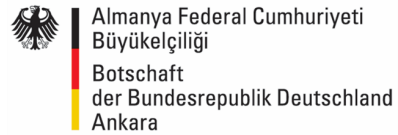




# AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARININ UYGULANMASININ İZLENMESİ

## İZLEME RAPORLARI

HASAN VE EYLEM ZENGİN/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI  
ÜNAL TEKELİ/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI  
ABDOLKHANI VE KARIMNIA/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI  
GÖZEL VE ÖZER/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI



## İHOP AİHM KARARLARININ UYGULANMASI İZLEME RAPORLARI

<b>HASAN VE EYLEM ZENGİN/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU</b> .....	<b>11</b>
Hazırlayan: Yrd.Doç.Dr. Kerem Altıparmak, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi	
<b>ÜNAL TEKELİ/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU</b> .....	<b>28</b>
Hazırlayan: Hülya Üçpınar, Avukat	
<b>ABDOLKHANI VE KARIMNIA/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU</b> .....	<b>48</b>
Hazırlayan:Nalan Erkem, Avukat	
<b>GÖZEL VE ÖZER/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU</b> .....	<b>72</b>
Hazırlayanlar: Yrd.Doç.Dr. Kerem Altıparmak (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi) Hüsnü Öndül, Avukat	

Kapasite Geliştirme Derneği  
Tunus Caddesi 87/8, Kavaklıdere-Ankara  
T. + 90 312 468 84 60  
F. + 90 312 468 92 53

Mart 2013

Bu raporların elektronik kopyasına ve daha ayrıntılı bilgiye <http://www.aihmiz.org.tr/> adresinden ulaşabilirsiniz.



Bazı hakları saklıdır. Bu çalışma Creative Commons Alıntı Bildirimi - Ticari Olmayan Kullanım - Türetilemez - Lisans Devam Ettirme 3.0 Unported lisansı ile lisanslanmıştır. Bu şartları kabul etmek ve Kapasite Geliştirme Derneğini önceden bilgilendirmek suretiyle çalışmayı paylaşmak (kopyalamak ve dağıtmak) serbesttir.

Bu raporlar, Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin mali desteğiyle, İnsan Hakları Ortak Platformu için Kapasite Geliştirme Derneği tarafından bastırılmıştır.

Bu yayının içeriği İnsan Hakları Ortak Platformunun sorumluluğundadır ve ifade edilen görüşler sadece yazarlara ait olup hiçbir suretle Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin görüşleri şeklinde yansıtlamaz.

## SUNUŞ

Helsinki Yurttaşlar Derneği, İnsan Hakları Derneği ve Uluslararası Af Örgütü Türkiye Őubesinin ortak çalışma alanı olan ve Türkiye’de insan hakları hareketinin kamu politikaları üzerinde etkisini güçlendirme amacını taşıyan İnsan Hakları Ortak Platformu, 2012 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazının İzlenmesine ilişkin bir çalışma başlatmıştır. İHOP üye örgütlerinin bu çalışmayla elde etmek istedikleri bir dizi hedef vardır.

İlk olarak, birçok Avrupa Konseyi üyesi ülkede olduğu gibi Türkiye’de de AİHM kararlarının uygulanmaması, geç uygulanması veya eksik uygulanması yaygın bir sorundur. Halbuki AİHM kararlarının, ülkedeki insan hakları standartlarını yükseltmesi sadece ilgili davada mağduriyetin giderilmesi ile değil ve fakat davada saptanan ihlali giderecek, tekrarının önüne geçecek genel önlemlerin alınmasına bağlıdır. Her ne kadar genel önlemleri almak hükümetlerin ödeviyse de, sivil toplumun aktif bir şekilde sürece katılmaması ya ihlallerin daha geç sonlandırılmasına ya da hiç sonlandırılmamasına yol açmaktadır. Çalışma, öncelikli olarak Türkiye’deki bu önemli boşluğu doldurmayı amaçlamaktadır.

İkinci olarak, AİHM kararlarının Türkiye’nin önde gelen insan hakları sorunlarına ilişkin olduğu dikkate alındığında, bu kararların izlenmesinin insan hakları savunucularının hukukçuların ve daha genel olarak tüm kamuoyunun insan hakları sorunlarına ilişkin farkındalığını artırma konusunda önemi vurgulanmalıdır. İnsan hakları savunucularının kanıt temelli savunuculuk yapma kapasitesini artırmayı amaçlayan çalışmanın, orta ve uzun vadede, proje dışı yeni çalışma alanları yaratması umulmaktadır.

Üçüncü olarak, çalışma insan hakları alanında ilk kez sistemli olarak kamu-sivil diyalogunun kurulmasını hedeflemektedir. İnsan hakları örgütlerinin, kararların uygulanmasını izlemeye yönelik çalışmaları hem ulusal hem de uluslararası makamlarla düzenli yapıcı bir iletişim kurulmasını gerektirmektedir. Bu ilişkinin hem kamu idaresine hem de sivil topluma önemli katkılarının olacağı düşünülmektedir.

Nihayet, dördüncü olarak çalışma sayesinde Türkiye’ye ilişkin geniş bir insan hakları veri tabanının kurulması planlanmaktadır. İzleme çalışmasına veri sağlamak için kurulan web sitesinde, başka bir yerde ulaşılması mümkün olmayan çok sayıda devlet işlemi, haber ve rapor yer alacaktır. Çok farklı alanlara ilişkin toplanmış bu verilerin, Türkiye’de daha önce var olmayan bir veri tabanı çalışması olduğu vurgulanmalıdır.

Bu niteliğiyle, çalışmanın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yetkisini kabul etmiş ülkelerdeki hak temelli örgütlerin çalışmaları için de yol gösterici olmasını umuyoruz.

İnsan Hakları Ortak Platformu

## TEŞEKKÜR...

İnsan hakları hareketinin üniversite ile buluşmasının öneminin farkında olan ve kurulduğu günden bu yana özellikle Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi ile birlikte ortak çalışmalar yürüten İHOP, bu önemli çalışmayı çok değerli iki akademisyenin katkıları ile gerçekleştirmiştir. Çalışmanın yönteminin oluşturulmasından eğitimlerine ve raporların üretimine kadar bütün süreçlerde sahip olduğu eşsiz bilgi birikimini bizimle paylaşmış olan Yrd. Doç Dr. Kerem Altıparmak'a, insan hakları hareketinin bilgi toplama ve analiz etme yöntem ve araç ihtiyacını bu pilot çalışmada gideren ve çalışmanın bel kemiğini oluşturan izleme veri tabanının oluşturulmasını sağlayan Yrd. Doç Dr. Ahmet Murat Aytaç'a derin şükranlarımızı sunmayı borç biliriz.

Türkiye insan hakları hareketi, birbirinden farklı ve son derece önemli deneyimleri olan savunuculardan oluşur. Bu çalışmada, deneyimlerini ve bilgi birikimlerini esirgemeyen, avukatlık mesleklerinin yanında aktif insan hakları savunuculuğunu yürütmekte olan ve izleme raporlarını hazırlayan Hüsnü Öndül, Hülya Üçpınar ve Nalan Erkem'e, raporların basımı sürecinde görünürlük danışmanlığımızı yapan Raul Mansur'a, web sitesinin oluşturulması sürecinde katkıda bulunan Ferruh Erkem'e, çalışmanın amaçlarına ulaşmasında verdikleri çok değerleri katkılardan ötürü ayrı ayrı teşekkür ederiz.

Bu çalışmaya Ankara, İzmir, Mardin, Batman, Diyarbakır, İstanbul 'da faaliyet gösteren pek çok avukat ve insan hakları savunucusu katkıda bulunmuştur. Başta Kazım Genç , Gülizar Tuncer, Mesut Beştaş olmak üzere isimlerini buraya sığdırmadığımız, paylaşma toplantılarına katılan, çalışmayı değerli ve önemli bulan ve katkılarını esirgemeyen bütün arkadaşlarımıza İHOP adına teşekkür ederiz.

Nihayet, bu çalışmayı gerçekleştirebilmek için gerekli kaynağı sağlayan Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğine teşekkür ederiz.

İHOP Yönetim Kurulu

# Avrupa İnsan Hakları Kararlarının İcrasının İzlenmesi Projesi

## Proje ve Raporlama Sırasında İzlenen Yöntem

### Giriş

Ulusal mahkeme kararlarında olduğu gibi uluslararası mahkeme kararlarının da adaleti sağlaması, verilen kararların gereğinin yerine getirilmesi ile mümkündür. Hem nicel hem de nitel olarak ulusal hukukları en çok etkileyen uluslararası yargı merci olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) açısından da durum farklı değildir.

Bununla birlikte, gerek bilimsel yazında gerekse uygulamada AİHM kararlarının icrası sorunu uzunca bir süre sınırlı bir ilgi görmüştür. Bu olguda, AİHM'in Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) standartlarını geliştirmesine yönelik ilginin yanında hükümetlerin kararların icrası konusunda ciddi sorunlar yaşamadığına dair yaygın düşüncenin de etkisi büyüktür. Ne var ki AİHM'in iş yükündeki olağanüstü artış, hükümetlerin kararlara uyum konusunda sanıldığı kadar aksine yavaş ve isteksiz olduğunu ortaya koymuştur. 1990ların ortalarına kadar hükümetlerin, kararlara genelde uydukları düşünülürken, 11. Protokol sonrası dönemde aslında durumun zannedildiği kadar sorunsuz olmadığı anlaşılmıştır.<sup>1</sup> Gerçekten de, AİHS'in etkin hale getirilmesi için atılan en önemli adımlardan biri olan Ek 14. Protokol'ün gerekçesinde esastan verilen kararların %50-60 oranında tekrar niteliğinde başvurulardan kaynaklandığı ifade edilmiştir.<sup>2</sup> Bu oranın daha yüksek olduğunu belirten kaynaklar mevcuttur.<sup>3</sup> Bu yüksek yüzde, verilen kararlarda saptanan ihlallere ilişkin gerekli önlemlerin alınmamasının yeni ve benzer başka ihlallere yol açtığını açıkça ortaya koymaktadır. Türkiye açısından da durum benzerdir. Bakanlar Komitesi'nin 2009 yılı raporunda Türkiye aleyhine verilmiş ve uygulanmayı bekleyen kararların % 89.95'inin kopya veya izole davalardan kaynaklandığı belirtilmektedir.<sup>4</sup>

Bu olgunun doğal sonucu olarak, AİHM kararlarının ulusal hukuklarda etkili bir şekilde uygulanması Sözleşme organlarının iş yükünü düşürmeyi ve daha anayasal nitelikli kararlar

<sup>1</sup> Ed Bates (2005), "Supervising the Execution of Judgments Delivered by the European Court of Human Rights: The Challenges Facing the Committee of Ministers", (Theodora A. Christou ve Juan Pablo Raymond, yay. haz.), European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments, (Londra: The British Institute of International and Comparative Law), s. 51; Open Society Justice Initiative (2010), From Judgment to Justice, (Open Society Foundations: New York), s. 34.

<sup>2</sup> Explanatory Report to Protocol No. 14, para. 7.

<sup>3</sup> P. Leach (2009), 'On Reform of the European Court of Human Rights', 6 EHRLR 725, 727.

<sup>4</sup> Toplam 1232 kararın 1107'si kopya veya izole niteliktedir. Committee of Ministers - Supervision of the execution of the judgments of the European Court of Human Rights – 3rd Annual Report 2009.

vermesini hedefleyen reform sürecinin önemli hedeflerinden biri haline gelmiştir.<sup>5</sup> Bakanlar Komitesi'nin belirttiği gibi "Kıtanın demokratik istikrarının bağlı olduğu Avrupa kamu düzeninin anayasal aracı olan AİHS'in güvenilirliği ve etkililiği açısından hızlı ve etkili infaz zorunluluk arz etmektedir".<sup>6</sup>

AİHM kararlarının icrası devletler ve Avrupa Konseyi bürokrasisi kadar başvuruçular ve sivil toplum örgütleri açısından da yenidir. Kararların icrası, Avrupa Konseyi'nin siyasi bir organı olan Bakanlar Komitesi tarafından gerçekleştirildiği ve Reform sürecinde Taraf Devletlerin iradeleri önemli bir rol oynadığı için hükümetler bu yeni sürece daha kolay uyum sağlayabilme imkanına sahiptir. Maddi açıdan kısıtlı imkanlara sahip başvuruçular ve temsilcileri için ise durum farklıdır. Ancak, dava sürecinde olduğu gibi, hatta belki de daha fazla bir şekilde, infaz sürecinde mağdurların sesinin duyurulması adalet açısından olmazsa olmaz bir nitelik taşımaktadır. Bakanlar Komitesi de, taraf devletlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının hızlı infazı için etkili ulusal kapasitesine ilişkin tavsiye kararında, taraf devletlere infaz sürecinde genel olarak veya spesifik bir kararda ilgili aktörler arasında etkili bir sinerji yaratacak önlemleri almasını tavsiye etmiştir.<sup>7</sup>

Kararların ve Dostça Çözüm Hükümlerinin İnfazının İzlenmesine İlişkin Bakanlar Komitesi Kuralları<sup>8</sup>, hem başvuruçunun tazminat ve bireysel önlemlerle ilgili sunuş yapabilmesini mümkün kılmakta, hem de STK ve Ulusal İnsan Hakları Kurumlarına davaya ilişkin bilgi sunma imkanını vermektedir.<sup>9</sup> Bununla birlikte, bu kapsamda çok ender bilgi sunulduğu, Avrupa genelinde STKlerin bu konuda ciddi bir bilgi eksikliği olduğu görülmektedir.

İnsan Hakları Ortak Platformu tarafından hayata geçirilen bu proje, ilk kez, kararların infazının hükümetler tarafından tek taraflı olarak sunulan bilgilerle değil ve fakat alternatif olarak alandan toplanan bilgilerin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi ile hayata geçirilmesini hedeflemektedir. Kararların infaz edilmesi ne kadar önemliyse, kararın gereğinin yerine getirilmeden dosyanın kapatılması da en az o kadar tehlikelidir. Hükümetlerin tek taraflı bilgilendirmesi ile yürütülen infaz süreçleri birçok davada hak ihlalleri sonlandırılmadan dosyaların kapatılmasına neden olmaktadır.

<sup>5</sup> Reform sürecinde öne çıkan diğer iki önemli husus; Strazburg'a yapılan çok sayıda kabul edilemez başvurunun azaltılması veya hızla işlenmesi ve kopya davaların daha çabuk bir şekilde karara bağlanmasının sağlanmasıdır.

<sup>6</sup> Implementation of decisions of the European Court of Human Rights by Turkey Parliamentary Assembly Recommendation 1576 (2002), CM/AS(2003)Rec1576 final 31 March 2003, para. 1

<sup>7</sup> Recommendation CM/Rec(2008)2 of the Committee of Ministers to member states on efficient domestic capacity for rapid execution of judgments of the European Court of Human Rights.

<sup>8</sup> Kararların ve Dostça Çözüm Hükümlerinin İnfazının İzlenmesine İlişkin Bakanlar Komitesi Kuralları. Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, (Adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies)

<sup>9</sup> Bkz. md. 9 ve 15.

## Proje Neyi İzliyor?

AİHS'in ihlal kararının sonuçlarının ne olacağını düzenleyen hüküm 41. maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

*"Mahkeme bu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Akit Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder."*

Bu kuralın nasıl uygulanması gerektiği izaha muhtaçtır ve kararların içeriği ile ilgili daha ayrıntılı bir tanımlama Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinde bulmak mümkündür. Kural olarak, 74. maddede sayılan unsurlardan sadece hüküm fıkrası hukuken bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Bununla birlikte, hem Bakanlar Komitesi'nin infaza ilişkin yaklaşımı hem de AİHS'in AİHM tarafından yorumu, kararın gereği gibi infaz edilmesi için hüküm fıkrası dışındaki bölümlerinin de dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, kararın hüküm fıkrası yanında özellikle ihlal iddiasının tartışıldığı ve hangi gerekçeyle ihlal bulunduğu dair bölümü de kararın doğru infazı açısından dikkate alınmalıdır.

Kararın infazının genel amacı ihlali sonlandırmak ve doğan zararları gidermektir. Nitekim, Papamichalopoulos/Yunanistan kararında Mahkeme ihlalden kaynaklanan ödevleri şu şekilde tanımlamıştır:

*"Mahkeme'nin Sözleşme'nin ihlal edildiğini tespit ettiği bir karar, davalı devlete ihlali sonlandırma ve mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek (restitutio in integrum) şekilde sonuçlarını gidermeye yönelik hukuksal bir sorumluluk yükler".<sup>10</sup>*

Bu ifadeden anlaşılabilir olduğu üzere AİHM'in bir ihlal tespit etmesi halinde, devam eden bir ihlal varsa bunun sonlandırılması, mümkünse ihlal öncesi durumun tesis edilmesi (*restitutio in integrum*), bunun mümkün olmaması halinde ise, tazminat gibi, başka giderim araçları ile ihlalin olumsuz sonuçlarının giderilmesi gerekmektedir. Ayrıca, benzer ihlallerin tekrar gerçekleşmemesi için de ileriye yönelik genel önlemlerin alınması kararın kaçınılmaz sonucudur.

Kural olarak AİHM kararları, davalı devletin davranışının Sözleşmenin bir veya daha fazla hükmünü ihlal edip etmediğine ilişkin açıklayıcı (*declaratory*) kararlardır. Taraf devletler kararın gereğinin ne şekilde yerine getirileceğine ilişkin bir takdir marjına sahiptir. Bununla birlikte, yakın

<sup>10</sup> Papamichalopoulos/Yunanistan (50. madde), 31.10.1995, Series A no. 330-B, para. 34; Assanidze/Gürcistan (BD), no. 71503/01, ECHR 2004-II, para. 197; *Maestri/İtalya*, no. 39748/98, ECHR 2004-I, para. 47.

dönemde AİHM bazı kararlarda hükümetlere ilgili vaka ile ilgili bireysel önlem almasını buyurmakta, bazı vakalarda ise benzer ihlalleri önlemeye yönelik genel önlemler önermektedir. Bu yöntemi, Mahkeme şu gerekçeyle açıklamaktadır:

*"AİHM, kararlarının esas itibarıyla tespit edici nitelikte olduğunu ve genelde, AİHS'nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ifa etmek için iç hukukunda kullanacağı araçları seçmenin, Bakanlar Komitesi'nin denetimine tabi olmak koşuluyla, öncelikle ilgili Devlet'e ait olduğunu yineler.*

*Ancak, istisnai olarak, savunmacı Devlet'in 46. madde çerçevesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesine yardımcı olmak amacıyla, AİHM, varlığını tespit ettiği sistemik bir duruma son vermek için alınabilecek tedbir türünü belirtmeye çalışacaktır. Böyle durumlarda, çeşitli seçenekler önerebilir ve tedbirin seçimini ve uygulanmasını ilgili Devlet'in takdirine bırakır ( bkz. Broniowski / Polonya [BD], no. 31443/96, § 194, AİHM 2004-V).*

*Diğer bazı istisnai durumlarda, tespit edilen ihlal, ihlali gidermek için alınması gereken tedbirlerle ilgili olarak seçenek bırakmayacak özellik sergileyebilir ve AİHM, sadece bir tedbir belirtmeye karar verebilir (bkz. yukarıda anılan Assanidze, § 202).<sup>11</sup>*

Bu nedenle, AİHM'in bireysel ve/veya genel önlem önerdiği davalarda bu önlemlerin alınıp alınmadığının izlenmesi çok önemlidir.

Nihayet, Proje kapsamında bir kararın nasıl izleneceğine karar verirken Bakanlar Komitesi tarafından izlenen usul esas alınmaktadır. Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre, Mahkeme'nin kesinleşmiş kararı, kararın uygulanmasını denetleyecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilecektir. Bakanlar Komitesi Kuralları uyarınca AİHM tarafından verilen kararların icrasını Bakanlar Komitesi üç başlık altında incelemektedir:

- a. Mahkeme tarafından hükmedilen adil tatmin ve gerekiyorsa faizinin ödenmesi;
- b. gerektiğinde ve Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın kararın yerine getirilmesi için zorunlu olan araçları seçme hususunda takdirini dikkate alarak:

<sup>11</sup> Öcalan/Türkiye [BD], no. 46221/99, 12.5.2005, para. 210 vd.



- i. İhlalin sona erdirilmesini güvenceye alan ve zarara uğrayan tarafın, mümkün olduğu ölçüde, Sözleşme'nin ihlalinin gerçekleşmesinden önceki aynı duruma koyulmasını sağlayan bireysel önlemlerin alınması;
- ii. Bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen veya devam eden ihlallere son veren genel önlemlerin alınması.<sup>12</sup>

Bu üç başlık kısaca; tazminatın ödenmesi, özel önlemlerin alınması ve genel önlemlerin alınması şeklinde tanımlanabilir. Projenin amacı, ihlal saptanan alanlarda ulusal hukuktaki gelişmelerin Sözleşme ile uyumlu hale gelip gelmediğini tespit etmek olduğu için esasen bu üç başlıktan üçüncüsü izleme programının kapsamını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, Proje, AİHM tarafından verilen bir karar sonrasında, bulunan ihlal veya ihlallere benzer yeni ihlalleri engelleyen ve/veya devam eden ihlallere son veren genel önlemler alınıp alınmadığını saptamayı hedeflemektedir.

Bununla birlikte, genel durumu gösterme niteliği taşıyan kimi davalarda bireysel önlemin alınıp alınmadığı da insan hakları alanındaki gelişmeleri izlemek açısından önem taşıyabilecektir. Mahkemenin bireysel önlem önerdiği davalarla<sup>13</sup>, kamuoyu tarafından yakından izlenen davalarda<sup>14</sup> genel önlemler yanında bireysel önlemlerin alınıp alınmadığı da izlenecektir.

## Hangi Kararlar İzleniyor

Hali hazırda Bakanlar Komitesi'nde Türkiye aleyhine verilmiş 1891 karar dosyası infaz sürecinde bulunmaktadır. Bu kararların tamamının izlenmesi Projenin imkanları dahilinde değildir. Bu nedenle, Proje izleyeceği kararların seçiminde bazı öncelikleri dikkate almak zorundadır. İzleme sırasında ilk dikkate alınacak husus, Bakanlar Komitesi tarafından karara verilen önemdir. 2011 Interlaken Toplantısı sonrasında Bakanlar Komitesi, Interlaken Eylem Planında öngörülen şekilde iki düzeyli (*twin track*) bir izleme sisteminin hazırlanması için Komite Sekreteryasını görevlendirmiştir.<sup>15</sup> Yeni düzenlemeye göre izleme iki farklı yöntemle yapılacaktır: Standart ve Nitelikli İzleme. Nitelikli izlemeye tabi olması için özel bir neden olmayan tüm kararlar standart izleme usulüne göre takip edilecektir. Acil bireysel önlem gerektiren kararlar, pilot kararlar, Devlet başvurularında verilen kararlar ve Mahkeme veya Bakanlar Komitesi tarafından yapısal ve

<sup>12</sup> Kararlar, md. 6 (2).

<sup>13</sup> Nihayet Arıcı ve Diğerleri/Türkiye, no. 24604/04, 23.10.2012. Mahkeme, 46. madde incelemesinde hükümetin başvurucuların yakınlarının hangi koşullarda öldürüldüğüne ışık tutmak için 13 yıldır devam eden soruşturmayı en kısa sürede sonuçlandırması gerektiğine ve başvurucuların zararlarının giderilmesi için gerekli adımların atılmasına karar vermiştir. Aynı ifade kararın hüküm fıkrasında da tekrarlanmıştır.

<sup>14</sup> Örn. Dink/Türkiye, no. 2668/07, 14.9.2010.

<sup>15</sup> CM/Del/Dec(2010)1090, item 1.10.

karmaşık sorunlar içerdiği saptanan kararlar ise nitelikli izleme kapsamına alınacaktır.<sup>16</sup> Standard izlemedeki bir kararın nitelikli izlemeye alınması mümkün olduğu gibi tersi de mümkündür.

Proje kapsamında da öncelik Bakanlar Komitesi tarafından nitelikli izlemeye alınan kararlara verilecektir. Ancak, karar seçiminde salt Bakanlar Komitesi'nin ölçütünün alınması, nitelikli izlemeye alınması gerektiği düşünülen kararların saptanmasını zorlaştıracak gibi Bakanlar Komitesi'nin performansının da izlenmesini imkansız kılacaktır. Bu nedenle, karar seçiminde Bakanlar Komitesi ölçütleri dışında şu ölçütlere de dikkat edilmektedir:

- İhlalin ciddiyeti,
- İhlalin giderilmesi için mevzuat değişikliği gerekip gerekmediği,
- İhlalin sistemik ve/veya yapısal bir nitelik taşıyıp taşımadığı,
- İhlalin devam etmesinde etkilenen kişi sayısı,
- Davanın sembolik değeri,
- Yeni ihlallere yol açma potansiyeli,
- İzleme sırasında karşılaşılabilecek zorluklar.

## İzleme Nasıl Yapılıyor

Bir kararın yerine getirilmesinde ve infaz sürecinin izlenmesinde farklı aktörler rol oynayabilir. Kararın yerine getirilmesinden sorumlu olan kamu makamları olduğu için, öncelikle izlemenin bu mercilere yönelik olması gerekmektedir. Bu amaçla; bir kararın yerine getirilmesinde rol oynayabilecek farklı erklerin, karar sonrası performansının değerlendirilmesi gereklidir. Bu amaçla, hem Proje'nin web sitesinde<sup>17</sup> hem de her bir karara ilişkin raporda; yasama, yürütme ve yargı erklerinin ilgili karara ilişkin karar sonrası etkinlikleri ayrı ayrı değerlendirilmektedir. Bunun yanında, kararların gereğinin yerine getirilip getirilmediğinin saptanmasında konuyla ilgili sivil aktörlerin ve basının izlenmesi de gerekmektedir. Konuyla ilgili bilimsel değerlendirmeler de yine kamu dışı aktörlerin faaliyetleri kapsamında incelenmektedir. Proje web sitesi, bu amaçla, STK ve Basın etkinliklerini ayrı başlıklar altında sınıflandırmaktadır.

İzlenecek bilginin sınıflandırılması gibi hangi araçlarla izleneceği de büyük önem taşımaktadır. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi mevcut izleme süreci, kağıt üzerinde başvuru ve STK katılımına imkan tanımakla birlikte pratikte hükümetle Bakanlar Komitesi arasında geçmektedir. Bakanlar Komitesi, hükümetler tarafından sunulan tek taraflı bilgileri değerlendirerek dosyaların kapatılmasına veya izlemenin devamına karar vermektedir. Projenin amacı, ilgili aktörlere

<sup>16</sup> Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights (DG-HL) (2010), Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system, CM/Inf/DH(2010)37, para. 8.

<sup>17</sup> www.aihmiz.org.tr

alternatif bilgiler sağlayarak, insan haklarının korunması ve geliştirilmesi ilişkin yapının daha katılımcı, şeffaf ve Sözleşme standartlarına daha uygun hale getirmektir.

Bu amaca hayata geçirmenin yollarından biri, şüphesiz, ulaşılabilir bilginin yeniden derlenmesidir. Yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerine ilişkin bilgiye eskiye oranla çok daha kolay ulaşılabilir olduğu şüphesizdir. Bizzat kamu makamlarının sunduğu bilgi işlem olanakları dışında, özel sektörün de sağladığı veritabanları birçok devlet işleminin taranmasını ve işlenmesini mümkün kılmaktadır. Bununla birlikte, Proje'nin bundan daha geniş bir bilgi akışına ihtiyacı olduğu açıktır. Bir kere, insan hakları ihlalleri sadece nihai işlemler aşamasında gerçekleşmemektedir. Örneğin, uzun tutukluluk nedeniyle gerçekleşen ihlallerde; ihlal, mahkemelerin verdiği nihai kararda değil ve fakat tutuklama kararını ve devamını karara bağlayan ilk derece mahkemesi kararlarında vücut bulmaktadır. Bu bilgiye, anılan veritabanları aracılığıyla ulaşılması mümkün değildir. İkinci olarak, veritabanları örnek yüksek mahkeme kararlarını derlemekte, ancak sorunun ne kadar yaygın ve yapısal olduğunu görme imkanını sunmamaktadır. Son olarak, veritabanları insan hakları veritabanı olmadığı ve hazırlanmaları sırasında insan hakları bir öncelik taşımadığı için çok önemli yargı ve yürütme işlemlerinin atlanması imkanı vardır.

Bu nedenle, veritabanları dışında alternatif bilgi sağlayacak başka kaynaklara yönelmek zorunlu olmuştur. Bu açıdan en doğru adres, insan hakları alanında dava takip eden/izleyen hukukçular ve insan hakları örgütleridir. Bu amaçla Proje kapsamında 5 farklı ilde eğitim seminerleri düzenlenmiş, hem AİHM kararlarının izlenmesi süreci ilgililere aktarılmış hem de alanda insan hakları davalarını takip eden hukukçulardan oluşan bir ağı oluşturulması sağlanmıştır.

Proje web sitesinin veritabanında Türkiye'de herhangi başka bir veritabanında endekslenmeyen çok sayıda bilgi bu sayede toplanmış ve derlenmiştir. Proje kapsamında aynı yöntem kullanılarak toplanacak bilginin uzun vadede çok zengin bir genel insan hakları veritabanına da dönüşmesi umulmaktadır. Proje için kurulmuş olan veritabanı hem ağıdaki hukukçulara yeni bilgileri yüklemek imkanı sağlamakta, hem de tüm kullanıcılara çok alternatifli tarama olanağı sunmaktadır. Bilgilerin büyük bir bölümü aynı zamanda İngilizceye de çevrilmiştir.

## Raporlama Nasıl Yapılıyor

Raporlar, yukarıda anlatılan süreç ışığında üç farklı bileşeni dikkate alarak hazırlanmaktadır. Rapor, öncelikle AİHM kararının hangi genel önlemleri gerektirdiğini saptamaya çalışmaktadır. Bu saptama yapılırken, belirtildiği gibi, sadece hüküm fıkrası değil ancak kararın esasa ilişkin tartışma bölümü de analiz edilmektedir. Raporun ikinci bölümü, Bakanlar Komitesi önünde süren izleme sürecine ilişkindir. Bu bölümde, Bakanlar Komitesi'nin bireysel ve genel olarak hükümetten talep ettiği önlemler ve hükümetin bu talebe nasıl cevap verdiği irdelenmektedir. Raporun üçüncü bölümünde ise ulusal düzeyde kararın uygulanmasına ilişkin genel önlem niteliğinde toplanan bilgilerin AİHM kararı ile uyumlu olup olmadığı her bir erk açısından değerlendirilmektedir. Bu amaçla, önce konuya ilişkin yasal bir düzenleme yapıp yapılmadığı, kararın infazı için bunun zorunlu olup olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer alt başlıklarda ise sırasıyla yürütmenin ve

yargının konuya ilişkin hukuksal işlemlerinin Sözleşme ile uyum içerisinde olup olmadığı değerlendirilmektedir. Raporların son bölümü, infazın Sözleşme içtihadına uygun bir şekilde yerine getirilmiş olması halinde bunu saptayan bir ibareye yer vermektedir. Kararın infaz edilmemesi, ya da eksik infaz edilmesi durumlarında ise sırasıyla Hükümete ve Bakanlar Komitesine kararın yerine getirilmesi ve yeni hak ihlallerinin önlenmesi için önerilerde bulunmaktadır.

## Raporların ve Projenin Muhatapları

Projenin amacına uygun olarak, raporların öncelikli muhatabı AİHM kararlarının infazının izlenmesinden sorumlu Avrupa Konseyi organı olan Bakanlar Komitesi'dir. Proje, Bakanlar Komitesi'nin hükümetin sunduğu bilgilerin yanında, nesnel olarak derlenmiş bilgi ve değerlendirmeleri de dikkate alarak nihai kararını vermesini hedeflemektedir. Bu amaçla, Proje sitesinin bir İngilizce arayüzü bulunmakta, tüm Raporlar iki dilli olarak, Türkçe-İngilizce hazırlanmaktadır. Bununla birlikte, Raporların ve genel olarak Proje'nin tek muhatabının Bakanlar Komitesi olması hedeflenmemiştir. Bu durum iki nedenle açıklanabilir. İnsan hakları ihlalinin giderilmesinde çok sayıda farklı aktör rol almaktadır. Tüm bu aktörlerin sürece dahil edilmesi Projenin hedefleri açısından önemlidir. İkinci olarak, her ne kadar Proje alternatif rapor ve bilgi akışı ile Hükümetin performansını izliyor gibi gözükse de aslında, bu izlemenin kaçınılmaz bir sonucu da Bakanlar Komitesi'nin de yerinde bir izleme süreci yürütüp yürütmediğinin denetlenmesidir. Gerçekten de, Bakanlar Komitesi'nin bazı kararları, karar gereği gibi icra edilmemiş olmasına rağmen kapattığına ilişkin şikayetler bulunmaktadır. Siyasal bir organ olan Bakanlar Komitesi'nin faaliyetlerinin izlenmesi de bu açıdan büyük öneme sahiptir.

Bu durum akılda tutularak, diğer ulusal ve uluslararası mercilerin de Proje sitesinden ve raporlarından faydalanması umulmaktadır. Avrupa Konseyi düzeyinde, benzer davaları yeniden inceleyecek AİHM ve kararların infazı sürecinde önemli bir rol oynayan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi de Proje'nin hedef özneleri arasındadır. Konuyla ilgili dahilinde diğer Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Mekanizmaları da raporlar hakkında bilgilendirilecektir.

Öte yandan, Proje ulusal ölçekli bir çalışma olduğu için nihai hedefi Türkiye'deki insan hakları koruma ve geliştirme çalışmalarına katkı sunmaktır. Bu nedenle, Proje çıktılarının ulusal aktörlerle paylaşımı da çok önemlidir. Bu açıdan, yeni düzenlemeler ışığında en önemli idari birim kararların icrasından resmi olarak sorumlu olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde bulunan İnsan Hakları Daire Başkanlığı'dır. Bunun yanında, İnsan Hakları Ulusal Kurumu, TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu, Kamu Denetçiliği Kurumu başta olmak üzere çok sayıda yürütme ve tüm yargı organlarının Proje hakkında bilgilendirilmesi hedeflenmektedir. Kamu aktörlerinin bilgilendirilmesi açısından ilgililerle yuvarlak masa toplantılarının yapılması planlanmaktadır.

Son olarak, konuyla ilgili insan hakları örgütleri ve hukukçuların raporlar ve Proje hakkında sürekli bilgilendirilmesinin önemi vurgulanmalıdır. Bu çabanın üç farklı fayda sağlayacağı düşünülmektedir.

1. Raporların, hukukçuların hak mücadelesinde kullanacağı bir araç haline gelmesi çok önemlidir.
2. Raporların yaygın olarak izlenmesi Proje açısından hayati önemde olan yeni bilgi akışını ve geri beslemeyi mümkün kılacaktır.
3. Proje'nin orta ve uzun vadede Proje'den bağımsız olarak da hukukçu ve insan hakları örgütlerinin insan hakları kararlarının infaz süreçlerine etkin bir şekilde katılmasına katkı sunacağı düşünülmektedir.



# Hasan ve Eylem Zengin / Türkiye

(Başvuru no. 1448/04, 9 Ekim 2007)

## İzleme Raporu

### Başvuru Konusu Olay

Alevi inancına mensup olduğunu söyleyen başvuruçulardan Hasan Zengin, kızının okullarda zorunlu olarak okutulan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf tutulması için İstanbul İl Millî Eğitim Müdürlüğü'ne başvurmuştur. Başvuruçuların bu talebi, Anayasa'nın 24 ve 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenen "Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" hükmünden yola çıkarak reddedilmiştir. Başvuruçucu, ret kararının iptali için İstanbul İdare Mahkemesi'ne başvurmuş, işlemin iptal istemi Mahkeme tarafından reddedilmiş, karar Danıştay tarafından 14. 4. 2003 tarihinde onaylanarak kesinleşmiştir.

### AİHM Kararı

#### 1 Nolu Protokolün 2. maddesinin 2. fıkrasının ihlal edildiği iddiası

Başvuruçular, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin tarafsız, eleştirel veya çoğulcu bir şekilde işlenmediğini ileri sürmüştür. Başvuruçular, dersin İslam dinini Sünni yorumu ile öğretir şekilde düzenlendiğini ileri sürmektedir. Hükümet, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerinde, belli bir dinin öğretileri ve adetlerine ilişkin özel bir eğitim verilmediğini; farklı dinler hakkında genel bilgi aktarıldığını belirterek bu iddiayı reddetmiştir.

AİHM, Zengin kararında öncelikle genel ilkeleri belirlemiştir. Kararın icrası açısından bu genel ilkelere uygun çözüm bulunması çok

*"Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir."*

AİHS'e Ek 1 Nolu Protokolün 2 (2) hükmü

önemlidir. Mahkemeye göre; 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesinde yer alan ikinci cümle, Devletlerin, devlet okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgi vermesini engellemez. Okulda öğretilen pek çok dersin, az veya çok ölçüde, felsefi bir yön veya sonuç içermemesi çok zor bir ihtimaldir. 2. maddenin ikinci cümlesi diğer yandan Devlet'in eğitim ve öğretimle ilgili olarak üzerine düşen görevleri yerine getirirken, öğrencilerin, bir din benimsetme uğraşından uzak, dinle ilgili olarak eleştirel bir bakış oluşturmalarını sağlayacak şekilde müfredatta yer alan bilgilerin nesnel, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde aktarılmasına dikkat etmesi gerektiğine işaret etmektedir. Devlet'in ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmemesi olarak değerlendirilebilecek tek yönlü koşullandırma (*indoctrination*) hedefi gütmesi yasaklanmıştır.

İhtilaf konusu mevzuatın Protokol'ün 2. maddesine göre incelenmesi için, mevzuatın yerindeliğinin değerlendirilmesinden kaçınılarak, yerine getirmeyi amaçlamış olduğu ve amaçlamaya devam ettiği somut durum dikkate alınmalıdır. Bu husus, kararın yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesinde de akılda tutulmalıdır.

Bu genel ilkeler ışığında; AİHM Zengin kararında şu somut sonuçlara ulaşılmıştır:

Her ne kadar "Din kültürü ve ahlâk bilgisi" ders programına göre, ders konusu, laiklik, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü ilkelerine saygı çerçevesi içinde öğretilmeli ve "bir barış kültürü ve hoşgörü çerçevesinin geliştirilmesi"ni hedeflemekle birlikte, ders içeriğine bakıldığında dersin tarafsız bir şekilde sunulmadığı anlaşılmaktadır. Ders kitapları dinler hakkında genel bilgiler sunmanın yanında; İslam dininin temel ilkelerini, ibadet ve ritüellerini ayrıntılı bir şekilde içermektedir. İlk ve ortaokullardaki ders programı ve Milli Eğitim Bakanlığı'nın 19 Eylül 2000 tarih ve 373 sayılı kararına uygun olarak hazırlanan tüm ders kitapları İslam bilgisine, diğer din ve felsefelerle göre daha büyük bir öncelik vermektedir. Türkiye'de hâkim olan dinsel çeşitlilik "din kültürü ve ahlâk bilgisi" derslerinde dikkate alınmamıştır. Özellikle, Alevi inancına sahip topluluğun Türk nüfusundaki oranı çok büyük olmasına rağmen, öğrenciler Alevi inancının itikat veya ibadet unsurları hakkında eğitim almamaktadır.

Taraf Devletler, muafiyetle ilgili düzenlemeler dikkate alınmaksızın din öğretimini okul müfredatına dahil etmeleri durumunda, ebeveynler meşru olarak konunun nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşılayacak ve kendi dini veya felsefi kanaatlerine saygılı bir şekilde öğretilmesini bekleyebilirler.

Bu bilgiler ışığında Mahkeme, "din kültürü ve ahlâk bilgisi" konusunda verilen eğitimin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşıladığının ve özellikle başvuruların özel durumunda, Eylem Zengin'in Alevi inancına mensup babasının, ders programında eksik olduğu açıkça görülen dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterdiğinin söylenemeyeceği kanaatindedir.

Mahkeme, zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi karşısında ailelerin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için uygun araçlar bulup bulunmadığını da ayrıca incelemiştir. Bir



başka deyişle, bu dersi inançlarına aykırı bulan ebeveynlerin dersi almama yönünde tercihlerinin saygı görüp görmediği ayrıca değerlendirilmiştir. Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulunun 09.07.1990 tarihli kararıyla Hristiyan ve Musevi olanlar açısından muafiyet seçeneği ortaya çıkmıştır.

AİHM'in kararında, Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonunun (ECRI) Türkiye'ye ilişkin 2005 yılında yayımlanan 3. raporuna referansla, bu imkânın yarattığı çelişkiye dikkat çekilmiştir: "Bu ders gerçekten farklı din kültürleriyle ilgili ders olması halinde, bunu yalnız Müslüman çocuklara zorunlu kılmak için ortada neden yoktur. Bunun tersine, dersin içeriği özellikle Müslüman dinini öğretmek için oluşturulmuşsa, bu ders belirli bir din üzerinedir ve çocuğun ve ebeveyninin din özgürlüğünü korumak adına zorunlu olmamalıdır".

Muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ebeveynlerin okul yetkililerine dini ve felsefi inançlarını bildirmelerinin zorunlu olması, inanç özgürlüklerine saygı gösterilmesi için uygun bir araç değildir. Kimse dinsel inancını açıklamaya zorlanmamalıdır. Ayrıca, ortada açık bir metin bulunmadığından, okul yetkililerinin, böyle talepleri, Zengin'in davasında olduğu gibi, her zaman için reddetme seçenekleri bulunmaktadır. Bu nedenle, mevcut muafiyet sistemi hem ihlali gidermek için etkili bir araç olmadığı hem de ebeveynleri dini inançlarını açıklamaya zorladığı için ihlali önleme kapasitesine sahip değildir.

## 46. Madde Uygulaması

### Bireysel ve Genel Önlemler

Davada özel olarak bir bireysel önlem öngörülmemiştir. Bakanlar Komitesi de Eylem Zengin'in üniversite çağına geldiğini not ederek, takip edecek bir bireysel önlem bulunmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, bu tür davalarda başvuru halen okula devam etmekteyse, derhal ilgili dersten muaf tutulması gerekecektir.

Zengin kararı alınması gereken genel önlemler açısından, önemli sonuçlar doğurmaktadır. Gerçekten de Zengin kararı hükümete benzer ihlallerin ne şekilde sonlandırılacağına dair açık bir talimat vermese de, kararın bütününden genel sonuçları çıkarmak mümkündür. Bu karar; hükümete ihlali sonlandırma, mümkün olduğu ölçüde ihlal öncesi durumu tesis edecek (*restitutio in integrum*) şekilde sonuçlarını giderme ve ihlallerin tekrarının önlenmesi şeklinde üçlü bir ödev yüklemektedir.

Genel önlemler açısından bakıldığında, karardan üç durumda ihlalin sonlandırılabilmesinin mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır:

- a) Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi zorunlu olmaktan çıkarılacaktır;
- b) Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi, belirli bir dinin tek yönlü koşullandırılması niteliğinden çıkarılacak ve hem teoride hem de pratikte bir kültür dersine dönüştürülecektir;
- c) Ailelerin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için uygun araçlar geliştirilecek ve bu

araçların kullanılması için aileler ve çocuklar dini inanışlarını açıklamaya zorlanmayacaktır.

Sıralanan bu üç önlemden en az birinin sağlanması kararın yerine getirilmesi için bir zorunluluktur. AİHM, ihlalinin tespitinin manevi zararların karşılanması açısından yeterli bir tatmin olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle ihlalin giderimi için alınması gerekli ek bir önlem söz konusu değildir. Bununla birlikte, kararın verilmesinin üzerinden 5 yıllık bir süre geçtiği için benzer ihlallerin tekrarı konusunun dikkatli bir şekilde incelenmesi gerekmektedir. Kararın verildiği tarihte bu dersi almaya başlayan kişiler açısından 5 yıldır gereken önlemlerin alınmaması halinde bütün eğitim sürecine yayılan bir devam eden ihlal durumunun var olduğu ileri sürülebilecektir.

## Bakanlar Komitesi Önündeki Süreç

Zengin/Türkiye kararı, Bakanlar Komitesi önünde standart izleme usulüne göre takip edilmektedir. Bakanlar Komitesi karara ilişkin alınması gereken bir bireysel önlem kalmadığını ancak genel önlemler alınmasının zorunlu olduğunu, Türk eğitim sistemini ve iç hukuk mevzuatını 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesi ile uyumlu hale getirmenin sorunun telafisinde çok olumlu bir adım olacağı tespitinde bulunmuştur.<sup>18</sup> Kararın Türkçeye çevrilip ilgili makamlara dağıtılması da yine genel önlemler kapsamında istenmiştir. Karar Türkçeye, bazı hatalara rağmen<sup>19</sup>, çevrilmiştir.

Bakanlar Komitesi'nin kararla ilgili bağlantısından hükümetin eylem planı sunup sunmadığı anlaşılmamaktadır. Bununla birlikte Bakanlar Komitesi'ne hükümetin son sunduğu bilgilere göre<sup>20</sup>; Devlet Bakanlığı çatısı altında Haziran 2009 ve Ocak 2010 tarihleri arasında akademisyenlerin, ilahiyatçıların ve Alevi toplumunun liderlerinin katılımı ile çalıştaylar yapıldığı belirtilmektedir. Her ne kadar burada açıkça Alevi Çalıştayları başlığı ifade edilmemişse de kastedilen çalıştayların kamuoyunda Alevi Açılımı adını taşıyan çalışmaların bir parçası olan Alevi Çalıştayları olduğu anlaşılabilir. Hükümet ayrıca, dersin içeriğinin yeniden düzenlenmesi gerektiğinin saptandığını ve bu amaçla Milli Eğitim Bakanlığı'nda, önde gelen Alevi entelektüelleri ve akademisyenlerden oluşan bir komisyon kurulduğunu belirtmiştir. Komisyon, ders kitaplarında ve müfredatta bulunması gereken Alevi inancına ilişkin konuları saptamayı amaçlamaktadır. Yetkililer, 28. 2. 2011 tarihinde Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinde 2011-2012 öğretim yılında uygulanacak değişiklikleri gösteren bir CD'yi Bakanlar Komitesi'ne sunmuştur. Bu bilgiler halen Bakanlar Komitesi tarafından değerlendirilmektedir.

<sup>18</sup> Bakanlar Komitesi kararının çevirisi için bkz. <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/128> [getir.net/ygo1]

<sup>19</sup> Çeviride en dikkat çeken yanlış 66. paragrafta yer alan şu ifadedir: Şüphesiz, Alevilik belli bir miktar ikna gücü, ciddiyet, uyum ve öneme ulaşmış bir mezhep ya da "inanç" değildir. Orijinal metinde ise ifade şu şekildedir: "It is certainly neither a sect nor a "belief" which does not attain a certain level of cogency, seriousness, cohesion and importance." İngilizce metindeki olumsuzluklardan biri çıkarılıncsa Türkçe çeviride Aleviliğin bir inanç olmadığı şeklinde bir anlam çıkmıştır.

<sup>20</sup> 7.5.2010 gün ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın çok sayıda hükmünde değişiklik yapılmıştır. 24. Maddenin değişmesi konusu gündeme gelmemiştir.

## Karar Sonrası Ulusal Düzeyde Alınan Genel Önlemler

Yukarıda açıklandığı gibi Zengin kararının icrası için üç ihtimal söz konusudur:

- Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi zorunlu olmaktan çıkarılacaktır;
- Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi, belirli bir dinin tek yönlü koşullandırılması niteliğinden çıkarılacak ve hem teoride hem de pratikte bir kültür dersine dönüştürülecektir;
- Ailelerin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için uygun araçlar geliştirilmesi.

Aşağıda açıklanacağı gibi hükümetin bu yöntemlerden ikincisini tercih ettiği ancak bu yıl yapılan seçmeli din dersleri modeliyle karma bir yönetime geçtiği anlaşılmaktadır. Bu bölümde sırasıyla zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersiyle ilgili yapılan yasama, yargı ve yürütme çalışmaları bu tercih ışığında değerlendirilecektir.

### A. Yasama

Türkiye’de zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi uygulamasının kaynağı Anayasa’nın 24. maddesidir. Anayasa’da Zengin kararı sonrasında yapılan değişiklikler<sup>21</sup> içerisinde 24. madde katılmadığı için bu ders halen müfredatta durmaktadır.

Milli Eğitim Bakanı da yakın tarihli bir açıklamasında dersin anayasal bir zorunluluk olduğunu ifade etmiştir. Bakanın açıklaması, yukarıda belirtilen tercihi teyit etmektedir:

Türkiye’de mevcut zorunlu din dersi özellikle son dönemlerde temel dini bilgiler dersini de seçimlik olarak koyduktan sonra din kültürü ahlak bilgisi, toplumsal değerlerin öğretildiği ders olarak yeniden içeriklendirilecek. Bu anayasal olarak zorunluluktur ve Türkiye’deki azınlık okulları hariç bütün okullarda bütün çocuklarımız almak zorundadırlar. Vaktiyle bu dersi almak istemeyen birçok öğrencimiz ve velisi dava konusu etmişlerdir bu meseleyi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne götürmüşlerdir. Hem Türkiye’deki dava neticeleri hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararlar bu dersin objektif ve eşit bir şekilde verilmesi şartıyla gerekli olduğu üzerinedir. Dolayısıyla tekrar tekrar bu meseleleri tartışmaya gerek yok. Niçin bu tip tartışmaları sürekli yaparak zaman kaybediyoruz- Öyleyse bu konuyla ilgili Milli Eğitim Bakanlığı’nın politikası da çok açık ve çok şeffaf bir şekilde paylaşılıyor. Öyleyse buna dair durumu kabullenmekte bence yarar var.<sup>22</sup>

Bununla birlikte, dersin azınlık okullarında verilmeyeceğine dair ifade Zengin kararında dikkat çekilen çelişkinin hala aşılamadığını düşündürmektedir.

<sup>21</sup> 7.5.2010 gün ve 5982 sayılı Kanun ile Anayasa’nın çok sayıda hükmünde değişiklik yapılmıştır. 24. maddenin değişmesi konusu gündeme gelmemiştir.

<sup>22</sup> <http://www.akparti.org.tr/site/haberler/zorunlu-din-dersleri-anayasal-bir-gerektir/35460>  
[getir.net/ygp1]

Anayasa'daki kuralın bir tekrarı niteliğinde olan 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesinde bir değişiklik yapılmamıştır. Bu hükme göre, "Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilköğretim okulları ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır".

30. 3. 2012 gün ve 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 9. maddesi ile 1739 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Maddenin ilgili bölümünde şu ifadeler yer verilmiştir:

Ortaokullar ile imam-hatip ortaokullarında lise eğitimini destekleyecek şekilde öğrencilerin yetenek, gelişim ve tercihlerine göre seçimli dersler oluşturulur. Ortaokul ve liselerde, Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberimizin hayatı, isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulur. Bu okullarda okutulacak diğer seçmeli dersler ile imam-hatip ortaokulları ve diğer ortaokullar için oluşturulacak program seçenekleri Bakanlıkça belirlenir.

İlk bakışta, zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi ile ilgili gözükmeyen bu değişiklik iki temel nedenle kısaca değinmeye değerdir. Birincisi, yukarıda belirtildiği gibi 2012 değişikliklerine kadar din eğitimi konusunda hükümetin salt (b) modelini benimsediği düşünülürken, bu değişikliklerle karma bir modele geçilmiştir. Bir yandan zorunlu olan din dersi devam edecek, bir yandan da buna ek olarak seçmeli din dersleri okutulacaktır. Bu düzenlemeyle muhtemelen şu hedeflenmektedir; zorunlu olan ders belirli bir dini öğretmeyeceği için çoğunluk dini ayrıca isteyenler için seçmeli olarak sunulacaktır. Konuyu incelememizin ikinci nedeni birinciden bağımsız değildir. Aşağıda açıklanacağı gibi Türkiye'de zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin tarafsız olmadığına dair şikâyetler devam etmektedir. Öte yandan yeni derslerin örgütlenmesi, Türkiye'de din eğitiminin devlet tarafından sunulmasında tarafsızlığa ilişkin yapısal bir sorunu ortaya koymakta ve potansiyel yeni risklere vücut vermektedir.

Öncelikle, "Kur'an-ı Kerim" ve "Hz. Peygamberimizin hayatı" dersleri hariç, başka inanışlara ilişkin bir seçmeli ders yasal güvenceye alınmamıştır. Bir başka deyişle, Bakanlık diğer seçmeli dersleri belirlemek konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir ancak adı sayılan iki dersi müfredatta bulundurmaz zorundadır. Bu yönüyle bu dersler zorunlu seçmeli ders niteliği taşımaktadır. Bu husus, şu şekilde açıklanabilir: Bakanlık, bir sene seçmeli ders olarak koyduğu konuyu ikinci sene kaldırabilir veya bir okul öğretmeni olmadığı için ilan edilen seçmeli derslerden birini açmayabilir. Ne var ki, aynı durum Kanunda sayılan iki ders için geçerli değildir. Bakanlık bu dersleri müfredatta bulundurmaz ve örgütlemek zorundadır. İkinci olarak, seçmeli ders olarak sadece bir dini inanışın konuları zorunlu olarak müfredatta koyulmuştur. Bu derslerden ikincisi; Hz. Peygamberimizin Hayatı ismi de dikkat çekicidir. Yasada yer alan isim bir inancın Peygamberinin tüm vatandaşlar açısından kabullenildiği sonucunu doğurmaya müsaittir.

Türkiye'deki başka inanışlara ilişkin dersler yasada kendine yer bulamadığı gibi Milli Eğitim Bakanlığı Temel Eğitim Genel Müdürlüğü'nün yayımladığı Genelge'de de bu yönde bir alternatif

bulunmamaktadır.<sup>23</sup> Dahası, seçmeli ders olarak konulan 3 farklı din dersinin<sup>24</sup>, muadili sayılabilecek hiçbir seçmeli ders de ortaokul müfredatında yer almamaktadır.<sup>25</sup> Örneğin, bir veli çocuğunun din dersi yerine etik dersi almasını isteyemeyecektir.

Bu derslerin uygulamada bazı yerlerde zorunlu olarak seçilmek durumunda kalacağı ifade edilmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerin yanında Genelgenin 10'dan az başvuru olan okullarda dersin açılmayacağına ilişkin hükmü de bu iddiaları güçlendirmektedir. Nihayet, resmi makamların konuya ilişkin açıklamaları da son derece tutarsızdır. Seçmeli derslere ilişkin ilk açıklamada Kur'an dersi alan öğrenci sayısının 402 bin, daha sonra 479 bin ve son olarak 643 bin olduğu açıklanmıştır.<sup>26</sup> Son rakam Türkiye'de en çok tercih edilen dersin Kur'an yine en çok tercih edilen derslerden birinin de Peygamberimizin Hayatı dersi olduğunu ortaya koymaktadır.

Yakın tarihli bir haber bu endişelerin pratikte de karşılığının bulunduğunu göstermektedir.<sup>27</sup> Habere göre Diyarbakır Protestan Kilisesi Pastörü Ahmet Güvener'in kızı zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf tutulmuş ancak okulda 10 kişiden daha fazla öğrencinin seçtiği ders bulunmadığından, başka seçecek ders olmadığı gerekçesiyle Temel Dini Bilgiler, Kur'an ve Peygamberimizin Hayatı derslerinden birini almak zorunda kalmıştır. Öğrencinin ders seçebilmesi için başka bir okula nakli düşünülmeyle birlikte diğer okullar kabul etmediği için bu okullara nakil de gerçekleşmemiştir. Konu Protestan Kiliseler Derneği'nin 2012 Hak İhlalleri İzleme Raporu'nda da yer bulmuştur.<sup>28</sup>

Bu çerçevede bakıldığında, Türkiye'de din eğitimi tamamen belirli bir inanın eğitime yönelik olarak örgütlenmiştir.

<sup>23</sup> Milli Eğitim Bakanlığının 31.8.2012 gün ve 2012/37 sayılı Genelgesi için bkz. [http://ogm.meb.gov.tr/meb\\_ays\\_dosyalar/2012\\_09/05092630\\_semeliderslrgenelge2012.pdf](http://ogm.meb.gov.tr/meb_ays_dosyalar/2012_09/05092630_semeliderslrgenelge2012.pdf) [getir.net/yg5i]

<sup>24</sup> Yasada öngörülen dışında ayrıca bir de Temel Dini Bilgiler Dersi seçmeli ders olarak alınabilmektedir.

<sup>25</sup> 9. sınıftan itibaren nispeten alternatif sayılabilecek Bilgi Kuramı ve Demokrasi ve İnsan Hakları dersleri alınabilmektedir.

<sup>26</sup> Sırasıyla bkz. "En çok matematik dersi seçildi", <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/21544666.asp> [getir.net/ygz]; "Bakan Dinçer, Anadolu Ajansı Editör Masası'nda" <http://www.meb.gov.tr/haberler/haberayrinti.asp?ID=9757> [getir.net/ygkj]; "Kuran'ı Kerim'i Seçen Öğrenci Sayısı 643 Bin" <http://www.trthaber.com/haber/egitim/kurani-kerimi-secen-ogrenci-sayisi-643-bin-67374.html> [getir.net/ygy2]

<sup>27</sup> Papazın Kızına Zorunlu Seçmeli Din Dersi, Radikal, 16.1.2013, <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=119> [getir.net/ygv7]

<sup>28</sup> Protestan Kiliseler Derneği (2012), Hak İhlalleri İzleme Raporu, s. 6. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1358442950.pdf> [getir.net/ygz0]

## B. Yürütme

Yukarıda açıklandığı gibi Türkiye’de din eğitimi konusunun örgütlenmesinde Milli Eğitim Bakanlığı önemli bir rol oynamaktadır. Bu bölümde, yukarıdaki açıklamalara ek olarak idarenin din eğitimine ilişkin düzenleyici işlemlerine değinilecektir.

Bunun yanında, idare zorunlu dersten muaf olmak isteyenlere ağırlıklı olarak olumsuz cevap vermektedir. Birel işlem niteliğindeki bu işlemlerin örneklerine de aşağıda yargı başlığı altında yer verilecektir.

Zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin içeriği Milli Eğitim Bakanlığı Din Öğretimi Genel Müdürlüğü tarafından oluşturulmaktadır. Bakanlar Komitesi’ne sunulan bilgilerden, Bakanlıkta din dersi için bir komisyon kurulduğu belirtilmekle birlikte bu komisyonun nasıl seçildiği, nasıl çalıştığı, kararlarının sonuçlarının neler olduğuna dair açık bir bilgi bulunmamaktadır. Benzer bir durum, İzmir Milletvekili Rıza Türmen’in TBMM’ye sunduğu sorusuna Milli Eğitim Bakanı Ömer Dinçer’in verdiği cevap açısından da geçerlidir. Anılan cevapta şu ifadeler yer verilmiştir:

2008 yılında üç akademisyenin danışmanlığında Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığı ve Din Öğretimi Genel Müdürlüğünde çalışan uzmanlardan oluşan bir ihtisas komisyonu oluşturulmuştur. Komisyon çalışmasına devam ederken Devlet Bakanı Sayın Faruk Çelik tarafından Alevi çalıştayları düzenlenmiştir. Bu çalıştaylar sonucunda Alevi dernek ve temsilcilerinden Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Programı hakkındaki görüş ve talepleri alınmıştır. Bu görüş ve talepler, söz konusu komisyon tarafından değerlendirilmiş ve Talim ve Terbiye Kuruluna sunulmuştur. Yapılan revizyon İlköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi Öğretim Programı Talim ve Terbiye Kurulunun 30. 12. 2010 tarihli ve 328 sayılı Kararıyla kabul edilerek 2011-2012; Ortaöğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi Öğretim Programı ise Talim ve Terbiye Kurulunun 30. 12. 2010 tarihli ve 329 sayılı Kararıyla kabul edilerek 2011-2012 eğitim öğretim yılından itibaren uygulamaya konulmasına karar verilmiştir.

Açıklamanın devamında da, yeni oluşturulan ders müfredatında Alevi-Bektaşilik konularına daha çok yer verildiği ve bu yapılırken Alevi dernek ve temsilcilerinin görüş ve taleplerinin değerlendirildiği belirtilmiştir. Ancak bunların kimler olduğu ve gerçekten bu girişimin yeterli olup olmadığı tartışılmamıştır.<sup>29</sup>

Yapılan çalışmanın sonucu oluşturulan dersin ne kadar tarafsız olduğunun tartışılması bu raporun sınırlarını aşmaktadır. Bununla birlikte, konuya ilişkin şeffaf bir sürecin olmadığı not edilmelidir. Ders programında yapılan değişiklik sonrasında dersin uluslararası ölçütlere ve insan hakları kurallarına uygun hale gelip gelmediğini inceleyen ayrıntılı bir çalışma Eğitim Reformu Girişimi

<sup>29</sup> İzmir Milletvekili Rıza Türmen’in sorusu için hazırlanan Milli Eğitim Bakanlığı, Strateji Geliştirme Başkanlığı, 17.1.2012 gün ve 337 sayılı yazısı.  
<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1349594746.pdf> [getir.net/ygp5]

tarafından yapılmıştır.<sup>30</sup> Çalışma, ders içeriğinde yapılan düzenlemelerin “tarafsızlık ve nesnellik gibi belirli genel ilkeler temel alınarak programın tümünün yeniden gözden geçirilerek değiştirilmesi biçiminde olmadığı, programa bazı yeni eklemelerin yapılması ve bazı ünitelerin yerinin değiştirilmesi şeklinde olduğu görülmektedir” demektir. Derse ilişkin yaklaşım genel itibarıyla başta AGİT Toledo İlkeleri olmak üzere uluslararası ölçütlere aykırı bulunmuştur. Tüm müfredattaki değişikliklerin incelendiği notta açıkça ortaya konduğu üzere “Din ve inanç sistemleri hakkında bilgi ele alındığında, İslam hakkında doktrinsel bilginin programın merkezinde yer aldığı ve “dinimiz” olarak öğretildiği görülmektedir”. İslam içindeki diğer yorumlara kısıtlı yer verilmekle birlikte ders halen İslam dininin belirli bir yorumunun ayrıntılı olarak benimsetildiği bir ders niteliğini devam ettirmektedir. Müfredata eklenmiş kimi bilgilerin, dersi uluslararası ölçütlere uygun hale getirmekten çok uzak olduğu not edilmelidir.

Diğer bilimsel çalışmalar da yapılan değişikliklerin uluslararası standartları sağlamaktan uzak olduğunu göstermektedir. Özenç’in saptadığı gibi müfredatın ilk iki yılı İslam dışında hiçbir inanışa yer vermemekte, bu inancın ritüelleri ayrıntılı bir şekilde anlatılmakta, 9 yıl boyunca süren 504 saatlik din eğitiminde sadece 21 saatlik, farklı inançların bazı değer ve öğütlerine yer veren üniteler bulunmaktadır.<sup>31</sup>

Hükümet tarafından Bakanlar Komitesi’ne sunulan Alevi Çalıştayları da soruna ciddi bir çözüm getirmekten uzaktır. Öncelikle zorunlu ders sadece Alevilerin sorunu değildir. Ancak böyle olsa bile Alevi Çalıştaylarının sonunda yayımlanan Nihai Rapor’dan<sup>32</sup> bir çözüm çıkarmak mümkün görünmemektedir. Söz konusu rapor, ulusal ve uluslararası mevzuatla yine uluslararası ve ulusal mahkeme kararlarını özetlemiş, tüm Alevilerin dersin varlığından rahatsız olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte, rapora göre Çalıştaylarda farklı Alevi grupları farklı çözüm önerilerini önermiş veya kabul etmiştir. Hangi grubun, ne ölçüde temsil kabiliyeti olduğu belirtilmeksizin raporda şu alternatiflerin ileri sürüldüğü belirtilmektedir: Dersin tamamen kaldırılması, muafiyet imkânı verilmesi veya dersin çoğulcu ve tarafsız bir şekilde yeniden düzenlenmesi. Rapor Başbakanlığın ilk iki ihtimali hiç dikkate almaksızın üçüncü yolu benimsediğini göstermektedir. Neden bu tercihin yapıldığının açıklanmaması bir yana bizzat Rapor, yapılan değişikliğin tatmin edici olmadığını açıkça kabul etmektedir:

Gerçi Din Öğretimi Genel Müdürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları doğrultusunda gerekli düzenlemeleri yapmış ve müfredatıyla da ilgili Mahkeme’nin yeni

<sup>30</sup> “2011-2012 Öğretim Yılında Uygulanan Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersi Programına İlişkin bir Değerlendirme”, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1349647350.pdf> [getir.net/ygws]

<sup>31</sup> Berke Özenç (2008), “AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu”, İÜHFM C. LXVI, S. 2, s.191, 224. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1357954045.pdf> [getir.net/ygpx]

<sup>32</sup> T.C Devlet Bakanlığı (2010), Alevi Çalıştayları Nihai Rapor, (Ankara: T.C Başbakanlık), s. 133-160.

bir uyarısına muhatap olmamıştır. Ancak çalıştaylarda da iade edildiği gibi müfredatın Alevi vatandaşlar tarafından yeterli düzeyde tatmin edici bulunduğu da söylenemez.<sup>33</sup>

Vurgulanması gereken bir diğer önemli husus, müfredat dışında, dersi veren öğretmenlerin formasyonu hakkındadır. İlk ve ortaöğretim okullarında Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi derslerini anlatan öğretmenlerin tamamı İslam dininin ayrıntılı bir şekilde çalışıldığı İlahiyat fakültelerinden mezun olmaktadır. Müfredata yeni din derslerinin eklenmesi ile bu alanda istihdam edilecek öğretmenlerin bu inancı ayrıntılı bir şekilde işleyebilecek donanımda olmaları daha da önemli bir zorunluluk haline gelmiştir. Farklı inanca sahip veya diğer inançlar konusunda ayrıntılı ve tarafsız eğitim almış öğretmenlerin istihdam edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle, zorunlu din dersi tarafsız bir kültür dersi olarak verilmek istense bile mevcut eğitim kadrosu ile bunun başarıyla başarılamayacağı da tartışmalıdır.

Dersin yeni düzenleme ile bir kültür dersi haline geldiği ifade edilmekle birlikte, AİHM tarafından eleştiri konusu yapılan çelişki halen devam etmektedir. Buna göre, azınlık okulları dışındaki okullarda Hristiyan ve Musevi öğrencilere Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi'nden muaf olma imkânı devam etmektedir. Esasen, Anayasa'nın 24. maddesinin dersi zorunlu kıldığı kabul edilirse idari bir işlemle Anayasa'ya aykırı bir işlem yapılması da kabul edilemez. Bununla birlikte, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu'nun 9. 7. 1990 gün ve 1 nolu kararı uyarınca "Milli Eğitim Bakanlığı'nın teklifi üzerine; azınlık okulları dışında kalan ilk ve orta öğretim okullarımızda öğrenim gören TC uyruklu Hristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup öğrencilerin; bu dinlerden birine mensup olduklarını belgelendirmeleri kaydıyla, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersine girmelerinin zorunlu olmadığı, ancak bu derse girmek istedikleri takdirde velilerinden yazılı dilekçe getirmelerinin gerekli olduğu hususunun kabulü kararlaştırılmıştır."

Bu kural birçok açıdan şaşırtıcı ve insan haklarına aykırıdır. İlk olarak Zengin kararında belirtildiği gibi bu imkân dersin hala bir kültür dersi olmadığını ortaya koymaktadır. İkinci olarak, muafiyet sadece İslam dışı iki inanış için mümkün kılınmıştır. Üçüncü olarak, sistem öğrencileri ve velilerini dinsel kimliklerini açıklamaya zorlamakta, kültür dersi olduğu ifade edilen bir dersi farklı dini inanışa sahip olan kişilerin alabilmesi için özel dilekçeyle başvuru yapılması koşula bağlanmaktadır. Nitekim nüfus cüzdanındaki din hanesini sildiren ama ilgili yere Hristiyan veya Musevi yazdırmayan kişilerin Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf olmak için yaptıkları başvuruların reddedildiği dava dosyalarından anlaşılabilir.<sup>34</sup> Aynı şekilde farklı dinlerin mensuplarının dinlerini açıklamaya zorlanması da kabul edilebilir nitelikte değildir. Nitekim Hristiyan vatandaşların örgütleri bu konuya ilişkin rahatsızlıklarını dile getirmektedir.<sup>35</sup> Dersten muaf olan öğrencilere alternatif bir imkân da sunulmadığı için derse girmeyen öğrenciler

<sup>33</sup> Aynı yerde, s. 158.

<sup>34</sup> Örn. bkz. Ankara 1. İdare Mahkemesi'nin 11.10.2012 gün ve E. 2012/1133, K. 2012/2367 sayılı kararı.

<sup>35</sup> Protestan Kiliseler Derneği'nin konuya ilişkin açıklaması için bkz.

<http://www.protestankiliseler.org/index.php/raporlar/10-makaleler/26-din-kulturu-dersi-yazilan-yazi> [getir.net/ygfc]



tamamen açıkta kalmaktadır.

Zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersine ilişkin bir diğer önemli gelişme Yükseköğretim Kurulu kararıdır. Ders 2013 yılına kadar zorunlu olmakla birlikte, merkezi sınavlarda bu dersten soru sorulmamaktaydı. 2013 yılında alınan bir Yükseköğretim Kurulu kararıyla YGS’de 5, LYS’de de 8 Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi sorusu sorulmasına karar verilmiştir.<sup>36</sup> Bir başka deyişle, Zengin kararından sonra Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin müfredattaki önemi ve başarıya etkisi önemli ölçüde artmıştır.

Zengin kararı sonrasında Türkiye’deki din eğitimi alanında atılan adımların devletin din eğitimi konusunda tarafsız ve bağımsız kalması bir yana, çok kapsamlı bir din eğitimi seferberliğinin tüm Türkiye’de yaygınlaştırıldığı görülmektedir.

### C. Yargı

Yukarıda açıklandığı gibi AİHM kararı, dersin bir kültür dersi haline gelmemesi halinde son bir alternatif olarak ailelerin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için uygun araçlar geliştirilmesini önermiştir. Kararda sayma yoluyla bu araçların ne olduğu gösterilmemişse de tartışmadan en tipik aracın dersten muafiyet olduğu anlaşılmaktadır. Danıştay’ın 2000li yılların başlarına kadarki içtihadında, zorunlu din dersinden muafiyete ilişkin talepleri Anayasa ve ilgili mevzuat uyarınca reddetmenin hukuka uygun olduğu yönündeydi.<sup>37</sup> Bazı istisnalara rağmen<sup>38</sup> ilk derece mahkemelerinin kararları da aynı yöndeydi. Bununla birlikte, AİHM kararının hemen sonrasında, idari yargının verdiği bazı kararlar muafiyet yolunun dersi almak istemeyen herkese açılması ihtimalinin önünü açmıştır.<sup>39</sup>

Zengin/Türkiye kararından kısa bir süre sonra benzer bir vaka Danıştay’ın önüne gelmiştir. Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden çocuğunun muaf tutulmasını isteyen bir velinin başvurusu İstanbul Valiliği İl Millî Eğitim Müdürlüğü tarafından reddedilmiş, bu işlemin iptali talebiyle açılan dava da İdare Mahkemesi tarafından kabul edilmemiştir. Karar temyiz için Danıştay 8. Dairesi’nin önüne gelmiştir.

Danıştay, kararında daha öncekinden farklı bir analiz yöntemi izlemiştir. Yüksek Mahkeme’ye göre, 24. maddede öngörülen zorunlu ders “din kültürü ve ahlak öğretimi”dir, “din eğitimi” değildir. Ders, AİHS’e aykırı bir şekilde örgütlenmişse din kültürü ve ahlak öğretimi sayılamaz. AİHM, kararında “Türkiye’de ilk ve ortaöğretim kurumlarında verilen din kültürü ve ahlak bilgisi

<sup>36</sup> <http://www.osym.gov.tr/belge/1-14908/basin-duyurusu-2013-ygsde-din-kulturu-ve-ahlak-bilgisi-.html> [getir.net/ygsb]

<sup>37</sup> Danıştay 8. Daire, 10.2.1987, E. 1986/518, K. 1987/54; Danıştay 8. Daire, 15.5.2000, E. 1997/6285, K.2000/3653; Danıştay 8. Daire, 14.4.2003, E. 2002/2939, K. 2003/1720.

<sup>38</sup> Örneğin, İzmir 1. İdare Mahkemesinin 17.5.2007 gün ve E. 2007/137, K. 2007/577 sayılı kararı. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352453529.pdf> [getir.net/ygqj]

<sup>39</sup> Bir görüş, Danıştay’ın bu yaklaşımının AİHM içtihadının da önünde olduğunu düşünmektedir: Berke Özenç (2008), “AİHM ve Danıştay Kararlarının Ardından Zorunlu Din Dersleri Sorunu”, İÜHF C. LXVI, S. 2, s.191, 218. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1357954045.pdf> [getir.net/ygpx]

öğretiminin rehber ilkelerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bir yönünün olmadığı, ancak eğitim sisteminde, din dersleriyle ilgili tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarının yerine getirilmemesi ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun bir yöntem sunulmaması nedenleriyle, sistemin yetersiz olmasından ötürü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ihlal edildiği belirtmiştir". Danıştay'ın kararına göre, din öğretiminin, Anayasa'nın öngördüğü amaca uygun bir müfredatla verilmesi gerekir, içeriğinin nesnel ve çoğulcu olması, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması ve devletin dinler karşısında tarafsız kalarak, bütün dinsel inançları eşdeğer görmesi gerekmektedir. İlk ve ortaöğretim kurumlarında verilen öğretimin adının din kültürü ve ahlak bilgisi olmasına rağmen, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi öğretimi olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Nitelik olarak bu kapsamda olan bir ders, zorunlu olamayacağına göre ailelerin inançlarına saygı gösterilmesi gerekir.<sup>40</sup>

Danıştay'ın iki önemli saptamasının altı çizilmelidir. Birincisi, Anayasada zorunlu olarak öngörülen ders din dersi değil, dinlere eşit uzaklıktaki "din kültürü ve ahlak öğretimi"dir. Kararda açıkça söylenmese bile bu yöntemin AİHM kararında öngörülen (b) formülüne uygun olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Danıştay'a göre, maddi olarak bu niteliğin var olması için müfredatın AİHS ve AİHM içtihatlarına uygun olması gerekir. Bu iki saptama çok önemlidir. Bununla birlikte, Danıştay bu kararında dersin içeriğinin nasıl denetleneceğine ilişkin rehber ilkeler koymamış, Zengin kararında AİHM'in yaptığı değerlendirmeleri aynen tekrar ederek benimsemeyi tercih etmiştir.

Bu karar, Anayasa ile Sözleşme arasındaki çelişkiyi aşma açısından tutarlı bir formül sunmakla birlikte, hangi durumlarda dersin nesnel sayılmayacağına ilişkin bir ölçüt koymayıp, Zengin kararını aynen aktardığı için önemli bir riskin önünü açmıştır.

Danıştay, daha sonra verdiği bazı kararlarda tamamıyla aynı formülü uygulamıştır.<sup>41</sup> Kararın ilk derece mahkemeleri tarafından da benimsenip uygulandığı görülmektedir. Bazı idare mahkemeleri kararlarında Danıştay kararını aynen tekrar etmiştir.<sup>42</sup> Bazıları ise zorunlu dersten

<sup>40</sup> Danıştay 8. Dairesinin 28.12.2007 gün ve E. 2006/4107, K No: 2007/7481 nolu kararı, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352451789.pdf> [getir.net/ygxx]

<sup>41</sup> Örn, bkz Danıştay 8. Dairesinin 29.2.2008 gün ve E.2007/679, K. 2008/1461 sayılı kararı, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352450994.pdf> [getir.net/yghi]; 15.5.2009 gün ve E. 2007/8365, K. 2009/3238 sayılı kararı, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352453832.pdf> [getir.net/yg6f].

<sup>42</sup> Ankara 1. İdare Mahkemesi, 29.4.2011 gün ve E. 2010/1042, K. 2011/624; İstanbul 10. İdare Mahkemesi, 20.3.2009, /E. 2008/979, K. 2009/584 [getir.net/ygtr]; İstanbul 6. İdare Mahkemesi, 16.4.2010, E. 2009/1673, K.2010/644 [getir.net/ygs7]; Sakarya 2. İdare Mahkemesi, 29.6.2010, E. 2009/877, K. 2010/546 [getir.net/ygn7]; İstanbul 10. İdare Mahkemesi, E. 2008/1747, K. 1009/1914 [getir.net/ygmf]; İstanbul 6. İdare Mahkemesi, E. 2010/401, K. 2010/472 [getir.net/yg5v]; Samsun 1. İdare Mahkemesi, 17.11.2009, E. 2009/792, K. 2009/1147 [getir.net/ygfb]; Ankara 16. İdare Mahkemesi, 15.5.2009, E. 2008/433, K. 2009/635 [getir.net/yg5z]; İstanbul 6. İdare

dinsel inanç nedeniyle muaf tutulma talebinin, başka bir açıklama olmaksızın dersten muaf olmak için yeterli olduğu sonucuna ulaşmıştır.<sup>43</sup> Ancak bu dönemde dahi, tüm idare mahkemelerinin aynı yönde karar verdiklerini söylemek mümkün değildir. Bazı mahkemeler, Anayasa'nın 24. maddesi ve Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 12. maddesini esas alarak idare lehine karar vermiştir.<sup>44</sup>

Ancak 2010 yılında Danıştay'ın bu yöntemi sonlandırıldığı görülmektedir. İlkinin 2010 yılında verdiği bir dizi kararda, Danıştay'ın, dersin artık Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi niteliğine kavuştuğunu saptadığı görülmektedir. Ankara 10. İdare Mahkemesine 2005'te açılan bir davada, İdare Mahkemesi diğer yargı yerlerinden farklı olarak ders kitaplarının sosyolojik ve pedagojik yönden incelenerek mezhepler arası tarafsızlık ilkesine uygun davranılıp davranılmadığının saptanmasını bilirkişiden istemiştir. Bilirkişi raporunda şu sonuca ulaşmıştır:

2005-2006 eğitim öğretim yılında ilköğretim 4., 5., 6., 7., ve 8. sınıflar için hazırlanan ders kitaplarının Milli Eğitim Bakanlığı Talim ve Terbiye Kurulu Başkanlığının 20.05.2005 gün ve 100, 62, 44 ve 38 sayılı kararları ile 2005-2006 eğitim öğretim yılından itibaren 5 yıl süreyle ders kitabı olarak kabul edildiği, ancak 19.09.2000 tarihinde uygulamaya konulan ilköğretim Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Programları ve buna bağlı olarak hazırlanan ders kitaplarının Talim ve Terbiye Kurulunun 28.12.2006 gün ve 410 sayılı kararıyla yürürlükten kaldırıldığı, 2007-2008 eğitim öğretim yılında yeni programın yürürlüğe girdiği ve söz konusu kitapların sadece iki öğretim yılında uygulamada kaldığı, Lise Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi ders kitaplarından 10. ve 11. sınıflara ait kitapların da 2006-2007 öğretim yılı sonunda yenilenen müfredat programı çerçevesinde yürürlükten kaldırıldığı, ilk ve orta öğretimde Milli Eğitim Bakanlığı Devlet Kitapları Komisyonu tarafından hazırlanan ders kitaplarından başka bir kitabın okutulmadığı, bununla birlikte anılan kitaplarda, din öğretiminde bir mezhebin veya tarikatın esas alınmadığı, genel olarak mezheplerüstü yaklaşım esas alınarak hazırlandığı ve dinlerin birleştiriciliğinin ön plana çıkarıldığı, İslam ile ilgili bilgilerde Kur'an ve Hz. Muhammet merkezli olarak birleştirici bir yol izlendiği, hiçbir mezhep veya oluşuma atıfta bulunulmadığı, Milli Eğitim Bakanlığı tarafından 2006-2007 öğretim yılından itibaren uygulamaya konulan yeni müfredat programında ve kitaplarda, davacıların iddialarında dile getirdikleri hususların daha özenli olarak ele alındığı, ele alınan konuların ülkemizde mevcut olan din, mezhep ve diğer dini yorumları kuşatıcı nitelik taşıdığı, herhangi bir mezhep, dini yorum veya gruba

---

Mahkemesi, 20.04.2010, E. 2009/1940, K. 2010/661 [getir.net/ygvl]; Sivas İdare Mahkemesi, 22.7.2010, E. 2009/1259, K. 2010/870 [getir.net/ygpt].

Söz konusu kararlara <http://aihmis.org.tr/?q=node/112&dosya=46> [getir.net/ygmo] adresinden ulaşabilirsiniz.

<sup>43</sup> İstanbul 1. İdare Mahkemesi, 07.10.2010, E. 2010/136, K. 2010/1408,

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352450154.pdf> [getir.net/05uo]

<sup>44</sup> Ankara 14. İdare Mahkemesi, 15.12.2010, E. 2008/1394, K. 2010/1783,

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352449959.pdf> [getir.net/05mo]

pozitif ayrımcılık yapılmadığı, vatandaşların ihtiyaç duyduğu din kültürünü kazandırmak için Anayasa ve yasaların gereği olarak, eğitim değil öğretim düzeyinde yer verildiği, programın hazırlanmasında Sünni inancın esas alınmadığı, Alevi inanç ve kültürüne yeni programda yaklaşık 30 sayfa yer verildiği ve davacıların isteklerinin büyük oranda karşılanabileceği bir zemin oluşturulduğu, ancak dini gün ve gecelerle ilgili konuların islendiği ünitelerde Alevilere özgü günlere de yer verilmesi gerektiği hususlarının yer aldığı; konuların mezheplerüstü bir yaklaşımla ele alındığı ve herhangi bir mezhep veya mahalli uygulamadan söz edilmediği ve yeni hazırlanan programda Alevi İslam inanç ve kültürüne daha fazla yer veril[mıştır].

Bilirkişi raporunu tartışmasız olarak kabul eden Danıştay'a göre:

Söz konusu karar sonucunda din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin yeni müfredatı ile din dersi niteliği taşımadığı, içerik olarak din kültürü ve ahlak bilgisi öğretimi olarak kabul edilmesi gerektiği açık olup, davacı tarafından müfredat değişikliğinden sonra başvuruda bulunduğu tartışmasızdır. Anayasa'nın 24. maddesine göre din kültürü ve ahlak öğretiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında olduğu kuşkusuzdur. Bu öğretimin Anayasa'nın öngördüğü amaca uygun bir müfredatla verilmesi gerektiği, içeriğinin nesnel ve çoğulcu olması, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması ve devletin dinler karşısında tarafsız kalarak bütün dinsel inançları eşdeğer görmesi gerekmektedir. Öğretimde uygulanan müfredatın belirli bir din anlayışını esas alması durumunda bunun din kültürü ve ahlak bilgisi dersi olarak kabul edilemeyeceği ve din eğitimi halini alacağı açıktır. Nitekim müfredatta yapılan değişiklik sonucunda ülkemizde çoğulculuk anlayışı içinde nesnel ve rasyonel bir şekilde din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin verildiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, davacının başvuruda bulunduğu 18 Kasım 2008 tarihinde uygulanan müfredatla din eğitimi yapılmayıp, Anayasa'nın 24. maddesine uygun olarak din kültürü ve ahlak bilgisi öğretimi yapılmakta olup, anılan madde uyarınca da bir eğitim zorunludur.<sup>45</sup>

Danıştay kararda belirtilen ilkeleri daha sonraki kararlarında da uygulayarak Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muafiyeti imkânsız hale getirmiştir.<sup>46</sup> Karar düzeltme talepleri de karşılıksız kalmıştır.<sup>47</sup>

Daha önceki içtihadı dayanarak verilen iptal kararları da Danıştay tarafından bozulmaya başlanmıştır. Sivas İdare Mahkemesi'ne açılan bir davada davaya bakan heyet, davacıların çocuklarının bulunduğu sınıfların Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi kitaplarını incelemiş, bu kitapların ağırlıklı olarak İslam dinine yönelik bilgiler içerdiğini görerek bu durumun belirli bir dinin öğretisinin öğretilmesi niteliği taşıdığını belirtmiştir. Bu nedenle dersin çocuklar için zorunlu

<sup>45</sup> Danıştay 8. Daire, 13.7.2010 gün ve E. 2009/10610, K. 2010/2413.

<sup>46</sup> Danıştay 8. Daire, 29.11.2011 gün ve E. 2011/5904, K. 2011/6141.

<sup>47</sup> Danıştay 8. Daire, 23.5.2012 gün ve E. 2012/2599, K. 2012/3401.

tutulamayacağı saptanmıştır. Danıştay, kitap içeriğinin Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi mi yoksa din eğitimi niteliğinde mi olduğunun belirlenmesinin hukuk bilgisiyle mümkün olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, bu ancak sosyolojik ve pedagojik bir inceleme ile mümkündür ve iptal kararının bozulması gerekir.<sup>48</sup> Bu yaklaşıma uygun olarak, idare mahkemeleri tarafından verilen kararlarda bilirkişi görüşüne başvurulmaya başlanmıştır. İlgili bilirkişi raporları, ailelerin ve çocukların haklarının ihlal edilip edilmediğini incelemekten çok dersin tarafsız olduğunu kanıtlama çalışmaları niteliğini taşımaktadır.<sup>49</sup>

Danıştay'ın din eğitimi ile ilgili yeni tutumu külliyen yanlıştır. Davanın konusu, teolojik olarak dinin doğru öğretilip öğretilmediği değildir. Davanın konusu, zorunlu dersin öğrencilerin ve velilerin ulusal ve uluslararası hukukta korunan haklarını ihlal edip etmediğidir. Bu tamamen hukuksal bir konu olup, bilirkişiye havale ederek çözülebilecek bir husus değildir.

Nitekim Zengin kararında da AİHM, konuyu bilirkişiye inceleterek değil uluslararası insan hakları standartlarını dikkate alarak çözmüştür. Danıştay'ın da yapması gereken dersin içeriğini ve işleniş şeklini inceleyerek davacıların haklarının ihlal edilip edilmediğini tespit etmektir. Ne var ki, Danıştay bunu yapmak yerine kendisini bilirkişi raporuyla bağlı saymayı tercih etmiştir. Oysa Danıştay'ın dersin tarafsız olduğunu kabul ettiği tarihin sonrasında çok sayıda vatandaş dersten muaf tutulma talebini yetkililere iletmeye devam etmiş, bilimsel çalışmalar da dersin tarafsız olmadığını ortaya koymuştur.<sup>50</sup>

Karara konu olan olayların gelişim tarihi de dikkat çekicidir. Yukarıda açıklandığı gibi hükümet Bakanlar Komitesi'ne sunduğu bilgide, 2009-2010 yılları arasında Alevi çalışmaları yapıldığını, Bakanlıkta konunun incelenmesi için bir komite kurulduğunu bildirmiştir. Ayrıca, Bakanlar Komitesine 2011-2012 yılında uygulanacak Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin içeriğini gösterir bir CD sunulmuştur. Hâlbuki Danıştay, 2007 yılında yapılan değişiklikleri yeterli görmektedir. Danıştay'ın bu tutumu iki farklı çelişki yaratmaktadır. Birincisi Danıştay'ın aynı dairesi 2010 yılına kadar muafiyet yönünde karar vermiştir. Ancak birden 2010 yılında verdiği kararda dersin kültür dersi olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu durumda 2007 değişikliği sonrasında verilen kararların yanlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Danıştay tarafından aradaki farkın ne olduğu açıklanmadığı için bu sonuca nasıl olup da ulaşıldığı anlaşılamamaktadır. Bir diğer husus, Danıştay kararı ile hükümetin girişimleri arasındaki çelişkidir. Danıştay, yapılanların AİHS standartlarına uygunluk için yeterli olduğunu düşünmekte, ancak hükümet bunu yeterli görmediği için Bakanlar Komitesi'ne yeni belgeler yollamaktadır. Milli Eğitim Bakanlığı tarafından İzmir Milletvekili Rıza

<sup>48</sup> Danıştay 8. Dairesinin 8.6.2012 gün ve E. 2010/8381, K. 2012/4640 sayılı kararı. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352454119.pdf> [getir.net/05nl]

<sup>49</sup> Sivas İdare Mahkemesi, 17.5.2012, E. 2011/393, K. 2012/607, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1352454624.pdf> [getir.net/05b5]

<sup>50</sup> Bkz. yukarıda not 14 ve 15.

Türmen'in sorusuna yönelik hazırlanan cevapta da alınan önlemlerin ancak 2011-2012 öğretim yılında karara uygun geldiği belirtilmektedir.<sup>51</sup>

Bir başka deyişle, Danıştay hakkın korunması açısından hükümetin de gerisine düşmüştür.

İdare mahkemeleri de Danıştay'ın 2010 içtihadını izleyerek başka inançlardan ailelerin zorunlu dersten muaf olmak için yaptıkları başvuruları reddeden idari işlemlerin iptal istemini tekrar reddetmeye başlamıştır.<sup>52</sup> Daha önce davacılar lehine verilen kararlar da Danıştay'ın bozma kararı üzerine idare lehine sonuçlanmaya başlamıştır.<sup>53</sup>

Yargı yolları dışında TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'na da zorunlu din dersinden muaf tutulma talebiyle başvurular yapıldığı görülmektedir. Bu başvurular, müfredatı değiştirme yetkisinin Milli Eğitim Bakanlığında olduğu belirtilmek suretiyle reddedilmektedir.<sup>54</sup> Bir başka vakada, Komisyona başvuran kişi idare mahkemesinde davayı kazanmasına rağmen, kararın 7. ve 8. sınıflara ilişkin olduğu belirtilerek, başvuranın çocuğunun 9. sınıf zorunlu din dersine girmeye zorlandığı görülmüştür. Şikâyetçi, Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'ndan da TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu'ndan da bir sonuç alamamıştır.<sup>55</sup>

## Sonuç ve Tavsiyeler

### Hükümete

Raporun başında açıklandığı gibi AİHM'in Zengin kararından yola çıkarak, kararın üç farklı şekilde infaz edilebileceği görülmektedir:

- Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi zorunlu olmaktan çıkarılacaktır;
- Din kültürü ve ahlak bilgisi dersi, belirli bir dinin tek yönlü koşullandırılması niteliğinden çıkarılacak ve hem teoride hem de pratikte bir kültür dersine dönüştürülecektir;
- Ailelerin inançlarına saygı gösterilmesinin sağlanması için uygun araçlar geliştirilecek ve bu araçların kullanılması için aileler ve çocuklar dini inanışlarını açıklamaya zorlanmayacaktır.

Hükümet bu olasılıklar arasında (b) yöntemini geliştirme yolunu seçmiş, müfredata yeni koyulan dersler açısından ise (c) yöntemini yürürlüğe koymuştur. Yeni düzenlemelerle, müfredatta din dersleri önemli bir yer tutmaya başlamıştır. (B) yöntemi uyarınca geliştirilen müfredatın,

<sup>51</sup> Bkz. yukarıda not 10.

<sup>52</sup> Yıldırım Türker, "Din Dersi Meselesi", Radikal, 06.02.2012, <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=62> [getir.net/05a2]

<sup>53</sup> Ankara 1. İdare Mahkemesinin 11.10.2012 gün ve E. 2012/1133, K. 2012/2367 sayılı kararı.

<sup>54</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun 29.3.2012 gün ve 57176 sayılı kararı, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1349782729.pdf> [getir.net/05gj]

<sup>55</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun 06.12. 2011 gün ve 33853 sayılı kararı, <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1349785539.pdf> [getir.net/051c]

Sözleşme ölçütlerinden uzak olduğu görülmektedir. Bilimsel çalışmalar, iyileştirmelere rağmen sorunun devam ettiğini açıkça ortaya koymaktadır. Kaldı ki sorun sadece müfredatla ilgili de değildir. Hem müfredatı hazırlayan Milli Eğitim Bakanlığı Din Öğretimi Genel Müdürlüğü, hem de dersi yürüten öğretmenler formasyon olarak belirli bir dinsel gelenekten geldikleri için derslerin çoğulcu işlenmesi güçtür. Zengin kararından sonra dersten muaf olmak isteyen çok sayıda veli bulunması, muafiyet hakkının önemini ortaya koymaktadır. Yakın tarihli Danıştay kararları ise konuyu insan hakları açısından değerlendirmede için eleştiriye açıktır. Zorunlu din dersi yetkililerin belirttiğinin aksine Anayasal bir zorunluluk olmayıp, seçmeli bir ders olarak müfredatta bulunması Anayasa'nın gereğini yerine getirmek için yeterlidir.<sup>56</sup>

Buna uygun olarak:

- a) Türkiye'de herkesin din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterilmesi için hükümetin mevcut formüller arasında en zoru olan (b) formülü yerine, alternatiflerin de yasada açıkça yazıldığı ve din eğitiminin belirli bir dini dayatma şeklinde olmayacak şekilde formüle edildiği seçmeli ders (c) modeline geçmelidir.
- b) Seçmeli din dersleri, dolaylı yoldan öğrencilerin seçmek zorunda bırakıldığı dersler olmaktan çıkarılmalı. Bu konuda yasal güvenceler mutlaka düzenlenmelidir.
- c) Ağırlıklı olarak bir dinin bilgilerinin aktarıldığı bir dersten merkezi üniversite sınavında sorular sorulmamalı, bu şekilde o dersi almayanlar dezavantajlı duruma sokulmamalıdır.

## Bakanlar Komitesine

Zengin/Türkiye kararı 5 yılı aşkın bir süredir Bakanlar Komitesi önünde incelenmeye devam etmektedir. Bu süre içerisinde kararın gerekleri yerine getirilmediği gibi Türkiye'de din eğitime ilişkin başka sorunlar da ortaya çıkmıştır. Hükümetin, ilgililerle görüşülüp gerekli düzenlemeleri yaptığına ilişkin açıklamaları tatmin edici gözükmemektedir.

Buna uygun olarak:

- a) 5 yılı aşkın bir süredir infaz edilmeyen kararın standart izlemeden çıkarılması ve nitelikli izleme sürecine alınması gerekmektedir.
- b) Dersin uluslararası ölçütlere uyduğunun anlaşılmasının bir CD üzerinden yapılması mümkün değildir. Sorunun çok boyutlu yönlerinin ortaya çıkarılması ve çoğulcu bir çözüm bulunması için Bakanlar Komitesi'nin uzman katkısının sunulduğu ve Türkiye'de zorunlu din dersine karşı çıkan grupların da katılımının mümkün kılındığı bir denetim sürecinin işletilmesi gerekmektedir.

<sup>56</sup> Bkz. Kerem Altıparmak, "Zorunlu Din Dersi Gerçekten Zorunlu mu?", Radikal İki, 13.2.2005, [http://www.radikal.com.tr/ek\\_haber.php?ek=r2&haberno=4372](http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=4372) [getir.net/054v]

# Ünal Tekeli / Türkiye

(Başvuru no. 29865/96, 16 Kasım 2004)

## İzleme Raporu

*"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

*2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."*

*AİHS, Madde 8 : Özel ve aile hayatına saygı hakkı*

### Başvuru Konusu Olay

Başvurucu, Ayten ÜNAL TEKELİ, 1990 yılında avukatlık stajı yaparken evlenmiş ve kocasının soyadını almıştır. Mesleki yaşamında evlilik öncesi soyadı ile tanınmakta olduğu için bu soyadını, aslında kocasının soyadı olan yasal soyadının önüne koyarak kullanmaya devam etmiştir. Bununla birlikte resmi belgelerde her iki soyadını kullanması mümkün olmamıştır.

Başvurucu, 1995 yılında Karşıyaka Sulh Hakimliğine, sadece evlilik öncesi soyadı olan ÜNAL'ı kullanmak için başvurmuş ise de Mahkeme, evlilik boyunca kadınların kocalarının soyadlarını taşımak zorunda olduklarını belirterek Medeni Kanun uyarınca davayı reddetmiştir. Karar temyiz edilmiş ancak temyiz talebi de reddedilmiştir.

Medeni Kanun 1997 yılında değişiklik yapılmış ve kadının, evlilik öncesi soyadını kocasının soyadının önüne konularak kullanılmasına izin vermiştir. Bununla birlikte Başvurucu, evlilik öncesi soyadını tek başına kullanabilme talebini devam ettirmiştir.

İç hukukta sonuç alınamayan süreçlerden sonra Başvurucu, konuyu 1995 yılında AİHM'ne taşımış ve Türkiye'de mahkemelerin, kadınların evlilik öncesi soyasını kullanmasına izin vermemesinin Sözleşme'nin 8. Maddesi ile korunmakta olan özel yaşam hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Başvurucu, erkeklerin kendi aile soyadlarını evlendikten sonra da kullanmaya devam etmeleri nedeniyle kendisinin ayrımcılığa uğradığından da yakınlıkla 8. Madde ile birlikte 14. Maddenin ihlal edildiğinden yakınmıştır.



## AİHM Kararı

Mahkeme, başvuru konusu olayla ilgili kararını 2004 yılında vermiştir.

Kararda, erkeklerin evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanmaya devam ederken kadınların kullanamaması olgusunun kişiler arasında cinsiyete dayalı bir "farklı muamele" oluşturduğu ve bunun da Sözleşme'nin 14. Maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkeme, önüne gelen sorunu öncelikle Sözleşme'nin 8.maddesi bağlamında ele almıştır.

Öncelikle kadının evlilik öncesi soyadını kullanması ve aile soyadının belirlenmesine ilişkin iç hukuk kuralarının Sözleşme'nin 8.maddesinde belirtilen kurala bir müdahale teşkil edip edilmediği ve ediyor, müdahalenin, 14.madde ile çerçevesi çizilen ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığı irdelenmiştir.

Hakka bir müdahalede bulunulduğuna dair başvurucu ile hükümet arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hükümet bu müdahalenin nesnel ve meşru temelleri bulunduğu gibi müdahalenin gerekli olduğundan bahisle, ayrımcı bir uygulama oluşturmadığı görüşündedir.

Mahkeme, hakka yapılan müdahale sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini saptamak bakımından müdahalenin gerekli olup olmadığına iki temel noktada yaptığı tartışma sonucunda ulaşmıştır;

- Aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin kabul edilebilir olup olmadığı,
- Aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığı.

Mahkeme, müdahalenin "gerekliliği ve haklılığı" değerlendirmesini yaparken çeşitli referanslara başvurmuştur. Mahkeme öncelikle, cinsiyet eşitliğinin Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin ana hedeflerinden biri olduğu saptamasını yapmıştır. Bu çerçevede Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, soyadı seçimi bağlamında cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasına ilişkin 1978 ve 1985 tarihli iki metni bulunmaktadır. Bu hedef ayrıca Parlamenterler Meclisi, Hukuksal İşbirliği Avrupa Komitesi çalışmaları ile Birleşmiş Milletler çalışmalarındaki cinsiyet eşitliği ile ilgili gelişmelerde de görülebilir.

Daha da ötesinde Avrupa Konseyi'ne Taraf Devletler arasında, eşlerin aile soyadını seçiminde eşit muamele konusunda bir konsensüs bulunmaktadır. Türkiye, eşler aksine karar vermiş olsalar bile kocanın soyadının eşlerin soyadı olarak kabul edilmesini -ve kadının da böylece evlilik öncesi soyadını kaybetmesini- hukuksal olarak düzenleyen tek Üye Devlettir.

Aslında 2001 yılı Kasım ayında gerçekleştirilen reformlar, aileyi ve çocukları etkileyecek kararlar verilmesi, ekonomik faaliyetler ve eşleri temsil eden soyadının belirlenmesinde kadının kocası ile eşit muamele görmesini amaçlamıştır. Bununla birlikte kadının, kocasının soyadını alma

zorunluluğu da dahil olmak üzere evlilik sonrası aile soyadı ile ilgili düzenlemeler değişmeden kalmıştır.

Türk Hükümeti, kocanın soyadının aileye verilmesinin, aile birliğinin tek bir soyadı ile temsil edilmesi geleneğinden kaynaklandığını ileri sürmüştür.

Bununla birlikte Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin medeni hukukta eşlerin eşitliğine ilişkin Kararına (78)37 ve cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı yargısal korumaya ilişkin Tavsiye Kararına R(85) atıfta bulunarak cinsiyet eşitliği yönünde ilerlemenin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin temel bir hedefi olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme bu bağlamda ve ayrımcılık yasağı ilkesine verilen önemi göz önünde bulundurarak devletlerin, aile birliğinin kocanın soyadıyla dışa vurulduğu şekilde süre giden geleneği evli kadınlara dayatamayacağını belirtmiştir.

Mahkeme, bunun sonucunda, kadınlara aile birliği adına getirilen kocanın soyadını alma zorunluluğunun; kadın evlenmeden önceki soyadını kullanabilse bile, cinsiyet temelli muamele farklılığını objektif ve mantıklı bir biçimde açıklanamadığını ortaya koymuştur.

Aile birliği, diğer Avrupa ülkelerinin yasal sistemlerinde olduğu gibi, ortak bir aile ismi seçilmeksizin de korunabilir ve sağlanabilir. Bununla bağlantılı olarak aile birliği adına evli kadın üzerindeki, önceki soyadının önüne koyarak kullanabilse dahi kocanın soyadını kullanma yükümlülüğün nesnel ve makul hiçbir bir gerekçesi olamaz.

Bu çerçevede Mahkeme, kadının evlilik öncesi soyadını kullanması ve aile soyadının belirlenmesine ilişkin iç hukuk düzenlemelerini 8. madde ile güvence altına alınan hakka, meşru olmayan bir biçimde ve kadın aleyhine bir ayrımcılık yaratarak müdahale edildiğine ve sonuç olarak farklı muamele bağlamında 14. Maddenin ihlaline karar vermiştir. 8. Madde ile ilgili ayrıca bir karar verilmesine gerek görmemiştir.

Hüküm kısmında ise Mahkeme bir tazminata karar vermemiştir. Bunun yerine, sorunun Türk yasalarına göre evli kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kullanamamaları olduğu tespitini yaparak bu kararın doğuracağı sonuçların Başvurucu açısından da makul bir giderim olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, hüküm kısmında, başvuru sahibi de dahil olmak üzere evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik Türk Hükümetinin yükümlülüğüne dikkat çekmiştir.

## 46. Madde Uygulanması

Sözleşme'nin 46. Maddesi uyarınca, Sözleşmeye taraf devletler Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmektedir. Mahkemeye yapılan başvurular ve verilen kararların niteliği kural olarak bireyseldir. Bu çerçevede Ünal Tekeli kararının da sadece konuyla ilgili başvuruda bulunan başvurucuyu ilgilendirdiği düşünülebilir. Bununla birlikte, Ünal Tekeli kararı Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca genel veya özel önlem önermemekle birlikte, pilot kararlara

benzer bir yöntem uyguladığı bir karar örneğidir. Bu tür kararlar, pilot ve yarı-pilot kararlardan farklı olarak üçüncü bir kategori altında değerlendirilmektedir. Gerçekten de Ünal Tekeli kararında, hüküm fıkrası dışında gerekçe bölümüne bakıldığında Mahkemenin, Türk hükümetine esasında başvuru tazminat ödemenin dışında ve çok daha geniş bir ödev yüklediği görülmektedir;

Kararın 73 no.lu paragrafında da belirtildiği gibi, Mahkeme, başvuran da dahil olmak üzere evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı hükümete bırakmaktadır. Kararın gerekçesinde açıkça ortaya konulduğu üzere bu ihlalin kaynağı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesidir. Bu nedenle alınacak önlemin bu hükme ilişkin olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

AİHM kararları, süregelen bireysel ihlal ile birlikte benzer ihlallerin sonlandırılmasını, gerçekleşmiş ihlallerin sonuçlarının giderilmesini ve benzer ihlallerin tekrarlanmaması için gerekli önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Ünal Tekeli davasında, nihai sonuç, ilgili hükmün kaldırılması veya uygulanmaması ile sağlanabilecektir. Bu sonuca mevzuatın değiştirilmesi yoluyla ulaşılabileceği gibi yetkili merciler tarafından Sözleşme'nin doğrudan uygulanması yoluyla da ulaşılabilir.<sup>57</sup>

Nitekim Ünal Tekeli kararı, genel önlemlerin alınmasının sağlanması bakımından Bakanlar Komitesi tarafından bir öncü dava olarak izlenmektedir.

## Bireysel ve Genel Önlemler

Mahkeme tarafından yapılan tartışmaların yanı sıra kararın hüküm kısmı da aslında sorunun sadece başvuru ile ilgili olmadığı ve alınacak herhangi bir bireysel önlem ile kararın gereklerinin yerine getirilemeyeceği ortaya konulmuş durumdadır. Mahkeme kararında ele alınmış olan ihlal başvurusunun niteliği gereği bireysel olsa da aslında yasal düzenlemelerden kaynaklanan genel bir soruna ilişkindir.

<sup>57</sup> Bununla birlikte, birçok vakada kararın gerekçe kısmı kararın icrası için özel önem taşımaktadır. Bu nedenle, kararların sadece hüküm fıkrasına değil ve fakat gerekçe bölümünün (*obiter dictum*) gereklerine uyulmasının da gerekliliği giderek daha çok vurgulanmaktadır. AKPM Raportörleri tarafından ısrarla vurgulanan "*res interpretata*" ilkesi devletlerin Sözleşmeyi AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle uygulamasını gerektirir. Bu aslında yerindenlik ilkesinin de bir gereğidir. Nesnel ödevler yükleyen Sözleşme, öncelikli olarak ulusal makamlar tarafından ortak Avrupa standartlarına göre uygulanacaktır. Bu ortak standartların ne olduğunu söylemeye yetkili makam ise AİHM'dir. O halde taraf devletler sadece ilgili davanın hüküm fıkrasında gösterileni değil ama ayrıca kendi aleyhlerine verilen diğer kararlarla ve hatta başka devletler aleyhine verilen kararlardaki ortak standartlara uyma yükümlülüğü altındadır. (*AİHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: İzleme Çerçevesi, Kerem Altıparmak, 2012., İHOP yayını.*)

Türk Hükümeti, Başvurucunun mağduriyetini gidermek bakımından, bir bireysel önlem olarak kendisine evlenmeden önceki soyadını taşıyan bir kimlik belgesi vererek **bireysel önlemler bakımından yükümlülüğünü yerine getirmiştir.**

Genel önlemlere ilişkin değerlendirme ise aşağıda sunulmuştur.

### **Hükümet tarafından Bakanlar Komitesi'ne yapılan bilgilendirmeler**

Hükümet yetkilileri, sorunun ortadan kaldırılması için almakta oldukları bir dizi genel önlemleri Bakanlar Komitesi'ne bildirmiştir;

- 21.06.2005 tarihinde Bakanlar Komitesi'ne yapılan bildirimde Türkiye'nin 11.06.1985 tarihinde BM'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni onayladığı ve Anayasa'nın 90. maddesinin Mayıs 2004'te, Türkiye'nin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin iç hukuktan üstün olduğunu öngörür şekilde değiştirilmesiyle bu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale geldiği belirtilmiştir.
- Avrupa Mahkemesinin kararı, Adalet Bakanlığı Bülteni'nde 15.05.2007'de yayımlanmıştır (Sayı 275, sayfa 39). Bakanlar Komitesi'nin Temmuz 2005'te gerçekleşen 928. oturumda Hükümet yetkilileri, bu kararın kamuoyunda büyük ilgi çektiği ve kendilerinin bu tür ihlallerin gelecekte engelleneceğini umdukları yönünde Komiteyi bilgilendirmiştir.
- 11.04.2006'da Hükümet, Sekreteryayı, söz konusu kanuna rağmen başvurucuya evlenmeden önceki soyadını taşıyan bir kimlik belgesi verilmesinin, yürütme yetkilerinin Sözleşmeye ve Avrupa Mahkemesi içtihadına verdiği doğrudan etkinin iyi bir göstergesi olduğuna dair bilgilendirmiştir.
- Adalet Bakanlığı, benzer ihlallerin gelecekte gerçekleşmesini engellemek amacıyla Medeni Kanun'un 187. maddesinin değiştirilmesi yönünde bir kanun tasarısı hazırlamıştır. 997. oturumda (Haziran 2007) Hükümet yetkilileri bu kanunun kabul edilmesi yönündeki hazırlıkların bittiğini ilan etmiştir. Ne var ki Komiteye bir takvim sunulmamıştır.
- Bakanlar Komitesi, Mart 2011'de yapılan 1108. Oturumda genel önlemler hakkında verilecek bilgiler ışığında, yani Medeni Kanun'un 187. maddesini değiştirmeyi amaçlayan kanun tasarısının kabul durumuna ilişkin bilgilere göre incelemeyi bu noktada yeniden ele almaya karar vermiştir.

### **Genel Önlemlere İlişkin Verili Durum**

Medeni Kanun'un 187. Maddesi uyarınca evlenme ile kadınların soyadlarının değişmesinin yarattığı ayrımcılığın ortadan kaldırılabilmesi için izlenecek tek bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Kararın yerine getirilmesi için üç farklı olasılık vardır. Aşağıda yasama, yargı ve yürütme gelişmeleri incelenirken bu üç farklı olasılık dikkate alınacaktır.

1. Kararın gerekleri, mevzuatın Sözleşmeye uygun biçimde değiştirilmesi yolu ile yerine getirilebilir.
2. 187. madde Anayasa'ya aykırı bulunarak, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir
3. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmese bile, Sözleşme hükümlerine, Yargıtay ve yerel mahkemelerce Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca doğrudan uygulama alanı tanımaktır. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan Medeni Kanunu'nun 187. maddesi kararlara esas alınamayacaktır.

Aşağıda, bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

## A. Medeni Kanun Madde 187'nin Değişikliğine İlişkin Yasama Faaliyetleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 16.11.2004 tarihinde verilen Ünal Tekeli kararına ve kararın üzerinde sekiz yıl geçmesine karşın kadının evlilik sonrasında kendi soyadını kullanmasına ilişkin yasal değişiklikler halen yapılmış değildir.

2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medenî Kanun kadına, kocasının soyadı ile birlikte, evlenmeden önceki soyadını kullanma olanağı tanımıştır. Bununla birlikte Medeni Kanun'da yapılan bu değişiklik kadınlara iki soyadı birden kullanmayı bir hak olarak değil bir "olanak" olarak düzenlemiş durumdadır. Buna göre kadınlar, evlilik ile iki soyadını birden otomatik olarak almamaktadır. Bu kullanım ancak evlenme sırasında, evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus müdürlüğüne yapılan bir beyanla veya daha sonra açılacak bir dava ile mümkün olabilmektedir.

Kadınlar mevcut durumda soyadı ile ilgili kişilik haklarını kendi iradeleri doğrultusunda kullanamadıkları gibi resmî belgelerde kadının soyadı yine değişmeye mecbur bırakılmakta ve evlilik içerisinde doğmuş olan çocuklar da kocanın, aile soyadı niteliğini kazanmış olan soyadını zorunlu olarak almaktadır.

Türkiye Hükümetinin Bakanlar Komitesi'ne Medeni Kanunun bu düzenlemeyi yapan 187. Maddesi ile ilgili bir değişiklik yapılmasının öngörüldüğü 2011 yılı Mart ayında bildirilmiş durumdadır. İlgili değişiklik çalışmaları 4. Yargı Paketi olarak bilinen mevzuat değişikliği hazırlıklarının 27 Kasım 2012 tarihinde basında yer alan haberlere yansımış ve kamuoyu da konudan böylece haberdar olmuştur.

Nihayet, Bakanlar Kurulu, 4. Yargı Paketi olarak adlandırılan tasarıyı 7 Mart 2013 tarihinde TBMM'ne sevk etmiştir. Ancak tasarıda Medeni Kanunun 187. Maddesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.<sup>58</sup>

Hükümet tarafından hazırlanan 4. Yargı Paketindeki düzenlemenin yanı sıra Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekillerinden Sezgin Tanrıkulu<sup>59</sup> ile Barış ve Demokrasi Partisi Milletvekillerinden Altan Tan<sup>60</sup> evli kadınların soyadları ve aile soyadının eşler tarafından belirlenmesine yönelik ayrı ayrı kanun teklifinde bulunmuşlardır. Her iki teklif de halen TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu önündedir.<sup>61</sup>

Ayrıca evlilik ile birlikte kadınların ve aile soyadının belirlenmesini ilişkin bir başka düzenleme de Soyadı Kanununun 4.maddesidir. Maddenin ilk fıkrasında göre "Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir."<sup>62</sup> Bu maddenin de TMK m. 187 ile birlikte ele alındığına dair herhangi bir veri bulunmamaktadır.

## B. YARGI KARARLARI

### 1. Anayasa Mahkemesi Kararları

Yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılmamış olsa bile Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 düzenlemesi hakkında iptal kararı vermiş olması Ünal Tekeli kararının uygulanabilmesinin olası yollarından biridir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin düzenlemeyi yapan TMK m. 187'e ilişkin iptal istemlerini 1998 ve 2011 yıllarında olmak üzere iki kez ve her ikisinde de aynı iddialarla, olumsuz biçimde karara bağlamıştır.

Kadının evlilik öncesi soyadını taşımasına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan ilk inceleme, Ünal Tekeli/Türkiye kararının verildiği 2004 yılından önceki bir süreçte gerçekleşmiştir. Anayasa Mahkemesi 1998 yılında vermiş olduğu kararında;<sup>63</sup>

...Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar, soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir... Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımcılığına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz...

<sup>58</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/4-yargi-paketi-turkiye-buyuk-millet-meclisinde>

<sup>59</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=112216](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=112216) ve <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0917.pdf>

<sup>60</sup> [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari\\_teklif\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=113063](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=113063) ve <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0948.pdf>

<sup>61</sup> 5840 S.K. R.G. Tarih-Sayı :24.3.2009 - 27179

<sup>62</sup> 2525 S.K. R.G. Tarih-Sayı : 2.7.1934 -2741

<sup>63</sup> AYM. E.1997/61, K.1998/59 sayılı, 29/10/1998 tarihli karar

sonucuna vararak Medeni Kanunun 187. maddesinin iptal istemini reddetmiştir. Karar 15.11.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesi<sup>64</sup> uyarınca, bir kanun maddesinin iptaline ilişkin kararın resmi gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.

Yeni bir başvuru yapılması için geçmesi gerekli bu sürenin dolmasının ardından Fatih 2. Aile Mahkemesi<sup>65</sup>, Ankara 8. Aile Mahkemesi<sup>66</sup> ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi<sup>67</sup> tarafından TMK'nın 187. Maddesinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptali için 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.<sup>68</sup>

Mahkemeler başvurularında TMK 187. madde hükmünün, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine, cinsiyet eşitliğini öngören 10. maddesine, temel hak ve hürriyetlere ilişkin 12. maddesine, kişinin manevî varlığının korunmasına ilişkin 17. maddesine, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve bunun eşler arasındaki eşitliğe dayandığına ilişkin 41. maddesine ve insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağına dair 90. maddesine aykırı bir düzenleme olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında itiraz yolu ile yapmış olduğu incelemede, MK md. 187 düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı hükmüne varmıştır.<sup>69</sup>

Mahkeme her ne kadar gerekçeli kararında, kişinin soyadının "kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur" olduğunu ve bu bağlamda "vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı" olduğunu saptamış ise de karar, soyadına bağlı kişilik hakkından başkaca değerler ve nedenlerle vazgeçilmesi gerekliliği üzerine kurulmuştur. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri içinde sayılan bu değer ve nedenler; "aile ve soyun belirlenmesi", "kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme", "nüfus kayıtlarının düzenli tutulması", resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi", "ailenin korunması gibi sebepler" olarak belirtilmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre;

---

<sup>64</sup> Başvuruya engel durumlar

MADDE 41- (1) Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.

<sup>65</sup> 2009/85 E.

<sup>66</sup> 2010/35 E.

<sup>67</sup> 2010/94 E.

<sup>68</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=147>

<sup>69</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=147>

Aile, toplumun temel ögesidir. Sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Anayasa'nın 41. Maddesi uyarınca aile Türk toplumunun temelidir ve Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasa koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde yapılmış bir yasanın hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmamaktadır. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir."

Karar, 8 muhalefet şerhi ile verilmiştir. Gerek konuyu Anayasa Mahkemesi önüne getiren yerel mahkemelerin itirazları ve gerekse muhalefet şerhleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine dayanmakta ise de Anayasa Mahkemesi bu itirazların hiç birini dikkate almamış ve tartışmamıştır. Nitekim toplam 19 sayfa olan kararının, sadece iki buçuk sayfasında esasa ilişkin tartışma yapılmıştır. Konuya ilişkin asıl tartışma, karara katılmayan üyelerin yazmış olduğu şerhlerde yer almaktadır.

Kararın esasına ilişkin bölümde ise uluslararası insan hakları belgelerine sadece iki yerde rastlanmaktadır;



İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. Maddelerine ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerekliliğine ilişkin argümanları desteklemek,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 8.maddesi bağlamında ulusal yasama organlarına tanıdığı takdir marjının TMK madde 187 bağlamında meşru bir zemin sağladığını belirtmek amacıyla başvurulmuş durumdadır.

Anayasa Mahkemesi kararının AİHM'in Ünal Tekeli kararından beş yıl sonra verilmiş olmasına rağmen Mahkeme'nin bu kararı hiçbir biçimde dikkate almamış ve kararında herhangi bir biçimde tartışmamış olmasıdır. 187. maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuran yerel mahkemelerin, Ünal Tekeli kararının Anayasa'nın, insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağına dair 90. maddesi uyarınca dikkate alınmasına ilişkin temel itirazları da 90. madde ile itiraz konusu olan TMK m. 187 arasında herhangi bir bağlantı saptanamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi aynı yıl, evlilik sırasında doğmuş olan çocukların soyadına ilişkin de bir inceleme yapmıştır. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan iptal istemi "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki Soyadı Kanununun 70 4. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığına dayanmaktadır.<sup>71</sup>

Mahkeme, yaptığı incelemeyi bu kez eşler arası "eşitlik ilkesi" üzerine kurmuş, itiraz konusu kuralın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. Maddesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin "Ailenin korunması" başlığını taşıyan 23. maddesinin dördüncü fıkrası, 2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde vurgulanan herkesin kanunlar önünde eşit olduğuna ilişkin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. Maddesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile çeliştiğini saptayarak iptaline karar vermiştir.

Aynı yıl verilen iki karar arasındaki yaklaşım birbirinden tamamen farklıdır. Çocuk söz konusu olduğunda, çocuğun soyadına ilişkin eşlerin eşit söz ve karar hakkı olduğunu teslim eden Anayasa Mahkemesi kadına ilişkin taleplerde aynı kistaslara başvurmaktan ve benzer bir değerlendirmeyi yapmaktan ısrarla kaçınmıştır. Ünal Tekeli kararının yaşam geçirilebilmesine ilişkin olanaklardan biri olan Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.187'e ilişkin iptal kararı vermesinin yolu böylece bir on yıl daha kapanmış durumdadır.

<sup>70</sup> 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu

<sup>71</sup> 8.12.2011 tarihli, 2010/119 E, 2011/165 K. R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204

<http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=148>

## 2. Yargıtay Kararları

Yerel mahkemelerinin başvuruları üzerine Anayasa Mahkemesi her ne kadar TMK m. 187 ile ilgili iptal kararı vermemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46 ve Anayasa'nın 90. maddeleri uyarınca Yargıtay ve yerel mahkemelerin, Sözleşme hükümlerini ve dolayısıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını doğrudan uygulama yükümlülüğü bulunduğunu belirtmek gerekir. Bununla birlikte çok az sayıdaki yerel mahkeme Ünal Tekeli kararını kendi kararlarına doğrudan esas almıştır. Üstelik bu kararların bazıları temyiz incelemesine tabi tutulmuş ve Yargıtay yargıçları ne Sözleşmeye ve ne de Ünal Tekeli kararına itibar etmiştir.

Evlilik sonrasında, evlilik öncesi soyadını kullanmak üzere Nüfus Müdürlüğüne başvuran Senem Yavuz Nal'ın bu talebi İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.<sup>72</sup> Ret kararının dayandığı iki temel tartışma noktası;

Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu karar karşısında ulusal mahkemelerin, Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca uluslararası insan hakları sözleşmelerini uygulama yükümlülükleri bulunmaması,

Türk Medeni Kanunu'nun 187 ve Anayasa'nın 20. Maddelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ile herhangi bir uyumsuzluğu olmadığıdır.

Bu karara göre, Anayasa'nın 152. Maddesi uyarınca Anayasaya uygunlukları usulüne göre saptanan yasa hükümlerinin, yasama organınca değiştirilmedikçe veya yürürlükten kaldırılmadıkça yargı organlarını on yıl süreyle bağlar. Kaldı ki Anayasa'nın 90/5. Maddesi uyarınca uluslararası antlaşmalar "anayasa" hükmünde değil "yasa" hükmündedir. Bu durumda da uluslararası hiç bir antlaşma, uyumsuzluk halinde Anayasa'nın 152 ve 153. Maddeleri hükümlerine karşı esas alınamaz<sup>73</sup>. İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi ayrıca, "usulüne göre yürürlüğe

<sup>72</sup> İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi, 2007/93 E., 156 K., 14.06.2007

<sup>73</sup> m.152; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

m. 153/son; "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

konulmuş" sözleşmelerden bahsettiği halde Ünal Tekeli kararında belirtilen Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararlarının hiç birinin bu nitelikte olmadığı saptamasını da yapmıştır.

Kararın devamında Yerel Mahkeme Sözleşme'nin 8. Maddesinin esas ve sınırlama ölçütleriyle Anayasa m. 20'de yer alan hakkın özüne ilişkin düzenleme ve sınırlama ölçütlerini karşılaştırarak bu iki madde arasındaki uyumu tespit etmiştir. Ardından, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygunluğu saptanmış bulunan TMK m. 187 düzenlemesinin de Sözleşme'nin 8. Maddesine aykırılık teşkil edemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de Sözleşme'nin 8. maddesinin karara esas alınmasının mümkün olamayacağı belirtilmiştir.

Aynı biçimde Mahkeme, TMK m. 187'nin, Sözleşme'nin 14. maddesine de aykırı olamayacağı görüşündedir. Burada da dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından 1998 yılında, TMK m. 187 ile ilgili verilmiş olan "Anayasa'ya uygunluk" kararıdır.

Mahkeme aynı nedenlerle TMK m. 187'nin, BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine de aykırı olamayacağını saptamıştır.

Ayrıntılı bir tartışma sonucunda Senem Yavuz Nal'ın evlilik öncesi soyadını tek başına alma talebi reddedilmiştir. Davacının temyiz ve ardından karar düzeltme talepleri Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından, herhangi bir tartışma yapılmaksızın reddedilmiştir.<sup>74</sup>

Bir başka yerel mahkemenin yorumu ise farklı olmuştur. Öğretim üyesi Tutku Yurdakul'un, evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmak üzere Ankara 11. Aile Mahkemesi'nde açtığı davada Mahkeme, Yurdakul'un talebini yerinde bularak evlilik öncesi soyadını, eşinin soyadına eklenmeksizin tek başına kullanmaya devam edebileceğine karar vermiştir.<sup>75</sup> Bununla birlikte, temyiz edilen yerel Mahkeme kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından incelenerek karara bağlanmıştır. Kararda;

Medeni Kanun'un 187. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açıldığı, ancak yüksek mahkemenin bu talebi reddettiği;

Yasal hüküm yürürlükte buldukça mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı karar tesis etme olanağı bulunmadığı,

Ünal Tekeli - Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği, ihlale yol açan unsurun ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünün yorum tarzı olmadığı yasal düzenlemenin kendisi olduğu ve bu nedenle de bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemelerin yasaya uygun karar vermekle yükümlü olduğu,

<sup>74</sup> 18.Hukuk Dairesi, 2008/6984 E., 8435 K., 10.07.2008

<sup>75</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/planet/21637863.asp>;

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1102987&CategoryID=77>

Yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan anayasanın 90/son maddesinden hareketle ulaştığı sonuç doğru olmadığı gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici nitelikte olduğu ve Yerel Mahkemenin bu yaklaşımının 'yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi' sonucunu doğurduğu,

Yerel Mahkemenin değerlendirmesinin Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin kocanın soyadı üzerinde devamına ilişkin prensibi ve kamu düzenini bozacağı değerlendirmesi yapılmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Kocasının soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır. Yasal düzenleme böyledir. Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnız evlenmeden önceki soyadını kullanması, yasal olarak mümkün değildir." değerlendirmeleri ışığında Ankara 11. Aile Mahkemesi tarafından verilen kararı bozmuştur.

Bir başka örnek, bir avukat olan Oya Aydın'ın davasıdır. Aydın, evlendikten sonra Çankaya Nüfus Müdürlüğü'ne bir dilekçe vererek sadece kendi (kararda geçen biçimiyle) "kızlık soyadını" kullanmak istediğini belirtmiştir. Ancak bu talebi kabul edilmemiş ve nüfus kaydı, eşinin de soyadı eklenerek "Oya Aydın Gökteş" olarak düzenlenmiştir. Aydın'ın sadece kendi soyadını kullanmak için Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı dava olumlu sonuçlanmış ise de Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı kararı temyiz etmiştir. Temyiz incelemesini görüşen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise bir önceki kararda belirtilen gerekçelerle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.<sup>76</sup>

Yine bir avukat olan Gülizar Tuncer'in aynı nedenle açmış olduğu davada da Tuncer'in talebi TMK m. 187 gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Kararı veren Şişli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 187. maddenin kadın-erkek arasında eşitliği zedeleyen hükümler getirmedeği, tam tersine "kocanın soyadı önüne soyadı kullanma hakkı kazandırdığı" görüşündedir.<sup>77</sup>

Yerel Mahkemenin bu kararı, Tuncer tarafından temyiz edilmiş ancak Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere, Yerel Mahkemenin vermiş olduğu karar üzerinde hiç bir tartışma yapılmaksızın onanmıştır.<sup>78</sup> Onama kararı üzerine kararla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmıştır.<sup>79</sup>

Bir başka temyiz incelemesi 2. Hukuk Dairesi tarafından gerçekleştirilmiştir. Dava, Suriye uyruklu bir kişiyle evlenen kadının evlenme nedeniyle taşımakta olduğu kocasına ait soyadının değiştirilmesine ilişkindir. Davacının açmış olduğu dava Yerel Mahkeme tarafından kabul edilmiş ve temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Yargıtay

76 <http://haber.gazetevatan.com/0/124062/1/Haber>; <http://bianet.org/bianet/kadin/81062-aihmnin-soyadi-karari-ic-hukuka-uygulandi>, 20 Haziran 2006

77 Şişli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2007/230 E, 363 K.

78 18. Hukuk Dairesi, 2007/9789 E., 2007/10030 K., 22.11.2007

79 Tuncer Güneş/Türkiye, 26268/2008 Başvuru hakkında henüz karar verilmemiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebi ile ele alınan Yerel Mahkemenin kararı hakkında 2. Hukuk Dairesi tarafından bozma kararı verilmiştir.<sup>80</sup>

18. Hukuk Dairesi ise açılan bir davada "Druchar" olan soyadının, evlilik öncesi soyadı olan "Sagular" olarak değiştirilmesini istemiyle Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava sonucunda verilen kararı bozmuştur. Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının talebini kabul etmiş ve karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bununla birlikte karar, kararın yürürlükteki hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebi ile temyiz incelemesine tabi tutulmuştur. Bu incelemeyi yapan 18. Hukuk Dairesi, davacının Alman uyruklu Josef Druchar ile evlendiği ve bu evliliğin yasal olarak sona erdiğini gösteren bilgi ve belge olmadığı ve dolayısıyla evlilik devam ettiği için reddine karar verilmemiş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur.<sup>81</sup>

### 3. Yerel Mahkeme Kararları

İlk derece mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında TMK m. 187 ile ilgili vermiş olduğu kararının ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarının aksine, Ünal Tekeli kararını esas alan ve Yargıtay denetiminden geçmeksizin kesinleşen bazı kararları da bulunmaktadır.

Ebru Voyvoda isimli akademisyenin, evliliğin ilerleyen yıllarında açtığı davada Ankara 3. Aile Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHM'in Ünal Tekeli kararına dayanarak "akademik kariyer sahibi olarak öncesinde 'Voyvoda' soyadıyla ulusal ve uluslararası eserler yayınladığı ve bu soy isim ile yayınlanan eserler ve çalışmalar sonucu çeşitli ödüller aldığı sabit olması" gerekçesiyle davacının evlilik öncesi soyadını kullanabileceğine karar vermiştir. Dava, eşe karşı açılmış ve eşin de temyiz etmemesi sonucunda karar kesinleşmiştir.<sup>82</sup>

Ankara 5. Aile Mahkemesi tarafından, yine akademisyen olan bir kadının davasında verilen bir kararda da Yerel Mahkeme, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarından farklı bir yol izlemiştir. Yerel Mahkeme kararında Ünal Tekeli kararına dayanmış ve aile adı konusunda kadın-erkek arasında eşit söz hakkı bulunması gerektiğinden hareketle davacının davasını kabul etmiştir.<sup>83</sup> Yerel Mahkeme, TMK m. 187 konusunda uluslararası normlara uygun bir düzenleme yapılmamasını da "Türkiye'nin Ünal Tekeli kararından doğan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" olarak tanımlamıştır. Anayasa m. 90 uyarınca uluslararası hukuku esas alan Yerel Mahkeme, Sözleşme hükümleri karşısında aslında TMK m. 187'nin zımnen kaldırılmış olacağı sonucuna da varmıştır.

<sup>80</sup> 2. Hukuk Dairesi, E. 2008/3618, K. 2009/9413, 12.5.2009

<sup>81</sup> 18. Hukuk Dairesi, E. 2010/6750, K. 2010/10314, 6.7.2010

<sup>82</sup> <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14357344.asp>, 8 Nisan 2010;

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25079934/>, 9 Nisan 2010

<sup>83</sup> E.2009/293, K.2009/1359, 04.11.2009, [http://www.turkhukusitesi.com/makale\\_1188.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_1188.htm)  
Zeynep Fulya Işılak, "Kadının Soyadı"

Yine, akademisyen olan Hatice Yılmaz Yüksekıldız'ın Ankara 11. Aile Mahkemesinde<sup>84</sup>, başka bir akademisyen olan Başak Çalı'nın da Ankara 5. Aile Mahkemesinde<sup>85</sup> açmış olduğu davalar da benzer gerekçelerle kabul edilmiştir.

Ayrıca yukarıda belirtilen mahkeme kararlarında, kadının kocasının soyadını kullanmak zorunda olmasının, Anayasa'nın 'kanun önünde eşitlik' başlıklı 10, "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12, 'Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı' başlıklı 17. ve 'Ailenin korunması' başlıklı 41. Maddelerine de referanslar bulunmaktadır.

### C. Yürütme Faaliyetleri

Yürütme faaliyetleri de, yukarıda örnekleriyle açıklandığı üzere yasama ve yargı organlarının, Ünal Tekeli kararına ilişkin genel önlemleri almamaları ile doğrudan bir uyum içerisinde olmuştur.

Hükümet yetkilileri, Bakanlar Komitesi'ne Ünal tekeli kararının çevirisinin yapıldığını, kararın kamuoyunda büyük ilgi çektiğini ve bu tür ihlallerin gelecekte engelleneceğini umduklarını belirtmiş iseler de kararın herhangi bir olumlu etkisinin bulunmadığı hem Anayasa Mahkemesi ve hem de Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kararın yayınlanmasının kendisi ihlali gidermek bakımından yeterli bir önlem değildir.

Kaldı ki kararın gereklerinin yaşama geçirilmesi için Hükümet tarafından gerçekleştirilen başkaca bir yürütme önlemi de bulunmamaktadır.

Ünal Tekeli kararında Mahkeme, Hükümetin yapmış olduğu "idarenin nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasında ya da resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi" savunmasının somut dayanaklarının bulunmadığını saptamıştır. (para.66) Daha da ötesinde, "kişilerin tercih ettikleri adlarına riayet edilerek, haysiyet ve saygınlıklarıyla toplumda yaşamalarının temin edilmesi adına bu güçlüklerin makul" kabul edilmesi gerektiğinin altını da çizmiştir. (para. 67)

Hükümetin bu iddiası, sorunun kaynağını yani belirtilen güçlüğü'nün aslında evlilikle kadının soyadının değişmesinden kaynaklandığı gerçeğini göz ardı etmektedir. Öte yandan Türkiye 2006 yılında çıkarılan Nüfus Hizmetleri Kanunu<sup>86</sup> ile yurttaşlık kaydında otomasyona geçmiş ve Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi- MERNİS ile tüm yurttaşlarına birer kimlik numarası vermiştir.<sup>87</sup> Yurttaşlar, her türlü resmi ve pek çok özel işlerinde bu yurttaşlık numarasını kullanmak zorundadırlar.<sup>88</sup>

84 <http://www.bianet.org/bianet/kadin/131517-kadinin-bekarlik-soyadini-kullanmasinin-yolu-aciliyor>, 17 Temmuz 2011;

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1056625&CategoryID=77>

85 <http://gundem.milliyet.com.tr/kadin--kizlik-soyadina-kavustu/guncel/gundemdetay/05.11.2009/1158242/default.htm>

86 5490 S.K., R.G. tarihi: 29/ 04/2006, Sayı : 26153

87 5490 S.K. m.46

88 Kanun, m.47

Yine, Ulusal Yargı Ağı Projesi – UYAP, Adalet Bakanlığı teşkilat ve görevlerine 2001 yılında eklenen Bilgi İşlem Dairesi ile birlikte uygulamakta olduğu bir başka otomasyon sistemidir.<sup>89</sup> UYAP sisteminde her türlü işlem yurttaşlık numarası ile gerçekleşmektedir.

MERNİS ve UYAP sistemleri arasındaki bu organik bağlantı esasında evlenme, boşanma, aile soyadı işlemleri gibi medeni haklara ilişkin her türlü işlemin (diğer pek çok işlem gibi) herhangi bir karışıklığa yol açmaksızın yapılabilmesini sağlamak üzere kurulmuştur. Nitekim Adalet Bakanlığı web sitesinde de bu otomasyon sisteminin bütünlük yapısına özellikle vurgu yapılmaktadır;

"Bu çerçevede UYAP ile entegrasyonu sağlanan Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtları, MERNİS'ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtları, POLNET'ten ehliyet kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları, TAKBİS'ten tapu ve kadastro kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir."<sup>90</sup>

*"UYAP, kamu kesiminde diğer bilgisayar ağlarıyla bütünlük sağlanarak bilgi ve belge akışının en kısa zamanda gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Örneğin; Adli Sicil, MERNİS, TAKBİS, POLNET ve Merkez Bankası veri tabanları ile sağlanan bütünlük sayesinde, nüfus kaydı, sabıka kaydı, ehliyet kaydı, tapu kaydı ve döviz kurları birkaç saniye içinde yargı makamları önüne getirilebilmektedir."*<sup>91</sup>

Bununla birlikte sistem işlememekte ve kadınlar, evlenme ve boşanma ile soyadı değişikliği yapmak zorunda kalmakta, resmi ve özel sektörde bulunan kayıtları/belgeleri düzelttirmek ve bunun için hem ciddi bir zaman ve hem de ciddi bir ekonomik külfetin altına girmek zorunda kalmaktadır.

Evlenme ya da boşanma ile nüfus kaydını düzelttiren kadının öncelikle yeni bir nüfus cüzdanı alması gereklidir. Ayrıca, düzeltilmesi gerekli kayıtlar/belgeler asgari olarak şunlardır; vergi kaydı, meslek odası kayıtları, SSK kayıtları, araba gibi tescile tabi menkullerin kayıtları, vb. Tapu kayıtlarının düzeltilmesi için ayrıca dava açılması ve daha sonra tapuda işlem yaptırılması gerekmektedir. Sonra, kişinin yeni bir vergi levhası, (varsa) mesleğe ilişkin avukatlık kimliği gibi kimlik belgesi düzenlettirmesi; pasaportunu, ehliyetini, araba ruhsatını, sigorta kayıtlarını yeniletmesi; mesleğe ilişkin kartvizit, başlıklı kağıt, vb. gibi kırtasiye malzemelerinin yeniden basılması; banka hesaplarının düzeltilmesi, banka kartlarının yeniden çıkartılması, Telekom kayıtlarının düzeltilmesi, vb. Ayrıca, her türlü karışıklığın önlenmesi için (özellikle avukatların, eski soy isim ile verilmiş vekaletnamelerin kullanılması sırasında) bir de evlilik cüzdanı ya da boşanma kararını yanında taşıması gereklidir.

<sup>89</sup>Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, m.22/A; <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/tarihce.html>

<sup>90</sup> <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/genel.html>

<sup>91</sup> <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/genel.html>

Tapu kayıtlarının düzeltilmesi için dava açan ve daha sonra bu kararla tahsis yaptıran kadının yapması gereken ödeme yaklaşık olarak 250 liradır. Pasaportunu değiştirmek ve 3 yıllık bir pasaport için ise kadının 313,25 TL harç ve 72 lira defter bedeli vermesi gereklidir.

Evlenme/boşanma ile soyadının değişmesinin kadına getirdiği ciddi ekonomik yükün yanı sıra kadın, her bir işlem için resmi dairelere ve bankalara giderek sıra bekleyecek, tüm işlemleri bir günde bitirmesi mümkün olmayacağından bu işlemler için tekrar tekrar zaman harcaması da gerekecektir.

Örneğin, boşanma kararının ilgili mahkeme tarafından UYAP sisteme işlenmesi ile soyadı değişikliği MERNİS sisteminde otomatik olarak görülebilecek iken ilgili mahkemeler, boşanma kararı ve üst yazısını nüfus müdürlüklerine fiziki olarak iletmekte, nüfus müdürlükleri ancak bundan sonra boşanma kararını sisteme işlemektedir. Kadın ancak, süreleri kestirilemeyen bu işlemlerden sonra nüfus müdürlüğüne giderek ve 5.75 lira harç ödedikten sonra başkaca tüm işlemleri yapmaya elverişli belgeyi yani nüfus kağıdını alabilecektir.

Dolayısıyla aslında kişilerin tercih ettikleri adlarına riayet edilerek, haysiyet ve saygınlıklarıyla toplumda yaşamalarının temin edilmesi adına bu güçlüklerin makul kabul edilmesi gereği” yürütme alanında devletlere bir yükümlülük getirmekte ise de zaten var olan sistemlerin işlememesi, tersinden bir yükü kadınlara yüklemektedir. TMK m. 187, soyadının belirlenmesi konusunda eşler arası bir cinsiyet eşitsizliği yarattığı gibi kadının aleyhine, gündelik yaşamda yansımaları bulan bir dizi eşitsizliğe de neden olmaktadır.

Öte yandan, kişilerin ad ve soyadlarının değişmezliği ve devamlılığının sağlanması, toplumda hak ve yükümlülüklerin tespitinde karışıklık ve belirsizliklerin meydana gelmesine mani olur. Örneğin bir gayrimenkulün satın alınmasında, bankadan kredi alınmasında, gayrimenkulün malikinin ya da kredinin borçlusunun kim olduğunun tespitinde kişinin soyadı ve bu soyadının sürekliliği önemli rol oynamaktadır. O halde denilebilir ki kişinin soyadının kendi iradesi hilafına değiştirilmesinde, hukuk düzeninin koruması gereken menfaatler yalnızca ailevi ya da kişisel değil aynı zamanda toplumsaldir ve bu sebeple kamu düzenini ilgilendirir.<sup>92</sup>

Bu nedenle de Ünal Tekeli davasında Hükümetin, “idarenin nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasında ya da resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi” için boşanan kadının soyadının değişmesine karşı yaptığı savunma esasında tamamen temelden yoksundur. Boşanmış kadının soyadı, sadece kişilik haklarıyla doğrudan bağlantılı olduğu gibi kamu düzeninin istikrarlı biçimde sağlanmasının gereklerinden biri olarak da ortaya çıkmaktadır.

<sup>92</sup> Deniz Ergene, İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi, MHB Yıl 31, Sayı 2, 2011, sayfa 126



## Sonuç ve Tavsiyeler

Ünal Tekeli kararında Hükümet her ne kadar Başvurucunun, durumla ilgili daha fazla zarar görmesini engelleyecek bireysel önlemi almış ise de Başvurucu ile aynı durumda olan kadınlar bakımından Hükümetin herhangi bir adım atmış olduğunu söylemek mümkün değildir; Yasama organı hali hazırda TMK m. 187'yi Ünal Tekeli kararında belirtilen standartlara uygun hale getiren bir yasa çıkarmamıştır; TMK m. 187, yasaların Anayasa'ya ve dolayısıyla m.90/5 uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir. Ünal Tekeli kararını ve çizdiği standartları kararlarına esas alan yerel mahkemeler bulunmakla birlikte konuya ilişkin Yargıtay içtihatları ne yazık ki olumlu değildir.

Olumlu yerel mahkeme kararlarının ise genel yaklaşımı yansıtmadığı ve kendi içlerinde bazı ortak özelliklere sahip oldukları görülmektedir.

Öncelikle; kararlar yaygın değildir. Olumlu kararlar ancak kararları veren yargıçların hem AİHM kararlarını ve hem de BM Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi hükümlerini doğrudan uygulama inisiyatifi ile ve konuya duyarlı olmaları nedeniyle mümkün olabilmektedir.

Yargıtay'ın 2012 yılında vermiş olduğu kararı sonrasında, daha önce verilen olumlu kararların da tekrar etmesi imkansız hale gelmiştir. Bazı mahkemelerin olumlu karar vermesi, herkesin bu haktan yararlanabilmesi için gerekli hukuksal altyapı oluşturulmadığı takdirde keyfiliğe yol açacaktır.

Yerel mahkemeler tarafından verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen olumlu kararlar, davacılar bakımından sorunu gideren çözümler sunmuşlardır. Bununla birlikte bu olumlu kararlar, Yargıtay tarafından bozulan yerel mahkeme kararlarındaki davacı kadınlar ve hiç dava açmamış kadınlar bakımından ayrımcı bir sonuç doğurmaktadır. Kişilik haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen soyadına ilişkin bilinen olumlu kararların tümünde davacı kadınlar avukat, öğretim üyesi olmak gibi kariyerler ile medeni haklarını kullanma yeteneği bakımından olanaklara sahip bir kesimden olma özelliğini taşımaktadır. Nitekim Ankara 3. Aile Mahkemesi tarafından verilen karar tamamen davacının "akademik kariyer sahibi olarak öncesinde 'Voyvoda' soyadıyla ulusal ve uluslararası eserler yayınladığı ve bu soy isim ile yayınlanan eserler ve çalışmalar sonucu çeşitli ödüller aldığı sabit olmasına" dayandırılmaktadır.<sup>93</sup> Davacı kadınların bu nitelikleri dava ve karar sayılarının azlığı ile birleştiğinde -dava yolu ile de olsa- kendi soyadını taşıyan bir ayrıcalıklı bir kadın grubu yaratılmış olmaktadır.

## Hükümete

Raporun başında da belirtildiği gibi Ünal Tekeli kararının gereklerinin yerine getirilebilmesinin üç yolu bulunmaktadır;

93 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14357344.asp>, 8 Nisan 2010

1. Mevzuatın Sözleşme'ye uygun biçimde değiştirilmesi,
2. 187. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali,
3. İlk iki önlem gerçekleştirilinceye değin ya da gerçekleştirilme bile Yargıtay ve yerel mahkemelerce Sözleşme hükümlerine, Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca doğrudan uygulama alanı tanınması.

Bununla birlikte, AİHM kararının üzerinden geçen dokuz yıla karşın Hükümetin, 1 numaralı çözüm yoluna ilişkin ciddi bir çalışması bulunmamaktadır. 2. numaralı çözüm yolu ise Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında verilen kararı ile kapanmış durumdadır. Bazı yerel mahkemeler tarafından 3.çözüm yolu zaman zaman kullanılmakta ise de Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılı kararı ve Yargıtay içtihatları bu yolun da, istisnai uygulamalar dışında, kapalı olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu nedenle evlilik akdi ile bir araya gelmiş olan "eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemlerin"<sup>94</sup> "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan"<sup>95</sup> sağlanması yükümlülüğü çerçevesinde ve Ünal Tekeli kararı bağlamında Hükümetin;

TMK m. 187 ile birlikte, Soyadı Kanunu'nun 4. Maddesinin yürürlükten kaldırılarak, soyadı konusunda eşler arasında eşit haklara dayalı bir rejim öngören yasal bir düzenleme için yasa tasarısı hazırlayarak Parlamente'ye sunması gereklidir.

Ancak bu düzenleme yapıncaya kadar, ihlallerin devam etmesinin önüne geçilebilmesi bakımından ilk derece mahkemeleri ile birlikte Yargıtay daireleri de Sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla Ünal Tekeli kararının gereklerine uymalıdır. Bunun için izlenecek en işlevli yol Yargıtay Genel Kurulu tarafından alınacak bir içtihadı birleştirme kararı olacaktır.

## Bakanlar Komitesine

Ünal Tekeli/Türkiye kararı 9 yıllık bir süreçten bu yana Bakanlar Komitesi'nin izleme usulü altında ele alınmaktadır.

Ünal Tekeli kararı ile saptanmış olan ihlal, hem kadınların kişilik hakları ve hem de kamu düzeninin sağlanması ile doğrudan ilgilidir. Ayrıca kadınlar, evli ve boşanmış olanlarının yanı sıra henüz bu aşamaya gelmemiş olanlar da TMK m. 187'nin potansiyel mağdurudur ve toplumun yarısını oluşturmaktadır. Nitekim giderek artan sayıda kadının mahkemelere başvurması da sorunun vahametini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ihlalin yoğunluğu, ağırlığını da arttıran bir unsurdur.

94 Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi m. 23/4  
95 AİHS m.14

AİHM tarafından kararın verildiği 2004 yılından bu yana geçen 9 yıllık süreçte Hükümetin, ihlali giderecek esaslı bir önlem almamış olduğu bir gerçekliktir. Bu çerçevede Ünal Tekeli kararının izlenmeye devam edilmesi gerekmele birlikte kararın standart izleme usulü çerçevesi yerine nitelikli izleme usulüne alınması, Hükümet tarafından genel önlemlerin yerine getirilmesi bakımından etkili bir sonuç doğuracaktır.

*“Hiç kimse işkenceye,  
insanlık dışı ya da onur  
kırıcı ceza veya işlemlere  
tabi tutulamaz.”*

*AİHS, Madde 3*

# Abdolkhani ve Karimnia / Türkiye (Başvuru no. 30471/08, 1 Mart 2010) İzleme Raporu

## Başvuru Konusu Olay

İran vatandaşı olan başvuranlar Mohsen Abdolkhani ile Hamid Karimnia, İran Halkın Mücahitleri Örgütü (HMÖ) üyesidirler. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Genel Merkezi (BMMYK) tarafından Irak'ta buldukları süre için geçerli olmak üzere mülteci olarak tanınmışlardır. Başvurucuların kalmakta olduğu ve ABD tarafından oluşturulmuş olan Geçici Mülakat ve Kabul Merkezi' (GMKM) nin Nisan 2008'de kapatılması üzerine, başvuranlar diğer eski HMÖ üyeleri ile birlikte kuzey Irak'a gönderilmiştir. Kuzey Irak'tan yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapan başvuru sahipleri yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Önce 17 Haziran 2008'de Irak'a sınır dışı edilmiş, ancak tekrar Türkiye'ye giriş yapmış ve yakalanmışlardır. Bunun üzerine 28 Haziran 2008'de İran'a sınır dışı etme girişiminde bulunulmuştur. Her iki sınır dışı etme olayında da mahkeme kararı bulunmamaktadır.

Başvurucuların İran ya da Irak'a sınır dışı edilmesi halinde işkence ve kötü muameleyle maruz kalacaklarına yönelik iddialarının yerel makamlarca ciddiye alınarak araştırılmaması ve dolayısıyla Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali; bu bakımdan etkili çözüm yollarının yokluğu (13. maddenin ihlali); başvuru sahiplerinin sınır dışı edilmesi amacıyla özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarını düzenleyen bir yasanın olmayışı, alıkonulma nedenleri hakkında bilgilendirilmemeleri, süre giden alıkoymanın yargısal denetim yolunun bulunmayışı ve açık

taleplerine rağmen adli yardımdan yararlandırılmamalarına (Madde 5/1,2,4'ün ihlali) ilişkin olarak AİHM'ne yaptıkları başvuruları sonucu mahkeme aşağıdaki değerlendirmeleri yapmıştır

## AİHM'NİN KARARI:

### **Kabul edilebilirlik:**

Hükümet, başvuruçuların idare mahkemesine başvurarak sınırdışı etme kararını durdurabileceklerini iddia etmiştir. Başvuruçular ise kendilerine tebliğ edilmeyen bir karara itiraz edemeyeceklerini belirtmişlerdir

AİHM, başvuranın sözleşmeye taraf bir devlet ülkesinden çıkarılmasının önlenmesini talep ettiği *Gebremedhin [Gaberamadhien] – Fransa*(25389/05 kararında, iç hukuk yolunun, yalnızca doğrudan askıya alma etkisi bulunduğu takdirde etkin sayılacağını kaydetmiştir

AİHM, sınırdışı etme kararının iptali için idare mahkemelerine yapılacak başvurunun doğrudan askıya alma etkisi bulunmadığından, AİHS'nin 35/1 maddesi anlamında iç hukuk yollarını tüketmek için idare mahkemelerine başvurmaları gerektiğini belirtmiştir.

## Mahkemenin değerlendirmeleri:

### **AİHS'nin 2. ve 3. Maddelerinin ihlal edildiği iddiası:**

AİHS'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi 1. fıkrasına göre; "Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez."

İşkence yasağını düzenleyen 3. maddesine göre de;

*"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."*

Başvuruçular, ilk andan itibaren idari ve adli makamlar önünde, HMÖ'nün eski üyeleri olarak, İran veya Irak'a sınırdışı edildikleri takdirde açık bir ölüm veya kötü muamele görme riskiyle karşı karşıya kalacaklarını iddia etmişler ve özellikle, İran'da ölüm cezasına çarptırılacaklarını ileri sürmüşlerdir

Hükümet, başvuranların, terör örgütü üyesi olduğunu ve Türkiye'de kalmalarının ulusal güvenlik, kamu güvenliği ve düzeni için risk oluşturacağını iddia etmiştir

AİHM Hükümetin bu iddialarına karşılık olarak 3. maddeyle sağlanan korumanın mutlak niteliğini hatırlatmıştır. Başvuranların HMÖ üyeleri olmaları nedeniyle, İran ya da Irak'a sınırdışı edilmelerinin, ölüm ya da kötü muamele görme risklerine karşı yeterli koruma sağlayan yasal bir çerçeve bulunmadığına dikkat çekmiş ve başvuruçuların İran ya da Irak'a iade edilmeleri halinde 3. madde kapsamındaki haklarının ihlal edileceğine karar vermiştir.

Abdolkhani ve Karimnia kararından sonra, Mahkemeden 2010 da Türkiye aleyhinde dört karar daha çıkmıştır. *Charahili/Türkiye*<sup>96</sup> kararında, başvurunun ülkesi Tunus'a sınırdışı edilmesi kararının 3. Maddenin ihlali, başvurunun Barınma Merkezinde özgürlüğünün kısıtlanmasının 5/1 maddesinin ihlali sonucuna varılmış, başvurunun yaklaşık 20 ay karakolda tutulması nedeniyle, ilk defa “*tutulma koşulları*” nedeniyle 3. Maddenin ihlal edildiği tespiti yapılmıştır. Bu kararda, mahkeme istisnai\_ olarak Türkiye Hükümetinden somut adım atmasını isteyerek “*başvurucunun en kısa sürede serbest bırakılmasına*” dair karar vermiştir. *Ranjbar ve Diğerleri/Türkiye*<sup>97</sup> kararında, mültecilerin özgürlüğünün kısıtlanmasının 5/1 maddesinin ihlali olduğu; *Keshmiri/Türkiye*<sup>98</sup> kararında sınırdışı etme işlemleri nedeniyle 3 ve 13. Maddenin ihlal edildiği; *Tehrani ve Diğerleri/Türkiye*<sup>99</sup> kararında 3, 5/1, 5/4 ve 13. Maddelerinin ihlal edildiği ayrıca Edirne Tunca Barınma Merkezi'nde tutulma koşullarının 3. Madde ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

AİHM'in 15 Haziran 2010 tarihinde verdiği *MB/Türkiye*<sup>100</sup> kararında Sözleşmenin 3, 5/4, 13 maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 13 Temmuz 2010 tarihinde verilen *Alipour ve Hosseinzadgan/Türkiye*<sup>101</sup> kararında Sözleşmenin 5/1 maddesinin ihlal edildiği; *D.B./Türkiye* kararında 5/1, 5/4 ve 34. Maddelerinin ihlal edildiği; *Dbouba/Türkiye* kararında Sözleşmenin 3, 5/1, 5/2, 5/4, 5/5 ve 13 maddelerin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. *Kurkaev/Türkiye* kararında, İstanbul Yabancılar Misafirhanesi'nde 3 ay tutulan Çeçen başvurunun şikâyetleri ile ilgili olarak 3, 5 ve 13. Maddelerin ihlal edildiğine karar verilmiştir. *Moghaddas/Türkiye* kararında ise, Yunanistan'a gitmeye çalışan İranlı başvurunun Irak'a sınırdışı edilmesi olayında, Sözleşmenin 5/1, 5/2 ve 5/4 maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

AİHM'nin yukarıda anılan kararları, Türkiye'de yabancıların, zulüm görecekları ülkelere gönderilme yasağının hala yasalarla güvence altına alınmadığını, ayrıca uygulamada yaşanan sorunların boyutlarını göstermesi bakımından önemlidir. Kararın icrası, Mahkemenin dikkat çektiği bu genel ilke çerçevesinde değerlendirildiğinde, Türkiye'de sınırdışı edilme kararlarını AİHS 3. maddesindeki iade yasağı kapsamında değerlendirmeyi sağlayacak bir yasal düzenleme bulunmadığı gibi bu doğrultuda bir yargı pratiği de bulunmamaktadır. Anılan kararlar sonrasında ihlalin giderilmesi için atılan adımların yeterli olup olmadığı aşağıda değerlendirilecektir.

### **AİHS nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası:**

AİHS' nin etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. Maddesine göre; “*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu*

<sup>96</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

<sup>97</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

<sup>98</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

<sup>99</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

<sup>100</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

<sup>101</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/>

*sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, ulusal bir makama etkili bir başvuru yapabilme hakkına sahiptir.”*

Hükümet başvuruçuların ulusal mahkemelerde dava açabileceklerini ve geçici sığınma statüsü alabileceklerini belirtmiştir.

Başvuruçular öldürülme ve işkence, kötü muamele görme risklerini her aşamada dile getirdiklerini ancak buna rağmen sınırdışı edilmelerini durdurucu etkiye sahip bir iç hukuk yolu olmadığını belirtmişlerdir.

AİHM, öncelikle 3.madde ihlali riskinin mevcut olduğu durumlarda iade yasağını hatırlatarak etkili başvuru yoluna ilişkin genel ilkeleri belirlemiştir. Mahkemeye göre; başvuranlarca iddia edilen işkence ya da kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararın geri dönüşü olmayan niteliği ve Mahkemenin 3. maddeye verdiği önem nedeniyle 13. madde bağlamında etkili hukuk yolu kavramının:

- başvuranın, söz konusu ülkeye sınırdışı edilmesi halinde, AİHS'nin 3. maddesine aykırı muameleyle uğraması yönünde gerçek bir tehlike bulunduğuna inanmayı gerektirecek esaslı gerekçeler bulunduğu iddiasının bağımsız ve titiz bir incelemeye tabi tutulmasını
- otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir hukuk yolunun varlığını gerekli kıldığını vurgulamıştır

Abdolkhani ve Karimnia kararında AİHM, başvuranların Irak ya da İran'a dönmeleri halinde kötü muameleyle uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalacakları yönündeki ciddi iddiaları karşısında hem idari hem adli makamların tamamen pasif kaldığını, ulusal makamların başvuranların iddiaları karşısındaki tepkisizliğinin AİHS'nin 13. maddesinin gerektirdiği “titiz inceleme”nin yapılmadığını gösterdiğini belirtmiştir.

Ayrıca haklarında alınmış olan Irak ya da İran'a sınırdışı etme kararları kendilerine tebliğ edilmediğinden, başvuranlar söz konusu kararların iptali için idari ya da adli mercilere başvuramamıştır. İdare mahkemesinin ayrıca bir yürütmeyi durdurma kararı vermemesi halinde, sınırdışı etme kararlarının iptali için yapılan başvuruların, sınırdışı işlemi durdurucu etkisi bulunmaması nedeniyle, Türkiye'deki sınırdışı etme davalarındaki yargı denetimi etkili bir hukuk yolu olarak görülemez. Bu nedenle Mahkeme, AİHS'nin 13. maddesi ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM'nin belirlediği bu genel ilke ışığında kararın icrası değerlendirildiğinde, Türkiye'de sınırdışı işlemlerini otomatik durdurucu etkiye sahip bir iç hukuk yolu halen mevcut değildir. Mecliste beklemekte olan “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı'nda otomatik durdurucu etkisi olan iç hukuk yolu öngörülümüşse de yasaya son şeklini verme yetkisi meclise aittir ve tasarının nasıl ve ne zaman yasalaşacağını kestirmek bugünden mümkün değildir. Bu bakımdan kararın icrasının izlenmesi önemlidir.

**Mahkemenin, AİHS’NİN 5. Maddesinin ihlal edildiği iddiası:**

AİHS’nin “özgürlük ve güvenlik hakkı”nı düzenleyen 5. Maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

*“1. Herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve yasada belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

.....

*f) Bir kişinin usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonması veya kendisi hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmesinde olması nedeniyle usulüne uygun olarak yakalanması veya tutulması;”*

Başvuranlar AİHS’nin 5/1 maddesinin (f) bendine dayanarak, yasaya aykırı olarak özgürlüklerinden yoksun bırakıldıklarını ve tutulmalarının nedeni hakkında kendilerine bilgi verilmediğini savunmuşlardır. Ayrıca AİHS’nin 5/4 maddesine dayanarak, özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının kanuna uygunluğuna ilişkin olarak itirazda bulunma imkânına sahip olmadıklarını öne sürmüşlerdir.

Hükümet, şahısların tutuklanmadığını ancak yabancı kabul ve barınma merkezlerinde barındırıldıklarını ifade etmiştir.

AİHM’nin özgürlükten mahrum bırakma hakkındaki değerlendirmesinde; başvuruların yakalandıkları tarihten itibaren polis tarafından tutulduklarını ve Hasköy Emniyet Müdürlüğü ya da Kırklareli Yabancı Kabul ve Barınma Merkezi’nden çıkmalarına izin verilmediğini, resmi makamlara noterden onaylı vekâletname sunmaksızın avukat yardımıyla yararlanamadıklarına dikkat çekilmiştir. BMMYK’nın başvurulara erişimi İçişleri Bakanlığı’nın iznine tâbidir. Bu unsurlar ışığında AİHM Hükümetin sunduğu ve aslında bir ceza kovuşturması kapsamında tutukluluk halini tarif eden “tutukluluk” tanımını kabul etmemektedir. AİHM’ne göre başvuruların yukarıda bahsedilen tesislerde tutulması, şahıslara idari merciler tarafından uygulanan kısıtlamalar nedeniyle, iç hukuktaki sınıflandırmanın niteliğine karşın “özgürlükten mahrum bırakma”ya tekabül etmektedir. Bu nedenle AİHM, başvuruların özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarına hükmetmiştir.

AİHM’nin; başvuruların yabancı kabul ve barınma merkezlerinde tutulmalarının, idari merciler tarafından uygulanan kısıtlamalar nedeniyle, özgürlüklerinden mahrum bırakılmaları olarak değerlendirmiştir.

**AİHS’nin 5/1 maddesinin ihlal edildiği iddiası;**

AİHM, AİHS’nin 5/1 maddesinde sayılan istisnalar kapsamında devletlerin ülkelerine izinsiz giren yabancıları sınırdışı etme veya geri verme amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakabileceklerini hatırlatır. Ancak Mahkeme başvuru konusu olayda, sınırdışı amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakma kararı verme, tutulma süresini belirleme ve süreyi uzatmaya ilişkin usulü belirleyen, açık yasal hükümlerin bulunmaması nedeniyle, başvuruların maruz kaldığı özgürlükten yoksun bırakmanın, keyfiliğe karşı yeterince korunmadığını belirtmiştir.



Bu nedenle Mahkeme başvuruçuların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının AİHS'nin 5. maddesi açısından "yasaya uygun" olarak değerlendirilemeyeceğine ve dolayısıyla AİHS'nin 5/1 maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkemenin bu belirlemesine rağmen, Türkiye'ye yasadışı yollardan giren yabancıların alıkonulmalarını düzenleyen bir yasa henüz mevcut değildir. Türkiye'ye sığınan yabancılar hala idari kararlarla özgürlüklerinden yoksun bırakılmaktadırlar ve bu özgürlük kısıtlamalarının koşullarını, süresini ve gözden geçirilmesini düzenleyen bir yasal çerçevesinin oluşturulmaması nedeniyle kararın icrasının izlenmesi önemlidir.

### **AİHS'nin 5/2 maddesinin ihlal edildiği iddiası:**

AİHS'nin 5. maddesinin 2 fıkrası şu şekildedir;

*"2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir."*

AİHS'nin 5/2 maddesi gereğince, yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama sade ve teknik olmayan bir dille bildirilir. Bu suretle söz konusu kişi, AİHS'nin 5/4 maddesi uyarınca uygun görmesi halinde, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında mahkemeye başvurabilir.

AİHM, başvuranların 23 Haziran 2008 tarihi itibarıyla olan özgürlüklerinden yoksun bırakılma nedenlerinin, ulusal makamlar tarafından başvuranlara bildirilmediği ve AİHS'nin 5/2 maddesi ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin kararından sonra, özgürlüklerinden yoksun bırakılan yabancılar alıkonulma nedenleri ve haklarını bildirilmesi konusunda idari karar alınmışsa da uygulamada yeterli tercümanın bulunmaması nedeniyle alıkonulan yabancıların bilgilendirildiklerini söylemek mümkün değildir. Nitekim TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu'nun 10 Ekim 2012 tarihli Edirne, İstanbul ve Kırklareli İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu'nun<sup>102</sup> Edirne Geri Gönderme Merkezi (GGM) ile ilgili olarak "tercüman bulunmadığından uzun süre mülakat yapılmadığı" (sayfa 8) ve yabancıların hakları konusunda bilgilendirilmeleri için "Tutulanlara haklarını anlayabilecekleri dilde anlatan broşürler hazırlanarak verilmelidir" (rapor sonuç m: 4) denilmektedir. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonunun birkaç ay öncesine ait bu raporu Türkiye'de yabancıların özgürlük ve güvenlik hakları bakımından mahkeme kararına rağmen hala somut bir ilerleme kaydedilmediğini göstermektedir. Bu bakımdan kararın icrasının denetimi önemlidir.

### **AİHS'nin 5/4 maddesinin ihlal edildiği iddiası bakımından değerlendirmesi**

AİHS 5. maddesi 4. fıkrasına göre;

<sup>102</sup> <http://www.aihmiz.org.tr/> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Edirne, İstanbul ve Kırklareli İllerinde Bulunan Geri Gönderme Merkezleri Hakkında İnceleme Raporu

“Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.”

AİHM, AİHS'nin 5/4 maddesinin amacının, özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, maruz kaldıkları tedbirin yasaya uygunluğu hakkında mahkemeye başvurma hakkını güvence altına almak olduğunu yinelemiştir

AİHS'nin 5/4 maddesinin gerektirdiği hukuk yolunun varlığı sadece teoride değil uygulamada da yeterince kesin olmalıdır. Aksi halde, söz konusu hükmün amaçları açısından gerekli olan erişilebilirlik ve etkili olma özelliğinden yoksun olacaktır

Somut olayda mahkeme, başvuruların 23 Haziran 2008 tarihi itibarıyla olan alıkonulma nedenlerinin kendilerine bildirilmediğini ve Hasköy Emniyet Müdürlüğü'ndeki tutuldukları sırada adli yardım hakkından mahrum bırakıldıklarını tespit etmiştir. AİHM, tek başına bu hususların, başvuruların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına karşı itiraz haklarının özünden yoksun kaldığı anlamına geldiğini değerlendirmiştir (*Shamayev ve Diğerleri*).

Buna göre, AİHM, AİHS'nin 5/4 maddesi anlamı dahilinde, Türk hukuk sisteminin başvurulara özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının yasaya uygunluğu konusunda mahkemeye başvurma hakkı tanıyan bir hukuk yolu sunmadığı ve dolayısıyla AİHS'nin 5/4 maddesi ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

## 46. MADDE UYGULAMASI

### Bireysel ve genel önlemler

Abdolkhani ve Karimnia kararında mahkeme her iki başvurucu açısından da bireysel önlem öngörmemiştir. Ancak gerek bu davada, gerekse Bakanlar Komitesinin önünde bulunan Charahili ve Tehrani ve diğerleri gibi davaların başvurucuları bakımından, özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına derhal son verilmesi ve ayrıca başvurucuların kendilerini kabul eden güvenli 3. Ülkeye yerleşebilmeleri için Türkiye'den yasal yollardan çıkış izinlerinin verilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra başvurucuların BMMYK temsilcileri ve STK hizmetlerine erişimlerinin de koşulları sağlanmalıdır.

Genel önlemler bakımından söz konusu karar, ihlallerin nedeni olarak mevzuattan kaynaklanan önemli yapısal sorunlara işaret etmiştir. Gerek Abdolkhani ve Karimnia kararı gerekse Bakanlar Komitesi önünde bekleyen diğer kararlardan, mevzuattan kaynaklanan ihlallerin ne şekilde giderileceğini çıkarmak mümkündür. İhlallerin giderilmesi ve yeni ihlallerin önlenmesi için öncelikle mevzuatın değişmesi, mevzuat değişinceye kadar sözleşmeyi ihlal edecek karar alınmaması ve devam eden ihlallere son verilmesi gerekir

Mahkemenin dikkat çektiği genel önlemler açısından bakıldığında kararın icrası için yerine getirilmesi gereken yükümlülükler aşağıdaki gibi sıralanabilir :

- AİHS 3. Maddesinin mutlak niteliği gereği, başvuruçuların 3. bir ülkeye iadeleri durumunda, işkence ve kötü muamele görme riskine ilişkin iddiaları varsa, iddiaların bağımsız ve titiz bir incelemeye tabi tutulması ve riskin varlığı halinde iade yasağına mutlak uyulmasına yönelik yasal düzenlemelerin yapılması ve gerekli önlemlerin alınması,
- Sınırdışı edilmeyi otomatik durdurucu etkisi olan iç hukuk yollarının oluşturulması,
- Sınırdışı amacıyla özgürlükten yoksun bırakma kararı verme ve tutma süresini uzatma veya böyle bir özgürlükten yoksun bırakma için süre koymaya ilişkin usulü belirleyen açık yasal düzenlemelerin yapılması,
- AİHS 5/2 maddesi uyarınca, yakalanan ve özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere yakalama ve tutulma nedenleri hakkında anlayacakları şekilde bilgi verilmesini sağlayacak önlemlerin alınması
- AİHS 5/4 maddesi uyarınca özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin, maruz kaldıkları tedbirin yasaya uygunluğu hakkında mahkemeye başvurma hakkını güvence altına alacak düzenlemelerin yapılmasını ve gereken önlemlerin alınması,
- Alıkonulan yabancılara talepleri halinde adli yardım sağlanmasının güvenceye alınması
- Özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların BMMYK temsilcilerine ve STK hizmetlerine erişimlerinin önündeki engeller kaldırılması,
- Tüm bu düzenlemeler gerçekleştirilinceye kadar sınırdışı etme işlemlerinin durdurulması ve özgürlüklerinden yoksun bırakılan yabancıların salıverilmesi kararın icrasının yerine getirilmesi bakımından zorunludur.

### BAKANLAR KOMİTESİNİN ÖNÜNDEKİ SÜREÇ:<sup>103</sup>

Bireysel önlemlere ilişkin olarak Türk yetkililer tarafından 03.11/2009'da verilen bilgiye göre

- İçişleri Bakanlığı'nca 21.10.2009 tarihinde, başvuruçulara, 29.10.2009'dan itibaren Kırklareli ilinde ikamet etmelerine olanak veren beş aylık geçici ikamet izni verildiğini
- Başvuruçuların sığınma talebinin İsveç tarafından kabul edilmesi üzerine Emniyet Genel Müdürlüğü ile ilgili idari yetkililere, başvuruçuların Türkiye'yi insancıl sebeplerden terk etmesine izin vermelerinin emredildiğini
- Yetkililerin başvuruçuların seyahat belgelerinin hazırlanmasını kolaylaştırmasını istediklerini bildirilmiştir.

Ancak başvuruçuların Türkiye'de mi ikamet ettikleri yoksa İsveç'e mi gittikleri konusunda Komite hala bilgilendirilmemiştir.

<sup>103</sup> Bakanlar Komitesi kararının çevirisi için bkz <http://www.aihmiz.org.tr/>

Hükümetin Bakanlar Komitesi'ne bir eylem planı sunmuş ve alınan önlemler hakkında bilgi vermiştir. Hükümet verdiği yanıtta, Abdokhani ve Karimnia kararının Türkçeye çevrilerek dağıtımının yapıldığını, ayrıca 14.-18.10.2009 ve 4.11.2009 tarihinde göç ve iltica ile ilgili idari birimlerle toplantılar düzenleyerek kararının tanıtıldığını, karar sonucu planlanan mevzuat değişikliklerinin konuşulduğunu bildirmiştir. Ek olarak 15-16.03.2010 tarihlerinde İçişleri Bakanlığı'ndan yetkililer, ilgili Avrupa Konseyi organlarından yetkililerle, Türk yabancılar ve iltica mevzuatının karar uyarınca gözden geçirilmesi üzerine danışma toplantıları yapıldığı bildirilmiştir.

Hükümet mahkemenin kararında belirttiği genel önlemleri karşılamak amacıyla, göç ve iltica alanını düzenleyen yeni bir mevzuat çalışması yaptığını ve "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı" hazırlayarak meclise gönderdiğini bildirmiştir. Hükümete göre bu tasarıyla, yeni ihlaller giderilecektir.

Ancak aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere hazırlanmış olan yasa tasarısı, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne getirilen coğrafi sınırlamayı kaldırmadığı, yabancıların ölüm ve işkence riski ile karşılaşacakları ülkelere iade yasağına "kamu düzeni, kamu güvenliği" vb istisnalar getirerek AİHS 3. maddesinin öngördüğü mutlak yasağı çiğnediği, özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların, alıkoymanın yargısal denetimini sınırladığı, adli yardıma erişimi güvence altına almadığı, yabancıların BMMYK ve STKlara erişimine kısıtlamalar getirdiği için kararda öngörülen genel önlemleri karşılamaktan uzaktır.

Bunun yanı sıra tasarı, halen mecliste beklemekte olup, sınırdışı edilme kararlarını otomatik durdurucu etkiye sahip bir iç hukuk yolu henüz oluşturulmamıştır. AİHM'den iç tüzük 39. madde kapsamında tedbir kararı alamayan başvuru sahiplerinin sınırdışı edilmeleri yaygın bir uygulama olarak devam etmektedir.

## KARAR SONRASINDA ULUSAL DÜZEYDE ALINAN GENEL ÖNLEMLER:

### A-YASAMA

Türkiye'de yabancıların sınırdışı edilmesi ve özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının temel dayanağı Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre "usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması" özgürlük ve güvenlik hakkının istisnaları arasında sayılmıştır. Anayasanın 19. maddesine ilişkin bir değişiklik çalışması gündemde değildir. Abdolkhani ve Karimnia kararındaki genel önlemler kapsamında, mevcut yasalarda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Kanunlar düzeyindeki ilk değişiklik, Mart 2011 tarihinde 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nda gerçekleştirilmiştir.<sup>104</sup> Söz konusu değişiklik öncesinde Türkiye'ye düzensiz yoldan girerken yahut çıkarken yakalanan yabancılar için cezai bir işlem başlatılması öngörülüyor

<sup>104</sup> 5682 sayılı Pasaport Kanunu bkz <http://www.aihmiz.org.tr/>

ve bu kişilerin idari para cezasının yanı sıra 6 aya kadar hapse mahkûm edilebilecekleri belirtiliyordu. Ancak söz konusu değişikliğin ardından hapis cezası kaldırılmış ve yasanın 34. maddesi uyarınca bin Türk lirasından üç bin Türk lirasına kadar idari para cezası verileceği ifade edilmiştir.

Temmuz 2012 tarihinde de 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun’da<sup>105</sup> benzer bir değişiklik yapılarak bu Kanun çerçevesinde öngörülen hapis cezaları da kaldırılmış ve yalnızca idari para cezası yaptırımının uygulanması benimsenmiştir.

Yapılan bu değişiklikler, yalnızca cezalara ilişkin olup, olumlu olmakla birlikte, kararda öngörülen iade yasağı, otomatik durdurucu etkisi olan etkin iç hukuk yolu ve özgürlükten yoksun bırakılmayla ilgili diğer hukuksal güvenceleri sağlamakla ilgili değildir. Hükümet kararda öngörülen hukuksal düzenlemeleri karşılamak amacıyla “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı” hazırlayarak Meclise sunmuştur.<sup>106</sup>

### ***“Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı” hakkında değerlendirmeler:***<sup>107</sup>

Hükümetçe hazırlanan “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı” Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş olup henüz yasalaşmamıştır

Tasarıda Türkiye’nin 1951 Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ne<sup>108</sup> koyduğu çekinceyle sürdürmekte olduğu coğrafi sınırlamanın kaldırılmamış olması, Türkiye’nin ağırlıklı olarak coğrafi sınırlama kapsamında yer alan ülkelerden göç alan bir ülke olduğu gerçeğiyle birlikte değerlendirildiğinde geniş bir kesimin koruma kapsamının dışında kalma riskinin devam etmesine yol açacaktır.

Mahkemenin kararında işaret edilen genel önlemler bakımından yasa tasarısını değerlendirdiğimizde, tasarının önlemleri ne kadar karşıladığı ya da karşılamadığı daha net görülecektir;

### ***AİHS 3. madde ihlallerinin önlenmesi bakımından tasarının değerlendirmesi:***

Tasarının 4. maddesi 1. fıkrasında, “bir yabancı, kanun gereği sınır dışı edilmesi gerekenler kategorisine giriyorsa bile varacağı ülkede ölüm cezasıyla, işkenceyle veya insanlık dışı ya da kötü muameleyle karşılaşması veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla yaşamının veya özgürlüğünün tehdit altında bulunacağı yere gönderilemez” düzenlemesi yapılmıştır. Ayrıca taslağın 55. maddesiyle “sınırdışı edileceği ülkede

<sup>105</sup> 5683 sayılı Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>106</sup> Tasarı 3 Mayıs 2012 tarihinde TBMM’ye sevk edildi. İlgili Komisyonlar 4 Haziran 2012 tarihinde tasarı üzerine çalışmaya başladılar. Tasarı 20 Mart 2013 tarihinde TBMM Genel Kuruluna sevk edildi. Görüşmeler devam ediyor.

<sup>107</sup> Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı için bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>108</sup> 1951 Cenevre Mülteci Sözleşmesi bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

ölüm cezası ya da işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emareler bulunan yabancılar hakkında” sınırdışı kararı alınamayacağı belirtilmiştir. AİHS 3. maddesi bakımından taslak olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Bununla birlikte yasa taslağında bu “emarelerin” hangi makamlar tarafından ve hangi usulle araştırılacağına dair bir düzenlemenin yapılmamış olması, iade yasağının uygulaması konusunda ciddi kuşuklara yol açmaktadır.

*AİHS 13. madde kapsamındaki ihlallerin önlenmesi bakımından tasarının değerlendirilmesi;*

Mahkeme kararında iki husus belirtilmiştir;

- bunlardan birincisi sınırdışı edilme işlemini otomatik olarak durdurucu yargı yolunun
- ikincisi ise işkence ve kötü muamele riskini bağımsız ve titiz inceleme garantisinin sağlanmasıdır.

Bu açıdan bakıldığında tasarıda sınırdışı etme kararlarına karşı, idare mahkemelerine başvurulmasının, sınırdışı etme işlemini otomatik olarak durduracağına dair düzenleme getirilmesi olumlu bir gelişmedir. Ancak AİHM'nin önemle işaret ettiği üzere, işkence ve kötü muamele riskinin varlığının bağımsız ve titiz incelenmesine yönelik olarak tasarıda yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu haliyle tasarı, mahkemenin kararında 3. madde kapsamında belirtilen genel önlemleri karşılamaktan uzaktır ve yasalaşmadan önce bu eksiklikler giderilmelidir.

*AİHS 5/1. madde kapsamında ihlallerin önlenmesi bakımından tasarının değerlendirilmesi:* BMMYK ölçütlerine göre gözaltı; dar bir şekilde sınırlandırılmış ya da kısıtlanmış bir alanda kapatılmayı ifade eder ve hapisane, kapalı kamp, gözaltı mekanları ya da havaalanı transit bölgeleri gibi dolaşım özgürlüğünün büyük ölçüde kısıtlandığı ve bu kısıtlı alandan kurtulmanın tek yolunun ülkeyi terk etmek olduğu durumları içerir. Bu anlamda idari gözetim de bir tür alıkoyma ve özgürlükten yoksun bırakmadır ve yargısal denetimi gerektirir. Tasarının 56. Maddesiyle idari gözaltılara karşı Sulh Ceza Mahkemelerine itiraz etme hakkı getirilmektedir. Bu olumlu bir gelişme olmakla birlikte, diğer alıkoymalardaki itiraz usullerinden farklı olarak Sulh Ceza Mahkemesinin, alıkoymaya itiraz hakkında vereceği kararın kesin olacağı düzenlenmiş ve ceza yargılamasındaki tutuklulara tanınan bir üst mahkemeye itiraz hakkı idari gözetim altındaki yabancılar için tanınmamıştır.

Tasarıdaki bir başka sorunlu düzenleme de adli yardıma ilişkindir. Geri gönderme merkezlerinde tutulan kişilere adli yardım sağlanacağı belirtilmişse de bu kişilerin çoğunluğunun kimlik belgelerinin bulunmayışı, adli yardım makamlarına erişim sorunları ve özellikle adli yardımı düzenleyen Türkiye Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği gereği başvurulardan istenen yoksulluk belgesi vb resmi mercilerden belge alınması zorunluluğundan dolayı pratikte adli yardım almaları olanaklı değildir. Bu nedenle sınırdışı kararı alınan veya idari gözetim altındaki yabancılar için adli yardıma erişimi güvence altına alan basitleştirilmiş başvuru yollarına dair

yasal düzenleme yapılması gerekmektedir. Aksi halde yabancılar açısından adli yardıma erişmek mümkün olmayacaktır.

Tasarının 68. maddesinde idari gözetim altında tutulananların görüşebileceği kişiler “yasal temsilcisi, avukatı, noter ve BMMYK temsilcisi” olarak sayılmış ve bu alanda yasal danışmanlık hizmeti veren STK ‘lara yer verilmemiştir. Ayrıca özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların, sivil toplum tarafından sunulacak danışmanlık ve hukuksal yardım desteğine erişimlerini sağlayacak bir düzenlemenin tasarıda yer almaması önemli bir eksikliklerdir. Çünkü Abdolkhani ve Karimnia kararı gibi AİHM ve Bakanlar Komitesi önünde bekleyen davaların başvuru sahiplerinin neredeyse tümü Helsinki Yurttaşlar Derneği gibi sivil toplum örgütlerinin sağladığı hukuksal destek sayesinde haklarını arayabilme olanağı bulabilmişlerdir. Bu nedenle özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların STK danışmanlığına erişimleri yaşamsal öneme sahiptir ve tasarıda bu yönde düzenleme yapılması gerekmektedir.

Bir başka önemli sorun alanı, tasarının 53. maddesine istinaden alınacak sınırdışı ve 57. Maddesine verilecek idari gözetim kararlarına karşı yargıya yapılacak itirazlar için getirilen 15 günlük başvuru süresinin hakkın kullanılmasını kısıtlayacak ölçüde kısa olmasıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan yabancıların, avukata ve adli yardıma erişimlerinin önündeki yasal ve fiili engeller dikkate alınarak itiraz süresinin en az 30 gün olmak üzere makul bir seviyeye kadar uzatılması önerilmektedir.

Özellikle sınırdışı kararlarına itiraz başvuruları için, mültecilerin kimlik belgesi sorunları dikkate alınarak, noter onaylı vekaletname aranmaksızın başvuru olanağı tanınmasına yönelik düzenleme yapılması, adalete erişim bakımından yaşamsal önemde bir gereksinimdir.

Tasarının, sınırdışı kararlarına karşı İdare Mahkemelerine başvuruyu düzenleyen 53. Maddesiyle, otomatik durdurucu etkisi olan bir iç hukuk yolu tesis edilmektedir. Buna göre, sınırdışı kararlarına karşı idare mahkemelerinde dava açıldığında sınırdışı işleminin otomatik olarak duracağı hükmü getirilmektedir ki bu kuşkusuz önemli bir iyileştirme değildir. Ancak aynı maddenin 3. Fıkrasında “mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir” denilmektedir. Oysaki uygulamada olan mevcut durumda idare mahkemelerinin kararlarına karşı Bölge İdare Mahkemeleri ve/veya Danıştay’a temyiz başvurusu yapma hakkı bulunmaktadır. Taslak bu haliyle yasalara aykırı takdirde, idarenin sınırdışı kararlarının yargı denetimi bakımından mevcut durumdan daha geri bir düzenleme getirecektir. Ayrıca tasarının 57. Maddesiyle de idari gözetim kararlarına karşı Sulh Ceza Mahkemelerine itiraz olanağı getirilmektedir. Ancak idare tarafından verilen sınırdışı amacıyla idari gözetim kararlarına karşı yapılacak itiraz başvuruları üzerine Sulh Ceza Mahkemelerinin vereceği kararın kesin olması, kararların bir üst mahkemenin denetimine açık olmaması önemli bir sorundur.

Tasarının bir başka sorunlu düzenlemesi, uluslararası koruma başvurusunu bizzat kişinin yapması zorunluluğunu getirmesidir. Kişinin çeşitli nedenlerle başvuramayacağı durumlarda yasal temsilcisi ya da avukatı aracılığıyla başvuru olanağının tanınmaması bu durumdaki kişilerin uluslararası koruma kapsamı dışında kalmasına yol açacağı açıktır.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı halen yasalaşmamış olup TBMM'de beklemektedir ve dolayısıyla mahkemenin kararında öngörülen genel önlemlerin hiç biri henüz yerine getirilmemiştir.

TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu'nun Edirne, Kırklareli, İstanbul Geri Gönderme Merkezleri (GGM) hakkında hazırladığı Ekim 2012 tarihli inceleme raporunda da yasal düzenlemenin hala yapılmamış olmasına dikkat çekilmiş ve "Kanunla düzenlenmesi gereken alanın hala ikincil düzenlemelerle yürütülmesine son verilerek insan haklarına dayalı göç ve yabancılar yasasının bir an önce çıkarılması gerektiği "belirtilmiştir.<sup>109</sup>

Avrupa Birliği Türkiye 2011 yılı İlerleme Raporunda bu soruna değinmiştir. Raporun Adalet ve Özgürlük başlıklı 24.Faslında; "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu henüz yasalaşmadığından Türkiye'de hala sığınmaya ilişkin bir mevzuat bulunmamaktadır"<sup>110</sup>

"Adalet özgürlük ve güvenlik alanında her konuda eşit ilerleme kaydedilmemiştir. ..Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun kabul edilmesi, etkin bir iltica ve göç yönetiminin sağlam bir zemine oturması ve göçmenler ile mültecilerin haklarının güvenceye alınması için öncelik olmaya devam etmektedir"<sup>111</sup> demekle iltica ve göç alanında yapısal bir düzenlemenin hala yapılmamış olmasına dikkat çekmiştir.

## B-YÜRÜTME

AİHM'nin, Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye kararının kesinleşmesinin ardından iltica ve düzenli ve düzensiz göç yönetimi alanında bir kısım idari düzenlemelere gidilmiştir. Bu kapsamda :

- 19 Mart 2010 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından "Mülteci ve Sığınmacılar" konulu 2010/19 sayılı genelge<sup>112</sup> yayınlanmıştır. Bu genelgeyle diğer hususların yanı sıra, iltica başvurusunu almakla sorumlu birimlere sığınma başvurularını kayda alma yükümlülüklerini hatırlatmıştır.

Esasen bu hususlar 2006 tarihli ve 57 sayılı Uygulama Talimatı'nın "Uygulamaya İlişkin Usul ve Esaslar" başlıklı bölümünün ikinci kısmında da yer almaktadır. Buna göre müracaat makamlarının "başvuru sahibinin makul bir nedeni olmaksızın ve böyle bir fırsatı olmasına rağmen makul sürede başvuruda bulunmamış olması nedeniyle herhangi bir önyargıya kapılmadan başvuruları işleme almakla yükümlü" olduğu açıkça ifade edilmiştir. Ancak başvuruya konu olan davada da Mahkeme tarafından tespit edildiği

<sup>109</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu 10 Ekim 2012 tarihli raporu s:23 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>110</sup> AB Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu s:91 bkz bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>111</sup> AB Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu s:96 bkz bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>112</sup> İçişleri Bakanlığı 2010/19 numaralı " Mülteciler ve Sığınmacılar ile İlgili Genelge bkz <http://www.aihmiz.org.tr>



üzere, müracaat makamları, uygulamada bu yükümlülüğü çoğunlukla yerine getirmemektedir ve idarenin bu keyfi tutumu nedeniyle sığınma sistemine erişim sorunu yapısal bir sorun olarak devam etmektedir. Bir çok yabancı sığınma prosedürüne erişemediklerinden güvenli olmayan ülkelere sınırdışı edilebilme riskiyle karşı karşıya kalabilmektedir

- 19 Mart 2010 tarihli İçişleri Bakanlığı 2010/23 numaralı “Mülteciler ve Sığınmacılar ile İlgili Genelge”<sup>113</sup> ile mülteci ve sığınmacılar için önemli sorunlardan biri olan ikamet harçları konusunda kısmen olumlu bir değişiklik gerçekleştirilmiştir. Buna göre “iltica sığınma başvurusu yapan kişiler veya mülteci ve sığınmacılardan, mali durumları bozuk olanlar ve öğrencilerden ikamet harcı alınmayacağı” ve “genelgenin yürürlüğe girmesinden önce tahakkuk etmiş ancak tahsil edilememiş ikamet harç ve cezaları tekrar değerlendirilecek ve ilgililerin 492 sayılı kanununun 88. maddesi kapsamında olduğunun tespiti halinde harç ve cezalara alınmayacaktır”. Bilindiği gibi ikamet tezkeresi almaya hak kazanmış olmalarına rağmen harcını ödeyemedikleri için sığınmacıların büyük bir kısmı mülteci hukukunun sağladığı bir çok korumadan yararlanamamaktaydılar. Güvenli üçüncü ülkeye yerleşme hakkı olan mülteciler salt bu harçları ödeyemediklerinden dolayı Türkiye’den çıkarılmıyorlardı. Getirilen bu düzenlemeyle harç sorunun çözümünde olumlu bir adım atılmıştır
- 19 Mart 2010 İçişleri Bakanlığı’nca 2010/18 sayılı “Yasadışı Göçle Mücadele” Genelgesi<sup>114</sup> ile “yasadışı göçmen” olarak nitelenen kişilerin yakalanması halinde uygulanacak işlemler, geri gönderme merkezlerinde uyulması gereken fiziki koşulları ve merkezlerin işleyişinde uyulması gereken esaslar düzenlenmiştir.

Mahkemenin kararında, başvuru sahiplerinin yakalama nedenleri ve hakları konusunda bilgilendirilmemelerine ilişkin olarak belirttiği AİHS 5/2 ihlallerinin önlenmesi bakımından Genelgenin ek 1 bölümü 6. maddesinde önemli bir değişiklik yapılmıştır. Buna göre geri gönderme merkezlerindeki kişilerin “anlayabilecekleri bir dilde hukuki durumları ve yasal başvuru yolları hakkında yazılı bildirimde bulunulacak ve yapılan bildirim imzalı bir örneği dosyasında muhafaza edilecektir”. Genelge hakların korunmasına yönelik sınırlı iyileştirmeler içerse de uygulamada idarenin tutumundan kaynaklanan sorunlarla sıkça karşılaşmaktadır. Farklı dillerde tercüman bulma sıkıntısı ve genelgenin 4. Maddesine göre geri gönderme merkezlerinde barınan kişilerin BMMYK ile iletişime geçmek isteyenler ile avukatla görüşme talep edenlere bu olanağın sağlanacağına dair düzenleme yer almasına karşın uygulamada gerek avukata erişim gerekse BMMYKne erişim bakımından sorunlar yaşanmakta olduğu bilinmektedir. Ayrıca özgürlüklerinden yoksun bırakılan bu kişilerin STK na erişimine de izin verilmemektedir.

<sup>113</sup> 19 Mart 2010 tarihli İçişleri Bakanlığı 2010/23 numaralı “ Mülteciler ve Sığınmacılar ile İlgili Genelge”<sup>113</sup> bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>114</sup> İçişleri Bakanlığı 2010/18 sayılı “Yasadışı göçle mücadele” Genelgesi bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

Nitekim TBMM İnsan Hakları İhlallerini İnceleme Komisyonu, Edirne, Kırklareli ve İstanbul Kumkapı geri gönderme merkezlerine yönelik olarak 10 Ekim 2012 tarihinde yayınladığı inceleme raporunda bu soruna dikkat çekmiştir. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Raporunun sonuç bölümünde “STÖ temsilcilerinin ve avukatlarının, GGM de tutulan kişilere ve bilgilere erişimlerinin kolaylaştırılması gerektiği, STK ile GGM yönetiminin koordineli çalışmalarının gerektiği” belirtilmiştir<sup>115</sup>

- 14 Eylül 2010 da İçişleri Bakanlığınca “Merkezler Kabul ve Merkezlerde Kalacakların Bilgilendirilmesi” Genelgesi<sup>116</sup> çıkarılarak geri gönderme merkezlerinde yapılacak bilgilendirme işlemleri düzenlenmiştir. Genelgede geri gönderme merkezlerine sevk edilen yabancılara sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alındıklarının ve Valilik onayı ile 90 güne kadar tutulacakları ve bu sürenin 90 gün daha uzatabileceğinin bildirileceği, sınır dışı kararına ve tutulma işlemine itiraz hakları bulunduğu bilgisinin tebliğ edileceği ve itirazların Bakanlıkça karara bağlanacağı ifade edilmiştir.
- Temmuz 2011 de İçişleri Bakanlığınca “1994/6169 Sayılı Yönetmeliğin Yetki Devri” Genelgesi<sup>117</sup> çıkarılmıştır. Bu genelgeye göre I-EGM 2011 yetki devri talimatı: 94 yönetmeliği uygulama talimatında değişiklik yapılarak valiliklere yetki devri yapılmıştır. Genelgeye göre, İçişleri Bakanlığınca iltica/sığınma başvurularını işleme alan, mülakatı yapan, işlemleri yürüten, başvurular ile ilgili inceleme yapan ve mülakat raporu düzenlemekten sorumlu olan personel, yükümlülükleri yerine getirebilecek düzeyde insan hakları, uluslararası koruma, mülteci hukuku konularında bilgi sahibi olan ve eğitim almış personel arasından belirlenmesi düzenlenmiştir ki bu olumlu bir adımdır. Ancak uygulama pratiği genelgede öngörülen insan hakları eğitiminin verilmediği ya da gereği gibi verilmediğini göstermektedir. Nitekim AB 2011 yılı Türkiye İlerleme Raporunda da bu konudaki sorunlara dikkat çekilmektedir; “İdareciler valiler kaymakamlar belediyeler, avukatlar ve genel olarak kamuoyunun, düzensiz göçmenlerin hakları ve göç yönetimine ilişkin usuller hakkında farkındalığının artırılması, somut tedbirlerle ele alınması gereken bir konu olmaya devam etmektedir.”<sup>118</sup>

## C - YARGI

Türk Hükümet yetkilileri Bakanlar Komitesine verdikleri bilgide, Abdolkhani ve Karimnia kararının Türkçeye çevrilerek dağıtımının ve tanıtımının yapıldığını belirtmişlerdir. Nitekim karar Türkçeye çevrilmiş ve Yargıtay’ın resmi sitesinde yayınlanmıştır. Ayrıca Türk Hükümeti yetkililerinin Bakanlar Komitesine verdiği bilgiye göre kararın dağıtımı ve tanıtımı için bir dizi toplantılar

<sup>115</sup> TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Raporu s:22 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>116</sup> İçişleri Bakanlığı “Merkezler Kabul ve Merkezlerde Kalacakların Bilgilendirilmesi” Genelgesi için bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>117</sup> İçişleri Bakanlığınca “1994/6169 Sayılı Yönetmeliğin Yetki Devri” Genelgesi <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>118</sup> AB Komisyonu 2011 Türkiye İlerleme Raporu s: 91 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

yapıldığı bildirilmiştir. Ancak tüm bu açıklamalara karşın, yargı alanındaki sorunlar sürmektedir. Yargının tutumunu kararda tartışılan iki temel sorun bakımından iki başlıkta değerlendirmek gerekmektedir

### **Geri Gönderme Yasağı**

Birinci olarak Abdolkhani ve Karimnia kararında, Mahkemece dikkat çekilen genel önlemlerden ilki olan, “bir yabancıнын zulüm görme riski altındaki bir ülkeye gönderilme yasağına” ilişkin iyileştirmeler, kararın kesinleşme tarihinin üzerinden iki yıla yakın bir zaman geçmesine rağmen henüz gerçekleştirilmemiştir. Bu alanda iki temel sorun halen devam etmektedir;

- Temel sorun alanlarından birincisi, mülteci ve sığınmacıların sınırdışı edildikleri takdirde zulüm görme riskine ilişkin iddialarını titizlikle inceleyecek bir yargı yolu ve uygulaması yoktur.
- İkinci temel sorun olarak da sınırdışı edilmeyi otomatik durdurucu etki yapan bir yargı yolunun bulunmayışıdır.

Her iki alanda da gerekli yasal düzenlemeler yapılmadığından, idarenin sığınmacı ve mültecileri sınırdışı edilmesi kararlarına karşı, sığınmacıların sınırdışı edilmeyi durdurucu bir tedbir kararı alabilmek adına AİHM 'ne başvurmalarının dışında etkili bir yargı yolu hala bulunmamaktadır. AİHS 3. madde ihlallerinin yargı makamları tarafından titizlikle incelenmesinin önkoşulu olan otomatik durdurucu etkisi olan yargı yolunun bulunmayışı nedeniyle Türkiye'ye Avrupa ülkeleri dışından gelen yabancıları sözleşmenin koruma kapsamı dışında bırakmaktadır.

Türkiye'deki iç hukuka göre, İdarenin sınırdışı edilme kararlarına karşı İdare Mahkemelerinde iptal davası açmak tek başına kararın yürütmesini durmamaktadır. İdari Yargılama Usulü Yasasına göre davaların yürütmeyi durdurma istemli açılmış olması ve idare mahkemesinin de bu talebi kabul ederek işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermesi gerekmektedir.

İdari yargılama usulünde, inceleme ve cevap sürelerinin uzunluğu nedeniyle, mahkemelerin yürütmeyi durdurma konusunda karar verme süreçleri aylarca sürmekte ve bu süre içinde yabancılar sınırdışı edilmektedir. Ayrıca idare mahkemelerinde dava açmanın tek başına otomatik durdurma etkisinin bulunmadığı da dikkate alındığında Türkiye'de 13. madde kapsamında bir iç hukuk yolunun hala oluşturulmadığı açıktır. Bu nedenle de kararın izlenmesinin sürdürülmesi gereklidir.

Mahkemenin Abdolkhani ve Karimnia kararında belirtilen ikinci ihlal grubu olan, idari alıkonulmalara ilişkin olarak AİHS 5. maddesi uyarınca özgürlük ve güvenlik hakkını güvenceye alacak mevzuat oluşturulmadığı gibi var olan yargı sistemi de hakkın korunmasına elverişli değildir. Aşağıda örneklerini vereceğimiz yargı kararlarından görüleceği üzere var olan yargı makamlarının, kişi güvenliği ve özgürlüğü kapsamında sergilediği tutum, kişiler bakımından hakkın korunmasına katkı sunmayan etkisiz bir yargı olma özelliğini sürdürmektedir.

Parviz Norouzi davası : Türkiye'ye yasadışı yollardan girdiği gerekçesiyle 05.08.2008 tarihinde gözaltına alınan Parviz Norouzi, sınırdışı edilme kararının durdurulması amacıyla, AİHMne

başvuruda bulunmuştur. AİHM başvuru numarası 41626/08 olup 02.09.2008 tarihinde tedbir kararı verilmiştir.<sup>119</sup>

Başvurucu vekili, AİHM'nin tedbir kararını da ekleyerek müvekkilinin gözaltı kararının kaldırılarak, serbest bırakılması veya uydu kente yerleştirilmesi istemiyle, İçişleri Bakanlığına başvurmuş ancak bu başvurusu 20.05.2009 tarihinde reddedilmiştir. Bunun üzerine 28.07.2009 tarihinde Ankara 10. İdare Mahkemesinde yürütmenin durdurulması istemiyle itiraz etmiştir.

Ankara 10. İdare Mahkemesi 2009/1845 Esas-sayılı ve 11.11.2009 tarihli kararıyla başvurucunun yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir.<sup>120</sup>

10. İdare Mahkemesi kararı gerekçesinde: “*davacı hakkında elde edilen bilgiler de göz önüne alındığında ülkemizdeki kamu düzeni ve güvenliğinin riske atılmaması amacıyla yukarıya alınan mevzuat hükümleri uyarınca idareye tanınan takdir yetkisi kapsamında hakkındaki sınırdışı işlemleri tamamlanincaya, yani hakkındaki sınır dışı işlemlerine karşı açılan davada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin esastan vereceği karar kadar idarenin tayin ve tespit ettiği yerde tutulması zorunlu olduğundan davacının serbest bırakılarak bir uydu kente yerleştirilmesi yolundaki başvurusunun reddine ilişkin işlemlerde hukuka aykırılık bulunmamaktadır*” demektedir.

İdare mahkemesi bu kararını oluştururken, AİHM kararında işaret edildiği üzere titiz inceleme yapmamış, başvuruculara serbest ikamet izni verildiği takdirde, kamu düzeni ve güvenliğinin nasıl riske gireceğine dair somut hiçbir delil ortaya koyma gereği duymamıştır. Başvurucunun özgürlük ve güvenlik hakkına dair esaslı bir değerlendirme yapmaksızın, yalnızca HMÖ üyesi olmasını gerekçe göstererek özgürlükten, yoksun bırakmanın belirsiz süre devam etmesine onay vermiştir.

Ankara Bölge İdare Mahkemesi'ne 09/4918 sayılı dosya ile Ankara 10. İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması talebinin reddine itiraz eden başvurucunun itirazını Bölge İdare Mahkemesi 10.12.2009 tarihinde reddetmiştir.<sup>121</sup>

İdare mahkemesi kararının temyizi için 05.03.2010 tarihinde Danıştay'a yürütmenin durdurulması istemli temyiz başvurusunda bulunmuş ancak Danıştay Onuncu Dairesi 2010/3456 nolu dosyası ile 17.05. 2010 tarihinde oybirliği ile yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar vermiştir.<sup>122</sup> Sonrasında da Danıştay 10. Dairesi esas hakkındaki kararında<sup>123</sup> özgürlükten yoksun bırakılma kararının temyiz isteminin reddine ve 10. İdare Mahkemesi kararının onanmasına oy birliği ile karar vermiştir. 29.12.2010 Danıştay'da davanın görüldüğü tarih, Abdolkhani ve Karimnia kararının kesinleştiği tarihten sonraki döneme aittir.

<sup>119</sup> Parviz Norouzi başvuru no:41626/08 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>120</sup> Ankara 10. İdare Mahkemesi 2009/1845 Esas-sayılı kararı 08 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>121</sup> Ankara Bölge İdare Mahkemesi ne 09/4918 sayılı kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>122</sup> Danıştay Onuncu Dairesi 2010/3456 nolu YD kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>123</sup> Danıştay Onuncu Dairesi 2010/3456 nolu kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

Benzer özelliklerdeki bir başka dava Parviz Ranjbar Shorehdel davasıdır. Bu davada da başvuru İran asıllı HMÖ mensup bir kişi olup 11.09.2008 tarihinde yakalanarak gözaltına alınmış ve sınırdışı edilmesini önlemek ve serbest bırakılmasını sağlamak için AİHM'ne yaptığı 43616/08 numaralı başvurusuyla tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. AİHM'nin sınırdışı edilmeye ilişkin olarak 11.09.2008 tarihinde verdiği tedbir kararını<sup>124</sup> da ekleyerek, alıkoymanın sonlandırılması ve serbest bırakılması talepleri ile İçişleri Bakanlığına başvurmuştur. Bakanlık tarafından, yukarıda sözü edilen davalardaki aynı gerekçelerle, yani kamu güvenliği ve kamu düzeni gerekçeleriyle talebi reddedilen başvuru 28.07.2008 tarihinde İdare Mahkemesine başvurarak serbest bırakılmama kararının yürütmesinin durdurulmasını ve iptalini talep etmiştir.

Ankara 14. İdare Mahkemesi 09/1060 numaralı kararında, yaygın uygulamadan farklı olarak başvurunun kamu güvenliği ve düzeni gerekçeleriyle özgürlüğünden yoksun bırakılabilmesi için *“davacının Türkiye'nin kamu güvenliği ve düzenini riske edecek şekilde örgütle bağlantısının bulunduğu, geçmiş yaşantısı ve konumu ile kamu güvenliği ve düzeni bakımından ciddi sorun teşkil etme ihtimalinin bulunması ve idarenin de mültecinin hareketlerine getirilen bu kısıtlamayı gerekli kılan sebep ve gerekçeleri somut bilgi ve belgelerle ortaya koyması gerektiği”* ni belirterek idarenin başvurunun alıkonulmasının devamına ilişkin kararının yürütmesinin durdurulma talebini kabul etmiştir.<sup>125</sup>

Emniyet Genel Müdürlüğünün Bölge İdare Mahkemesine 25.11.2009 tarihinde yaptığı başvuru üzerine BİM, başvurunun özgürlüğünden yoksun bırakılması kararını AİHS 5. Madde kapsamında inceleme ve kamu düzeni açısından risk olup olmadığına dair bilgi-belge arama gereği duymaksızın, İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararını iptal etmiştir. Bunun üzerine 14. İdare Mahkemesi 09/4747 numaralı kararıyla, idarenin kararını esastan iptal etmiştir.<sup>126</sup>

Ancak İdare Mahkemesi kararının Emniyet Genel Müdürlüğü'nce temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi 2010/4701 numaralı dosyasıyla ve hiçbir gerekçe ileri sürmeksizin Ankara 14. İdare Mahkemesinin 2010/4701 nolu kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.<sup>127</sup> Danıştay'ın başvurunun özgürlüğünden yoksun olarak tutulmasını onaylayan bu kararını, Abdolkhani ve Karimnia kararının kesinleşme tarihinden sonra, 17.05.2010 tarihinde vermiştir.

Aynı konuda bir başka davada Nader Kazempour Marand davasıdır. Bu davada İran asıllı başvuru 12.09.2008 tarihinde yakalanarak gözaltına alınmış ve hakkında sınırdışı etme kararı verilmiştir. Başvurunun AİHM ne yaptığı 43616/08 numaralı başvuru sonucu mahkeme 15.09.2008 tarihinde başvurunun sınırdışı edilmemesi konusunda tedbir kararı vermiştir.<sup>128</sup> Başvurunun 09.04.2009 tarihinde İçişleri Bakanlığına serbest bırakılması talebiyle başvurmuş

<sup>124</sup> Parviz Ranjbar Shorehdel AİHM başvuru no: 43616/08 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>125</sup> Ankara 14. idare Mahkemesinin 09/1060 numaralı kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>126</sup> 14. İdare Mahkemesi 09/4747 numaralı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>127</sup> Danıştay 10. Dairesi 2010/4701 numaralı YD kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>128</sup> Nader Kazempour Marand AİHM başvuru no: 43616/08 bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

ancak bu talebi reddedilmiştir. Bunun üzerine Ankara 5. İdare Mahkemesinde 09/1032 sayı ve 08.07.2009 tarihli idarenin ret kararının yürütmesinin durdurulması ve iptali istemli başvurusuna İçişleri Bakanlığı tarafından ulusal güvenlik gerekçesiyle itiraz etmiştir. İdare Mahkemesi 07.10.2009 tarihinde yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir.<sup>129</sup> İçişleri Bakanlığı'nın Bölge İdare Mahkemesine yaptığı itiraz üzerine BİM 29.11.2009 tarih ve 09/4522 numaralı kararıyla idarenin itirazını haklı bularak 5. İdare Mahkemesinin vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararının kaldırılmasına karar vermiştir.<sup>130</sup>

28.10.2010 tarihinde Ankara 5. İdare Mahkemesi esas hakkındaki kararını vererek İçişleri Bakanlığının olumsuz işleminin iptaline karar vermiştir. Başvurucunun avukatının gerek yürütmenin durdurulması gerekse işlemin iptali kararlarını takiben, mahkeme kararlarının uygulanması ve müvekkilinin serbest bırakılması için İçişleri bakanlığına yaptığı başvurular sonuçsuz kalmış, Emniyet Genel Müdürlüğü mahkeme kararlarını uygulamamıştır. 5. İdare Mahkemesinin kararının İçişleri Bakanlığı tarafından ulusal güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle temyizi üzerine Danıştay 10. Dairesi 17.05.2010 tarih ve 2010/4655 sayılı kararıyla yerel mahkemenin işlemin iptaline ilişkin kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir.<sup>131</sup> Danıştay'ın bu kararının verildiği tarihte başvurucunun gözetiminde tutulduğu süre iki yıla yaklaşmıştır.

Yargının tutumuna örnek bir başka dava da Hamit Athary davasıdır. Bu davada da başvuru Aralık 2008 tarihinde yakalanarak gözetim altına alınmış ve serbest bırakılma başvuruları idare tarafından diğer davalarda ileri sürülen aynı gerekçelerle reddedilmiştir. İdarenin kararının yürütmesinin durdurulması için, başvuru vekili tarafından Ankara 1. İdare Mahkemesinde 2010/1032 sayılı dosya ile dava açılmışsa da, mahkeme 01.06.2010 tarihinde hiçbir somut delil ortaya koymaksızın, soyut bir kamu güvenliği gerekçesiyle başvurucunun talebinin reddine karar vermiştir.<sup>132</sup> Bu sürecin sonunda başvuru Türkiye'den ayrıldığından Bölge İdare Mahkemesine itiraz ve Danıştay'a temyiz başvuruları yapılamamıştır.

Yukarıda sunulan yargı kararları, yargının mülteci ve sığınmacıların özgürlük ve güvenlik haklarına ilişkin zihniyetinin ve genel uygulamanın sadece birkaç örneğidir. Dava örnekleri incelendiğinde

- her bir davada, mültecilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarına itirazları ile serbest ikamet izni verilmesine ilişkin başvuruları, idare tarafından somut veri ortaya konulmaksızın “terörizmle mücadele, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzenine” ilişkin soyut iddialarla red edilmiştir.

<sup>129</sup> Ankara 5. İdare Mahkemesi 09/1032 kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>130</sup> BİM 09/4522 sayılı kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>131</sup> Danıştay 10. Dairesi 2010/4655 sayılı kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

<sup>132</sup> Ankara 1.İdare Mahkemesinde 2010/1032 sayılı kararı bkz <http://www.aihmiz.org.tr>

- İçişleri Bakanlığının bu kararlarına karşı başvuruolar tarafından İdare Mahkemelerine açılan yürütmenin durdurulması istemli davaların ikisinde, idare mahkemeleri AİHS 5. madde kapsamında başvuruoların özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin titiz inceleme yapmamış, somut bilgi ve belge sunmaksızın “ulusal güvenlik ve kamu düzeni” gerekçeleriyle başvuruoların taleplerini reddetmiştir. Diğer iki başvuruda ise ilgili idare mahkemeleri başvuruoların somut veri olmaksızın kamu güvenliği gerekçesiyle belirsiz süreyle özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının AİHS 5. Maddesine aykırı olacağından bahisle idarenin olumsuz kararının yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Ancak başvuru vekillerinin tüm çabalarına rağmen idare mahkemelerinin bu olumlu kararı idari makamlarca uygulanmamış, kişiler mahkeme kararına rağmen alıkonulmaya devam edilmiş ve idarenin bu keyfi tutumu yaptırımsız kalmıştır.
- Her dört davada da İdare Mahkemesi kararlarına ilişkin olarak Bölge İdare Mahkemelerine yapılan itirazlar üzerine Bölge İdare Mahkemeleri, kişilerin özgürlük ve güvenlik haklarını tartışmamış, AİHS ve diğer uluslararası hukuka uygun bir yaklaşım göstermemiş ve tüm başvurularda, yabancıların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının belirsiz süreyle devamı doğrultusunda karar vermiştir.
- Tüm davalar bakımından, Danıştay’a yapılan temyiz başvurularında, Danıştay ilgili dairesi başvuruoların iddialarını, AİHM kararında işaret edildiği üzere AİHS 5.maddesi bakımından titizlikle incelememiş, özgürlükten yoksun bırakmanın devamına ilişkin somut gerekçeler sunmamıştır. Hiçbir temyiz başvurusunda Danıştay, özgürlük ve güvenlik hakkını koruyucu bir karar üretmemiştir.
- Tüm bu olumsuz yargı karar örneklerinden görüleceği üzere, başvuruolar üçüncü güvenli bir ülkeye gidinceye kadar geçen süreçte hiçbir yasal dayanağı olmamasına rağmen mahkeme onayıyla 8 aydan 2 yıl 4 aya kadar uzun sürelerle özgürlüklerinden yoksun bırakılmışlardır
- Başvuruoların hukuka aykırı olarak alıkonulmalarına onay veren Danıştay kararlarının tümünün Abdolkhani ve Karimnia kararının kesinleştiği tarihten sonraki döneme ilişkin olması, AİHM’nin bu konuda dikkat çektiği ihlaller ve alınmasını önerdiği genel önlemlerin Türkiye’deki yargı makamlarınca dikkate alınmadığını düşündürmektedir. Bu nedenle kararın izlenmesi sürdürülmelidir.

**Avrupa Birliği Komisyonu'nun değerlendirmeleri:<sup>133</sup>**

AB Komisyonu 2010 ve 2011 Türkiye İlerleme raporlarında, düzensiz göçmenlerin sınır dışı edilmeleri, özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları ve adalete erişimleri alanında yasal reformların halen yapılmamış olduğuna ve bu anlamda sorunların sürdüğüne dikkat çekmiştir.

AİHM 'nin Abdolkhani ve Karimnia Kararında dikkat çektiği temel sorunlarla ilgili olarak, AB Komisyonu'nun Türkiye 2010 ilerleme raporunun "Adalet, Özgürlük ve Güvenlik" konulu 24. Faslında sağlanan ilerlemelerle ilgili olarak, yayınlanan genelgeler ve hazırlanan yasa tasarısıyla önemli adımlar atıldığı vurgulanmıştır. Bununla birlikte atılan bu olumlu adımların henüz Mahkemenin dikkat çektiği sorunların çözümünü sağlayacak yeterlilikte olmadığı belirtilmektedir.

Komisyon raporunda :*"Özellikle düzensiz göçmenlere yönelik gözaltı ve sınır dışı uygulamalarında, adil usullerin oluşturulması ve bu kişilerin kabul koşullarının iyileştirilmesi açısından, yeni yayımlanan genelgelerin tam olarak uygulanması ve hazırlık aşamasında olan mevzuatın süratle kabul edilmesi kilit önemi haiz bir önceliktir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarının ve özellikle Türkiye ile ilgili iki dava olan Abdolkhani ve Karimnia - Türkiye ile Z.N.S - Türkiye davaları sonucunda alınan kararların dikkate alınması gerekmektedir"* belirlemesiyle Mahkeme kararının gerektirdiği genel önlemlerin ivedilikle yerine getirilmesinin önemini vurgulamıştır.

Ayrıca komisyon; *"İdareciler, valiler, kaymakamlar, belediyeler ve genel olarak kamuoyunda düzensiz göçmenlerin haklarına ve göç yönetimine ilişkin usullere dair farkındalığın somut tedbirler yoluyla artırılması kilit önemi haiz bir konudur"* belirlemesiyle de yasal düzenlemelerin yanı sıra farkındalığın artırılması ve zihniyet değişiminin sağlanmasının önemine de dikkat çekmiştir.

Son olarak Komisyon reformların henüz çok erken aşamada olduğunu vurgulamış ve adil ve etkili bir sistemin oluşturulmasında, mülteci ve sığınmacıların adli yardıma, BMMYK ve STK ne erişiminin önemine dikkat çekmiştir. *"Sonuç olarak, Türkiye'ye temel uluslararası standartlara ve Avrupa standartlarına uygun, modern, etkili ve adil bir sistem sağlayacak önemli reformlar halen erken bir aşamadadır. İltica ve göç konusunda bir yol haritasının tamamlanması anahtar role sahiptir. Türkiye'deki kurumlar sınırlı kapasiteye sahiptir ve en önemlisi de Avrupalı olmayan sığınmacıların mülteci statülerinin belirlenmesi süreci sahiplenilmemektedir. Bu nedenle, Türkiye'de resmi bir statüsü olmamasına rağmen BMMYK fiilen, iltica usullerinin yürütülmesi ve yönetilmesinden sorumlu tek mercidir"*

*"İlticaya ilişkin usullere eşit ve adil erişimin sağlanması, mevcut sınırlı kapasiteye rağmen, bekleme süresinin kısaltılması ve sığınmacıların adli yardıma ve BMMYK personeline"*

<sup>133</sup> AB Komisyonu 2010 ve 2011 Türkiye İlerleme Raporları bkz bkz <http://www.aihmiz.org.tr>



**erişimlerinin tam olarak sağlanması kilit bir öncelik olmaya devam etmektedir.** Menşe ülke bilgi ve iltica dosya yönetim sistemlerinin oluşturulmasına yönelik çalışmalarda ilerleme sağlanması ve sivil toplum kuruluşlarının, mülteci ve göçmenlere yardım sağlanması konusunda idare ile işbirliği imkanlarının kolaylaştırılmasının da kilit önemi haizdir.”

**AB Komisyonunun Türkiye 2011 ilerleme raporunda da önceki raporda tespit edilen sorunların devam ettiğine dikkat çekilmiştir:**

Yargı ve Temel Hakların değerlendirildiği 23 fasılda “Adalet erişim konusunda sağlanan adli yardım kapsam ve kalite bakımından yetersizdir” tespiti yapılmıştır..s:88 (23.fasıl yargı ve temele haklar bölümü)

“Özgürlük ve Güvenlik” başlıklı 24. Fasılda, mülteciler ve sığınmacıların adalet erişimleri, adli yardım ve özgürlük ve güvenlik hakları alanındaki sorunların çözülmediğine, bu alanı düzenlemesi beklenen “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı”nın hala yasalaşmadığına dikkat çekilmektedir. Komisyon raporunda

- “Barolarda ve sivil toplum kuruluşlarında bu desteği ülke çapında vermeye yeterli kurumsal kapasite bulunmadığından adli yardıma erişim hala sınırlıdır”. S:90
- “İdareciler valiler kaymakamlar belediyeler avukatlar ve genel olarak kamuoyunun,düzensiz göçmenlerin hakları ve göç yönetimine ilişkin usuller hakkında farkındalığının artırılması, somut tedbirlerle ele alınması gereken bir konu olmaya devam etmektedir.”s 91
- “Yabancılar ve Uluslararası koruma kanunu henüz yasalaşmadığından Türkiye’de hala sığınmaya ilişkin bir mevzuat bulunmamaktadır” s:91
- “Adalet özgürlük ve güvenlik alanında her konuda eşit ilerleme kaydedilmemiştir. ..Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun kabul edilmesi, etkin bir iltica ve göç yönetiminin sağlam bir zemine oturması ve göçmenler ile mültecilerin haklarının güvenceye alınması için öncelik olmaya devam etmektedir.” S:96

AİHM kararında tartışılan sorunlar olan mülteci ve sığınmacıların özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının hukuki denetimine ilişkin ve geri gönderme yasağı ihlallerine karşı koruyucu yasal mevzuat oluşturulmadığı, adalet erişimin önemli bir unsuru olan adli yardım sorununun çözülmediği, kamu makamlarının göçmenlerin hakları konusundaki bilgi yetersizliği Avrupa Birliği İlerleme raporlarında önemli eksiklikler olarak tespit edilmiştir.

## SONUÇ VE ÖNERİLER :

### Hükümete:

1. Türkiye, 1951 Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne koyduğu çekinceyi ve coğrafi sınırlamayı kaldıran hukuksal değişiklikleri gerçekleştirmeli ve bu kapsamda "Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı"ndaki coğrafi sınırlama kaldırılmalıdır.
2. AİHS 3. Madde kapsamında koruma gerektiren durumlarda sığınmacıların hiç bir nedenle iade edilemeyeceğine dair net hukuksal güvenceler getirilmelidir.
3. Tasarıda düzensiz göç yönetimiyle ilgili olarak, sınırdışı ve sınırdışı amacıyla idari gözetim uygulamalarına tabi olacak kişilere usul güvenceleri getirilmelidir.
4. Sınırdışı edilmeyi ve gözaltını otomatik durdurucu yargı yolu oluşturulmalıdır. Sığınmacı, mülteci ve düzensiz göçmenler için yargı yoluna başvurulması halinde karar kesinleşinceye kadar yabancı sınırdışı edilemez kuralı getirilmelidir.
5. Geri gönderme merkezlerinde tutulan kişilerin adli yardıma ve sivil toplum tarafından sunulacak danışmanlık ve hukuksal yardım desteğine erişimleri konusunda iyileştirme yapılması önemli bir gerekliliktir.
6. Başvurucular ve yasal temsilcilerinin dosyalara erişiminin önündeki engelleri kaldıran değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Özellikle, yasa tasarısında yer alan ve uluslar arası koruma başvurusunu bizzat kişinin yapması zorunluluğunu düzenleyen hüküm kaldırılmalı ve başvurunun vekil, avukat veya STK tarafından yapılabilmesine yönelik düzenleme getirilmelidir. Ayrıca sınırdışı kararlarına itiraz başvuruları için, mültecilerin kimlik belgesi sorunları dikkate alınarak, noter onaylı vekaletname aranmaksızın başvuru olanağı tanınmalıdır.
7. Tüm düzensiz göçmen, sığınmacı ve mülteciler için adli yardım olanağı sağlanmalıdır. Adli yardım bu gruplar için adalet erişiminin temel şartıdır.
8. Sınırdışı ve sınırdışı amacıyla idari gözetim kararlarına karşı yapılacak itiraz başvuruları üzerine İdare ve Sulh Ceza Mahkemelerinin vereceği kararların bir üst mahkemenin denetimine açık olması sağlanmalıdır,
9. Sığınmacı ve diğer yabancıların sığınma ve iltica başvurularının hiç bir istisna ve engelleme olmaksızın müracaat makamlarınca kayda alınarak gerekli işlemlerin yapılmasını güvenceye alacak yasal ve idari düzenlemeler yapılmalı ve ilgili personele sığınmacı ve mültecilerin haklarına dair eğitimler verilmelidir.
10. Özellikle havalimanları transit bölgelerdeki yabancıların uluslararası hukuksal güvencelerden yararlanmasını temin için BMMYK yetkilileri, avukat ve bu alanda çalışan STK temsilcilerine erişim olanağı sağlanmalıdır.
11. Nitelikli ve yeterli hukuki destek için, avukatlar ve baroların genel olarak insan hakları ve özel olarak da mülteci hukuku konusunda meslek içi eğitim ve farkındalık artırıcı çalışmalar yapılmalıdır.

## Bakanlar Komitesine

Abdolkhani ve Karimnia kararında öngörülen genel önlemler hala yerine getirilmemiştir. Hükümetin verdiği yanıtlar tatmin edici olmaktan uzaktır. Kararın gösterdiği ihlaller, Sözleşmenin çekirdek haklarına ilişkin ihlaller olduğundan köklü bir reformun ertelenmesinin kabul edilmesi mümkün değildir. Gerek AB İlerleme raporlarından gerekse TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu Raporlarından görüleceği üzere kararda belirlenen sorunlar hala devam etmektedir. Bu nedenle halen TBMM’de görüşülen “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Yasası Tasarısı”nın uluslararası hukuka uygun olarak gözden geçirilmesi dahil bu alanda yapılacak tüm düzenlemelerin, göç alanında çalışan sivil toplum örgütlerinin katılımını garanti edecek bir denetim sürecinin işletilmesi yerinde olacaktır.

# Gözel ve Özer / Türkiye

(Başvuru no. 43453/04, 31098/05, 6 Temmuz 2010)

## İzleme Raporu

*“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.”*

AİHS, Madde 10 (1) hükmü

### Başvuru Konusu Olay

AİHM 2. Dairesinin kararına konu olan iki başvuru dosyası bulunmaktadır. Bu dosyalardaki “olaylar” ve “davanın koşulları” AİHM kararında özetle şöyle yer almaktadır:

#### A. Başvuru no 43453/04

Başvuru sahibi Aylin Gözel, merkezi İstanbul'da bulunan ve aylık olarak yayınlanan Maya dergisinin sahibi ve yazı işleri müdürüdür.

Maya dergisinin Şubat 2003 tarihli 11 sayılı baskısında «Ortadoğu'da Yaklaşan Savaş Türkiye Burjuvazisini Tehdit Ediyor!» başlıklı bir makale ile 24. sahifesinde yasadışı Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist «TKP/ML» örgütü merkez komitesi tarafından yapılan bir açıklama yayınlanmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Savcısı, 13 Mart 2003 tarihli iddianamesinde Aylin Gözel'i basın yoluyla Devlet'in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 8/2-4 madde) ve yasadışı silahlı bir örgüt tarafından yapılan bir açıklamayı yayınlamakla (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 6/2-4.madde) suçlamıştır.

İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 29.09.2003 tarihinde Devlet'in bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapma suçundan başvuranın beraatına karar vermiştir. Ancak Başvuran hakkında 289 Yeni Türk Lirası (TRY) yani yaklaşık 170 Euro (EUR) para cezasına mahkûm etmiştir.

Mahkeme, ayrıca 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına ve 5680 sayılı kanunun (hüküm tarihinde yürürlükte olan Basın Kanunu) ek 2. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, yasadışı

örgütün açıklamasına yer verdiği gerekçesiyle Maya dergisine bir haftalık yayın yasağı getirilmesine hükmetmiştir.

Yargıtay, 22 Mart 2004 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Başvuran 15 Eylül 2004 tarihinde, verilen para cezasını ödemiştir. Maya adlı aylık dergiye mahkemenin verdiği bir haftalık yayın yasağı uygulaması da yerine getirilmiştir.

### **B. Başvuru no 31098/05**

Başvuran Aziz Özer, merkezi İstanbul'da bulunan ve aylık olarak yayımlanan Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin editörü ve yazı işleri müdürüdür. Aziz Özer, aynı zamanda merkezi yine İstanbul'da bulunan yayınevi Çağrı Basın Yayın Ltd. Şti.'nin sahibidir.

“Haziran 2002'de, Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin 6. sayısının 5, 6 ve 7. sayfalarında « 15-16 Haziran Büyük İşçi Direnişi ve Türkiye'de Devrimci Hareket » başlıklı bir makale yayınlanmıştır. İsmi belirtilmeyen makale yazarı, 15 ve 16 Haziran 1971 tarihlerinde gerçekleştirilen işçi gösterilerini barışçıl olarak nitelendirmiştir. Yazar, özellikle bu gösterilerde sol hareketin üstlendiği rolü analiz etmiş ve bu olaylardan sonra, dönemin yasal sol partilerinin pasif kalmaları yüzünden THKP/C (Türkiye Halk Kurtuluş Partisi/Cephe) ve THKO (Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu) gibi solcu birçok örgütün kurulduğunu belirtmiştir. Yazar ayrıca, TKP/ML (Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist) örgütünün kurucusu olan İbrahim Kaypakkaya'nın 15-16 Haziran gösterilerinden sonra belirleyici bir rol oynadığını ve Türkiye'deki Marksist hareketi etkili bir biçimde yönlendirdiğini iddia etmiştir.

Ayrıca, derginin ilgili sayısının 17. sayfasında yasadışı örgüt üyesi oldukları gerekçesiyle haklarında yürütülen ceza davası kapsamında tutuklanan sekiz kişinin açıklamaları da yer almıştır. «Halkımıza» başlığı altında yapılan bu açıklamada, tutuklular F tipi cezaevlerindeki tutukluluk koşullarını protesto etmek amacıyla başlattıkları açlık grevine son verdiklerini, ancak bu koşullara karşı sürdürdükleri direnişe devam etmeye kararlı olduklarını bildirmişlerdir.”

19 Haziran 2002 tarihli iddianamede İstanbul Cumhuriyet savcısı, Aziz Özer'i 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına, yasadışı bir örgütün açıklamalarını yayınlamak suretiyle muhalefet etmekle suçlamıştır.

23 Ekim 2003 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkraları gereğince başvurunu 218 TRY, yani yaklaşık 120 EUR para cezasına mahkûm etmiştir. Öte yandan, mahkeme söz konusu suçun ulusal güvenliği zayıflatmaya yönelik olduğuna hükmetmiş ve Basın Kanunu'nun geçici 2. maddesinin 1. fıkrasına istinaden aylık derginin on beş gün süreyle kapatılmasına karar vermiştir.

29 Ekim 2003 tarihinde, başvuran kararı temyiz etmiştir.

10 Kasım 2004 tarihinde, Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Başvuran, bu kararın kendisine tebliğ edilmediğini ve kararı kendi çabasıyla öğrendiğini belirtmiştir.

28 Ocak 2005 tarihinde, Beyoğlu Başsavcısı para cezasının ödenmesi için bir ihbarname düzenlemiştir.

27 Nisan 2005 tarihinde, başvuran para cezasını ödemiştir.

## AİHM Kararı

### AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası hakkında<sup>134</sup>

AİHM, başvuruyu, 8-11. maddelere ilişkin dördü testini uygulayarak incelemiştir. Mahkeme, önce başvuru sahiplerinin ifade özgürlüğüne a) bir müdahale olup olmadığını sorgulamış, daha sonra b) bu müdahalenin yasal dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. Her iki soruya ilişkin olumlu cevap veren Mahkeme, c) yasa dışı öngörülen sınırlama nedenlerinin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında meşru amaçlar olup olmadığı sorusuna da AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında kamu güvenliğinin sağlanması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gibi meşru nedenlerle hakkın sınırlandırıldığını belirterek olumlu cevap vermiştir. AİHM birçok kararında yaptığı gibi ayrıntılı incelemesini testin son ve dördüncü aşaması olan demokratik toplumda gereklilik ölçüsü açısından yapmıştır.

### Demokratik Toplumda Gereklilik

AİHM, ulusal yargıçların başvuru sahiplerini, "terör örgütü açıklamaları" olarak nitelendirilen açıklamaları yayımladıkları için mahkûm ettiğini tespit etmektedir.

AİHM, hâkimlerin, ihtilafli yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını analiz etmediğini de tespit etmektedir. İfade özgürlüğü kısıtlamasının "gerekliliğinin" inandırıcı bir şekilde ortaya konup konmadığını değerlendirmek için AİHM, ulusal hâkimlerin karar gerekçelerine bakmak gerektiğini belirtmiştir. AİHM, hâkimlerin sadece başvuranların dergilerinin Türk hukukunda terörist olarak nitelendirilen bir örgütün yazılarını yayınladığını dikkate aldığını ve yalnızca bu temelde ilgili şahısların 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen suç işlediklerine hükmettiğini tespit etmiştir.

AİHM içtihadına göre, dava konusu yazının sahibinin kim olduğu terörle mücadele bağlamında değerlendirilmelidir. Bununla birlikte, AİHM'nin kanaatine göre tek başına ne yasaklanmış bir örgütün mensubu olan bir kişinin konuşması ya da açıklama yapması ne de herhangi bir kimsenin hükümetin politikalarını sert bir şekilde eleştirmesi, ifade özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılamaz. Metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddete teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, kimin konuştuğu kadar metinde kullanılan terimler ve hangi bağlamda yazıldığı da dikkate

<sup>134</sup> Kararda, Yargıtay Başsavcısının mütalaasının başvuru sahiplerine ve vekiline tebliğ edilmemesi nedeniyle 6. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ayrıca başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 7. maddesiyle Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine dair itirazları, konu 10. madde kapsamında incelendiği gerekçesiyle incelenmemiştir. 6. maddeyle ilgili ihlalin kaynağı olan yasal değişiklik yapıldığı ve diğer itiraz konusu hususlarda karar verilmesine yer görülmediği için bu raporda sadece 10. madde ile ilgili sorunlar değerlendirilecektir.

alınmalıdır. Karşıt görüşler arasındaki dengenin kurulmasını sağlayacak olan bu uygulamada, ulusal yetkililer, kendisi için hiç hoş olmasa da, kamunun çelişik durumlarda muhalif taraflardan birinin farklı görüşleri ile ilgili bilgi edinme hakkını yeterince dikkate almalıdır.

Eğer bir yayının yasaklanmasında sadece yazarın kişiliği ölçüt alınacak olursa bazı kişi ya da gruplar 10. madde tarafından sunulan teminatlardan otomatik olarak yararlanamayacaktır.

Bu konuyla ilgili olarak AİHM'nin içtihadından çıkan sonuca göre, görüşler şiddete tahrik içermediği sürece (yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanıyorsa) Sözleşmeciler Devletler, toprak bütünlüğü, milli güvenliğin korunması veya suçların önlenmesi ve kamu düzeninin sağlanmasına atıfta bulunarak medyanın üzerine ceza kanunu yaptırımlarının uygulanması suretiyle halkın bilgi alma hakkına sınırlama getiremez.

AİHM, mevcut davada, ulusal mahkemelerin medya profesyoneli olan başvuranları mahkûm ederken ileri sürdükleri gerekçeler, alakalı olsa bile, ilgili şahısların görüş bildirme ve bilgi verme özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğü haklarına yapılan müdahaleyi haklı göstermek için yeterli olmadığı kanaatindedir. AİHM, özellikle bu gerekçe eksikliğine neden olan unsurun, «terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ya da yayınlayan herkesin» mahkûm edilmesini öngören ve ulusal hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kıstasları dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü vermeyen 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasının bizzat kendisi olduğunu gözlemlemektedir.

AİHM, Türkiye'nin benzer birçok davada Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir. Türk mahkemeleri bu davalarda, başvuru sahiplerini sadece terör örgütünün açıklamalarını yayımladıkları için mahkûm etmiş, söz konusu açıklamanın hangi bağlamda yazıldığını ve içeriğini denetleme gereği duymamıştır. Bu davalara konu olan olayların hiçbirinde şiddet kullanmaya bir çağrı veya bir nefret söylemi de yoktur.

AİHM Gözel ve Özer kararında şu somut sonuçlara ulaşmıştır:

AİHM'nin gözünde, sadece 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasında hedef alınan açıklamaların yayınlanmasını gerekçe göstererek dergi sahipleri, editörleri ya da yazı işleri müdürlerinin tekrar tekrar mahkûm edilmesi ve buna ek olarak dergilere yayın yasağı getirilmesi, - elbette doğrudan ve dolaylı olarak terör suçlarını savunmadığı sürece - kamuoyu gündeminde bir yere sahip olan medya profesyonellerinin kısmen sansürlenmesi ve bir görüşün kamuoyuna açıklanmasının sınırlandırılması anlamına gelebilecektir. Üstelik, mevcut davada görüldüğü gibi, «terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarında» kullanılan terimler belirsiz bir biçimde yorumlanmıştır. Özellikle, amaçları ya da kamuoyunun çelişik durumlara farklı bir görüş açısıyla bilgilendirilme

hakki göz önüne alınmadan medya profesyonellerine yukarıda belirtilen hüküm gereği mekanik bir baskı uygulanması (Jersild, ilgili bölüm, prg. 36 ile karşılaştırınız), bilgi ve fikir alma ya da verme özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Bu değerlendirmeler ışığında ve söz konusu mevzuatın incelenmesi sonrasında AİHM, başvuruların 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrası gereğince mahkûm edilmesine ve dergiye yayın yasağı getirilmesine neden olan müdahalenin «demokratik bir toplumda gerekli» olarak nitelendirilemeyeceği ve meşru amaçların gerçekleştirilmesi için de zaruri olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu itibarla, AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

## 46. Madde Uygulaması

### Bireysel ve Genel Önlemler

Kararda özel olarak bir bireysel önlem öngörülmemiştir. AİHM tarafından öngörülen tazminatın ödenmesi ve başvurunun tercih etmesi halinde yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesi yeterli olacaktır.

Gözel ve Özer kararı, karar uyarınca alınması gerekli genel önlemler açısından önemli ve AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesini uyguladığı yarı-pilot niteliğinde bir karardır. Bilindiği gibi Gözel ve Özer davası, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanan ilk karar değildir. Mahkeme hem Gözel ve Özer öncesi hem de sonrasındaki davalarda, suç konusu haber ve makalelerin şiddete, silahlı direnişe veya isyana teşvik etmediği ve nefret söylemi niteliği taşımadığı durumlarda sadece terör örgütü üyesinin görüşlerini aktarmanın yaptırım konusu olamayacağını karara bağlamıştır.<sup>135</sup> TMK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasına ilişkin kararlarda, ayrıca, sözü söyleyenin kimliği dışında, sözün hangi bağlamda söylendiği ve içeriğinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.<sup>136</sup>

Gözel ve Özer kararında da Mahkeme hükümete, alınması gereken önlem konusunda kesin bir talimat vermemiş ama bizzat yasa metninden kaynaklanan sistemik bir sorunun varlığını saptamıştır. Kararın 76. paragrafında şu genel nitelikli saptamaya yer verilmiştir:

AİHM, diğer taraftan mevcut davada 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasının uygulanması sonucu ortaya çıkan ihtilafli mahkûmiyetin görüş ve bilgileri açıklama özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığına karar verdiğini hatırlatmaktadır. AİHM, özellikle 3713 sayılı yasanın 6. maddesinin 2. fıkrasında kaleme

<sup>135</sup> Demirel ve Ateş/Türkiye, no. 10037/03, 12.4.2007, para. 39; Halis Doğan/Türkiye, no. 71984/01, 25.7.2006, para. 38; Çapan/Türkiye, no. 71978/01, 25.7.2006, para. 42; Kanat ve Bozan/Türkiye, no. 13799/04, 21.1.2009, para. 19; Karakoyun ve Turan/Türkiye, no. 18482/03, 11.12.2007, para. 30; Bayar ve Gürbüz/Türkiye, no. 37569/06, 27.12.2012, para. 34; Belek/Türkiye, no. 36827/06 vd., 20.11.2012, para. 28.

<sup>136</sup> Örneğin bkz. İmza/Türkiye, no.24748/03, 20.4.2009, para. 25.



alınan «terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını» hedef alan hükümlerin ulusal hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve uygulanan kıstaslarını dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü vermediğinin altını çizmektedir. Varılan bu sonuçlar, başvuruların AİHS'nin 10. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlalinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasıyla ilgili bir sorundan kaynaklandığını göstermektedir. Bu konuyla ilgili olarak AİHM, ilgili iç hukuk ile AİHS'nin yukarıda belirtilen hükmüne uygun hale getirilmesinin tespit edilen ihlale son verilmesini mümkün kılan uygun bir telafi yöntemi oluşturacağı kanaatine varmaktadır.

### AİHM'nin 46.madde değerlendirmesi ve genel önlem önerisi:

Gözel ve Özer kararı, AİHM'nin konuya ilişkin daha önceki içtihadı da dikkate alındığında ihlalin tekrar etmemesi için hükümete biri iki koşul içeren iki farklı alternatif önlem alma olanağı sunmaktadır.

a) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası yürürlükten kaldırılacaktır.

b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası AİHS ve AİHM içtihatlarında geliştirilen ölçütleri dikkate alacak şekilde yeniden kaleme alınmalı, mahkemeler de bu ölçütlere uygun inceleme yapma yükümlülüğü altına sokulmalıdır.

İkinci alternatif söz konusu olduğunda, AİHM'nin TMK 6/2 içtihadından düzenlemeyle ilgili 3 önemli ölçüt çıkmaktadır:

**i. Maddi Ölçüt:** Şiddete tahrik içermediği sürece (yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirme amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanamıyorsa) herhangi bir ifade salt terör örgütü üyeleri tarafından dile getirildiği ve/veya hükümeti sert bir şekilde eleştirdiği için yasaklanmamalıdır.

**ii. Yöntemsel Ölçüt:** İkinci olarak; yapılacak düzenleme, hâkimlere, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kıstasları dikkate alarak, sadece mesajı verenin kimliğine ve kime verildiğine değil, yazının bütünlüğü içinde yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü getirmelidir.

**iii. Araçsal Ölçüt:** Sadece örgütün veya örgüt üyelerinin açıklamalarının aktarıldığı durumlarda, kamunun bilgi alma hakkı da dikkate alınarak ilk iki ölçütü daha sıkı bir denetime tabi tutulmalıdır.

İlk bakışta bir birinden bağımsız gözükse de bu üç ölçüt aslında birbirini tamamlar niteliktedir. İlk ölçütte öngörülen olası bir şiddet eylemiyle söz arasındaki açık ve yakın ilişki ancak hâkimin sözün kime, ne şekilde, hangi bağlamda söylendiği ve gerçekten şiddet tehdidine yol açıp açmadığı değerlendirildiğinde ortaya çıkarılabilecektir. Herhangi bir yorum olmaksızın sadece örgüt veya

örgüt üyelerinin açıklamalarını aktaran basın araçlarında bu bağ açıkça ortaya konmalıdır. Bu nedenle yukarıda sayılan ölçütlerden sadece birini karşılayan bir düzenleme AİHM kararınca öngörülen genel önlemleri yerine getirmiş olmayacaktır.

## Bakanlar Komitesi Önündeki Süreç

Gözel ve Özer/Türkiye kararı, Bakanlar Komitesi önünde standart izleme usulüne göre takip edilmektedir. Karara ilişkin olarak, Bakanlar Komitesinin kararların infazı için oluşturduğu sayfada çok sınırlı bilgi bulunmaktadır. İlgili bölümde henüz hükümetin kararı uygulamak için eylem raporu/planını sunmasının beklendiği ifade edilmiştir.<sup>137</sup> Yine genel önlemler kapsamında, kararın Türkçeye çevrilip ilgili makamlara dağıtılması istenmektedir. Karar Türkçeye özet halinde ve bazı hatalarla<sup>138</sup> çevrilmiştir.

## Karar Sonrası Ulusal Düzeyde Alınan Genel Önlemler

Yukarıda açıklandığı gibi Gözel ve Özer kararının icrası için iki ihtimal söz konusudur. Aşağıda görüleceği gibi hükümetin bu yöntemlerden ikincisini; yani, hükmü tamamen kaldırmak yerine yeniden düzenleme yöntemini tercih ettiği görülmektedir. Bu bölümde, öncelikle, mevcut kuralın yargı mercileri tarafından nasıl uygulandığına bakılacak; ardından, hükmü değiştirmeye yönelik girişim ve 4. Yargı Paketi ile getirilen öneri değerlendirilecektir.

### A. Yargı

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 6/2.maddesi Şubat 2013 tarihi itibarıyla halen yürürlüktedir ve şöyledir:

Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Yasa maddesi, görüldüğü üzere, bir bildiri ya da açıklamanın içeriğine ilişkin bir belirlemede bulunmamakta, bildiri ya da açıklamanın "terör örgütü" olarak nitelenen örgütlere ait olduğunun kabulü ile ceza yaptırımına gidileceği hususunu düzenlemektedir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*" dediği için, ulusal mahkemelerin Sözleşmeye aykırılığı açıkça tespit edilmiş bulunan TMK 6(2)'yi Sözleşme içtihadına uygun bir şekilde yorumlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

Gerçekten de ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda, Türk mahkemelerinin sıkça AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yaptığı ancak yine de mahkûmiyet kararları verdikleri görülmektedir. Türkiye aleyhine verilen çok sayıda ifade özgürlüğü ihlal kararında, mahkemelerin Türk Ceza

<sup>137</sup>

[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases\\_en.asp?CaseTitleOrNumber=Gozel&StateCode=&SectionCode=\[getir.net/upv7\]](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/pendingCases_en.asp?CaseTitleOrNumber=Gozel&StateCode=&SectionCode=[getir.net/upv7])

<sup>138</sup> <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/gozelveozer2010.pdf> [getir.net/upz0]

Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nu uygularken ifade ile eylem arasındaki bağlantıyı analiz etmediği görülmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammerberg, bu konudaki eksikliği şu ifadeyle saptamıştır:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli kararlarına rağmen, yerel mahkemelerin ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda karar verirken, davaya konu gazetecilerin haberlerinin içeriğinin gerçek olup olmadığı, ve doğruysa, kamunun söz konusu bilgileri edinmede meşru bir menfaati ve hakkı olup olmadığını (ifade içeriğinin gerçekliğinin ispatı ve kamu yararını öne sürme hakkı olarak bilinen kavramlar) sistematik olarak değerlendirdiğine dair bir belirti bulunmamaktadır.<sup>139</sup>

Hammarberg'e göre yargıçların yorum yöntemini değiştirmemesi halinde yasal değişiklikler kısıtlı etki doğurmaya mahkûmdur:

Ceza Kanununda ve Terörle Mücadele Kanununda şu ana kadar benimsenen yasal değişikliklerin, yargı erkinin yargılama yaklaşımında kökten bir değişiklik olmadıkça, Türk hâkim ve savcılarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesine ilişkin benzer ihlallerini önlemede tek başına yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.<sup>140</sup>

Rapor için toplanan mahkeme kararları, İnsan Hakları Komiserinin saptamalarının Gözel ve Özer kararı sonrasında da geçerliliğini koruduğunu doğrulamaktadır.

1. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi kararları yukarıda verilen maddi ölçüt açısından sorunludur. İncelenen vakaların hiçbirinde şiddete çağrı ölçütü açıkça uygulanmamış ama hep bu ölçüt nedeniyle cezalandırmaya gidildiği ifade edilmiştir. Mahkemeler, hemen her kararda AİHS ve AİHM içtihatlarından söz etmektedir. Bununla birlikte, bu içtihatların sistemli bir şekilde olaya uygulandığı bir tek örneğe bile rastlanmamıştır.

Örneğin İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, Gerçek Demokrasi Gazetesi Sorumlu Yazı İşleri Müdürü aleyhine PKK liderlerinden Bahos Erdal'ın ifadelerinin yayımlanması nedeniyle açılan davada, Gözel ve Özer ve önceki AİHM içtihadında öngörülen ölçütleri hiç değerlendirmeksizin şu sonuca ulaşmıştır:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşmiş uygulamalarına göre de, terör ve şiddete çağrı içermeyen her türlü düşüncenin açıklanabilmesi ve demokratik tartışma ortamına aktarılabilmesi, düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün temel koşullarından biri olarak kabul edilmiştir [...]

Yazılar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile AİHS hükümlerinde yer alan AİHM'nin şiddet ve silahlı mücadeleyi benimseyen anılan terör

<sup>139</sup> Thomas Hammerberg, Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğü, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, CommDH(2011)25, para. 37.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1361092251.pdf> [getir.net/uptr]

<sup>140</sup> Hammerberg, para. 39.

örgütünün görüşlerini kamuoyuna aktarılmasını sağladığı ve bu suretle kamuoyunda sempatan kazanmaya ve örgütün fikirlerini üye ve yandaşlarına ulaştırmaya çalıştığı, böylece Demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan "ifade özgürlüğünü" kötüye kullanmak suretiyle, demokratik yapıya sahip Türkiye Cumhuriyeti Devletinin üniter yapısını ortadan kaldırmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle bahse konu yazıların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>141</sup>

Görüldüğü gibi karar AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate aldığını belirtmekte ama dava konusu ifadelerin şiddetle bağlantısını çok soyut bir şekilde kurarak hiçbir içerik analizi yapmadan salt örgüt açıklaması olmasından yola çıkarak sonuca ulaşmaktadır. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, Gözel ve Özer kararından 2 yıl sonra dosyayı incelemiş, kararı aynen onamıştır. Yargıtay, yerel mahkemenin eksik inceleme yaptığını düşünmemektedir.<sup>142</sup> Yargıtay'ın yine Gözel ve Özer kararından sonra verdiği bir başka onama kararı<sup>143</sup>, yerel mahkemenin<sup>144</sup> AİHS ve AİHM içtihatlarını dikkate almaksızın yine genel ifadelerle verilen kararları da yeterli gördüğünü göstermektedir.

Yeni açılan davalarda da yargı mercilerinin tavrının değişmediği görülmektedir. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, 18 Mart 2012 tarihli Özgür Gündem gazetesiyle ilgili hazırladığı iddianamede ağırlıklı olarak Newroz kutlamalarına davet niteliğini taşıyan haberlerin, terör örgütünün propagandası niteliğinde olduğunu saptamıştır. Savcılık, Newroza katılmayı destekleyen haberlerin nasıl şiddete davet niteliğinde olduğunu açıklamamış ancak yine benzer bir sonuca ulaşmıştır: "İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşmiş uygulamaları da dikkate alındığında açıkça terör ve şiddete teşvik içeren görüşlerin açıklanmasının düşünce özgürlüğü içerisinde değerlendirilemeyeceği kanaatine varılmıştır."<sup>145</sup> Dava, çok hızlı bir şekilde İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesinde incelenmiş, Mahkeme yine alışıldık bir şekilde AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapmış ancak somut haberlerle şiddet arasında nasıl bir bağ bulunduğunu incelemek yerine, haberi yapılan PKK'nın Türkiye'de ve tüm demokratik ülkelerde terör örgütü olarak kabul edilmesinden yola çıkarak anılan haberlerin düşüncenin açıklanması ve basın özgürlüğü kapsamında görülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2007/248, K. 2008/136, k.t. 05.06.2008.

<sup>142</sup> Yargıtay, 9. CD, E. 2010/1679, K. 2012/140, K. 03.01.2012. [getir.net/up5z]

<sup>143</sup> Yargıtay 9. CD, E. 2009/14883, K. 2011/30914, K. 29.12.2011.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364127435.pdf> [getir.net/upqj]

<sup>144</sup> İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2007/226, K. 2008/42, K. 28.2.2008

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364125690.pdf> [getir.net/upp5]

<sup>145</sup> İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, Soruşturma no. 2012/721, E. no. 2012/248, İddianame no. 2012/188, 06.04.2012 <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364209900.pdf> [getir.net/upfc]

<sup>146</sup> İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2012/54, K. 2012/50, kt. 30.7.2012.

<http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364211078.pdf> [getir.net/upsb]

Yakın tarihli başka iddianame<sup>147</sup> ve kararlarda<sup>148</sup> da yine AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapıldığı ancak içerik analizi yapılmadığı kolayca görülebilmektedir. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2011 yılında verdiği bir karar daha doğrudan AİHM ölçütünü ortaya koymaktadır. Mahkeme "AİHM, Sürek (3) kararında '...Kasıtlı ve dolaysız bir ifadenin şiddeti kışkırttığı ve şiddetin gerçekleşmesi bakımından gerçek bir olasılık olan durumlarda şiddet kışkırtıcılığı 10. maddenin kapsamının dışında kalır..." ifadelerini kullanmış ancak yine somut olaya bu ölçütü uygulamamıştır. Mahkeme, ifade ile şiddet arasındaki somut bağı araştırmak yerine şu gerekçeyle sanığın mahkûmiyetine karar vermiştir: "yazılar bir bütün olarak incelendiğinde, silahlı PKK KONGRA/GEL terör örgütünün sempatican ve üyelerine yön vermeyi, örgüte katılım arttırmayı, örgütün dağ kadrosunda yer alan üyelerin ve ülke içinde faaliyette bulunan üyelerin moral motivasyonunu güçlendirmeyi, örgüte bağlılıklarını ve aktivasyonlarını sürekli dinç tutacak şekilde şiddete açık çağrı niteliğinde olduğu açıktır." Görüldüğü gibi ifadelerin hiçbirisi somut olarak kullanılan ifadelerin nasıl bir şiddeti tahrik olduğu açıklanmamakta, örgüte ilişkin açıklamaların yayımlanmasının otomatik olarak bu sonucu doğuracağını varsaymaktadır.<sup>149</sup>

Mahkemeler, genelde AİHS ve AİHM içtihatları ifadelerini kullanmakla birlikte çoğu zaman hangi kararları kast ettikleri anlaşılamamaktadır. Ancak, AİHM içtihatları arasında özellikle az sayıda Türkiye'nin 10. maddeyi ihlal etmediğinin saptandığı karara ve özellikle Sürek 3 kararına gönderme yapıldığı da gözden kaçmamaktadır.<sup>150</sup>

2. Kararlar yöntemsel ölçüt açısından da sorunludur. Yukarıda yapılan alıntılardan da görülebileceği gibi yerel mahkemeler AİHM'nin "yazıların bir bütün olarak alınması" ölçütünü lâfzen yerine getirmektedir. Yani kitaptan bir cümleyi bağlamından kopuk değerlendirmedikleri izlenimini vermektedirler. Ne var ki, yakından incelendiğinde, yapılanın aslında bütünden bir anlam çıkarmaktan çok yazı ve kitapların çeşitli bölümlerini alt alta dizmekten ibaret olduğu görülebilmektedir.

Örneğin, Birgün gazetesinde KCK Başkanı Murat Karayılanla yapılan bir röportaja karşı açılan davada, birçok güncel konuda soru sorulmuş olmasına rağmen *"soruların içeriği ve sistematigi dikkate alındığında terör örgütünün açıklamalarının ve gündeme ilişkin konulardaki görüşlerinin*

<sup>147</sup> İstanbul Cumhuriyet Savcılığı, Soruşturma No. 2010/2152, Esas No. 2011/134, 08.02.2011. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364144863.pdf> [getir.net/uppx]

<sup>148</sup> İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/8, K. 2010/238, K. 26.10.2010 [http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC\\_E2010-8\\_K2010-238\\_26102010\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC_E2010-8_K2010-238_26102010_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/Ov4v]

<sup>149</sup> İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2011/33, K. 2011/108, K. 26.5.2011. <http://www.aihmiz.org.tr/aktarimlar/dosyalar/1364146211.pdf> [getir.net/upws]

<sup>150</sup> Diğer örnekler için bkz. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/130, K. 2011/69, K. 22.3.2011 [http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC\\_E2010-130\\_K2011-69\\_22032011\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2010-130_K2011-69_22032011_Karar.pdf) [getir.net/Ovnl]; İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/98, K. 2011/70, K. 22.3.2011 [http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC\\_E2010-98\\_K2011-70\\_22032011\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2010-98_K2011-70_22032011_Karar.pdf) [getir.net/Ovb5]

*bildirilmesine yönelik önceden belirlenmiş ve yönlendirilmiş sorular olduğu (...) şiddet içeren yasa dışı eylemlerin meşru savunma olarak gösterildiği, suça konu yazılar bir röportaj tarzında gösterilmesine rağmen aslında terör örgütünün görüş ve açıklamalarını yayınlanmasına yönelik bir kurgulama olduğu, (...) bu türdeki yazıların demokratik sistemi ortadan kaldırmaya yönelik ve şiddet içeren terör eylemlerini teşvik eden yazılar olduğu kabul edilerek" sanıklar cezalandırılmıştır.<sup>151</sup> İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin "Ergenekon operasyonu ve parti kapatma davalarını nasıl değerlendiriyorsunuz?", "Sol ve demokrasi güçleri nasıl bir görevle karşı karşıyadır?" sorularını şiddetle ne şekilde bağlantılandığı anlamak gerçekten güçtür.*

Yakın tarihli bir iddianamede de, suçlamaya konu kitabın 10, 24, 31, 38, 41, 117 ve 121 sayfalarından alıntı yapılmış ama bu alıntılarının nasıl bir bütün oluşturduğu tartışılmamıştır.<sup>152</sup> Oysa bütünden çıkan anlam, farklı yerlerden alıntı yapılmasıyla değil eserin bütünün şiddete çağrı niteliğinde olup olmadığının saptanması ile gösterilebilir.

Şüphesiz, AİHM içtihatlarına gönderme yapılan ve şiddet övgüsünün kanıtlanamadığını belirten mahkeme kararları da vardır. Ancak farklı mahkeme kararları arasında tutarlılık olmadığı gibi beraat kararı verilen bu dosyalarda belirtilen "şiddete açık çağrı" ölçütünün<sup>153</sup> diğer davalarda neden aranmadığını anlamak mümkün olamamaktadır. Örneğin İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin bir kararına göre 5532 sayılı yasa ile TMK'nın 7. maddesi değiştirildiği için "propagandanın, şiddet veya diğer terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılmış olması halinde suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla propagandanın varlığı, suçun maddi unsurunun gerçekleşmesi için yeterli görülmüştür."<sup>154</sup>

3. Gözel ve Özer kararı TMK 6. maddenin 2. fıkrasına ilişkindir. Bununla birlikte, aynı yasanın 7 (2) hükmüne göre verilen kararlarda da benzer bir yöntem izlendiğini görülebilmektedir. İlgili hüküm şu şekildedir:

Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan

<sup>151</sup> İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2008/255, K. 2011/78, K. 24.3.2011  
[http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC\\_E2008-255\\_K2011-78\\_24032011\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist10AC_E2008-255_K2011-78_24032011_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/0vmo]

<sup>152</sup> İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No. 2010/1169, E. 2010/549  
[http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/IstCB\\_S2010-1169\\_E2010-549\\_Iddianame.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/IstCB_S2010-1169_E2010-549_Iddianame.pdf) [getir.net/0vo1]

<sup>153</sup> Örneğin bkz. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/229, K. 2010/260, K. 23.11.2010  
[http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC\\_E2009-229\\_K2010-260\\_23112010\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist13AC_E2009-229_K2010-260_23112010_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/0v1c]

<sup>154</sup> İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/48, K. 2010/329, K. 13.10.2010  
[http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist12AC\\_E2009-48\\_K2010-329\\_13102010\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist12AC_E2009-48_K2010-329_13102010_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/0vgj]

(...) yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Zaman zaman, örgütün bildirimlerini yayınlama iddiasıyla 6. maddenin 2. fıkrasına göre açılan davaların aynı yasanın 7. maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca sonuçlandırıldığı veya 6 (2)'den ortadan kaldırılan dosyanın 7 (2)'den mahkûmiyet kararıyla sonuçlandırıldığı görülmektedir. Bu davalarda da 6 (2)'de olduğu gibi, ifade ile eylem arasında somut bağlantılar kurulmaksızın salt terör örgütünün övüldüğü iddiasıyla kararlar verildiği gözlemlenebilmektedir. Yine bu davalarda Gözel ve Özer kararında belirtilen içerik analizi yapılmamakta, sadece yayınlarda kullanılan ifade bütünü içinden alınarak kararda tekrar edilmektedir. Örneğin, "PKK" isminin nasıl telaffuz edileceğine ilişkin "PKK; Pekeke mi, Pekaka mı" yazısı mahkûmiyet konusu olabilmiş, üstelik bu sonuca ulaşılırken "AİHS 10. maddesinde belirtilen hakların kötüye kullanıldığı"nın anlaşıldığı belirtilmiştir.<sup>155</sup> 7. maddeye konu olan benzer başka davalarda da AİHS ölçütlerine genel bir gönderme yapıldığı ancak somut içerik denetlemesinin yapılmadığı açık bir şekilde görülebilmektedir. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesine ait aşağıdaki ifadeler ifade özgürlüğü konusunun yargı yerleri tarafından ne kadar yanlış anlaşıldığını somut bir şekilde ortaya koymaktadır:

Eğer düşünceyi açıklama özgürlüğü tamamen sınırsız olursa, farklı her düşüncenin açıklanması ve taraftar bulabilmesi için gereklerinin yapılmasına devletçe izin verilmesi gerekir. Toplanma, gösteri yapma, basın-yayın olanaklarının kullanılmasına olanak sağlama gibi. Bu noktada doğal olarak farklı siyasi düşüncelere sahip kişiler özellikle net siyasi görüşü olmayanların inandırılması, yönlendirilmesi ve onların kazanılması çabası içerisinde olacaklar, bu ise karşıt görüşler arasında çıkar çatışmasını doğuracaktır. Söz konusu çatışan çıkarların demokratik düzey ve mecradan çıkartılıp saptırılmak suretiyle ikna dışında empozeye dayalı bir kimliğe büründürülmesi demokrasi ve insan hakları kılıfı içerisinde birbirleriyle ve karşı tarafla ve nihayet tarafsız olanlarla etkileşim ve iletişimi yerine göre kutuplaşmayı doğuracaktır. Sonuçta anarşi nedeniyle kamu düzeni bozulacak ve bu düzensizlik kurum düzenini de doğrudan veya dolaylı mutlak ya da nispi olarak etkileyebilecektir.<sup>156</sup>

<sup>155</sup> İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2009/194, K. 2010/68, 07.4.2010. Aynı davanın iddianamesinde de Sürek/Türkiye davasına atıfta bulunularak, sanıkların cezalandırılmasının Sözleşmeye de uygun olacağı ileri sürülmüştür. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, Soruşturma No. 2010/1286, E. No. 2009/726, İddianame no. 2009/544. Karar ve iddianame için bkz. [http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist14AC\\_E2009-194\\_K2010-68\\_0742010\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist14AC_E2009-194_K2010-68_0742010_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/OvIk]

<sup>156</sup> İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesi, E. 2010/4, K. 2010/190, K. 04.06.2010 [http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist11AC\\_E2010-4\\_K\\_2010-190\\_04062010\\_Iddianame\\_Karar.pdf](http://www.aihmizleme.org.tr/aktarimlar/Ist11AC_E2010-4_K_2010-190_04062010_Iddianame_Karar.pdf) [getir.net/Ova2]

Görüldüğü gibi Mahkeme, salt farklı görüşlerin sayısının artmasını kamu düzenine tehdit olarak algılamaktadır. Şiddetle ifade arasındaki ilişkinin bu kadar dolaylı bir şekilde kurulması çok açık bir şekilde bizzat düşünceyi suç haline getirmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesinin, TMK 6 değil ve fakat 7. maddede düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapma suçuna ilişkin yakın tarihli bozma kararları bulunmaktadır. Bu kararlarda Yargıtay, yerel mahkeme kararlarını dava konusu ifadenin Yargıtay ve AİHM kararları ile desteklenen ifade hürriyetinin kullanılması kapsamında kaldığı gerekçesi ile bozmuştur. Ancak kararlar, yerel mahkeme kararlarının hangi nedenle bu ölçütlere aykırı karar verdiğini sistemli bir şekilde açıklamaktan uzaktır.<sup>157</sup> Hatta aynı dosyada bir kişi hakkında davanın bozulmasına, diğerlerinin ise onanmasına karar verirken de aradaki fark açıklanmamıştır.<sup>158</sup>

### Yargı Kararlarına İlişkin Değerlendirme

Gözel ve Özer kararında geliştirilen ölçütlere bakıldığında inceleme konusu kararlarda şu sorunların varlığı dikkat çekmektedir:

Hem yerel mahkeme hem de temyiz aşamasında mahkemeler AİHS ve AİHM içtihatlarına gönderme yapmalarına ve bu ölçütleri dikkate aldıklarını belirtmekle birlikte, somut vakanın incelenmesinde bu ölçütlerin nasıl kullanıldığı anlaşılamamaktadır. Davaların hemen tümü, sadece terör örgütü veya üyelerinin açıklamalarını aktaran gazeteciler aleyhine açılmaktadır. Bu nedenle, mahkemeler başka bir gerekçe aramaksızın hüküm inşa edebilmektedir. Vakaların hiçbirinde somut olarak ifade ile olası şiddet eylemi arasındaki illiyet bağı kurulmamıştır. Bunun yerine, örgütün propagandasının yapılmasının uzun vadede örgüt üyelerini cesaretlendireceği, yeni üye katılımlarını artıracacağı gibi genel bir varsayımdan yola çıkılmıştır.

Kararlarda maddi, yönetsel ve araçsal ölçütler dikkate alınmamış; ifadelerin kime ait olduğunun ötesinde hangi bağlamda kullanıldığı içerik incelemesi yapılarak açığa çıkarılmamıştır.

## B. Yürütme

Rutin yürütme faaliyeti yanında 2011 yılından itibaren Adalet Bakanlığı, Avrupa Konseyi ile birlikte Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Projesini başlatmıştır. 15-17 Kasım 2011 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye Kararları, Sorunlar ve Çözüm Önerileri" Konferansı sırasında ilan edilen proje ifade ve medya özgürlüğüne ilişkin Türk mahkemelerinin içtihat ve uygulamalarının AİHS'nin 10. Maddesi ile AİHM içtihatları ile uyumlaştırılmasını hedeflemektedir. Proje kapsamında en son 5 Şubat 2013 tarihinde Ankara'da, "Türkiye'de İfade ve Medya özgürlüğü Üst Düzeyli Konferans" düzenlenmiştir.<sup>159</sup> Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek

<sup>157</sup> Bkz. Yargıtay 9. CD., E. 2012/882, K. 2012/6067, K. 10.5.2012 [getir.net/upxk]; Yargıtay 9. CD, E. 2010/5039, K. 2012/3760, K. 21.3.2012 [getir.net/uphi]

<sup>158</sup> Yargıtay 9. CD., E. 2010/16268, K. 2012/5801, K. 09.05.2012 [getir.net/up6f]

<sup>159</sup> Proje etkinlikleri ile ilgili daha geniş bilgi için Proje sitesi ziyaret edilebilir: <http://www.ifadeozguruluğu.adalet.gov.tr/hakkında/hakkında.html> [getir.net/ups7]



Kabulü Hakkında Kanun uyarınca Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü bünyesinde bir İnsan Hakları Daire Başkanlığı kurulmasını öngören 650 sayılı KHK uyarınca kurulan Daire, AİHM kararlarının infazından da sorumludur.<sup>160</sup> Bu nedenle, özellikle aşağıda belirtilen ve hükümet tarafından TBMM'ye sunulan TMK değişikliğinin proje kapsamında yapılan çalışmalardan faydalanarak hazırlandığı düşünülmektedir.

### C. Yasama

Kamuoyunda "3. Yargı Paketi" olarak bilinen 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun" 5 Temmuz 2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan kanun Terörle Mücadele Kanunu'nun bazı hükümlerinde değişikliğe gitmiş ancak 6. maddenin 2. fıkrası değiştirilmemiştir. Bununla birlikte, 6352 sayılı Yasanın Geçici 1. maddesi, 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı davanın açılmasının, kovuşturmanın ve mahkûmiyet hükmünün infazının ertelenmesini öngörmektedir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasına göre 3 yıl içinde aynı nitelikte bir suç işlenmesi halinde ertelenen soruşturma-kovuşturmayla devam edilecek, infaz edilmemiş ceza infaz edilecektir. Şüphesiz, devamlı tehdit altında olan kişilerin ifade özgürlüğünün etkili bir şekilde korunduğunu söylemek mümkün değildir.

Ancak bu raporun yazılmasından kısa bir süre önce bu kez 4. Yargı Paketi adı altında, ağırlıklı olarak ifade özgürlüğüne ilişkin olanlar olmak üzere, AİHM tarafından verilmiş bir dizi kararın infazı için hükümet yeni bir tasarıyı TBMM'ye sunmuştur.<sup>161</sup> Tasarı, bazı insan hakları örgütlerinden eleştiri almıştır.<sup>162</sup> Tasarının 5. maddesi, TMK'nın 6. maddesinin 2. fıkrasının değiştirilmesini öngörmektedir. Yeni hüküm, diğer maddelerde yapılan değişikliklere benzer bir şekilde şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

Terör örgütlerinin; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren veya öven ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik eden bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Görüldüğü gibi değişiklik, terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını cezalandırmaya devam etmektedir. Ancak, önceki düzenlemeden farklı olarak, bu açıklamaların belirli bir nitelik taşıması koşulu getirilmiştir. Bu düzenlemenin, yukarıda açıkladığımız Gözel ve Özer/Türkiye kararı ve diğer AİHM içtihadında öngörülen ölçütleri yerine getirip getiremeyeceği tartışılmalıdır.

<sup>160</sup> <http://www.inhak.adalet.gov.tr> [getir.net/upn7]

<sup>161</sup> <http://web.tbmm.gov.tr/gelenkagitlar/metinler/189186.pdf> [getir.net/upfb]. Sabit bağlantı: [getir.net/0v5q]

<sup>162</sup> 4. Yargı Paketi Üzerine TİHV'nin Görüşleri, 14 Mart 2013 <http://www.tihv.org.tr/index.php?iv-yarg-paketi-uezerine> [getir.net/upmf]; 4. Yargı Paketi Kanun Tasarısı üzerine İnsan Hakları Derneğinin görüş ve önerileri için <http://ihd.kardaizler.org/index.php/raporlar-mainmenu-86/el-raporlar-mainmenu-90/2634> [getir.net/up5v]

Yukarıda açıklandığı gibi AİHM'nin yayın yoluyla işlendiği iddia edilen tehlike suçlarında temelde iki hususu dikkate aldığı görülmektedir. Birincisi, şiddete ilişkin maddi unsur, ikincisi ise söylemin bütünü, söylendiği bağlamın, kim tarafından, kime söylendiğine ilişkin yönetsel unsurdur. Yeni düzenleme sadece maddi ölçüte ilişkin olduğu gözlenmektedir. Düzenleme cebir, şiddet ve tehditle ilgili üç farklı eylem öngörmektedir: "meşru gösterme", "övme" veya "bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme".

Ne var ki, yargı bölümünde örnekleriyle göstermeye çalıştığımız gibi, hem yerel mahkemeler hem de Yargıtay hâlihazırda zaten AİHM içtihatlarına gönderme yapmakta ve mahkûmiyet kararlarını zaten söz konusu ifadelerin şiddeti övdüğü, şiddet ve cebir yöntemlerine başvurmayı teşvik ettiği için vermektedirler. Dahası bu mahkeme kararları örneğin, yapılan bir röportajda sorulan sorular veya Newroz çağrısı şiddeti övme veya meşru gösterme olarak değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle, eğer hükümet ikinci yolu takip ederek bu suçu TMK'da tutacaksa, asıl AİHM'nin tespit ettiği yönetsel ve araçsal unsurları dikkate almalıdır. Bunun için de hâkimlerin söz ile eylem arasındaki ilişkiyi nasıl tespit edeceği yasada açıkça gösterilmelidir. Gerek AİHM'de incelenen TMK 6 (2) kararlarında, gerekse Gözel ve Özer sonrasında verilen kararlarda asıl sorun, mahkemelerin, hangi sözün, hangi ifadenin şiddet ve cebir hangi nedenle ciddi bir tehlike haline getirmiş olduğunu hiç tartışmamış olmasıdır.

Yeni düzenleme bu sorunu aşmak için yeni bir formül sunmamaktadır. Oysa aynı tasarinin TCK'nin 215. maddesini değiştiren 8. maddesi TCK'nin 216. maddesindeki formülü suç ve suçlu övme suçları açısından da getirmiştir. Buna göre, suç "bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde" işlenmiş olacaktır. Aynı yasada bir başka maddede bu kavramın kullanılmış olmasından çıkarılacak sonuç, TMK'nin yeni 6 (2) hükmünde söz ile eylem arasında açık ve yakın bir ilişki aranmaksızın mahkemelerin soyut ve uzak bağlantılarla hüküm tesis etmeye devam etmeleri olacaktır.

Tüm bu nedenlerle; yapılacak düzenleme, hâkimlere AİHS'nin 10. maddesi kapsamında dile getirilen ve AİHM tarafından uygulanan kıstasları dikkate alarak, sadece mesajı verenin kimliğine ve kime verildiğine değil, yazının bütünlüğü içinde yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleyerek gerçekten şiddete çağrı niteliği taşıyorsa ceza verilmesini sağlayacak şekilde kaleme alınmalıdır. Mevcut değişiklik teklifi, bu güvenceleri sağlamaktan uzak, keyfi yorumlara açık bir düzenlemedir.

## Sonuç ve Tavsiyeler

### Hükümete

Gözel ve Özer kararı, AİHM'nin konuya ilişkin daha önceki içtihadı da dikkate alındığında ihlalin tekrar etmemesi için hükümete biri iki koşul içeren iki farklı alternatif önlem alma olanağı sunmaktadır.

a) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2 fıkrası yürürlükten kaldırılacaktır.

b) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası AİHS ve AİHM içtihatlarında geliştirilen ölçütleri dikkate alacak şekilde yeniden kaleme alınmalı, mahkemeler de bu ölçütlere uygun inceleme yapma yükümlülüğü altına sokulmalıdır.

İkinci alternatifin yerine getirilmesi hem güç hem de Türkiye'nin içinden geçtiği süreç açısından gereksizdir. Bu nedenle, yıllardır farklı kanun hükümleri ile düzenlenen terör örgütü görüşlerini yayımlama ve örgüt propagandasına ilişkin hükümler mevzuattan ayıklanmalıdır. AİHS standartlarına tam uyum ancak bu şekilde sağlanabilecektir.

### Bakanlar Komitesine

Yukarıda açıklandığı gibi hükümet yeni bir yargı paketiyle bir dizi ifade özgürlüğü sorununa çözüm getirmeyi planlamaktadır. Bu düzenlemeler arasında TMK'nın 6 (2). maddesine ilişkin değişiklik de bulunmaktadır.

Bakanlar Komitesi, hükümeti AİHM'nin 10. maddesine ilişkin geliştirdiği tüm ölçütlere uygun davranmaya davet etmelidir. Tasarıdaki yeni suç tanımının TBMM'de yasalaşması halinde Gözel ve Özer davasına ilişkin icra sürecinin izlenmesi yeni kuralın somut sonuçları görülene kadar açık tutulmalı, dosyanın olgunlaşmadan kapatılmasından kaçınılmalıdır.