

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

TEMMUZ
AĞUSTOS
EYLÜL
2017

SAYI

3

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Hasan Fehmi Demir

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet İpek

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat/Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Yrd. Doç. Dr. Barış Erman/Yrd. Doç. Dr. Gülşah Kurt

Av. Fikret İlkiz/Av. Hasan Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Harbiye Mah. Maçka Cad.

No: 11 D3 Şişli-İstanbul

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2

Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.

Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Aralık 2017

İçindekiler

- SAVUNMA HAKKI VE CEZA MUHALEMESİNDE BİLİŞİM
TEKNOLOJİSİNİN KULLANIMI **1**
Michele SIMONATO
Çeviren: Av. A. Kemal KUMKUMOĞLU
- DOĞRUDAN SORGU TANIK VE JÜRİ ARASINDAKİ OYUNU
KONTROL ETMEK **57**
Herbert J. STERN
Stephen A. SALTZBURG
Çeviren: Av. N. Işıl DEMİR DOĞAN
- PARMAKLIKAR ARKASINDAKİ ÇOCUKLAR **83**
Michael Garcia BOCHENEK
Çeviren: Av. Yeşim GÜLHAN
- ÖTENAZİ VE HAYSİYET: MERHAMET VE HUKUK ARASINDA **95**
Christian BYK
Çeviren: Av. Zeynep ÇAKIR
- DÜŞMAN CEZA HUKUKU – TORBADAN ESKİ ŞARAP **107**
Dr. Lorenz LEITMEIER
Çeviren: Av. Orhun ÜLBEGİ
- CİNSEL SUÇ MÜKERRİRLERİ TEDAVİ ETMEK İÇİN
MEDROKSİPROGESTERON ASETAT VE SİPROTERON ASETAT KULLANIMININ
ETİK AÇIDAN ANALİZİ **123**
Elizabeth PITULA
Çeviren: Av. Umur AKSAKAL
- ÇİN HALK CUMHURİYETİNDE İDAM CEZASI: NEREYE GİDİYOR? **147**
LU Jianping
GUO Jian
Çeviren: Av. Umur AKSAKAL
- RUOTSALAINEN / FINLANDIYA KARARI ÇEVİRİSİ **165**
Av. Rana GÖKSU
Av. İrmak DUMAN

Genç Ceza Hukukçuları Özel Raporu

SAVUNMA HAKKI VE CEZA MUHALEMESİNDE BİLİŞİM TEKNOLOJİSİNİN KULLANIMI

Michele SIMONATO*

Çeviren: Av. A. Kemal KUMKUMOĞLU

1. Giriş

Bilişim Teknolojisi (Bundan sonra “BT” olarak anılacaktır.), bireyler tarafından gerçekleştirilen akla gelebilecek hemen her türlü yasal ve yasa dışı eylem sırasında rutin olarak kullanılmaktadır. Kolluk makamları, doğal olarak bireylerin illegal eylemlerine odaklanmaktadır ve BT kullanılarak işlenen gayrimeşru eylemleri tespit etmek ve soruşturmak zorundadır. Ayrıca kolluk makamları, BT desteği olmadan işlenen “klasik suçlar”ın etkin bir şekilde soruşturulması için bile BT’nin potansiyelinden faydalanmaktadır.

Kolluk makamları, BT’yi çift yönlü bir amaçla kullanmaktadır: bir yandan, pro-aktif kolluk faaliyetleriyle suçların önlenmesi için ve diğer yandan, delil toplanması yoluyla şüphelilerin soruşturulması için. Bu rapor yalnızca ikinci amaca odaklanmaktadır ve yalnızca ceza muhakemesi çerçevesinde kullanılan BT’yi dikkate almaktadır.

Bu tercih, ceza muhakemesi kapsamındaki önleyici bilgi toplama faaliyetinin ve istihbarat analizinin giderek artan önemini hafife almak anlamına gelmemektedir¹. Her ulusal sistem, istihbarı bilginin ceza muhakemesi içerisinde kullanılması imkânını; ya soruşturma açılması amacıyla, ya zorlayıcı bir tedbirin başlatılması amacıyla veyahut duruşmada delil olarak, farklı bir derecede tanımaktadır. Benzer şekilde, bir soruşturmanın açılması için gereken alt sınırın azaltılması yönünde bir eğilim

* Luxembourg Üniversitesi’nde ceza hukuku alanında doktora sonrası araştırma görevlisi.
michele.simonato@uni.lu

1 A. Klip [2013], p. 28, “geçmişte işlenen suçlara cevap vermede geçmiş bilgi ve delil gerekirken, bugünlerde bilginin değişimi genelde gelecekteki suçları önlemeye yöneliktir”

de mevcuttur ve proaktif kolluk faaliyetleri ile soruşturmalar arasındaki bu gibi farklar güçlkle fark edilebilmektedir. Her iki eğilim, bir önceki AIDP Kongresi'nin² Genel Raporu'nun 3. Bölümü'nde açıklanmış ve – AB seviyesinde – Luxemburg Üniversitesi tarafından yürütülen “Avrupa Başsavcılığı'nın usulü hakkında Örnek Kurallar” projesinin bulgularıyla doğrulanmıştır³. Bununla birlikte, işbu makalenin sınırlı kapsamı, BT'nin ceza soruşturmalarının başlamasından sonra yoğun bir şekilde kullanılmasının klasik savunma hakları üzerinde yarattığı değişime odaklanmaya izin vermektedir.

Bu rapor çerçevesinde, öncelikle BT kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Vervaele'nin Kongre'nin konusu⁴ hakkındaki giriş notlarında belirttiği örnekler temel alındığı takdirde, BT oldukça geniş bir kavramdır. Bu yalnızca bilgisayarla ilgili teknolojileri ve dijital delilleri değil, aynı zamanda genel anlamda teknolojiyi kapsamaktadır. Bu nedenle, video-konferanslar, dijital mahkeme dosyaları, DNA veri tabanları, “özel görüşmelerin doğrudan dinlenmesine yönelik cihazların uygulaması”, vb. de içeriğe dâhildir. Dolayısıyla, BT'nin, ceza muhakemesinin her boyutuna bir ölçüde dokunduğu görülmektedir. Ceza davası ve özellikle hazırlık soruşturmasında, BT'nin hiç kullanılmadığı bir alan bulmak oldukça zordur.

Gerçekten de, BT'nin temel özelliklerinden biri onun “evrenselliği”dir⁵. Yukarıda belirtildiği üzere, ceza adaleti sistemine – ve özellikle soruşturma araçları arasına – yeni teknolojilerin dâhil olması, siber suçlara karşı mücadeleyle ve bilgisayar kullanımı yoluyla işlenen suçlarla sınırlı değildir⁶. Örneğin, ‘dijital delil’ kavramına baktığımızda, bir bilgisayarda bulunan herhangi bir delilin bu şekilde tanımlanabileceğini anlamaktayız⁷. BT'nin bu gibi bir yatay kullanımı, bu bakımdan, BT'nin

2 J.A.E. Vervaele [2009], s. 111 vd.

3 Bkz: K. Ligeti (ed.) [2013]. Proje hakkında daha fazla bilgi için, bkz: www.eppoproject.

4 Bkz AIDP Dergisi, 1/2012.

5 Bkz M. Daniele [2011], s. 203 vd.

6 Bu konu 2001 Budapeşte Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi'nde yer bulmaktadır: “usul hukuku bölümü maddi hukuka ilişkin bölümden çok daha geniştir. Sözleşme'nin kapsamın bu şekilde genişlemesi, bilgisayar sistemi aracılığıyla işlenen veya delilin elektronik olduğu “klasik” bir suçun işlendiği herhangi davada farklı tipte soruşturma yetkilerinin kullanılmasına imkân tanıyan, etki çevresi çok geniş sonuçlara yol açabilir.” P. Csonka [2006], s. 490.

7 Bkz Bölüm (2.2.).

yalnızca organize suçlar ve terörizm gibi özel suçların kovuşturmasına ilişkin olmadığını ve genel olarak savunma hakkına etki ettiğini göstermektedir⁸.

BT'nin geniş kapsamı göz önüne alındığında, BT'nin tüm anlamlarını tanımlamak olanaksızdır. Ayrıyeten, BT araçları arasındaki genel farkları ortaya koymak güçtür: onları farklı kategorilerde kümelendirmeye yönelik her girişim; tanıma ve bakış açısına göre değişiklik gösteren ve çakışan daireler izlenimi vermektedir. Bu nedenle, bu makalede belirtilen farklılıklar, mutlak ve genel olmayı değil, daha çok, değinilen sorunu aydınlatma ve özellikle BT'nin ne derecede savunma haklarını etkilediğini açıklama amacıyla, fonksiyonel olmayı hedeflemektedir⁹.

Ceza adaleti sistemleri içerisinde BT'nin yoğun bir şekilde kullanımı, savunmanın pozisyonunu yargılamanın genelinde zorlaştırmaktadır ve unutmamak gerekir ki, BT yalnızca dar anlamda (*stricto sensu*) savunma haklarını değiştirmemekte, aynı zamanda avukat olma biçimini de değiştirmektedir: savunma faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin yeni yöntemler bir önceki yüzyıllınlardan tamamı ile farklı olabilmektedir¹⁰. Bu arka plana karşın, işbu rapor, net bir cevap vermemekle birlikte, şu soruyu geliştirmiştir: <20. yüzyılda belirginleşen> savunma hakları ve adil yargılanma kavramlarımız, gerçekten BT tarafından tartışmaya mı açılmaktadır?

BT'nin neden olduğu bu köklü değişiklik, her ülkede, ceza adaleti sisteminin bütününe etkilemektedir. Bu raporun amacı, BT çağında savunma haklarının karşılaştırmalı bir analizini geliştirmek değil, ceza adaleti sistemi içinde BT kullanımının savunma yönünden doğurduğu

8 Başka bir deyişle, bu durumda “paradigma altında işlenen suçların ciddiliği, kılıçların kaldırılması ve kalkanların indirilmesini meşru kılar” diyemeyiz. J. Vervaele [2009], s.90.

9 Örneğin, fiziki dünyayı ‘halkın gözü’ (Bkz: G. Di Paolo [2009] aracılığıyla gözetlemeyi hedefleyen yöntem ve kişisel veriye ulaşmaya ve onu incelemeye ilişkin müdahaleci yöntem gibi gözetim tekniklerinin özel hayatın gizliliği üzerinde farklı etkileri vardır. Bu bakımdan, bazı yazarlar gözetim ile “veri gözetimi” arasında ayrımı gitmekte ve ikincisi ile “soruşturma sırasında kişisel veri sistemlerinin sistematik kullanımını veya birden fazla kişinin görüşmelerinin ve hareketlerinin gözetlenmesini” kastetmektedirler. (R. Clarke [1987]). Aynı zamanda bkz: DJ. Solove [2001], kendisi Kafka'nın Dava'sındaki metaforun, kişisel bilginin bilgisayar aracılığıyla toplanılması ve kullanılması gerçeğini yakalamada, Orwell'in 1984'te resmedilen totaliter hükümeti Büyük Birader'den daha iyi olduğunu ileri sürmektedir.

10 Şu var ki, ceza adaletindeki verimsizlikler ve düşük seviyedeki yatırımlar, ulusal sistemlerin etkin bir şekilde modernleşmesi önünde bir engel teşkil etmektedir.

ana sorunların genel bir değerlendirmesini sunmaktır¹¹. Anlamı olan örnekler ve belirli hukuk sistemlerine referanslar, uygun olduğu ölçüde, işbu sorunlarla ilgili örneklendirme işlevini görecektir.

2. (Savcılığın) yetkileri ve (savunma) hakları arasında değişen ilişkiler

Bu rapor çerçevesinde, sanığın savcılığın iddialarına yönelteceği itirazlara ilişkin tüm imkânlar için “savunma hakları” kavramını kullanacağım. Bu, masumiyet karinesi gibi adil yargılanmaya ilişkin genel hakları da, savunmanın duruşmadaki ve – daha da önemlisi – duruşma öncesi süreçteki bilgisine, yardımına ve katılımına ilişkin özel haklarını da kapsayan geniş bir kategoridir.

Savunma açısından, BT'nin kullanımı, genel olarak savcılığa, birkaç on yıl öncesinde hayal edilemeyecek geniş kapsamlı gelişmiş teknikleri kullanma imkânı sunarak, sadece onun konumunu güçlendiren bir şey olarak algılanmaktadır. Bu algıyı desteklemek için genel olarak üç tip görüş dillendirilmektedir: İlk olarak, savunmanın, savcılığın elinde bulunan araç ve kaynaklara¹² sahip olmadığı ileri sürülmektedir. İkinci olarak, genelde en müdahaleci BT araçları soruşturmanın ilk evresinde kullanılmaktadır; ayrıyeten şüpheliler, bunların farkında olmadıkları gibi, kendilerini kuşatan gözetimin hedefi oldukları konusunda da bilgilendirilmemektedirler. Dahası, hukukun gerçek hayattan daha yavaş olması nedeniyle, güncellenmiş savunma güvencelerinin hazırlanması çoğu zaman ulusal kanun koyucular tarafından göz ardı edilmektedir.

Uluslararası düzeyde, duruşma aşaması sürecindeki genel usuli güvenceler üzerinde belirli bir fikir birliği bulunmaktadır; ancak genel eğilim, soruşturma sonuçlarının ve yazılı delillerin, tanığın duruşmadaki çapraz sorgusuna göre giderek daha çok önem kazanması yönündedir (Bu durum “duruşma-odaklılığın” gücünü kaybetmesi olarak anılmaktadır¹³). BT sorunlarının çoğu, özellikle, duruşma öncesinde ortaya çıkmaktadır; bu alanda, BT araçlarına ilişkin ulusal yasa hükümleri – eğer

11 Diğer bazı konular da bu raporda ele alınabilirdi, ancak zaman ve mekan sınırı nedeniyle bunlara değinilmemiştir.

12 Bu durum, vatandaşlar arasındaki eşitlik açısından sorunlar doğurabilir.

13 M. Damaska [1997], s.3.

mevcutsa – oldukça değişkenlik göstermekte ve benzer bir fikir birliği, usuli güvenceler bakımından bulunmamaktadır¹⁴.

Diğer taraftan, – tıpkı tanık beyanlarında olduğu gibi – sanıklar soruşturma sonuçlarının güvenilirliğini sarsmaya çabalamaktadır (pasif savunma veya BT'ye karşı savunma); kural olarak, sanıklar da savcılık gibi BT'yi delil toplama ve sunma amacıyla kullanabilecektir. Bu görüşe göre, teknoloji tarafsız bir araçtır ve savcılığın bir ayrıcalığı olmamalıdır (aktif savunma veya BT aracılığıyla savunma)¹⁵.

Soruşturma ve iddia makamlarının yetkileri ile şüphelinin hakları arasındaki bu yeni dengeye ilişkin daha derinlemesine düşünce gerektiren birtakım konular, aşağıda ana hatlarıyla aktarılacaktır. Bu genel değerlendirme özellikle iki soruyu öne çıkarmaktadır: “BT'nin kullanımı, savunmanın da ceza yargılamasındaki konumunu iyileştirebilir mi, yoksa savunma haklarının kullanılmasını yalnızca kötüleştirmekte midir?” ve “Var olan hukuki kavramların yeniden yorumlanması yoluyla bu ilişkiye yeniden denge getirilebilir mi yoksa yeni özel kavramlar mı gerekmektedir?”.

2.1 Ceza soruşturması sırasında gözetim ve özel yaşamın korunması

Savunma açısından, BT'nin kullanımına dair en büyük sorunlar hazırlık soruşturması aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlar özellikle, BT'nin savcılığa eşi benzeri görülmemiş müdahale yetkileri vermesinden kaynaklanmaktadır. Hali hazırdaki BT kavramının içinde sayılabilecek yöntemler aracılığıyla yürütülen sayısız soruşturma örneği vardır. X-ray cihazları, termal sensörler, kayıt cihazları, konuşmaları uzak mesafeden kaydeden parabolik mikrofonlar, e-posta ele geçirme cihazları, bir kişinin nerede olduğuna ilişkin bilgi toplayan takip cihazları ve “her yerde bulunur hale gelmiş¹⁶” görünen gözetim kameraları, soruşturma makamlarının her şeyi bilme ihtimallerini gösteren vasıtaların sınırlayıcı olmayan bir listesini oluşturmaktadır.

14 Bu durum AB düzeyinde bile görülmektedir. Ulusal raporu görmek için, bkz: K. Ligeti (ed.) [2013].

15 Bkz: Bölüm 2.4.

16 D.J. Solove [2004], s. 1265, şunu belirtmektedir: “Britanya’da bir buçuk milyon gözetim kamerası var, her 120 kişi için bir tane. ABD, Britanya modeline yönelmeye başladı.”

BT soruşturma tekniklerinin ortak özelliklerinden biri yaygın bir gözetim imkânı sağlamalarıdır. Bu tür bir gözetimin niteliklerinden biri, bir yandan, “insan algısının sınırları dışında”¹⁷ eylemler gerçekleştirme imkânıdır, yani BT, insanlara yalnızca geleneksel faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinde yardımcı olmamakta, aynı zamanda soruşturmacı insanların ulaşamayacağı bilgileri de toplamaktadır. Başka bir deyişle, BT soruşturma teknikleri, soruşturmacılara, geleneksel olarak bireyleri ve onların özel yaşamlarını korumayı amaçlayan “fiziki engelleri atlatma” (duvarlar, çantalar, kıyafetler) olanağı sunmaktadır¹⁸. Diğer yandan, “Gözetim, hedeflenen bir istihbâri sorgudan ziyade, asıl arananın ötesinde önemli miktarda bilgi yakalayan devasa bir ağ örmeye benzer”¹⁹. Bu aynı zamanda şüphelilerin “her zaman bilinçli olmayan şekilde” birkaç BT cihazını kullanmasından ve soruşturmacıların farklı kaynaklardan alınan bilgileri bir araya getirme imkânına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. BT araçları vasıtasıyla çok geniş kapsamda özel bilgi toplanabilmektedir ve bunun bir sonucu olarak, suç isnatlarına karşı savunmayı kişisel alanın ihlaline karşı yapılan savunmadan *bir çırpıda* ayırt etmek kolay olmamaktadır.

Yeni gözetim tekniklerinin özünü anlatmak için birtakım benzetmeler ve imgeler anımsatılmaktadır. Topyekûn sosyal kontrolü hedefleyen Orwellci ‘Büyük Birader’²⁰ (“Big Brother”) ve ilk olarak Jeremy Bentham tarafından düşünülen – ve etkin bir şekilde Michel Foucault²¹ tarafından betimlenen – Panoptikon hapishane, kesinlikle en çok bilinenleridir. Bu metaforlar, sadece klasik sosyal kontrol problemini değil, aynı zamanda, soruşturmacıların emrine amade olan “geniş yelpazedeki ihlale açık yetkileri”²² de açıklamaya hizmet eder.

Gözetim tekniklerinin çok geniş olan kapsamını açıklığa kavuşturmak için üç kategori arasında üçlü bir ayırım önerilmiştir²³. İlk olarak, *iletişim gözetimi* (ya da ‘aşırı müdahaleci aramalar’). Bu kategorinin

17 R. Simmons [2005], s. 716.

18 G. Di Paolo [2009], s. 204-205.

19 D.J. Solove [2004], s. 1269.

20 Burada alıntı G. Orwell’in ünlü romanına yapılmaktadır; *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Alfred A. Knopf, 1949.

21 M. Foucault, *Discipline & Punish: The Birth of the Prison*, Alan Sheridan trans., 1979, s. 200.

22 D.J. Solove [2004], s. 1269.

23 R. Simmons [2005]; M. Marcus – C. Slobogin [2003]; G. Di Paolo [2009].

içinde, kişisel bilgilere gerçek zamanlı erişime izin veren en müdahaleci araçlara, özel alanların görüntülü gözetiminin yanı sıra her türlü iletişimin dinlenmesine ve tuş kaydedici (key-logger) sistemler²⁴ ile ‘Magic Lantern’²⁵ gibi yeni tekniklere yer verilebilir. İkinci olarak, *sanal gözetim* (ya da ‘teknoloji destekli fiziksel gözetim’). Bu yöntemler, her ne kadar olağanüstü izinsiz bilgiler sağlamasalar da, “yetkililerin, söz konusu teknolojileri kullanmadıkları takdirde asla göremeyecekleri ya da bilemeyecekleri şeyleri, görmelerini ve öğrenmelerini sağlarlar”²⁶. İlgili yöntemler, hareketlerin ve diğer eylemlerin gerçek-zamanlı gözlemi²⁷ veya algılanmasını ve aynı zamanda veri trafiğini ortaya koyan teknikleri içerirler (Yani, aranan telefon numarası gibi, iletişimin içeriğinden farklı olan dışsal veriler)²⁸. Üçüncü olarak, kaydedilmiş veriye erişim yoluyla gözetim (ya da ‘yüksek hacimli [veri] toplama teknolojileri’). Bunlar, şüpheliye veya başka bir kişiye ait bilgisayarlar gibi ya da özel bilgiler içeren DNA profillerinin, parmak izlerinin vb. veritabanları gibi, farklı kaynaklarda bulunan kişisel verileri toplama ya ilişkindir²⁹. Bu bakımdan, iki hususu vurgulamakta yarar vardır: Bir taraftan, şüpheliler tarafından kullanılan BT sistemleri (cep telefonları,

-
- 24 “Şüphelinin cihazına yerleştirildiğinde, cihaz aracılığıyla bilgisayarda depolanan, aktarılan ve gelen tüm klavye hareketleri ile ilgili uzaktan bilgi toplayan” bir sistemdir. BMUSO [2013], p. 131-132.
- 25 Kriptolu anahtar parolaları yakalayarak, şüphelinin bilgisayarındaki dosyaların şifresini kırmak için Amerika’da geliştirilen bir sistemdir. Bkz C. Woo – M. So [2012], s. 521 vd.
- 26 R. Simmons [2005], s. 712. Yazar (s. 716) aynı zamanda “duyu-artırıcı” cihazlar (bu cihazlar yetkilisinin zaten görebildiği veya daha az seviyede tespit ettiği girdileri yalnızca yükseltmektedir/büyütmektedir – dürbün ve parabolik mikrofonlar gibi) ile “duyu-değiştirici” cihazlar (bu cihazlar insan algısının ötesindeki girdileri tespit etmektedir – x-ray makineleri ve metal dedektörleri gibi) arasında bir ayrım yapmaktadır.
- 27 Örneğin, kamusal alanlardaki kameralar (G. Di Paolo [2009], s.209 vd.), içi gösteren cihazlar, termal görüntüleyiciler.
- 28 İçerik ile veri trafiği arasındaki fark 2001 Avrupa Konseyi Siberaşuklar Sözleşmesi’nde açıklanmıştır ve sözleşmenin 1. Maddesi veri trafiğini şu şekilde tanımlamaktadır: “Veri Trafikği”, iletişimin, orijinini, gideceği noktayı, tarih, zaman, boyut, süre veya temel servis tipini belirterek, o iletişimin bir zincirini oluşturan bir bilgisayar sistemi aracılığıyla yapılan bir iletişimle ilgili herhangi bir bilgisayar verisi anlamına gelir.”
- 29 R. Simmons [2005], s. 713 Yazara göre, “Farklı kaynaklardan çok büyük miktarlarda veri toplayan ve akabinde ilgili bilgiyi inceleyerek kolluk faaliyetiyle ilgili olan küçük bir yüzdeyi bulan teknolojilerdir. Yazar aynı zamanda şunu da belirtmiştir (s.727): Bu teknolojiler, onlar olmadan yapılması imkansız olan şeyleri yapmamaktadır ancak söz konusu aramaların verimliliğini – bazen dramatik ölçüde – artırmaktadır. Verim artışı öylesine önemlidir ki, aksi takdirde gerçekleşmesi güç olan gözetim yöntemleri görece kolay hale gelmektedir.”

GPS'ler, internet bağlantıları vd.), kişisel verilerin bu veritabanlarında kaydedilmesi olasılığını artırmaktadır; diğer taraftan, bu gibi bilgilere ihtiyaç duyan ulusal makamlar arasında bilgi paylaşımını kolaylaştırmaya yönelik bir eğilim mevcuttur. Avrupa Birliği (“AB”) düzleminde örnek verecek olursak, ulusal kolluk makamları tarafından tutulan bir bilginin diğer Üye Devlet'in kolluk makamlarınca otomatik bir biçimde direkt erişilebilir olmasını sağlayan “ulaşılabilirlik ilkesi”ni geliştirmek, bu alandaki politikalardan biridir³⁰.

Bir başka temel sorun da, BT'nin soruşturmalar açısından muazzam bir artı değer sunması, öte yandan savunma için zararlı olmasıdır. Dahası bu sorun, birçok ülkede BT'nin kullanımına yönelik açık kuralların bulunmamasının, polise ve savcılara, söz konusu tekniklerin kullanımına göre daha düşük seviyede bir hakim denetimine tabi oldukları, yüksek ölçüde bir otonomi sağladığı yönünde tekrar ifade edilmiştir. Aşağıda açıkça anlatıldığı üzere:

“Birçok hukuk sistemi, teknolojik devrim ile modern kolluk uygulamasının birleşiminden doğan sorunlarla başa çıkabilecek donanımda değildir. Gerçekten de, yeni elektronik soruşturma metotları genel olarak ne kanunlar ne de idari kurallar tarafından düzenlenmektedir. Kanuni düzenlemelerin eksikliği nedeniyle, mahkemeler, teknolojik soruşturmanın nasıl ve ne zaman düzenleneceğine karar vermeye yönelik kriterler oluşturmada çoğu zaman kritik bir rol üstlenmekte, ancak söz konusu düzenlemelere ilişkin istikrarlı ve kapsamlı bir yaklaşım geliştirmede başarısız olmaktadır³¹.”

Bu soruşturma araçları, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bir delil kuralı olması nedeniyle büyük sorunlara neden olmaktadır³². Ne zaman BT araçlarıyla toplanan veriler bir kişinin sorumluluğuna ilişkin emareler ortaya koysa, savcılığın BT desteğiyle yürüttüğü soruşturmanın sonuçlarını başka kanıtlarla desteklemesindenense, söz konusu verilerin doğru olduğunun varsayılması ve şüphelinin bu iddiaların aksini kanıt-

30 A. Klip [2012], s. 357. Aynı zamanda bkz. V. Mitsilegas [2009], s. 257.

31 G. Di Paolo [2009], s. 202.

32 E. Van Sliedregt [2009], s. 260 vd. Yazar masumiyet karinesini, hem İngiltere hem de AİHM açısından, bir delil kuralı olarak açıklamaktadır. Aynı zamanda bkz: S. Trechsel [2005], s. 153 vd. İtalyan sistemi özelinde, masumiyet karinesinin bir delil kuralı olarak analizi için bkz: see G. Illuminati [1991], s. 7 vd.

lama yükü taşıması yönünde bir izlenim bulunmaktadır³³. Bu nedenle savunma avukatları, BT yoluyla toplanan soruşturma delilleriyle karşılaştıklarında, ilk olarak şu çift yönlü taktiğe başvurmaktadır: Bir taraftan suçlayıcı verilerin toplanmasında hata(lar) bulmayı ve böylece BT sistemlerinin doğruluğuna dair zayıf karineyi çürütmeyi amaçlamaktadır. İkinci olarak, bu tür soruşturmanın sonuçlarının kovuşturmada kabul edilmemesini sağlamaya yönelik olarak, alınan soruşturma tedbirlerinin hukukiliğine karşı çıkmaktadır.

Mesele, BT işin içine girdiğinde bu iki hedefe *nasil* ulaşılabileceğidir. Mahkemelerin ve bilirkişilerin kafasını karıştıran esas konu, geleneksel usuli güvencelerin gelişen senaryoya adapte edilmeye uygun olup olmadığıdır. Özellikle kanun koyucu pasif olduğunda, hâkimlerin, var olan anayasal ve kanuni düzenlemelerin evrimleşen bir yorumunu sürdürmeleri gereklidir. Bazı hallerde bu mümkündür³⁴, bazı hallerde ise oldukça sorunludur.

Bu yaklaşıma ilişkin en ünlü örneklerden biri Amerikan Anayasası'nın Ek 4. Maddesi'nin yorumudur. Bu anayasal hüküm, yerleri ve kişileri ya da el koyulacak şeyleri belirleyen açık ve gerekçeli kararları zorunlu kılarak, bireyleri makul olmayan aramalara ve el koymalara karşı korumayı amaçlamaktadır³⁵. Bu hüküm, "hükümeti kapının dışında tutan bir bekçi" olarak tanımlanmaktadır³⁶. Mesele, gelişmekte olan teknolojiler yoluyla yürütülen gözetimin "arama" kavramının kapsamına girip girmediğidir ve bu konu, Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne, iletişimin dinlenmesi için bir elektronik dinleme cihazının kullanılmasını değerlendirdiği ve "bir bireyin, bir telefon kulübesinin içinde yalnızken, konuşmalarının gizliliğine ilişkin makul bir beklentisi olması gerektiğine"³⁷ hükmettiği 1967 yılından beri sorun yaratmaktadır. Başka bir

33 S. Mason [2010], s. 109 vd. İtalya Yüksek Mahkemesi video-gözetimi şu şekilde tanımlamaktadır: "*portatore di certezza processuale*", yani usuli doğruluğun taşıyıcısı (Italian Corte di Cassazione, S.U., 28.03.2006, no. 26795, in *CED*, n. 234267).

34 Özellikle bkz: O.S. Kerr [2005], s. 289 vd.

35 "Kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranması ve bunlara el konulmasına karşı bağımsızlıkları ihlal edilemeyecek ve bu yetkiyi veren müzekkere mutlaka muhtemel bir nedene dayanacak, yemin ve beyanla desteklenecek ve özellikle aranacak yeri, tutuklanacak kişi ile el konacak eşyaları belirleyecektir."

36 T. K. Clancy [2003], s. 540.

37 R. Simmons [2005], s. 714.

deyişle, Yüksek Mahkeme, Ek 4. Madde'nin mekânlardan ziyade bireyleri koruduğundan, -eski içtihadından dönerek - fiziksel müdahalenin varlığının ve yokluğunun konuyla ilgisi olmadığından cihetle, "mülkiyet yorumunu reddetmiş ve Ek 4. Madde'nin kapsamını belirlemek için gizlilik yorumunu ikame etmiştir³⁸".

Daha sonra Yüksek Mahkeme, "Makul özel hayat beklentisi"ne ilişkin 'Katz testi'ni, özellikle hedeflenen bilgilerin niteliğinin üzerinde durarak, birtakım BT içeren soruşturmaya uygulamıştır³⁹. Eğer bilginin makul surette gizli kalacağı bekleniyor ise, o halde soruşturmacılar, aramalar için anayasal seviyede belirtilen koşulları sağlamalıdır. Dahası, bu yeni arama çeşitleri, geleneksel olanlardan daha müdahaleci ise, soruşturmacılar daha katı şartları yerine getirmelidir ve eğer bu aramalar insan onurunu ihlal eder derecede müdahaleci ise, bunların yasaklanmaları da mümkündür.

Elbette, Amerikan Yüksek Mahkemesi, hiç kimsenin hukuka aykırı faaliyetlerde bulunmada özel hayata ilişkin makul bir beklentisi olamayacağına karar vermiştir⁴⁰: ancak bu yok sayma hakkı mutlak değildir ve hükümet aramanın makul olduğunu ispatla yükümlüdür⁴¹. Aramalara ilişkin güvencelerin amacı, soruşturmacılar tarafından toplanabilecek "yasal" özel bilgilerin miktarını sınırlandırmak ve bir taraftan, söz konusu bilgilerin soruşturmacılar tarafından toplanmasına ilişkin yöntemleri kontrol etmek, diğer taraftan, totaliter devletlere özgü aşırı ve keyfi gözetimin risklerinden kaçınmaktır. Bu nedenlerle, yargı organlarının verdiği kararlar ve delil kriterleri, soruşturma yetkilerinin uygulanmasını kontrol etmek amacıyla getirilen en yaygın vasıtalarlardır.

Mahkemelerin ve kanun koyucuların BT'nin soruşturma aşamasındaki kullanımını düzenlemeye yönelik çalışmalarda buldukları diğer hukuk sistemlerinde, benzer düşünceler şu mantık silsilesiyle gelişmiş-

38 T.K. Clancy [2003], s. 530.

39 Örnek olarak bkz: *Us v. Jones* (23 January 2012, no. 10-1259) uyu takibi hakkında. Aynı zamanda bkz. F. Iovene [2013]; V. Fanchiotti [2012].

40 *Rakas v. Illinois*, 439 ABD 128, 143 n. 12 (1978).Mahkeme, bu davada, bir bireyin sübjektif bir özel hayat beklentisi olabileceğini, "ama bunun hukuk tarafından 'meşru' olarak kabul edilmeyeceğini belirtmiştir". See R. Simmons [2005], s. 718.

41 EK 4. Madde Hakkı "hükümetin yeterli gerekçe olmaksızın bir kişinin evine izinsiz girmesini yasaklamaktan" ibarettir. Bu nedenle, ana kavram, dışlama hakkı, kişinin hükümetin müdahalesini reddetmeye ilişkin bireysel ehliyeti olarak kalacaktır T.K. Clancy [2003], s. 543.

tir: anayasal seviyede korunan menfaati belirlemek, yeni teknolojinin bu menfaat üzerindeki etkilerini değerlendirmek, söz konusu menfaate olan etkilerine ilişkin bir eşik belirlemek, yargı organları tarafından *ex ante* ve *ex post* yargısal denetim sağlamak.

Bu doğrultuda, İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nda video gözetimini düzenleyen özel hükümler bulunmamasına rağmen, bu tedbir uygulamada soruşturma makamları tarafından kullanılmaktadır. Ulusal Mahkemeler (Özellikle Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi⁴²), yargılamada kabul edilebilir deliller elde edebilmek için bu tedbirlerin hangi şartlarda kullanılabileceğini açıklığa kavuşturmuşlardır. Özellikle Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi; kamu alanı (özel hayat beklentisi olmayan yer), ev ve diğer özel mülkler (anayasal seviyede korunan) ve özel hayat beklentisini beraberinde getiren yarı-özel yerler (ör. Halka açık tuvaletler) arasında üçlü bir ayırımın ana hatlarını çizerek, video gözetiminin hangi hakkı tehlikeye soktuğunun belirlenmesinden yola çıkmaktadır. Buna göre, özel hayat beklentisi arttıkça, şartlar katılaşacaktır. Bu nedenle, evin gözetimi için açık bir yasal dayanak ve mahkeme kararı gerekmekte iken, kamusal alanın gözetimi için herhangi bir izin veya özel yasa hükmü gerekmemektedir (Özel hayat beklentisi olmadığı için; en azından İtalyan mahkemelerine göre.). Yarı özel yerler bakımından, savcılığın gerekçeli izni yeterli olmaktadır⁴³.

Belirtmek gerekir ki, temel hakların korunmasının ve soruşturma yetkilerinin denetlenmesinin – etkin olabilmesi için -, ilgili hakların ihlali durumunda, sonuçların kanunda açıkça düzenlenmesi veya en azından öngörülebilir olması gerekmektedir. Savunma avukatları bu sonuçlara usuli seviyede, özellikle delil kuralları bakımından, dikkatle bakmaktadırlar. 'Dışlayıcı kurallar', temel hakların soruşturma aşamasında kolluk yetkilileri tarafından ihlal edilmesine ilişkin olarak hukuk sistemlerinin öngördüğü başlıca yasal çözümdür. Prensipite, her ulusal sistem, iki yönlü bir sorunla uğraşmaktadır: Bir taraftan⁴⁴, anayasal

42 İtalyan Anayasa Mahkemesi, no. 149 of 2008.

43 Bkz İtalya raporu; G. Di Paolo [2009], s. 218 vd.

44 Her iki hukuk sisteminde benzer dışlayıcı kuralları bulmak mümkündür. Her ne kadar bu konu bakımından ABD – hem federal hem devlet düzeyinde – en bilinen örnek olsa da, İspanya gibi Kıta Avrupası Hukuk Sistemi ülkeleri de temel hakların ihlali ile elde edilen delillerin kabul edilmezliğine ilişkin açık hükümlere sahiptir. Bkz S. Marcolini [2011]. "Zehirli ağacın meyvesi doktrini" BT soruşturmaları alanında derin bir etki yaratabilecektir. Burada yapmamız gereken, hukuka

seviyede düzenlenen bir temel hak ihlal edildiği bir olayda ‘doğrudan elde edilen delilin’ kabul edilebilirliği; diğer taraftan⁴⁵, ‘hukuka uygun’ elde edilmiş ancak temel bir hakkın ihlalinden kaynaklanan delilin sonuçları (örneğin, hukuka aykırı bir aramanın sonucunda delile el konulması). Bu, ulusal egemenliğin en hassas unsurlarından biridir ve ulusal yaklaşımlar oldukça farklılık göstermektedir. Genel eğilim ise, “özel yaşama/gizliliğe tecavüz eden gözetim tekniklerinin sonuçlarının, delil olarak kabul edilmeden önce, sıkı bir filtre ile karşılaşmalarınıdır.

2.2 Özellikle, “dijital parmak izleri”ne yol açan soruşturmalar

Diğer delil türleriyle birtakım benzerlikleri bulunmasına karşın, “dijital delilleri benzersiz kılan ve bu nedenle özel bir dikkati gerektiren birçok unsur vardır”⁴⁶.

Bu tür delillerin incelenmesindeki sorunlar, bunların kapsamlı bir tanımını bulmada karşılaşılan zorluklar da düşünüldüğünde, neredeyse kaçınılmazdır⁴⁷. Dijital delil, geleneksel olarak bir bilgisayarın içindeki bilginin bütünlüğü olarak anlaşılmakta ise de⁴⁸, diğer yandan, geleneksel bilgisayar ve (bilgisayarın içindeki) alan kavramlarını kullanılmaz hale getiren, bilgisayar ve ağ teknolojilerinin hızlı ve sürekli gelişmelerini göz önünde bulundurmamak daha uygun görünmektedir. Bu nedenle açık ve esnek bir yaklaşım tercih edilecek ve yargılamada kullanılabilen, dijital formda kaydedilen veya iletilen, ispat gücüne sahip her türlü bilgi tarafımızca dijital delil olarak değerlendirilecektir.

Bu oldukça geniş tanım, bilginin dijital boyutuna odaklanacak ve bir bireyin, elektronik bir cihaza (bilinçli olmasa da)⁴⁹ aktardığı veya

aykırı olan aşırı müdahaleci bir gözetimin, yeni aramaların talep edilmesi için temel oluşturan unsurlara yol açtığı bir olayı düşünmektir.

45 Zehirli ağacın meyvesi doktrini” BT soruşturmaları alanında derin bir etki yaratabilecektir. Burada yapmamız gereken, hukuka aykırı olan aşırı müdahaleci bir gözetimin, yeni aramaların talep edilmesi için temel oluşturan unsurlara yol açtığı bir olayı düşünmektir.

46 M. Gercke [2012], s. 228.

47 16 AB ülkesinde gerçekleştirilen bir anket, kimsenin gerçek bir tanım ortaya koyamadığını göstermektedir. Bkz. F Insa [2006], s. 285.

48 Bkz. Birleşik Krallık Polis ve Kriminal Delil Kanunu.

49 Örneğin OGS’ler (otomatik geçiş sistemi), ATM’ler vs.

BT kullanarak gönderdiği her türlü veriyi kapsamaya olanak verecektir. Bir başka deyişle, “kullanıcının bilgisayar cihazlarıyla etkileşimi, bol miktarda bilgisayar tarafından oluşturulan bol miktarda dijital iz üretecektir (kimi zaman dijital parmak izleri veya eserler olarak anılmaktadır).”⁵⁰ Söz konusu “dijital parmak izleri”, herhangi bir suça ilişkin cezai kovuşturmada (yalnızca siber-suçlarda değil) son derece önemlidir ve denilebilir ki “herhangi bir suç hakkında, elektronik delil sunulmaksızın ve değerlendirilmeksizin herhangi bir suç hakkında karar vermeyi düşünmek güç hale gelecektir.”⁵¹

Dijital delilleri özel bir dikkate değer kılan özellikler dört karakteristik altında özetlenebilir:⁵² a) dijital veriler soyuttur (bilgisayar vasıtasıyla işlenen suçlar, geleneksel fiziki suçlara göre daha az görünürdür), yine de bunlar, ulaşılabilir veri miktarının fiziksel ortamla karşılaştırılabilir olmaması bakımından, fiziki mallara göre daha fazladır; b) Dijital verileri denetlemek zordur ve uygun bilginin seçimi oldukça uzmanlaşmış uygulayıcılar gerektirmektedir (Kayıtlı verinin yalnızca küçük bir bölümü davayla ilgili olabilir). Dolayısıyla dijital delil bağlamında ana oyuncular, avukatlardan ziyade BT uzmanlarıdır⁵³; c) Bu veriler doğaları gereği “geçici”dir (ya da değişkendir) çünkü bunlar, “eğer depolanmalarını gerektiren bir yasal zorunluluk yoksa teknik amaçlar doğrultusunda kendilerine ihtiyaç kalmadığı anda genellikle silinmektedir.”⁵⁴ Buna ek olarak, bu veriler kolaylıkla değiştirilebilir (kırılgan doğası) ve kopyalanabilir: bu durum şunu zorunlu kılmaktadır; toplanan bilginin doğruluğunu ve güvenilirliğini garantiye almak amacıyla taraflar bu verilerin bütünlüğünü sağlamalıdır.; d) bilgisayar ağları globaldir ve

50 BMUSO [2013], s. 157.

51 BMUSO [2013], s. 172. “Geleneksel delilin kâğıt delillerden sanal alana geçtiğini söylemek mümkündür ve bunun yönetim şekli ve kabul edilebilirlik kriterleri geleneksel delile göre değişiklik göstermektedir.” Elektronik delili, “belgenin gerçekliğini ispatlamaya yarayan, elektronik cihazdan veya dijital araçtan toplanan herhangi bir bilgi” olarak tanımlayabiliriz. (İngiltere-Galler-İrlanda Emniyet Amirleri Birliği, *Bilgisayar Kaynaklı Elektronik Delil için İyi Uygulama El Kitabı*, s. 75).

52 Bkz. D. Chaikin [2006], s. 241 vd. İtalya açısından, dijital delilin özellikleri, bkz. M. Daniele [2011], s. 203 vd.

53 Otomatik arama süreçlerinin ve düşük maliyetli teknolojilerin gelişmesini düşünürsek, - savunma açısından - dijital soruşturmanın teknik boyutu daha bir zararlıdır. Diğer yandan, uzman desteğine olan ihtiyaç, “DNA dizileme gibi ileri teknolojiye dayalı soruşturma tekniklerinden çok da farklı değildir.” M. Gercke [2012], s. 228.

54 U. Sieber [2008], s. 133.

aynı ülkedeki iki birey arasında gerçekleşen veri değişimi bile, uluslar arası bir boyut kazanabilecektir. Ulusal sınırlar kavramı, dijital veriler ile ilgili olarak, şiddetle tartışılmaktadır.⁵⁵

Bu soruşturmalar, söz konusu verilere erişim yöntemleri konusunda farklılık göstermektedir. Bununla birlikte, geçmiş kaydı tutan bilgisayar (veya mobil) cihazında⁵⁶ kaydedilen veriye erişim (yani adli inceleme)⁵⁷ ile bir birey tarafından dijital dünyada gerçekleştirilen eylemlere, genellikle özel gözetim yazılımları gerektiren gerçek zamanlı gözlem yoluyla erişilmesi arasında bir ön ayırım yapılabilir.

Siber-suçlardan daha geniş bir kapsamı olduğu yukarıda belirtilen “dijital delillere yol açan soruşturmalar” a yönelik ulusal yaklaşımlar bakımından, hala önemli bir çeşitlilik mevcuttur. Gerçekten görülmektedir ki, bu yaklaşımlar, “birçok siber-suç eyleminin⁵⁸ suç olarak kabulüne göre daha az temel ortaklık göstermektedir” ve ancak; etkili bir soruşturma yürütülmesi için sağlanması gereken yetki çeşitleri bakımından bir görüş birliğine varılabilmektedir: örneğin; arama ve el koyma yetkisi, kayıtlı bilgisayar verilerini elde etme yetkisi, gerçek zamanlı çevrim içi gözetim yetkisi ve verinin depolanmasının sağlanması için yetki.

Özellikle, söz konusu soruşturmalar sırasında üç temel sorun tartışılmaktadır ve ulusal seviyede farklı biçimlerde ele alınmaktadır. İlk olarak, soruşturma makamları tarafından erişim sağlanabilecek veri türleri⁵⁹ (ör: Erişim sağlanamayacak herhangi bir veri var mıdır?). İkinci olarak, yetkilerin kullanımı (ör: Erişim yetkisi kullanımını kim gerçekleştirecek, kim izin verecek, kim denetleyecek? Denetlemeyi mahkeme mi yapmalı yoksa savcı yeterli midir?). Üçüncü olarak, soruşturmaların

55 Bkz U. Sieber [2008], s. 158.

56 Bilgisayarda depolanan veriden bahsederken, başka depolama yöntemlerinin (‘bulut’ veya yabancı sunucu gibi) ve gelecekte bulunabilecek diğerlerinin de farkında olmamız gerekmektedir. Bkz. S. Mason – E. George [2011], s. 524 vd. ; E. Casey [2012], s. 69 vd.

57 ‘Adli bilişim’in, bilgi toplama amacıyla BT donanımlarının ve sistemlerinin incelenmesi ve bunun yanı sıra ana evrelerinin analizi olarak tanımlanması için bkz M. Gercke [2012], s. 240 vd.; G. Vaciago [2012], s. 23 vd.

58 BMUSO [2013], s. 133.

59 Dijital veriye erişim, geleneksel iletişimin denetlenmesinden çok daha tehlikelidir. Gerçekten de, iletişimin denetlenmesi sadece bir kişinin diğer bir kişiyle paylaşmak istediği bilgilerin ele geçirilmesi iken, çevrim içi veya bilgisayar aramalarıyla her türlü veri, hatta gizli ve özel kalması gerekenler bile (çevrim içi banka hesapları, hesap çizelgeleri, kişisel notlar vs.) See S. Marcolini [2011], s. 193 vb.

tabi olduğu süre sınırları (ör: Bir birey ne kadar süreyle (dijital) müdahaleye/yetkisiz erişime maruz kalacaktır?)⁶⁰

Bu farklı yaklaşımlar, dijital bilgiye erişim ve onun toplanmasına yarayan tekniklerin görece yeni – veya en azından ceza soruşturmalarnın klasik yönteminden farklı – olmasıyla açıklanmaktadır ve ulusal sistemlerin, uygun yasal altyapıyla tam bir donanıma sahip olmaması sık karşılaşılan bir durumdur. Aslında üç eğilimden söz edilebilir: bazı ülkelerin özel kanunları yoktur ve bu ülkeler geleneksel usuli yetkileri geniş bir yorum yoluyla uygulamaktadır; diğerleri, bazı özel meselelere ilişkin yasal hükümleri değiştirmiştir (örneğin, sunuculardan veri toplanması kararları bakımından); diğerleri ise “özel olarak elektronik delillerinden toplanması için hazırlanan geniş kapsamlı yeni soruşturma teknikleri getirmiştir⁶¹.

Parçalara ayrılmış usuli düzenleme, “adil yargılanma kavramının, yalnızca mahkeme önündeki yargılama aşamasıyla değil, usulün bütünüyle ilişkili olduğu” ve “savunma haklarının, doğası itibarıyla adil yargılanmanın ve silahların eşitliğinin bir parçası olduğu”⁶² yönündeki farkındalıkla birlikte değerlendirildiğinde, 18. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nin usuli meselelere ilişkin Sonuç Kararlarını açıklamaktadır. Bu durum, Sonuç Kararlarındaki özellikle “dijital bilginin kolluk amacıyla toplanması ceza muhakeme usulü ile düzenlenmelidir⁶³.” ifadesinde kendine yer bulmakta, bunun yanı sıra, elektronik aramanın ve gözetim yetkilerinin kesin bir kanuni tanımının yapılmasını, özel hayatla bağlantılı bilgilere ilişkin mahkeme kararı alınmasını ve müdahaleci gözetim için yüksek bir eşiği önermektedir.

Ne var ki, bu konuda düzenleme yapmak, sürekli değişikliklere uğrayan alanın dengesizliği nedeniyle oldukça zordur. Dijital delilin yurarda anılan özellikleri ile bağlantılı olarak gelişen birtakım meseleler, gerçekten de, teknolojik gelişmelerden doğmakta, savunma haklarının

60 BMUSO’nun çalışmasına göre, yalnız birkaç devlet dijital bilgiye erişim bakımından zaman sınırı koymaktadır.

61 BMUSO [2013], s. 125.

62 XVIII AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararları (İstanbul, Türkiye, 20-27 Eylül 2009), § 15.

63 XVIII AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararları (İstanbul, Türkiye, 20-27 Eylül 2009), § 14.

kullanımını zorlaştırmakadır. Örneğin, bu konunun yalnızca uzmanlaşmış kolluk makamları ile bireyler arasındaki bir mücadele olmadığı, bu konuda dijital bilgiyi depolayan sunucular gibi “üçüncü kişilerin” önemli bir rol oynadığı açıktır. Savcılığın kişisel bilginin açıklanmasını talep ettiği (veya emrettiği) bir durumda, şüpheli tarafından ne tür bir savunma yapılabilir? Susma hakkına yer var mıdır, yoksa sunucuları tıpkı tanıklar gibi mi değerlendirmeliyiz? Savunmanın bu açıklamaya – en azından geçmişe dönük olarak - itiraz etme şansı var mıdır? Bir kez daha, benzer sorulara verilecek cevapların, kişisel dijital bilgiye erişime ilişkin soruşturma yetkilerinin kullanılabilmesi durumlarının ve koşulların tanımında bulunabileceği görülmektedir.⁶⁴

Dahası, savunmanın kaygıları yalnızca soruşturma aşamasına yönelik değildir. Dijital delilin yukarıda anılan özellikleri, erişim sağlanan bilgi mahkemeye taşındığında başka özel sorunlara neden olmaktadır: Bu savunmanın, dijital bilginin doğruluğunun aksini ispat etme kartını (en azından potansiyel olarak) oynayabileceği bir andır. Bu iddianın bir bölümü, toplanan verinin bütünlüğü ve aslına uygunluğu ile ilgilidir. Savcılığın karşılaşılabileceği temel sorunlardan biri dijital delilin hassas ve dengesiz yapısıdır ve bu açıdan evrensel olarak kabul edilmiş standart bir usul mevcut değildir (hatta ulusal düzeyde bile belirlenmiş ve detaylandırılmış açık bir usul mevcut değildir.), ancak evrimleşen *<en iyi uygulama>* bu konuda önemli bir rol oynamaktadır. Bunun yanı sıra, başka unsurlar bu sorunu daha da zor hale getirmektedir. Örnek vermek gerekirse, bir cihazda bulunan bir veri nasıl “her türlü makul şüpheden uzak olarak” belirli bir kişiye atfedilebilir?⁶⁵ Buna ek olarak, veriyi ‘bulut’ta depolama – ve bu veriye ulaşımı farklı yerlerde bulunan öznelerle paylaşma – olasılığı, gerçeğe uygunluğun ispatlanmasında veya aslına uygunluk karinesine karşı savunma yapılmasında zorlukları artırmaktadır.⁶⁶

Savcılık ile savunma arasında dijital delile ilişkin tartışmanın bir diğer bölümü, delilin kabul edilebilirliği alanında çıkmaktadır. Bu konuda,

64 Dijital “üçüncü kişileri” erişimini sınırlama gerekliliği, yukarıda anılan 2009 AIDP kararlarında da şu şekilde kabul edilmiştir: “servis sağlayıcıların veri paylaşma zorunluluğuna getirilen eşik, “soruşturma ile ilgili olma” standardının üzerinde olmalıdır”, § 14.

65 Birçok ülke, veri ile kişiler arasındaki bağlantıyı ortaya koyan özel eşikler veya kriterler bulundurmamaktadır. Bu ülkeler daha çok, elektronik delili sanığın kontrolündeki bir bilgisayar sistemi ile ilişkilendiren geleneksel veya bilgisayara özgü birçok tekniği tanımaktadır.

66 Bkz S. Mason [2010], s. 109 vd.

ulusal sistemlerin yaklaşımı oldukça farklı olabilmektedir: “Kıta Avrupası hukuk sistemleri delilin serbest değerlendirilmesi üzerine bir sistem kurarken, Anglo Sakson hukuku ülkelerinde delilin kabul edilebilirliğini düzenleyen daha özel hükümler bulunmaktadır.”⁶⁷ Bununla birlikte, toplanmalarında zorluklarla karşılaşılmasına, uluslararası işbirliğinin kronik zorluklarına da bağlı olmasına rağmen, dijital delil ülkelerin çoğunda kabul edilebilir görünmektedir⁶⁸. Ulusal yasa koyucuların ve hâkimlerin karşılaştığı sorun, dijital delile uygulanacak özel delil kurallarının olup olmadığıdır⁶⁹. Bu sorun, kanun koyucunun bu kuralları özelleştirmek için müdahil olmadığı⁷⁰ ve hâkimin bu nedenle fiziksel dünya için geliştirilen geleneksel kuralları dijital gerçekliğe uygulamak zorunda kaldığı ülkelerde özellikle sıkıntı yaratmaktadır.

Bu sorunun en bilinen örneği ABD’de bulunabilir. Hala tartışılmalı sorunu, - fiziksel arama ve el koyma için yaratılan - EK 4. Madde’nin dijital arama ve el koymaya uygulanabilirliği ile ilgilidir. Bu geniş yorum iki açıdan sıkıntılıdır. Bir taraftan, dijital soruşturmalar “arama” ve “el koyma” kavramları ile tanımlanabilir mi? Her ne kadar Amerikan içtihatları, dosyalara erişimi arama olarak kabul ediyor gibi görünse de, sorunun ikinci bölümü (dosyaların kopyalanmasının el koyma olarak değerlendirilmesi) Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından şu ana kadar cevapsız bırakılmıştır ve doktrin bu hususta bölünmüştür.⁷¹ Diğer taraftan, Ek 4. Madde’nin içeriğinin dijital dünyaya uygulanırken genişletilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, Madde, arama ve el koymaya ilişkin kararın “aranacak yerin” ve “el koyulacak kişilerin ve şeylerin” tanımlanmasını gerektirmektedir ve söz konusu “yerler” – örneğin – bilgisayarlar ve sunucular ise ve “şeyler”, içeriğinin doğrulanabilmesi için önce açılması gereken soyut dosyalar ise, bu gibi bir seçmeli erişim aşırı derecede zor olacaktır.

67 U. Sieber [2008], s. 161 vd.

68 BMUSO [2013], s. 165.

69 Ülkelerin birçoğu dijital delile fiziki delil ile aynı şekilde davranmaktadır. “Ülkelerin yüzde kırkıdan az, örneğin, elektronik ve fiziki delil arasında hukuki bir ayrım olduğunu belirtmiştir.” BMUSO [2013], s. 166.

70 Belirtilmelidir ki, “çok az sayıdaki ülke, elektronik delilin ele alınmasına ilişkin özel delil kurallarının var olduğunu belirtmiştir.” BMUSO [2013], s. 167.

71 Bu tür eylemlere el koyma kavramının uygulanabileceğini savunanlar, bir bireyin – kopyalandığı takdirde – belgelerin zilyetliğini kaybettiğini, zira onun söz konusu belgelerin tek kullanıcısı olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz O.S. Kerr [2005]; S.W. Brenner – B.A. Frederiksen [2002].

Bilhassa, dosyalara zorunlu olarak bu gibi bir belirsiz erişim, - izin veren kararda yer almayan – hangi dosyaların mahkemede sunulabilir ve kabul edilebilir olduğunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, EK 4. Madde uyarınca getirilen “açık görünüm doktrini”nin (“plain view doctrine”)⁷² dijital ortama uyarlanmasında ciddi sorunlara yol açmaktadır⁷³. Bu açıdan şunu belirtmek gerekir, kişisel dosyalara geniş ve keyfi erişim problemi karşısında, birtakım Amerikalı akademisyen farklı bir yaklaşım önermişlerdir: özel dosyaları belirten kararlar çıkarmanın mümkün olmaması nedeniyle, bu yaklaşıma göre: a) ex ante arama kararları, yargılama ile ilgili dosyaların diğer kişisel dosyalardan ayırt edilmesinde izlenecek usulü belirtmelidir; b) izin verilen arama, kararda belirtilen yönergeleri takip eden bağımsız uzmanlar tarafından yürütülmelidir; c) savunma, ilgili materyallerin seçilmesine katkıda bulunmak adına, bağımsız uzmanlar tarafından yürütülen aramalara katılmalıdır⁷⁴.

Bununla birlikte, dijital delil ve dijital soruşturmalar hakkındaki her derinlemesine düşüncenin başlangıç noktası şudur; özel alana yapılacak her müdahale, hukuken kabul edilebilir ve temel haklara ilişkin standartlar bakımından gerekli olmalıdır.⁷⁵ Suçların soruşturulması şüphesiz ki geçerli bir gerekçedir.⁷⁶ Buna rağmen, böyle bir müdahalenin gelişen yöntemleri, özellikle geçici bilginin toplanmasını kolaylaştıran yeni yaklaşımların varlığı halinde, insan hakları standartlarına karşı gelebilmektedir; tıpkı “verinin, bir soruşturmada gerektiği anda hala ulaşılabilir durumda olması olasılığını artıran, telekomünikasyon sağlayıcılara veriyi belirli bir süre depolama konusunda bir hukuki yükümlülük”

72 “Açık görünüm doktrini”ne göre, kararda yer almayan şeylere şu koşullarda el koyulabilir: a) Esas arama kararı Ek 4. Madde ile uyumlu olacaktır; b) El koyulan şeylerin suça ilişkin niteliği açık olacaktır; c) Soruşturmacıların bu şeyin bulunduğu yere erişme bakımından kanuni yetkileri olacaktır. Bkz S. Guzzi [2012], s. 300 vd.; O.S. Kerr [2009], s. 1005 vd.; O.S. Kerr [2010], s. 700 vd.

73 Uygulama ve doktrindeki üç temel eğilime genel bir bakış için, bkz F. Iovene [2012].

74 Bkz. R. Winick [1994], Kerr [2005]. 9. Bölge içindeki içtihada ilişkin daha detaylı bilgi için, bkz. F. Iovene [2012], s. 1613 vd.

75 Örneğin, AİHS madde 8 uygulanacaktır.

76 AİHS madde 8'e göre, kamu otoritesinin özel ve aile yaşamına müdahalesi, ancak “müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli [...] olması durumunda” söz konusu olabilir.

öngörülmesi gibi.⁷⁷ Bölgesel seviyede, ‘veri saklama’⁷⁸ olarak anılan husus, AB tarafından özellikle desteklenmektedir: Herhangi bir konsensüse varılamamış olan 2001 Budapeşte Siber Suçlar Sözleşmesi’nin aksine, AB’nin yasal çerçevesi, telekomünikasyon sağlayıcıların özel bilgileri belirli bir süre için saklaması ve muhafaza etmesi yönünde hukuki yükümlülükler getirilmesi hususunda Üye Devletler’i bağlamaktadır.⁷⁹

Belirtmek gerekir ki, insan hakları üzerindeki potansiyel etkisi nedeniyle, veri saklama konusundaki AB düzenlemesi ciddi dirençle karşılaşmış ve bu durum, özellikle saklama süresi bakımından (altı aydan iki yıla kadar) Üye Devletler’e belirli bir manevra alanı bırakan (ve sonuç olarak parçalanmış bir düzenlemeye yol açan) bir metin üzerinde uzlaşılmasına neden olmuştur. (ÇN – iptal edildi mi?) Dahası, kabul edilmelerinin akabinde, bu düzenlemeler ulusal hukuk sistemlerinde ciddi tartışmaları tetiklemiştir. Ulusal mahkemelerin veri koruma ilkeleri üzerine – özellikle ulusal uygulama kanunları (ÇN) bakımından - verdikleri bazı ünlü kararlar, soruşturma yetkileri ve özel yaşam arasındaki ilişki üzerine ileride yapılacak tartışmalar bakımından şu anda köşe taşı işlevi görmektedir.

Özellikle, Romanya Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar, veri korumanın prensip olarak en şiddetli reddi olarak gözükmektedir.⁸⁰ Yalnızca uygulama kanunu (implementing law) anayasaya aykırı sayılmakla kalmamış, aynı zamanda AB direktifinde bulunan veri korumasına ilişkin ilkeler, özel hayatlara orantısız biçimde müdahaleye izin vermeleri nedeniyle reddedilmiştir. Diğer taraftan, Alman Anayasa Mahkemesi – veri koruma ilkelerinin ulusal anayasaya aykırı olmadığına hükmetse de – Alman uygulama kanununu “bilgilerin geleceğini belirleme” ve “iletişimin bütünlüğü” haklarını tehlikeye sokması nede-

77 U. Sieber [2008], s. 162.

78 “ ‘Veri saklama’ deyimini, genel olarak, iletişime ilişkin verinin depolanmasını ifade etmektedir. Bu deyim, telefon, internet trafiği ve işlem verilerini kapsayabilmektedir. Veri saklama, hükümet yetkilileri himayesinde, genel olarak, bir olaydaki veri trafiğinin gelecekteki cezai soruşturmalar sırasında işe yarayabilmesi amacıyla depolanması şeklinde gerçekleşmektedir. P.De Hert [2006], s. 520.

79 Özellikle bkz. 15 Mart 2006 tarihli veri saklamaya ilişkin AB Direktifi Directive 2006/24/EC, OJ L 105, 13.04.2006, s. 54 vd. Aynı zamanda bkz. V. Mitsilegas [2009], s. 266 vd.

80 G. Robinson [2012], s. 411. Bkz Romanya Anayasa Mahkemesi’nin 1258 nolu kararı, 8 Ekim 2009, Romanya Resmi Gazetesi, No: 789, 23 Kasım 2009.

niyle iptal etmiştir⁸¹. Bu kararlar, Alman Anayasa Mahkemesi'nin çevrimiçi gözetim (*Online Durchsuchung*) bakımından verdiği ve benzer bir gerekçe ile ulusal kanunu anayasaya aykırı bulduğu kararı ile birlikte değerlendirilebilir.

Gerçekten de, dijital hayatlarımızı şüphelilerin erişiminden koruma konusundaki tüm endişelerimiz, sürekli bir evrim olan ve sabit tanımlara hapsedilmesi zor olan, yenilenen bir özel hayat kavramına dayanmaktadır⁸². Her ne kadar tüm kişilik haklarının “çoğunlukla teknolojik gelişmelerden doğduğu” söylenebilirse de⁸³, en yeni dijital devrimler, “toplumsal menfaatlerle çatışan” bu bireysel hakkın yeni nüanslarını ortaya çıkarmaktadır⁸⁴. Bazı durumlarda, – özellikle ulusal mahkemeler tarafından vurgulanan –bu yeni unsurlar, klasik özel yaşam kavramı (yalnız kalabilme hakkı olarak kabul edilen) ile yan yana var olan tamamen yeni haklar olarak görünmekte ve daha geniş ölçekteki “bireyin kişiliğini engellenmeksizin (ya da özgür) geliştirme hakkı”nın içinde kalabilmektedir.⁸⁵ Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1983 yılında verdiği çığır açan karar sayesinde, Avrupalı devletler “bilgilerin geleceğini belirleme hakkı” fikrine aşına hale gelmiştir. Bu arada, aynı Mahkeme tarafından daha yakın tarihli kararlar yoluyla tanımlanan “bilişim-teknolojisi sistemlerinin bütünlüğü ve gizliliği” hakkı, dijital çağda kişisel hakların yeni sınırı gibi görünmektedir.

Alman Mahkemesi tarafından bulunan bu yeni temel hak – diğer yargı alanlarında da kabul edilmesi şartıyla – müdahaleye ilişkin sınırı belirlemekle birlikte, bu sınırın tam olarak nereye konacağını açıklamamaktadır. Diğer bir deyişle, bu hakka tecavüzün eşiği değişkendir ve ulusal kanun koyucular, kamu güvenliği (yani soruşturmanın gerekleri) ile bireyin kişilik hakları arasında farklı çizgiler çekmektedirler. Ancak spesifik ve somut sonuçlardan (Almanya ve Romanya'da iptal edilen

81 Aynı zamanda Çekya Anayasa Mahkemesi, 31 Mart 2011 tarihinde, yukarıda anılan Alman ve Rumen kararlarına direkt atıfta bulunarak, veri saklama direktifine ilişkin uygulama kanununu iptal etmiştir.

82 AHİM dahi, özel hayatın Sözleşme bağlamında detaylı bir tanımını bulmaya çalışmamıştır (Bkz. AHİM, Niemietz v. Almanya, no. 13710/88, 16 Aralık 1992, § 29). “Teorik bir kavram olarak özel yaşamın tutarsızlığı” hakkında genel bir bilgi şurada bulunabilir: Chesterman [2011], s. 242 vd.

83 J.A. Cannataci [2008], s. 5.

84 S. Chesterman [2011], s. 244.

85 J.A. Cannataci [2008], s. 3.

yasalar) ayrı olarak, yukarıda anılan ulusal yargılamalar iki nedenle önem arz etmektedir. Bir taraftan, belirlenen kişilik haklarının – temel olmakla birlikte – mutlak olmadığını ve başka menfaatler ile dengelebileceğini göstermektedir. Diğer taraftan, ‘dijital özel hayat’a meşru müdahalenin koşullarını belirtmektedir. Şöyle ki: a) Kişisel veriye erişime izin veren açık, öngörülebilir ve belirsizliğe mahal vermeyen yasal hükümler; b) Söz konusu erişimin – mümkün olan en az müdahaleci erişimin sağlanması gerekmesi ve bununla birlikte söz konusu temel hakkın özüne zarar vermemesi gerekmesi bakımından – orantılılığı.⁸⁶

Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi ile uyumludur ve bildirgenin 52. maddesi (temel hakların kapsamına ilişkin) şu şekildedir: “Bu Bildirgede kabul edilen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlandırma, yasada öngörülmeli ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir. Orantılı olma ilkesine tabi olarak sınırlandırmalar sadece gerekli olmaları ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gereksinimine gerçekten hizmet etmeleri koşulu ile uygulanabilir.”. Dolayısıyla hakların ihlali ancak hakkın özü korunduğu derecede kabul edilir.⁸⁷

2.3 BT soruşturmalarının ulus ötesi boyutu

BT'nin – ve özel olarak dijital delilin – yukarıda anılan özelliklerinden biri de küresel niteliğidir.⁸⁸ Bu bağlam içindeki mekân konsepti ve ulusal sınırlar, geleneksel fiziki dünyanın temelinde olandan tamamen farklıdır. Özellikle, internet ve bilgisayar kullanımı yoluyla işlenen suçlarla – ki olayların çoğunda ulus ötesi bir unsur vardır⁸⁹ – mücadelenin gerekliliği, devletleri etkili ve hızlı işbirliği mekanizmaları oluşturma yönündeki çabalarını artırmaya yöneltmiştir. Bu nedenle, BT soruşturmaları hakkında, bölgesel düzeydeki iki taraflı antlaşmaların ve genel

86 Bkz. R. Flor [2009], s. 695 vd.; R. Flor [2011], s. 1952 vd.; R. Flor [2012], s. 1 vd.

87 Alman Anayasa Mahkemesi (2008), - bu tip erişimlerimizin gizli olması gerektiğinden – bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından ex ante izin verilebileceğini belirtmiştir.

88 Bu küresel özelliğe özellikle iki unsur katkıda bulunmaktadır: her suç tipinde elektronik delilin dahil olmasının artışı ve bulut teknolojisinin kullanımı. BMUSO [2013], s. 188. Bkz. M.A. Geist [2001], s. 1345 vd.

89 BMUSO [2013], s. 183 vd. <Doğası gereği ulus ötesi olan > suçların tanımı için bkz. BMUSO.

karşılıklı adli yardımlaşma araçlarının da ötesinde, uluslararası belgeler tarafından özel işbirliği unsurları teşvik edilmektedir.

Savunma, yargılama ve soruşturma makamlarının uluslararası işbirliği ile karşı karşıya kaldığında, doğası gereği, birtakım zorluklar yaşamaktadır. Başka bir ülkede toplanan delile itiraz etmek, ulusal sınırlar içinde toplanan bir delile itiraz etmekten daha zordur; hem ulusal sistemler arasındaki farklar nedeniyle, hem de pratik zorluklar nedeniyle (dil, usul, masraflar vb.) . Dijital verinin fiziksel nesnelere ve kişilere göre sınırları çok daha rahat geçebilmesi, soruşturmanın bir bölümünün yurt dışında yürütülmesi zorunluluğunun olasılığını artırmaktadır.

Dahası, bir soruşturma makamının talebi üzerine yurt dışında yürütülen soruşturma işlemleri ile birlikte ulusal düzeyde sağlanan yargılama kriterleri⁹⁰ – uluslararası hükümlerle de desteklenerek – farklı ülkelerde paralel yargılamalar başlatılmasına olanak vermektedir.⁹¹ Ne bis in idem ilkesini (Aynı suç nedeniyle iki defa soruşturulmama ve cezalandırılmama hakkı, ulusal sitemlerin çoğunluğu ve uluslararası insan hakları belgeleri tarafından kabul edilen temel bir haktır.) ihlal etme ve böylece şüpheliyi isnat edilen aynı olaylarla ilgili farklı müdahale yetkilerine maruz bırakma riski, savunmanın konumuna zarar vermektedir. Farklı ülkelerde eş zamanlı yargılamaların icra edilmesini önleyen ve onları sonlandıran, etkili ve bağlayıcı bir mekanizma, ne uluslararası düzeyde ne de bölgesel düzeyde (AB sistemi gibi) bulunmaktadır. Bu yasal boşluk karşısında, aynı olaylar için paralel yargılamalar yürütülmesi riski, bilgisayar veya internet yoluyla işlenen suçlar bakımından klasik suçlara nazaran daha yüksektir.⁹²

Uluslararası işbirliği, savunma haklarının uygulamasını kolaylaştırmak veya savunmanın yurt dışındaki ilgili bilgileri toplaması bakımından imkânlarını artırmak için değil, öncelikle soruşturmanın ihtiyaçları-

90 “İnternet’in uluslararası niteliği nedeniyle oluşan birçok yargısal sınırlamaları aşma amacıyla, birçok devlet hukuki hükümlerinde reformlar yaparak, suçun tamamının veya bir bölümünün devlet sınırları içerisinde işlenmesi veya devletin sınırları dışında gerçekleştirilen eylemlerle devletin sınırları içerisinde bulunan bir kişiye ‘zarar verme’ gibi sınırları aşmaktadır.” J.R. Herrera-Flanigan [2006], s. 319.

91 B.J. Koops – S.W. Brenner [2006], s. 2.

92 Bkz A. Klip [2013], s. 10 vd.

nı karşılamak için gelişmiştir.⁹³ Gerçekten de, Avrupa Konseyi'nin veya Avrupa Birliği'nin hiçbir belgesinde, savunmaya uluslararası işbirliği talebinde bulunması için bağımsız bir pozisyon verilmemiştir.⁹⁴ Örnek vermek gerekirse, bazı antlaşmalar savunmaya, yetkili makamdan yurtdışına karşılıklı yardımlaşma başvurusu yapılması talebinde bulunma olanağı tanımaktadır; ancak bu hükümler, soruşturma makamı için savunmanın talebine uyma zorunluluğu getirmemektedir.⁹⁵ Hatta – son on yıllarda cezai konularda işbirliğini güçlendirmek adına bir hayli çabanın gösterildiği – bölgesel düzeyde bile, savunmanın pozisyonuna ikincil bir önem verilmiştir.⁹⁶ AB'ye bakıldığında ise, son yıllarda savunma haklarının korunmasına yönelik önemli atılımlar yapıldığını vurgulamak gerekmektedir. Savunma hakkı için özel olarak tahsis edilen ilk yasal metin kabul edilmiştir⁹⁷ ve yeni “anayasal” düzenlemenin⁹⁸, bireylerin temel haklarının korunması amacını da göz önünde bulundurarak, güvenlik ile özgürlük arasında adaletli bir denge gözettiği görünmektedir. Bununla birlikte, doktrinde de belirtildiği üzere, savunmanın ulus ötesi soruşturmalar karşısındaki pozisyonu hala zayıftır.⁹⁹ Bunun böyle olmasının birçok nedeni vardır: AB kanun koyucuları yalnızca belirli savunma haklarına atıfta bulunarak diğerlerinin düzenlenmesini ulusal hukuklara bırakmıştır ve bazı savunma haklarına ilişkin ulusal yakla-

93 A. Klip [2012], p. 419-420, “uluslararası işbirliği söz konusu olduğunda, savunmanın hiçbir dayanağı olmadığını” şu şekilde vergulamaktadır: “[...] Hem Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve hem AB tarafından düzenlenen belgeler, uluslararası işbirliğinin yalnızca devlet makamlarına özgü bir görev olduğunu ve belgelerin yalnızca bu amaçla düzenlendiğini kabul etmektedir.”

94 A. Klip [2012], s. 420.

95 Örneğin, 1983 Hükümlülerin Değişimi Sözleşmesi, hükümlünün bu isteğini devlet makamlarına açıklayabileceğini, ancak buna uyma bakımından herhangi bir zorunluluk bulunmadığını belirtmektedir.

96 Örneğin, 2000 AB CİYAKAS, savunmaya aktif bir rol biçmemekle birlikte, iddiayı ve usulü bilme hakkına ilişkin birtakım haklar öngörmüştür (5. Madde, 3. Paragraf). Dahası, 10. Madde'nin 9. Paragrafı karşılıklı yardımlaşma usullerinin AİHM standartlarıyla uyumlu olması gerektiğini vurgulamıştır.

97 Ceza muhakemesinde şüphelilerin ve sanıkların usuli haklarını güçlendirmede Yol Haritası'nı özel olarak belirtmek isterim (Bkz. 30.11.2009 tarihli AB Konseyi Kararı, 295 sayılı ve 04.12.2009 tarihli RG, C. 1 vd.) Bugüne kadar, ceza yargılamalarında yorumlama ve çeviri ile ilgili 2010/13 sayılı AB Direktifi (RG L 280, 26.10.2010) ve bilgi alma hakkına ilişkin 2012/13 sayılı AB Direktifi (RG L 142, 01.06.2012, s.1 vd.), sırasıyla 20.10.2010 ve 22.05.2012 tarihlerinde kabul edilmiştir.

98 Temel Haklar Bildirgesi'nin ve daha sonraki süreçte AB'nin AİHM'e katılması bakımından, özellikle Avrupa Birliği Antlaşması'nın 6. maddesini belirtmek gerekmektedir.

99 Örneğin bkz. J. Spencer [2010], s. 447 vd.; C. Brants [2005].

şımlar hala oldukça farklılık göstermektedir; böylece parçalara ayrılmış düzenlemenin getirmiş olduğu zorluklar devam etmektedir.¹⁰⁰ Ayrıca karşılıklı hukuki yardımdan karşılıklı tanımaya doğru olan değişimin, savunmanın yurt dışında toplanan delile itiraz etmesi bakımından var olan zorlukları artırdığı düşünülmektedir.¹⁰¹

Özellikle dijital soruşturmalara odaklanıldığında, uluslararası düzenleme, 2001 Siber Suçlar Sözleşmesi gibi uluslararası belgeler yoluyla usuli yetkilerin uyumlulaştırılmasına yönelik girişimler olmasına rağmen, farklı usuller eliyle şekillenmektedir. Dahası, özel yaşam ve soruşturma yetkileri arasındaki ilişki bile tüm dünyada farklı anlaşılmaktadır (farklı müdahale seviyeleri, farklı gerekçeler ve farklı orantılılık değerlendirmeleri). Bu farklılıklar, savunmayı, soruşturma yetkileri karşısında (mümkün ve gerçekçi olmayan bir) silahların eşitliğine ulaşma adına, kural olarak, farklı ülkelerde toplanan soruşturma delilleri ile ilgilenmek için savunma uygulamacılarından oluşan çokuluslu bir ekip çalıştırmasını gerektirecek, külfetli bir duruma sokmaktadır.¹⁰²

O halde soru şudur: savunma hakkına ilişkin farklı koruma seviyelerinin uygulandığı parçalara ayrılmış bir düzende, bu haklara uyulmasını kim sağlayacak? Vurgulamak gerekir ki, bu gibi bir koruma, toplanan delillerin davada kabul edilebilir olup olmadığına indirgenmemelidir: kişisel alana meşru olmayan müdahaleye karşı koruma, mahkeme önündeki yargılamadan çok daha önce sağlanmış olmalıdır. Zira soruşturmalar oldukça uzun sürebilmekte ve şüpheli için ağır yükler getirebilmektedir.

Avrupa'ya bakıldığında, ulusal mahkemelerin davaya ilişkin ulus ötesi unsurları değerlendirmesi gerektiğini öne süren AİHM yaklaşımına göre¹⁰³, Devlet uluslararası işbirliği sırasında gerçekleştirilen insan

100 Bkz. S. Gless [2005].

101 S. Allegranza [2010], s. 572 vd.; L. Bachmaier Winter [2010], s. 581 vd.

102 Yalnızca varlıklı sanıkların ulus ötesi savunma ekiplerinin masraflarını karşılayabilecek olması, vatandaşlar arasındaki eşitlik ilkesini dahi tehlikeye sokmaktadır. Avrupa'da silahların eşitliği için, bkz. S.J. Summers [2007], s. 103 vd.

103 Ancak AİHM bir kararında (*Cbinoy v. İngiltere*, no. 15199/89, 4 Eylül1991), Fransa'da hukuka aykırı olarak toplanan delilin İngiltere'de kullanımı bakımından İngiltere'nin Fransa'da olanlardan sorumlu olmadığına karar vermiştir. (A. Klip[2012], p. 425). Bu konudaki en bilinen kararlardan biri sınırđı edilme ile (AİHM, Soering v. İng, no. 14038/88, 7 Temmuz 1989) bir diğeri ise hükmünün değişimi ile (AİHM, Drodz ve Janousek v. Fransa ve İspanya, no. 12747/87, 26 Haziran

hakları ihlallerinden de sorumludur.¹⁰⁴ Ancak özellikle bireyler açısından, bu yaklaşım hiçbir sorunu çözmemektedir: İlk olarak, AİHM incelemesi ex post bir başvuru yoludur ve ancak dava ulusal düzeyde sonuçlandığında başvurulabilir; ikinci olarak, AİHM davanın genel olarak adil olup olmadığını incelemekte, bir soruşturma tedbirinin hukuka uygunluğu veya bir delilin kabul edilebilirliği gibi spesifik sorunlarla ilgilenmemektedir¹⁰⁵; ve üçüncü olarak, Devletlerin uygulaması gereken test (İşbirliği yapılan devletin temel haklara saygı göstermesi bakımından) potansiyel bir “adil yargılanma hakkının açık ihlali” ile sınırlıdır ve bu durum, farklı usuli standartların yarattığı (açık olmayan) sorunların üstesinden gelmemektedir. Aşağıda net bir biçimde açıklandığı üzere:

“Ulus ötesi düzeyde, ceza hukuku ve usulünün organizasyonu bakımından ulusal bir özerklik vardır ve bunun oldukça geniş bir takdir yetkisi ile sonuçlanması, uluslararası işbirliği halinde, bir bireyin kolaylıkla iki ceza adaleti sistemi arasında sıkışıp kalmasına neden olacaktır. [...] Her sistem kendi içinde 8. maddenin talepleri ve gereklilikleri bakımından kusursuz bir uyum içinde olabilecek olsa bile, iki (veya daha fazla) sistemin karışması sorunlara yol açabilecektir. Örneğin, bir olayda bir ülke olay sonrası hukuki incelemeye dayanırken, diğeri olay öncesi hukuki onay arıyorsa, bu iki sistemin karışımı, çifte kontrole de yasal boşlukla da sonuçlanabilecektir. [...] Her ne kadar ülkelerin çoğu uluslararası işbirliği alanında özel hukuk yolları geliştirmişse de, bunlar hala yeterli değildir. Bir kere, [...] denetimin kapsamı genelde sınırlıdır ve ikinci olarak, ilgili tedbir sadece ulusal düzeyde alınmakta ve bu nedenle başka bir devletteki tedbirlerle tam olarak uyumlu olmamaktadır.¹⁰⁶

Bununla birlikte, – savunma açısından – dijital soruşturmanın en sorunlu yönü, bazı soruşturma uygulamalarının mülkiyet kavramına tehdit içermesinde görülmektedir. BT’nin dünyanın farklı yerlerinde kişisel veriler saklama ve bu verilere uzak yerlerden erişme olanağı sun-

1992) ilgilidir. Belirtmek gerekir ki, AİHM bir kararında, karşılıklı yardımlaşma sürecinde yaşanan gecikmeler nedeniyle işbirliğinde bulunan iki devleti “müşterek sorumlu” tutmuştur (AİHM, Sari v. Türkiye ve Danimarka, no. 21889/93, 8 Kasım 2001, § 96).

104 Bu konuların daha derinlemesine bir analizi için, bkz. A. Van Hoek – M. Luchtman [2005], s. 1 vd. Aynı zamanda bkz. A. Klip [1997].

105 Bkz. S. Gless [2005].

106 A. van Hoek – M. Luchtman [2005], s. 15.

masıyla, sınırlar yok oluyor görünmektedir.¹⁰⁷ Soruşturmacıların verinin nerede bulunduğunu bilmiyor olmaları mümkündür;¹⁰⁸ yine de bulut servis sağlayıcıları aracılığıyla, birden çok yargı alanına yayılmış parçalar halindeki veriye erişim sağlayabilmektedirler. Dahası, özel yazılımlar kullanarak, bir başka ülkede bulunan bir bilgisayarın içindeki veriye çevrimiçi erişim sağlayabilmektedirler.¹⁰⁹ A ülkesinde bulunan ve B ülkesindeki soruşturma yetkilerine maruz kalan bir kişinin sorunu, temel hakların korunmasına ilişkin farklı standartlarla ilgilidir. Ulusal egemenliğin bir yönü, özgürlükler ve yetkiler arasındaki dengeyi farklı şekillerde belirleme imkânıdır: bu bakımdan, kolluk makamlarının normalde yurt dışında arama yapmaya yetkili olmadıkları düşünülürdüğünde¹¹⁰, yabancı makamların – kendi yerel standartlarını uygulayarak – özel alana yaptıkları “sanal” bir müdahale, kaçınılmaz bir biçimde meşru kaygılara yol açacaktır. Klip tarafından “Genel Raporun 4. Bölümü’nde belirtildiği üzere, vatandaşların, anarşik siber dünya içerisinde bile, meşru koruma beklentileri olabilecektir ve devlet bu korumayı sağlamalıdır. Zira “yalnızca devlet koruma yetkisini ve sorumluluğunu haizdir.”¹¹¹

Güvenli¹¹² dijital veriye sınır ötesi erişim için, istinabe müzekkeresi¹¹³ göndermenin yanı sıra hakikaten başka imkânlar da mevcuttur. 2001 Siber Suçlar Sözleşmesi’nin 32(b) maddesi uyarınca, bir Taraf Devlet,

107 Hazırlık Kolokiyumu Genel Raporu, 4. Bölüm, 9-12 Haziran 2013 tarihlerinde Helsinki’de gerçekleşen oturumun raporu Prof André Klip tarafından kaleme alınmış ve özel olarak siber suçların mülkliği ile ilgili konuları ele almıştır.

108 Bölüm 4’ün genel raporuna göre bu büyük bir problemdir: “birçok ülke bilginin nerede tutulduğunun ulusal düzenlemenin uygulanabilir olup olmadığını belirlemesi kuralını uygulamaktadır.” A. Klip [2013], s. 20.

109 A. Klip [2013], p. 37, BT’nin büyük bir etkisinin “egemenlik kaybına ilişkin olduğunu” belirtmiştir: “Bilgi toplumu, mülk ilkesinin önemini ve değerini ciddi oranda azaltmıştır (ya da belki ortadan kaldırmıştır). Yer belirlemenin zor, imkânsız veya sürekli değişken olması, siberaleme ilişkin en kritik konudur. Her koşulda siberaleme, devletlerin, ne olursa olsun, üzerinde egemenlik ilan etmesine olanak tanıyacak kadar hareketsiz durmamaktadır.”

110 “A. Klip [2013], p. 18 et seq.

111 A. Klip [2013], p. 26.

112 Budapeşte Sözleşmesi’nin 32(a) maddesi.

113 Dijital soruşturmalar alanındaki karşılıklı yardımlaşma bakımından iki boyutlu bir engel mevcuttur: külfetli ve zaman alan usuller ve verinin bulunduğu yer bakımından oluşacak olası belirsizlik. İlginç bir örnek olarak Facebook gösterilebilir. Şöyle ki “birçok kullanıcıya ait veri Kuzey Avrupa bulunan bir veri merkezinde tutulmaktadır ancak kayıtların açıklanmasının Kuzey Amerika’da bulunan bir ülkenin hukukuna uygun bir şekilde yapılacağı belirtilmiştir.” Bkz. BMUSO [2013], p. 217-218.

“kendi ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla, diğer Tarafın ülkesindeki depolanmış bilgisayar verilerine, eğer bu Taraf, söz konusu bilgisayar sistemi aracılığıyla veriyi ifşa etme yetkisini yasal olarak haiz bulunan kişinin yasal ve gönüllü onayını sağlayabilirse, söz konusu verilere erişebilir ve bunları temin edebilir.”¹¹⁴ Yurt dışındaki kişinin rızası¹¹⁵, soruşturmacıların başka bir Devlet’ten karşılıklı yardımlaşma talep etmeyi atlamasına izin vermekte; böylece, başka yargı alanlarına karışmama ve egemenlik bakımından bazı sorunlara neden olmaktadır. Ancak bu hüküm, verinin Sözleşmeye Taraf olmayan bir ülkede bulunduğu ve rızanın alınmadığı durumları kapsamamaktadır.¹¹⁶

“Bir ülkenin, başka bir ülkede depolanmış bilgisayar verisine, karşılıklı yardımlaşma arayışı olmadan, tek taraflı olarak erişim sağlamaya izinli olup olmadığı Sözleşmeyi hazırlayanlar tarafından uzun uzadıya tartışılmıştır. Sözleşmeyi hazırlayanlar, sonuç olarak, bu alanı düzenleyecek kapsamlı, bağlayıcı bir yasal rejimin hazırlanmasının henüz mümkün olmadığına karar vermişlerdir.”¹¹⁷ Bu nedenle, bazı ulusal kanun koyucular, uluslararası belgelerden bir adım daha ileri gitmişler ve yurtdışında bulunan bilgisayar sistemlerine tek taraflı olarak erişim sağlanmasına – istisnai durumlarda – izin veren yasal hükümler getirmişlerdir.¹¹⁸ Gelgelelim, belirli yasal temel olmadan dahi, ülke dışı çevrimiçi aramalar (mesela, 4. Bölümdeki Genel Rapor’da “self-servis” olarak anılan) bazı ülkelere yabancı değildir. Bu ülkelerden biri ABD’dir ve Ivanov-Gorshkov davası da, şüphesiz, bu konudaki en ünlü davadır.¹¹⁹

114 Aynı zamanda Arap Birliği Sözleşmesi’nin 40(2) maddesi de aynı imkânı sunmaktadır.

115 Bu aynı zamanda servis sağlayıcılar ve bulut servisi operatörleri gibi tüzel kişileri de kapsamaktadır.

116 Henüz 1995 yılında, Avrupa Konseyi’nin R(95)13 sayılı Tavsiye Kararı, ceza muhakemesinin bilişim teknolojisi ile ilgili sorunlarını ele alarak (§ 17) şunları belirtmiştir: “Arama yetkisi, aynı zamanda, acil bir müdahale gerekmesi koşuluyla, yabancı bir yargı alanında bulunan başka bir bilgisayar sistemine doğru genişletilebilecektir.” Egemenlik sorunlarından kaçınmak adına, “belirsiz olmayan bir yasal temel” oluşturulmalı ve bu amaçla, “arama ve el koymaya nasıl, ne zaman ve ne derecede izin verileceğine ilişkin uluslararası antlaşmaların müzakere edilmesine yönelik acil bir ihtiyaç mevcuttur”. Ancak, şu ana kadar, uluslararası uzlaşma 2001 Siber Suç Sözleşmesi’nde bulunan ve yukarıda anılan hususlarla sınırlıdır.

117 P. De Hert [2006], s. 107.

118 Bu konuda Belçika örneğine bakılabilir: P. De Hert [2006], s. 106 vd.

119 Özetle, FBI ajanları, ABD’de bulunan bilgisayarlarından – mahkemeden arama kararı almaksızın (ancak indirdikleri ve kopyaladıkları dosyaları okumak için kararı bekleyerek) – Rus vatandaşlarına ait olan ve Rusya’da bulunan bilgisayarlardan bazı dosyalar indirmişlerdir. ABD Washington

Benzer mülkiyet sorunları, yalnızca dar anlamda dijital soruşturmalar bakımından değil, aynı zamanda “geleneksel” sözlü iletişimin denetlenmesi bakımından da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de teknoloji, soruşturmacılara ulusal sınırların dışında dahi iletişim akışlarını denetleme imkânı vermektedir. Yalnızca farklı ülkelerde bulunan kişilerin iletişimi değil, aynı zamanda – örneğin – başka bir ülkeye seyahat eden kişilerin telefonda konuşabildiği veya aynı devletin iki vatandaşının farklı ülkelerden birbirleriyle konuşabildikleri de göz önüne alındığında, bu durum oldukça olağandır. İlk mesele, iletişimin bulanık sınırları da dikkate alındığında, denetlemenin ne zaman yurt dışından gerçekleşmiş olarak değerlendirilmesi gerektiğinin tespit edilmesidir. Bu ayırım soruşturma yetkilerine mi odaklanmalıdır (Şöyle ki, bir soruşturma tedbiri kanunen ve fiziken ulusal sınırlarda gerçekleştirildiği sürece, iletişimin ‘yabancı’ akışını denetlese dahi, karşılıklı yardımlaşma talebinde bulunması gerekmez)? Yoksa tehlikede olan hakkın uyuğuna mı odaklanılmalıdır (Şöyle ki, hedeflenen cihaz yurt dışında ise ve bu nedenle karşılıklı yardımlaşma talep edilmeden denetlenemiyorsa)?¹²⁰

Özellikle devletlerin, taleplerin dayanakları ve karar almadaki usul bakımından iletişimin denetlenmesine ilişkin soruşturma yetkilerini ne kadar farklı düzenledikleri düşünüldüğünde, savunma açısından ikinci yaklaşım daha tercih edilebilir durmaktadır. 2000 CİKAYA Sözleşmesi¹²¹ ile AB içerisinde de, denetimin uygulandığı konuya odaklanan bir yaklaşım kabul edilmiştir. Buna göre, “Dava konusunun iletişim adresinin, [...] denetlemenin yapılmasına ilişkin teknik bir yardımın gerekmeceği [...] başka bir Taraf Devletin topraklarında kullanıldığı” durumlar da göz önünde bulundurulmaktadır.¹²² Bu durumlarda, AB Sözleşmesi,

Bölge Mahkemesi, şu gerekçelerle Ek 4. Madde'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir: “Madde, ikamet etmeyen bir yabancıların ABD topraklarının dışında bulunan malının aranması ve ona el konulması için uygulanmaz. Bu olayda, ajanlar tarafından erişim gerçekleştirilen bilgisayarlar da, bu bilgisayarlar içerisinde bulunan ve ajanların kopyaladığı veri de Rusya’da bulunmaktadır. Kopyalanan veri, ABD’ye aktarılan kadar bu ülkenin sınırlarının dışındadır ve Ek 4. Madde'nin güvencelerine tabi değildir.”(ABD v. Gorshkov, 23 Mayıs 2001, WestLaw 1024026, ABD Bölge Mah.). Bkz. J.R. Herrera- Flanigan [2006], s. 322 vd.

120 Bu konu M. Panzavolta tarafından net bir şekilde açıklanmıştır, [2011], s. 69 vd.

121 Avrupa Birliği Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi (29 Mayıs 2000) – (AB CİKAYAS) Madde 18. Ne var ki, bu sözleşme henüz tüm devletler tarafından onaylanmamıştır (misal İtalya) ve işbirliğine ilişkin ‘ana sözleşme’ hala, denetleme/dinleme konusunu özel olarak düzenleyen, 1959 Avrupa Sözleşmesi’dir.

122 AB CİKAYAS Madde 20/2.

denetlemeyi yapan Taraf Devletin, ‘bildirimde bulunduğu’ ve – 96 saat içerisinde – denetlemenin ulusal hukuka göre izin verilebilir olmaması nedeniyle denetlemenin yapılmamasını veya sonlandırılmasını isteyebilecek olan Taraf Devleti¹²³ bilgilendirmesini zorunlu kılmaktadır.¹²⁴

İşbu AB belgesi tarafından oluşturulan hukuki altyapı, yalnızca egemenlik sorunlarını değil, aynı zamanda ulus ötesi denetimlere tabi tutulan bireylerin tehlike altındaki özgürlüklerini de, onları bireylerin bulunduğu yerdeki ulusal mülkîlik hukukuna bağlayarak ve CİKAYAS dışındaki ülke dışı denetimlere bir sınır getirerek ve bunu zorunlu kılarak, göz önünde bulundurmaktadır.¹²⁵ Ne var ki, bir yandan, AB Üyesi Devletlerin tamamı bu belgeyi onaylamamıştır ve diğer yandan, bazı ulusal içtihatlar CİKAYAS dışında yürütülen denetimlerin sonuçlarını genel olarak kabul eden bir eğilimdedirler.¹²⁶ Dolayısıyla, bir kişinin, yabancı bir ülkede bulunan yabancı soruşturmacıların cihazları tarafından – hiçbir karşılıklı yardım talebinde bulunulmadan ve de bu kişinin bulunduğu ülkeye hiç bilgi vermeden - denetlenmesi durumu, uygulamanın hiç de yabancı olmadığı bir durumdur.

Yukarıda anılan ve AB CİYAKAS tarafından getirilen ulus ötesi iletişimin denetlenmesi düzenlemesi, telefon görüşmeleriyle sınırlı olmaksızın, internet görüşmeleri de dâhil olmak üzere, her türlü iletişime uygulanabilmektedir.¹²⁷ Diğer taraftan, bu belge çevrimiçi aramaları

123 AB CİKAYAS Madde 20/2. Bkz. J. Pradel – G. Corstens – G. Vermeulen, [2009], s. 601 vd.

124 AB CİKAYAS Madde 20/4. Gerçekte, bu paragrafta özetlenen durum çok daha karmaşık olabilmektedir. Konunun karmaşıklığıyla ilgili bir analiz için, bkz. A. Weyembergh – S. De Biolley [2006], s. 285 vd.

125 18 Aralık 2008 tarihli 2008/978/JHA nolu Avrupa Delil Yetkisi konusunda Çerçeve Kararı’nın – şu ana kadar delil konusunu ele alan ten AB belgesi – içeriği, açık bir şekilde “iletişimin denetlenmesi, gizli gözetim ve banka hesaplarının gözetilmesi gibi gerçek zamanlı bilgi toplamaya” ilişkin herhangi bir yetkiyi dışlamaktadır (Madde 4/2-c). Ancak hali hazırda gerçekleştirilmiş olan denetlemenin sonuçları, temel karşılıklı adli yardım ilkeleri çerçevesinde, AB yargı makamları arasında değiştirilebilmektedir. Başka bir deyişle, mevcut hukuki altyapı uyarınca, karşılıklı tanıma, hukuki denetleme kararları bakımından uygulanmayacak; ancak denetleme yürütülerek daha önceden toplanmış ürüne uygulanabilecektir. (Bkz. M. Panzavolta [2011], s. 83).

126 Özellikle, İtalya ve Fransa. Bkz. Panzavolta [2011], s. 71 vd.

127 AB CİKAYAS hakkında Açıklama Raporu’nun okunabileceği üzere, 18. Maddede: “Konsey, konuyu inceledikten sonra, “iletişim” terimini tanımlamayı gerekli görmemiştir, zira bu husus yalnızca telefon görüşmeleriyle sınırlı değildir ve daha çok kelimenin en geniş anlamıyla anlaşılmalıdır. Bu tanım eksikliği nedeniyle, iletişimin denetlenmesine ilişkin düzenlemelerin, mevcut ve gelecekte ortaya çıkacak her türlü iletişim türüne uygulanabileceği aşikardır. Gerçekten de, bu

kapsamamaktadır. Zira bu durumda erişilen veri, yalnızca bir kişinin başka bir kişiye aktarmaya karar verdiği veriler değil, bir cihazın içerdiği verinin tamamıdır. Özellikle “uyumlu” ulusal usul hükümlerinin yokluğunda, sınır ötesi soruşturmalara yönelik gevşek yaklaşımlar, savunma açısından tehlikeli görünmektedir. Yargı alanları arasındaki entegrasyonun en gelişmiş örneğini sergilemeyi hedefleyen (AB gibi) bölgesel organizasyonlar dahi, açık ve öngörülebilir hükümlerin yokluğunda “vahşi batı” izlenimi uyandırmaktadır.

2.4 BT’nin savunma tarafından kullanımı

BT’nin savcılığın imkânlarını açıkça artırdığı yönündeki genel kabulün yanı sıra, BT’nin ceza muhakemesinde etkili savunma imkânını artırıp artıramayacağını da açıklığa kavuşturmak elzemdir. Diğer bir deyişle, BT savunmanın elinde de bir kılıç olabilecek midir? Yoksa savunma yalnızca usuli güvencelerin zırhına mı güvenmek zorundadır?

Bilhassa, güçlü BT araçlarıyla donatılmış savcılığın karşısında çıkarırken, savunmanın iki ihtiyacı bulunmaktadır. İlk olarak, meslektaşları tarafından toplanan delili bilmeli ve test etmelidir (‘reaktif’ savunma). İkinci olarak, savunma yeni delil toplayabilecektir (‘aktif’ savunma). BT kullanımına ilişkin birçok davada, bu iki husus birbirine geçme eğilimindedir: Açıklanan delilin genelde ulaşılan bilginin yalnızca bir kısmı olması gerçeği karşısında, toplanılan delilleri test etmek amacıyla, açıklanmamış “yeni” deliller bulmak gerekebilecektir.

Şu örnekler düşünülebilir: Savcılık, bazı dosyaların üçüncü bir kişinin bilgisayarında bulunduğunu gösteren bir dijital inceleme raporunu duruşmada sunmak isteyebilir. Bu durumda, özellikle, savunma ilgili dosyaların seçilmesine katılmamış ise, müdafî, söz konusu verilerin ilgisizliğini göstermek amacıyla bilgisayardaki diğer dosyalara erişme ihtiyacı duyarabilir. Aynı şekilde, şayet Mobese kayıtlarındaki görüntüler şüphelinin belirli bir günde suç mahallinde olduğunu gösteriyor ise, savunma, kayıtların tamamına erişmeyi – örneğin, suç mahallinin şüphelinin her zamanki güzergâhı olduğunu ispatlamak için – isteyebilir. Hatta bir savunma taktiği olarak, - masumiyeti ispatlamak yerine – “makul bir şüphe” yaratı-

alandaki teknolojik gelişmelerin hızı da düşünüldüğünde, Sözleşme tartışmaları sırasında, her hipotetik durumu öngörmek imkânsızdır.

labilir; bu bakımdan, örneğin, özel operatörler tarafından tutulan başka kişilere ait telefon görüşmelerinin veri trafiğine erişmek gerekecektir.

Bu örneklerin en az iki ortak unsuru vardır. Bir taraftan, BT veya dijital delil uzmanının desteğine ihtiyaç duyulmaktadır; yukarıda belirtildiği üzere, tanıkların çapraz sorgusunun aksine, burada başrol genel olarak avukatların değildir. Diğer taraftan, ‘reaktif savunma’ bile, ‘aktif’ eylemler gerektirdiğinden, çoğunlukla da kamusal ve özel operatörler¹²⁸ tarafından tutulan bilgilere erişimi içerdiğinden, söz konusu operatörlerin işbirliğine ihtiyaç duyulmaktadır.¹²⁹

Lehe delillerin toplanılması imkânı, adil yargılanma kavramının da bir parçası olan “silahların eşitliği”ni sağlamaya katkıda bulunmaktadır.¹³⁰ Avrupa’da, “AİHS’nin 6. maddesi, savunmaya, özellikle soruşturma aşamasında, delil araştırması, olayları soruşturması veya (olası) tanıkları sorgulaması bakımından hiçbir açık güvence sağlamamaktadır.”¹³¹ Ancak adil yargılanma hakkındaki hükümleri yorumlayan AİHM, süreç içinde özelliklerini belirlediği “silahların eşitliği”ni; tüm tarafların birebir aynı araçlara ve yetkilere sahip olduğu değil ama taraflara davalarını diğer tarafa göre önemli bir aleyhte durumda kalmadan sunabilecekleri makul bir imkânın sunulmasını gerektiren bir ilke olarak belirlemiştir.¹³²

128 Savunmanın, örneğin termal görüntü dedektörleri, uygu takip cihazları vs. kullanacağını düşündürmek – imkânsız değilse bile – oldukça zordur.

129 Bu makalenin yayımlanması ile aynı zamanlarda, bu konuya yeni bir ışık tutacak ilginç bir dava ABD’de, Florida Bölge Mahkemesi’nde devam etmektedir (US v. Daryldavis, Hasam Williams et al.). Kayıp telefon kayıtlarının müvekkilinin suçsuzluğunu ispatlayacağına inanan bir sanık müdafii, yakın zamanda ortaya çıkan NSA (Ulusal Güvenlik Ajansı) gözetim programında kayıp olan kayıtların toplanmasına yönelik bir talepte bulunmuştur ve mahkeme, bu doğrultuda, hükümetten kayıtların temin edilmesini talep etmiştir. Şayet talep kabul edilirse, bu durumun, terörizm tehlikesine ilişkin bir delil olmadığı bir durumda bile, kişisel bilgilerin tevdi edilmesi yönünde emsal teşkil edebileceği açıktır.” Şu makaleye bkz: ‘*Judge demands NSA releases dragnet surveillance records for criminal case*’ şu adreste bulunabilir: <http://rt.com/usa/nsasurveillance-judge-records-900/>.

130 Bkz. S. Trechsel [2005], s. 94 vd. M.C. Bassiouni [2013] (p. 840)’ye göre, “silahların eşitliği ilkesi – mutlak bir eşitlikten ziyade – hem savcılığın hem de savunmanın davalarını ileri sürmelerine ilişkin olanakları bakımından orantılılık kavramına dayanmaktadır.”

131 E. Cape – Z. Namoradze – R. Smith – T. Spronken [2010], s. 59: “Bunun AİHS’in adil yargılanmaya ilişkin koruması bakımından ciddi bir boşluk doğurduğu ve bu durumun sanığın aktif katılımını olumsuz etkilediği düşünülebilir”.

132 AİHM’in *Corcuiff v. Fransa*, no. 16290/04, 4 Ekim 2007, § 31; *G.B. v. Fransa*, no. 44069/98, 2 Ekim 2001, § 58; *Coëme v. Belçika*, no. 32492/96, 22 Haziran 2000, § 102; *Haes ve Gijssels v. Belçika*,

Savunmanın davayı soruşturması hakkına ilişkin küçük ipuçları AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasının (d) bendinde görülmekte, “savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması” hakkını saklı tutmaktadır. Bununla birlikte, AİHM sınırları belirli bir “silahların eşitliği” tanımı vermemekte, Mahkeme her zaman ulusal sistemlerin bazı (kabul edilebilir) özelliklerine dokunma hususunda dikkatli davranmakta, onlara geniş bir “takdir yetkisi” bırakmaktadır.¹³³ Mahkeme yalnızca bir kararında, “lehe olan delillerin toplanmasını” kişinin savunmasına ilişkin temel unsurlar arasında saymıştır.¹³⁴ Bu dikkatli yaklaşım şaşırtıcı değildir. Zira ‘geleneksel’ çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği kavramı, itham edici sistem (accusatorial) ile sorgulayıcı sistem (inquisitorial) arasındaki farkın çok daha ötesine geçen gerekliliklerdir ve iki sistemin de, soruşturmanın savunma tarafından yürütülemediği durumlarda dahi, bunları uygulaması gerekmektedir.

“Silahların eşitliği”, Avrupa sınırlarını aşmış bir ilkedir. “Aynı anda hukukun genel ilkesi ve milletlerarası usul hukukunun genel ilkesi” olduğu ileri sürülmüştür. Teamül hukukunun bir parçası olarak değerlendirilen milletlerarası usule ilişkin birkaç genel kuraldan biri olarak değerlendirilebilecektir.”¹³⁵ Uluslararası ceza mahkemelerinin Statülerinde de – ulusal düzeyde olduğundan çok daha yüksek bir biçimde – dikkate alınmıştır. Bazı durumlarda, AİHS hükümlerinin ötesine geçilmektedir: Örneğin; UCM Statüsü’nün 67. maddesinin 1(e) paragrafının ilk bölümü AİHS’nin modelini örnek alırken, ikinci bölümü şunu eklemektedir: “Sanığın bu tüzük uyarınca savunmalarını ileri sürmeye ve diğer delillerini sunmaya hakkı vardır.”¹³⁶

no. 19983/92, 24 Şubat 1997, § 53; *Brandstetter v. Avusturya*, no. 11170/84, 28 Ağustos 1991, § 66; *Neumeister v. Avusturya*, no. 1936/63, 27 Haziran 1968 kararları. Bkz Jacobs – White – Ovey [2010], s. 261 vd.; Goldwasser [1989]; J.S. Silver [1990], s. 1039. “Her sanığa kendi soruşturmacısını ve ceza laboratuvarını sağlamanın imkansız olmasının yanı sıra, savcının bu gibi kaynakları kullanımını kısıtlayacağı için sosyal açıdan da arzu edilmeyen bir durum olacağını” vurgulamaktadır.

133 AİHM’in görevi, temel haklara ilişkin asgari koruma seviyesini sağlamaktır ve bilhassa delile ilişkin konular bakımından, ulusal sistemleri uyumlulaştırmak değildir. Bkz Gless [2005], S. Allegrezza [2010].

134 AİHM, *Dayanan v. Türkiye*, no. 7377/03, 13 Ekim 2009, § 32.

135 S. Negri [2005], s. 569.

136 Başka davalarda bu ilkenin yorumlanması Avrupa’daki seviyeden daha geniş olabilmektedir, tıpkı Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin şu kararı gibi: “Uluslar arası Mahkeme’nin

Ulusal sistemlerin tablosu, her nasılsa, savunma tarafından yürütülen aktif soruşturmaya ilişkin olarak devletlerin farklılaşmış yaklaşımlarını ortaya koymaktadır.¹³⁷ Ulusal hukukun savunmaya olayları soruşturması ve delil toplaması için izin verdiği ölçüde, BT savunmanın elinde önemli bir araç haline gelebilecektir; ancak belirtmek gerekir ki, savunma soruşturmalarına ilişkin kurallar – var olmaları durumunda – potansiyel bir tanıkla yapılan geleneksel bir görüşme ayarındadır. BT kullanımını gerektiren soruşturmalar şöyle dursun, diğer soruşturma türlerine dahi ikincil bir önem atfedilmektedir.

Bu konuda İtalyan sistemi, 2000'den bu yana¹³⁸ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun açık bir şekilde müdafiyeye lehe delil araştırma imkânını, üstelik bilirkişi desteği ile birlikte, sunması bakımından ilginç bir örnek teşkil etmektedir.¹³⁹ Savunma tarafından yürütülen soruşturma sırasında BT kullanımına ilişkin herhangi bir özel hüküm yoktur; ancak bu anlamda savunmaya birtakım imkânlar sunduğu kabul edilen üç sav vardır. İlk olarak, CMK'nın 431. maddesi, savunma tarafından gerçekleştirilen tüm “tekrarlanamaz eylemler”in de ‘dava dosyası’na mündemice olduğunu öngörmektedir.¹⁴⁰ İkinci olarak, bu konuda özel bir hüküm

Statüsü uyarınca, silahların eşitliği ilkesi, yerel mahkemeler önündeki yargılamalardaki normal ele alınışına göre daha liberal bir biçimde ele alınmalıdır. Bu ilke, Savcılığın ve Savunmanın Dava Dairesi önüne eşit oldukları anlamına gelmektedir. Bu doğrultuda, Daire, tarafların davalarını ileri sürmek için yardım talep etmeleri durumunda, Kurallar ve Statü uyarınca sunabileceği her türlü pratik imkânı sunmalıdır.” (EYUCM, *Savcılık v. Dusko Tadic*, Dava no. IT-94-1-A, Temyiz Dairesi, Hüküm, 15 Temmuz 1999, § 52). Dahası, aynı Temyiz Dairesi, savunmanın kendi paralel soruşturmasını başlatması imkanı açısından şuna karar vermiştir: “Suçlanan kişiyi temsil edenlerin, kişinin savunmasında hangi delillerin kullanılabilir olduğuna ilişkin uygun araştırmaları yapmaları yönünde sıkı bir sorumlulukları vardır.” (ICTY, *Savcılık v. Aleksovski*, Dava no. IT-95-14/1, Temyiz Dairesi, 16 Şubat 1999, § 18). Bkz M. Fedorova [2012], s. 186 vd.; S. Negri [2005], s. 545 vd.

137 Bu farklılıklar ille de itham edici sistem ile sorgulayıcı sistem arasındaki geleneksel ayrımlara denk gelmemektedir. K. Ligeti (ed.) [2013]'de bulunan ulusal raporlara bakınız (Özellikle savunmanın soruşturma tedbirlerine başvurma/kendi başına hareket etme hakkı bakımından).

138 Kanun, 7 Aralık 2000, no. 397.

139 Söz konusu hükümler, tanık görüşmelerini, kamu idareleri tarafından tutulan belgelere ilişkin talepleri, ‘kamuya kapalı alanlara’ erişimi kapsamaktadır. Bu takdirde, giriş yetkisi olan kişi onay vermezse, direkt olarak aynı hâkimden karar istenebilir. ‘Özel alanın’ ev olduğu durumlarda daha sıkı şartlar aranmaktadır (bkz İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 391. maddesi).

140 Doktrinde, yalnızca ‘alana erişim sırasında’ gerçekleştirilen eylemlerin mi dosyaya dâhil olacağı konusunun belli olmadığı ileri sürülmüştür. Bu durum, olağan delil ilkelerinin savunmaya da uygulanacağını, böylece kanunen açıkça yasaklanmamış her türlü delilin (ve böylece ‘tekrarlanamaz eylemlerin’ tamamının) mahkemede sunulabileceğini göstermektedir. Bkz, örneğin F. Caprioli

bulunmamakla birlikte, özel şahıslar – müdafî dâhil – tarafından yapılan ses ve video kayıtları belge delili olarak değerlendirilebilir ve duruşmada kabul edilebilir, meğerki bazı dışlayıcı özel hükümlerin kapsamına girmesin.¹⁴¹ Üçüncü olarak, veri korumasına ilişkin AB Direktifi'nin uygulama kanunu¹⁴² tarafından değiştirilen İtalyan 'Gizlilik Kanunu', savunmanın, servis sağlayıcı olarak hareket eden özel sektör aktörleri tarafından tutulan şüpheliye ilişkin verilere direkt olarak erişebileceğini öngörmektedir.¹⁴³

Her ne kadar soruşturma aşamasında savcılık ile savunmaya birebir aynı yetkiler verilmesi de, İtalya'da savunmaya sunulan olanakların AB yaklaşımının ve özellikle, tutulan verinin “belirli durumlarda ve ulusal yasayla uyum içinde yalnızca yetkili ulusal makamlara sunulacağını”¹⁴⁴ öngören veri korumasına ilişkin Direktifin şartlarının ötesine geçtiğini belirtmek gerekir. Dahası, ne “kolluğun özelleştirildiği” diğer durumlarda (mesela özel şirketlerin ve profesyonellerin veri toplamak suretiyle suça karşı mücadele etme hususunda devlet yetkilileriyle işbirliğine çağrıldıkları)¹⁴⁵ ne de yukarıda anılan, kolluk makamlarının kolayca ve otomatik biçimde veri değiştirebildiği ‘uygunluk’ ilkesine etkisi olan diğer belgelerde¹⁴⁶, savunmanın ‘lehe olan’ verilere ulaşma konusundaki potansiyel menfaatine dikkat edilmektedir¹⁴⁷.

Lehe delil toplama amacıyla BT'den faydalanması bakımından sa-

[2012], s. 590, başka bir kişinin hareketlerini takip etmesi ve kaydetmesi için savunma tarafından tutulan bir özel dedektifin örneğini vermektedir.

141 İtalyan ulusal raporuna bakınız.

142 Yasama Kararnamesi, 30 Mayıs 2008, no. 109.

143 30 Haziran 2003 tarihli Yasama Kararnamesi 132. Maddesinin 2. Paragrafı. (*Codice in material di protezione dei dati personali*).

144 15 Mart 2006 tarihli 2006/24/EC nolu Direktif'in 4. Maddesi, RG L105, 13 Nisan 2006, s. 54 vd.

145 Bkz V. Mitsilegas [2009], s. 263 vd. Aynı zamanda bkz BMUSO [2013], s. 144 vd., devletlerin servis sağlayıcılar bilgisayar verileri talep etmelerine ilişkin hukuki yetkileri arasındaki farkları açıklamaktadır.

146 Örneğin, taşıyıcıların yolcu verilerini iletme yükümlülüklerine ilişkin 29 Nisan 2004 tarih ve 2004/82/EC nolu Direktif, yalnızca “yetkililerin AB dış sınırlarında kişileri denetlemekle yükümlü olduklarını” belirtmektedir (3. md.).

147 DNA profillemeye ilişkin 27 Mayıs 2005 tarihli Prüm Sözleşmesi; Gümrük amacıyla teknoloji kullanımına ilişkin 30 Kasım 2009 tarihli ve 2009/917/JHA nolu Konsey Kararı; Terörist saldırıların ve diğer ağır suçların önlenmesi, tespiti ve soruşturulması amaçlarıyla Üye Devletler ve Europol yetkilileri tarafından düzenlenen Vize Bilgi Sistemi'ne (VIS) danışmak için erişime ilişkin 23 Haziran 2008 tarihli ve 2008/633/JHA nolu Konsey Kararı.

vunmaya sunulan olanaklar, sınırlı olmakla birlikte, ulusal seviyede giderek gelişmektedir. Ancak yaygın gözetim yoluyla toplanan bilgiye erişim bireyler için sınırlıdır ve normalde ulusal ve uluslararası düzeyde düzenlenmemiştir. Devletlerin, savunmanın kapsamlı bir erişimine izin verme konusunda isteksiz olmaları, özellikle diğer vatandaşlar açısından, anlaşılabilir bir durumdur: başka bireyler tarafından özel yaşama devamlı müdahale edilmesi, her türlü özel yaşam düşüncesine engel olacaktır. Diğer bir deyişle, müdahale yetkilerinin kullanılması, suçların soruşturulması gibi sosyal ihtiyaçların baskısıyla meşrulaşmaktadır; diğer yandan, özel hayata tecavüze ilişkin orantılılık testi özel menfaatler söz konusu olduğunda kaçınılmaz olarak daha dar uygulanacaktır¹⁴⁸ ve BT soruşturmaları alanında tam gelişmiş bir “silahların eşitliği”ne ulaşılması oldukça zor görünmektedir.

2.5 Duruşma salonu teknolojileri ve savunma hakları

Şüphesiz, kovuşturma öncesi aşamada BT'nin kullanımı, savunma avukatının işini oldukça zorlaştırmaktadır ve bu durum muhakkak ki eğitimleri ve stajları açısından bazı sonuçlar doğuracaktır. Bir ceza avukatının aynı zamanda BT uzmanı olması beklenmese dahi, gelişen senaryoda hukuk uygulayıcılarının, en azından bu kavramlara ve anlatımlara aşina olması beklenmektedir ki eylemlerini destekleyen uzman ile verimli diyaloglar gerçekleştirebilsinler. Ne var ki, BT devrimi yalnızca soruşturmaların yürütülüş şeklini etkilememekte, BT kullanılması aynı zamanda ceza muhakemesinin diğer unsurlarında da yeni yönler ortaya çıkarmakta, bu devam ettiği sürece de avukatlığın gelişimi buna uygun olarak evrimleşmektedir.

Bu ‘yeni’ araçlar, hem içinde buldukları mahkemelerle hem de vasıtası oldukları usullerle ilişkileri bakımından ‘duruşma salonu teknolojileri’ olarak anılabilir.¹⁴⁹ Birçok farklı hukuk sisteminde pek çok duruşma salonu teknolojisi mevcuttur ve bunların kapsamlı bir listesini¹⁵⁰ çıkarmak işbu raporun kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte,

148 Bununla birlikte AİHS Madde 8, başka insanların menfaatlerini, aile hayatına ve özel hayata saygı hakkının uygulanmasına müdahale için potansiyel bir gerekçe olarak belirtmektedir.

149 Bunların yalnızca duruşmayı değil genel olarak yargılamanın tamamını etkiledikleri gerçeği hep akılda kalmalıdır.

150 Bkz El. Lederer [2004].

söz konusu teknolojilerin savunma haklarına ve hukuki sürece etkilerini göstermek amacıyla, üçlü bir ayırım yapılabilir.

İlk olarak, duruşmada delil sunulması bakımından BT (veya ‘tasvir edici/açıklayıcı deliller’)¹⁵¹. Grafik sunumları, mahkemelerde karışık durumları açıklamak için (hem savunma hem savcılık tarafından) giderek daha çok kullanılmaktadır. Bu teknikler, özellikle heyetlerin huzurunda, kriminal olayları aydınlatmak ve uzman mütalaalarını desteklemek için kullanılmaktadır. Görsel araçlar (power point sunumları, grafikler, diyagramlar, çizimler ve tablolar vb.), gerçekten de, uzun sözlü açıklamalardan çok daha etkili olabilmektedir. Diğer yandan, bu araçların hukuki bir tartışma sırasında hakim huzurunda kullanılması – imkansız olmasa da – çok daha zordur. Birçok ülke bu gibi delil sunumu yöntemlerine izin vermekte, ancak çoğunlukla bu konuyu açık bir şekilde düzenlememektedir. Yalnızca bu nedenlerle bile, basit sunumlar olarak kalmakta ve bizzat kendileri delil olarak kabul edilmemektedir. Her ne kadar “modern bilgisayar ürünü görselleştirme teknolojileri, mahkemelerdeki algıları, anıları, tutumları ve karar vermeyi çarpıtabilmekte”¹⁵² ise de, savunma hakkının olası ihlalleri bakımından özel sorunlara neden olmamaktadır.

İkinci olarak, ‘maddi delil’ içeren bilgisayar ürünü delil. Yukarıda anılan kategorinin (delillerin sunumunu destekleyen tekniklerden oluşan kategori) aksine, bilgisayar ürünü deliller mahkemede elverişli delil olarak kabul edilebilmeyi hedeflemektedir. Örneğin, özel olayların (örn: araba kazaları) tekrar canlandırılmasını sunmayı amaçlayan ‘bilimsel animasyonlar’dan – mesela, fizik kurallarını ve uygun hareket denklemlerini temel alan bilgisayar animasyonlarından – oluşabilirler.¹⁵³ Birçok ülkede özel olarak düzenlenmemişlerdir, ancak kriminal olayların yeniden canlandırılması için özel yazılımların kullanımı, bağımsız uzmanlara belirli gerçeklerin güvenilirliklerini doğrulamak için ‘olayların sanal olarak yeniden canlandırılması’ yöntemi ile çalışma izni veren diğer delil türlerini düzenleyen hükümler altında değerlendirilebilir.¹⁵⁴

151 Bkz D. Schofield – S. Mason [2010], s. 139 vd.

152 D. Schofield – S. Mason [2010], s. 140.

153 Animasyon tanımı için bkz. D. Schofield – S. Mason [2010], p. 142. Aynı zamanda bkz. W.D. Grimes [1994], s. 39 vd.

154 Örneğin İtalya’daki ‘esperimento giudiziale’ (İCK md. 218-219). Bkz. İtalya Raporu.

Bu teknikler genel olarak savcılık tarafından kullanılmaktadır ama savunma tarafından da “olayların savcılığın tasvir ettiği şekilde gerçekleşmemiş olabileceğinin ihtimal dahilinde olduğunu göstermek”¹⁵⁵ için kullanılabilir; bunlar savunma için çok önemli fırsatlara dönüşebilirler ve hukuki yetkiler bakımından herhangi bir özel ve spesifik bir sorun da çıkmayacaktır. Sorunlar genelde, karmaşık bilimsel animasyonları karşılayacak kaynak harcamaları bakımından ortaya çıkmaktadır.

Üçüncü kategori, adaleti; “erişimi daha kolay, daha hızlı ve daha ucuz” yapmayı amaçlayan, yargı idaresine ilişkin tüm tedbirleri içine almaktadır.¹⁵⁶ İlk alt kategori, geleneksel kâğıt dokümanları dijital olanlarla değiştirme yönündeki tedbirdir. “Belgelerin dijitalleşmesi”, ceza alanında bile, her yerde (ve özellikle AB düzeyinde) teşvik edilmektedir. Yeni kabul edilen teknolojinin belirgin bir eksikliği olmaması kaydıyla, faydaları – savunma için bile – çok açıktır. Dijital belgeler, bilişimin zamanlamasını ve kalitesini artırabilecektir; daha yüksek kalitede belgeleri ve kaynakların daha iyi yönetimini sağlayacaktır.¹⁵⁷ Dahası, dijital belgeler, belgelere ulaşım hakkını artırarak savunma haklarını olumlu etkileyebilir; delillerin fazlasıyla hacimli olduğu bazı karmaşık davalarda, elektronik olarak depolanmış bilgiye ulaşım, belki de lehe delilin bulunması konusunda tek somut şans olabilecektir.¹⁵⁸ Bunun yanı sıra, en nihayetinde “makul sürede yargılanma hakkı”nın etkinliğine de katkı sağlayabilecektir. Bütün bunlara rağmen, birçok ülke anılan reformları ceza hukuku alanına uygulamada yavaş davranmaktadır ve birçok davada, duruşmada yasal değeri olan tek şey hala ‘resmi’ kâğıt belgedir.

Schofield and Mason’ın belirttiği üzere, bu kategori sadece dijital belgelerden ibaret değildir, mahkemelerde kullanılan teknolojilere ilişkin örnekler şunları da içermektedir: “yabancı dil çevirileri (muhtemelen simultane – sesli veya görsel ve yazılı sunumla). [...] Multimedia mahkeme kayıtları, dijital ses ve görüntü eşliğinde stenografik gerçek

155 D. Schofield – S. Mason [2010], s. 144.

156 J. Barrot, Avrupa Komisyonu Başkan Yardımcısı ve Adalet, Özgürlük ve Güvenlikten sorumlu Komisyon Üyesi (2004-2010), basın açıklaması: *E-adalet üzerine bir Avrupa Stratejisine doğru*, IP/08/821, Brüksel, 30 Mayıs 2008. Bu tedbirlere ilişkin birkaç örnek şu eserde bulunabilir: P. Susskind [2003], s. 163 vd.

157 R. Susskind [2003], s. 161.

158 Bkz K. Strutin [2009], s. 1 vd.; D.B. Garrie – D.K. Gelb [2010], s. 393 vd.

zamanlı elektronik metin dökümü kullanılarak tutulmaktadır.¹⁵⁹ [...] Hukuki materyallere ve dosyaya özgü bilgilere videolardan, DVD'lerden veya yüksek çözünürlüklü depolama aygıtlarından erişim. [...] Telekonferans ve videokonferans (uzaktan duruşmada bulunmayı, uzaktan dinlemeyi ve uzaktan tanıklığı da içerebilir). [...] Mahkeme bilgilerine WWW (World Wide Web – İnternet Sunucuları Ağı) yoluyla kamuya açık erişim veya ağ (kapalı devre internet veya internet) vasıtasıyla mahkeme dokümanlarına güvenli erişim.”¹⁶⁰

Ceza adaleti sistemini değiştirme potansiyeli bulunan – etkinliğini artıran – birçok yenilik arasında, en hassas sorunları doğuranlar; mekân kavramını değiştiren, örneğin, kişilerin farklı mahkeme salonlarında buldukları sırada duruşma yapılmasına (veya geleneksel savunma faaliyetlerine) imkân tanıyan teknolojilerdir. Bu yöntemler, sanığın savunmasını hazırlaması için uygun süreye ve imkânlarla sahip olma hakkı veya bir avukatın yardımından faydalanma hakkı ile buna bağlı olarak soruşturmanın en başından itibaren gizli bir şekilde avukatıyla görüşme hakkı gibi, bazı savunma haklarına belli ölçülerde etki etmektedir. Sadece bunlar da değil, ceza duruşmaları sırasında BT kullanımı nedeniyle tanıkla yüzleşme hakkı da zora girebilecektir.¹⁶¹

Özellikle sanık özgürlüğünden yoksun ise, ilk ihtiyacı etkin savunma hakkını kullanabilmek ve savunma stratejisini belirlemek için bir avukata danışmaktır. Bu görüşmenin hiçbir müdahale ve kontrol olmaksızın gizlilik içinde olması gerekliliği – her ne kadar birtakım nüanslarla da olsa – evrensel olarak kabul edilmektedir. Burada şunu sormak gerekir: avukat-müvekkil görüşmesi videokonferans aracılığıyla yapıldığında, usuli güvencelere ilişkin minimum standart yeterli olacak mıdır? Doğrusunu söylemek gerekirse, görüşmenin gizliliği bakımından ciddi sorunlar mevcuttur: Bir videokonferans, sanık ile onun müdafii arasındaki görüşmenin gizlice dinlenmediğini veya gözlenmediğini garanti edebilir mi? Bu konuda belirtmek gerekir ki, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi (AmerikanİHS) açık bir şekilde “avukat ile özgürce

159 Duruşma tutanaklarına uygulanan gelişmiş teknolojilere ilişkin bir örnek Uluslararası Ceza Mahkemesi'dir.

160 D. Schofield – S. Mason [2010], s. 137.

161 Aşağıya bakınız, § 2.6.

ve gizlice görüşme” hakkını saklı tutarken,¹⁶² AİHS açık bir hüküm düzenlememektedir ve avukat-müvekkil gizliliği kavramı AİHM içtihatlarıyla gelişmiştir.¹⁶³

Duruşma salonu teknolojilerinin en klasik örneklerinden bir diğeri, uzak bir yerde bulunan sanığın duruşmaya ‘katılımını’ güvence altına almak için videokonferans kullanılmasıdır. Daha sonra aşağıda tartışılacağı üzere (Bölüm 2.6), bu teknolojinin ortaya çıkmasının akabinde, ulusal sistemler ceza muhakamesi kanunlarına sanığın cezaevinde veya yurt dışında olduğu durumlar için videokonferansı uygulayabilecek bazı olanaklar koymuştur. Johnson ve Wiggins tarafından belirtildiği üzere, savunma uygulayıcıları ve yorumcuları tarafından birtakım endişeler dile getirilmiştir. Videokonferans yöntemi “[savunmanın] yargılamaya ilişkin ciddiyet duygusunu ve sağlanan adaleti azaltabilecektir”, “davranışını olumsuz etkileyecek ve böylece adil yargılanma hakkını tehlikeye düşürecektir”; sanık “hazır bulunma sırasında cezaevi gardiyanlarının kontrolünde kaldığı ve yargıcın rolünü ‘tarafsız’ olarak değerlendiremeyebileceği için” yargılamanın adilliğine ilişkin algıyı etkileyecektir; hâkimin, sanığın güvenilirliği hakkında yapacağı değerlendirmeleri temel alan karar verme yetisini engelleyen bir “insansızlaştırılma” etkisi olabilecektir; genelde “sanık yalnızca video ekranında gözüktüğü” için, “bakış, tavır ve jestler gibi sözlü olmayan ipuçları video teknolojisi ile tam olarak ve isabetli bir şekilde aktarılamayabilirse, hâkim kararına (ehliyet, salıverme, güvenilirlik vb) temel alacağı daha az bilgiye sahip olacaktır”; başka bir deyişle, “hakim, sanığı sadece videodan gördüğü takdirde, sanığa ilişkin genel algısı açıkça veya bilinçaltında, etkilenebilecektir”: örnek vermek gerekirse, “şayet sanık üzerine odaklanan kamera nedeniyle gerginse, tutumu o gerginliği yansıtabilecektir ve böyle bir tutum güvenilirliği bakımından hakimin algısını olumsuz yönde etkileyebilecektir.”¹⁶⁴

Gerçekten de, tanıklarla yüzleşme hakkı bir yana (Bkz: Bölüm 2.6), adil yargılanma bakımından, özellikle de sanığın duruşmada hazır bu-

162 Art. 8, par. 2(d) AmerikaİHS.

163 Bkz AİHM, *Can v. Avusturya*, ek rapor, § 54. AİHM’e göre, müvekkil-avukat gizliliğine ilişkin istisnalar davanın somut koşullarıyla, örneğin muvazaayı engelleme (S v. İsviçre, § 48-51); yeni suçları engelleme (Brennan v. İngiltere § 42-63); tanıkları koruma (*Kurup* kararı) ile meşrulaştırılabilir.

164 Bu paragraftaki tüm alıntılar şu kitaptandır: M. Treadway Johnson – E.C. Wiggins [2006], s. 215-216.

lunma hakkı ve avukatın yardımından etkin faydalanma hakkına ilişkin olarak, sorunlar ortaya çıkmaktadır. Duruşma katılma hakkı bakımından, yukarıda anılan riskler ulusal düzeyde dikkate alınmaktadır; ancak bunlar genelde – AİHM’in ifadeleriyle¹⁶⁵ - gereklilik ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde kabul edilmektedir. (Başka bir deyişle, eğer hazır bulunma hakkı diğer önemli menfaatlerle – yargılamanın uzunluğu, kamu güvenliği ve kamu düzeni – dengede ise ve videokonferansın pratik yöntemleri savunmanın katılımının esasını tehlikeye atmıyorsa).¹⁶⁶

Pratik çözümler, gerçekten de, fiziken hazır bulunmamayı dengelemelidir. Özellikle, özgür ve gizli avukat-müvekkil görüşmelerine herhangi bir zamanda imkân sağlanması olasılığı, videokonferans yoluyla davaya katılmaya ilişkin en hassas konuların başında gelmektedir. Avukatın diğer taraflarla aynı anda mahkeme salonunda değil de uzak bir yerde sanıkla birlikte bulunacak olması bakımından, videokonferans yönteminin avukatın sanığı temsil etme kabiliyetini azalttığı ileri sürülmektedir. Şayet sanık ve avukat farklı yerlerde ise, sanığın avukatı ile iletişim kurması (veya iletişim kurmak isteğini göstermesi) zor olabilecektir.¹⁶⁷

2.6 Özellikle, tanıkların videokonferans aracılığıyla çapraz sorgusu

Duruşma salonu teknolojileri içerisinde, tanığın çapraz sorgusuna ilişkin ‘yeni’ yöntemler, rollerinin genel olarak savcılık ile savunma arasındaki en kritik mücadele alanı olarak değerlendirilmesi nedeniyle, özel bir dikkati hak etmektedir. Böyle bir mücadelede en temel rolü

165 Bkz AİHM, *Marcello Viola v. İtalya*, no. 45106/04, 5 Ekim 2006, § 64; AİHM, *Sevastianov v. Rusya*, no. 37024/02, 22 Nisan 2010, § 72; AİHM, *Shulepov v. Rusya*, 15435/03, 26 Haziran 2008, § 35; AİHM, *Zagaria v. İtalya*, no. 58295/00, 27 Kasım 2007, § 29.

166 Her ne kadar gereklilik ve orantılılık açıkça belirtilmese de, İtalya’da da bazı özel davalarda duruşmaya ‘uzaktan katılıma’ izin veren hükümlerde benzer bir düşünce izlenmiştir. 1999 yılında Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri Anayasa’nın 24. maddesine uygun bulmuştur (AYM, 22 Temmuz 1999, no.342). Fiziken hazır bulunma, gerçekten de, savunma haklarının etkin kullanımını güvence altına almanın tek yolu değildir, bu daha çok duruşmaya “kişisel ve bilinçli” bir katılımın sağlanması ihtiyacıdır. Bu nedenle, getirilen teknolojinin böyle bir ‘bilinçli katılımı’ güvence altına alması kritiktir ve Mahkeme, kabul edilen pratik yöntemlerin, sanığın bir şekilde duruşma salonundaki kişilerle aktif paylaşımda bulunmasını etkili bir biçimde sağlamaya uygun olduğunu değerlendirmektedir.

167 Bkz. M.T. Johnson – E.C. Wiggins [2006], s. 216-217.

tanığın beden dili oynamaktadır. Bu nedenle, tanığın fiziken hazır bulunması – hakim (veya heyet) ve avukat bağlamında – her zaman asli olarak değerlendirilmiştir.

Yine de giderek daha fazla sistem¹⁶⁸ tanığın uzaktan çapraz-sorgusu olanaklarını, ulusal düzenlemelerde dahi, videokonferans yoluyla¹⁶⁹, yürürlüğe koymaktadır. Avustralya, Kanada, ABD, Almanya, İtalya, Belçika ve İsveç, tanığın dinlenmesinde videokonferans kullanımına – farklı derecelerde – olanak tanıyan ulusal yargı örneklerinden yalnızca bazılarıdır. Uluslararası düzeyde, videokonferans kullanımı aracılığıyla tanığı koruma yönünde alınan tedbirler, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi (EYUCM)¹⁷⁰ ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'ndeki (UCM)¹⁷¹ yargılamalarda sunulmuştur. AB de ceza yargılamalarında videokonferans kullanımını teşvik etmektedir.¹⁷² Özellikle, Kasım 2008'de kabul edilen Avrupa e-adalet eylem planı, “videokonferansın daha iyi kullanımını”nı 2009-2013 periyodunun temel hedeflerinden biri olarak içermektedir.

Ayrıyeten, “videokonferans bağlantıları teknolojisinin ve kalitesinin bu derece gelişmesinin adli işbirliği bağlamında bu yöntemden faydalanılmasına neden olması”¹⁷³ gerçeği karşısında, adli işbirliği belgeleri, uzaklık ve adli işbirliğinin doğasından gelen verimsizliği nedeniyle oluşan zorlukları aşmada videokonferans aracılığıyla sınır ötesi tanık dinlenmesini gerçekleştirebilecek olanaklar sunmaktadır. Örneğin, AB CİYAKAS'ın 10. maddesi, “bir kişinin dinlenilmesinin ve ülke içinde bulunmasının mümkün olmadığı veya istenilmediği durumlarda”, talepte bulunan Devletin “temel ilkelerine aykırı olmamak” şartıyla, videokonferans aracılığıyla çapraz sorgu olanağı sunmaktadır.

168 E.J. van der Vlis [2011], s. 13.

169 Bkz M. Daniele [2012]; A. Klip [2013].

170 Usul ve Delil Kurallarınının 81. Kuralına göre, “Bir hâkim veya bir Daire, bir tarafın talebiyle veya re'sen, eğer adaletin sağlanması için gerekli ise, yargılamanın videokonferans bağlantısı yoluyla yürütülmesine karar verebilecektir.

171 Usul ve Delil Kurallarınının 67. Kuralı ('ses veya video bağlantı teknolojisi aracılığıyla canlı tanıklık'), teknolojinin, “tanık ifadesini verirken Savcı, savunma ve Daire tarafından sorgulanmasına” izin vermesi gerektiğini belirtmektedir.

172 Kitapçığa bkz.: *Videoconferencing as a part of European e-Justice*, 2009, available at https://e-justice.europa.eu/attachments/vc_booklet_en.pdf

173 Van der Vlis [2011], s. 15.

Videokonferanslar hem sanığın video bağlantısı yoluyla katılımı¹⁷⁴ hem de video bağlantı yoluyla tanıklık biçimlerinde gerçekleşebilir: bu durum, sanığın veya tanığın mahkeme salonunda bulunup bulunmamasına göre değişir. İlk durumda duruşmada hazır bulunma hakkı etkilenmekte iken, ikincisinde hazırda bulunan tanığın sorgulanması hakkına dokunulmaktadır. Sanığın video bağlantısıyla duruşmaya katılımı, aynı zamanda, sanığın tanıkla yüzleşme hakkını azalttığı ölçüde, delillere duruşmada itiraz edilmesi imkânını da olumsuz etkilemektedir. Aşağıda başka bir yazıda açıklandığı üzere:

“Kişileri videokonferans aracılığıyla dinlemek, örneğin, davayı gören bâkim ile dinlenen taraf arasında (mesela tanık) her iki taraf için direkt iletişim seçenekleri ile, direkt canlı görüntü ve ses bağlantısı kurulduğu bir duruma işaret eder. Aynı odada değildirler ancak birbirlerini görebilir ve duyabilirler. Dinleyen taraf sorular sorabilir ve sanki tanık veya bilirkişi aynı odadaymış gibi direkt cevaplar alabilir. Tanıkları ve bilirkişileri videokonferans aracılığıyla dinleme ile bir sorguyu sonradan, örneğin mahkemedeki duruşma sırasında, tekrar oynatmak amacıyla videoya kaydetmek arasında ayırım yapılmalıdır. Videokonferans yönteminin karakteristiği, her ne kadar kapalı devre video yoluyla olsa da, dinlemenin direkt gerçekleşmesidir. Bu durum, söz konusu dinlemelerin kasede veya diske kaydedilmesinden bağımsızdır.”¹⁷⁵

Bu yeni bir olay değildir ve tanığın videokonferans aracılığıyla çapraz sorguya çekilmesinin birçok nedeni bulunmaktadır: a) verimli ve tasarrufludur: Zamandan (gecikmeleri azaltmaya yarar) ve paradan (videokonferans yöntemi ulaştırmadan daha ucuzdur) tasarruf yapmaya olanak sağlar; b) çocuk ve diğer hassas tanıkları sanıkla yüzleşmekten korur; c) duruşmaların ve mahkeme salonlarının güvenliği ile kamu düzeninin korunması; d) firar riskinin azaltılması.¹⁷⁶

Ancak, video bağlantı yoluyla tanıklığın bazı açık eksiklikleri bulunmaktadır. Net bir şekilde açıklandığı üzere, “ceza davalarında video-

174 Bölüme bkz, § 2.5.

175 E.J. van der Vlis [2011], s. 12.

176 Bu gerekçelerin bazıları İtalya’da organize suçlar bakımından oldukça ivedidir. Yukarıda anılan 1999 tarihli ve 342 nolu İtalyan Anayasa Mahkemesi kararının ‘*considerando in diritto*’ bölümünün ikinci paragrafına bakınız.

konferans yöntemine karşı olanlar, ceza yargılamasında sanığın ve tanığın birbirlerinden uzakta hazır bulunmaları durumunda, sanığın temel haklarının; adil yargılanma, avukat tarafından temsil edilme ve tanıkla yüzleşme de dâhil olmak üzere, ihlal edileceğini ileri sürmektedir.”¹⁷⁷ Bu savlar, genel olarak, videokonferansın uygulamadaki sınırları ve videokonferansın mahkemeye katılanların tutumları üzerindeki (hakim, sanık, tanık) iddia edilen etkisine dayanmaktadır. Bu varsayımların deneysel araştırmalarla¹⁷⁸ desteklenmesi gerektiğini ileri sürülmektedir, ne var ki “tanığın fiziken mahkeme salonunda olması durumunda aşikâr olacak bazı detayları, kameranın algılayamayacağı ve televizyon ekranının gösteremeyeceği”¹⁷⁹ genel kabul görmektedir ve bu nedenle hâkimin – veya heyetin – tanığın güvenilirliğini değerlendirme imkânları kısıtlı olabilecektir.

AB sistemine bakıldığında, AİHS’nin 6(3) maddesi adil yargılanmaya ilişkin minimum standardı belirlemektedir. Her ulusal usul kanunu, sanığın “kendisine karşı tanıklık yapan tanığı sorgulama” hakkını güvence altına almalıdır. Burada tartışmalı olan husus ‘sorgulama’ kavramıdır: Video-sorgulama, tanığın mahkemede geleneksel olarak sorgulanması ile karşılaştırılabilir mi?

AİHM, video bağlantılı tanıklığı, tek başına, AİHS’nin 6. maddesine aykırı olarak değerlendirmemektedir¹⁸⁰ ve tanıkları sorgulama hakkına ilişkin; suçlayıcı tanıkları duruşmada çapraz sorguya çekmeyi her davada zorunlu olarak değerlendirmeyen fakat sanığın elverişli ve usule uygun biçimde tanığı sorgulaması veya tanığın sorgulanması imkânına (yani, duruşmadan önce dahi) sahip olmasını yeterli gören içtihadı göz önüne alındığında, bu durum çok da şaşırtıcı değildir. Eklemek gerekir ki, Mahkeme, tanığın videokonferans aracılığıyla sorgulanması ile direkt bağlantılı olan başvuruları yalnızca birkaç vakada incelemiştir. Mahkeme, davanın tamamını, tüm özel ve somut fiili koşullarını dikkate alarak genel olarak adil olup olmadığı bakımından değerlendirdiğin-

177 M. Treadway Johnson – E.C. Wiggins [2006], s. 212.

178 M. Treadway Johnson – E.C. Wiggins [2006].

179 A. Garofano [2007], s. 702.

180 AİHM, 20 Ekim 2011, *Aborugeze v. İsveç*, no. 37075/09, § 122. Aynı zamanda AİHM, 2 Şubat 2010, *Kabue ve Chungu v. İngiltere*, Nolan. 29647/08 ve 33269/08; AİHM, 3 Mart 2011, *Zbukovskiy v. Ukrayna*, no. 31240/03, § 45.

den, bu husus da beklenen bir durumdur. Başka bir deyişle, AİHM video konferansla dinlenilmenin Sözleşme'nin standartlarına uygun olup olmadığı hususunda apaçık bir soruya hiçbir zaman muhattap olmamış, kendisinden daha çok içinde video bağlantının kullanıldığı davaların genel adilliği üzerine bir değerlendirme yapması istenmiştir.

Yine de, içtihatlardan bazı belirtiler çıkarmak mümkündür. Belirtildiği üzere, video bağlantılı tanıklığın kullanımı, tek başına, AİHS'nin 6. maddesine aykırı değildir; ancak, bu tedbire başvurma'nın meşru bir amacı olmalıdır; ve delillerin sunulmasına ilişkin ayarlamalar AİHS'nde belirtilen adil yargılanmaya ilişkin gerekliliklerle uyum içinde olmalıdır. Başka bir deyişle, Mahkemenin, video bağlantılı tanıklığa başvurma bakımından, devletlere orantılılık ve gereklilik ilkelerini uygulamalarını önerdiği görülmektedir: a) canlı çapraz sorgunun yokluğunu dengeleyecek ilgili menfaatlerin korunması için gerekli olmalıdır; b) tanıkla yüzleşme hakkının özünü koruma amacıyla düzenlenmelidir. Mahkeme, bu gibi bir özü neyin oluşturduğunu belirtmeksizin, geleneksel tanık ifadesi verme yönteminde olabildiğince az değişiklik önermektedir. Bununla birlikte, yöntem veya yer ne olursa olsun, hakkın özünü teşkil eden unsurun tanığa soru sorma olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Şüphesiz, bu yaklaşım, AİHS hükümlerinin “hem itham edici sistem – hangi tanığın çağrılacağına, mahkemenin kontrolüne tabi bir biçimde, tarafların karar vereceği – hem de sorgulayıcı sistem - mahkemenin dinlemek istediği tanıkları kendisinin belirlediği – bağlamında değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. İlkinde, hâkim tarafından ek sorular sorulsa bile, tanıklar tarafların temsilcileri aracılığıyla sorgulanır ve çapraz sorguya tutulurlarken, ikinci sistemde, tanıklar mahkeme tarafından sorgulanırlar.”¹⁸¹

Sadece itham edici sisteme, yani ABD'ye, bakacak olursak görülecektir ki, her ne kadar farklı bakış açıları olsa da, video bağlantılı tanıklığa yönelik yaklaşımları çok da farklı sonuçlara yol açmamaktadır. Uzun bir süre boyunca, Anayasa'nın EK 6. Madde'sindeki¹⁸² ‘Yüzleşme Şartı’, tanığın mahkeme salonunda hazır bulunmasını gerekli kılacak

181 Jacobs – White – Ovey [2010], s. 294.

182 EK 6. Madde uyarınca; “tüm ceza kovuşturmalarında, sanığın kendisi aleyhine olan tanıklarla yüzleşme [...] hakkından faydalanması gerekir”.

şekilde yorumlanmıştır. Yüksek Mahkeme, örneğin, *Coy v. Iowa kararında*, Yüzleşme Şartını, adilliği güvence altına almak için ve “tanığın yalan söylemesini zorlaştırarak maddi gerçeği bulma sürecinin bütünlüğünü sağlamak için”¹⁸³ fiziksel ‘yüz yüze karşılaşma’ hakkı olarak yorumlamıştır. Daha yakın tarihte, Yüzleşme Şartının önemi *Crawford v. Washington* kararında yeniden teyit edilmiştir. Söz konusu kararda, Yüksek Mahkeme, - sanığın eşinin polis sorgusu sırasında verdiği, kayda alınan ifadesinin kabul edilebilirliğini tartışmasına rağmen – “canlı tanıklığın mahkemede ihtam edici sorguya tabi tutulmasının müşterek hukukun bir geleneği olduğunun”¹⁸⁴ ve kaydedilen ifadelerin, tanığa ulaşamaz ise ve sanık daha önceden tanığı çapraz sorguya çekme fırsatı bulmuş ise, ancak o zaman kabul edilebileceğinin altını çizmiştir. Bu karar Yüzleşme Şartının yorumlanmasında bir referans noktası işlevi görmektedir ve – her ne kadar doktrinde bu kararın etkisinin derecesi bakımından anlaşmazlık var ise de¹⁸⁵ – kararın, federal ceza yargılamalarında videokonferans kullanımı imkânına ilişkin her düşünce üzerinde ciddi bir etkisi olduğu görülmektedir.

Gelgelelim, 1990 yılından bu yana (*Marylan v. Craig*), videokonferansın uygulanmasına yönelik bazı olanaklara ABD’de federal düzeyde bile izin verilmiştir. Bu dava cinsel saldırı davasındaki bir çocuk tanığı ilgilendirmektedir¹⁸⁶ ve bu gibi bir farklı yöntemin, ancak olay bazında ve ancak çocuk tanığın korunması gibi önemli bir kamu yararının gerektirdiği (gereklilik ilkesi) bir durumda kabul edilebileceği açıkça belirtilmiştir. Bu dava bir yana, ABD’de federal düzeydeki ceza davalarında, videokonferans tanıklığı bakımından bir “karışık hukuk devleti”¹⁸⁷ fark edilecektir. Aksine, Devlet düzeyinde, ABD’nin federal olmayan mahkemelerinin, video bağlantılı tanıklığa izin verme yönünde “olduk-

183 *Coy v. Iowa*, 487 ABD. 1012 (1988).

184 *Crawford v. Washington*, 541 ABD. 36 (2004).

185 Örneğin şu kaynağa bakılabilir M.J. Tokson [2007]; ve C.L. Olson [2008], s. 1689 vd, ulaşılması zor olan tanıkların çift yönlü video tanıklığına başvurulmasının *Crawford* standardının bile üzerinde olduğunu ve bu nedenle Yüzleşme Şartını ihlal etmediğini ileri sürmektedir.

186 Bu davada, mağdur çocuk tek yönlü kapalı devre bir televizyonda gözüküştür ve sanığı görememiştir.

187 A. Garofano [2007], s. 685, “açık bir federal ceza usul kuralının yokluğunda, federal mahkemelerin, ceza davalarında VTC tanıklığın kullanımı bakımından nasıl farklı gerekçelere ulaşarak çelişen kararlar verdiklerini” vurgulamıştır. [s. 698].

ça liberal bir yaklaşım”¹⁸⁸ benimsedikleri görülmektedir.¹⁸⁹ 2002 yılında, Yüksek Mahkeme federal usul kurallarında video bağlantılı tanıklığa izin veren bir değişiklik önerisini¹⁹⁰, daha önce Maryland v. Craig kararında da belirtildiği üzere, kullanılmasını “önemli bir kamu politikasına yardım etmede nerede gerekli” olduğuyla sınırlandırmadığından reddetmiştir; video bağlantıyla tanıklığın anayasaya uygunluğu tartışmaları hala devam etmektedir.

Videokonferans aracılığıyla çapraz sorgunun en iyi seçenek olmadığı bellidir; doğrusunu söylemek gerekirse, BT’nin bu olayda kullanımı, fiziksel delille karşılaştırıldığında, yüzleşme hakkını belli ölçüde engellemektedir. Ancak, bir kısım akademisyen tarafından belirtildiği üzere, bu bilişim teknolojisinin tanığa dünyanın herhangi bir yerinde tanıklık yapma imkânı sunuyor olması, aksi takdirde mümkün olmayacak bir tanıklığa ceza yargılamasında olanak sağlayabilecektir. Yalnızca bu nedenle bile, daha önemli bir menfaati güvence altına almayı amaçladığı sürece, kabul edilebilir bir sınırlama olarak değerlendirilebilir. Dahası, – teknolojik yeniliğin normalde savunma için zararlı olduğu diğer tedbirlerin aksine – videokonferans için kullanılan teknolojinin daha çok gelişmesinin, savunma hakları üzerinde daha olumlu etkisi olacağını belirtmek gerekir. Şayet mahkeme salonu ile uzaktaki mahkeme yeri arasındaki bağlantı hatasız ise, video bağlantısı ile fiziksel tanıklık arasındaki farklar en az seviyede olacaktır.

Bir başka ifadeyle, ortak bir eğilim vurgulanabilir: videokonferans, bir tanığın duruşma salonunda dinlenmesi hususundaki bazı zorlukların üstesinden gelen bir teknolojidir. Ancak video bağlantılı tanıklık, savunma ile tanık arasındaki gerçek bir yüzleşme değildir; bu nedenle de, mahkeme salonundaki herkesin tanığı görme ve onu gerçek zamanlı olarak sorgulama imkânı olması gibi, fiziksel yüzleşmenin birtakım ayırt edici özelliklerini içermesi şartıyla, yalnızca kesin surette sınırlı durumlarda uygulanmalıdır. Bu cihetle, *Garofano* isabetle şu sonuçlara varmaktadır:

188 A. Garofano [2007], s. 688.

189 Bkz M.D. Roth [2000].

190 “Anayasal şüphe, Mahkemenin takdir yetkisini ve sorumluluğunu yerine getirerek Konferas tavsiyesini geçirmeyi reddetmesi için uygun bir gerekçedir.” Bkz. Federal Ceza Usul Kuralları’nın 26(b) maddesinde yapılan değişiklikler. 29 Nisan 2002, Scalia Tebliği, J, s. 1.

“Federal mahkemeler, VTC’nin (videokonferans yöntemi) Yüzleşme Şartını kusursuz bir şekilde yerine getirmediğini kabul etmektedirler, ancak yine de VTC, bir tanıklığın duruşmada, fiziksel olarak hazır bulunan tanık tarafından verilen ifadeye olabilecek en benzer şekilde sunulması bakımından değerli bir araçtır. Bazı durumlardaki önemli değeri nedeniyle, VTC tanıklığı bütünüyle yasaklanmamalıdır ama gerçek bir yüz yüze karşılaşma sağlayamadığı için, kullanılmasında kesin sınırlar olmalıdır. En iyi kural, VTC tanıklığına ancak; VTC tanıklığının (tanığın beden ve ruh sağlığını koruma gibi) önemli bir kamu düzenini sağlama bakımından gerekli olduğuna yönelik davaya özgü bir karar veya sanığın rızası üzerine izin verilmesidir. Bundan daha düşük herhangi bir standart, izin verilemez bir biçimde sanığın yüzleşme hakkını ve fiziken hazır bulunan tanıktan ifade alınmasının asli önemini, savcılığın menfaati ve tanığın rahatlığı uğruna feda edecektir. Tam aksi yönde, VTC tanıklığının tamamen yasaklanması, bu güçlü teknolojinin sınırlı ve dikkatli uygulamasından elde edilecek değeri görmezden gelecektir.¹⁹¹

3. Sonuç

BT’nin yoğun kullanımı özel hayatlarımızın her yönünü o kadar derin bir şekilde etkilemektedir ki, ceza adaleti sistemlerinin bu gibi bir devrimden etkilenmemesi beklenemez. Bununla birlikte, bunun da her devrim gibi kendine ait olumsuz yönleri mevcuttur. Bu sürecin söz konusu savunma haklarına verdiği ürkütücü zararlar, yalnızca son yüz yılda evrensel olarak kabul edilmiş ve uluslararası hukuki belgelerde açıklığa kavuşturulmuştur.

Bununla birlikte, BT adalet yönetiminin içinde kullanıldığında, savunma hakları üzerinde olumlu – en azından nötr – bir etkisi olduğu görünmektedir (Bölüm 2.5). Bu teknolojiler, insan emeğinin daha verimli kullanılmasını teşvik ederek ve gecikmeler ile yargılama giderlerini azaltarak daha verimli bir ceza adaleti sistemine ulaşmayı hedeflemektedir. Bir başka ifadeyle, BT “birçokları tarafından, her derde deva olmasa bile, ceza adaleti sisteminde reform yapmaya yönelik herhangi bir muteber denemede temel bir yapıtaşısı olarak kabul edilmektedir”.¹⁹² Bazı hassas sorunlar çıktığında bile (videokonferans tanıklığı gibi, Bö-

191 A. Garofano [2007], s. 712.

192 P. Susskind [2003], s. 160.

lüm 2.6), kabul edilen yöntemlerin savunmanın ihtiyaçlarına olabildiğince uygun ve saygılı olması şartıyla, yararları zararlarından daha fazla görünmektedir. BT ‘avukat olmanın yeni biçiminin’ bir parçasıdır. Bu da toplumun bilimsel ve teknolojik gelişiminin doğal bir sonucudur; her ne kadar gelecekteki tüm gelişimleri öngörmek mümkün olmasa da, gelecekte bu değişimin çok daha kuvvetli olacağını bekleyebiliriz.¹⁹³

Diğer taraftan, BT’nin soruşturma aşamasında kullanımı savunma haklarının özüne dokunmaktadır; bu dramatik değişikliğin, kolluk yetkililerinin mahkemede delil olarak kullanılabileceği bilgileri toplarken BT kullanmasından kaynaklandığı söylenebilir. Bilhassa, ‘dijital dünyanın’ kendine has özellikleri, soruşturmanın kolluk yetkilileri tarafından yürütülmesi de zorlaşıyor ise, gizli, hileli ve gelişmiş soruşturma tekniklerine karşı geleneksel savunma haklarının uygulanmasının oldukça zahmetli hale geldiği, sınırları belirsiz olan bir alan yaratmaktadır. Bu bağlamda, savunma bakımından en büyük sorunlar, soruşturma tedbirlerinin yurt dışında alındığı durumlarda (Bölüm 2.3) ve tam bir ‘silahların eşitliği’ sağlanması adına lehe delillerin toplanması olasılığı bakımından ortaya çıkmaktadır (Bölüm 2.4)

Ancak tüm bu arka plana rağmen, ilk izlenime göre, savunma haklarının biçimi ve anlayışı etraflıca bir yeniden düşünüp taşınmaya tabi olmayacak, aynı şekilde, tüm ceza usulünün altında yatan temel soru esasen aynı kalacaktır: ‘Güvenliğimiz’in garanti altına alınması için, vatandaşların hayatlarının ne derece kontrol edilmesini kabul etmeye hazırız?

Ceza adaleti sistemlerinde BT’nin gelişiminin ve bundan yoğun olarak faydalanılmasının, – dar anlamda savunma hakları yerine – ceza yargılaması bağlamında dahi korunması gereken temel hakların biçimini kökten değiştirdiği görünmektedir. Şüphesiz, temel referans özel hayata saygıdır (Bölüm 2.2); bu hakka tecavüzün sınırlarının ve koşullarının kontrolü, BT soruşturmalarının sonuçlarına karşı çıkmada savunmaya en temel fırsatı sunmaktadır. Bilhassa BT’nin doğasından gelen ulus ötesi boyutu, bu hususlar üzerine düşüncelerin, yalnız ulusal seviyede yürütülemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

193 “Ses tanıma teknolojisinin yargılamayı kaydetmesi ile hâkimlerin el yazılarıyla notlar almalarına ya da kendi makinelerine yazmalarına gerek kalmamıştır ve bunun yerine önlerinde gözükten metinlere şerh düşmekte ve yorumlar yapmaktadırlar.” P. Susskind [2003], s. 166.

KAYNAKÇA

- Allegranza S.**, “*Critical Remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility*”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2010, s. 569 vd.
- Bachmaier Winter L.**, “*European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings*”, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9, 2010, s. 580 vd.
- Bassiouni M.C.**, *Introduction to International Criminal Law: Second Revised Edition*, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
- Brants C.**, *Procedural safeguards in the European Union: Too little, too late?*, in J.A.E. Vervaele (ed.), *European Evidence Warrant*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005, s. 103 vd.
- Brenner S.W. – Frederiksen B.A.**, *Computer Searches and Seizures: Some Unresolved Issues*, in *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, 39, 2002, s. 39 vd.
- Cannataci J.A.**, *Lex Personalitatis & Technology-driven Law*, in *SCRIPTed*, vol. 5, issue 1, 2008, s. 1 vd.
- Cape E. – Hodgson J. – Prakken T. – Sproken T.** (eds.), *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Intersentia, 2007.
- Cape E. – Namoradze Z. – Smith R. – Spronken T.**, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, 2010.
- Caprioli F.**, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. Conso – V. Grevi, *Compendio di Procedura penale*, 6 ed., Cedam, 2012, s. 494 vd.
- Casey E.**, *Cloud computing and digital forensics*, in *Digital investigations*, 2012, 9, s. 69 vd.
- Chaikin D.**, *Network investigations of cyber attacks: the limits of digital evidence*, in *Crime Law and Social Change*, 46. sayı, 2006, s. 239 vd.
- Chesterman S.**, *One Nation Under Surveillance*, Oxford University Press, 2011.
- Clancy T.K.**, *Coping with Technological Change: Killo and the Proper Analytical Structure to Measure the Scope of Fourth Amendment Rights*, in *Mississippi Law Journal*, 72. sayı, 2002, s.525 vd.
- Clarke R.**, *Information Technology and Dataveillance*, Nov. 1987 at 3, erişim: <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/CACM88.html>
- Clough J.**, *Principles of Cybercrime*, Cambridge University Press, 2010.

- Corbett P.E.**, *The Future of the Fourth Amendment in a Digital Evidence Context: Where Would the Supreme Court Draw the Electronic Line at the International Border?*, in *Mississippi Law Journal*, vol. 81, 5, 2011-2012, s. 1263 vd.
- Csonka P.**, *The Council of Europe's Convention on Cyber-Crime and other European Initiatives*, in *International Review of Penal Law*, vol. 77, 2006, 3-4, s. 473 vd.
- Daniele M.**, *Caratteristiche della prova digitale*, in Ruggeri F – Picotti L. (eds.), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Giappicchelli, 2011, s. 203 vd.
- De Hert P.**, *Cybercrime and Jurisdiction in Belgium and the Netherlands. Lotus in Cyberspace – Whose Sovereignty is at stake?*, in Koops B.J. – Brenner S.W. (eds.), *Cybercrime and Jurisdiction. A global survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, s. 71 vd.
- De Hert P. – González Fuster G.** – Koops B.J., *Fighting Cybercrime in the two Europe. The Added Value of the EU Framework Decision and the Council of Europe Convention*, in *International Review of Penal Law*, vol. 77, 2006, s. 503 vd.
- De Hert P. – Gutwirth S.**, *Privacy, data protection and law enforcement. Opacity of the individual and transparency of power*, in E. Clases – A. Duff – S. Gutwirth (eds.), *Privacy and the criminal law*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2006, s. 61 vd.
- De Hert P. – Riehle C.**, *Data protection in the area of freedom, security and justice. A short introduction and many questions left unanswered*, in *ERA Forum*, 2010, 11, s. 159 vd.
- Di Paolo G.**, *Judicial Investigations and Gathering of Evidence in a Digital Online Context*, in *International Review of Penal Law*, 2009, vol. 80, s. 201 vd.
- Di Paolo G.**, *“Tecnologie del controllo” e prova penale*, Cedam, Padova, 2008.
- Ditzion R.**, *Electronic surveillance in the internet age: the strange case of pen registers*, in *American Criminal Law Review*, 2004, 41, s.1321 vd.
- Etzioni A.**, *Implications of Select New Technologies for Individual Rights and Public Safety*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, number 2, 2012, s. 257 vd.
- Fedorova M.**, *The Principle of Equality of Arms in International Criminal Proceedings*, Intersentia, 2012.
- Fanchiotti V.**, *U.S. v. Jones: una soluzione tradizionalista per il futuro della privacy?*, in *Diritto penale e processo*, 2012, 3, s. 381 vd.

- Flor R.**, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. online durchsuchung*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2009, 3, s. 695 vd.
- Flor R.**, *Data retention e limiti al potere coercitivo dello Stato in materia penale: le sentenze del Bundesverfassungsgericht e della Curtea Constitutionala*, in *Cassazione penale*, 2011, no. 5, s. 1952 vd.
- Flor R.**, *Lotta alla "criminalità informatica" e tutela di "tradizionali" e "nuovi" diritti fondamentali nell'era di internet*, in *Diritto Penale Contemporaneo* (www.penalecontemporaneo.it), 2012, s. 1-13.
- Garrie D.B. – Gelb D.K.**, *E-Discovery in Criminal Cases: A Need for Specific Rules*, in *Suffolk University Law Review*, 2010, vol. 43, s. 393 vd.
- Garofano A.**, *Avoiding Virtual Justice: Video-Teleconference Testimony in Federal Criminal Trials*, in *Catholic University Law Review*, 56, 2007, s. 683 vd.
- Geist M.A.**, *Is There a There There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction*, in *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, issue 3, 2001, s. 1345 vd.
- Gerke M.**, *Europe's legal approaches to cybercrime*, in *ERA Forum*, 2009, 10, p.409 et seq. Gerke M., *Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Responses*, ITU publication, 2012.
- Gless S.**, *Mutual recognition, judicial inquiries, due process and fundamental rights*, in J.A.E. Vervaele (ed.), *European Evidence Warrant*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005, s. 121 vd.
- Grimes W.D.**, *Classifying the elements in a scientific animation, accidentreconstruction: Technology and animation*, in *USA Society of Automotive Engineers*, 1994, s. 39 vd.
- Goldwasser**, *Limiting a Criminal Defendant's Use of Peremptory Challenges: On Symmetry and the Jury in a Criminal Trial*, *Harvard Law Review*, 808, 1989, s. 826 vd.
- Guzzi S.**, *Digital Searches and the Fourth Amendment: The Interplay Between the Plain View Doctrine and Search-Protocol Warrant Restriction*, in *American Criminal Law Review*, vol. 49, 2012, s. 300 vd.
- Herrera-Flanigan J.R.**, *Cybercrime and Jurisdiction in the United States*, in B.J. Koops – S.W. Brenner (eds.), *Cybercrime and Jurisdiction. A Global Survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, s. 313 vd.
- Hijmans H.**, *Recent developments in data protection at European Union level*, in *ERA Forum*, 2010, 11, s. 219 vd.
- Hoffman K.**, *Investigations on Social Networks. A German perspective*, in *Eucrim*, 2012, 3, s. 137 vd.

- Hosein G.**, *International Co-operation as a Promise and a Threat*, in Koops B.J. – Brenner S.W. (eds.), *Cybercrime and Jurisdiction. A global survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, s. 23 vd.
- Illuminati G.**, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXVII, Roma, Treccani, 1991, s. 1 et vd.
- Iovene F.**, *Perquisizione e sequestro di computer: un'analisi comparatistica*, in *Rivista di diritto processuale*, 2012, s. 1607 vd.
- Iovene F.**, *Satellite Tailing and Fundamental Rights: a Comparative Study*, in *European Criminal Law Review*, 2013, 3, s. 376 vd.
- Kaspersen H.W.K.**, *Jurisdiction in the Cybercrime Convention*, in Koops B.J. – Brenner S.W. (eds.), *Cybercrime and Jurisdiction. A global survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, s. 9 vd.
- Kerr O.S.**, *Applying the Fourth Amendment to the Internet: A General Approach*, in *Stan. L. Rev.*, 62, 2009, s. 1005 vd.
- Kerr O.S.**, *Digital Evidence and the New Criminal Procedure*, in *Columbia Law Review*, Vol. 105, np. 1, 2005, s. 279 vd.
- Kerr O.S.**, *Fourth Amendment Seizures of Computer Data*, in *The Yale Law Journal*, 119:700, 2010, s. 700 vd.
- Kerr O.S.**, *Searches and Seizures in a Digital World*, in *Harvard Law Review*, 2005, vol. 119, s. 531 vd.
- Klip A.**, *European Criminal Law*, 2nd ed., Intersentia, 2012.
- Klip A.**, *International criminal law in the cyber world, how to localise the rule of law in a failed state*, General Report of the Preparatory Colloquium, Section 4, 9-12 June 2013, Helsinki, Finland.
- Klip A.**, *The Decrease of Protection under Human Rights Treaties in International Criminal Law*, in *International Review of Penal Law*, Vol. 68, 1997, s. 291 vd.
- Koops B.J. – Brenner S.W.**, *Cybercrime Jurisdiction – an Introduction*, in Koops B.J. – Brenner S.W. (eds.), *Cybercrime and Jurisdiction. A global survey*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, s. 1 vd.
- Lederer F.I.**, *Courtroom Technology: For Trial Lawyers, The Future is Now*, in *Criminal Justice Magazine*, 2004, vol. 19, no. 1.
- Leroux O.**, *Legal Admissibility of Electronic Evidence*, in *International Review of Law Computers*, vol. 18, no. 2, 2004, s. 193 vd.
- Ligeti K.** (ed.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, vol. 1, Hart Publishing, 2013.
- Luparia L. – Ziccardi G.**, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Giuffrè, Milano, 2007.

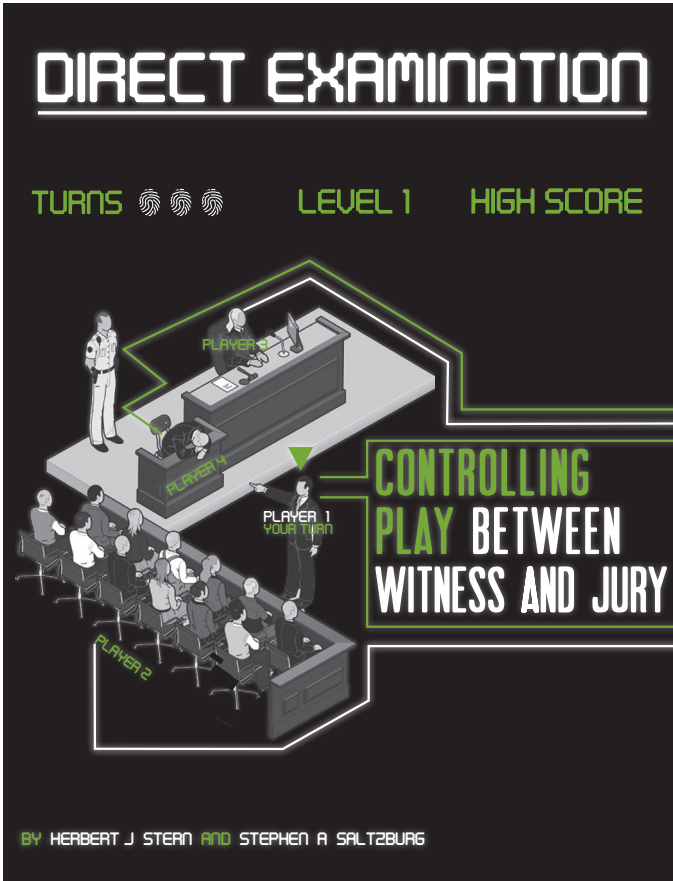
- Luparia L.** (ed.), *Sistema penale e criminalità informatica. Profili sostanziali e processuali della legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime*, Giuffrè, Milano, 2009.
- Manacorda S.** (ed.), *Cybercriminality: finding a balance between freedom and security*, ISPAC, 2012.
- S. Marcolini**, *Le cosiddette perquisizioni on line (o perquisizioni elettroniche)*, in Ruggieri – Picotti [2011], s. 193 vd.
- Marcolini S.**, *Regole di esclusione costituzionali e nuove tecnologie*, in *Criminalia*, 2006, s. 386 vd.
- Marcus M. – Slobogin C.**, *ABA Sets Standards for Electronic and Physical Surveillance*, in *Criminal Justice*, 18, 2004, s. 5 vd.
- Mason S.**, *Mechanical Instruments: The Presumption of Being in Order*, in S.
- Mason (ed.)**, *Electronic Evidence*, 2nd edition, LexisNexis, p. 109 et seq. Mason S. – George E., *Digital evidence and ‘cloud’ computing*, in *Computer Law & Security Review*, 27, 2011, s. 524 vd.
- Mercuri R.**, *Criminal Defence Challenges in Computer Forensics*, in *Institute for Computer Science, Social-Informatics and Telecommunications Engineering*, 2010, s.132 vd.
- Miraglia M.**, *Garanzie costituzionali nel processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Mitsilegas V.**, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, 2009.
- Negri S.**, *The Principle of “Equality of Arms” and the Evolving Law of International Criminal Procedure*, in *International Criminal Law Review*, 5, 2005, s. 513 vd.
- Olson C.L.**, *Accusation from Abroad: Testimony of Unavailable Witnesses via Live Two-Way Videoconferencing Does Not Violate the Confrontation Clause of the Sixth Amendment*, in *U.C. Davis Law Review*, 41, 2008, s. 1671 vd.
- Panzavolta M.**, *Intercettazioni e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in Ruggieri F – Picotti L. (eds.), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Giappichelli, 2011, s. 67 vd.
- Piattoli B.**, *Videoconferenze e cooperazione nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Pradel J. – Corstens G. – Vermeulen G.**, *Droit pénal européen*, 3 ed., Dalloz, 2009.
- Robinson G.**, *Data protection reform, passenger name record and telecommunications data retention*, in *KritV*, 2012, 4, s. 394 vd.

- Roth M.D.**, *Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and Adversarial Truth*, in *UCLA Law Review*, vol. 48, 2000, 1, s. 185 vd.
- Safferling C.**, *The Rights and Interests of the Defence in the Pre-Trial Phase*, in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, issue 3, 2011, s. 651 vd.
- Schofield D. – Mason S.**, *Using Graphical Technology to Present Evidence*, in S. Mason (ed.), *Electronic Evidence*, second edition, Lexis Nexis, 2010, s. 135 vd.
- Sieber U.**, *Mastering Complexity in the Global Cyberspace: The Harmonisation of Computer-Related Criminal Law*, in M. Delmas-Marty – M. Pieth – U. Sieber (eds.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation compare, Paris, 2008, s. 127 vd.
- Signorato S.**, *La localizzazione satellitare nel sistema degli atti investigativi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2012, 02, s. 580 vd.
- Silver J.S.**, *Equality of Arms and the Adversarial Process: a new Constitutional Right*, in *Wisconsin Law Review*, 1990, s. 1007 vd.
- Simmons R.**, *Technology-enhanced Surveillance by Law Enforcement Officials*, in *NYU Annual Survey of American Law*, vol. 60, 2005, s. 711 vd.
- Smeulers A.**, *The position of the individual in international criminal procedure*, in J.A.E. Vervaele (ed.), *European Evidence Warrant*, Intersentia, Antwerpen/Oxford, 2005, s. 79 vd.
- Solove D.J.**, *Privacy and Power: Computer Databases and Metaphors for Information Privacy*, in *Stanford Law Review*, 2001, 53, s. 1393 vd.
- Solove D.J.**, *Reconstructing Electronic Surveillance Law*, in *George Washington Law Review*, 72, 2004, s. 1264 vd.
- Spencer J.**, *EU Fair Trial Rights – Progress at Last*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 1, Issue 4, 2010, s. 447 vd.
- Strutin K.**, *Databases, E-Discovery and Criminal Law*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. XV, issue 3, s. 1 vd.
- Summers S.J.**, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2007.
- Susskind R.**, *Information technology and the criminal justice system*, in P. Mirfield – R. Smith (eds.), *Essays for Colin Trapper*, Oxford University Press, 2003, s. 159 vd.
- Susskind R.**, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, 2010.

- Taylor M. – Haggerty J. – Gresty D. – Hegarty R.**, *Digital evidence in cloud computing systems*, in *Computer Law & Security Review*, 26, 2010, s. 304 vd.
- Tokson M.J.**, *Virtual Confrontation: Is Videoconference Testimony by anUnavailable Witness Constitutional?*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 74, no. 4, 2007, s. 1581 vd.
- Treadway Johnson M. – Wiggins E.C.**, *Videoconferencing in Criminal Proceedings: Legal and Empirical Issues and Directions for Research*, in *Law & Policy*, Vol. 28, no. 2, 2006, s. 211 vd.
- Trechsel S.**, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 2005.
- UNODC**, *Comprehensive Study on Cybercrime*, Draft-February 2013, available at: http://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf
- Van der Vlis E.-J.**, *Videoconferencing in criminal proceedings*, in Braun S. – Taylor J.L. (eds.), *Videoconference and remote interpreting in criminal proceedings*, Guildford: University of Surrey, 2011, s. 11 vd.
- Van Hoek A. – Luchtman M.**, *Transnational cooperation in criminal matters and the safeguarding of human rights*, in *Utrecht Law Review*, vol. 1, issue 2, 2005, s. 1 vd.
- Van Sliedregt E.**, *A Contemporary Reflection on the Presumption of Innocence*, in *International Review of Penal Law*, vol. 80, issue 1-2, 2009, s. 247 vd.
- Vervaele J.A.**, *Special Procedural Measures and Respect of Human Rights. General Report Section III. Criminal Procedure*, in *International Review of Penal Law*, vol. 80, 2009, s. 75-123.
- Walden I.**, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Oxford University Press, 2007.
- Weyembergh A. – de Biolley S.**, *The EU Mutual Legal Assistance Convention of 2000 and the Interception of Telecommunications*, in *European Journal of Law Reform*, vol. III, no. 2/3, s. 285 vd.
- C. Woo – M. So**, *The Case for Magic Lantern: September 11 Highlights the Need for Increased Surveillance*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 15, No. 2, 2002, s. 521 vd.

DOĞRUDAN SORGU
TANIK VE JÜRİ ARASINDAKİ OYUNU
KONTROL ETMEK

Herbert J. STERN - Stephen A. SALTZBURG
Çeviren: Av. N. Işıl DEMİR DOĞAN



Editörün notu: Aşağıdakiler bölüm 11'in –

“Doğrudan Sorgudaki Amaç: Davanızı Savunmak”, Davayı Kazanmaya Çalışmak, Cilt 1, Stern ve Saltzburg, 2013¹ alıntısı ve uyarlamasıdır.

Doğrudan sorgunun amacı, tanık yoluyla davanızı jüriye savunmak ve “Wimbledon Etkisi”ne ulaşmaktır.

Wimbledon Etkisi, jüri üyelerinin kafalarını avukat ve tanık arasında aynı seyirci gibi, ve umarım seyirci sıralarındaki taraftarlar gibi, sağa sola çevirmesini gerektirir. Her deneyimli dava avukatının bildiği gibi, eğer bir avukat kendisi ve tanık arasında sağa sola çevrilen jüri üyelerinin kafaları eşliğinde (kafaları hiçbir zaman yaklaşık bir dakikadan daha fazla süre bir yerde sabit kalmaz) jüri bölümünün sonunda ayakta duruyorsa (ki eğer yargıç izin veriyorsa durması gereken yer burasıdır), bu avukat jüri ile avantajı yakalıyordur.

Doğrudan sorguda zorlanan avukatlar için en büyük sorun soru sormaya korkmaları ve bu sebeple doğrudan sorgu işini tanığa bırakmayı tercih etmeleridir. Bu sadece Wimbledon Etkisini imkansız hale getirmez, doğrudan soru yöneltenin tanık yoluyla jüriye savunma yapmasını da engeller. Bu da doğrudan sorgunun ilk büyük hatasına götürür: anlatsal yanıtların çağırımı.

1 The Purpose of Direct Examination: To Argue Your Case”—from the book Trying Cases to Win, In One Volume, by Stern and Saltzburg (2013).

HERBERT J. STERN, New York Eyaletinde bölge savcılığı yardımcılığı ve daha sonra New Jersey Eyaleti ABD savcılığı yaptı. 1973-1987 yılları arasında New Jersey Eyaletinde eski ABD bölge yargıcı olarak görev yaptı ve 1979 yılında, daha sonra aynı isimle filmi de çekilen kitabında -Berlin'de Hüküm(Judgement in Berlin)- konu edilen uçak kaçırma davasına Berlin ABD yargıcı olarak başkanlık yaptı. Şuanda, New Jersey Florham Park'ta ki Stern & Kilcullen'in kurucu ortağı olarak serbest meslekte faaliyet göstermektedir. En son kitabı, Bir Savcının Günlüğü'dür.

STEPHEN A. SALTZBURG, Eski bölüm başkanı ve Amerika Barolar Birliğinin Temsilciler Meclisinin şuan ki CJS (Corpus Juris Secundum) temsilcisi, George Washington Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Wallace and Beverly Woodbury Üniversitesi Hukuk Profesörü ve Dava ve Uzlaşma Programı yardımcı koordinatörüdür.

Kariyerinde, Ceza Muhakemesi Federal Kanunu'nun ve Federal Delil Kanunu'nun tavsiye komitesi üyeliğine ve pek çok idari pozisyona atanmıştır. Ayrıca, aynı isimdeki birkaç kitabının yanısıra bu dergi için Duruşma Taktikleri köşesi çalışmasının da dahil olduğu bir çok kitabın ve makalenin üretken yazarıdır.

Anlatısal Yanıtlar

Soru sormadaki korku avukatları, davayı savunma sorumluluğunu tanığa aktaran tanık anlatımlarını kullanmaya iter. Bu doğrudan sorgunun ilk büyük hatasıdır. Özgüveni az avukatlar, tanıkları uzun ve anlatısal yanıtlar vermeleri için hazırlarlar, çünkü tanığın ifadesini geliştirmek için gerekli sihirli kelimelere sahip olmada başarısız olacaklarından korkarlar. Fakat uzun tanık anlatımları jürilerin kafalarını bir yerde sabit bırakır. Bu, iki talihsiz sonuca götürür: ilki, ifadenin jüri üyelerinde yankı uyandırıp uyandırmadığına dair hiçbir işaret olmaz, ikincisi ve daha önemlisi tanık ifadesi, jüri üyelerinin tanığı güvenilecek tarafsız biri olarak değil sakınılacak bir müdafî olarak görmesine sebep olabilecek bir argümana dönüşür.

Yazılı Sorular

Soru sorma korkusu aynı zamanda avukatları doğrudan ikinci büyük hataya götürür: yazılı sorular. Bu aynı zamanda Wimbledon Etkisine gölge düşürür, çünkü hiçbir soru yönelten tutanağa düzensiz, süreksiz hususları yerleştirmek yerine ifadeyi düzgün, akışkan bir sunum haline getirmek için tüm metni yazamaz. Bu büyük hatayı yapan avukatın ayırıcı özelliği, bir soru “başarıyla” sorulduktan ve cevaplandıktan sonra elinde bir kalem tutan, önemli hususların -genellikle soruların- yanına işaret atan doğrudan soru yöneltenin görünüşüdür.

Soruların Kullanımı

Yetenekli müdafî sorguyu kontrol eder. Sorularını “halledince” veya önemli hususlardan bahsedince yanına işaret atmaz. Tanığından volkanik patlamalar da beklemez. Müdafî can sıkıntısını önlemek için tanıktan gelen birçok bilgiyi çeşitlendirerek soruları sorgunun akışını kontrol etmek için kullanır. Tabii ki bazı yanıtlar daha uzun, bazıları ise daha kısa olacaktır - ancak bu her zaman müdafinin seçimiyle olacaktır.

Müdafî soruları, mahkeme bilgilerle boğulmasın diye tanık ifadesinin önemli kısımlarını küçük, sindirilebilir parçalara bölmek için kullanır. Müdafî soruları, görsel yardımcıları kullanarak (canlılık ve sıklık), üzerinde durulmasını arzuladığı alanlarda üzerinde durmak, ifadenin önemli kısımlarının tekrarını sağlamak (sıklık) için kullanır ve konu

tamamen mayınlanmış ve arıtılmış hale geldiğinde müdafî sorularını “geçiş” için –geçiş yaptığı uzun yıllar ve hatta bütün kıta bile olsa büyük rahatlıkla zamanın ve mekanın içinden geçerek- kullanır.

Doğrudan sorgunun amacı, daha sonra kapanış konuşmasında ulaşılabilecek argüman için hazırlanmak *değildir*. Mahkemenin, hafızayı ve anlayışı günler, çok az ihtimalle belki haftalar sonra geri kazanmayı mümkün kılacak küçük bir ümit için neyi ne zaman yaptığımızı anlaması çok önemlidir. Daha da önemlisi, jüri üyeleri en sona kadar karar vermemektedir. Onlar eğer çoktan kararlarını vermemişlerse –bu durumda onlar sadece teyit edici bilgileri seçmekte ve geriye kalanı anlamamak hatta dinlememek için ellerinden geleni yapıyorlardır- dinledikçe karar verirler.

Jüri üyeleri, bizim onlara halihazırdaki mesajı vermek istediğimize inanırlar. Bizim daha sonra kullanmak için adeta külçeleri depoladığımızı inanmazlar. Hatta, başından sonuna kadar jüri üyeleri kendilerine “Avukat, tanık aracılığıyla bana ne anlatmak istiyor?” diye sorarlar. Aynı zamanda kendilerine, “Bu tanık ifadeleri avukatın savunmasına nasıl yardımcı oluyor?” diye sorarlar.

MAKSİM: Sizin veya başka bir avukatın doğrudan sorguyu ne kadar önemseyişinin bir önemli yoktur; tanığı ifadeye çağırdıysanız jüri üyeleri tanık ifadesini sizden onlara bir mesaj olarak görecektir.

Doğrudan Sorgunun Dört Görevi

Doğrudan sorgunun tam olarak başarılı olması için dört görevin başarıyla yerine getirilmesi gerekir:

1. Tanık ifadesi açık olmalıdır. Açık değilse, jüri anlamazsa değersizdir.
2. Tanık ifadesi inandırıcı olmalıdır. İnandırıcılık olmadan açıklığın hiç bir değeri yoktur.
3. Tanık ifadesi çapraz sorguda dayanıklı olmalıdır. Tanık ifadesi açık ve inandırıcı olup, çapraz sorguda paramparça oluyorsa, değersizden de beterdir. Bütün davanızı, bilhassa müdafî olarak sizi mahvedebilir.

4. Tanık ifadesi, özellikle de ispatlamayı arzu ettiğiniz önemli noktalar olabildiğince akılda kalıcı olmalıdır.

Açıklık ve akılda kalıcılığı başarmanın tek yolu birçok soru sormaktır.

Yazılı Metinden Kaçınma Zorunluluğu

Yazılı metinler, yukarıda bahsedildiği gibi, açıklığı yok eder ve inandırıcılığı öldürür: Hangi doğruyu söyleyenin bir metne ihtiyacı vardır ki?

Anlatsal cevaplar, tanıdığı bir müdafiyeye, bir nevi yardımcı müdafiyeye çevirerek güvenilirliği mahveder ve sınırsız bilgi ile açıklığı boğar. Üstelik yazılı metin de, anlatsal cevaplar da tanıdığı çapraz sorgu karşısında savunmasız hale getirir.

Karşı taraf çapraz sorgu yaptığında ve tanık kendi başına kaldığında yazılı metin olmayacaktır ve uzun anlatılar, çapraz soru yöneltene tanığın yanlılığını göstermek için fırsat sağlayacaktır. Daha da kötüsü, uzun anlatsal cevaplama sürecinde birçok tanık çok fazlasını, çok azını ya da her ikisi de söyleyerek, orada burada hata yapacağından, anlatıcılar çapraz sorgu için de üretken alanlar oluşturabileceklerdir.

MAKSİM: “İyi” tanık veya “kötü” tanık diye bir şey yoktur. Sadece etkili veya etkisiz soru yöneltenler ve tanık hazırlayıcıları vardır.

Doğrudan Sorgu İçin Soru Not Almaktan Nasıl Kaçınılır?

Yazılı sorulardan kendimizi özgür bırakmak için, neden onları yazdığımızı anlamak gerekir.

Sorulduğunda birçoğumuz, soruları tanıktan hangi bilgileri edinmek istediğimizi hatırlamak için yazdığımızı söyleyecektir. Fakat bunun gerçek olmadığı açıktır. Sadece kendimizi kandırıyoruz. Eğer tanıktan ortaya çıkarmak istediğimiz bilgileri hatırlamak isteseydik, soruları not almazdık; yanıtları alırdık.

Dolayısıyla, saatin sekiz olduğunu ortaya koymayı hatırlamak istiyorsak, “Saat kaçtı?” yazmamalıyız. Onun yerine, “Saat sekizdi.”, hatta daha iyisi basitçe “08.00” yazmalıyız. Bu küçük not, tanıktan çıkarmak istediğimizi kendimize hatırlatmak için ihtiyacımız olan tek şeydir. Tanı-

ğın ne söyleyeceğini kendimize hatırlatmak için soruları not almıyoruz; bilgileri tanıktan çıkarmak için gerekli olan hünerli kelimelere sahip olmamaktan korktuğumuz için not alıyoruz.

DERS: Doğrudan soru yöneltmenin tüm sırrı: Soruda kullanacağınız kelimelere asla odaklanmamaktır. Asla kelimeleri kâğıtta veya zihininizde şekillendirmeye çalışmayın. Tanığın söylemesini istediğiniz kelimeleri duyun. Bunu yaparsanız, soru kelimeleri otomatik olarak size gelecektir. Aksi takdirde, kullanacağınız kelimelere odaklanırsanız, donacaksınız ve kendinizi, konuşabilmek için yazılı metin kullanmak ya da konuşmak zorunda kalmamak için tanık ifadesine başvurmak zorunda bırakacaksınız.

Konunun yabancısına korkutucu gelmesine rağmen, bir uygulama anı bunun doğruluğunu deneysel olarak kanıtlayacaktır. İşte cevapların bir listesi. Bunları okurken, sorular gerçekten de size otomatik olarak geliyor mu görün:

“Dün sabah saat 8’de uyandım.”

Bu cevabı duyarken, sorunuz otomatik olarak “Dün kaçta uyandın?” olur.

“Yataktan kalktığımda kendimi hasta hissediyordum.”

Bu bir sonraki cevaba karşılık kafanızdaki sorunuz şüphesiz “Yataktan kalktığınızda nasıl hissediyordunuz?” şeklindedir. Ve böyle devam eder. Olası her cevap kendi sorusunu meydana getirir.

Doğrudan Sorgu için Hangi Notlar?

Dolayısıyla, notlarınızın tanıktan duymak istediğiniz cevaplara odaklanması gerektiği açıkça ortadadır. Notlarınız uzun cümlelerden değil, parça parça bölümlerden oluşmalıdır. Her madde size, tanığın hikâyesinin bir bölümünü ifadenin bir sonraki kısmına dönüştürmek için kullanacağı tam kelimelerini değil, tanığın hikâyesinin bir sonraki kısmını hatırlatmalıdır.

Notlarınız, açılış için notlarınızı formüle etmekte kullandığınız aynı yöntemin ürünü olmalıdır. Yani, zaman ve enerjiniz varsa, tanığın tüm hikâyesini yazabilirsiniz, kelimeler tanığın ağzından çıksa da hikâyeyi birinci tekil şahıs olarak yazın. En çok duymak isteyebileceğiniz tanık

ifadesi budur. İşiniz, tanığa soruları ve cevapları anlatsal değil, pürüzsüz bir sunumla söyletmektir. Ancak sonuç elde etmek için *tanığa anlatsal ifadeleri göstermemelisiniz*.

Tanık, onun yokluğunda hazırlamış olduğunuz ifadeyi görmemelidir, çünkü bu çalışma ürününüzü, tanığın benimsenmiş ifadesi veya ifadesini hazırlamak için onun tarafından kullanılan bir şey gibi, keşfedilebilir bir şeye dönüştürebilir. Bu tehlikelerin bulunduğu durumda, herhangi bir yazılı metne açık olmak aşağıdaki sebeplerle zarar vericidir.

Duruşmada giriş yazısına ihtiyacınız yoktur; bunun yararlılığı, siz ve tanık birlikte çalıştığınızdan dolayı soru-cevap şeklinde bir argüman oluşturmak için tamamen yazılı olan anlatıyı parçalı özete indirgediğinizde anında sona erer.

Akıcı, Bağlantılı Doğrudan Tanıklığa Nasıl Ulaşılır?

Birçok hukukçu yazar ve bazı duruşma avukatları tarafından sıklıkla tekrarlanan en büyük yanlış anlatsal çalışmalardır, çünkü jüri, avukatı değil tanığı dinlemek ister. Yetenekli avukat da aynısını ister. Fakat anlatının tanığa, dikkatle hazırlanan soru-cevap sunumundan daha iyi iletişim kurma olanağını sağladığını tartışmak saçmalaktır. Avukatlar soru sorar, tanık cevaplar ve avukatın soruları tanığa, avukatın vurgulamak istediklerini vurgulamasına, avukatın tekrarlanmasını istediklerini tekrarlamasına ve avukatın en iyisi olduğuna inandığı yönde ilerlemesine imkân verir. Jüri tüm cevapları tanıktan duyar, ancak argüman soruların bir sonucudur. Bu nedenle, tanığın savunmayı oluşturan bilgileri jüriye vermesine imkân tanıyacak soruların nasıl sorulacağını bilmek hayati önem taşır.

Döngü. Avukatın, yapılmasını istediği argümanı yapan, akıcı ve bağlantılı bir hikâyeye anlatan tanığının olabilmemesinin bir yolu, avukatların “döngü²” adlı tekniği uygulamasıdır. Bu, bazen önceki cevabın tekrarı ile bağlantıyı oluşturan soruların yardımı veya *geçişlerin* kullanımı ile, her cevabı başa yerleştirerek başılır. Basit örneğimize dönmemize izin verin.

S: Dün saat kaçta kalktınız?

2 Looping.

C: Saat 08.00 civarında.

S: Saat 08.00'de kendinizi nasıl hissettiniz?

C: Şey, uyandığımda kendimi hasta hissediyordum.

S: Kendinizi kötü hisseder hissetmez, herhangi bir tıbbi yardım aldınız mı?

C: Hayır, hemen değil.

S: Kendinizi hasta hisseder hissetmez neden yardım çağırmadınız?

Ve bu şekilde gider, “döngü” etkisinin başarılı olabilmesi için her sorunun son cevaba bağlanması gerekir. Bu ancak, yönlendirici soruya karşı olan genel kurala ters düşmeden başarılabilir.

Geçiş soruları. Geçiş soruları soru değildir ve dolayısıyla yönlendirilemezler. Konu değişmek üzere olduğunda jüri heyetini uyararak, soru yönelten avukatların beyanlarıdır. Örneğin:

S: Bay Jones, dün sabah nasıl hissettiğiniz konusunu şuanda bir kenara bırakmak ve dikkatinizi öğleden sonraya vermenizi istiyorum, tamam mı?

C: Tamam.

S: Dün öğleden sonra saat yaklaşık 14.00'te neredeydiniz?

C: Hastanedeydim.

Deneyimli avukatlar geçiş sorularını, S&C'ları parçalı bölümlerinden bağlantılı bir hikâyeye dönüştürmek için kullanırlar. Geçişler cömertçe ve korkusuzca kullanılabilirler ve kullanılmalıdırlar. Mahkemeyi, zamanın ve hatta onlarca yılın içinde –“Mümkünse, dikkatinizi 10 yıl sonrasına vermenizi istiyorum Bay Jones”- veya tüm coğrafi kıtalarda –“Bir an için Nebraska'daki deneyimlerinizi bir kenara bırakıp, dikkatinizi La Spazia, İtalya'ya vermenizi istiyorum”- bir o yana bir bu yana götürebilirler ve götürecektirler.

Yönlendirme olmadan yönlendirmek. Sorgu, birkaç not üzerine kurulu olsa da ve anlatıya bel bağlamayan, döngüyü ve geçiş sorularını kullanan soru yönelten tarafından yürütülse de, eğer soru yönelten aynı zamanda tanığı ve sorgunun akışını, temposunu yönlendirme olmadan

yönlendirerek nasıl kontrol edeceğini bilmiyorsa Wimbledon etkisiyle sonuçlanmayacaktır.

Her ne kadar yönlendirmenin ve buna karşı olan yasağın tanımını evrensel olsa da her ikisinin de asılsız olduğunu en baştan kabul etmek gerekir.

Yönlendirmenin evrensel tanımı, tabii ki, cevabı öneren soruyu sormaktır. Bu objektif görünen tanım gerçekte tamamıyla sübjektiftir. Bir insanın önerme bulduğunu, diğeri bulmayabilir. Mahkemelerimizdeki bazı ortak jargonumuzu incelememize izin verin.

S: Daha sonra ne oldu?

Bu soru yönlendiriyor mu? Daha sonra bir şeyin olduğunu ima ettiği için bu bir önerme midir? Öyleyse yani ne olmuş? Soru daha sonra *ne* olduğunu ima etmemektedir.

Yönlendirmenin *objektif* görünen tanımının aslında *sübjektif* olduğu basit bir gerçektir. Bir yargıç için önerme olabilecek bir şey bir diğeri için olmayabilir. Bu bir zevk ve muhakeme meselesidir. Biz marjlardayken, elbette birçok kişi ne zaman sorgunun yönlendirilip yönlendirilmediği konusunda hemfikir olacaktır. Ancak merkeze yaklaştığımızda, birçoğumuz aynı fikirde olmayacaktır. Aşağıdakini değerlendiriniz:

1. 11 Mayıs'ta Chicago'da değil miydiniz?
2. 11 Mayıs'ta Chicago'da mıydınız?
3. 11 Mayıs'ta Chicago'da olup olmadığınızı hatırlıyor musunuz?

Çoğunluğumuz ilk sorunun yönlendirdiği konusunda hemfikir olacaktır. Birçok kişi, ikinci sorunun, özellikle eğer ilk sorudan sonra duyulduysa ve bu sebeple de sübjektif olarak kulağa daha az yönlendirici geleceği için, yönlendirmediğini söyleyecektir. Neredeyse kimse üçüncü sorunun yönlendirdiğini söylemeyecektir. Neden? Çünkü bir seçenek *sunuyormuş gibi* gözükmemektedir.

DERS: Neyin yönlendirip yönlendirmediğinin sübjektif dünyasında, herhangi bir soruyu seçenek sunuyor izlenimi vererek yönlendirmiyor gibi dile getirebilirsiniz ve herhangi bir soruyu, gerçekten de, seçenek vererek yönlendirebilirsiniz.

“Olup olmadığını hatırlıyor musunuz?” şeklindeki kelimelerin sade ilavesi, dinleyicinin bir seçeneğin sunulduğuna inanma konusunda aklını çeler ve böylece soru, yönlendirmiyor ya da en azından daha az yönlendiriyor izlenimini verir. Bir başka yönü işaret edenden, yönlendirici sorudan belayı uzaklaştırıyor gibi görünen işlevsel kelime burada tabii ki, “olup olmamak”tır.

Gerçekten seçenek sunmak, herhangi bir cevabı yönlendirmeden tanıkları ve ifadeyi kontrol etmek için tamamen yönlendirici olmayan bir ortam sağlar: “Hafta içi miydi, haftasonu mu?” “Öğleden önce miydi sonra mıydı?”. Bu dersi test etmemize izin verin. Bir tanık, sanığın onu yumrukladığına ilişkin biraz önce ifade verdi:

1. Sanık size sağ eliyle mi vurdu? (**Yönlendiriyor gibi görünüyor.**)
2. Sanığın size sağ eliyle vurup vurmadığını hatırlıyor musunuz? (**Yönlendirmiyor gibi görünüyor.**)
3. Sanık size sağ eliyle mi sol eliyle mi vurdu? (**Gerçekten, yönlendirmiyor.**)

Söz konusu, ifade veya en azından ifadenin bir kısmı ile tanığa yol gösterme tekniği, “yönlendirme olmadan yönlendirme” aracılığıyla sorguyu kontrol ederek soru yöneltene sorgunun kontrolünü elinde tutma ve tanığın görevini kolaylaştırma imkânı verir. Öte yandan, ucu açık soruların kullanımı sorguyu, cevabında ne kadar bilgi vereceğine daha sonra karar verecek olan tanığa devreder.

Açık ve kapalı sorular. “Daha sonra ne oldu?” gibi sorular sorguyu tanığa devreder ve bunlara “açık sorular” denir, çünkü tanık istediği kadar çok veya az bilgiyi ortaya dökebilir. Böyle sorular anlatıyı davet eder. Bunun yanı sıra, çok belli cevaplar gerektiren sorulara –örneğin, “Işık ne renkti?”- kapalı sorular denir, çünkü tanığın cevap verme becerisini sınırlandırılır. Seçenekler sunarak yönlendirme olmadan yönlendirdiğimizde, neredeyse aynı şekilde kapalı seçenekleri kullanırız ve tanığı çok sıkı kontrol altında bulundururuz. “Işık kırmızı mı sarı mı yoksa yeşil miydi?” Soru yönlendirmiyor, çünkü belli bir cevabı önermiyor ve yine de cevabı, soru yöneltenin iletmeyi arzu ettiği belli konu ile kısıtlarken tanığı o konu hakkında konuşmaya zorlayarak kontrol ediyor.

Gelin açık olalım. Sorularınızın hepsinin hatta yüzde 90'nın bile tanığı, sadece dar yanıtlarla cevaplamaya zorlayarak sınırlamasını önermiyoruz. Bu gerçekten de aptalca bir öneri olurdu. Akıllı avukat, tanığın verdiği bilgilerin akışını kontrol ederek ve miktarını değiştirerek sorunun temposunu değiştirir. Fakat hiçbir soru yönelten tanıktan gelen bilgilerin miktarını düzenlemeyi bilmeden tempoyu sağlayamaz. Soru yöneltenin kullanması gereken denetimler; dava konusunu kontrol etmek için yönlendirme olmadan yönlendirme, konu hakkında verilen bilgi miktarını düzenlemek için açık ve kapalı sorular ve soru yöneltenin zamanı geldiğini saptadığında, bir konudan bir konuya rahatça geçmek için geçiş soruları teknikleridir.

İstedığınız Kadar Çok Tekrar Nasıl Başarılır?

Sıklık ilkesinden sonra (Davaları Kazanmaya Çalışmak başlıklı 5. bölümde tartışıldığı üzere), jürinin ve hatta yargıcınızın önemli maddelerinizi birden fazla duyması hayati önem taşır. Her deneyimli duruşma avukatı bir kerenin yeterli olmadığını hatta iki kerenin bile yetersiz olabileceğini bilir.

İfadeyi akılda kalıcı kılmak için – gerçekten de, yeterince açık olduğundan emin olmak için- soru yönelten belli bir tekrar miktarına ulaşmalıdır. Duruşma salonunda olaylar hızlı şekilde gerçekleşir. İfadenin bir satırı atlanabilir, ifade bir öksürükle bölünebilir veya uğultuda kaybolabilir. Önemli bir husus, anlık bir dikkat dağınıklığında tamamen yok olabilir. Hünerli bir avukatın ifadenin nasıl tekrarlanacağını öğrenmesi ve “soruldu ve cevaplandı” itirazı ile durdurulmaktan kaçınılabilmesi gerekmektedir.

Kimse yararlı ifadenin tekrarına itiraz etmez ve hepimiz zararlı ifadenin tekrarına itiraz ederiz. Tekrarlamaya karşı yapılan itirazın üstesinden gelmek için soru yönelten istediğinde, aşağıdaki tekniklerin en azından birkaçına ve muhtemelen tamamına egemen olarak, tanıktan lehe ifadeyi tekrarlayarak ortaya çıkarmayı öğrenmelidir.

“Yansıma” – son yanıtı bir sonraki soruda tekrarlamak. En basit seviyede, soru yönelten tekrarı tanığın bir yansıması haline gelerek başarmaktadır.

S: Daha sonra ne oldu?

C: Sanığın maktulü vurduğunu gördüm.

S: Sanığın maktulü vurduğunu gördükten sonra ne oldu?

C: Onun kaçtığını gördüm.

S: Sanığın kaçtığını gördükten sonra ne oldu?

Tanığın son cevabındaki kelimeleri soru yöneltenin bir sonraki sorusunun formunda yansıtarak soru yöneltelimiz bir Yunan korusu haline gelir. Böylelikle, tekrar kolaylıkla başılır. Bu kötü bir teknik değildir ve tekrarı sağlamak için sağırmış gibi davranmaktan, bazı avukatlar gerçekten de duymamış gibi yaparlar, çok çok daha iyi olduğu kesindir. Örneğin:

S: Daha sonra ne oldu?

C: Sanığın maktulü vurduğunu gördüm.

S: Ne dediniz? Tam olarak duymadım.

Her ne kadar saçma gözükse de bu teknik, 100 yıl önce olduğu gibi, bugün hala yaygındır. Hatta sorulursa, birçok avukat bunun iyi bir teknik olduğunu belirtecektir. Fakat Kural 1, Ethos'u³ önemseyen hiçbir avukat böyle bir şey yapma hayalini kurmaz. Bu bir taktiktir. Daha da kötüsü, aşikâr bir taktiktir. Eğer bir jüri üyesi bunu duyması üzerine gülümseydi, bu gülümseme müdafî için bir felaket olurdu. Bu gülümseme, jüri üyesinin müdafinin yalan söylediğini anladığını işaret ederdi. Bir yerde, bu jüri üyesi, avukat sadece iyi bir cevabın tekrarını sağlamak için mahkemede yalan söylüyorsa davayı kazanmak için başka yalanlar söyleyebileceğini de anlamış olur. İyi bir cevabın tekrarını sağlamak için sağırmış gibi davranmak hem etik olmayan hem de tedbirsiz bir tekniktir.

Bunu akılda tutarak, bir sonraki soru içerisinde son cevabın sade tekrarının neden savunma sanatının en iyi şekli olmadığına odaklanmamız gerekir. Bu tekniğin üç dezavantajı vardır.

İlki, bu teknik, kritik ifadenin sadece bir tek tekrarını gerçekleştirir. “İki kez bile yetmediği” mahkeme salonunda eğer kendinizi son cevabınızı bir sonraki sorunuzun formunda basitçe tekrarlamak konusunda sınırlandırırsanız iki kez sahip olabileceğiniz tek şeydir.

3 Değerler Sistemi.

İkincisi, yansımayı tek ve hatta ana tekniğiniz olarak kullanmaya devam ederseniz, er ya da geç karşı taraf ne yaptığınızı anlayacaktır ve ifadenin tekrarına itiraz ederek şöyle diyecektir: “İtiraz ediyorum Sayın Yargıç. Bay Jones sürekli olarak sonraki soru formunda son cevabı tekrarlıyor.” İtirazı reddedilebilir. Ancak bunu yapmaya devam ederseniz ve o da itiraz etmeye devam ederse, er ya da geç yargıç da sizin ne yapmaya çalıştığınızı anlayacaktır ve sizi durduracaktır.

Üçüncüsü ve belki de en önemlisi, bu teknik sorgunun kontrolünü tanığa devreden açık sorulara dayanmaktadır (“Daha sonra ne oldu..?”). O anda, soru yönelten kontrolü devreder ve tanık kendi başına uçmakta artık özgürdür. Kısacası bu teknik, ifadenin uzun anlatı kısımlarına gerek duyan ve sorguyu ve soru yönelteni tanığın kontrolsüz muhakemesine açan soruları kullanır.

Yansıma her zaman kötü değildir; kendi yeri vardır ancak tutumlu şekilde kullanılmalıdır. Eğer tekrarın ana aracıysa, durdurulma riskini göze alır ve sürekli olarak kullanıldığında tanığa birlikte kaçıp gidebileceği kontrolü kaptırır.

Kapalı sorular aracılığı ile tekrar. Deneyimli duruşma avukatları tekrarı, bir olayın detaylarını dar yapılı sorular aracılığı ile sorarak sağlarlar. Bu sorular, soru yöneltenin ilgileniyor gibi görüldüğü doğrulayıcı detaya gerek duyulduğu izlenimi verir. Oysa asıl istediği, tüm olayı mahkeme önünde canlandırmaktır.

S: Daha sonra ne oldu? **(Açık Soru.)**

C: Sanığın maktulü vurduğunu gördüm.

S: Silahı sanığın elinde ateşlerken gördünüz mü?

C: Evet.

S: Sanık silahı ateşlemek için hangi elini kullanmıştı?

C: Sağ elini.

S: Sanığın maktulü vurduğu anda, sağ eliyle silahı nasıl tuttuğunu ve elinin maktulün bedenine ne kadar uzaklıkta olduğunu gösterebilir misiniz?

C: Gösterebileceğime inanıyorum.

S: Sayın Mahkemenin izniyle tanık kalkıp jüriye gösterebilir mi?

Ve böyle devam eder. Bir el atış birçoğuna dönüşür. Bütün olay – sanığın maktulü vurması- uzunca bir süre jürinin önünde olduğu gibi kalmıştır. Hatta silahın boşaltıldığı direkt olarak ne soru yönelten ne de tanık tarafından ima edilmese de, jüri üyeleri bütün olayı, ateş etmeyi bile, zihinlerinde görmeye devam eder. Birçok kapalı sorunun bu kullanımı, görünürde olayın doğrulayıcı detaylarını hedef alarak, üzerinde odaklanmadan dahi tüm olayı jüri önünde tutar.

Fakat soru yönelten bitirmekten çok uzaktır, tabii onu memnun etmedikçe. Gerçekten de bu onu memnun ederse, daha da devam edebilir.

S: Ateş etme anında iki adamın arasında ne kadar uzaklık vardı?

Onların konumu keşfedilmiş ve geliştirilmiştir. Mağdur yere yığılır. Soru yönelten cesedin pozisyonu ile ilgilenebilir. Sanık acele çıkışını yaparken silahını yere düşürür. Soru yönelten, silahın pozisyonu ve cesetten uzaklığı, olayın sanığın olay yerinden kaçmasından ne kadar önce gerçekleştiği ve benzeri konular ile ilgilenebilir. Hatta odadaki mobilyaların yeri bile ilgi görebilir.

Yine, kısa cevapların tek yöntem olmadığını ve bu tekniklerin her birinin bir sınırının olduğunu vurgularız. Tempoyu değiştirmeniz gerekir. Daha uzun sorular sorguya tat kattığını hissettirmelidir. Fakat bu tanığın hevesi ile değil, soru yöneltenin elemesi ile yapılır ve bu, avukatın bilgi üretebilmek amacıyla tanığa kontrolü devretme ihtiyacından değil, tempoyu değiştirme isteği ile yapmaya karar verdiği için yapılır.

Elbette, detay gerektiren kapalı sorular ile tekrarı sağlama tekniğinin sınırları vardır. Her şeyin fazlası herhangi iyi bir şeyi mahvedebilir. Yine de, avukatların ve yargıçların geleneksel olarak soru yöneltenden bir olayın doğrulayıcı detaylarını beklediği bir mahkeme ortamında tekrarı gerçekleştiren bu teknik bilhassa etkilidir. Ve bu teknik, ara sıra olan uzun bir anlatı cevabından sonra ifadeyi yeniden değerlendirirken bile onu sindirilebilir parçalara ayırmaya hizmet ettiği için bir araç olarak özellikle etkilidir.

S: 11 Mayıs'ta nereye gittiniz?

C: Detroit'te annemi ziyaret ettim daha sonra Chicago'ya teyzemi görmeye gittim.

S: Öncelikle dikkatinizi Chicago'daki teyze ziyaretinize vermenizi istiyorum. **(Geçiş)**

C: Tamam.

S: Chicago gezinize yalnız mı gittiniz yoksa biri size eşlik etti mi? **(Yönlendirme olmadan yönlendirme - çünkü bir seçenek veriyor.)**

Dava için anlamlıysa bu seyahat keşfedilebilir. Avukatı memnun edecekse ziyaret kapsamlı olarak soruşturulabilir. Detroit için ayrılma zamanı geldiğinde, soru yönelten bize şuanda gitme zamanı geldiğini söyler.

S: Şimdi dikkatinizi günün sonraki kısmında olan olaylara, daha önceden bahsettiğiniz annenizi görmek için yaptığınız seyahate vermenizi istiyorum...

Böylece, geçişler sorgunun akışını yumuşatmaya yarayan sadece yön belirleyici noktalar olmanın ötesinde, aynı zamanda tekrarın aracı haline gelirler.

Görsel yardımcıları, tanıtlama⁴ ve fiziksel deliller aracılığı ile tekrar. Önceki silahın ateşlenmesi ile ilgili varsayımsal S&C'ımızda soru yönelten, jürinin sanığın maktulü vurduğunu görebilmesi için detaylı sorular kullanmıştı. Kelimelerle resmi çizdikten sonra, soru yönelten tanıktan, ateş anında sanığın silahı tutuş şeklini fiziken tanıtlamasını ve sanık ve maktulün nerede konumlandıklarını diyagram ile göstermesini isteme fırsatına sahip olur. Bu tekrara sebep olan ve dolayısıyla sıklığı başaran diğer bir tekniktir. Ayrıca soru yönelten, jüriye yardım etmede tanığa "asistanlık etmek" için bir şövale, bir kara tahta, bir harita ve/veya bir tanıtlama kullanabilir. Gerçekten de, soru yöneltenin, sorular ve cevaplar aracılığı ile önemli hususları tekrarlamak için yukarıdaki teknikleri kullandıktan sonra, tanığa "Sanığın silahı nasıl tuttuğunu göstermenizin jürinin ifadenizi anlamasına yardımcı olacağına inanıyor musunuz?" veya "Olay yerini diyagram ile göstermenizin jürinin ifadenizi anlamana yardımcı olacağına inanıyor musunuz?" şeklindeki soruları sorması alışagelmıştır. Tanık bir kere evet deyince, yargıcın tanıtlamaya

4 Tanıtlamak: 1. Bir iddianın gerçekliğini inkâr edilmeyecek bir kesinlikle göstermek, ispatlamak.
2. Muhakeme etme yoluyla veya tanık göstererek bir şeyin doğruluğunu ortaya koymak.

veya diyagrama engel olması çok nadirdir. Soru yönelten jüri üzerinde mutlak bir etki bırakmak için canlılık ve sıklık ilkelerine başvurulabilir.

DERS: Genel bir kural olarak, müdafî önce sözlü detayları sunmalı ve daha sonra görsel yardımcıları başvurmalıdır.

Taslak oluşturmanın ve eyleme geçmenin ifadenin tamamen keşfedilmesinden sonra yapılması elzemdir, çünkü eğer görsel yardımcıları çok erken kullanılırsa, ayrıntılı ilave ifade ihtiyacını bertaraf ettiği izlenimini verecektir.

Görsel yardımcıların standart tanımı, delil olmadıkları ve bağımsız delil değerlerinin olmadığıdır. Onların tek işlevi, ifadeyi veya diğer delilleri aydınlığa kavuşturmak, açıklamak veya örneklemeaktır. Birçok mahkemede görsel yardımcıları sadece tespit için kullanılmaktadır, bir kere kullanıldıktan sonra delil olarak kabul edilmezler ve davanın sonunda jürinin önüne getirilmezler.

Bu standart tanım eskimiştir ve utandıracak derecede saçmadır. Buna karşın, jüri tarafından görülen görsel yardımcıları; daha çok örnekleyen delil olarak bir izlenim bırakabilir. Jüri örneklemenin veya açıklamanın doğru olduğuna inandığı sürece yardımcıları, “delil” olarak addedilse de edilmese de, duruşmada sunulan herhangi bir şey kadar önemli olabilir. İşte bu yüzden, müdafinin böyle bir yardımcıyı kullanması onun, “görsel yardımcı” olarak kabulünü gerektirir. Bazı yargıçlar, bu sunulan belgeleri kabul eder ve jüriye bunların kullanılabilceği, ancak eğer görsel yardımcı ile ifade veya başka bir delil arasında çelişki bulunursa ifadeye veya diğer delile itimat edilmesi gerektiği konusunda bilgi verir. Eğer görsel yardımcı delil kabul edilirse, yargıç resen veya jürinin talebi üzerine onu diğer sunulanlarla birlikte jüri odasına gönderebilir ancak görsel yardımcı delil kabul edilmiyorsa bir şey yapılamaz.

Görsel yardımcı “delil olarak” kabul edilse de edilmese de, duruşma yargıçları görsel yardımcıının jüriye yardımcı olacağını ve hukuka aykırı bir kargaşa riski doğurmadığını direktmekte takdir hakkına sahiptir. Avukatlar sıklıkla bir tanığın ne hakkında ifade verdiğine ilişkin kabataslak belgeler ibraz edebilirler, fakat herhangi bir tanıtılmanın veya sunulan belgenin kanıtlayıcı değerinin jüriyi yanıltma veya jürinin kafasını karıştırma tehlikesinden daha önemli olup olmadığını tespit etmek duruşma yargıcına bırakılmıştır.

Örnekleme vasıtasıyla: tanığınız olay yerini henüz betimledi. Bazı veya tüm tanımladığımız teknikleri kullanarak arzu ettiğiniz tüm detayları, sözlü ifadede ortaya koydunuz. Daha sonra tanığın karatahtaya veya şövaleye doğru gitmesi için yargıçtan izin istersiniz. Eğer çizimin kalıcı olmasını istemiyorsanız -büyük ihtimalle- karatahtayı kullanacaksınız. Eğer daha kalıcı bir delile ihtiyacınız olabileceğini düşünüyorsanız, daha sonra tekrar kullanacağınız bir resim kâğıdını veya benzeri bir aracı kullanacaksınız.

Neden karatahtadan daha az geçici ve yok edilebilir bir kayıt arzu edersiniz? Çünkü bir görsel yardımcı birden fazla tanık için kullanılabilir. Gerçekten de, bir tanık diğeri tarafından çizilen taslağa ilave yapabilir, her bir tanıkla görsel yardımcı –ve görüldüğü üzere, gelecekte muhtemel bir delil sunumu- daha da geliştirilebilir. Sunulan belge birden fazla tanığın çalışmasından oluştuğunda, sonradan gelen ilaveler için ona katkılarını sunan tanıkların, katkılarının bulunduğu yerlere baş harflerini yazmak adettir. İlk başta salt canlılık ve sıklık için kullanılan bir diyagram veya taslak kontrol edilemeyecek duruma gelebilir. Sonuç olarak, onu delillerin arasına koymasanız da, duruşmanın sonunda kapanış konuşmasında kullanabilirsiniz.

Görsel yardımcıları nasıl kullanılır ve sunulan belgeler tespit için nasıl işaretlenir?

S: Bay Jones, eğer doğru hatırlıyorsam sanığın maktulü sizin dairenizde, sizin de bulunduğunuz bir anda vurduğunu söylemişsiniz?

C: Evet.

S: Sanığın ateş ettiği andaki maktulün ve sanığın odadaki konumlarını gösteren bir diyagram çizebilir misiniz?

C: Evet.

S: Sayın Mahkemenin izniyle, tanık kürsüden inip şövaleye yaklaşabilir mi?

Yargıcın izin verdiğini farz ederek -ve yargıçlar genellikle izin verir, özellikle de yüksek mesleki jargonla sorulduğunda- şövalede hazır bulunmak için tanık kürsüsünden ayrılır ve artık başlarsınız. Diyagram çizimi sürerken, isimler -tanık biliyorsa- X ve Y şeklinde tarafların konumlarını belirlemek için kâğıda eklenir.

Taslağın sonunda, en azından tespit için, sunulan belgelerin işaretlenmesini talep edeceksinizdir. Bunu yapmalısınız, çünkü fiziksel olarak tanık tarafından ele alınan veya ona gösterilen herhangi bir şeye kayıt amacıyla bir tespit numarası verilmesi gerekir. Bu işaretleme olmadan, sunulan belgeye daha sonra yapılan atıflar tutanakta karanlığa gömülecektir.

Çoğu yargı merciinde, tespit için bir şeyleri işaretlemede izin aranmamaktadır. Prosedür şu şekilde ilerlemektedir:

Bay Jones: Şimdi bu taslağı tespit için davacının 12 numaralı belgesi olarak işaretleme isterim.

Bir davacı etiketi yapıştırılır ve bundan sonra taslak, “davacının 12 numaralı delil”i olana kadar veya davanın sonunda avukata geri verilene kadar, “davacının 12 numaralı tespiti” olarak bilinir.

O zaman görsel yardımcı olarak kabulünü isteyebilirsiniz.

“Tutanak için.” Tekrarı başarmak için bir başka metot da “tutanak için” tanımlama yaparak ifadeyi özetlemek veya önemli noktaları yinelenektir.

Bir tanık, sanığın maktulü vururken gördüğüne ilişkin ifade verir. “Sanık ateş ettiğinde maktulden ne kadar uzaklıktaydı?” diye sorarsınız. Tanık, “Bu masa ile jüri mevkii arası kadar.” şeklinde yanıtlar. Duruşma salonundaki herkes görebildiği için tanığın belirttiği mesafeyi anlar. Ancak tutanak sessizdir. Ve bunu inceleyen hiç kimsenin –kesinlikle Yargıtayın da- tanığın mükemmel şekilde duruşmada hazır bulunanlara tarif ettiği mesafe hakkında hiçbir fikri olamaz.

Bu gerçekten hareketle genç avukatlara, tutanağın net olabilmesi için tanığın jüriye görsel ifadeler ile belirttiğini inç, fit, kilo veya her türlü objektif ölçü ile tanımlamalarını tavsiye etmek gelenek haline geldi.

Bu tavsiye gülünçtür. Örneklerin ezici çoğunluğunda, hiçbir yüksek mahkeme dava ona ulaşana kadar bu küçük olgusal meseleleri önemsemez. Çok az yüksek mahkeme yargıcı tutanağı okur ve daha azı bu tür ayrıntılara dikkat eder. Aksini yapmaları için genellikle hiçbir sebep yoktur. Çoğunlukla, mahkeme salonunda ölüm kalım meselesi olabilecek aslına uygun ölçülerle hiçbir ilgisi olmayan hukuki sorunları gözden geçirirler.

İşte bu yüzden avukatların sürekli ölçülere başvurması ve dolayısıyla, muhtemelen pek de umurunda olmayan yüksek mahkemenin yararına tutanağı “netleştirme” girişiminde bulunarak doğrudan sorgunun orta yerinde karşı tarafı tartışma ve kesinti yaratmaya davet etmek ahmakçadır.

Fakat bazen böyle ölçüler, aşağıda gösterildiği gibi, ifadeyi özetlenmek ve ifadenin öldürücü tekrarını yaratmak için avukata bir fırsat sunar.

S: Şimdi Bay Jones, eğer doğru duyduysam sanık ateş ettiği anda maktul ile aralarında jüri mevkii ile masa arası kadar bir mesafe olduğunu belirtmişsiniz?

C: Evet.

S: Avukat Bey, tutanak için Bay Jones’un ifadesinde belirttiği üzere sanık ateş ettiğinde sanığın maktulden 20 fit uzaklıkta olduğu konusunda mutabık mıyız?

Böylece “tutanak için” bulunulan beyanlar, muhtemelen umursamayan mahkeme için değil de, muhtemelen umursayan jüri için bir şeyleri netleştirmek amacıyla kullanılabilir.

Bir Tanık Nasıl Güvenilir Kılınır?

Jüri üyeleri için tanıklarınızın ifadelerini anlamak yeterli değildir. Jüri üyelerinin aynı zamanda onlara inanması gerekir, yoksa bu hakkı kullanmanın anlamı nedir?

Netliği ve akılda kalıcılığı azaltan veya güçlendiren bazı teknikler aynı zamanda güvenilirliği de azaltır veya güçlendirir. Örneğin, yazılı ve/veya anlatsal cevaplar net ve unutulmaz olmadıkları gibi güvenilir olmamaya da meyillidirler. Fakat bazı teknikler, öncelikle tanığın güvenilirliğine ve onun güçlendirilmesine odaklanır.

Tanığın uygun takdimi. Tanıkların, jüriye veya yargıca, eğer duruşmaysa mahkemeye uygun şekilde takdimi gerekmektedir. Birçoğumuz bunu yapmada başarısız oluruz. Neden? Çünkü avukatlar olarak bizler, davamızın detaylarına ve bunların tamamlayıcı parçaları olan belgelere ve ifadeye ağ gibi sarılmış hale geliriz ve mahkeme için en

önemli olan şeyleri gözümüzden kaçırmız: Bu tanık kimdir? İstikrarlı, güvenilir bir insan mıdır yoksa güvenilmez midir? Tanığın yalan söylemek için bir saiki var mıdır, yoksa tanık tarafsız mıdır? Bu hususlar, tanığın gözlemlerde bulunduğunu iddia ettiği anda gözlük takıp takmadığından ve sokak lambasının yakında veya uzakta olduğundan daha çok jüriyi gerçeği aramaya iter.

Tanıklara sosyal statülerini “Tutanak için” sormayın. Tanığınızı çağırdığınızda, bunu resmiyet ve saygınlık atfederek yapın. Baş aşağıda, mırıldayarak “Müşteki ... çağırıyor” veya “iddia makamı ... çağırıyor” şeklinde değil. Olması gereken şöyledir; “...Devletin milleti adına ... çağırıyor” veya “Mary Brown çağırıyor.” Tanığının çağırılması önemli bir olaydır. Bunu küçümsemeyin. Anın hiçlikte kaybolmasına izin vermeyin ve tanığı almaya gitmek için salondan ayrılarak ortadan kaybolmayın.

Avukatın bir sonraki tanığı getirmek için dolu mahkeme salonunu terk etmesinde biraz tuhaflıktan daha fazlası vardır. Bir stajyeriniz varsa onu veya varsa mübaşiri kullanın veya hatta tanık mahkeme tarafından hariç tutulduysa, ayrılan tanıktan dışarıdakini içeri göndermesini isteyin. Eğer gerekliyse çok kısa bir ara talep edin. Fakat eğer kaçınılmazlıyorsanız, öylece ayrılıp bir sonraki tanıkla yeniden ortaya çıkmayın.

Tanığınız nezaket düzeyinde ve aslında resmiyetle kürsüye çağrıldığında, onu uygun şekilde tanıtmamız gerekmektedir. Bunu, sunulan bir belgenin doğruluğunu ispatlıyormuşsunuz gibi tanığın “doğruluğunun ispatlanması” olarak düşünün.

Tanığın ismi önemsiz değildir. Mahkemeye, tanığın ismini ve sosyal statüsünü sadece “tutanak için” sorduğunuzu belirterek önemsiz hale getirmeyin, örneğin:

S: Tutanak için isminizi söyler misiniz?

Avukatlar “tutanak için” belirttiklerini söylediklerinde, mevcut mahkemeye önemli hususlar hakkında konuşmadıklarının sinyalini verirler. Bu sadece bir biçim meselesidir. Avukatlar yargıca bu şu savunmayı “tutanak için” yaptıklarını söylediklerinde, yargıcın aleyhlerinde karar vereceğini beklediklerinin ve yüksek mahkeme için konuştuklarının sinyalini verirler. Özetle, “tutanak için” cümlesi, görmüş olduğumuz

üzere, konuşma yoluyla avukat tarafından tekrarın gerçekleştirilmesi haricinde, zarar vericidir.

Jüri tanığınızın bir işi olup olmadığını ve varsa ne yaptığını bilmek ister. Ona sorun. Jüri, tanığın kim olduğu hakkında bilgi sahibi olmak ister. Jüri üyeleri tanığınızın tarafı mı tarafsız mı olduğunu bilmek ister. Tanığa şöyle sorular sorarak onlara anlatabilirsiniz: “Davanın tarafları ile herhangi bir şekilde bağlantınız var mı?” “Müşteki veya sanığın tarafını tutmak için herhangi bir sebebiniz var mı?” “Jüriye, bu davada müşteki ile olan ilişkinizi açıklar mısınız?”

Bazı avukatlık kitaplarında o ya da bu şekilde yer alan kısa bir problemi ele almamıza izin verin. Şunun gibi:

Geç saatlere kadar çalışan bir kadın saat 21.00’den sonra otobüsünden iner. Yorgun olduğunu varsaymakta haklıyızdır. Otobüsten uzaklaşırken, bir adam kadının el çantasını kapar. Kadın karşı koyar. Adam kadına vurur. Kadın çantayı bırakır ve adam kaçır. Karşılaşma kısa olmuştur. Kadının adamı görüşü anlaktır.

Ertesi gün, sanık bir polis memurunu soyar ve yakalanır. Daha önceki olayın mağduru polis merkezine getirilir. Kadına sadece bir kişi -sanık- gösterilir ve kadın tek kişilik sıraya dayanarak onu saldırganı olarak teşhis eder.

Kadının saldırganı gece vakti oldukça heyecanlı bir andaki kısa görüşü, oldukça önerisel ortamda yapılan şüphelinin kimlik teşhisi ile birleşince, bunu zor bir dava ve bu sebeple de zor bir sorgu yapar. Eğer müdafî ışığa, ayın konumuna, kadının görüşünün kalitesine ve bunun benzeri şeylere odaklanırsa hata yapmış olur. Jüri üyeleri kadının sanığı saldırganı olarak teşhis etmek üzere olduğunu bilir. Asıl bilmek istedikleri şey ise ona inanmalarının gerekip gerekmediğidir. Buna karar vermek için kadının kim olduğunu bilmeyi istemeleri ve ihtiyaç duymaları gerekir.

S: Bayan Fitzgerald, yargıca ve jüriye tam isminizi söyler misiniz?

C: Benim ismim Gail Fitzgerald.

S: Çalışan mısınız?

C: Evet.

S: Kimin için çalışıyorsunuz? İşvereniniz kim?

C: Dr. George Brown, bir diş hekimi için çalışıyorum.

S: Ne kadar süredir Dr. Brown için çalışıyorsunuz?

C: On iki yıldır.

S: Aralıksız 12 yıl mı oldu yoksa hiç ara verdiniz mi? **(Soru yönelten kontrol altına alıyor - yönlendirmeden yönlendirme.)**

C: Hayır, aralıksız 12 yıl oldu.

S: Dr. Brown'ın tek çalışanı mısınız?

C: Hayır, benim haricimde üç asistanımız ve personelimiz daha var.

S: Peki, dördünüz içinde, biri diğerlerini yönetiyor mu, yoksa siz mi diğer üçünü yönetiyorsunuz? (Yine seçenekler ile yönlendirme.)

C: Dr. Brown'ın ofisinin yöneticisi benim.

Son cevap sadece, “Dördünüz arasındaki yönetici kim?” diye sorularak da başarılabilirdi, fakat mahkeme salonunda aynı derecede kontrolün alıştırmasını şüphesiz yapamamak da, örneğimizde tanık üzerinden yaptığımız gibi yeteneklerimize pratik yaptırıyoruz ve kas yapıyoruz.

S: Şimdi, Bayan Fitzgerald, Dr. Brown'ın ofisinde tam zamanlı bir çalışan ve diğer üç kişinin yöneticisi olmanın yanı sıra **(döngü ve geçiş)**, hiç eğitim derslerine katılıyor musunuz?

C: Evet, akşamları yüksek lisans derslerine katılıyorum.

Tanık jüriye istikrarlı, mantıklı, güvenilir biri -kolaylıkla başkasını suçlayacak ve polis merkezinde bir polis memurundan veya herhangi bir konuda ofisinde bir avukattan kolayca öneri alacak biri gibi değil-olarak tanıtıldı. Eğer sorgu böyle devam ederse, savcı ilk saldırıdaki ve sonrasında teşhisteki sorunlara ulaşmadan önce sanık cezaevi yolunu yarılacaktır.

Fakat sorgu muhtemelen aynı şekilde devam etmeyecektir, sanık müdafî yakında ayağa kalkarak itiraz edecektir. Sanık müdafinin itirazı ne olacaktır? *Konu dışı*. Tanığın bu kadar detaylı özgeçmişini üzerinden devam eden sorgunun bu kısmına, mahkemedeki suçlamalarla ilgisiz olduğuna dayanarak itiraz edecektir.

Bunun gülünç kısmı, avukatların hiçbir zaman gerçek konu dışılıklara itiraz etmemeleridir. Onlar sadece yara aldıklarında itiraz ederler. Bizim farazi örneğimizde, sanık müdafî itirazda bulursa iyi olur çünkü eğer tanık bu “konu dışılıkları” anlatmaya devam ederse, sanık büyük ihtimalle mahkûm edilecektir.

Bu, yargıcın itirazı reddedeceği anlamına mı gelir? Kesinlikle *hayır!* Tüm yargıçlar bazı sosyal statülerin içeri girmesine izin verirken, bir noktada perdeyi çekeceklerdir. Neredeyse tüm yargıçlar, tanığın güvenilirliğini desteklemenin sonucu belirleyebilecek bir noktaya ulaştığını hissettiklerinde tedirgin olurlar. Bu nokta ortaya çıktığında veya bazı yargıçlar için bundan çok daha önce, yargıç ifadenin konu dışı olduğu gerekçesiyle itirazı kabul edecektir.

Bu kararın sizin üzerinizde olumsuz etkisi olmayabilir. Genel olarak, avukatlar itirazları kaybetmekten veya karşı tarafın itirazlarının kabulünden çok fazla endişelenirler. Kimse jürinin gözünde yetersiz veya engellemiş ya da sadece kötü gözükme istemese de, çok sayıda dava ya bakan herkes birçok itirazı kaybeden tarafta olacaktır.

İtiraz edip kazandığınızda bile, sizi çok önemli bir bilginin önündeki engel gibi görebilen jürinin gözünde yine de bir kaybeden olabilirsiniz. Bu bağlamda örneğin, tanığınıza yönelttiğiniz sosyal statüsüne ilişkin soruların konu dışı sebebiyle uğradığı itirazı yargıç kabul ettiğinde, jüri üyeleri endişe uyandıracak kadar konu dışı bir soru olmadığını düşündüğünden kazanan siz olabilirsiniz. Kim ne derse desin, yargıç da dahil, jüri üyeleri neyi bilmeye ihtiyaç duyduklarını bilirler.

Bayan Fitzgerald’a geri dönelim. Otobüsten indikten sonra sokakta durduğu esnada bir adamın çantasını kavradığı, kendisinin direndiği ve mücadele sırasında saldırganın ona vurduğu yönünde ifade vermişti. Müdafinin ifadeyi geliştirmesini izleyelim. Yer yer, birçok yargıç kabul etmese de, başarılı bir itirazı ele alalım ve itirazın kabul veya reddedilmesinin hiçbir fark yaratmadığını gösterelim.

S: Size saldıran adamın suratının görüntüsü aklınızda var mı yok mu? **(Bu yönlendirme mi? Belli bir cevabı önermediği için birçok insan “hayır” der.)**

İtiraz kabul edildi. **(İyi, engellenmedik.)**

S: Size vuran adamın nasıl görüldüğünü hatırlıyor musunuz?

C: Evet.

İlk sorudan -kabul edilen itirazdan- sonra ikinci soruya itiraz edil-meyebilir. Edilse dahi, itiraz muhtemelen reddedilir. Her durumda, jüri ilk soruyu duyduktan sonra, büyük ihtimalle başka türlü ifade edildik-lerinde de tekrar duyar.

S: Size saldıran adamı mahkeme salonunda görüyor musunuz?

C: Evet.

S: Sayın Mahkemenin izniyle kürsüden inerek jüriye bu şahsı göste-rir misiniz lütfen?

Tanık, kürsüden ayrılarak uzanmış koluyla sanığı işaret ettiği savun-ma masasına yaklaşır.

S: Şimdi, eğer sizi doğru duyduysam, sanığın çantanızı kavradığını söylemişsiniz? **(Bu andan itibaren dek sanıktan fail olarak bahse-debilirsiniz çünkü tanık mahkemede onu bu şekilde teşhis etti.)**

C: Evet.

S: Hangi eliyle onu zorla aldı?

C: Sol eliydi.

S: Çantanızı tuttuğunda siz ne yaptınız?

C: Geri çekmeye çalıştım.

S: Siz ve sanık çantanız için mücadele ederken, sağ eliyle bir şey yaptı mı? **(Tanığın son cevabı göz önüne alındığında, soru yönel-tenin “mücadele etme” kelimesini kullanması önerisel değildir. Bu sadece ifadenin şeklini değiştirir, geri “döngü yapar” ve iddi-ayı ileri sürer.)**

C: Evet.

S: Ne yaptı?

C: Bana vurdu.

S: Size tokat mı, yumruk mu attı?

C: Yumruk attı.

S: Sanığın yumruğu yüzünüzün neresine geldi?

C: Gözüme.

S: Sağ gözünüze mi sol gözünüze mi yumruk attı? **(Önceki ifade sebebiyle artık buna yumruk diyebiliriz.)**

Seçenekler aracılığı ile yönlendirmeden yönlendirme tekniğinin, cevapları tekrarlayan sorular aracılığı ile tekrarı ve jürinin hayalinde olayı canlandırmak amacıyla detay gerektiren soruları kullanmak, bir darbeyi birçoğuna dönüştürür.

Avukat artık sanığın tanığa saldırdığını kabul edip, teşhis konusuna gelebilir. Avukat jüriye, sorular aracılığı ile tanığın saldırganı hatırlamasında özel bir sebep olduğunu ileri sürebilir.

S: Şimdi Bayan Fitzgerald, sanıkla mücadele ederken nereye bakıyordunuz? **(Belirttiğimiz gibi, tanık mahkemede onu teşhis etmişse “fail” diyebilirsiniz; etmemişse “saldırgan” gibi bir ifade kullanmalısınız.)**

C: Yüzüne gözlerimi dikmiştim.

S: Mücadele etmekte olduğunuz adamın suratına gözlerinizi dikmeniz bir sebebi var mıydı?

C: Evet.

İtiraz kabul edildi. **(Öyle olduğunu varsayıyoruz, ancak birçok yargıç bir tek itirazı kabul etmez.)**

S: Sanığın suratına gözlerinizi dikmeniz bir sebebi var mıydı yok muydu?

İtiraz kabul edildi. **(Yine aksi bir kaideyi varsayıyoruz.)**

S: Neden sanığın suratına gözlerinizi dikiyordunuz?

C: Umutsuzca niyetini okumaya çalışıyordum. Bana ne yapacağını görmeye çalışıyordum. Gözlerinden okumaya çalışıyordum. **(Şimdiye kadar jüri hedefi anlamıştır. İtirazlar soru yöneltene zarar vermemiştir. Yardım etmiştir. Deneyimli avukatlar itirazlardan korkmazlar. Onları fırsat olarak kullanırlar.)**

Sonuç

Örneklerin abartılı olabildiği vurgulanmalıdır. Fakat mahkeme ortamında gerçekten işe yarayan teknikleri -kendinizi içinde bulduğunuz bireysel durumda sağduyu ve muhakeme ile kullanacağınız teknikleri göstermek için sunulmuşlardır.

Bu tekniklerle, davanızı tanık vasıtasıyla jüriye gerçekten savunabilirsiniz ve jüri ile tanık için netlik ve güvenilirlik elde edebilirsiniz. Kontrolü elde tutan siz olacaksınız. Ne kadar tekrarın makbul olduğuna ve bu tekrarı nasıl sağlayacağınıza karar verecek olan sizsiniz. Ve tanıklarınız, işi siz yaptığınız ve onlar sadece sorularınızı cevapladıkları için rahat hissedeceklerdir.

Uzun yıllar boyunca bize öğretildiği gibi, biz de soru yöneltenden tanık aracılığı ile jüriye iddia etmek istediği tek bir hususu belirlemesini ve bu belirlemeyi sorularıyla ve tanığın cevaplarıyla yapmasını isteyerek doğrudan sorgunun yöntemini öğretmeyi yararlı buluyoruz. Anlatılmak istenen konu bir kez açıldığında, konu kapanına kadar hiçbir şeyin davetsiz içeri girmesine izin verilmemesi gerekir. Gerçekten avukatlığın araçları olan bu sorgu teknikleri ile savunmanın esası yerine getirilebilir.

(Ceza Yargılaması, Sayı 29, Numara 3, güz 2014)

PARMAKLIKLAR ARKASINDAKİ ÇOCUKLAR

Michael Garcia BOCHENEK*

Çeviren: Av. Yeşim GÜLHAN

- **Küresel düzlemde çocukların tutuklanmasına aşırı derecede başvurulması**

16 yaşındaki T.W; Florida Polk County hapisanesinde 2012 yılının Şubat ayında tutuklanmasından hemen sonra 3 hücre arkadaşı tarafından yumruklandı, ıslak havlularla kırbaçlandı ve aynı kişiler tarafından ıslak yastık kılıfıyla boğularak öldürülmeye çalışıldı. Sonrasında aynı kişiler üzerine idrarını yaparak, yüzünü temizleme sıvısı ile spreyletti ve boynuna çarşaf sarmadan evvel çırılçıplak soydu. Çarşafın öbür ucu pencere çubuğuna çocuğun bilincini yetirmesine sebep olacak şekilde sıkıca bağlanmıştı. Federal Sulh hakiminin belirlemesine göre bu saldırılar saldırgan çocuklar tarafından gardiyanların düzenli seferleri sırasında bile fark edilmeden birkaç saatlik süre içerisinde 3 kere tekrarlandı.

Dünya üzerinde ki çocuklar kimi zaman uzun süreler boyunca parmaklıklar arasında çürümektedir, çoğu zaman ise, T.W.'nin durumu gibi, acımasız ve insanlık dışı şartlara göğüs germektedir.

Kayıt tutmadaki eksiklik ve dünya çapındaki kurumların envai çeşitliliği, dünyada bu gibi kötü şartlar arasında tutulan çocukların farkına varılmasını engellemektedir. Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu'nun (UNICEF) tahminlerine göre dünya üzerinde hapisanelerdeki çocukların sayısı 1 milyondan fazladır. Çocukların çoğu kötü, yolsuz ve çetin şartlarda, eğitim haklarından, anlamlı aktivitelerden ve dış dünya ile bağlantıdan mahrum olarak hapisanelerde tutulmaktadır.

Bu çocuklardan çoğu - ve çocukluğunda işledikleri suçlardan mahkum edilmiş yetişkinler- Uluslararası hukuku işgal eden aşırı veya oran-

* İnsan Hakları İzleme Örgütü'nde Kıdemli Danışman.

tısız cezalara maruz kalmışlardır. Uluslararası hukuk, çocukların tutukluluğunun “hukuka uygun ve sadece son çare olarak, en kısa zamanlı, uygun dönemli ve kullanılabilir” olmasını gerektirmektedir.

Bir diğer çoğunluk ise tamamen suç olmaması gereken eylemleri için hapisanelerde tutulmaktadır. Bu eylemlerden bazıları okulu asmak, evden kaçmak, kendi rızaları ile cinsel ilişkiye girmek ve kürtaj yaptırmaktır. Bazıları iddia edilmiş suçlarından hiçbir zaman yargılanmamış; yargılananlar ise yetişkin gibi yargılanıp yetişkin hapisanelerine mahkum edilmiştir.

Göçmen çocuklar da, uluslararası standartlara uymayacak şekilde, göçmenlik gözaltında tutulmuşlardır. Engelli çocuklar ve öbürleri ise koruma kisvesi altında bakım evlerine kapatılmışlardır.

2017 yılında tamamlanması beklenen ve BM tarafından yürütülen araştırma, uluslararası odağı tutuklu çocuklar üzerine tutmaya söz vermiştir. Bu sayede bu yolsuz sistemin daha düzenli olarak kontrol edilmesi, uluslararası standartlara uyumluluğunun artması ve özgürlüklerinden mahrum bırakılan çocukların sayısının dramatik olarak azaltılması ile sonuçlanması beklenmektedir. Fakat hükümetlerin bu rapor için beklmelerine gerek yoktur; hükümetler tutukluluk cezasına hakiki alternatifler geliştirebilirler ve tutuklu çocukların insani şartlar altında kalabilmelerini, eğitim ve sağlık hizmetlerinden yararlanabilmelerini ve dış dünya ile bağlantılarının kesilmemesini sağlayabilirler ve bunu yapmaları gerekir.

• Suç Karşılığında Tutuklanmak ve Hapsedilmek

Çoğu ülkeler tutukluluk altındaki çocukların sayısı ile ilgili kesin ve güvenilir kayıt tutmamaktadır. Ayrıca, bazı hükümetlerin çocukları, yetişkin cezaevlerinin yanısıra çocuk gözaltı merkezleri gibi farklı türden tesislerde tutması da bu sayının belirlenmesini zorlaştırmaktadır.

Herkesin bildiği gibi Amerika Birleşik Devletleri endüstrileşmiş ülkeler arasında sahip olduğu tutuklu çocuk sayısında ve oranında liderdir. Annie E. Casey Vakfı'nın 2011 yılında derlediği verilere göre bu rakam 60,000 çocuğu geçmektedir. Bu vakıf, çocuklara karşı adalet ve çocukların diğer hakları konusunda çalışmaktadır. Bunun yanı sıra, ABD olağanüstü rakamlarda çocukları yetişkin hapisanelerine gönder-

mektedir. İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Amerikan Sivil Özgürlükler Birliği'nin 2011 yılı tahminlerine göre bu rakam 95,000 i bulmaktadır ve çocuklar çok kısıtlı eğitim ve rehabilitasyon fırsatlarına sahiptirler. Sayılar ne olursa olsun, dünya üzerinde birçok çocuğun parmaklıklar arkasında tutulmamasını gerektiren pek çok sebep vardır.

İlk olarak, Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukların hapsedilmesinin son çare olmasını gerektirmektedir. Fakat pek çoğunlukla çocukların tutuklanması ilk, veya tek çare olmaktadır. Hukuk sisteminde veya uygulamada daha farklı alternatifler bulunmamaktadır.

İkinci olarak, çocuklar sıklıkla suç olarak sayılmaması gereken eylemleri için hapislerde tutulmaktadır. Örneğin, çoğunlukla sokak çocuklarının kabahatlerinden dolayı suçlu oldukları farz edilmekte ve bu çocuklar iyi ihtimalle yargılanırlarsa şüpheli suçlamalarla tutuklanmaktadır. İnsan Hakları İzleme Komitesi bu durumu Kamboçya ve Uganda'da gözlemlemiştir.

Çoğu ülkeler, çocukları, ebeveynlerine itaatsizlik etme ve diğer “statü suçlarından” dolayı hapis etmektedir. Bu eylemler ise bir yetişkin tarafından eyleme geçirildiğinde suç olarak bile kabul edilmemektedir. Texas Kamu Politikası Vakfı'nın 2010 yılındaki bir çalışmasına göre ABD'de okulu asmaktan, evden kaçmaktan, “düzeltilemezlikten”, reşit olmadan içki içmekten ve sokağa çıkma yasağını ihlal etmekten tutuklanan çocukların sayısı 6,000 üzerindedir.

Kız çocukları ceza hukuku tarafından mecburi hareket özgürlüklerinde belirli kısıtlamalarla karşı karşıya kalabilirler. Örneğin, Suudi Arabistan'da yetişkinlerin yanı sıra kız çocukları da sapıkça tanımlanmış ve suç sayılan, halvet ve sosyalleşme içeren davranışlarından ötürü tutuklanabilir, hapse atılabilir ve kırbaçlanabilirler. Bir resmi görevlinin İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne tarif ettiğine göre bu davranışlar kız çocuklarının veya kadınların “evlerinde kendi başlarına veya bir grup insan ile birlikte olması, veya olması gerektiği yerde olmamasını” içerebilmektedir.

Peru, Meksika ve bazı ABD eyaletlerinde çocuklar rızaya dayalı cinsel davranışlarından ötürü kriminal suçlamalara maruz kalabilirler. Bu durum özellikle ABD kişiler aynı cinsiyetten ise söz konusudur. Birçok ülkedeki anti-fuhuş yasalarına göre çocuklar hayatta kalma amaçlı

seksten ötürü (temel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gıda, barınak, ya da para karşılığında seks) tutuklanabilir, hapsedilebilir ve gözaltına alınabilir. Kürtaj yaptıran kız çocukları da -tecavüz sonucu oluşan gebeliklerde bile- Şili, El Salvador, Ekvator, Peru ve Filipinler gibi ülkelerde tutuklanabilmektedirler.

Üçüncü olarak, çocuklar uluslararası hukuk kapsamında yasak olan şartlar altında tutuklanabilir. Uluslararası hukuk kesin olarak 18 yaşın altında işlenen suçlar için ölüm cezalarını (ömür boyu hapsedilmenin yani sıra serbest bırakılması olasılığına izin vermeyen cezaları da) yasaklamaktadır.

Buna rağmen, BM genel sekreterinin 2015 Şubatındaki raporlamasına göre İran'da en az 160 kişi, 18 yaşın altında işledikleri suçlarından ötürü ölüm hücrelerindeydi. 2010 yılından bu yana, Mısır, İran, Maldivler, Pakistan, Suudi Arabistan, Sri Lanka, Sudan ve Yemen'de çocuk suçlular ölümüne mahkum edilmektedir. Nijerya'da, 2010 yılından önce hüküm giymiş bazılarının ölüm cezası ile tutukluluğu devam etmektedir.

Uluslararası hukuk ayrıca, çocukların olabilecek en kısa dönemler boyunca hapsedilmesini veya gözaltına alınmasını gerektirmektedir. Çocuklar koşullarının ve suçlarının ağırlığı ile orantılı cezalara çarpıtılmalı, ve onların kişisel durumları ve ihtiyaçları da göz önüne alınmalıdır. Suçluluk durumları da koşullu salıverilme veya şartlı tahliye amacıyla, erken, düzenli ve dikkatli olarak incelemeye tabi tutulmalıdır.

Bununla birlikte, Çocuk Hakları Uluslararası Ağı (CRIN)'nin 2015 yılındaki çalışmasına göre çocuklar, ABD ve İngiliz Milletler Topluluğu'nun da dahil olduğu 53 devletin 49'unda, ve toplamda 73 ülkede ömür boyu hapis cezası almaktadır.

Dördüncü olarak, azınlık gruplarından olan çocuklar sıklıkla orantısız tutuklama ve gözaltına tabi tutulmaktadır. Avustralya'nın çocuk adalet sistemindeki Aborijin çocukların ve ABD'de ki azınlık çocukların üzerinde yapılan araştırmalara göre, çoğunluk gruptaki çocukların ve azınlık çocukların maruz kaldığı davranış eşitsizlikleri tutuklanmadan hüküm giymeye, kefaletten şartlı tahliye kararlarına kadar sürecin her aşamasında artabilir.

Son olarak, çocukların yetişkinler gibi yargılanması ek sorunlar teşkil etmektedir. Uluslararası Hukuk'un şart koşmasına rağmen her ülke

bir çocuk adalet sistemi kurmuş değildir. Örneğin, İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Zambiya'da tespit ettiği gibi, ülkelerde özel bir çocuk adalet sisteminin olmayışı çocukların davalarının sonuçlanması için aylarca hatta yıllarca beklemesi anlamına gelebilmektedir.

Çocuk adalet sistemi var olan devletlerden bazıları ise, yaşı büyük çocuklara erişkinler gibi davranmaktadır. Bu, Küba, Etiyopya, Jamaika, Hong Kong, Filipinler, Ukrayna, Avustralya'nın Queensland eyaleti ve New York'ta olduğu gibi, sistematik olarak da sıradan ceza mahkemelerinin yargı için olması gereken yaşı 18'den daha düşüğe uyarlamasıyla da yapılabilir. Aynı zamanda çocukların yetişkin olarak yargılanması sürecinde yargıçlar keyfi kararlar verebilmektedir. Bu durum Suudi Arabistan ve Ortadoğu'daki diğer ülkeler başta olmak üzere, özellikle ergenlik belirtileri olan çocuklarda daha gelişigüzel işletilmektedir. Buna ek olarak, ABD'de her eyalet ve federal ceza adalet sistemi, bazı çocukların yaşlarına ve tahsil oldukları suçun ciddiyetine bağlı olarak olağan ceza mahkemelerinde yargılanmasına izin vermektedir.

Brezilya ve Hindistan bazı suçlar için, sabıkalı çoğunluğun yaşını ve sıradan ceza mahkemelerinde yargılama için gereken asgari yaşı düşürmeyi göz önünde bulunduruyordu. Bu önerilerin mevcut halleriyle yürürlüğünde ise, ciddi suçlarla itham edilen yaşları 16 ve üstü olan çocuklar yetişkin mahkemelerinde yargılanacaklardır.

• Göç Kontrol Aracı Olarak Gözaltına Almak

Beatriz L. çeteler tarafından 11 yaşındaki oğlunun zorla çeteye alınması için tehdit edildikten sonra oğlu ile Honduras'dan ABD'ye kaçtı, ve 10 aydan fazla bir süre boyunca göçmen aileler için olan ABD gözaltı merkezinde kilitli tutuldu. Beatriz İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne oğlunun bütün günü uyuyarak geçirmeye başladığını belirtti. Oğlu, "Anne, ben sadece uyumak istiyorum ki uyandıgımda serbest olalım" diyordu.

Uluslararası standartlar, bir çocuk veya bir yetişkin olsun, herhangi bir sığınmacının normal şartlar altında gözaltına alınmasından kaçınılması gerektiğini şart koşmaktadır. Çocukların zorunlu veya süresiz tutukluluğu, çocukların sadece son çare olarak ve uygun olan en kısa süre için gözaltında tutulmasının gerektiğini bildiren Çocuk Hakları

Sözleşmesi'ni ihlal etmektedir. Çocuk Hakları Komitesi, hükümetleri, “süratle ve tamamen çocukların kendi göçmenlik statüsü temelinde tutukluluklarının sona erdirilmesi için” zorlamaktadır. Dahası, sırf ebeveynlerinin göçmenlik statüsünden ötürü çocukların hapsedilmesi keyfi gözaltı yasağını ihlal etmektedir. Yine de, birçok ülke kendi göç yasalarının uygulanması yoluyla çocukları gözaltında tutmaya devam etmektedir.

Avustralya 1992 yılından beri tüm sığınmacılar için zorunlu gözaltı çerçevesinde faaliyet göstermektedir. Avustralya 31 Ekim 2015 tarihi itibarıyla anakara gözaltı merkezlerinde göç gözaltında 112 çocuk tutulmaktaydı. Ayrıca bir başka 95 çocuk da Nauru'nun Avustralya bölgesel işlem merkezinde tutulmaktaydı. BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK), Avustralya İnsan Hakları Komisyonu ve diğer yetkililerin incelemelerine göre Nauru gözaltı merkezinde ciddi su, ayakkabı, kıyafet eksiklikleri, ve hijyenik olmayan, kalabalık durumlardan ötürü oluşan bit, gastroenterit, ve bakteriyel deri enfeksiyonları salgınları da dahil olmak üzere ciddi eksiklikler bulunmuştur. 2015 yılında ortaya çıkan rahatsız edici raporlara göre çocukların ve yetişkinlerin önceki iki yılda personel ve diğer tutuklular tarafından cinsel olarak istismar edildiği ortaya çıkmıştır.

2014 yılı ortalarında ABD'de Obama yönetimi, aile göç gözaltı kapasitesini,100'den az olan yatak sayısını 3000'den fazla olacak şekilde, Meksika'dan ABD sınırını geçen Orta Amerikalı göçmenleri caydırmak amacı için önemli ölçüde genişletmiştir. Obama yönetimi, o zamandan beri bireysel vakalardaki gözaltı tayanlerinde caydırıcılık mantığından geri çekilmiştir. Bununla birlikte, yönetim kitlesel göçü caydırmak için aile gözaltı sisteminin gerekliliğini federal mahkemede halen iddia etmektedir.

Tayland'ın göçmenlik yasaları Rohingya'nın yanısıra Burma'dan gelen diğer etnik grupların üyeleri dahil, Çin etnik grubu Uygurların, Pakistanlı ve Somalili tüm mültecilerin belirsiz gözaltına izin vermektedir. Göçmen çocuklar yeterli gıda, spor veya eğitim alma fırsatlarından mahkum olarak bakımsız ve sefil hücrelerde tutulmaktadır. Çocuklar, İnsan Hakları İzleme Örgütü'ne göçmenlik gözaltı merkezlerindeki kalabalıktan ötürü dik uyumalarının gerektiğini ifade etmiştir. Bir anne

ise 100 tutuklu göçmen için sadece üç adet tuvalet olduğunu, ki genç kızının da tuvaletlerin kapısı olmadığından kullanmaktan kaçındığını belirtmiştir. Dünyanın başka yerlerinde, İnsan Hakları İzleme Örgütü ve diğer gruplar Endonezya, Malezya, Meksika’da göçmen çocukların büyük ölçekli olarak gözaltına alındıklarını belgelemiştir.

• Milli Güvenlik Adı Altında Gözaltı

Çocukların, idari ve askeri gözetim altında güvenlik tehdidi yaşadıkları kabul edilirken, Ceza adalet sistemi ve çocuk adalet sistemine göre daha az kontrol altındadır.

Bu sistem, esir edilmiş, teslim olmuş veya terhis olmuş çocuk askerleri kapsamına rağmen, uluslararası standartların ülkeler için söylediği şey bu çocuklara öncelikli olarak mağdur gibi davranılması ve onlara rehabilitasyon teklifi sunulmasıdır. Afganistan, Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Irak, Somali ve Suriye’de sözde silahlı birliklerinde ve radikal gruplarında geniş rakamlara ulaşan çocuk asker bulunmaktadır. Çocuk askerlerin ve silahlı gruplardan sorumlu Birleşmiş Milletlerin genel sekreterinin özel temsilcisi Leila Zerrouguin sözde silahlı gruplar tarafından alıkoyulmuş çocukların karşılaştığı 23 durumdan 17 sini 2014 raporunda kaygı ve endişe ile ifade etmiştir.

Uluslararası/Filistinli çocukları koruma teşkilatına göre, İsrail ele geçirilmiş Batı Şeria bölgesinde; her yıl 500 ila 700 arasında değişen şüpheli suçlu çocukları askeri mahkeme sistemi altında tutukluyor, gözaltına alıyor ve dava açıp takibini sürdürüyor. İsrail, askeri mahkeme sistemi altında otomatik olarak çocuklara soruşturma açan tek ülkedir. 2015’te İnsan Hakları İzleme örgütünün bulgularına göre, Doğu Kudüs ve Batı Şeria bölgesinde İsrail güvenlik güçleri yaşları 11’e kadar inen çocukları orantısız bir güç, bir zorlama ile tutukluyor veya gözaltına alıyor. Ek olarak 6 çocuğun, ailesinin ve avukatlarının gözetimi dışında, boğarak öldürmeye çalışma, dövülme ve tehdit edilme gibi kötü unsurlar altında ifadelerinin alındığı saptanmıştır.

Ayrıca diğer ülkelerde de Askeri Mahkeme Sistemi adı altında çocuklara dava açılabilir. Örneğin, Mısır’da son 2 hafta içerisinde düzinelerce çocuk siyasal suçlar nedeni ile Askeri mahkemelerde yargılandı.

• Tedavi ve bakım adı altında alıkoyma

Çocuklar aynı zamanda uyuşturucu bağımlılığını veya uyuşturucuyu engellemeyi kontrol etmenin yanlış yollarının tedavisi ve rehabilitasyonu adı altında alıkonuluyor. Kamboçya'daki 8 uyuşturucu engelleme merkezinde her zaman, yaklaşık 1000 kişi bulunuyor. Hükûmetin yayınladığı son sayısal verilere göre 10 çocuktan en az bir tanesi 18 yaşının altında. Çocuklar tutuklandığında yetişkinler kadar kötü, aşağılayıcı ve zalimce muamele hatta işkenceye maruz kalıyorlar. Örneğin Romchoang, Koh Kong vilayetinde 18 ay boyunca askeriye tarafından yönetilen uyuşturucu ile savaş merkezinde tutulduğunda 18 yaşından daha küçüktü. İlk hafta bir odaya kilitlendi, yatağına zincirlendi ve sonra her sabah fiziksel egzersizler yapmaya zorlandı. Uyuyakaldığı zamanlarda onu döven askerler terlemenin uyuşturucudan kurtulmasına yardımcı olacağını söylediler. Laos ve Vietnam'da da aynı zamanda çok fazla sayıda çocuğu barındıran uyuşturucu ile mücadele merkezleri mevcut; Vietnam'da bu merkezlerdeki çocuklar ve yetişkinler zorla iş yapmaya, dayığa ve işkenceye maruz kalıyorlar. Aslında bu şekildeki uyuşturucu ile mücadele merkezlerinin gerekçesi fakir ve toplumda önemsiz görülen kişileri kilit altında tutmaktır. Kamboçya'da bu merkezler uyuşturucu kullanmayan ama "caddeleri temizleme" operasyonlarında toplanan ve tutuklanan "sokak çocukları" nı barındırır. Benzer biçimde, Lao yetkilileri son yıllarda ABD Büyükelçiliğinden direkt destek alan Somsanga Tutuklu Merkezini kullanıyorlar. Dünyadaki başka yerlerde sokak çocukları sık sık keyfi olarak bazen de net olmayan ifadelerle yazılmış suç yasalarına göre toplanıp tutuklanıyorlar. Birçok ülke engelli çocukları görünürde bakımları için ama aslında kamu hizmeti ve ailelere destek eksikliği yüzünden kilit altında tutuyor. Örneğin Rusya'da engelli birçok çocuk doğduktan çok kısa bir süre sonra yataklara bağlanabilecekleri, çok az ya da hiç ilgi ve eğitim görmeyecekleri ve sağlık hizmetleri ve yeterli beslenme alamayacakları kurumlar tarafından teslim alınıyor. İnsan hakları izleme örgütü Yunanistan Hırvatistan ve Hindistan'da buna benzer kötüye kullanma uygulamaları tespit etti. Bazı çocuklar sanılan ya da gerçek psikososyal maluliyet yüzünden kilitli tutulabilir. İnsan hakları izleme örgütü Gana'da 5 ile 7 yaşları arasındaki çocukların -yetişkinlerle birlikte- bir ağaca ya da tahta direğe ağır metal zincirlerle bağlandıkları aç, susuz ve barınma olanağı olmadan ailelerinden ayrı

tutuldukları sözde ibadet kampları ya da ruhsal tedavi merkezlerinde kelepçelendiklerini belgeledi.

• Gözaltına Alınma ve Hapsedilmenin etkisi

Gözaltı durumunun, özellikle çocukların fiziksel ve ruhsal sağlığı üzerinde ciddi şekilde olumsuz etkisi vardır. İşkence ve muhafızların uyguladığı diğer kötü muamele her çeşit gözaltı durumu için bir risktir. Özellikle de ulusal güvenliğe tehdit gerekçesiyle gözaltına alınmış çocuklar için.

Çocuklar aynı zamanda birlikte kaldıkları diğer tutuklular tarafından da şiddet veya kötü davranışlarla karşılaşabilirler. Hatta kimi zaman diğer tutukluların bu davranışları personel tarafından teşvik edilmekte veya göz yumulmaktadır. Örneğin Avustralya'nın Kuzey Bölgesinde görevli Çocuk Komiseri tarafından Eylül 2015'te kamuoyuna duyurulan ezici bir rapora göre, tutuklu çocukların yaklaşık üç hafta boyunca bazen dar ortamlarda izolasyona tabi tutuldukları ve aşırı güç kullanımı ile karşı karşıya kaldıklarını belirtmiştir. Florida'da Şubat 2015 ve Eylül 2015 tarihlerinde iki çocuk, diğer çocuk tutuklular tarafından, muhtemelen görevlilerin verdikleri kaçak yiyecek karşılığında saldırıya uğrayarak öldüler.

Yetişkinlerle birlikte tutulan hem erkek hem de kız çocukları için cinsel saldırı (taciz) bir risktir.

Genellikle erkeklerden daha az sıklıkta alıkonulan kız çocukları için gözaltı tesisleri ve imkânları daha kısıtlıdır. Birçoğu ailelerinden ve çevrelerinden uzak şekilde yetişkinlerin ortamı ve sistemine terkedilmiş durumdadır. Bazı gözaltı merkezlerinde sanitasyon eksikliğinin yanı sıra kızların adet dönemlerini yönetmek için kişiye özel malzeme eksikliği olmaktadır. Kişilerin özeline gösterilen önem eksikliği, banyo ya da tuvalete gitmek için oluşturulan alanlarda, cinsel taciz ya da saldırı riskini artırmaktadır.

Çocukların tutulduğu tesislerin (tutuklu kaldıkları tesisler) genellikle eşya depolarından farkı olmamaktadır. Ulusal güvenlik gerekçesiyle veya göçü kontrol altında tutma gerekçesiyle, tutuklu bulunan çocuklara gerekli eğitim ve benzeri hizmetler verilmemektedir. Hatta koruma veya bakım adına özgürlüğünden yoksun bırakılan engelli çocuklara,

sık sık ihtiyaç duydukları eğitim ve diğer hizmetler sunulmamaktadır. Suç teşkil eden eylemlerinden dolayı gözaltına alınan çocukların tutuklu kaldıkları tesislerin birçoğunda personel yetersizliği nedeniyle öfke yönetimi, yaşam becerileri dersleri ve eğitimlerini sağlamak, danışmanlık ve diğer rehabilitasyon desteğini sağlamak için gerekli altyapı bulunmamaktadır.

Avustralya, İngiltere ve ABD de yapılan araştırmalara göre özellikle sığınma talebiyle gözaltında tutulan çocukların yüksek oranlarda kaygı, depresyon ve post-travmatik stres bozukluğu belirtilerine rastlanmıştır.

Sığınma talebiyle gözaltında bulunanların, içerisinde buldukları koşullar, uluslararası korumaya ihtiyaçları olmalarına rağmen sığınma taleplerini geri çekmelerine neden olmaktadır.

• Gözaltına Alternatifler

Hükümet, özgürlükten yoksun bırakılmanın son çare olarak kullanılmasından emin olmak için, gözaltına doğru alternatifler kurmalı ve uygulamalıdır.

Adalet sisteminde ki, bu alternatif prosedürler ve programlar; şartlı tahliye, arabuluculuk, danışmanlık, toplum hizmeti ve çocukları gözetim altında tutarak topluluk içinde okullara devam edebilmelerini sağlamak ve gece kalmak için eve dönebilmelerine izin vermek gibidir.

Avustralya, Kanada, Endonezya, Tayland, Birleşik Krallık'ta denetim, gözetim ve dava yönetimi programlarında tecrübe edildiği, ABD'de de görüldüğü gibi, göçmen çocuklar ve aileleri için neredeyse bütün göçmen tutuklularda toplum kökenli alternatifler (sığınmacılar, mülteciler için barınacak ortam verilmeli ve diğer göçmenler düzenli olarak okula gitmeli, topluluk içinde çalışmalı, bunlar olmazsa da diğerleriyle düzenli olarak iletişim halinde olmalı) tercih edilmelidir.

Araştırmalara göre bu yöntemler, daha sağlıklı, daha uygun maliyetli ve sığınmacıların ya da göçmenlerin yargılamalarında daha mukayese edilebilir bir oran oluşturur. Ayrıca devletler refakatsiz ve ailelerinden ayrı düşmüş çocukların, hedef veya üçüncü ülkelerdeki yakınlarının yanına yerleştirilmesi için daha fazlasını yapmalıdır.

Uyuşturucu kullanan çocuklar, uygun tedavi ve bakımı almalıdır.

Zorunlu ilaç gözetli merkezleri, tedavi veya hapsin alternatifi olarak düşünülemez. BM işkence özel raportörü çağrılarına ve 12 BM kuruluşlarına paralel olarak, devletlerin hemen tüm ilaç gözetli merkezlerini kapatması gerekir.

Engelli çocuklar kendilerinin ve ailelerinin gerekli desteği ile toplum içinde yaşarken kendi haklarından yararlanabilmelilerdir. Kurumsal tedavi gerekli olduğunda, tedavi sıkı emniyet tedbirleri dahil olmak üzere sıkı tedavisel protokoller ile takip edilmelidir. Engelli çocuklar, önemli kararlar alabilmek (medikal tedaviyi de kapsayan) ve kurumsallaşmaya meydan okuyabilmek adına uygun yasal destek almalıdırlar.

...

Son yıllarda, aksi bir durumda gözetli alınabilecek çocuklara yönelik iyileştirmede pozitif gelişmeler oldu. Geçen seneki verilere göre, Amerika Birleşik Devletlerindeki çocuk gözetli merkezlerinde sayı 1996 yılından 2011 yılına kadar hızla ve devamlı düştü. 2014 yılında yürürlüğe giren yasa, suç işlediği anda 18 yaşından küçük olan çocuklara şartlı tahliye hakkı verdi hatta bu yasa, 2015 yılında 22 yaşın altında iken suç işleyenlere şartlı tahliye kararı verilmesine kadar genişledi.

Çoğu ülkeler, son yıllarda göçmen çocukların gözetli alınmalarını sona erdirmek veya hızla gözetli alınan göçmen çocukların sayısını tenzil etmek konusunda hemfikir. Fransa ve İsrail politikaları göçmen çocukların gözetli alınmasını, istisnai durumlarla sınırlarken, Finlandiya, Malta ve İngiltere bu uygulamanın sona erdiğini bildirmiştir. Panama, Japonya, Türkiye ve Tayvan göçmen çocukların gözetli alınmasını yasaklayan yasalar çıkarmıştır. Güney Afrika'nın Yüksek Mahkemesi 2004 yılında başlayan kararlar ile göçmen çocukların sadece son çare olarak gözetli olabileceğini belirtmiştir.

Şubat 2015'te federal mahkemenin kararına göre, ABD göçmenlik yetkilileri, sığınmacı ailelerin tek tek serbest bırakılması için gereken değerlendirmeyi başlattı. Haziran 2015 yılında İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün ve diğer kuruluşların başından sonuna kadar aynı güçle sürdürülen savunuculukları sonrasında, ABD hükümet yetkilileri, sığınma talepleri meşrulaşan gözetli ailelerin çoğunluğunu birkaç hafta içerisinde serbest bırakmaya başladı. Yıl içinde daha sonra, başka bir federal mahkeme, çocukların uzun süreler boyunca çocuk bakımı için

lisans almamış hapisane benzeri tesislerde muhafaza edilmediğini tespit etti.

2010 yılında, İnsan Hakları İzleme Örgütü tarafından verilen istihbaratlara cevaben UNICEF, 2006 yılından bu yana finanse edilen Kamboçya Choam Chao gözaltı merkezini inceledi. UNICEF, merkezde suüstimal bulunduğu için Kamboçya ilaç gözaltı merkezlerindeki tüm çocukların derhal serbest bırakılması çağrısında bulundu. Buna karşılık, hükümet, merkeze çocukların kabul edilmesini durdurdu ve kısa bir süre sonra merkezi kapattı.

Bu adımlar, hükümetlerin gözaltına ve hapse olan güvenlerinin daha fazla zayıflayacağını gösterir. Çocukları hapsedmek, çoğu zaman, faydasız, kötüye kullanılan ve zarar veren bir şeydir. Devletlerin bu gerçek olguların farkına varma ve hukuksuz uygulamaları sona erdirmeye zamanları gelmiştir.

ÖTENAZI VE HAYSIYET: MERHAMET VE HUKUK ARASINDA

Christian BYK*

Çeviren: Av. Zeynep ÇAKIR

Hayattan ölüme geçişin ve ötenazinin ilk kelime anlamı olan tabiri caizse - tercih edilmeyen -tatlı ölüm; gücü tükenen, çok acı hisseden bir bedenin son anlarına eşlik eden merhametli bir tutum uygulamıyor mu? Başkasının yok olan hayatına karışan; bir kamu kuruluşunun yetkisi ile yemininin gereğini yerine getirmeyen doktor; hastanın refakati boyunca acılarının yanında ve ötesinde ondan sabrı ve merhameti esirgememelidir.

Bu hatırlatma; bazen tedavi edenin taahhüdünün gerçek anlamını gizleyen medikal bir tedaviyi zorunlu kılan, hayatın sonu ile ilgili sorunlara yaklaşma biçimine açıklık getiren; yüzde 80 oranında hastanede ölümlü bekleyen hastalar için özel bir yer bulur. Ötenazinin merhametli yaklaşımı, aynı zamanda hastanenin insanileşmesi ve tıbbaya verilen değere karşı endişenin geri dönüşü olarak da anlaşılabilir.

Bununla birlikte ötenazi sadece bu değildir. Çünkü merhamet sadece doktorlara tanındığı bilinen insani bir fazilettir.

Her insanda bulunması gereken ve hiç şüphesiz diğerlerine de iade edilmesi gereken; hayatın sonunda olan bir insan için aile üyelerinin, eşinin, çocuklarının veya yakınlarının tutumlarında beliren bu merhamet duygusu; toplumumuzdaki abartılmış bireysellikteki zayıflığa karşın ölümden daha kötü bir uzaklaşma sayılmaz mı?

Açgözlülük; kayıtsızlık ya da bencilliğin panzehri olan merhamet; sosyal etik, şahsi duygusal davranış hatta dayanışma; zorlu bir şekilde ölümümüzü yaşamaya engel olan bu kadar acıyı azaltsa bile kanunlarda bir değişiklik yaratabilir mi?

* Hakim, Uluslararası Hukuk, Etik ve Bilim Derneği Genel Sekreteri.

İtiraf etmek gerekir ki hukuk ve merhametin karşı karşıya gelmesi iyi olmaz. Çünkü hukuk olayları kategorize ederken merhamet hissedilene değer verir. Hukukun mutlaklığı olgusal ve hiçbir bilimsel araçtan etkilenmeksizin sonuç odaklıdır; amaç, etki gibi. Merhametli gerçek insana göre aşkın olan bir sevgi gerçeğidir. Ama bu gerçek tutkulu ve karışık bir gizem inceliğinde sunulmuş.

Aynı zamanda merhamet konusunu inceleyen yasalar; daima yüksek seviyede olamama hissiyatını, detaylıca mercek altına alma ve hâkime beceriksizce sunulmuş bir olay ve umarsızca sürüp giden bir yaptırım arasında yön tayin etme şeklinde hesaba katarlar.

Gerçekten bu ikilemi çözebilmek için, hayatın sonu ile ilgili bu sorunu hukuki olarak belirtmek ve onu hukuk, sübjektif hak ve insan hakkı kavramı içerisinde çözümlenmek mi gerekir? Bu çözüm, hastanın üzerinde hâkimiyeti indirgenen bir hekim için can sıkıcı olabilecek derecede ve karşı çıkılabilecek bazı duraksamalara yol açmaktadır.

Bu bahsedilen çözümde pozitif hukuk; iyileşme ihtimali olabilecek bir şekilde ağır bir tedaviyi kabul etme veya tüm önerilen tedaviyi reddetme hakkını düzenlemekte olup 2.seçeneğin hayati tehlike oluşturduğunu belirtiyor.

Elbette kişi hangi özgürlük; hangi değer üzerine hayatın sonlarında bir hak talebinde bulunabilir? Ölüm hakkı, tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği gibi, yaşam hakkına sahip çıkma, insan ve insan onuru adına insanın iradesi üzerine kurulmuş özel hayatın gizliliğine saygı çerçevesinde barındırılabilir bir dayanaktır.

I. ÖTENAZININ MERHAMETLİ YAKLAŞIMI:

Bu yaklaşım; ötenazinin veya destekli intiharın her bir statüsünü çevreleyen; failin hastanın acısını daha aza indirdiği hatta onu acıdan uzaklaştırmasıyla oluşan elverişliliğinden dolayı oluşan özel şartları göz önünde bulundurmaktadır. İlgili olaylara karşı bir sosyal cevap içerisinde büyük bir esneklik sağlayan bu yaklaşım; aynı zamanda ötenaziye ve destekli intiharı prensip olarak yasaklamaya devam eden devletlerin tutumuyla da çalışmaktadır.

A. Acıyı Dindirme Kıstası olarak Merhametli Yaklaşım

1. Esnek Hukuk: Prensip ve gerçeklik arasında; Yargıcın Takdiri

Şüphesiz, hâkime bir takım sübjektif ve objektif koşullarla takdir yetkisini tanıyarak, acıyı azaltacak veya daha titiz bir infaz tarzını izleyen olayların failini mağdura; ötenaziye ve hekim destekli intihara baş kaldıran yasak prensibini korumaya mücadele eden politika anlayışı genel anlamda mevcuttur. Eğer yasa bu özgürlüğe bir olanak sağlarsa, bununla birlikte merhametin karakterize edilmesi ve ona katkıda bulunması gereken uygun yaptırımlar üzerindeki tartışmayı; vakıaların-mantiken burada olmaması gereken-niteliğinin yorumlanmasının üzerinden başka bir yere götürür.

Ayrıca Alman Hukuku öngörüyor ki “her kim kurbanın etkili ve ısrarcı talebi üzerine ölümüne sebep olursa; 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır”. O halde bu durum için 5 yıl ceza öngörülmüştür. Bununla birlikte İngiliz uygulaması suçun niteliğinin değişmesine izin vermektedir. Cinayet² üzerine 1957 Yasası'nın 4.kısımında³, ihmal suretiyle adam öldürmenin niteliği fail ve kurban arasında mütakabil anlaşmadan doğan intihar olarak değiştirmiştir. Böyle bir girişimin temel sakıncası; şüphesiz ki merhametli davranışı gerçeğin ortaya çıkmasına emanet etmek ve kurbanın acı çekmeye yönelik sonuçlarını hâkimin iradesine bırakmaktır.

2. Merhametli yaklaşımı prosedürel düzeyde amaç edinme teşebbüsü

Kendisine uygun gelmeyecek bir ruh hali içerisinde davranışını sorgulayabilen birey için; zamanın verdiği alışkanlık ile rastlantısal olarak toplum kuralına daha az veya çok daha basitçe öneri veya beceriksizce bir tanımla yasal kılınacak; sorgulamalara hoş karşılanmayacak şekilde yer verir. Belirtmek gerekir ki; hâkimin önüne çıkmaya sebep olabilecek durum, objektif bir üslup ile en azından harici bir görüşe razı olacaktır.

2 Çevirenin notu: Burada bahsedilen cinayet kavramı; adam öldürmenin nitelikli halidir.

3 Çevirenin notu: Bu kısım Alman Ceza Kanununda meşru savunma hakkının engellenmesi olarak işlenmiştir.

Ulusal Etik Danışma Komitesi tarafından 2000 yılında ileri sürülmüş bu öneri anlayışı; bir ötenazi istisnası olarak tanınabilmek için görüş bildiren ilgililerin hak iddialarına fayda oluşturmak sadece olguda ve hukuktaki etkin pişmanlıkta da değil; ayrıca onları motive edebilecek bir kuvvet olabilecek hasta tarafından yapılan ötenazi talebine saygı, acıları azaltmaya yönelik endişe; kaçınılmaza karşı merhamet gibi farklı disiplinlere sahip bir Komite tarafından bilgilendirme ya da inceleme düşüncesiyle vardır. Hakim yine de hükmünün yaratıcısı olarak kalacaktır.

Hayret verici bir şekilde yargı olgusunun ve ceza muhakememizin karşılaştırılması, bakımından devamı olmayan dışardan bir bakış açısıyla el atmayı tercih eden Fransız Kanun Koyucusu; hastaların haklarını ve doktorların sorumluluğunu düzenleyen 2002 ve 2005'teki yasal müdahalelerinden başka hakları da düzenlemiştir. Diğer taraftan; diğer haklar verilen cezanın kaldırılmasını sağlayacak nitelikten yoksundur. "Status Quo"⁴

B. Merhamet ve Yaptırımların Kaldırılması

1. Merhamet ve Yaptırımların Kaldırılması

Danimarka'da Ceza Kanunu'nun 84.ve 85.maddeleri; failin güçlü bir tahrik etkisi altında davrandığı durumda da dahil bazı özel durumlar için indirilmiş veya azaltılmış cezaları düzenlemektedir. Bu kanuni karyineyi; 2006 yılındaki Humbert Davasında; sulh ceza hâkiminin; kurbanın karşı konulamaz yönlendirmesi altında failin işlediği suçtan ceza almaması yönündeki verdiği takipsizlik kararında da görebiliriz.

Hatırlayalım ki Fransız Hukuku etkin pişmanlık durumunda acıdan ayrı olarak yani acının etkisi altında kalmadan; sürekli uyumlu koşulları özellikle yaşam gücünü tüketmemesi açısından ölüme yakın mağdur için ötenaziye veya destekli intihara izin verebilir.

İsviçre hukukunda Federal Ceza Kanunu 115.maddesi faili şöyle cezalandırmaktadır: kim bencilce bir dürtüyle birini intihara veya intihar görünümümlü cinayete yönlendirirse girişimin gerçekleşmesi veya intihara-

4 Çevirenin notu: Status Quo; ya da diğer anlamda Statüko; bir olgunun önündeki durumunu belirten bir Latince deyiştir.

rın tamamlanması halinde özel bir cezayla 5 yıl veya daha fazla hürriyetten mahkûm edilir veya adli para cezasına çarptırılır.

Bu 115. madde merhametli bir biçimde fiili işleyen failin cezai olarak soruşturulamayacağını mefhumu muhalif şeklinde yorumlar. Aynı zamanda destekli intiharin varlığını kanıtlayan yasal bir temele de hizmet eder.

2. Merhamet ve Soruşturmaların Elverişliliği

Soruşturmanın merhamet açısından elverişlilik prensibi aynı zamanda ötenazinin yasal meşruluğu sosyal meşruluğunun önüne geçecek şekilde de kullanılmıştır. 1975 yasasından önce başarısız bir şekilde ceza kovuşturmasının elverişliliği baş göstermişti.

Ötenazi ve intihara yardımdan hareketle çok hoş görünmeyen bu durum için; davalarda gösterilen şeffaflık ilkesi gereğince olayları soruşturmamaya karar veren savcının hareketinin meşruluğu tartışmaya açık olabilecek bir durumdur. Ayrıca; tıpkı Madame Pretty davasında olduğu şüpheli ve ağır bir suç işlediği gerekçesiyle; karısının intiharina yardım eden kocaya yüklenen şüphenin zayıflığı ile kamu davası açılma ihtimaline karşı çıkan ve bu olayın bir daha İngiliz Makamları tarafından takip edilmemesi politik itibarı umursamayan bir karar da bulunmaktadır.

Mademki kişi; 3. bir kişiye güvenerek merhametle hareket eden ve son isteği hürmet-i şayan kişiye karşı güvence vermek istiyorsa [daha sonra soruşturulmaması açısından] ;bu durumu sadece hukuki yaklaşımın mantığını sağlam bir adımla devirerek aşabilir.

Savcılık kurumuna veya ötenazinin infazını nitelendirebilen bir özel durumun içinde olan hâkime bir şeyler ispatlamak isteyen fail; sosyal ahlakta bozuşma yaratan(!) merhamet adına hareket etmek isterse; yasa hayatın sonu çerçevesinde ispat külfeti yüklenmesine izin vererek kriterleri belirleyebilir.

II. ÖTENAZİNİN İDARİ YAPTIRIMI [Suçun Hafifletilmesi]: Doktorun yükümlülüklerine dayanan Yaklaşımdan Hasta Haklarına dayanan yaklaşım

Ötenazinin idari yaptırımı pozitif hukukta; ötenazi ve destekli intihar üzerindeki çağdaş tartışmanın ilk sırasında yer alan hekimlerin yüküm-

lülüklerinin hafifletilmesi anlayışından meydana gelmektedir.(A) Ama bu adımı; gerekli olarak ötenazi hakkının varlığını; en azından bu varlığın gerçekliğini ve böyle bir hakkın kapsamı üzerinde bir perspektifin açılmasını teşvik etmektedir.(B)

A. Hekimlerin Ödevlerine dayanan Yaklaşım: Bir Kavramsal Belirsizlik

Bazı koşullar altında; hekimlerin ödevleri üzerine bir yaklaşım yaratan, bunları özgürleştiren, yasaların belirlediği kriterlere saygı duyarak ötenaziye yasallaştıran iki Avrupa Ülkesi (Hollanda ve Belçika) bütün bu şartları tamamladığı durumlarda ötenazi fiili cezai ihlal olarak sayılmamaktadır.

Bu yaklaşım en azından Hollanda için; uzun bir kanuni ve içtihatısal düşüncenin meyvesi olarak ötenaziden veya destekli intihardan yararlanmak için genel ve mutlak bir hak yaratmaz. Bu; özellikle üçüncü dünya ülkelerinde idari yaptırımın sosyal algısının belirsizliğidir. Bu belirsizlik hastanın hakkına dayanan yaklaşım bakımından ihmal edilemez bir yere sahiptir.

1. Hollanda Yasası: Aşamalı İlerleme:

İlk etapta;1993'te onaylanan yasa Yüksek Mahkemenin İçtihadı tarafından düzenlenmiş; pozitif hukuka yasal bir çerçeve sunmuştur.

Ötenazinin ve destekli intiharın hükümden kaldırılması düzenlenmemiştir ama ötenaziye uygulayan hekimler, hastanın dayanılmaz acılarına son verebilmeyi bir zaruret hali olarak gördüklerinden ötenaziye desteklerini ileri sürmüşlerdir. Bunun sonucunda; cenaze törenleriyle ilgili kanuni düzenleme; zorunlu olarak; tıbbi ötenazi durumlarını savcıya ve rolü sonradan yasa tarafından zaruret halini (umutsuz tıbbi durum, dayanılmaz acılar, onları dindirmek için hiçbir alternatifin olmaması, hastanın ısrarlı talebi, ikinci hekim görüşü, ailenin bilgilendirilmesi gibi) nitelendiren; bu tanınmış koşullara saygıyı (uyulup uyulmadığını)korumak olan bölgesel bir komiteye ihbar edilmesi düzenlenmiştir.

İkinci bir etap ise; bu belirtilen şartlara titizce uyan hekimin cınayetten kovuşturulamayacağını belirtmek için 2001 yılında değiştirilen ceza kanunudur. Her bir bildirilen vakıa için bağımsız bir inceleme ger-

çekleştiği ve karine teşkil ettiğinde ötenazi hakkının varlığı karşısında hekimin ötenaziye veya destekli intiharı uygulama zorunluluğu yoktur.

Bununla beraber tıbbi uygulamalar üzerinde yapılan incelemeler; hastanın iradesine dayanan bir sübjektif hakkın tanınmasına giden net bir değişimi göstermektedir. Ayrıca üstesinden gelinemeyen acıların kriteri tek bir görüş için yeterlidir, dahası; hastalar saygı duydukları haysiyetlerine karşı hayatlarını sona erdirmeye ilişkin görüşlerini ifade etmektedirler. Hastalar hür vicdan içinde ölmeyi ve ailelerine kendileriyle ilgili mükemmel bir hatıra bırakmayı diliyorlar. Yeni yasa bu dileği dikkate alıyor ve bu anlamda ön soruşturmanın tespitine karşın; hekimlerin kabul edebilecekleri bu taleplerin niteliği üzerindeki tartışmayı sona erdirerek ötenaziye izin vermektedir.

2. Belçika Yasası veya Özgür Felsefenin Manifestosu:

2002 Belçika Yasası; Hollanda mevzuatının son halinden biraz yakındır. Her iki olayda; ne zaman hekim fiilini yasal kriterlere uygun olarak yerine getirirse, ona karşı hiçbir ihmal yüklenmiş olmaz. Denetim usulü Komşusu Hollanda'da; belirlenen komisyonun yerel olması haricinde benzerdir. Aynı şekilde Belçika yasası ötenaziyle ilgili ön soruşturmalara ilişkin düzenleme de içerir. Bu iki düzenleme arasındaki temel fark; ötenazi talebiyle alakalıdır; Belçika'da bu talep yazılı şekilde yapılmalıdır. (Hollanda'da sözlü olarak da kabul ediliyor)

Bu kuvvetli benzerlikten; Belçika uygulaması benzer değişimi hastanın iradesi çerçevesinde merkezileşmiş olarak göstermektedir.

Fransız Hukuku açısından; Kamu sağlığı L. maddesi 1110-5 son fıkrası; hekimin görevleri üstüne oluşturulmuş olup; icra ettiği fiilin ömür kısaltabilecek ikinci sebep olduğu düşünülerek cezai sorumluluğun kaldırılması düşünülebilir mi? Bu durumda bazı hekimler iradi düşüncelerini bildirirken hastanın hakkı problemi gerektiğinde ele alınacaktır.

B. Hasta Haklarına Dayanan Yaklaşım: Müdahaleye tabi Hak

1. Karşılaştırmalı Pozitif Hukukta Ötenazi veya Destekli İntihar Hakkının Tanınmasındaki Başarısızlık:

Ötenazi veya destekli intiharı pozitif hukukta uygulama başarısızlığı

ğı; olduklarından daha hızlı olabilmeleri için bunların bazı şekillerinin tanınmasıyla ilgili pozitif hukukta sınırlarını çizmelerini bulmaya benzemektedir.

Avrupa dışındaki ülkelerde (Birleşik Devletler, Kanada gibi) ve Avrupa'da; ötenaziye veya destekli intiharı yasallaştırmak için insan haklarına ilişkin metinlerin temelinde yapılan teşebbüsler şimdiye kadar başarısız oldu. Ayrıca Pretty Davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 2.maddesinde kişinin hayat kalitesini ilgilendiren sorunlarla veya hayatında ne yapmayı seçtiğiyle ilgili bir bağlantı kurmamaktadır. Ve bu 2.madde lafzına uymayan ölme hakkının taban tabana zıt bir hak olmasına mani olmuştur. Aynı şekilde 3.maddenin işkence yasağını ve insan dışı veya küçük düşürücü muameleyi yargıya bağlayarak belirsizliği sonlandırmıştır.

Bununla birlikte eğer tarihimizin hafızası kabul edebilirse; kanıtlayabilirse; hatta bireysel veya kolektif intiharı yüceltirse (Jean Moulin) “özgür yaşamak veya ölmek” cumhuriyetçi değerlerin bir parçasını oluşturmaz mı? Öyleyse neden bu haysiyet denen kavramın her birimiz için bir kader anı yaratabileceğini kabul etmiyoruz? Neden anayasal bir değer olan haysiyet; bu şartlar altında ötenazi veya destekli intihar hakkına dayanmıyor?

3 önemli itiraz sebebi bu reddedilişi kanıtlamaktadır: Birincisi; yaşam hakkını koruyan; ana başlık altında içerdiği öldürme fiilini engellemek olan ve hayatı korumaya yemin eden hekimin de dinen uyması gereken “öldürmeyeceksin” emridir. İkincisi talep edenin süregelen acıların ve kırılganlığının sebep olduğu bir takım fiillerin serbestliğini reddetmektedir. Yani kısaca kişinin bu yaptığı fiillerin çektiği acılara, hislerine dayandırılmaması gerektiğinden bahsetmektedir. Ama Masada Yahudileri yaşamları konusunda çok mu özgürdüler? İşkence altında konuşma riskinden kaçarak karanlık ordunun askerlerinin kendilerini öldürme özgürlüğü için ne söylenebilir?⁵

Bu bahsedilen kahramansı örnekleri anlamamıza yardım eden son sebep; ölüme bir anlam yükler. Tatlı ölüm arayışı bireyciliği tamam-

5 Çevirenin notu: Romahlılara teslim olmak istemeyen; İsrail'in güneyinde yer alan Nesef Çölündeki Masada 'dan adını alan 960 Yahudi; silah kullanmayı bilen 10 kişiye kendilerini öldürttürerek intihar etmişlerdir.

layan bir fiil olacaktır. Yani hukukun mutluluğa son darbesi diğerleri açısından –hayatımız için savaşılan hekimler ve bizi seven yakınlarımız- daha az can yakacaktır.

Öyleyse eğer; ölüm iradesi, temel veya tamamen özgür bir hak tarafından suç teşkil edilen seçiminde eşlik edilme iradesi; eğer artık daha bencil bir davranış olmamalı ise; son kez de olsa hala sesini duyurmak için herkesin sahip çıkabileceği bağımsız bir hareket olabilir mi?

2. Pretty İctihadının Gizli Yüzü veya Yaşamın sonunda İrade hakkının Adımları

Dar anlamda yaşama hakkının ve öneminin üstünlüğü olan Pretty Davası gizli bir yön içerir. Bu davada kaliteli hayat kavramının, özel hayatın gizliliğinin korunmasının içine girdiği kabul edilmektedir. Bunu yaparak olaydan olaya; hukukun aksi yönünde devlet tarafından yapılan müdahalenin yasallığını tartışmaya çağırmaktadır. Burada Pretty Davası; Avrupa İnsan Haklarının oluşturulmasında önemli bir katkı sağlamaktadır. Bu katkı; 8.maddenin vermiş olduğu güvencenin varlığının altındaki prensibi, kişinin iradesine sahip çıkması (kendi hakkını tayin etmesi) olarak yansıtmıştır.

O zamandan beri özel hayatın gizliliğine ilişkin İngiliz Hükümetinin ileri sürdüğü bu kanıtla; nitekim reddedilen ölme hakkının içinde; destekli intihar hakkının da var olduğunu belirtir: “Mahkeme; yaşam hakkının tıpkı, herkesin hayatı üzerinde ister fiziken ister ahlaken olabilecek bir tehlikede olsun; gündelik aktivitelerin parçası olabilmesi yönünden yetkiye sahip olduğunu gözlemlemiştir. Ve eklemektedir.” Aynı şekilde belirtilen ve sebep gösterilen davranışın[ötenazi talebinin] sağlık için riskli olması gibi veya mantıklı olarak kabul edebilmesi bir yana hasta kişi sınırsız bir huzur hayal etmektedir. Sözleşmenin kurumları, içtihatları ve 8.madde 1.paragraf; zorlayıcı veya özel hayata zararlı cezai yaptırım açısından devlet müdahalesini önlemeyi göz önünde bulunduruyor.

Bu mantığı Madame Pretty davasına uygulamış olan Mahkeme; hastanın hayatının son anlarını varlığının bir parçası olarak geçirmeyi seçen ve buna saygı duyulmasını talep eden bir hassasiyet olarak kabul ediyor ve mahkeme şöyle bitiriyor: “Bu durumda kararın uygulanması

ve bunun dikkate alınması, yasa tarafından engellenen başvuru; la-yık olmayan ve can sıkıcı bulduğu hayatına son verebilir.”. (Mahkeme yasalar tarafından engellendiği takdirde bu durumun oluşabileceğine kanaat getirmiştir.)

Ancak oluşacak olan zarara ilişkin mahkeme bunun sadece sözleş-medeki 8.madde 1.fıkradaki; ilgilinin özel hayatına saygı hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. O halde geriye bu zararın; yasa tarafından ön-görülen ve demokratik toplumda bir ölçü olan bu müdahalenin ulusal güvenliğe; kamu düzenine; ülkenin ekonomik rahatlığına, yönergelerin savunulmasına ve ceza ihlallerinin önyargısına, sağlığı; ahlakın veya başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin korunmasına gerekli olduğu kadar özel hayata da müdahale eden devletlerin 8.maddenin 2.parag-rafındaki belirtilen gerekliliklere uyulup uymadığını incelemesi kalır.

İlk kararın etkilerinden kaygılı olan mahkeme eğer yargılanan devle-te hak verirse; saygı duyulmuş olan orantılılık-ölçülülük ilkesine değer vererek gelecekte görülebilecek diğer durumlar için sembolik de olsa biraz yükümlü olabilecek ve yargının terazisini bozmayacaktır.

Zaten 2004'teki Glass Davasından mahkeme ilk kez 8.maddenin ih-lal edildiğine kanaat getirmiştir. Suni solunum makinasına bağlı olan engelli gencin durumunda; hekimlerin onu makinadan çıkarılması ve yeniden diriltmemesi için talimat yazıldığını ve morfin periyoduna uyul-masını belirten durumuna karşı; başvuran ebeveynler tarafından rızaları olmadan yapılan bu medikal hareketin sözleşmenin 8.maddesini ih-lal ettiğini belirtmişlerdir. Mahkeme ise ebeveynlere hak vererek yasak bir yol izleyip; mahkeme kararı olmadan hiçbir durumda çocuklarının ölümünü hızlandırmak için uygulanan müdahalenin; yapılan itirazla-ra rağmen 8.madde ihlali oluşturduğunu belirtmektedir. Bundan sonra mahkemeye, zıt bir durumda insanın hayatının sonu ile ilgili belirttiği iradi düşüncesinin yasalara uygunluğunu denetlemek kalır.

III. SONUÇ:

Yıkıcı ve kahredici güçlere karşı mücadele eden insanın hikâyesi acı dolu bir anlam ve değer bulmaktadır. Acı devrimcidir. Umutludur. Acı her şeyi değiştirir. Son olarak; müsamaha gösterilen insani zayıflı-ğın belirtisi; hiçlik ile ötesinin arasında ölümün o anında bir trajedi ve kargaşadır.

Ne zaman insan sessizlik örtüsünü, haysiyeti dışında tüm niteliklerinden yoksun bırakılmış bir kişinin üzerine örterse; ölümün çığlığı, yaşamın çığlığını bastırır. İnsan tuvalinin beceriksizce de olsa; kanunun lafzı bakımından; hayatını sonlandırmasını başkasının merhameti ve saygısına teslim eden kişinin acının evrensel ipliğinde asla mahvolmaması gerekir.

Herkesin karar verebilme iradesindeki saygıya karşı dolambaçlı bir yol izlenen; perdesi çekilmiş bir hayat sahnesinden çıkması gereken ötenazi veya destekli intihar hakkının tamamıyla bir insan hakkının parçası olabileceği kabul edilmelidir.

DÜŞMAN CEZA HUKUKU – TORBADAN ESKİ ŞARAP

Dr. Lorenz LEITMEIER*

Çeviren: Av. Orhun ÜLBEGİ

Terör tehlikesinin daimi olduğu bir zamanda yaşıyoruz. Bu konunun nasıl ele alınacağına dair Hukuk İlmi cevaplar aramaktadır. Terörle mücadele bakımından Kalkışma Suçları Anayasa'ya uygun mudur?¹ Irak ve Şam İslam Devleti (İŞİD) gibi terör grupları lehine sempati beyannamelerinin (yeniden) cezaya tabi tutulması, Ceza Hukuku'nun sınırlarını çok mu genişletmiş olur? Böylece İfade Özgürlüğünü çok mu sınırlandırıp savunmak istediğimiz değer yargılarından vazgeçmiş olur muyuz?² Günter Jakobs'un bu dergide³ iki defa sergilediği ve savunduğu "Düşman Ceza Hukuku"nu, Thommas Fischer güncel bir köşe yazısında⁴ tartışmıştır.

"Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşı sonrası zamanına ait, en sivri zekâlı, en merhametsiz ve en itinalı lonca düşünürlerinin" teklifini bir Federal Hâkim, ilim sahasının ötesinde, esaslı bir alternatif modeli olarak tartışıyor ve bu teklife "ürkmüş hukuk ilmi yeterli karşılık veremiyorsa"⁵, "Düşman Ceza Hukuku" nu bir defa da Jakobs'un fayda sağladığı emek sandığının bilimsel verileriyle, yani Max Weber'le kıyaslanması gerekecektir. Weber'in metodolojisi, Jakobs'un modeli doğrultusunda okunacak olursa:

"İdeal Tıp"ın mucidi ve "Değer Yansızlığı" havarisi olan bilim öğretisinin büyük ustası Weber, 100 yıl önce Jakobs'a en güzel repliği yazmıştır:

* Münih Sulh Ceza Hakimi.

1 BGH (Alman Federal Adalet Mahkemesi Kararı); 3 STR 243/13 = HRRS 2014 Nr. 929; karara yönelik; *Petzsche*, HRRS 2015, 33.

2 Deutsche Richterzeitung (Alman Hakimler Gazetesi) 2014, 410 vd.

3 HRRS 2004, 88 und HRRS 2006, 288.

4 Die Zeit 20.1.2015 (1. Bölüm) ve 27.1.2015 (2. Bölüm), çevirim içi erişim: <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-01/thomas-fischer-strafrecht-voelkerrecht>.

5 Düşman Ceza Hukukuna kapsamlı literatür için Greco, Düşman Ceza Hukuku, 2010, S. 31-47.

I. Bilim: Tasvir Edicidir

Jakobs tasvir edici muhakemenin ve hukuk manzumesinin değil, bilim manzumesinin bir parçası olarak postula⁶ edilmiş (doğru olan) dünyanın aksine, gerçek dünyayı tarif ettiğini tekrarlayarak belirtmektedir⁷: “Talebim, herhangi bir kimseyi düşman olarak şekillendirmek değildir, aksine hukuk manzumesinin kimi düşman olarak ele aldığını tasvir etmek ve gelecekte kime bu rolün isnat edilebileceğini tahmin etmektir. Amacım, kural koymak, hatta siyasi postulalar koymak dahi değildir, aksine mevcut durumların tespiti ve bunların geleceğe uzantılarıdır.”⁸

Dolayısıyla Jakobs tarif etmektedir, değerlendirme yapmamaktadır. Onun düşman ceza hukuku modeli meşrulaştırıcı değil, analitik olmalıdır. Jakobs’un sorusu: Hukuk nasıl tesir eder, kimi hariç tutar? Jakobs, “Mücadele yaşamasının”⁹ gerçek tesirinin bilimsel sunumunu arzulamaktadır. Dolayısıyla O, hukuk kurallarını, olması gereken hukuk açısından ele alan hukuk dogmatikliğinin kavramsal geçerlilik alanıyla uğraş vermek yerine, gerçek hukuk düzeni¹⁰ için olan hukuku¹¹ esas alan hukuk sosyolojisi ile uğraş vermektedir.

Şu halde soru; Jakobs tasvir edici bilimin kıstaslarına yeterli gelebilecek midir?

6 Çevirenin Notu (ÇN): Varsayımsal kelimesinin karşılığıdır; ispat edilmeye gerek duyulmadan doğru olarak benimsenen önermeye verilen addır.

7 HRRS 2006, 289 vd.

8 HRRS 2006, 289 vd.

9 ÇN: Mücadele yasalarından anlaşılması gereken, kamu tüzel kişisi olan devlete ve onun yasal sınırları içinde yaşayan bireylere yönelmiş fiil ve faili kapsayan kanunlardır.

10 *Weber*, Ekonomi ve Toplum anlayış sosyolojisinin temel sınırı, revize edilmiş 5. Baskı, Johannes Winckelmann’dan temin edilmiştir, Tübingen: Mohr, 1972, S. 181: “hak, hukuk düzeni ve kanundan söz edilmekteyse eğer, o halde hukuki ve sosyolojik bakış biçimini birbirinden katı biçimde ayırt etmek gerekir. Birinci olan, Fikri (ide) hak olarak ne geçerlidir sorusunu sorar. Yani hangi anlam bir diğer ifadeyle, dilsel yapı bakımından kanuna mantıksal olarak hangi normatif anlam yüklenebilir. Son olanın sorusu ise:

Cemiyetin iradesine uygun olarak Cemiyet içinde fiilen ne olur. Çünkü bunlar cemaat eylemlerine katılan insanlardandır. Bunlar özellikle cemaat eylemlerine önemli ölçüde sosyal yönden fiilen etki edebilme kuvvetini ellerinde bulunduranlardır. Bunlar belirli düzenleri subjektif olarak geçerli görüp işlevsel olarak ele alırlar yani, kendi davranışlarıyla yön tayin ederler.”

11 Karş. *Raiser*, Yaşayan Hukuk, Almanya’da Hukuk Sosyolojisi, yenilenmiş 3. Baskı 1999, S.243 vd.

1. Weber’in Talebi: Değer Yargısı Yansızlığı

Jakobs’un “Merhametsizce” düşünmesi¹² ve “Political correctness”i (siyaseten doğruluğu) görmezden gelmesi, Weber’e göre en iyi önkoşuldur: “Bilimin menfaatine yapılabilecek en büyük kötülük hayatın huzur bozucu olgularını ve gerçeklerini görmezlikten gelmektir.”¹³

Ancak Bilim, ne yapabileceğini ve sınırlarının nerede olduğunu dikkate almak mecburiyetindedir. Özellikle, “Çoğunlukla saç teli kadar çizgisi” olan bilgiyle inanç arasındaki ayrımı dikkate almak zorundadır.¹⁴ Bilimin görevi uygulama için tarif çıkarmak amacıyla bağlayıcı normları ve idealleri araştırmak değildir¹⁵: “Bir avukatın kültürel eserlerin değer ve varlığını mevcut ‘hukuka’ bağlı olduğunu ‘ispat etme’ yükümlülüğü ne kadar azsa; bir doktorun yaşam sürelerinin uzatılmasının her durumda mücadele etmeye değer olduğunu ‘ispat etme’ yükümlülüğü o kadar azdır. Her ikisi de sahip oldukları yöntemlerle bunu elde etme imkânına zaten sahip değillerdir. (...) Normatif ve ampirik bilimler, siyasi eylemde bulunanlara ve çekişmeli taraflara ancak öngörülemez hizmet sağlayabilirler yani onlara söyleyecekleri: 1. Bu pratik benzerine veya başka sorunlara ilişkin ‘son’ mütalaalar mevcuttur. 2. Aralarından seçim yapılan görüşlerin sonucunda hesaba katacağınız vakıaların durumu böyle veya şöyledir.”¹⁶

Farklı değerler arasında karşılaştırma yaparak, “Derhal bir karara varmak, haliyle artık bilimin değil, aksine irade sahibi insanın olası görevidir: O, vicdanı ve şahsi dünya bakışına göre irdeleyerek söz konusu değerler arasından seçim yapmaktadır. Bilim, ona belirli değerlere taraf olma neticesi pahasına ve böylece –günümüzde memnuniyetle göz ardı edilen- kural olarak diğer kişilere karşı da taraf olma pahasına, her türlü davranışa, tabii ki duruma göre davranmama bakımından da bilinçli

12 Fischer (Dipnot 3).

13 Johannes Winckelmann, tarafından yayımlanan 1988, S. 146-214; S. 154 vd., 7. Baskı: Bilim Öğretisi’nin Derlenmiş Makaleleri’nin, içinde: Weber, Sosyal Bilimlerin ve Sosyal Siyaset Nesnellüğünün Bilgisi.

14 Weber (Dipnot 11), S.212.

15 Weber (Dipnot 11), S.149.

16 Johannes Winckelmann tarafından yayımlanan 1988, S. 489-540; S. 496/499, 7. Baskı: Bilim Öğretisi’nin Derlenmiş Makaleleri’nin, içinde: Sosyolojik ve Ekonomik Bilimlerin “Değer Yansızlığın” Anlamı.

olmaya yardımcı olabilir. Seçimi yapmaksızın onun görevidir”.¹⁷ Weber için önemli olan sadece, “Bir yandan pratik imperatif olarak normun ve diğer yandan ampirik vakıa tespitinin hakikat meriyetleri sorunsalının mutlak heterojen zeminde yatmasıdır. Bu tanımazlıktan gelinir ve katmanları zorla birleştirme arayışına girilirse, her birinin münhasır liyakati ortadan kalkacaktır. (...) Bir amacın nasıl önlenemez çareleri iyileştireceği sorusu gibi, istenmeyen yan sonuçların nasıl hesaba katılabileceği sorusu veya bunları bütünleyen üçüncü soru olarak; somut durumda çatışan çok taraflı ihtilafların iradi ya da mecburi çarelerle nasıl çözümleneceği şeklindeki bu basit sorular dahi, tamamıyla söz konusu seçimin veya uzlaşmanın konusudur. Bu konuda bir karar sunabilen hiçbir (rasyonel veya ampirik) türde bilimsel prosedür yoktur.”¹⁸

2. Jakobs’un tahvili

a) İddia Edilen Tarif

Tüm muhalif görüşlere cevap verdiği 2006’daki makalesinde Jakobs, sadece tarif ettiğini iddia etmektedir. Tasvir edici düzlemde hareket ettiğini çok defa açıklığa kavuşturmasından dolayı bakiye şüphenin kalmasına da izin vermemektedir:

“Herkes kişi olarak davranılması gerektiği bizatihi sadece bir postuladır¹⁹ ve cemiyet için bir modeldir, ancak gerçekleşen hakiki bir cemiyetin parçası değildir. (...) O halde, postula edilmiş hukuk ile model hukuku ve de cemiyetin gerçek normatif bünyesi arasında -ikna ediciliği ne kadar olsa da- ayırıştırma yapılması açıkça şarttır. Birincisi gelecekte ‘zihnen’ yön tayin edebilir, ancak ilgili durumda ‘burada ve şimdi’ (...) sadece bu belirleyicidir. Bir hukuk postulası koyabilmekle, bir hukuka gerçekten sahip olmak aynı değildir ve sadece sonuncusu söz konusu şimdiki zamanda yön tayin etmeye olanak sağlayan gerçekten sahip olduğumuz hukuktur. (...) Postula edilmiş doğru olanın dünyası böyle sınırları tanımlıyor olabilir ancak gerçek dünya bunları tanımaktadır.”²⁰

17 Weber (Dipnot. 11), S.150.

18 Weber (Dipnot. 14) S. 501/ 508.

19 Doğru olduğu ispata veya kanıta dayanmadan kabul edilen önerme.

20 Jakobs, HRRS 2006, 290.

Jakobs buraya kadar metodolojik olarak doğru gitmektedir: Hangi düzlemde gerekçelendirdiğini açıkça ifade etmektedir.

b) İşlevsel Değerlendirme

Jakobs başlangıçtaki temas ettiği beyanatının aksine tasvirinin değer yansızlık alanını fütursuzca ve hızlıca terk etmektedir. Sunum metnine girişi dahi baştan sakıncalıdır: “Tekrar ettiğim gibi, notlarım tasvir edicidir, kural koyucu değildir. (...) Göstermeye çalıştığım imparatorun vücudunun, yani devletin, bazı alanlarının düzenli hukuk devleti kıyafeti ile kapalı olmasının aksine, çıplak olduğudur. Hatta devletin, hukuk devleti katılığından tümünden zarar görmemesi gerekiyorsa günümüz şartlarında çıplak da olması gerekmektedir.”²¹

Jakobs, saf tasvir edici gerekçelendirme yaptığı beyanına takiben, Düşman Ceza Hukuku'nun “Olan olmalıdır” gerekliliğini kaleme alarak düzlemler arasındaki geçişleri tanıtmaksızın tasvir etmek yerine değerlendirmede bulunmaktadır. Akabinde de gerekçelendirmesi sıklıkla değerlendirmelerden ibarettir. Bu takipteki gibi okunmaktadır: “Her ne kadar düşman olan ilkesel hasmımızın, geçici kusurlu vatandaşlarımıza göre daha farklı davranılması gerektiği algısı geçmişte olduğu gibi bugünde doğru olsa da, 350 yıl önce formüle edilen Hobbes'un düşüncelerinin birebir günümüze aktarılabileceği beklenemez”.²² Jakobs tasvir edici düzlemde böyle bir şey yazamazdı; bu açıkça koşul koyucudur. Jakobs'dan başka kim, bir kimsenin vatandaş değil de, düşman olarak davranılması gerektiğine karar verebilir?

Hasımlık ilişkisinin uzantısını da Jakobs belirlemektedir: “ Bugün ilkesel hasmından (sadece) yerleşik iktidara karşı olanın anlaşılmaması gerekir, daha çok anayasal cemiyete iradi olarak karşı olan kişinin olduğu kavranması gereklidir. (...) Kim hayatını kriminal yapılarla dayandırıyor ve bir ölçüde sürekli olarak kendini ona doğrultuyorsa, onun için topyekûn olmasa da kısmi olarak, ön görüsel hukuka sadık davranma yetisi ve böylece koşul olarak kişi statüsü hukuken kırılmaktadır. (...) Gerçekleşen hakiki bir cemiyet inatçı hasımlarının bir fazlasını veya bir azını kapsamlı bir şekilde hariç tutmaktan kaçınamaz.”²³

21 Jakobs, HRRS 2006, 290.

22 Jakobs, HRRS 2006, 290.

23 Jakobs, HRRS 2006, 294.

Vatandaşlık statüsü kaybı ve hasımlının kaçınılmaz biçimde hariç tutulması yönünde sarf edilen bu cümleler, yine hukukun tasvir edici özelliğinin aksine olağan üstü normatiftir. Çünkü kişi olarak davranılma talep hakkını kimin kaybedeceğini kanun koyucu değil, kanunları sözde tasvir eden Jakobs belirlemektedir.

“kim, kişisel davranışına yeterli bilişsel (kognitif) güvenlik sağlayamıyorsa, artık birey olarak davranılmasını da bekleyemeyeceği gibi, devlet de ona artık kişi olarak davranamaz, çünkü, davranması halinde diğer kişilerin hakkı olan güvenlik hakkına zarar vermiş olacaktır. İlkesel olarak ayrışan kişi, kişisel davranışa teminat vermemektedir. Bu yüzden ona vatandaş olarak davranılması gerekliliği yerine, onunla düşman olarak savaşılmaması gereklidir. (...) Vatandaşlık durumuna zorlanamayan birey, kişi kavramının nimetlerine iştirak edemez. Doğa Durumu işte bir normsuzluk halidir yani, ölçüsüz savaş gibi bir ölçüsüz özgürlüktür. Mücadeleye galip gelen normun ne olduğunu belirler, mağlup ise onun direktiflerine boyun eğer. (...) Diğer bir ifadeyle, kim düşmanını yurttaş suçu kavramına dâhil ederse, ‘savaş’ ve ‘ceza muhakemesi’ kavramlarının birbirine karışmasına şaşırması gerekir. Yine bir başka anlamıyla, kim yurttaş ceza hukukunu hukuk devleti özelliklerinden (...) arındırmak istemiyorsa, batmamak uğruna teröristlere karşı yapılması gerekeni farklı, ne var ki düşman ceza hukuku ya da zapt edilmiş savaş şeklinde adlandırması gerekir.”²⁴

Bu cümleleri koşul koyucu Jakobs’tan başka kim formüle edebileceklerdir? Kim neyin yapılmasının “Gerekliliği” hakkında karar verebileceklerdir? Kim düşmanları hariç tutup, Doğa Durumu’na yollayabilecek veya kim “zapt edilmiş” savaş durumuna hükmedebileceklerdir? Bu cümlelerin tasvirle hiçbir alakası yoktur, sadece normatiftir. Jakobs’un gerekçeleri “olması gereken” düzlemedir. Bu olguyu irdelemekten ise, muhaliflerine yönelik müdafaa için özellikle kaçınmak istemiştir.

3. Weber’in Repliği

Jakobs’un ele aldığı gibi bir incelemeyi Weber şahsen anlayış göstermekle birlikte, bir Bilim İnsanı olarak şüphesiz bu incelemeyi reddetmektedir: “Öte yandan, ampirik tespit ile işlevsel değerlendirme

²⁴ Jakobs, HRRS 2004, 92.

ayrımının ‘güç’ olup olmadığını tartışmak istememekteyim. Çünkü güçtür (...). Yine bunun ötesinde tartışmak değil aksine açıkça kabul etmek istediğimse: özellikle tüm işlevsel değerlendirmelerin ilgasının hayali içerisinde kuvvetle muhtemel bilindik şemaya göre: ‘vakıaların kendi adına konuşturulmasıyla’ içsel etkileyici çağrışımlara sebep olunur. Ancak sadakatsizlikten dirilerek gerçekleşen hayali bir hükmün kendini gerçeklikte sayması, yine de hükme yöneltilen bizatihi eleştiri anlamına da gelmemektedir. Bu ancak şu telakiye varmaktadır: Eğer, öğretmen işlevsel değerlendirmelerinin başarısız olacağına kendini inandırmak istemiyorsa, bunları da bu şekilde öğrencilerine ve de kendine mutlak olarak inandıracaktır. (...) Oysa burada söz konusu olan kendince çok önemsiz bir talepten ibarettir: Araştırmacı ve sunumu yapan (‘değerlendirilmesi yapılan’ ampirik insanların davranışlarının tespitleri de dahil olmak üzere) ampirik gerçeklerin tespitini ve işlevsel değerlendirmelerini, yani netice bakımından buna bağlı gerçeklerini (incelemenin objesi haline getirilmiş ampirik insanların bazı ‘değerlendirmeleri’ de dahil etmekle) memnuniyet edici ya da tatsız olduğuna ilişkin hüküm kurandır. Ancak sonuç olarak, konusu heterojen sorunlar teşkil etmesinden ‘değerlendirme yapanın’ görüşünü mutlaka ayrık tutması gerekir.”²⁵ Weber’e göre “olan” ile “olması gerekenin” ayrı tutulması gerekliliği merkezidir: “somut bir olgu bu ya da başka şekilde davranır mı? Neden ilgili somut vakıanın bu ya da başka şekilde gerçekleşmediği? (...) sorularını yönelten insanları beklemek zorundayım.

Anlam bakımından esasen ayrı olmayan sorulardan: somut bir durumda işlevsel olarak ne yapılması gerektiği? ve hangi kıstaslar altında söz konusu durumun tatmin edici veya tatsız görünebileceğidir, (...) buna karşın bir kimse: aynı kitapta, aynı sayfada, hatta aynı söz dizimsel birimin içindeki temel ve yan cümlede, bir yandan biri ve diğer yandan diğeri için olan iki heterojen sorunlar hakkında beyanda bulunarak iki tür heterojeni mutlak olarak kabul etse de yine de kendine yarar sağlayıp sağlamayacağı, belirsizliğin diğer tarafını teşkil eder. Ancak ondan beklenen sadece: Problemlerin mutlak heterojenliği hakkında okuyucularını bilmeyerek (veya bilinçli cazibeyle) aldatmamasıdır. Şahsi

25 Weber, (Dipnot. 14), S. 497 vd.

kanaatime göre, hataya düşmenin engellenmesi bakımından dünyadaki hiçbir aracın yeterince “titez” olmadığıdır.”²⁶

Weber’e göre geçerli olan: “Bilimsel tarafsızlığın esaslı kaidesi bu sebeple: Bu gibi durumlarda [sarf edilen değer yargılarında], düşünen araştırmacının sonlandırdığı yer ve zamanda irade sahibi insanın konuşmaya başlayacağını, nerede gerekçelerin akla, nerede duygulara hitap ettiğini, her daim okurlarına (ve –yeniden diyelim- özellikle kendi için!) açıklığa kavuşturması gerekir. Vakıalar hakkında bilimsel tartışmanın ve değerlendirilen düşünce telakilerin sürekli birbirine karıştırılması ihtisasımızın halen en yaygın ama en zararlı yıkıntularındandır. Takipteki beyanatımızın yönü ideallerimize değil, bu karıştırılmaya karşıdır. Tutumsuzluğun ve bilimsel ‘nesnellığın’ hiçbir akrabalığı yoktur.”²⁷

II. Araç: “İdeal Tip”

Jakobs’a göre, parıldayan “Düşman Ceza Hukuku” ideal tipi, “kanun koyucunun söz konusu mücadele kanunlarından ve diğer yasalardan arındırma”²⁸ çabasının sonucunda meydana gelmiştir. Böylece Jakobs, Weber’in bilim öğretisinin merkezi aracını devralmaktadır.

1. Weber’in Yönergesi

Weber’e göre bilimlerin çalışma sahalarının temelinde, “Şey’in nesnel illiyetleri” yerine, “Problemlerin zihinsel illiyetleri” yer almaktadır.²⁹ Bilginin nesnel geçerliliği, veri gerçekliğinin kategorilere dayanmasından kaynaklanmaktadır. Bilim tek başına üstesinden gelebilir: “Ampirik gerçek olmayan ve de gerçeği resmetmeyen ancak, gerçeği düşünerek geçerli bir biçimde düzenlemesine izin veren kavram ve vargıdır. (...) Her kim, Kant’a dayanan Modern Epistemoloji’nin temel fikri olan: Kavramların daha çok ampirik olanın manevi egemenliğinin amacı için fikri araçlar olduklarını ve tek başına olabilecekleri düşüncesini takip ederek sonuca varırsa, o kimse, kati genetik kavramların zorunlu olarak ideal tipler olduğu durumuna ve bunların oluşumuna karşı gele-

26 Weber, (Dipnot. 14), S. 509 vd.

27 Weber, (Dipnot. 11), S. 156 vd.

28 Jakobs HRRS 2006, 293.

29 Weber, (Dipnot. 11), S. 166 vd.

meyecektir.”³⁰ İdeal tipler illiyet bağlantılarını düzenlerler. Bu anlamda bunlar sadece gerçekte ulaşılamadıkları için idealdirler: “Önceden vurgulanmalıdır ki, olan ile olması gereken düşüncesi, mülhaza ettiğimiz mantıksal anlamda ‘ideallerin’ fikri oluşumuna ‘emsal teşkil’ ettiğini bu aşamada öncelikle titizlikle elde tutulmalıdır.”³¹

İdeal tip, belirli ilişkileri ve aşamaları, kendi içinde çelişkisiz evrenin düşünce bağlantısında birleştiren bir fikri oluşumdur: Fikri oluşum, tek taraflı bakış açısını veya açılarını bir yönüyle yüceltilerek, müphem ve ihtiyatlı, bazen az veya çok, kısmen hiç olmayan beliren bakış açılarının birleşmesi suretiyle kendi içinde ahenkli bir düşünce meydana gelen tekil hadiselerin görünüm kazanmasıyla edinilmektedir. Oluşan bu fikir, kavramsal saflığı içinde gerçekte hiçbir yerde ampirik olarak bulunmayabilir (...).³² Gerçeği yakalamak için tespit edilmesi gereken, “Gerçekliğin söz konusu ideal fikre ne kadar yakın ya da uzak olduğudur.”³³ Kanuni düzenlemeler bunun için elverişlidir: “Hukuk kurallarının evreni aynı zamanda kavramsal olarak belirlenebilir ve (hukuki anlamda!) tarihsel gerçeklik içinde geçerlilik kazanır. Ancak onların işlevsel anlamı bizim uğraş verdiğimiz sosyal bilimlerin çalışmaları ile ilgilidir. Bu bağlamdaki anlamı ise ancak, sıkça ampirik verinin ideal istisnasının birbiriyle ilişkilendirmesiyle kesin olarak bilince çağrılabilir.”³⁴

2. Jakobs’un tahvili

Jakobs tam da Weber doğrultusunda, “Yurttaş Ceza Hukuku” ile “Düşman Ceza Hukuku”nu ideal tipler olarak kullanmayı arzulamaktadır. “Neredeyse hiçbiri bu vasfa kavuşamayacaktır.”³⁵ Düşman ceza hukukunun belirleyici tipik özellikleri: Cezalandırılabilirlik oldukça öncesine aktarılarak, şahsi alanın içine girilmektedir; kanunilik unsurları bakımından ceza ölçüsüz olmaktadır; Parlamento “mücadele yasasına” geçmektedir; muhakeme teminatları ise azaltılmaktadır.³⁶ Hukuk

30 Weber, (Dipnot. 11), S. 213/208.

31 Weber, (Dipnot. 11), S. 192.

32 Weber, (Dipnot. 11), S. 191.

33 Weber, (Dipnot. 11), S. 191.

34 Weber, (Dipnot. 11), S. 195.

35 Jakobs, HRRS 2004, 88.

36 Eser/Hasemer/Burkhardt’da Jakobs, Yayınlayan, Bin yıl dönümü önünde Alman Ceza hukuku İlmî, Münih 2000, S.47, S.51.

gelişimini analiz etmek için kabul gören sezgisel (heuristik) değere sahip olduğu sürece bu tipik özellikler temelde ideal tip sorunu teşkil etmeyecektir.

Weber ile Jakobs'un ortak yanı, ideal tiplerini aşırı oluşturmalarıdır: “Yurttaş ceza hukuku herkesin hakkıdır. Düşman ceza hukuku ise, düşmana karşı duranların hukukudur. Düşman açısından ise, savaşa kadar varan fiziksel bir baskıdan ibarettir. (...) - içersinde mutlaka sayısız ara kalıplar mevcut olmakla birlikte- yurttaş ceza hukuku norm geçerliliğine sahiptir, düşman ceza hukuku ise, (geniş anlamda: Nizam kanunnamelerini de içine alarak) tehlikeler ile savaşılmaktadır.”³⁷

a) Düzensizlik

Bu kısım ile beraber sorunsallık başlar: İdeal Tip için inşa edilen “düşman” kavramıdır. Ancak, kavram bizatihi düzensizdir yani, olması gereken ideal tipin karşıtıdır.

Bung çalışmasıyla sonuçlandırıldığı üzere, bu merkezi kavram belirsiz kalmaktadır: Jakobs'un da ifade ettiği üzere kişi düşman vasfına ancak, ondan beklenen bilişsel (kognitif) asgari teminat davranışı yerine getirmemesi halinde erişecektir. Ancak bundan ne anlaşılması gerekir? Bilişsel (kognitif) asgari teminat formülü, bir sanığın vatandaş olarak veya düşman olarak işlem göreceği hakkında karar verecekse, her şey formülün kavramsal itinalığına ve makullüğüne bağlıdır. Tabii ki bu aşamada, Jakobs'a anlaşılması zor olan çekimserlik reçetesi verilmelidir. Jakobs'un gerekçelendirmesi ya sadece esasen ölçüsü olmayan soyut formüle dayanmaktadır ya da O, ilk bakışta gerekçelendirme statüsünün nasıl yerleştirileceği konusunda bir takım şüpheleri çağrıştıran ifadeleri seçmektedir.”³⁸

Jakobs bu eleştiriye karşılık vermektedir: “Bilindiği üzere düşman belirlemelerinde düzensiz olduğum ifade edilmektedir. Tespit doğrudur, ama iddia olarak yanlış ifade edilmiştir: ‘Yurttaş’ veya ‘Yurttaş Ceza Hukuku’ ve ‘Düşman’ veya ‘Düşman Ceza Hukuku’ kavramları bakımından söz konusu olan, İdeal Tip olmalarıdır. Ancak bu saf belirginliğiyle uygulamada mevcut değildirler. Uygulama daima kavramların

37 Jakobs HRRS 2004, 90.

38 Bung, HRRS 2006, 68.

arasında yer almaktadır. İşte karma türlerin belirtilerini (Stigma) taşıdıkları yüzünden de düzensizdirler.”³⁹ Jakobs bu repliğiyle, İdeal Tip’in anlamını iskalamaktadır: Zira bu kavramları geliştirmesindeki amaç, itinalı ve saf kalıplara sahip olabilmektir. Oysa Jakobs düzensiz kavram oluşturma iddiasını gerçekliğe aktarmaktadır; sanki üzerinde inceleme yapılan nesnenin, sonrasında buyruğuna gireceği açık seçik kavramları sunmak zorunluluğu içindeymiş gibi. Peki, “İşlevselliği belirsiz olduğu” için mi Jakobs’un İdeal Tip’inin belirleyici kriteri havada kalmaktadır?

İdeal Tipler tam da bu şekilde işlememektedir: onların altı çizilmeli ve tam olmaları gerekir ki, “karma kalıp gerçekliği” ölçülebilir. Model, gerçekliğin hizmetindedir aksi söz konusu değildir. Eğer İdeal Tip’in belirleyici kriteri yeterince açıklığa kavuşacak şekilde çalışılmazsa, ideal tip fuzulidir ve hizmet sağlayamayacaktır. Bu heuristik (sezgisel) olarak “GAU”⁴⁰ yakındır. Bu da, Weber’in “Karizmatik Lider” İdeal Tipi’nde “Karizma” vezniyetini, “gerçekliğin bir karma kalıp” olmasından dolayı belirsiz bırakmasına benzetmektedir.

Jakobs “Düşman” tarifi sunmamaktadır; kavramsal denemeleri çaresizdir: “kimin buna tam olarak dâhil edileceği şüphesiz güç tarif edilebilir. Ancak imkânsız değildir: “Kim kendini yerleşik kriminal yapının bir parçası haline getirdiyse, onda münferit suç fiillerine rağmen ortak bir “modus vivendi”⁴¹ bulunabileceği beklentisi saydamlaşacaktır. Şu halde münhasır yanılısama “sonsuz karşıt olgu” beklentisidir. (...) Düşman, düşman olarak ele alındığı sürece sivil toplumla ilişik kuran kanun külliyatı karşılıklı yoksunluğundan eksik olacaktır. Zira düşmanla kurulan ilişkiden farklı olarak toplumun düşmanla münasebeti hukuki düzlemde gerçekleşmeyecektir. (...).”⁴²

Bu belirlemeler hukuk alanını terk etmektedir. Hukuk, sağladığı ko-

39 Jakobs HRRS 2006, 293.

40 ÇN: Nükleer Reaktör kazalarından beri gelen bir kısaltmadır. Kavram kabul edilebilecek asgari kaza eşiği olarak karşılık bulmaktadır.

41 ÇN: “Modus vivendi (Latincece modus; mode, tarz, biçim; vivendi ise yaşam anlamına gelmektedir; dolayısıyla modus vivendi; “yaşama biçimi”[1] olarak çevrilebilir.) Uluslararası hukukta, uyuşmazlık içindeki iki devletin, temeldeki anlaşmazlığın çözümünü başka bir zamana bırakarak, geçici bir durumla yetinmeleri biçimindeki anlaşma. Ateşkes bir modus vivendi’dir. Genellikle ticaret ve gümrük sorunlarında başvurulan bir yöntemdir. “ (kaynak: https://tr.wikipedia.org/wiki/Modus_vivendi).

42 Jakobs HRRS 2006, 294.

şulları ne kadar az temin edebiliyorsa, kimi kapsayacağı konusundaki belirlemesi de o kadar eksik kalacaktır. Kaldı ki bu hukuka ilişkin değil, siyasete yöneltmesi gereken bir sorudur. Bu nedenle Jakobs'un tekrarlayarak atfı yaptığı Hobbes hasbelkader siyasi bir düşünür değildir.⁴³

b) Değerlendirme

“Düşman” normatif açıdan da son derece sorunsaldır. Bu kavrama bağlı olarak, ceza hukukunun bir suçluya nasıl davranılacağı –bir kişi mi yoksa “kişilikten arındırılmış” olarak mı- belirlenecektir. Bundan bağımsız olarak, Jakobs Ideal Tipi'ni nasıl tanımlarsa tanımlasın, “Düşman” kavramı tek başına değerlendiricidir: Kavram, savaş ve genel imhayı içinde barındırmaktadır. Jakobs, ceza hukuku ile düşmanın ahenk içinde olabileceği, yani suçlunun ceza hukuku bakımından düşman olarak ele alınabileceği kararını vaktinden önce kesinleştirmiştir. Jakobs değerlendirmesiyle, bir değer yansızlık tarifinin çok ötesinde bir fenomene yol açmaktadır: Düşman kavramı öncelikle fenomeni inşa etmektedir. Lafzı ise artık değerlendirmelerden temizlenemeyecektir.⁴⁴

Jakobs kavramlaştırmasıyla, ceza hukukunun hatırı sayılır bir bölümünün savaş hukuku olduğuna karar verir. Neden modeline “önleyici ceza hukuku” olarak isimlendirmemektedir? Bu yönde bir isimlendirme daha az heyecan uyandırıcı, ancak (oldukça) tasvir edici olurdu.

Jakobs bu itirazı kayda alıp elinin tersiyle itmektir: “Roxin (...) ve Greco (...) özellikle kavramın ‘meşruiyetini-kabullenen kullanımına’ karşı yönelmektedirler. Ancak meşruluk, zorunluluğu tasvir eden taraftan sağlanmamaktadır”.⁴⁵

Jakobs burada çift hataya düşmektedir, Avrupa rütbesindeki keskin zekalı bir düşünür olarak yeterli sorun bilincini göstermemektedir: “zo-

43 Jakobs, Carl Schmitt'le ilişkilendirmesine karşı da kendini savunmaktadır: “bir ölçüde Hörmle'nin izahları tabii ki gerçekliğe yakındır (...). Sadece onların camiasına karşı yönelmekteyim: Düşman Ceza Hukuku – Carl Schmitt (...). Bir Lektürün esnasında bir kimsenin zihninde “C.S.” şimşegi çakarsa,- bunun nedeni neden metinden kaynaklanmaktadır?” (HRRS 2006, 297). Gerçi “Düşman” kriterini teorik biçimlendirici olarak belirleyici tanıtan kimse, Carl Schmitt'le ilişik kuracaktır (Diğer bir anlatımla Bung, HRRS 2006, 64). Aynı şekilde, “ceza hukuku söylevi” tanıtılabilir ve bir kimse Hebermas'ı düşünürse, şaşırılabilir.

44 Ottmann, Siyasi Düşünce Tarihi, Cilt 4/1, Metzler, 2010, S.58.

45 Jakobs, HRRS 2006,297.

runlu” sayılabilecek bir şeyi “tasvir” ediyorsa, ona tarafgir olmuştur. Ancak “zorunlu” olarak adlandırmaksızın, sadece tasvir etse dahi: O, sadece var olan değerleri yeniden üretmiş olur ve böylece zaten hâlihazırda verileni kabullenmiştir. Bu halde sadece (sözde değer yansız olan) değerler gerçekliğin tasvirini pozitivist olarak çiftleştirmiş olur ⁴⁶.

3. Weber’in Repliği

Kim ideal tiplerinin içerisine tasvirleri taşıyorsa, Weber’e göre ilkel bir sorunu meydana getirmiş olur: “Buna karşın, gerçeklik ilişkisini mantık açısından kıyaslayan mantıksal ideal tipler ile idealler aracılığıyla gerçeklik değerlendirmesinin birbirinden kesin olarak ayrıştırılması, bilimsel öz-kontrolün esas vazifesidir ve hileli olarak elde etmenin önlenmesi için yegâne araçtır. Her ne kadar tekrar teşkil etse de, bizim anlamamızda bir “İdeal Tip”, tasvir eden kanaatten tamimiyle farksız olarak, saf mantıksal ‘mükemmellik’ haricinde diğer bir ideal tip ile hiçbir ilgisi yoktur. Genelevlerin olduğu kadar dinlerinde ideal tipleri vardır (...).”⁴⁷

“Ama hiçbir şey natüralist önyargıların teşekkülünden oluşan savlarla tarihin birbirine karıştırılmasından daha tehlikeli olamaz. Bu, ister söz konusu teorik tasavvurların ‘esaslı’ içeriğinin ‘öz’ tarihsel gerçeklikte sabitleştirildiğine inanılması biçiminde olsun, isterse Prokrustes’in-yatağını kullanmak suretiyle savların tarihin içine sıkıştırılması şeklinde olsun ya da hatta, ideaları belirtilerin ardında duran firarın ‘esaslı’ gerçeğini asıl ‘kuvvetler’ olarak nesnelleştirilmesiyle tarihe tesir edecek şekilde gerçekleşsin. (...)

İcatlar da ideal tipin inşasına müsaade verebilir ve bu yapılar önemli ölçüde sezgisel (*heuristik*) değere de sahip olabilirler. Ancak bu esnada, ideal tip ile gerçekliğin iç içe geçmesi tehlikesi yüksektir. (...) Bir yandan kavramların mantıksal düzeni ve diğer yandan, yer, zaman ve nedensellik bağlantısı içinde idrakin ampirik tasnifi birbirine öyle mü-

⁴⁶ Ottman (Fn.39), S. 58. Fischer ‘de de bu hata vuku bulmaktadır: “Bay Jakobs’a Düşman Ceza Hukuku buluşu yüzünden çok ithamlarda bulunulmuştur –her ne kadar bunu bulmamış aksine sadece tasvir etmiş olsa da”. Teröristler “düşman” mı yoksa “yurttaş” mı? Jakobs’un bu sorusunu kim devralacaksa: o tuzağa düşmüştür. Çünkü o kimse, ceza hukukunda olmayan Jakobs’un (normatif) dikotomisini (ÇN: ikililiğini) devralmıştır.

⁴⁷ Weber, (Dipnot 11), S.200.

hürlenir ki, asıl insanın gerçeklikte katılması için gerçekliğe şiddet uygulanması yönünde şeytana uymak karşı konulmaz olur.”⁴⁸

III. Modelin İradi Değeri

Amaç terör iştirakleri için sempati fillerinin cezalandırılabilir olup olmadığı yönündeki hukuk siyaseti sorularını cevaplandırılmak arzusu ise, Jakobs’un modeli –metoda düzgün riayet edilmesi koşuluyla- sezgisel (heuristik) değere sahip olabilir: Jakobs’un da ele aldığı gibi öncelikle, kıstasları saf biçimde barındıran bir ideal tip geliştirilmelidir. Bu ideal tipi (geniş anlamda) tasvir edici; “önleyici ceza hukuku” olarak gösterilmelidir ki, evvelinde değerlendirme yapan bir hüküm verilmesin. Elde edilen bu ideal tipe dayanarak, “sempati iştiraki” suç tipinin (tipikliğin) bu ideal tipe ne kadar yakın olduğunun, güvenlik için hangi kazancın ve ifade özgürlüğünde hangi kayıpların beklenmesi gerektiğinin ve de değerler arası çatışmasının nasıl görüldüğünün ayrıntılı biçimde incelenmesi gerekir.

Bununla beraber de bilimin sınırlarına da ulaşılmış olunacaktır: Sonra bu tipikliğin kanunlaştırılması gerekip gerekmediği, bilim insanının değil, siyasetin görevidir. Oysa Jakobs’un düşman ceza hukuku, “düşman” kavramını varsaymaktadır. Dolayısıyla Jakobs öncelikle, kavramın sebeplerini nitelendirmesi ve hukuka aykırılık unsuru ile ideal tipine olan mesafesini belirlemesi gerekirdi. Ancak bunun için kavramsal açıklığa ihtiyaç vardır. Çünkü zorunluluk arz eden her durumda sanığın kişi statüsü elinden alınmaz.

Yasalara uygun ve aykırı olan kamu gücünün ne olduğunun bilinmesi gerekir⁴⁹. Jakobs, tasvir edici ve kuralcı gerekçelerle normatif hukuk siyasetini ve de değer yansız hukuk sosyolojisini birbiri ardına sıralayarak; hangi zeminde hareket ettiğini tanıtmadığı için düşman ceza hukuku kavramının analitik kısmını da değerden düşürmektedir.⁵⁰

48 Weber, (Dipnot 11), S.195/203 vd.

49 Hannah Arendts’in “Macht und Gewalt” 2005, S.57, adlı kitabındaki ünlü ifadesine göre: “İktidarlık ile Güç birbirinin aksidir”,

50 Aynı tertipsizlikle Fischer (Dipnot 3): Jakobs, önceleri mesafeli sonrasında şaşkırtıcı bir biçimde talepkâr olarak düşman ceza hukukunu resmetmiştir. Bunun için ona haksız yere saldırılmıştır: Hukukun artık “adaleti” ve “şansı” yaratmak istemediği aksine bunların imgeleri üzerine oluştuğudur. Jakobs demek ki, bir yandan “şaşırtmayı onaylamaktadır”, diğer yandan sadece (tanımlayıcı) irade yardımcısıdır.

IV. Sonuç

Düşman ceza hukuku metodik açıdan bir yıkımdır: Jakobs “olan” ile “olması gereken” arasında, sanki bunlar arasındaki fark Beşeri Bilimler’de önemsizmiş gibi geçiş yapmaktadır. O, tasvirin yöntemleriyle “zapt edilmiş savaşı” tarif etmeyi, aynı zamanda bunun zorunluluğunu kanıtlamak ve nitekim sınırlarını çizmek istemektedir. Jakobs savaş durumunu dayatmaktadır. Ancak bu dayatma, sanki zapt edilmiş savaş dinmeyecek ve Guantánamo da sonuçlanacakmış gibidir. Eğimli zemine adım atan her kimse tutunacak yer bulamayacaktır. Jakobs’un tanısı tasvir edici ise, “Düşman ceza hukuku kuralları” Anayasaya aykırıdır. Çünkü Anayasalar, ceza kanunu savaş hukuku şeklindeki kabulüne izin vermemektedir. Ayrıca Anayasa geçerli olduğu sürece “ceza kanununda zapt edilmiş savaş” normatif olarak temsil edilemez.⁵¹Düzlemler arasında geçiş sayesinde Jakobs teorisine bağlılık kazandırmaktadır: model normatif unsurları bakımından eleştiriliyorsa, sadece tasvir edici olmayı arzulamaktadır. Can alıcı noktalarında açıklama bulunmadığından modelin tasvir ediciliği de eleştirilememektedir. Yüce Weber ile karşılaştırıldığında her şey küçük tesir etmektedir; düşman ceza hukuku ise neredeyse kaybolmaktadır.

(HRRS Mart 2015 (3/2015) S. 128)

51 Fischer (Dipnot 3) köşe yazısının ikinci bölümünde, “düşman ceza hukuku bakımından; bu dünyanın Dick Cheney’leri “dark side”ı tercih ettiklerinden modelin çözüm olmadığını zikredenler odak noktasından sapmış olurlar: Düşman Ceza hukuku elverişsiz değildir. Ancak mevcut Anayasa ile yapılamayacaktır. Reddedilmesi eğimli zeminde tutunacak yer olanağının sağlanmamış olmasından değil, Art. 1 GG (ÇN: Alman Anayasası madde 1) eğimli zemine girmeyi yasaklamasındadır. Yürürlükte olan Anayasa ile çatıştırılmaması hukuk felsefesinin taslağı olabileceği yönündeki bir itiraz da, bu olguya yardımcı olamaz: Jakobs (sözde) hukuku olduğu gibi açıklamaktadır. Açıklama getirilecek geçek durumlar yanlış veya doğrudur. Doğruysa, tüm düşman ceza hukuku kanunlarının anayasaya aykırı olduğundan hükümden kaldırılır – ancak Jakobs bunları “zorunlu” olarak adlandırmaktadır. Normatif açıdan ama bu taslak, Anayasa’ya aykırı olduğundan izin verilemez. Fischer’in bunu açıklığa kavuşturması gerekir. Federal Mahkeme hakimi sıfatıyla yazan bir kimsenin, Federal yasalara da bağlı kalmak durumundadır.

CİNSEL SUÇ MÜKERRİRLERİ TEDAVİ ETMEK İÇİN MEDROKSİPROGESTERON ASETAT VE SİPROTERON ASETAT KULLANIMININ ETİK AÇIDAN ANALİZİ

Elizabeth PITULA

Çeviren: Av. Umur AKSAKAL

Özet

Toplumca bilinen en kötü ve maalesef yaygın suçlar tecavüz ve çocukların cinsel istismarıdır. Cinsel suçluların bu suçu tekerrür oranları oldukça yüksektir. Bu suçu işleyen kişilerin tedavisi akıl sağlığı uzmanları, politikacılar ve genel kamu için büyük önem arz etmektedir. Maalesef bilişsel-davranışçı terapi de dahil rehabilitasyon ve geleneksel tedaviler SSGİ (Selektif Serotonin Gerilim İnhibitörleri) sadece minimum düzeyde başarı oranı yakalamış ve hapis cezası da devlet için pahalı olmuştur. Daha sonra kimyasal hadım alternatif bir çözüm olarak önerilmiştir. Bu makale cinsel suçlular için kimyasal hadım uygulamasının etik boyutunu değerlendirmektedir.

Suç ve Yarattığı Etki

Cinsel saldırı, cebir ile gerçekleştirilen (gerçek ya da tehdidi yolla) ya da rıza vermesinin mümkün olmadığı sayılan (örneğin etki altında bulunan kişiler ya da çocuklar) kişileri kapsayan cinsel temas anlamına gelmektedir. Yasal mevzuat cinsel saldırıyı farklı derecelere tanımlamıştır. Cinsel saldırının hukuki tanımları ülkeden ülkeye, eyaletten eyalete değişkenlik göstermektedir. Buna karşın New York Eyaleti'ne göre cinsel suçlular tecavüz (penetrasyon, giriş varsa uygulanabilir), cinsel istismar (penetrasyona gerek yoktur, direkt olarak tene ya da kıyafet üzerinden dokunma şeklinde) ya da fiili livata (vajina dışındaki bölgelere penetrasyon) ile birinci, ikinci ya da üçüncü dereceden suçlanabilirler. Bu suçlamaların hepsi suç olarak kabul edilmektedir.

Cinsel saldırının tekrarlanma sıklığı tanımına bağlı olup çalışmadan çalışmaya değişkenlik arz etmektedir. 2004 yılında Genel Suç Raporları'na göre 94.635 adet cebir kullanılmış tecavüz vakası kaydedilmiştir. Amerika Adalet Bakanlığı (1998) üç kadından birinin hayatı boyunca tecavüz ya da tecavüz teşebbüsü ile karşılaştığını tahmin etmektedir. Bunların çoğunluğu büyük şehir bölgelerinde, üçte birinden fazlası ise Güney'de gerçekleşmektedir. Bu veri sadece rapor edilmiş suçları yansıtmaktadır. Rapor edilmiş tecavüz oranlarını etkileyen faktörler ise toplumsal eğitim, hizmete ulaşılabilirlik, sosyal destek, mağdur yaşı ve mağdur ile müteceviz arasındaki ilişki olarak sayılabilir. Yapılan çalışmalar neticesinde tahmin edilmektedir ki, cinsel suçu yetkililere şikâyet eden her kadına karşın bunlardan başka rapor edilmeyen dört ila on beş arası tecavüz vakası daha gerçekleşmektedir. (Hanson & Gidycz, 1993; Koss, Gidycz & Wisniewski, 1987). Russell ve Howell (1983), 930 kadını içeren bir araştırmaya göre, her kadının hayatı boyunca %46'lık bir olasılıkla tecavüze uğrayacağını hesaplamıştır.

Fiziksel yaralanma göreceli olarak seyrek, vakaların üçte birinde gerçekleşmektedir (Ledray, 1999) ve yaşlı mağdur, erkek mağdur ve yabancı bir kişinin tecavüzü vakalarında bu ihtimal artmaktadır (Bownes, O'Gorman & Saters, 1991; Ledray, 1998; Petrak & Claydon, 1995; Tintinelli & Hoelzer, 1985). Tecavüz mağdurlarının cinsel yolla bulaşan enfeksiyon riski de oldukça düşüktür: Hastalık Kontrol Merkezleri'nin 1993'teki tahminlerine göre bel soğukluğu riski %6-12 oranında, klamidya riski % 4-17 oranında, frengi riski %0,5-3 oranında ve HIV enfeksiyonu riski %1'den az olup gebelik riski %2-4 arasındadır (Yuzpe, Smith & Rademaker, 1982). Dolaylı sağlık riskleri mağdurları ani fiziksel yaralanmalardan daha çok etkileyebilir. Psikolojik sıkıntılar sıklıkla görülür. Tecavüz mağdurları anksiyete, depresyon ve post travmatik stres bozukluğu hususlarında büyük risk taşımaktadır (Frazier, 1997). Cinsel saldırı mağdurlarının üçte biri ila yarısının intiharı düşündüğü rapor edilmektedir (Ellis, Atkeson & Calhoun, 1981; Resnick, Jordan, Girelli, Kotsis Hutter, & Marhofer- Dvorak, 1988) ve mağdurların %20 'sine yaklaşan bir oranının da intihara teşebbüs ettiği görülmektedir (Kilpatrick, Saunders, Veronon, Best, % Von, 1987). Cinsel saldırıdan kaynaklı stres, bastırılmış bir bağışıklık sistemi ve büyük bir hastalık riski sonucunu doğurabilir. Bununla birlikte kişilerin madde kullanımı

ve/ veya yeme bozuklukları, birden fazla kişi ile birlikte olmak suretiyle cinsel aktivitede artış ve buna bağlı olarak hastalıklara maruz kalma ya da kendini fiziksel semptomlar olarak gösteren duygusal sorunlar gibi, kendine zarar verecek davranışlarında artışlar meydana gelebilir (Cohen & Williamson, 1991; Felitti, 1991; Golding, 1994; Koss, Woodruff & Koss, 1990; Ledray, 1994). Cinsel saldırı ile alakalı yaygın görülen diğer sorunlar ise; cinsel işlev bozukluğu, olaylardan kaçma, ilgi kaybı, zevk kaybı, acı veren cinsel birliktelik ve korkudur (Abel & Rouleau, 1995; Burgess & Homstrom, 1979, Kimmerling & Calhoun, 1994; Koss, 1993).

Yetişkinlere karşı yapılan cinsel saldırılarda olduğu gibi tekrarlanma sıklığı, istismarın tanımına dayalıdır. Çocukların cinsel istismarında ayrıca; “çocukluk” tanımı da çalışmadan çalışmaya farklılık göstermektedir. Cinsel şiddetten en fazla etkilenen yaş grubu ergen ve genç yetişkinlerdir. ABD’deki kadın tecavüz mağdurlarının %54’ü 18 yaşından küçüktür (Tjaden & Thoennes, 1998). Muram ve çalışma arkadaşlarının yaptığı bir çalışmaya göre (1995) yetişkin mağdurlarla karşılaştırılacak olursa ergenlerin ciddi oranda fiziksel olarak yaralanmaktan ya da kendilerine karşı bir silah kullanılmasından çok, alkol –ya da uyuşturucu- ile kolaylaştırılmış saldırıyı tecrübe ettikleri anlaşılmıştır. Bu da cinsel suçluların, hiçbir silah ya da fiziksel yaralamaya gerek kalmaksızın ergen mağdurları zorlamanın yetişkinleri zorlamaktan daha kolay olduğunu göstermektedir.

Cinsel istismara maruz kalmış çocuklar ekseriyetle korku, post-travmatik stres bozukluğu, zayıf seks kanısı yaşamakta ve cinsel uygunsuzluk sergilemektedirler (Kendall- Tacket, Williams & Finkelhor, 1993; McConaghy, 1998). Uzun dönemli cinsel semptomlar yetişkin mağdurlarınkine benzemektedir (Leonard & Follette, 2002; Loeb, Williams, Carmona, Rivkin, Wyatt, Chin, & Asuan-O’Brian, 2002). Çocukların cinsel istismarının aynı zamanda erişkinlik dönemindeki psikopatoloji ile bağlantılı olduğu anlaşılmıştır (Chu & Dill, 1990; Fossati, Madeddu & Maffei, 1999).

Bu suçların mağdurları ağır travma yaşamaktadırlar ve bunun sonucu olarak kronik şekilde acı çekebilmektedirler. Aileler ve arkadaşlar da önemli ölçüde cinsel saldırıdan etkilenmektedirler. Mağdurların cinsel saldırıdan kaynaklanan psikolojik ve fiziksel zorlukların neticesi olarak

çektığı acıya ek olarak tedavi, sağlık hizmetleri sistemlerine de bir yük getirmektedir.

Failler

Tecavüz eden kişilerin çoğu erkektir. Ward ve meslektaşları (1997) tecavüzcülerin düşük sosyo-ekonomik zeminden gelmelerinin (dost tecavüzcülerin orta-üst sınıf tabanından gelmeleri daha olası ise de) ve sabıka kayıtlarının olmasının suç işlemeyen kişilerden daha olası olduğunu keşfetmiştir. FBI Genel Suç Raporları göstermektedir ki; polis raporlarında ismi geçen tecavüzcülerin yaşının 25 altı olması eğilimi vardır. Dahası, Hudson ve Ward (1997) bu kişilerin geçmişlerinde bir cinsel istismar, şiddet dolu bir evde geçirilen çocukluk ve iyi şekilde bakımı üstlenilmeyen çocukluk hikâyesi olduğunu bulmuştur.

Tecavüzcüler; dürtülerine hâkim olamama, çabuk sinirlenme, sosyal işaret ve imalara karşı duyarsızlık gibi davranışlar ile tanımlanmaktadır (Giotakos, Markianos, Vaidakis ve Christodoulou, 2004). Bu kişiler ayrıca hasmane erkeklik, duygusal kopma ve avcı bir kişilik sergilemektedirler (LeVay ve Valente, 2003). Bunun yanında duyguların idrakı ve başkalarının niyetini anlama konusunda sınırlı bir anlayışa sahiptirler. Örneğin, arkadaşça davranışları cinsel olarak yorumlama ve olumsuz işaretleri okuyamama (Ward ve diğer birlikte çalışanlar, 1997; Emmers-Sommer, Allen, Bourhis, Sahlstein, Laskowski, Falato, Ackerman, Erian, Barringer ve Weiner, 2004). Buna karşın Lisak ve Miller (2002), tecavüzcülerin karşılıklı rızaya dayalı seksi akranlarından daha fazla yaptığını bulmuştur.

Abel ve Rouleau (1990) bazı tecavüzcülerin aynı zamanda parafili-den mustarip olduklarını belgelemektedir. Çalışmalarındaki katılımcıların %28'i teşhircilik, %18'i ise röntgencilik kriterlerini karşılamaktadırlar. Amerikan Psikiyatri Birliği'nin çıkarttığı Zihinsel Hastalıklar Hakkındaki Tanısal ve İstatistik Kılavuzu; pedofiliyi, "tekrar eden, yoğun cinsellik uyandıran fanteziler, ergenlik öncesi dönemde olan bir çocuk ya da çocuklarla cinsel etkileşim içeren dürtüler ya da davranışlar (genelde 13 yaş ve altı)" amacına yönelik hareket etme ya da bunlardan kaynaklı bozukluk olarak tanımlamaktadır. Bazı pedofiller mağdurlarının cinsiyetlerinin ne olacağı konusunda bir tercih sergilemese de çoğu ya münhasıran heteroseksüel ya da homoseksüeldir. Homoseksüel pedo-

filler, heteroseksüel pedofillerden çok daha büyük bir kesim mağduru istismar etmektedir (Blanchard, Barbaree, Bogaert, Dickey, Klassen, Kuban ve Zucker, 2000; Cohen ve Galynker, 2002).

Lee ve meslektaşları (2002) tecavüzcülere kıyasla, pedofillerin çocukluklarında cinsel istismara daha fazla maruz kaldıklarını bildirmektedir. Erkeklerde yaygın olan pedofili, masumiyet gibi çocuklukla özdeşleştirilmiş özelliklerin idealleştirilmesi olarak açıklanmıştır (Cohen ve Galynker,2002). Pedofiller genellikle cinsel temasın çocuklar için zararlı olmadığına ya da çocukların cinsel temas arzulanmalarını hatta bazen mağdurun cinsel teması başlattığına inanırlar (Cohen ve Galynker, 2002; Segal ve Stermac, 1990).

Cinsel suçlular tipik olmayan uyarılma modelleri sergilemektedirler. Cinsel suçlu olmayan erkekler gibi tecavüzcü kişiler de karşılıklı rızaya dayalı seks tarifini tahrik edici bulmaktadır; buna karşın erkek nüfusunun cinsel suçlu altkümesi aynı zamanda rıza dışı cinsel ilişki tarifinden de uyarılmaktadır (Abel ve Rouleau, 1990). Dişi mağdurları olan pedofillerde; çıplak ya da yarı çıplak kızların resimleri, erişkin kadınların aynı resimlerinden daha büyük ya da eşit uyarılma göstermektedir (Seto, Lalumiere ve Kuban, 1999).

Tekerrür Oranları

1994'te Megan Kanka isimli 7 yaşındaki kız, daha önce çocuk tacizinden mahkum edilmiş bir komşusu tarafından tecavüze uğrayıp boğularak öldürüldü. Ölüm sonrası halkın öfkesini müteakiben New Jersey Eyaleti tarafından Megan Yasası yürürlüğe girdi. Bu kanuna göre hüküm giymiş cinsel suçluların salıverilmesi sonrası bu kişilerin kaydı ve muhite taşınan cinsel suçlular konusunda kamunun bilgilendirmesi zorunlu kılınmıştır. Bu olaydan sonra diğer birçok eyalet Megan Yasası'nı kabul etmiştir. Bu kanunlar tartışmalı olsa da cinsel suçluların yüksek tekerrür oranlarına değinmektedir.

Doğrusu, cinsel suçluların suçlarını tekrar etme oranları oldukça yüksektir. 1.882 erkek arasında yapılan bir çalışmaya göre daha önce tecavüz suçunu işlemiş kişilerin %63'ü bu suçu birden fazla kere işlediği, ayrıca bu oranın kişi başına ortalama 5,8 olduğu anlaşılmıştır (Lisak ve Miller, 2002). 300'ün üzerinde cinsel suçluyu kapsayan ve uzun bir

süreye yayılmış bir çalışmaya göre, Langevin ve meslektaşlarının (2004) verilerine göre bu kişilerin yarısının bir ya da daha fazla cinsel saldırıda bulunduğu anlaşılmıştır. Bazı tip suçluların tekerrür oranlarının diğerlerinden daha fazla olduğu ve genellikle en yüksek orana sahip olanların teşhircilik, sadizm ve pedofili gibi olağandışı tercihlere sahip olanlar olduğu belirtilmiştir (Dickey, Nussbaum, Chevolleau ve Davidson, 2002; Langevin ve diğerleri, 2004). Yaşlanma ise tekerrür oranlarını düşürmektedir (Dickey ve diğerleri, 2002; Hanson, 2002).

İyileştirme Seçenekleri

Hapsetme

Önceden de belirtildiği gibi, birçok cinsel suçlu rapor oluşturulmadığı için fark edilmemektedir. Birçok vakada devlet tarafından dava açılmamaktadır ve hala açılan davaların çoğunda sanık lehine karar verilmektedir. Bu yazıda suçlu bulunan cinsel suçlular ile ilgilenilecektir. Tecavülden suçlu bulunanların yaklaşık üçte biri hapis cezasına mahkum olmamaktadır (LeVay ve Valente, 2006).

Hapsedilenler ise suçlarının doğası nedeniyle hapiste tehlikeli bir durumla karşılaşmaktadırlar. Cinsel suçlular genelde diğer mahpusların taciz, fiziksel yaralama, tecavüz ve cinayetinden korumak için ana akım nüfustan ayrılmak zorundadırlar. Cinsel suç işlemiş mahpusların korunurken, tecrit edilmesi haphane olanaklarına sınırlı erişim ve korku duygusu sonucunu doğurabilir.

İdeal olarak ceza sistemi rehabilitasyon sağlamalı ise de, pratikte hapis cezası tedaviden çok ceza olarak karşımıza çıkmaktadır. Hapsetme, sadece cezanın uzunluğu sayesinde tekrar suç işlemeyi önlemektedir. McGuire (2002), ceza ve caydırıcılık metotlarının ileride yaşanabilecek suçları önleyebilme konusunda yetersiz kalacağı sonucuna varmaktadır.

Bilişsel-Davranışçılık

Güncel psikoterapiler tekrar suç işlemeyi azaltmak için uyarılma ve düşünme modellerini ve tekrarlama davranışlarını değiştirmeye çalışmaktadırlar. İstikrah (tiksinme) tedavisinde; olağandışı cinsel tahrik modelleri uyarılmanın zirve noktasında, parafilik uyarıcılar ile hafif bir elektrik şokunun, pis bir kokunun ya da uyarılmış bulantının özdeşleş-

tirilmesi ile değiştirilmektedir (Quinsey ve Earls, 1990). Deneğin olağan olarak mastürbasyonu sırasında hayal ettiği şeyi, orgazm olmadan hemen önce uygun bir fantezi ile değiştirmek suretiyle cinsel suçlunun uygun bir uyarıcı aracılığıyla (rıza gösteren yetişkinler gibi) tipik uyarılma modelini değiştirmek için pozitif pekiştirici de kullanılmaktadır (Maletzky, 2002; Earls ve Quinsey, 1985; Quinsey ve Earls, 1990). Başka bir teknik ise zihinsel yeniden yapılandırma olup bunun hedefi deneklerin cinsel görüşlerini düzeltmektir. Zihinsel yeniden yapılandırma cinsel suçlunun bilişsel bozukluklarına (kadınların tecavüze uğramaktan zevk aldığına, çocukların cinsel faaliyete rıza göstereceğine veya başlatabileceğine inanmak gibi) karşı çıkmayı amaçlamaktadır (Maletzky, 2002). Cinsel suçluların tedavisi aynı zamanda, sosyal olayları nasıl cinsel olmayan şekilde doğru anlamaları ve bunlara nasıl uygun şekilde cevap vermeleri gerektiği şeklinde sosyal yetenek eğitimlerini de içerebilir (Maletzky, 2002; McFall, 1990). Laboratuvar dışı ortamda yapılan bu terapilerin etkililiği üzerine raporlar karışık sonuçlar ortaya çıkarmıştır: Bazıları ılımlı sonuçlar raporlarken diğerleri tedavi gören ve görmeyen cinsel suçlular arasında gerçekte bir farklılığın olmadığını göstermiştir (Alexander, 1999; Maletzky ve Steinhauer, 2002; Marshall, Jones, Ward, Johnston, Barbaree, 1991).

SSGİ'ler

Selektif Serotonin Gerilim İnhibitörleri fluoksetin, pedofili dahil birçok parafilide olağandışı dürtüleri azaltmak amacıyla başarılı şekilde kullanılmıştır (Perilstein, Lipper ve Friedman, 1991). SSGİ'ler hiperseksüalitesi olan hastalarda ve bir vakada tecavüzcü kişi üzerinde yapılan çalışmada da test edilmiştir (Kafka, 1991; Kafka ve Prentky, 1992). Bu kişilerde azalmış cinsel istek rapor edilmiştir.

SSGİ'nin parafili ve hiperseksüaliteyi tedavi etmek için kullanılmasının yakın zamandaki başarısı, bu hastalıkların obsesif-kompulsif rahatsızlık ile olası bağlantısının varlığı tartışmasına yol açmıştır (Stein, Hollander, Anthony, Schneifer, Fallon ve Liebowitz, 1992). Parafili olan kişiler dürtü bozukluklarından muzdarip olabilirler. Hastalığın bu şekilde anlaşılması, olağandışı cinsel fantezileri güçlü istek ve bu olağandışı cinsel dürtülere göre hareket etmeyi de kompulsif davranış olarak nitelendirmek demektir. Bu alanda daha çok araştırma yapılması gerekmektedir.

Cerrahi Hadım

Tarih boyunca cerrahi hadım birçok amaçla kullanılmıştır (Stelizer, 1997). Bazı kültürlerde, kadının yaşam alanları hadım edilmiş kişiler tarafından hizmet edilmekte ve korunmaktadır. 1700'lerde hadım uygulaması, koronun ergenlik çağı sona ermiş erkek üyelerinin yüksek seslerini korumak için kullanılmıştır. Soy ıslahı hareketi de 20. yüzyılın erken dönemlerinde suçluların ve akıl hastası olanların kısırlaştırılmasını teşvik etmiştir. Hadım etme tecavüzün cezası olarak yüzyıllarca uygulanmıştır (Heim ve Hursch, 1979). Cinsel suçlular için cerrahi hadım; yirminci yüzyılın çoğunda Danimarka, Almanya, Norveç, Finlandiya, Estonya, İzlanda, Letonya ve İsveç gibi birçok Avrupa ülkesinde bu sorunla ilgilenmek için hukuki standarttı ve ABD'nin birçok eyaletinde de yasaldı.

İki testisin de alınması anlamına gelen bilateral orşiektomi, cinsel istek ve faaliyeti önemli ölçüde azaltma sonucunu doğursa da bazı vakalarda erektil tepki hala mümkün olmaktadır (Aass, Grunfeld, & Kaalhus, 1993; Van Basten, Van Driel, & Hoeskstra, 1999; Van Basten, Van Driel, & Jonker-Pool, 1997). Bu girişimsel cerrahi yöntem kalıcıdır. Bastırılmış libido, uyarılma ve erektil disfonksiyon sadece olağandışı davranış ve dürtülerde değil, kapsamlı şekilde görülmektedir. Cerrahi olarak hadım edilmiş suçluların cinsel suçları tekerrür oranı oldukça az olup %1 civarındadır (Sturup, 1972). Diğer çalışmalarda hadım ile bağlantılı semptomları azaltmak için mükerrirler testosteron ile tedavi edilmiştir (Hansen, 1991; Hansen ve Lykke-Olesen, 1997).

Cerrahi müdahalenin yan etkileri oldukça şiddetli olabilir. Cinsiyet bağlantılı fiziksel değişimlere ek olarak ameliyat ile normal olarak bağlantılı sağlık risklerinin ötesinde riskler oluşmaktadır. Cerrahi hadım uygulanan birçok hastada azalan vücut kılı ile gevşek ve sarkık cilt görülmektedir. Birçoğunun göğüsleri büyümektedir. Hadım edilmiş cinsel suçluların kalp ve solunum problemleri, kronik ağrı, ani ateş basması, gece terlemeleri ve vertigo tecrübe etmektedir (Langeluddeke, 1963).

Cerrahi hadım ABD'de birçok mahkemece zalim ve olağandışı bir ceza olduğu için reddedilmiştir. Özellikle kimyasal hadım gibi girişimsel olmayan bir alternatifin gelişi ile birlikte cerrahi hadımın ABD'de standart tedavi olması eğilimi terk edilmiştir. Kimyasal hadımın ciddi

sağlık riskleri oluşturduğu vakalarda ya da tedaviye direnç gösteren bazı vakalarda bazen cerrahi hadım cinsel suçlularda hala uygulanmaktadır.

Kimyasal Hadım

Kimyasal hadım aslında bir hadım türü olarak nitelendirilemez, çünkü herhangi bir kesim olayı gerçekleştirilmemektedir. Bu hormon tedavisi kimyasal araçlarla vücutta dolaşan testosteron seviyesini azaltır. Androjenler –testosteron ve dihidrotestosteron- erkek cinselliğini düzenlenmesinde önemlidir (Rubinow ve Schmidt, 1996). Ereksiyon ve boşalma, testosteron seviyelerinden etkilenmektedir (Bradford, 2001). Diğer taraftan testosteron seviyeleri cinsel faaliyet ile artar (Jannini ve diğerleri, 1999). Testosteron ayrıca saldırganlıkla da bağlantılıdır. Testosteron seviyeleri şiddet içeren suçlarla da ilintilidir (Ehrankraz, Bliss, & Sheard, 1974; Kreuz ve Rose, 1972; Virkkunen, Rawlings ve diğerleri, 1994) ama saldırganlık ve testosteron arasındaki kesin ilişki belirgin değildir (Volavka, 1995). Steroid antiandrojen ilaçlar androjen reseptörlerini engelleyerek cinsel dürtüyü azaltırlar.

Medroksiprogesteron Asetat

Clinovir, Cycrin, Depo-Provera ve Hystron gibi marka adlarından da bilinen medroksiprogesteron asetat (MPA) ABD’de kimyasal hadım için kullanılan hormon anlamına gelmektedir. MPA piyasaya ilk olarak kadınlardaki jinekolojik problemleri iyileştirmesi için sürüldü. Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi (AGİD) 1978’de MPA’yı piyasadan çekmiştir. MPA, ABD dışında doğum kontrol ilacı olarak kullanılmaktadır, buna karşın AGİD bu tür kullanımı hiçbir zaman onaylamamıştır. Heller, Laidlaw, Hervey ve Nelson (1958) ilk olarak progestasyonel bileşiklerin testis boyutunu küçülttüğünü ve erkek libidosunu tamamıyla bastırdığını bildirmiştir. MPA ilk olarak Money (1970) tarafından davranışsal tedavilerle birlikte cinsel suçlularda kullanılmıştır.

MPA, gonadotropin (yumurtalık maddesi) salgılanmasını engelleyerek testosteron üretimini azaltmaktadır (Gijs ve Gooren, 1996). MPA karaciğerdeki testosteron metabolizmasını hızlandırarak az miktarda dolaşan testosteron düzeylerine yol açmaktadır (Southren, Gordon, Vittek, Altman, 1977). MPA, haftalık yaklaşık 400 miligram olarak kas içine

enjeksiyon şeklinde verilmektedir (Blumer ve Migeon, 1975; Gagne, 1981; Money, 1970). Bir çalışmada MPA oral yoldan günlük 60 miligram şeklinde dozlar halinde de verilmiştir (Gottesman ve Schubert, 1993).

MPA'ya başlandığında etkiler iki ya da üç hafta içinde görülmeye başlanır (Gagne, 1981). 48 katılanı olan bir çalışmada, Gagne (1981) bunlardan 40'ının MPA'ya olumlu karşılık verdiğini ve katılanların hepsinin azalmış cinsel fantezi, uyarılma ve dürtüler (özellikle mastürbasyon) tecrübe ettiğini belirtmiştir. MPA, cinsel fantezilerle meşgul olarak zaman harcama, sabah ereksiyonları sayısı, boşalma sayısı, parafilik davranış sıklığı ve vücutta dolaşan testosteron seviyelerinde ciddi azalmaya neden olmaktadır (Gottesman ve Schubert, 1993). Berlin ve Meinecke (1981) 20 hastayı tedavi etmiş ve %15'lik bir tekerrür oranı saptamıştır. Bu tekerrürün risk faktörleri olarak taban olarak alınan testosteron seviyesindeki yükseklik, önce oluşmuş kafa yaralanmaları ve madde bağımlılığı gösterilebilir (Meyer, Collier, Emory, 1992).

Hastalar tarafından belirtilen yan etkiler; şiddetli ağrıdır ancak yaygın yan etkiler enjeksiyon sonrası yorulma, baş ağrısı, bulantı, ani ateş basması ve insomnia gibi etkileri çeşitli şekillerde görülmektedir. MPA alınması sonucunda oluşan fiziksel değişimler, meme dokusunun büyümesi ve kilo alımını kapsamaktadır (Gagne, 1981; Meyer, Collier ve Emory, 1992). Filibit (toplardamar yangısı), hipertansiyon, gastrointestinal şikayetler, safrakesesi taşı ve diyabet gibi daha ciddi yan etkiler hastaların küçük bir yüzdesinde görülmektedir (Kravitz, Haywood ve Kelly, 1995; Meyer, Collier, Emory, 1992).

Siproteron Asetat

Androcur, Cyprone, Cyprostat ve Dianette adları altında piyasaya sürülen siproteron asetat (SPA), ABD'de resmi olarak onaylanmamış olmakla beraber Kanada, Birleşik Krallık ve Almanya'da kullanılmaktadır. İlaçlar aynı ülkelerde bulunabilir olmadığı için MPA ile SPA hakkında mukayeseli çalışmalar yapmak zordur.

Laschet ve Laschet (1971), SPA'nın klinik kullanımları üzerine seminal çalışmalarında cinsel yönden olağandışı olan 100 erkek katılında cinsel istekte, ereksiyon ve orgazmda azalma ya da yok olma gözlemiştir. SPA, androjen reseptörlerindeki testosteron ve dihidrotosteronun rekabetli baskılanmasıyla testosteron üretimini azaltmaktadır.

SPA, günlük hap kullanımı ve her iki haftada bir kas içi enjeksiyon ile kullanılır. Laschet ve Laschet (1971) ya günlük 100 mg oral doz ya da iki haftada bir 300 mg kas içi enjeksiyon kullanmıştır. Şu anki durumda oral dozlar günlük 50-200 mg arasında, kas içi dozlar ise her hafta ya da iki haftada bir olmak üzere 200-400 mg arasında değişmektedir.

Mothes, Lehnert, Samimi ve Ufer (1997) SPA'nın bir-iki hafta içinde cinsel dürtüyü azalttığını bulmuştur. Bancroft ve meslektaşları tarafından yapılan bir araştırmaya göre (1974), SPA alan hastalar cinsel ilgi ve cinsel faaliyet alanındaki yazılı ölçümlerde düşük puan almışlardır. MPA gibi SPA da cinsel fantezileri, libidoyu, sabah ereksiyonlarının sayısını, boşalma sayısını ve spermatojenezi bastırmaktadır (Neumann ve Schleusener, 1980). Bradford ve Pawlak (1993) SPA tedavisi görmüş hastaların anksiyete ve asabiyetlerinde bir düşüş olduğunu belirtmiştir. SPA'nın yan etkileri ise depresyon, kabuslar, baş ağrıları, meme dokusunun büyümesi, kilo alma, kas tutulmaları, hazımsızlık, safrakesesi taşı oluşumu, artmış kan şekeri değerleri, şeker hastalığı ve karaciğer yetmezliği olarak sayılabilir (Bancroft ve diğerleri, 1974; Cremonocini, Viginati ve Libroia, 1976; Gijis ve Gooren, 1996; Neuman, 1977).

Etik Değerlendirmeler

Kamuya Zararları ve Yararları

Çoğunluğun iyiliğini elde etme amacı güden faydacı bir görüş; mükerrir cinsel suçlular için kimyasal hadımı uygun görmektedir. Önceden belirtildiği gibi, cinsel suçlular toplumun refahı için ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Cinsel suçluların çoğunun birden fazla mağduru olmakla birlikte, mağdurun uğradığı zarar hayli fazla olmaktadır. Cinsel suçluların sapkın davranışlarını frenlemek, birçok bireyin güvenliğinin garantiye alınması bakımından yararlı olacaktır. Cinsel saldırının, mağdurlar için ciddi fiziksel ve ruhsal sağlık sonuçları olabilir. Mağdurların ve aile üyelerinin acı ve ızdırabına ek olarak, cinsel saldırıdan sağ kurtulanları tedavi etmek pahalı olabilir. Ayrıca cinsel saldırıları durdurmanın önemli mali yararları mevcuttur. Cinsel saldırı mağdurlarının tedavilerine harcanan kaynaklar birçok diğer yararlı program için kullanılabilir.

Cinsel suçluların bu suçlarını tekrar etmemeleri için başka seçenekler olsa da faydacı bir görüşle kimyasal hadımın, mali tasarruf sebebiyle

le politikacılar için çekici olduğu söylenebilir. Hapis cezasının masrafi vergi ödeyenler için oldukça yüksektir. Her ABD mukimi için, eyalet hapisaneleri her yıl 204\$ harcamaktadır. Adalet Bakanlığı'nın ortaya koyduğu rakamsal verilere göre (2001) eyaletler, eyaletçe işletilen tesislerdeki mahkumlar için yıllık ortalama masraf 22,650\$ ve federal hapisanelerde mahkum başına 22,632\$ olmaktadır. Karşılaştırmalı olarak Depo-Provera'nın her enjeksiyonu 35-75\$ arası bir miktar tutmaktadır. İlaç için en yüksek rakam ve hapis cezası masraflarının en düşük rakamı dikkate alınsa bile, suçlulara Depo-Povera sağlamak suçlu başına yıllık masraf 18,000\$'dan fazla olmaktadır. Yine, şu anda ceza infaz sistemine sağlanan kaynakların bazıları başka programlara aktarılabilir.

Kamu yararı açısından kimyasal hadımın yararlarının masraflardan ağır bastığı görülmektedir. Kamu güvenliğinin korunması gerekmektedir ve bunu sağlamak için birkaç haktan taviz verilmelidir. Yine de, hapis cezası, vergi mükellefleri için daha pahalı olsa da kimyasal hadımdan daha az hakkı sınırlayarak kamuyu güvenli hale getirme amacını karşılamaktadır.

Kabul Meselesi

Bundan başka, kimyasal hadım kamu güvenliğine ulaşmak için hatasız bir yol değildir. Bazı deneysel çalışmalarda hasta tarafından MPA ve SPA günlük olarak hap şeklinde uygulanmıştır. Bunun nahoş yan etkileri olduğu, muhtemelen çok da istekli olmayan kişilerin aldığı gerçeğinin ötesinde; günlük ilaç kullanan herkes, ilaçlarını almayı unutmanın ne kadar kolay olduğunu doğrulayabilir.

Adalet sistemi tarafından uygulandığı zaman, ABD'de kimyasal hadım için kullanılan ilaç; kendi kendine kullanım ile değil, bir sağlık profesyoneli tarafından kaslar arası enjeksiyon ile uygulanmakta; fakat bu uygulama yöntemi ile de kesin olmamaktadır. Bir testosteron enjeksiyonu MPA'nın etkisini ortadan kaldırabilir. Testosteron, cinsel yan etkileri sınırlandırmak için bilateral orşiektomi geçirmiş kanser hastalarında kullanılmıştır. Testislerin cerrahi operasyonla alınması vakalarında da testosteron kimyasal hadımın etkilerini de değiştirebilir. MPA ve SPA'yı etkisizleştirmek isteyen suçlular, karaborsada serbestçe bulunabilen testosteronu edinebilir.

Riayet ile ilgili sorunlar, toplumdaki azami sayıdaki bireyin güvenliğini sağlamayı amaçlayan ve kimyasal hadımı haklı çıkaran “faydacı sav”dan kaynaklanmaktadır. Hatta uygulama gözlendiğinden beri hastalar etkileri tersine çevirebilmekte, özellikle toplum onlara ilaç verildiği için onların güvenli olduğunu düşünürse ve cinsel suçlular salındıkları suçları büyük ihtimalle tekrararlarsa bu kamu için potansiyel bir tehdit olabilecektir. Toplum için yarattıkları tehdide ek olarak suçluların karaborsadan ilaç alması kendi sağlıklarını da tehlikeye sokabilir. Ne toplumun ne de suçluların güvenliği garanti edilebilir.

Güvenlik Endişeleri

Antiandrojen ilaçların güvenliği ayrıca tartışmalıdır. MPA ya da SPA alan kişiler, bu ilaçların sonucu olarak önemli sağlık riskleriyle yüzleşmektedir. Kimyasal hadımın savunucuları yan etkilerin diğer hastalıkları tedavi etmek için kullanılan ilaçlar ile mukayese edilebilir olup olmadığını tartışmaktadır. Reçeteli ilaçlarla alakalı her reklam, küçük rahatsızlıklardan hayatı tehdit eden sorunlara kadar sıralanan uzun bir yan etkileri listesi ile bitmektedir. Antiandrojen ilaçların yan etkileri için bu kadar farklı olan nedir? ABD’de kimyasal hadım için kullanılan tek ilaç olan MPA, AGİD onaylı değildir. Cinsel suçlulara antiandrojen ilaçların verilmesi, örneğin “zarara uğratmaktan kaçınma sorumluluğu” gibi bilerek zarar vermeme gibi ahlak ilkelerini ihlal eder.

Kimyasal hadım genelde cerrahi hadımdan makul görülmektedir çünkü geri çevrilebilir bir yöntemdir. Diğer taraftan, ilacın yan etkileri ilaca son verildikten sonra bile geri çevrilebilir olmayabilir. Yan etkiler o kadar nahoştur veya sağlığı o kadar tehlikeye sokmaktadır ki, birçok hasta tedaviye devam etmemektedir. Böylece yan etkilere dair boylamasına yapılan çalışmalar natamamdır, çünkü en ciddi yan etkilere sahip kişiler bu çalışmalardan ayrılmıştır.

Bu ilaçların ampirik çalışması ile ilgili diğer sorunlar mevcuttur. Kamu güvenliği için endişeler sebebiyle, rastgele hale getirilmiş, çift-kör yöntemi ile plasebo etkisi kontrollü çalışmalar etik olarak mümkün değildir ve yürütülmemiştir. Araştırmacılar bilinen suçluları bir tür tedavi sağlamadan serbest bırakmaya etik olarak izin verememişlerdir. Bir plasebo grubu olmadan etkililik ölçüleri tam anlamıyla doğru değildir.

Şartlı Tahliye Kurulu'nun Zorlaması

MPA ve SPA kullanılan kimyasal hadım uygulaması, tedavi gören hastaların bağımsızlığını ciddi biçimde sınırlandırmaktadır. Suçlular ister istemez özgürlük ile ilgili bazı haklardan yoksun kalmakta ama kimyasal hadım öneren eyaletlerde şartlı tahliyeye hazır olan cinsel suçlular tıbbi tedavi ya da hapishaneye geri dönmeyi kabul etmeye zorlanmaktadır. Kaliforniya, Michigan ve Florida'da MPA almak mükerrir suçlular ile özellikle ilk seferleri olan saldırgan suçluların salıverilmesi için zorunlu bir şarttır. Mahkumlar MPA tedavisine katlanmazlarsa cerrahi hadım ya da ömür boyu hapis cezasını tercih edebilirler (Carpenter, 1998; Harrison, 2007). Bazıları mahkumların tedaviyi kabul etme konusunda bir seçimleri olduğunu iddia etse de mahkumlar; özgürlük hakları ile sağlık ve vücut bütünlüğü hakları arasında bir seçim yapmaya zorlandıklarında, bunun özgür bir seçim olduğunu iddia etmek zor olacaktır.

Cinsel suçlular için ilaç tedavisi sunan Birleşik Krallık, Kanada, Almanya, Avusturya ve diğer ülkelerde katılım gönüllüdür (Harrison, 2008). Harrison (2008) kimyasal hadım için elverişli olanlar kendilerini cezalandırma isteği ile hareket etmediklerini ve risklere rıza göstermeye kadir olduklarını belirlemek için bir akıl sağlığı uzmanı ile görüşmeyi önermektedir. Kimyasal hadım önerilecekse bu gerekli bir önlem olarak gözükmektedir. Buna karşın, riskleri anlamak ve risklere özgürce rıza göstermek iki farklı şeydir. Maletzky (1980) mahkemece sevk edilmiş ya da kendi kendisini sevk etmiş pedofiller arasında kabul, katılım ve tekerrür oranları açısından hiçbir önemli fark bulamamıştır. Bu durum; MPA ya da SPA tedavisi resmi olarak şartlı tahliye ile bağlantılı olmasa da cinsel suçluların katılmayı tercih edecekleri; çünkü sapkın düşünceleri bastırma isteği yerine şartlı tahliye kurulunu etkilemeyi umduklarını ileri sürmektedir. Tıbbi yonteme razı olma yetileri, yaşam tarzındaki esaslı değişikliğe yol açabilecek olan katılımın potansiyel neticeleri tarafından tehlikeye düşmektedir.

İlaçlara Eşit Erişim

Kimyasal hadımda kabul unsurunu tartıştıktan sonra, dağıtıcı adalet konusu bu durumla uyuşmuyor gibi görünebilir. Yine de Harrison (2008) ceza adaleti sisteminin dışında kalan ve antiandrojen ilaçlar al-

mak isteyen bazı kişilerin olduğunu söylemektedir. Bu makalede önceden de belirtildiği gibi cinsel saldırıların çoğu rapor edilmemiş ve suçlular asla yargılanmamıştır. Güncel olarak, antiandrojen tedavileri sadece ceza adalet sistemi içindekiler için kullanılabilir durumdadır; yani mahkumiyeti olanlar ve programın gönüllülük esasına dayandığı ülkeler kapsamında yukarıda bahsedilen sevk edilme kriterini karşılayanlar için bu durum geçerlidir. Bir sorununun olduğunu ve kamu güvenliğini tehdit ettiğini anlayanlar, sırf sabıka kayıtları olmadığı için tedavisi reddedilmeli midir?

Ceza adalet sisteminin dışında olanlar zorlamadan muaf ve eğer konu hakkında kendi araştırmalarını yaparlarsa büyük olasılıkla risklerden daha fazla haberdar olacaklardır. Ayrıca bu ilaçları almayı gerçekten isteyen kişiler, ne şekilde olursa olsun bu ilacı bulmaya çalışabilirler. Bu yüzden nitelikli bir tıbbi profesyonelin ilacı vermesi daha iyi olacaktır. Tedavilerini reddederek kamu ve hastanın güvenliğini tehlikeye atmak etik olmayacaksa da buna karşın; hastanın tedavi için izlenen yola rıza göstermesinin saptanabileceği uygun yöntemler oluşturulmalıdır.

Cinsel Saldırı Mitlerinin Pekiştirilmesi

Kimyasal hadım için antiandrojenlerin kullanımının tartışmalı şekilde daha az ciddi olan etik açıdan itirazı, cinsel saldırı mitlerinin olası pekiştirilmesidir. Faillerin bir tedavisinin olduğunu ifade etmek ve sadece bu fail tipinin alt kümeleri için öngörülmesi, cinsel saldırının basmakalıp görüntüsünü etkili bir şekilde ortaya koymaktadır. Tipik saldırı yoktur ve hayatta kalan mağdurlar suçlardan vakaların çoğunlukla olmasa bile ötekileştirilmiş hissedebilmektelerdir. Bu ilaçlar, kadın cinsel suçlular çok yaygın olmasa da mevcut olduğu gerçeğine karşın, sadece erkek suçlular için mevcuttur. Bu ilaçları alan şartlı tahliye olmuş bir kişi ereksiyonu sürdüremeyebilir; ama bu, dokunmayı ya da yabancı bir cisim kullanmayı imkansızlaştırmamaktadır. Dahası, bu ilaçlar cinsel isteği ve fantezileri sınırlasa da bu ilaçların vahşi eğilimleri azaltmadığına dair bazı kanıtlar mevcuttur ve suçlular başka, bağlantılı suçları işleyebilir.

Tedavi ya da Ceza ve Orantılı Ceza Meseleleri

Baker (1984) cezayı gerektiren suçu önlemek ve tüm cinsel faaliyetleri önlemek arasında fark olduğuna doğru biçimde işaret etmiştir.

MPA ve SPA bazı hastalarda tüm cinsel faaliyetleri sınırlandırma uğruna cezayı gerektiren suçların işlenmesi sınırlandırmaktadır. Mahkumları iyileşme için gerekenden daha fazlasına maruz bırakırsak bu tedavi ile ileride zarar vermeme ilkesini ihlal etmiş oluruz.

Parafililerin etiolojisi ve fizyopatolojisi belirsizdir. Cinsel heyecanın, istegin ve davranışın nörobiyolojik temeli son derece karmaşıktır. Merkezi sinir sisteminde, çevresel sinirler ile ana ve yardımcı cinsel organlarda farklı cinsel süreçler vuku bulmaktadır (Meston & Frohlich, 2000). Sapkın cinsel davranışlar beyin kimyasından, beyin anomalisinden, öğrenilmiş davranışlardan veya bilinmeyen bir mekanizmadan kaynaklanıyor olabilir. Cinsel suçluları kimyasal olarak hadım etmek için kullanılan ilaçlar uyarılma ve cinsel dürtülerden sadece uygunsuz olanları değil, bütün bağlamlarda azaltmaktadır. Pedofiliyi tam anlamıyla tedavi eden bir ilaç yalnızca sapkın cinsel dürtüleri bastıracaktır ancak yetişkinlerle uygun cinsel karşılaşmalara izin verecektir.

Teşhis edilebilir bir hastalıktan muzdarip olan çocuk istismarcılarının vakasından daha karışık olarak, tecavüzcü yetişkin mağdurlar konusu mevcuttur. Diğer ruhsal hastalıklardan muzdarip olmalarının yanında tecavüzcülere, özel bir “Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve İstatistiksel El Kitabı Teşhisi” uygulanmamaktadır. Bu kitap parafililer alt çalışma grubunca değerlendirmeye alınmış ve önerilen değişikliklerden biri “Parafilik Zorlayıcı Bozukluk” olmuştur. Bu öneri; ızdırıp ya da “farklı olaylarda iradesi olmayan üç ya da daha fazla kişiyi zorlamaktan alınan cinsel heyecan arama”ya yol açan (Amerikan Psikoloji Birliği, tarih belirtilmemiştir), “kendini fanteziler, dürtüler ya da davranışlar olarak gösteren tekrarlayıcı ve cinsel zorlamadan kaynaklı yoğun cinsel uyarı” olarak tanımlanmaktadır. Ancak şu anki durumda psikopatoloji alanı, tecavüz eden kişileri sadece eyleme dayalı olarak ruhsal anlamda hasta olarak tanımaz. (Hem ceza adalet sistemi için öneriler hem de tıbbi ürünler için potansiyel mali yarar yüzünden parafilik zorlayıcı rahatsızlık özünde ahlaki açıdan rahatsız edicidir. Bu bir rahatsızlık olarak tanımlanırsa bu kullanım için SSGİ’ler pazarlanabilecektir.) Hastalık olmayan bir şey için yapılan ilaç tedavisine gerçek anlamda bir tedavi denemez. Bu ilaçlar tedavi değilse, o halde bunları ceza olarak adlandırmamız gerekir. Nasıl ki tedavi iyileşmeden ileri gitmemeli ise, ceza da suçu aşmamalıdır.

Sonuçlar – Ne yapılmalı?

Mükerrir cinsel suçluların hadım edilmesi olasılığından ortaya çıkan etik ikilem esasında kamu güvenliği ve bireysel hakların karşılıklı gereksinimlerinin sorunudur. Örneğin; suçlular vatandaş olarak bazı hakları kaybetmektedirler, mesela silah taşıyamamaktadırlar. Hapsedilmiş kişiler, kamu güvenliği yararına hapis cezası süresi boyunca kişisel özgürlük hakkının yerine getirilmesini kaybetmektedirler.

Buna karşın kimyasal hadım, kamu güvenliği yararı adına önemsiz bir politika yansıtmaktadır. Birkaç kişinin haklarından ödün vererek aslında herkesin haklarından ödün vermektedir. Bu tıbbi teknolojinin nasıl kullanıldığı anlamak için varsayıma girmeye gerek yoktur, örnek için tarihe bakabiliriz. Soy ıslahı hareketi tarafından teşvik edilmiş olan bazı ABD eyaletleri, akıl hastalarının irade dışı kısırlaştırmasını kabul eden kanunlar geçirmiştir (Sofair % Kaldjian, 2000). Nazi Almanya'sı da öjenik hareketi kucaklamış ve şizofreni, epilepsi, alkolizm, manik depresyon, kalıtsal sağırılık ya da körlük, ciddi kalıtsal fiziksel deforme, Huntington hastalığı ve doğuştan gerizekâllılığı olan kişileri toplu kısırlaştırmıştır. Hekimin takdir yetkisine dayalı bir tanı olan gerizekâllılık, ırkı hedef almıştır. (Sofair & Kaldjian, 2000). Öjenik kısırlaştırma Naziler tarafından işlenmiş ağır insan hakları ihlalleri ile bağlantısına bağlı olarak büyük ölçüde gözden düşmüştür ancak cinsel suçluların kimyasal hadımına izin verirsek soy ıslahına bir kere daha kapı açmış oluruz. Hadımı kimin hak ettiğini nasıl belirleyebiliriz?

Toplumdaki potansiyel zararlara ek olarak, kimyasal hadım işlemi süren bireyin uğradığı zararlar oldukça fazladır. Etiket üzeri kullanımı sebebiyle ABD'de onaylanmamış bir ilacın suçlularda endikasyon dışı, deneysel kullanımı onaylanmıştır. MPA ve SPA'ların kullanımı mahpusun sağlık hakkını ve insan haysiyetini ihlal etmektedir. Bu hakların ihlali toplum güvenliğini sağlamak için gerekli olanlarla karşılaştırıldığında orantısız olmaktadır. Son olarak; MPA ve SPA, ilacın belirsiz etkililiği ve bunlara uymama olasılığı yüzünde tam olarak güvenliği sağlayamamaktadır.

Bu nedenlerden ötürü, cinsel suçluların kimyasal hadımı için MPA ve SPA kullanımını etik dışı buluyorum.

KAYNAKÇA

- Aass, N., Grunfeld, B., Kaalhus, O.** (1993). Pre- and post-treatment sexual life in testicular cancer patients: a descriptive investigation. *British Journal of Cancer*, 67, 1113–17.
- Abel, G., & Rouleau, J.** (1995). Sexual abuses. *Psychiatric Clinics of North America*, 18, 139-153.
- Abel, G.G. & Rouleau, J. L.** (1990) The nature and extent of sexual assault. In W.L. Marshall, D.R. Laws, & H.E. Barbaree (Eds.) *Handbook of sexual assault: Issues, theories and the treatment of the offender* (pp. 9-22). New York: Plenum.
- Alexander, M.A.** (1999). Sexual offender treatment efficacy revisited. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, 11, 101-116.
- American Psychiatric Association. (1994). *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (4th ed.) Washington, DC.
- American Psychiatric Association. (n.d.) Paraphilic coercive disorder. In *DSM-5 Development*. Retrieved December 20, 2010 from <http://www.dsm5.org/ProposedRevisions/Pages/proposedrevision.aspx?rid=416>.
- Backer, W.L.** (1984). Castration of the male sex offender: A legally impermissible alternative. *Loyola Law Review*, 30, 377-399.
- Bancroft, J., Tennent, G., Loucas, K. & Cass, J.** (1974). The control of deviant sexual behavior by drugs: Behavioural changes following oestrogens and antiandrogens. *British Journal of Psychiatry*, 125, 310-315.
- Berlin, F.S. & Meinecke, C.F.** (1981). Treatment of sex offenders with antiandrogenic medication: Conceptualization, review of treatment modalities and preliminary findings. *American Journal of Psychiatry*, 147, 1089-1090.
- Blanchard, R., Barbaree, H.E., Bogaert, A.F., Dickey, R., Klassen, P., Kuban, M.E., Zucker, K.J.** (2000). Fraternal birth order and sexual orientation in pedophiles. *Archives of Sexual Behavior*, 29, 463-478.
- Blumer, D. & Migeon, C.** (1976). Hormone and hormonal agents in the treatment of aggression. *Journal of Nervous and Mental Disorders*, 160, 127-137.
- Bownes, I., O’Gorman, E., & Saters, A.** (1991). A rape comparison of stranger and acquaintance assaults. *Medicine, Science and the Law*, 31, 102-109.
- Bradford, J. M.W.** (2001). The neurobiology, neuropharmacology, and pharmacological treatment of the paraphilias and compulsive sexual behavior. *Canadian Journal of Psychiatry*, 46, 26-33.

- Bradford, J. M.W. & Pawlak, A.** (1993). Double-blind placebo crossover study of cyproterone acetate in the treatment of paraphilias. *Archives of Sexual Behavior*, 22, 383-402.
- Burgess, A. & Holmstrom, L.** (1974). Rape trauma syndrome. *American Journal of Psychiatry*, 131, 981-985.
- Carpenter, A.** (1998). Belgium, Germany, England, Denmark, and the United States: The implementation of registration and castration laws a protection against habitual sex offenders. *Dickinson Journal of International Law*, 16, 435-457.
- Chu, J.A. & Dill, D.L.** (1990). Dissociative symptoms in relation to childhood physical and sexual abuse. *American Journal of Psychiatry*, 147, 887-892.
- Cohen, L. J. & Galynker, I** (2002). Clinical feature of pedophilia and implications for treatment. *Journal of Clinical Psychiatric Practice*, 8, 276-289.
- Cohen, S., & Williamson, G.** (1991). Stress and infectious disease in humans. *Psychological Bulletin*, 109, 5-24.
- Cremonocini, C., Viginati, E. & Libroia, A.** (1976). Treatment of hirsutism and acne in women with two combinations of cyproterone acetate and ethinyloestradiol. *European Fertility*, 7, 299-314.
- Dickey, R., Nussbaum, D. Chevolleau, K., Davidson, H.** (2002). Age as a differential characteristic of rapist, pedophiles and sexual sadists. *Journal of Sex and Marital Therapy*, 28, 211-218.
- Earls, C. M. & Quinsey, V.L.** (1985). What is to be done? Future research on the assessment and behavioral treatment of sex offenders. *Behavioral Sciences and the Law*, 3, 377-390.
- Ehrenkranz, J., Bliss, E., & Sheard, M. H.** (1974). Plasmatestosterone: Correlation with aggressive behavior and social dominance in man. *Psychosomatic Medicine*, 36, 469-475.
- Ellis, E. Atkeson, B., & Calhoun, K.** (1981). An assessment of long-term reaction to rape. *Journal of abnormal psychology*, 90, 263-266.
- Emmers-Sommer, T. M., Allen, M., Bourhis, J., Sahlstein, E., Laskowski, K., Falato, W. L., Ackerman, J., Erian, M., Barringer, D., Weiner, J.** (2004). A meta-analysis of the relationship between social skills and sexual offenders. *Communication Reports*, 17, 1-10.
- Felitti, V.** (1991). Long-term medical consequences of incest, rape and molestation. *Southern Medical Journal*, 84, 328-331.
- Fossati, A, Madeddu, F & Maffei, C.** (1999). Borderline personality disorder and childhood sexual abuse: A metaanalytic study. *Journal of Personality Disorders*, 13, 268-280.

- Frazier, P.** (1997). Rape trauma syndrome. In Faigman, D., Kaye, D., Sacks, M., & Sanders, J. (Eds.), *Modern scientific evidence: The law and science of expert testimony* (pp. 414-435). St. Paul: West Publishing.
- Gagne, P.** (1981). Treatment of sex offenders with medroxyprogesterone acetate. *American Journal of Psychiatry*, 138, 644-646.
- Gijs, I., & Gooren, L.** (1996). Hormonal and psychopharmacological interventions in the treatment of paraphilias: An update. *Journal of Sex Research*, 33, 273-290.
- Giotakos, O., Markianos, M., Vaidakis, N., & Chistodoulou, G.N.** (2004). Sex hormones and biogenic amine turnover of sex offenders in relation to their temperament and character dimensions. *Psychiatry Research*, 127, 185-193.
- Golding, J.** (1994). Sexual assault history and physical health in randomly selected Los Angeles women. *Health Psychology*, 13, 130-138.
- Gottesman, H. G. & Schuber, D.S.** (1993). Low-dose oral medroxyprogesterone acetate in the management of paraphilias. *Journal of Clinical Psychiatry*, 54, 182-188.
- Hansen, H.** (1991). Treatment of dangerous sexual offenders. In *Seminar on Prison Health Services in Tampere, Finland* (pp. 33-38). Helsinki, Finland: Ministry of Justice, Government Printing Centre.
- Hansen, H., & Lykke-Olesen, L.** (1997). Treatment of dangerous sexual offender in Denmark. *Journal of Forensic Psychiatry*, 8, 195-199.
- Hanson, K., & Gidycz, C.** (1993). Evaluation of a sexual assault prevention program. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 61, 1046-1052.
- Hanson, R.** (2002). Recidivism and age: Follow-up data from 4,673 sexual offenders. *Journal of Interpersonal Violence*, 17, 1046-1062.
- Harrison, K.** (2007). The high risk sex offender strategy in England and Wales: Is chemical castration an option? *The Howard Journal*, 46, 16-31.
- Harrison, K.** (2008). Legal and ethical issues when using antiandrogenic pharmacotherapy with sex offenders. *Sex Offender Treatment*, 3, available at http://www.sexual-offender-treatment.org/2-2008_01.html.
- Heim, N., Hursch, C.J.** (1979). Castration for sex offenders: treatment or punishment? A review and critique of recent European literature. *Archives of Sexual Behavior*, 8, 281-304.
- Heller, C.G., Laidlaw, M.W., Harvey, H.T., Nelson, D.L.** (1958). The effects for progestational compounds of the reproductive processes of the human male. *Annals of New York Academy of Science*, 71, 649-655.

- Hudson, S.M. & Ward, T.** (1997) Intimacy, loneliness and attachment style in sexual offenders. *Journal of Interpersonal Violence*, 12, 323-339.
- Jannini, E. A., Screponi, E., Carosa, E., Pepe, M., Lo Giudice, F., Trimarchi, F., et al.** (1999). Lack of sexual activity from erectile dysfunction is associated with a reversible reduction in serum testosterone. *International Journal of Andrology*, 22, 385-392.
- Kendall-Tackett, K. A., Williams, L.M. & Finkelhor, D.** (1993). Impact of sexual abuse on children: A review and synthesis of recent empirical studies. *Psychological Bulletin*, 113, 164-180.
- Kilpatrick, D., Saunders, L., Veronen, L., Best, C. & Von, J.** (1987). Criminal victimization: Lifetime prevalence, reporting to police, and psychological impact. *Crime and delinquency*, 33, 479-489.
- Kimmerling, R., & Calhoun, S.** (1994). Somatic symptoms, social support and treatment seeking among sexual assault victims. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 62, 333-340.
- Koss, M.** (1993) Rape: Scope, impact, interventions and public policy. *American Psychologist*, 48, 1062-1069.
- Koss, M., Gidycz, C., & Wisniewski, N.** (1987). The scope of rape: Incidence and prevalence of sexual aggression and victimization in a national sample of higher education students. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 55, 162-170.
- Koss, M., Woodruff, W., & Koss, P.** (1990). Relation of criminal victimization to health perceptions among women medical patients. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 58, 147-152.
- Kravitz H.M., Haywood T.W., Kelly J.R.** (1995). Medroxyprogesterone treatment for paraphiliacs. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, 23,19-33.
- Kreuz, L. E., & Rose, R.M.** (1972). Assessment of aggressive behavior and plasma testosterone in a young criminal population. *Psychosomatic Medicine*, 34, 321-332.
- Langeluddeke A.** (1963). *Castration of Sexual Criminals*. Berlin: de Gruyter.
- Langevin, R., Curnoe, S., Fedoroff, P., Bennett, R., Langevin, M., Peeper, C., Pettica, R., Sandhu, S.** (2004). Lifetime sex offender recidivism: A 25-year follow-up study. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 46,531-552.
- Laschet, U. & Laschet, L.** (1971). Psychopharmacotherapy of sex offenders with cyproterone acetate. *Pharmakopsychiatrie Neuropsychopharmakologie*, 4, 99-104.

- Ledray, L.** (1994). Rape or self injury? *Journal of Emergency Nursing*, 20, 88-90.
- Ledray, L.** (1998). Sexual assault: Clinical issues: SANE development and operation guide. *Journal of Emergency Nursing*, 24, 197-198.
- Ledray, L.** (1999). Sexual assault nurse examiner (SANE) development and operation guide. Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office for Victims of Crime.
- Lee, J. K. P., Jackson, H. J., Pattison, P. & Ward, T.** (2002). Developmental risk factors for sexual offending. *Child Abuse & Neglect*, 26, 73-92.
- Leonard, L.M. & Follette, V.M.** (2002). Sexual functioning in women reporting a history of child sexual abuse: Review of the empirical literature and clinical implications. *Annual Review of Sex Research*, 13, 346-388.
- LeVay, S. & Valente, S.M.** (2003). *Human sexuality*. Sunderland, MA: Sinauer.
- Lisak, D. & Miller, P.** (2002). Repeat rape and multiple offending among undetected rapists. *Violence and Victims*, 17, 73-84.
- Loeb, T. B., Williams, J.K., Carmona, J.V., Rivkin, I., Wyatt, G.E., Chin, D. & Asuan- O'Brian, A.** (2002) Childhood sexual abuse: associations with the sexual functioning of adolescents and adults.
- Maletzky, B.M.** (1980). Self referred verses court referred sexually deviant patients: success with assisted covert sensitization. *Behavior Therapy*, 11, 306-314.
- Maletzky, B.M. & Steinhauser, C.** (2002). A 25-year follow-up of cognitive/behavioral therapy with 7,275 sexual offenders. *Behavior Modification*, 26, 123-147.
- Maletzky, B.M.** (2002). The paraphilias: Research and treatment. In P.E. Nathan & J.M. Gorman (Eds.) *A Guide to Treatments that Work* (pp.525-558). New York: Oxford University Press.
- Marshall, W.L., Jones, R., Ward, T., Johnston, P., Barbaree, H.E.** (1991) Treatment outcome with se offenders. *Clinical Psychology Review*, 11, 465-485.
- McConaghy, N.** (1998). Paedophilia: A review of the evidence. *Australian and New Zealand Journal of Psychiatry*, 32, 252-265.
- McFall** (1990). The enhancement of social skills: An information-processing analysis. In W. L. Marshall, D. R. Laws, and H. E. Barbaree (Eds.) *Handbook of Sexual Assault: Issues, Theories, and Treatment of the Offender*. New York: Plenum.
- McGuire, J.** (2002). Criminal sanctions versus psychologically-based interventions with offenders: A comparative empirical analysis. *Psychology, Crime and Law*, 8, 183-208.
- Meston, C. M., & Frohlich, P. F.** (2000). The neurobiology of sexual function. *Archives of General Psychiatry*, 57, 1012-1030.

- Meyer, W.J., Collier, C., & Emory, E.** (1992). Depo provera treatment for sex offending behavior: An evaluation of outcome. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry Law*, 20, 249-259.
- Money, J.** (1970). Use of androgen depleting hormone in the treatment of male sex offenders. *The Journal of Sex research*, 6, 165-172.
- Muram, D., Hostetler, B., Jones, C., & Speck, P.** (1995). Adolescent victims of sexual assault. *Journal of Adolescent Health*, 17, 372-375.
- Neuman, F.** (1977). Pharmacology and potential use of cyproterone acetate. *Hormone and Metabolic Research*, 9, 1- 13.
- Neuman, F. & Schleusener, A.** (1980). Pharmacology of cyproterone acetate with special reference to the skin. In R. Vokoer & D. Fanta (Eds.) *The pharmacology of cyproterone acetate, combined with anti-androgenestrogen therapy in dermatology* (pp.1951). *Proceedings of Dianne Symposium, Brussels.*
- Petrak, J. & Clayton, E.** (1995). The prevalence of sexual assault in a genitourinary medicine clinic: Service implications. *Genitourinological Medicine*, 71, 98-102.
- Quinsey, V. L., & Earls, C. M.** (1990). *The Modification of Sexual Preferences.* In W. L. Marshall, D. R. Laws, and H. E. Barbaree (Eds.) *Handbook of Sexual Assault: Issues, Theories, and Treatment of the Offender.* New York: Plenum.
- Resick, P., Jordan, C., Girelli, S., Kotsis Hutter, C. & Marhoefer-Dvorak, S.** (1988). A comparative outcome study of behavioral group therapy for sexual assault. *Behavior Therapy*, 19, 385-401.
- Rubinow, D. R., & Schmidt, P. J.** (1996). Androgens, brain and behavior. *American Journal Psychiatry*, 153, 974- 984.
- Russell, D., & Howell, N.** (1983). The prevalence of rape in the United States revisited. *Signs*, 8, 688-695.
- Segal, Z.V., & Stermac, L.E.** (1990). The role of cognition on sexual assault. In W.L. Marshall, D.R. Laws, & H.E. Barbaree (Eds.) *Handbook of sexual assault: Issues, theories and the treatment of the offender* (pp. 161-175). New York: Plenum.
- Seto, M.C., Lalumiere, M.L. & Kuban, M.** (1991). The sexual preferences of incest offenders. *Journal of Abnormal Psychology*, 108, 267-272.
- Sofair, A.N. & Kaldjian, L.C.** (2000). Eugenic sterilization and a qualified Nazi analogy: The United States and Germany, 1930-1945. *The Annals of Internal Medicine*, 132, 312-319.
- Southren, A.L., Gordon, G.G., Vittek, J. & Altman, K.** (1977). Effect of progestagens on androgen metabolism. In L. Martini & M. Motta (Eds.) *Androgens and antiandrogens* (pp. 263-279). New York: Raven Press.

- Stein, D.J., Hollander, E., Anthony, D.T., Schneider, F.R., Fallon, B.A., & Liebowitz, M.R.** (1992). Serotonergic medications for sexual obsession, sexual addictions, and paraphilia. *Journal of Clinical Psychology*, 53, 267-271.
- Stelzer G. L.** (1997). Chemical castration and the right to generate ideas: does the First Amendment protect the fantasies of convicted pedophiles? *Minnesota Law Review* 81, 1675–1709.
- Stürup, G. K.** (1972). Castration. The total treatment. In H. L. P. Resnik & M. E. Wolfgang (Eds.), *Sexual behaviors. Social, clinical and legal aspects* (pp. 361-382). Boston: Little, Brown.
- Tintinelli, J. & Hoelzer, M.** (1985). Clinical findings and legal resolution in sexual assault. *Annals of Emergency Medicine*, 14, 447-453.
- Tjaden, P. & Thoennes, N.** (1998). Prevalence, incidence and consequences of violence against women: Findings from the national violence against women survey. *Research in Brief*. Washington, DC: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice.
- U.S. Department of Justice, Federal Bureau of Investigation. (2004). *Uniform Crime Reports. Crime in the United States*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office.
- Van Basten, J.P.A., Van Driel, M.F., Hoekstra, H.J.** (1999) Objective and subjective effects of treatment for testicular cancer on sexual function. *British Journal of Urology International*, 84, 671–67 8.
- Van Basten, J.F., Van Driel, M.F., Jonker-Pool, G.** (1997). Sexual functioning in testosterone-supplemented patients treated for bilateral testicular cancer. *British Journal of Urology*, 79, 461–467.
- Virkkunen, M., Rawlings, R., Tokola, R., Poland, R. E., Guidotti, A., Nemeroff, C.** (1994). CSF biochemistries, glucose metabolism, and diurnal activity rhythms in alcoholic, violent offenders, fire setters, and healthy volunteers. *Archives of General Psychiatry*, 51, 20-27.
- Volavka, J.** (1995). *Neurobiology of violence*. Washington, DC: American Psychiatric Press.
- Ward, T., McCormack, J., Hudson. S.M., Polaschek, D.** (1997) Rape: Assessment and treatment. In D.R. Laws, & W. O'Donohue (Eds.) *Sexual deviance: Theory, assessment, and treatment* (pp. 356-393). New York: Guilford.
- Yupze, A., Smith, R. & Rademaker, A.** (1982). A multicenter clinical investigation employing ethinyl estradio combined with dl-norgestrel as a postcoital contraceptive agent. *Fertility and sterility*, 37, 508-513.

ÇİN HALK CUMHURİYETİ'NDE İDAM CEZASI: NEREYE GİDİYOR?

Lu JIANPING* - Guo JIAN**

Çeviren: Av. Umur AKSAKAL

Giriş

Uluslararası Af Örgütü'nün "Dünya Genelinde İdam Cezası: 2005 Yılındaki Gelişmeler" adlı son idam cezası raporuna göre; 2005'te dünya genelinde uygulanmış 2,148 idam cezasının %94'ünden dört ulus sorumludur. Bu dört ulus Çin¹ (1,770), İran (94), Suudi Arabistan (86) ve ABD (60)'dir. Şunu belirtmek gerekir ki Çin tek başına her yıl tüm dünyanın toplamından daha fazla kişi idam etmektedir. 2005'te 22 ülkede gerçekleşen idam cezalarının içinden Çin, idam cezasını ezici bir üstünlükle uygulayarak en kötü imaja sahip olan ülke konumundadır².

Kadim ve medeni bir ülke olan Çin, idam cezasını yaygın şekilde uygulamasıyla kötü bir şöhret edinmiştir. İdam cezası konusu Çin hukuk prensibinin zayıf noktası olarak haline gelmiştir. İnsan hakları düşüncelerinin ışığında ve idam cezası gelişmelerinin küresel düzeydeki gelgitlerinde, Çin elit kesimi git gide idam cezasının anlamsızlığını fark etmiş ve son yıllarda, idam cezasının sınırlanması ve ortadan kaldırılması hakkında tartışmalar başlamıştır. Her ne kadar idam cezasının korunması hakkındaki gerekçelere karşı çıkmış ve eleştirilmişse de ortadan kaldırılması için çıkartılan ses, Çin genelinde halen cılızdır ve

* Profesör, Pekin Normal Üniversitesi Ceza Hukuku Bilim Enstitüsü Yönetici Dekanı, Fransa Montpellier 1 Üniversitesi'nde Hukuk Doktorası, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Yönetici Üyesi ve Genel Sekreter Yardımcısı.

** Pekin Normal Üniversitesi Ceza Hukuku Bilim Enstitüsü'nde doktora adayı.

1 Çin'de kastedilen Çin Halk Cumhuriyeti olup Çin anakarasını, Hong Kong ve Makao Özel İdari Bölgeleri'ni (Özel İdari Bölgelerde idam cezası sırasıyla 1993'te ve 1 Ocak 1996'da Makao Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile 1996'da kaldırılmıştır) ve idam cezasının halen bulunduğu Tayvan'ı kapsamaktadır. Bu makalede geçen Çin ibaresi, aksi özel olarak belirtilmedikçe Çin anakarası anlamında kullanılmıştır.

2 <http://www.deathpenaltyinfo.org/newsanddev.php?scid=30>

vatandaşların ezici bir çoğunluğu sosyal problemlerle uğraşmak için idam cezasından medet ummaktadırlar. Çin'in sosyo-kültürel temeli idam cezasının ortadan kaldırılmasına karşıdır ve uygun sosyal koşulların mevcut olmaması nedeniyle yakın zamanda idam cezası tamamıyla ortadan kaldırılamayacaktır. Şu anki durumda idam cezasının korunması; ancak -ileride kaldırılması gerekli olsa da- sıkı bir şekilde sınırlandırılması hakkında bir fikir birliğine varılmıştır. Bu makale Çin'deki idam cezasının güncel durumu ve Çin'in, idam cezasını azaltma ve tümüyle ortadan kaldırma amacıyla üstlenmesi gereken görevleri analiz etmek için kaleme alınmıştır.

1. Çin Halk Cumhuriyeti'nde İdam Cezasının Güncel Durumu

1.1 İdam Cezası Politikası

Feodal monarşinin altında uzun bir süre yaşamış bir ulus olan Çin halkı, sosyal problemlerle yüzleşmek için orantısız şekilde idam cezasına başvurmuştur. İdam cezası; köklerini, binlerce yıldır Çin Ceza Hukuku'nda başlıca ceza olarak uygulayan kültüründen almaktadır. 20. yüzyılın ilk on yıllık dönemi olan Qing hanedanlığının son dönemlerinde hukuksal bir reform hareketi yaratılmış ve ceza doktrini geliştirip cezaların vahşiliğini önemli ölçüde azaltılmış olsa da idam cezasının uygulanması konusunda –kısmen de olsa geçmişteki birçok değişim nedeniyle- hiçbir kesinti meydana gelmemiştir. Buna karşın son yirmi yıllık dönemde idam cezasının mantıksızlığı ağır ve kapsamlı şekilde eleştirilmiş olsa da idam cezasının kötü doğası, elit kesimin öngörüsü üzerine fark edilmiştir. 1950'lerin ilk yıllarında, Çin hükümeti şu idam cezası politikasını yürürlüğe koymuştur: “daha az ve dikkatli şekilde öldürmek ve öldürülmesi şart olmayan suçluya ölüm cezası vermemek”. Hükümet bu politikayı “hoşgörü ile birleştirilmiş ceza” politikasına uygun şekilde yürütmüş olup bu politika; o andan itibaren -sosyal karışıklıklar ve geçici ağır ceza kampanyaları olsa bile- idam cezası ile alakalı olan Çin mevzuatı ve içtihat için uygulanması gereken prensip ve standartları oluşturmuştur.

1.2 İdam Cezası İle İlgili Mevzuat

Çin Halk Cumhuriyeti'nin (ÇHC) ceza kanunu 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. Bu yasa ÇHC'nin kurulmasından sonra çıkartılan ilk yasadır ve güçlü siyasi özelliklere sahip olup yukarıda belirtilen idam cezası politikası ile tamamıyla uyum içindedir. Ulusal Halk Meclisi Daimi Komisyonu (UHMDK) Başkan Yardımcısı olan Peng Zhen'in 7 Haziran 1979 tarihinde "ÇHC'nin Ceza Hukuku Tasarısının Açıklanması" beyanında belirttiği üzere "Çin, idam cezasını tümüyle ortadan kaldıramaz ancak bu cezanın uygulanması olabildiğince azaltılmalıdır"³. Tatbik edilebilir koşullar, amaç ve uygun idam cezası prosedürü, idam cezasının olağandışı şekilde ertelenmesi ile birlikte bu yasanın genel hükümlerinde belirtilmiş ve sınırlanmıştır. Buna ek olarak, özel hükümlerde sadece 28 suç (15'i devrim karşıtı, 8'i kamu güvenliğini tehlikeye sokan, 3'ü kişisel hakları ihlal eden ve 2'si zimmete geçirme suçları) için 15 maddede idam cezası şart koşulmuştur ve içtihatla devrim karşıtı suçlar için idam cezası nadiren talep edilmiştir.

Buna karşın; ağır-ceza kampanyasında olduğu gibi birbirini izleyen yargısal uygulamalar, meşhur reform ve dışa açılma politikasının tetiklediği yüksek suç oran ile birlikte düzensiz sosyal ve ekonomik değişim nedeniyle, bu ceza yasası kabul edildikten kısa süre sonra ciddi şekilde sapmıştır. Buna ek olarak, idam cezasını gerektiren suçların sayısı; UHMDK'nin 1982'de kanunlaştırdığı "Ekonomiyi Ciddi Anlamda Sabote Eden Suçluların Ağır Şekilde Cezalandırılması Hakkında Karar", yine 1982'de "UHMDK'nin Kamu Düzenini Ciddi Anlamda Tehlikeye Sokan Suçluların Ağır Şekilde Cezalandırılması Hakkında Karar" ve buna benzer kararlar sebebiyle bağlı olunan ceza kanunları ile artmaktadır. Ceza kanununun yeniden gözden geçirildiği 1997 yılına kadar; 20'yi aşkın ceza kanununa 49 idam cezasını gerektiren suç daha eklenmiş, bu tür suçların sayısı toplamda 74'e çıkmış ve idam cezası ekonomik suçlara, şiddet içermeyen suçlara ve sıradan suçlara da uygulanacak şekilde genişletilmiştir.

İdam cezasının yükseltilmesi ceza hukuku ile ilgilenen akademik çevreleri ve birçok Çinli ceza hukukçusunu harekete geçirmiş ve bu kesimler tarafından idam cezasının infazının azaltılması ve sınırlandırılması önerilmiştir. Buna karşın bu öneriler; artan suçlar, ciddi kamu

3 Bakınız: ZHAO Bingzhi, "Çin Ölüm Politikası Bakış Açısından Şiddet İçermeyen Suçlar Bakımından İdam Cezasının Kademeli İlgası", Ceza Hukuku Dergisi (III): 43, Hukuk Basını, Çin.

güvenliği olayları ve halkın düşünce yapısındaki tutuculuk sebebiyle kanun koyucular tarafından 1997 yılında ceza kanununun revize edildiğinde dikkate alınmamıştır. Son olarak, kanunu düzenlerken idam cezasını gerektiren suçlarda artma ve azaltma yapılmaması hususunda bir anlaşmaya varılmıştır. 1997’de revize edilen ceza kanunu neredeyse tüm idam cezasını gerektiren suçları korumuştur ve ufak bir azalma ile halen 68 suç için idam cezasını şart koşturmuştur.

1979 yılındaki ceza kanununun hükümleri temel alınarak 1997 yılında tekrar düzenlenen ceza kanununun genel hükümlerinde idam cezası hakkında bazı sınırlamalar getirilmiş ve uygulanmıştır. Tatbik edilebilir hedefler için açıkça şu şekilde belirtilmiştir: “Çok ciddi suçlar işlemiş olan suçlular için uygulanacak” ve 18 yaşına ulaşmamış olan ya da yargılama anında hamile olan kadınlara idam cezası uygulanmayacaktır. 1979’daki ceza kanununun idam cezasının ertelenmesi hakkındaki uygun olmayan “idam cezasının ertelenmesinin 16-18 yaş arası genç suçlulara uygulanması” hükmü kaldırılmıştır. Zehirli iğne ile idam yeni bir infaz yöntemi olarak ilave edilmiştir. İdam cezasının ertelenmesi sistemi kendi sonucu içinde geliştirilmiştir. Ceza usulü açısından idam cezasının sıkı bir şekilde kontrolü, gözden geçirilen ceza kanununda şart koşulmuş olsa da idam cezasının onanması yanlış bir biçimde yerel mahkemelerinin en üstü olan Yüksek Halk Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Buna karşın, bazı suçların kurucu unsurlarındaki daha sıkı ve açık hükümler haricinde idam cezası mevzuatındaki yaygın eğilim açıktır. Güncel ceza kanununun 10 bölümü (başka bir deyişle ceza gerektiren suç kategorileri) arasından, 9 bölüm (görev ihmalini suçlarını konu alan 9. bölüm dışında) için idam cezası öngörülmüştür. 1. bölümde 7 ana suç sayılmıştır: ulusal düzeni tehlikeye sokmak (Vatana ihanet, ülkenin birliğini sarsmak, silahlı ayaklanma, hainlik, casusluk, Devlet sırlarını ve istihbaratını izinsiz şekilde yabancı ajanlara sağlamak, savaş döneminde düşmana yardım etmek). 2. bölümde ise bu türden 14 suç sayılmıştır: kamu güvenliğini tehlikeye sokmak (kundakçılık; hendek açmak; patlamaya neden olmak; tehlikeli maddeleri yerleştirmek; tehlikeli yöntemlerle kamu güvenliğini tehlikeye sokmak; toplu taşıma araçlarına zarar vermek; trafik vasıtalarına zarar vermek; güç donanımlarına zarar vermek; yanıcı ve patlayıcı malzemelere zarar vermek; uçak kaçırmak; yasa dışı yolla nakliyat araçları üretmek, satın almak ve satmak; silah, mühimmat, patlayıcı ve tehlikeli madde göndermek ve depolamak;

yasa dışı yolla tehlikeli madde üretmek, satın almak, satmak, nakletmek ve depolamak; silah, mühimmat, patlayıcı ve tehlikeli maddeleri çalmak ve bunlara el koymak; silah, mühimmat, patlayıcı ve tehlikeli maddeleri gasp etmek). 3. bölümde, sosyalist piyasa ekonomisi düzenini engelleyen 16 suç sayılmış olup bunlar: “sahte ilaç üretmek ve satmak; zehirli ve zararlı yiyecek üretmek ve satmak; silah ve mühimmat kaçakçılığı; nükleer materyal kaçakçılığı; sahte para kaçakçılığı; kültürel eser kaçakçılığı; değerli madde kaçakçılığı; nadir hayvan ve bunlardan üretilen eşya kaçakçılığı; olağan malların ve eşyanın kaçakçılığı; kalpazanlık; bağış toplayarak dolandırmak; senet ve bono aracılığıyla dolandırmak; finansal dokümanlar kullanarak dolandırmak; akreditif ile dolandırmak; vergi faturasında yanlış katma değerli ihracat vergisi ve vergi indirimleri için vergi ödemelerini yanlış değer göstererek dolandırmak; sahte katma değer gösterilen vergi faturasını yaratmak ve satmak “şeklinde dir. 4. bölümdeki 5 suç, vatandaşın kişisel ve demokratik haklarını ihlâl eden suçlardan oluşmaktayken (kasten öldürme, kasten yaralama, tecavüz, kadın ve çocuk kaçırmak ve alıkoymak) 5. bölümdeki suçlardan 5’i mülkiyet hakkını ihlâl eder niteliktedir (soygun ve hırsızlık). 6. bölümdeki kamu düzeninin idaresini engelleme ile alakalı olan 8 suç ise, suçla ilgili metotlar öğretmek ayaklanma ve hapisten firar etme; silahlı hapishane baskını; eski eserleri ve mezarları çalmak; ölü insanların ve omurgalı hayvanların fosillerini çalmak; uyuşturucu madde kaçakçılığı, ticareti, nakli ve imalatı; fuhuşu organize etmek ve fuhuşa zorlamak şeklinde sayılabilir. 2 farklı suç 8. bölümde, (zimmete geçirme ve rüşvet) 12 suç 10. bölümde sayılmıştır (askerin görevini ihlâlini konu alan: savaş zamanı emre itaatsizlik, kasten askeri istihbaratı gizlemek ve yanlış istihbarat raporu vermek; askeri emri iletmeyi reddetmek ya da yanlış emri iletmek; teslim olmak; savaş alanını terk etmek; askerin görevini yapmasına engel olmak; Çin’den kaçmak; askeri sırları çalmak, casusluk yapmak, satın almak ya da bunları yabancı ajanlara vermek; savaş zamanı askeri birliklerin moralini sarsan ve bunları yanıltan söylentiler yaratmak; silahları, teçhizat ya da askeri erzakı çalmak ya da zorla ele geçirmek; askeri silahları ve teçhizatı yasa dışı şekilde satmak veya nakletmek; savaş zamanı masum mukimlere aşırı derecede zarar vermek ya da mallarını yağmalamak)⁴.

4 Bakınız: GAO Mingxuan, “İdam Cezası İle İlgili Mevzuat ve Gelişen Eğilim”, Hukuk Bilimi Dergisi (25) s.6-7: 2004.

1.3 İdam Cezası İle İlgili İçtihat

İdam cezası konusunda yasamada yapılan yenilikler, bu cezanın yargısal alanda uygulamasında doğrudan bir artışa neden olmuştur. İdam cezasının her şeye yeterliği düşüncesi, yargı görevlilerince ve hatta toplum tarafından büyütülmüş ve popülerleştirilmiştir. Bu kesimler katı cezalandırma ve idam cezası fikirlerini körü körüne idolleştirmiştir. Bazı yargı çalışanları hatalı şekilde, kanunda idam ile cezalandırılması gereken suçların sayısının artırılması gerektiğini öne sürmekte ve sürekli şekilde oluşan suçlara önlem almak için ağır cezalandırma (hatta idam cezası) yoluna başvurmanın son çare olduğunu söylemektedir. Ayrıca yine doğru olmayan şekilde, “ağır ceza gerektiren suçlara ciddi ve hızlı şekilde darbe vurma” politikasının uzun vadeli bir görev haline gelmesi gerektiği iddia edilmiştir. Hatta yargısal fonksiyonları olan bazı yerel liderler yanlış şekilde, olağanüstü durumu olmayanların da idam cezasına mahkûm edilmesini ve idamlık suçluların sayısının, yargı organlarının başarısını gösteren bir kıstas olmasını istemişlerdir. Bunun gibi anormal uygulamalar Çin’de aşırı miktardaki infazları kötüleştirilmiş, bunun yanında konu üzerine derin düşünceleri de başlatmıştır. Git gide daha fazla insan (özellikle yargısal uygulamalarla ve ceza hukuku alanındaki akademik çalışmalarla uğraşanlar), idam cezasının zalimliğini ve kötüye kullanıldığını fark etmiştir. İnsan haklarının yaygınlaşması ve yanlış mahkeme kararlarının sıkça görülmesi ile birlikte Çin hükümeti, bu kötüleşmeyi düzeltmek ve başka yöne çevirmek için nihai eylemlerde bulunmaya başlamıştır. Ölümün bir ceza olarak adaleti ve meşruiyeti konusunda insanları şüpheye sevk etmesi ile birlikte idamın geri döndürülemez ve nihai olduğu anlaşılrsa da Çin’deki idam cezasının kaldırılması talebi halen akademik araştırma çevresiyle sınırlı kalmaktadır. Günümüz Çin’inin gerçekleri ışığında toplumun popüler ve sürekli intikamcı psikolojisi sebebiyle Çinli yasa koyucularca, suç oranlarındaki artış ve kamu düzeninin katı konumu karşısında idam cezasını kaldırmak için radikal adımlar atmak imkânsız bir hal almıştır. İdam cezası kaldırılmaktan çok infazların katı sınırlamalara tâbi olup bir caydırıcı olarak korunmak isteniyor. Bu konuda 14 Mart 2005’te Başbakan WEN Jiabao’nun Ulusal Halk Meclisi toplantısı sonrası basın konferansında yaptığı “Çin, Yüksek Halk Mahkemesi’ne idam cezasının gözden geçirme hakkını verme konusu da dâhil yargısal sistemini geliştiriyor. Buna

karşın; mevcut ulusal durumumuz göz önüne alındığında idam cezasını kaldırmayacağız. Yapmaya çalıştığımız şey, idam cezası verildiğinde ihtiyatlılığın ve adaletin sağlanması için Çin'de etkili bir sistem kurmak"⁵ açıklaması da bu görüşü açıklar niteliktedir. Çin'de idam cezasının kaldırılması için hâlâ önümüzde engebeli ve uzun bir yol vardır.

2. İdam Cezasının Kaldırılması İçin Çin'in Üstlenmesi Gereken Görevler

Günümüz Çini'nde idam cezası karşısında resmi tavır kesinlikle olumlu olduğu için, Çin'de şu an idam cezasının kaldırılması için uygun koşulların olmadığına dair yaygın bir inanış vardır. İdam cezasının kaldırılması koşulları hususu ise idamın bertaraf edilmesinden daha tartışmalı bir konudur. Bu koşullar ile alakalı olarak farklı insanların farklı görüşleri mevcuttur. Bazı akademisyenlere göre düşük eğitim düzeyi, etkisiz sosyal kontrol, yoksulluk yüzünden ortaya çıkan yüksek suç oranı idam cezasının kaldırılmasına güçlü bir direnç oluşturabilmektedir⁶. Zira belli bir seviyedeki cismani ve ruhsal medeniyet, idam cezasının kaldırılması için gereklidir⁷. İdam cezası ancak hem objektif elverişlilik hem de subjektif iradecilik⁸ ve buna benzer şeyler ile ortadan kaldırılabilir. Çin'deki mevcut durum buyken; Çin, birkaç bin yıldır feodal bir geleneğe sahip olan, 1,3 milyar nüfusa sahip ve yüksek suç oranı ile birlikte sosyal bir değişim sürecinde olan gelişmemiş bir ülkedir. Eğer Çin'deki idam cezasının mevcut durumunu diğer ülkelerle karşılaştırmazsak ve sadece gözlemimizi bu ülke ile sınırlı tutarsak, bu gibi teorik ve felsefi analizlerle ikna edilebiliriz. Biz, burada idam cezasının korunması ile alakalı gerekçelendirmelerle uğraşmayacağız ve akademisyenlerin yükümlülükleri, toplum görüşünün özellikleri ve devlet adamlarının sorumlulukları gibi konuları tartışma amacıyla olacağız.

5 <http://news.xinhuanet.com/newscenter/2005-03/14>

6 Bakınız: CHEN Linghai, "İdam Cezasının Korunması ya da Kaldırılması: Demokrasi ya da Felsefe", İçtihat Bilimi (III) s.65.

7 Bakınız: CHEN Xinliang, Ceza Hukukunun Felsefesi (III) s.391, Pekin: Çin Siyaset Bilimi ve Hukuk Medyası Üniversitesi.

8 Bakınız: Roger Hood (Britanya), "İdam Cezası: Dünyanın Bakış Açısı" 2005: s.475, Çev. LIU Renwen ve ZHOU Renjie, Çin İnsan Politikası Çalışmaları Üniversitesi Basını.

2.1 Akademisyenlerin Yükümlülükleri

Akademisyenler, tüm insanların öğretmenidir ve görevleri bilgiyi aktarmaktır, insanların zekâsını geliştirmek ve düşünce tarzını değiştirmektir. Batılı bir deyişte de dendiği gibi; “İlerlemelerden bahsetmek devlet adamının işidir, buna karşın sorunlardan bahsetmek akademisyenlerin görevidir”. İdam cezasının korunması Çin açısından anlaşılabilir görünse de kendi topraklarımızdan ötesine baktığımızda gerekçelendirmelerimizden şüphe edebiliriz. Bu yüzden akademisyenlerin, (özellikle kriminologların) kapsamlı ve derin bilgileri ile toplumun idam cezası hakkındaki kör inançlarını düzeltmek ve Çin’de idam cezasının sınırlanması ve kaldırılması yönünde çaba sarf etmek suretiyle topluma yol göstermesi ve onu yönlendirmesi gerekmektedir.

İlk olarak, akademisyenler idam cezası hakkındaki toplum görüşünü yönlendirmeli ve bu zalim cezayı ortadan kaldırmak için baskın bir ideoloji oluşturmalarıdır. Zira yurtiçi ve yurtdışında idam cezasını kaldırmak için en önemli engellerden birinin toplum görüşünün olduğu görülmektedir. Aslında ilk olarak 200 yıldan daha uzun bir süre önce önemli bir İtalyan kriminolog olan Cesare Beccaria idam cezasının kaldırılmasını bir yazısında şu şekilde savunmuştur: “Bir filozofun sesi, budalaca ve doğru olmayan geleneklere uyan çoğunluk tarafından dile getirilmiş gürültüler karşısında çok zayıftır”. Yakın zamanda idam cezasına yönelik düşünceler hakkında Sina.com tarafından yapılan bir ankete göre; 4600 kişilik hedef kitlenin yaklaşık %75,8’i Çin’de idam cezasının korunması gerektiğini düşünmekte olup şaşkıncu bir biçimde %13,6’i idam cezasının kaldırılmasından yana olduğunu belirtmektedir. Ayrıca %10,6’lık bir kesim de ülkenin gelişimine göre orta yolun bulunması gerektiğini düşünmektedir. Çoğunluğun idam cezasının korunması gerektiğini savunması beklentilerimizin ötesinde bir durum değildir⁹. Buna karşın, %13,6’lık kesim beklentilerimizin ötesine geçmiş olup idam cezasının kaldırılması için gereken haklı bir neden için umut olmuştur. Akademisyenler, hem toplumun üyeleri hem de elit bir kesim olup kamu görüşünü idam cezası konusuna doğru yöneltme görevleri vardır. Sevgi, nefret ve dürtü gibi duyguları haiz bir canlı olan insanoğlu, aklı ile algılayabildiği dünyada diğer yaratıklardan farklıdır. İdam

9 <http://news.xinhuanet.com/comments/2005-01-20>

cezasını destekleyenlerin farklı sebepleri olabilir ancak bu sebeplerin çoğu kesinlikle vazgeçilmesi gereken akıldışı bir anlayıştan gelmektedir. Hangi durum altında olunursa olunsun, mantıklı muhakeme ışığında bile anlaşılabilen bir suçta bile, belli bir nefreti körüklemek -ki bu bir hatadır- eleştirilmelidir. İdam cezasının korunması veya kaldırılması konusundaki tartışmalara gelecek olursak; suçlulara yönelen nefretin kışkırtılması yerine mantık çerçevesinde ele alınmalıdır. Çin'de suçlulara yöneltilen iradi ya da gayriiradi bu kışkırtmalar, idam cezasının uygulamasının genişletilmesine neden olacaktır. İdam cezasının kaldırılmasını isteyen kesim mantıktan hareketle, bilgelik ve hümanizm dolu şu ilham verici sözlerle hislerini ifade etmektedir: “Her insanın doğası erdemli olmaktır ve herkes kan ve etten meydana gelmiştir, bu yüzden hukuk, suçluları bir bıçak ile öldürmek yerine onları yeniden eğitmek ve kurtarmak için bir araç olmalıdır.” “İdam cezasının kaldırılmasının hedefi hayatlarımıza değer vermemizi sağlamaktır.” “Hayatlarımız Tanrı tarafından bağışlanmıştır, suçluların bile.” “Suçlulara karşı davranış biçimimiz, toplumun ve ülkenin bize nasıl davrandığını gösteren ifadesidir.” Hukuk ile alakalı çalışanların ve özellikle akademisyenlerin, toplumu hiçbir şeyin birinin yaşamından daha değerli olmadığına ve hiçbir cezanın idam cezası kadar tiksindirici bir ceza olmadığı inancına yöneltmek için sosyal bilinçlendirmeleri yayma, öğretme ve baskın deyi haline getirme gibi bir yükümlülükleri vardır.

İkinci olarak; akademisyenler, devlet adamlarını aydınlatmalı ve bizim görüşümüze göre idam cezasının korunması hakkındaki önemli nedenlerin siyaset kaynaklı olmasından ötürü politika üzerinde bir değişim için çaba sarf etmelidirler. Bir yandan demokrasilerde idam cezası gibi önemli konular hakkında kararların alınması hususunda çoğunluğun anlaşılması gerekli iken idam cezasının hangi tür suçlar için öngörüleceği hususu hakkında; çoğunluk, en azından temsilciler, tarafından karar verilmesi gereklidir. Kamu görüşü yukarıda da belirttiğimiz gibi akademisyenler tarafından yönetilmeli ve rehberlik edilmeli iken; bu bakımdan Çin'de idam cezasının kaldırılması ya da korunması da akademisyenlerin elindedir. Akademisyenlerin, özellikle kriminologların görevi, Çin'de idam cezası kaldırılması için bir anlaşmaya varılana kadar tekrar ve tekrar idam cezasının mantıksızlığını tartışmaktır. Diğer yanda; toplum, hatta akademisyenler doğrudan politik güce sahip de-

ğillerdir ve idam cezasının kaldırılması konusundaki nihai politika belirleme gücü devlet adamlarının elindedir. Hukukçuların çeşitli kanallar aracılığıyla devlet adamlarını aydınlatması ve onlara Batı'nın deneyimlerinin ve araştırmalarının idam cezasının kaldırılması için daha çok bilimsel gerekçelerle kanıtladığını anlatmak gerekmektedir. Kriminologlar, devlet adamlarının Çin'deki idam cezasının kaldırılmasının binlerce kişiyi kasten öldürme, kasten yaralama ve tecavüz için idam cezasının bu suçlar özelinde kaldırılmasından dolayı uygulanamayacağını bildikleri ve bu duruma, işlerine yarayan bir anlaşma olarak bakacakları için bu çılgınca suçları işlemeye teşvik edeceği inancının yanlış olduğunu anlamalarını sağlamak zorundadırlar. Kriminologların, idam cezasının kaldırılmasının Çin'de bir çöküşe neden olmayacağını devlet adamlarına anlatmaları gerekmektedir. İdam cezasının korunması toplum görüşü nedeniyle değil, sadece politik nedenlerden kaynaklanmaktadır. Devlet adamları zekice, idam cezasını kamu görüşü vasıtasıyla suçlarla mücadele için bir silah olarak korumaktadır.

Üçüncü olarak; akademisyenler hümanizmi kilometre taşı olarak belirlemiş bir ulusal kültürün, idam cezasının kaldırılması için belirleyici bir güç olması sebebiyle sosyal kültürü tekrar inşa etmelidirler. Çin halkı, duygulara bağlanmak gibi eski bir gelenek olduğu için tamamen hümanizm duygusu ile doludur. Buna karşın Çin kültüründe tolerans ve hümanizm gibi değerler, intikamcı dürtüden üstün gelmemiştir ki bu dürtü genelde adalet maskesi ile beraber yürür. Katillerin yaşamları daima saygımızı hak etse de toplumun bu kişilerden nefret etmesi sağlıklı ve namuslu bir sosyal histir. Herkes davranışlarından sorumlu olsa da ve her suç cezalandırılmalı ise de herkes belli bir sosyo-kültürel durumda yaşadığından ötürü aslında suçlu bizi yansıtır. Başkalarına karşı davranışlarımız bize nasıl davranıldığını gösterir ki bu, birçok suçlunun hürmetsizliğine karşın inanmamız gereken bir gerçektir. İdam cezasını kaldırmak Çin'de her ne kadar zor olursa olsun, Çinli kriminologlar bunu en iyi şekilde savunmalıdırlar. İdam cezası en kısa sürede ortadan kaldırılmalıdır ve bu zalim cezanın kaldırılması için dikkati çekmek akademisyenlerin yükümlülüğündedir.

2.2 Toplumun Görüşü ile İdam Cezası Arasındaki İlişki¹⁰

Yukarıda tartışıldığı gibi toplumun görüşü, idam cezasının korunması gerekçelerinden biri olarak sayıldığı için toplum görüşü ile idam cezasında arasındaki ilişkinin özelliklerini anlamamız gerekmektedir.

Bizim görüşümüze göre; bu iki öge arasındaki ilişki sırasıyla şu iki açıdan incelenmelidir: İlki; idam cezasının korunması ya da kaldırılması ile toplum görüşü arasındaki ilişki üzerine yoğunlaşan makro-bakış açısı ve yasama açısı, ikincisi ise; toplum görüşünün idam cezasının özel uygulaması üzerindeki etkisi konusuna yoğunlaşan mikro-bakış açısı ve yargısal açı. Bulguları bu iki açıdan karşılaştırsak ilginç bir husus ile karşılaşırız: Bir yanda makro-bakış açısına göre; elit kesimin (hukuk akademisyenleri gibi) görüşleri ile büyük bir tezat oluşturacak şekilde popüler toplum görüşü idam cezasının kaldırılmasına karşı iken; mikro-bakış açısına göre, bazı özel suçlar için öngörülenler dışında bireysel vakalar karşısında toplum görüşünün çoğunluğu idam cezasının uygulanmaması gerektiğini düşünmektedir. Bir diğer yanda; her ne kadar yanlış mahkûmiyetler ve idamlar toplumu bireysel adalet konusunda giderek daha şüpheli yapsa da toplum, hâlâ idam cezasının korunması gerektiğini savunmaktadır.

Geleneksel kırsal toplumda, kişisel etkileşim ve sosyal ilişkinin kapsamı maddi şartlar yüzünden sınırlıdır. İnsanlar kendi ahlaki değerlerine ve doğal psikolojilerine bağlı bakış açılarını ve davranışlarını dile getirdikleri küçük bir dünyada yaşamaktadırlar. Toplum görüşü verilecek hükmün ana fikridir. O zamanlarda toplum görüşü doğal, direkt, kişisel, yerel, menfaat odaklı ve genellikle özel cürümleri ve suçluları hedef almaktadır. Buna karşın modern toplumda, sosyal medeniyetin, bilim ve teknolojinin gelişmesi ile birlikte toplum görüşünün biçimlerinde, içeriklerinde, iletişim araçlarında, yaklaşımlarında ve sonuçlarında büyük değişimler yaşanmıştır. Toplum görüşü; sanıkların veya mağdurların talepleri, profesyonel bakış açıları ve yargısal organ ya da tarafların ibraz ettiği ihbarnameler ve basın vb. kurumlarının yaptıkları haberler (özellikle yorumlar) gibi değişik şekilde biçimlenmiştir. Böylece bazı yönlendirilmemiş toplum görüşleri doğaldır, bazıları yönlendirilmiştir.

10 Bakınız LU Jinaping, "İdam Cezasının Uygulanması ve Kamu Görüşü", Zhengzhou Üniversitesi Gazetesi(38) 5s.107-109:2005.

dirilmiş hatta üzerinde oynanmıştır. Bazıları hiçbir af kabul etmeksizin idam yanlısı iken bazıları idama karşıdır. Bazı görüşler kişisel sempati ya da kızgınlığa dayalı iken, bazıları beklentilere ve kamu güvenliği için endişelere dayalıdır. Toplum görüşlerinin, yaklaşımlar, süreler, amaçları ve sonuçları üzerinde çaba sarf etmesinin etkisinin güçlüğü konusu ileri tetkikleri gerektirmektedir.

İlk olarak; toplum görüşleri homojen yapıda değildir. Bu heterojeni şu gerekçelere dayanmaktadır: Kamunun idam cezası ile alakalı makro-politika ve yasama için mutabakatı özel suçlar için idam cezasının dayatılması ile bir arada var olduğu için; toplum görüşünün idam cezasını desteklemesi ya da buna karşı çıkması gibi kesin bir sonuç ortaya çıkarmaz. Toplum; idam cezası hakkında makro-politika ve mevzuatı hakkında, basın yoluyla aktarılmış ya da kendi çıkarları ile alakalı olan idam cezasına tabi olan suça göre daha az bilgi edinebilmektedir. Mikro düzeyde; idam cezası hakkındaki kamu görüşü dolaylı olup esasen basın, akademik kurumlar ve sivil toplum kuruluşları gibi ajanslar tarafından yönlendirilmektedir. Bunun nedeni; ulusal çapta idam cezası hakkında bir oylamanın yapılmamış olması olup bazı özel ve önemli vakalarda toplum görüşü doğrudan ancak sınırlıdır. Çoğu; aile, arkadaşlar, komşular, yakın çevre, sınıf arkadaşları ve iş arkadaşları vb. gibi tarafların tanıdıkları tarafından ifade ediliyorlar. Birçok farklı grup, farklı tarafları temsil ediyor ve özel infaz için farklı tavır takınıyor. Dahası; ülkede 56 etnik grup mevcut olup farklı etnik grupların farklı hukuk kültürleri vardır (ölüme yönelik düşünceleri de dâhil). Böylece bu tür farklı toplum görüşleri ile başa çıkmak karmaşık bir problem haline gelmektedir.

İkinci olarak, kamu görüşü adaleti temsil etmemektedir ve ceza hukuku niteliğini haiz değildir. Kamunun görüşü; suçun sonuçları, sanığın öznel kötülüğü ve suçun koşulları gibi unsurların karma bir yansıması olup kamunun değer, ahlak, etik ve hukuk gibi eşzamanlı olarak yansıttıkları için bu unsurların basit bir birikimi değildirler. Dolayısıyla değer üzerindeki bu gibi sosyal bakış açıları, medenileşme sürecine uyduğu ve akılcılığa teşvik ettiği zaman kamu görüşü cezai yaptırımlar ve adalet üzerinde olumlu yönde çaba sarf ederken, eğer değer üzerindeki sosyal bakış açıları akla uygun olmaz ve sadece öfke, öç, önyargı ve bencillikten oluşursa; bu zamanda kamu görüşü cezai yaptırım üzerinde negatif

bir etkiye sahip olur ve yargısal adaletin sapmasına neden olur. Aslında, kamu görüşleri genelde mantıksız, değişken, belirsizdir ve ne olursa olsun, yasama ve adalet üzerinde bir nüfuz kullanmayı –git gide yargısal uygulamalarda kanıtlandığı gibi bu, yargısal adaletin yerini almak demek de olsa- hedeflemektedir. Asıl adalet insanların iyiniyetine dayansa da kanun tarafından düzenlenmezse bu iyiniyete aykırı sonuçlar yaratabileceği için toplumun kızgınlığı, idam cezasının kullanılmasını değerlendirirken dikkate alınmamalıdır.

Üçüncü olarak; kamu görüşü, belirli bir vakada cezaya çarptırmaktansa, bireysel ve bölgesel kamu görüşünü ulusal kamu görüşüne çevirmek suretiyle sadece ulusal makro-politika ve idam cezası ile ilgili yasama üzerinde bir etki ortaya koymalıdır. Doğal olarak belirli bir vakada kamu görüşlerinin işlevi esas olarak gözetmek olup davanın bağımsız görülmesi zorunluluğundan dolayı davaya karışmak veya davada yer almak değildir. Dahası, kamu görüşlerinin ortaya koyduğu etkiler, mevcut hâkim olan şekil yerine düzenlenmeli ve yeniden biçimlendirilmelidir. Belirli vakalarda bazı kamu görüşleri ya da uzmanların profesyonel tavsiyeleri, medya tarafından aktarılıp yargısal bir denetim amacıyla dava işlemlerini başlatmak ve bazı liderlerin ve otoritelerin dikkatini çekmek için etkili bir toplum sesine dönüştürülmektedir. Burada belirtilmesi gereken husus; kamunun görüşlerinin ve medyanın etkilerini ortaya koyarken sınırlarının olması ve Anayasallık çerçevesindeki bazı kurullarla uyumlu olması gerektiğidir.

Dördüncü olarak; kamunun görüşlerine yol gösterilmeli ve bunlar yönlendirilmelilerdir. Kamu görüşlerinin bazıları gelişmiş olduğu için zamana ayak uydurabilirler; dolayısıyla bu gelişmiş görüşlerin geride kalanları yönlendirmesine izin vermeliyiz. Akademisyenler ve sıradan insanlar arasında yapıcı etkileşim için bir iletişim zemini oluşturulmalıdır. Sadece elit kesime, Anayasallığa ve hukuk kuralına başvurulamayacağına göre elit kesimin bakış açısı, toplumun görüşleri ile sıkça değiş-tokuş edilmeli ve idam cezalarının infazının sınırlandırılması hatta kaldırılması amacıyla kamu görüşünü baskın bir güç haline getirmelidir. İnfaza dayalı bilginin, Çin'deki idam cezası ile ilgili gerçek yasama ve yargısal durumun ve idam cezasının sınırlandırılması ile ortadan kaldırılması konusundaki uluslararası eğilimin toplumun öğrenebilmesi için umuma arz edilmesi gerekmektedir. Sıradan insanların idam cezasının

avantaj ve dezavantajlarını tümüyle anlamalarına izin verilmeli ve idam cezasının tümgüçlülüğüne körü körüne bağlılığından kurtarmak için yardım edilmeli, idam cezasına konusunda bilimsel bir yaklaşım oluşturmaları için yardım edilmelidir; böylece idam cezası ile ilgili ulusal makro-politika ve yasamanın düzenlenmesi için kaldırım taşları döşenmiş olur. Her ne kadar şu günlerde Çin'de kamu görüşü hakkında çok eleştiri olsa da, genel olarak idam cezası konusundaki kamu görüşü, infazlar ile alakalı bilgilerin toplumun erişimden uzak tutulmasından ötürü, henüz tam olarak ifade edilmemiştir ve yeterince kapsamlı değildir. Çin'de idam cezasını git gide sınırlama ve ortadan kaldırma stratejisi karşısında kendi teorik hazırlıkları ve stratejik seçimleri dışında akademisyenlerin yapması gereken, toplumun bakış açısını bir zıtlık olarak görmekten çok bunları ifade etmeleri için toplumu harekete geçirmektir. İdam cezası konusunu bir toplum meselesi ve aslında siyasi bir mesele haline getirmek için elimizden geleni yapmalıyız.

Son olarak; adalet sürecinin kamu görüşü doğrultusunda işlemesi durumundan bahsetmek istiyoruz. “Güçlü kamu görüşü kötü bir şey olmasa ve aslen farklı sesler modern demokrasilerde yaşayan insanların bir parçası olsa da (dünyamızı medyanın ifade ettiği şekilde öğrenirken davranışlarımızı özel durumlara göre ifade ediyoruz ve ifade etme olgusu insanın sosyal aktivitelerinin önemli bir parçasını oluşturduğu, kendi içinde bir sosyal değeri olduğu ve kanun ile korunması gerektiği için; değer ile alakalı görüşlerimizi değiş tokuş ediyoruz)¹¹ yargıçlar kamu görüşünün davaya müdahale etmesine mümkün oldukça izin vermemeli ve kesin surette kanunu uygulamalıdır. Şu günlerde Çin, sadece kamu görüşü etkisi değil, aynı zamanda toplumun dilekçe başvuruları neticesinde yüksek makamların müdahalesi ile karşılaşılabilirdiği için adalet sürecini bağımsız tutma konusunda olumlu bir yaklaşım benimsememektedir. Bu arada; yüksek otoritenin adalet sürecine müdahil olması toplumun sesinden daha güçlüdür, bu yüzden birçok kıdemli entelektüel de dâhil sıradan insanlar, anlaşmazlıkları çözmek için yüksek otoritelere başvuru yoluna gitmeye alışıktır. Kamu görüşü ile yüksek otorite arasında sıkışmış olan adalet süreci, bağımsız kalabilmek için sıradan insanların desteklediği ve otoritelerin saygı duyduğu

11 XU Yongzhi, “Kamu Görüşü Adalet Sürecine Müdahale Edebilir Mi?”, Çin'in Yeni Dönemi(6):2004.

hukukilik ilkesine başvurmalıdır. Peki, adalet sisteminin işletilmesi adalete nasıl ulaştırır? Tek cevap, davaları harfiyen hukuka uygun şekilde ayırmaktır, zira hukuk temel ve akılcı kamu görüşüdür. Kamu görüşü hiçbir zaman idam cezasının uygulanmasını zorlamak için bir gerekçe olamaz; çünkü Çin'de bu konu ile ilgili zaten gereğinden fazla gerekçe mevcuttur.

2.3 Devlet Adamlarının Sorumluluğu

İdam cezasının kaldırılması tamamen hukuk ile alakalı bir konu olmamıştır, aynı zamanda ceza politikası ve siyaseti de ilgilendirir. Politika belirleyen kişilerin kararlılığı ve eylemleri olmadan idam cezası hiçbir zaman kaldırılamaz. Her ne kadar akademisyenler idam cezasının korunmasına karşı çıksa ve bu konuda tartışmalar başlatmış olsa da infazları engelleme süreci devlet adamlarının kuvvetli girişimleri olmadığı için az bir gelişme göstermiştir. Bir yandan kamu görüşünün değişmesi; otoritelerin yol gösterme rolünü uygulamak amacıyla devlet adamının müdahalesini, desteğini ve yardımını gerektirmekte; öbür yandan idam cezası ile ilgili mevzuat, çoğunluk hukuki görüşün savunduğu gibi, ulusal politika belirleyicilerin onayına ihtiyaç duymaktadır. Kısaca söyleyecek olursak; liderlerin ulusal politika belirleme düzeyindeki becerisi, idam cezasının kaldırılması için kuşkusuz önemli bir faktördür. Devlet adamları, politik kariyerleri ve ünleri pahasına da olsa bu tip siyasi sorumlulukları cezai yaptırımların medenileşmesi ve hukuk kuralının inşası amacıyla cesurca üstlenmelidir.

İdam cezası ile alakalı sorumluluk söz konusu olunca bu tür bir sorumluluğu üstlenmek hem karışık hem de basittir. Karışık; çünkü toplumun tamamının bir kontrol ölçütü olduğuna uzun bir süre boyunca inanılmıştır ve idam cezasının hatalı kontrolü teorik olarak toplumda karışıklığa neden olabilir, ayrıca devlet adamlarının politik kariyerlerinde bir risk yaratabilir. Bununla beraber oldukça basittir; çünkü idam cezasının kontrolü ulusal gündemde sadece bir unsur (hatta önemli olmayan bir unsur) olduğu için; bir politik liderin zekâsı, idam cezası konusunu hatalı şekilde ele alsın bile ihmal edilmemelidir. Bu da ulusal liderlerin idam cezasının kaldırılması için çokça çabalamasını, çabala-yabileceğini göstermektedir.

İdam cezasının kaldırılması konusunda Fransızlar kusursuz bir örnek sunmaktadırlar¹². 1977'ye kadar insan öldürme suçu için idam cezası uygulanmaya devam etmiştir. Ancak François Mitterand 1981'de Başkanlık için yarıştığı zaman, kamuoyu yoklaması toplumun yaklaşık üçte ikisinin idam cezasının korunmasını istediğini gösterse de bunun kaldırılacağını ilan etmişti. Mitterand seçildi ve idam cezasına sıkı bir şekilde karşı çıkan biri olan Robert Badinter'i Adalet Bakanı olarak belirledi. Bundan sonraki bir yıl içinde Fransız parlamentosu idam cezasını tüm suçlar için kesin olarak kaldırdı. O günden beri Fransa, uluslararası sahnede idam cezasının kaldırılması konusunda başı çeken savunuculardan biri haline geldi. Mitterand ve Badinter böylece tarihte hatırlanacak şekilde ünlü oldular. Bunun dışında Rusya Başkanı, Boris Nikolayeich Yeltsin, 1996'da iç işleri pek de iyi değilken idam cezasının uygulanmayacağını ilan ederek ve daha sonra tamamen kaldırarak başka bir güzel örnek oluşturdu.

Neden Çin devlet adamları Çin'deki idam cezasının sınırlandırılmasının siyasi sorumluluğunu üstlenirler? İlk olarak; demokrasinin gelişimi ülkemizi sorumlu bir devlet kurmaya yönlendiriyor, hâlbuki siyasi sorumluluk sorumlu devlet teorisinin çekirdek içeriklerinden sadece bir tanesini oluşturuyor. Sorumlu devlet ilkesi ile uyumlu olabilmesi için bu kıdemli devlet adamlarının sadece görevlerini yerin getirmeleri değil aynı zamanda kusursuz başarılar elde etmeleri gerekmektedir. Başka bir deyişle; sorumlu devlet ilkesi kaçınılmaz olarak devlet adamlarının siyasi sorumluluk üstlenmelerini gerektirmektedir. İdam cezasının sınırlandırılması konusunda ise; devlet adamlarının (özellikle kıdemli politika belirleyen liderler), medeniyetin gelişmesi eğilimi ile uyum sağlamak amacıyla sorumlulukları mevcuttur.

İkinci olarak; devlet adamlarının görevi, halkın çıkarlarını korumaktır. Buna karşın yaşam, insanların çıkarlarının temelidir ve vatandaşlarının yaşamlarını korumak da insanların çıkarlarının korunmasının en önemli parçasıdır (idam sırasında olanların yaşamları da dâhil). İdam cezasının geniş kapsamı ve düşük eşiği, açıkça vatandaşın yaşam hakkının korunması ile bağdaşmamaktadır. Bu yüzden idam cezasının in-

12 Bakınız: Roger Hood, "Sınırlandırılmasından Kaldırılmasına Kadar İdam Cezası: Tarihsel ve Karşılaştırmalı Notlar", Çin'de İdam Cezasının Kaldırılmasına Giden Yol (Düzenleyen: ZHAO Bingzhi), 2004, Çin Toplumunun Kamu Güvenliği Üniversitesi Basını.

fazının sınırlandırılması devlet adamının sorumluluğundadır. Son olarak, idam cezasının kaldırılması konusunda kamu görüşü zor bir engel olsa da yukarıda da tartıştığımız gibi, kamu görüşü yönlendirilebilir ve değiştirilebilir. Dahası; toplumdan gelen eleştiriler, kanunlar meclisten geçtiği ve bu da toplumu temsil ettiği için, bireysel olarak devlet adamını hedef almayabilir¹³.

Hülasa; politikayı belirleyen liderler cesurca idam cezasına sözüm ona “caydırıcı” fonksiyonuna bağlanmaktan kurtulmalılardır ve akıllıca ülkemizdeki idam cezasının sınırlandırılması ve nihayetinde ortadan kaldırılması konusunda karar vermelilerdir.

13 Bakınız: WU Dahua, “İdam Cezasının Sınırlandırılması Üzerine Akılcı Düşünme”, Politikalar ve Hukuk(3) 2005: s.92.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

RUOTSALAINEN / FINLANDIYA
(Başvuru No.13079/03)

KARAR
STRAZBURG
16 Haziran 2009

FINAL
16/09/2009

Bu karar editoryal düzeltmeden geçmiş olabilir.

Çevirenler : Av. Rana GÖKSU - Av. Irmak DUMAN

Ruotsalainen / Finlandiya davasında,

Başkan

Nicolas Bratza,

Yargıçlar

Lech Garlicki,

Giovanni Bonello,

Ljiljana Mijovic,

Jan Sikuta,

Paivi Hirvela,

Mihai Poalelungi,

ve Lawrence Early, *Bölüm Yazı İşleri Müdürü*, katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Dördüncü Bölüm), 26 Mayıs 2009 tarihinde gerçekleştirilen müzakerelerin ardından yukarıda belirtilen tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Davanın temelinde, Bay Jukka Ruotsalainen (“başvuran”) adlı Fin vatandaşı tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunma-

sına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesine uygun olarak,16 Nisan 2003 tarihinde, Finlandiya Cumhuriyeti aleyhine Mahkeme'ye yapılmış olan bir başvuru (no.13079/03) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Kokkola'da görev yapan avukat M. Talviaro tarafından temsil edilmiştir. Fin Hükümeti ("Hükümet") ise kendi yetkilisi olan Dış İşleri Bakanlığı'ndan Bay Arto Kosonen tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, cüzi vergi ("petty tax") dolandırıcılığından para cezasıyla cezalandırıldıktan sonra yakıt harcından kaynaklanan idari para cezası ("fuel fee debit") nedeniyle ikinci kez cezaya çarptırıldığı gerekçesiyle 7 No'lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

4. Başvuru, 23 Ağustos 2005 tarihinde Dördüncü Bölüm Oturum Başkanı kararıyla Hükümet'e tebliğ edilmiştir. Başvurunun esas bakımından incelenmesine karar verilmiştir. (Madde 29, fıkra 3)

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran, 1969 doğumludur ve Lapinlahti'de yaşamaktadır.

6. Başvuran, 17 Ocak 2001 tarihinde pikap-van ("kamyonet") tipi aracını kullanırken polis tarafından kontrol noktasında durdurulmuştur. Polis, kamyonetin benzin deposunda dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş bir yakıt tespit etmiştir.

7. Başvuran hakkında cüzi vergi dolandırıcılığı ("petty tax fraud") suçundan 26 Şubat 2001 tarihindeki kısa kararda adli para cezası verilmiştir. Ceza formundaki alıntıya göre:

"Vakanın oluş şekli:

Cüzi vergi dolandırıcılığı suçu (motorlu taşıtlar vergilendirmesine dair hafif suç). [Başvuran] kamyonette standart dizel yakıttan daha cüzi vergilendirilmiş bir yakıtı ek vergisini (lisävero, tilläggsskatt) ödemediğini kullanmıştır.

Ek not: Depoyu kendisi doldurmuştur."

Ceza 720 Fin Markı tutarındadır. (FIM, veya 121 Euro (EUR)). Hakim kısa kararında (“summary penal order”), Ceza Kanunu’nun 29. bölüm 3. maddesine (Act no. 769/1990) ve Motorlu Taşıtların Vergilendirilmesi Kanunu’nun 20. ve 33. bölümlarına (Act no. 722/1966) yer vermiştir. Başvuran, cezaya itiraz etmemiştir, 6 Mart 2001 tarihinde ceza kesinleşmiştir.

8. Ayrı bir soruşturmada ise başvuran aleyhine Araç İdaresi’ne (ajoneuvohallintokeskus, fordonsförvaltningscentralen) daha az vergiye tabi yakıt kullanımını önceden bildirmediği için 17 Eylül 2001 tarihinde 90,000 Fin Markı (15,137 Euro) araç yakıt harcı cezası verilmiştir. Bu karar da Yakıt Harcı Kanunu’nun 2-7. bölümlerine (Kanun no. 337/1993) dayandırılmıştır. Karara karşı hangi usul ile itiraz edileceği ve cezanın miktarına ilişkin indirim için nasıl başvuru yapılacağı kararda belirtilmiştir.

9. Başvurucu, idari yaptırım olan yakıt harcı borcuna, kısa karardaki adli para cezasıyla birlikte hükmedilmesi gerektiğinden bahisle, hem harcın miktarının indirilmesi için hem de verilen kararın temyizde bozulması için ayrı ayrı talepte bulunmuştur. Yakıt harcına, anılan zamanda hükmedilmediği için Sözleşme’nin 7. maddesi uyarınca bu yakıt harcı borcunun tahsil edilmesi başvurusunun kanaatine göre artık mümkün değildir.

10. Ulusal Vergi Kurulu (verohallitus, skattestyrelsen), 10 Ekim 2001 tarihinde “*ne bis in idem*” gereği ücretin indirilmesine yer olmadığından başvuruyu reddetmiştir. Buna göre:

“İndirim imtiyazı için yasada özel bir neden öngörülmemiştir.”

11. Karar Yakıt Harcı Kanunu’nun 15. bölümüne dayandırılmıştır. Bu karar temyiz edilmemiştir.

12. Helsinki İdare Mahkemesi (hallinto-oikeus, förvaltningsdomstolen) 28 Ağustos 2002 tarihinde, Vergi Ombudsmanı’nın (veroasiamie, skatteombudet), Araç İdaresi’nin ve başvurusunun beyanlarını inceledikten sonra başvurusunun itirazını şu sebeple reddetmiştir:

“Yakıt Harcı Kanunu’nun 4. bölümüne göre, yakıt harçları (polttoainemaksu, bransleavgift) Finlandiya’da kullanıldığı önceden bildirilen günlük araç sayısına göre hesaplanır, ancak sayımlar 20 günden fazla

olamaz. 5. bölüme göre, kamyonetler için yakıt harcı günlük FIM 1,500 (yaklaşık 252 Euro) kadardır. 6. bölüme göre ise eğer dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanıldığı tespit edilirse normal harcın 3 katı miktarda yakıt harcı alınır.

Kamyonetin sahibi olan Pertti Jukka Tapio Ruotsalainen'nin (tescil no.) KJM-327, 2001 yılında dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullandığını kaydedilmiştir. Ruotsalainen, Araç İdaresi'ni veya Gümrük İdaresi'ni bu konuda bilgilendirmemiştir. Soruşturmaya ve itiraz ilişkili karara göre ise yanlış tipte yakıt kullandığını doğrulamıştır.

İdari prosedürde bir yakıt harcı uygulamasının, vergi ile mukayese edilebilir bir harç uygulaması ile ilgisi vardır. Burada tartışmaya konu olan, ceza hukuku anlamında bir cezanın ya da cezai bir yaptırımın uygulanması değildir.

Yakıt harcı cezası ... Finlandiya Anayasası'nı veya Sözleşme'yi ihlal etmemektedir.

Tüm bu nedenlerle kişinin finansal durumu da göz önünde bulundurulurken, Araç İdaresi tarafından yakıt harcı cezası verilmiştir. Ceza miktarı, 20 gün için normal ceza olan günlük FIM 1,500'ün üç katına çıkarılmıştır. FIM 90,000 değerindeki para cezası yasaya uygun bulunmuştur. Yakıt harcından kaynaklı idari para cezasına ilişkin kararın düzeltmeye ihtiyaç yoktur.”

13. Kararda, Yakıt Harcı Kanunu'nun 1, 3, 7 ve 15. bölümlerine ve Sözleşme'nin 7. maddesi ile 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesine başvurulmuştur.

14. Başvurucu, 7 No'lu Ek Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla, direkt olarak üst yetkili mahkemeye giderek temyize izin verilmesini talep etmiştir.

15. Yüksek İdare Mahkemesi (korkein hallinto-oikeus, högsta förvaltningsdomstolen) 26 Şubat 2003 tarihinde direkt temyiz iznini reddetmiştir.

İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMASI

16. Standart dizel yakıt yerine düşük vergilendirilmiş yakıt kullanmaya dair Fin kanunları iki temel ilkeye dayanmaktadır. Birincisi, motorlu

taşıt kullanıcıları ve sahipleri, düşük vergilendirilmiş yakıtı, motorlu taşıt yakıtı olarak kullanmadan önce niyetlerini gerekli makamlara bildirmekle ve bu kullanımın ek vergisini (Motorlu Taşıtların Vergilendirilmesi Kanunu'nun 20. bölüm yürürlükten kaldırıldığından bu yana), ve/veya ek harcını (234/1998 no'lu Kanun tarafından düzenlenmiş Yakıt Harcı Kanunu'nun 1. Kısmı) ödeme yükümlülükleri vardır. İkincisi, söz konusu yetkili makamlar yol kontrolleri sayesinde bu Kanunlara uyulduğundan emin olurlar. Vergi kaçırmak ya da kaçırma girişiminde bulunmak Ceza Kanunu'na göre cezaya tabi olup bildirim zorunluluğuna uyulmaması halinde bu, Ceza Kanunu'nda bir motorlu taşıt vergi suçu olarak tanımlanmıştır. (Motorlu Taşıtlar Vergilendirme Kanunu'nun 33. bölüm)

17. Mevcut durumda, ilgili Yakıt Harcı Kanunu hükümleri şu şekildedir:

“Bölüm 2 - Yakıt Harcı

1. bölümde bahsedilen bir araç, dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş bir yakıt kullanırsa, yakıt vergisine denk gelecek şekilde yakıt harcı ödeyecektir. Yakıt harcı, araç ithal edildiğinde içinde bulunan yakıtı kapsamamaktadır. Ancak ithal aracın deposundaki yakıt tanımlanabilir ise Yakıt Kanunu Özel Tüketim Vergisi'nce (Kanun no. 948/82) yakıt harcı ödenmesi gerekmektedir. Motorlu Taşıtlar Vergilendirme Kanunu 20. bölüme göre tanımlanmış bir aracın ek vergi ödeme periyunda yakıt harcı ödemesi söz konusu değildir.

Bölüm 3 - Bildirim Zorunluluğu

1. bölümde bahsi geçen bir araçta dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş bir yakıt kullanımı söz konusu ise aracın sahibi veya hamili, kullanımdan önce Araç İdaresi'ne durumu bildirmekle yükümlüdür. Finlandiya'ya ithal edilen araç söz konusu ise bildirim Gümrük İdarelerine de yapılabilir.

Bölüm 4 - Yakıt Harcı Uygulaması

Yakıt harcı, bildirim yapıldığı günden itibaren dizel yakıtı göre daha düşük vergilendirilmiş yakıtın motorlu taşıtta kullanıldığı gün sayısınca belirlenir.

Kullanım öncesinde herhangi bir bildirim yapılmaksızın dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş bir yakıtın kullanıldığı tespit edilirse, yakıt harcı 20 günü aşmamak şartıyla aracın Finlandiya sınırlarında kullanıldığı gün sayısına göre belirlenir. Eğer daha önceden yakıt harcı uygulanmışsa, önceki vergilendirme periyodunu takip eden günden başlanarak günler sayılmalıdır. Eğer aracın Finlandiya'ya ithal edilme tarihi belirlenemiyor ise minimum 10 günlük kullanım sayılmalıdır.

Bölüm 5 - Yakıt Harcı Miktarı

Kamyonet tipi araç için yakıt harcı günlük FIM 1,500 (252,28 EUR dengidir). ...

Bölüm 6 - Yakıt Harcı Zammı

3. bölümde belirtildiği şekilde kullanım öncesi bildirim yapılmamış bir araçta dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanıldığı tespit edilirse, yakıt harcı normalin üç katı olarak ödenir.

Bölüm 7 - Ödeme Yapmakla Yükümlü Taraf

Dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt harcını ödemesi gereken taraf, yakıtın araçta kullanıldığı zamanki aracın sahibidir. Eğer araç kalıcı olarak bir başkasının mülkü ise o kişi harcı ödemekle yükümlüdür. ...

Bölüm 9 - Yakıtın Kullanılmasının Tespiti

Bir aracın yakıt tankı, hafif yakıta dair yasa hükümleri uyarınca uygun yapıda ise dizelden farklı bir yakıt kullanılabilir. Yakıt harcı, araçtaki yakıtın miktarı hesaba katılmadan ödenir.

Bölüm 15 - Vergi İndirimi ve Ödeme Vadesi

Maliye Bakanlığı önemli gerekçelere dayanarak, belirlenen başvuru ve şartlara göre yakıt harcı ödemesinin ertelenmesi hakkında ve cezai faiz, temerrüt faizi ve vadesi gelmiş faiz hakkında ödemededen muafiyet sağlayabilir.

Ulusal Vergi Kurulu başvuru hakkında,1. fıkrada işaret edilen FIM 300,00 (16,818.79 EUR dengidir) miktarını aşmayan vergilerin kaldırılabilceği yönünde karar verebilir. Maliye Bakanlığı, karar verme hakkını belirtilen özellikleri taşıması halinde devralır.

Ulusal Vergi Kurulu başvuru üzerine yakıt harcı ödemesini erteleyebilir. Motorlu taşıtlar vergisine ek vergiye ilişkin kanun hükümleri böyle bir erteleme durumlarında da uygulanmalıdır. Maliye Bakanlığı, ertelenmesi söz konusu olan bir ödemeye ilişkin mevcut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak karar verebilir. Benzer olaylarda, Bakanlık ertelemenin şartlarını belirler.

Bu bölüm doğrultusunda verilen bir kararın temyizi söz konusu değildir.

Bölüm 16 - Cezai Hükümler

Yasadışı bir şekilde yakıt harcını ödemekten kaçınma veya kaçınmaya teşebbüs, Ceza Kanunu'nun 29. bölüm, 1-3 maddesi gereğince cezai yaptırıma tabidir.

18. Yakıt Harcı Kanunu'nun yasallaşmasına dair oluşturulan Kanun Tasarısı'na ("Kanun Tasarısı"), Yakıt Harcı Kanunu'ndaki Özel Tüketim Vergisi Yasa Değişikliği'nin 6. bölümüne ve Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu'nun 16. bölümüne (HE 329/1992 no'lu) göre yakıt harcı; araçta dizel yakıt kullanılması halinde dizel yakıt vergisine tekabül eder.

19. HE 329/1992 vp ve HE 234/1998 vp sayılı Kanun Tasarılarına ve Yakıt Harcı Kanunu'nun 4. bölümüne göre araçta devamlı olarak aynı yakıtın kullanıldığı karine olarak kabul edilir. Yakıtın tespiti öncesinde araçta hangi tür yakıt kullanıldığına bilinmesi imkansız olduğu için yakıt harcı, Finlandiya sınırları içerisinde yapılan kontrol zamanı baz alınarak belirlenmelidir. Hakkaniyet gereği periyot gün sayısı 20 ile sınırlandırılmıştır.

20. 15. bölümde açıkça belirtildiği gibi, herhangi bir itiraz halinde Ulusal Vergi Kurulu vergi indirimini reddeder. Bu madde aynı zamanda yakıt harcının uygulanmasını da kapsar. Herhangi bir vergi ödeme değişikliği talebinin bu veya başka sebepten reddi durumunda başvuru, vergilendirme sonuçlandıktan sonra vergilendirmeyi yapan kuruma yeni bir başvuru niteliğinde itirazda bulunabilir. Hükümet bu durumlardan herhangi birine ilişkin yönlendirmede bulunamaz.

21. Yakıt Harcı Kanunu, yeni bir Yakıt Harcı Kanunu ile mülga edilmiştir. (Kanun No. 1280/2003, Kanun 1 Ocak 2004'ten itibaren yürürlüğe konduğu için hali hazırdaki olayı etkilememektedir.) Yakıt harcının

uygulanma amacı şudur ki; bir yakıtın yakıt harcına mahal verecek şekilde kullanımını önlemek ve yasaklamaktır. 9. bölüm, farklı araç tiplerine uygulanan yakıt harçlarını özetler niteliktedir. 10. bölüm gereğince, farklı yakıt kullanımı yetkili makamlara bildirilmediği takdirde yakıt harcı en fazla 30% oranında zamlanabilir. Bahsi geçen ek yakıt harcına tabi yakıt kullanımının tekrarlanması halinde harca en fazla 50% oranında zam yapılabilir ve daha fazla tekrarlanması halinde ücret ikiye katlanarak artırılabilir.

22. Yeni Yakıt Harcı Kanunu için çıkarılan Kanun Tasarısı'nda (HE 112/2003, p. 7), düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımının yakıt harcından kaynaklı idari para cezasına ve motorlu araç ek vergisine neden olacağı ve bunun amacının ise trafik için uygun olduğu belirlenmiş yakıttan başka bir yakıtın kullanılmasını önlemek olduğu belirtilmiştir. Yasal olarak, düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanımı yasaklanmış değildir. Bu durum yalnızca ek mali yaptırımlara tabidir. Yakıt Harcı Kanunu'nun ve Motorlu Araçlar Vergisi'nin genel yapıları, Ceza Kanunu gibi istenmeyen yakıt kullanımını yasaklamaktan öte, böyle bir kullanım sonucunda uygulamaya konulacak yasalar bütünüdür. Ek yakıt harcının standart yakıt kullanımı halinde söz konusu olan idari yaptırımlardan tek farkı, işbu yakıt kullanımı halinde vergi toplanmasıdır. Yakıt harcı ve ek vergi yaptırımının amacına dair hükümler Finlandiya'da açıkça belirtilmiştir. Bahsi geçen hükümler sürücüler tarafından iyi şekilde bilinmekte ve bunun sonucu olarak düşük vergilendirilmiş yakıtın Finlandiya sınırları içerisinde trafikte kullanımı diğer ülkelere göre daha az rastlanmaktadır. Kanun Tasarısı doğrultusunda ek yakıt harcının yüksek belirlenmesi yaptırım yoluna gidilmesini engelleyici niteliktedir.

23. Ceza Kanunu'nun 29 bölüm, 1-3 maddeleri gereğince:

“1. Madde – Vergi Dolandırıcılığı (Yasa no. 1228/1997)

Bir kişi,

(1) vergilendirme konusunda yetkili makamlara vergi matrahını etkileyecek şekilde yanlış bilgilendirme yaparsa,

(2) vergi matrahını etkileyecek şekilde vergi iadesini gizlerse,

(3) vergi matrahını etkileyecek şekilde vergiden kaçınmak amacıyla görevini göz ardı ederse,

(4)veya herhangi diğer vergi dolandırıcılığı sayılabilecek bir davranışta bulunursa,

ve sonucunda vergi matrahının yanlış verilmesine, verginin düşük belirlenmesine veya tahsil edilen verginin haksız yere iade edilmesine yol açarsa vergi dolandırıcılığı suçundan adli para cezasıyla veya en fazla 2 yıl olmak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır.

2. Madde – Nitelikli Vergi Dolandırıcılığı (Act no. 769/1990)

Bir vergi dolandırıcılığı,

(1) büyük miktarda finansal yarar sağlamak amacıyla veya

(2)tasarlanarak işlendiyse nitelikli vergi dolandırıcılığı olarak değerlendirilir. Nitelikli vergi dolandırıcılığı suçunu işleyen kişi en az 4 aydan en fazla 4 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

3. Madde – Hafif Vergi Dolandırıcılığı (Kanun no. 769/1990)

(1)Eğer işlenen suçta aranan maddi yararın miktarı ve diğer suçla alakalı faktörlerin hafif oldu kanısına varılırsa, vergi dolandırıcılığı suçu genel olarak değerlendirildiğinde, hafif vergi dolandırıcılığı suçu işlemiş olur ve adli para cezasıyla cezalandırılır.

(2)Eğer vergi artırımının yeterli cezai yaptırım olduğu kanısına varılırsa hafif vergi dolandırıcılığı suçuna dair rapor, hüküm ve cezalandırma yok sayılabilir.”

HUKUK

I. 7 NO'LU EK PROTOKOL'ÜN 4. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİNE DAİR İTİRAZ

24. Başvurucu, Sözleşme'nin 7 No'lu Ek Protokol'ün 4. maddesini ileri sürerek, aynı suçtan iki kez cezalandırılmasından şikayet etmektedir.

Sözleşme'nin 7 No'lu Ek Protokol'ün 4. maddesi şu şekildedir:

“1. Hiç kimse bir devletin ceza yargılması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkum edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı aynı devletin yargısal yetkisi altındaki yargılama usulleri çerçevesinde yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.

2. Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esaslı bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olarak davanın yeniden açılmasını engellemez.

3. Sözleşme'nin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile öngörülen yükümlülöklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz.”

25. Hükümetin itirazları.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

26. Mahkeme, şikayetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası gereği dayanaktan açıkça yoksun olmadığını belirtmiştir. Bunun yanında, başka gerekçelerle de kabul edilemez olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple şikayet, kabul edilebilirdir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların İddiaları

27. Başvurucu, tek bir hukuki korumanın sadece bir suç veya ihlale yönelik olabileceğini ileri sürmektedir. Yakıt harcı uygulamasının amacı, dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıtın dizel araçlarda kullanılmamasına yönelik olup parasal bir amacı yoktur. Başvurucu düşük vergilendirilmiş yakıtı, yetkili makamları bilgilendirerek ve günlük yaklaşık 252 Euro harç ödeyerek kullanabilirdi.

Fakat kamyoneti tek bir günde, düşük vergili yakıtın finansal avantajlarından faydalanacak kadar uzak bir mesafeye sürmek mümkün olmamıştır. Başvurucunun kullanımdan önce bildirimde bulunmamış olması, her ne kadar başvurunun yakıt tankını yalnızca bir tek sefer için düşük vergili yakıt ile doldurduğu iddiasının aksi kanıtlanamamış olsa bile, başvurunun daha düşük vergilendirilmiş yakıtı yirmi günlük bir süreç boyunca kullandığının kabul edilmesine sebep olmuştur. Tüm oranlar, gerekçesiz durumlar ve hatta sağlanan kesin yararların varlığı dışında failin ekonomik durumu, fiili ve diğer durumları da dizel yakıt ile daha düşük vergilendirilmiş yakıt arasındaki farklı bedellerin söz konusu olduğu suç bakımından cezalandırılabilir ve tipik olmalıdır.

Başvurucunun yakıt harcından muafiyet veya indirim talebi reddedilmiştir. İdari yaptırımın niteliği gereği artan yakıt harcına rağmen işbu yaptırım cezai yaptırımla dengelenmeliydi.

28. Başvurucu, daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanma yasağının teknik olarak, yeni Yakıt Harcı Kanunu'nun 2004 yılında yürürlüğe girmesinden önce de uygulandığını ileri sürmüştür. İşbu kanunla, yüksek yakıt harcı getirilmiş olup böylece düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanımını imkansız kılmak hedeflenmiştir. Uygulamada, otomobillerde ve kamyonetlerde daha düşük vergilendirilmiş yakıtların kullanıldığına dair bazı bildirimlerde bulunulmuştur. Kanun Tasarısı'nda ve yeni Yakıt Kanunu'nda hafif yakıtların kullanımının yasaklanmasına dair öneri getirilmemiştir. Kanun Tasarısı'na sadece Maliye Komitesi'nin görüşü (rapor no. 37/2003 vp) eklenmiştir. Devlet, yaptırımlarla birlikte bildirim usulünün dizel araçlarda daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımını önlenmek için yeterli kabul etmektedir. Başvurucuya göre, cezalandırılabilir ihlallerin esas unsurları cüzi vergi dolandırıcılığına ilişkin hükümlerde de, Yakıt Harcı Kanunu'nundaki hükümlerde de aynıdır. Keza, cüzi vergi dolandırıcılığından kaynaklı idari yakıt harcı ile cezai yaptırımın sonuçları tek ve aynı fiil halinde uygulanmaktadır. Yakıt Harcı Kanunu'nun 3-4. ve 6. bölümlerinde, yakıt harcının, bildirim zorunluluğunun ihlal edilmesi halinde uygulanacağı belirtilmiştir. Ceza Kanunu'ndaki vergi kaçakçılığının esaslı unsurlarına göre, bir kişi ödemediği vergileri gizlemek amacıyla hareket ederse ya da vergi matrahını etkilerse vergi dolandırıcılığından cezalandırılır. Daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımı ise günlük harçların ödenmesi suretiyle izin verilmiş bir durumdur. Arttırılmış yakıt harcı ise ön ihtarın yapılmaması halinde uygulanan bir durumdur. Adli para cezası verilmesinin sebebi de bildirim zorunluluğuna uyulmamasındandır. Yakıt harcı böylelikle, aslında daha düşük vergilendirilmiş yakıt bu şekilde yasaklanmış olduğu için uygulanmamıştır. Yakıt harcının kişinin kastı ya da ihmali hesaba katılmadan uygulanır olması, yakıt harcının cezai bir özü olduğu gerçeğini ise değiştirmemiştir. Yakıt Harcı Kanunu ile Ceza Kanunu yanı yapıda olup, Kanun Tasarısı da aynı durumu içermektedir.

29. Başvurucu yakıt kullanımı öncesi yetkili makamlara haber veremeyerek cüzi vergi dolandırıcılığı suçundan ceza aldığını belirtmiştir. Pratikte, araç sahibi veya sürücünün araçta hangi tip yakıt kullanıldı-

ğının farkında olmaması söz konusu olamaz. Teoride ise onaysız kullanım sırasında aracın yakıt tankı, düşük vergilendirilmiş yakıt ile dolu olabilir. Bahsedilen senaryo yalnızca vatandaşların adli çare arayış ihtiyaçları halinde geçerli olabilir. Västberga Taxi Aktiebolag ve Vulic/İsveç Davası'nda (no.36985/97, 23 Temmuz 2002) Mahkeme, vergi veya fazla vergi yükümlülüğünün hapis cezasına çevrilmesi halinde, hapis cezasının ceza hukuku anlamında bir ceza olarak sınıflandırılması için belirleyici bir etken olup olmadığı sorusu ele alınmıştır. Yakıt harcı yükümlülüğünün Finlandiya'da idari bir yaptırım olması ve yaptırıma karşı itirazların idare mahkemesi tarafından değerlendirilmesinin dava ile hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır.

30. Başvurucu, bu davanın Ponsetti ve Chesnel/Fransa (no. 36855/97 ve 41731/98) davasından farklı olduğunu ileri sürmüş, örnek gösterilen davanın vergi iadesinin bildirilmemesinden kaynaklandığını, fakat başvurunun durumunun kullanım öncesi bilgi verilmemesinden kaynaklandığını belirtmiştir. Önceki davada asıl vergiden kaçınma işleminin hesaplar aracılığıyla gerçekleştirildiği ayrıca belirtilmiştir. Mevcut davada, kaçınılan verginin miktarı kesin olarak bildirilmese de yakıt harcının kaçınılan verginin çok üstünde olduğu süphesiz görülebilmektedir. Ponsetti ve Chesnel Davası'nda borç ve ek vergiye işlenen faiz %40 ile %80 arasındadır. Mevcut davada, vergi %300 oranında arttırılmıştır. Önceki dava devamlı tekrarlanan bir suçu işaret ederken mevcut dava tek ve kısa süreli ihmal içermektedir. Önceki davada geçen olayın ana esasları vergi iadesinin bildirilmesine uyulmamasından kaynaklanırken, mevcut davadaki durumun ana esasları yakıt kullanımı öncesindeki bildirim uyulmamasından kaynaklanmaktadır. Bunun yanında, mevcut davadaki fiiller birbiriyle uyumludur.

31. Devlet, Yakıt Harcı Kanunu ile yaptırım getirme sebebini, her durumda en az dizel yakıt için alınan vergiye denk bir ödemenin daha düşük vergilendirilmiş yakıt için de geçerli olması olarak belirtmiştir. Bu yasanın birincil amacı, dizel yakıtla çalışan araçlarda dizel yakıt kullanımının sağlanmasıdır. Aynı zamanda, yasanın amacı, düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanımını yasaklamak değil, yalnızca düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımını maddi açıdan dizel yakıttan daha avantajlı kılmaktır. Bu amaç için yüksek yakıt harcı ödenmesi sağlanmıştır. Daha düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanımını yasak olmamakla beraber, yal-

nızca yetkili makamlara bildirimde bulunma zorunluluğu getirilmiştir. Kanun yürürlüğe koyulurken sürücünün bildirim zorunluluğu hakkında farkında olarak veya olmayarak bildirimden kaçınma hali ile devletin vergiden elde edeceği gelir göz önünde bulundurulmamıştır. Yakıt harcının miktarı yalnızca aracın tipine göre değişiklik göstermektedir. Yetkili makamlara haber verilmediği takdirde yakıt harcının üç katı tahsil edilmektedir. Ayrıca, yakıt harcı yalnızca belirli olaylarda belirli sebepler nedeniyle indirimde tabi tutulur. Yükseltilmiş vergi toplanması idari bir yaptırım olsa da, asıl amacı vergi geliri toplayıp yakıtın vergilendirilmesinin doğru bir biçimde yapılmasıdır. Yeni Yakıt Harcı Yasası'na göre önceki düzenlemenin aksine bu yaptırım farklı yakıt kullanım koşullarının ihlal edilmesine atfen çıkarılmış bir yasadır. Fakat yasanın amacı değişmemiş, halen vergi gelirinde artış sağlamaktır.

32. Hükümet, cüzi vergi dolandırıcılığı suçunun karşılığının ceza hukukunda adli para cezası olduğunu açıkça belirtmiştir (para cezasının miktarı kişinin geliri ve malvarlığına göre belirlenmektedir). Para cezasının ödenmemesi halinde ceza, hapis cezasına dönüştürülmektedir. Yakıt harcının yükseltilmesi cezai bir yaptırım niteliği taşımayıp idari bir yaptırım niteliğindedir ve başvurucuya karşı suç isnadı yapılamaz. Bu, yeni Yakıt Harcı Yasası'nda hafif yakıt kullanımı hakkında bir yasak olarak yer alır. Bu değişim Avrupa Adalet Divanı'nın 27 Kasım 2003 tarihli Finlandiya hakkındaki kararında (Dava C-185/00: Avrupa Topluluğu Komisyonu/Finlandiya Cumhuriyeti), Avrupa Adalet Divanı, Finlandiya yasama organlarının Avrupa Birliği'nin yakıt direktiflerine uygun olarak yasalarını düzeltmesi gerektiği ve eskiye göre daha etkili şekilde yakıt direktiflerine (bknz. 27 Ekim 2003 tarihinde Direktifler Konseyi tarafından 2003/96/EC: enerji ürünleri ve elektrik vergilendirilmesinin yeniden yapılandırılması başlığı altında değiştirilmiş olan Konsey Direktifi 92/81/EEC: mineralli yakıtların yapısal vergilendirilme yükümlülüklerinin birleştirilmesi ve Konsey Direktifi 92/82/EEC: mineralli yakıtların yaklaşık vergilendirilmesi direktifleri) riayet etmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur. Başvurucu açısından, düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımına dair yasağın, yasanın düzeltmeden önce var olmasına rağmen, kişinin temel yakıt harcını ödemesi halinde bile ödenen miktarın astronomik olduğunu Hükümet dahi kabul etmektedir. Fakat, yukarı belirtildiği gibi yargılama neticesinde Finlandiya, Birlik hukukuna

uyuma konusundaki mecburiyetinde başarısız olmuştur. Bu yüzden daha düşük vergilendirilmiş yakıtın kullanımı ve bu kullanıma ait yaptırımın gereğinden fazla katı olduğu gerekçesiyle bu yaptırım farklı yasal engellere maruz kalmıştır. Başvurucunun arz ettiğine göre, Devlet bildirim usulü ve diğer yaptırımların dizel araçlarda daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanımını engellemek konusunda yeterli olduğunu kabul etmekte olup Avrupa Adalet divanı tarafından bu gerçeğe daha önce dayandırılan kararlar olduğunu ileri sürmüştür. Fakat, yakıt harcı ne ceza hukuku anlamında bir yaptırım ne de kıyaslanabilir başka bir yaptırım olarak değerlendirilmelidir, çünkü bunun başlıca amacı vergi gelirinin artışı sağlama olmakla birlikte birincil amaç, araçlarda vergilendirilebilir dizel yakıt kullanımını sağlamak ve ikincil olarak da farklı yakıtlar arasındaki vergi farkını kapatmaktır.

33. Hükümet, arttırılmış yakıt harcı bir yandan çok fazla görünse bile, bir yandan bu harcın uygulanmasına sebebiyet veren hareketlerin kurucu elementleri diğer yandan ise cüzi vergi dolandırıcılığının cezalandırılmasına sebebiyet veren hareketlerin kurucu elementleri birbirlerinden oldukça farklı olduğunu ve açıklanacak sebeplerden ötürü aynı hareketi oluşturmadıklarını ileri sürmüştür. İlk olarak, idari yakıt harcı dizel yakıttan daha hafif vergilendirilmiş bir yakıt kullanımı sebebiyle öngörülmüşken, cüzi vergi dolandırıcılığının cezai yaptırımı, yakıt vergisinin hukuksuz kaçırılması, yani Yakıt Harcı Kanunu'nda ortaya konan bildirim yükümlülüğü ile uyum gösterilmemesi durumları için öngörülmüştür. Böylelikle, idari yakıt harcı ve cüzi vergi dolandırıcılığının cezai yaptırımı farklı hareketler için öngörülmüştür. İkinci olarak, Ceza Kanunu'nda öngörülen yaptırımın kast ya da en azından ihmalin varlığını zorunlu kılması, cüzi vergi dolandırıcılığının her zaman kasıtlı olduğu ve bu sebeple subjektif bir element taşıdığı ileri sürülmüştür. Buna karşın, yakıt harcı kastın derecesinden bağımsız olarak daha objektif bir kritere dayalı olarak, bir aracın yakıt sisteminin yanlış yakıt içermesi durumları için öngörülmüştür. Üçüncü olarak, vergi dolandırıcılığı için öngörülen cezai yaptırımın amacı bir ceza oluşturmak ve bir hareketten dolayı ahlaki bir uyarıyı ifade etmektir. Yakıt harcının ise bir cezalandırma ya da uyarı gibi bir amacı yoktur. Orada yalnızca, ilk olarak vergilendirilebilir dizel yakıt kullanımını sağlayarak ve ikinci olarak da en azından farklı yakıtlar için farklı vergilendirmeyi sağlayarak

vergi gelirinin tahakkukunu amaçlamıştır. Dahası, daha yüksek tutarlı yakıt harcının amacı ceza getirmek değil, sadece araç kullanıcılarının daha düşük vergili yakıt kullanmak istemeleri halinde bildirimde bulunmalarını sağlamaktır. Dördüncü olarak, bahsi geçen zamandaki yakıt harcı sistemi ceza hukuku kapsamında bir cezadan ayrılmasının bir diğer sebebi ise, ceza hukukunda öngörülmeleyen bir imkan olarak araç sahiplerinin vergisiz yakıt kullanmalarını, bu konuda yetkilileri bilgilendirmelerini ve yakıt harcını ödemelerini, mümkün kılmasıdır. Beşinci olarak, yalnızca bir sanık ya da sanık ile aynı konuma sahip suç ortağı ceza hukuku kapsamında bir müeyyideden hükümlü olabilir. Burada vurgulanması gereken husus, bir aracın sahibi ya da kullanıcılarının yakıtı kullanan kişi olup olmamalarından bağımsız olarak yakıt harcını ödemek zorunda olmalarıdır. Altıncı olarak, ödenmemiş bir adli para cezası hapis cezasına çevrilebilirken, ödenmemiş bir yakıt harcının hapis cezasına çevrilmesi mümkün değildir. Yedinci olarak, ceza davaları genel mahkemelerce incelenirken, yakıt harcına ilişkin davalar tıpkı vergi davaları gibi idari yargılamaya tabi şekilde ve sonunda idare mahkemesine yapılan bir temyizle incelenirler.

34. Hükümet, mevcut davanın, vergi dolandırıcılığını oluşturan kurucu elementler ve öngörülen süre (mali suç) içinde vergi iadelerini dosyalamayı ihmal hususları dışında Ponsetti ve Chesnel (yukarıda alıntılanan) davasına benzediğini ileri sürmüştür. Davalar, mali suçlar yalnızca objektif sebeplerle mümkün olabilirken, vergi dolandırıcılığının “kast unsurunu” içermesi bakımından da benzemektedir.

Öte yandan, önceden belirtilen davadan farklı olarak mevcut davada yakıt ücreti itibarıyla, yaptırımların temelini oluşturan yasaların, vergi cezasına mahal veren yasal düzenlemelerden çok daha farklı elementlerden oluştuğu çok daha açık bir şekilde ifade edilmiştir.

35. 7 numaralı Ek Protokol’ün 4. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen istisnalardan herhangi birinin bahsi geçen prosedürlere uygulanmasının mümkün olup olmadığının incelenmesinin mahkemece zorunlu bulunması durumunda, hükümet bu davada, bahsedilen istisnalardan hiçbirinin uygulama alanı bulamayacağı görüşünü savunmuştur.

36. Yakıt Harcı Kanunu ve Ceza Kanununun yapısının aynı olduğunu ileri süren başvuruca göre, Yakıt Harcı Kanunu’nun daha dü-

şük vergilendirilmiş yakıtın kullanımına dair herhangi bir yasaklama içermediği ve aynı doğrultuda Ceza Kanunu'nun da kendi kapsamında cezalandırılabilir durumda olan fiilin irtikabını açık bir şekilde yasaklamadığı, söz konusu zaman için doğrudur. Bu ortak özelliğe yeni Yakıt Harcı Kanunu'nun yasallaşmasına dair oluşturulan 112/2003 sayılı kanun tasarısında da değinilmiştir. Ancak bu benzerliğe değinmenin amacı yalnızca, yakıt harcının yakıt vergisinin ya da müteakbil tutardaki diğer vergilerin, yakıt harcının kullanım yasağından doğup doğmamasından bağımsız olarak toplanmasında etkili bir araç olarak kabulünün gerekliliğinin gösterilmesidir. Yakıt Harcı Kanunu ile Ceza Kanununun yukarıda belirtilen benzerliğine değinilmesinin bir başka sebebi ise Avrupa Adalet Divanı'nın önünde bekleyen bir dosyadır. Amaç, bir yasaklama üzerine kurulmamış olsa bile bir yasanın amacına ulaşabileceğini göstermektir. Bu nedenle başvurunun alıntıları mevcut dava ile alakasızdır.

37. Hükümet, başvuru kullanımını bildirseydi ortada bir vergi kaçırma mevcut olmayacağı için, vergi dolandırıcılığıyla ilgili bir konunun da gündeme gelmeyeceğini savunmuştur. Böylece başvurunun davranışı ceza hukukunun yaptırımlarının uygulanması için gerekli görülen şekilde suçlanmayı hak eden nitelikte olmayacaktı. Bahsi geçen zamanda, yakıt harcını ödemek ve daha sonrasında daha hafif vergilendirilmiş yakıt kullanmak hukuka uygundu. Bunun finansal olarak yapılabilir olup olmadığı ise tamamen ayrı bir mevzudur.

38. Hükümet idari yakıt harcının ve cüz'i vergi dolandırıcılığının cezai yaptırımının, benzer davranışlar sebebiyle uygulanmadığını bir kaç kere tekrarlamıştır. Yakıt ücreti, mazottan daha hafif vergilendirilmiş bir yakıt kullanıldığı için öngörülmüştür. Bunun karşılığında cezai yaptırım ise, yakıt harcının hukuksuzca kaçırılması durumu için, yani, Yakıt Harcı Kanunu'nda ortaya konulan bildirim yükümlülüğüne uymama şeklinde cereyan eden cezalandırılabilir davranış için öngörülmüştür. Cezai yaptırımın yalnızca cezai bir suç işleyen kişiye uygulanabileceği gerçeği ve yakıt harcının bir aracın sahibi ya da kullananına da uygulanması, cezai ve idari yaptırımlar arasındaki temel farklılıktır. Başvurunun bir aracın sahibi ya da kullanıcısının o araçta ne tür yakıt kullanıldığını bilmemesinin mümkün olmadığına dair iddiası, doğru değildir, örneğin sahibinin işveren şirketler olduğu arabalarda durum böyledir. Ayrıca,

araç sahibi ya da kullanıcısının kullanılan yakıtın ne olduğunu bilmesinin idari ve cezai süreçlerde tamamen farklı bir önemi vardır.

39. Ponsetti ve Chesnel davasında sonuçta bir vergi uygulanmasının sebebi aslında kaçırılan vergi kaçırılması olmasına rağmen mevcut davadaki durum bu değildir, hükümet bu farklılıkların vergilendirmenin uygulanabilir formları ile alakası olduğunu arz etmektedir. Yakıt harcı, ne kişilerin gelirine bağlıdır ne de pratik sebeplerden dolayı, kişisel araçlarda kullanılan yakıt miktarı bu harcın uygulanmasında hesaba katılabilir.

40. Hükümet ayrıca suçlanabilir davranışın sürme uzunluğunun, kayda almaya geçecek kadar alakalı olmadığını altını çizmiştir. Çünkü, ilgili kişinin yanlış tip yakıt kullanırken yakalandığı an dışında kalan zamanlarda araçta hangi yakıtı kullandığına dair bir kanıt zaten elde edilemeyecektir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

A. Müeyyidelerin Tabiatı Bakımından Cezai Nitelikte Olup Olmadığı Hususunda

41. 7 Numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesinin 1 fıkrasının amacı, nihai karar ile sonuçlanmış cezai davaların tekrarlanmasını yasaklamaktır. İncelemeye konu olan davada davacıya iki farklı ve ardışık işlem setleri halinde iki tedbir uygulanmıştır. 26 Şubat 2001 günü başvuru bir kısa cezai karar (summary penal order) ile adli para cezasına çarptırılmış ve 17 Eylül 2001 tarihinde idari işlemler sonucu başvuru yakıt harcından kaynaklanan idari para cezasına tabi kılınmıştır.

42. Mahkeme, 7 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen non bis in idem kuralının uygulanabilirliğinin tek kriterinin ulusal hukukta yer alan prosedürün hukuki nitelendirmesi olmayacağını yinelemektedir. Aksi takdirde bu hükmün uygulanması, sözleşmenin amaç ve gayeleriyle uyumsuz olarak, bir dereceye kadar taraf devletlerin takdirine bırakılmış olurdu. (en güncel karar için bakınız.; Storbraten v. Norveç no:12277/04, AİHS 2007-...) 7 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesindeki cezai prosedür kavramı, Sözleşme'nin 6. ve 7. maddelerinde yer alan ve birbirine denk düşen kelimeler olan

“suçluluk isnadı” ve “ceza” kavramlarını ilgilendiren genel hükümler ışığında yorumlanmalıdır. (bkz. Haarvig/Norveç, no.11187/05, 11 Aralık 2007; Rosenquist/İsveç, no.60619/00, 14Eylül 2004, Manasson/ İsveç, no. 41265/98, 8Nisan 2003; Göktan/Fransa, no.33402/96, § 48, AİHS 2002-V, Malige/Frans.23 Eylül 1998, § 35, Yargı ve Kararlar Raporu1998-VII; ve Nilsson/İsveç, no:73661/01, AİHS 2005-...)

43. Mahkemenin içtihatı, ortada bir suç isnadı olup olmadığı hakkında karar verilirken göz önünde tutulacak, Engel kriterleri olarak bilinen üç tane kriter oluşturmuştur. (bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, 8 Haziran 1976, A Serisi no 22) İlk kriter, ihlalin ulusal hukuk altındaki sınıflandırılması, ikinci kriter ihlalin asıl mahiyeti (doğası) ve üçüncü kriter ise bahsi geçen kişinin maruz kalma riskinin olduğu cezanın ağırlığının derecesidir. İkinci ve üçüncü kriterler alternatiftir ve kümülatif olmasına gerek yoktur. Tartışma konusu olan ihlalin doğası/mahiyeti gereği suç olarak kabul edilen bir ihlal olması ya da ihlalin kişiyi bir cezaya tabi konuma getirmesi yeterlidir. Cezaya tabi kılınma hususu doğası gereği ve ağırlığının derecesi ile genel suç alanına dahil olacaktır. (bkz. Ezeh ve Connors / Birleşik Krallık, no. 39665/98 ve 40086/98, § 86, AİHS 2003-X) Cezanın ciddiliğinin göreceli yokluğu, bir ihlali kendiliğinden mevcut cezai karakterinden yoksun bırakmaz. (bkz. Öztürk/ Almanya, 21 Şubat 1984 yargılaması, A Serisi no 7, §54, ve Lutz /Almanya, 25 Ağustos 1987 yargılaması, A serisi no 123, §55).Bu, her kriterin ayrı ayrı analiz edilmesinin, bir suç isnadı olup olmadığı konusunda açık bir sonuca ulaşılmasını mümkün kılmayan kümülatif yaklaşımı hariç tutmaz. (bkz. Jussila ve Finlandiya, no. 73053/01, §§ 30-3, AİHS 2006-..., ve yukarıda belirtilen Ezeh ve Connors, §82-86)

44. Yukarıda belirtildiği gibi, başvuru öncelikle, kısa bir cezai karar ile aracının tankında dizel yakıttan daha hafif vergilendirilmiş yakıt kullandığı için, cüzi vergi dolandırıcılığına sebep olarak adli para cezasına çarptırılmıştır. İşlemler Fin Hukuki sınıflandırmasına göre “ceza” idi. Bu işlemler 7 numaralı Ek Protokol’ün 4. maddesi uyarınca da cezaidir ve sonucunda başvuru “aklanmış ya da devletin hukukuna cezai prosedürlerine uygun olarak mahkûm edilmiş”tir. 7 numaralı Ek Protokol’ün 4. maddesinin sunduğu güvence, bir önceki beraat ya da mahkûmiyet res judicata gücünü kazandıktan sonra yeni bir takım usullerin başlatılmasıyla etkili olmaya başlar. Bu davada, başvuru

kısa cezai kararı (summary penal order) temyiz etmemiştir, bu sebeple karar res judicata formuna bürünmüştür.

45. Daha sonrasında, başvuru, idari yargılamalarda yakıt harcından kaynaklı idari para cezası ile yükümlü kılınmıştır. Engel kriterlerinin ilkinde döndüğümüzde görüyoruz ki yakıt ücreti borcu cezai olarak nitelendirilmemiş olsa bile mali rejimin bir parçasıdır. (12. paragrafa bakınız.) Ancak bu belirleyici değildir. Bu bağlamda, mahkeme Fin Hukuk Sisteminde “idari” olarak nitelendirilen alanın, cezai çağrışım da yapan ama ceza hukuku ve ceza hukuku prosedürleri tarafından da yönetilmeyecek kadar önemsiz bazı ihlalleri de kapsadığını görmüştür.

46. İkinci kriter, ihlalin doğası/asıl mahiyeti, daha önemli olan kriterdir. Mahkeme, Yakıt Harcı Kanunu'nun ilgili maddesinin, özel bir statü sahibi olan belirli bir grup insana değil, tüm vatandaşlara yönelmiş olduğunu gözlemlemiştir. Başvuru, dizel motorlu aracın sahibi ya da kullanıcısı sıfatı sebebiyle sorumluluk sahibidir. Hükümet her ne kadar yakıt harcından kaynaklanan idari para cezasının, oluşan zararın maddi anlamda karşılanması amacıyla getirildiğini ileri sürse de, mahkeme, mevcut olayın şartları göz önünde tutulunca bu konuda ikna olmamıştır. Tabi ki, uygulanan yakıt harcının oluşan zarara, yani gelirden yoksun kalmasına bir karşılık olduğu doğru olabilir. Ancak şu noktaya dikkat çekilmelidir ki tahsil edilen yakıt harcı üçe katlanmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bu hareket ihlalin tekrar gerçekleşmesini caydırıcı kılmaya yönelik bir ceza niteliğindedir ki bu da ceza hukuku anlamındaki cezaların karakteristik bir özelliğidir. (bkz Ezech, §§ 102 ve 105) Dolayısıyla, yakıt harcından doğan idari para cezasının yalnızca zararı tazmin edici nitelikte bir kural tarafından koyulduğu değil, aynı zamanda caydırıcı ve cezalandırıcı bir kural tarafından koyulduğu sonucuna varılabilir. Mahkeme bunun, ihlalin özündeki cezai niteliği oluşturduğunu dikkate almaktadır.

47. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler ışığında, mahkeme, ihlalin doğasının, 17 Eylül 2001 tarihli yakıt harcından kaynaklanan idari para cezasının 7 Numaraları Ek Protokol'ün 4. maddesi doğrultusunda, ceza muhakemesi kapsamına sokacak nitelikte olduğu sonucuna varmaktadır.

B. Daha Sonraki Müeyyidenin Bir Önceki İle Aynı Sebeplere Dayanıp Dayanmadığı, Çifte Yargılama Yapılıp Yapılmadığı Hususunda

48. Sergey Zolotukhin/ Rusya (no. 14939/03, §§ 70-78, 10 Şubat 2009) davasında, mahkeme, 7 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesinin uygulandığı süreç boyunca biriken içtihat hukukunun bir başvuruçunun yargılanmasına sebebiyet veren ihlallerin aynı olup olmadığı sorusuna dair çeşitli yaklaşımlar meydana getirdiğini gözlemlemiştir. Bu hukuki belirsizliğe bir son vermek amacıyla mahkeme “aynı nitelikteki ihlallerin”, yani non bis in idem kuralındaki idem elementinin uyumlulaştırılmış bir yorumunu ortaya koymuştur.

49. Yukarıda belirtilen davada (§82), mahkeme, 7. numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesinin, ikinci bir ihlalin soruşturulması veya mahkeme önüne taşınmasının, bu ikinci ihlalin birinci ile özdeş vakalardan, ya da özü itibari ile aynı olan vakalardan kaynaklanması durumunda yasaklanmasının gerektiği şeklinde anlaşılması gerektiğine karar vermiştir.

50. Mevcut davaya geri dönersek, mahkeme, müteakip yakıt harcından kaynaklanan idari para cezasının özünün, adli para cezası (idem) ile aynı vakalardan mı kaynaklandığını ve ortada bir mükerrer yargılama olup olmadığını (bis) inceleyecektir. Mahkeme, sonucunda ceza muhakemesi sonucuna varılan kararlarda belirtilen vakaların, iki yargılamadaki vakaların tıpatıp aynı ya da özü itibariyle aynı olup olmadığının tespiti bakımından uygun bir başlama noktası olduğunu belirtmektedir. Mahkemenin soruşturması bu sebeple, aynı sanık hakkında olan, somut gerçeklere dayanan durum oluşturan ve birbirinden ayırlamayacak derecede bağlantılı zaman ve mekânla ilgili vakalar üzerine odaklanmalıdır.

51. Mahkeme, şimdiki durumların analizine 17 Ocak 2001'de cereyana gelen olaylar, uygulanan adli para cezası ve başvuruçuya zorla yüklenilen yakıt ücretini inceleyerek başlayacaktır. 26 Şubat 2001'de başvuruçuya Ceza Kanunu'nun 29. Kısım, 3. Maddesi ve cüzi vergi dolandırıcılığıyla ya da daha açık olmak gerekirse motorlu araç vergisi ihlali ile ilgili Motorlu Araçlara Dair Vergi Kanunu'nun 20. ve 33. kısımları uyarınca para cezası verilmiştir. Her ne kadar kısa karar vakaların gerçekleşmesi ile ilgili yalnızca iki cümle içerse de, bu; cezanın, başvuru-

rucunun kamyonetinde dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullandığı ve vadesi gelmiş ekstra vergiyi ödemediği ve yakıt tankını kendi doldurmuş olması sebebiyle verildiğini ortaya çıkarmaktadır. (yukarıda 7. paragrafa bakınız)

52. Müteakip idari yargılamalarda, başvuru pikap kamyonetinin 2001 yılı boyunca dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt ile kullanıldığına dair dikkate alınması sebebiyle yakıt harcından kaynaklı idari para cezası ile yükümlü kılınmıştır. Vasıta İdaresini ya da Gümrüğü, kullanımıyla ilgili peşinen bilgilendirmediği için, toplanan yakıt harcı üç katına çıkmıştır. Karar ayrıca, başvuru aracında yanlış tip yakıt kullandığını kabullendiğini de ifade etmektedir.

53. Olayların ve verilen müeyyidelerin özeti, söz konusu hareketlerin aynı davalı tarafından ve aynı zaman dilimi içerisinde cereyan ettiğini göstermektedir, dolayısıyla mahkeme davalı hakkında adli para cezası ve sonrasında da hakkında yakıt harcından kaynaklanan idari para cezası verilmesine sebep olan maddi vakaların aynı olup olmadığını ya da özlerinin aynı olup olmadığını doğrulamak zorundadır.

54. Ceza Hukuku'nun 29. Kısım 1. ve 3. maddeleri altında düzenlenen "vergi dolandırıcılığı" ve "hafif vergi dolandırıcılığı" ihlallerinin tanımı, yapılması yasaklanmış birden fazla çeşitteki hareketi kapsamaktadır. (yukarıdaki 23. paragrafa bakınız.) Bütün bu elementlerden her biri bir suç bulgusu oluşturma hususunda kendi içinde yeterlidir. Kısa cezai kararın, başvuru " başka şekilde hileli olarak" hareket ettiği ve bu sebeple bir verginin tahsil edilememesine teşebbüs ettiği ya da sebep olduğu gerçeğine dayandırmış olması hususunda polis de dikkate alınmalıdır. Ayrıca, davacının benzin deposunu kendisinin doldurmuş olması da esaslı bir başka husus olarak gözetilmiştir.

55. Müteakip idari yargılamalarda başvuru hakkında, arabasını dizel yakıttan daha düşük vergilendirilen yakıt ile çalıştırdığı sebebiyle yakıt harcından doğan bir idari para cezasına hükmedilmiştir. Bu idari para cezası, başvuru bu hususla ilgili öncesinden bir bilgi vermediği için üç katlanmıştır. Her ne kadar İdare Mahkemesi'nin kararı, başvuru yanlış yakıtı kullandığını kabul ettiğini belirtse bile, yakıt harcından doğan idari para cezasının yüklenebilmesi için yanlış tipte yakıt kullanan kişi tarafından bir kast unsurunun mevcut olması aranmamaktadır.

56. Özetle, başvuru hakkında cezai bir kısa karar verilmesine sebep olan maddi vaka, başvuruçunun pikap kamyonetinde dizel yakıttan daha düşük vergilendirilen yakıt kullanıp, bu kullanım için ek bir vergi ödememiş olmasıdır. İdari para cezası yaptırımına sebep olan ise, başvuruçunun pikap kamyonetinde dizel yakıttan daha düşük vergilendirilmiş yakıt kullanmış olması, bu cezanın üç katına çıkarılmasının sebebi ise başvuruçunun bu konu hakkında önceden bir bildirim yapmamış olmasıdır. Son faktörün, ihlale sebep olan hareketin tekrar yapılmasından caydırıcı bir cezalandırma anlamına geldiği yukarıda incelenmişti. Bu sebeple, bu iki farklı yargılama grubundaki maddi vakalar birbirinden çok az bir farkla ayrılmaktadır. Gerçi, ilk yargılama grubunda kast bir unsur olarak aranmaktadır. Bu sebeple mahkeme, bu iki grup yargılamadaki maddi vakaların 7 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesi uyarınca özü itibarıyla aynı addedilmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkemenin belirttiği üzere, maddi vakalar bu iki farklı ihlalin karşılaştırılmasının yegâne odak noktası olarak görev yapmaktadır. (bkz. yukarıda belirtilen Sergey Zolotukhin/ Rusya, §97) Son olarak mahkeme, idari yargılamaların anılan madenin ikinci fıkrası tarafından öngörülen istisnalar kapsamına düşmediğinin altını çizer.

57. Yukarıda belirtilen değerlendirmeler, mahkemenin, Sözleşmeye ek 7. Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.

II. SÖZLEŞMENİN 6. MADDESİNİN İHLAL EDİLMESİ İDDİALARI

58. Başvuruçunun, non bis in idem kuralıyla uyumluluk gösterilmemesinin ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin de ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüştür.

59. Mahkeme, anılan kuralın yalnızca 7 numaralı Protokol'ün 4. maddesinde şekillenmiş olduğunu ve sözleşmenin diğer maddelerinin ne açıkça ne de zımnen bu kural ile bir uyumluluğu garanti etmediğinin altını çizer. (bkz. yukarıda belirtilen Ponsetti ve Chesnel /Fransa) Başvurunun bu kısmı, sözleşmenin 35. maddesinin 3.fıkrasının anlamı dâhilinde, sözleşmenin hükümleri ile *ratione materiae* bakımından uyumsuzdur ve 35. maddenin 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

60. Sözleşmenin 41. maddesi şu şekildedir:

“Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyet uygun surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.“

A. Zarar

61. Maddi zarar başlığı altında başvurucu, yakıt harcının tüm zam, sonuç ve faizleriyle birlikte tamamen hükümsüz kılınmasına ve yaptığı tüm ödemelerin ödenmiş faiz ve temerrüd faizileri ile birlikte geri ödenmesini talep etmiştir. Başvurucu, spesifik bir miktar belirtmemiştir. Manevi zarar başlığı altında başvurucu acı ve elem duyması sebebiyle 15.000 EURO talep etmiştir. Bu tutar, yakıt harcı uygulandıktan sonraki her yıl için 3.000 EURO'ya tekabül etmektedir.

62. Hükümet, 729 FIM (121 EURO) tutarındaki cezanın geri ödenmesi ve başvurucunun manevi zararları için 1.000 EURO'yu geçmeyen makul bir tutarda tazmin edilmesini öngörmüştür.

63. Mahkeme, başvurucunun 121 EURO tutarındaki cezanın geri ödenmesi talebinde bulunmadığını belirtmektedir. Ayrıca başvurucu üç katına çıkarılmış bu cezayı ödemediğini göstermediği için, mahkeme cezanın geri ödenmesine dair hükümetin önerisini reddetmektedir. Öte yandan mahkeme başvurucuyu manevi zararları için 1.500 EURO ile tazmin etme kararı almıştır.

B. Masraflar ve Giderler

64. Başvurucu mahkeme önünde cereyan eden davalardaki masraf ve giderleri için 13,733.60 EURO talep etmiştir.

65. Hükümet, toplamda 46.6 saatlik (saati 200 EURO + KDV) bir çalışmayı haddinden fazla bulmuştur. Ayrıca başvurucu, çevirilerin tutarını belgeleyen bir fatura sunmamıştır. Bu başlık altındaki ödenek 4.500 EURO'yu aşmamalıdır. (KDV dahil)

66. Mahkemenin içtihatlarına göre, başvurucu masraf ve giderlerinin gerçekten ve zorunlu olarak oluştuğu ve miktar olarak makul olduğu

gösterildiği müddetçe bu masraf ve giderlerin geri ödenmesine hak kazanır. Mevcut davada mahkeme sahip olduğu bilgiler doğrultusunda, yukarıdaki kriter ve Avrupa Konseyi tarafından sağlanan adli yardım göz önünde tutulunca, başvuruçunun mahkeme önündeki yargılamalar için toplamda 8.000 EURO tutarında (KDV dahil) tazmin edilmesinin makul olacağını düşünmüştür.

C. Gecikme Faizi

67. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez Bankası' nın marjinal kredi faizi oranına dayanması gerektiğinin ve buna %3 puan eklenmesinin uygun olacağı görüşündedir.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. 7 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesine yönelik şikâyetlerin kabul edilebilir, ancak başvurunun geri kalanının kabul edilemez nitelikte olduğuna,
2. Sözleşmeye ek 7. Protokol'ün 4. maddesinin ihlal edildiğine,
3. a) Davalı devletin başvuruçuya, verilen kararın Sözleşme'nin 44 § 2 hükmü uyarınca kesinleşmesinden sonraki 3 ay içinde manevi zararlarını tazmin etmek amacıyla 1.500 EURO (ve bundan doğabilecek herhangi bir verginin) ve masraflar ve giderler dolayısıyla 8.000 EURO (ve bundan doğabilecek herhangi bir verginin) ödemesine,
b) Yukarıda belirtilen 3 ayın bitiminden uzlaşmaya kadar yukarıda belirtilen tutarlara Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizi oranına eşit bir orandan basit faizin ödenmesine,
4. Başvuruçunun geri kalan adil tazmin taleplerinin reddedilmesine karar vermiştir.

Karar İngilizce olarak hazırlanmış olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77 §§ 2 ve 3. maddeleri uyarınca 16 Haziran 2009 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Lawrence Early
Nicolas Bratza

Yazı İşleri Müdürü
Başkan