
İNCELEMELER

BİR TEMEL HAK OLARAK İNSAN TİCARETİ YASAĞI: AVRUPA ÖZELİNDE BİR İNCELEME*

Yrd. Doç. Dr. İlke GÖÇMEN**

Öz

Avrupa özelinde insan ticareti yasağı, özellikle 2000’li yıllar ile birlikte bir “temel hak” olarak kabul görmeye başlamıştır. Kronolojik açıdan, öncelikle, Avrupa Birliği bünyesindeki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ), “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” ile ilgili maddesinde açıkça “insan ticareti yasaktır” şeklinde düzenleme getirmiştir. Bunu takiben, Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararı aracılığıyla “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” ile ilgili maddesinin insan ticareti yasağını içerdiği şeklinde yorumlanmıştır. Böylelikle insan ticareti yasağı, bir temel hak olarak Avrupa özelinde kendisine bir yer edinmiştir. Bu çalışma, AİHS ve ABTHŞ’nin yanı sıra 1982 Anayasası üzerinden özellikle Anayasa Mahkemesi nezdindeki “bireysel başvuru” aracılığıyla bir temel hak olarak insan ticareti yasağının Türkiye’deki olası yansımalarına işaret ederek, bu yasağın kapsamını her bir düzlemde aydınlatmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Ticareti Yasağı, Temel Haklar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, Bireysel Başvuru.

PROHIBITION OF HUMAN TRAFFICKING AS A FUNDAMENTAL RIGHT: AN ANALYSIS FOCUSED ON EUROPE

Abstract

In Europe, the prohibition of human trafficking has begun to be recognized as a “fundamental right” especially since 2000’s. Chronologically, first of all, within the European

*Bu çalışma, yazara ait olan şu çalışmayı temel alarak geliştirilmiştir: İlke GÖÇMEN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye, igocmen@ankara.edu.tr

Union, the European Union Charter of Fundamental Rights (EUCFR) laid down clearly that “trafficking in human beings is prohibited” under its provision related to “prohibition of slavery and forced labour”. Following this, within the Council of Europe, European Convention on Human Rights (ECHR) was interpreted as including the prohibition of human trafficking under its provision related to “prohibition of slavery and forced labour” through a ruling of European Court of Human Rights. Thus, prohibition of human trafficking has gained a place as a “fundamental right” in Europe. This article, by referring to potential reflections of this prohibition of human trafficking as a “fundamental right” in Turkey on the basis of 1982 Constitution especially via “individual application” before Constitutional Court in addition to ECHR and EUCFR, aims to clarify the scope of this prohibition on each of these levels.

Keywords: Prohibition of Human Trafficking, Fundamental Rights, European Convention on Human Rights, European Union Charter of Fundamental Rights, Individual Application.

Giriş

Avrupa özelinde¹ insan ticareti yasağı,² özellikle 2000’li yıllar ile birlikte bir “temel hak” olarak kabul görmeye başlamıştır. Kronolojik açıdan, öncelikle, Avrupa Birliği (AB) bünyesindeki Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ), “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” ile ilgili maddesinde açıkça “insan ticareti yasaktır” şeklinde düzenleme getirmiştir. Bunu takiben, Avrupa Konseyi bünyesindeki Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararı aracılığıyla “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” ile ilgili maddesinin insan ticareti yasağını içerdiği şeklinde yorumlanmıştır. Böylelikle insan ticareti yasağı, bir temel hak olarak Avrupa özelinde kendisine bir yer edinmiştir. Tabii ki, insan ticareti yasağının bu konumu, özellikle Anayasa Mahkemesi (AYM)

¹ Bundan başka, Dünya genelindeki bölgesel insan hakları kaynakları bakımından Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı m. 5, genel olarak “insan ticareti yasağı” içeriyor olarak görülebilir.

² Bu meyanda “insan ticareti” ile “göçmen kaçakçılığı”, kimi kez birbirine karıştırılabilmekte olup bu ikisi arasındaki temel farklılık, ilkinin nazaran ikincisinin büyük ölçüde “gönüllü” oluşudur. Konuyla ilgili daha detaylı olarak bkz. Stephen CASTLES & Mark J. MILLER, *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009, s. 202-205; Khalid KOSER, *International Migration: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007, s. 64 - 69; Mehmet ÖZCAN, *Avrupa Birliğinde İnsan Hakları*, Hayat Yayınları, İstanbul, 2012, s. 169 - 171.

nezdindeki “*bireysel başvuru*” aracılığıyla 1982 Anayasası (AY) bakımından da birtakım sonuçlar doğurabilecektir.

Bir ön tespit olarak, Avrupa Konseyi (AİHS), AB (ABTHŞ) ve Türkiye (AY) arasındaki ilişki, şöyle ortaya konabilir. AB hukuk düzeni açısından AİHS ele alınırsa iki tespit yapılabilir. Birincisi, AB AİHS’ye katılacak olup³ bu yöndeki çalışmalar devam etmektedir.⁴ İkincisi, AB henüz AİHS’ye katılmamışken; AİHS ilgili AİHM içtihat hukuku ile birlikte AB insan hakları rejimini dolaylı yoldan etkilemektedir.⁵ Zira bir yandan, temel haklar AB hukukunun genel ilkeleri üzerinden belirlenirken, AİHS “*özel öneme sahiptir*”⁶ ve “[AİHS]’nin güvence altına aldığı ... temel haklar” bu ilkelelerin bir parçasıdır.⁷ Diğer yandan, AİHS, ABTHŞ’deki kimi haklar açısından “*kaynak*” oluşturmuş,⁸ hatta ABTHŞ’deki bu haklar, AİHS’deki karşılıkları ile kural olarak “*aynı anlama ve kapsama sahip*” kabul edilmiştir.⁹ Türkiye hukuk düzeni açısından AİHS ele alınırsa, AİHS “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma*” olarak, “*kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek*

³ Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması m. 6(2).

⁴ Bu yöndeki gelişmeler kısaca şöyle özetlenebilir. Konsey, Komisyonun 17 Mart 2010 tarihli tavsiyesi üzerine, 4 Haziran 2010 tarihinde AB’nin AİHS’ye katılımı ile ilgili müzakereleri açma yetkisine ilişkin kararı almıştır. Müzakereler, 5 Nisan 2013 tarihinde katılım anlaşması taslağı ile sonuçlanmıştır. Komisyon, 4 Temmuz 2013 tarihinde, AB’nin İşleyişi Hakkında Antlaşma m. 218/11 uyarınca katılım anlaşması taslağının kurucu antlaşmaların hükümlerine uygun olup olmadığı konusunda AB Adalet Divanının (bağlayıcı) görüşünü almak üzere başvuru yapmıştır. Divan, katılım anlaşması taslağının AB hukuku ölçüt alınca birtakım aykırılıklar içerdiğini tespit etmiştir. (Opinion 2/13 (Court of Justice) *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [2014]). Bu arka planda, AB, AİHS’ye katılım için girişimlerini sürdürmektedir.

⁵ Benzer bir tespit için bkz. Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM & Oğuz SANCARDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 37.

⁶ Case 4/73 (Court of Justice) *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v Commission of the European Communities* [1974] ECR 491, para. 13; Case C-305/05 (Court of Justice) *Ordre des barreaux francophones et germanophones and Others v. Conseil des ministres* [2007] ECR I-5305, para. 29.

⁷ ABA m. F(2); AA ile değişik ABA m. 6(2); LA ile değişik ABA m. 6(3). Ayrıca bkz. *Accession of the EU to the ECHR*, para 179.

⁸ ABTHŞ Dibacesi.

⁹ ABTHŞ m. 52(3).

uyuşmazlıklarda” hükümleri esas alınacak bir andlaşma sayılır.¹⁰ Nitekim Türk üst mahkemeleri de, AİHM kararları ile birlikte¹¹ AİHS için bu yönde karar vermektedir.¹² Son olarak, Türkiye hukuk düzeni açısından ABTHŞ ele alınırsa ABTHŞ, herhangi bir bağlayıcılık taşımamakla birlikte, Türkiye AB’ye üyelik bakımından “*aday devlet*” olduğu için bu çerçevede önem kazanmaktadır.¹³

Avrupa Konseyi (AİHS), AB (ABTHŞ) ve Türkiye (AY) arasındaki bu ilişkiler göz ardı edilmemekle birlikte, bu çalışma, her bir insan hakkı kaynağını, bireysel olarak, insan ticareti yasağı yönünden ve üç soruya yanıt aramak suretiyle ele almaktadır. Birincisi, insan ticareti yasağı, sırasıyla, AİHS’nin, ABTHŞ’nin ve AY’nin hangi maddesinin kapsamı içinde, neden ve nasıl kalmaktadır veya kalabilir? İkincisi, insan ticareti yasağı, bu kapsamda nasıl korunmaktadır veya korunabilir ve hangi yükümlülükleri getirmektedir veya getirebilir? Üçüncüsü, insan ticareti yasağı, hangi koşullar altında sınır ötesi uygulanabilir sayılmaktadır veya sayılabilir? Böylelikle insan ticareti yasağı, sırasıyla, AİHS, ABTHŞ ve AY üzerinden kapsamı bakımından aydınlatılmaya çalışılacaktır.

Bu amaçla bu çalışma üç bölüm üzerinden kurgulanmıştır. Birinci bölüm, Avrupa Konseyi/AİHS bakımından insan ticareti yasağı ile ilgili olarak; ikinci bölüm, AB/ABTHŞ bakımından insan ticareti yasağı ile ilgili olarak ve üçüncü bölüm, Türkiye/AY bakımından insan ticareti yasağı ile ilgili olarak, yukarıdaki üç soruya verilecek yanıtları içermektedir.

¹⁰ 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun m. 7 ile değişik AY m. 90/5.

¹¹ Söz gelimi, Arıkoğlu’na göre AİHS, “*Türk hukukunun bir parçası olarak uygulandığına göre [AİHM] kararları da Sözleşme hükümlerine açıklık getirdiği ölçüde, Türk Mahkemeleri tarafından Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda dikkate alınacaktır*”. Enver ARIKOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 114.

¹² Örnek olarak bkz. E. 2008/1, K. 2008/2 (Anayasa Mahkemesi) [2008]. E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Yargıtay Ceza Genel Kurulu) [2005].

¹³ Nitekim Müzakere Çerçeve Belgesi de, ABTHŞ ile *Kopenhag* siyasi kriterleri arasındaki bağlantıya açıkça işaret etmektedir. Buna göre bu siyasi kriterler, “*daha sonra büyük bir bölümü... [ABTHŞ]’de beyan edilen*”lerden oluşmaktadır. Council, Negotiating Framework, Luxembourg, 3 October 2005, pt. 4.

I. Avrupa Konseyi: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bakımından İnsan Ticareti Yasağı

AIHS, insan ticareti yasağı ile ilgili açık bir düzenleme getirmemekle birlikte, AIHM'ye göre “kölelik ve zorla çalıştırma yasağı” başlıklı AIHS m. 4,¹⁴ kendiliğinden, insan ticareti yasağını içermektedir.¹⁵ Burada, ilk olarak, insan ticareti yasağı, neden ve nasıl AIHS m. 4'ün kapsamı içinde kalır sorusu; ikinci olarak, insan ticareti yasağı, bu kapsamda nasıl korunur ve hangi yükümlülükleri getirir sorusu ve üçüncü olarak, insan ticareti yasağı, hangi koşullar altında sınır ötesi uygulanabilir sorusu yanıtlanacaktır. Böylelikle insan ticareti yasağı, AIHM'nin yorumladığı AIHS üzerinden kapsamı bakımından aydınlatılacaktır.

AIHM, 7 Ocak 2010 tarihli *Rantsev v. Cyprus and Russia* başvurusuyla birlikte,¹⁶ ilk kez, insan ticareti yasağının AIHS m. 4 tarafından kapsandığına

¹⁴ Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı başlıklı AIHS m. 4 uyarınca:

“1. Hiç kimse köle ya da kul durumunda tutulamaz.

2. Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. Aşağıdaki haller, bu madde anlamında “zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma” sayılmaz:
a) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş;

b) Askeri nitelikli herhangi bir hizmet veya vicdanî reddin meşru sayıldığı ülkelerde, vicdanî reddi seçen kişilere zorunlu askerlik hizmeti yerine gördürülebilecek başkaca bir hizmet;
c) Toplumun hayat veya refahını tehdit eden kriz veya afet hallerinde gerekli görülen her hizmet;

d) Olağan yurttaşlık yükümlülükleri kapsamına giren her türlü çalışma veya hizmet.”

¹⁵ App. 25965/04 (European Court of Human Rights) *Rantsev v. Cyprus and Russia* [2010] ECHR 2010, para. 282. Bu meyanda, Doğru ve Nalbant'a göre “bu yorum, insan ticaretini [AIHS'nin] 4. maddesi kapsamına sokan ayrı bir yasak haline getirmiştir”. Osman DOĞRU & Atilla NALBANT, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 321.

¹⁶ *Rantsev v. Cyprus and Russia*. Bu karar ile ilgili incelemeler için bkz. Jean ALLAIN, *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, Human Rights Law Review, Cilt: 10, Sayı: 3, 2010, s. 546-557; Vladislava STOYANOVA, *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt: 30, Sayı: 2, 2012, s. 163-195; Roza PATI, *States' Positive Obligations with respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, Boston University International Law Journal, Cilt: 29, Sayı: 1, 2011,

karar vermiştir.¹⁷ AİHM’ye göre AİHS m. 4; “kölelik”, “kulluk” ve “zorla çalıştırılma ve zorunlu çalışma” kavramlarına yer verse de¹⁸ “insan ticareti” kavramına değinmemiştir.¹⁹ Bununla birlikte, “AİHS’nin kendine has özellikleri veya AİHS’nin güncel koşullar ışığında yorumlanması gerekli yaşayan bir belge olduğu”, AİHS m. 4’ün kapsamı belirlenirken unutulmamalıdır.²⁰ İnsan ticareti, global bir fenomen olarak son yıllarda kayda değer ölçüde artmış olup 2000 yılındaki Palermo Protokolü²¹ ve 2005 yılındaki İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi,²² “insan ticaretinin yaygınlığının ve onunla mücadele etmek için önlem alma ihtiyacının uluslararası düzeydeki artan tanınırlığına işaret etmektedir”.²³ Mahkeme, “hem ticaretin kendisinin

s. 83-98. Bu kararın Türkçe özeti ve önemli paragraflarının çevirisi için bkz. DOĞRU & NALBANT, s. 348-363.

¹⁷ Ayrıca, konuyla doğrudan olmasa da dolaylı olarak alakalı olup AİHS m. 4 ile ilgili ihlal bulunan başvurular için bkz. App. 73316/01 (European Court of Human Rights) *Siliadin v. France* [2005] ECHR 2005-VII, paras. 52-149. App. 40020/03 (European Court of Human Rights) *M. and Others v. Italy and Bulgaria* [2012], paras. 129-170. App. 4239/08 (European Court of Human Rights) *C.N. v. United Kingdom* [2012], paras. 42-82. App. 67724/09 (European Court of Human Rights) *C.N. and V. v. France* [2012], paras. 57-111. Buradakiler dışında, konuyla ilgili olup AİHS m. 4 ile ilgili ihlal bulunmayan bir başvuru için bkz. *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, paras. 146-170.

¹⁸ Bu meyanda “... AİHS m. 4 uyarınca “köle”nin kapsamı, ... gerçek bir mülkiyet hakkının kullanımını ve ilgili bireyin statüsünün bir “nesne”ye indirgenmesini gerektirir. ... “Kul” kavramı yönünden ... yasaklanan, “özgürlüğün reddinin özellikle ciddi bir türü”dür. ... “Kul” kavramı, zorlama altında bir kişinin hizmetini sunma yükümlülüğünü içerir ve “köle” kavramı ile bağlantılıdır. ... “Zorla çalıştırılma veya zorla çalışma”nın ortaya çıkması için ... birtakım fiziksel veya ruhsal kısıtlamaların yanı sıra bir tür kişinin iradesinden ağır basma hâli olmalıdır. ...” *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, para. 149. Bu tanımlar ile ilgili olarak ayrıca bkz. Dragoljub POPOVIĆ, *European Human Rights Law: A Manual*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013, s. 161-163.

¹⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 272.

²⁰ *Ibid*, para 277.

²¹ Tam adıyla: “Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol”. (İngilizce) Sözleşme metni için bkz. <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/ProtocolTraffickingInPersons.aspx>>, [Erişim Tarihi: 15 Ekim 2015.]

²² Tam adıyla: “Avrupa Konseyi İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi”. (İngilizce) Sözleşme metni için bkz. <<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371d>>, [Erişim Tarihi: 15 Ekim 2015.]

²³ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 278. Bu meyanda insan ticareti ile ilgili “öncül” birtakım gelişmeler için bkz. Rhona K. M. SMITH, *Textbook on International Human*

hem de onunla mücadele etmek için alınan önlemlerin çoğalmasının ışığında” insan ticaretinin “kölelik”, “kulluk” ve “zorla çalıştırılma ve zorunlu çalışma” aranmaksızın, kendiliğinden, AİHS m. 4’ün kapsamı içinde kalıp kalmadığını belirlemeye karar vermiştir.²⁴ Mahkemeye göre:²⁵

“... insan ticareti, doğası gereği ve sömürü amacı nedeniyle mülkiyet hakkına bağlanan yetkilerin kullanımına dayalıdır. [İnsan ticareti], ... insanları alınacak ve satılacak ve ... zorla çalıştırılacak emtia yerine koymaktadır. [İnsan ticareti], hareketleri genellikle sınırlanmış mağdurların etkinliklerinin sıkı gözetimi anlamına gelmektedir. ... [İnsan ticareti], kötü koşullar altında yaşayan ve çalışan mağdurlara karşı şiddet ve tehdit kullanımını içermektedir. ...”

Mahkeme, “*insan ticaretinin insan onuruna bir tehlike oluşturduğu daha geniş bağlamı takdir ederek*”²⁶ ve “*Sözleşmeyi güncel koşullar ışığında yorumlama yükümlülüğünden ötürü*” insan ticaretinin, Palermo Protokolü m. 3(a) ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a) anlamında, kendiliğinden, AİHS m. 4’ün kapsamı içinde kaldığı sonucuna varmıştır.²⁷

Rights, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 250-252.

²⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 279.

²⁵ *Ibid*, para. 281.

²⁶ Bernadette RAINEY, Elizabeth WICKS & Clare OVEY, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6th ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 201.

²⁷ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 282. Söz gelimi, Harris ve diğerlerine göre “AİHS m. 4’ün insan ticaretini içerecek biçimde genişlemesi, [AİHS’nin] erişimini günümüzün ne yazık ki yaygın ve ciddi türdeki insan hakları ihlalleri kaynağına genişleten önemli bir gelişme” olarak görülmelidir. David Harris et al., *Law of the European Convention on Human Rights*, 3d ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 284. Buna karşın, örneğin, *Piotrowicz*’e göre ise karar, insan ticaretini kendiliğinden AİHS m. 4’ün kapsamı içinde görmesi yönüyle zayıftır; zira hukuki kesinlikten uzaktır. Örneğin, acaba AİHM, tüm ticaret vakalarının potansiyel olarak AİHS m. 4’ü ihlal ettiğini mi söylemektedir? 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*, Cilt: 24, Sayı: 2, 2012, s. 196. Benzer bir tespit ve eleştirel yaklaşım için bkz. STOYANOVA, *Dancing on the Borders of Article 4*, s. 165-174.

Öyleyse, AİHS m. 4, kendiliğinden, insan ticareti yasağı içerirken; “*insan ticareti*”, Palermo Protokolü ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi’ndeki ile eş anlamlıdır. Hem ilgili Protokol m. 3(a) hem ilgili Sözleşme m. 4(a) uyarınca, insan ticareti:

“sömürü amacıyla, kişinin tehdit ile veya güç kullanımı ile veya diğer zorlama türleri ile, kaçırma ile, hile ile, aldatma ile, gücün veya zafiyet halinin kötüye kullanımı ile, bir başka kişi üstünde kontrolü bulunan kişinin rızasını elde etmek için ödemeler veya yararlar vermek veya almak ile işe alımı, nakli, transferi, barınması veya alınması anlamına gelir. Sömürü, asgari olarak, diğerlerinin fuhuşunun sömürsünü veya cinsel sömürünün diğer türlerini, zorla çalıştırılmayı veya hizmet ettirilmeyi, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu veya organların çıkarılmasını içerir.”

Peki, AİHS m. 4, genel olarak nasıl koruma sağlar ve hangi yükümlülükleri öngörmektedir? Öncelikle, AİHS m. 4, ne istisnaya ne askıya almaya imkân verdiğinden²⁸ “*mutlak hak*”tır.²⁹ Bunun yanında, AİHS m. 4 uyarınca devlet, ana hatlarıyla,³⁰ (i) ajanları aracılığıyla köle ya da kul tutmaktan, zorla çalıştırmaktan veya zorunlu çalışmaktan veya insan ticaretinden kaçınma yükümlülüğü (negatif yükümlülük),³¹ (ii) belirli koşullar altında, kaçınılabilecek köle ya da kul tutmayı, zorla çalıştırmayı veya zorunlu çalışmayı veya insan ticaretini önlemek için önlem alma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük),³² (iii) şüpheli köle ya da kul tutmayı, zorla çalıştırmayı veya zorunlu çalışmayı veya insan ticaretini etkili soruşturma yükümlülüğü (usuli yükümlülük)³³ altındadır.

²⁸ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 283.

²⁹ Bernadette RAINEY, *Human Rights Law Concentrate*, Oxford University Press, Oxford, 2013, s. 31; Clare OVEY & Robin CA WHITE, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2010, s. 9-10; POPOVIĆ, s. 165.

³⁰ İnsan ticareti yasağı özelinde benzer tespitler için bkz. PATI, s. 131-137.

³¹ Örnek olarak bkz. ve krş. *Siliadin v. France*, para. 89.

³² Örnek olarak bkz. ve krş. *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, para. 156. *C.N. v. United Kingdom*, paras. 66-68.

³³ Örnek olarak bkz. ve krş. *M. and Others v. Italy and Bulgaria*, para. 157. *C.N. v. United Kingdom*, para. 69.

AIHS m. 4 kapsamındaki insan ticareti yasağı ile ilgili yükümlülükler, bugüne kadar yalnızca *Rantsev v. Cyprus and Russia* başvurusuyla en net haliyle ortaya konmuştur.³⁴ İlk olarak, insan ticareti yasağı, belirli bir mevzuat çerçevesinin varlığını gerektirir. AIHM'ye göre “ulusal mevzuattaki teminat tayfi, insan ticareti mağdurlarının veya potansiyel mağdurlarının haklarının pratik ve etkili korumasını sağlamak için yeterli olmalıdır”.³⁵ Öyleyse AIHS m. 4, bir yandan, insan ticareti yapanları cezalandırmak için ceza hukuku önlemleri almayı; diğer yandan, “insan ticareti için bir kılıf olarak kullanılan işletmeleri düzenleyen yeterli önlemleri almayı” gerektirir.³⁶ Dahası bir devlet, “insan ticaretini teşvik etme, kolaylaştırma veya hoş görme” ile ilgili alakalı endişelerin üzerine gitmelidir.³⁷ Yine taraf devletler, “insan ticaretini yasaklamak ve cezalandırmak için yasal ve idari çerçeve” oluşturmalı ve insan ticaretini önlemek ve mağdurları korumak ile insan ticareti yapanları cezalandırmak üçlü yaklaşımı ile insan ticareti ile etkili mücadele etmelidir.³⁸

İkinci olarak, insan ticareti yasağı, belirli koşullar altında, insan ticareti mağdurlarını veya potansiyel mağdurlarını korumak için kimi operasyonel

³⁴ *Rantsev v. Cyprus and Russia*. Buna karşın, örneğin, *Kara*'ya göre bu karardaki pozitif ve usuli yükümlülükleri karşılamak için yapılacak eylemlerin kapsamı belirsizdir. Siddharth KARA, *Designing More Effective Laws Against Human Trafficking*, Northwestern Journal of International Human Rights, Cilt: 9, Sayı: 2, 2011, s. 127. Bundan başka Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri *Hammarberg*'in “insan ticareti” ile ilgili düşünceleri için bkz. Thomas Hammarberg, *Avrupa'da İnsan Hakları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 97-99. Ayrıca söz gelimi, *Obokata*'ya göre uluslararası insan hakları hukuku perspektifinden hareketle ister köken, ister transit, ister varış devleti olsun her devlet, şu dört kilit yükümlülük altındadır: (1) ticareti ve ilgili işlemleri yasaklamak; (2) tacirleri soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak; (3) ticaret mağdurlarını korumak ve (4) bu uygulamanın sebeplerinin ve sonuçlarının üzerine gitmek. Tom OBOKATA, *A Human Rights Framework to Address Trafficking of Human Beings*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt: 24, Sayı: 3, 2006, s. 381.

³⁵ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 284.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, para. 285. Bu meyanda insan ticareti yasağı da dâhil olmak üzere AIHS m. 4 ile “cezalandırma yükümlülüğü” arasındaki ilişki ile ilgili bir çalışma için bkz. Vladislava STOYANOVA, *Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalizing Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 407-443.

önlemler almayı gerektirir.³⁹ Bunun için “devlet otoritelerinin, belirli bir bireyin ticaretinin yapıldığı veya sömürülmüş olduğu veya buna ilişkin bir gerçek ve yakın risk olduğu ile ilgili inandırıcı şüpheye yol açan koşulların farkında olduğu veya farkında olması gerektiği” gösterilmelidir.⁴⁰ Eğer ilgili otoriteler, bu ihtimal altında, “bireyi o durum veya riskten çıkarmak için yetkileri dâhilinde uygun önlemleri almazsa” AİHS m. 4 ihlal edilmiş olur.⁴¹ Bununla birlikte, operasyonel önlem alma yükümlülüğü, “otoriteler üstünde imkânsız veya orantısız bir yük yüklemeyecek biçimde yorumlanmalı”dır.⁴² Bu yönden devletler, Palermo Protokolü ışığında, ülkelerinde iken ticaret mağdurlarının fiziksel güvenliğini sağlamalı; ticareti önleme ve onunla mücadele etme için kapsamlı politikalar ve programlar oluşturmalı ve kolluk ve göç memurlarını alakalı eğitime tâbi tutmalıdır.⁴³

Üçüncü olarak, insan ticareti yasağı, potansiyel insan ticareti vakalarını soruşturmayı gerektirir.⁴⁴ Soruşturma gerekliliği, mağdur veya yakın akrabasının şikâyetine bağlı olmayıp, otoriteler, “bir kez konu önlerine gelince re’sen harekete geçmelidir”.⁴⁵ Bu yönden:⁴⁶

“Bir soruşturmanın etkili olabilmesi için o soruşturma olay içerisindeki kişilerden bağımsız olmalıdır. Soruşturma, ayrıca sorumlu bireylerin belirlenmesine ve cezalandırılmasına yol açmaya elverişli olmalıyken bu, sonuca yönelik değil; yöneme yönelik bir yükümlülüktür. Çabukluk gerekliliği ve makul hız her bir davada içkindir; fakat bireyi zararlı durumdan çıkarmak imkânının mevcut olduğu durumlarda soruşturma aciliyet meselesi olarak üstlenilmelidir. Mağdur veya en yakın akrabası, meşru çıkarlarını korumak için gerekli olduğu ölçüde prosedüre dâhil olmalıdır.”

³⁹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para 286. Bu meyanda, insan ticareti mağdurları ile AİHS arasındaki ilişki ile ilgili bir çalışma için bkz. Vladislava STOYANOVA, *Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights*, Goettingen Journal of International Law, Cilt: 3, Sayı: 2, 2011, s. 777-817.

⁴⁰ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 286.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, para. 287.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, para. 288.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

Dördüncü olarak, insan ticareti yasağı, sınır aşırı boyutu nedeniyle farklı devlet otoriteleri arasında işbirliği gerektirir. Esasen “*bir kişinin bir devletten bir başkasına ticareti yapılırken insan ticareti suçları, köken devlet, transit devlet ve varış devletinde oluşabilir*”.⁴⁷ Bu nedenle alakalı deliller ve tanıklar birden fazla devlette bulunabilir.⁴⁸ Bu meyanda üye devletler, “*kendi ülkelerinde meydana gelen olaylar hakkında yerel soruşturma yürütme yükümlülüğünün yanı sıra, sınır aşırı insan ticareti vakalarında, kendi ülkelerinin dışında meydana gelen olayların soruşturmasını yürüten ilgili diğer devletlerin alakalı otoriteleri ile etkili biçimde işbirliği yapma yükümlülüğü altındadır*”.⁴⁹

İnsan ticareti yasağı, bu yükümlülükler ötesinde, bir de, belirli koşullar altında sınır ötesi de uygulanabilir gözükmektedir.⁵⁰ Nitekim AİHM, *V.F. v. France* kararı ile AİHS m. 4 kapsamındaki insan ticareti yasağının bu yöndeki etkisini prensipte kabul etmiş izlenimi vermiştir.⁵¹ Burada başvuru, köken devleti olan Nijerya’ya sınır dışı edilirse kaçtığı fuhuş ağına dönmeye zorlanma riski altında olacağını ve Nijerya otoritelerinin kendisini koruyamayacağını ileri sürmüştür.⁵² AİHM’ye göre ana soru: “*Fransız otoriteleri, başvurucunun Nijerya’ya geri gönderilmesi hâlinde fuhuş ağına tekrar düşebileceğini biliyor muydu veya bilmesi gerekiyor muydu*” sorusudur.⁵³ Bununla birlikte, Mahkemeye göre somut olay ışığında her ne kadar başvurucunun Nijerya toplumunda yer değiştirmesi ve eski statüsünü elde etmesi güç olacaksa da bir kişinin bir başka ülkede daha az lehe koşullar altında olup olmayacağı belirleyici değildir.⁵⁴ Kaldı ki başvuru, ulusal

⁴⁷ *Ibid*, para. 289.

⁴⁸ *Ibid*.

⁴⁹ *Ibid*.

⁵⁰ Benzer bir görüş için bkz. HARRIS et al., s. 286; Ulaş KARAN, *Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı*, ed. Sibel İNCEOĞLU, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 163. Bundan başka örneğin, İngiliz hukuku uyarınca, eğer bir kişi köken devletine gönderilirse yeniden insan ticaretine uğrayacağı yönünde gerçek bir risk varsa, AİHS m. 4’ün kuşkulanan ihlali temelinde insancıl koruma altına alınmaktadır. Gina CLAYTON et al., *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 5th ed., Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 508-509.

⁵¹ App. 7196/10 (European Court of Human Rights) *V.F. v. France* [2011].

⁵² *Ibid*.

⁵³ *Ibid*.

⁵⁴ *Ibid*.

otoriteler önünde Nijerya'ya geri gönderilirse yaşayabileceği korku, yani insan ticareti ağına yeniden düşmeye ilişkin potansiyel risk ile ilgili herhangi bir argüman ileri sürmemiştir.⁵⁵ Dolayısıyla başvuru, bu yönden AİHS m. 4'e aykırı muamele görme riski olduğunun doğruluğunu kanıtlayamamıştır.⁵⁶ Kaldı ki Nijerya da, fuhuş ağları ile mücadele bakımından kayda değer ilerleme göstermekte olup başvuru, muhtemelen dönüşü ile birlikte yardım alabilecektir. Bu nedenlerle bu başvuru kabul edilebilir bulunmamıştır.⁵⁷ Bununla birlikte, bu karardan hareketle denilebilir ki bir kişinin ülkeden gönderilmesi hâlinde alıcı devlette (yeniden) insan ticaretine tâbi tutulmak yönünden gerçek bir risk ile karşı karşıya kalacağına inanmak için sağlam sebepler varsa AİHS m. 4 böyle bir gönderme ile ihlal edilebilir.⁵⁸

Buraya kadar insan ticareti yasağı AİHS boyutuyla aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu yasak, bir sonraki bölüm ile ABTHŞ yönünden incelenmektedir.

II. Avrupa Birliği: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı Bakımından İnsan Ticareti Yasağı

ABTHŞ, insan ticareti yasağı ile ilgili açık bir düzenleme getirmekle birlikte, AB Adalet Divanı (ABAD), henüz bu düzenleme ile ilgili herhangi bir karar vermemiştir. Bu nedenle de bu yasağın nasıl korunduğu ve hangi yükümlülükleri getirdiği ile hangi koşullar altında sınır ötesi uygulanabilir olduğu soruları henüz netleşmemişse de bu sorular ile ilgili birtakım tespitler yapılabilir.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ Krş. (AİHS m. 3 yönünden) App. 14038/88 (European Court of Human Rights) *Soering v. United Kingdom* [1989] A.161, para. 91. App. 22414/93 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *Chahal v. United Kingdom* [1996] ECHR 1996-V, paras. 75-82. App. 24573/94 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *H.L.R. v. France* [1997] ECHR 1997-III, paras. 30, 40, 44. App. 27765/09 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [2012] ECHR 2012, paras. 146-147. Benzer bir görüş için bkz. STOYANOVA, *Complementary Protection*, s. 805-809. Harris et al., s. 286.

ABTHŞ, kölelik ve zorla çalıştırma yasası başlıklı ABTHŞ m. 5(3)⁵⁹ ile insan ticareti yasasını açıkça belirtmektedir.⁶⁰ Buna göre: “*insan ticareti yasaktır*”.⁶¹ ABAD, henüz bu düzenleme ile ilgili herhangi bir karar almamakla birlikte, iki araç, bu düzenlemenin olası yorumu bakımından yol gösterici olabilir: ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar⁶² ve ABTHŞ ile AİHS arasındaki ilişkiyi belirten hüküm.⁶³

Birincisi, ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar ABTHŞ m. 5(3) ile ilgili bir fikir verir. Zira bu Açıklamalar, ABTHŞ’nin yorumunda rehber oluşturmak için hazırlanmış olup “*Birlik ve üye devlet mahkemelerince gereği gibi göz önünde bulundurulmalıdır*”.⁶⁴ Bu Açıklamalar esas alınınca ABTHŞ m. 5(3): “*doğrudan insan onurundan kaynaklanır ve kazançlı düzensiz göç veya cinsel sömürü ağları organizasyonu gibi örgütlü suçlardaki son gelişmeleri dikkate alır*”.⁶⁵ Açıklamalar, insan ticareti ile alakalı tanımlar yönünden *Europol* Sözleşmesi Eki’ne, *Schengen Anlaşması Uygulama Sözleşmesi*’ne ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Çerçeve Kararı’na gönderme yapmıştır. *Europol* Sözleşmesi Eki, cinsel sömürü amacıyla insan ticareti tanımı ile; *Schengen Anlaşması Uygulama Sözleşmesi*, düzensiz göçmen ağları ile; İnsan Ticaretiyle Mücadele Çerçeve Kararı, istihdam sömürüsü

⁵⁹ Kölelik ve zorla çalıştırma yasası başlıklı ABTHŞ m. 5 uyarınca:

“1. Hiç kimse, köle ya da kul durumunda tutulamaz.

2. Hiç kimse, zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz.

3. İnsan ticareti, yasaktır.”

Bu meyanda Özcan’a göre “[k]öleliğin yasaklandığı [ABTHŞ m. 5’te] insan ticaretinin de yasaklanması, insan ticaretinin “modern kölelik” olarak adlandırıldığı hatırlanacak olursa metodolojik açıdan doğru bir kapsamda ele alınmıştır”. Özcan, s. 169.

⁶⁰ ABTHŞ m. 5 ile ilgili olarak bkz. Heli ASKOLA, *Article 5 - Prohibition of Slavery and Forced Labour*, Steve PEERS et al., eds., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 101-119; EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006, s. 55-66; Marco OLIVETTI, *Article 5 - Prohibition of Slavery and Forced Labor*, William BT MOCK & Gianmario DEMURO, eds., *Human Rights in Europe: A Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, s. 33-39.

⁶¹ ABTHŞ m. 5(3).

⁶² [2007] OJ C 303/17.

⁶³ ABTHŞ m. 52(3).

⁶⁴ ABTHŞ m. 52(7).

⁶⁵ ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar (Explanation on Article 5 — Prohibition of slavery and forced labour).

veya cinsel sömürü amacıyla insan ticareti ile ilgili suçların tanımı ile ilgili olarak esas alınmıştır. Bu tanımlar, hem Palermo Protokolü m. 3(a) hem de İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a) anlamındaki “*insan ticareti*” tanımından oldukça uzak kalmaktadır.

Bununla beraber, şu an için *Europol* Sözleşmesi ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Çerçeve Kararı ve dolayısıyla insan ticareti tanımları yenilenmiştir. 2009/371 sayılı Karar, *Europol* Sözleşmesi’nin yerini almıştır.⁶⁶ Bu Karar Eki’ndeki “*insan ticareti*” tanımı, hem Palermo Protokolü m. 3(a) hem de İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a) ile özünde aynıdır. Buna göre insan ticareti:⁶⁷

“sömürü amacıyla, kişinin tehdit ile veya güç kullanımı ile veya diğer zorlama türleri ile, kaçırma ile, hile ile, aldatma ile, gücün veya zafiyet halinin kötüye kullanımı ile, bir başka kişi üstünde kontrolü bulunan kişinin rızasını elde etmek için ödemeler veya yararlar vermek veya almak ile işe alımı, nakli, transferi, barınması veya alınması anlamına gelir. Sömürü, asgari olarak, diğerlerinin fuhuşunun sömürsünü veya cinsel sömürünün diğer türlerini, çocuk pornografisi materyalinin üretimini, satışını veya dağıtımını, zorla çalıştırılmayı veya hizmet ettirilmeyi, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu veya organların çıkarılmasını içerir.”

2011/36 sayılı Direktif, İnsan Ticaretiyle Mücadele Çerçeve Kararının yerini almıştır.⁶⁸ Bu Direktifteki “*insan ticareti*” tanımı, Palermo Protokolü m. 3(a) ve İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a) ile özünde aynıdır. Buna göre de insan ticareti:⁶⁹

⁶⁶ 2009/371 sayılı Karar m. 1.

⁶⁷ 2009/371 sayılı Karar Eki (c). *Vurgu* eklenmiştir. Buradaki *italik* ifadeler, Palermo Protokolü m. 3(a) ile İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a)’da yer almamakla birlikte bu, her iki tanımın “*özünde aynı*” olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira “*sömürü*” tanımı “*asgari olarak*” yapılmışken, 2009/371 sayılı Karar, bu tanımın içerdiği örnek sayılabilecek sömürü hâllerine bir yenisini eklemiştir.

⁶⁸ 2011/36 sayılı Direktif m. 21.

⁶⁹ 2011/36 sayılı Direktif m. 2(1 ve 3). *Vurgu* eklenmiştir. Buradaki *italik* ifadeler, Palermo Protokolü m. 3(a) ile İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a)’da yer almamakla birlikte bu, her iki tanımın “*özünde aynı*” olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Zira 2011/36 sayılı Direktif, bir yandan, insan ticareti tanımını bir örnek ihtimal ile açmışken diğer yandan, “*sömürü*” tanımının içerdiği örnek sayılabilecek sömürü hâllerinden birisini bir örnek ihtimal ile açmış ve bu hâllere bir yenisini eklemiştir.

“sömürü amacıyla, kişinin tehdit ile veya güç kullanımı ile veya diğer zorlama türleri ile, kaçırma ile, hile ile, aldatma ile, gücün veya zafiyet halinin kötüye kullanımı ile, bir başka kişi üstünde kontrolü bulunan kişinin rızasını elde etmek için ödemeler veya yararlar vermek veya almak ile *-kişi üstündeki kontrolün değişimi veya transferi de dâhil-* işe alımı, nakli, transferi, barınması veya alınması anlamına gelir. ... Sömürü, asgari olarak, diğerlerinin fuhuşunun sömürüsünü veya cinsel sömürünün diğer türlerini, *-dilenme de dâhil-* zorla çalıştırılmayı veya hizmet ettirilmeyi, köleliği veya köleliğe benzer uygulamaları, kulluğu veya *cezai etkinliklerin sömürüsünü* veya organların çıkarılmasını içerir.”

İkincisi, ABTHŞ ile AİHS arasındaki ilişkiyi belirten hüküm, yani ABTHŞ m. 52(3) ABTHŞ m. 5(3) ile ilgili bir fikir verir. Buna göre:

“Şart, [AİHS] ile güvence altına alınan haklara karşılık gelen haklar içerdiği ölçüde, o hakların anlamı ve kapsamı [AİHS]’dekiler ile aynı olur. Bu hüküm, Birlik hukukunun daha geniş koruma sağlamasının önüne geçmez.”

Bu meyanda bir ön tespit olarak belirtmek gerekir ki ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar, ABTHŞ m. 5(1 ve 2), AİHS m. 4(1 ve 2) ile aynı lâfza sahip olup birbirlerine karşılık gelir derken, ABTHŞ m. 5(3), AİHS m. 4’e karşılık gelir dememektedir.⁷⁰ Bununla birlikte, bu, kronolojik sebeplerle izah edilebilir; zira ABTHŞ, 2000 yılında ilan edilmiş ve 2007 yılında uyarlanmışken AİHM, ilk kez 2010 yılında *Rantsev v. Cyprus and Russia* kararıyla insan ticareti yasağının AİHS m. 4’te içkin olduğuna hükmetmiştir.⁷¹ Bu nedenle, kanımca, ABTHŞ m. 5(3), ABTHŞ m. 52(3) anlamında, AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağına karşılık geldiği için onunla aynı anlam ve kapsamda değerlendirilmeliyken AB hukuku, bu yönden daha geniş koruma sağlayabilmelidir.

Sonuç olarak, ABTHŞ m. 5(3)’teki insan ticareti yasağı, ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar ve ABTHŞ m. 52(3) ışığında okunursa üç husus öne çıkar. Birincisi, ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar ışığında, ABTHŞ m. 5(3), “*doğrudan insan onurundan kaynaklanır*”; dolayısıyla ABTHŞ m. 1 ile

⁷⁰ ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar (Explanation on Article 5 — Prohibition of slavery and forced labour).

⁷¹ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 282.

birlikte değerlendirilmelidir.⁷² ABTHŞ m. 1 uyarınca “*insan onuru dokunulmazdır*” ve “*insan onuru saygı görmelidir ve korunmalıdır*”. İkincisi, hem ABTHŞ ile ilgili Açıklamalar hem de ABTHŞ m. 52(3) ışığında, insan ticareti tanımı, 2009/371 sayılı Karar ve 2011/36 sayılı Direktif ile güncellenmiş ve dolayısıyla hem Palermo Protokolü m. 3(a) hem de İnsan Ticaretiyle Mücadele Sözleşmesi m. 4(a) ile özünde aynı hâle getirilmiş şekliyle kullanılmalıdır. Üçüncüsü de, ABTHŞ m. 52(3) ışığında, ABTHŞ m. 5(3), asgari müşterekte AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağı ile aynı anlam ve kapsamda değerlendirilmelidir.

ABTHŞ m. 5(3), bu hususta ABAD kararının yokluğu göz önüne alınınca genel olarak ve muhtemelen nasıl koruma sağlayacaktır ve hangi yükümlülükleri öngörecektir? Öncelikle, ABTHŞ m. 5(3), gerek doğrudan insan onurundan kaynaklandığından gerek AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağına karşılık geldiğinden, çok büyük ihtimalle “*mutlak hak*” sayılarak ABTHŞ m. 52(1) uyarınca sınırlanamayacaktır. Yine ABTHŞ m. 5(3), AİHS m. 4 ile ilgili AİHM içtihat hukuku ile paralellik kurulursa ana hatlarıyla üç tür yükümlülük öngörecektir. Buna göre üye devletler, (i) ajanları aracılığıyla insan ticaretinden kaçınma yükümlülüğü (negatif yükümlülük); (ii) belirli koşullar altında, kaçınılabilecek insan ticaretini önlemek için önlem alma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük); (iii) şüpheli insan ticaretini etkili soruşturma yükümlülüğü (usuli yükümlülük) altında olacaktır.

Peki, ABTHŞ m. 5(3), özel olarak ve muhtemelen hangi yükümlülükleri öngörecektir? Bu yönden ABTHŞ m. 5(3), AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağı ile ilgili AİHM içtihat hukuku ile paralellik kurulursa en azından *Rantsev v. Cyprus and Russia* başvurusuyla ortaya konan şu dört yükümlülüğü içerecektir: (i) İnsan ticareti ile etkili mücadele etmek adına belirli bir mevzuat çerçevesi var olmalıdır;⁷³ (ii) Belirli koşullar altında, insan ticareti mağdurlarını veya potansiyel mağdurlarını korumak için kimi

⁷² ABTHŞ m. 5(3) ile 1 arasındaki bağlantı ile ilgili olarak ayrıca bkz. Marco OLIVETTI, *Article 1 - Human Dignity*, William BT MOCK & Gianmario DEMURO, eds., *Human Rights in Europe: A Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Carolina Academic Press, Durham, 2010, s. 9; OLIVETTI, *Article 5*, s. 33. ABTHŞ m. 1 ile ilgili olarak bkz. Catherine DUPRÉ, *Article 1 - Human Dignity*, Steve PEERS et al., eds., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 3-24.

⁷³ Krş. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para 285.

operasyonel önlemler alınmalıdır;⁷⁴ (iii) Potansiyel insan ticareti vakaları soruşturulmalıdır;⁷⁵ (iv) Farklı devlet otoriteleri arasında işbirliği yapılmalıdır.⁷⁶

Son olarak, ABTHŞ m. 5(3), bu hususta ABAD kararının yokluğu göz önünde tutularak, muhtemelen, bir de, belirli koşullar altında sınır ötesi uygulanabilecektir. Yine ABTHŞ m. 5(3), gerek doğrudan insan onurundan kaynaklandığından gerek AİHS m. 4'teki insan ticareti yasağına karşılık geldiğinden, çok büyük ihtimalle sınır ötesi uygulamaya sahip olacaktır.⁷⁷ Dolayısıyla öz olarak bir kişinin ülkeden gönderilmesi hâlinde alıcı devlette (yeniden) insan ticaretine tâbi tutulmak yönünden gerçek bir risk ile karşı karşıya kalacağına inanmak için sağlam sebepler varsa, ABTHŞ m. 5(3), böyle bir gönderme ile ihlal edilecektir.⁷⁸

Buraya kadar insan ticareti yasağı ABTHŞ boyutuyla aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu yasağın, bir sonraki bölüm ile AY yönünden incelenmektedir.

III. Türkiye: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Bakımından İnsan Ticareti Yasağı

AY, insan ticareti yasağı ile ilgili açık bir düzenleme getirmemekte olup özellikle AYM de, henüz bir temel hak olarak insan ticareti yasağı ile ilgili herhangi bir karar vermemiştir. Bu nedenle de bu yasağın söz gelimi AY m. 17⁷⁹ ve/veya 18'in⁸⁰ kapsamı içinde kalıp kalmadığı ve kalıyorsa nasıl

⁷⁴ Krş. *Ibid*, para. 286.

⁷⁵ Krş. *Ibid*, para. 288.

⁷⁶ *Ibid*, para. 289.

⁷⁷ Krş. *V.F. v. France*.

⁷⁸ Krş. (ABTHŞ m. 4 ile ilgili) Joined cases C 411/10 and C 493/10 (Court of Justice) *N. S. (C-411/10) v Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2011] ECR I-13905, para. 86.

⁷⁹ Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı başlıklı Anayasa m. 17/1 uyarınca: “Herkes, ... maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. ...”

⁸⁰ Zorla çalıştırma yasağı başlıklı Anayasa m. 18 uyarınca:

“Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır.

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının

korunduğu ve hangi yükümlülükleri getirdiği ile hangi koşullar altında sınır ötesi uygulanabilir olduğu soruları henüz netleşmemişse de bu sorular ile ilgili birtakım tespitler yapılabilir.

Öncelikle, özellikle AYM, bireysel başvuru aracılığıyla açık bir düzenlemenin yokluğunda AY m. 17 ve/veya 18'in insan ticareti yasağını kapsadığına karar verebilir mi? Bu soruya yanıt verebilmek için birincisi, AY m. 17 ile 18 ve AİHS m. 4 arasındaki ilişki ortaya konmalıdır. Bu meyanda AY, aslında zorla çalıştırma yasağına açıkça; kölelik ve kulluk yasağı ile zorunlu çalışma yasağına ise örtülü biçimde yer veriyor denilebilir. AY m. 17, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına yer verirken örtülü olarak kölelik ve kulluk yasağını içeriyor kabul edilebilir. Zira kölelik ve kulluk uygulamaları, kişinin maddî ve manevî varlığına yönelik açık bir müdahale olarak kabul edilmelidir.⁸¹ AY m. 18, açıkça zorla çalıştırma ve angarya yasağına yer verirken zorunlu çalışma yasağını içeriyor kabul edilebilir.⁸² AYM, henüz AY m. 17 ile AİHS m. 4 arasındaki bağlantıya işaret etmemişse de AY m. 18 ile AİHS m. 4 arasındaki bağlantıyı (zorla çalıştırma yasağı yönünden) kurmuştur.⁸³

İkincisi, peki, insan ticareti yasağı, özellikle bireysel başvuru aracılığıyla AY m. 17 ve/veya 18 kapsamında kabul edilecek midir? AYM, henüz AY m. 17 ile AİHS m. 4 arasındaki ilişkiyi net bir biçimde kurmamışken bu soru kolaylıkla net biçimde yanıtlanamayacaksa da⁸⁴ iki eğilim, bu

zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.”

⁸¹ KARAN, s. 163. Bununla birlikte, söz gelimi Tezcan ve diğerlerine göre AY m. 18 ile AİHS m. 4 arasında paralellik olup, kölelik AY m. 18 içinde değerlendirilebilir. Durmuş TEZCAN ve Diğerleri, *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 173.

⁸² Bkz. KARAN, s. 164.

⁸³ Örnek olarak bkz. Başvuru Numarası: 2013/1613 (Anayasa Mahkemesi) *Acar* [2013], paras. 26-29. Başvuru Numarası: 2013/5062 (Anayasa Mahkemesi) *Üstündağ* [2014], paras. 19-25.

⁸⁴ Bu meyanda Karan'a göre AİHS m. 4 ile AY arasındaki “kapsam açısından tek farklılık, Anayasada kölelik ve kulluk yasağı açısından açık bir düzenlemenin yer almamış olmasıdır. Bu nokta özellikle insan ticareti kapsamında değerlendirilebilecek bazı uygulamalar açısından sorun yaratabilecek bir potansiyele sahiptir. ... [AY m. 17]'nin gündeme gelmesi ile bu uyumsuzluğun amaçsal bir yorum ile Anayasaya aykırı olmayacak bir biçimde çözümlenmesi olanaklı gözükmektedir.” KARAN, s. 177.

sorunun olumlu yanıtlanacağı izlenimi verebilir. İlk olarak, AYM, ilgili AY maddesinin içeriğini AİHS'deki karşılığı olan maddenin AİHM içtihat hukukundaki içeriği ile örtüştürmektedir. Örneğin, AYM, AY m. 18 ve “zorla çalıştırılma” ile ilgili bir başvuru bakımından bu kavramın tanımını AİHM içtihat hukuku aracılığıyla yaparak karara varmıştır.⁸⁵ İkinci olarak, AYM, ilgili AY maddesinin dış sınırlarını belirlerken AİHS'deki karşılığı olan maddenin AİHM içtihat hukukundaki dış sınırlarını esas almaktadır. Örneğin, AYM'ye göre:⁸⁶

“AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların” ve bir “suç isnadının” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve AİHS kapsamı dışında kalacağından, bireysel başvuruya konu olamaz.”

O hâlde her ne kadar AY m. 36, adil yargılanma hakkı bakımından “*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzluklar*” ve bir “*suç isnadı*” gibi bir sınırlama getirmese de ilgili AY maddesinin dış sınırları, bireysel başvuru yönünden tıpkı AİHS'deki karşılığı olan maddeninki gibi çizilmiştir.

Sonuç olarak, insan ticareti yasağı, özellikle bireysel başvuru aracılığıyla AY m. 17 ve/veya 18 kapsamında kabul edilebilir gözükmektedir. Zira bir yandan, AY m. 17 ile 18 ve AİHS m. 4 arasında bağlantı bulunmaktayken diğer yandan, AYM, hem içerik veya iç alan hem de dış sınırlar bakımından ilgili AY maddesi açısından AİHS'deki karşılığını esas almaktadır. Öyleyse, AYM, AİHM'nin insan ticareti yasağının AİHS m. 4'te içkin olduğuna ilişkin *Rantsev v. Cyprus and Russia* kararından hareketle,⁸⁷ özellikle AY m. 17 ile AİHS m. 4 arasında kurulacak paralellik üzerinden, insan

⁸⁵ Başvuru Numarası: 2012/615 (Anayasa Mahkemesi) *İnan* [2013], paras. 36-47.

⁸⁶ Başvuru Numarası: 2012/917 (Anayasa Mahkemesi) *Oktar* [2013], para. 21.

⁸⁷ *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 282.

ticareti yasağının bir temel hak olarak korunduğuna karar verebilecektir ve hatta vermelidir. Bu yönden her ne kadar doktrinindeki yazarlardan bir kısmı, AİHS m. 4'teki kölelik ve kulluk yasağı ile ilgili olarak AY m. 18 ile arasında bağ kurmuşsa da⁸⁸, AY m. 17 daha uygun bir karşılık sayılmalıdır. Birincisi, kölelik ve kulluk uygulamaları, kişinin maddi ve manevi varlığına yönelik açık bir müdahale olarak kabul edilerek AY m. 17 içinde görülmeliyken⁸⁹ insan ticareti de, “*kölelik düzeninin çağdaş uygulaması*” kabul edilerek⁹⁰ AY m. 17 içinde sayılabilir. İkincisi, AY m. 15 uyarınca “*savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde*” dahi kişinin “*maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz*” olup bu da, AY m. 17'yi, tıpkı AİHS m. 4 gibi, “*insan haklarının “sert çekirdeği”*”⁹¹ veya “*dokunulmaz çekirdek alanı*”⁹² içine yerleştirmektedir.

Peki, AYM, insan ticareti yasağını özellikle AY m. 17 içinde görürse bu yasak, genel olarak ve muhtemelen nasıl koruma sağlayacaktır ve hangi yükümlülükleri öngörecektir? Öncelikle, AYM'ye göre AY m. 17'deki “[k]işinin ... maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, ... devredilmez ve vazgeçilmez haklardan” sayılır.⁹³ O hâlde AY m. 17 kapsamındaki bir insan ticareti yasağı, gerek bu tespit gerek AY m. 17 ile AİHS m. 4'teki insan ticareti yasağının karşılıklılığı göz önünde tutulunca çok büyük ihtimalle

⁸⁸ Örneğin, Tezcan ve diğerlerine göre AY m. 18 ile AİHS m. 4 arasında paralellik olup kölelik AY m. 18 içinde değerlendirilebilir. TEZCAN v.d., İnsan Hakları El Kitabı, s. 173. Bundan başka Doğru'ya göre “[AY m. 18], *kölelik ve kulluk yasağını içerecek şekilde yorumlanmalıdır*”. Osman DOĞRU, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 10. Belirtmek gerekir ki bu ihtimal altında da yine insan ticareti, “*kölelik düzeninin çağdaş uygulaması*” kabul edilerek (Rona AYBAY, *Yabancılar Hukuku*, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 30.), bu kez de AY m. 18 içinde sayılabilir.

⁸⁹ KARAN, s. 163.

⁹⁰ AYBAY, s. 30.

⁹¹ İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 270-271 ve 271, dn. 4. Krş. dn. 31.

⁹² KARAN, s. 163-164.

⁹³ Başvuru Numarası: 2013/8475 (Anayasa Mahkemesi) *Çat ve Diğerleri* [2015], para 43. Söz gelimi, Mumcu ve Küzeci'ye göre de (1961 Anayasası çerçevesinde kaleme alınmışsa da) “*insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı*”, “*kişi özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır*”. Ahmet MUMCU & Elif KÜZECİ, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 206.

“mutlak hak” sayılacaktır.⁹⁴ Yine insan ticareti yasağı, AİHS m. 4 ile ilgili AİHM içtihat hukuku ile paralellik kurulursa ana hatlarıyla üç tür yükümlülük öngörecektir.⁹⁵ Buna göre devlet, (i) ajanları aracılığıyla insan ticaretinden kaçınma yükümlülüğü (negatif yükümlülük); (ii) belirli koşullar altında, kaçınılabilecek insan ticaretini önlemek için önlem alma yükümlülüğü (pozitif yükümlülük); (iii) şüpheli insan ticaretini etkili soruşturma yükümlülüğü (usuli yükümlülük) altında olacaktır.⁹⁶

Peki, AY m. 17 kapsamındaki bir insan ticareti yasağı, özel olarak ve muhtemelen hangi yükümlülükleri öngörecektir? Bu yönden bu yasağın, AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağı ile ilgili AİHM içtihat hukuku ile paralellik kurulursa en azından *Rantsev v. Cyprus and Russia* başvurusuyla ortaya konan şu dört yükümlülüğü içerecektir: (i) İnsan ticareti ile etkili mücadele etmek adına belirli bir mevzuat çerçevesi var olmalıdır;⁹⁷ (ii) Belirli koşullar altında, insan ticareti mağdurlarını veya potansiyel mağdurlarını korumak için kimi operasyonel önlemler alınmalıdır;⁹⁸ (iii) Potansiyel insan ticareti vakaları soruşturulmalıdır;⁹⁹ (iv) Farklı devlet otoriteleri arasında işbirliği yapılmalıdır.¹⁰⁰

Son olarak, AY m. 17 kapsamındaki bir insan ticareti yasağı, özellikle bu hususta AYM kararının yokluğu göz önünde tutularak, muhtemelen, bir de,

⁹⁴ Benzer bir görüş için bkz. KARAN, s. 164.

⁹⁵ Benzer bir tespit için bkz. *Ibid*, s. 168, 177.

⁹⁶ Bu yönden AYM; negatif, pozitif ve usuli yükümlülük “jargonunu” kullanmaya başlamıştır. Bununla ilgili AY m. 17 ve “yaşam hakkı” üzerinden örnekler verilebilir. Negatif yükümlülük ile ilgili örnek olarak bkz: “Devletin, negatif bir yükümlülük olarak, yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme ... yükümlülüğü bulunmaktadır.” Başvuru Numarası: 2013/2839 (Anayasa Mahkemesi) *Artuç* [2014], para. 32. Pozitif yükümlülük ile ilgili örnek olarak bkz: “Devletin, ... pozitif bir yükümlülük olarak, yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların, gerek diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.” *Ibid*. Usuli yükümlülük ile ilgili örnek olarak bkz: “Devletin yaşam hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usuli yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır.” *Ibid*, para. 36.

⁹⁷ Krş. *Rantsev v. Cyprus and Russia*, para. 285.

⁹⁸ Krş. *Ibid*, para. 286.

⁹⁹ Krş. *Ibid*, para. 288.

¹⁰⁰ *Ibid*, para. 289.

belirli koşullar altında sınır ötesi uygulanabilecektir. Bu yönden bu yasak, “devredilmez ve vazgeçilmez haklardan” sayıldığından¹⁰¹ ve AİHS m. 4’teki insan ticareti yasağının karşılığı olduğundan, çok büyük ihtimalle sınır ötesi uygulamaya sahip olacaktır.¹⁰² Nitekim AYM, henüz, herhangi bir AY maddesinin sınır ötesi uygulanabilirliği ile ilgili net bir karar vermemişse de *Caceres* başvurusunda¹⁰³ AY m. 17 ve işkence yasağı ile bir kişinin bir başka ülkeye gönderilememesi ile alakalı bir tespitte bulunmuştur. Buna göre:¹⁰⁴

¹⁰¹ *Çat ve Diğerleri*, para. 43.

¹⁰² Krş. *V.F. v. France*.

¹⁰³ Daha detaylı olarak AYM, *Caceres* başvurusunda bir kişinin sınır dışı edilmesi ile ilgili olarak “*tedbir talebi*” başvurusunu ele almıştır. Burada Bayan *Caceres*, ABD vatandaşı olup Özbek vatandaşı ve BMMYK uyarınca mülteci statülü eşi Bay *Kadirov* ile 2006 yılından bu yana İstanbul’da yaşamaktadır. Otoriteler, 29 Ağustos 2012’de Bay K hakkında sınır dışı kararı vermiştir. Bayan C, 13 Ağustos 2012’de yasal ikamet süresini uzatma amacıyla otoritelere başvurunca süreyi uzatmama ve on beş gün içinde Türkiye’den çıkış yapmazsa sınır dışı edileceği kararı kendisine bildirilmiş; 4 Eylül 2012’de hakkında sınır dışı kararı alınmıştır. Bayan C, bu işlemin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle idare mahkemesinde dava açmış; ancak istemi reddedilmiş ve bu ret karşısında bir üst dereceye itirazı kabul görmemiştir. AYM’ye göre “*tedbir talebi*” verebilmek için Anayasa m. 17 anlamında “*başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılması gerekir*”. Bundan başka AYM, kural olarak, başvuru yolları tüketildikten sonra bir başvuruyu inceleyebilir. Bununla birlikte, bir kişi, sınır dışı kararına karşı yürütmenin durdurulması istemiyle idare mahkemesine başvurmuş ve bu başvuru reddedilince itiraz etmiş; ancak yine olumsuz sonuç almışsa “*anayasal haklara saygı ilkesi*” gereği AYM, idari dava sonuçlanmamışsa bile o kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlikenin devam edip etmediğini inceleyebilir. Somut olayda başvuru, ABD vatandaşı olup herhangi somut bir ülkeye sınır dışı edilmesi konusunda bir karar yoktur; öyleyse “*başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik ciddi bir risk*” de yoktur. Kaldı ki: “*başvurucu sınır dışı edilmesi halinde hayatının tehlikeye gireceği veya işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalabileceğine ilişkin ciddi bir risk bulunduğu dair herhangi bir iddia da ileri sürmemiştir.*” Sonuç olarak, bu aşamada tedbir talebinin koşulları oluşmamıştır ve bu nedenle bu talep reddedilmelidir. Başvuru Numarası: 2013/1243 (Anayasa Mahkemesi) *Caceres* [2013], paras 4-15; 19-27.

¹⁰⁴ *Ibid*, para 27. Ayrıca AYM, *Oksana Chicheishvili* başvurusunda da benzer bir tespitte bulunmuştur. Buna göre: “... *Başvurucunun durumu somut olay açısından değerlendirildiğinde önceden aldığı ikamet tezkeresi iptal edilen ve yeniden ikamet tezkeresi alamadığı için tezkeresi olmaksızın ülkede ancak üç ay süreyle kalabilecek bir kişi durumunda bulunduğu, buna karşılık istediği güvenli üçüncü bir ülkeye veya kendi ülkesine gitmesine engel bir durumun bulunmadığı gibi gideceği ülkede yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk ile karşılaşacağına, işkence ve kötü muameleyle tabi tutulacağına ilişkin bir beyanı da söz konusu değildir.*” Başvuru Numarası:

“...başvurucu sınır dışı edilmesi halinde hayatının tehlikeye gireceği veya işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz kalabileceğine ilişkin ciddi bir risk bulunduğu dair herhangi bir iddia da ileri sürmemiştir.”

Öyleyse böyle bir iddia ileri sürülseydi dikkate alınacaktı. Dolayısıyla bu tespitten hareketle AY m. 17, sınır ötesi uygulanabilir gözükmekte olup bu, AY m. 17 kapsamındaki bir insan ticareti yasağına da genişletilebilir olmalıdır. Öyleyse öz olarak, bir kişinin ülkeden gönderilmesi hâlinde alıcı devlette (yeniden) insan ticaretine tâbi tutulmak yönünden gerçek bir risk ile karşı karşıya kalacağına inanmak için sağlam sebepler varsa, AY m. 17 kapsamındaki bir insan ticareti yasağı, böyle bir gönderme ile ihlal edilecektir.

İnsan ticareti yasağı, böylelikle AİHS, ABTHŞ ve AY boyutlarıyla aydınlatılmaya çalışılmıştır. Bu da, birtakım sonuçlara varmayı mümkün kılmaktadır.

Sonuç

İnsan ticareti yasağı, AİHM kararları ve ABTHŞ ile bir temel hak olarak Avrupa özelinde kendisine bir yer edinmiş olup özellikle AYM'nin bireysel başvuru kararları aracılığıyla AY üzerinden de etkili olabilecektir. Böylelikle günümüzün fenomeni olarak insan ticareti, yaygın olduğu üzere salt cezai bir bakış açısıyla değil; artık bir “*temel hak*” bakış açısıyla üzerinde yeniden durulmayı gerektirmektedir.

İnsan ticareti yasağı, toparlanırsa bir temel hak olarak alt unsurları ile birlikte üç tür yükümlülük vazetmektedir: (i) Negatif yükümlülük: Devlet, ajanları aracılığıyla insan ticaretinden kaçınmakla yükümlüdür. (ii) Pozitif yükümlülük: Devlet, belirli koşullar altında, kaçınılabilecek insan ticaretini önlemek için önlem almakla yükümlüdür. Bu meyanda devlet, insan ticareti ile etkili mücadele etmek adına belirli bir mevzuat çerçevesine sahip olmalıdır ve belirli koşullar altında, insan ticareti mağdurlarını veya potansiyel mağdurlarını korumak için kimi operasyonel önlemler almalıdır. (iii) Usuli yükümlülük: Devlet, şüpheli insan ticaretini etkili soruşturmakla yükümlüdür. Bu meyanda devlet, potansiyel insan ticareti vakalarını soruşturmalıdır ve farklı devlet otoriteleri ile işbirliği yapmalıdır.

Dahası insan ticareti yasağı, henüz tam olarak netleşmemişse de muhtemelen belirli koşullar altında sınır ötesi uygulanabilir kabul edilecektir. Buna göre öz olarak eğer bir kişi ülkeden gönderilirse ve o kişinin alıcı devlette (yeniden) insan ticaretine tâbi tutulmak yönünden gerçek bir risk ile karşı karşıya kalacağına inanmak için sağlam sebepler varsa, insan ticareti yasağı gereği böyle bir kişi böyle bir ülkeye gönderilemeyecektir.

İnsan ticareti yasağı, bir temel hak olarak önümüzdeki yıllarda daha çok yargılamaya konu olacak izlenimi vermektedir. Birincisi, bu temel hak, yeni yeni “görünür” hâle gelmeye başlamıştır. Bu yönden AİHM, ilk kez *Rantsev v. Cyprus and Russia* kararıyla ancak 2010 yılı itibariyle insan ticareti yasağını AİHS m. 4 ve dolayısıyla genel olarak AİHS içeriğine katmıştır. Yine ABTHŞ, açıkça insan ticaretini yasağını içerse de ancak 2009 yılının Aralık ayında Lizbon Antlaşması ile birlikte kurucu antlaşmalar ile “*aynı hukuki değere sahip*” kabul edilerek hukuki etki kazanmıştır.¹⁰⁵ İkincisi, örneğin *Europol* Müdürünün görece yakın bir tarih olan 11 Haziran 2015 tarihinde belirttiği gibi, “*insan ticaretinin hem maliyeti hem de çapı Avrupa’da yükselişte*” olup¹⁰⁶ bu yönden insan ticareti vakaları “*artış*” halindedir. Bu açıdan, yeni yeni “görünür” hâle gelmeye başlayan bir temel hak olarak insan ticareti yasağı “*artış*” halindeki insan ticareti vakaları ile birleşince bu yasağın, bir temel hak olarak muhtemelen önümüzdeki yıllarda özellikle AİHM, ABAD ve AY kararları aracılığıyla daha çok netleşecektir.

¹⁰⁵ Lizbon Antlaşması ile değişik AB Antlaşması m. 6(1).

¹⁰⁶ <https://www.europol.europa.eu/latest_news/europol-joins-leading-european-financial-institutions-fight-against-human-trafficking>, [Erişim Tarihi: 15 Ekim 2015.]

Kaynakça

Kitap

- AYBAY, Rona; *Yabancılar Hukuku*, 3. Bası, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- CASTLES, Stephen & Mark J. MILLER; *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2009.
- CLAYTON, Gina et al.; *Textbook on Immigration and Asylum Law*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- DOĞRU, Osman; *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- DOĞRU, Osman & Atilla Nalbant; *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt:1, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights; *Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 2006.
- HAMMARBERG, Thomas; *Avrupa'da İnsan Hakları*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- HARRIS, David et al.; *Law of the European Convention on Human Rights*, 3d ed, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Özgürlükler Hukuku*, 6. Bası, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- KOSER, Khalid; *International Migration: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, New York, 2007.
- MUMCU, Ahmet & Elif KÜZECİ; *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- OVEY, Clare & Robin CA. WHITE; *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- ÖZCAN, Mehmet; *Avrupa Birliğinde İnsan Hakları*, Hayat Yayınları, İstanbul, 2012.
- POPOVIĆ, Dragoljub; *European Human Rights Law: A Manual*, Eleven International Publishing, The Hague, 2013.

- RAINEY, Bernadette; *Human Rights Law Concentrate*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- RAINEY, Bernadette; Elizabeth Wicks & Clare Ovey; *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, 6th ed, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- SMITH, Rhona K. M.; *Textbook on International Human Rights*, 5th ed, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- TEZCAN, Durmuş v.d.; *İnsan Hakları El Kitabı*, 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.
- TEZCAN, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem & Oğuz Sancakdar; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

Makale & Kitap Bölümü

- ALLAIN, Jean; *Rantsev v Cyprus and Russia: The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, Human Rights Law Review, Cilt: 10, Sayı: 3, 2010, s. 546-557.
- ARIKOĞLU, Enver; *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 24, Sayı: 1-2, 2004, s. 71-125.
- ASKOLA, Heli; *Article 5 - Prohibition of Slavery and Forced Labour*, Steve Peers et al., eds, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 144-163.
- DUPRÉ, Catherine; *Article 1 - Human Dignity*, Steve Peers et al, eds, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, s. 44-67.
- KARAN, Ulaş; *Kölelik, Kulluk, Zorla Çalıştırma ve Zorunlu Çalışma Yasağı*, Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 159-178.
- KARA, Siddharth; *Designing More Effective Laws Against Human Trafficking*, Northwestern Journal of International Human Rights, Cilt: 9, Sayı: 2, 2011, s. 123-147.

- OBOOKATA, Tom; *A Human Rights Framework to Address Trafficking of Human Beings*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt: 24, Sayı: 3, 2006, s. 377-409.
- OLIVETTI, Marco; *Article 5 - Prohibition of Slavery and Forced Labor*, William BT Mock & Gianmario Demuro, eds, Human Rights in Europe: A Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Carolina Academic Press, Durham, 2010, s. 33-39.
- OLIVETTI, Marco; *Article 1 - Human Dignity*, William BT Mock & Gianmario Demuro, eds, Human Rights in Europe: A Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Carolina Academic Press, Durham, 2010, s. 3-11.
- PATI, Roza; *States' Positive Obligations with respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, Boston University International Law Journal, Cilt: 29, Sayı: 1, 2011, s. 79-142.
- 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, Cilt: 24, Sayı: 2, 2012, s. 181-201.
- STOYANOVA, Vladislava; *Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalizing Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, Cambridge Journal of International and Comparative Law, Cilt: 3, Sayı: 2, 2014, s. 407-443.
- STOYANOVA, Vladislava; *Complementary Protection for Victims of Human Trafficking under the European Convention on Human Rights*, Goettingen Journal of International Law, Cilt: 3, Sayı: 2, 2011, s. 777-817.
- STOYANOVA, Vladislava; *Dancing on the Borders of Article 4: Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case*, Netherlands Quarterly of Human Rights, Cilt: 30, Sayı: 2, 2012, s. 163-194.

Mahkeme Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- App. 14038/88 (European Court of Human Rights) *Soering v. United Kingdom* [1989] A.161.
- App. 22414/93 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *Chahal v. United Kingdom* [1996] ECHR 1996-V.
- App. 24573/94 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *H.L.R. v. France* [1997] ECHR 1997-III.
- App. 73316/01 (European Court of Human Rights) *Siliadin v. France* [2005] ECHR 2005-VII.
- App. 40020/03 (European Court of Human Rights) *M. and Others v. Italy and Bulgaria* [2012].
- App. 25965/04 (European Court of Human Rights) *Rantsev v. Cyprus and Russia* [2010] ECHR 2010.
- App. 4239/08 (European Court of Human Rights) *C.N. v. United Kingdom* [2012].
- App. 27765/09 (European Court of Human Rights (Grand Chamber)) *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [2012] ECHR 2012.
- App. 67724/09 (European Court of Human Rights) *C.N. and V. v. France* [2012].
- App. 7196/10 (European Court of Human Rights) *V.F. v. France* [2011].

Avrupa Birliği Adalet Divanı

- Case 4/73 (Court of Justice) *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung v. Commission of the European Communities* [1974] ECR 491.
- Case C-305/05 (Court of Justice) *Ordre des barreaux francophones et germanophones and Others v Conseil des ministres* [2007] ECR I-5305.
- Joined cases C 411/10 and C 493/10 (Court of Justice) *N. S. (C-411/10) v. Secretary of State for the Home Department and M. E. and Others (C-493/10) v. Refugee Applications Commissioner and Minister for Justice, Equality and Law Reform* [2011] ECR I-13905.
- Opinion 2/13 (Court of Justice) *Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [2014].

Anayasa Mahkemesi

E. 2008/1, K. 2008/2 (Anayasa Mahkemesi) [2008].

Başvuru Numarası: 2012/615 (Anayasa Mahkemesi) *İnan* [2013].

Başvuru Numarası: 2012/917 (Anayasa Mahkemesi) *Oktar* [2013].

Başvuru Numarası: 2013/1243 (Anayasa Mahkemesi) *Caceres* [2013].

Başvuru Numarası: 2013/1613 (Anayasa Mahkemesi) *Acar* [2013].

Başvuru Numarası: 2013/2839 (Anayasa Mahkemesi) *Artuç* [2014].

Başvuru Numarası: 2013/5062 (Anayasa Mahkemesi) *Üstündağ* [2014].

Başvuru Numarası: 2013/8475 (Anayasa Mahkemesi) *Çat ve Diğerleri* [2015].

Başvuru Numarası: 2014/19023 (Anayasa Mahkemesi) *Oksana Chicheishvili* [2014].

Yargıtay

E. 2004/8-201, K. 2005/30 (Yargıtay Ceza Genel Kurulu) [2005].