})

Tyrer-Birleşik Krallık, BN:5856/72, 25.04.1978  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57587%22]})  
Von Hanno-r - Almanya, BN:40660/08, 7.02.2012  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-109029%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-109029%22]})  
X - Y-Hollanda, BN. 8978/80, 26.03.1985.  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-57603%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-57603%22]})  
Yaşa-Türkiye, BN:22495/93, 2.9.2018  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-125383%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-125383%22]})  
Zülküf Murat Kahraman-Türkiye, BN: 65808/10,16.07.2019  
[https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:\[%22001-198560%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-198560%22]})

### **YARARLANILAN AYM KARARLARI<sup>329</sup>**

Abdülkadir Yılmaz ve Diğerleri(2) Başvurusu, BN:2016/13649, 29.01.2020  
Abuzer Uzun Başvurusu, BN: 2016/61250, 13/6/2019  
Ahmet Şanci Başvurusu, BN: 2012/29, 05/11/2014)  
Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu, BN:2014/15627, 5/10/2017  
Ayfer Demirel ve Diğerleri Başvurusu, BN:2016/8011, 9.1.2020  
Bizim FM Radyo Yay. Ve Rekl. A.Ş. Başvurusu, BN: 2014/11028, 18.10.2017  
Cezmi Demir ve Diğerleri Başvurusu, BN:2013/293, 17.7.2014,  
Deniz Karadeniz ve Diğerleri Başvurusu, BN:2014/18001, 6.2.2020  
Esra Nur Özbey Başvurusu, BN: 2013/7443, 20.5.2015  
Emin Aydın Başvurusu, BN: 2013/2602, 23.1.2014  
İlter Nur Başvurusu, BN: 2013/6829, 14/4/2016  
Levon Berç Kuzukoğlu Başvurusu, BN: 2014/17354, 22.5.2019  
Mehmet Baydan Başvurusu, Başvuru Numarası: 2014/16308, 12.4.2018  
Mehmet Seyfi Oktay Başvurusu, BN: 2013/6367, 10.12.2015  
Rabia Nur Yazıcı ve Selma Kocapıçak Başvurusu, BN.2016/9528, 09.06.2020  
Semra Omak Başvurusu, BN:2016/78494, 12.11.2019  
Serkan Cengiz Başvurusu, BN:2013/8463, 18.9.2014  
Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri Başvurusu, BN:2012/752, 17.9.2013

<sup>329</sup> NOT: Çalışma sırasında kullanılan AYM kararları, Anayasa Mahkemesinin resmi web sitesi üzerinden yayımlanan bireysel başvuru kararları üzerinden alıntılanmıştır.

Tuğba Arslan Başvurusu, BN: 2014/256, 25.6.2014

Türkiye Emekliler Derneği Başvurusu, BN:2012/1035, 16.10.2014

Ufuk Rifat Rifat Çobanoğlu Başvurusu, BN: 2014/6971, 1.2.2017

Ulvi Balcıoğlu Başvurusu, BN: 2015/3175, 10.10.2019

Z.C. Başvurusu, BN:2013/3262, 11.5.2016

