

## Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız\*

Yener ÜNVER\*\*

### I - KAVRAM

İnsan onuru kavramı günlük konuşma dilinde, politikada, sosyolojide, psikolojide, dinsel görüşlerde ve felsefede farklı anlam ve fonksiyonlar için kullanıldığı gibi, hukuk bilminde, hukuk felsefesinde ve hukuk tarihinde ise çok daha farklı anlamda ve farklı fonksiyonlar için kullanılmaktadır.<sup>1</sup>

İnsan onuru bu kavramının içerik, etki ve gerekliliklerini iyi kavramak için, kavramı benzer diğer kavramlardan ayırmak ve günlük konuşma dilinde kendisine yüklenen içeriklerden ve fonksiyonlardan arındırmak gerekir. Bu nedenle kavramın ele aldığımız anlamı hukuksal olup, tıp ve biyolojinin<sup>2</sup>, felsefenin<sup>3</sup>, dinlerin<sup>4</sup>, kültürün<sup>5</sup>,

\* Bu çalışma, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-IV., 25-29 Ağustos 2008 İstanbul" isimli sempozyumda sunulan aynı başlıklı tebliğ metnidir. Literatür teminindeki değerli yardımları için Araş. Gör. İlker TEPE'ye çok teşekkür ederim.

\*\* Prof. Dr. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

(1) MASTRONARDI, Philippe. *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz – Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte.*, Berlin 1978, sh: 7.

(2) Bkz. BODDEN-HEIDRICH, Ruth-CREMER, Thomas-DECKER, Karl-HEPP, Hermann-JÄGER, WillirAGER, Günter-WICKLER- Wolfgang. *Beginn und Entwicklung des Menschen: Biologisch-medizinische Grundlagen und ärztlich-klinische Aspekte.*, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen.*, München 1998, sh: 15 vd.

(3) Kaldı ki, insan onuru kavramının ortaya çıkışı, öğretilerde felsefi açıdan, bir Rönesans olarak nitelendirilmektedir. İnsan onurunun dinsel ve felsefi anlamlarının birbirinden ayırımı hususunda bkz. BAYERZ, Kurt. *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien.*, in: ARSP, 1995, Voll: 81, Heft: 4, sh: 465 vd.; BAUMGARTNER, Hans Michael-HONNOFELDER, Ludger-WICKLER, Wolfgang-WILDFEUER, Armin G. *Menschenwürde und Lebensschutz: Philosophische Aspekte.*, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen.*, München 1998, sh: 161 vd.; BRAUN, Kathrin. *Menschenwürde und Biomedizin – Zum philosophischen Diskurs der Bioethik.*, Frankfurt am Main 2000, sh: 9 vd.

(4) Hristiyan dininin insan onuru kavramına verdiği anlam için bkz. SCHMITT, Hans-Christoph. *Der Mensch als "Ebenbild Gottes" Das biblische Verständnis der Würde des Menschen in den Schöpfungserzählungen 1. Mose 1-3.*, in: *Die Würde des Menschen.*, Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 13 vd. Onurun insana baştan itibaren Tanrı tarafından verildiği, ölümüne kadar değişmez biçimde kaldığını belirten dinsel argümanlara dayalı görüşler de bulunmaktadır (Bkz. BADER, Hermann. *Kurzes Lehrbuch der Ethik in der Medizin.*, Illerberg 2005, sh: 9). Şüphesiz burada inceleme konumuz hukuk bilimi ve hukuk felsefesi bakış açısı olup, esasen gerçekçi ve akılcı bulmadığımız ve inançla ilgili bu görüşlere hukuksal inceleme ve değerlendirmelerde dayanılmaması, dolaylı atıfta dahi bulunulmaması gerektiği düşüncesindeyim. Karş. WETZ, Franz Josef. *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, in: ARSP, 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 320.; BOSSHARD, Stefan Niklaus-HÖVER, Gerhard-SCHULTE, Raphael-WALDENFELS, Hans. *Menschenwürde und Lebensschutz: Theologische Aspekte.*, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen.*, München 1998, sh: 243 vd.

(5) İnsan onuru ve kültür ilişkisi için bkz. HÄBERLE, Peter. *Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975.*, in: *Rechtstheorie*, 1980, Band: 11, Heft: 4, sh: 403-414. İnsan onuru kavramı kültürel olarak iki farklı anlamda kullanılmıştır. Kavram ilk olarak, insanın doğuştaki varlığı, varlık unsurları anlamında kullanılmış ve insanın davranışlarından ve tercihlerinden bağımsız olarak her insanın sahip olduğu bir husus olarak ifade edilmiştir. Bu anlamı içinde, ilgili insanın davranışı, toplum

arkeoloji<sup>6</sup> veya etik biliminin<sup>7</sup> bu kavrama yükledikleri anlam değildir; bu alanlardaki anlamlarıyla hukuksal anlamını birbirine karıştırmamak gerekir.<sup>8</sup>

Ayrıca, sempozyumun ilişkin olduğu alan itibarıyla, ağırlıklı olarak hukuk felsefesi anlamı ve bundan ceza hukuku için sonuçlar çıkarmak amacı izlenecek ise de, kavramın hukuk normları ile etkileşimi ve hukuk tarihiyle ilişkisi de burada göz ardı edilmemelidir.

Bugün Avrupa hukukunun en temel kavramlarından birisi olan insan onuru kavramının, esasında tarihsel olarak Akdeniz ülkelerindeki kültürlerin oluşturduğu tezi sıklıkla ifade edilmektedir. Doğa ve insan gibi, bu kavramın da tarihsel gelişim içinde değişim ve gelişim gösterdiği ve bu kavram etrafındaki tartışmaların genelde Tanrı-Dünya ve insan ekseninde cereyan ettiği gözleminde bulunulur.<sup>9</sup> Bu gelişim kişi açısından insandan bireye/bireyciliğe yönelen akıma paraleldir. 18. yüzyıl'ın bireyin sübjektif haklarının anayasal güvence altında temel haklar çerçevesinde korunması ve daha sonra insan haklarındaki gelişmeler, insan onuru kavramını hukuk normlarının zirvesine taşımıştır. 19. yüzyılda temel haklar kataloğu, insan haklarıyla birlikte devlet öğretisindeki anlayış da, önceki yüzyıldan daha farklı

bir birey ve hakların korunması anlayışını beraberinde getirmiştir.<sup>10</sup>

Bu gelişmelerin önemli bir sonucu, bireyin özerkliği ve bilim ve teknikteki gelişmeleri tartışmanın merkezine çekmek ve insanların kanun/hukuk önünde eşit olması ve eşit tarzda korunmasını, devletin eylemlerinin hukuka uygunluğu için koşul durumuna getirmiştir. Bunun maddi ceza hukukunda olduğu kadar ceza muhakemesi hukukunda da etkileri olmuş, düşünce özgürlüğü, keyfi muamele yasağı, keyfi tutuklamalar v.s. alanlarında hukuksal iyileştirmeleri gerektirmiştir.<sup>11</sup>

Şüphesiz, insan onuru kavramı, asıl olarak, bu yüzyılda yaşanan felaketler nedeniyle anayasaların ve hukuksal görüşlerin en temel kavramlarından birisi olmuştur. Bu kavramı düzenleyen anayasalarda, örneğin Alman Anayasası'nda insan hakları ve temel haklar açısından gerekçelendirmenin asli temelini oluşturmaktadır. Bu nedendir ki, içeriğinin açıklanması ve kapsamının sınırlandırılması günümüz bilim adamlarının iştegi konularının başında gelmektedir. Kavramın tarihi geçmiş, Viktor Pöschl'ün 1989 tarihli eserindeki açıklamalarla Antik Roma'daki Cicero'ya kadar götürülmektedir. Buna karşılık Theo Kobusch'un 1993 tarihli eserine

la ilişkileri, fakir-zengin oluşu v.s. nasıl yaşadığı onun için önemsizdir. Buna karşılık ikinci kullanım anlamında ise, yapısal bir talebi ifade etmek için ve insanın bireysel olarak korunduğu, toplumla ilişkisiyle elde edilen toplumsal talepler anlamında kullanılmaktadır. Tarihsel gelişimi içinde, kavramın bu iki kullanım amacının sürekli birbiriyle ilişkili ortaya çıktığı bilinmektedir (WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 312 vd.)

(6) NARR, Karl J. *Zum Beginn menschlichen Lebens in der Phylogenese.*, in: *Beginn, Personalität und Würde des Menschen.*, München 1998, sh: 331 vd.

(7) BADER, *Kurzes Lehrbuch der Ethik in der Medizin*, sh: 10 vd.

(8) THOMAS, Veit. *Würde als absoluter und relationaler Begriff.*, in: ARSP, 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 299-301.

(9) HOFMANN, Hasso. *Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive.*, in: *Der Staat*, 1998, Band: 37, Heft: 3, sh: 349.

(10) HOFMANN, *Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive*, sh: 350.

(11) Bkz. FOLKERS, Horst. *Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs.*, in: ARSP, 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 328 vd.; HOFMANN, Hasso. *Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive*, sh: 357.

göre, Platon, Aristoteles, Yunan ve Roma dahil tüm antik çağ, hatta Hristiyan dini antik çağında bu kavram bilinmemekte ve ilgilenilmemişti.<sup>12</sup> Bu incelemeye göre, 13. yüzyıl'da Orta Çağ Hristiyan biliminde genel olarak insan onuru ile ilgilenilmiştir. Nitekim bu nedendir ki, Kurt Bayertz 1995 tarihli eserinde, insan onurunu felsefik bir düşünce olarak ele alınmasını 'Rönesans' olarak tasvir etmek gerektiğini belirtmiştir. Esasen onur kavramı tarihsel gelişimi içinde politik ve hukuksal gelişimlerden etkilenerek, anlam ve kapsam değiştirmiştir. İlk anlamları daha çok politik anlaşılmalı ve bir insanın politik yaşam nezdindeki olumlu kalitesi, konumu ve görünümü olarak anlaşılmalı, daha çok elit, asil kişiler ile eski Yunan Polis Devletindeki vatandaşın nitelikleri olarak kabul edilmekteydi. Bu kavrama daha sonra felsefi, Hristiyan dini anlayışı, Roma Hukuku ve Yunan Hukuku'nun etkileri olmuştur.<sup>13</sup>

Diğer bir yaklaşıma göre ise, insan onuru kavramının klasik tanımı ve hukuk felsefesi anlamında ilk izleri, 1785 tarihli "Ahlakın Metafizikinin Temelleri" ve 1797 tarihli "Ahlakın Metafizigi" adlı kitaplarda görülür. Kant, onuru, insanın akıllı olmaya zorunlu kılınmasıyla, kendi kaderini belirlemedeki soyut yeteneğiyle temellendirmektedir. Buna göre, insan onuru tek tek bireylerin bedensel veya zihni, manevi özelliğinden bağımsızdır. Onur kişisel başarıdan, kişiliğin ortaya çıkışındaki başarı veya başarısızlıktan

bağımsızdır.<sup>14</sup> "Kant'a göre, insan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu ya da bu isteme için bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmedir... Kendisi amaç olarak var olan insan -çünkü akıl sahibi doğa, kendisi amaç olarak vardır- kendine ve başkalarına karşı eylemlerinde amaç olmayı korumak durumundadır... Kısaca insanı, bu arada kendini de hiçbir zaman araç olarak görme demektir bu. Değerlidir... Kant'ın insanı hem bir doğa varlığı hem de bir akıl varlığı olarak görmesi, insanın bir yanıyla doğa yasalarının belirlenimi altında bulunurken diğer yanıyla bu belirlenimin dışına çıkma olanağını taşıması ve bu ikinci yandan -akıl yanından- gelen ikinci bir belirleme -yani doğa yasası yerine ahlak yasa-sına- göre eyleyebilme olanağını taşıması daha sonraki kimi etik ve insan görüşleri için de yol açıcı olmuştur".<sup>15</sup>

Bu gerekçelendirmeye göre onur kazanılmaz, sahiplenilmez. Onur, herhangi bir karşılık ödenmeksizin insana verilir ve sonsuza kadar insana ait kalır. Kant, "değer" ve "onur" arasında ayırım yapar. Değerlerin bir bedeli, fiyatı olabilir. Çünkü, "Amaçların İmparatorluğu"nda her şeyin bir fiyatı vardır. Fiyatı olan her şeyin yerine ise, bir başkası konabilir, ikame edilebilir, uygun görülebilir.<sup>16</sup> Yerine başka bir şeyin ikamesi

olanaklı olmayan tek şey, her türlü fiyatın üstünde olan onurdur. Başka bir ifadeyle, sadece bir göreceli bir değeri olmayan, yani bir fiyatı olmayan, ama içsel değeri olan şey, insan onurudur. Onur, başka şeylerle karşılaştırılmayacak, başka bir şekilde yerine yedeği olmayacak en yüksek değerdir.<sup>17</sup> Kant'a göre, insan, kendine egemen olmakla birlikte, kendisinin sahibi değildir; başka bir ifadeyle, insanın kendisi üzerinde egemenliği bulunmakla birlikte, sahipliği bulunmamaktadır.<sup>18</sup>

İnsan onuru kavramının politik ve hukuksal anlamda kullanıldığı ve bu alanlarda belirli hususların ifadesi için bir araç haline getirildiği bir vakadır. Öğretide, insanın politik ve hukuksal düzen içindeki konumunu tanzim etmede veya bu düzenleme anlayışının izahında bu kavram ya gerekçe veya kaynak olarak gösterilmektedir. Sosyal olaylar, gelişmeler kadar, Nazi Almanyası uygulamalarında olduğu gibi, tarihte yaşanan acı tecrübeler de bunda etkili olmuştur<sup>19</sup> ve nitekim insan onuruna aykırılığa gösterilen örneklerin başında hep Nazi Almanyası örneği verilmektedir.

Nitekim, Alman Anayasası'na insan onurunun dokunulmaz olduğu özdeyişi ile giren insan onuru kavramı<sup>20</sup>, arka plandaki Nazi Almanyası uygulamaları

nedeniyle insanı esas alan yeni bir hedefi Alman kanun koyucusuna göstermek ve Federal Almanya açısından etik olarak yeni bir başlangıcı ifade etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de münferit bireyin onurunun Nazi Almanyası ve İkinci Dünya Savaşı sırasındaki suistimallerine bir tepki olarak ve gelecekte bu tür suistimallerin yeniden tekrarlanmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir.<sup>21</sup> Bu yeni hedef, Alman Anayasası'nda bir yandan temel hakların korunmasının Anayasa'nın başlangıcında özel düzenlenişi diğer yandan ise insan onurunun korunmasının devletin en üst ve tüm diğer ilkeleri kapsayan bir ilke olarak etki doğurmuştur. Önceki bütün Alman anayasalarının temel haklar kataloğunu içermediğini düşündüğümüzde bunun önemi daha da iyi anlaşılmaktadır. 1789 Fransız Devrimi nedeniyle bireysel yararların ön plana çıkışı nedeniyle, sadece Almanya'da değil diğer ülkelerin anayasa ve mevzuatlarında da devlet ve bireyin rollerini değiştirmiş ve başta insan onuru olmak üzere, bireye ait değer ve yararların korunması açısından devlete yükümlülük yükleyen pozitif düzenlemelerin yapılmasını sonuçlamıştır.<sup>22</sup>

Daha önce de ifade edildiği üzere, insan onuru kavramı, 2. Dünya Savaşı

(12) Karş. FORSCHNER, Maximilian. *Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur.*, in: *Die Würde des Menschen.*, Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 45 vd. ve 48 vd.

(13) *Nakleden*: FORSCHNER, *Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur*, sh: sh: 33-34.

(14) Altan. *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.*, 17 Nisan 2008'de Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından İstanbul'da düzenlenen „Sağlık Alanında Etik ve Hukuk“ konulu uluslararası sempozyumda sunulan tebliğ (Baskıda); FOLKERS, *Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs*, sh: 329.

(15) OĞUZ, Yasemin N-TEPE, Oğuz Harun-ÖRNEK BÜKEN, Nüket-KIRIMSOY KUCUR, Deniz. *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, Ankara 2005, sh: 154-155.

(16) FOLKERS, *Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs*, sh: 333.

(17) HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*. Karş. COVELL, Charles. *Kant, die liberale Theorie der Gerechtigkeit und die Weltordnung.*, in: *Der Staat*, 1998, Band: 37, Heft: 3, sh: 361 vd.

(18) WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 314. Kant'ın bu açıklamaları, "Ahlakın Metafizigi" isimli çalışmasında arka arkaya yaptığı iki paragraflık (434 Z. 22-31 ve 434 Z. 32-435 Z. 5) açıklamalar içinde olup, orijinal metin için bkz. HRUSCHKA, Joachim. *Die Würde des Menschen bei Kant.*, in: ARSP, 2002, Vol: 88, Heft: 4, sh: 464.

(19) BAYERTZ, *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien*, sh: 469 vd.

(20) „Alman Anayasası'nın hazırlık çalışmalarında insan onuru iki biçimde temellendirilmiştir, birincisi Kauder'in de temellendirdiği gibi insanın tanrının sureti olması, ikincisi aydınlanmacı Kantçı temellendirir." (HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*..)

(21) NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht – Eine Einführung.*, 9. überarbeitete Auflage, Neuwied-Kriftel-Luchterhand 2000, sh: 111.

(22) Bkz. RIES, Gerhard. *Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland.*, in: *Die Würde des Menschen.*, Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 61-63. İsviçre hukuku açısından bu kavramın tarihsel gelişimi için bkz. MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz*, sh: 216 vd.

sonrası Alman Anayasası'nda düzenlenen hükümlerle (m. 1/1) Alman toplum düzeninin en üst dereceli değeri olarak kabul edildi ve günümüzde Anayasa'nın insan onuruna hiçbir istisna tanımadığı düşüncesi benimsenmektedir. Pozitif düzenlemeye göre, insan onuru dokunulmaz olup, bütün devlet güçleri bunu dikkate almak ve korumakla görevlidir. Anlamını ve somut olayda korunup korunmadığını sıradan vatandaş bilmekle birlikte, toplum nazarında çok önemli bir değeri vardır. Ancak, insan onurunun toplum yapısında nasıl bir geçerliliği olduğu düşünüldüğünde, bu durum insanı biraz huzursuz etmektedir. Genel İnsan Hakları Beyanname'si'nin bu değerini tüm insanlar için vurgulaması, korunmasını emretmesi bunun konuşma dilindeki önemini artırmakla birlikte, anlam ve içeriğindeki belirsizlik, öğretici tarafından endişeyle karşılanmaktadır.<sup>23</sup>

Günümüzde ise insan onuru kavramı, çağdaş her bilimin etkisiyle içerik ve kapsam değiştirmiş olmakla birlikte, üzerinde çok düşünülüp tartışılan en temel kavramlar arasındaki konumunu hala korumaktadır. İnsan onurunu tehdit etmek, baskı altına almak, esasen doğa açısından asli-normal bir şey değildir. İnsan onurunu, çeşitli amaçlarla hareket eden diğer bir insan ihlal etmekte, zedelemektedir. Bilindiği üzere, yakın tarihli insan hakları katalogları, esasen bir insanın onurlu varlığı için asgari koşulları üretmek ve korumayı amaçlamaktadır. Birinci kuşak insan hakları, devletin keyfi ve öncelikli eylemlerine karşı savunma hakkını formüle etmektedir. İkinci kuşak insan hakları, politik organize toplumdaki makul bir ekono-

mik, sosyal ve kültürel temel ihtiyaçların pozitif olarak yerine getirilmesini gerektirmektedir. Üçüncü kuşak insan hakları ise, devletten temiz hava ve biyolojik ortam anlamında 'ekolojik' insan haklarının devletçe ihlalinin önlenmesini gerektirmektedir. Bu gerekliliğin devlette, tıp hukukunda da çevre hukukunda da üretim mekanizmalarında da insan onurunun gözetilmesi gerekli önemli ödevler yüklediği aşikârdır. Bu bağlamda sorun, yüksek teknolojinin kullanıldığı toplumun bir insanın varlığının yaşam basamağında onurlu biçimde nasıl yükselteceği olmayıp, insan onuru kavramının yalnızca simgesel-soyut biçimde değil, münferit bireyin onurunun korunduğu, bilimsel-teknik gelişimin, globalleşen çalışma ve piyasanın, bütün moral değerleri dikkate alan yaşam standardının ve demokrasinin birlikte etkileşimi içinde zorlayıcı bir hak olarak görülmesi gerektiği olarak kabul edilmektedir.<sup>24</sup>

Bir başka bakış açısıyla, insan onuru kavramı, insan ve doğa arasındaki keskin çizgiyi de çizmektedir. İnsan, doğanın yalın bir parçası olamaz. İnsanın kendisi bizatihi değerlidir ve kendine özgü yapısıyla sahip olduğu onurla bir amaçtır, nihai amaçtır.<sup>25</sup>

Örneğin İsviçre hukukunda insan onuru ilkesinin bireyin devletten belirli bir toplum oluşturmasını talep hakkını verdiğini, insan onuru anayasal ilkesinin normatif içeriğinin insan onuruyla bağdaşır bir şekilde yaşamın bulunduğu toplum tasarısının ışığı altında belirlenebileceği, kavramın hukuk biliminde uygulanışı ve özellikle de temel hakların yaşama geçirilmesi ve aralarındaki çatışmanın çözülmesi için öğretinin çalış-

(23) WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 311.

(24) FORSCHNER, *Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur*, sh: 57-59.

(25) BAYERTZ, *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien*, sh: 473.

malar yapması gerektiği görüşü kabul edilmektedir.<sup>26</sup>

'Onur' (Würde) kavramı, 'saygı' (Respekt) kavramından ayrılmalı ve bu kavramlar birbiri yerine kullanılmamalıdır. Her ne kadar iki kavram arasında sıkı bir ilişki var ise de, bunlar eşanlamı olmadığı gibi, birisinin varlığı diğerinin de varlığını ve özellikle kabulünü her zaman gerektirmemektedir.<sup>27</sup>

Aynı şekilde onur (Würde) kavramının şeref veya şeref ve haysiyet (Ehre) kavramından da farklı olduğu gözden kaçırılmamalı ve bu kavramlar eşanlamlıymış gibi kullanılmamalıdır.<sup>28</sup>

Bilindiği üzere, insan onuru kavramı ve insan onurunun kabul ve gözetimi Aydınlanma Düşüncesine ait bir kavramdır. Şüphesiz bunun iyi anlaşılması, Kant'ın yaptığı gibi, 'onur' (Würde) ile 'fiyat' (=Preis= Bedel)'in farklılığının bilinmesi ve fakat aralarındaki doğrudan ilişkinin ise gözden kaçırılmaması ile mümkündür.<sup>29</sup>

İnsan onuru kavramı incelenirken Immanuel Kant'ın çalışmaları ve görüşlerine mutlaka başvurmak gerekir. Çünkü, günümüzün modern ahlaki-hukuksal insan onuru kavramı açısından Kant'ın felefi görüşleri büyük ölçüde belirleyicidir.<sup>30</sup> Kant'ın 1797 tarihli çalışmasında 'her diğer insanın insanlık onu-

runa dikkat edilmesi' (Existimatio est agnitio valoris hominis) biçiminde formüle ettiği ve insan onurunun (kötüye kullanmanın karşıt anlamı olarak kullanılan ifadelerle) kabul ve gözetimi anlamında kullandığı bu ifade nedeniyle, buradaki kabul ve gözetim 1970'li yıllarda 'ahlak ve adabın metafiziği' olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Kötü kullanmaya doktrinde verilen örnek, Nasyonal Sosyalizm Almanyası'nın uygulamalarıdır.<sup>31</sup> Bilindiği üzere Kant, dört ahlaki yükümlülükler kategorisi kabul etmekte ve bunları, kişinin kendisine dikkat etmesi yükümlülükleri, başkasına dikkat etmesi yükümlülükleri, kendini sevmeye yükümlülükleri ve başkalarıyla karşılıklı olarak birbirini sevmek yükümlülükleri olarak belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki, hukuksal yükümlülükler ile ahlaki yükümlülükler farklı şeylerdir ve buradaki dikkat etmek (kabul ve gözetim) yükümlülükleri etik yükümlülüklerdir. Her ne kadar bunlar yükümlülükler ise de, etik yükümlülüklerdir. Bunlar ayrıntıda hukuk tarafından da yükümlülük olarak düzenlenebilir ve hukuksal yükümlülükler için önemli olan onun yerine getirilmesidir: hukuki yükümlülüklerini yerine getiren kimse hiçbir adli merci önünde suçlanamaz, dava edilemez. Doğru ve işlevsel olanı, hukuksal yükümlülüklerin etik yüküm-

(26) MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz*, sh: 307 ve 309.

(27) Bkz. BALZER, Philipp-RIPPE, Klaus Peter-SCHABER, Peter. *Menschenwürde vs. Würde der Kreatur (Begriffsbestimmung, Gentechnik, Etikkommissionen)*, 2., unveränderte Auflage, München 1999, sh: 18.

(28) Şerefe göre amaç tespit edilip o yönde çaba sarf edilebileceği, şerefin insanlar tarafından bireye verildiği ve insanlar tarafından alınabileceği ve nedenlerle, şerefin, temel hakların bir parçasını oluşturan onurdan farklı bir şey olduğu hususunda: BADER, *Kurzes Lehrbuch der Ethik in der Medizin*, sh: 9.

(29) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tarihi gelişim için bkz. HRUSCHKA, Joachim. *Achtung und Misachtung der Würde des Menschen*, „Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat)“, Baden-Baden 2001, sh: 98-100.; FORSCHNER, Maximilian. *Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur*, sh: 37-41. Onur ve fiyat kavramı ilişkileri hususunda Kant'ın görüşleri için bkz. HRUSCHKA, *Die Würde des Menschen bei Kant*, sh: 464.

(30) FORSCHNER, *Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur*, sh: 36.

(31) HRUSCHKA, Joachim. *Achtung und Misachtung der Würde des Menschen*, sh: 95.

lülükler ile mümkün olduğunca uyum içinde olmasıdır: davranış normlarının böyle oluşturulması idealdir.<sup>32</sup>

Konuya etik açısından da yaklaşan bir yazar insan onurunu bireyin kendine özgü kişiliği ile özdeşleştirerek, her insanın kendine özgü bir kişiliği veya onurunun bulunduğunu, bunun amaç için araç olmayıp bizatihi amaç olduğu düşüncesini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, bireyin onuru aracılığıyla istek, irade ve akla sahip olmakta olup, bunun ise o bireye kanun koyucu olmak yeteneği gibi hukuk kurallarına uymak veya bunları ihlal etmek özgürlüğünü vermekte,<sup>33</sup> bireyin onuru aracılığıyla içinde barındırdığı ihtimam ve kendi yararı için başkalarının onurunu ihlal etmek örneğinde olduğu gibi bireyin onuru nedeniyle artan zafiyetlerinin bilinçliliği içinde tarih boyunca insanların iyiliği için konulan hukuk kurallarını ihlal etmiş ve bunun karşısında yaptırımlara maruz kalmıştır.<sup>34</sup> Bu görüş, insan onurunu özgürlüğün ifadesi<sup>35</sup> olarak görmekte ve beş ayrı yardımcı kelime ile çok sıkı ilişki içinde bulunduğu tezini savunmaktadır. Bunlar, istemek, yapmaya izinli/mezun olmak, yapması gerekemek, yapmak zorunda olmak ve yapabilmek kelimeleridir. Bu görüş, bu kelimelerin anlamına dayalı olarak da etik alanına ilişkin onur değerleri oluşturmaktadır. İnsana onurunu veren değerler, onun isteğine göre serbestçe, bağımsız ve kendi sorumluluğu dahilinde davranabilme yeteneği kazandırır: İnsan serbestçe seçim yapmaktadır ve kendi fiilinin hakimidir. Burada psikoloji ve nöroloji dahil birçok bilim dalı

alanının konusunu oluşturan etkenlerin rolü olabilmektedir.<sup>36</sup>

## II – TANIMI

İnsan onuru kavramının tatmin edici bir tanımı ne karşılaştırmalı hukukta ne de hukukunda yapılmış değildir. Şüphesiz özellikle Kant'ın görüşlerine atıfla ayrıntılı açıklamalar yapılmış ise de, bunlar da birçok açıdan eleştirilmiş ve halen iyi bir tanımın oluşturulması yönündeki çabalar devam etmektedir. Özellikle hukukçular ve bunlar içinde de ceza hukukçuları için daha ayrıntılı yapılması gerekli tanımın keskin sınırları çok önemlidir.

Alman ceza hukuku doktrininde, insan onuru kavramının tanımı için, Al. CK.'nin 130/I. paragrafında düzenlenen suçta kullanılan insan onurunun ihlali kavramı anlaşıldığından yapılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu suç tipinde veya diğer bir düzenlemede Alman kanun koyucusu da neyin insan onuru olduğu ve bunun ne zaman ihlal edileceği hususunda bir şey söylememektedir. Bu nedenle de Alman hukuku açısından insan onuru kavramı en önemli ve fakat aynı zamanda da, tıpkı Alman mevzuatında kullanılan “*iyi adap ve ahlak*” (gute Sitten) ve ‘sadakat ve inanç’ (Treu und Glauben=dürüstlük) kavramları gibi en belirsiz kavramdır.

Yazarlar tarafından kavramın birçok tanımlama girişimi olmuştur. Genellikle kabul gören ve Günter Dürig tarafından bulunan ‘*objektif formül*’e göre, eğer somut bir insan savunulabilir yükseklikte değere sahip yalın bir araç olan

objeye yükseltilirse o zaman bir insan onuru söz konusu olur. Diğer bir yaklaşım ise bu kavramı ‘*kişilik haklarının vazgeçilemez ve devredilemezliği*’ veya ‘*kendine özgü değeri olan ve kendine özgü yapısı bulunan, önemli, insanın doğasında bulunan bir şey*’ olarak tanımlamaktadır. Gerek bu formüllerin belirsizliği gerek birçok Alman Federal Yüksek Mahkeme kararının bu kavramı soyut olarak tanımlamak yerine bir somut olayda var olup olmadığı ve ihlalin varlığı veya yokluğunu tespit eğilimini tercih etmesi nedeniyle, soyut tanımlama yerine somut olaylara dayalı yargılarla veya örnek davranışlarla belirtmek daha çok tercih edilmektedir.<sup>37</sup>

Ancak yine de belirtmek gerekir ki, bu kavramın Alman Anayasası’na girme-sinden beridir hemen her hukukçu<sup>38</sup> kavramın genel geçerli tanımı ve kapsamını betimlemek yerine, somut vakalara dayalı ihlal veya ihlali yokluğu tespitlerini belirtmek yöntemini seçmiştir. İ

Kavram kelime anlamı olarak ele alınır ve bir kişinin onurundan söz edilirse, burada iki anlam ortaya çıkar. İlk olarak şerefli-itibarlı bir ailenin çocuğu olarak onurun kendisine miras yoluyla geçmesi anlaşılabilir. Diğer yandan ise, onurun, bir kimsenin bunu elde etmesi ve kaybetmesinden bağımsız olarak, herkes açısından eşdeğerde anlaşılması gerektiği anlaşılır.<sup>39</sup> Burada ilk belirtilen anlam, asil, zengin veya itibarlı ve tanınan bir aileye mensubiyet anlamına da gelebilir ki, hukuksal olarak amaca elverişli değildir. Bu başta herkesin

hukuk önünde eşit korunması ilkesi olmak üzere birçok hukuk ilkesine ve pozitif düzenlemelere aykırı olur. Özellikle, adam öldürme veya diğer bir suç tipi esas alınarak yapılan değerlendirmede, kavramın hukuksal anlam ve içerikle anlaşılması gerektiği, herkesin suçların gerektirdiği korumadan eşit yararlanmasından dolayı onurun elde edilmiş ve kaybedilmiş araç ve yönteminin önemli olmadığı, her bireyin bu onurunun korunması gerektiği ve kişinin bu onur koruması içinde bulunup bulunmadığını kendisinin bilmesinin hukuken önemsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bugün çağdaş, laik, modern bilime dayalı olan ve farklı dünya görüşleri karşısında tarafsız olan devlet anlayışında, insan onuru kavramının belirsizliği ve gerekçelendirilemezliği yanında, onun aynı zamanda bir Fantom Karakteri’nden de söz edilmektedir. Kavramdan tamamen vazgeçilememekle birlikte, içeriğinin doldurulması ve kendisine yüklenecek anlamlar bakımından görüş ayrılıklarının sıkça dile getirilmesi ve insan kavramına verilecek anlam hakkındaki tartışmalar bu kavrama yeni hayat olayları karşısında rol yüklemeye düşüncesini tahrik etmiştir.<sup>40</sup>

## III - KAPSAMI

İnsan onuru kavramını geniş alarak, onun ceza hukukunda da doğrudan etkili bazı diğer kavramları içerdiği ve/veya varlıklarını gerektirdiği görüşü de savunulmaktadır. Bu anlayışa göre, insan onuru kavramının geniş biçimde somut-

(32) HRUSCHKA, *Achtung und Misachtung der Würde des Menschen*, sh: 96-97.

(33) FOLKERS, *Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs*, sh: 331.

(34) BADER, *Kurzes Lehrbuch der Ethik in der Medizin*, sh: 4.

(35) Bkz. FOLKERS, *Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs*, sh: 333.

(36) BADER, *Kurzes Lehrbuch der Ethik in der Medizin*, sh: 8.

(37) Karş. BVerfGE 61, sh:137; BVerfGE 50, sh:175; BayVBL 1982, sh: 50; OLG Hamburg, NJW 1975, sh: 1088. Hans Dürig tarafından yapılan bu tanımla ilgili olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin uygulaması için bkz. WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 319.

(38) Bkz. WIESEMANN, Claudia, *Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion*, in: *Die Würde des Menschen*, Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 94, dipnot: 2’de belirtilen kaynaklara.

(39) RIES, *Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, sh: 66.

(40) Tartışmalar için bkz. WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 321-324.

laştırılması, hukuk devletinin bir gereği olarak insanların hukuk önünde eşitliğini gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu görüşe göre, insan onuruna saygı, orantısız müdahaleler anlamında özellikle ceza hukuku uygulaması açısından kanun koymanın sınırlandırılmasını da gerektirmektedir. Nihayet, insan onuru merkezi/çekirdek kavramı altında insanın dış maddi sağlık ve yaşam koşullarının asgari bir korunması da gerekmektedir.<sup>41</sup>

Bir insanın nasıl ortaya çıktığı da önemli değildir. Önemli olan insanın ortaya çıkmış olmasıdır. Embriyona, insandan artakalan bir çöp-atık anlamı yüklenmez ve bir insan değeri verilirse, o takdirde bu embriyo tam olarak insan onuruna sahiptir.

Bu Alman hukuku açısından öğretici açısından anayasal temel bir ilkedir.

Federal Anayasa Mahkeme kararlarında da bu anlamda herhangi biri insansa, o tam olarak insan onuruna sahiptir.<sup>42</sup>

Burada çözülmesi gereken temel sorun, embriyona ne zaman insan yaşamı niteliği tanınacağı sorunudur. Belirtmek gerekir ki, Kant'ın görüşleri ile faydacılık akımı görüşleri burada birbirleriyle temel bir yaklaşım çatışması içermektedirler. Burada belirtelim ki, konuya hukuk alanında olduğu gibi etik alanında da farklı bakış açılarından yaklaşmak olasıdır ve nitekim örneğin kiralık annelik konusunda, taşıyıcı-kiralık anne rahmindeki embriyonun bir süre sonra diğer anneye naklinin insan onurunu ihlal ettiği dahi iddia edilmektedir.<sup>43</sup>

Başka bir görüş, insan onuru kavramının, her halükarda hümanizmin ve hümanist özerkliğin korunmasını gerektirdiği tezini savunmaktadır.<sup>44</sup>

Alman yazarlardan Maihofer kısmi bir itirazla atıf yaptığı Kant'a dayanak, devletin maddi meşruluğu için, onun herkesin mümkün olduğunca büyük oranda ve eşit haklarla donatılmış bireysel özgürlüğünü ve güvenliğini koru-

masını şart koşmuştur. Bu tür bir özgürlük, toplum içindeki bireyin insan onuruna değer veren toplumun gelişimi gibi münferit bireyin insan onuruna yakışan varlığı için ön koşuldur.

Buna karşılık İsviçreli ceza hukucusu Günter Stratenwerth ise bu düşünceye, özellikle de bu yaklaşımdaki 'mümkün olduğunca büyük özgürlük' gerekliliğine karşı çıkmakta, diğer insan hakları ile insan onurunu karşılaştırarak bu hukuksal korumanın örnek bir hareket tarzı olamayacağını, kavramların soyutlaştırılmaları ve maddeden koparılmasının aynı zamanda onu hümanizmden de uzaklaştıracağını, eşitlik ve özgürlüğün geri plana itilmemesi gerektiğini, Nasyonal Sosyalizm uygulamalarına tepki olarak Alman Anayasası'na konulan bu ölçütü uygulamanın kuşkulu olduğunu, bu yaklaşımın her bireyin manevi tercihini dikkate alarak devleti bunu yerine getirmekle yükümlü kılarken devlete buna etkide bulunma olanağı vermediği ve münferit bireye mümkün olduğunca özgürlük tanımının sınırlarının muğlak olması nedeniyle tek tek bireyler açısından düşünülebilir ise de toplum da dikkate alındığında bu önerinin uygulanma şansının zor olduğunu, Fransız Devrimi kaynaklı bu görüşün toplumsal yaşamdaki değişiklikler ve teknolojik gelişmeler nedeniyle artık uygulanamaz olduğunu belirterek, bu görüşe karşı kuşkularını ileri sürmektedir.<sup>45</sup>

Ancak belirtelim ki, bu yazar (Stratenwerth) da, bu görüşlerini eleştirdiği Maihofer ile görüş birliği içinde olduğu hususu, münferit bireyin özgürlüğünün insan onuruna yakışır bir yaşamın vaz-

geçilemez bir koşulu olduğu vakıası olarak belirtmektedir. Yazar, bu özgürlüğün özüne/çekirdeğine dokunulmasına hiçbir şekilde müsaade edilmemesi, hatta günümüz insanının yaşam krizinde dahi bireyin kendisince zorla yaratılan özgürleşmesinin söz konusu olduğunun dahi söylenebileceği ve münferit bireyin özgürlüğünün hukuk aracılığıyla korunmasında toplumun bütününe ve birlikteliğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>46</sup>

#### IV - TÜRLERİ

Belirtmek gerekir ki, bu kavramın anlamı ve türleri ile gereklilikleri konusunda gerek geçmişteki gerek günümüzdeki doktrinde görüş farklılıkları vardır.

Konuyla ilgili olarak, 17. 05. 1992 tarihinde halk oylamasında kabul edilen İsviçre Anayasası'nın gen teknolojisi ve sun'i bitkilerde döllenme tıbbının kanuni kurallarını düzenleyen 24novies maddesinin insan dışı alana ilişkin 3. fıkrası, hayvan, bitki ve diğer organizmaların kopyalanması, sun'i döllenmesi vs. hususunda Federal Hükümete görev yüklerken, insan, hayvan ve çevrenin güvenliği ile yaratıkların<sup>47</sup> onurunun dikkate alınması ve hayvan ve bitkilerin genetik (değişik) üretiminden koruma ödevi yüklemektedir. Buna karşılık, 1987 yılında insanlarda sun'i döllenme ve gen teknolojisinin kötüye kullanılmasına karşı olan bir inisyatif tarafından hazırlanan ve fakat Anayasa'nın bu kabul edilen 24 novies maddesi nedeniyle benimsenmeyen kanun taslağında, gen tekniklerinin insanlarda kullanımını nihai olarak

(41) Bu üç gereklilik için bkz. HÜBNER, Heinz. *Menschenwürde und Fürsorgestaats im Sizilien Friedrichs II. von Hohenstaufen.*, in: *Rechtstaat und Menschenwürde.*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 210, 212 ve 213. Belirtmek gerekir ki, özellikle Alman AY'nin 1. maddesinde her ikisi de dokunulmaz olarak düzenlenen eşitlik ve onur arasındaki ilişki başka çalışmalara da konu edilmiştir. Özellikle doğal ve hukuk anlamlarında her insan arasındaki eşitlik ve her insana eşit onur değerinin nasıl tanımlandığı ve gerekçelendirileceği ciddi tartışma konusudur. Buradaki eşitliğin doğal anlamda mı yoksa hukuksal anlamda mı olduğu doktrinde görüş ayrılığına neden olduğu gibi, eşitlikten herkesin eşit mi olduğu, eşitler arasındaki eşitlik anlamına mı geldiği, şans eşitliği olarak mı anlaşılması gerektiği veya paylaşım eşitliği olarak mı anlaşılacağı hususları öğretide sorunlu hususlardır. Bütün bu tartışmalardan bağımsız olarak, insanların hukuk önünde eşitliği ile insan onuru arasında doğrudan birer ilişki olduğu, her iki değer de hukuk içinde ele alınması gerekli, hukuk devletindeki adalet idesine hizmet eden ve somut durumdaki koşullar ve ihlallerin değişmesi durumunda somut tarafları hukuk karşısındaki konumlarının ve buna bağlı olarak yaralandıkları hukuksal korumanın değişebilirliğine rağmen, hukuk toplumu içindeki birey açısından onur kavramının hem hukuksal hem de moral cephesinin (çift anlamının) bulunduğu ve bunların insani kişiliğin onuruyla ilişkili olduğunu kabul eden, kişiliğini özgürce geliştirmesi gereken insanın bu iki değerinin birlikte ve hukuk aracılığıyla korunacağı ve anamlandırılacağı görüşüne (LAMPE, Ernst-Joachim. *Gleichheitssatz und Menschenwürde.*, in: *Rechtstaat und Menschenwürde.*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 267) katılmak gerekir: bir taraftan bu değerler hukuken korunurken diğer insanların da gözetilmesi ve fakat diğer yandan da onlar açısından da güvenlik yükümlülüklerinin kabul ve icrası, ancak bunların sosyal hukuk devleti içinde ele alınması mümkündür. Karş. MÜLLER-DIETZ, Heinz. *Naturrecht und Menschenwürde – Anmerkung zum Werk Georg Büchners.*, in: *Rechtstaat und Menschenwürde.*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 304-305.

(42) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(43) Ayrıntılı bilgi için bkz. HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(44) KLUG, Ulrich. *Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme.*, in: *Rechtstaat und Menschenwürde.*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 236.

(45) Bkz. STRATENWERTH, Günter. "Großtmögliche Freiheit"?, in: *Rechtstaat und Menschenwürde.*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 571-572. Karş. WIESEMANN, Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion, sh: 99-102.

(46) STRATENWERTH, "Großtmögliche Freiheit"?, sh: 585.

(47) Hayvanlar üzerindeki klonlama ve etik ilkelerin ihlal edilip edilmediği tartışmaları için bkz. BRAUN, Susanne. *Bioethische Aspekte des Klonierens von Tieren.*, in: ARSP, 2003, Vol: 89, Heft: 3, sh: 339.



düzenlenmek istenirken, yalnızca insan onurunun korunması ile ailenin korunması ön plana çıkarılmış ve fakat bitki, hayvan, diğer yaratıklar vs. için onur kavramı dikkate alınmamıştır. Bu tutum, insan dışındaki varlıkların onurunun bulunup bulunmadığı tartışmasına yol açmış ve İsviçre kamuoyunu uzun süre meşgul etmiş bu tartışmalar nedeniyle, her ne kadar 1993 yılında yaşam ve çevrenin gen manipülasyonlardan korunmasına ilişkin halk inisiyatifi (=Gen Koruma İnisiyatifi) oluşturulmuş ise de, bu 1998 yılı Haziran ayında reddedilmiştir.<sup>48</sup>

Sorun insan dışı varlıkların/yaratıkların, özellikle hayvan, bitki, çevre v.s.nin onurunun var olup olmadığı olup, sorunun çözümü, onur kavramına verilecek anlam ve bu kavramı (değişik kullanımların biçimi veya alanları anlamında dahi olsa) birden fazla çeşit ve içerikte anlayıp anlamamaya bağlıdır.

İnsan dışı varlıkların da onurunun varlığı görüşünü kabul ve savunmak için, doktrinde çeşitli yaklaşımlar vardır. Bunlardan birisi, Balzer-Rippe-Schaber tarafından ileri sürülen görüştür. Bu yazarlara göre, insan onuru önce iki gruba ayrılmalıdır: bunlardan birisi eşyanın içinde varolan (=inhärent)<sup>49</sup> insan onuru ve diğeri ise sınırlı maddi (=kontigent) insan onurudur. Kant, insan onuru düşüncesini açıklarken, önce “doğa sistemi içindeki insan” ile “birey olarak insan”ı özellikleri itibarıyla karşılaştırıp, bize görünen insan (homo phanemo-

menon) ile ruhsal/manevi anlamda yaratık olarak insanı birbirinden ayırmaktadır. Esasında bu ayırım ve özellikler, düşünen hayvanın doğadaki diğer hayvanlardan farkını da açıklamaktadır.<sup>50</sup> Kant’ın yaptığı ayırımdaki insan türlerinden ilki (=inhärent) insan onuru<sup>51</sup>, Alman Anayasası’nın 1. maddesinde ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Deklarasyonu’nda ‘*insan onuru dokunulmazdır*’ pozitif düzenlemesiyle yansımaları bulan, kaybolup gitmeyen, sahip olunan, etik sorumluluğa saygı anlamına gelir ve sadece insanla ilişkili olarak kavranılır. Bu onur kavramı, insan dışı varlıkların onurunu kabul etmeye elverişli değildir. İkinci tür olarak söz edilen (=kontigent)<sup>52</sup> onur kavramı ise, yüksek bir değere saygı anlamına gelmekte olup, bu kavram insan dışı varlıkların onurunu kabul etmeye elverişlidir ve içeriği bölünebilir, kaybedilebilir ve tekrar kazanılabilir.<sup>53</sup> Manevi yaratık olarak (2. tür) insanın çok gelişmiş ve önemli özelliği, onun özgürlüğüdür. Bu özgürlük, hem kişinin kendisine karşı iç özgürlük hem de diğer insanlara karşı bağımsızlık anlamında dış özgürlüktür. Hruschka, Kant’ın değindiği bu özgürlük kavramının bireyin özerkliği/otonomisi olarak anlaşılması gerektiğini, bu özerkliğin bireye kural koyma kadar, onu ihlal olanağı da verdiği düşüncesindedir.<sup>54</sup>

Hruschka’ya göre, aslında Kant’ın insan onurundan açıkça söz etmesinin şaşırtıcı bir şey olmadığı, çünkü Kant’a göre insanlığın kendisinin bizatihi bir onur olup, birey ve her insanın insanlık

onurunun pratik olarak benimsemekle yükümlü olduğu görüşündedir. Bu onur, her insana kendisinin ahlaki kişiliğinden gelmektedir. Her insan bir bireydir ve bu nedenle de bizatihi (kişinin onurunu gerekçelendiren) amacın kendisidir. İnsanların, diğer dünya varlıklarının birer eşya olmasından farklı olarak, bir fiyatları/bedelleri yoktur ve bu nedenle de, salt yalın bir araç olarak kullanılamazlar. Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Kant, birey ve eşya arasındaki ayırımı hareketlerin isnat edilebilirliği bakışıyla yapmaktadır. Buna göre, birey, hareketleri kendisine isnat edilebilir nitelikte olan tek süjededir. Birey özgürlükle donatılmış bir varlık olduğu için, kendisinin özgürlüğünü gerekçelendiren hareketleri kendisine isnat edilebilir. Oysa, eşyanın özgürlüğünden söz edilemez ve bu nedenle de bir isnadiyet söz konusu olmaz.<sup>55</sup> Hruschka tarafından Kant’ın görüşlerine dayanılarak, onuru kaybeden insanın artık manevi anlamda insan olmayıp, bize görüldüğü gibi insan (homo phaenomenon) olduğunu, bu insanın artık akıllı hayvan, akıllı bir doğa yaratığı olarak kabul edileceği ve fakat manevi anlamda bir insan olarak kabul edilemeyeceği düşüncesindedir. Bu tür bir insanın ise belirli bir fiyatı (=bedeli) olan şeydir; artık eşyadır. Eşyaların yerine ise, bir şey ikame edilebilir. Bu anlamda insanın yeri doldurulabilir ve bu türdeki insanın yükümlülükleri bulunmamaktadır. O, manevi açıdan bir ölü gibi, kaybolmaktadır ve yükümlülüklerinden söz edilemez. Bizim ise bu insanı dikkate almamız gerekmez, bu insanın bizden özen talebi olamaz ve artık hakları da yoktur.<sup>56</sup>

Ancak belirtelim ki, bu kavramlardan ilkinin her ne kadar Aydınlanma düşüncesinden kaynaklanıyor ve Alman Anayasası ve bazı uluslararası sözleşmelerin metinlerine girmiş ise de, günümüz pratiğinde işlevsel ve uygulanabilir bir kavram olmadığı, güncel felsefi etik teorilerin kavramı bu anlamıyla kullanmadıkları ve diğer bazı yazarların ise bilimsel dünya bakışıyla bu kavramın özgür bir iradeyle kabulünün bağdaştırılamaz olduğu görüşünü savunduklarını, kavramı vazgeçilemez kabul edenlerin ise aynı zamanda insan onurunu ‘*salt yalın mantiki nedenlerden üretilmeyen*’ bir ‘*tanımlanamaz varlık/yapı*’ olduğuna dikkat çektikleri burada ifade edilmelidir. Keza, bu iki yaklaşımı da reddeden ve kabul edilemez bulan, her iki görüşün kabulünün de kabul edilemez keyfi yorumlara kapı aralayacağı görüşünü savunan ve bu halleriyle bu görüşlerin kullandıkları kavramların özellikle tıp ceza hukukunda mantiki gerekçelendirilemeyeceğini belirten yazarlar da vardır.<sup>57</sup>

İnsan onuru, Alman Anayasası’nın maddi birlik-bütünlüğünü oluşturmaktadır. Temel haklarla birlikte vardır, birlikte korunur ve en üstün temel ilke kabul edilir. Öğretide baskın görüşe göre, Alman Anayasası’nda bireysel özgürlüğün korunması açısından subjektif hakka kaynaklık eder ve objektif bir düzen için değer belirleyicisi ve normdur. Gözetim emri nedeniyle, onur, saldırıları bertaraf etmek için subjektif bir haktır. Temel hakka müdahale ancak anayasal sınırlar içinde mümkündür. Bu sınır tartışmasında ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır.<sup>58</sup>

(48) BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 11 ve 12.

(49) Ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 304.

(50) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 464 ve özellikle sh: 465.

(51) Kavram için ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 301.

(52) Ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 305.

(53) Bkz. BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 13. Bu ikinci tür insan onuru kavramının ise üç farklı biçiminin bulunduğu kabul edilmektedir (bkz. age, sh: 17-20). Karş. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 320.

(54) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 466.

(55) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 477.

(56) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 478.

(57) Tüm bu görüşler ve gerekçeleri için bkz. BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 21 vd.

(58) THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 302.

Şüphesiz burada dikkatlerden kaçırılmaması gereken önemli bir husus, insan onurunun dokunulmaz olduğunun bir anayasanın ilk maddelerinde düzenlenmesi, insan onurunun korunması için tek başına yeterli değildir.<sup>59</sup> Bu hükmün Alman Anayasası'nın ebedi hükümlerinden birisi olduğu, yani değiştirilemez hükümlerinden birisi olduğunun düzenlenmesinin de psikolojik ve diğer normların yorumlanmasında dolaylı katkısı var ise de, belirtilen amaç için uygulama normu niteliğindeki pozitif normların da gerektiği biçimde düzenlenmeleri gerekmektedir.

Bu nedenle aşağıda, önce karşılaştırmalı hukuktan ve daha sonra da mevzuatımızın durumu, bazı hükümlerin gerekçeleri ve uygulanmalarından kısaca söz etmek gerekmektedir.

#### V - ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEKİ DAYANAKLARI

İnsan onuru kavramı uluslararası sözleşmelerin özellikle giriş/dibace kısmında ve bazen de ilgili bir maddede düzenlenmiş, aralarında ifade farklılığı içerseler dahi, genelde devletin insan onurunun gözetmek ve korumak yükümlülüğü altında olduğu biçiminde ifade edilmiştir. Örneğin 26. 06. 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 10. 12. 1948 tarihli İnsan Hakları Genel Beyanamesi (m. 1 ve dibace kısmı), 19. 12. 1066 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve UNESCO'nun 16. 11. 1945 tarihli oturumunda insan onurunun önemi ve gözetilmesi

gerekliliği açıklamalarına yer verilmiştir.<sup>60</sup> AIHS ise 3. maddesinde konuya bireye uygulanacak ceza veya muamelenin sınırları bağlamında yaklaşmış ve hiç kimsenin insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işleme uğratılmayacağını düzenlemiştir. **I**

#### VI - KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDAKİ POZİTİF DAYANAKLARI

Bu kavramın 1945 sonrası en önemli-üst kavram halini almasının nedeni, 2. Dünya Savaşı'nda Nazi Almanya'sı uygulamalarının yarattığı vahşettir. Nitekim belirtilen pozitif düzenlemeler dışında, bir Alman direnişçi grubu (bu grup, Hitler'e doğrudan doğruya bir karşı gelme eylemine girişmemekle birlikte, düzenli olarak toplanmakta ve alternatif üretmeye çalışan bir gruptu), yeni bir Almanya düzeni oluşturmak için yaptıkları 1943 tarihli bir tasarıda, hukuk ve barış düzeninin esası olarak insan olan bireyin ihlal edilmeyen onurunun tanınmasını gerekli kılmaktaydı. Keza, 1944 tarihinde Sosyal Demokratların gelecekteki Alman Devlet Anayasası için oluşturdukları bir direktifte de, bireyin özgürlük ve onurunun korunmasının sağlanmasının Alman Cumhuriyeti devlet ve toplumunun temel ilkesi olduğu belirtilmiştir.<sup>61</sup>

Bunlar dışında, bazı Alman federe devletlerinin anayasalarında da insan onuru kavramının gözetilmesi ve korunması gerekliliğine değinildiği görülmektedir. Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Hamburg, Saarland ve Nordrhein-

Westfalen Anayasaları'nda, genel olarak ifade edilecek olursa, içerik olarak devlet faaliyetlerinde her devlet erkinin insan onurunu gözetmek ve korumak ödevi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>62</sup> Daha sonra 01. 07. 1948 tarihli Herrenchiemsee adası Anayasa taslağı (-ki, bu yeni Alman devletinin anayasası için bir öntaslaktı) oluşturulurken, 18. 08. 1948 tarihinde ilk kez temel haklara ilişkin görüşmelerde insani kişiliğin onurundan söz edilmiş, bu formül 08. 12. 1946 tarihli Bayern Anayasası hakkındaki tavsiyeler içinde yer almış ve bu düzenlemenin giriş kısmında insan onuru korumasından ve 100. maddesinde ise yürütme-yargı ve yasamanın insan onurunu koruması gerekliliği düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>63</sup> Buna ilişkin tartışmalarda birey-devlet ilişkisi arasında 'Tanrı'ya da yer verilip verilmeyeceği tartışılmış, bu yönde öneriler olmuş ise de, bu teklif reddedilerek bu yöndeki öneriden vazgeçilmiştir. İnsan onuru, daha sonra, 01. 12. 1946 tarihli Hessen Anayasası'nın 3. maddesinde insanın yaşam, sağlık ve onurunun dokunulmaz olduğu biçiminde formülleştirilmiştir.

Keza, Herrenchiemsee Anayasasının 1/2. maddesi, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve devlet gücünün uygulandığı her zaman devletin insan onurunu gözetmek ve korumakla yükümlü olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.<sup>64</sup>

01. 09. 1948 tarihinde eski Alman Cumhurbaşkanı Konrad Adenauer'in başkanlığında toplanan ve Bonn Anayasası'nı yapan komisyonun hazırlık çalışmalarında farklı içerikte teklifler verildiği gibi, önerilen metin içindeki bazı

ifadelere karşı çıkanlar da olmuştur; bu komisyon en son, 05. 05. 1049 tarihli 57. oturumda halen Alman Anayasası'nın 1/1. maddesinde düzenlenen formülde karar kılınmıştır.<sup>65</sup>

Keza halen mer'i Alman Anayasası'nın (m. 1/1) düzenlemesinden önce, 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 151. maddesinde de, insan onurundan söz edilmiş ve bu bağlamda, ekonomik ilkelere ilişkin adalet ilkelerinin insan onuruna uygun olması zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, aradan geçen yaklaşık 30 yıl sonra 07. 01. 1949 tarihli DDR Sosyalist Anayasası tarafından iktibas edilmiştir. Bu Anayasa'nın 19. maddesinde, Weimar Anayasası'nın düzenlemesine benzer bir hükme yer verilmiştir. Keza 06. 04. 1968 tarihli ikinci DDR Anayasası'nın 19. maddesinde de aynı düzenlemeye yer verilmiştir. Fakat öğretilerde, insan onurunun korunması yönündeki bu anayasal emrin icrasına ilişkin uygun bir hukukun var olmadığı itirazı ileri sürülmektedir.<sup>66</sup>

1980 Yunan Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası, devletin temel yükümlülüğünün insan onurunu gözetmek ve korumak olduğu hükmüne yer vermiştir. Burada Yunan Anayasası'nın hazırlanışı için 1975 yılından itibaren Almanya ile hukuk alanında yapılan ortak işbirliği çalışmalarının etkisi olduğu ve Yunan Anayasası'nın Alman Anayasası'nın 1/1. maddesini iktibas ettiği göz önünde tutulmalıdır. Tümüyle aynı olmasa dahi, her iki anayasanın ortaya çıkış nedenlerinde de benzerlik olup, otoriter-totaller bir rejim ve hukukundan demokratik

(59) İnsan onurunun korunmasına ilişkin bu düzenlemelere rağmen, burada gerçekten bir temel hakkın söz konusu olup olmadığı doktrinde uzun süre tartışma konusu edilmiştir (RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 64).

(60) Bilgi için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 392.

(61) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 316.

(62) Bu anayasaların ilgili maddelerinin içeriği için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 393, dipnotlar: 15-21.

(63) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 316.

(64) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 317.

(65) Ayrıntılı bilgi için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 317-319.

(66) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 315.

hukuk devletine geçişin izleri görülmektedir.<sup>67</sup>

Ayrıca 1933 ve 1971 Portekiz Anayasaları (m. 6, cümle: 3), 1947 ve 1967 İtalyan Anayasaları (m. 27/2), ceza yaptırımlarının insan onuruna uygun olması gerektiği bağlamında dolaylı açıdan 1961 Türk Anayasası (m. 14/4) ve 1978 İspanya Anayasası (m. 30 vd., m. 10 ve özellikle m. 3 vd.)<sup>68</sup>, 1937 tarihli İrlanda Anayasası'nda<sup>69</sup> da insan onuru kavramı ve gereğine yer verilmiştir.

## VII - KARŞILAŞTIRMALI MADDİ CEZA HUKUKU DÜZENLEMELERİ

Alman CK.nun 130 ve 131. paragraflarındaki suç tiplerinin (halkı kanunlara karşı gelmeye, kin ve düşmanlığa tahrik) ihlali için, eylemin insan onurunu ihlal etmesi gerektiği şart koşulmuştur. Kamusal barışı ihlal etmeye elverişli ve böylece insan onurunu ihlal eden eylemlerle halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmeyi suç unsuru olarak düzenleyen 130. paragraftaki suç tipi, tipik hareket(ler)in mağdurun insan onurunu ihlal etmesini şart koşturur.<sup>70</sup>

İsviçre ceza hukukunda suç tipleriyle insan onuru arasında doğrudan ilişkiyi kuran pozitif bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmekle birlikte, aynı yazarlar bu ilişkinin 'dolaylı' olarak var olduğunu kabul edilerek bu ilişki 'cebir-şiddet' kavramı üzerinden kurulmaktadır. Cebir-şiddet suçlarının insan onurunu ceza hukuku vasıtasıyla korumanın bir ifadesi olduğu, bu korumanın devlet gücüne karşı olduğu kadar çoğunlukla olduğu üzere diğer insanların eylemlerinden koruma biçiminde de ortaya çıktığı görüşü savunulmaktadır. Bu görüştekinden Kant'a atfen yapılan açıklamada, günümüzdeki hukukun ilke olarak, ancak her insanın özgürlük hakkına tekabül etmesi durumunda meşru olabileceği belirtilmekte ve hukukun, başka bir kimsenin zorlayan keyfiliğinden bağımsızlığı ve her insanın eşitlik hakkının birbiriyle çatışmadığı, hukukun çoğunluktan ve diğerlerinden bağımsız olması bu iki husus birbiriyle değişken biçimde bağlantılı kılınabilirliğini ortadan kaldırmadığı, önemli ve mantıklı olanın, insan onurunun korunduğu ve yaşamsal değeri bulunan bir düzen olduğu ifade edilmektedir.<sup>71</sup>

(67) HÄBERLE, *Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975*, sh: 390.

(68) Bkz. HÄBERLE, *Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975*, sh: 396.

(69) WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 315.

(70) Belirtelim ki, ceza hukuku doktrininde bu düzenlemedeki 'insan onuru' kriterinin belirsiz bir kriter olduğu, içeriğinin keyfi doldurulabileceği belirtilmekte ve bu kriter, yabancı hukukta bu paragraf ve kriterle karşılaştırılabilir bir düzenleme olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, devlet biçimindeki bir toplumdaki vatandaş olarak yaşam hakkı sınırsızca tartışılıyorsa, bu durumda insan onurunu ihlal edildiğini kabul etmektedir. Şüphesiz bunu tespit için de, kişilik haklarının önemli ihlali, kişilik haklarının çekirdek kısmının/özünün ihlali, kişilik hakları alanının eşitlik ilkesini bozan bir ihlali, kişilik haklarının vazgeçilemez kısmının ihlali gibi yardımcı ölçütlere başvurulmaktadır. Bu tespit zorluğunda, şüphesiz insan onurunu bazı yazarlar ve yargı organlarının soyut diğer bazılarında da somut bir kavram olarak ele alınışı vardır (Bkz. SCHULTZ, Hans. *Gewaltdelikt als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, in: *Rechtstaat und Menschenwürde*, FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 1988, sh: 519). Ayrıca Alman Memurlar Kanunu, İnşaat ve Çevre Mevzuatında da insan onurunu koruması gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen hükümler bulunmaktadır (bkz. HÄBERLE, *Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975*, sh: 396).

(71) SCHULTZ, *Gewaltdelikt als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, sh: 520 vd. ve sh: 526.

İnsan onuru kavramının, tıp hukuku açısından özel bir önemi vardır. Hasta olarak insan onurunun anlam ve önemini hastanelerde dolaylı olarak gündeme gelmesine karşılık, hasta haklarının ihlali, ağır bedensel rahatsızlıklar, tedavi zorlukları, hastalığın kişi üzerindeki etkileri, başkasına bağımlılık, iyileşme beklentisi, hastaların utanabileceği bazı durumlar, çeşitli ve ciddi yaşamsal riskler, korunmasızlık konuları v.s. tıp etiği açısından insan onurunu çok sık ihlal edildiği veya ihlal riskinin ortaya çıktığı durumlar olarak kabul edilmektedir.<sup>72</sup> Ancak bu kavram tıp etiği kadar aynı zamanda hukuksal bir kavramdır ve tıp hukuku açısından önemli alanlarda belirleyici gerekçeleri oluşturmaktadır. Günümüz demokratik hukuk devletinin insan onurunu korumasını baz aldığı, devletin bunu koruma ödevinin bulunması önemini daha da artırmaktadır.

Tıp hukukunda bu yönde ciddi araştırmalar ve bilimsel incelemeler yapılmamakla birlikte, kavram, gün geçtikçe tıp hukukunda ele alınan bir kavram olmaya başlamıştır. Sun'i dölleme, doğum biçimleri, ölüme yardım, organ nakli veya insan üzerinde araştırma yapılması gibi konularda insan onuru kavramı çok sık başvurulan gerekçeyi oluşturmaktadır. Nazi Almanyası'nda insanlar üzerinde yapılan araştırmalar, zorla kısırlaştırmalar v.s.'ye tıp alanında insan onurunu ihlali bakımından birer acı örnek olmakla birlikte, asgari riskler ve güvence normları ile insanlar üzerinde deney-denemelere izin verilmesi, ilaç araştırmaları v.s.de de kanunkoyucular kanuni düzenlemelere girişmişlerdir. Hatta son zamanlarda görüşleri taraftar kazanmaya başlayan

yazarlarca, tıbbi müdahale ödevlerinin sağlık personeline yerine getirilmeyişi de, insan onurunu ihlal eden eylem olarak ifade edilmeye başlanmıştır. Tıbbi standarda aykırı müdahale, önemli tıbbi hizmetlerin verilmeyişi, teknik açıdan önemli eksiklikler nedeniyle, "onurlu ölüm" çok sık ifade edilmekte ve sun'i döllemeler, sperm bankalarının kullanılması, kök hücre çalışmaları ve kiralık anne rahmi vakalarında tıbbi ve hukuki kurallara riayet etmemenin insan onurunu ihlal edip etmediği sorusu öğretilerde sıkça dillendirilmektedir.<sup>73</sup>

Günümüzde biyoetik alanındaki en güncel tartışmalar, birbiriyle ilişkili olan iki temel noktada cereyan etmektedir. Bunlardan birisi, sayın Heper'in haklı ifadesiyle<sup>74</sup>, tartışmaların dönüp dolaştığı ve zaman zaman da kilitlendiği temel bir kavram olarak insan onuru, diğer ise bu tartışmalarda esas alınan moral teorisi.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, biyoetik tartışmalarında insan onuru kavramının aşırı kullanımının diğer hak ve değerleri dışlayan, onları sınırlandıran daraltıcı bir rol oynadığı, insan onuru kavramının da sorgulanması gerektiği, sorgulanmadan yapılan peşin kabulün hemen her koruma düzenlemesi getirilmek istenen alanda gerekçe olarak dayanılabilecek joker bir kavram haline geleceği itirazı ileri sürülmektedir. Bu bağlamda "insan onurunu biyolojikleştirilmesi tehlikesi" nin de mevcut olduğu ve İnsan onurunu gerekçelendirirken, surf biyolojik verilere dayanmanın, onun metafizik, ontolojik, antropolojik yanını ihmal etmek anlamına geleceği ve bunun bir tutarsızlık olduğu, insan onuru kavramının her derde deva bir kavram

(72) WIESEMANN, *Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion*, sh: 92.

(73) Bu tartışmalar için bkz. WIESEMANN, *Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion*, sh: 95-98.

(74) HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*.



olmadığı belirtilerek, insan embriyosuna getirilen hukuksal korumanın sınırsız mutlak ve kategorik olmadığına, birçok durumda oluşturulmuş embriyoların imha edilmesine izin verilmesinin bir çelişki olduğu vurgulanmaktadır.<sup>75</sup>

Bu tartışmalardan bağımsız olarak, etiğin tüm alanlarında referans olduğu<sup>76</sup> gibi, biyoetik alanı açısından da önemli etkileri olan insan onuru kavramı için de Kant'ın tezlerine bakılmaktadır. Kök hücrelerle deney konusunda deney taraftarı ve karşıtları da Kant'ı referans almaktadır. Bu nedenle Kant'ın tezlerine kısa bir bakış yararlı olacaktır. Zaten biyoetiğin bütün alanlarında Kant referans olmaktadır. Kök hücre konusunda Federal Almanya'da son yıllarda Parlamento'ya sunulan 5 Kanun teklifinden birisi için Parlamentoda konuşma yapan parlamenterlerden bazıları açıkça Kant'a atıfta bulunmuşlardır. Burada açıkça, temel kavram olarak insan onuru ve insanın bizatihi değerinden kopartılıp bir alet haline getirilmesini, vasıta kılmanın neden kabul edilemez olduğu vurgulanmaktadır. Bilindiği üzere, Deontolojik ve Kantçı Etik anlayışında yasaklar ve emirler sonuçlarına değil, sadece fiilin kendi değerinden, bizatihi değerine bağlıdır. Bu prensip Kant'ın görüşlerinden, kategorik emperatif'ten hareket edilerek geliştirilmiştir. Kategorik Emperatif, Kant felsefesinde temel etik normdur ve kategorik emperatif bir

amacın gerçekleşmesi için araç olan fiillerin değil de, bizatihi iyi olan fiillerin icra edilmesini buyurur.<sup>77</sup>

Türk ceza hukuku öğretisinde ise, bu kavram bazen şeref kavramı yerine, bazen bu kavramla birlikte bazen ise yakın bazı kavramları ifade açısından güçlendirmek için kullanılmaktadır.<sup>78</sup> Tek başına insan onurunu korumayı amaçlayan suçlardan söz edildiği gibi, bir suçun korumayı amaçladığı birden fazla hukuksal değer içinde insan onurundan da söz edildiği gözlemlenmektedir. Türk öğretisinden bir örnek verilecek olursa, TCK'daki soykırım suçunun birçok hukuksal değer yanında insan onurunu da korumayı amaçladığı<sup>79</sup>, keza insan ticareti suçu açısından da aynı durumun söz konusu olduğu, işkence suçunda da birden fazla hukuksal korunmasının amaçlandığı ve fakat bunlar içinde insan onurunun en ön planda olduğu, eziyet suçunun insanın maddi ve manevi bütünlüğü yanında insan onurunu da koruduğu, hakaret suçunun şeref hukuksal değerini korumayı amaçlamakla birlikte bu şerefin insan onuruna dayanan bir insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesine yönelik talep olduğu ve iftira suçunun korumayı amaçladığı hukuksal değerinin adliye hukuksal değeri yanında ve onunla birlikte korunması amaçlanan şeref ve insan onuru olduğu ifade edilmektedir.<sup>80</sup>

(75) Nakleden HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*.

(76) HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*.

(77) HEPER, *Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları*.

(78) İnsan onurunun ceza hukukuyla korunması açısından bkz. ÜNVER, *Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, sh: 936-937.

(79) TEZCAN, *Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2007, sh: 64.

(80) Bu görüşler için bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, sh: 100, 226, 413 ve 797.

### VIII - KARŞILAŞTIRMALI CEZA MUHALEMESİ HUKUKU DÜZENLEMELERİ

İnsan onuru kavramının ceza hukuku ile korunması ilk olarak ceza muhakemesi hukuku tarafından gerçekleştirilmiş ve Manga Charta Libertatum'dan her devlet müdahalesinde insan onurunu gözetilmesini ifade eden 23. 05. 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasından 39. maddesindeki düzenlemeye kadarki hükümlerinde yansımaları bulmuştur.<sup>81</sup>

İsviçre hukukunda ise yazılı normlardan ziyade yazılı olmayan hukuk devleti ilkelerinden kişilik hakları kapsamında ele alınan insan onurunun kanun koyucuya yaptığı düzenlemelerde soruşturma ve kovuşturma makamlarının insan onurunu gözetmek yükümlülüğünü dikkate alarak düzenleme yapması ödevini yüklediği görüşü benimsenmektedir. İsviçre'nin Solothurn Kantonu için 07. 06. 1970 tarihli CMK Öntasarısı'nın 1. paragrafının 1. fıkrasının paragraf kenar başlığı '*insan onurunun gözetilmesi*' olup, içeriğinde tüm muhakeme sürecinde şüphelinin insan olarak ele alınması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, Uri Kantonu tarafından 29. 04. 1980 tarihli CMK'nda yer almıştır.<sup>82</sup>

### IX - KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU VE CEZA HUKUKUNDA KAVRAMLA İLGİLİ YARGI UYGULAMASI

Alman Anayasası'nın insan resmi/-tasarımı (=Menschenbild), devlet öncesi

değerleri içeren düzen anlayışı kavramı içinde ortaya çıkar. Onur, en üstün değerdir ve özgürlükçü demokratik değerler düzeninin onurunu ihlal edemez.<sup>83</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de değerler açısından nötr/tarafsız bir düzeni amaçlamayan Anayasa'nın temel haklar bölümünde objektif bir değerler düzeni kurduğunu ve bu düzenin merkezi noktasında sosyal bir toplum içinde bireyin özgürce kişiliğini geliştirme ve onun onurunun bulunduğuna karar vermiştir.<sup>84</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1951 ve sonraki tarihli kararlarına bakıldığında, bu kararlarda insan onurunun genel geçerli bir tanımının Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması yerine, karara konu olayla ilgili somut eyleminin insan onurunun ihlal edilip edilmediğinin karara konu olayla sınırlı olarak saptanarak, tanımdan ziyade ihlal biçimlerini belirtme yönteminin benimsendiği görülmektedir.<sup>85</sup>

Temel hakların üçüncü etkisine atıf yapan Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Elfes, Lüth ve Apotheker kararlarında da insan onurunun, kanun koyucunun keyfililiğinin maddi sınırlarını çok önemli ölçüde devlet öncesi gerekçelendirilen insan onuru olarak belirtmiş, düşünce özgürlüğü ve meslek hakkını, yukarıda belirtilen ve Anayasa'nın öngördüğü değerler düzeniyle ilişkilendirmiştir.<sup>86</sup>

Diğer yandan, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Alman Hava

(81) 10. 12. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Genel Beyannamesi'nin 1. maddesi, her insanın onur ve hakları açısından özgür ve eşit doğduğunu düzenlemektedir.

(82) SCHULTZ, *Gewaltdelikt als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht*, sh: 518-519.

(83) THOMAS, *Würde als absoluter und relationaler Begriff*, sh: 303.

(84) BVerfGE 6, sh: 32 ve özellikle sh: 41.

(85) WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 319.

(86) Kararlar için bkz. THOMAS, *Würde als absoluter und relationaler Begriff*, sh: 303. Ayrıca bkz. BVerfGE 34, sh: 238.

Güvenliği Kanunu hakkında verdiği yeni tarihli bir kararında, şüpheli uçakların düşürülmesine olanak veren düzenlemenin insan onuru ve yaşam hakkı ilkesiyle bağdaşmadığının, devletin diğer vatandaşlarının hayatını kurtarmak için öldürülmelerine izin verilmesi suretiyle düşürülecek uçaktaki yolcuların var oluşlarından kaynaklanan öz değerinden arındırıldığının ve bu surette araç haline getirildiğinin ve salt bir obje olarak muamele görebileceğinin altını çizmiştir.<sup>87</sup>

Fakat, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında dikkat edilmesi gereken bir ayrıntı söz konusudur. Mahkeme bu kararında, diğer yolcular değil de doğrudan doğruya faili hedef alan bir uçak düşürme eyleminin teröristlerin insan onurunu ihlal anlamına geleceği konusunda konuya tereddütlü yaklaşmış ve bu insanların kendi insan onuruna da saygı gösterilmesi hakkının dikkate alınmayacağı görüşünü açıklamıştır.<sup>88</sup>

Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ise genelde, ayırimcılık yapmak, söverek küçük düşürmek, alçaltmak-aşağılamak, haksız takibat veya acımasızca cezalandırmak<sup>89</sup>, psikolojik cebir, bedensel zarar, kötüye kullanmak<sup>90</sup> gibi davranışlar insan onurunu ihlal eden eylemler olarak belirtilmiştir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi başka bir kararında bir tanığa maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla veya ispat konusu ile ilgisi bulunmayan soru sorulmasının, tanığın insan onurunu ihlal edeceğine karar vermiştir.<sup>91</sup>

Bu örnek kararlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, Alman uygulamasında<sup>92</sup> insan onuru kavramı ayrıntılı incelenerek genel geçerli bir tanım verilmesinden ziyade, kavrama sadece satır aralarında ve somut olayla ilgili olarak sınırlı ve gerekçe bazında değinilmektedir. Burada genel bir tanım yerine, insan onurunun somut vakada ihlal edilip edilmediği tespitine yer verilmekte ve daha çok insan onurunu ihlal eden davranış modellerinin tespiti suretiyle kavramın tersinden tanıtımı, tanınması yöntemi benimsenmektedir.

Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında, insan onuru kavramının tanımının yapılamayacağını, hangi koşullar altında insan onurunun ihlal edilebileceğinin genel olarak söylenemeyeceğini ve fakat yalnızca münferit bir olay dolayısıyla insan onurunun ihlal edilip edilmediğinin tespit edilebileceğini, bu tepsi değerlendirmesinde insanın devletin tasarruflarında yalın obje olarak ele alınamayacağını gözden kaçırılmaması gerektiğini ve kanunların

icrasında insan onurunun ihlali ihtimalinde dikkatli uygulama yapılması gerektiğinin altını çizmiştir.<sup>93</sup> Mahkemeye göre; insan onuru Alman anayasal temel haklar değerler sisteminin en üst-yüksek değeri olup, Anayasaca güvence altına alınmıştır.<sup>94</sup>

İsviçre uygulaması açısından da insan onurunun uygulamada realize edilmesinin olanakları ve sınırları, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasında mahkemenin temel haklar anlayışını olumlu yönde etkilemektedir. Özellikle devlet organlarının müdahalelerine karşı bireyin korunması noktasında bu etki temel haklar bağlamında kendisini yoğun göstermektedir. Temel haklar arasında birbirlerine karşı ilişkilerin belirlenmesi, insan onuru temel hakkı bakımından özel anlam taşımaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin somut olay uygulamalarında, temel haklar arasındaki ilişki ve bunların insan onuru ile bağlantısı açısından tercih edilen yöntem ve yorumu olduğu kadar, temel hakların korunması ve keyfilik yasağının icrası açısından da insan onuruna odaklı bir yöntemi kullandığı görülmektedir. İsviçre uygulamasında insan onuru salt yalın bir savunma hakkı anlamına gelmeyip, daha çok münferit bireyin kişisel gelişimi için devletin yerine getirebileceği ödevlerinin makul bir asgari standardına uyulmasını sağlamaklardır. Buna göre, temel hakların korunmasının makul anayasal sınırlandırılmalarının doğrudan doğruya insan onuru temel hakkının ihlal edilmesi

olarak görülmelidir. İnsan onuru temel hakların içerik ve kapsamının belirlenmesi kadar birbirleriyle ilişkisinde de belirleyici rol oynamaktadır. İnsan onuru ilkesinin etki sahasının belirlenmesi için ise, orantılılık ilkesinden yararlanılmaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin temel haklar anlayışı, insan onurunun mahkemelerin uygulamasının sabit ve belirgin hale getirilmesi için bir veridir.<sup>95</sup>

İsviçre öğretisine göre, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin insan onurunun içerik ve etkisinin temel haklar anlayışı ve ayırıcı yöntemlerle belirlenmesi mümkün idi ise de, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin temel haklar anlayışı nedeniyle bunu şimdiye kadar yapmadığı belirtilmektedir. Esasen İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, insan onurunun farklı belirginlik derecesinin bulunduğu argümanına dayanmaktadır. Bir program ilkesi olarak insan onuru tüm devlet kurumlarına tüm kararlarında insanın değerliliğinden hareket eden değerler düzenini gözetme ödevini yüklemektedir. Böylece bireyin kendisinin bizatihi değer olduğu ve insanın kişilik haklarının korunması gerektiği emrini içeren normatif bir anlayıştan hareket edilmektedir. Bu, somut olaya ilişkin kararlarda değişkenlik göstermektedir. Nitekim İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu bağlamda muhakeme hukukunda, özgürlüğün korunmasında, kişilik haklarının korunmasında, ceza infaz hukuku alanında, bireyin özerkliği alanında, bireyin özel ve gizli yaşamında,

(87) Ayrıntı için bkz. ARNOLD, Jörg. *Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri* (Çev.: İlker Tepe), in: *Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi*, Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 544.

(88) ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 546. Karş. age, sh: 547.

(89) Bkz. RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 65. Karş. BGHSt 19, sh: 63. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili önemli içtihatlarını oluşturan KPD Kararı, Kurumsallık İlkesi Kararı, Askeri Yükümlülük Kararı, Telefon Dinleme Kararı ve Mefisto Kararı ve bunların değerlendirilmesi için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 397-404.

(90) HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 425.

(91) BGH 1. StR 370/07 - 06. 11. 2007 - LG Stuttgart.

(92) Ayrıca bkz. ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, sh: 940.

(93) BVerfGE 30, sh: 1. Ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Studienwahl (Band 1-89), (Hrsg. Jürgen Schwabe), 6. Auflage, Hamburg 1994, sh: 24-25. Karş. aynı karara karşı yazılan üç hakimin görüşleri, age, sh: 25.

(94) BVerfGE 32, sh: 98. Ayrıca bkz. BVerfGE 6, sh: 32; BVerfGE 27, sh: 1 ve BVerfGE 30, sh: 173 ve 193.

(95) MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 133-134. Ancak, öğretilerde bu konu üzerinde çalışılması ve insan onuru anayasal ilkesinin hukuksal metodik anlamı ve olanaklarının temel haklar teorisinin esasları karşısındaki konumunu izah makul somutlaştırıcı yöntemlerin ve bütüncül bir temel haklar anlayışının geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. age, sh: 135).

devlet gücünün kullanılması alanları ile kişilik ve temel hakların yorumunda uygulamaları bulunmaktadır.<sup>96</sup>

İsviçre uygulamasına göre, insan onuru toplum içinde bireyin kendine özgü değerinin yüksek kabul edildiği bir değer düzenidir. Bunun münferit birey açısından anlamı, kamusal makamların bireyi salt obje olarak ele almamaları, bilakis onu bir süje, bir birey olarak dikkate almaları gerektiğidir. Bireyin, kendisi hakkındaki kararlarda katkısının olması gerekir. Bireyin özgürlüğünün sağlanması ve kendisine toplumda maddi değerler üzerinde bir konum tanınmalıdır. İnsan onuru, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasında anayasanın doğrudan doğruya uygulanabilir bir temel hakkı anlamına gelmektedir. O daha çok, bir değer, bir hukuksal değer, koruma normu olarak kişisel özgürlük, hakların devredilemezliği ve vazgeçilmezliği ve şekli hukuktan kaçınma yasağı anlamına gelmektedir. Kavram, geniş anlamıyla, kişisel temel hakların korunmasına hizmet etmektedir.<sup>97</sup>

İnsan onuru kavramının temel hak içeriği ve en yüksek belirsiz derecesi nedeniyle, kavramın sınırlarının açık olması zorunludur. Bu bağlamda, insan onuru kavramının belirtilen bu iki özelliği devletin keyfilik yasağına uymasına hizmet edecektir. Ancak, insan onurunun mümkün olduğunca yaşama geçirilmesi, ülkenin ekonomik gücünün iyi olması,

politik yapının olgunluğu ve bireyin kişiliğini geliştirmesinin koşulları için gerekli ekonomik ve teknik gelişimin gereklerine sahip olmaya bağlıdır. İnsan onuru bütünü değil, bütünün önemli ama sadece bir kısmını dikkate aldığı için, öğretisi insan onurunu teorik bir anlayışla kavrayamaz. İnsan onurunun etkileri özellikle dört konuda daha etkindir: Bunlar, ceza muhakemesi hukukunda süjeliğin güvenceleri, kişilik haklarının korunması, bütün insanların eşit onura sahip olduğu ve bunun korunması gerektiği ile insan onuruna yakışır toplum bir programı olarak teknik ve bürokrasinin hümanistleştirilmesi ve yaşam kalitesinin geliştirilmesini gerektirir.<sup>98</sup>

Kavramın içeriğinin oluşturulmasında özellikle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin tespit kararlarıyla, AİHM'nin içtihatlarının önemli rol oynadığı gözden kaçırılmamalıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kimse dahi olsa, o kişiye insan haysiyetine aykırı muamele yapılamayacağı ve aksi uygulamanın AİHS'nin 3. maddesini ihlal edeceğini<sup>99</sup> belirten AİHM, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olaylarla bağlantılı başvurularla ilintili birçok diğer kararda da münferit davranış biçimlerinden hangilerinin insan onurunu ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 8 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 25.11.2005 tarihli 91 sayılı kararıyla

(96) Ayrıntılı bilgi için bkz. MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz*, sh: 169-175. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinin insan onuruna ilişkin uygulamasının eleştirisi için bkz. age, sh: 175 vd. ve 274.

(97) MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz*, sh: 309-310.

(98) Bkz. MASTRONARDI, *Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz*, sh: 316-317. Kavramın etki alanı olarak belirtilen toplum programının içeriğinin İsviçre öğretisi ve uygulamasına göre eleştirisi için bkz. age, sh: 317-321.

(99) Bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih. *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku İşığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi*, Ankara 2006, sh: 450. Bu konudaki genel standartlarla AİHM'nin bu alandaki olguları tespiti, işkence-insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasındaki farklılıklar ile asli içtihatlar ve bunların değerlendirilmesi için özellikle bkz. age, sh: 466 vd., 499 vd., 757 vd. ve 779 vd.

Askeri Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrasındaki "ceza rütbenin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir" şeklindeki hükmü, modern ceza hukuku anlayışı ile insan onuru kavramına aykırılık teşkil ettiği mülahazasıyla ve Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında insan onuru kavramını, 'insanın insan oluşunun insana kazandırdığı değer' olarak tanımlamıştır. Karar şöyledir: "Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleeye tabi tutulamaz" denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleeye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun *sırf insan oluşunun kazandırdığı değer*in tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz. Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı

olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleeye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir".<sup>100</sup>

## X - TÜRK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

1- Halen insan onuru kavramının herkesi tatmin eden bir tanımı yapılmış olmayıp, içeriği muğlak bir kavramdır. Günümüz ceza hukuku öğretisinde kavramın ne anlama geldiği, tanımı ve sınırlarından daha çok bazı hukuk devleti ilkesine aykırı uygulamaların eleştirilmesi veya reddi için gerekçe olarak ileri sürmek ve daha çok da başka kavramlar yerine kullanmak genel tercih edilen bir davranış modelidir.

2- İnsan onuru kavramı, bir özgürlükçü, demokratik sosyal hukuk devleti kavramı olarak ele alınmalıdır.<sup>101</sup> Bu bağlamda, düşman ceza hukuku öğretisi<sup>102</sup> reddedilmelidir.

İnsan onuru kavramının gereklerinden birisi de, insan haklarının önceliğidir. Genel insan hakları, onurlu bir insan yaşamını gerektirir. Bu gereklilik, insanın yaşamı, özgürlüğü ve

(100) HAKERİ, Hakan. *Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 6. B.*, Ankara 2007, sh: 43 ve 44.

(101) Ayrıca bkz. ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, sh: 941.

(102) Bu öğretisi, anlam ve etkileri ile eleştirisi için özellikle bkz. Terör ve Düşman Ceza Hukuku - Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi, Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 489-707.

güvenliği gibi, beslenmesini, kendisini geliştirmesini, konaklamasını da gerektirmektedir ve aynı zamanda kanun (daha doğru bir ifadeyle hukuk) önünde eşitlik, yargı bağımsızlığını da şart koşmaktadır. İnsan onuru, bir cephesiyle insan haklarının asli ve öncelikli oluşu vurgusunu ifade etmekte olup, insan haklarının en yüksek zirvesi kabul edilmekte, ikinci bir cephesi ise alan olarak az ancak ağır basan bir cephesidir ve bundan amaç olduğu kastedilir.<sup>103</sup>

Burada belirtmek gerekir ki, insan onuru kavramı ile diğer tüm temel haklar Kant ile açıklanamaz ve esasen açıklanmak zorunda da değildir. Çünkü Kant'ın görüşleri, düşman-vatandaş ceza hukuku ayırımına dayalı da olsa, düşman ceza hukuku anlayışına kapı aralar niteliktedir. Kant bu sorunu doğa durumu ile devletin var olduğu durum arasındaki eşige yerleştirmekte ve kişileri mülkiyeti güvence altına alabilmek için diğer kişiyi/kişileri vatandaşlık sözleşmesi yapmaya mecbur bırakabilir. Kant 'Edebi Barış Üzerine' isimli eserinde, insanları güvenliğinden mahrum bırakan, güvensizlik ortamı aracılığıyla başkasına zarar verir, devamlı surette diğer insanları taciz ederse, muhatap kimselere de bu kimseyi 'toplumsal-kanuni bir statü' içine girmeyenleri toplumun dışına atabilir veya bir güvenlik tedbiri altına girmeye razı olmak zorunda olan bu kimseleri bir 'düşman' olarak kabul edebilirler.<sup>104</sup>

Düşman ceza hukuku öğretisinin mimarı Jakobs, görüşlerini esas olarak

Kant'ın 'Sonsuz Barış Üzerine' isimli eserindeki açıklamalarına dayandırmaktadır: "Kural olarak bir kimseye karşı, onun tarafından bir saldırıya uğramadan, düşmanca hareket edilemeyeceği kabul edilmektedir; fakat bu, uygar ve hukuksal bir durum içinde yaşayan iki insan için geçerlidir. Çünkü böyle bir durum kabul edilerek, her ikisinin de birbirlerine, aynı yöneticiye bağlı olarak bu güvence(yi) vermeleri söz konusudur. Ama sadece doğa durumunda bulunan bir insan ve/veya milletler; yanımda komşu olarak bulunması yüzünden, benim güvenliğimi tehlikeye atar ve beni fiili olarak olmasa dahi, içinde bulunduğumuz durumun yasa-sızlığı, yanın bulunmayışı nedeniyle (statu iniusto), devamlı bir tehditle karşı karşıya bırakır. Bu durumda ben onu ya benimle birlikte ortak yasalara bağımı olmaya ya da komşuluğundan uzaklaşmaya zorlayabilirim. İşte bundan sonraki maddelerde temel olacak ilke şudur: Birbirleri üzerinde etkileri bulunan insanlar; herhangi sivil bir Anayasaya sahip olmadıkları."<sup>105</sup>

Ancak belirtelim ki Jakobs'un düşman ceza hukuku görüşlerini oluştururken Kant'ın atfı yapılan bu açıklamalarının bir kısmını doğru anlamakla birlikte, devamını yanlış anlayıp yanlış yorumladığı ve düşman ceza hukukuna ilişkin bu açıklamaların kendi içerisinde çelişki içerdiği belirtilmektedir. Buna göre, her ne kadar bireye zarar verebilecek nitelikte uygar ve yasal durumun dışında bir suç işleyen kimsenin düşmanca muameleye tabi tutulacağı Kant

tarafından belirtilmiş ise de, buradaki 'düşmanca' ifadesinden kastedilen şeyin kişi olmaktan çıkarma anlamında karakterize edilmiş biçimde değil, ceza kanununa göre belirlenmesi gerektiği, Kant'ın çalışmasının bütününde savaş durumu olarak anlaşılması gerekenin doğa halinde bir kişinin düşman olarak muamele görebileceğini dile getirdiği görüşü savunulmaktadır.<sup>106</sup> Diğer yandan, Kant'ın buradaki 'toplum dışına çıkarmak' ifadesinden Jakobs'un anladığı anlamda dışarı atmak veya bir yere kapamak anlamının çıkmayacağı, güvenlik önlemi altında tutmak örneğinin buraya oldukça uzak bir konu olduğu ve bu yorum tarzının bizatihi Kant'ın görüşlerine aykırı olacağı belirtilmektedir.<sup>107</sup>

3- İnsan onuru kavramının içi boşaltılmamalı, kavrama fazla-gereksiz anlamlar yüklenerek kavram işlevsiz ve inandırıcı olmayan bir hale getirilmeli; aynı şekilde kavram soyut bir slogan tarzında da kullanılmamalıdır. Bu kavrama, çağdaş hukuk ve hukuk felsefesinin gerektirdiği anlam yüklenerek, somut ve işlevsel bir kavram olarak anlaşılıp uygulanmalıdır.

4- Nasıl her kanuni düzenleme veya yüksek mahkeme kararı doğru ve hukuka uygun değilse, ceza hukuku açısından da önemli bazı temel kavramların mutlaka Kant veya Hegel'in görüşleriyle tutarlı olması veya açıklanabilir olması veyahut bu ve benzeri filozoflarca incelenmiş bulunmaları da hukuksal veya felsefi açıdan gerekli değildir; esasen bu olanaklı da değildir.

Belirli işlevsel bir hukuksal değeri ifade eden terim veya kavramın bu filozoflarca incelenmemiş olması veya görüşleriyle çelişmesi ya da tutarlı açıklanamaları, bu kavramın gereksiz, kullanımı hatalı ya da tehlikeli olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin bugün ceza hukukunun amaçlarından birisi olduğu gibi ceza yaptırımlarının en temel kavram ve kurumlarından birisi olan güvenlik tedbirlerini gerekçelendiren özel önleme amacı, Kant ve Hegel tarafından benimsenmemekte, insan onurunun ihlali olarak nitelendirilmiştir. Bu filozoflara göre, devletin yetişkin bir kimseyi eğitip tedavi etmesi insan onuru ile bağdaşmaz. Talihsiz bir biçimde, Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında da, devletin vatandaşını iyileştirmek ödevi bulunmadığı ve Alman Anayasası'nın 1/1. maddesinin zorla tedaviyi yasakladığı, aksi halde yetişkin bir kimsenin dokunulmaz kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir.<sup>108</sup> 1975'li yıllardan itibaren ceza hukukunun özel önleme amacından uzaklaşma ve genel önleme amacının ön plana çıkarılması eğilimi de<sup>109</sup>, hukuksal görüş ve değerlendirmelerin zaman ve mekana göre gösterdiği farklılık yanında değişim de geçirebileceğini göstermektedir. Şimdiye kadar ceza ve/veya güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların hukuka uygunluğunun nasıl gerekçelendirileceği hakkında çok ak kafa yorulmuştur. Bugün Alman hukukunda ceza yaptırımının hukuka uygun olup olmadığını tespit için iki temel ölçütten yararlanılmaktadır. Bunlardan birisi

(103) Bu gerekçelendirmeler ve insan onuru ile gerekçelendirilmeyen, insan onurunu kaynak olarak kabul etmeyen durumlarda o insan hakkının meşruluğunu kaybedeceği görüşü için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 325. İnsan onuru değerinin güvenlik endişesine feda edilmemesi gerektiği hususunda bkz. ÖKÇESİZ, Hayrettin. "Düşman Ceza Hukuku.", in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 559.

(104) JAKOBS, Günther. Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku (Çev.: Cemil Ozansü.), in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 493-494.

(105) ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 533-534'den naklen.

(106) Bkz. ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 534.

(107) Bkz. BUNG, Jochen. Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi (Çev.: Yener Ünver.), in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 608.

(108) ROXIN, Claus. Strafrecht – Allgemeiner Teil., Band: I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, sh: 76 ve sh: 86.

(109) Bkz. ROXIN, Strafrecht, sh: 77.

değerlerin dengelenmesi/tartılması, diğere ise insanın değer ve onurudur.<sup>110</sup>

5- İnsan onuru kavramı, içerik ve sınırları açısından belirginleştirilmeli ve başta tıp hukuku olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hızla ilerlediği alanlardaki yeni ihtiyaç ve olanakların da göz önüne alınması suretiyle, anlaşılır bir içerikle doldurulmalıdır. Bu kavramdan vazgeçmemek gerekir. İnsan yaşamı ve toplumsal yaşam, teknik, bilim, yeni ihlal modelleriyle birlikte bu kavramın içeriği de gelişmekte ve adeta bizimle birlikte değişmektedir.<sup>111</sup> Tüm tartışmalara karşın insan onuru kavramından vazgeçilemez. Bu kavramla ilişkilendirilmemiş insan yaşamı ve insan-devlet ilişkisi, amaçlanan ve arzulanan bir şey olmadığı gibi insanın bizatihi amaç oluşu anlayışına da aykırıdır.<sup>112</sup> Somut vakalarda insan onurunun ihlal edilip edilmediği kararlarımızda hata yapabiliriz ama bu kavramın geliştirilip içeriğinin belirginleştirilmesi ve ilgili pozitif normların oluşturularak uygulanmaları birçok alandaki suistimalleri önleyecek, kavram insan hakları ve kavramı gibi insanı koruyan önemli bir mekanizmaya dönüşebilecektir. AİHM'nin içtihatlarındaki yaklaşım ve açıklamalar kavramın anlamlandırılması ve kullanımı için bir şanstır ve mümkün olduğunca azami biçimde bundan yararlanılmalıdır.

İnsan onuru, tıpkı kusur ve özgürlük gibi varlığı ispatlanabilir şey olmakla birlikte, varlığı ve kendisine yüklenen işlevleri hukukta gerekli bir kav-

ramdır. Diğer yandan bu kavramın günümüzde olgusal argümanlarla kabulü, daha az eleştiri götürmektedir.<sup>113</sup>

6- Hak koruması için dahi olsa, herkesin onurunun eşitliği gerekli kıldığı için, bazıları kanun koyucuya bazıları somut olay hakimine hitap eden maddi ve usul hukuku ilkeleri insan onuru kavramının dolaylı gerekleridir. Bunlardan önemlilerini şöyle belirtebiliriz: (sadece kanun değil) hukuk önünde eşitlik, in dubio pro libertate, in dubio pro reo, ve kuşku halinde mantıktan yana tutum alınır, kontrolün kontrolü olmaksızın kontrol olmaz.<sup>114</sup>

7- İnsan onuru kavramı bireyin genelde kendi kaderini tayin hakkı ve özelde özgürce tercih yapma hakkı ile doğrudan ilişkilidir ve bu hakkın tıp hukukunda bazı yansımaları ve gereklilikleri vardır. Bu bağlamda aktif ve pasif ötanazi eylemleri cezalandırılmayan hareket olarak kabul edilmeli<sup>115</sup>, çocuklar ile bedensel veya ruhsal rahatsızlıklar nedeniyle iradi karar verme yeteneği ortadan kalkmış veya sınırlanmış olanlar ve keza iradeyi ortadan kaldıran maddi veya manevi cebir, yanıltma v.s. halleri hariç, intihara yardım ve ikna suçu suç olmaktan çıkarılmalı, iyileştirme amaçlı yapılırsa ve en iyi başarılı tedavi ile sonuçlansa dahi bireyin rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı ve/veya suç teşkil ettiği kabul edilmelidir.<sup>116</sup>

(110) Ayrıntılı bilgi için bkz. ROXIN, *Strafrecht*, sh: 97-98.

(111) WIESEMANN, *Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion*, sh: 105.

(112) WETZ, *Die Würde des Menschen – Ein Phantom?*, sh: 324.

(113) ROXIN, *Strafrecht*, sh: 94.

(114) Bu ilkelerin açılımı için bkz. KLUG, *Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme*, sh: 250-251.

(115) Karş. KLUG, *Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme*, sh: 244 vd.

(116) Bkz. BGHZ 90, sh: 103.

8- Ötanazinin, özellikle de aktif ötanazinin yasaklanması, mevzuatımızda talep üzerine adam öldürme eylemine ilişkin bir suç düzenlenmediği gibi ölüme yardımın kurumsal olarak düzenlenmeyişi eksikliği bir yana intihara yardım ve ikna suçunun uygulanma alanının TCK ile aşırı genişletilmesi, insan onuru ve bunun doğal gereklilikleri olan kendi kaderini tayin ve onurlu-acısız bir ölüm hakkı ile de çelişmektedir. Aktif ötanazinin, suistimalleri önleyici mekanizmalar kurularak ve ölüme yardım merkezleri de devreye sokulmak kaydı ile kanuni olarak düzenlenmesi gerekir.

İnsan onuru kavramının tıp hukuku alanında en çok tartışıldığı konulardan birisi aktif ötanazi konusudur. Özellikle aktif ötanazinin ceza sorumluluğu gerektirmeyeceğinin kanunen düzenlenmesine taraftar olanlar, yaşlı ve tedavi olanaksız ağır ızdıraplar veren bir hastalığa yakalanmış kimselerin onurlu ölüm hakkından söz ederek, ötanaziyi savunmaktadır. Bu akıma karşı olanlar ise içerisinde dini mülahazalar da olmak üzere bu hasta veya yaşlı kimselerin rıza ehliyetini sorgulamakta ve tıbbın amacının ölüme yardım değil en son ana kadar iyileştirmeye çaba sarfetmek

olduğunu belirtmektedirler.<sup>117</sup> İnsan onuru, otonomisi (=özerkliği) ve amaç iken araç haline getirilmemesi gerektiği düşüncesi nedeniyle, tedavisi olanaksız bir hastalık nedeniyle ağır acılar çeken bir kimsenin özgür iradesiyle onurlu bir biçimde ölme hakkının bulunduğu ve bu isteğinin belirli formlarda tespiti sonrası usulü dairesinde onurlu ölüme yardım etmenin meşru sayılması gerektiği belirtilmektedir. Karşı görüştekiler ise, insanın her yapabileceği şeyi yapma hakkının bulunmadığı, bu anlayışın insanı yaşatmak için ne gerekiyorsa yapılması gerektiği, özerkliğin kendi konusu ile sınırlı olduğu ve insanın hareket gücünün sınırının ölüm olması nedeniyle, burada insanın özerkliği gerekçesinin yeterli olamayacağı gerekçelerini ileri sürmektedirler.<sup>118</sup>

9- Şüphesiz burada onur kavramı incelenirken özellikle “*insan*” onurundan söz edilirse, yeni terim ve kavramlar kullanılmadıkça, doğmamış cenin, fötüs, laboratuarda döllenenmiş (ve anne rahmine yerleştirilmiş veya yerleştirilmemiş) yumurta, embriyonun onurunun varlığını kabul sorunludur.<sup>119</sup> Her ne kadar kanun koyucular özensizce bazen doğru olarak cenin veya fötüs terimini kullanıyor ve

(117) Ayrıntı için bkz. BAUMANN-HÖLZLE, Ruth. *Gelungenes Altwerden und Sterben im Spannungsfeld von Macht und Menschenwürde – Theologische und sozialetische erwägungen zum Altwerden und Sterben.*, in: *Wie Menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, Zürich 2000, sh: 72 vd. Karş. SCHMITT-MANNHART, Regula. *Altern und Sterben in Würde.*, in: *Wie Menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, Zürich 2000, sh: 266-268.

(118) BAUMANN-HÖLZLE, *Gelungenes Altwerden und Sterben im Spannungsfeld von Macht und Menschenwürde*, sh: 79 ve 80. Karş. STEINER-KÖNIG, Ursula. *Das Recht auf einen würdigen Tod: Solidarität mit Sterbenden – Rationierung in der Medizin – “Tod auf Verlangen”.*, in: *Wie Menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung*, Zürich 2000, sh: 86, 91 ve 95.; PAP, Michael. *Juristische Stellungnahme zur Frage der Euthanasie an Säuglingen.*, in: *Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-*, Duesseldorf 2000, sh: 137 vd.; ARNTZ, Klaus. *“Aktive Sterbehilfe” – Möglichkeiten/Grenzen/Alternativen.*, in: *Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-*, Duesseldorf 2000, sh: in: *Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-*, Duesseldorf 2000, sh: 263 vd.

(119) Belirtmek gerekir ki, bu alanlar sadece Türk hukuku açısından değil başta Alman hukuku olmak üzere Avrupa ülkeleri hukukunda da tartışmalıdır. Hamileliğin durdurulması/sonlandırılması ve yeni gen tekniklerinin kullanılması örnek Alman yargı kararları ve öğretisi için bkz. RIES, *Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland*, sh:71-75.



çok sık TCK'nda olduğu gibi doğmamış cenine 'çocuk' diyor ise de, hukukumuz hem embriyonun korunması, kök hücre ve genetik araştırmalar vs. mevzuatına sahip olmadığı hem de doktrin ve uygulamamız ancak bir kişinin anneden sağ olarak doğmakla insan-çocuk kabul edildiği ve kişiliğin başlangıcı olarak doğum anını esas aldığı için, sadece 'insan onuru' teriminin kullanılması bu alanlarda yetersiz kalmaktadır.

Kant'ın görüşlerine dayanan Hruschka, henüz doğmamış da olsa insan embriyosunun, insani fötusun bu anlamda yetişkin insandan farklı ele alınmayacağı, dünyaya getirilebilir bu üretimin/varlığın Kant'ın görüşleri anlamında özgürlüğünün bulunmadığını söylemek için herhangi bir neden bulunmadığı kanısındadır.<sup>120</sup>

Alman Anayasası'nın 2/2. maddesinin 1. cümlesinden embriyonun temel haklarla donatılmış bir varlık olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Alman öğretisindeki baskın görüş, yumurtaların döllenmesinden itibaren embriyonun yaşam hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bazıları ise, bu hakka sahip olunması anını, döllenme sonrası dölenen sperm ve yumurtanın anne rahmine yerleştirme anından başlatmaktadır. Bazı yazarlar (Hoester ve Singer) ise, tam aksine, embriyonun bu hak sahibi olmadığı görüşünü savunmaktadırlar. Bu ikinci görüşe göre, hak sahibi olarak embriyoyu taşıyan kişiyi görmek gerekir. Embriyo bir bilince, tercih yapmak yeteneğine sahip olmadığı için gelecekle ilişkili istekte bulunma yeteneği de bulunmamaktadır ve yaşam hakkından

söz edilemez. Bu eleştiriler, bu görüşe göre, fötüs/cenin için de geçerlidir.<sup>121</sup> Buna karşılık karşı görüş ise, embriyoya bu hakkın tanındığını ve Anayasa'nın bu hakkı koruduğunu kabul etmekte ve "yaşam hakkı"nın temel haklar anlamında değil, kesin olarak hukuksal anlamda ele alınması gerektiğini, yaşam hakkının derecelenebilir bir ağırlığının bulunduğunu, embriyonun gelişme-oluşma anından itibaren onurunun da ortaya çıktığı görüşünü savunmaktadır.<sup>122</sup>

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, anne rahminde gelişmekte olan varlığın, gelişmekte olan bir yaşam olduğu, kendine özgü bir hukuksal değer olduğu ve yaşam hakkını koruyan Anayasa (Al. AY. m. 2/2, cümle: 1) hükmünün bu varlığı da koruduğuna karar vermiştir. Bu düzenlemenin bu şekilde anlaşılması karşısında, oluşmakta olan insani varlığın potansiyel yeteneğinin onun da onurunun varlığı ve korunduğunu kabule götürür. Buna göre, insan onurunun varlığı ve korunması için, o onurun sahibi insanın bunun bilincinde bulunması gerekli değildir.<sup>123</sup>

10- Örneğin bu bağlamda, TCK.nun 99/6. maddesinde düzenlenen ve suç sonucu kalınan hamilelikte annenin beyanı üzerine 20 haftayı geçmemek kaydı ile hamileliğin durdurulması/sonlandırılması maddesinin revize edilmesi gerekmektedir. İnsan onuru kavramını bu cenin yaşamını koruyacak kadar geniş anlamak ve madde metnine yaklaşık 4 aylık hamilelikte bu ceninin hiçbir tıbbi zorunluluk olmadan hamileliğin suç sonucu kalındığı iddiasıyla alınmasında sadece annenin beyanı, insan onurunun

korunması açısından gerekli korumayı sağlamadığı gibi, aksine maddede düzenlenen kurumun suistimali olanağını açtığı, hiçbir kontrol mekanizması kurmadığı için, insan onurunun ihlali olanağı yaratmaktadır. Daha kötüsü, burada anne dahil sağlık personeli eğer suistimal etmişlerse, saptanamayacağı için, ceza sorumlulukları olmayacak, bu cenin bedeni, plasenta v.s. ilaç sanayinde kullanılacağı için Biyotıp Sözleşmesi'nin insan onurunu korumak için insanın beden parçalarının ticarete konu edilmesini yasaklayan normları ihlal edecek, organ ve doku nakli ile ilgili özel kanundaki koşullara uyulmadan TCK.nun 91-93. maddelerindeki organ ve doku ticareti suç tipinin arkasına dolanılarak kanuna karşı hile gerçekleştirilecek ve erkek-kız çocuğu ayırımı yapan ve kız çocuğu istenmeyen hallerde, tıbbi zorunluluk olmadığı halde kız çocuğu olacak ceninler öldürülecektir.<sup>124</sup>

11- Devletin/Siyasal Gücün insan onurunu gözetmek ve korumak ödevi vardır. Bu bağlamda insan onurunun korunması açısından iki farklı cepheye dikkat etmek gerekir. Bir taraftan, insan onurunun Devlete karşı korunması, devlet tarafından bireyin onurunun örneğin soruşturma ve/veya kovuşturma da işkence aracılığıyla ihlal edilmemesi ve diğer yandan ise, insan onurunun üçüncü kişiler/bireylerce ihlalinin önlenmesi, bu koruma için gerekli düzenlemeleri yapmak ve uygulamak gerekmektedir.<sup>125</sup> Her iki korumanın da, insan

onurunun insan hakkı olduğu gerçeği ve mantığıyla yapılması gerekmektedir.

12- Diğer yandan insan onuru kavramı, ceza yaptırımının tür, miktar ve uygulanışı açısından da siyasal gücü sınırlandırıcı fonksiyon görmektedir. Önleme amacıyla dahi olsa, ölçüsüz bir biçimde sert-ağır yaptırımların kanunlarda öngörülüp uygulanması, insan onuruna aykırı bulunmaktadır.<sup>126</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, aşırı-ölçüsüz yaptırımlarla bu nitelikteki toplumsal tepkilerin insan onurunu ihlal edeceğine karar vermiştir.<sup>127</sup>

13- Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolü'nün gerekçesinde "insandan klonlama yoluyla ikinci bir insanın üretilmesi, insanın araçlaştırılması, dolayısıyla insan onurunun çiğnenmesi, biyoloji ve tıbbin kötüye kullanılması olarak görülmüştür. İnsanın klonlamasında insan onurunun zedelenmesi, Avrupa Konseyi'ne göre mutlak, kategorik ve tartışmasız bir gerçektir."<sup>128</sup>

İnsan yaşamının korunması, temel haklar katalogunun çekirdek yapısını oluşturmaktadır. Bu çekirdek yapının korunması devlete karşı olduğu gibi üçüncü kişilere karşı da (ceza normları aracılığı dahil) olmalıdır. Son yıllarda hızlanan gen araştırmaları, yaşamın korunmasının sınırlarını ciddi bir tartışma konusu haline getirmiştir. Doğal olarak bu tartışmalar, yargı kararlarının etkisi olsa dahi, hukuksal olduğu kadar aynı zamanda felsefi, politik ve etik v.s. alanlarında da cereyan etmektedir. Yeni gen

(124) Aynı düzenlemenin Alman hukukunda da varolduğuna ilişkin iddianın gerçek olmadığı Hususunda bkz. ÜNVER, Yener. Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi., in: İlaç Hukuku, Sempozyum No: 2- İlaç Hukuku, M.Ü. Hukuk Fakültesi ve ROCH Müstahzarları A.Ş. İstanbul 2007, sh:70, dipnot: 46.

(125) RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 67.

(126) ROXIN, Strafrecht, sh: 83.

(127) BVerfGE 32, sh: 98. Ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 120.

(128) Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve gerekçeler için özellikle bkz. HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(120) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 478.

(121) HÖRNLE, Menschenwürde und Lebensschutz, sh: 335.

(122) Bu ve diğer gerekçelerin ayrıntısı için bkz. HÖRNLE, Menschenwürde und Lebensschutz, sh: 335-338.

(123) BVerfGE 39, sh: 1 ve ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 54. Karş. BVerfGE 88, sh: 203 ve Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 63.

tekniklerinin kullanılması gereken hastalıklar, hamileliğin sona erdirilmesi, suni dölleme ve embriyo araştırmaları tartışmanın önemli hareket noktalarını oluşturmaktadır. Bunlar uygulanarak geliştirilen-üretilen varlıklar (döllenen embriyolar gibi) bazen araştırma amaçlı da kullanılmakta ve araştırmalarda öldürülmektedirler. Tartışmanın tek nedeni insan onuru olmayıp, sonuçta ortaya çıkan zarar, tehlike ve belirsizliklerdir. Henüz doğmamış, oluşan-yetişen insanın öldürülmesi, oluşumuna müdahaleler yapılmaktadır. Bu varlıkların da onuru bulunduğunu kabul edenler, bu varsayımı tartışmak yerine, öldürme yasağını temel haklar katalogunda bir istisnaya da yer verilip verilmeyeceğini irdelemektedirler. Bu da bize, tartışmanın nedenleri farklı olsa dahi, arka planda sadece yaşam temel hakkının değil aynı zamanda insan onuru hakkının da olduğunu göstermektedir. Bu ise, anayasalardaki yaşamın korunması emrini içeren maddenin aynı zamanda insan onurunu da koruduğunu kabul etmeye götürmektedir. Alman doktrininde bu görüşe taraftar hukukçu sayısı hiç de az değildir.<sup>129</sup> Ancak yaşamı koruyan anayasa maddesinin getirdiği korumanın zorunlu olarak derecelenebilirliği görüşünün kabulü, insan onuru argümanının özel anlamını feda etmek anlamına gelebilir. Çünkü insan onuru sadece anayasalarda (örneğin Al. AY) değil, pozitif hukuk üstü hukuk düzeni alanında da yeterli araştırmalara konu edilmiştir; bu kavramın da pozitif hukuk

üstü bir kavram olduğu kabul edilmiştir.<sup>130</sup>

Alman doktrini yaşam hakkı bağlamında, insan yaşamının sona erdirilmesini, insan onurunu koruyan hükmün ihlali olarak görmektedir. Çünkü bu anlayışa göre, onurlu yaşam manevi varlığı (insanın manevi yapısını) gerektirmektedir. Ancak burada ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır ve bu görüşe göre, caiz ve caiz olmayan ölüm ayırımı yaparak insan onurunun birinde ihlal edildiği diğerinde ise ihlal edilmediği kabul edilemez. Bu ise, ceza hukuku açısından absürd sonuçlara yol açmakta, meşru insan öldürme (ıztırrar hali gibi) hali ve yaşamın insan onurunu ihlal etmesinin bağdaştırılmasını güçleştirmektedir. Buradan çıkış yolu, hukuksal değerlerin/menfaatlerin dengelenmesi olup, anayasa ve ceza kanunlarında bu dengeye izin veren hükümlerin uygulanmasıdır.<sup>131</sup> O zaman ya Alman hukukunda olduğu gibi her yaşam hakkına saldırının insan onurunu ihlal etmediğini kabul etmek ya da (kanımca da) her adam öldürmenin insan onurunu ihlal ettiği ve fakat hukuka uygun insan öldürmelerde gerek yaşamın korunması gerek onurun korunmasına ilişkin normlara hukuk alanında sorumluluk açısından istisna getirildiği kabul edilmelidir.<sup>132</sup>

14- Bireyin (=hastanın) özerkliği, insan onurunun *conditio sine qua non* bir gerekliliğidir. Bu nedenle, bireyin rızasına aykırı teknik manipülasyonlar meşru sayılamaz. İnsan üzerindeki araştırmaların tümünde, insanın amaç olduğu göz ardı edilerek, o bir araç-

(129) HÖRNLE, *Tatjana. Menschenwürde und Lebenschutz.*, in: ARSP, 2003, Vol: 89, Heft: 3, sh: 318 ve 319.

(130) HÖRNLE, *Menschenwürde und Lebenschutz*, sh: 320.

(131) HÖRNLE, *Menschenwürde und Lebenschutz*, sh: 321.

(132) Hangi insan yaşamı sonlandırmalarının insan haklarının gözetilmesi temel haklarıyla bağdaştırılabileceği hususunda alman öğretisi için bkz. HÖRNLE, *Menschenwürde und Lebenschutz*, sh: 321 vd.

araştırmanın objesi konumuna indirgenmemelidir.<sup>133</sup> Bu bağlamda, kamu sağlığını ilgilendiren hollere ilişkin mevzuattan ayrı olarak, TCK.nun 227/son maddesine ve CMK.nun ise 109. maddesinin ilgili fıkralarına hem suçsuzluk ilkesiyle çelişir hem adli kontrol ile ilgisiz ve hem de özellikle de mağdur veya şüpheli veyahut sanığı kendi iradesine aykırı olarak cebren ve tedbir amaçlı biçimde cinsel hastalık, alkol veya uyuşturucu madde tedavisine tabi tutmak, insan onuru ile bağdaşmayan düzenlemelerdir.

15- TCK. m. 76 soykırım suçunu düzenlemektedir. Bu suça ilişkin ne madde metninde ne de madde gerekçesinde insan onuru ile ilgili bir düzenleme ve açıklama bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde, bu suç bağlamında sadece suç tipinin insanlığa karşı suç olduğu belirtilmiştir. Ancak buna rağmen, gerek insan onuru kavramına uluslararası sözleşmeler, anayasalar ve ceza kanunlarında yer verilmesinin nedeni gerek bu suçun tipik seçimlik hareket modelleri, bizi bu suçun insan onurunu da koruduğu görüşünü kabule götürmektedir.

16- Bir önceki paragrafta belirttiklerimiz TCK.nun 77. maddesindeki insanlığa karşı suç, 78. maddesindeki soykırım veya insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçu ve keza 80. maddesindeki insan ticareti suçu için de geçerlidir. İnsan ticareti suçu açısından, madde metninde sonradan yapılan değişiklik de dikkate alındığında, insanın ticarete konu edilmesinin engellenmeye çalışılması nedeniyle, bu suçun insan onurunu korumayı hedeflediği görüşünü desteklemektedir.

17- TCK.nun 90. maddesi insan üzerinde deney, çocuklar üzerinde deney ve hasta insan üzerinde deneme suçlarını düzenlemektedir. Bunlardan özellikle 1. fıkradaki insan üzerinde deney ile 3. fıkradaki çocuklar üzerinde deney suçu nedeniyle ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasını sağlayan koşullardan birisi maddenin 2. fıkrasının e bendinde "deney sırasında kişiye insan onuru ile bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması" biçiminde düzenlenmiştir. Bu madde metni genelinde çok kötü düzenlenmiş, birçok hata ve eksikliği içermektedir.<sup>134</sup> Diğer yandan, ölçülülük kriterini ifade için bu m. 90/2-e'de düzenlenen ölçütün ne anlama geldiği belirsiz olup, uygulamada sorunlara yol açacaktır. Madde gerekçesinde bu ölçüt için bir açıklık bulunmamaktadır. Bu ölçüt gereği müdahale sonrası yapılacak tespitle ceza sorumluluğuna gitmek hem haksız hem çok riskli olacak ve gerekli korumayı sağlamayacaktır. Kaldı ki, bu tür bir kriteri esas/olay hakimine değil, etik komisyona hitap eder etik komisyonca uygulanacak bir kriter olarak düzenlemek gerekirdi.

18- TCK. m. 91 organ ve doku nakli suçunu düzenlemektedir. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin de insan beden parçalarının ticarete konu edilmesini yasaklamasıyla örtüşen bu hüküm, insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. Ancak, bu suçla ilgili 92. maddede düzenlenen zorunluluk halinin hem sadece organını satan kimse açısından düzenlenişi hem de satan kimşenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durum dikkate alınarak ceza verilmemesi olanağını yaratması, insan onurunu koruma açısından sakıncalı ve zayıftır. Ayrıca, aynı suçla ilgili 93.

(133) BAYERTZ, *Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien*, sh: 477 ve 480.

(134) Bkz. ÜNVER, *Yener. İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları.*, in: Sağlık Hukuku, Sempozyum No: 1, M.Ü. Hukuk Fakültesi ve ROCHE Müstahzarları A.Ş., İstanbul 2007, sh: 150 vd.

maddedeki etkin pişmanlık hükmü de, düzenlenişi itibariyle bu korumayı zayıflatmaktadır.

19- TCK.nun 94. maddesi işkence suçunu ve 95. maddesi ise netice nedeniyle ağırlaşmış işkence suçunu düzenlemektedir. Ne madde metninde ne gerekçede insan onuru kavramına atıf bulunmaktadır. Oysa, kanımca bu suçun koruduğu hukuksal değerler içinde insan onuru en ön plandadır.

20- Aynı şekilde TCK.nun 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçu da, insan onurunu korumaktadır. Madde metni ve gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Madde metni belirlilik ilkesine aykırı olup, maddenin bu belirsizlik nedeniyle uygulanması olmaz veya nadiren uygulanırsa, insan onuru koruması zayıflayacaktır. Bu maddenin düzenleniş amacı, tıpkı mülga TCK.nun 245. maddesi gibi, işkence niteliğine erişmemekle birlikte, ona yakın benzeri eylemleri işkence suçu gibi bu suçun yaptırımına yakın ağırlıkta bir yaptırımla karşılamaktır. BM 1948 İnsan Hakları Beyannamesi'nin 5. maddesi, 1950 tarihli İHAS'nin 3. maddesi ve özellikle 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesi bu düzenlemeyi gerektirmektedir. Bu son zikredilen sözleşmenin başlığındaki "gayriinsani" ve "küçültücü muamele" terimleri doğrudan doğruya ve "işkence" ve "zalimane" terimleri ise dolaylı olarak, insan onurunu korunmasına işaret etmektedir.

21- Alman hukukunda yetkili mercinin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ilişkisi bakımından,

hukuka aykırı emrin hukuksal bağlayıcılığının olmadığı ifade edilirken, gerek öğreti gerek mevzuattaki düzenlemelerde (örneğin askeri mevzuatta) insan onurunu ihlal eden emrin yerine getirilmemesinin sorumluluğu gerektireceği ve insan onurunu ihlal eden emre itaat edilmemesi durumunda emre itaatsizlik suçunun oluşmayacağı görüşü kabul edilmektedir.<sup>135</sup>

22- TCK.nun 99. maddesi çocuk düşürtme, 100. maddesi çocuk düşürme ve 101. maddesi ise kısırlaştırma suçlarını düzenlemektedir. Bu maddeler ve gerekçede bir açıklık bulunmasa ve cenin-fötüs anne üzerinden dolaylı olarak kısmen korunsada, insan onurunu koruyan bu maddelerde embriyo v.s. korunmamaktadır. Buradaki koruma alanı genişletilmelidir. Madde gerekçesinde nüfus planlamasından söz edilmekle birlikte, Nasyonal Sosyalizm uygulamalarında çok sık başvurulan eylemleri düzenleyen bu suçlara ilişkin gerekçede insan onuruna değinilmemesi yerinde olmamıştır.

23- TCK.nun 122. maddesi ayırmacılık suçunu düzenlemektedir. Bu suç esasen insan onurunu ihlal eden eylemlere ilişkindir. Ne madde metninde ne de madde gerekçesinde insan onuruna atıf bulunmaktadır. Madde gerekçesi daha çok ekonomik faaliyetler ile millet bireyleri arasındaki bölücülüğe vurgu yapmaktadır. İnsan onuru, hukuk önündeki eşitlik anlam ve gerekliliği ile AY.nın 10. maddesindeki eşitlik kuralının anlam ve amacı dikkate alındığında, insan onurunu korunmasına hizmet eden bu suçun getirdiği korumanın dar bir alana ilişkin olduğu görülür.<sup>136</sup> Federal Almanya'da olduğu gibi çok geniş kapsamlı koruma

(135) Bkz. ROXIN, *Strafrecht*, sh: 794.

(136) Ayırmacılık yasağı konusunda ayrıca bkz. ERTAN, İzzet Mert. BM ve bölgesel Örgütlerin Terörle Mücadele Esnasında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin İçtihatların Özetleri., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 235 vd.

sağlayan bir "Genel Eşit Muamele Kanunu" yapılmalıdır.

24- TCK. m. 125 hakaret suçunu düzenlemektedir. Bu suçla, bir kimsenin onuruna, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil isnat etmek yahut yakıştırmada bulunmak veyahut saldırmak cezalandırılmaktadır. Gerek eylemin/suçun maddi konusunun gerek eylemin niteliğinin tanımı için 'onur' kavramı kullanılmış olmasına karşılık, maddenin gerekçesinde ise, onurdan hiç söz edilmemiştir. Madde gerekçesinde, insan onuru yerine, bu suçun koruduğu hukuksal değerlerin kişilerin şeref, haysiyet ve namusu ve toplum içindeki itibarı ile diğer fertler nazarındaki saygınlığı olduğu belirtilmiştir. Madde metninde saldırı eyleminin hedefi onur diye ifade edildiği ve bireyin toplum içindeki itibarı ve diğer insanlar nezdindeki saygınlığı insan onuru kavramıyla ilişkilidir. Bu suç, diğer hukuksal değerler yanında, insan onuru hukuksal değerini de korumaktadır.

25- Genital muayene suçunun (TCK. m. 287) adliye karşı suçlar içerisinde düzenlenmesi hatalı olmuştur. Bu suç bireyin cinsel özgürlüğü ile vücut bütünlüğü ve şeref ve onuruna karşıdır ve kişilere karşı suçlar içinde düzenlenmeliydi.<sup>137</sup> Esasen bu suça hiç gerek yoktu; uygulamada cinsel suçlar, müessir fiil suçu, özgürlüğün kısıtlanması suçu ve/veya tehdit suçuna vücut veren bu eylemler ilgili suçlar nezdinde soruşturulup kovuşturulsa idiler bu özel suç tipine gerek olmayacaktı. Madde metninde hem anal bölgeyi de kapsayan bir terim yerine bugün kapsamı tartışılan genital teriminin kullanışı gerek mua-

yeneye götüren kimsenin eyleminin tipik eylem unsuru olarak düzenlenmeyişi, bu suçun insan onurunun korunmasına sağlayacağı katkıyı çok azaltmaktadır. Madde metin veya gerekçesinde insan onuru ile bir ilişki kurulmamıştır.

26- TCK.nun 216/II. maddesi, halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanmasını suç olarak düzenlemektedir. Bu suç da tıpkı hakaret suçu gibi, insan onurunu korumasına hizmet eder. İnsanlar arasında ayırmacılık yapmak ve aşağılamak insan onuru ile bağdaşmayacak eylemlerdir. Oysa, madde gerekçesinde bu suçla sadece kamu barışının korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

27- TCK. m. 226/3 müstehcenlik eylemlerinin bir kısmını suç olarak düzenlemiştir. Çocuk pornografisi eylemleri için uygulanacak ve internet yayıncılığının düzenlenmesine ilişkin özel kanunla birlikte kısmi bir koruma sağlayacak ise de, çocuk pornografisi ile ciddi ve geniş kapsamlı mücadele edilerek insan onurunu korunması için madde metninin karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, geniş düzenlenmesi ve etkin hukuki sonuçlarla desteklenmesi gereklidir.<sup>138</sup> Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşme-si'nin de gecikmeden onaylanması, bu katkıyı artıracaktır.

28- TCK.nun 227. maddesi fuhuşa aracılık suçunu düzenlemektedir. Bu maddenin özellikle çocuk fuhuşuna ilişkin 1. fıkrası insan onurunu ihlalini korumaktadır. Madde gerekçesinde insan onuru ile ilişki kurulmamıştır. Buna karşılık, madde gerekçesinde zikredilen uluslararası sözleşmelerin tümü diğer hukuksal değerler yanında özellikle

(137) Bkz. ÜNVER, Yener. *Adliye Karşı Suçlar.*, İstanbul 2008, sh: 448.

(138) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener. *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar.*, Sempozyum – Türk Ceza Kanununun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, sh: 335 vd.

insan onurunun korunmasına hizmet eder. Bu suçla ilgili olarak, eylemin yapıldığı yerde de suç olması koşulu aranmaksızın, çocuk fuhşu-seks turizmi eylemlerinin Türkiye’de cezalandırılabilmesinin önu açılmalıdır. Siber Suç Sözleşmesi kabul edilerek, insan onuruna aykırı bu eylemlerle mücadele güçlendirilmelidir.<sup>139</sup>

29- TCK.nun 230. maddesinde düzenlenen çok evlilik suçu insan onuruna hizmet eder. Ancak, uygulamada bu hükmün gerçekten uygulanması gerekir. Bu hüküm uygulamada gereğince işletilmediği gibi, bazı Avrupa ülkelerindeki kanuni düzenlemelerle evlilik dışı birliktelikleri hukuken tanıyan ve koruyan düzenlemelerin de bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, TCK.nun 105. maddesindeki 15-18 yaşları arasındakilerle rızayla cinsel ilişki suçunu düzenleyen hükümdeki eksiklik ve hatalardan da yararlanılarak ve buradaki ‘rıza’, ‘şikayete hakkı olan’ ve ‘suçun kişiye karşı suç olduğu’ gerekçeleriyle bu hükmün uygulamada adeta hiç işletilmemesi suretiyle, fiilen çok ve dini nikaha dayalı uygulamaları hukuksal alan dışına çıkarmak ve böylece de bu fiillerin muhatabı kimselerin onurunu korumamak uygulamamızda hem acı hem çağdışı hem de hukuka aykırı bir gerçektir

30- TCK.nun suçu ihbar suçlarını düzenleyen 278., 279. ve 280. maddelerindeki suçlardaki tipik eylemlerin çoğunun insan onuru kavramı ile bağdaştırılması güçtür. Madde metinlerinin çok aşırı geniş düzenlenmesi ve özellikle sağlık personeline yönelik 280. maddenin bu kadar geniş bir yükümlülük getirmesi ve sağlık personelini adli kol-

luk görevlilerinden daha ağır ihbar yükümlülüğü altında tutmak ve toplumdaki her insanın diğerini ihbar etmesini çok yaygın biçimde düzenlemek, insan onuru kavramı ve bu kavramın birey-devlet ilişkilerinde gerektirdiği değişikliklerle bağdaştırılması güçtür.<sup>141</sup>

31- CGTİHK’nun 82 vd. maddelerinde düzenlenen açlık-ölüm oruçlarında belirli koşullarla bir aşamada zorla müdahale edilerek kişinin karşı çıkmasına karşın beslenmesi, tedaviyi red hakkı ve rızanın yokluğu nedeniyle sorunludur. Kaldı ki ara çözümlerin kabul edilmeyişi de bir eksikliktir. Düzenlemenin insan onuru ile bağdaştırılabilirliği, tıp hukukundaki özerklik kavramının merkezi kavram haline gelmesi nedeniyle, çok güçtür.

32- Futbol Federasyonu Disiplin Talimatı’nda değişiklik öngören tasarıya, “*insan onuruna aykırı delil kullanılmaz*” hükmü eklenmesi düşünülmektedir. Ben buna karşı çıkarak, doğru ölçütün ‘hukuka aykırı delilin kullanılmaz’ olduğunu belirtmek olduğunu ifade ettim. Eleştiri ve hükmün düzeltilmesi teklifim, FIFA Disiplin Talimatnamesi’nde de bu tür bir düzenleme olduğu, bu hükmün oradan kopya edildiği ve konunun ceza hukukuna ilişkin olmaması gerekçesiyle kabul görmedi. Oysa, delilin hukuka aykırılığı ve ispat hukuku açısından, esas alınması gereken ölçüt hukuka aykırı delilin kullanılabilmesidir. Doğal olarak bu bağlamda, insan onuruna aykırı müdahaleler de hukuka aykırı sayılmalıdır. Bunun işkence ile elde edilen delilin kullanılabilmesi örneği arasında fark olmamak gerekir. İnsan onurunun ihlali, burada

hukuka aykırılığın nedeni ve gerekçesi olmalıdır.

33- CMK.nun 148 ve 217/2. maddelerinde düzenlenen yasak sorgu yöntemleri ile hukuka aykırı delilin ispatta kullanılmayacağına ilişkin maddeler, diğer hukuksal yararları yanında, insan onurunun korunmasına da hizmet etmektedir. Çünkü CMK. m. 148/1’de insan onurunu ihlal eden bazı eylemler örnek kabilinden sayılarak, bunların (şüpheli ve sanığın özgür iradesini engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler) ifade alma ve sorguda yasak yöntemler olduğu açıkça ve CMK’nun 217/2. maddesi ise daha geniş kapsamlı ‘hukuka aykırı delil’ kavramı ile bu korumaya hizmet etmektedir.

Bu bağlamda, terörizm birbirine eşit insanları küçük düşürmeyi amaçlamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk, terörizmi yasaklamaktadır.<sup>142</sup> Burada sadece sivillerin korunması hedeflenmemekte, terörle mücadele de belirli koşullara bağlanarak muhataba kuvvet kullanımı açısından sınırsız (=orantısız) güç kullanımı yetkisini yasaklamaktadır. Bu sınırlandırma kurallarına aykırılık hukuksal sorumluluk getirir. Çatışma taraflarının savaş yöntemleri ve savaş araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir ve haddinden fazla yaralanmaya veya gereksiz acı çekilmesine yol açan niteliğe sahip araçların ve savaş yöntemlerinin kullanılması yasaktır.<sup>143</sup> “*Kuvvetli sorgu usulleri*” adı altında, standart muhakeme kurallarından sapsak, bazı

ülkelerde olduğu gibi, giderek “*insanlık dışı muamele*” ve hatta “*ışkence*”ye dönüşmektedir ve bu insancıl hukuk ilkelere aykırıdır. Sorgulanan kimse terörist veya kim olursa olsun, insan hakları hukukunun korunması altındadır. İnsancıl hukuk, suçla mücadelede insanlık dışı muameleleri hukuk dışı saymakla birlikte, insancıl hukuka uygun davranmak ceza adaletinin görevini tamamlamasına bir engel oluşturmamaktadır.<sup>144</sup>

Birleşmiş Milletler’in işkence ve zalimane davranışların önlenmesine yönelik dair sözleşmesi’nin 2/2. maddesi her ne olursa olsun, ister savaş hali veya bir savaş tehdidi, iç siyasi karşıklık yahut başka bir kamusal durum v.s. hiçbir istisnai koşula, işkencenin haklılaştırılması için başvurulamaz. Hukuka aykırı sorguda kullanılan ‘*beş teknik*’ (duvar önüne ayakta bekletme, gözbağı, gürlütye maruz bırakma, uykusuz bırakma ile yiyecek ve içecekten yoksun bırakma) AİHS’nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı muamele kategorisine girer.<sup>145</sup>

Re’sen araştırma ilkesi ceza muhakemesi hukukunda hüküm açısından önemli-anamlı olan her vakianın aydınlatılması için geniş kapsamlı bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Maddi gerçeğin araştırılması amacına ulaşmak, bu nedenle serbest ispat ilkesi uyarınca gerçekleştirilmeye çalışılmakta ise de, bu maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun anlamında bir maddi gerçek değildir. Bu amaç, anayasa aracılığıyla tespit edilen değerler düzeni ile uyumlu olmak ve özellikle de devletin buna yönelik işlem ve eylemlerini sınırlandıran temel haklar devlet organları

(139) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, sh: 338 vd.

(140) Bkz. ÜNVER, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, sh 316 vd.

(141) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, *Adliyeye Karşı Suçlar*, sh: 276 vd.

(142) GASSER, Hans-Peter. *Terör Eylemleri, “Terörizm” ve Uluslararası İnsancıl Hukuk (Çev.: Fulya Eroğlu), in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 105-106*

(143) GASSER, *Terör Eylemleri, “Terörizm” ve Uluslararası İnsancıl Hukuk*, sh: 113.

(144) GASSER, *Terör Eylemleri, “Terörizm” ve Uluslararası İnsancıl Hukuk*, sh: 118-122.

(145) *Ireland v. The United Kingdom., (18. 01. 1978).*

tarafından dikkate alınmak zorundadır. Gerek re'sen araştırma ilkesi gerek delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hukuk devletinin gerektirdiği bir muhakemede birlikte gözetilmek durumundadırlar. Burada değerlerin dengelenmesi/karşılaştırılıp tartılmasında yüksek önemi haiz değer gözetilmeli ve delil-ispata yasaklarıyla bu dengeye müdahale edilmesi zorunludur.<sup>146</sup> İnsan onuruna müdahale eden araç ve yöntemler ise, bu delil-ispata yasaklarına dayanak olur. Yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması veya bireyin dokunulmaz özel yaşam ilişkilerine müdahale böyledir.

34- İnsan onuru, bireye rağmen korunması gereken en önemli insan değerlerindedir. Bunun maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda gerek kanun koyucu gerek soruşturma ve kovuşturma makamları nezdinde uyulması zorunlu sonuçları vardır. Bu nedenle, çocuklar, temyiz kudreti olmayanlar, özgür iradi tercih olanağı hukuka aykırı olarak ortadan kaldırılanlar ve keza doğmamış-başlamamış yaşamların (embriyo, fötüs=çenin) iradelerine rağmen korunması yanında, insan onurunun vazgeçilemezliği maddi ceza hukuku açısından ilgili hukuksal değeri rıza hukuka uygunluk nedeninin konusu olmaktan çıkardığını kabul etmek ve onur hukuksal değerinin bu değer ihlali sahibinin gösterdiği rızanın hukuken önemsiz olduğu kabul edilmeli ve örneğin ceza muhakemesinde de, hukuka aykırılıklarla, özellikle insan onuruna aykırı müdahalelere rızanın o müdahaleyi hukuka uygun hale getirmediğini kabul etmek, bu bağlamda şüpheli sanığın rızasının (diğer koşullar bulunmadığında) arama, vücut muayenesi, telekomünikasyon araçlarıyla iletişimin

denlenilmesi ve kayda alınması v.s koruma tedbirlerini hukuka uygun hale getirmediğini kabul etmek gerekir. Karşılaştırmalı hukukta ifade ve sorguda yalan makinası kullanılmasının, şüpheli veya sanığa ilaç verme, yorma ve diğer yasak sorgu metodlarının kullanılmasının hukuka aykırı kabul edilmesinin arkasında, bu yöntem ve araçların onuru korunan bireyin özgürce tercihte bulunmak, kendi kaderini tayin hakkını ihlal ettiği düşüncesidir.<sup>147</sup>

35- Onur kavramı ceza hukuku açısından sadece şüpheli ve/veya sanığın onuru olarak anlaşılmalı, mağdur ve suçtan zarar gören kimseleri de içerecek şekilde insanın onuru olarak algılanmalıdır. Dolayısıyla da, onur kavramına dayalı getirilecek ceza hukuku koruması, bunların tümünü koruyacak düzenlemeler olmalıdır. Bu bağlamda CMK'nda düzenlenen mağdur ve şikayetçinin hakları gerçek anlamda uygulamaya yansıtılmalı ve kanuni düzenlemelerdeki eksiklikler giderilmelidir. Normların sadece kanuni düzenlemeye kavuşturulması veya görüntüde-şeklen uygulanıyormuş gibi işlemlerde dayanılması yeterli olmayıp, gerçekten olması gerektiği biçimde uygulanmaları gerekir.

Örneğin bu bağlamda, binlerce soruşturma yalnızca dava/takip zaman aşımına uğratılmakta ve suç işlenerek onurları ihlal edilen insanların hak arama yoluyla hukuk aracılığıyla mağduriyetlerini gidermek, onurlarının hem münferit olayda yeniden tesisi hem ilgili failin cezanın özel önleme amacı ve keza fail dahil toplumdaki herkesin de genel önleme amacı çerçevesinde ileriye dönük onur ihlali eylemlerinden alıkoymak hak ve olanakları haksız biçimde yok edilmektedir. Bu hem insan onuru ceza

hukuku korumasının gerçekleştirilmediği hem de önceki fiilin mağdurunun (ve/veya suçtan zarar göreninin) çoğu kez kendiliğinden hak elde etme eylemlerine başvurarak veya buna girişerek yeni insan hakkı ihlallerine yol açıldığı acı bir vaktidir. Mağdurun (daha doğru bir ifadeyle suçtan zarar görenin) hak-

larını sanık haklarıyla çelişiyor gibi göstermeden, ceza ve ceza muhakemesi hukuku gibi mağdurbilim (=Viktimoloji) verilerinden yararlanılarak sanık haklarıyla birlikte ve güçlendirilerek mağdur hakları da geliştirilmeli ve uygulamaya geçirilmelidir.

(146) BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*, 6. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, sh: 239.

(147) KLUG, *Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme*, sh: 249.