

ARGUMENTUM

AYLIK HUKUK DERGİSİ

NİSAN-MAYIS-HAZİRAN 1997

YIL: 7 SAYI : 52

ISSN 1017 - 625X

İÇİNDEKİLER

İnsan Hakları Hukukunda 'Dokunulmaz Haklar' (Sert Çekirdekli Temel Haklar)

Ar. Gör. Ali Rıza ÇOBAN

Halka Açık Anonim Şirketlerin Yedek Akçeleri Hakkında Bir Değerlendirme

Ar. Gör. Hayri BOZGEYİK

Ödünç Annelik Sözleşmesi (Der Leihmutterchaftsvertrag)

Ar. Gör. Leyla KESER

İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA 'DOKUNULMAZ HAKLAR'

(SERT ÇEKİRDEKLİ TEMEL HAKLAR)

Ali Rıza ÇOBAN*

I. TEORİK BOYUT

Dokunulmaz Haklar Düşüncesinin Temelleri

İnsan hakları 16.yy'dan beri siyasal mücadelelerde kullanılan en önemli argumentasyonlardan birisidir. Bu tarihsel süreç içinde doğal hukuk düşüncesinden kaynaklanan haklar listesi giderek genişlemiştir. Dokunulmaz, devredilmez vazgeçilmez nitelikte görülen bu haklar listesinin giderek genişlemesi sonucu ikinci kuşak ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla üçüncü kuşak dayanışma hakları da uluslararası insan hakları belgelerine ve ulusal anayasalara girmiştir. Temel haklar listeleri genişledikçe temel hakların dokunulmaz niteliğinde esneme ve güvence sistemlerinde gevşeme başlamış, temel haklara önemli sınırlamalar yine bu ulusal ve uluslararası belgelerde yer almıştır.

Temel hak listelerinin bu derece genişlemesi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların uluslararası ve ulusal belgelerde yer alması, ancak bu hakların gerçekleşmesinin büyük ölçüde ülkenin ekonomik ve sosyal yapısıyla ilgili olması nedeniyle fiilen çoğunlukla gerçekleştirilememeleri nedeniyle temel hakların dokunulmaz niteliği zayıflamış ve temel haklara önemli sınırlamalar getirilmiştir. Bu nedenle son yıllarda temel haklar içinde bütün diğer hakların kaynağını teşkil eden ve kesinlikle müdahale edilmemesi gereken bir temel haklar kategorisi oluşturma fikri yoğunluk kazanmıştır¹. Temel haklar (basic rights) olarak nitelenen bu haklar, kendisine saygısı olan hiç kimsenin yadsınmasını kabul edeceğini düşünemeyeceğimiz, her kişinin insanlığın geri kalanına yönelttiği akla yatar istemlerin en azıdır. Temel hakların temel olmasının nedeni, tüm öteki haklardan yararlanabilmek için bu hakların korunmasının zorunlu oluşudur². Bir hak gerçekten temel bir haksa, o temel haktan vazgeçerek başka bir haktan yararlanma girişimi sonuçsuz kalacaktır. Çünkü bir temel haktan hangi hak uğruna vazgeçilmişse, temel hakkın yokluğunda o haktan gerçek anlamda yararlanılamaz³.

Bu konuda tartışılması gereken ilk nokta bütün diğer haklara kaynaklık eden bir haklar dizgeinin gerçekten olup olmadığıdır. Böyle bir kategorileştirmeyi savunanların ileri sürdükleri listelerin başında gelen hak, yaşama hakkıdır. Bu düşünelere göre diğer haklardan yararlanabilmek, bu temel haklardan yararlanabilmeye bağlıdır. Gerçekten de hayat hakkına sahip olmaksızın diğer haklara sahip olmaktan söz edilemez.

Bir temel haklar dizgesi oluşturma çabalarının ortak amacı her insan için, insan olmasının asgari şartlarını oluşturan, her bireye asla dokunulamaz, asgari bir alan sağlama düşüncesidir. Gerçekten insan haklarının amacı insan onurunu gerçekleştirmektir.

* Adnan Menderes Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Araştırma Görevlisi.

1 Donnelly, Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (Çev. M. Erdoğan, C. Korkut), Ank., 1995, s.47.

2 Shue, Henry, "Temel Hakların Evrenselliği" İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Hacettepe Üniversitesi, Ankara 1982, s.90.

3 İbid, s.30.

Ve insan hakları, insan onurundan kaynaklanır ve bu anlamda her insan hakkı ihlali, insan onuruna bir müdahale teşkil eder. Ancak insan onuruna yapılan her müdahalenin insan onurunu tamamen ortadan kaldırdığını, kişiyi objeleştirdiğini söylemek de doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Öyleyse böyle bir temel haklar listesi oluşturulacak ise, ihlali durumunda insan onurunun ortadan kalkması sonucunu doğuracak hakların bu listeyi oluşturması önerilebilir. Ancak böyle eksiksiz bir liste nasıl oluşturulacaktır.

Bu konuda bazı temel hak listeleri öne sürülmüştür. Mesela Henry Shue, yararlanılması bütün diğer haklardan yararlanmanın esası olan en az üç temel hak olduğunu ileri sürmektedir. Bedensel güvenlik hakkı, varlığını sürdürme hakkı ve özgürlük hakkı. Shue listesinin eksiksiz bir liste olmadığını ve bu hakların diğer haklardan mutlaka daha tatminkar olmadığını belirtmektedir⁴.

Donnelly kitabında bazı yazarlarca ileri sürülen temel hak listelerini vermektedir. Buna göre;

Ajami 1978:

Varlığını sürdürme

İşkenceye karşı korunma

Ayrımcılığa karşı korunmaBeslenme

Bedau 1979:

Hayat, Özgürlük, Mülkiyet, Güvenlik, İfade, basın ve toplanma özgürlükleri, Keyfi yakalama ve tutuklamaya karşı korunma

Mahhheus ve Pratt 1985:

Geçinme, işkenceye karşı korunma, Keyfi yakalanma ve tutuklamaya karşı korunma, Yargılamasız infaza karşı korunma.

Reiter, Zungenegui ve Quiroga 1986:

Hayat, Ortadan kaybolmaya karşı korunma, İşkenceye karşı korunma, Keyfi yakalanma ve tutuklanmaya karşı korunma⁵.

Temel haklar (Dokunulmaz haklar) görüşünün bu kadar yaygın olmasında önemli etkenlerden birisi de kavramın uluslararası politikayla yakından ilgili olmasıdır. Temel haklar fikri insan hakları adına gerçekleştirilen girişimler için nisbeten elverişli bir odak noktası oluşturmaktadır. Bu haklar artık hemen hemen bütün devletlerce kabul edilmiştir. İhlal etmek-

ten kaçınılmaktadır. Böylece bu haklar evrenselliği anlamında da temel'dirler.

Fakat bilinmelidir ki böyle bir temel haklar listesi oluşturmanın oldukça büyük teorik sorunları vardır. Böyle bir liste oluşturulursa da bu hakların gerçekleştirilmesiyle bireylerin onurlu bir yaşam sürmesi garantilenmiş olmaz. Dolayısıyla diğer haklar temel haklardan daha az önemli değildir. Fakat diğer haklar için bir öncelik taşırlar.

Teorik düzeydeki bu tartışmaların yanısıra uluslararası insan hakları sözleşmelerinde ve ulusal anayasalarda, bu arada bizim Anayasa'mızda da diğer haklara göre daha fazla güvence altına alınan bazı dokunulmaz hak kategorileri oluşturulmuştur. Bu belgeler, devletlerin varlıklarının tehlikeye girdiği olağanüstü durumlarda insan haklarının kullanılmasını kısmen veya tamamen durdurma yetkisi tanırken bazı hakları bu yetkilerin dışında tutarak dokunulmaz nitelik kazandırmıştır. Bu tür bir kategori 1982 Anayasası'nın 15. maddesinde olduğu gibi İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de düzenlenmiştir.

Öncelikle bu uç uluslararası sözleşmedeki dokunulmaz haklar listeleri incelenecek daha sonra da Anayasa'nın 15/2. maddesi üzerinde durulacaktır.

II. NORMATİF BOYUT

1- Uluslararası Belgelerde Dokunulmaz Haklar

A. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

Avrupa Konseyi'nce hazırlanan ve Konsey üyesi ülkelerin dışişleri bakanlarınınca 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan ve on devletin onaylamasıyla 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiş olan bu sözleşmede dokunulmaz haklara yer verilmiştir. Sözleşmenin Olağanüstü durumlarda yükümlülük azaltmayla ilgili 15. maddesi şöyledir.

"Bir sözleşmecî taraf, savaş zamanında ya da ulusun yaşamını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak koşuluyla, durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde bu sözleşmeyle üstlendiği yükümlülüklerini azaltan önlemler alabilir.

Savaşta hukuka uygun eylemler nedeniyle meydana gelen ölümler hariç 2. madde, 3. madde, 4. maddenin (1) fıkrasında ve 7. maddedeki yükümlülüklerde azaltma olamaz.....".

4 Shue, Henry, Basic Rights., Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy, Princeton University Press., 1980.

5 Donnelly, Jack, Teoride....., s.50.

Aykırı önlem almanın yasaklandığı haklar, 2. maddede Yaşama hakkı, 3. maddede düzenlenen “iş-kence, insanlık dışı yada onur kırıcı muamele ve ceza-ya maruz bırakılmama hakkı”, 4. maddede düzenle-nen “kölelik ve kulluk yasağı” ve 7. maddede düzenlenen “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesidir.

Sözleşmenin sert çekirdeğini oluşturan⁶ bu hakları kısaca ele almak gerekirse:

a- Yaşama Hakkı: Bireyin tüm diğer hak ve özgürlüklerinin kaynağı yaşama hakkıdır. Önce yaşa-ma hakkı vardır. İnsansal varlığın yeryüzünde fizik-sel olarak var oluşu ve fiziksel bir varlık olarak kendi-sini idame edişi yaşamdır ve bu başka her hangi bir varlığın önleyemeyeceği, engel olamayacağı, sınırlaya-mayacağı bir özgürlüktür⁷. Sözleşmenin 2. maddesin-de yaşam hakkının norm alanı belirlenmiştir. Buna göre yasanın ölüm cezası öngördüğü bir suç nedeniyle bir mahkemenin verdiği ölüm cezasının infazı yaşama hakkının ihlali sayılmayacaktır. Ancak 1985 yılında yürürlüğe giren 6. protokol ile yeni bir düzenleme ya-pılarak ölüm cezası kaldırılmıştır. Fakat protokolün 2. maddesine göre bu kural barış dönemleri ile sınırlıdır. Ayrıca protokolün 3. maddesi sözleşmenin 15/2. madde hükmünü güçlendirmekte ve 15. maddeye da-yanılarak bu protokol hükümlerine aykırı düşecek hiç bir tedbirin alınamayacağı hükmünü içermektedir⁸.

Sözleşmenin ikinci maddesine göre, kuvvete başvurma: a) meşru müdafaa, b) hukuka uygun bir gözaltına alma kararını gerçekleştirme veya hukuka uygun olarak gözaltında tutulan bir kimsenin kaç-masını önleme, c) bir kargaşa veya ayaklanmayı bas-tırma amacıyla hukuka uygun bir eylemde bulunma, nedenleri ile zorunlu hale gelmesi sonucu meydana gelen ölümler yaşama hakkının koruma alanı içinde sayılmamıştır. Ayrıca 15/2. maddeye göre meşru sa-vaş fiilleri sonucu meydana gelen ölümler de yaşama hakkının koruma alanı içinde değildir. Bu sayılan beş istisna dışında hiç kimse kasden yaşamından yoksun bırakılamayacaktır. Bu beş istisna sınırlıdır, genişletilemez. Ayrıca bu durumlarda da kullanılan kuvvet, durumla orantılı olmalıdır⁹. Komisyon 10/7/

1984 tarihli Steward v. United Kingdom kararında, Kuzey İrlanda’da bir kalkışmanın bastırılması sıra-sında ordunun kullandığı plastik mermilerle bir çocu-ğun ölmesi olayında yaşama hakkını tehdit eden uy-gulamaların amaçla oranlı olması gerektiğini vurgulamış ve orantılı olmaması durumunda yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰.

Yaşama hakkı ile ilgili tartışılması gereken konulardan birisi de yaşama hakkının ne zaman baş-ladığı sorusudur.

Uluslararası belgeler yaşama hakkını tanımlamamışlardır. Embriyonun yaşama hakkının süresi sayılıp sayılmayacağı açıkça düzenlenmiş de-ğildir. İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi yaşama hakkını genel olarak gebelik anından itibaren koru-maktadır¹¹. Komisyon ise, bir kararında annenin ya-şama hakkını doğmamış çocuğun yaşama hakkından üstün tutarak annenin sağlığını korumak için kürtaj yapılmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır¹².

Amerikan Yüksek Mahkemesi, kürtaja başvur-ma olanağını ileri derecede sınırlayan bir devlet yasa-sını iptal etmiştir. Bunun tersine Federal Alman Anayasa Mahkemesi bir yasayı kürtaja başvuruyu fazla serbest bıraktığı için iptal etmiştir¹³.

Ayrıca yaşama hakkı devlete sadece ölüme ne-den olmaktan kaçınma yükümlülüğü değil aynı za-manda yaşamı korumak için gerekli önlemleri alma ödevini de yükler¹⁴. Bu konuda komisyonun pek çok kararı vardır ve içtihadı yerleşmiştir. Mesela aşırı kam-panyaları sırasında ölüm riskini azaltıcı tedbirleri almamak devletin yükümlüdür (W/İngiltere 28.2.1983).

b- İşkence, İnsanlık Dışı ya da Aşığılayıcı Ceza ve Muamele Yasağı: Hiçbir istisnası olmayan, sınırlanması ve askıya alınması ya da aykırı önlem alınması mümkün olmayan mutlak bir hak olan bu hükmün amacı bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onurunu korumaktır¹⁵.

Komisyon ve Mahkeme bu kavramları içtihat-larıyla tanımlamışlardır. Özellikle 18 Ocak 1978 ta-

6 Çavuşoğlu, Naz, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, Ankara 1994, s.10.

7 Savcı, Bahri, “Yaşam Hakkı, Felsefesi Açısından Pratiğe Doğru”, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Ankara 1982, s.57.

8 Çavuşoğlu, Naz, İ.H.A.S....., s.10.

9 Gözübüyük, Ş./Gölcüklü, F., İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994, s.165.

10 Çavuşoğlu, Naz, İ.H.A.S., s.11.

11 Kaboğlu, İ. Ö., Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1994, s.155.

12 Çavuşoğlu, Naz, İ.H.A.S., s.11.

13 Kaboğlu, İ. Ö., s.155.

14 Gözübüyük/Gölcüklü, s.164.

15 Gözübüyük/Gölcüklü, Div. K. Tyrer / İngiltere, 25.4.1978, A. 26, s.167.

ihli İrlanda-Birleşik Krallık davasında önce komisyon sonra Divan bu üç kavramı aşamalı olarak kullanılan şiddetin derecesine göre tanımlamıştır¹⁶. Buna göre, 3. madde hükmüne aykırı bir muameleden söz edebilmek için uygulanan fiilin en az belli bir ağırlıkta olması gerekir. Bu üç uygulama arasında nitelik farkı değil yoğunluk farkı vardır. En az yoğunluk eşiği somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Her işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele niteliği taşır fakat her aşağılayıcı veya insanlık dışı muamele işkence değildir. Komisyona göre işkence bilgi ya da ikrar elde etmek ya da cezalandırma amacıyla yapılan insanlık dışı muamelenin şiddetlendirilmiş biçimidir. İnsanlık dışı muamele ise belirli bir durumda kasıtlı olarak fiziksel veya zihinsel şiddetli acıya neden olan gayri meşru muameledir. Aşağılayıcı muamele de kişinin başkaları önünde fena halde küçük düşmesine veya kendi isteği veya iradesine aykırı davranmasına yol açan eylemler olarak tanımlanmıştır¹⁷. Ayrıca komisyona göre bedene yapılan saldırıların dışında kişide stres ve yoğun ızdırap duygusu uyandıran zihinsel acı verici uygulamalar fiziki olmayan işkenceyi oluşturur¹⁸.

c- Kölelik ve Kulluk Yasağı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin üstün korumalı saydığı bir hak da kölelik ve kulluk yasağıdır. Bu hak da mutlak bir haktır. İnsan onuru ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle bu hakka müdahale, askıya alma, aykırı önlem alma gibi bir uygulama insan onuruna müdahale niteliği taşır. Sözleşmenin 4. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen zorla çalıştırma yasağı, 15/2. maddesindeki dokunulmaz haklar arasında sayılmamıştır.

Sözleşme kölelik ve kulluk kavramlarını tanımlamadığından Komisyon ve Mahkeme bu kavramları milletlerarası sözleşmelere atıf yaparak tanımlamışlardır. Buna göre kölelik, kişinin yasal olarak bir başkasının mülkiyetinde olmasıdır. Kulluk ise kişinin durumunu değiştirme imkanına sahip olmaksızın başka bir kişinin mülkiyeti altında yaşama ve çalışma zorunluluğudur¹⁹.

Bugüne kadar komisyona ve divana kölelikle il-

gili bir başvuruya rastlanmamıştır. Komisyon ve Divan Van Droogenbroeck olayında, Belçika Sosyal Savunma Yasası'nın anormal ve itiyadi suçlular için öngördüğü "hükümet emrinde tutma" yükümlülüğü çerçevesinde bireyin renabilitesine yönelik bazı çalışmaların kulluk sayılmayacağına karar vermişlerdir²⁰.

d- Ceza Yasalarının Geriye Yürümezliği İlkesi: Sözleşmenin dokunulmaz haklar arasında saydığı ve aykırı önlem almayı ya da askıya almayı yasakladığı bir ilke de kanunilik ilkesi ya da ceza yasalarının geri yürümezliği ilkesidir. 7. maddenin düzenlemesi şu şekildedir;

"1- Hiç kimse işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Keza hiç kimse suç işlediği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılmaz.

2- İşbu madde, işlendiği zaman medeni milletler tarafından tanınan umumi hukuk prensiplerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlu bir şahsın yargılanmasına veya cezalandırılmasına mani değildir".

Kanunilik ilkesi de doğrudan insan onurunun korunmasına yöneliktir. Çünkü kanunilik ilkesi suçun manevi unsuru olan kast ile ilgilidir. Bir kişinin bir fiilden sorumlu tutulabilmesi için o fiilin sonuçlarını bilerek hareket etmiş olmalıdır. Yani kasd ile hareket etmelidir. Dolayısıyla fiili işlediği zaman suç teşkil etmeyen bir fiilden dolayı bir kimseyi sorumlu tutmak insan onuru ile bağdaşmaz.

Keyfiliğe karşı bir güvence teşkil eden kanunilik ilkesi "kanunun öngördüğü" deyiimiyle objektif ve herkes için zorunlu yazılı hukuk kuralları yanında aynı nitelikteki örf ve adet hukukunu da içerir²¹. Bunun yanında "kanunun öngördüğü" koşulunun diğer bir gereği de konulan "kuralın" aynı zamanda "açık ve gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir" ve ilgililerce "ulaşılabilir" olmasıdır²². Divan'ın yerleşmiş içtihadına göre, şekil şartlarının varlığı bir hukuk kuralının sözleşmedeki anlamında konunun sayılmasına yetmemektedir. Kural aynı za-

16 Doğru, Osman, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul 1994, s.126.

17 Kom. Kor. Denmark, Norway, Sveden and the Nedherlands v. Greece (3321-3344/67) - Ireland v. The United Kingdom 18 Oc. 1978, A. 25.

18 Çavuşoğlu, Naz. İ. H. A. S....., s.12.

19 İbid, s.18.

20 Kom. R., Van Droogenbroeck/Belçika, s.7. 1979 Nov. 7006/77 ve Div. K. 24.6.1982. A.50.

21 Gözübüyük, Ş./GÖLCÜKLÜ, F., s.251.

22 Div. Kar. Silver et autres/İngiltere 25.3.1983 A. 61. Müller/İngiltere 2.8.1984 A. 82.

manda demokratik topluma ters düşmeyen nitelikte olmalıdır²³.

Maddenin ikinci fıkrası hazırlanırken İkinci Dünya Savaşı sonunda ortaya çıkan savaş suçluluğunu göz önüne alarak kamu vicdanında suç olarak yerleşen fiillerden bir "kanunilik" çıkarmak istenmiştir. Ve bu ikinci fıkra kanunilik ilkesinin bir istisnası değil, hukukun genel ilkeleri bakımından kuralın yumuşak uygulaması olarak anlaşılmalıdır.

Maddede yer almamakla birlikte kişinin aynı suçtan iki kez yargılanamayacağı yasağı 7. ek protokolün 4. maddesi ile getirilmiş ve maddenin 3. fıkrası ile sözleşme 15. maddenin dokunulmaz haklar kategorisi içine alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15/2. maddesi ile dört hak dokunulmaz haklar olarak sayılmış, buna 6. nolu protokol ile, ölüm cezası yasağı ve 7. nolu protokol ile bir suç nedeni ile iki kez yargılanma yasağı eklenmiştir.

Buna bir de Divan'ın içtihadı ile belirlediği 14. maddede düzenlenen ayırım yasağının da niteliği itibariyle istisna getirilemeyeceğini eklemek gerekir²⁴.

Ayrıca doktrinde adil yargılamanın unsurlarından olan "bağımsız ve tarafsız mahkemece yargılanma" güvencesinin de dokunulmaz haklar arasına alınması gerektiği belirtilmektedir²⁵.

B. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde Dokunulmaz Haklar

Bünyesinde bir dokunulmaz haklar kataloğu içeren uluslararası sözleşmelerden birisi de Birleşmiş Milletler tarafından 16 Aralık 1966'da imzalanan ve 23 Mart 1976'da yürürlüğe giren medeni ve siyasi haklar uluslararası sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre daha kapsamlı bir dokunulmaz haklar listesi içeren bu sözleşmede, Avrupa Sözleşmesi'nin de tanıdığı yaşama hakkı (m. 6), İşkence ve gayri insani ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı (m. 7), kölelik ve kulluk yasağı (m. 8/3.3), suçların ve cezaların geriye yürümezliğinin (m. 15) yanısıra, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle özgürlükten yoksun bırakılmama hakkı (m. 11), hukuksal kişiliğin tanınması hakkı (m. 16) ve düşünce, vicdan

ve din özgürlüğü (m. 18) de dokunulmaz haklar arasında sayılmıştır²⁶.

Sözleşmenin olağanüstü hallerde devletlere yükümlülük indirme yetkisi veren 4. maddesinde bu aykırı tedbirlerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da sosyal köken ayrımı gözetilmemek koşuluyla alınabileceği hükme bağlandığından ayrımcılığı yasaklayan m. 2/1'in de dokunulmaz haklar arasında olduğunu belirtmek gerekir.

Görüldüğü gibi henüz ülkemiz tarafından onaylanmamış olan bu sözleşme ile geniş bir dokunulmaz haklar kataloğu oluşturulmuştur. Bu sözleşmede dokunulmaz haklar arasında sayılan borç nedeniyle hapis yasağı Avrupa Sözleşmesi'ne ek 4. protokolün 1. maddesi ile ilave edilmiş fakat dokunulmaz nitelikteki haklar arasında sayılmamıştır. Yine bu sözleşmedeki önemli haklardan birisi olan ve insan onuru ile doğrudan bağlantılı olan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü de dokunulmaz haklar arasında sayılmış olduğuna işaret edilmelidir.

C. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Dokunulmaz Haklar

En geniş dokunulmaz haklar listesini içeren uluslararası sözleşme ise 22 Kasım 1969 tarihinde kabul edilen ve 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiş olan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin olağanüstü dönemlerde devletlere yükümlülük azaltma hakkı tanıyan 27. maddenin ikinci fıkrasında yükümlülük azaltmanın yapılamayacağı haklar sayılmıştır²⁷. Yaşama hakkı (m. 4), İşkence yasağı (m. 5), kölelik ve kulluk yasağı (m. 6), Suç ve Cezaların geriye yürümezliği ilkesi (m. 9), Hukuksal kişiliğin tanınması hakkı (m. 3), Din ve vicdan özgürlüğü (m. 12), Aile hakkı (m. 17), İsim hakkı (m. 18), Çocuk hakları (m. 19), uyrukluk hakkı (m. 20), Siyasal katılma hakkı, seçme-seçilme kamu hizmetlerine girme ve kamu, hizmetlerinin yürütümüne katılma hakkı (m. 23). Bu sayılan hakların korunması için zorunlu yargısal güvencelerin sağlanması (m. 27)²⁸. Ayrıca bu sözleşmede de

23 Gözübüyük, Ş./GÖLCÜKLÜ, F., s.251.

24 İbid, s.313.

25 İbid, s.314.

26 Taşkent, Savaş, İnsan Haklarının Uluslararası Dayanakları, Basisen, İstanbul 1993.

27 Gemalmaz, M. Semip, İnsan Haklarının Bölgesel Düzeyde Korunması, Amerikalılar Arası Sistem, s.200. Latin Amerika'da İnsan Haklarının Korunması, İstanbul 1991, s.87.

28 Gemalmaz, M. Semih, Temel Belgelerde İnsan Hakları, Cilt.I, İstanbul 1991, s.175 vd.

güvencelere aykırı önlemleri alırken ırk, renk, dil, din, cinsiyet ya da toplumsal köken ayrımı yapılamayacağı belirtildiğinden ayırım yasağının da dokunulmaz haklar arasında olduğu belirtilmelidir.

En geniş dokunulmaz haklar katalogunu Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi içermektedir. Bu 12 dokunulmaz haktan bazıları (isim hakkı, çocuk hakları, aile hakkı, uyrukluk hakkı gibi) oldukça ilginçtir. Bu tür hakların diğer sözleşmelerde dokunulmaz haklar arasında sayılmamış olması olağanüstü hallerde bu haklara sınırlama getirileceğinin düşünlmemiş olmasıdır.

Görüldüğü gibi dokunulmaz haklar katalogu giderek genişlemiştir. 1950 tarihli olan Avrupa Sözleşmesi'nde dört olan dokunulmaz haklar, 1966 tarihli Uluslararası Sözleşme'de yediye çıkmıştır. 1969'da hazırlanan Amerikan Sözleşmesi'nde ise dokunulmaz hakların sayısı 12'yi bulmuştur. Bunun yanı sıra eski tarihli sözleşmelere yapılan ek protokollerle temel haklarda genişleme oluşturulduğu gibi dokunulmaz haklar katalogu da genişletilmiştir. Ancak bu revizyonlar yeterli olmamış, bu sözleşmelerdeki dokunulmaz haklar kataloglarında bir koşutluk oluşmuş değildir. Bunu sağlamak için dokunulmaz haklar konusunda spesifik bir anlaşma yapılması önerilmiştir²⁹. Hatta bu konuda Uluslararası Hukuk Derneği (ILA) etkili ve verimli çalışmalar yapmıştır ve bu çalışmalarını sonucu 16 hakkı içeren bir dokunulmaz haklar katalogu hazırlayarak Paris Raporunda ilan etmiştir³⁰.

Dokunulmaz haklar katalogunun genişletilmesi eğilimine karşı bu hakların dayandığı moral gücünün, bir devletin yaşamı söz konusu olsa bile bu haklardan ödün verilemeyeceği anlayışını bu listenin kısa ve fakat mutlak haklarla örülü olması olduğu ve bu hakların da jus cogens statüde olan temel haklardan oluştuğu öne sürülerek karşı çıkıldığı da olmuştur³¹.

Ancak burada sorulması gereken temel soru dokunulmazlık nitelemesinin temelini neyin oluşturduğudur.

Buna dokunulmaz hakların bir felsefi temeli ve nitelik farkı taşıdığı ileri sürülen cevaplar verildiği

gibi, bu listenin pragmatik bir kaygıya dayalı olarak en kısa sürede en geniş kabulü sağlamak amacıyla olabildiğince üzerinde tüm devletlerce uzlaşılan kısa bir listenin bu katalogu oluşturması da ileri sürülen görüşler arasındadır. Ancak böyle bir endişe anlaşılabilir ise de kabul edilemez.

Bizce daha önce de belirttiğimiz gibi herhangi bir müdahale durumunda insan onuruna müdahale teşkil eden haklar bu dokunulmaz hakları oluşturmamıştır. Fakat buna da her hakkın insan onurundan kaynaklandığı ve bu nedenle her hakka müdahalenin insan onuruna müdahale teşkil edeceği savıyla itiraz edilebilir.

Ancak yine de dokunulmaz bir alan oluşturulacak ise bu konuda temel belirleyici insan onuru olacaktır.

Ayrıca BM Sözleşmesi hazırlanırken ilginç bir görüş Filipinler delegasyonu tarafından ileri sürülmüştür. Buna göre sözleşmede sadece kriz halinde aykırı önleme konu olabilecek haklar belirlenerek bu listede yer almalıdır. ABD delegasyonu da bu görüşü dile getirmiştir. Filipinler delegasyonunun önerdiği listede "tutuklamalardaki güvenceler, seyahat özgürlüğü, yabancıların sınırdışı edilmesi, konuşma özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğü" vardır. ABD delegasyonunun listesinde ise "habeas corpus güvencesi, seyahat özgürlüğü, aleni yargılama, düşünce, din, toplanma ve örgütlenme özgürlükleri" yer almıştır³². Fakat bu görüş fazla taraftar bulmadığı ve dolayısıyla kabul edilmediği için sözleşmede aykırı önlem alınabilir hakların değil, dokunulmaz hakların listesi düzenlenmiştir.

Dokunulmaz haklar listesinin genişlemesi durumunda devletin aykırı önlem alma yetkisinin alanı daralacağı için istenilen sonuca ulaşamayacağı yönündeki itirazların da geçerli olmayacağı belirtilmelidir. Çünkü zaten devletlerin bu hakları öngörülen ilkeler doğrultusunda sınırlandırma yetkileri vardır. Ancak kullanılmasını durduramazlar ya da aykırı önlem alamazlar.

2- 1982 Anayasası'nda Dokunulmaz Haklar

A. Anayasa'da Temel Hakların Sınırlandırılması Sistemi ve Aykırı Önlem Alma Yetkisinin Düzenlenilişi

Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleme ve güvenceleme sistemini ortaya koyabilmek

29 Gemalmaz, M. Semih, Ulusal Üstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları, İstanbul 1994, s.55.

30 Gemalmaz, M. S., Ulusal Üstü....., s.56.

31 İbid, s.55.

32 İbid, s.56.

için temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde sınırlandırılması ve kriz dönemlerinde durdurma ve aykırı önlem alma düzenlemelerini incelememiz gerekir.

Ulusal ve uluslararası ya da ulusalüstü İnsan Hakları belgelerinde birey hak ve özgürlükleri ile toplumun çıkarları ve diğer bireylerin hakları uzlaştırılmaya dengelenmeye ve bütünleştirilmeye çalışılmıştır.

Temel hak ve özgürlükler yine ancak içinde en iyi şekilde gerçekleştirilebilecekleri bir toplumsal düzenin kurulması ve korunması amacıyla belli usul ve ölçülere göre sınırlandırılır ya da düzenlenir.

Dokunulmaz hakların temel hak ve özgürlük düzeni içindeki yerini belirleyebilmek için temel hakların sınırlandırılması ve temel hakların kullanılmasının durdurulması ve aykırı önlem alma kavramlarını açıklamak gerekir.

Sınırlama hak ve özgürlüğe bir çerçeve çizen, alanını belirleyen bir etki yaratır. Böylece bir sınırlamanın sonucu bir hakkın norm alanının daraltılması sonucunu doğurur³³. Sınırlamanın belirli ölçütleri uluslararası ve ulusal insan hakları belgelerinde yer almıştır. Buna göre sınırlama belli nedenlerle, belli şekillerde, belli ölçülerde yapılabilir. Birey hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlamalar esas olarak da yine bir rejimin olağan işleyişi için öngörülmüşlerdir. Sınırlamaların temel karakteristiği süreklilik göstermeleri ve mutlaka yasa ile düzenlenmeleridir. Bu yasa ise form ve içerik olarak belirsiz değildir. Tersine demokratik usule uygun olarak çıkarılmış meşru temeli ve içeriği olan; koşullar gerektirdiğinde bireyin onu kullanmasına, başvurmasına elverişli bulunan ve getirdiği sınırlamada, bireyin yapma ya da yapmama erki bakımından belirsizlik içermeyen özelliktedir. Sınırlamayı düzenleyen yasa değerlendirilirken hukuk devleti ilkesi, yasallık ilkesi gibi demokratik toplumun ortak mirası olan ölçütler de dikkate alınır.

Sınırlamaların konusu bireyin yapma ya da yapmama erki olarak tanımlanabilecek hak ve özgürlüklerine ve politik toplumun bunlara müdahale erkinin sınırlarına kurumsallaştırılan sistemin doğasına uygun bir şekilde bir çerçeve çizebilmektir.

Sınırlamanın amacı ise bireyin insan haklarından ancak içinde eşit bir şekilde yararlanabileceği demokratik hukuk devletinin sürekliliğini sağlamaktır.

Askıya alma ya da aykırı önlem alma ise sınırlamanın ötesinde sadece kriz dönemlerinde bazı önlemlerin yürürlüğe konulması durumudur. Bu yöntemle, yalnızca belirli hak ve özgürlükler askıya alınabilmekte ya da olağan dönemlerde öngörülen sınırlamaların ötesine geçen önlemler, yetkilendirilmiş organlar tarafından kararlaştırılıp yürürlüğe konulabilmektedir. Dolayısıyla insan haklarının durdurulması ya da aykırı önlemlerin alınması bir başlangıç olarak sınırlamaya benzemekle birlikte, aslında kapsam ve karakteristik bakımdan farklıdır³⁴. Nitekim Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde olağanüstü hallerle ilgili 124 m/son fıkradaki "hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı ya da durdurulacağı" deyimini yorumlarken bunun 11. maddedeki sınırlama nedenlerinin ötesinde bir anlam taşıdığını ve başlıbaşına bir sınırlama sebebi teşkil ettiğini belirtmiştir³⁵. Buradaki durdurma deyimini sınırlamaya aşan bir kavramdır. Çünkü sınırlama temel hakkın özüne dokunamaz oysa durdurmada temel hak geçici de olsa kullanılmaz hale gelmektedir³⁶. Dolayısıyla öz güvencesinin sıkıyönetim halleri için geçersiz olduğu görüşü ileri sürülmüştür³⁷.

Durdurma ve aykırı önlem alma sadece olağanüstü dönemlerde ve krizin devamı süresince uygulanabilecektir ve bu önlemler yürütme organının bir tasarrufu ile kararlaştırılıp ilan edildiği için sınırlamadan farklı olarak mutlaka yasa ile getirilmesi zorunluluğu hiç değilse başlangıçta yoktur. Ve bu tedbirler durumun gerektirdiği ölçüde olacaktır³⁸.

Görüldüğü gibi durdurma ve aykırı önlem alma sınırlamadan farklı ve daha ileri önlemlerdir ve sınırlama ile ilgili ilkelere göre değil kendi ilkeleri çerçevesinde uygulanacaktır. Dolayısıyla dokunulmaz haklar askıya alma ve aykırı önlem alma uygulamalarına konu olmayacaklardır. Sınırlamalara ilişkin ölçütler çerçevesinde sınırlama konusu olabileceklerdir³⁹. Bizce dokunulmaz hakların temel belgelerde belirlenen norm alanların daraltıcı bir sınırlamaya konu olamamaları zorunludur.

Anayasa'mız Temel Hakların Sınırlanmasını

34 GEMALMAZ, M. S., Ulusal Üstü....., s.23.

35 1971/51 K. 1972/5 Kt. 16.2.1973, A.M.K.D., sy.10, s.170.

36 SAĞLAM, Fazıl, s.180.

37 KUZU, Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s.244.

38 Gemalmaz, M. S., Ulusal Üstü....., s.23.

39 İbid, s.57.

33 Sağlam, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, s.22.

13. maddede düzenlemiştir. Buna göre “temel hak ve özgürlükler... sebeplerle Anayasa'nın sözüne ve ruhu-na uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz”.

Temel hakların askıya alınması ise 15. madde düzenlenmiştir. Buna göre;

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve özgürlüklerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada beirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz, suç ve cezalar geriye yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz”.

Daha önceki anayasalarımızda yer almayan ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle büyük paralellik taşıyan bu maddeye göre olağanüstü dönemlerde ölçülülük ilkesi ve milletlerarası yükümlülükler gözetilmek kaydıyla temel haklara aykırı önlemler alınabilecek ya da kullanılması durdurulabilecektir.

Ancak bu tedbirlere konu olamayacak bir haklar dizisi maddenin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu haklar temel hakların dokunulmaz alanlarına ilişkin olduğundan insan haklarının sert çekirdeği olarak da nitelendiriliyorlar. Sayı olarak sınırlı olan bu hakların değeri her zaman, her yerde ve herkes için geçerli olmalarından ileri gelir⁴⁰.

B. Anayasa'da Dokunulmaz Haklar

Anayasa'mızın 15. maddesi düzenlemesi sistem olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nden farklı değildir. Askıya alma ve aykırı önlem alma ancak kriz hallerinde ve kriz süresince uygulanabilir. Aykırı durumlar savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü haller olarak belirlenmiştir. Devlete tanınan yetkiler

de askıya alma ve aykırı önlem almaktır. Bu yetkinin sınırları da hem sözleşmede hem de Anayasa'da, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir⁴¹.

Devletlere tanınan yetkilerin üçüncü sınırını ise dokunulmaz haklar oluşturmaktadır. Ancak sözleşmenin tanıdığı dokunulmaz haklar ile Anayasa'nın 15/2. maddesinde tanınan dokunulmaz haklar arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bütün dokunulmaz haklar listelerinde olduğu gibi Anayasa'nın 15/2. maddesinde de dokunulmaz hakların başında yaşama hakkı bulunmaktadır. Anayasa'da yaşama hakkının iki istisnası tanınmıştır, bunlar meşru savaş fiilleri sonucu meydana gelen ölümler ile, ölüm cezalarının infazıdır. Bu iki istisna sözleşmede de tanınmıştır. Ancak daha sonra 6. nolu protokol ile ölüm cezası kaldırılmış bu cezanın yalnızca savaş zamanlarında işlenen fiillerle ilgili olarak konulabileceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmede yaşama hakkına başka istisnalar da tanınmıştır. Bunlar meşru müdafaa durumunda, hukuka uygun yakalama ve tutuklamayı gerçekleştirmek veya hukuka uygun olarak gözaltına alınan bir kimsenin kaçmasını önleme ve bir kargaşa ya da kalkışmayı bastırmak amacıyla güç kullanmanın zorunlu hale gelmesi sonucu meydana gelen ölümlerdir. Anayasa'nın hazırlık çalışmaları sırasında Danışma Meclisi'nin hazırladığı tasarıda bu istisnalar da 15. maddede yer almaktaydı. Ancak Konsey bu kısmı madde metninden çıkarmıştır⁴².

Sözleşmenin 15. maddesinde sayılan işkence, gayri insani ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağı ile kölelik ve kulluk yasağı Anayasa'nın 15. maddesinde açıkça yer almamıştır. Buna karşılık “kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz” hükmü yer almıştır. Bu hükmün işkence yasağını kapsadığı öne sürülebilir ise de işkence yasağı açıkça belirtilmiş olsaydı sözleşme ile paralellik büyük ölçüde sağlanmış olurdu⁴³. Buna karşılık kölelik ve kulluk yasağı Anayasa'da düzenlenen bir hak olmadığı gibi dokunulmaz haklar arasında da sayılmış değildir. Ancak bu köleliğin serbest olduğu anlamına gelmez. Anayasa'nın başlangıcında ve 5. maddesinde belirtilen insan onurunun korunması ilkesinden köle-

41 Aliefendioğlu, Yılmaz, “Anayasa Yargısı Açısından Olağanüstü Yönetim Usulleri” Anayasa Yargısı, Ankara 1991, s.428.

42 Kuzu, Burhan, 1982 Anayasasının....., s.244.

43 İbid, s.246.

40 Kaboğlu, İ.Ö., s.74.

lik ve kulluk yasağının çıkarılacağı açıktır.

Sözleşmenin dokunulmaz haklar arasında saydığı kanunilik ilkesi Anayasa'da "suç ve cezalar geçmişe yürütülemez" şeklinde yer almıştır. Bu ifadenin de yerinde bir deyim olduğu söylenemez. Suçların geriye yürümemesi gibi bir kavram isabetli bir seçim olmamıştır⁴⁴.

Anayasa 15/2. maddesinde, sözleşmenin dokunulmaz haklar kataloğu içinde yer almayan "kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz" hükmü yer almaktadır. Görüldüğü gibi burada ifade özgürlüğü, ibadet özgürlüğü garanti altına alınmamakta yalnızca bireyin sahip olduğu inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaması ve bunlar nedeniyle cezalandırılmaması güvence altına alınmaktadır. Bu da bireyin bir kişilik olarak onurlu bir varlık olarak tanınmasının olağan sonucudur. Bu hak Avrupa Sözleşmesi'nin dokunulmaz haklar listesinde olmamakla birlikte hem Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 4/2---18) hem de Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (m. 27/2---12) dokunulmaz haklar listesinde yer almıştır.

Dokunulmaz haklar listesi içeren hiçbir uluslararası sözleşmede dokunulmaz haklar listesi içinde yer almayan masumiyet karinesi (suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz) Anayasa'nın 15/2. maddesinde, dokunulmaz haklar arasında hükme bağlanmıştır. Elbette bu Türk Anayasası için sevindirici bir durum sayılmalıdır. Ve bütün ortaçağ boyunca Engizisyon mahkemelerinde uygulanan itham sisteminin acılarını çeken Avrupa'nın masumluk karinesini dokunulmaz haklar arasında saymamış olması yadırgınmalıdır. Ancak işkence yasağı bir dereceye kadar bunu karşılamaktadır. Diğer uluslararası sözleşmelerde masumluk karinesi adil yargılanma hakkı içinde sanık haklarında birisi olarak ele alınmıştır. Ancak adil yargılanma hakkının da giderek dokunulmaz haklar içine alınması yönünde görüşler yoğunlaşmaktadır⁴⁵.

C. Dokunulmaz Hakların Hukuksal Statüsü

Anayasa'nın 15/2. maddesinde düzenlenen olağanüstü hallerde de askıya alınamayan (kullanıl-

ması durdurulamayan) ve aykırı önlem alınamayan hakların, diğer temel haklara göre daha güvenceli ve dokunulmaz oldukları bu nedenle diğerlerinden farkı olarak sert çekirdekli temel haklar oldukları belirtilerek temel hakları düzenleyen normlar arasında bir hiyerarşi olduğu öne sürülmüştür⁴⁶.

Öncelikle tartışılması gereken konu Anayasa'nın kendi normları arasında bir hiyerarşi olabilir mi sorusudur. Nasıl Anayasa'nın kendisi diğer kanunlara göre üst norm oluşturuyorsa Anayasa'nın kendi norm mantığı düzeni içinde de normlar arası hiyerarşiden söz edilebilir. Ancak anayasal norm hiyerarşisi ittifakla kabul edilmemek ve böyle bir hiyerarşinin varlığı tartışılmakla birlikte, çoğunlukça Anayasa'daki her normun eşdeğerde olmadığı kabul edilmekte ve Anayasa normlarında bir iç hiyerarşiden söz edilmektedir⁴⁷.

Bunun gibi temel haklar arasında da bir hiyerarşi düzeni olabilecektir. Nitekim bazı anayasal temel haklara dokunulamadığı için bunlar "sert çekirdekli temel haklar" adını almaktadırlar ve diğer haklardan farklı yapıya sahiptirler⁴⁸. Bu da Anayasa normları arasındaki hiyerarşiden kaynaklanır⁴⁹.

Portekiz Anayasası'nda haklar, hürriyetler ve teminatlar başlıklı bölümdeki haklar Anayasa'nın değiştirilmesinde özel bir sınır teşkil eder ve Anayasa değişikliği yapan yasama organı bu tür hakları anayasal çerçeve dışında bırakamaz ya da bu hakların korunmasının yoğunluk ve genişliğini öze dokunacak biçimde kısıtlayamaz⁵⁰.

Ayrıca sert çekirdekli temel haklar karşısında sosyal ve ekonomik hakların daha ziyade potansiyel haklar oldukları ileri sürülmüştür. Buna göre ekonomik ve sosyal haklar Anayasa'nın 65. maddesi gereği mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirileceğinden ancak potansiyel hak niteliği taşır⁵¹.

44 İbid, s.246.

45 Gemalmaz, M. S., Ulusal Üstü....., s.58.

46 Cansel, E., Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki Önemi, "Türk Anayasa Mahkemesi Raporu" Cilt.2, s.20.

47 Anayasal Normlar Hiyerarşisi Genel Rapor, Cilt.I, s.58.

48 İbid, s.60.

49 Gören, Zafer, Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 1993, s.47.

50 Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Tem. Hak. Korunmasında Rolü, Portekiz Anayasa Mah. Raporu, Cilt.3, s.338.

51 Cansel, E., An. Normlar....., Cilt.II, s.21.

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda bunu doğrulamıştır. Bir kararında “çok önemli kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin sosyal devlet olma gereği parasız yerine getirilmesi anlayışı günümüzde gücünü yitirmiş, ancak belirlenen ücreti ödeyemeyecek olanlardan bu ücretin alınmaması... olanakları da uygulamaya konmalıdır”⁵² demektir. Yine Sosyalist parti olayında da “bir parti programının özgürlükçü demokratik sistem içinde ve bu anlayışla yürürlüğe konması ve iktidar olunduktan sonra da çoğulcu sistem içinde özgürlükçü niteliğin korunması gerekir. Buna karşılık ekonomik kimliğin değiştirilemeyeceği yönünde Anayasa’da bir kural bulunmamaktadır”⁵³ denilerek siyasal-idiolojik model (temel yapı) ile ekonomik model ayrımı yapmış ve bu şekilde siyasi modelin getirdiği hak ve özgürlüklere ilk derece, ekonomik modele bağlı hak ve özgürlüklere ise ikinci derece yer vererek bir ayırım yapmıştır⁵⁴.

Bizce bu ayırım sert çekirdekli temel haklara dayalı, onlardan kaynaklanan bir ayırım olmaktan çok medeni ve siyasi hak-ekonomik ve sosyal hak ikilemine dayalı bir ayırımdır.

Doktrinde bu ayırımı önlem alınmaz haklara sert çekirdekli denilerek bir ayırım yapmak ve temel haklar arasında bir hiyerarşi oluşturmayı mümkün görmeyen yazarlar da vardır⁵⁵.

Buna göre üstün korumadan yararlandırılan haklar konusunda bir görüş birliği olmadığı gibi bu listedeki hakları diğer haklardan daha fazla korumayı gerektiren bir kriter yoktur. O nedenle böyle bir ayırım sun’dur⁵⁶. Ancak yazarın itirazı temel haklar arasında bir hiyerarşi oluşuna değil bu hiyerarşiyi belirleyen listeyedir. Zira yazar kendisi sekizli bir hiyerarşik kategori önermektedir. Buna göre, birinci kategoriyi hiçbir şekilde hiç kimse tarafından dokunulamayan haklar, ikinci kategoriyi olağan dönemde dokunulamayan ancak olağanüstü dönemlerde ayırıcı önlem alınabilen, üçüncü kategoriyi hem olağan hem de olağanüstü dönemlerde sınırlanabilen, dördüncü kategoriyi ise acele hallerde idarenin geçici olarak bireysel işlem yapabileceği haklardan oluşan bir hiyerarşik kategorileştirme söz konusudur⁵⁷.

D. Dokunulmaz Hakların Güvence Sistemi

Temel hakların olağanüstü dönemlerdeki hukuki rejimini düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin Anayasa’nın olağanüstü hal rejiminin hukuki yapısını belirleyen maddelerle birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Anayasa’nın 15. maddesinin uygulamasının Anayasa Mahkemesi’nce denetim yollarının açık olması halinde ancak 15. madde güvence teşkil edebilir⁵⁸. Anayasa Mahkemesi denetimi ile ilgili bazı sorunlar vardır.

Öncelikle olağanüstü hal döneminde çıkarılan K.H.K.’ler olağan dönemde çıkarılan K.H.K.’lerden hem çıkarılma yöntemi, hem düzenleme alanı, hem de denetlenmesi bakımından oldukça farklılık taşımaktadır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim durumlarında Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, durumun gerekli kıldığı konularda K.H.K. çıkarabilir (Any. m. 121/son ve m. 122/2). Olağan dönemde çıkarılan K.H.K.’lerle Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümünde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler düzenlenemezken, olağanüstü dönem K.H.K.’lerinde bu haklar da düzenlenebilecektir (Any. m. 91/1). Doktrinde bazı yazarlar Anayasa’nın 121/2. maddesi “temel hakların nasıl düzenleneceğinin ve durdurulacağıının... olağanüstü hal kanunu ile düzenleneceği” yönündeki hükmü, yine 121/5. madde “özgürlüklerin nasıl kısıtlanacağı ve durdurulacağıının kanunla düzenleneceği hükümleri ve 13. maddedeki sınırlama ilkesi doğrultusunda temel hakların bu K.H.K.’ler ile düzenlenemeyeceğini ileri sürmüştür⁵⁹. Ancak 91/1. maddede olağanüstü hal K.H.K.’lerin özellikle ayrık tutulmuş olması bu görüşü zayıflatmaktadır. Anayasa 148. maddesi olağanüstü hal K.H.K.’lerini Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında tutmuştur. Elbette bir K.H.K. meclise sunulup onaylandıktan sonra yasa niteliği kazanacağından denetlenmesi mümkün olacaktır⁶⁰.

Fakat Anayasa Mahkemesi 425 ve 430 sayılı K.H.K.’lerle ilgili davalarda dilekçeyi daha baştan Olağanüstü Hal K.H.K.’leri yargı denetimi dışıdır gerekçesiyle reddetmeyip, K.H.K.’leri Anayasa’nın 121/

52 A. M.K. E. 1987/16 K.1988/8. RG. 23.2.1988, S.19908.

53 AMK. E.1988/1, K.1988/10, RG. 16.5.1988, S.20167.

54 Cansel, E., a.g.e., s.22.

55 Bilgen, Pertev, “Sert Çekirdekli Temel Haklar” İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul Büyükşehir Bld. 10 Aralık 1994, İstanbul s.103.

56 İbid, s.105.

57 İbid, s.109.

58 Kuzu, B., s.247.

59 Zabunoğlu, Yahya, Cumhuriyet, 21.4.90; Kaboğlu, s.77-78.

60 Yüzbaşıoğlu, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasalık Bloku, İstanbul 1993, s.329.

3. maddesi bakımından denetime tabi tutmuştur⁶¹. Buna göre OHAL K.H.K.'leri öncelikle olağanüstü hal ya da sıkıyönetimin gerekli kıldığı konularda çıkarılmalıdır. Mahkeme önüne gelen OHAL K.H.K.'lerinin Anayasa'nın öngördüğü sınırlar içinde olup olmadığını incelemektedir. Olağanüstü hal bölgesi dışına etki yapan, yasalarda değişiklik getiren, OHAL'in gerekli kıldığı konular dışında kural koyan K.H.K.'leri OHAL K.H.K.'si saymamakta ve yetki yasasına dayanmadığı için iptal etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin önüne bugüne kadar Anayasa'nın 15/2. maddesiyle korunan hakların ihlal edildiği savıyla bir dava gelmemiştir. Anayasa Mahkemesi böyle bir davada 15. maddenin ihlal edildiğini görürse öncelikle bu düzenlemenin OHAL K.H.K.'si olup olmadığını inceleyecektir. Anayasal denetim yasağı, Anayasa'nın 15. maddesinde korunan hakların ihlali durumunda da geçerlidir sonucuna varılırsa bu durum da, 15. maddenin koruduğu dokunulmaz haklar, dokunulur hale gelebilir⁶². Anayasa OHAL'in gerekli kıldığı konularda K.H.K. çıkarılabileceğini öngörmüştür. "OHAL'in gerekli kılığı" konunun oluşabilmesi ancak 15. maddedeki ilkeler doğrultusunda olanaklıdır. Anayasa'nın 15. maddesini açıkça ihlal eden bir düzenleme, gerçek anlamda bir OHAL ya da sıkıyönetim K.H.K.'si sayılamayacağından, anayasal denetime bağlı olmalıdır⁶³.

Kriz hallerinde temel hakların temel düzenleyicisi OHAL ve sıkıyönetim yasalarıdır. Bu yasalar Anayasal denetime konu olabilecektir. Anayasal denetim sırasında temel haklarla ilgili düzenlemeler 13. maddedeki ilkeler bakımından mı yoksa sadece 15. maddedeki ilkeler bakımından mı denetlenecektir? Bazı yazarlar 15. maddedeki kriz hallerinin özel bir kısıtlama nedeni olduğu bu nedenle 13. maddedeki "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kriteri açısından da denetime tabi olacağını ileri sürmektedir⁶⁴. Ancak Anayasa'nın temel haklara ilişkin sistemi dikkate alındığında kriz halleri ile ilgili bağımsız bir sistem oluşturduğu görülecektir⁶⁵. Bu nedenle Anayasa'nın olağanüstü halleri düzenleyen hükümler nedeniyle adeta iç içe geçmiş iki Anayasa görünümünde

olduğu, olağanüstü yönetimler ya da kriz durumuyla ilgili düzenlemelerin bir İSTİSNA ANAYASASI teşkil ettiği ileri sürülmüştür⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi de OHAL yasası, sıkıyönetim yasası ve OHAL K.H.K.'leri, TBMM'ce onaylayıp yasalaşmalarından sonra Anayasa'ya uygunluk denetimleri söz konusu olduğunda Anayasa'nın 15. maddesinde getirilen ölçütlerin uygulanacağı, 13. maddede belirtilen güvencelerin geçerli olmayacağını belirtmiştir⁶⁷.

3- Diğer Anayasa'larda Dokunulmaz Haklar

Pek çok uluslararası sözleşmede yer alan dokunulmaz haklara Türk Anayasası da yer vermiştir. Ancak ulusal anayasalarda dokunulmaz haklar listesinin yer alması alışılmış değildir. Amerikan Anayasası'nda böyle bir dokunulmaz haklar listesi yer almamaktadır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hazırlanan anayasalarda da böyle bir liste öngörülmemiş değildir. 1919 tarihli Alman Weimar Anayasası'nın 48. maddesinde kamu düzeninin ağır şekilde ihlal edildiği hallerde Cumhurbaşkanı'na kamu düzeninin ve asayişin sağlanması için zorunlu tedbirleri alma olanağı tanıdığı ve bu nedenle bazı temel hakları kısmen veya tamamen erteleyebilme olanağı tanıdığıdır. Bu haklar kişi dokunulmazlığı, mesken dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği, fikir özgürlüğü, toplanma özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü ve mülkiyet hakkıdır. Burada dokunulamayacak haklar değil aykırı tedbire konu olabilecek haklar sayılmıştır. Ancak diğer anayasalar bu düzenleme biçimini gelenekselleştirmemiştir.

1978 tarihli Portekiz Anayasası ise çok geniş bir haklar kataloğu içerir ancak bu hakların tamamı aynı şekilde güvencelenmemiş Anayasa'nın I. bölümündeki "haklar, hürriyetler ve teminatlar" başlığı altındaki haklar diğer haklara göre özel olarak güvencelenmiştir. 288. maddede Anayasa'nın değiştirilmesiyle ilgili düzenlemenin özel bir sınırını bu "haklar, hürriyetler ve teminatlar" oluşturur. Anayasa değiştirilirken bu haklar Anayasal çerçeve dışında bırakılamaz. Dolayısıyla bu haklar Anayasa'nın sert çekirdeğini oluşturur.

Anayasa'larda yaygın olmayan dokunulmaz

61 A. MK I: 1990/25 K.1991/1 Kt. 10.1.1991, RG. 5.3.1992 I: 1991/6 K.1991/20, Kt. 3.7.1991, RG. 8.3.1992.

62 Aliefendioğlu, Yılmaz, s.427.

63 İbid, s.429.

64 Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1988, s.94.

65 Yüzbaşıoğlu, Necmi, s.333.

66 Aliefendioğlu, Y., s.411

67 İnceoğlu, Sibel/Nalbant, Atilla, "Kriz Hukukumuz, Hukukun Krizi mi?" Argumentum Yıl-3, Sayı.25, Ağustos 1992, s.390.

haklar listeleri üç önemli sözleşmede (farklı haklardan oluşsa da) düzenlenmiş olduğu için bu sözleşmelere taraf olan devletler bu haklara hiçbir şekilde dokunmamayı taahhüt etmektedirler. Bu üç sözleşme de etkinliği oldukça fazla olan sözleşmelerdir. Dolayısıyla dokunulmaz haklar bu üç sözleşmeden her hangi birisine taraf olan tüm devletler için söz konusudur.

III. JURİSPRÜDANS - YARGI KARARLARI

Yukarıda normatif düzenlemeleri incelenen dokunulmaz haklara ilişkin güvenceler yargı organlarınınca nasıl algılanmakta ve uygulanmaktadır sorusu bu bölümde araştırılacaktır.

Hemen belirtelim ki Türk Anayasa Mahkemesi'ne bugüne kadar Anayasa'nın 15/2. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla bir düzenleme aleyhine başvurulmuş değildir. Bu nedenle Türk Anayasa Mahkemesi'nin 15/2. maddeye ve dokunulmaz haklara ilişkin bir içtihadı bulunmamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Divanı'na ise sözleşmenin 15. maddesiyle ilgili birkaç başvuru olmuştur. Bu başvuruların çoğunluğu IRA'nın terör eylemlerine karşı Kuzey İrlanda'da olağanüstü durum ilan eden Birleşik Krallık aleyhine yapılmıştır. Başvuruların az olmasının önemli bir nedeni sözleşmeye taraf olan devletlerin bir kısmının divanın yargı yetkisini ve bireysel başvuru hakkını, daha oldukça yeni tarihlerde tanımış olmasıdır. Bireysel başvuru hakkı tanınmadığı için bireyler başvuruda bulunamamış, devletlerin şikayetine ihtiyaç duyulmuştur. Oysa devletlerin başvurusu oldukça az sayıdadır. Ayrıca başvuru yapılmış olsa bile ancak komisyon tarafından incelenebilmiş yargı yetkisi ilgili devlet tarafından tanınmadığı için olay divanın önüne gelebilmiştir. Mesela Türkiye aleyhine Kıbrıs Rum kesimi tarafından Barış hareketi nedeniyle yapılan başvurular divanın önüne gelmemiştir. Yine 1982 askeri hareketi ve müteakip sıkıyönetim uygulamalarıyla ilgili 6 üye devlet tarafından Türkiye aleyhine yapılan başvuruda divanın önüne gelmemiş barışçı yollarla çözümlenmiştir.

Birleşik Krallık aleyhine yapılan başvurular da en önemli iddia yargısız gözaltı ve enterne etme uygulamaları nedeniyle sözleşmenin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğünün ya da 3. maddesinde düzenlenen işkence gayri insani ve küçültücü muamele ya da ceza yasağının ihlal edildiği yönünde olmuştur.

Lawless-İrlanda olayında IRA üyesi olduğundan şüphelenen Lawless'in beş ay süreyle "devlete karşı suçlar yasağının idareye tanıdığı yetkiye dayanılarak yargıç önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulması ve gözaltında tutmanın yetkili yargılama maka-

mı önüne çıkarma amacı" taşımadığı için, sözleşmenin 5/1. bendine aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda mahkeme 15. maddenin uygulamasıyla ilgili önemli içtihatlarla bulunmuştur⁶⁸.

Öncelikle mahkeme olağanüstü hal ilanını gerektiren olayları değerlendirerek olağanüstü halin gerekip gerekmediğini, alınan tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığını ve olağanüstü hal ve alınan tedbirlerle ilgili Avrupa Konseyi'ne gerekli bildirim yapıp yapılmadığını incelemeye yetkili olduğuna karar vermiştir. Olayların incelemesinde de İrlanda hükümetince yapılan uygulamaların sözleşmenin 5/1. maddesini ihlal edici nitelikte olduğunu ancak İrlanda'da meydana gelen şiddet olaylarının olağanüstü hal ilanını gerektirecek boyutta olduğunu alınan önlemlerle ilgili gerekli bildirimlerin Konsey'e iletildiğine ve alınan önlemlerin durumun gerektirdiği ölçülerde olduğuna bu nedenle de alınan önlemlerin 15. maddeye uygun olarak gerçekleştirildiği için sözleşmeye aykırılığın olmadığına karar vermiştir.

Mahkeme yine 1978 yılında İrlanda tarafından Birleşik Krallık aleyhine yapılan başvuru ile ilgili incelemesinde, Kuzey İrlanda'da ayrılıkçı katoliklerce desteklenen, Kuzey İrlanda'nın, Birleşik Krallık'dan ayrılarak İrlanda'yla birleşmesi için silahlı mücadele eden IRA'nın eylemleri ve Protestan kitlenin karşı eylemleri nedeniyle, ortaya çıkan şiddet olaylarının önlenmesi için İrlanda hükümeti ve Birleşik Krallık hükümeti tarafından alınan bazı önlemlerin ve uygulamaların sözleşmeyi ihlal edip etmediği araştırılmıştır.

1969-1970'li yıllarda pek çok bombalama, öldürme, yaralama ve kurşunlama olayları meydana gelmiştir. Birleşik Krallık hükümeti ve İrlanda hükümeti olayların önüne geçebilmek için özel yetkiler yasasına dayanarak çeşitli kararnameler çıkarmış ve bunlarla güvenlik görevlilerine bazı yargısız yetkiler kullanma olanağı tanınmıştır. Sorgulama amacıyla gözaltına alma ve gözaltında tutma, enterne etme gibi yöntemler kullanılmıştır. Bu uygulamalar sonucu şiddet olaylarında kısmi bir azalma görülmüştür. Hükümet teröristleri haktan ayırmak ve tanıkların tehdit edilmesini önlemek amacıyla enterne etme yöntemine başvurmuştur. 1973'de Kuzey İrlanda (olağanüstü hükümler) Yasası yürürlüğe girmiştir. Yukarıda uygulanan yöntemler bu yasada yeniden düzenlenmiş ve yükümlülük azaltıcı hükümlerle ilgili

68 Kararın ayrıntıları için bkz. Osman DOĞRU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi, İstanbul 1994.

Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bildirimde bulunmuştur.

Başvurucu devlet bu hükümlerin uygulanması sırasında kötü muamelede bulunduğunu ileri sürmüş ve 228 olayla ilgili yazılı belgeler komisyona sunulmuştur. Komisyon taleplere ve doktor raporlarına dayanarak beş tür muamele tesbit etmiştir. 1971'de adı bilinmeyen bir sorgulama merkezinde 14 kişiye, davalı devletinde kabul ettiği üzere üst makamların bilgisi dahilinde, duvar dibine dikme (eller tepede, ayaklar birbirinden açık, kollar ve ayaklar gergin vaziyette duvarın dibinde, bütün ağırlık ayak parmaklarının üzerinde birkaç saat bekletme), başlık geçirme (sürekli koyu renkli bir torbayı başında tutma), gürültülü ortamda bekletme, uyutmama, aç ve susuz bırakma uygulamaları yapılmıştır. Komisyon bu uygulamaları işkence kabul etmemekle birlikte kötü muamele niteliğinde uygulamalar olarak görmüş ve bu uygulamaların 3. maddeyi ihlal ettiğini ve 3. maddenin 15. maddedeki yükümlülük azaltma yetkisine dahil olmadığından sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Davalı devlet ise bu uygulamaları yasa dışı gördüğünü, failleri hakkında soruşturmaya başladığını ve mağdurlarına tazminat ödenebileceğini bu nedenle mahkemenin bu konuyu incelemesinde yarar olmadığını iddia etmiştir.

Mahkeme ise öncelikle olayı inceleme yetkisinin olduğuna kullanılan beş tekniğin 3. maddeye aykırı olarak insanlık dışı ve onur kırıcı bir muamele olduğuna ve fakat bu uygulamaların işkence oluşturmadığına karar vermiştir. Ayrıca bundan başka 3. maddeye aykırı muamelenin isbatlanmadığına hükmetmiştir. Diğer gözaltına alma ve enterne etme olaylarının 5. ve 6. maddelere aykırı olmakla birlikte 15. maddedeki yükümlülük azaltma yetkisinin kapsamı içinde olduğundan sözleşmeye aykırı olmadığına karar vermiştir⁶⁹.

Burada son olarak B.M. Ulus. Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesinin uygulamasıyla ilgili olarak B.M. İnsan Hakları Komitesinin bir kararına değinilecektir. 1972 tarihli Camargo/Kolombiya olayını inceleyen komite sözleşmede düzenlenen yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Olaylar şu şekilde gelişmiştir. Kolombiya'da uzun bir süredir insanlar kaçırılmış ve bir daha haber alınamıştı. Bu şekilde kaybolanların sayısı 200'ü geçmişti. Kolombiya hükümeti olayların önüne geçmek için 70. sayılı K.H.K. çıkarılmıştır. Ancak yine bir kişi kaçırılmış ve polis bu kişinin bir evde saklanmakta olduğu-

nu tahmin ediyordu. Bu eve baskın yapmış ancak ev boş çıkmış, kimse bulamıyor. Fakat polis evi gözetlemeye başlamıştı. Bir süre sonra bu evde 7 kişinin kaldığı tespit edilmişti. 70. sayılı olağanüstü hal K.H.K.'sine göre polis kişilere ateş açma hakkına sahip kılınmış olduğu için bu eve gelenlerin hepsi teslim ol çağrısında bulunulmadan ateş ateş açılarak öldürülmüştü. Öldürülenlerden birisi olan Bayan Camargo'nun eşi tarafından yapılan başvuruyu inceleyen İnsan Hakları Komitesi bu kişilerin bu şekilde yargılanmaksızın, teslim ol çağrısında bulunulmadan öldürülmüş olmasını ve orantısızca güç kullanılmasını, 70. sayılı K.H.K.'nin keyfi olduğu ve değiştirilmesi gerektiğini belirterek sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiş ve tazminata hükmetmiştir.

SONUÇ

Başlangıçta dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilemez kişinin doğuştan sahip olduğu haklar olarak tanımlanan insan haklarının gelişmeci bir nitelik göstererek giderek genişlemesi ve haklar kataloglarının hem ulusal anayasalar düzeyinde hem de uluslararası sözleşmelerde uzun listeler oluşturması sonucu bu hakların hiçbir zaman dokunulmaz nitelikte görülmesini olanaksız hale getirmiştir. Bu nedenle bu belgelerde yer alan listelerdeki hakların tamamının aynı değerde olmadığı, bunlardan bir kısmının diğerlerine göre daha fazla korunması gerektiği fikirleri ileri sürülmeye başlanmıştır. Bireye hiç bir yerde ve zamanda kimse tarafından dokunulmayacak asgari bir alan sağlamayı hedefleyen bu görüşler, üstün korumadan yararlanacak hakları belirleme konusunda farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Bunlardan bir kısmı bu üstün korumadan yararlanacak temel (dokunulmaz-sert çekirdekli) hakların niteliği itibarıyla diğer haklardan farklı olduğunu bu hakların diğer hakların kullanılmasında için temel teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. Bir kısım ise pragmatik kaygılarla en kısa zamanda en fazla devlet tarafından kabul edilecek haklardan oluşan bir dokunulmaz haklar katalogu ile tüm dünyada asgari bir insanlık standardı sağlanabileceğini ileri sürmüşlerdir. Nitekim bu teoriler etki göstermiş ve bazı sözleşmelerde olağanüstü hallerde dahi hiç bir şekilde aykırı tedbirler alınamayacak, askıya alınamayacak bir haklar kategorisi düzenlenmeye başlamıştır. 1950 tarihli İHAS'ta dört haktan oluşan bir dokunulmaz haklar bloku oluşturulmuştu. Daha sonra 1966'da hazırlanan U.A.M. ve Siyasi Haklar Sözleşmesi daha geniş (7 hak) bir dokunulmaz haklar listesi düzenlemiştir. 1969'da hazırlanan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinde ise dokunulmaz hakların sayısı 12'ye çıkmıştır. Uluslararası Hukukçular Derneği ise Paris Raporunda 16 maddelik bir dokunulmaz haklar listesi oluşturulmasını

69 Ayrıntılar için bkz. ibid, s.75 vd.

önermiştir. Görüldüğü gibi dokunulmaz haklar kataloğu genişleme eğilimi içindedir. Bu haklar nitelik itibariyle diğer haklardan daha fazla değerli değildirler ancak birey bakımından diğerlerine göre daha vazgeçilmezdirler. Fakat böyle bir kategorileştirmenin felsefi ve pozitif zorlukları ortadadır. Ayrıca liste kabardıkça korumacılığı zayıflamaktadır.

Bizim Anayasa'mız da 15/2. maddesinde bir dokunulmaz haklar kataloğu oluşturulmuştur. Tüm belgelerdeki listeler birbiri ile tam olarak uyuyor değildir. Her bir listede ortak haklar olduğu gibi farklı haklar da içermektedir. Haklar arasında bir ayırım yaparak bir kısmının üstün korumadan yararlandırıl-

masının gerekli olup olmadığı tartışılabilir olmakla birlikte her bireyin kişisel onurunun asgari seviyede sağlandığı hiçbir şekilde ihlal edilemeyecek bir insanlık alanının oluşturulması ahlak felsefesi bakımından bir zorunluluk olarak görülmektedir. Fakat bu listenin oluşturulmasında pozitivist davranmak yani üzerinde konsensus sağlanan hakları dokunulmaz haklar olarak görmek pratik bir çözüm gibi gözükmemektedir. Dolayısıyla dokunulmaz haklara ilişkin müstakil bir sözleşme hazırlanarak tüm dünyada insan türü için hiç bir koşulda mahrum bırakılmayacağı bir haklar alanı oluşturularak onurlu bir yaşam sürebileceği asgari bir alan sağlama yoluna gidilebilir.

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERİN YEDEK AKÇELERİ HAKKINDA BİR DEĞERLENDİRME*

Hayri BOZGEYİK**

Halka açık anonim şirketlerde yedek akçe müessesesinin önemi iki noktada toplanabilir. Bunlar, yedek akçelerin şirket yapısı ve pay sahiplerine dağıtılacak olan kâr payı ile olan ilgi ve etkisidir. TK. 469/2 de yer alan 'şirketin devamlı inkişafı' ve 'mümkün mertebe istikrarlı kâr paylarının dağıtılmasını temin' ifadeleri yedek akçelerin gayelerini genel olarak özetlemektedir. Bu gayelerden birincisi şirkete, diğeri ise pay sahiplerine ve kâra iştirak edecek diğer kimselere bakmaktadır ki yedek akçeler konusundaki tartışmalar bu iki menfaatin her iki taraf açısından en kabul edilir şekilde dengelenmesi konusu çevresinde gerçekleşmekte ve TK. 385 hükmü uyarınca pay sahibinin müktesep hakkı olduğu ifade edilen kâr payı ile uygulamada ağırlıklı olarak şirkete hizmet eden yedek akçe çatışmaktadır. Özellikle halka açık anonim şirketlerde kâr payı ile yedek akçe çatışması daha da belirginleşmektedir.

Yedek akçeler konusunda öngörülen amaç, ayrılma ve kullanım esasları; birinci planda işletmeyi, ikinci olarak ve dolayısıyla da başta pay sahipleri olmak üzere şirket ilgililerini koruma maksatlıdır. Çünkü, bir işletmenin mali açıdan korunarak istikrarlı bir çizgide tutulması, işletmenin yanı sıra o işletme ile ilgili olan herkesin yararınadır. Yedek akçelerin,

kâr dağıtımında değişik yıllar arasında olabilecek büyük farklılıkları önleyerek bu konuda bir istikrarın oluşmasına yardım etmesi kanunun amacına en uygun bir kullanım şekli olacaktır.

Bir anonim şirket için yedek akçe ileriye dönük bir ihtiyat ve tedbir niteliğindedir. Ayrıca yedek akçe, dolaylı olarak şirket alacaklıları için de bir teminat mahiyetini haizdir. Ancak şirket kârından ayrılan bu değerler kısa vadede, pay sahiplerinin kâr payı haklarına ters düşmektedir.

Anonim şirketler, belirlenmiş kaynaklardan kanunun öngördüğü mecburilik-isteğe bağlılık çizgisi çerçevesinde yedek akçeler ayırmakta ve bunları yine kanunun belirlediği esaslar dairesinde şirketin ve pay sahiplerinin hazır ve gelecek menfaatlerinin korunması doğrultusunda kullanmaktadırlar. Ancak, Yüksek Mahkeme kararları, kâr payı-yedek akçe dengesinin her zaman adaletli bir şekilde gerçekleştirilemediğini ortaya koymaktadır. Çünkü, TK.'nun tanımakta olduğu ayırma yetkisinin, bazı durumlarda kârın hiç dağıtılmamasına kadar gittiği görülmüştür.

Kâr dağıtımının yedek akçelerden yapılması, başta pay sahipleri ve şirket ilgilileri olmak üzere 'halk' üzerinde, şirket hakkında haksız yere müspet bir imajın oluşumuna sebep olabilmektedir. Gerçekten, faaliyet dönemlerini kâr elde edememe dolayısıyla o yıl kârından dağıtım yapmadan geçiren şirketlerin daha önceden ayırmış oldukları yedek akçeleri çözümlenerek bunları kâr dağıtımını amacıyla kullanmaları 'kamunun aydınlatılması' ilkesiyle de çelişmektedir. Zira bu ilke şirketin gerçek durumunun

* Bu konu daha geniş olarak 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yedek Akçeler İstanbul 1995' adını taşıyan yüksek lisans tez çalışmamızda ele alınmıştır.

** İnönü Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Araştırma Görevlisi.