

KÖLELİK, KULLUK, ZORLA ÇALIŞTIRMA VE ZORUNLU ÇALIŞMA YASAĞI: ANAYASA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMALI ANALİZ

*Slavery, Servitude, Forced Labour and Compulsory Labour:
A Comparative Analysis Within the Context of Turkish Constitution and the
European Convention on Human Rights*

Ulaş KARAN*

ÖZ

Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramları Türkiye’de anayasa hukuku perspektifinden en az çalışan konuların başında gelmektedir. Sayılan kavramlardan kölelik uzun bir süre önce hukuken yasaklanmasına rağmen “modern kölelik olarak adlandırılan çağdaş biçimleri ve kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramları ne yazık ki güncelliğini korumaya devam etmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda kölelik ve kulluk yasağı açıkça tanınmamakla birlikte Türkiye’nin de ayrılmaz bir parçası olduğu uluslararası hukuk düzeni bu iki olguyu tartışmasız bir biçimde yasaklamıştır. Kölelik ve kulluğun aksine zorla çalışma ve zorunlu çalıştırma ise Anayasa’da açıkça yasaklanmıştır. Bu makale, insan onurunu ve kişi özgürlüğünü korumayı amaçlayan bu kavramların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi metninde nasıl düzenlendiği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında nasıl yorumlandığı ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın anılan kavramlara yeterli korumayı sağlayıp sağlamadığı sorularına odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler : Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma, zorunlu çalışma, insan ticareti

Makale Geliş Tarihi 02.02.2018, **Kabul Tarihi** 29.06.2018

* Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Abstract

The concepts of slavery, servitude, forced labour and compulsory labour are among the least addressed topics with a constitutional law perspective. Although prohibited by law for a long time, contemporary forms of slavery, namely “modern slavery” and servitude, forced labour and compulsory labour concepts, unfortunately, continues to maintain its actuality. The Constitution of Republic of Turkey do not prohibits slavery and servitude explicitly, however, international legal order, which Turkey also is an integral part, unequivocally prohibits these two cases. Unlike slavery and servitude, forced labour and compulsory labour are explicitly prohibited by the Constitution. This article focuses on the how these concepts which aiming at protecting the human dignity and personal liberty are dealt with by the European Convention on Human Rights and interpreted by the European Court of Human Rights as well as whether adequate protection provided by the Turkish Constitution.

Keywords: Slavery, Servitude, Forced Labour, Compulsory Labour, Human trafficking

Giriş

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 4. maddesinde (Bundan sonra AİHS veya Sözleşme olarak kısaltılacaktır) düzenlenen kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Bundan sonra AİHM veya Mahkeme olarak kısaltılacaktır) tarafından demokratik toplumların temel değerlerinden birisi olarak kabul edilmiştir.¹ Maddenin ilk fıkrasında kölelik ve kulluk yasağı, ikinci fıkrasında zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı, üçüncü fıkrasında ise zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının istisnaları düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi mevcut istisnalar zorla veya zorunlu çalıştırma yasağı için öngörülmüştür. AİHS'nin 4. maddesinin ilk fıkrasındaki kölelik ve kulluk yasağı Sözleşme'nin 15. maddesi doğrultusunda mutlak bir haktır ve sınırlanması hiçbir koşulda mümkün değildir.

Anayasa'nın 18. maddesi AİHS'nin 4. maddesinde düzenlenen zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağına ve bu yasağın istisnalarına yer verirken, kölelik ve kulluk yasağı konusunda sessiz kalmıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın 17. maddesinin yorum yoluyla kölelik ve kulluk yasağına anayasal dayanak oluşturması mümkündür. Her iki maddenin parçalı yapısı

¹ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para 112.

nedeniyle çalışmada maddelerin kendi içerisindeki sistematikten hareketle AİHS'nin 4. maddesinin her fıkrasının ayrı ayrı incelenmesi tercih edilmiştir. Bu noktada maddenin 3. fıkrasında her bir bendinde ayrı ayrı düzenlenmiş istisnalar için Anayasa'da gündeme gelebilecek farklı düzenlemelere de değinilmeye çalışılmıştır. Çalışmada ilk olarak kölelik, kulluk, zorla çalıştırma kavramları üzerinde durulmuş, ardından ise madde kapsamında gündeme gelen yükümlülükler ve istisnalar değerlendirilmiştir.

I. Hakkın Kapsamı ve Temel Özellikleri

A- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS'nin kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağını düzenleyen 4. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

"1. Hiç kimse köle veya kul olarak tutulmayacaktır.

2. Hiç kimseden zorla çalıştırılması veya zorunlu çalışması talep edilmeyecektir.

3. Bu maddenin amacı doğrultusunda aşağıdaki haller "zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma" sayılmayacaktır:

a. Bu Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilen bir tutulmanın olağan seyri içinde veya bu tür bir tutulma durumundan şartlı olarak salıverilme sonucunda salıverilme süresi içinde yerine getirilmesi mecbur tutulacak herhangi bir çalışma;

b. Askeri nitelikte herhangi bir hizmet veya vicdani reddi meşru sayan ülkelerde zorunlu askerlik yerine getirilmesi istenen diğer bir hizmet;

c. Toplumun hayat veya refahını tehdit eden olağanüstü hal durumunda veya afet hallerinde yerine getirilmesi mecbur tutulacak herhangi bir hizmet;

*d. Normal yurttaşlık yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturan herhangi bir çalışma veya hizmet."*²

AİHS'nin 4. maddesinde yer alan dört kavramın ortak noktası kişinin rızası dışında bir başka kişi için çalışmak zorunda bırakılması haline gönderme yapmasıdır. Maddede belirtilen kavramlara dair herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Tanımlar AİHM tarafından ve çoğunlukla aynı konuda hüküm içeren başka uluslararası sözleşmelerden esinlenerek

² Madde çevirisi yazara aittir.

yapılmıştır ve somutlaştırılmaya çalışılmıştır.³ Sözleşme'nin 4. maddesinin ilk fıkrasında yer alan kölelik ve kulluk yasağı şeklindeki iki kavram bu konumda bulunan kişilerin statüsüne veya durumuna gönderme yapmaktadır.⁴ Zorla çalıştırma veya zorunlu çalıştırma yasağı ise özgür durumda olan kişileri korumayı amaçlamaktadır.⁵ Maddenin ilk fıkrası, kölelik ve kulluk yasağı, Sözleşme'de ayrıcalıklı bir yere sahiptir. Bu yasaklar birer mutlak haktır ve ne sınırlanması ne de başka bir hak nedeniyle sağlanan korumanın kapsamının daraltılması mümkündür.⁶ Sözleşme'nin 15. maddesinde yer alan derogasyona gitme yasağının kapsamına yaşam hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı ve cezaların yasallığı ilkesi ile birlikte 4. maddenin ilk fıkrasında yer alan kölelik ve kulluk yasağı da girmektedir. Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı bakımından ise derogasyon yasağı bulunmamaktadır. Ancak aşağıda üzerinde durulacağı üzere derogasyona gitmeden de olağanüstü hallerde çalışma yükümlülüğü getirilmesi mümkündür ve bu konuda söz konusu yasağa bir istisna getirilmiştir. Son olarak, hakkın öznesi bakımından da yabancı-vatandaş ayrımı gibi ayrımlar yapılarak herhangi bir sınırlamaya gidilmesi mümkün değildir.

Kölelik kavramı,⁷ AİHM tarafından “*üzerinde mülkiyet hakkına bağlı yetkilerden biri ya da tümünün kullanılabilmesi kişinin statüsü veya içinde bulunduğu durum*” olarak tanımlanmıştır.⁸ Bu tanım köleliğin klasik tanımıdır ve köleliğin modern biçimleri olarak kabul edilen insan ticareti gibi

³ Emine Eylem Aksoy, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4. Maddesi: Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı*, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2007, s. 116.

⁴ P. Van Dijk, G.J.H. Van Hoof, Arjen Van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, 2006, s. 444.

⁵ Bernadette Rainey; Elizabeth Wicks; Clare Ovey, *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 198.

⁶ Raul Canosa Usera, “Prohibition of Slavery and Forced Labour: An Example of Integration of International Treaties (Commentary on Article 4)”, *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Pablo Santolaya Machetti; Javier García Roca (Eds), Martinus Nijhoff, 2012, s. 95.

⁷ Köleliğin geleneksel tanımı için bakınız, Nicole Siller, “‘Modern Slavery’: Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 14, 2006, s. 408-411. Güncel gelişmeler karşısında kazandığı yeni anlamlar için ise bakınız, Jean Allain; Robin Hickey, “Property and Definition of Slavery”, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 61, Issue 4, October 2012. Modern kölelik biçimlerinin ayırt edici nitelikleri için ise bakınız, Duymaz, Erkan, “Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 123, Mart 2013.

⁸ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 122. Bu tanım Türkiye'nin de tarafı olduğu 1926 tarihli Kölelik Sözleşmesi'nin 1. maddesinde yer alan tanımdır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. 12.06.1933 tarihli ve 2425 sayılı Resmi Gazete.

olguları mülkiyet hakkına bağlı bir yetki kullanımı olmadığı için tanım dışında bırakılmaktadır.⁹ Bu şekilde dar bir tanımın zaman zaman kölelik benzeri uygulamaların maddenin kapsamı dışında kalmasına yol açabilmektedir.¹⁰

Kulluk kavramı ise “*baskı yoluyla bir kişiye hizmet etme yükümlülüğü*” olarak tanımlanmıştır.¹¹ Kulluk kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldığı durumların en ağırlarından birisi olarak kabul edilmektedir.¹² Zorla veya zorunlu çalıştırma ile kulluk arasında farklılık mevcuttur. Kulluk zorla çalıştırmanın daha da ağır bir biçimi olarak kabul edilmektedir. “Kul” durumunda bulunan kişinin bir başkasının mülkünde yaşaması ve bu kişinin kulluk statüsünün sürekli ve değişmesinin mümkün olmayacağı hissini yaşaması söz konusudur ve bu nedenle zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma kavramlarından farklılaşmaktadır.¹³ Ayrıca kulluk, kölelik gibi sürekli bir statüdür, buna karşılık zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma arızı veya geçici niteliklidir.¹⁴

AİHM kararlarında hangi durumların kölelik oluşturacağı pek fazla ortaya konulmamıştır. 1956 tarihli Köleliğin, Köle Ticaretinin ve Kölelik Benzeri Kurumların ve Uygulamaların Kaldırılmasına Dair Ek Sözleşme’nin 1. maddesinde, borç nedeniyle kölelik, kulluk, bir kadının reddetme hakkı olmaksızın başlık parası benzeri uygulamalarla evlendirilmesi, kocasının ölümü üzerine miras yoluyla bir başka kişiye devredilmesi, çocukların işgücü istismarı amacıyla bir başka kişiye bedel karşılığı verilmesi gibi kurumlar ve uygulamalar sayılmıştır.¹⁵ Bu sayılan örneklerin AİHM tarafından da 4. madde uygulamasında gündeme gelmesi olasıdır.

AİHM kararlarına bakıldığında bugüne kadar köleliğin geleneksel anlamı doğrultusunda kölelik olarak nitelendirilen bir uygulamanın mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak insan ticareti bazı durumlarda mülkiyet hakkına (right of ownership) benzer yetkiler verdiği için köleliğin yeni

⁹ Köleliğin geleneksel tanımı ve günümüzde ortaya çıkan ve “modern kölelik” olarak anılan biçimlerine yönelik tanımlamalar için bakınız, Siller.

¹⁰ Holly Cullen, “*Siliadin v France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*”, *Human Rights Law Review*, Volume 6, No. 3, January 2006, s. 592.

¹¹ Para. 123.

¹² AİHK, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, (admissibility), Appl. No. 7906/77, 05.07.1979, para 80.

¹³ agk, para 79.

¹⁴ Rainey; Wicks; Ovey, s. 198.

¹⁵ Bu Sözleşme Türkiye tarafından 28.06.1957 tarihinde imzalanmış ve 17.07.1964 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. 06.01.1964 tarihli ve 11599 sayılı Resmî Gazete.

biçimlerinden birisi olarak kabul edilmiştir.¹⁶ Bir insanın mülkiyet hakkına konu olması günümüzde hukuk sistemleri tarafından kabul edilmemektedir. Kulluk olarak değerlendirilen durumlar ise AİHM önüne gelmiş durumdadır. Mahkeme bir başvuruda, 15 yaşında iken ailesinin rızası ile turist vizesiyle başka bir ülkeye getirilen, uzun yıllar bir evde herhangi bir ücret ödenmeksizin, haftanın yedi günü, günde onbeş saat hizmetçi olarak çalıştırılan ve ev sahiplerinin dört çocuğuna bakan bir kişinin durumunu “kulluk” olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, kişinin pasaportuna el konulması ve yasadışı göçmen olduğu gerekçesiyle yakalanabileceği şeklinde korkutularak bakımını sürdürdüğü çocuklar olmaksızın evden dışarı çıkmasına izin verilmemesini baskı yoluyla hizmet ettirme olarak yorumlamıştır.¹⁷

Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma, maddi veya manevi baskı ile kişinin rızası olmaksızın yaptırılan çalışmalardır. Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma Esaretin Men'i Hakkında Mukavele, Zorla ve Zorunlu Çalıştırmaya Dair 29 sayılı ILO sözleşmesi, Zorla ve Zorunlu Çalıştırmanın Yasaklanmasına Dair 105 sayılı ILO Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı gibi çok sayıda uluslararası belgede yasaklanmıştır. Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı AİHS’de iş yaşamına dair doğrudan bir hakka yer veren örgütlenme özgürlüğü ile birlikte iki maddeden birisidir ve medeni ve siyasi hakları ekonomik ve sosyal hakları birbirine yakınlaştıran bir hak olarak görülmektedir.¹⁸

Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramları, kölelik ve kulluk kavramları gibi kişinin statüsüne veya durumuna gönderme yapmamaktadır. Bu kavramlar çoğunlukla geçici ve arızı nitelikli olarak yapılan çalışmanın veya yerine getirilen hizmetin gönüllü olarak yapılmaması veya yerine getirilmemesine gönderme yapmaktadır.¹⁹ AİHM’ye göre zorla veya zorunlu çalıştırma “bir kişiden ceza tehdidi altında yapması istenen ve kişinin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet” olarak

¹⁶ Allain; Hickey, s. 923. Bakınız, AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010, para 281-282.

¹⁷ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005. Daha yakın tarihli görece benzer bir içtihat için bakınız, *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724/09, 11.10.2012.

¹⁸ Virginia Mantouvalou, “Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation”, *Human Rights Law Review*, Volume 13, No. 3, 2013, s. 532, 537.

¹⁹ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 444.

tanımlanmıştır.²⁰ Mahkeme'ye göre "ceza" kavramı geniş yorumlanmalıdır ve "cezanın" fiziksel şiddet veya zorlama gibi kişilerin polise ve diğer kamu makamlarına şikayet edilme ile tehdit gibi psikolojik mahiyette olabilmesi mümkündür.²¹

AİHM taraflarca serbest olarak kararlaştırılmış bir iş sözleşmesinin feshini bir "ceza" olarak değerlendirmemiştir.²² Yine örneğin stajyer avukatlar için yoksul kişilere ücretsiz adli yardım hizmeti sunma yükümlülüğü getiren yasal düzenlemeler,²³ noterlerin kar amacı gütmeyen kuruluşların işlemlerinde daha az ücret almasına dair uygulamalar,²⁴ işverenin işçinin maaşından sosyal güvenlik ödemeleri veya gelir vergisi kesintisine gitmesi²⁵ veya işsizlik yardımından yararlanmak isteyen kişi için belirli uygun bir işte çalışmayı kabul etme zorunluluğu getirilmesi²⁶ zorla veya zorunlu çalıştırma ve AİHS'nin 4. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmemiştir.²⁷

Sözleşme'nin 4. maddesi ile ilgili, bugüne kadar ortaya çıkmış içtihatlar büyük ölçüde zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma ile ilgilidir.²⁸ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (Bundan sonra AİHK veya Komisyon olarak kısaltılacaktır) zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma ile ilgili içtihatlarına bakıldığında, ilk önce bu kavramların gündeme gelebilmesi için söz konusu çalışmanın veya hizmetin kişinin "*rızasına aykırı*" olarak gerçekleştirilmesi ve yükümlü tutulan çalışma veya hizmetin "*haksız veya baskıcı*" olması ya da çalışmanın veya hizmetin kendisinin söz konusu kişi için "*kaçınılmaz bir zorluk*" içermesi biçiminde iki koşulun gerçekleşmesi beklenmiştir.²⁹ Ancak

²⁰ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 116. Bu tanım Türkiye'nin de tarafı olduğu 29 No'lu ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan tanımdır. Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. 23.06.1998 tarihli ve 23381 sayılı Resmi Gazete.

²¹ AİHM, *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 77.

²² AİHM, *Tibet Menteş and Others v. Turkey*, Appl. Nos. 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 and 57829/10, 24.10.2017, para 68.

²³ AİHM, *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983.

²⁴ AİHK, *X v. the Federal Republic of Germany*, (admissibility), Appl. No. 8410/78, 13.12.1979.

²⁵ AİHK, *Four Companies v. Austria*, (admissibility), Appl. No. 7427/76, 27.09.1976.

²⁶ AİHK, *Talmon v. the Netherlands*, (admissibility), Appl. No. 30300/96, 26.02.1997.

²⁷ David Harris; Michael O'Boyle; Ed Bates; Carla Buckley, *Harris, O'Boyle and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 281.

²⁸ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 445.

²⁹ AİHK, *X v. the Federal Republic of Germany*, (admissibility), Appl. No. 4653/70, 01.04.1974.

AİHM ilk koşul olan “rıza” koşulunun göreceli olmasından hareketle somut olayın tüm özelliklerini dikkate alan bir yaklaşım benimsemiştir.³⁰

AİHM, bir çalışma veya hizmetin zorunlu çalışma kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde 4. maddenin başlıca amaçlarının ışığında somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.³¹ Örneğin doktorlara yönelik zorunlu hizmet yükümlülüğü hakkında bir başvuruda, Mahkeme mevcut yükümlülüğün normal mesleki faaliyet kapsamında kalıp kalmadığını, söz konusu hizmet karşılığında bir ücret ödenip ödenmediğini, mesleki ve yurttaşlık dayanışması kapsamında kalıp kalmadığını ve öngörülen çalışma yükümlülüğünün ölçüsüz olup olmadığını değerlendirmiştir.³² Benzer şekilde avukatların ücretsiz olarak vasilik yapmalarını zorunlu kılan bir yasa nedeniyle bir akıl hastasına vasi olarak atanan avukatın bu tür bir görev üstlenmesi aynı ölçütler çerçevesinde zorunlu çalışma olarak görülmemiştir.³³ AİHM tarafından serbestçe yapılmış bir sözleşme ile üstlenilen bir işin, sözleşmenin taraflarından birisi tarafından taahhüdün yerine getirmemesi durumunda yaptırım uygulanması da zorla çalıştırma olarak değerlendirilmiştir.³⁴

Mahkeme önüne gelen başvurularda özellikle çalışmanın ceza tehdidi altında yapılıp yapılmadığına ve çalışmanın kişinin iradesine bağlı olup olmadığına bakmaktadır. Bu noktada bir mesleğin yapılmasının engellenmesi bir ceza tehdidi olarak değerlendirilmiştir. Bir mesleğe giriş aşamasında zorunlu çalışma yükümlülüğünün kişi tarafından bilinmesi ve kişinin kendi isteği ile bir mesleğe giriş yapmasının kişinin iradesi ile gerçekleşmesinin yeterli olmayacağı kabul edilmiş, zorunlu kılınan hizmetin gelecekte elde edilecek avantajlara nazaran aşırı ve orantısız bir külfet yüklememesi gerektiği kabul edilmiştir.³⁵ Zorunlu çalışma yükümlülüğü sonucunda bazen ücret ödenmemesi durumunda da aynı ölçütler uygulanarak 4. maddenin ihlal edilmediğine karar verilebilmektedir.³⁶

Sözleşme'nin 4. maddesi geçmişe nazaran günümüzde giderek daha fazla önem kazanmaktadır. Mahkeme'nin 4. madde alanındaki içtihatları son yıllarda gelişme göstermiş ve daha önce gündeme gelmeyen yeni konular da

³⁰ AİHM, *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. No. 21884/15, 30.03.2017, para 90.

³¹ AİHM, *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983, para. 37.

³² AİHM, *Steindel v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 29878/07, 14.09.2010.

³³ AİHM, *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, 18.10.2011, para 40-42.

³⁴ AİHM, *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983.

³⁵ agk, para 35-37; *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 74. Benzer şekilde AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 67.

³⁶ AİHM, *Mihal v. Slovakia*, (admissibility), Appl. No. 23360/08, 28.06.2011, para 42-55.

madde kapsamında değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu noktada gündeme gelen konulara örnek olarak insan ticareti, insan ticareti mağdurlarının başka bir ülkeye gönderilmesi veya sınır dışı edilmesi, sosyal yardım karşılığında çalışma yükümlülüğü, cezaevinde yapılan çalışmaların karşılığında sosyal güvenlik sisteminden yararlanma ve belirli meslekleri yürüten kişilere karşılıklı veya karşılıksız mecburi hizmet yükümlülüğü getirilmesi verilebilir. Özellikle son iki durum AİHS'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk ve son bendi kapsamında değerlendirilmektedir.

Günümüzde 4. maddenin gündeme geldiği en önemli alan köleliğin ve kulluğun günümüzdeki tezahürü olarak kabul edilen insan ticaretidir.³⁷ Bu nedenle çalışmada insan ticareti konusu üzerinde daha ayrıntılı durulması gerekmiştir. AİHS'nin 4. maddesi insan ticareti kavramına açıkça yer vermemiştir.³⁸ Başka bir deyişle hem kavram hem de kavramına tanımı AİHS'de düzenlenmemiştir. AİHM ilk defa 2005 yılında verdiği bir karar ile³⁹ 4. madde zorla çalıştırma dışında cinsel sömürü ve diğer zorla çalıştırma amaçlı insan ticareti vakaları için de uygulanmıştır.⁴⁰ İnsan ticaretinin AİHS'nin 4. maddesi kapsamında yasaklandığına ise ilk defa 2010 yılında hükmetmiştir.⁴¹ Mahkeme insan ticaretini, Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün (Palermo Protokolü olarak da anılmaktadır) 3. maddesi üzerinden tanımlamıştır.⁴² Bu tanıma göre insan ticareti, “*kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma, kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar*

³⁷ Rainey; Wicks; Ovey, s. 199.

³⁸ Kavram ile ilgili uluslararası hukukta yer alan tanımlar için bakınız, Siller, s. 414-418.

³⁹ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005.

⁴⁰ Ryszard Piotrowicz, “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, Volume 24, No. 2, 2012, s. 187.

⁴¹ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010, para 282. Karara ilişkin bir değerlendirme için bakınız, Jean Allain, “Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, Volume 10, No. 3, 2010; Ayrıca bakınız, Duymaz.

⁴² Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi için bkz. 18.03.2003 tarihli ve 25052 sayılı Resmi Gazete. Aynı tanım Avrupa Konseyi'nin 2005 yılında kabul ettiği ve Türkiye'nin 01.09.2016 tarihinde taraf olduğu Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi'nin 4. maddesinde de benimsenmiştir. Sözleşme'nin İngilizce metni için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/197.htm> (Erişim: 25.01.2018)

amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir.” Aynı tanımda yer alan istismar kavramı “asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini⁴³ veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir.”

Tanımdan da görüldüğü gibi insan ticareti kavramı AİHS'nin 4. maddesi kapsamındaki üç durumu da içermektedir ve insan ticareti olgusu içtihat yoluyla AİHS'nin 4. maddesi kapsamına girmiş durumdadır. Hatta insan ticareti ile ilgili uluslararası hukukta ortaya çıkan standartlar aynı zamanda AİHS'nin 4. maddesinde yer alan kavramlar açısından da geçerli hale gelmiştir. Nitekim aşağıda da görüleceği üzere AİHM'nin 4. madde ile ilgili yükümlülüklerle dair tespitlerinde uluslararası hukuktaki güncel standartları yakından izlediği görülmektedir.⁴⁴ AİHM önüne gelen davalarda fuhuş amacıyla,⁴⁵ ev işlerinde zorla çalıştırma amaçlı,⁴⁶ tarım işlerinde çalıştırma amaçlı⁴⁷ insan ticaretinin 4. madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.

AİHM, insan ticareti kavramının AİHS'nin 4. maddesinde yer alan kavramlardan hangisinin kapsamına girdiğini doğrudan incelememiştir. Bu noktada ilk önce insan ticareti kapsamında olabilecek bir konu AİHS'nin 4. maddesinde yer alan kulluk veya zorla çalıştırma kapsamında görülebilmişken,⁴⁸ daha yakın tarihli bazı kararlarında, insan ticaretinin bu kavramlardan hangisine girdiğini belirlemeyi gerekli görmeyerek doğrudan 4. maddenin kapsamına girdiğine karar verilmiştir.⁴⁹ Bu durum AİHS'nin 4. maddesinde belirtilen kavramların birbirinden farklı olmasından hareketle

⁴³ “Başkalarının fuhuşunun istismar edilmesi” kavramının hangi durumları içerdiği belirsizdir. Protokol’de bu kavramın tanımı bilinçli bir şekilde yapılmamıştır ve konu Protokol’e taraf olan devletlerin iç hukukta yaptıkları düzenlemelere bırakılmıştır. Bkz. *Travaux Préparatoires of the negotiations for the elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Protocols thereto*, UNODC, New York, 2006, s. 347.

⁴⁴ Örneğin bkz. AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010; *L. E. v. Greece*, Appl. No. 71545/12, 21.01.2016; *J. A. v. France*, (admissibility), Appl. No. 45010/11, 27.05.2014; *V. F. v. France*, (admissibility), Appl. No. 7196/10, 29.11.2011.

⁴⁵ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010.

⁴⁶ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005; *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012.

⁴⁷ AİHM, *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. No. 21884/15, 30.03.2017.

⁴⁸ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005.

⁴⁹ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010, para. 282; *M and Others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012, para. 151.

insan ticareti gibi insan sömürsünün çeşitli biçimlerinin ne zaman kölelik veya kulluk ne zaman zorla çalıştırma olarak kabul edileceğini belirsiz bıraktığı için haklı olarak eleştirilmiştir.⁵⁰ Hatta bu tür bir yaklaşımla AİHS'nin 4. maddesine kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma dışında beşinci bir unsurun eklenmiş olduğu da ifade edilmiştir.⁵¹ Mahkeme'ye yöneltilen bu eleştiriler AİHM tarafından altı yıl sonra verilen başka bir karar sonrasında da devam etmiştir.⁵² Bu tür bir durumun özellikle pozitif yükümlülüklerin sınırının ve somut bir durumda kapsamının belirlenmesi bakımından özellikle önem taşıdığı ifade edilmektedir.⁵³

AİHM insan ticaretinin amacı sömürü olduğu için insan ticaretinin niteliği gereği, mülkiyet hakkına bağlı yetkilerin kullanılmasına dayandığı görüşünü dile getirmiştir.⁵⁴ İnsan tacirlerinin de kölelikte geçerli olan mülkiyet kavramının sağladığı iktidara eşdeğer bir iktidara sahip oldukları kabul edilmiştir. Böylece insan ticareti Mahkeme tarafından zaman zaman kölelik benzeri bir olgu olarak kabul edildiği görülmektedir.⁵⁵ Oldukça yakın tarihli bir kararda tarım işlerinde insan tacirlerince çalıştırılan kişilerin durumu kulluk olarak değil zorla çalıştırma olarak görülmüştür.⁵⁶ Dolayısıyla, insan ticareti kavramı çerçevesinde değerlendirilen bir muamele somut duruma göre 4. madde kapsamında yer alan kavramlardan herhangi biri bağlamında değerlendirilebilmektedir. AİHM kararları ile bugün 4. madde kapsamındaki tüm kavramlar ile birlikte insan ticareti kavramı da 4. maddenin bir parçası haline gelmiştir.

AİHS'nin 4. maddesi ile ilgili olarak gündeme gelen son bir konu sınırdışı veya suçluların iadesidir. AİHM'nin önüne insan ticareti ile bağlantılı olarak bu tür başvurular da gelmiştir. Bu başvurulardan birinde vatandaş olmadığı bir ülkede insan ticareti mağduru olduğu kabul edilen bir başvurucunun kendi ülkesine gönderilmesi halinde, bekâr, mağdur olma potansiyeli taşıyan ve insan ticaretine maruz bırakılmış bir kişi olarak yeniden insan ticareti mağduru haline gelme tehlikesinin mevcudiyetinden dolayı vatandaş olduğu ülkeye gönderilmesinin 4. maddenin ihlaline yol açacağına

⁵⁰ Allain; s. 555; Piotrowicz, s. 196.

⁵¹ Allain; s. 555.

⁵² AİHM, *L. E. v. Greece*, Appl. No. 71545/12, 21.01.2016.

⁵³ Valentina Milano, "The European Court of Human Rights' Case Law on Human Trafficking in Light of *L.E. v Greece*: A Disturbing Setback?" *Human Rights Law Review*, Volume 17, No. 4, December 2017, s. 727.

⁵⁴ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010, para. 281; *J and Others v. Austria*, Appl. No. 58216/12, 17.01.2017, para 104.

⁵⁵ Piotrowicz, s. 196. İki kavramın birbirinden farklılıkları için bakınız, Siller, s. 407.

⁵⁶ AİHM, *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. No. 21884/15, 30.03.2017, para 99.

dair iddiası değerlendirilmiştir. Ancak başvuruda taraf devletin başvuru ve kızına mülteci statüsü tanınması ve ortaya çıkan yargılama giderlerini karşıladığını beyan etmesi üzerine Mahkeme konunun çözüme bağlandığını belirterek başvurunun listeden çıkarılmasına karar vermiştir.⁵⁷ Bu başvurunun esasına girilmemiş olmakla birlikte AIHS'nin 4. maddesinin, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesinde olduğu gibi sınır dışı veya iade etme olgularında da uygulama alanı bulabileceği söylenebilir. Dolayısıyla insan ticareti mağdurlarının, sınırdışı veya iade edileceği ülkede kölelik veya benzer bir muameleye maruz kalabileceğine dair gerçek bir tehlikenin mevcudiyetine dair inandırıcı gerekçeler sunulduğu takdirde söz konusu kişinin sınırdışı veya iade edilmesi AIHS'nin 4. maddesinin ihlaline yol açabilecektir.⁵⁸

Bu konuya ilişkin bir başka başvuruda ise bu kez AIHS'nin 4. maddesi değil 3. maddesi gündeme gelmiştir. Başvuruda 18 yaşından küçük olan bir başvuru Somali'den İtalya'ya gitmiş, sığınma başvurusunda bulunmuş, daha sonra sokaklarda yaşamak zorunda bırakılmış, yalnızca yiyecek karşılığı başkaları tarafından çalıştırılmış ve ardından Finlandiya'ya gelmiştir. Başvuru Finlandiya'da sığınma başvurusunda bulunmuş ancak İtalya'da daha önce sığınma başvurusunda bulunduğu gerekçesiyle Finlandiya tarafından İtalya'ya iade edilmek istenmiştir. Başvuru İtalya'ya iade edilmesi durumunda bir küçük olarak AIHS'nin 3. maddesine aykırı muamele ile karşılaşma tehlikesi bulunduğunu iddia etmiştir. Söz konusu başvuru Finlandiya'nın başvurucuya sürekli bir ikamet izni tanınması üzerine konunun çözüme bağlandığı belirtilerek AIHM tarafından listeden çıkarılmıştır.⁵⁹ Söz konusu başvuru ile insan ticareti mağduru olan kişilerin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir muamele ile karşılaşma tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda bir başka ülkeye gönderilmesinin 3. maddenin ihlaline yol açabilme olasılığı gündeme gelmiştir.

AIHM önüne Sözleşme'nin 4. maddesi bağlamında gelen bir başka konu sosyal yardım karşılığı çalışma yükümlülüğüdür. İşsizlik yardımı veya başka adlarla yapılan yardımlar sonucunda yardımdan yararlanan kişiye çalışma yükümlülüğü getirilmesi durumunda bunun zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma niteliğinde kabule dilip edilmeyeceği önemli bir konudur. Mahkeme bir kabuledilemezlik kararında devletin sosyal güvenlik sistemi oluşturduğunda mevcut sistemden yararlanmak isteyen kişilerin karşılaması gereken koşulları belirleme yetkisine sahip olduğunu ve bu çerçevede bir kişiden “*genel olarak kabul edilebilecek bir işi*” kabul etme ve o işte çalışma

⁵⁷ AIHM, *L. R. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. No. 49113/09, 14.07.2011.

⁵⁸ AIHM, *O.G.O. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. No. 13950/12, 18.02.2014.

⁵⁹ AIHM, *D. H. v. Finland*, (admissibility), Appl. No. 30815/09, 28.06.2011.

yükümlülüğü getirilmesinin makul olduğunu belirtmiştir. Mahkeme işin belirtilen niteliği taşımadığı ve kişinin söz konusu işle ilgili vicdani bir reddi söz konusu olmadığı sürece çalışma yükümlülüğü getirilmesini zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak değerlendirmemiştir.⁶⁰

B- Anayasa

Osmanlı ve Cumhuriyet dönemlerinde ortaya çıkan anayasalarda veya anayasal belgelerde kölelik ve kulluk yasağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Köleliği ve kulluğu yasaklayan düzenlemelere ne Tanzimat ve Islahat Fermanlarında ve 1876 tarihli Kanun-i Esasi de, ne de 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer verilmiştir.⁶¹ Zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma ile bağlantılı bir kavram olan olan angarya ise, Kanun-i Esasi'nin 24. maddesinde, 1924 Anayasasının 73. maddesinde, 1961 Anayasasının 42. maddesinde yasaklanmıştır. 1924 Anayasasının 74. maddesinde “*Fevkalâde ahvalde kanun mucibince tahmil olunacak nakdî, aynî ve sayü amele mütaallik mükellefiyetler müstesna olmak üzere hiçbir kimse hiçbir fedakârlığa icbar edilemez.*” ve 1961 Anayasasının 42. maddesinde “*Memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları, demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.*” ifadeleri ile yasağa istisnalar getirilebileceği düzenlenmiştir.⁶² Bu iki düzenlemede zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma açıkça yasaklanmamış aksine kişilere belirli durumlarda çalışma ödevi getirilmiştir.⁶³

AİHS'nin 4. maddesinde yer alan kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı açık veya örtülü olarak Anayasa'nın 17. ve 18. maddelerinde düzenlenmiştir. AİHS ve Anayasa'da yer alan düzenlemeler arasında kapsamlı farklılıklar söz konusudur. Öncelikle Avrupa'daki çoğu devletin Anayasası gibi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da kölelik ve kulluk yasağına dair açık bir düzenleme yer almamaktadır.⁶⁴ Kölelik konusu bugün yargı organları önüne neredeyse hiç gündeme gelmezken⁶⁵ kulluk

⁶⁰ AİHM, *Schuitemaker v. the Netherlands*, (admissibility), Appl. No. 15906/08, 04.05.2010.

⁶¹ 1921 Anayasasından herhangi bir temel hak ve özgürlüğe yer verilmemiştir.

⁶² Osmanlıdan günümüze Türkiye'de zorunlu çalışma uygulamaları için bakınız, Süleyman Özdemir, “Türkiye’de Zorunlu Çalışma Uygulamaları”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı 41-42, İstanbul, 1998, s. 185 vd.

⁶³ Özdemir, s. 205.

⁶⁴ Canosa Usera, s. 94.

⁶⁵ Bu durumun belki de tek istisnası modern kölelik olarak adlandırılan insan ticareti kavramıdır.

benzeri uygulamalar⁶⁶ yargı organları önüne gelebilmektedir. Dolayısıyla dünya üzerinden henüz ortadan kalkmamış bu tür uygulamaların Anayasa tarafından yasaklanmamış olması büyük bir eksiklik oluşturabilir.

Anayasa’da bu yasağa dayanak oluşturabilecek belki de tek düzenleme Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan “*Herkes... maddi ve manevi varlığını koruma... hakkına sahiptir*” ifadesidir. Kölelik ve kulluk uygulamaları kuşkusuz kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik açık bir müdahaledir. Bu şekilde bir yorum ile Anayasa’da bu yönde bir yasağın açıkça düzenlenmemiş olmasından kaynaklanan AİHS’nin 1. maddesine aykırılığın ve boşluğun ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte, 25 Ocak 2018 tarihi itibarıyla Anayasa Mahkemesi (Bundan sonra AYM veya Mahkeme olarak kısaltılacaktır.) tarafından yayımlanmış kölelik veya kulluk yasağı ile ilgili verilmiş herhangi bir karara ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla AYM’nin bu iki kavrama dair yaklaşımı henüz belirsizdir.

Yukarıda kölelik ve kulluk yasağı AİHS’de sınırlanamayan, istisnası olmayan ve başka bir hakla dengelenemeyen mutlak bir yasak olarak düzenlendiği ifade edilmişti. Anayasa’da ise açıkça düzenlenmemekle birlikte bu tür bir konunun Anayasal koruma dışında bırakılması düşünülemeyeceğinden ve kölelik ve kulluğun kişinin maddi ve manevi varlığına açık müdahale oluşturmasından hareketle 17. madde kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir.⁶⁷ Bu yasak niteliği gereği istisnası olmayan ve başka hakla dengelenemeyen bir özelliğe sahip olduğundan Anayasa’nın 13. maddesi, devletin yetkisini kötüye kullanması anlamında 14. maddenin ikinci fıkrası ve 15. maddenin ilk fıkrasında yer alan genel güvencelerin kölelik ve kulluk yasağı için gündeme gelmesine gerek kalmamaktadır. Anayasa’nın 15. maddesi olağanüstü durumlarda dahi korunacak olan çekirdek alan içinde maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağını da belirterek AİHS’nin 15. maddesi ile bir paralellik kurmuştur. Kişinin maddi ve manevi varlığı hem işkence ve kötü muamele yasağını, hem de kölelik yasağını içerecek şekilde 15. maddenin dokunulmaz çekirdek alanında yer almıştır. Bu tür bir yorum Anayasa’daki mevcut eksikliği AİHS’ye uygun bir şekilde doldurulmasına olanak tanımaktadır.

1982 Anayasası’nda, 1924 ve 1961 Anayasalarının aksine zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı ile ilgili açık ve kapsamlı bir düzenleme

⁶⁶ Örneğin, bkz. AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005.

⁶⁷ Benzer bir görüş için bakınız, İlke Göçmen, “Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 34, Sayı 1, İstanbul, 2014, s. 18.

mevcuttur. Anayasa'nın 18. maddesine göre “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır...” Öncelikle madde metninde yer alan “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz.” ifadesi AİHS'nin 4. maddesinde yer alan “Hiç kimseden zorla... çalışması talep edilmeyecektir.” ifadesi ile benzerlik taşımaktadır ve bu nedenle AİHS ile uyumludur. Anayasa'nın 18. maddesinin gerekçesinde “Çalışma, iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet, diğer bir deyimle serbest iradeyle üstlenilen bir yükür. Bu yükün kişiye zorla kabul ettirilmesi, kendisinin, iradesi dışında bir faaliyette bulunmaya mecbur bırakılması hem kişi hürriyetiyle bağdaşmayan bir husustur; hem de bu duruma sokulan kişi için bir eziyet teşkil eder. Bu nedenledir ki maddenin birinci fıkrası zorla çalıştırmayı yasaklamaktadır.” ifadeleriyle zorla çalıştırma kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır.⁶⁸

Anayasa'da Sözleşme'de yer almayan bir kavram olan “angarya” ifadesine yer verilmiştir. Angarya, “Bir kimseye veya bir topluluğa zorla, ücret vermeden yaptırılan iş, yükümlülük veya bir kişiye görevi dışında yaptırılan iş” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁹ Anayasa'nın 18. maddesinin gerekçesinde de angarya “kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması” olarak tanımlanmıştır.⁷⁰ AYM de angaryayı “bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma” olarak tanımlamıştır.⁷¹ AYM'ye göre çalışma ve iş görme kişinin serbest iradesiyle yüklendiği bir faaliyet ve yükümlülüktür.⁷² Mahkeme kuruluşundan itibaren kişinin müeyyide ile karşılaşmamak için ve herhangi bir ücret almadan çalışmak zorunda bırakılmayı angarya olarak değerlendirmiştir.⁷³ Bu tanımlardan hareketle Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan angarya, zorla çalıştırmanın karşılığı ödenmeksizin yaptırılması olarak da tanımlanabilir. AYM'ye göre de her iki kavramda da çalışma zorunluluğu söz konusu olsa da zorla çalıştırma karşılıklı, angarya ise karşılıksız yaptırılmaktadır.⁷⁴

⁶⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, Ankara, 2011, s. 28.

⁶⁹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&view=bts (Erişim: 25.01.2018)

⁷⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli, TBMM, s. 28.

⁷¹ AYM, E. 1963/358, K. 1964/17, 06.03.1964; E. 1971/28, K. 1971/64, 08.07.1971; E. 1992/8, K. 1992/39, 16.06.1992; E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006; E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013; Atilla İnan Kararı, B. No: 2012/615, 21.11.2013, para 42. Ayrıca, Münis Düşenkalkar Kararı, B. No: 2013/1244, 17.07.2014, para 31.

⁷² AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, 16.07.2010.

⁷³ AYM, E. 1963/172, K. 1963/244, 21.10.1963; E. 2012/97, K. 2013/51, 03.04.2013.

⁷⁴ AYM, E. 1963/358, K. 1964/17, 06.03.1964; E. 1963/198, K. 1965/1, 05.01.1965. Ayrıca, Yasemin Balcı Kararı, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 69.

AYM zorla çalıştırma kavramının tanımı doğrudan Anayasa’da yer almadığı için AİHM gibi uluslararası belgelerden yararlanarak bir tanım yapmaya çalışmıştır. Mahkeme’ye göre öncelikle kavramın sözel anlamından yola çıkıldığında çalıştırılmanın zorla (cebre) dayanması gerekmektedir: *“Zor, eylemin iradiliğini ortadan kaldıran dışsal bir unsur olup daha üstün bir iradenin buyurmasının varlığına işaret eder. Zor kullanımından söz edilebilmesi için buyuran iradenin buyurulan iradeyi edilgenleştirilmesi gerekir. Dolayısıyla zora dayalı çalıştırma, bir kimsenin serbest iradesi bulunmadan çalıştırılmasıdır. Esasında bir buyurmanın zorakilik vasfını kazanması, yaptırım tehdidi ile desteklenmiş olması sayesinde. Yaptırım tehdidi içermeyen buyurmalar, zora dayalı çalıştırmanın zoraki/cebri olduğunun kabulü imkansızdır. Sonuç olarak zorla çalıştırmanın kişinin iradesi dışında ve yaptırım tehdidi altında çalıştırılması biçiminde tanımlanması mümkündür.”*⁷⁵

Görüldüğü üzere AYM kavramın ceza tehdidi altında olan bir kişinin rızası olmaksızın çalıştırılması biçiminde iki unsurdan oluştuğunu belirtmiştir.⁷⁶ Bu noktada “ceza” kavramı AİHM gibi oldukça geniş yorumlanmıştır. Kavram, sadece dar anlamıyla ceza hukuku kapsamında uygulanan yaptırımlar olarak değil, adli-idari para cezaları, idari yaptırımlar, tazminat veya cezai şart gibi tüm yaptırım biçimleri bu kavram kavramına dahil kabul edilmiştir. Hatta somut duruma bağlı olarak bir kişinin işini kaybetme korkusu dahi bir “ceza” tehdidi olarak yorumlanmıştır.⁷⁷

AYM önüne birçok kez mecburi hizmet yükümlülüğü ile ilgili konular gelmiştir. Mahkeme mecburi hizmet yükümlülüğü ile ilgili olarak, yukarıdaki tanımdan hareketle, bir kişinin zorla çalıştırma yükümlülüğüne gireceğini bilerek serbest iradesiyle bir tercihte bulunması durumunda zorla çalıştırmanın söz konusu olmayacağını kabul etmiştir.⁷⁸ Bir kişinin serbest iradesiyle özel hukuk sözleşmesi akdetmesi veya kamu görevlisi olmak isteyerek bir statüye girmesi sonucunda kanunlarca çalışma zorunluluğu öngörülmesi zorla çalıştırma sayılmamıştır. Açıkça tanımlanabilen bir iş veya tanımlanmasa bile öngörülebilir bir iş söz konusu ise rızanın mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁷⁹ Örneğin bir avukatın müvekkili ile serbest iradesiyle yaptığı vekalet sözleşmesi gereğince avukatlık hizmeti sunması yasal bir zorunluluktan kaynaklanmadığı, serbest iradeyle yapılan bir sözleşmeye

⁷⁵ AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 63.

⁷⁶ AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013.

⁷⁷ AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 65.

⁷⁸ AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013.

⁷⁹ AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 65-66.

dayandığı için zorla çalıştırma olarak görülmemiştir.⁸⁰ Ayrıca bir kamu idaresiyle yaptığı sözleşmeye istinaden ücretli olarak tiyatro oyuncusu olarak çalışan bir kişiye teşvik ikramiyesi ödenmemesi, çalışmanın sözleşmeye dayalı ve ücret mukabili olması ve kişinin zorla çalıştırılmaması nedeniyle;⁸¹ bir kamu kurumunda çalışan bir kişinin başka bir kuruma naklen atanma talebinin reddedilmesinin, kişinin çalışmış olduğu kuruma isteğiyle girmesi ve burada kalmasının bir tehdit ya da baskı sonucu olmaması nedeniyle;⁸² bir kişinin görev yerinin isteği dışında değiştirilmesi ve kendi görev alanı kapsamında kalan başka işleri de yapmak durumunda kalması;⁸³ 18. maddenin ihlali görülmemiştir.

Madde metninde zorla çalıştırma yasaklanmakla birlikte “zorunlu çalışma” ifadesine açıkça yer verilmediği görülmektedir. Anayasa’nın 18. maddesinde yer alan ve zorla çalıştırma sayılamayacak durumlara dair ikinci fıkrada da “zorla çalıştırma” ifadesine yer verilmiştir. Bu nedenle madde metninden kaynaklı olarak Anayasa’nın zorla çalıştırmayı yasaklamasına rağmen zorunlu çalışmayı yasaklamadığı sonucuna ulaşılabilir. Ancak AİHS’nin 4. maddesinde “zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma” ifadesi ile her iki kavram bir bütün olarak düzenlenmiştir. Yine 29 No’lu ILO Sözleşmesi’nde de zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma “bir kişiden ceza tehdidi altında yapması istenen ve kişinin kendi iradesiyle yerine getirmediği her türlü çalışma veya hizmet” olarak tanımlanmıştır.⁸⁴ Dolayısıyla her iki kavramın bir bütün olarak değerlendirilmesi mümkündür. Anayasa’da zorunlu çalışma ifadesinin kullanılmamış olması AİHS ve Anayasa arasında bir farklılık olarak değerlendirilmemelidir. Bu nedenle Sözleşme’nin 4. maddesi ile Anayasa’nın 18. maddesi arasında zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı bakımından kapsam bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.

AYM zorla çalıştırma ile ilgili önüne gelen bireysel başvurularda AİHM’nin uyguladığı ölçütleri uygulamaktadır. Buna göre fiziksel veya zihinsel baskı ile ya da kişinin kendi isteği ile talip olmadığı bir işin ona herhangi bir ceza tehdidi ile ve rızası hilafına yaptırılmış olması durumu zorla çalıştırma olarak kabul edilmiştir. Örneğin bir astsubayın, görevlendirilmesinin iradesi dışında, bir tehdit veya baskı sonucu gerçekleşmemesi ya da katlanılmaz sıkıntılara yol açmaması, kişinin çalışmış

⁸⁰ AYM, *Atilla İnan Kararı*, B. No: 2012/615, 21.11.2013, para 45. Benzer şekilde AİHM, *Nespala v. the Czech Republic*, (admissibility), Appl. No. 68198/10, 24.09.2013.

⁸¹ AYM, *Münis Düşenkalkar Kararı*, B. No: 2013/1244, 17.07.2014, para 34-35.

⁸² AYM, *Serkan Acar Kararı*, B. No: 2013/1613, 02.10.2013, para 29.

⁸³ AYM, *Aysun Toka Kararı*, B. No: 2013/2364, 07.03.2014, para 33.

⁸⁴ Ayrıca bkz. AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 116.

olduğu kuruma isteğiyle girmesi, maaşını alması ve burada kalmasının bir tehdit ya da baskı sonucu olmaması, bu statüyü kabul ederken baştan itibaren kendisini bağlayan yasal düzenlemelerden haberdar olması dikkate alındığında astsubaylara yönelik mecburi hizmet yükümlülüğü getirilmesi zorla çalıştırma olarak nitelendirilmemiştir.⁸⁵

Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı, güvence hükümleri bakımından kölelik ve kulluk yasağından farklılaşmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi AİHS'ye paralel biçimde kölelik ve kulluk yasağı mutlak bir yasak olduğu için herhangi bir güvence hükmünün gündeme gelmesi gerekmemektedir ancak zorla veya zorunlu çalışma yasağı istisnaları bulunan bir yasak olduğundan Anayasa'nın 13. maddesi, 14. maddenin ikinci fıkrası ve 15. maddenin ilk fıkrasında yer alan genel güvencelere uygunluk sağlanması önemlidir.

Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan angarya kavramı birçok kez AYM kararına konu olmuştur. AYM kararlarında angaryanın kamu yararına olup olmamasına göre bir ayrıma gitmiştir. Bir kişiye karşılıksız olarak yüklenen zorla çalıştırma yükümlülüğü kamu yararı için öngörülmüş ise Anayasa'ya aykırı kabul edilmeyebilmektedir.⁸⁶ Ancak söz konusu yükümlülük bir işçinin işveren için fazla çalışması gibi kamu yararına olmayan bir hususa ilişkin ise söz konusu karşılıksız çalıştırma angarya olarak kabul edilmekte ve Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır. Örneğin Köy Kanunu'na göre bir köyde oturan kişilerin köylülerin mahalli nitelikteki ortaklaşa ihtiyaçlarının sağlanmasına yarayan ve Kanun ile zorunlu işler olarak tanımlanmış işlerin kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve karşılıksız çalıştırma veya bir kişinin hizmetinden ücretsiz yararlanma niteliğinde olmadığı kabul edilmiştir.⁸⁷ Devleti hizmeti yükümlülüğü veya mesai saatleri dışında çalışma haricinde örneğin, "Bir kuruluşun denetimi sırasında bu kuruluşun organlarında kendi istekleri ile görev alan kişilerin, müfettişlere yardımcı olma ve denetim konusu ile ilgili bilgi ve belgeleri verme ile yükümlü kılınma" angarya olarak nitelendirilmemiştir.⁸⁸

AYM önüne gelen bir başka konu kamu görevlilerinin mesai saatleri dışında görev yapmak zorunda kalmalarına dair yasal düzenlemelerdir. Mahkeme bu tür durumlarda kamu görevlisine çalışma yükümlülüğü

⁸⁵ AYM, *İsa Reçber Kararı*, B. No: 2013/4518, 21.01.2015, para 22-23.

⁸⁶ AYM, E. 1963/198, K. 1965/1, 05.01.1965.

⁸⁷ AYM, E. 1963/172, K. 1963/244, 21.10.1963.

⁸⁸ AYM, E. 2013/66, K. 2014/19, 29.01.2014.

getirilmesini hukuka uygun bulunmuş⁸⁹, ek bir ödeme yapıldığı durumda çalışmanın angarya niteliğinde kabul edilemeyeceğine hükmedilmiştir.⁹⁰ Mahkeme böyle bir durumda ödeme yapılıyor olmasını yeterli görmüş ve yapılan ödemenin düşük olduğuna dair iddiaları dikkate almamıştır ve yasa koyucunun takdirine bırakmıştır.⁹¹ Ayrıca bazı zorunlu hâllerde kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici olarak görevlendirilmesi, nöbet tutturulması bunun için ayrıca ücret ödenmesi durumunda zorla çalıştırma olarak değerlendirilmemiştir.⁹² AYM konuyu 18. madde kapsamında değerlendirmemekle birlikte, geçici görevlendirilme sebebiyle asıl görev yeri dışında konaklamak durumunda kalan kamu görevlilerinin, maddi açıdan belli bir külfetle karşı karşıya kalmaları ve bu külfetin, kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanması nedeniyle kamuca karşılanması gerektiğinden konaklama giderinin ödenmesini on gün ile sınırlayan kanun hükmünü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı görerek iptal etmiştir.⁹³

Zorla çalıştırma kapsamında değerlendirilebilecek doktorlar için öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmediği takdirde bir yaptırım öngörülmesi AYM tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuştur. Söz konusu yaptırım kişinin doktorluk mesleğini yürütememesi şeklindedir. Mahkeme'ye göre "*Tabipler ve uzman tabipler için öngörülen devlet hizmeti yükümlülüğünün amacı gözetildiğinde, bu amaca ancak, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ile ulaşılabileceği açıktır. Bu nedenle yasa koyucu tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayıcı önlemler alınması doğaldır.*"⁹⁴ AYM bu tutumunu bireysel başvuru usulü sonrasında da sürdürmüştür.⁹⁵ AYM'nin zorunlu çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda kişiye bazı yaptırımlar uygulanmasını zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağına aykırılık oluşturmayacağına dair yaklaşımı AİHM'nin kararları ile örtüşmektedir. AİHM, örneğin stajyer

⁸⁹ AYM, E. 1992/8, K. 1992/39, 16.06.1992.

⁹⁰ AYM, E. 1971/28, K. 1971/64, 08.07.1971

⁹¹ AYM, E. 1979/23, K. 1980/9, 29.01.1980; E. 1980/42, K. 1981/5, 27.01.1981; E. 1980/47, K. 1981/6, 27.01.1981; E. 1980/52, K. 1981/7, 27.01.198; E. 1980/53, K. 1981/8, 27.01.1981. Ayrıca bakınız, AİHM, *Radi and Ghergina v. Romania*, (admissibility), Appl. No. 34655/14, 05.01.2016, para 27-28.

⁹² AYM, E. 2012/103, K. 2013/105, 03.10.2013; E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015; E. 2014/61, K. 2014/166, 07.11.2014; E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015.

⁹³ AYM, E. 2015/13, 2015/108, 25.11.2015.

⁹⁴ AYM, E. 2007/24, K. 2010/113, 16.12.2010. Seçimlerde sandık kurulu üyelerinin görev yerini terk etmeleri ile ilgili ceza öngören bir düzenlemenin Anayasa'ya uygun olduğuna hükmeden bir AYM kararı için bkz. E. 1963/358, K. 1964/17, 06.03.1964.

⁹⁵ AYM, *Meltem Sukan Kararı*, B. No: 2013/9459, 21.04.2016.

avukatlara ücretsiz adli yardım yükümlülüğü getiren ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda staj listesinden silinmesi veya baro levhasına yazılma talebinin reddi gibi bir yaptırımın AİHS'ye aykırı bulunmamıştır.⁹⁶

Zorla çalıştırmanın veya zorunlu çalışmanın bir yaptırım olarak uygulanması durumunda ise AYM'nin konuya yaklaşımı değişmektedir. AYM, yazılı belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın kanunda öngörülen süre içerisinde göreve başlamayan veya başladıktan sonra devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan doktor veya uzman doktorlara yaptırım olarak devlet hizmeti yükümlülüklerine süre eklenmesini, bu tür bir yaptırım görev yaptıkları bölgede bu kişilerin hizmetlerine duyulan ihtiyaçtan ve devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kılan ülke koşullarından kaynaklanmadığı için zorla çalıştırma yasağına aykırı bulmuş ve iptal edilmiştir.⁹⁷ Zorla çalıştırma ve zorunlu çalışmanın yerine getirilmemesi durumunda yaptırım uygulanması AYM tarafından Anayasa'ya uygun bulunurken, bir fiile yaptırım olarak zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yükümlülüğü getirilmesi ise Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.

AYM önüne gelen bir başka konu bir kişinin terfi etmesine rağmen ücretinin aynı kalmasının zorla çalıştırma olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. AYM, üstlendiği müdürlük görevi ile yetki ve sorumluluk alanı genişlemiş olsa da, bu görev ile daha önce yürütmekte olunan şeflik görevinin birbiriyle ilgisiz görevler olmadığı, kişinin mesleki faaliyet alanıyla ilgili ve de kariyer olarak daha üst bir görevde çalışmaya devam ettiği, bu görevin kendisine mesleki anlamda katkı ve deneyim sağlayacağı, eski görevi ile aynı mesaiye tabi olduğu, başvurunun müdür olarak görevlendirilmesinin anılan kadronun boş olmasından ve bu boşluk nedeniyle kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin oluşabilecek aksaklıkların önlenmesi ve giderilmesi amacıyla kaynaklandığı, üstlenilen görevin makul olmayan, orantısız bir külfet yüklediği için daha fazla yetki ve sorumluluğu bulunan tapu sicil müdürlüğü görevini yürütmesi nedeniyle kişiye ayrıca bir ücret ödenmemesinin zorla çalıştırma ve dolayısıyla angarya olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir.⁹⁸

AYM önüne gelen bir dizi başvuruda bir kamu idaresi ile yaptıkları sözleşmeye istinaden ücret karşılığı kamuda çalışan başvuruların işe başladıkları tarihten sonra yürürlüğe giren bir kanun sonucunda fiili hizmet zammı almaya başladıkları, ancak bu zammın işe başladıkları tarihten itibaren değil, ilgili kanun düzenlemesinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ödendiği

⁹⁶ AİHM, *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983, para 35.

⁹⁷ AYM, E. 2010/113, K. 2011/164, 08.12.2011.

⁹⁸ AYM, *Halil Üstündağ Kararı*, B. No: 2013/5062, 14.01.2014, para 28-29.

ve bu nedenle emekli olabilmek için daha fazla çalışmak zorunda kaldıkları iddiası incelenmiştir. Mahkeme kişilerin zorla çalıştırılmadığı, yaptıkları işin karşılığı olarak kendilerine ücret ödendiği gerekçeleriyle zorla çalıştırma yasağının ihlal edilmediğine hükmetmiştir.⁹⁹

AYM önüne gelen bir başka grup başvuruda, daha önce kamuya ait bir işletmede çalışan kişilerin söz konusu işletmenin özelleştirilmesi sonrasında işletmeyi devralan şirketin kendilerini işten çıkarması ve bazı işçilik alacaklarını ödememesi nedeniyle zorla çalıştırma yasağının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. AYM bu başvurularda bir sözleşmeye istinaden ve ücret mukabili çalışıldığını, dolayısıyla ücret ödenmeksizin veya istenilmeyen bir işte zorla çalıştırılmanın söz konusu olmaması nedeniyle zorla çalıştırmanın ihlal edilmediğine hükmetmiştir.¹⁰⁰

Anayasa’da zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kapsamında gündeme gelebilecek bağlantılı bir madde Anayasa’nın 48. maddesindeki çalışma özgürlüğüdür.¹⁰¹ Maddede yer alan “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*” ifadesi ile irade serbestliği çerçevesinde kişilerin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma özgürlükleri güvence altına alınmak istenmiştir.¹⁰² Anayasa’nın 48. maddesi, zaman zaman 18. madde ile birlikte gündeme gelebilmektedir. AYM’ye göre “*Çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa’nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa’nın 18. maddesinde yer alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı yolundaki hükmün, çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.*”¹⁰³ Zorla çalıştırma yasağının ihlali Anayasa’nın 48. maddesinde tanınmış çalışma özgürlüğüne de bir müdahaledir ve çalışma

⁹⁹ AYM, *Hatun Özdemir Kararı*, B. No: 2013/7904, 10.03.2016, para 26-27; *Feride Sağlam Kararı*, B. No: 2013/7913, 23.02.2016, para 26-27; *Arzu Batmaz Kararı*, B. No: 2013/7915, 16.09.2015, para 26-27; *Fuat Tanrıku Kararı*, B. No: 2013/7916, 18.02.2016, para 26-27.

¹⁰⁰ AYM, *Aydın Koloğlu Kararı*, B. No: 2014/2456, 10.05.2017, para 30-31; *Hafize Aslan Kararı*, B. No: 2014/2457, 19.04.2017, para 30-31; *Ali Rıza Baylı Kararı*, B. No: 2014/2458, 05.07.2017, para 30-31; *İsmail Kuşçu Kararı*, B. No: 2014/2459, 11.05.2017, para 30-31; *Hale Koloğlu Kararı*, B. NO: 2014/2460, 11.05.2017, para 30-31; *Muzaffer Eygay Kararı*, B. No: 2014/2461, 10.05.2017, para 30-31; *İbrahim Çalışkan Kararı*, B. No: 2014/2462, 11.05.2017, para 30-31.

¹⁰¹ AYM ücrette adaletin sağlanması hakkının bireysel başvuruya konu olamayacağına hükmetmektedir. Örneğin bakınız, *İsa Reçber Kararı*, B. No: 2013/4518, 21.01.2015, para 30.

¹⁰² *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gereççeli*, s. 93.

¹⁰³ Bkz. AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006. Ayrıca bkz, E. 2007/24, K. 2010/113, 16.12.2010.

özgürlüğünün ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır.¹⁰⁴ Mahkeme her iki kuralın aynı etki ve değerinde olmasından hareketle birlikte yorumlanması gerektiğini ve 48. maddede herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemesine rağmen 18. madde ile 48. maddenin bir anlamda norm alanının sınırlandığı görüşündedir.¹⁰⁵ Bu yaklaşım sonucu, her iki madde de çalışma ve sözleşme özgürlüğü korunmakla birlikte, 18. maddede yer alan zorla çalıştırma sayılmayan haller aynı zamanda 48. maddenin de istisnaları haline gelmektedir.

Anayasa'da yer alan konu ile bağlantılı bir diğer düzenleme ise Anayasa'nın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkıdır. Anılan maddeye göre "*Çalışma, herkesin hakkı[dır]. Devlet... çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek... için gerekli tedbirleri alır*". 49. madde ile aşağıda görüleceği üzere konu ile ilgili pozitif yükümlülükler gündeme gelmektedir.¹⁰⁶ Anayasa'nın 50. maddesi, kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının ihlalini oluşturabilecek bazı uygulamaları yasaklarken,¹⁰⁷ 55. madde ise yapılan işe uygun adaletli bir ücret elde edilmesi hakkına yer vermektedir.¹⁰⁸

AİHS'nin 4. maddesi aşağıda görüleceği üzere bir dizi farklı yükümlülüğü beraberinde getirdiği için, Anayasa'da yer alan bu düzenlemelerin farklı bağlamlarda gündeme gelmesi mümkündür. Anayasa'nın belirtilen maddeleri, Anayasa'nın 17. maddesinin kölelik ve kulluk yasağını kapsayacak biçimde yorumlanması kaydıyla, AİHS'nin 4. maddesinin ilk iki fıkrasında yer alan kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı ile örtüşmektedir ve AYM'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelecek olaylarda Anayasa'yı AİHS ve AİHM kararlarına uygun yorumlaması mümkündür.

¹⁰⁴ AYM, E. 2010/113, K. 2011/164, 08.12.2011.

¹⁰⁵ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

¹⁰⁶ Pozitif yükümlülüklerle ilgili temel hüküm Anayasa'nın 5. maddesidir.

¹⁰⁷ Anayasa, 50. madde: "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır...*"

¹⁰⁸ Anayasa 55. madde: "*Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.*" AYM ücrette adaletin sağlanması hakkının bireysel başvuruya konu olamayacağına hükmetmektedir. Örneğin bakınız, *Halil Üstündağ Kararı*, B. No: 2013/5062, 14.01.2014, para 35. Bu konuda ilgili olabilecek bir başka düzenleme 72. maddedir ancak bu düzenleme üzerinde istisnalar kapsamında durulacaktır.

II. Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağının Doğurduğu Yükümlülükler

A- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS'nin 4. maddesinde yer alan kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı Sözleşme'de yer alan diğer tüm hak ve özgürlükler gibi hem negatif, hem de pozitif yükümlülükleri gündeme getirmektedir. Sözleşme'nin 4. maddesi yatay etki doğurabilen bir maddedir.¹⁰⁹ AİHM'ye göre 4. maddeye uygun davranma yükümlülüğünün yalnızca devletin doğrudan eylemleri ile sınırlanması özellikle bu konu ile ilgili uluslararası belgelere uygun olmayacaktır ve bu belgeleri etkisiz hale getirebilecektir.¹¹⁰ Devletler kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma mağdurlarını pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olarak etkili bir şekilde korumakla yükümlüdür.¹¹¹ Yine madde bir haktan öte bir yasak biçiminde kaleme alınmıştır, ulusal hukukta bu yönde bir düzenleme olmasa dahi doğrudan uygulanabilir niteliktedir ve kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma hallerini hukuka aykırı olarak kabulünde doğrudan dayanak olarak kullanılabilmesi mümkündür.

Madde kapsamındaki ilk yükümlülük devletin mevcut yasakları ihlal etmemesidir. AİHS'nin 4. maddesi kapsamında pozitif yükümlülükler AİHM tarafından ilk kez *Siliadin v. Fransa* kararı ile tanınmıştır.¹¹² Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde olduğu gibi 4. madde kapsamında da devletlerin hem maddi, hem de usuli yükümlülükleri, başka bir deyişle kişileri bu tür muamelelere karşı koruma ve kişiler bu tür muamelelerle karşılaştıklarında etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğü söz konusudur.¹¹³ Devlet gerçek kişileri, devlet, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişilerinin kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının ihlalini oluşturan fiillerinden korumakla yükümlüdür. AİHM'ye göre devletler AİHS'nin 4. maddesini ihlal eden kişilerin etkili bir şekilde kovuşturmak ve cezalandırmak ile olası sömürü durumlarının yetkili makamların dikkatine sunulduğunda soruşturma yükümlülüğü altındadır.¹¹⁴

¹⁰⁹ Yatay etki konusunda daha ayrıntılı bilgi için bakınız, Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Sibel İnceoğlu (Ed.), Beta Yay., İstanbul, 2013, s. 53 vd.

¹¹⁰ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 89.

¹¹¹ AİHM, *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 69.

¹¹² Cullen, s. 585. AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005.

¹¹³ Rainey; Wicks; Ovey, s. 202. AİHM, *M and others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012, para. 155-157.

¹¹⁴ AİHM, *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 104.

AİHM, 4. maddeyi ihlal eden kişilerin etkili bir şekilde kovuşturulması ve cezalandırması yükümlülüğü kapsamında öncelikle bir yasal çerçevenin mevcudiyetini aramaktadır. Ulusal mevzuatın 4. maddenin mağdurları için uygulanabilir ve etkili bir korumayı güvence altına almak için yeterli olması beklenmektedir.¹¹⁵ Bu tür bir korumanın sağlanmaması başlı başına bir ihlal olarak değerlendirilebilmektedir.¹¹⁶ Ayrıca bu alanda etkili ceza hukuku düzenlemelerinin kabulü beklenmektedir¹¹⁷ ve yalnızca tazminat şeklinde bir yaptırımın öngörülmesi Mahkeme tarafından yeterli görülmemektedir.¹¹⁸ Elbette yasal düzenlemelerin kabulü tek başına yeterli değildir, bunların etkili bir biçimde uygulanması da gereklidir.¹¹⁹

Gündeme gelen ikinci yükümlülük ise vakaların etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğüdür.¹²⁰ Bu noktada AİHM tarafından yine yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağı bağlamında gündeme gelen usuli yükümlülükler çerçevesi benimsenmiştir. Bir soruşturma ancak aşağıda belirtilen durumları içerdiği sürece etkili kabul edilmektedir. Soruşturma içeriği ve yürütülmesi açısından gerçek suç faillerini ortaya çıkarmaya muktedir olması gerekmektedir. Soruşturmanın makul bir çabukluk ve özenle yürütülmesi gerekmektedir ve mağdurun bulunduğu durumdan kurtarılması olasılığı mevcut ise soruşturma derhal başlatılmalıdır. Soruşturmanın başlatılması için mağdurların yakınlarından birinin şikâyetinde bulunması beklenmemelidir ve yetkililerce re'sen harekete geçebilmelidir. Soruşturmanın olayda rolü olan kişilerden bağımsız olarak yürütülmesi beklenmektedir. Son olarak soruşturmada mağdur veya mağdur yakınlarının meşru çıkarlarının korunması için, gerekli olduğu ölçüde, soruşturmanın bu kişilere açık olması gerekmektedir.¹²¹

AİHM'nin insan ticareti ile ilgili içtihatları ile, AİHS'nin 4. maddesi çerçevesinde devletlerin yükümlülükleri, belirtilenlerle sınırlı görülmemiştir ve daha da geniş kapsamlıdır.¹²² Bu noktada insan ticaretinin önlenmesi, mağdurların korunması ve insan ticaretinden sorumlu olan kişilerin

¹¹⁵ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 146-148; *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 108.

¹¹⁶ Kulluk için bakınız, AİHM, *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012, para 104; ev içi kulluk için bakınız, *C. N. v. the United Kingdom*, Appl. No. 4239/08, 13.11.2012, para 67-69.

¹¹⁷ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965, 07.01. 2010, para. 284.

¹¹⁸ AİHM, *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005, para. 144-148.

¹¹⁹ AİHM, *M and others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012, para. 155.

¹²⁰ agk, para. 157.

¹²¹ AİHM; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965, 07.01.2010, para. 288; *C. N. v. the United Kingdom*, Appl. No. 4239/08, 13.11.2012, para 67-69.

¹²² AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965, 07.01. 2010, para. 285. Ayrıca bakınız, *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. No. 21884/15, 30.03.2017, para 86-89.

cezalandırılmasını içeren geniş bir yükümlülükler çerçevesi benimsenmiştir.¹²³ Mahkeme yükümlülüklerle ilgili bu çerçevenin kabulünde Palermo Protokolü'nden ve Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesinden esinlenmiştir. AİHS'nin 4. maddesi ile ilgili gündeme gelen bir diğer yükümlülük koruma yükümlülüğü kapsamında devletin insan ticareti mağduru olan veya olma tehlikesi altında bulunan kişilerin mevcut durumdan kurtulması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğüdür. Ancak bu yükümlülük Sözleşme'nin 2. maddesinde olduğu gibi kişinin insan ticareti mağduru olmasına dair gerçek ve mevcut bir tehlikenin varlığını gerektirmektedir.¹²⁴ Mahkeme'ye göre insan ticaretine karşı operasyonel önlemler alma yükümlülüğü, modern toplumlarda güvenliği sağlamadaki güçlükler, önceliklere ve kaynaklara göre belirlenen operasyonel tercihler göz önünde bulundurularak, yetkili makamlara imkânsız veya orantısız bir külfet yüklemeyecek içerikte yorumlanmalıdır.¹²⁵

İnsan ticareti ile ilgili olarak gündeme gelen öncekilere ek bir başka yükümlülük ise sınır ötesi insan ticareti vakaları ile ilgili olarak etkili bir işbirliği sergilenmesi ile ilgilidir.¹²⁶ Bu kapsamda devletlerin kendi ülkesi dışında gerçekleşen insan ticareti vakalarının soruşturulması ile ilgili olarak diğer devletin ilgili kamu makamları ile etkili bir işbirliğine gitmesi gerekmektedir. Son yıllarda 4. madde ile ilgili içtihatların insan ticareti ağırlıklı olması nedeniyle söz konusu yükümlülüklerin yalnızca insan ticareti bakımından geçerli olduğu düşünülmemelidir. İnsan ticareti ile ilgili gündeme gelen yükümlülüklerin AİHS'nin 4. maddesi kapsamında yer alan kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının ihlalini oluşturan tüm durumlar için uygun olduğu ölçüde gündeme gelmesi mümkündür.

B- Anayasa

Anayasa'nın 18. maddesi, AİHS'nin 4. maddesi gibi devletin pozitif yükümlülükleriyle ilgili doğrudan bir düzenlemeye yer vermemiştir. Maddenin bir yasak biçiminde kaleme alınması yalnızca negatif yükümlülüklerin söz konusu olabileceği izlenimi uyandırmaktadır. Ancak AİHM'nin içtihatları ile geliştirdiği gibi bir yükümlülükler dizgesinin Anayasa kapsamında AYM'nin içtihatları ile gündeme gelmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu konuda Anayasa'nın temel düzenlemesi olan 5.

¹²³ Ayrıntılı bilgi için bakınız, Duymaz.

¹²⁴ AİHM, *M and others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012, para. 156.

¹²⁵ AİHM, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965, 07.01. 2010, para. 287.

¹²⁶ Rainey; Wicks; Ovey, s. 202. AİHM; *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965, 07.01.2010, 289; *M and Others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012, para. 167; *J and Others v. Austria*, Appl. No. 58216/12, 17.01.2017, para 105.

maddedeki devletin temel amaç ve görevlerinden biri olarak sayılan “*kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma*” görevi konu ile ilgili gündeme gelebilecek tüm pozitif yükümlülüklerin temelini teşkil etmektedir.

Anayasa’da konu ile ilgili olabilecek bağlantılı diğer düzenlemelerde ise yükümlülükler açıkça yer verilmiştir. Anayasa’nın 49. maddesine göre “*Çalışma, herkesin hakkıdır. Devlet... çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek... için gerekli tedbirleri alır*”. Söz konusu düzenleme çalışma ve sözleşme özgürlüğü yanında devlete çalışanları ve işsizleri koruma yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülük AİHS’nin 4. maddesinde olduğu gibi kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağına karşı devlete bir pozitif yükümlülük öngörmektedir. Üstelik bu yükümlülük yalnızca çalışan kişiler için değil işsiz kişiler için de geçerlidir. Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma uygulamalarına maruz kalma tehlikesi altında olan işsizlerin ayrıca korunması gerekmektedir. Maddede işsizlerin de koruma kapsamına alınmış olması bu anlamda oldukça önemlidir.

Konu kapsamında başka bir düzenleme ise Anayasa’nın 50. maddesidir. Madde “*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar...*” ifadesiyle negatif yükümlülükler yanında bir koruma yükümlülüğüne de yer vermiştir. Bu yükümlülük hem devlet hem de özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerin fiillerini kapsamaktadır ve bu konuda bir ayrıma gidilmemiştir.

Anayasa’da 55. maddesinde de yükümlülükler dair açık düzenleme yer almaktadır. 18. madde angarya yasağına dair sözel olarak ilk bakışta negatif yükümlülükleri gündeme getirmekle birlikte, 55. madde yapılan çalışmaların karşılığında uygun adaletli bir ücret elde edilmesine karşı gerekli tedbirleri alma, diğer bir deyişle koruma yükümlülüğünü gündeme getirmektedir. Bu nedenle angarya yasağına karşı 18. madde yanında 55. madde de pozitif yükümlülük öngörmüştür denilebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi AİHS’de açık bir düzenleme olmasa dahi AİHM kararları ile kapsamlı bir yükümlülük çerçevesi oluşturulmuştur. Anayasa’da ise görüldüğü gibi çok sayıda yükümlülüğe yer veren düzenleme mevcuttur. Ancak bu şekilde bir düzenlemenin mevcut olmadığı durumda dahi 2. maddede yer alan insan haklarına saygılı, sosyal hukuk devleti ilkesi ve 5. maddede yer alan devletin görevlerine ilişkin düzenleme ışığında söz

konusu yükümlülüklerin ilgili düzenlemelere içkin olduğu da söylenebilir. Belirtilen nedenlerle yükümlülükler bakımından AİHS ile Anayasa'nın birbiri ile uyumludur ve AİHM kararları ile ortaya çıkan çerçeve AYM tarafından da izlenmeli ve hatta mevcut düzenleme dikkate alınarak geliştirilmelidir.

III. Yasağın İstisnaları

AİHS'nin 4. maddesinin ilk fıkrasında kölelik ve kulluk yasağı kapsamında herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Ancak maddenin ikinci fıkrasında yer alan zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma yasağı açısından kapsamlı istisnalara yer verilmiştir ve bu istisnalar sınırlı sayıdadır. Bu bölümde bu istisnalar üzerinde ayrı ayrı durulacaktır. Mevcut istisnalar birer sınırlama nedeni değildir ve zorla veya zorunlu çalıştırmanın tanımının bir parçasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu kavramların tanımlanmasında ve yorumlanmasında önemli bir işlev üstlenmektedir.¹²⁷ AİHM de Sözleşme'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci fıkradaki hakkın kullanılmasını sınırlamak amacıyla getirilmediğini, söz konusu yasağın kapsamını çerçevelediğini, bu anlamda ikinci fıkra ile bir bütün olduğunu ve zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma kavramlarının içeriğini gösterdiğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre üçüncü fıkra da yer alan dört bent çeşitli konuları içermekle birlikte genel menfaat, toplumsal dayanışma düşüncesine dayanmaktadır.¹²⁸

Bir çalışma yükümlülüğü 4. maddede yer alan istisnalar kapsamında olsa dahi Sözleşme'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturabilecektir.¹²⁹ Örneğin erkeklerin itfaiyede çalışmakla veya çalışmak istemedikleri takdirde bir katkı payı ödemekle mükellef olmalarına dair bir düzenleme 4. maddenin üçüncü fıkrasının (d) bendi kapsamında bir yurttaşlık görevi olarak değerlendirilmiş ve bu anlamda 4. maddeye aykırı bulunmamıştır. Bununla birlikte yükümlülüğün yalnızca erkekler için öngörülmesi 4. madde ile birlikte AİHS'nin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.¹³⁰

Anayasa'nın 18. maddesinde de AİHS'nin 4. maddesinde olduğu gibi bir dizi istisnaya yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde AİHS'nin 4. maddesine paralel bir biçimde zorla çalıştırma sayılamayacak hallerin sayıldığı ifade edilmiştir.¹³¹ Yine benzer şekilde sayılan istisnaların sınırlı sayıda olduğu

¹²⁷ Harris; O'Boyle; Bates; Buckley, s. 282.

¹²⁸ AİHM, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.07.1994, para. 22; *Steindl v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 29878/07, 14.09.2010.

¹²⁹ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 453.

¹³⁰ AYM, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.07.1994.

¹³¹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gereğçeli*, s. 28.

belirtilmiştir. Aşağıda her iki metin arasında ortaya çıkan bazı farklılıklar üzerinde durulacaktır.

AYM, bireysel başvuru usulü ile birlikte 18. maddede yer alan ifadelerin niteliğini somutlaştırmıştır. Mahkeme'ye göre angarya ve zorla çalışma yasağı mutlak bir haktır ve sınırlanması mümkün değildir. Anayasa'nın 18. maddesinde sayılan durumlar sınırlama sebebi değil hakkın kapsamı dışında bırakılan hallerdir ve bu haller Anayasa koyucu tarafından hakkın kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu nedenle 18. maddenin ihlaline yönelik bireysel başvuruların hakka yönelik müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediğine yönelik değil çalıştırmanın hakkın kapsamı dışında kalıp kalmadığına ilişkin olması gerektiği kabul edilmiştir.¹³² Buradan hareketle AYM'ye yapılan bireysel başvurularda öncelikle iddiaya konu çalışmanın zorla çalışma veya angarya niteliğinde olup olmadığının değerlendirildiği, bu soruya olumsuz bir cevap verildiği durumda istisnaların ayrıca değerlendirilmediği görülmektedir. Soruya olumlu bir cevap verildiği durumda ise söz konusu çalışmanın istisnalar kapsamında yer alıp almadığının değerlendirildiği görülmektedir.

Anayasa'da yer alan istisnalar açısından AİHS'nin 4. maddesi ile bazı farklılıklar söz konusudur. AİHM'ye benzer biçimde AYM de zorla çalışma yasağına aykırı olmayan bir yükümlülüğün ayrımcılık yasağını ihlal edebileceği görüşündedir. Mahkeme, devlet üniversitelerinde veya vakıf üniversitelerinde okuyanların "*devlet hizmeti yükümlülüğü*" altında olmalarına rağmen, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanların böyle bir yükümlülük altında olmamasını Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre "*Yurt içinde veya yurt dışında eğitimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabip unvanını kazanan tabipler aynı hukuki konumda bulduklarından, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayan tabiplerin diğer tabiplerden farklı olarak devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulmaları, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.*"¹³³

¹³² AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 70.

¹³³ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

A- AİHS'ye Uygun Olarak Özgürlüğü Kısıtlanan Kişiden Yapılması İstenen Çalışma

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS'nin 4. maddesinde zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma yasağının ilk istisnası özgürlüğünden mahrum bırakılan kişinin bu süre içerisinde ya da daha sonra şartlı salıverme süresince olağan olarak yapması istenen çalışmalardır. 4. maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendine göre “*Bu Sözleşme'nin 5. maddesi hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilen bir tutulmanın olağan seyri içinde veya bu tür bir tutulma durumundan şartlı olarak salıverilme sonucunda salıverilme süresi içinde yerine getirilmesi mecbur tutulacak herhangi bir çalışma*” zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak değerlendirilmemektedir. Maddede yer alan bu istisna yalnızca yargı kararı ile bir kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılma durumlarını kapsamamaktadır ve 5. maddenin ilk fıkrasında yer alan kişinin hukuka uygun olarak özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği tüm durumlarda öngörülebilecek çalışmaları kapsamaktadır.¹³⁴

Madde metninde 5. maddeye yapılan göndermeden anlaşılacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmanın AİHS'nin 5. maddesine uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu tür bir çalışma yükümlülüğünün 4. maddeye uygunluğunun değerlendirilmesinde öncelikle tutulmanın Sözleşme'nin 5. maddeye uygunluğu gündeme gelecektir. Ancak AİHM içtihatlarında 5. maddenin ilk fıkrasına uygun ancak diğer fıkralarından birine, örneğin dördüncü fıkraya aykırı bir tutma sonucunda ortaya çıkacak çalışma, 4. madde açısından zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak değerlendirilmemiştir.¹³⁵ Mahkeme bir kişinin 5. maddenin ilk fıkrasına uygun olarak özgürlüğünden mahrum bırakılmasını yeterli görmüş ve 5. maddenin diğer fıkralarını göz ardı etmiştir. Bu durum haklı olarak eleştiri ile karşılaşmıştır. Sözleşme'nin 5. maddesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, maddenin herhangi bir fıkrasının ihlalinin kişinin tutulmasını Sözleşme'ye aykırı hale getireceği ifade edilmiştir. Ayrıca 4. maddede yer alan istisnanın 5. maddedeki hükümler arasında bir ayrıma gitmediği ve maddenin fıkralarından birine uygun olan tutmanın diğer fıkra kapsamındaki ihlali ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir.¹³⁶

¹³⁴ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 451. Örneğin bkz. *X v. Switzerland*, Appl. No. 8500/79, 14.12.1979.

¹³⁵ AİHM, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Appl. No. 2832/66, 18.06.1971, para. 89.

¹³⁶ Rainey; Wicks; Ovey, s. 207.

Bu istisna kapsamında ayrıca istisnada yer alan “*olağan*” çalışma yükümlülüğünün kapsamı gündeme gelmektedir. Maddede geçen “*olağan*” çalışma, bir kişiden olağan olarak beklenen çalışma olmalıdır. Tutulan bir kişinin olağan da olsa çalıştırılmasının amacı ve kapsamı önemlidir. AİHM bu durumda çalışmanın amacına, mahiyetine, kapsamına ve biçimine bakmaktadır.¹³⁷ Örneğin, tutmanın zararlı etkilerini azaltmayı amaçlayan, işin mahpusların yaşına ve fiziksel kapasitelerine göre yapılacak işin belirlendiği, çalışma sürelerinin buna göre ayarlandığı ve çalışma karşılığı ücret ödendiği durumlarda zorla çalıştırma yasağının ihlali kabul edilmeyebilmektedir.¹³⁸ Başka bir kararda ise ücretsiz yapılan çalışma sonucunda cezaevinde kişinin cezasında indirim yapılması durumunda ücretsiz çalışma zorla çalıştırma olarak görülmemiştir.¹³⁹

Çalıştırmanın amacı disiplin değil tutulan kişinin toplumla yeniden bütünleşmesinin sağlanmasıdır¹⁴⁰ ve bunun dışında kar elde etme veya kişilerin tutulduğu kurumların masraflarının azaltılması olmamalıdır. Özgürlüğünden mahrum edilen kişilerin çalıştırılması açısından bu kişilerin özel şirketler için çalıştırılması uygulaması gündeme gelmiştir. Bu konuda başvuruçuların, cezaevi yönetimi ile özel bir şirket arasında yapılan sözleşme gereği çalıştırılmalarını kölelik olarak nitelendirmelerine karşın, AİHK bu durumu kölelik olarak değerlendirmemiş ve maddenin üçüncü fıkrasının (a) bendine giren bir durum olduğuna karar vermiştir.¹⁴¹

AİHS'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (a) bendinde yer alan bu istisna kapsamında yapılan çalışmalar sonucunda yeterli ödeme yapılmaması¹⁴² ya da hiç ödeme yapılmaması¹⁴³ veya sosyal güvenlik haklarından yoksun bırakılma¹⁴⁴ yine zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak değerlendirilmemiştir. AİHM, 28 yıl süresince cezaevinde kalan ve bu süre zarfında cezaevi mutfağında veya fırınında çalışan bir kişinin çalıştığı bu sürelerin emeklilik hakkını kazanmasında dikkate alınmamasının 4. maddenin

¹³⁷ AİHM, *Meier v. Switzerland*, Appl. No. 10109/14, 09.02.2016, para 72.

¹³⁸ agk, para 73-76.

¹³⁹ AİHM, *Floroiu v. Romania*, Appl. No. 15303/10, 12.03.2013.

¹⁴⁰ AİHM, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Appl. No. 7906/77, 24.06.1982, para. 59.

¹⁴¹ AİHK, *Twenty-one detained Persons v. Germany*, (admissibility), Appl. Nos. 3134/67, 3172/67, 3188/67, 3189/67, 3190/67, 3191/67, 3192/67, 3193/67, 3194/67, 3195/67, 3196/67, 3197/67, 3198/67, 3199/67, 3200/67, 3201/67, 3202/67, 3203/67, 3204/67, 3205/67, 3206/67, 06.04.1968.

¹⁴² agk.

¹⁴³ AİHM, *Floroiu v. Romania*, Appl. No. 15303/10, 12.03.2013.

¹⁴⁴ AİHM, *Stummer v. Austria*, Appl. No. 37452/02, 07.07.2011; *Floroiu v. Romania*, Appl. No. 15303/10, 12.03.2013.

ihlali anlamına geldiğine yönelik bir iddiayı, henüz bu konuda bir Avrupa konsensüsünün mevcut olmaması sebebiyle reddetmiştir.¹⁴⁵ Bu noktada Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde yaşanacak gelişmeler AİHM'nin tutumunda değişikliğe yol açabilecektir.

2. Anayasa

Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan ilk istisna AİHS'de olduğu gibi hükümlülük ve tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalardır. 25.01.2018 tarihi itibarıyla AYM tarafından bu istisna bağlamında verilmiş herhangi bir karara Mahkeme'nin internet sitesinden erişilememektedir ve bu nedenle hükmün uygulamasına dair bir yorumda bulunulamamaktadır. Bu nedenle aşağıda yalnızca Anayasa metni üzerinden yorumda bulunulmuştur.

Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan bu istisnanın gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır: *“Bilindiği gibi suçla savaşta en etkili araç, suç eğilimi gösteren kişilerin ıslah edilerek, eğitilerek bir daha suç işlemeyecek hale getirilmeleridir. ıslah ve eğitimde en etkili araç ise kişiye çalışma zevkinin aşılması, tembelliğin izalesi, çalışarak dürüst şekilde geçimini sağlama imkânının verilmesidir. Bu nedendir ki cezaevlerindeki hükümlülük rejimi çalışma esasına dayandırılmıştır. Bununla beraber hükümlülerin tâbi tutulacakları çalışma yahut aşırı güçlük gösteren bir işin yaptırılması hem yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirmekten uzaktır; hem de insanî olmayan bir muamele yahut ek bir cezadır. Bu mülahazalardır ki hükümlülerin, hükümlülük süresince makul bir çalışma rejimine tâbi tutulmaları ‘Zorla çalıştırma’ sayılmamıştır. Bu kişilerin ücretsiz çalıştırılmaları ise ‘Angarya’ teşkil edeceğinden, birinci fıkrayla yasaklanmıştır.”*¹⁴⁶ Hükümlülük kavramı koşullu salıverilen kişileri de kapsamaktadır. Koşullu salıverilme cezanın infazının bir şekli olarak kabul edilmektedir ve şartlı salıverilme süresi bitene kadar kişinin hükümlülük hali devam etmektedir.¹⁴⁷ Dolayısıyla hükümlülük süresi sona erene kadar kişinin zorla çalıştırılması 18. maddeye aykırılık oluşturmayacaktır. Bu durumda Anayasa'da şartlı tahliye ifadesi yer almamakla birlikte AİHS ile Anayasa metni arasında bir farklılığın ortaya çıkmadığı söylenebilir.

AİHS'nin 4. maddesi, Sözleşme'nin 5. maddesine yaptığı gönderme nedeniyle yalnızca tutukluluk ve hükümlülük değil, 5. maddenin kapsadığı bulaşıcı hastalık veya uyuşturucu bağımlısı kişilerin tutulması gibi diğer

¹⁴⁵ AİHM, *Stummer v. Austria*, Appl. No. 37452/02, 07.07.2011, Para. 132.

¹⁴⁶ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli*, s. 28.

¹⁴⁷ Timur Demirbaş, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 448.

özgürlüğünden yoksun bırakılma hallerini de kapsamaktadır.¹⁴⁸ Ancak Anayasa bu şekilde bir gönderme yapmamıştır. O halde özgürlüğünden mahrum bırakılan veya şartlı salıverilen kişiye yönelik çalıştırma istisnası bağlamında Anayasa’da yer alan istisna Sözleşme’de yer alan istisnaya göre daha dardır ve insan hakları açısından daha yüksek bir standardı yansıtmaktadır. Anayasa’daki istisnanın bu şekilde yorumlanması AİHS’nin 53. maddesinin de bir gereğidir.

Yukarıda da görüldüğü üzere, Anayasa’nın 18. maddesinin gerekçesinde kişinin tutukluluk ve hükümlülük durumunda çalıştırılmasının amacı ıslah ve eğitim olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁹ Bu durumda çalıştırmanın bir disiplin veya ceza amacı taşımadığı görülmektedir. Bu nedenle çalıştırmanın amacı bakımından da AİHS’ye uyumun sağlandığı görülmektedir. Maddenin gerekçesinde ayrıca bu tür bir çalışma yükümlülüğünün aşırı biçimde çalıştırmaya dönüşmeyeceği ve bu tür bir muamelenin aynı zamanda eziyet oluşturacağı ifade edilmiştir. Bu noktada çalışmanın “*makul*” olması ve ücretsiz olduğu takdirde “*angarya*” oluşturacağı da vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde sergilenen bu yaklaşım AİHS’nin 4. maddesinde yer verilen “*olağan iş*” ölçütüne paralellik göstermektedir. Belirtilenler ışığında Anayasa’nın 18. maddesinde zorla çalıştırma ile ilgili ilk istisnanın Sözleşme ile çatışan bir yönünün olmadığı hatta daha özgürlükçü bir düzenleme olduğu söylenebilir.

B- Askerlik Hizmeti veya Alternatif Sivil Hizmet

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS’nin 4. maddesinde yer alan ikinci istisna zorunlu askerlik hizmeti ile ilgilidir. Maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendine göre “*askeri nitelikteki herhangi bir hizmet veya vicdani reddin tanındığı ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti yerine mecbur tutulan hizmet*” zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak kabul edilmemiştir. “*Askeri nitelikteki herhangi bir hizmet*” kavramı hem gönüllü hem de zorunlu askerlik hizmetini kapsar biçimde yorumlanmıştır.¹⁵⁰ Başka bir deyişle gönüllü olarak orduya yazılan kişilerin yürüttükleri hizmet de zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma sayılmamaktadır. AİHK’ya göre, madde metninde “*zorunlu*” ifadesine bilinçli bir şekilde yer verilmemiştir. Böylece askerlik hizmetine dair yapılan göndermenin yalnızca

¹⁴⁸ AİHM, *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Appl. No. 2832/66, 18.06.1971, para. 89.

¹⁴⁹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli*, s. 28.

¹⁵⁰ Harris; O’Boyle; Bates; Buckley, s. 283.

zorunlu değil, gönüllü olarak yapılan askerlik hizmetini de kapsadığı görüşü benimsenmiştir.¹⁵¹

AİHM ise yakın zaman önce uluslararası hukukta yaşanan değişime paralel olarak farklı bir yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, 4. maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan istisnayı yalnızca zorunlu askerlik hizmeti ile sınırlı yorumlamış ve muvazzaf subaylar ve erleri istisna kapsamında görmemiştir.¹⁵² Dolayısıyla aşırı uzun veya makul kabul edilemeyecek bir süre orduda görev yapmak zorunda bırakılma, zorla çalıştırmaya ilişkin diğer ölçütlere uygun olduğu durumda zorla çalıştırma olarak kabul edilebilecektir. AİHM önüne gelen bir başvuruda, ordu adına tıp fakültesinde okuyan bu süre boyunca maaş alan, tıp fakültesinde okuduğu süre boyunca üniversite harcı ödemeyen ve emeklilik sistemine dahil olan başvurucuya orduda 12 yıl süreyle görev yapma zorunluluğu getiren ve görevden belirlenen süreden önce ayrılan kişilere devlete belirli bir geri ödeme yapılmasını öngören yasal düzenlemeler incelemeye konu olmuştur. Mahkeme, bu noktada zorunlu çalışma süresinin ne kadar olacağını taraf devletin takdir alanında olan bir konu olarak görmüştür. AİHM bu konuda yalnızca başvurucu için öngörülen yükümlülüklerin mesleğini ileride yürütmesiyle bağlantılı olarak kendisine sağlayacağı avantaj arasında bir dengesizlik olup olmadığına odaklanmıştır.¹⁵³

Vicdani ret hakkı AİHM tarafından 2011 yılında din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bir hak olarak tanınmış durumdadır.¹⁵⁴ Bu tarihten önce Mahkeme vicdani retçi olarak tanınmak isteyen kişiler askerlik hizmeti yerine sivil hizmet yapmayı kabul etmelerine rağmen Mahkeme AİHS'nin 4/3-b maddesine gönderme yaparak, devletlerin vicdani reddi bir hak olarak tanımak zorunda olmadıkları yönünde karar veriyordu.¹⁵⁵ Ancak 2011 yılı

¹⁵¹ AİHK, *W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. Nos. 3435/67, 3436/67, 3437/67, 3438/67, 19.07.1968.

¹⁵² AİHM, *Chitos v. Greece*, Appl. No. 51637/12, 04.06.2015, para 82-87.

¹⁵³ agk, para 97-109. Ayrıca bakınız, AİHM, *Lazaridis v. Greece*, Appl. No. 61838/14, 12.01.2016.

¹⁵⁴ AİHM, *Bayatyan v. Armenia*, Appl. No. 23459/03, 07.07.2011, para 110. Bu karar ilişkin bir değerlendirme için bakınız, Petr Muzny, "Bayatyan v. Armenia: The Grand Chamber Renders a Grand Judgment", *Human Rights Law Review*, Volume 12, Issue 1, 2012. Bayatyan kararı sonrasında AİHM tarafından vicdani ret ile ilgili verilen diğer kararlar için ayrıca bakınız, *Erçep v. Turkey*, Appl. No. 43965/04, 22.11.2011; *Feti Demirtaş v. Turkey*, Appl. No. 5260/07, 17.01.2012; *Buldu and Others v. Turkey*, Appl. No. 14017/08, 03.06.2014; *Savda v. Turkey*, Appl. No. 42730/05, 12.06.2012; *Papavasiliakis v. Greece*, Appl. No. 66899/14, 15.09.2016; *Adyan and Others v. Armenia*, Appl. No. 75604/11, 12.10.2017.

¹⁵⁵ Muzny, s. 137.

itibariyle AİHS'nin 4/3-b maddesinin vicdani ret hakkını ne tanıdığı ne de yasakladığını ve 9. madde ile güvence altına alınan hakların kapsamını daraltmadığını kabul edilmiştir.¹⁵⁶ Vicdani reddin bir hak olarak tanındığı ülkelerde zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet olanağına yer verildiği durumda da söz konusu sivil hizmet Sözleşme'nin 4. maddesine göre yine zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak değerlendirilemeyecektir. Ayrıca vicdani gerekçelerle zorunlu askerlik hizmeti yapmayı reddeden kişilerin öngörülen bir sivil hizmeti yerine getirmeyi de reddetmesi karşısında devletler tarafından yaptırım uygulanması da Sözleşme'ye uygun görülebilmektedir.¹⁵⁷

2. Anayasa

Anayasa'nın 18. maddesinde zorla çalıştırma sayılmayan bir diğer durum “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları” olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi kullanılan ifadede askerlik hizmetine yönelik açık bir göndermede bulunmamaktadır. Madde ilk halinde madde metninde “askerî nitelikte olan veya askerlik görevi yerine geçen hizmetler” ifadesine yer verilmiştir.¹⁵⁸ Anılan ifadenin gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: “Vatandaşın vatan savunmasına katılması yükümlülüğü de, bir vatandaşlık ödevi olarak, askerî nitelikteki yahut askerlik ödevi yerine geçen hizmetlerin ‘zorla çalıştırma’ sayılmamasını gerekli kılmıştır. Bu husus ‘Vatan hizmetinin’ doğal bir sonucudur.”¹⁵⁹ Milli Güvenlik Konseyi ise “Anayasanın vatan hizmeti başlıklı 72 nci maddesinde düzenlenmiş bulunan askerlik hizmeti, 18 inci maddede belirtilen zorla çalıştırma niteliğinde olmadığından, ‘Askerî nitelikte olan veya askerlik görevi yerine geçen’ ibareleri madde metninden çıkarılmıştır. Maddedeki açıklığa göre, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları kapsamı içinde kuşkusuz Millî Savunma yükümlülüğü ile ilgili vatandaşlık ödevleri de yer almaktadır. Bu bakımdan 72 nci madde kapsamı dışındaki hizmetler, bu hükmün kapsamına girebilecek niteliktedir.” ifadeleri ile Danışma Meclisi tarafından hazırlanan metinde yer alan yukarıdaki ifadeleri madde metninden çıkarmıştır.¹⁶⁰

¹⁵⁶ AİHM, *Bayatyan v. Armenia*, Appl. No. 23459/03, 07.07.2011, para 100.

¹⁵⁷ AİHK, *Johansen v. Norway*, (admissibility), Appl. No. 10600/83, 14.10.1985.

¹⁵⁸ Danışma Meclisi, 166 No’lu Komisyon Raporu, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı, (1/463), s. 11.

¹⁵⁹ Danışma Meclisi, 166 No’lu Komisyon Raporu-1. Ek, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı, (1/463), s. 12.

¹⁶⁰ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli*, s. 29.

Konu ile ilgili diğer Anayasa hükmü olan Anayasa'nın 72. maddesine göre "*Vatan hizmeti*" başlığını taşıyan bu düzenlemeye göre "*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*". Görüldüğü gibi askerlik hizmeti veya alternatif bir başka hizmet de vatan hizmeti olarak adlandırılarak anayasal bir temel kazandırılmıştır ve vatandaşlık ödevi olarak tanımlanmıştır. Bu nedenle askerlik hizmeti ile ilgili olarak 18. madde ile 72. maddenin birlikte değerlendirilmesi ve askerlik hizmetinin 18. madde kapsamında yer alan "*vatandaşlık ödevi*" niteliğinde görülmesi mümkündür. Anayasa'nın 18. maddesinin gerekçesinde yer verilen "*ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları kapsamı içinde kuşkusuz Milli Savunma yükümlülüğü ile ilgili vatandaşlık ödevleri de yer almaktadır*" ifadesine bu duruma işaret etmektedir.¹⁶¹ AYM de "*...ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlardaki vatandaşlık ödevinin yalnızca milli savunma yükümlülüğü ile sınırlı olmadığı, belirtilen nitelikteki diğer hizmetlerin de bu hükmün kapsamına girebileceği kabul edilmiştir*" diyerek ve maddenin gerekçesine gönderme yaparak askerlik hizmetinin 18. maddede yer alan istisnalar arasında kabul etmiştir.¹⁶² Dolayısıyla askerlik hizmeti ile ilgili olarak bir istisnanın zımni olarak Anayasa'da mevcut olduğu söylenebilir.

Mevcut durumda bu istisnanın AİHS'nin 4. maddesi ile uyumlu olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. İlk olarak Anayasa'da yer alan vatandaşlık ödevi "*ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda*" getirilebilecektir. Bu noktada bu alanlar kanun koyucu tarafından belirlenebilecektir. Nitekim istisnalarla ilgili ikinci fıkrada "*şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere*" ifadesi ile bu alanların belirlenmesi yetkisi kanun koyucuya verilmiştir. Zorunlu askerlik hizmetinin ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı bir alan olarak kabul edilmesi mümkündür ve uygulama bugüne kadar bu yönde olmuştur. Zorunlu askerlik hizmeti uygulaması AİHS'nin 4. maddesine aykırı olmadığı için bu anlamda Sözleşme'ye aykırılık söz konusu değildir. İkinci olarak Anayasa'nın 18. maddesinde AİHS'de olduğu gibi askerlik hizmetinin zorunlu veya gönüllü olup olmamasına bir gönderme yapılmamıştır ve bu nedenle de iki düzenlemenin uyumlu olduğu söylenebilir. Üçüncü olarak vicdani ret konusu gündeme gelmektedir. AİHS'nin 4. maddesinde zorunlu askerlik hizmeti yerine alternatif sivil hizmet olanağına yer verildiği durumlar da istisna kapsamında yer almıştır. Türkiye'de Anayasa'da veya bir başka düzenlemede vicdani ret

¹⁶¹ age, s. 29.

¹⁶² AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

ile ilgili doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Anayasa'nın 24. maddesinde din ve vicdan özgürlüğüne yer verilmiş, Anayasa'nın 72. maddesinde ise vatan hizmetinin "*Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*" ifadesi ile askeri hizmet yerine sivil nitelikli hizmetin öngörülebileceği vurgulanmıştır. Her iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın vicdani ret hakkını dışlamadığı ortadadır. Bu tespitin ardından zorunlu askerlik hizmeti kapsamında gündeme gelebilecek bir sivil hizmet yükümlülüğü de zorla çalıştırma oluşturmayacaktır.

C- Olağanüstü Durumlarda Mecbur Tutulan Hizmetler

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Sözleşme'nin 4. maddesinde zorla çalıştırma veya zorunlu çalışmanın üçüncü istisnası toplumun yaşamını veya toplumun refahını tehdit eden olağanüstü hal veya afet halinde devlet tarafından mecbur tutulan hizmet yükümlülüğüdür. Maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinde yer alan bu istisna kapsamında ani ve geçici olağanüstü hallerde gündeme gelen çalışma yükümlülüğü yer almaktadır.¹⁶³ Bu istisna kapsamında ulaşım sistemlerinin veya barajlarla ilgili acil onarımlar, acil bir durumda su ve yiyecek temini¹⁶⁴ veya orman yangınlarına müdahaleye ya da doğal afetlerde tehlike altında olan kişilerin tahliyesine yardımcı olmak¹⁶⁵ gibi çalışmalar örnek olarak verilmektedir. Bu tür bir yükümlülükte kamu makamlarının çalışma yükümlülüğü altında olan kişinin kişisel durumunu göz önünde tutması beklenmektedir.¹⁶⁶

AİHS'de yer alan topluma yönelik tehdidin kapsamı oldukça geniştir. Yalnızca toplumun yaşamına yönelik tehditler değil toplumsal refaha yönelik tehditler de istisna kapsamındadır. Örneğin avlanma ruhsatı bulunanlara kuduz salgınına karşı avcı boy çukurlarının ilaçlanması yükümlülüğü getirilmesi AİHS'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında değerlendirilmiştir.¹⁶⁷ Sözleşme'nin 4. maddesinde bu tür bir istisnaya yer verilmeseydi, taraf devletler olağanüstü bir durumla yüz yüze kaldığında çalışma yükümlülüğü getirebilmek için Sözleşme'nin 15. maddesine göre derogasyona gitmek zorunda kalacaktı, 15. maddenin harekete geçirilmesi için gerekli olan koşullar ise 4. maddenin üçüncü fıkrasının (c) bendinden çok

¹⁶³ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 452.

¹⁶⁴ age, s. 452.

¹⁶⁵ Rainey; Wicks; Ovey, s. 209.

¹⁶⁶ age, s. 209.

¹⁶⁷ AİHK, S. v. *Germany*, (admissibility), Appl. No. 9686/82, 04.10.1984.

daha ağır olduğundan her durumda 15. maddeye başvurulması mümkün olmayacaktır.¹⁶⁸ Ancak bir kez olağanüstü hal ilan edildikten sonra zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı derogasyona gidilebilecek haklardan olduğu için AİHS'nin 15. maddesine uygun olmak kaydıyla Sözleşme'ye aykırı tedbirler alınması AİHS'ye aykırılık oluşturmayacaktır. Diğer bir deyişle AİHS'nin 4. maddesinde sayılan istisnalar haricinde başka istisnalar da öngörülebilecektir.

2. Anayasa

Anayasa'nın 18. maddesine göre “*olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler*” zorla çalıştırma olarak sayılmamaktadır. Bu hüküm AİHS'nin 4. maddesinde yer alan toplumun yaşamını veya toplumun refahını tehdit eden olağanüstü hal veya afet halinde devlet tarafından mecbur tutulan hizmet yükümlülüğü ile paralellik göstermektedir. Ancak 18. madde metni, AİHS'nin 4. maddesinin tersine toplumun refahını tehdit eden durumları kapsam dışında bırakmış ve istisnayı yalnızca toplumun yaşamını tehdit eden durumlara özgülediği izlenimi vermektedir. Ancak maddenin gerekçesi AİHS ve Anayasa'daki iki düzenlemeyi paralel yorumlamıştır. Bu durum maddenin gerekçesinde “*Topluluğun hayatını yahut refahını tehlikeye sokan buhran veya doğal afet hallerinde kişilerden istenen hizmet yahut normal vatandaşlık ödevi niteliğinde olup, bilhassa olağanüstü sıkıntılı durumlarda gerekli görülen iş yükümlülükleri de 'Zorla çalıştırma' sayılmayacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁶⁹ Mevcut istisnanın AİHS'nin 4. madde metninde olduğu gibi acil ve geçici olağanüstü durumları kapsayacak biçimde yorumlanması mümkündür. Böyle bir durumda olağanüstü hal ilanına da gerek bulunmamaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan askıya alma rejiminin varlığına rağmen, 18. maddede bu tarz bir istisnaya yine yer verilmiş olması söz konusu istisnanın yalnızca 119. ve 120. maddelerde yer alan durumlarla sınırlı olmadığını ortaya koymaktadır.

Madde metninde “*olağanüstü hal*” ifadesi kullanılmakla birlikte maddenin gerekçesinde “*olağanüstü sıkıntılı durumlar*” ifadesine yer verilmiştir. Bu durum maddede yer alan “*olağanüstü hal*” ifadesinin Anayasa'nın 119. ve 120. maddelerinde yer alan olağanüstü hal rejimi ile aynı anlama gelmediğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla 18. maddede yer alan “*olağanüstü haller*” ifadesi kapsamında öngörülecek zorla veya zorunlu çalışmanın anayasal dayanağı bizzat 18. maddenin kendisidir. Mevcut istisnanın AİHS'nin 4. madde metninde olduğu gibi acil ve geçici olağanüstü

¹⁶⁸ Rainey; Wicks; Ovey, s. 209.

¹⁶⁹ *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Madde Gerekçeli*, s. 28.

durumları kapsayacak biçimde yorumlanması mümkündür. Anayasa'nın 18. maddesinde bu tarz bir istisnaya yer verilmiş olması söz konusu istisnanın yalnızca 119. maddede yer alan durumlarla sınırlı olmadığını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla acil ve geçici olağanüstü durumlarda zorla veya zorunlu çalışma yükümlülüğü için olağanüstü hal ilanına gerek bulunmamaktadır. Bu şekilde bir yaklaşım AİHM'nin yaklaşımı ile de uyumludur. Ancak bu uyumun sağlanması çalışma yükümlülüğünün yalnızca acil ve geçici olağanüstü durumlarla sınırlı olarak getirilmesine bağlıdır. Aksi bir durum Anayasa'nın 13. maddesine ve 14. maddenin ikinci fıkrasına aykırılık oluşturabilecektir. Bu noktada AYM'nin yükümlüğün gerekçesini ve ölçülü olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci fıkrasına göre 119. maddeye göre ilan edilecek olağanüstü hallerde vatandaşlar için çalışma yükümlülüğü getirilebileceğine yer verilmiştir. Anayasa'nın 119. maddesi doğal afet, salgın hastalıklar ve ağır ekonomik bunalım nedenleriyle olağanüstü hal ilan edilmesine olanak tanımaktadır. Maddede yer alan ve olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenler AİHS'nin 4. maddesinde örnek olarak sayılan durumlara benzerlik göstermektedir. Ancak 119. madde çerçevesinde getirilecek çalışma yükümlülüğü olağanüstü hal ilanını gerektiren geçici değil görece süreklilik arz eden durumlarda söz konusu olabilecektir. Bu noktada getirilecek bir çalışma yükümlülüğünün Anayasa'ya uygun olabilmesi için olağanüstü halin belirtilen gerekçelerle ve usulüne göre ilan edilmiş olması gerekmektedir. Böyle bir durumda getirilecek çalışma yükümlülüğü 18. maddeye değil 119. maddeye tabi olacaktır. Bu tür bir çalışma yükümlülüğünün sınırı ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütler olacaktır.

Anayasa'nın 119. maddesi çerçevesinde getirilen çalışma yükümlülüğü 15. maddenin ikinci fıkrasında sayılan çekirdek haklardan birisi olmadığı için 15. madde kapsamında müdahale edilmesi ve sınırlandırılması mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen ölçütler mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu noktada özellikle ölçülülük ilkesine dikkat edilmeli ve yükümlülüklerin sınırları çizilerek ölçsüz yükümlülükler getirilmemelidir. Sonuç olarak acil ve geçici olağanüstü durumlarda zorla çalıştırma yükümlülüğü açısından dayanak hüküm Anayasa'nın 18. maddesi, görece süreklilik arz eden olağanüstü hallerde ise Anayasa'nın 119. maddesidir. Buna bağlı olarak güvence hükümleri bakımından ilk durum Anayasa'nın 13. maddesine ve 14. maddenin ikinci fıkrasına, ikinci durum ise Anayasa'nın 15. maddesinin ilk fıkrasına tabi olacaktır.

D- Yurttaşlık Yükümlülükleri Kapsamındaki Çalışma veya Hizmet

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS'nin 4. maddesinde, zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma yasağının dördüncü ve son istisnası normal yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren çalışma veya hizmetlerdir. Bu tür bir istisna bir önceki istisnadan söz konusu yükümlülük için bir olağanüstü halin veya afetin mevcudiyetinin gerekmemesi ile farklılaşmaktadır. Ancak bu tür yükümlülüklerin yine de kamu yararına olması beklenmektedir. 4. maddenin üçüncü fıkrasının (c) ve (d) bentleri arasında derece bakımından bir farklılık söz konusudur ve ikincisinde yükümlülük doğuran durumların ilki kadar ciddi ve acil olması gerekmemektedir ve kişiler için öngörülen çalışma yükümlülüğü ilki kadar ağır olmamaktadır.¹⁷⁰ Bu tür çalışma veya hizmetlere örnek olarak bazı ülkelerin yargı sistemlerinde geçerli olan jürili yargılamalarda jüri üyesi olma zorunluluğu¹⁷¹ veya itfaiye çalışmalarına katılma zorunluluğu¹⁷² verilebilir.

Bu konunun gündeme geldiği ilk karar stajyer avukatların ücretsiz olarak adli yardım sunma yükümlülüğü ile ilgilidir. AİHM böyle bir durumda zorla çalıştırma yasağının gündeme gelebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu tür durumlarda bu yükümlülüklerin kapsamı, kişinin harcadığı mesai, karşılığında aldığı ücret veya elde ettiği menfaat gibi olguları göz önünde tutarak 4. maddenin ihlaline yol açmadığına ve getirilen yükümlülüklerin makul kabul edilebileceğine hükmedilmiştir. Mahkeme, stajyer avukat olan bir kişinin avukatlık mesleğine söz konusu uygulamayı bilerek girdiğini, stajyer avukatın ücret ve masrafları ödenmeksizin hizmet sunmasına karşın ileride kabul edileceği avukatlık mesleğinin getirileri karşısında söz konusu hizmeti orantılı ve makul bulmuş, söz konusu yükümlülüğü zorla çalıştırma veya zorunlu çalışma olarak görmemiş ve konuyu bu istisna kapsamında değerlendirmemiştir.¹⁷³

Avukatların ücretli adli yardım sunma yükümlülüğü de AİHM önüne gelmiştir.¹⁷⁴ Mahkeme, bu konu ile ilgili olarak, bu tür bir hizmet karşılığında

¹⁷⁰ Van Dijk; Van Hoof; Van Rijn; Zwaak, s. 452.

¹⁷¹ AİHM, *Zarb Adami v. Malta*, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006.

¹⁷² AİHM, *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.07.1994.

¹⁷³ AİHM, *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983. Mahkeme avukatların ücretsiz olarak vasi olarak atanmasını da aynı şekilde değerlendirmiştir. Bkz. *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, 18.10.2011.

¹⁷⁴ Belirtmek gerekir ki, Türkiye'de avukatların adli yardım sunma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 37. maddesinde avukatın işi reddetme hakkına yer verilmiştir. Anılan düzenlemeye göre avukatların kendisine teklif

ücret alınmasına rağmen çalışmanın zorla çalıştırma kabul edilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla karşılığında ücret alınsa dahi adli yardım hizmeti sunulması zorla çalışma kabul edilebilecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bu tür bir yükümlülükte öngörülen çalışmanın boyutu ve karşılığında ödenen ücretin miktarı zorla çalıştırmanın 4. maddeye aykırı olup olmadığında göz önünde bulundurulmaktadır.¹⁷⁵ Çalışmanın boyutu ve ödenen ücret makul kabul edildiği durumda çalışma zorunlu olsa dahi 4. maddeye aykırı kabul edilmeyebilmektedir.

Doktorlar bakımından acil hizmetlerinde çalışma yükümlülüğü getirilmesi de bu istisna kapsamında değerlendirilmiş ve Sözleşme'nin 4. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı bulunmamıştır.¹⁷⁶ AİHM bu başvuruda şu noktaları incelemiştir. Mahkeme'ye göre öngörülen hizmet karşılığı ücret ödendiği, bu hizmetin olağan mesleki etkinlikler kapsamında kaldığı, söz konusu hizmet yükümlülüğünün mesleki ve yurttaşlık dayanışmasına dayandığı, acil durumların önüne geçmeyi amaçladığı ve başvurucuya getirilen hizmet yükümlülüğü orantısız olmadığı için 4. maddeye aykırı değildir. Mahkeme'ye göre bir meslek o mesleği yürütenlere belirli yükümlülükler getiriyorsa kişinin söz konusu mesleği seçtiği durumda zımnî olarak bu yükümlülükleri kabul ettiği kabul edilmektedir.¹⁷⁷ Verilen bu örnekler ışığında belirli meslekler açısından zorla çalıştırma uygulamalarının belirli koşullar çerçevesinde yurttaşlık yükümlülüğü olarak değerlendirildiği görülmektedir.

2. Anayasa

Anayasa'da zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının son istisnası 18. madde metninde yer almamaktadır. Madde metninde, AİHS'nin 4. maddesinde olduğu gibi askerlik hizmeti ve normal yurttaşlık yükümlülükleri iki ayrı düzenlemeye tabi olmamış ve aynı istisna altında ifade edilmiştir. Bu durum ilk bakışta Anayasa kapsamında normal yurttaşlık yükümlülüğünün

olunan bir işi sebep göstermeden reddetmesi mümkündür. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında bir kişinin işinin iki avukat tarafından reddolunursa kişiyi baro başkanından kendisine avukat tayin edilmesini talep etme hakkı söz konusudur. Baro başkanının görevlendirdiği avukat işi takip etmek zorundadır. Ancak görevlendirilen avukat ücretsiz görev yapmamaktadır ve baro başkanı tarafından belirtilen ücret karşılığında görev yapmaktadır. Böyle bir durumda söz konusu görevlendirme sonucu gerçekleştirilen çalışmanın çok ağır olmaması ve ödenen ücret makul ise söz konusu çalışma zorla çalıştırma olarak kabul edilse dahi zorla çalıştırma yasağının ihlaline yol açmayacaktır.

¹⁷⁵ AİHM, *Bucha v. Slovakia*, (admissibility), Appl. No. 43259/07, 20.09.2011, para. 38.

¹⁷⁶ AİHM, *Steindel v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 29878/07, 14.09.2010.

¹⁷⁷ AİHM, *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, 18.10.2011, para. 40.

zorla çalıştırma sayılamayacağı düşüncesini akla getirmektedir. Bununla birlikte maddenin ikinci fıkrasında yer alan “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları” ifadesinin AİHS’nin 4. maddesinin üçüncü fıkrasının (d) bendinde yer alan istisnayı da içerecek şekilde yorumlanması mümkündür. Anayasa’da paralel bir düzenleme bulunmamasına rağmen Anayasa metninde yer alan “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlar” ifadesi örneğin doktorlara getirilebilecek belirli süreli mecburi hizmet uygulamasını veya avukatlar için getirilebilecek adli yardım hizmeti sunma yükümlülüğünü haklı kılabilecek bir içeriğe sahiptir. Nitekim AYM de doktorlar için öngörülen “devlet hizmeti” yükümlülüğü için, bu yükümlülüğe tabi tabiplerin sözleşmeli personel statüsünde bulunmaları ve hizmetlerinin karşılığında kendilerine ücret ödenmesi gözetildiğinde bu yükümlülük kapsamındaki çalışmalarının angarya olarak nitelenmemiştir. Mahkeme ayrıca bu tür bir yükümlülüğü “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” hükmü gereğince zorla çalıştırma olarak değerlendirmemiştir.¹⁷⁸ Mahkeme’ye göre hem doktorların mesleklerini icra edebilmeleri için devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesi¹⁷⁹, hem de doktorlara doktor, uzman doktor gibi aldıkları unvan sonucunda birden fazla kez devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesi ulaşılmak istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız bulunduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle ölçülü ve dolayısıyla Anayasa’ya uygun bulunmuştur.¹⁸⁰

AYM tarafından, GATA ve bağlı eğitim hastaneleri ile TSK’ya bağlı sağlık kurum ve kuruluşlarında tabip veya öğretim üyesi ihtiyacı doğması halinde belirli bir dönem için veya ihtiyaç duyulması halinde haftanın belirli gün veya saatlerinde veya belirli vakalar ve işler için TSK Sağlık Komutanlığının talebi üzerine, Sağlık Bakanlığı ve Yükseköğretim Kurulu tarafından öncelikli olarak görevlendirme yapılması Anayasa’ya aykırı bulunmamıştır. Mahkeme’ye göre “bazı zorunlu hallerde sağlık hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici

¹⁷⁸ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006. Mahkeme’ye göre: “Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığının kabulü gerekmektedir.”

¹⁷⁹ AYM, E. 2007/24, K. 2010/113, 16.12.2010.

¹⁸⁰ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

olarak görevlendirilmesi zorla çalıştırma olarak nitelendirilemez". Mahkeme'yi bu sonuca götüren gerekçelerden birisi de askeri hastanelerde görevlendirilecek öğretim üyesi veya doktorların haftalık çalışma sürelerinin üniversite ve devlet hastanelerinde çalışanlarla aynı olması ve söz konusu düzenlemenin bu nedenle zorla çalıştırma niteliğinde olmaması ve angarya sayılmamasıdır.¹⁸¹

Zorla çalıştırma bağlamında gündeme gelmiş bir başka konu seçimlerde çalışma zorunluluğu ile ilgilidir. AYM sandık kurullarına seçilmiş olup da, seçim başladıktan sonra görevlerini haklı bir sebep olmaksızın terk edenlerin cezalandırılmasına dair bir düzenlemenin angarya yasağına aykırı olduğuna dair bir başvuruyu değerlendirilmiştir. Mahkeme öncelikle söz konusu görevin ücret karşılığı yapılması nedeniyle angarya olmadığını belirtmiştir. Mahkeme ardından söz konusu görevin bir zorla çalıştırma olduğuna ancak Anayasa'ya uygun bulunduğuna hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre "*...kişilerin beden ve fikir çalışmalarından yararlanabilmek için memleket ihtiyaçlarının baskısı ve toplum hayatının zorunluğu karşısında hizmetin, önemli ve cebri çalışmayı gerekli kılan ödev niteliğini haiz olması halinde, bunun bir kanunla ve demokratik esaslara uygun olarak düzenlenmesine cevaz bulunduğunu kabul etmek lâzımdır... rejime varlık veren seçim işi, diğer hizmetlerden ayrı olarak önemli bir kamu hizmeti niteliğini gösterir. Özellikle bütün memlekette aynı günde ve aynı zaman da başlanıp bitirilmesi gereken seçim işinde hizmetin, bütün yurttaki aynı günde ve düzen içinde aralıksız yapılması zorunluğu karşısında, istisnai bir vatandaşlık hizmeti niteliğini taşıdığı meydandadır. Böyle bir hizmetin aksamasını önlemek için çalışmadan kaçınmanın cezalandırılması hizmetin niteliğinin zorunlu kıldığı bir sonuçtur*".¹⁸²

AYM de AİHM gibi bu istisna kapsamındaki yükümlülüklerle yer veren bir mesleği seçen kişinin bu yükümlülüklerle zımni muvaffakiyetinin bulunduğunu kabul etmektedir. Mahkeme doktorlar için öngörülen "*devlet hizmeti yükümlülüğü*" hakkında "*bir tabibin Devlet hizmeti yükümlülüğüne yol açan ikinci ve/veya üçüncü eğitimine başlamasından önce, bu yükümlülüğü bilerek söz konusu eğitimi almak amacıyla sınava gireceği açıktır. Bu durum ise tabiplerin bu yöndeki bilinçli tercihlerini yansıtmaktadır*" diyerek bu yaklaşımı benimsediğini ortaya koymuştur.¹⁸³

¹⁸¹ AYM, E. 2010/29, K. 2010/90, 16.07.2010.

¹⁸² AYM, E. 1963/358, K. 1964/17, 06.03.1964.

¹⁸³ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

AYM yine AİHM gibi zorunlu hizmetin belirtilen istisna kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirirken, Anayasa'nın 13. maddesinden yararlanarak ölçülülük ilkesini göz önünde tutmaktadır.¹⁸⁴ Mahkeme doktorlar için “devlet hizmeti yükümlülüğü” getiren bir yasal düzenleme ile ilgili olarak “Anayasa'nın 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız bulunduğundan söz edilemez” diyerek ölçülülük ilkesine uygunluk denetimi de gerçekleştirmiştir.¹⁸⁵

AYM bir kararında zora dayalı olan ve vatandaşlık ödevi niteliğindeki bir çalışmayı ölçülülük ilkesi kapsamında değerlendirmiştir. Kararda, savcılık talebiyle adli tıp uzmanı olan bir başvurucu bilirkişi sıfatıyla 104 otopsi gerçekleştirmiş ve kendisine bununla ilgili oldukça cüzi miktarda ödeme yapılmıştır. Mevzuat başvurucunun bu görevi yerine getirmemesi durumunda çeşitli yaptırımlar öngörmektedir ve söz konusu görev başvurucunun mesleği gereği bilmesi gereken bir konuya ilişkindir. AYM, başvurucudan beklenen görevin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu ve sosyal dayanışma işlevi gördüğünü, başvurucunun uzmanlık alanı dışında bir hizmetin ifasıyla yükümlü tutulmadığı, başvurucunun mesleki anlamda avantajlar elde ettiğini ve söz konusu görev ile kendisine aşırı bir külfet yüklenmediği gerekçesiyle zorla çalıştırma ve angarya niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme söz konusu görevi zorla çalıştırma ve angarya niteliğinde görmediği için “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışması” kapsamında olup olmadığını değerlendirmemiştir.¹⁸⁶ AYM'nin belirtilen kararlarında sergilediği yaklaşımın sürdürülmesi ile bireysel başvurular açısından da AİHS ve Anayasa hükümlerinin uyumlu bir şekilde uygulanması mümkün olacaktır.

IV. Sonuç

Yukarıda yapılan inceleme ve karşılaştırma sonucunda kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağına yer veren AİHS'nin 4. maddesinin ve Anayasa'nın 18. maddesinin birbirleriyle oldukça uyumlu olduğu görülmektedir. Bu nedenle AYM önüne gelecek bireysel başvurularda kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı ile ilgili ortaya

¹⁸⁴ Örneğin bkz. AYM, E. 2007/24, K. 2010/113, 16.12.2010.

¹⁸⁵ AYM, E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006.

¹⁸⁶ AYM, *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017, para 72-79.

çıkacak içtihatlarda AİHS ve Anayasa arasında kolaylıkla bir uyum sağlanabilecektir.

Bu noktada kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağının kapsamı açısından tek farklılık Anayasa'da kölelik ve kulluk yasağı açısından açık bir düzenlemenin yer almamış olmasıdır. Bu durum özellikle insan ticareti kapsamında değerlendirilebilecek bazı uygulamalar açısından sorun yaratabilecek bir potansiyele sahiptir. Yukarıda da ifade edildiği üzere 17. maddenin gündeme gelmesi ile bu uyumsuzluğun amaçsal bir yorum ile Anayasa'ya aykırı olmayacak bir biçimde çözülmesi olanaklıdır. Böyle bir yaklaşım ile son derece önemli bu iki tür uygulamaya karşı etkili bir koruma sağlanması mümkün olabilecektir.

Son olarak kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı kapsamında gündeme gelen yükümlülükler açısından AİHS ve Anayasa arasında bir çatışmanın mevcut olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Özellikle Anayasa'da yer alan kimi hükümler bu konuda oldukça işlevli olabilecektir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi AİHM'nin ortaya koyduğu yükümlülükler çerçevesinin AYM tarafından da benimsenmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır ve bu şekilde bir yaklaşım kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve zorunlu çalışma yasağı olgusunun ortadan kaldırılması açısından oldukça önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA**Kitaplar ve Makaleler**

- Aksoy, Emine Eylem, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 4. Maddesi: Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı”, *Av. Dr. Şükrü Alpaslan Armağanı*, İstanbul Barosu, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul, 2007
- Jean Allain, “Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery”, *Human Rights Law Review*, Volume 10, No. 3, 2010
- Allain, Jean; Hickey, Robin, “Property and Definition of Slavery”, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 61, No. 4, October 2012
- Canosa Usera, Raul, “Prohibition of Slavery and Forced Labour: An Example of Integration of International Treaties (Commentary on Article 4)”, *Europe of Rights: A Compendium of the European Convention of Human Rights*, Pablo Santolaya Machetti; Javier García Roca (Eds), Martinus Nijhoff, 2012
- Cullen, Holly “*Siliadin v France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Law Review*, Volume 6, No. 3, January 2006
- Demirbaş, Timur, *İnfaz Hukuku*, Seçkin Yay., Ankara, 2008
- Duymaz, Erkan, “Avrupa Konseyi Hukukunda Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasakları Üzerine Bir İnceleme”, *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 123, Mart 2013
- Göçmen, İlke, “Bir Temel Hak Olarak İnsan Ticareti Yasağı: Avrupa Özelinde Bir İnceleme”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 34, Sayı 1, İstanbul, 2014
- Harris, David; O’Boyle, Michael; Bates, Ed; Buckley, Carla, *Harris, O’Boyle and Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- Mantouvalou, Virginia, “Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation”, *Human Rights Law Review*, Volume 13, No. 3, 2013
- Milano, Valentina, “The European Court of Human Rights’ Case Law on Human Trafficking in Light of *L.E. v Greece*: A Disturbing Setback?” *Human Rights Review*, Volume 17, No. 4, December 2017
- Muzny, Petr, “Bayatyan v. Armenia: The Grand Chamber Renders a Grand Judgment”, *Human Rights Law Review*, Volume 12, Issue 1, 2012
- Özdemir, Süleyman “Türkiye’de Zorunlu Çalışma Uygulamaları”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, Sayı 41-42, İstanbul, 1998
- Piotrowicz, Ryszard, “States’ Obligations under Human Rights Law towards Victims of Trafficking in Human Beings: Positive Developments in Positive Obligations”, *International Journal of Refugee Law*, Volume 24, No. 2, 2012

- Rainey, Bernadette; Wicks, Elizabeth; Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey, The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- Siller, Nicole, “‘Modern Slavery’: Does International Law Distinguish between Slavery, Enslavement and Trafficking?”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 14, 2006
- Van Dijk, P.; Van Hoof, G.J.H.; Van Rijn, Arjen; Zwaak, Leo, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerpen, Oxford 2006

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

- *Adyan and Others v. Armenia*, Appl. No. 75604/11, 12.10.2017
- *Bayatyan v. Armenia*, Appl. No. 23459/03, 07.07.2011
- *Bucha v. Slovakia*, (admissibility), Appl. No. 43259/07, 20.09.2011
- *Buldu and Others v. Turkey*, Appl. No. 14017/08, 03.06.2014
- *C. N. v. the United Kingdom*, Appl. No. 4239/08, 13.11.2012
- *C. N. and V. v. France*, Appl. No. 67724, 11.10.2012
- *Chitos v. Greece*, Appl. No. 51637/12, 04.06.2015
- *Chowdury and Others v. Greece*, Appl. No. 21884/15, 30.03.2017
- *D. H. v. Finland*, (admissibility), Appl. No. 30815/09, 28.06.2011
- *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Appl. No. 2832/66, 18.06.1971
- *Erçep v. Turkey*, Appl. No. 43965/04, 22.11.2011
- *Feti Demirtaş v. Turkey*, Appl. No. 5260/07, 17.01.2012
- *Floroiu v. Romania*, (admissibility), Appl. No. 15303/10, 12.03.2013
- *Graziani-Weiss v. Austria*, Appl. No. 31950/06, 18.10.2011
- *J. A. v. France*, (admissibility), Appl. No. 45010/11, 27.05.2014
- *J and Others v. Austria*, Appl. No. 58216/12, 17.01.2017
- *Karlheinz Schmidt v. Germany*, Appl. No. 13580/88, 18.07.1994
- *L. E. v. Greece*, Appl. No. 71545/12, 21.01.2016
- *Lazaridis v. Greece*, (admissibility), Appl. No. 61838/14, 12.01.2016
- *L. R. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. No. 49113/09, 14.07.2011
- *M and Others v. Italy and Bulgaria*, Appl. No. 40020/03, 31.07.2012
- *Meier v. Switzerland*, Appl. No. 10109/14, 09.02.2016
- *Mihal v. Slovakia*, (admissibility), Appl. No. 23360/08, 28.06.2011
- *Nespala v. the Czech Republic*, (admissibility), Appl. No. 68198/10, 24.09.2013
- *O.G.O. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. No. 13950/12, 18.02.2014
- *Papavasylakis v. Greece*, Appl. No. 66899/14, 15.09.2016
- *Radi and Ghergina v. Romania*, (admissibility), Appl. No. 34655/14, 05.01.2016

- *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Appl. No. 25965/04, 07.01. 2010
- *Savda v. Turkey*, Appl. No. 42730/05, 12.06.2012
- *Schuitemaker v. the Netherlands*, (admissibility), Appl. No. 15906/08, 04.05.2010
- *Siliadin v. France*, Appl. No. 73316/01, 26.07.2005
- *Steindel v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 29878/07, 14.09.2010
- *Stummer v. Austria*, Appl. No. 37452/02, 07.07.2011
- *Tibet Menteş and Others v. Turkey*, Appl. Nos. 57818/10, 57822/10, 57825/10, 57827/10 and 57829/10, 24.10.2017
- *V. F. v. France*, (admissibility), Appl. No. 7196/10, 29.11.2011
- *Van der Musselle v. Belgium*, Appl. No. 8919/80, 23.11.1983
- *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Appl. No. 7906/77, 24.06.1982
- *Zarb Adami v. Malta*, Appl. No. 17209/02, 20.06.2006

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

- *Four Companies v. Austria*, (admissibility), Appl. No. 7427/76, 27.09.1976
- *Johansen v. Norway*, (admissibility), Appl. No. 10600/83, 14.10.1985
- *S. v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 9686/82, 04.10.1984
- *Talmon v. the Netherlands*, (admissibility), Appl. No. 30300/96, 26.02.1997
- *Twenty-one detained Persons v. Germany*, (admissibility), Appl. No. 3134/67, 3172/67, 3188/67, 3189/67, 3190/67, 3191/67, 3192/67, 3193/67, 3194/67, 3195/67, 3196/67, 3197/67, 3198/67, 3199/67, 3200/67, 3201/67, 3202/67, 3203/67, 3204/67, 3205/67, 3206/67, 06.04.1968
- *W., X., Y. and Z. v. the United Kingdom*, (admissibility), Appl. No. 3435/67, 3436/67, 3437/67, 3438/67, 19.07.1968
- *X v. Switzerland*, Appl. No. 8500/79, 14.12.1979
- *X v. the Federal Republic of Germany*, (admissibility), Appl. No. 4653/70, 01.04.1974
- *X v. the Federal Republic of Germany*, (admissibility), Appl. No. 8410/78, 13.12.1979
- *Van Droogenbroeck v. Belgium*, (admissibility), Appl. No. 7906/77, 05.07.1979.

Anayasa Mahkemesi Kararları

- E. 1963/172, K. 1963/244, 21.10.1963
- E. 1963/198, K. 1965/1, 05.01.1965
- E. 1963/358, K. 1864/17, 06.03.1964
- E. 1971/28, K. 1971/64, 08.07.1971

- E. 1979/23, K. 1980/9, 29.01.1980
- E. 1980/42, K. 1981/5, 27.01.1981
- E. 1980/47, K. 1981/6, 27.01.1981
- E. 1980/52, K. 1981/7, 27.01.1981
- E. 1980/53, K. 1981/8, 27.01.1981
- E. 1992/8, K. 1992/39, 16.06.1992
- E. 2006/21, K. 2006/38, 13.03.2006
- E. 2007/24, K. 2010/113, 16.12.2010
- E. 2010/29, K. 2010/90, 16.07.2010
- E. 2010/113, K. 2011/164, 08.12.2011
- E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013
- E. 2011/150, K. 2013/30, 14.02.2013
- E. 2012/103, K. 2013/105, 03.10.2013
- E. 2013/66, K. 2014/19, 29.01.2014
- E. 2014/61, K. 2014/166, 07.11.2014
- E. 2014/177, K. 2015/49, 14.05.2015
- E. 2015/13, 2015/108, 25.11.2015
- E. 2015/17, K. 2015/20, 05.03.2015
- *Ali Rıza Baylı Kararı*, B. No: 2014/2458, 05.07.2017
- *Arzu Batmaz Kararı*, B. No: 2013/7915, 16.09.2015
- *Atilla İnan Kararı*, B. No: 2012/615, 21.11.2013
- *Aydın Koloğlu Kararı*, B. No: 2014/2456, 10.05.2017
- *Aysun Toka Kararı*, B. No: 2013/2364, 07.03.2014
- *Feride Sağlam Kararı*, B. No: 2013/7913, 23.02.2016
- *Fuat Tanrıkulu Kararı*, B. No: 2013/7916, 18.02.2016
- *Hafize Aslan Kararı*, B. No: 2014/2457, 19.04.2017
- *Hale Koloğlu Kararı*, B. NO: 2014/2460, 11.05.2017
- *Halil Üstündağ Kararı*, B. No: 2013/5062, 14.01.2014
- *Hatun Özdemir Kararı*, B. No: 2013/7904, 10.03.2016
- *İbrahim Çalışkan Kararı*, B. No: 2014/2462, 11.05.2017
- *İsa Reçber Kararı*, B. No: 2013/4518, 21.01.2015
- *İsmail Kuşçu Kararı*, B. No: 2014/2459, 11.05.2017
- *Meltem Sukan Kararı*, B. No: 2013/9459, 21.04.2016
- *Muzaffer Eygay Kararı*, B. No: 2014/2461, 10.05.2017
- *Münis Düşenkalkar Kararı*, B. No: 2013/1244, 17.07.2014
- *Serkan Acar Kararı*, B. No: 2013/1613, 02.10.2013
- *Yasemin Balcı Kararı*, B. No: 2014/8881, 25.07.2017