

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN
MAYIS
HAZİRAN
2008

SAYI

1

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN:

Sahibi
Türk Ceza Hukuku Derneği
İktisadi İşletmesi adına
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat

Genel Yayın Yönetmeni
Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Av. Fehmi Demir

Yayın Kurulu
Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
Prof. Dr. Köksal Bayraktar
Doç. Dr. Ümit Kocasakal
Av. Fikret İlkiz
Av. Fehmi Demir

Copyright
Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi
Cemile Meral
0212/511 54 32 Dahili: 12

İletişim Adresi
Türk Ceza Hukuku Derneği
Nuruosmaniye Cad. No: 56 K: 4
Cağaloğlu/İSTANBUL
Tel.: 0212/513 11 71

Basım Yeri
Kahraman Ofset Neşriyat San. Tic. Ltd. Şti.
Yüzyıl Mah. Matbaacılar Cad. No:34/4
Atahan-Yüzyıl-Bağcılar/İSTANBUL
Tel.: 0212/629 00 01

Basım Tarihi
Nisan 2008

İçindekiler

	1	Türk Ceza Hukuku Derneği Kamuoyu Açıklaması
Av. Zuhâl Dönmezer Çakıroğlu	4	Canım Babam
Prof. Dr. Timur Demirbaş	10	Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeri ve 5275 Sayılı Kanun
Hakim Kenan İpek	22	Yeni Ceza İnfaz Sistemi ve Cezaevlerimiz
Dr. Hakan Kızılarıslan	28	Yeni Ceza İnfaz Sisteminin Ana İlkeleri ve Uygulama
Av. Mustafa Tırtır	41	Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi
Av. Mustafa Tırtır	50	Regime Exclusive To The Recidivists
Av. Yağız Ali Dağlı	59	Kamu Davasında Yargıtay Bozma Kararının Anlamı
Metin Aslan	64	İnsan Haklarının Evrimci Özelliği ve Bütünselliği
Esin Tunceroğlu	73	Terörün Tanımı ve Uluslararası Hukuktaki Yeri
Sydney Adoua Pınar Memiş	111	Kanada Antiterörist Kanununun Temel Haklar Üzerine Etkisi
Av. Dilek Salman	125	5651 Sayılı Kanun ve Erişimin Engellenmesi
Av. Dilek Salman	142	5651 And Resolution On The Prevention Of Access
Av. Serdar Mermut	146	Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu
Av. Davut Gürses	157	Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu ve Savunma
Stj. Av. Nazan Altundere	164	şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)
Av. Emin Canacankatan	184	Kaçakçılıkla Mücadelede Yeni Kanundaki Yaklaşımlar
Av. Taylan Erimer	193	İhracat Kaçakçılığı ve 5607 Sayılı Kanun
Kerem Çelikboya	204	Tıp Hukukundaki Gelişmeler V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu
Prof. Dr. Belkıs Dinçol Dr. Köksal Bayraktar	213	Eski Önyasya Toplumlarında Suç Prof. Kavramı ve Ceza
Av. Yasemin Antakyalıoğlu	218	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Üçüncü Daire Çaplık - Türkiye Davası
Av. Yasemin Antakyalıoğlu	230	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dördüncü Daire Tuncer ve Durmuş - Türkiye Davası

SUÇ ve CEZA

Türk Ceza Hukuku Derneği'nin yayın organı olan "Suç ve Ceza" "Ceza Hukuku Dergisi"nin 2'inci sayısı okuyucularımıza ulaşmıştır. Dernek yönetimi olarak, ne kadar heyecan duyduğumuzu belirtmek isteriz. Gerçekten 3 ayda bir yayınlanması kararlaştırılmış olan bu derginin hayata geçmesi büyük zorluklarla olmuştur. Yaşamaya da kuşkusuz zorluklarla mücadele edilerek gerçekleşecektir.

Ceza Hukuku, günlük yaşamlarımızda sıklıkla uygulama alanı bulunan bir hukuk disiplini. Siyasi iktidarlar, ceza hukuku normlarını uygulamayı çok severler. Ancak ceza normlarının kendilerine uygulanmasına mani olmak için ellerinden geleni yaparlar.

Özellikle 2008 yılı Ceza Hukuku açısından oldukça dalgalı bir görünüm göstermektedir. 2000'li yıllarda Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği'ne kabulü için çıkartılan uyum yasaları ile Avrupa müktesebatını yakaladığımızı ileri sürmekte idik. Avrupa Birliği siyasetleri ve hukukçuları, uygulamayı bekleyelim derken, bizler de buruk bir gülümseme oluşmakta idi. Hatta, eski Türk Ceza Kanunu 312'inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra, Türk Hükümeti, DGM Mahkemeleri tarafından 312'inci maddenin uygulanması ile ilgili verdikleri beraat kararlarını Avrupa Birliği nezdindeki Büyükelçilik vasıtasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sekreteryası'na sunarak, "İşte uygulama" diyebilmişlerdi.

Oysa, aradan 8 yıl geçti, yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu yapıldı, 301'inci maddenin uygulanması, bu maddenin değiştirilmesi gerektiği Avrupalı ülkeler tarafından ısrarla istenmeye başlandı. Ceza Muhakemesi Kanunu "Koruma Tedbirleri" başlığı altında, 7 bölümden oluşan kişi hürriyetini kısıtlayıcı işlemleri "tedbir" başlığı altında sıralamıştır. Oysa bu tedbirlere, yalnızca 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda yer verilmiş idi. Yeni Kanunun yapılmasıyla anılan kanun kaldırılmış, bu fevkalade tedbirler olağan tedbirler haline getirilmiştir. Yine, Ceza Muhakemesi Kanunu'na daha evvelce Devlet Güvenlik Mahkemeleri olarak anılan özel yetkili ve görevli mahkemeler ilga edilmiş,

yerlerine “özel yetkili ağır ceza mahkemeleri” getirilmiştir. Unutmayalım ki, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye aleyhine verdiği müteaddit kararlar sonrasında Türk Hükümeti tarafından kaldırılması öngörülmüş, ve fakat bu mahkemelerin yerine önceleri 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 394/a, 394/b, 394/c ve 394/d maddeleri ilave edilmiş ve yeni yapılan Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 250-252’inci maddeleri arasında düzenlemeye gidilmiştir. Bu bir şark kurnazlığıdır.

Gerçekte bu mahkemelerle ilgili olarak değişen sadece mahkemenin adıdır: “Ağır Ceza” Mahkemeleri şeklinde ifade edilmektedir. Prensipler aynıdır, hakimlerin seçimi, yetkileri, görevleri, askeri hakim ve savcılar hariç aynıdır. Hatta o kadar ki, yargılama görevi gördükleri yerler ve mekanlar dahi aynıdır. Bu mahkemelerde görev yapan savcıların kendilerini özel yetkili olarak kabul etmeleri sonucunda, polis de bu mahkemelere kanun tarafından verilen imkanları kullanmak amacıyla bütün fiilleri “örgüt kurma” ve “örgüte üye olma” fiili olarak değerlendirmekte ve bu mahkemeleri adeta her olayda yetkili hale getirmektedir. Her ne kadar, kanunda açıkça soruşturmanın bizzat savcılar tarafından yapılacağı açıkça altı çizili olarak belirtilmiş ise de, soruşturmayı yapan Cumhuriyet Savcıları değil, polis olmaktadır. Anayasasında kuvvetler ayrılığı prensibinin yer aldığı demokratik Türkiye’de, böylece yargı, yürütmenin emri altına girmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 251’inci maddesinde yer alan usul hükümleri de zaman zaman uygulanmamakta, o kadar ki şüphelinin yanında, hukuki yardımda bulunan avukatına, kanunda öngörülmesine rağmen, ifade tutanağı dahi verilmemektedir. Gece arama yapılması kanunca yasaklanmış olmasına rağmen, geçerli olmayan bahanelerle gece yarısı aramalar yapılmaktadır. İfade tespitlerinin hukuka aykırı bir şekilde yapılmaması gerektiği halde, yorma usulleri, psikolojik baskı kullanılmak yolu ile ifadeler alınmaya çalışılmaktadır. Şüphelilere isnat edilen fiil bildirilmeden, telefon tespitlerinde yer alan konuşmalara vereceği cevaplarla delil elde edilmek istenmektedir.

Son dönemlerde delil araştırması yapılmadan iletişimin dinlenmesi, teknik araçlarla izlemek yolları polis tarafından tercih edilen

yöntemleri oluşturmaktadır. Bu kolay yöntemlere karar veren polis, savcıya başvurmakta, savcı da, yedek hakimden yeteri kadar inceleme yapmadan karar alabilmektedir. Bu yöntemin traji komik sonuçları da ortaya çıkmaktadır. İstanbul Barosu Başkanı'na intikal eden bir olayda, avukattan intikam almak isteyen bir kişi, telefonla polise, avukatın çete mensubu olduğu ihbarı yapması üzerine, savcı hakimden karar alıp, alacakaranlıkta avukatın evini ve yazıhanesini arayabilmiştir. Arama sırasında muhbirin avukata ettiği "nasıl seni yaktım" telefonu ile savcı ve polis uyanmış ve bu yüz kızartıcı olayın kapanmasını talep eder olmuşlardır. Keza, basında çıkan haberler de, yaşanan tuhaflıkları kamuoyuna sunmaktadır. 28 Mart 2008 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nin 1'inci sayfasında çıkan "Operasyonda Tuhaflıklar Zinciri; Karakolda Ergenekon Zanlısı Oldu" başlıklı haberin içeriği bunlara bir örnek teşkil etmektedir.

Bu ve bunun gibi olaylara, hukuki ihlallere şahit olduğca, Avrupa Birliği ülkelerinin yetkili ağızlarının "uygulamayı görelim" sözlerinin ne kadar anlamlı olduğu bir kere daha ortaya çıkmaktadır. İsim değiştirmek suretiyle kanun yapmak, uyum yasası yapmak demek olmadığı açıktır. Kanunda "kolluk görevlisi" tabirinin kullanılması, adli kolluğun kurulduğu anlamına gelmediği tartışmasızdır. Polis, savcıdan bağımsız olarak yeterli hukuki bilgiye sahip olmadan, fiillerin hukuki vasıflandırmalarını yapmak imkanına sahipliği süregelmektedir.

Bu bir keyfiliktir.

Türkiye, keyfilikle mücadele edecektir. Derneğimizin kuruluş amacı da çağdaş, insan haklarına saygılı hukukun ülkede yerleşmesinin uygulayıcılar ve uygulananlar tarafından özümsemesini sağlamaktır.

Hukuka saygılı günlere...

TCHD Başkanı
Prof. Dr. Duygun YARSUVAT

Türk Ceza Hukuku Derneği'nin yayın organı olan "Suç ve Ceza" "Ceza Hukuku Dergisi"nin 2'inci sayısı okuyucularımıza ulaşmıştır. Dernek yönetimi olarak, ne kadar heyecan duyduğumuzu belirtmek isteriz. Gerçekten 3 ayda bir yayınlanması kararlaştırılmış olan bu derginin hayata geçmesi büyük zorluklarla olmuştur. Yaşamaları da kuşkusuz zorluklarla mücadele edilerek gerçekleşecektir.

Ceza Hukuku, günlük yaşamlarımızda sıklıkla uygulama alanı bulunan bir hukuk disiplini. Siyasi iktidarlar, ceza hukuku normlarını uygulamayı çok severler. Ancak ceza normlarının kendilerine uygulanmasına mani olmak için ellerinden geleni yaparlar.

Özellikle 2008 yılı Ceza Hukuku açısından oldukça dalgalı bir görünüm göstermektedir. 2000'li yıllarda Türkiye Cumhuriyeti'nin Avrupa Birliği'ne kabulü için çıkartılan uyum yasaları ile Avrupa müktesebatını yakaladığımızı ileri sürmekte idik. Avrupa Birliği siyasileri ve hukukçuları, uygulamayı bekleyelim derken, bizler de buruk bir gülümseme oluşmakta idi. Hatta, eski Türk Ceza Kanunu 312'inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra, Türk Hükümeti, DGM Mahkemeleri tarafından 312'inci maddenin uygulanması ile ilgili verdikleri beraat kararlarını Avrupa Birliği nezdindeki Büyükelçilik vasıtasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sekreteryası'na sunarak, "İşte uygulama" diyebilmişlerdi.

Oysa, aradan 8 yıl geçti, yeni Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu yapıldı, 301'inci maddenin uygulanması, bu maddenin değiştirilmesi gerektiği Avrupalı ülkeler tarafından ısrarla istenmeye başlandı. Ceza Muhakemesi Kanunu "Koruma Tedbirleri" başlığı altında, 7 bölümden oluşan kişi hürriyetini kısıtlayıcı işlemleri "tedbir" başlığı altında sıralamıştır. Oysa bu tedbirlere, yalnızca 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda yer verilmiş idi. Yeni Kanunun yapılmasıyla anılan kanun kaldırılmış, bu fevkalade tedbirler olağan tedbirler haline getirilmiştir. Yine, Ceza Muhakemesi Kanunu'na daha evvelce Devlet Güvenlik Mahkemeleri olarak anılan özel yetkili ve görevli mahkemeler ilga edilmiş, yerlerine "özel yetkili ağır ceza mahkemeleri" getirilmiştir. Unutmayalım ki, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine verdiği müteaddit kararlar sonrasında Türk Hükümeti tarafından kaldırılması öngörülmüş, ve fakat bu mahkemelerin yerine önceleri 1412 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu 394/a, 394/b, 394/c ve 394/d maddeleri ilave edilmiş ve yeni yapılan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250-252'inci maddeleri arasında düzenlemeye gidilmiştir. Bu bir şark kurnazlığıdır.

Gerçekte bu mahkemelerle ilgili olarak değişen sadece mahkemenin adıdır: "Ağır Ceza" Mahkemeleri şeklinde ifade edilmektedir. Prensipler aynıdır, hakimlerin seçimi, yetkileri, görevleri, askeri hakim ve savcılar hariç aynıdır. Hatta o kadar ki, yargılama görevi gördükleri yerler ve mekanlar dahi aynıdır. Bu mahkemelerde görev yapan savcılarının kendilerini özel yetkili olarak kabul etmeleri sonucunda, polis de bu mahkemelere kanun tarafından verilen imkanları kullanmak amacıyla bütün fiilleri "örgüt kurma" ve "örgüte üye olma" fiili olarak değerlendirmekte ve bu mahkemeleri adeta her olayda yetkili hale getirmektedir. Her ne kadar, kanunda açıkça soruşturmanın bizzat savcılar tarafından yapılacağı açıkça altı çizili olarak belirtilmiş ise de, soruşturmayı yapan Cumhuriyet Savcılarını değil, polis olmaktadır. Anayasasında kuvvetler ayrılığı prensibinin yer aldığı demokratik Türkiye'de, böylece yargı, yürütmenin emri altına girmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251'inci maddesinde yer alan usul hükümleri de zaman zaman uygulanmamakta, o kadar ki şüphelinin yanında, hukuki yardımda bulunan avukatına, kanunda öngörülmesine rağmen, ifade tutanağı dahi verilmemektedir. Gece arama yapılması kanunca yasaklanmış olmasına rağmen, geçerli olmayan bahanelerle gece yarılarda aramalar

yapılmaktadır. İfade tespitlerinin hukuka aykırı bir şekilde yapılmaması gerektiği halde, yorma usulleri, psikolojik baskı kullanılmak yolu ile ifadeler alınmaya çalışılmaktadır. Şüphelilere isnat edilen fiil bildirilmeden, telefon tespitlerinde yer alan konuşmalara vereceği cevaplarla delil elde edilmek istenmektedir.

Son dönemlerde delil araştırması yapılmadan iletişimin dinlenmesi, teknik araçlarla izlemek yolları polis tarafından tercih edilen yöntemleri oluşturmaktadır. Bu kolay yöntemlere karar veren polis, savcıya başvurmakta, savcı da, yedek hakimden yeteri kadar inceleme yapmadan karar alabilmektedir. Bu yöntemin traji komik sonuçları da ortaya çıkmaktadır. İstanbul Barosu Başkanı'na intikal eden bir olayda, avukattan intikam almak isteyen bir kişi, telefonla polise, avukatın çete mensubu olduğu ihbarı yapması üzerine, savcı hakimden karar alıp, alacakaranlıkta avukatın evini ve yazıhanesini arayabilmiştir. Arama sırasında muhbirin avukata ettiği "nasıl seni yaktım" telefonu ile savcı ve polis uyanmış ve bu yüz kızartıcı olayın kapanmasını talep eder olmuşlardır. Keza, basında çıkan haberler de, yaşanan tuhaflikları kamuoyuna sunmaktadır. 28 Mart 2008 tarihli Cumhuriyet Gazetesi'nin 1'inci sayfasında çıkan "Operasyonda Tuhaflıklar Zinciri; Karakolda Ergenekon Zanlısı Oldu" başlıklı haberin içeriği bunlara bir örnek teşkil etmektedir.

Bu ve bunun gibi olaylara, hukuki ihlallere şahit oldukça, Avrupa Birliği ülkelerinin yetkili ağızlarının "uygulamayı görelim" sözlerinin ne kadar anlamlı olduğu bir kere daha ortaya çıkmaktadır. İsim değiştirmek suretiyle kanun yapmak, uyum yasası yapmak demek olmadığı açıktır. Kanunda "kolluk görevlisi" tabirinin kullanılması, adli kolluğun kurulduğu anlamına gelmediği tartışmasızdır. Polis, savcıdan bağımsız olarak yeterli hukuki bilgiye sahip olmadan, fiillerin hukuki vasıflandırmalarını yapmak imkanına sahipliği süregelmektedir.

Bu bir keyfiliktir.

Türkiye, keyfilikle mücadele edecektir. Derneğimizin kuruluş amacı da çağdaş, insan haklarına saygılı hukukun ülkede yerleşmesinin uygulayıcılar ve uygulananlar tarafından özümsemesini sağlamaktır.

Hukuka saygılı günlere...

Duygun Yarsuvat

YENİ CEZA İNFAZ SİSTEMİMİZİN ANA İLKELERİ VE UYGULAMA

Dr. Hakan KIZILARSLAN¹

A. GENEL OLARAK;

İnfazın kelime anlamı “yerine getirme”, ilamın ise “kesinleşme şerhi verilmiş mahkûmiyet hükümleridir”. Cezaların infazı; “kesinleşmiş mahkeme kararlarının yerine getirilmesi” olup, infaz hukuku; “infazın usul ve kurallarının belirlendiği hukuk dalına verilen ad”¹ dir.

Normatif hukukumuzda infaz hukukunun kaynakları arasında

- 1- 5237 S. “Türk Ceza Kanunu”
 - 2- 5271 S. “Ceza Muhakemesi Kanunu”
 - 3- 5275 S. “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun”
 - 4- 4675 S. “İnfaz Hâkimliği Kanunu”
 - 5- 1721 S. “Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi hakkında Kanun”
 - 6- 4681 S. “Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu”
 - 7- 5402 S. “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri Koruma Kurulları Kanunu”
 - 8- Ceza İnfaz Kurumları İle Tevkifevleri Yönetimi ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük”
- sayılabilir.

İnfaz hukukunun toplum bazında genel amacı suçun işlenmesinin önlenmesi iken, birey anlamında genel amaç bireyin yeniden suç işlemesini önlemektir. Bu temel amacın yanısıra toplumun suça karşı korunması, hükümlülerin sosyalleşmesini ve üretken, topluma faydalı yasalara saygılı bireyler haline getirilmesini sağlama gibi tali amaçlar da bulunmaktadır.

İnfaz hukukunda ana ilke; hiçbir şekil ve türde ayrımcılık ve ayrıcalık yapılmaması olduğu gibi, son dönemde hümaniter anlayışın gelişimiyle de paralel

¹ Ankara Cumhuriyet Savcısı

şekilde insan hak ve özgürlüklerine, yani hükümlünün bir suçlu olmasının da ötesinde, insan olarak varlık ve değerine saygı gösterilmesi de çağdaş infaz sistemindeki yeni yaklaşımlar olarak karşımıza çıkmaktadır. İlam öncesi yargılama aşamasında göz önünde tutulan bu yaklaşım hükmün kesinleşmesi sonrasındaki infaz aşamasında da gerek infazın yapılacağı mekanlar ve gerekse infazın şekli konularında da öne çıkmaktadır.

İnfaz genel olarak idari bir işlem yapısı gösterse de konusu itibariyle idari ve hukuki sistemler arasında kalan bir yapı göstermektedir. Bu yapı infaz hukukunun genel karakterini oluşturduğu gibi sorunları tetikleyen bir özellikte taşımaktadır. Çoğu kez hukuki nitelikli sorunlar nedeniyle idari görevleri olan birimler suçlanmakta, bazense idari işlemlerdeki hata ve kötü yönetimler nedeniyle hukuki yapıda yeni düzenlemeler yapılması yoluna gidilmektedir. İnsanla ilgili bütün sistemlerde olduğu gibi, infaz sisteminde de iç içe geçmiş hukuki ve idari yapılar arasındaki çimentoyu temel insan hak ve özgürlükleri öğretisi oluşturmaktadır.

Ülkemizde infaz kurumları hükümlülerin niteliklerine, suçları türlerine ve infazın aşamalarına göre farklı şekillerde çeşitlenmiş bulunmaktadır. Bu konuda hukukumuzda ilk kez infaz kurumlarının türleri 5275 S. CGİK ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Hukukumuzda, Cumhuriyet savcılarını cezaların infazını izlemek ve denetlemekle görevlendirilmişlerdir. Bu nedenle infaz prosedürü kesinleşen mahkûmiyet hükmünün (ilamın) mahkeme tarafından Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesiyle başlamaktadır. (TCK. m. 50/(1)-b de belirtilen Denetimli Serbestlikle ilgili “seçenek yaptırım” niteliğindeki hükümler bunun istisnası olup, buna ilişkin kararlar doğrudan denetimli serbestlik bürolarına gönderilmektedir. 5275 S. CGİK bu konuda çok ayrıntılı düzenlemeler getirmektedir.

Her ceza için ayrı bir ilamın gönderilmesi zorunludur. Mahkeme aynı hükümde vermiş olsa bile her ceza hükmü için ayrı infaz evrakı düzenleyerek gereği için Cumhuriyet başsavcılığına göndermek zorundadır.

İnfaz mahkumiyetin adli para cezası veya hapis cezası olmasına göre farklı bir prosedür izler.

B. MEVCUT YASAL DÜZENLEME VE GETİRİLEN YENİLİKLER;

a. Temel İlkeler Yasayla Belirlenmiştir.

Önceki 647 S. “Cezaların İnfazına İlişkin Kanundan” farklı olarak 5275 S. CGİK ile insan hakları, eşitlik ve cezaların işlevi de dikkate alınarak infazda temel ilke temel amaç ve hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler konularında ayrıntılı normatif düzenlemeler getirilmiştir. Getirilen bu düzenlemeler hükümlüler için olduğu kadar tutuklular için de geçerlidir. (CGİK m. 111-116)

b. İnfaz Kurumları Sınıflandırılmıştır;

5275 S.Yasada İnfaz Kurumları;

- a. Kapalı Ceza İnfaz Kurumları
- b. Kadın Kapalı İnfaz Kurumları(m.10)
- c. Çocuk Eğitim Evleri (m.15). (18 yaşa eğer eğitimi devam ediyorsa 21yaşa kadar)
- d. Yüksek Güvenlikli İnfaz Kurumları (CGİK.m. 9) (İnsanlığa karşı suçlar, kasten öldürme, uyuşturucu, devlet güvenliği aleyhine, Anayasal düzene karşı suçlar işleyenler ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli olan hükümlüler hakkında)
- e. Çocuk Kapalı Ceza İnfaz Kurumları(m.11)
- f. Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumları (m.12)
- g. Açık İnfaz Kurumları(m.14)
 - i. Kadın Açık
 - ii. Genç Açık

olarak sınıflandırılmışlardır.

c. Cezaların Ertelenmesi Sebepleri Yeniden Düzenlenmiştir;

Cezanın infazı sırasında önceki uygulamada kısaca belirtilip çoğu kez Cumhuriyet savcılarının takdirine bırakılan infaz öncesinde veya infaz sırasındaki erteleme nedenleri bu kez yasaya alınmış ve şekil ve uygulanması ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

- aa. Hapis cezasının hastalık nedeniyle ertelenmesi olanağı getirilmiştir. (m. 16) Akıl hastalığı ve diğer hastalıklar olarak ikiye ayrılmış, gebelik haline ve yüksek öğrenimi tamamlama durumunda olanlara özgü özel düzenlemeler getirilmiştir.

bb. Hükümlünün isteği üzerine infazın ertelenmesi yeniden düzenlenmiş, önceden 4 ay olan süre 6 aya kadar uzatılmıştır.(m.17)

d. Akıl Hastaları İçin Özel Bölmelerde İnfaz Şartı Getirilmiştir;

Akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığı olan veya akıl hastanesinde bulunmayı gerektirmeyecek akıl hastalığına sahip olup ceza infaz kurumuna gönderilenlerin infaz kurumunda özel bölümlerde infazlarının yaptırılması düzenlenmiştir.(m.18)

e. Bilgilendirme Zorunluluğu Konmuştur;

5275 SY. İnfaz kurumuna girme öncesi ve sırasında hükümlünün her konuda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Bu bilgilendirme hükümlüye olduğu kadar hükümlünün ailesi ve yakınlarına da yapılmalıdır. İnfaz kurumuna alınan hükümlülerin ailelerinin ve kendilerinin bilgilendirilmesi şartı konmuştur.

f. Çağdaş Gözlem ve Sınıflandırma;

Hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılması konularında çağa uygun yeni kural ve esaslar getirilmiştir. (m.23) Gözlem ve sınıflandırma merkezlerince yasada çok ayrıntılı olarak sayılan usul ve esaslar dahilinde yapılacak değerlendirmeler sonrası hükümlülerin kişiliklerine, tehlike durumlarına, suçlarına meslek ve ahlaki eğilimleri vs. özelliklerine göre infazlarını yapacakları kurum belirlenmektedir.

g. Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezaları İçin Özel Düzenlemeler;

5237 S. TCK. ile ilk kez oluşturulan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarının infazıyla ilgili olarak 5275 SY. İle ağırlaştırılmış müebbet hapis haline özgü hükümler getirilmiş, bu hükümlülerin hak ve sorumlulukları ayrıntılı olarak belirlenmiştir.(m.25)

h. Hak ve Yükümlülükler Yasal Düzenlemeye Kavuşturulmuştur:

Tüm hükümlüler için geçerli olan hak ve yükümlülükler normatif olarak düzenlenmiş(m.25-31), hükümlülere uygulanacak disiplin cezaları ve tedbirler(m.37-48), nakil sebepleri(m.53-58), hükümlülerin hakları, güvenceleri ve bunların kısıtlanabileceği haller ayrıntılı olarak CGİK te sayılmıştır(m. 50 vd.)

ı. BM. Ve Avrupa Konseyi ilkeleri;

CGİK' te BM. İn hükümlülere uygulanacak minimum standart kurallarıyla, Avrupa Konseyi kararları dikkate alınarak hükümlülerin iyileştirme ve eğitim programlarında uygulanacak kural ve esaslar belirlenmiştir.(m.73,75,76)

j. Cezaların İctima-ı Artık İnfaz Hukuku Niteliklidir;

Önceki normatif yapı içerisinde 765 S. TCK içerisinde düzenlenmekte olan ve aslen ceza infaz kurumu ve işlemi olan “*cezaların içtimalı*” konusu, her suç ve bu suça karşılık hükmedilen cezanın kendi başına ayrı bir yapısı olduğunun kabulüyle infaz hukuku alanına bırakılmış ve uygulamada kolaylık sağlanmıştır. Yüksek Mahkeme bu konudaki benzer fikrini 17.04.2007 günlü Ceza Genel Kurulu Kararı ile belirtmiştir.²

k. Açlık Grevleri İçin Tedbirler Öngörölmüştür;

Önceki yıllarda meydana gelen birtakım olayların da getirdiği tecrübeyle CGİK, hükümlülerin kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri hallerinde uygulanacak tedbir ve işlemleri düzenlemektedir.(m.78-82)

l. Ziyaret ve İzin Usul ve Kuralları Yeniden Düzenlenmiştir;

Öncekinden farklı şekilde 5275 S. CGİK de hükümlülerin ziyaretiyle ilgili usul ve kurallar hakkında ayrıntılı hükümler yer almaktadı(m.83-86) Aynı şekilde kanun, “infaz sırasında izin verilebilme halleri” ni de düzenlemiştir. Yeni bir anlayışla bu sürelerin infazdan sayılacağı kabul edilmiştir.(m.95-96) Kanunkoyucu izin hallerini “Yüksek Güvenlikli İnfaz Kurumu dışındaki hükümlüler” için kabul etmiş, bu tür infaz kurumlarında kalanlar için infaz sırasında izin verebilme hallerini kabul etmemiştir.

m. Denetimli Serbestlik ve Koruma Kurulları Kurulmuştur;

Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları ihdas edilerek, bunların çalışma yöntem ve esasları düzenlenmiştir. Bu amaçla 5402 S. “Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri Koruma Kurulları Kanunu” çıkarılmış olup, bu kanun bünyesinde kurulan çok sayıda Denetimli Serbestlik ve Koruma Kurulları etkin bir şekilde faaliyet göstermektedir.

² YCGK 17.04.2007 tarih, 2007/1-32 E. 2007/97 K. S.6-7

n. Kamuya Yararlı İşte Çalışma;

TCK. 50. madde kamuya yararlı bir işte çalışma yöntemini seçenekli yaptırımlar arasında düzenlemekle bu yolla infazın sağlanması yöntemi ilk kez infaz hukukumuzda girmiştir.

o. Adli Para Cezaları;

Adli Para cezasının infaz şekli yeniden düzenlenmiş, hapis cezalarında koşullu salıverilme süreleri yeniden ayrıntılı olarak belirlenmiş, bu konuda suç tüplerine göre ve hükümlülüğün şekli ve süresine göre farklı ölçütler ve oranlar konulmuştur.(m. 107 vd.)

p. Koşullu Salıverilme Kararı;

Koşullu salıverilmenin geri alınması kararlarını “hükmü veren ilk derece mahkemesinin” vermesi ilkesi benimsenmiş, 5218 SY. 1. m. ile değişik 4771 SY. İle “ölüm cezaları müebbet hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olan terör suçlularının koşullu salıverilmeden yararlanamayacakları kabul edilmiştir.

r. Her Konuda Hakimden Karar Alınabilir;

5275 S. CGİK m.98 ile infaz sırasında oluşabilecek her türlü tereddüt halinde³ hâkimden karar alınabileceği öngörülmektedir. Ancak bu kararların infazı ertelemeyeceği, mahkemenin gerekirse infazın ertelenmesi kararını her zaman verebileceği belirtilmektedir(m.98/(3)).

s. Mükerrirler Ayrı İnfaz Rejimine Bağlı Tutulmuştur;

CGİK mükerrirler için ayrı bir infaz sistemi getirerek, daha önceden 765 S. TCK.’ nun 81. maddesi ile cezada artırım sebebi olarak kabul edilen tekerrür hali 5237 S. TCK.’ nun 58. maddesiyle artık infaz rejimi⁴ kapsamına alınmıştır. Bu maddeye göre suçta tekerrür halinde CGİK teki mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik hükümleri uygulanacaktır. İkinci kez tekerrüre düşülmesi hallerinde ise, hükümlü koşullu salıverilmeden faydalandırılmayacaktır. TCK.

³ “Mahkumiyet hükmünün yorumu, çektirilecek cezanın hesabında duraksama, cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilmeyeceğinin ileri sürülmesi, lehe kanun iddiası hallerinde, cezanın infazının ertelenmesi talebinin reddi kararlarına karşı (CGİK.m.98/(1), (2))”

⁴ YCGK, 30.05.2006 tarih, 2006/5–147 E. , 2006/149 K.

“tekerrürün olduğu halleri” düzenlemekte, seçimlik cezalarda tekerrür halinde hapis cezasına hükmedileceğini belirtmekte, öncekinden farklı olarak tekerrüre esas alınan önceki cezanın infaz edilmesi şartını aramamaktadır. 5275 S. CGİK’de ise mükerrerler için ayrı bir koşullu salıverilme hali düzenlenmektedir. Tekerrür halinde mükerrerler için ağırlaştırılmış müebbet hapis hallerine 39, müebbet hapiste 33 ve süreli hapislerde cezanın 3/4 nün çekilmesi hallerinde koşullu salıverilmeden faydalanabileceği düzenlenmiştir.

YCGK tekerrürün infaz rejimine ilişkin bir konu olduğuna dair genel kabulüne karşın⁵, 17.04.2007 tarihli henüz yayınlanmamış bir kararında⁶; 5237 S. TCK. 58/7 hükmünün takdiri nitelikte olmadığını, denetimli serbestlik uygulanacağını da⁷ kararda gösterilmesi gerektiğini belirterek⁸, infaz rejimine ilişkin bir konu olmasına rağmen bu konunun kararda gösterilmemesinin sanık açısından kazanılmış hak doğuracağını belirtmektedir.

Tekerrürün cezada artırıcı hal olarak düzenlenmemesi ve sistem değişikliğine gidilmiş olması uygulamada 5237 S. TCK. ve 5275 S. CGİK. dan önceki suçlarla ilgili nasıl bir artırım yapılacağı konusunda tereddüt oluşturmuştur. 765 S. TCK. nun 81/3 maddesi tekerrür nedeniyle sonraki cezada yapılacak artırımın tekerrüre esas alınan suç için verilen cezadan fazla olamayacağını düzenlemekteydi. Aynı şekilde CGİK .108/(2); “tekerrür nedeniyle koşullu salıverilme süresine eklenecek miktarın, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağı” hükmünü getirmiştir. Burada, önceden cezaya eklenmekte olan miktar artık koşullu salıverme süresine eklenecektir. Bu sürenin hesabında uygulama ve Yüksek Mahkemenin kabulü, mükerrer olmama halinde ağırlaştırılmış müebbet ve müebbet hapis cezaları dışında kalan sair süreli hapis cezalarında uygulanacak olan hapis cezasının 2/3 lük kısmı yerine, mükerrirlik halinde uygulanacak 3/4 lük süre arasındaki fark hesaplandığında, bu farkın, önceki mahkûmiyet süresinden fazla olamayacağı şeklindedir.

⁵ Y. 9. CD. birden çok kararında; “tekerrürün 5237 S. TCK. da infaz rejimi nitelikli olması nedeniyle örgüt üyesi bir sanıkla ilgili olarak “58. maddenin kazanılmış hak oluşturmayacağından, silahlı örgüt üyeliği suçundan mahkum olan sanık hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda karar verilmemesini yasaya aykırı” saymıştır. (Y. 9. CD 2005/7129 E., 2005/9405)

⁶ YCGK. 17.04.2007 tarih, 2007/71 E., 2007/98 K. (Yayınlanmadı)

⁷ Y. 10. CD. 2006/541 E., 2006/9631 K.

⁸ Y. 10. CD. 2006/6700 E., 2006/10282 K.

Yeni yasanın lehe olduğunun kabulü hallerinde infaz rejimini değiştiren özelliği nedeniyle 5237 S. TCK. m. 58 ve dolayısıyla CGİK m.108 uygulanamayacaktır.⁹

Yargıtay, yasa gereği yargılama hâkiminin sadece mükerrirlere özgü infaz rejimine göre infazın yapılmasına ve denetimli serbestliğe karar verebileceğini, ancak denetimli serbestlik süresinin ne kadar olacağı konusunda karar veremeyeceğini, bu kararı verme yetkisinin infaz hâkiminde olduğunu belirtmektedir. Burada ilk kararı veren hâkimin infazı kısıtlamaması ilkesi esas alınmıştır.¹⁰

t. Özel infaz usulleri getirilmiştir;

5275 s. CGİK in en büyük yeniliklerinden biri de 6 aydan kısa süreli hapis cezaları için kabul ettiği özel infaz yöntemleridir. Uzun süredir üzerinde düşünülen bu konu 5275 SY. İle normatif düzenlemeye kavuşmuştur.

Yeni düzenlemelerle “altı ay ve daha kısa süreli hapis cezalarının” “özel infaz usullerine göre çektirilmesi” kabul edilmiş ve bu özel infaz usulleri yasada düzenlenmiştir. Bu konuda CGİK ile hukukumuzda ilk kez “Seçenekli Yaptırım” kavramı getirilmiş (m.109) bu yaptırım türleri 110. maddede “Özel İnfaz Usulleri” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında hafta sonları infaz, geceleri infaz, 65 yaşını bitirmişler için konutunda infaz ve 75 yaşını bitirenlerde (3 yıl ve daha az hapis cezalarında sağlık durumları infaz kurumunda cezalarını çekmelerine engelse) konutunda infaz şeklindedir.(m.110/(1)-(3)) Bu karar ilk hükmü veren mahkeme veya hükümlünün bulunduğu yer mahkemesince verilecektir. Kanun infaz başlamasından sonra da bu kararın verilebileceğini söylemekte(m.110/(4)), bu cezalar için koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmekte(m.110/(5)), bu infaz usulünün gereklerine mazeretsiz şekilde uyulmaması halinde infazın baştan başlayacağını düzenlemektedir(m.110/(6)) Bu konudaki kararlar için itiraz yolu öngörülmüştür.

⁹ YCGK. 30.05.2006 tarih, 2006/5-147 E., 2006/149 K. (Bu tür konularda Yargıtay, bu konuya ilişkin hükmün karardan çıkartılması şeklinde “DÜZELTEREK ONAMA” kararları da vermektedir.)

¹⁰ Y. 9. CD. 2006/358 E. 2006/1417 K., y. 9. cd. 2005/6231 E., 2005/8238 K.

C. Adli Para Cezalarının İnfazında Uygulama

a. Genel Olarak;

5237 S. TCK ve 5275 S. CGİK. İn yürürlüğe girmesi sonrasında adli para cezalarıyla ilgili pozitif hukukta kabul edilen usuller ve mevcut uygulamanın ne şekilde olduğunun bilgilerinize sunulmasında fayda görmekteyiz.

Adli para cezası yeni TCK. nun 52. maddesinde 5-730 gün aralığında belirlenen gün sayısının, hükümlünün ekonomik durumuna göre hakimce yapılacak takdirle 20 ile 100 lira arasındaki bir miktarla çarpılması sonrasında belirlenen miktarın hükümlü tarafından hazineye ödenmesinden ibarettir. Yeni sitemde 647 SY. Nın 4. maddesinden farklı olarak, doğrudan para cezası olmayıp, adli para cezası gün karşılığı olarak belirlenmektedir. Bu nedenle kararda adli para cezasının belirlenmesinde esas alınan tam gün sayısı ile bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktarın ayrı-ayrı gösterilmesi zorunluluğu getirilmiştir.(TCK. 52/(3)

b. Hapse Çevirmede Yeni Uygulama;

İnfaz hukuku uygulamamızda Cumhuriyet Başsavcılıklarınca; gün karşılığı adli para cezası belirlenmiş olan mahkûmiyet hükümlerinde, hükümlülere gönderilen adli para cezası ödeme emirlerinin süresinde yerine getirilmemesi üzerine, önceden uygulandığı şekilde hükmedilen toplam adli para cezasının o tarihte söz konusu olan en üst miktara bölünmesiyle bulunan gün sayısı kadar hapis miktarı hesaplanmamakta, yasada gün karşılığı adli para cezası belirlenmesi esas alındığından, *“mahkûmiyet hükmünde açıkça belirtilmiş bulunan ve adli para cezası miktarının çarpılarak bulunduğu gün sayısı kadar”* hapse çevrilmektedir. İlamda 20 ile 100 lira arasındaki hangi rakam adli para cezasının belirlenmesinde esas alınmışsa, hapse çevirmede de o rakama itibar edilmektedir. Aynı şekilde infaz aşamasında nezarete kalınan sürelerde gün hesabında kabul edilmiş rakam üzerinden hapis cezasından düşülmektedir. Ancak yargılama sırasındaki tutuklu ve gözaltındaki süreler 100 liradan hapse çevrilmektedir.

Bunun dışında kalan ve özel yasalarca doğrudan para cezası olarak öngörülmüş adli para cezalarında ödenmeme halinde üst sınır olan 100 liradan hapse çevrilme işlemi yapılmaktadır.

Bu tür adli para cezalarının sonradan tamamen veya kısmen ödenmesi hallerinde hapis cezası tamamen veya ödenen miktar kadar kısmen kalkmaktadır.

b. Seçenek Yaptırım Olan Adli Para Cezalarında Hapse Çevrilme;

Kanunkoyucu adli para cezasını TCK. 50 maddesinde kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak da öngörmüştür(m.50/(1)-a). Mahkemenin bu şekilde verdiği kararlarla ilgili olarak da hükümlüye adli para cezası ödeme emri gönderilmekte, ödenmeme halinde ise; (doğrudan hapse çevrilmeyerek) TCK. m. 50/(6) hükmü gereğince hapse çevirme konusunda ek karar alınması için konu hakim önüne götürülmektedir. Mahkeme bu tür hallerde hapse çevrilmesi kararı vermek durumundadır. Diğer seçeneklere artık hükmedememektedir. Mahkemenin hapis cezası yerine “a” bendi gereği adli para cezasına hükmettiği hallerde bu paranın ödenmemesi üzerine “b” bendindeki tedbirlere karar verebileceği kabul edilmemektedir. Aynı şekilde Yargıtay artık adli para cezasının ödenmesi halinde bile hapis cezasının kalkmayacağını kabul etmektedir. Yargıtay bu konudaki görüşünü 30.04.2007 günlü kararında¹¹ ; “5237 S. TCK. nun 50. maddesi uyarınca kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezasının seçenek yaptırım niteliğinde olduğu, bunun günün hesabı ve doğrudan verilen adli para cezaları ile karşılaştırılmaması gerektiği, seçenek yaptırımın yerine getirilmemesi halinde, mahkemesince aynı Kanun’un 50/6 maddesi gereğince kısa süreli hapis cezasının infazına karar verilmesi durumunda anılan maddenin son cümlesinde yer alan “bu durumda 5. fıkra hükmü uygulanmaz” hükmü gereğince uygulamada asıl mahkumiyet TCK’ nun 50/(6) maddesince mahkemesince infazına karar verilen hapis cezası olacağından; bu aşamadan sonra seçenek yaptırım olan adli para cezasının ödenmesi suretiyle asıl mahkumiyet olan hapis cezasının infaz edilmiş sayılmasının mümkün olmadığı, başka bir anlamda TCK. nun 50/(1)-a ve buna bağlı olarak 50/(6) maddesinin uygulandığı hallerde 5275 SY. Nun 106/10 hükmü karşısında anılan Kanun’un 106/8 maddesinin uygulanmasının yasal olarak uygulanmasının mümkün olmadığıın gözetilmemesi yasaya aykırıdır.” şeklinde belirtmektedir.

Eğer mahkeme ilk kararında para cezası yerine maddenin “b” bendinde sayılan tedbirlere hükmetmiş ve bu tedbir yerine getirilemiyorsa TCK. m. 50/(7) ye göre başka tedbire çevrilebilmektedir.

¹¹ Y 2. CD. 30.04.2007 tarih, 2007/4248 E. , 2007/5967 K.

5237 S. TCK' nun 50/(1) maddesinde kısa süreli hapis cezaları için seçenek yaptırım olarak “b,c,d,e,” bendlerinde öngörülen yaptırımlara karar verilmesi halinde, buna ilişkin mahkeme kararları infaz savcılığına gelmeyerek doğrudan Denetimli Serbestlik Bürolarına gitmektedir. Bu yaptırımların yerine getirilmemesi hallerinde de konu mahkemeye gitmekte, mahkeme ya seçeneği değiştirmekte, ya da hapse çevirme kararı vermektedir. Mahkeme hangi hapis miktarından seçenek yaptırıma çevirdiyse, yerine getirmeme halinde aynı miktarda hapis cezasının tamamen infazına hükmetmektedir. Mahkemenin seçeneği değiştirdiği hallerde ilam yeniden “Denetimli Serbestlik Bürolarına” gitmekte, hapse çevrildiyse infaz savcılıklarına gönderilmektedir.

c.Kısmi Ödemede Kalan Miktarın Hapse Çevrilmesi(Oransal Uygunluk);

Adli para cezalarının kısmen ödenmesi halleri de üzerinde tartışılan ancak pozitif hukukta açıklığa kavuşturulmuş bir konudur. Bilindiği gibi, infaz hukuku prosedürü kendisine adli para cezası tebliğ edilen hükümlünün, belirtilen miktarın 1/3 ünü ödemesi halinde kalan miktarı iki taksitte ödeme hakkı vermektedir. Hükümlü 1/3 lük ödeme yaptıktan sonra kalan miktara karşılık farklı miktarlarda ödemeler yapmış olabilir. Bu hallerde kalan miktarın ne şekilde hapse çevrileceği tartışma konusu olmuş ve uygulamada sorun “*oransal uygunluk*” ilkesiyle aşılmıştır. Bu kavram Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı İnfaz Bürosunca ilk kez dillendirilmiş olup, bu kabul genel uygulama halini almış bulunmaktadır. Buna göre ödenen adli para cezası ile tümü arasındaki oran belirlenerek, ödeme oranında hapse çevrilmesi gereken gün karşılığı indirim yapılarak, hükümlünün infazda geçirmesi gereken kalan miktar belirlenmektedir.

d. İtiraz Merciiinin TCK m. 50/(3)'ü Uygulayabilirliği;

Uygulamada bir başka sorun Cumhuriyet başsavcılığımız ile Asliye Ceza mahkemesi arasında TCK. nun 50. maddesinin (3). fıkrasının yorumunda yaşanmıştır. Trafik Güvenliğini İhlal suçundan verilen 1 ay hapis cezasının seçenek yaptırım olarak mahkemece para cezasına çevrilmiş, infaz sırasında bu adli para cezasının ödenmemesi üzerine, mahkemeden ek karar talep edilmesi üzerine Sulh Ceza mahkemesince 1 ay hapis cezasına karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine Asliye Ceza Mahkemesi; “TCK. nun 50/(6) madde ve fıkrasının uygulanması gereken hallerde aynı maddenin 3. fıkrasının dikkate alınması gerektiği, (6) . fıkranın

1 aylık haptisten çevrilen adli para cezalarını kapsamadığı, bu nedenle aynı maddenin (7). fıkrasının uygulanması gerektiği bu nedenle itirazın kabulüyle adli para cezasını ödenmemesi halinde 1 ay hapis cezasının kamu kurumunda çalıştırılmasına karar vermiştir. Cumhuriyet başsavcılığımızca yapılan yazılı emir başvurusu sonrasında Yüksek Mahkeme 26. 11.2007 tarihli kararında¹²; Sulh Ceza mahkemesince verilen kısa süreli hapis cezası kararının “Ceza İnfaz Kurumları İle Tevkifevleri Yönetimi ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük” 51. maddesi gereği infaz edilmesi gerektiği, bu cezanın infazında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanacağı, ancak CGİK. in 106/(8) madde ve fıkrasına göre hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı sonradan ödemesi durumda bile haptisten çıkartılamayacağı, itirazı inceleyen mahkemece TCK. nun 50/(3) maddesi gereği hüküm kurulamayacağına” karar verilmiştir. Önceki yasal yapıyla farklılık gösteren bu kabulün hükümlü aleyhine sonuç doğurduğu açıktır. Ancak yasanın yorumlanması konusunda Yüksek Mahkemenin kararına katılıyoruz.

SONUC

Prof. Dr. Faruk EREM’in “*suçluyu kazının altından insan çıkar*” şeklinde çok güzel özetlediği gibi, temelinde insan olan infaz hukukunun ilke ve yöntemlerinin belirlenmesinde “insan” kavramının çıkış noktası olarak alınması kaçınılmazdır. Günümüz çağdaş infaz hukuku sistemi cezaların infazında intikam hisleriyle değil hümaniter yaklaşımların vazgeçilmez olduğu, suçluları topluma faydalı olacak şekilde ıslah edip sosyalleştiren ve bir yapı göstermekte ve bu yaklaşımlarda samimi olmayı zorunlu kılmaktadır.

Yasal yapı ve uygulamanın bu anlayışa yaklaştırılması konusunda oldukça önemli ancak şuan tamamen yeterli sayılamayacak adımlar atılmıştır. Daha iyi bir infaz hukuku sisteminin kurulabilmesi, ancak insana duyulan sevgi ve güvenin artmasıyla mümkün olabilir.10.02.2008/İstanbul

Dr. Hakan KIZILARSLAN

¹² Y 2. CD. 27.11.2007 tarih, 2007/17278 E., 2007/15623 K.

KANADA ANTİTERRORİST KANUNUNUN TEMEL HAKLAR ÜZERİNE ETKİSİ*

Sydney ADOUA*

Çeviren: Pınar MEMİŞ**

“Kanun, yetkin organlar tarafından ifade edilen, bir araya gelmiş halkın baskın görüşünü yansıtan hür ve vicdani hukuk düşüncesidir. Demek ki kanun hukukun gösterişli ifadesi, mantıklı beyanıdır. Bu kurallara göre yalnızca kanun yapma tekniği en büyük mükemmelliğine ulaşmıştır”¹.

Giorgio del Vecchio’ ya ait bu sözler, kendisinin kanuna, hukukun temel kaynaklarından olmasından dolayı verdiği önemi yansıtmaktadır. Kanunun çöküşü ne zaman ki çerçevesi çizilemez işte o an başlar.

Çünkü genel iradeyi yansıttığı kabul edilen kuralların tezahürü olan kanun hukukun ve toplumsal yaşantının kaynağıdır. Her ne kadar gücünü kaybettiği ifade edilse de kanunun yeri tartışmasızdır.

Çünkü, genel iradenin ifadesi olarak kabul edilen, hukukun ve toplum yaşantısının kaynağı kanunun kurallar bütünü içinde üstünlüğü vardır. Kanun, adaletin ve barışın ifade edildiği dünya üzerinde, temel haklara saygılı, özgürlükler temeline dayalı demokratik bir toplumdaki kurallar sistemi içinde, bunların muhafazasının teminidir. Demokrasi korunmalıdır, çünkü özgürlüğün ifadesidir ve çünkü onsuz hukuk devleti olmaz.

11 Eylül 2001 kanlı saldırıların ardından², demokratik toplumun temelleri sürekli sorgulanmaya başlandı. Terörizmle mücadele adına, demokrasiler, hukuk devletinin sorgulanacağı nitelikte kanunlar yapmaya başladılar. Diğer bir ifadeyle, terörizm, temel özgürlüklerden istifade ederek, demokrasiyi ortadan kaldırıp, totaliter düzene geçişe neden oldu. Böyle bir tehdit altında da, Devletler, kişilerin ve mülkiyetin güvenliği için terörizmle mücadele etmek zorundadırlar. Aynı şekilde, terörizmle mücadelede temel problem, söz konusu demokrasilerin, kişileri koruyabilmek için nereye kadar onların özgürlüklerinden kısıtlayabilecekleridir³. 11 Eylül 2001’ den önce, terörizmle mücadeleye ilişkin hükümler ceza kanununda yer almakta, teröristler sıradan suçlular gibi yargılanmaktaydı.

24 Aralık 2001’de, C-36 Anti-terörist Kanunu yürürlüğe girdi. Buna göre kanunun amacı;

* L’impact de la loi Antiterroriste Canadienne sur les libertes fondamentales, in Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme, Bruylant, Octobre 2007, pp.1087-1100.

** Uluslar arası Hukuk Dr., Reims Champagne Ardenne Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Eğitim Merkezi Öğretim Üyesi.

** Galatasaray Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi.

¹ G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, 2004, p. 306.

² Bkz., M. POULAIN, “ Les attentats du 11 septembre et leurs suites: quelques points de reperes”, A.F.D.I, 2002, sf. 27-48; T. HELENE, “ Quel(s) droit(s) applicable(s) a la guerre au terrorisme?”, ibid., sf. 81-102.

³ P. LAGASSE, Profesör K.ROACH’ın “ Septembre 11: Consequences for Canada” isimli eserinin kroniği, in Revue militaire canadienne, 2003, p. 70.

1. Teröristlerin Kanada'ya girmesinin engellenmesi ve Kanadalıların terörist eylemlerden korunması;
2. Teröristlerin kimliğinin tespiti ve takibatı, mahkumiyeti ve hükmün infazı için gerekli imkanların oluşturulması;
3. Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri sınır kapısının, Kanada'nın ekonomisine etkileyebilecek nitelikte, teröristler tarafından tutulmasının engellenmesi;
4. Uluslar arası Birlik ile işbirliği içinde teröristlerin adalete teslimine ve bunları yönlendiren nefretin iç sebeplerinin araştırılmasına çalışılmasıdır.

Hiç kimse, Kanada hukuk otoritelerine, uluslar arası terörizmle mücadele ve kökünü kurutma amacı ile almış olduğu önlemlere karşı çıkmadı. Bununla beraber, seçilen yöntem ve kanunun uygulama alanının demokrasiye pahalıya mal olduğunu da düşündürmektedir. Çok geçmeden Kanada Barosu avukatları, bu kanunun gerekliliği konusunda çekincelerini belirterek, kanunun onlara göre omnibus bir kanun olduğunu ve diğer kanunlarda var olan tedbirlere istisnai bir tedbir bütünü getirdiğini ileri sürmüşlerdir⁴. Sonuçta, Kanada Hükümeti özel bir anti-terörist kanunu yapmak yerine, Kanada Delil Kanunu'nda, Kişisel Bilgilerin ve Elektronik Dokümanların Korunması Hakkındaki Kanunda ve Ceza Kanunu'nun da aralarında bulunduğu yirmiyeye yakın kanunda değişiklik yapan bir kanun yapmıştır. Fakat, Kanada ortak hukukuna istisnai hukuk sokmaya çalışma yöntemi, bunun kendisini istisnai hukuk haline dönüştürme riskini de taşımaktadır.

İstisnai hukuk istisnai olarak kalmalıdır, çünkü temel hakların en çok ihlal edildiği dönemlerin bunlar olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Bu kanun da 11 Eylül 2001'den sonra yürürlüğe giren kanunlar içinde en kabul edilmez olanıdır çünkü bir terör tanımı vermeksizin terörle mücadeleyi amaçlamaktadır. Şayet tanımlanmamış bir şey suç haline getirilirse, yasal olarak da keyfiyete açık hale getirilmiş olacaktır; kaldı ki yeni kanun terör tanımı yapmamakta, Birleşmiş Milletlerin konu ile ilgili sözleşmelerine yollama yapmakla yetinmektedir⁵.

Bu eksik tanım nedeniyle Kanada Yüksek Mahkemesi hüküm vermeme yönünde bir uygulamaya gitmemekte, bunun yerine anayasada yer alan belirlemelerle uzlaşmacı bir kriter uygulamaktadır. Hatta 2001 yılında, (C-36 Kanunu yürürlüğe girmeden önce) Kanada'ya karşı Suresh kararında⁶, "terörizm" kelimesi ve "Kanada'nın güvenliği için tehlike" ifadelerinin

⁴ Kanunlara ulaşmak için Kanada Hükümeti sitesine bkz., www.canada.gc.ca

⁵ Bkz., La Convention internationale contre la prise d'otages, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unis le 17 décembre 1979, La Convention internationale pour la répression des attentats terroristes a l'explosif, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unis le 15 décembre 1997, et la Convention internationale pour le répression du financement du terrorisme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unis le 9 décembre 1999, Birleşmiş Milletler internet sitesi üzerinden dokümanlara ulaşılabilir, bkz. <http://untreaty.un.org/French/Terrorism.asp>

⁶ Karar Kanada Yüksek Mahkemesi'nin sitesinde bulunmaktadır. <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc>

Göçmen Kanununda yer alıyor olmasının anayasaya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme açısından belli bir tanımın yokluğu mahkemelerin karar vermelerini etkilemeyecektir çünkü kavram “yeteri kadar bellidir”.

Bununla birlikte, Anti-terörist Kanunu terörist faaliyeti tanımlamaya çalışmış, fakat o kadar geniş ve belirsiz bir şekilde yapmıştır ki bu tanım, çok ciddi anlamda, keyfi bir uygulama alanına yol açabilecek niteliktedir⁷. Kanada, her zaman kendisini özgürlüklere saygılı tek hukuk anlayışı geleneğine sahip olma özelliği ile farklı kılan bir ülke olarak büyük demokrasiler sınıfı içinde yer almıştır. Esas korkulması gereken ise, demokrasiyi onu korumak adına yok etmektir, zira demokrasilerde “terörizm aşırılıklarına”, “baskı aşırılıkları” ile karşılık verilebileceği düşünülmektedir⁸. Bu kanunda, kişi özgürlükleri (I) ve kolektif özgürlükler (II) üzerinde telafi edilemez etkiler doğurabilecek niteliktedir.

I- Kanunun kişi özgürlüklerine etkisi

Özel hayatın gizliliği hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 6 Eylül 1978 yılında Almanya’ya karşı Klass vd. kararında⁹ da özellikle belirttiği gibi, demokratik bir toplumun en temel haklarından biridir. Mahkeme, terörizmle mücadelenin özelliğinde yatan gerçeğe dikkat çekmeden önce, bir toplumda özel hayatın önemini ifade etmiştir. Bu içtihat, “demokratik bir toplumun korunması için gereken tedbirlerle bireylerin haklarının korunması için gerekenlerin uzlaştırılması”nı vurgulamak bakımından önemlidir. Kanada Anti-terörist Kanunu ise bu içtihadın çizmiş olduğu yolu takip eder nitelikte değildir: Bunun tespiti için de, kanunda öncelikle özel hayatın gizliliği hakkına getirdiği sınırlamalar ile(A) ve kişi güvenliğini (B) incelemek yeterli olacaktır.

A. Özel Hayatın Gizliliğine Saygı Hakkının İhlali

Her kişi özel hayatının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olabilmelidir. Bu da, dışarıdan ya da kamu otoritelerinden herhangi bir baskı gelmeksizin kendi özel hayatını istediği gibi organize edebilmesi anlamına gelmektedir. Bu hakkın kullanımı da insan haklarına ilişkin uluslar arası belgelerin büyük bir çoğunda tanınmıştır¹⁰. Özel hayat farklı unsurlardan oluşmuş bir içeriğe sahip ve uygulama alanı çok geniş olup, tanımı toplumun gelişimine dayalı olan bir haktır¹¹.

Telekomünikasyonların Güvenliği Merkezi’nin Müdürü, Claude Bisson “Anti-terörist Kanunu Tasarısı’nın Kanadalıların özel hayatı bakımından açık bir saldırı” olarak açıklama yapmıştır¹².

⁷ J.WOEHLING, “Les mesures adoptées par le Canada a la suite des attentats du 11 septembre 2001”, Revue française de droit constitutionnel, 2002, pp. 449-450

⁸ P.ROBERT, “Détruire la démocratie au motif de la défendre”, in www.nouvelordre.iquebec.com.

⁹ Almanya’ya karşı Klass vd. kararı, & Eylül 1978, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı, V. BERGER, Sirey, Paris, 8e., sf. 452-455.

¹⁰ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 12. Maddesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 7. Maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddesi.

¹¹ T.GARE, “ Le droit des personnes”, Connaissance du droit, Dalloz, Paris, 2e édition, 2003, sf. 76.

¹² Livrets de renseignements sur les projets C-36, C-635 et C-42, in www.ac.eu.org

Sonuç olarak, C-36 Kanununun 6. Maddesi ceza kanununda yer alan telefon dinlemeye ilişkin düzenlemede değişiklik yaparak polisin takibat yetkisini genişletmektedir¹³. Bu düzenlemeler telefon dinleme süresini mahkeme izni ile 60 günden bir seneye kadar olabileceği ve hatta hakim kararı ile ilgili kişi hakkında üç yıla kadar uzatılabileceğini öngörmektedir.

Özel hayatın gizliliğinin mutlak bir olmadığı belirtilmelidir ve kaldı ki kamu düzeni tehdit edildiğinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de belirttiği gibi sınırlandırılabilir¹⁴. Bununla beraber, bu hakkın kullanılmasının sınırlandırılması zayıf denetimli ve bu kadar uzun süre ile olmamalıdır. C-36 Kanununun 102. Maddesi Milli Savunma Kanunu ve Telekomünikasyonların Güvenliği Merkezi'nde (C.S.T)¹⁵ değişiklik yaparak, istihbarat servislerinin ve dolaylı olarak da Kanada Kolluk birimlerinin takip yetkilerini arttırmaktadır.

Bu merkez, eskiden "gizli" tutulan "basamak-échelon¹⁶" projesinin dengidir. Anglo-sakson ülkeler tarafından uygulanan yöntem her gün evren üzerinden geçen milyonlarca mesaja ulaşabilmeyi sağlamaktadır. Bu bilgilerde anında isteyen ülkelerin eline ulaşmaktadır. Bu program sayesinde, bazı ülkeler kendi vatandaşları hakkında kanunlarının izin vermedikleri bilgilere ulaşabildikleri tahmin edilmektedir. Bu sistem, yasal eksiklik nedeniyle bazı Devletlere milyonlarca vatandaşın yasalarının izin vermedikleri hallerde dahi takip etme olanağı sağlamaktadır¹⁷.

Eskiden Ceza Kanunu, VI. Bölümü C.S.T.'nin Kanadalıların özel iletişimine girmesini yasaklamaktayken, Milli Koruma Kanuna 273.65 ve 273.69. maddelerinin eklenmesi ile Savunma Bakanına C.S.T.'nin Kanada'ya gelen ya da giden iletişimin dinlenmesi izni yetkisini vermektedir. 273.65 (1). ve 273.65 (3). Paragraflar "yabancı menşei olan bilgilerin edinilmesi" denilerek bu yetkiyi kısıtlamış olmakla birlikte, C.S.T.'nin Kanada vatandaşları hakkında bilgi toplamasının imkansız olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.

Kanada Anti-terörist Kanunu özel hayatı ihlal eden tek kanun değildir. Gerçekten, bazı kanunlar düzenlemeleriyle özel hayat hakkını ihlal etmektedirler. "A.B.D Patriot Act"

¹³ Ceza Kanununun 2. Maddesi.

¹⁴ AIHM, Almanya'ya karşı Klass vd. kararı, 6 Eylül 1978, agk.

¹⁵ Telekomünikasyonların Güvenliği Merkezi'nin kısaltması bundan sonra türkçe olarak değil orijinal kısaltma olarak yani C.S.T. olarak kullanılacaktır. (çevirenin notu).

¹⁶ 1943'te, Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşmiş Krallık İkinci Dünya Savaşı sırasında istihbarat yardımlaşmasını öngören Brusa anlaşması imzalamışlardır. Nazilerin kriptografi aletlerinden, Enigma, bu birleşime dayanamadı. Savaşın sonunda bu anlaşmayı sürekli kılmak için de, bu iki ülke 1947 yılında U.K.U.S.A anlaşasını imzalamışlardır (Birleşik Krallık-Amerika Birleşik Devletleri). Akabinde Kanada, Avusturalya ve Yeni Zelanda 'da taraf olmuşlardır. İlk yıllarda, U.K.U.S.A'ya taraf ülkeler egemen topraklarına sınır bazı ülkeleri dinlemekte, kendilerinden çıkan ya da elde ettikleri mesajları köşelerine çekilmiş bir vaziyette deşifre etmekteydiler.Sovyet İmparatorluğuna karşı yürütülen soğuk savaş nedeniyle etki alanı daha geniş ve performansı daha yüksek araçların geliştirilmesine ihtiyaç duyuldu. 70 li yılların ortasında, Echelonun ilk temeli gün yüzüne çıktı. Bugün için tüm kara parçasını çevreleyen ilk ağ olacaktır. Adı P415dir, fakat Echelon Ağı ismiyle daha fazla tanınmaktadır. Bkz. Avrupa Parlamentosu'nun Kişisel Ve Ekonomik İletişimin Dünya çapında Müdahale Sistemine İlişkin Raporu(Müdahale Sistemi "Echelon"); http://vadeker.club.fr/humanite/geopolitique/rapport_echelon_fr.pdf. sitesi üzerinden belgeye ulaşılabilir.

¹⁷ Mémoire présenté au sous-comité de la sécurité publique et nationale concernant l'examen de la loi antiterroriste par l'association canadienne des professeurs et professeurs d'université, www.caut.ca

Kanunu¹⁸, konuya ilişkin en çarpıcı örneği oluşturmaktadır. Bu kanun, belli bir internet ağına abone kişilerin iletişimlerini arama yetkisini genişletmektedir. Önce, abonenin ismi ve ulaşım bilgileri bulunur. Patriot Act bunlara ek olarak, abonenin internette girdiği kaynağa ve bu kaynakla ilgili olarak bilgi araştırması sırasında geçirdiği süreyi ve abonenin ödeme biçimini de eklemektedir. “Patriot Act II” projesi, yürürlüğe girmiş olsa idi, Federal Hükumete, dergi aboneliklerini, kitap ve daha başkaca şeylerin ödünç işlemlerini kontrol etme imkanını tanıyan bir düzenleme öngörecekti.

Bu kanunun kişi güvenliği hakkına ilişkin öngördüğü düzenlemeler ise temel özgürlükler bakımından çok büyük bir tehlike arz etmektedir. Gerçekten, Özgürlük ve güvenlik hakları kişinin fiziki bütünlüğüne yönelik keyfi olarak tutuklanmasına ve gözaltına alınmasına karşı bir koruma sağlamaktadır. Bu hak, kişi hakları düzenlemeleri içinde korumayı temin eden merkezi bir yere sahiptir ve bu bağlamda, ona özel bir koruma sağlanmasını da hak etmektedir.

B. Güvenlik Hakkının İhlali

Güvenlik hakkı kolluk gücü ya da başka diğer güçler tarafından keyfi tedbirlere karşı korumayı ifade eden kişi hakkıdır. Bu hak kişilerin fiziki şiddete maruz kalmaması hakkını ifade eden emniyet hakkından farklıdır. Güvenlik hukuki güvenlik anlamına gelmektedir. Güvenlik hakkı, diğer özgürlükler bütünüünün kullanılmasının başlangıç noktasıdır.

Kişi güvenliğine keyfi müdahale diğer özgürlüklerin içini boşaltır, bu hak diğer bir ifadeyle diğerlerinin ön şartıdır¹⁹. Güvenlik hakkının en güçlü güvencelerinin başında, Britanya hukukunda ortaya konulmuş olan ve her sanığın makul sürede kendisi ile ilgili karara bir an önce hakkında uygulanan tedbirin kaldırılmasını isteme hakkının ifade edildiği *habeas corpus*²⁰ gelmektedir. Güvenlik hakkı demek ki usul kurallarına riayet ve adaletin mükemmel teşkilatlandırılmasını ifade etmektedir.

C-36 kanunu ile değişikliğe uğrayan Ceza Kanununun 83.3 (4) paragrafı uyarınca, bir kolluk görevlisi kendisine verilmiş bir yetkisi olmaksızın “şüphelenmekte makul sebepler” öngördüğü takdirde bir kişiyi durdurabilecek ve bir terörist faaliyet yapmasını engellemek için gözaltına alabilecektir. Bir kişinin özgürlüğünün değeri dikkate alındığında ki bu da hürriyeti ise, bu formül belirsiz ve tedirgin edici niteliktedir. “İnandırıcı makul sebepler”

¹⁸ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, 11 Eylül 2001 saldırılarının ertesi günü yürürlüğe giren Amerikan Anti-terörist Kanunu. Bkz., www.defenselink.mil/news/jan2002

¹⁹ H. OBERDOFF, “Droits de l’homme et libertés fondamentales”, Armand Collin, Paris 2003, sf.150 ve 151.

²⁰ Habeas Corpus, daha doğru bir ifadeyle Habeas Corpus ad subjiciendum et recipiendum İngiltere’de yürürlükte olan ve kökeni Orta Çağa dayanan hukuk usulüdür. Buna göre, Hakimin kişi ile ilgili tedbirin hukuki olup olmadığına ilişkin karar vermesini ve gerekli halde serbest bırakılmasını ifade etmektedir. 1679 tarihli Habeas Corpus Act (habeas corpus kanunu) çerçevesinde, keyfi tedbirlere karşı gerçek ve etkin haklarla donatılmış usulün belirlenmesi ve uygulanmasını gerektirir. İngiliz kamu özgürlüklerinin önemli ayaklarından biri haline gelen Act, kolonilerde ve günümüz common law ülkelerinde uygulanmaya devam etmektedir. Birleşik Devletler’de, savaş zamanında dahi askıya alınamayacak nitelikte anayasal bir değeri bulunmaktadır.

ifadesinin kullanılması daha mantıklı ve özellikle daha tedbirli olabilirdi, çünkü “inandırıcılık” daha somut bir kavram olup, “şüpheler” hiçbir temele oturmamakta ve kişilerin kolaylıkla, bazı hallerde emre bile ihtiyaç duyulmaksızın, hapse atılabilmesine sebebiyet verebilecek niteliktedir.

Emre dayanmaksızın gözaltına alınmış kişinin 24 saatten 72 saate kadar kendisine herhangi bir suç isnat edilmeksizin tutulabilmesine izin verilmiştir. Hakim de olaya bağlı olarak kişiye yönelik herhangi bir suç isnat edilmeksizin bir sene süreli gerekçeli bir yargı kararı ile tutulmasına karar verebilir. Bu süre zarfında, hakim kişinin serbest bırakılmasına, giriş çıkış yasağı bağlamında yer değişikliği sınırlaması koşulu ile sıkı kontrolleri şart koşarak karar verebilir.

Soruşturma esnasında hakim önüne getirilen deliller delil kanunun hükümleri çerçevesinde açığa çıkartılmayabilir. Barış görevlileri, bundan sonra, kişileri, kendilerine herhangi bir suç isnat edilmeksizin, fişleyebilir, onlardan örnek ve fotoğraf isteyebilirler. Bu düzenleme aziz ilke olarak değerlendirilebilecek masumiyet karinesinin açık bir ihlalini teşkil etmektedir. Masumiyet karinesi ilkesi uyarınca, “bir suçla isnat edilen kişi suçluluğu kesin hükümlerle sabit oluncaya kadar masum olarak kabul edilir”. Bu ilke uluslararası tüm sözleşmelerde öngörülmüştür²¹. Bu ilkenin mantıklı sonucu, şüpheli kişinin masumluğunu ispat yükümlülüğü olmaması çünkü şüpheden sanık yararlanır, isnadın da şüphelinin suçluluğunu ispata yönelik olmasıdır. Kişileri, kendilerine yönelik herhangi bir suç isnadı olmaksızın fişlemeye izin vererek, C-36 Kanunu “masumiyet karinesi” yerine “suçluluk karinesi” ni geçirmektedir.

Bundan sonra bir kişinin sadece basit bir şüphe üzerine yakalanması değil fakat, ayrıca suçlu olarak kabul görecektir ve sonuç olarak kendisine ön suçluluk muamelesi yapılacaktır. Gerçekten de, güvenlik hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5&1. maddesinde öngörüldüğü gibi olmayıp, sınırlandırmaya uygun olmayan bir haktır, fakat bu sınırlama belirli bir çerçevede uygulanabilir ve bazı gerekliliklere de uymak zorundadır.

Gerçek şudur ki, Hükümet bu kuralları uygulamayı sonuç olarak kabul ederken, önleyici yakalamayı öngören hükümlerin beş yıl sonunda, her iki meclis tarafından tekrar kabul edilmemesi koşuluyla²², sona ereceğini belirten “alacakaranlığa benzer bir şarta”²³ bağlı tutmuştur.

Şayet bireysel özgürlükler üzerindeki etki kesinse, kanunun kolektif özgürlükler üzerindeki sınırlamasının kesinliğinden de bahsedilebilecek midir?

²¹ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11. maddesi ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 14&2. maddesi.

²² F.CREPEAU, E.JIMENEZ, “ L'impact de la lutte contre le terrorisme sur les libertés fondamentales au Canada” in E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERG (dir.), Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, coll. Droit et Justice, 2002, pp. 276-277.

²³ Alacakaranlığa benzer ifadesinin kullanılması teyit etmek anlamında değil: Kanada demokrasisinin alacakaranlığını ifade etmemekte midir?

II- Kanunun Kolektif Özgürlükler Üzerindeki Etkisi

Bilgilenme özgürlüğü (A) ve Örgütlenme Özgürlüğü (B) demokratik bir toplumda basit bir algılayış değildir. Sonuçta, hatırlanacaktır ki örgütlenme özgürlüğü en eski özgürlüklerden biridir ve hiç kimse bunun kamusal özgürlüklerin gelişimi üzerinde önemli bir rol oynadığını unutmamıştır²⁴. Önemi kimsenin inkar edemeyeceği Bilgilenme özgürlüğüne gelince, basın özgürlüğü bilgilenme özgürlüğünü ortaya koyma vasıtalarından biridir.

Demokrasilerin basın özgürlüğünden korkmasını gerektirecek bir durum yoktur, aksine varlığı bunların gelişimi için yararlıdır. Dayandıkları fikir akımlarının çokluğunu sağlamak bakımından bunların ona ihtiyacı vardır ve bu nedenden dolayı demokrasi tarihi bilgilenme özgürlüğününkine derinden bağlıdır. Terörizmle mücadele çerçevesinde, bu tehdide etkin yanıtı verebilmek için demokrasilerin daha önce hiç olmadığı kadar örgütlenmiş ve bilgilenmiş vatandaşlara ihtiyaçları vardır; görünen odur ki, kanun bu iki temel özgürlüğü var saymamazlık etmemiştir.

A. Bilgilenme Özgürlüğünün Tartışılması

“ Hiç bir insan grubunun bütün sınav ya da bütün kritik işinde yeterli güç ve akıl ile hareket edebileceğine inanmıyoruz.

Biliyoruz ki hatayı bertaraf etmenin tek yolu onu meydana çıkarmaktır ve meydana çıkarmanın tek yolu da araştırma özgürlüğüne sahip olmaktır. Biliyoruz ki, sırrın mantosu altında, ortaya çıkartılmamış hata bozucu etkileri ile gelişecektir²⁵. Genel anlamda hukuk ve özellikle insan hakları keyfi yönetimin en üst derecede kaynağı olan sır birbiri ile hiç bir şekilde uyumlu olmaları mümkün değildir. Bilgilenme özgürlüğü şüphesiz kolektif özgürlüklerin en önemlilerinden biridir çünkü bilgilenme özgürlüğü sayesinde ki vatandaşlar demokrasinin gelişimini sağlayacak gerekli donanıma sahip olabileceklerdir. Bir demokraside bile, özgürlükleri sağlamak için sadece erke ya da hakimlere dayanılmayacağı bilinmektedir.

İnsan haklarına saygı aynı zamanda, vatandaşların bunları korumak bakımından harekete geçirebilme kapasitesine, bunları bir yurttaş “hakkı” haline dönüştürebilmesine

²⁴ 1901 Kanunu çerçevesinde ve özellikle Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli yankı uyandıran kararının etkisi. Bu konu ile ilgili olarak bkz. F. LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, pp. 112 vd., B. MATHIEU et V. MICHEL, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 565 vd.; B. POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, Paris, Economica, 1990, pp. 262 vd.; L.FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 13e édition, 2005, pp. 241-257.

²⁵ R. OPPENHEIMER, *Mémoire présenté au sous-comité de la sécurité publique et nationale concernant l'examen de la loi antiterroriste par l'association canadienne des professeurs et des professeurs d'université*, op.cit.

dayanmaktadır²⁶. Basın özgürlüğü bilgilenme hakkının birincil vasıtasıdır çünkü ifade, bilgilenme ve iletişimin bir imkanını teşkil etmektedir. Öyleyse erkin karşısında bir özgürlüğe ve bir bağımsızlığa sahip olması gereklidir.

Anti terörist Kanunu Kanada Baş Savcısı'na Kanada milli güvenliğini bozabilecek bilgilerin ifşasını yasaklamaya yönelik kararlar²⁷ verebileceğine ilişkin bir hükmü Bilgi Edinme Kanununda²⁸ değişiklik yaparak eklemiştir. Bu düzenleme ciddi bir şekilde bilgilenme özgürlüğüne sınırlama getirmiştir çünkü günümüzde “Kanada'nın güvenliğini bozabilecek bir bilgi” ye ilişkin belirli bir tanım bulunmamaktadır. Bu kararlar aynı zamanda Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun (C-36 Kanununun 104. maddesi) ve Kişisel Verilerin ve Elektronik Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun çerçevesinde de (Kanunun 103. maddesi) kullanılabilirlerdir.

Gerçek şudur ki, İlk Derece Federal Mahkeme Hakiminden, idari bir karara göre etraflı bir hukuki denetimden geçirilmemiş bir kararı değiştirebilecek ya da ortadan kaldıracabilecek bir karar çıkarma talebi imkanı getirilebilmelidir.

Hakimin tek yetkisi, kararlarda öngörülen bilgileri gözden geçirerek elde edilmiş gizlilik niteliğinde değerlendirilen yabancılik unsuru, milli savunma ve Kanadalıların güvenliği ile ilgili bilgileri kararlardan önce değerlendirmektir.

Hakimin bilgilerin niteliği ile ilgili bağımsız bir değerlendirme yapması veya Savcının çıkarmış olduğu kararın hukuki niteliğini tespit etmesine müsaade edilmemiştir.

Demokratik toplumlarda, güvenlik kuvvetlerinin faaliyetlerinin farkına varabilmek bakımından şeffaflık esastır. Güvenlik ve Savunmadan sorumlu Senatörler Komitesi Kanada Hükümetinin dikkatini daha önceden şunları ifade ederek çekmişti:

“Komite, bir taraftan toplumun bilgilenme hakkı ve diğer taraftan milli güvenliğin korunmasına ilişkin tedbirlerin ters düşmesini zorunluluğunun bilincindedir.

Bununla birlikte, sırrın akılsızca muhafazası milli güvenliğin aleyhine bir durum teşkil etmektedir, çünkü daha önce olmadığı kadar kabul edilemeyecek bir dönem içinde yetkisizliği ve hareketsizliği saklamaktadır²⁹”.

Milli güvenlik ve terörizmle mücadele konusunda tam bir açıklıktan yana olmamakla birlikte, Kanadalıların kendi hükümetlerinin faaliyetleri ile ilgili bilgilendirilmeleri gereklidir. Sır olarak nitelendirilen bilgilere ulaşma izni bulunmadığı için, Kanadalılar kamunun dikkatine sunulan olaylar olduğunda, bunların temel özgürlüklerin sistematik olarak ihlalinin belirtileri mi yoksa

²⁶ D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2005, p.78.

²⁷ Çevirenin notu: Yazar burada *certificat* terimini kullanmıştır. Kelimenin anlamına tasdikname anlamına gelmektedir. Hukukumuzda bu kelimeyi karşılayacak bir yetki olmadığından dolayı ilgili kelime kararlar olarak çevrilmiştir.

²⁸ Kanuna ulaşmak için bkz.; <http://canada.gc.ca>

²⁹ I. ALMEIDA et M. PORRET, “ La démocratie canadienne à la croisée des chemins: cohérence et obligation de rendre des comptes en matière de politiques antiterroristes”, www.ichrdd.ca

kamu görevlilerine münhasır bir kusur olduğunun mu bilincine varamayacaklardır. Şayet kanun tarafından korunması gereken bir kolektif özgürlük varsa, tabiidir ki bu demokratik toplumun oluşturulmasındaki önemli bağı teşkil eden örgütlenme özgürlüğüdür çünkü onsuz, vatandaşlar temel hakların uygulanmasına etkili katılımında bulunamazlar.

B. Örgütlenme Özgürlüğünün Tartışılması

Kanunun belirttiği “terörist grup” tanımının belirsizliği örgütlenme özgürlüğünü tartışmalı hale getirmektedir. Kanun terörist faaliyetler tanımına uyan grupların faaliyetlerinden terörist grup tespitine olanak sağlamaktadır.

Ceza Kanununun yeni 83.01. maddesi de “terörist grubu”, ya amaçlarından biri ya da faaliyetlerinden birinin terörist faaliyetlere katılmak ya da bunları kolaylaştırmak olan bir oluşum, ya aynı kanunun 83.05. maddede belirtilen oluşumlara kayıtlı olan oluşum olarak tarif etmektedir.

Hükümet, 83.05. madde çerçevesinde, Baş Savcının inandırıcı verilerle desteklenmiş tavsiyesi üzerine yönetmelikle bütün oluşumları gösteren bir yönetmelik hazırlayabilir, şöyle ki:

1. Bilerek bir terörist faaliyette bulunmak ya da bulunmaya teşebbüs etmek, katılmak ya da kolaylaştırmak;
2. Bilerek a bendinde sayılan oluşumlar adına, idaresi altında veya işbirliği içinde hareket etmek.

Maliye ve Dışişleri Bakanları hükümetin listeye 83 kişi ve organizasyonu dahil ettiğini ve bunların mallarının dondurulup yetkili mercilere beyan edildiğini açıklamışlardır. Terörist grupları içeren bir listenin oluşturulması, grupların nitelendirilmesini olaydan olaya göre ve karar veren kişinin seçicilikteki algılamasına göre yapılmasını öngören Göç Kanunundaki³⁰ hüküm süren belirsizliğe ve keyfiliğe son vermesi bakımından yararlıdır.

Buna karşı, kanunda belirtilen bu yazılı kıstasların geniş bir uygulama alanı vardır çünkü bir terörist faaliyette bulunmuş olmak ya da bulunmaya teşebbüs etmiş olmak şeklinde belirtilen ilk kıstas sadece çok fazla geniş olması değil fakat aynı zamanda ayrıntılı da değildir. Bir taraftan bazı organizasyonların birbirinden farklı sürelerde meydana gelmiş olabileceğini dikkate almamıştır. Diğer taraftan geçmişte bir terörist faaliyet nedeniyle hüküm giymiş grupları de kapsayacak nitelikte geçmişe yönelik uygulama alanına da sahiptir. Listede yer alma usulü de ne şeffaf ne de hakkaniyete uygundur. Şu halde, Kanada Baş Savcısının talimatı üzerine hatalı bir değerlendirme sonucu kamu gücünün mücadele etmesi gereken bir grup olarak, listeden çıkartılıncaya kadar kaydedilirler.

³⁰

Kanun ulaşmak için bkz. www.canada.gc.ca

Katılımın geniş tarifi nedeniyle, güvenlik açısından herhangi bir tehlike arz etmeyen gruplar dahi keyfi olarak listeye kaydedilmişlerdir. Bundan böyle örnek olarak vermek istenirse, C-36 Kanununun hükümdarlığında, terörist bir gruba katılmış olan bir kişi ile herhangi bir şekilde temas kurmuş olmak terörist bir faaliyete katılma hareketleri olarak nitelendirilebilecektir. Bununla birlikte, kayıt usulünün de hakkaniyet ve şeffaflık teminatlarına sahip olabileceği pek mümkün görülmemektedir.

Demokratik toplumlarda terörle savaş pek çok ahlaki ikilemi ortaya çıkarmaktadır. Bunlardaki zorluk güvenlik ve özgürlük kuralları ile ahlaksızlık ve mükemmeliyetçilik arasında sürdürülebilir bir konum yaratabilmektir. Ahlaksızlar açısından, etik üzerinde kurulu bir anlayışın burada yeri yoktur. Devlet görevlileri yapacaklarını yapacaklar, teröristler yapacaklarını yapacaklar ve güç bu mücadelede belirlenecektir.

Teröristlerle Devlet arasında geçen çatışmalar her şeyden önce, ahlaki doğrulamalar bakımından temel olmakla birlikte, teröristler açısından halkların doğruluğunun temini bunlar olmadan yapılamayacaktır.

Tüm inandırıcılığını kaybetme baskısı altında, bir demokrasi kendisini inkar etmemelidir. Şayet işkence terörist hücrelerinin ağrını ortadan kaldırabiliyorsa, bu işkence sonrasında geride kalanları nefret ve hınçla dolduracak ve teröristlere yönelik sempati duyguları beslemelerine neden olabilecektir. Etkinlik sorununu, fikir mücadelesine yönelik bir politik sorun olan anti-terörist kampanyanın esasını teşkil eden metotların uygulanmasının muhtemel sonuçlarından ayırabilme yöntemi yoktur. İşkence, önleyici gözaltı ve keyfi yakalama gibi ekstrem tedbirler bir kavganın kazanılmasını sağlayabilirler fakat kesinlikle terörizmle savaşı sağlamazlar. Ahlaksızlar bile bilirler ki Phyrrius'a karşı kazanılmış zaferler faydasızdır.

Ahlaki mükemmeliyetçiliğe³¹ gelince, doktrine göre bir Liberal Devletin, ahlaki planda şüpheli müdahale araçlarına başvurmaması zorunludur. Bu doktrine göre, Devletler büyük çapta tehdit arz eden olaylara karşı evrensel kuralları öngören temel haklara ilişkin sözleşmelere ve savaş kanunlarına taraftar olarak mücadele edebilirler.

Ahlak gücü, terörle mücadele bir rol oynamalıdır ve insan haklarına saygıyı tapınağa yerleştiren demokrasilerin terörizmle bu mücadeleden çıkabileceği inancına dayanmaktadır. Terörizmle mücadele demokratik müesseseleri yorucu bir sınavdan geçirir ve her zaman bu müesseseleri (polis, jandarma, askeri kuvvetler, gizli servisler) demokratik sınav ve kontrole tabi tutmak da mümkün değildir.

Hukuk, kamu özgürlükleri için bu karanlık dönemlerde, barbarlığa karşı son savunma aracıdır. Üstat G. Vedel ikinci dünya savaşının akabinde toplama kamplarını gördükten sonra şu fikri

³¹ O. RUWEN, *Le réalisme moral*, Paris, P.U.F., 1999, p. 584

en güzel şekilde ifade etmiştir: “ hiçbir zaman hukukun ne olduğunu bilemedim ama bundan böyle bildiğim hukuk dışı Devlet’in ne olduğudur”³² .

Kanada demokrasisi bugün yol ayrımında bulunmaktadır ve yasal bir mücadele olan terörle mücadele temel özgürlükleri genelleşmiş bir ihlale vardırılmamalıdır. Hukuk Devleti’nin dayanıklılığı bunun gibi zorlu dönemlerde sınanmaktadır, önemli olan özgürlüklerin, krizin ilk işaretinde sınırlandırılmayacak ya da bir kenara kaldırılmayacak şekilde kanunla garanti altına alınmış olmasıdır. İnsan haklarına saygı ile temel özgürlüklerin korunması arasında bir çatışma bulunmamalıdır. Güvenlik konusunda, bir taraftan Devletin vatandaşlarının haklarını ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü ile diğer taraftan Devletin baskıcı gücünün artışı arasında hassa bir denge vardır. Korkulması gereken dengenin hakları ve özgürlükleri tehdit edici şekilde yeniden şekillenmesidir.

³² B. BEIGNIER et C. BLERY, *Manuel d’instruction au droit*, P.U.F., Paris, 1 re édition, 2004, p.15.

KAMU DAVASINDA YARGITAY BOZMA KARARININ ANLAMI

Bu yazımda sizlerle, son senelerde üzerinde çok tartışılan ve mahkemelerce tam bir mutabakata varılamayan bir konuyu paylaşmak istedim.

BOZMA KARARINDAN SONRAKİ “ SERBESTLİK İLKESİ” : Bu kural ve ilke, Yerel Mahkeme'nin Yargıtay'ın bozma kararına uymasıyla daha önceki son kararın ortadan kalkması demektir.

Yerel Mahkeme, bozma kararına uyulmasını uygun gördüğünden bozulan karar ortadan kalkmıştır. (KUNTER, Ceza Muhakemesi Hukuku 10. Bası No : 543). Aslında, ilk kararın bozmayla birlikte ortadan kalkması muhakeme hukukunun evrensel ilkesidir. (Prof. N. Kunter, C.M.U.H. 10. Bası. n. 548, not 297) Türkiye’de, bozmaya uymama yetkisi ilk mahkemeye tanınmış olduğundan, bozulan karar, uyma kararına kadar varlığını sürdürmüş gibidir. Ancak, uymadan sonra böyle bir hal de artık söz konusu değildir.

Bozulan karar ortadan kalkmış bulunduğundan, yeni ve gerçek bir son soruşturma safhası başlamıştır. Bu itibarla, yeni kanıtlar toplanması, nedenleri varsa önceki soruşturma işlemlerinin yenilenmesi mümkündür. Artık yargılamada Mahkemenin serbestliği ilkesi egemen olacaktır. Yani deliller duruşmaya getirilmeli ve hâkim huzurunda tartışılmalıdır.

Zira serbestlik kaidesi, Ceza Muhakemesinde hakikaten araştırılması ve en isabetli kararın verilmesi gayesinin tabii ve mantıki bir sonucudur. Yüce Yargıtay son kararı bozduğu, mahkeme de buna uyduğu için son karar ortadan kalkmıştır. Ortada değil kesin hüküm, son karar dahi olmadığından kesin hükmün sonuçlarından söz edilemez. ” (Prof. N. Kunter, C.M.U.H. 10. Bası . n. 549, Sh. 1095)

Yine değerli hocamız Prof. N. Kunter’in büyük bir isabetle belirttiği gibi (SH. 1097) :

“ ... Mahkemenin... Çıkan yeni delilleri nazara almaması için hiçbir sebep yoktur. ... Bozmaya uymadan sonra yapılan muhakemede yeni deliller ileri sürülünce veya muhakeme bunlara bizzat vakıf olunca, hele bekleyelim, bozulan noktaları düzeltelim, tasdik edilsin, hüküm bütünü ile kesinleşsin, ondan sonra şartları varsa muhakemenin yenilenmesi yoluna gidilir demesi, Ceza Muhakemesi'in gayesine aykırı düşer. ” (Prof. N. Kunter, C.M.U.H. 10. Bası dip not 321'deki kararlar)

Yeni C.M.K.'nun 217. maddesi de Sn. Hocamızın bu ilmi görüşünü aynen teyit etmektedir. Delilleri takdir yetkisi başlıklı bu madde ; “ ... Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir ... ” hükmüne haizdir.

O halde Yargıtay son kararı bozduğu, mahkeme de buna uyduğu için mahkeme hakikate en uygun ve en isabetli kararı vermek imkânına kaide olarak malik bulunmalıdır. Bu imkân, daha evvelki son kararda değişiklik yapılması sonucunu doğuracaktır. Bu değişiklikler;

* Ya hukuki durumdaki değişikliğe uygun bir karar verilmesi,

* Yahut bir hatanın düzeltilmesi maksadı ile yapılabilir.

Hata, bozulan noktalarda olabileceği gibi, bozulmayan noktalarda da olabilir.

Bozulmayan noktalarda hata ettiğini mahkemenin anlaması da mümkündür. Kısmi kesinleşme kabul edilemeyeceğinden bozulmayan noktaların kesinleştiği söylenemeyecek ve maddi veya hukuki meselelere ilişkin olabilen bu noktalar, kaide olarak da değişebilecektir.

Mahkemenin maddi meselelerde hatasını öğrenmesi için yeni deliller çıkmış olması mümkündür. Çıkan yeni delilleri Yerel Mahkemenin nazara almaması için hiçbir sebep yoktur. Kaldı ki kanun, yargı kararı olan hallerde dahi, yeni delillerin çıkması halinde mahkemenin yenilenmesini kabul etmiştir.

Mahkemenin hukuki meselelerde de hata ettiğini anlaması gayet normaldir. Hatta bunun için tarafların uyarıcı bir mütalaa ileri sürmemiş olması da kabildir. Bu durumda “Ne yapalım, bir kere karar verdik. Karar bu noktadan bozulmadı.” diye hataların düzeltilmemesi de ceza muhakemesinin gayesine aykırı düşer. Diğer taraftan Yargıtay da önce bozmadığı noktayı sonradan bozabilir.

Yargıtay eski görüşü ile bağlı olmadığına göre, bu görüşle mahkemeyi bağlı tutmak da abes olur. Mahkemenin hukuki hata kanaatine varışı, yeni içtihadı birleştirme kararı çıkması ile de olabilir. Mahkeme, evvelce Yargıtay tarafından dokunulmamış olan, aşağı ve yukarı hadler arasında takdir hakkını kullanım nispetini de değiştirebilir.

Yeni C.M.K.’nunda, Yüksek Yargıtay’ın içtihatlarında ve doktrinde yer alan bu kurala, tatbikatta Mahkemelerce acaba uyulmakta mıdır ?

Kısa bir süre önce savunma avukatı olarak katıldığım oldukça önemli bir kamu davasında, Yargıtay Yerel Mahkemenin son kararının bir bölümünü sanığın lehine bir bölümünü ise aleyhine bozmuştur.

Yargıtay’ın bozma kararına uyan Yerel Mahkeme’nin, uymadan sonraki yargılama sürecindeki tutumu yukarıdaki sorumu cevaplamaktadır.

Aynı zamanda bir ihtisas mahkemesi olan Sn. Mahkeme, Yargıtay’ın bozma kararına uymanın ne anlama geldiğini (!) son kararında bakın nasıl izah ediyor.

“ ... Bu aşamada, Yargıtay Bozma İlamına uyulmasına karar verilmiş olması sebebiyle, bu uygulamanın yasalar karşısında hangi sonuçları doğurduğunun hemen açıklanması zarureti teşkil etmektedir.

Yargıtay ... Ceza Dairesi ... günlü ilamının ... sayfasında açıkça belirttiği şekilde, sanık hakkında Mahkememizin ... günlü hükmü ile, inançlı işlemler sebebiyle zimmet suçundan verilen ceza ile ilgili olarak,

- a-) Suçun sübutunun doğru olduğu,*
- b-) Suç vasfının doğru tayin edildiği,*
- c-) Ve sair temyiz itirazlarının yerinde olmadığı, karara bağlanmıştır.*

O halde, isnat edilen suçun sanık tarafından işlendiği, sabit görülen suçun zimmet fiilini oluşturduğu, suç tarihleri ile ilgili tespitlerin doğru olduğu maddi hukuki tespitler olarak kesinlik kazanmıştır...”

“ ... Yargıtay ... Ceza Dairesinin Bozma ilamı açık ve net olup, hiçbir şekilde yeniden delil toplanması (!) ve sonucuna göre karar verilmesi şeklinde bir hüküm yoktur. Bu sebeple mahkememizce yapılması gereken husus ... bozma ilamı gereğince uygulama yapılmasından ibaret olmalıdır...”

Böyle hatalı ve önyargılı bir gerekçeyi ne ilmi doktrinlerdeki anlatımlar, ne Yargıtay Ceza Daireleri'nin bağlayıcı karar ve içtihatları ne de Ceza Muhakemesi Hukukuyla bağdaştırmak mümkün değildir.

Sn. Mahkeme bozmadan sonraki hatalı tutumunda o kadar ileri gitmiş, o kadar ısrarlı olmuştur ki; savunmanın talebi doğrultusunda araştırılıp duruşmada tartışılmasına karar verdiği bir savunma delilinden de C.M.K.'nin 206. maddesine aykırı bir ara kararla vazgeçebilmiştir.

Peki, son kararında ; “ ... Bozma ilamı gereğince, görevinin sadece Yargıtay'ın bozma kararını uygulama yapmaktan ibaret olduğunu ...” belirten Sn. Mahkeme, iki satırlık bir uygulama için niçin iki seneye yakın bir süre yargılamayı sürdürmüştür? Neden sanığı cezaevinde bir sene fazladan tutarak yargılamayı infaza dönüştürmüştür?

Bizlere Hukuk Fakültelerinde öğretilen, yurt dışındaki duruşmalarda tanık olduğumuz; Mahkemelerin, Yargının asli görevinin maddi hakikate ulaşmak olduğudur. Bizde ise maalesef çark tersine işlemektedir. Savunma avukatının yüklendiği çok önemli mesuliyeti eksiksiz ve tam olarak yerine getirmesi bugünkü uygulamayla mümkün değildir.

Mahkemelerin bu gibi hatalı kararlarına karşı savunma olarak elinizde sadece iki imkân vardır.

* Birincisi, Sn. Heyete açık ve net bir şekilde yanlış uygulama yaptığını, böyle bir uygulamayı kabul etmediğinizi bildirmektir. Bu talebenizi çatık bir çehre ve birazda yüksek sesle tekrar ederseniz kendinizi tıpkı benim gibi, İddia Makamına veya Hâkime hakaret suçlamasıyla en yakın Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanık sandalyesinde bulursunuz. Çünkü siz, savunma sınırını aşmışsınızdır. (!)

* İkinci ve son seçeneğiniz ise “ Hâkimin Reddi ” müessesesidir. Çareniz kalmamıştır, haklı talepleriniz devamlı red olunmaktadır. Ama kanun size, taleplerinizi red eden kararları red etmek hakkını tanımamaktadır.

İşte o zaman bir avukatın hiçte arzu etmeyeceği hâkimin reddi müessesesine başvurmak zorunda kalırsınız. Tatbikatımızda hiç çalışmayan müesseselerin biri de budur. Ne red olunan hâkim veya heyet, ne de reddi inceleyen merciler acep, bu avukat red sebeplerinde haklı mıdır diye dilekçemizi dahi incelemez. Zira bir tarafta hırpalanan hukuk vardır, diğer tarafta ise dostluklar. Bizim ülkemizde dostluklar her şeyin önünde gelir.

Çok kıymetli genç meslektaşlarım, savunmanın en azından İddia Makamı kadar etkili ve yetkili olmadığı bir duruşmada herkesi tatmin eden adil bir sonuca ulaşmak mümkün değildir.

Kanunu uygulayanlar, onu doğru uygulamazsa ; yenilenen Ceza Kanunları, Uyum Yasaları, İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ... hepsi lafta kalır.

Sizlere düşen görev, Ceza Muhakemesinde savunmanın hasım değil hakikatin tecellisinde hâkimin en yakın yardımcısı olduğunu hiç bıkmadan mahkemeleri inandırmaktır.

Av. Yağız Ali Dağlı

ÖZET - ABSTRACT

Savunma Hakkı Anayasa tarafından güvence altına alınan ve adil yargılama için olmazsa olmaz temel bir haktır. Bu temel işlevinden dolayı Türk Ceza Kanunu'nun "İddia ve savunma dokunulmazlığı" başlıklı 128. maddesi ile koruma altına alınmıştır.

Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu yine Türk Ceza Kanunu'nun 288. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu suç soyut tehlike suçu olup, kanun metnindeki hareketin işlenmesi ile oluşur ve buna ek olara herhangi bir zarar veya zarar tehlikesinin varlığı aranmaz.

Müdafinin, yaptığı savunma uyuşmazlıkla bağlantılı olup gerçek ve somut olaylara dayanmakta ise "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu" oluşmayacaktır.

ADİL YARGILAMAYI ETKİLEMESİ TEŞEBBÜS SUÇU (TCK.m.288) KARŞISINDA MÜDAFİN ESAS HAKKINDAKİ SAVUNMASI VE SINIRLARI

Av. Davut GÜRSES¹

1- GİRİŞ

Savunma hakkı Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri"ni belirleyen ikinci bölümünde yer alan temel haklardanır. Anayasamızın 36. maddesinin 1.fıkrası şöyledir: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Anayasamızda tüm vatandaşlara verilen savunma hakkı, günümüz ceza hukukunun en önemli ilkelerinden biridir. İnceleme konumuz olan "Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs

¹ Marmara Üniv. SBE. Kamu Hukuku Y. L. Öğrencisi

Suçu Karşısında Müdafinin Esas Hakkındaki Savunması ve Sınırları” savunma hakkının varlığı, niteliği ve önceliğine ilişkindir.

Genel olarak bu çalışmanın amacı, müdafinin esasa ilişkin savunmasının sınırlarının olup olmadığı, varsa sınırların neler olduğunun tespiti, devamında Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu’nun genel olarak savunma ve özel olarak da müdafinin esasa ilişkin savunması karşısındaki konumu ve savunma sırasında söylenen sözlerin bu suçu oluşturup oluşturmayacağını tespitinden ibarettir.

2- SAVUNMA HAKKI

Savunma hakkı, temel haklardan olup Anayasamızın güvencesi altındadır. Bu hak ceza hukukunun gelişimine paralel olarak günümüzde çok önemli bir yere sahiptir. En basit tanımıyla ceza hukukunda savunma hakkı, belirli bir suç isnadı ile karşılaşan kişinin, hakkındaki bu isnada cevap verebilme imkânına sahip olması, yine hakkındaki isnadı çürütebilmek için meşru vasıtalara ulaşabilme ve bunları kullanabilme hakkını ifade eder.

Bilindiği üzere yargılama faaliyetinin nihai amacı adaletin sağlanmasıdır. Bu amaç ceza hukukunda “gerçeğin ortaya çıkarılarak adaletin sağlanması” olarak daha sert ve yalındır. Ancak bu amacın varlığı, gerçeğin ortaya çıkarılması için her şeyin yapılacağı, her yolun mübah sayılacağı anlamına gelmemektedir. Gerçeği ararken, masumiyet ilkesinin de devamlı olarak göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bilindiği üzere anayasamıza göre “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.”² Yine gerçeğe “adil yargılama” ile ulaşılmalıdır. Adil yargılamanın oluşması için de, sanık veya şüpheliye tüm savunma hakları verilmeli, bu haklar etkin bir şekilde kullanılmalıdır. Bu minvalde geçen bir yargılama, adalete ulaşmada istenen sonucu vereceği gibi, kişilerin ve toplumun hukuka olan inancını ve güvenini artıracaktır.

Savunma hakkı günümüzde artık vazgeçilemez bir hak olmuştur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu hakkında bazı sınırları vardır. Bu sınırların bazıları bizzat savunma hakkının kendisinden kaynaklanmakta, bazıları ise mevcut hukuk düzeninden kaynaklanmaktadır. Müdafinin savunması, sadece savunma ile ilgili olmalıdır; yani savunma adı altında dava konusu ile ilgisiz, kişileri aşağılamaya yönelik ifadeler kullanılmamalıdır. Bu örnek, savunma hakkının kendisinden kaynaklanan sınırına ilişkindir. Hukuk düzeninden kaynaklanan sınıra örnek ise şudur; anayasamızda belirtildiği gibi kişi ancak “meşru vasıta ve

² 1982 Anayasası md. 38/4

yollardan” faydalanmak suretiyle savunma hakkını kullanabilir. Yani kanun ve anayasanın tanıdığı ve kişiye sunduğu imkânlardan faydalanarak savunma hakkı kullanılabilir.

3- MÜDAFİİN ESAS HAKKINDAKİ SAVUNMASI VE SINIRLARI

Ceza yargılamasında son söz daima sanığa verilir. Sanık, esas hakkındaki savunmasını kendisi yapabileceği gibi; bunu müdafisine de bırakabilir.³ Sanık veya müdafii dava hakkındaki son savunmalarını yaptıktan sonra yargılamanın son aşamasına geçilerek karar verilir.

Müdafii esas hakkındaki savunmasını bazı kurallara uygun olarak yapmalıdır. Müdafinin savunmasının korunması veya bu savunmadaki beyanlarının suç oluşturmaması için, savunma içeriğinin ve amacının Türk Ceza Kanunu’nun 128. maddesinde düzenlenen “İddia ve Savunma Dokunulmazlığı” başlıklı madde kapsamında olması gerekir. Söz konusu madde şöyledir : “ *Yargı mercileri veya idarî makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnadlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hâlinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıtalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir*”

Görüldüğü üzere bu maddedeki sınırlar içerisinde kalan savunma bir suç oluşturduğu takdirde kanuna göre bu durumda “*ceza verilmez*”. Bu madde de düzenlenen hukuki durum madde gerekçesine göre bir hukuka uygunluk nedenidir.⁴ Fakat madde metninde geçen “ceza verilmez” ibaresi bu maddedeki durumun bir cezasızlık nedeni olabileceği fikrini de akla getirmektedir.⁵

Yukarıdaki maddenin ışığında savunma hakkının kullanımı ile ilgili şu tespitler yapılabilir; müdafii savunmasında, gerçek ve somut olaylara dayanmalı, yargılamaya sanık lehine etki edecek, işin esasına ilişkin olan ve yargılama konusu ile bağlantılı hususları ifade etmelidir. *Somut uyumsuzlukla bağlantılı olmayan isnatlar gerçek olsa bile iddia ve savunma dokunulmazlığının varlığından bahsedilemez*⁶. Müdafinin inandığı somut olgu ve bilgileri her zaman kimseden çekinmeden söylemesi “*iddia ve savunma dokunulmazlığı*”nın bir

³ Centel-Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2003, sy.522

⁴ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005, sy. 860

⁵ Aynı görüş için bakınız. Centel-Zafer-Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar Cilt 1, Beta, İstanbul, 2007, sy.235

⁶ Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, İkinci Bası, Seçkin, Ankara, 2005, sy. 861

sonucudur. Yine müdafinin yaptığı olumsuz değerlendirmeler ve nitelendirmeler de savunma dokunulmazlığı içinde kalacaktır.

Savunma hakkının korunması duruşma sırasında hâkime aittir. Ancak savunma hakkının mahkeme veya hâkim tarafından kısıtlanması düşünülemez. Burada hâkime sadece savunma hakkının korunması görevi verilmiştir; bunun ötesinde hâkimin veya mahkemenin savunma hakkının denetlenmesi veya sınırlandırması hususunda bir yetkisi yoktur. *Savunmada mahkemenin murakabesi asla kabul edilemez.*^{7 8}

Görüldüğü üzere savunma hakkının, daha özelde, esas hakkında savunmanın da bazı sınırları vardır. Her şeyden önce müdafinin esas hakkındaki savunması “savunma dokunulmazlığı” kapsamında olmalıdır. Buna göre, savunmada kullanılan isnat ve olumsuz değerlendirmelerden gerçek ve somut vakıalara dayanmayan ve yine davayla bağlantısı olmayan ifadeler savunma dokunulmazlığı dışındadır. Ancak burada bazen somut olay adaletinin sağlanması için farklı değerlendirmeler de yapabilmek gerekir ; zira bazen öfke, heyecan gibi duygular neticesinde bu sınırlar aşılabilmektedir.

4- ADİL YARGILAMAYA ETKİLEMENE TEŞEBBÜS SUÇU VE KAPSAMI

Ceza kanunumuzun 288. maddesinde düzenlenen bu suç şöyle ifade edilmiştir: “ *Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar savcı, hâkim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Bu suç bir soyut tehlike suçu olup, oluşabilmesi için ilk olarak ortada bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma evresinde “*yargılamayı etkileme amacını güden*”, yargılama faaliyetini baskı altına almayı amaç edinen bir “*alenen açıklama*” olmalıdır.

Bu noktada tartışılması gereken ilk konu şudur: avukatların bu suçun faili olup olmayacağıdır. Madde metninden anlaşıldığı üzere bu suçun faili yukarıdaki amacı güden herkes olabilir ve bu konuda avukatlara bir ayrıcalık tanınmamıştır. Ancak, burada yeni ceza kanunumuzun avukatları da haklı olarak “yargı görevi yapan” kavramına dâhil etmiş olması

⁷ Erem Faruk, Ceza Usul Hukuku, sy.82

⁸ Murakabe: denetleme, Bak. www.tdk.gov.tr 19.02.2008

(TCK.m.6) bize avukatların da her ne kadar kanun metninde belirtilmemişse de bu suçun mağduru olabileceğini gösterir. Çünkü maddenin bahsettiği, daha doğrusu etkilenmesinden korktuğu “*soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki faaliyetleri*” hâkim ve savcılarla beraber avukatlar da yapmaktadır. Ancak bu madde de ilginçtir ki suçun mağduru olabilecekler arasında avukatlar sayılmamıştır. Hâlbuki bağımsız savunma yapabilmek için avukatların da en az hâkim ve savcılar kadar her türlü etkiden korunmaları gerekmektedir. Kanun koyucu avukatların hukuka aykırı etkilerden korunmaları için TCK.m.277.⁹’yi yeterli görmüş ve 288. madde kapsamına avukatları dâhil etmemiştir. Dolayısıyla denebilir ki avukatlar kanun metnine göre bu suçun faili olabilir ancak mağduru olamaz.

Yukarıda ayrıntılı olarak belirttiğimiz gibi avukatların dava sırasında veya adliye dışında davayla doğrudan ilgili olmak ve hukukun içinde kalmak koşuluyla yapmış oldukları açıklamalar 288. madde kapsamına girmez.

Yine bu konudaki Türkiye Barolar Birliği Reklâm Yasağı Yönetmeliği’nin 8. maddesine göre “...*davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internete görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar.*” Görüldüğü üzere yönetmeliğe göre avukatlar, zorunlu hallerde ve davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla dava ile ilgili alenen açıklama yapabilmektedir.

Gelinen bu noktada olaya bir de savunma hakkı penceresinden bakmak gerekecektir. Müdafii yargılama sırasında yapacağı savunma ile hâkimi ve savcuyu etkilemeye çalışıp sanığın yararına bir sonuca ulaşmaya çalışacaktır. Bu durum savunma hakkının doğasından kaynaklanmaktadır. Zira savunmanın amacı, iddia makamının tezini çürütüp, sentezin sanığın lehine oluşmasına katkıda bulunmaktır. Bu halde, görüldüğü üzere müdafii esasa ilişkin savunmasını yaparken, kovuşturma evresinde mahkemeyi veya hâkimi etkileme amacını gütmektedir. Savunma hakkının kullanılması bile tek başına mahkemeye veya hâkime yönelmiş bir etkidir. Bu durumda, yani TCK.m.128 kapsamında kalan savunmalar adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmayacaktır. Zira bu madde, asıl olarak sanık (ve hatta tartışılabilir olmasına rağmen ailesi) ve onun müdafisi dışında kalan, yani yargılama

⁹ Yargı görevi yapanı etkileme

MADDE 277 - (1) *Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.*

faaliyetinin dışında kalan kişiler için getirilmiş bir kuraldır. Dolayısıyla yargılama faaliyetine katılan bir avukatın savunması istisnai haller dışında bu suçu oluşturmaz.

Müdafiiin, hukukun dışına çıkarak, doğrudan mahkeme veya hâkim üzerinde baskı kurmaya ve bu baskı neticesinde sanık veya şüpheli lehine bir durum oluşturmaya yönelik olduğu aşikâr olan, davayla ve dolayısıyla savunmayla mantıki bir bağı olmayan aleni açıklamaları suç oluşturacak istisnai haldir. Bu vasıflara haiz bir açıklama “*yargı mercileri ve idari makamlar*”a karşı da yapılmadığından savunma dokunulmazlığı kapsamında yer almayacaktır.

Burada önemle belirtilmesi gereken diğeri bir konu da şudur; kanımızca avukatın mahkemede savunması, duruşma açık olsa dahi “alenen” yapılmış bir açıklama sayılmayacağından bu suçu oluşturmaz, fakat avukatın mahkeme ve yargılama dışındaki bu türden açıklamaları suçun uygulama alanına girebilir.

5- SONUÇ

Kısaca özetlemek gerekirse, müdafiiin mahkemede esas hakkında yapacağı savunma kutsal olmakla birlikte bazı sınırlara tabidir. Müdafiiin yapacağı savunma “savunma dokunulmazlığı”nın sınırları içerisinde olmalıdır. Savunma gerçek ve somut olaylara dayanmalı ve dava konusu uyumsuzlukla bağlantılı olmalıdır. Bu sınırlar içerisindeki bir savunma herhangi bir kişi hakkında olumsuz değerlendirmeler içerebilir.

Müdafiiin yukarıdaki niteliklere haiz savunması hiçbir zaman adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturmaz. Zira müdafiiin görevi ve savunmanın özü budur. Ancak müdafiiin mahkeme dışında, yargı mercileri ve idari makamlar dışındaki kişi ve kuruluşlara yaptığı, zorunlu olmayan, yargılamayı etkilemeyi amaç edindiği aşikâr olan, aleni açıklamaları bu suçu oluşturabilir.

Ancak bu maddenin avukatlar hakkında uygulanırken çok dikkatli olunması gerekmektedir. Zira korunmak istenen adil yargılama, avukatın ceza tehdidi altına alınması ile çok daha önceden ortadan kaldırılabilir.

SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ ENGELLENMESİ SUÇU

Av.Serdar Mermut*

ÖZET

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkan bu suç tipi ile Bireysel ve Kollektif sendika hakkı koruma altına alınmıştır. Madde ile çalışma hayatı bakımından son derece önemli olan sendikalara zorla üye olma, üyelikten ayrılma veya bu sendikaların faaliyetlerinin hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi gibi fiiller suç haline getirilmiştir. Özellikle İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu ile verilen bazı teminatların günümüz Türkiye'sinde sıklıkla keyfi uygulamalara maruz kaldığı düşünüldüğünde 118. maddeye yer verilmiş olması yerindedir. Ancak sendika kurma hakkının korunmamış olması önemli bir eksikliktir. Bu çalışmamızda yukarıda belirttiğimiz çerçevede 118. maddedeki bu suçun unsurlarını ve değerlendirmelerimizi ifade etmeye çalıştık.

ABSTRACT

In the Article 118 of New Turkish Criminal Code, the Individual and Collective Labor Rights are under protection with the new definition of crime. With this article, forcing employees to Labor Unions, which are very important with regard to labor life, as well as leaving membership of a Labor Union or illegally preventing operations of such unions are all crimes. Particularly some securities given through Labor Law and Unions Law frequently have been applied in Turkey discretionally, so enforcement of Article 118 is a right move. However, the union forming right has not been preserved, which is a deficient issue. In my study as I mentioned above I try to express the factors of the crime in the Article of the New Turkish Criminal Code and my evaluations regarding this crime.

Giriş

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'ndan farklı bazı yeni düzenlemelerin var olduğunu görmekteyiz. Bu düzenlemelerden biri de, "Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar" bölümündeki "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi" suçudur. YTCK'nın 118. maddesinde yer alan bu düzenleme ile Anayasa'nın 51., Siyasi ve Medeni Haklar Uluslar arası Sözleşmesi'nin 22. ve Sendikalar Kanunu¹'nin 31. maddesinde yer alan hakların ve teminatların korunması amaçlanmıştır.

TCK'nın 118. maddesinde bu suç şu şekilde düzenlenmiştir:

MADDE 118 - (1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan "bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü" korunmak istenmiştir.

I.Madde İle Korunan Hukuki Değer

Çalışanlar ve işverenlerin, çalışma ilişkilerinde ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi için işçiler ve işverenler tarafından meydana getirilen sendikalar ile konfederasyonların kuruluşu, teşkilatı, faaliyeti ve denetlenmesi

*Avukat, İstanbul Barosu

¹ 07.05.1983 tarih ve 18040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2821 sayılı Sendikalar Kanunu

esaslarını düzenleyen Sendikalar Kanunu mevcuttur. Yine İş Kanunu'nda da belirli bölümlerde iş ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından sendikalardan söz edilmektedir. Çalışma hayatı bakımından son derece önemli olan sendikalara zorla üye olma, üyelikten ayrılma veya bu sendikaların faaliyetlerinin hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi gibi fiiller madde ile suç haline getirilmiştir.

Anayasa'nın 51. maddesinde "Sendika Kurma Hakkı" başlığı altında çalışanlar ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin alınmaksızın sendika kurma, bunlara üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir. Yine maddede hiç kimsenin sendikaya üye olmaya ve üye olduğu sendikadan ayrılmaya zorlanamayacağı açıkça ifade edilmiştir. İşte TCK'nın 118. maddesindeki bu düzenleme ile korunan hukuki değer, kişinin sendikal hakkını kullanmaya yönelik özgürlüğüdür.²

Genel anlamda korunan hukuksal değerın sendikal hakların korunması olarak ortaya çıksa da, özelde, korunan değerin bireylerin sendika hakkı, sendikal özgürlükler ile kolektif anlamda sendikaların faaliyetleri olduğunu söyleyebilmek mümkündür. Bu bakımdan maddenin birinci fıkrasını kişilerin bireysel olarak sendikal haklarını -ki bunlar, sendikaya üye olma, ayrılma, sendikal faaliyetlere katılma şeklinde belirtilebilir-, ikinci fıkranın ise kolektif olarak sendikal faaliyetleri, sendikaların bir bütün olarak faaliyetlerini özgür bir ortamda yürütebilmeleri korumayı amaçladığı belirtilmelidir. Bu bağlamda TCK'nın 118. maddesinin sendikaya üye olmak veya olmamak, sendikanın faaliyetlerine katılmak, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlanmamak ve sendikanın faaliyetlerini serbestçe yerine getirebilmesini sağlama özgürlüklerini koruduğu görülmektedir.³

Ancak madde, Anayasa'nın 51. maddesinde belirtilen hakları koruma altına almış ise de, özellikle sendika kurma hakkının engellenmesi madde kapsamında değildir. Bu

² Meran, Necati, Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara,2006 s.397

³ Evik, Ali Hakan, "Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu", İstanbul Ticaret Üniversitesi, Sosyal Bilimler Dergisi, S.10.2006.2,s.203

bakımdan maddenin bu durumu da kapsar mahiyette düzenlenmesinin yerinde olacağı belirtilmiştir.⁴

II. Suçun Unsurları Bakımından Değerlendirilmesi

Sendika, işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzelkişiliğe sahip kuruluşlara denilir.⁵ TCK'nın 118. maddesinde, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sendikal haklarını korunduğu dikkate alındığında, suçun oluşumu için öncelikle, Kanun'da belirtilen şartlara uygun olarak kurulmuş bir sendikanın bulunması gerekmektedir. Her ne kadar kanun metninde sadece "sendika" tabiri kullanılmışsa da, en az beş sendikanın bir araya gelmesiyle oluşan konfederasyonları da bu madde kapsamında değerlendirmek gerekecektir.⁶ Hukuka aykırı bir biçimde oluşturulmuş, yasal şartları yerine getirilmeksizin kurulmuş bir sendika bakımından suçun oluşumu söz konusu değildir. Burada kanunkoyucu işçi veya işveren bakımından bir ayırım yapmamıştır.⁷

Suçun faili bakımından bir özellik aranmamıştır. Bu sebeple ceza sorumluluğu olan herhangi bir kişi bu suçun faili olabilecektir. Suçun mağduru, sendikaya işçi veya işverenlerin üye olması arasında bir fark gözetilmemesi sebebi ile hem işveren ve hem de işçi olabilecektir. İşveren, işçi sayılan kimseleri çalıştıran gerçek veya tüzelkişiyeye ve tüzelkişiliği olmayan kamu kuruluşları olarak tanımlanırken, işçi; hizmet akdine dayanarak çalışanlar ve Sendikalar Kanunu bakımından araç sahibi hariç nakliye mukavelesine göre esas itibariyle bedeni hizmet arzı suretiyle çalışmayı veya neşir mukavelesine göre eserini naşire terk etmeyi meslek edinmiş bulunanlar ve adi şirket mukavelesine göre ortaklık payı olarak esas itibariyle fiziki veya fikri emek arzı suretiyle - bu mukavelenin aynı durumdaki herkese fiilen açık olması kaydıyla - bir işyerinde çalışanlar şeklinde tanımlanmıştır. Bu bakımdan üye olmak veya olmamak fiilinin gerçekleşmesi öncelikle kişinin belirtilen sıfatlara haiz olmasına bağlıdır. Bu sebeple Sendikalar Kanunu'nun 21. maddesinde yazılı kimseler bu suçun mağduru olamayacaklardır. Bu bakımdan şartlarına göre kurulmamış

⁴ **Üzülmez**, İlhan, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hürriyet Aleyhine İşlenen Suçlar", Kazancı Hukuk Dergisi, S., Ocak 2005, s.109

⁵ 2821 sayılı Sendikalar Kanunu, madde:2

⁶ **Şen**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul,2006,s.486

⁷ **Şen**, s.486

sendika için veya bir sendikaya üye olma hakkı bulunmayan veya yönetiminde görev almayan mağdur açısından işlenemez suç durumu söz konusu olacaktır.⁸

Belirtmek gerekir ki, sendikaya üye olmak için kanunda yazılı şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna göre Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesindeki şartları taşımaksızın üye olunamayacaktır.

Sendikanın faaliyetleri yine Kanunu'nun 32. ve 33. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Üyenin bu maddelerde belirtilen çalışma hayatına ilişkin ve faaliyetler ile sosyal faaliyetlerine katılımının engellenmesine yönelik hareketler yaptırım altına alınmıştır.

Maddenin 1. fıkrasının özellikle bireysel sendika özgürlüğünün koruduğu dikkate alındığında, Sendikal Kanunu'nun 31. maddesindeki⁹ sendikaya üye olup olmama teminatının da hükümle birlikte güvence altına alındığını görmekteyiz.

⁸Şen.,s.490

⁹ **Sendikaya Üye Olup Olmama Hürriyetinin Teminatı:**

MADDE 31 -İşçilerin işe alınmaları, belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri veya belli bir sendikadaki üyeliği muhafaza veya üyelikten istifa etmeleri veya sendikaya girmeleri veya girmemeleri şartına bağlı tutulamaz.

Toplu iş sözleşmelerine ve hizmet akitlerine bu hükme aykırı kayıtlar konulamaz.

İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, işin sevk ve dağıtımında, işçinin mesleki ilerlemesinde, işçinin ücret, ikramiye ve primlerinde, sosyal yardım ve disiplin hükümlerinde ve diğer hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz.

Ücret,ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(Değişik 5. fıkra: 3449 - 25.5.1988) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin rızası ile iş saatleri içinde, işçi sendika veya konfederasyonlarının faaliyetlerine katılmalarından dolayı işten çıkarılmaz veya herhangi bir nedenle farklı muameleye tabi tutulamazlar.

(Değişik 6. fıkra: 4773 - 9.8.2002 / m.10 - Yürürlük m.13) İşverenin, hizmet akdinin feshi dışında, üçüncü ve beşinci fıkra hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere tazminata hükmedilir. Sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi halinde ise, **(Değişik ibare: 4857 - 22.5.2003 / m.118)** "İş Kanununun 18, 19, 20 ve 21 inci" madde hükümleri uygulanır. Ancak, **(Değişik ibare: 4857 - 22.5.2003 / m.118)** "İş Kanununun 21 inci" maddesinin birinci fıkrası uyarınca

ödenen tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamaz.

(Ek fıkra: 4773 - 9.8.2002 / m.10 - Yürürlük m.13) 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile 818 sayılı Borçlar Kanununa tabi olan işçiler ve tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ile **(Değişik ibare: 4857 - 22.5.2003 / m.118)** "İş Kanununun 18 inci" maddesinin birinci fıkrası uyarınca, aynı Kanunun **(Değişik ibare: 4857 - 22.5.2003 / m.118)** "18, 19, 20 ve 21 inci" maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçinin sendika üyeliği veya sendikal faaliyetlerden dolayı hizmet akdinin feshi iddiası ile açacağı davada, ispat yükümlülüğü işverende olmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun genel hükümleri uygulanır. İşçiye ödenecek tazminat miktarı için, altıncı fıkra hükmü esas alınır.

1. fıkrada yer alan hareketin cezalandırılması, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin sendikaya üye olması veya üye olmak istemesine rağmen belirtilen nedenlerle üye olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetlerine katılması veya katılmaktan vazgeçmesi ya da sendikadan veya sendikadaki görevinden ayrılması şartına bağlı değildir. Bu amaçlarla kişiye karşı cebir ve tehdit uygulanmış olması suçun oluşumu bakımından yeterlidir.¹⁰

1. ve 2. fıkrada suçun oluşumu bakımından cebir, tehdit veya hukuka yakırı bir davranışın bulunması gerektiği belirtilmiştir.

Madde metninde yer alan “Cebir” 108. maddenin gerekçesinde aynen şu şekilde belirtilmiştir: “ kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.¹¹ Belirtmek gerekir ki, fail tarafından kullanılan cebirin amaçlanan sonucu gerçekleştirecek ağırlıkta olması gerekmektedir.¹² Cebirin doğrudan doğruya mağdura yönelik olması suçun oluşumu için şart olmayıp, kişinin yakınına veya üçüncü kişiye yakın bir kimseye karşı olması durumunda da cebirden söz edilecektir. Böylelikle madde metninde belirtilen sendikal hakların kullanımının engellenmesi kişinin iradesinin fiziki kuvvet kullanılması suretiyle gerçekleşmesi halinde suç oluşacaktır. Fail, burada mağdura yönelik olarak mevcut veya olası direnmeyi kırmak, ortadan kaldırmak ve önlemek amacıyla önemli derecede fiziki bir kullanmaktadır.¹³

Maddede, belirtilen fiillerin kişinin direncini kırmak amacıyla kişiye yönelik her türlü zorlayıcı etki meydana getirilmesi bu kavram içinde değerlendirilmelidir. Ancak failin belirli bir sendikaya üye olmaya ve olmamaya veya o sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya yönelik zorlama yapmayıp, genel anlamda mağdurun sendikaya üye olması veya olmaması maksadıyla cebir ve tehdit kullandığında, 118/1. maddedeki suçun unsurlarının değil, 106. maddede belirtilen suçun oluşabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu suçun oluşumu bakımından, fail tarafından mağdurun belirli bir sendikaya üye olmaya veya

(Ek fıkra: 4773 - 9.8.2002 / [m.10](#) - Yürürlük [m.13](#)) İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre haiz olduğu bütün hakları saklıdır.

¹⁰ Meran, s.401

¹¹ Kazancı İçtihat Otomasyon CD

¹² Evik, s.208

¹³ Evik, s.208

olmamaya veya belirli bir sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya yönelik cebir ve tehditle zorlama yapılması gerekeceği ifade edilmektedir.¹⁴

Cebir, doğrudan doğruya mağdura yönelik olabileceği gibi, mağdurun bir yakınına karşı da kullanılabilirliği mümkündür. Ancak burada önemli olan, cebirin, suçu oluşturabilmesi bakımından belirli bir etki doğurabilecek düzey ve önemde olmasıdır.¹⁵

Diğer bir unsur ise engellemenin “tehdit” ile yapılmasıdır. “Tehdit” kavramından anlaşılması gereken ise kişinin bir saldırının veya kötülüğün meydana geleceği bildirilerek korkutulmasıdır.¹⁶ Tehdit hâlinde kişi, tehdit konusu tecavüzün ileride vuku bulacağı beyanıyla korkutulmuş, belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Tehdit edilen kişi, gerçekleşmesi tehdit edenin iradesine bağlı olan, mevcut veya ileride meydana gelecek zarardan kendisini veya başkasını kurtarmak amacıyla kendisine yaptırılmak istenen icrai veya ihmali bir harekette bulunmaktadır.¹⁷ Bu durumda kişinin sendikal haklarının kullanımının belirli bir şeyi yapma veya yapmama konusunda gelecekte bir saldırı veya kötülük geleceği gerekçesi ile korkutulmuş engellenmesi halinde fail hakkında 118. maddede yer alan düzenlemeye göre hüküm kurulacaktır.

Tehditte, cebirden farklı olarak, mağdur üzerinde doğrudan doğruya bir fiziki etki yaratılmamakta, mağdur kendisine veya bir yakınına saldırı geleceği düşüncesiyle korkutulmakta, bu korkunun etkisiyle failin istediği durumu meydana getirmek zorunda bırakılmaktadır. Burada da, tehdiye konu saldırının gerçekleşmesi suçun oluşumu için gerekli değildir, söz konusu saldırının gerçekleşme olasılığının objektif olarak var olması yeterlidir.¹⁸ Önemle belirtmek gerekir ki, işverenin, suçun korunan hukuki değerine ilişkin olarak ücret, prim, yemek konularında ayrımcılık yapılacağı ya da iş akdinin feshedileceği şeklindeki bir tehdidin de suçu oluşturacağı açıktır.¹⁹

Yine madde metninde “hukuka aykırı bir davranış” ile hakkın kullanımının engellenmesi halinde suçun oluşacağı belirtilmiştir. Hukuka aykırılık, işlenen ve kanundaki tarife uygun bulunan eyleme, hukuk düzeni tarafından, bu eylemin caiz sayılmaması ve bu

¹⁴ **Şen**, s.485

¹⁵ **Erem Faruk-Toroslu** Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2003,s.112

¹⁶ **Meran**, s.336

¹⁷ **Centel**, Nur-**Zafer**, Hamide-**Çakmut**, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giri, İsatnubl,2006,s.423vd

¹⁸ **Evik**,s.209

¹⁹ **Evik**,s.209

eylemin yalnız ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile ilgili çelişki ve çatışma halinde bulunması anlamına gelir.²⁰ Dolayısıyla söz konusu eylemin hukuka uygun olup olmadığı sadece ceza hukuku alanında değil tüm hukuk düzeni kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak doktrinde özellikle hile gibi ahlak dışı fakat hukuka aykırı olmayan hareketlerin bu suçun maddi unsurunu oluşturup oluşturmayacağı konusunda tartışma yaşanmaktadır.²¹ Bu bakımdan tespit edilmesi gereken sorunun “hukuka aykırı davranışın” kapsamı olduğu belirtilmiş, ceza hukukunda dar yorum dikkate alındığında, yapılabilecek geniş yorumların önüne geçebilmek bakımından her somut olayın meydana gelen zarar durumuna göre değerlendirilmesinin yapılması gerektiği ifade edilmiştir.²²

1. fıkrada yer alan suçun tamamlanması bakımından cebir veya tehdide maruz kalan kimsenin sendikaya üye olması veya olmaktan vazgeçmesi, sendikanın faaliyetleri içerisinde yer alması veya bu faaliyetlere katılmaktan vazgeçmesi veya sendikadaki görevinden ayrılması gerekmemektedir. Bu amaçlarla kişiye karşı cebir veya tehdit kullanılması halinde suç tamamlanmış olacaktır. Maddede belirtilen;

- sendikaya üye olmaya veya olmamaya
- sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya
- sendikanın veya sendikanın yönetimindeki görevinden ayrılmaya

Fiillerinin bu özel kastla gerçekleştirilmesi gerekir.

2. fıkradaki suçun tamamlanması de, sendikanın faaliyetlerinin cebir veya tehdit veya hukuka aykırı bir davranışla engellenmiş olması, sendikanın devam etmesi gereken faaliyetlerini yerine getirememiş olmasına bağlıdır. Bu bakımdan engelleme veya ortadan kaldırmak, sendikal faaliyetlerin tümüyle veya kısmen engellenmesi, engellemeye yönelik her türlü davranış ya da sendikanın faaliyetlerinin yapılabilmesi bakımından bir sınırlama ve ya zorlaştırma, 2. fıkradaki suçun maddi unsurunu oluşturacak nitelikte hareketlerdir.²³

²⁰ Kayıhan İçel-İzzet Özgenç-Adem Sözüer-Fatih S.Mahmutoğlu-Yener Ünver,Suç Teorisi,2.kitap, İstanbul, 1999,s.101

²¹ Tartışmalar için bkz.Evik,212

²² Evik,s.213

²³ Evik,s.211

Sendikaların ne tür faaliyetlerde bulunacakları Sendikalar Kanunu'nun 32. ve 33. maddelerinde ayrıntıları ile sayılmıştır. Buna göre sendikalar, Sendikalar, Toplu iş sözleşmesi akdetmek, Toplu iş uyuşmazlıklarında, ilgili makama, arabulucuya, hakem kurullarına, iş mahkemelerine ve diğer yargı organlarına başvurmak, çalışma hayatından, mevzuattan, toplu iş sözleşmesinden, örf ve adetten doğan hususlarda işçileri ve işverenleri temsilen veya yazılı başvuruları üzerine, nakliye, neşir veya adi şirket mukaveleleri ile hizmet akdinden doğan hakları ve sigorta haklarında üyelerini ve mirasçılarını temsilen davaya ve bu münasebetle açtığı davadan ötürü husumete ehil olmak, Grev veya lokavta karar vermek ve idare etmek gibi faaliyetlerde bulunabilmektedirler. Ayrıca yine sendikaların Çalıştırmayı doğuran hukuki ilişkilerde sosyal sigortalar, emeklilik ve benzeri hakların kullanılması ile ilgili olarak üyelerine ve mirasçılarına adli yardımda bulunmak, kanun ve uluslararası antlaşma hükümlerine göre toplanan kurullara temsilci göndermek, işçilerin veya işverenlerin mesleki bilgilerini artıracak, milli tasarruf ve yatırımın gelişmesine, reel verimliliğin artmasına hizmet edecek kurs ve konferanslar tertiplemek; sağlık ve spor tesisleri, kütüphane, basım işleri için gerekli tesisleri kurmak, işçilerin boş zamanlarını iyi ve nezih şekilde geçirmeleri için imkanlar sağlamak, herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile evlenme, doğum, hastalık, ihtiyarlık, ölüm, işsizlik gibi hallerde yardım ve eğitim amacıyla sandıklar kurulmasına yardımcı olmak ve nakit mevcudunun yüzde beşinden fazla olmamak kaydıyla bu sandıklara kredi vermek, herhangi bir bağışta bulunmamak kaydı ile üyeleri için kooperatifler kurulmasına yardım etmek ve nakit mevcudunun yüzde onundan fazla olmamak kaydıyla bu kooperatiflere kredi vermek, üyelerinin mesleki eğitim, bilgi ve tecrübelerini yükseltmek için çalışmak; teknik ve mesleki eğitim tesisleri kurmak, nakit mevcudunun yüzde kırkıdan fazla olmamak kaydı ile sını ve iktisadi teşebbüslere yatırımlar yapmak, üyelik şartı aranmaksızın, nakit mevcutlarının % 25'ini aşmamak kaydıyla ve yönetim kurulu kararıyla, ilgili bakanlıklara devretmek üzere eğitim, sağlık, rehabilitasyon veya spor tesisleri kurmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına ayni ve nakdi yardımda bulunmak, yurt içinde veya yurt dışında yangın, su baskını, deprem gibi tabii afetlerin vukuunda doğrudan veya yetkili makamlar aracılığıyla afet bölgesinde konut, eğitim, sağlık veya rehabilitasyon tesisleri yapmak veya bu amaçla kamu kurum ve kuruluşlarına ayni ve nakdi yardımda bulunmak gibi sosyal faaliyetleri de bu kapsamda sayılmalıdır. İşte maddede yer alan bu faaliyetlerin veya sendika yönetimi

tarafından kararlaştırılan faaliyetlerin cebir, tehdit veya hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi maddede tanımlanan suç oluşturacaktır.

2. fıkrada ki suçun, 1. fıkradaki suçtan farklı olarak bir zarar suçu olduğunu belirtmek gerekmektedir. Bu sebeple suçun tamamlanması somut olarak sendikal faaliyetlerin engellenmiş olmasına bağlıdır. Dolayısıyla suça teşebbüs mümkündür.²⁴ Söz konusu bu hareketlerin bir süreklilik arz etmesi halinde mütemadi suça ilişkin 43. madde hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

Bu fıkradaki suç, aynı zamanda manevi unsur yönünden de 1. fıkradaki suçtan ayrılmaktadır. 1. fıkradaki hareketlerin özel kastla meydana getirilmesi aranmakta iken, 2. fıkra bakımından failin genel kastla hareket etmesi yeterli olup, failin amacının bir önemi bulunmamaktadır.

Doktrinde, 118. maddede belirtilen cebirin kasten yarala suçunun nitelikli halini oluşturması durumunda ayrıca bu suçtan ceza verilip verilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar fikri içtima gereği faile ayrı bu suçtan ceza verilemeyeceğini belirtirken, diğer bir kısım yazarlar “istenmeyen neticeden sorumluluk ” kuralları gereği failin hem meydana gelen sonuçtan ve hem de 118. maddeden sorumlu olacağını ortaya koymuşlardır.²⁵

Madde ile sendikal hakların kullanımını cebir, tehdit veya hukuka aykırı bir davranış ile engelleyen kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, sendikal faaliyetlerin engellenmesi yaptırım altına alınmış ve belirtilen faaliyetlerin engellenmesi halinde kişi veya kişiler hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmedilebileceği ifade edilmiştir.

Aynı bölümde yer alan eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin engellenmesi, siyasi hakların kullanılmasının engellenmesi, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi ve konut dokunulmazlığı ihlal suçları bakımından TCK'nın 119. maddesinde nitelikli haller sayılmışken, sendikal hakların korunmasına ilişkin 118. maddenin, bu madde

²⁴ **Evik**,s.213

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Evik**,s.216

içerisinde kabul edilmemesi hatalıdır. Bunun sayma yöntemi sırasında unutulmuş olması ihtimali²⁶ değerlendirildiğinde, uygulanan bu nitelikteki durumlarda boşluk yaşanacağı kuvvetle muhtemeldir.

Sonuç

5237 sayılı YTCK ile kanuna giren suç tipinin düzenlenmesi son derece yerinde olmuştur. Özellikle Sendikalar Kanunu ve İş Kanunu'nda yer alan bazı teminatların bu şekilde müeyyideye bağlanması bazı keyfi uygulamaları önleyecek niteliktedir. TCK'nın bu maddesiyle birlikte Anayasa'nın 51. maddesinde kendisine yer bulan bireysel ve kollektif sendika özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi madde metninde özellikle sendika kurma hakkının yer almamış olması kanunkoyucunun bu konuda pek duyarlı davranmadığını ortaya koymakta, önemli bir eksikliği karşımıza çıkarmaktadır. Ancak tüm bu belirlemelere rağmen, sendikal özgürlüklerin ilk defa bir ceza kanunu ile koruma altına alınmış olması son derece önemli ve yerinde bir değişimdir.

²⁶ Evik,s.217

ÖZET – ABSTRACT

Çıkış noktası yukarıdaki vecize olan “in dubio pro reo” ilkesi, ceza yargılaması hukukunda ispat ve ispat külfetini ilgilendiren ve masumiyet karinesi ile birlikte anılan evrensel bir kuraldır.

Bu ilke, ceza yargılamasında ispat konusunda bir husus şüpheli kaldığında, sanık lehine sonuç çıkarmayı ve karar vermeyi gerekli kılan bir prensiptir. Buna göre; sanığın mahkûm edilmesi için, suçluluğu konusunda hâkime yüzde yüz kanaat gelmesi şarttır. Vicdanen kanaat getirecek olan hâkim, bu kanaati ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecek ve serbestçe takdir edecektir.

“Bir suçsuzun cezalandırılması yerine birkaç suçlunun cezasız kalması yeğdir.”

ŞÜPHEDEDEN SANIK YARARLANIR İLKESİ (IN DUBIO PRO REO)

Stj. Av. Nazan Altundere

1.GİRİŞ : “KARANLIK BİR ŞENLİK”

“Kükürt yakıldı, ama ateş o kadar harsızdı ki, yalnızca ellerinin üst derisi biraz zarar gördü. Sonra kollarını dirseklerine kadar sıvamış bir işkenceci, bu iş için özel olarak yapılmış yaklaşık bir buçuk ayak uzunluğundaki kerpetenle, önce onun sağ baldırını, sonra sağ kolunun iç kesimlerini, sonra da memelerini çekti. Bu işkenceci gürbüz ve güçlü olmasına rağmen, kerpetenin içine aldığı et parçalarını çekmekte çok zorlanıyordu; bunları kerpetenle iki üç kez

tutup büküyor ve kopardığı parçaların her biri altı liralık bir ekü büyüklüğünde bir yara açıyordu.”

“Atların her biri bir celladın yönetiminde olmak üzere, organları kendi doğrultularında bir kere çektiler. Bir çeyrek saat sonra aynı merasim tekrarlandı ve bir çok kez tekrarlanan denemeden sonra, sonunda atlar çekildi, yani sağ kola bağlı olanlar kafaya doğru, kalçaya bağlı olanlar da kollara doğru döndürüldü, böylece kolları eklem yerlerinden kopartıldı. Bu çekişler birçok kere başarısız bir şekilde tekrarlanmıştı. Kafasını kaldırıyor ve kendine bakıyordu. Kalçaya koşulan atların önüne iki tane daha bağlamak gerekmişti, bu da atların sayısını altıya çıkarıyordu. Gene başarı elde edilemedi.”

“İki veya üç denemeden sonra cellat Samson ve etlerini kopartarak çekmiş olanı ceplerinden birer bıçak çıkartarak kalçaları gövdeden ayırdılar; tam koşumlu dört at ise onlardan sonra iki kalçayı götürdüler, yani önce sağ taraf sonra da sol taraf; daha sonra kollar için omuzlara ve bacaklar için de kasıklara aynı şey yapıldı; hayvanların tüm gücüyle çekerek önce sağ, sonra da sol kolu kopartmaları için etleri neredeyse kemiklere kadar kesmek gerekti.”

“ mahkeme ilamının hükmü gereği her şey kül haline getirildi...gövdenin ve etlerin yanması akşamın on buçuğundan sonra ancak tamamlanabildi.”¹

Bu işkencenin tek amacı var: suçun herkesin önünde itiraf edilmesini sağlamak; 18. yüzyılda delillerin kraliçesi sayılan ikrarı elde etmek!

18. yüzyıl ortalarına kadar hiçbir hakka sahip olmayan sanığa, suçunu ikrar etmesi için uygulanan bu yaptırımları Beccaria şöyle yorumlamıştı : “bize korkunç bir suç olarak sunulan cinayetin soğukkanlılıkla ve pişmanlık duyulmadan işlendiğini görüyoruz.”²

18. yüzyılın ortalarına gelinceye kadar ceza muhakemesinin amacının sanığı cezalandırmak olduğu düşünüldüğünde; henüz yargılamanın başında sanığın suçlu olarak kabul edilip yargılamanın sanığı cezalandırmak için bir araç olarak kullanılması kabul edilebilir bir durumdu. Kanuni delil sisteminin kabul edildiği bu dönemde belli suçların ispatının belli delillerle yapılması gerekiyordu ve ispat yükü sanığın üzerinde olup ikrar,

¹ Foucault, Michel, Hapishanenin Doğuşu, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 3. baskı 2006, imge kitabevi, s. 35.

² Foucault, Michel, age s.41.

delillerin kraliçesi olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle de ikrarı elde etmek için yukarıda anlatılan işkenceler, kötü muameleler, manevi baskıların tümü geçerliydi ve 18. yüzyılın ortalarına kadar sanık hiçbir hakka sahip değildi.³

Dönemin ünlü düşünürleri sanığın suçluluğundan hareket eden ceza yargılamasını eleştirmiş ve daha liberal bir ceza yargılamasının da temellerini atmışlardır. Zira yaşadığı dönem içinde uygulanan işkenceyi oldukça sert biçimde eleştiren Beccaria, sanık haklarına ilişkin durumu şu şekilde değerlendirmiştir :

“Yargılamanın yürütülmesi sırasında sanığa yapılan işkence ulusların büyük çoğunluğunda kullanıla gelen bir zorbalıktır.

İşkence, suçluya kimi zaman bir suçu söyletmek, kimi zaman suçlunun düştüğü çelişkileri gidermek, kimi zaman suç ortaklarını ortaya çıkartmak, kimi zaman bir türlü ne olduğunu anlayamadığım şu doğaötesi ve akıl almaz arınma yöntemleriyle suçluyu aşığılanmışlık lekesinden sözde kurtarmak, kimi zaman da suçlanabileceği fakat henüz suçlanmadığı suçlarını öğrenmek amacıyla yapılır.

Yargıcın kararından önce bir insan suçlu (hükümlü) olarak adlandırılmaz.”⁴

1764 yılında “masumiyet karinesi”nden ve öneminden bahseden Beccaria, bu karinenin evrensel bir hukuk ilkesi olarak kabul edilme sürecinin 200 yıl yani iki asır süreceğini herhalde hiç tahmin etmemiştir.

İşkencenin sınır tanımadığı, vatandaşın masumiyetinin değil suçluluğunun esas olduğu ve “karanlık bir şenlik” olarak adlandırılan⁵ sanığın cezalandırılmasını esas alan bu evreye tepki de, yine dönemin kendi bağrında filizlenmiştir ve filizlenen bu yeni düşüncelere de “sanık hakları” denmiştir.

³ Memiş, Pınar, Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, Av. Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, İstanbul Barosu ve TCHD, 2007, s. 488, Becaria, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, çev. Sami Selçuk, imge kitapevi, s.76.

⁴ Beccaria, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, çev. Sami Selçuk, imge Kitabevi, 2004, s.85.

⁵ Foucault, Michel, age.

İşte geçen karanlık yüzyılların filizlendirdiği ve ceza yargılamasının vazgeçilmez temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen ilkelerden biri de “in dubio pro reo” (şüpheden sanık yararlanır) ilkesidir.

2. “IN DUBIO PRO REO”

I. Kavram

“Ceza yargılamasında amaç, maddi gerçeğin hiçbir kuşkuyla yer bırakmaksızın ortaya çıkarılmasıdır.”⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, ceza yargılamasının amacını böyle tanımlamıştır. Failin bir suç işleyip işlemediğine dair basit şüphe ile başlayan ceza muhakemesi süreci, failin suçu işlediğinin sübuta ermesi halinde mahkumiyet kararı verilerek tamamlanır. Bunun için de; mahkeme, sanığın kendisine isnat edilen fiili gerçekleştirmiş olduğunu, duruşmada tartışılmış olan delillere dayanarak ortaya koymak mecburiyetindedir. Eğer mahkeme, eylemi sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani bir kanaate varamıyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirmiş olduğunu delillere dayanarak vicdani kanaati ile söyleyemiyorsa, sanığın o fiili gerçekleştirmedeği kabul edilir. İşte bizi bu sonuca götüren ilke; ceza yargılaması hukukunda, “şüpheden sanık yararlanır” (in dubio pro reo) ilkesi olarak tanımlanmaktadır.⁷

II. Tarihsel Gelişimi

“In dubio pro reo” ilkesinin temelleri, diğer birçok hukuk kural ve ilkesinde olduğu gibi Roma Hukukuna dayanmaktadır. Zira “bir suçsuzun cezalandırılması yerine birkaç suçlunun cezasız kalması yeğdir” vecizesi de Roma İmparatoru Traianusa atfedilmiştir.

Ne yazık ki, bu vecize tarih içinde unutulmaya yüz tutmuş ve özellikle ortaçağ döneminde şüphenin tam yenilmemesi hali, sanığa eksik ceza vermek suretiyle geri dönmüştür. Kısacası tarihin karanlık dönemlerinde, sanık sandalyesine bir kere oturulduysa

⁶ YCGK. 8.7.1991, 1-200/231, YKD, Haziran 1992, s.91 vd.

⁷ Doğan Gedik, Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2004, sayı 3.

artık o sandalyeden ceza almadan kalkmak, ancak tanrının sevgili kulu olmakla açıklanabilirdi.

İşte karanlık insanlık tarihinin “köprüden önceki son çıkışı” ya da “emniyet sübabı” ya da “imdat freni” ve belki “acil durumlarda kırımız” penceresi olarak adlandırabileceğimiz Pufendorf, Grotius, Montesquieu, Rousseau, Volter, Beccaria ve Gramatica gibi büyük düşünürler bu karanlık dönemde insanlığın yardımına koşmuş ve “acil çıkış”ımız olmuşlardır.

Ve artık “in dubio pro reo” sahnededir, tabi bu ilkenin sahneye çıkışında yardımcı rollerde oynayan müdafilerin önemli katkıları da unutulmamalıdır. Zira müdafilerin önemi ve etkinliği arttıkça, şüphe kavramı davalarda daha çok işlenmeye başlanmış ve buna bağlı olarak zamanla, şüpheden sanığın yaralanacağı ilkesi ispat hukukuna yerleşmiştir. Artık çeşitli insan hak bildirilerinde yer almaya başlayan bu ilke, sonraları birçok anayasal metne de alınarak, evrensel bir hukuk kuralı haline gelmiştir.

III.Ceza Yargılaması Hukukunda “In Dubio Pre Reo”

Ceza yargılaması hukukunda masumiyet karinesinin unsurlarından ikincisi olan – birincisi susma hakkıdır – “in dubio pro reo” ilkesi, mahkumiyet için yeterli delil bulunmaması bir diğer ifade ile suçun unsurlarının ispata yetecek delilin olmaması halinde sanığın beraat edeceği görüşüne dayanmaktadır. Buradan çıkan sonuç, konunun ceza yargılamasında ispat ve ispat külfeti ile tam bağlantılı olduğudur. O halde ilkeyi iyi anlayabilmek için ceza yargılamasında ispatı ve masumiyet karinesi ile bağlantısını ortaya koymamız gerekir.

a. Ceza Yargılaması Hukukunda İspat ve İspat Külfeti

Ceza muhakemesi, maddi sorunun çözülmesi suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve ardından hukuki sorunun çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır⁸.

⁸ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1987, s. 212; Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s.68-69.

İspat konusu, ceza yargılamasının amacıyla sıkı bağlantı içindedir. Nitekim ispat, maddi olayın oluş biçiminin, bir diğer deyişle maddi sorunun çözülerek gerçeğe ulaşılmasıdır.

Maddi gerçeğe ulaşılması ise ancak delillerin toplanıp, suçun ispatlanması ile mümkün olacaktır. Suçun fail tarafından işlendiğinin ispatlanması halinde mahkumiyet kararı, işlemediğinin ispatı halinde ise beraat kararı verilecektir. Peki maddi gerçeğe ulaşılabilmesi, maddi sorunun çözülmemesi halinde ne olacaktır? Bu durumda da beraat kararı verilecektir. Çünkü şüpheden sanık yararlanacak ve beraat ettirilecektir.

Burada sorulması gereken esas soru ceza yargılamasında maddi gerçeğe ulaşmak için ispat külfetinin kimin üstünde olduğudur. Zira öğretide bu konuda bir takım tartışmalar mevcuttur.

İspat külfeti, muhakeme hukuku terimi olarak, yargılamada belirli bir olgunun ispatının yargılamanın hangi tarafınca yerine getirileceğini düzenleyen bir kavramdır⁹. Bu konuya ilişkin öğretide farklı görüşler mevcuttur. Faruk Erem'e göre ispat külfeti itham edene ait iken, Feyzioğlu'na göre savcıya aittir. Kunter, Yenisey, Yurtcan, Öztürk'e göre ise ceza yargılamasında ispat külfeti bulunmamaktadır. Bu görüşe göre, hakimin resen araştırma yapma yetkisi ve savcının sanık lehine delil toplama yetkisi nedeniyle ceza yargılamasında ispat külfeti bulunmamaktadır.

Kanaatimce ceza yargılamasında ispat külfetinin bulunup bulunmadığı tartışması sanık haklarının en başında gelen "susma hakkı" ile yakından bağlantılıdır. Daha önce de değindiğim üzere, "masumiyet karinesinin" iki unsurundan birini teşkil eden "susma hakkı", sanığın, suçu ispatlanıncaya kadar masum olduğu varsayımından ileri gelmektedir. Bir başka deyişle sanık ya da şüpheli itham edildiği suçu işlemediğini ispatlamak zorunluluğundan kurtarılmıştır. Ceza yargılamasında ispat ile ilgili bir kavram olan karine, bir "normal"i ifade etmektedir. Gerçekten, kişi için asıl olan suçsuzluktur; suç işleme "anormal" yani istisnadır ve mutlaka tüm şüphelerden sıyrılmış bir şekilde ispatlanması gerekir. Şu halde sanık için önemli bir güvence oluşturan suçsuzluk karinesinin ceza davasındaki asıl sonucu ve uygulama alanı aslında ispat yükümüne ilişkindir: Bir suç işlendiği iddiasını ispatlamak makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde iddia edene (katılan ve savcılığa) aittir. Kural olarak sanık

⁹ Yurtcan, Erdener, age s. 223.

suçsuzluğunu ispatla yükümlü değildir. Şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi, bu ilkenin doğal bir sonucu olmaktadır.¹⁰

Anglo – Amerikan hukuk sisteminde bu sorun çözülmüş görünmektedir. Zira, jüri sistemini kabul eden bu ülkelerde, yargıç sadece oyunun kurallara göre oynanıp oynanmadığını denetlemekte, iddia makamı ile savunma makamı oyunun başrollerini paylaşmakta ve jüri oyunu kimin kazandığına karar vermektedir. Anglo – Amerikan hukuk sisteminde ispat külfeti itham edendedir.

b. İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe

İspat için yenilmesi gereken şüphe, tasavvuru mümkün her türlü şüphe değil, sadece, doğru olabileceğine dair akla ve mantığa uygun gerekçe gösterilebilen şüphe. Başka bir ifadeyle, vicdani kanaate ulaşılrken yenilmesine çalışılan şüphe, gerekçeye dayanan şüphe. Gerekçeye dayanan şüphe de, mümkün olan değil, muhtemel bulunandır. Yani, akıl ve mantık kullanılarak ve dolayısıyla tecrübe kurallarından yararlanılarak gerçek olma ihtimalinin bulunduğu ortaya konulabilen şüphe¹¹.

IV. “In Dubio Pro Reo” İlkesinin Pozitif Hukuktaki Temelleri

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi ne uluslar arası düzenlemelerde ne de ulusal düzenlemelerde açık bir şekilde yer almaktadır. In dubio pro reo'nun, masumiyet karinesinin özel bir görünümü olduğu düşünüldüğünde, bu ilkeyi düzenleyen hükümlerle yasal dayanak bulunduğu söylenebilir. Yargılamanın sonuna kadar sanığın masum sayılacağını belirten bu ilke, 1215 Magna Carta ile ortaya çıkmış, 1789 “İnsan ve Vatandaşlık Hakları Beyannamesi” ile açıkça ifade edilmiştir. Daha sonra, 1945 yılında “İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi”nin 9. maddesinde ifade edilen masumiyet karinesi, 1950 yılında imzalanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinin 2. fıkrasında yerini almıştır. Türk hukukuna, 1954 yılında İHAS'ın onaylanması ile giren masumiyet karinesi, 1982 Anayasasının 15. maddesinin son

¹⁰ GÖZÜBÜYÜK-GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması, 4.bası, Ankara 2003, s.296.

¹¹ Feyzioğlu, Metin age, s. 185, 191.

cümlesinde ve 38. maddesinin 4. fıkrasında yer almıştır. Böylelikle in dubio pro reo zımnen de olsa Türk Hukukundaki yasal yerini almıştır.¹²

Türk Ceza Yargılamasında in dubio pro reo'ya, 1412 sayılı CMUK m.254 ve 260, 5271 sayılı CMK m.217 ve 230. maddeleri ile ulaşabilmekteyiz. Her ne kadar açık şekilde ilkenin kendisi yazılmış olmasa da, ilgili madde metinleri mahkumiyet kararı için şüphenin yenilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu da bizi in dubio pro reo'ya götürmektedir.

Türk doktrini ve Yargıtay kararlarında da in dubio pro reo'ya sıklıkla yer verildiğini görmekteyiz:

- Bilindiği üzere “masumiyet karinesi”, bir kimsenin suçlu olduğu hükmen sabit oluncaya kadar suçlu sayılmasına ve bu yönde bir muamele görmesine engel olan çok önemli bir ceza yargılaması hukuku ilkesidir. Bu ilke, hâkimlerin keyfilğine ve sanıkları muhakkak suçlu görme ve cezalandırma eğilimlerine karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır¹³
- Şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi de, masumiyet karinesinin uzantısı olan evrensel bir kuraldır. Bu ilke, ceza yargılamasında ispat konusunda bir husus şüpheli kaldığında sanık lehine sonuç çıkarmayı ve karar vermeyi gerekli kılan bir prensiptir. Buna göre, sanığın mahkûm edilmesi için, suçluluğu konusunda yargıca yüzde yüz kanaat gelmesi şarttır¹⁴.
- İlke, sanığın fiilinin ispatı bakımından uygulanır. Uyuşmazlık çözüldükten ispat bakımından bir eksiklik kaldığında, bu konuda şüphe bulunduğu, daima sonuç sanık lehine olmalıdır. Gerçekten, Ceza Muhakemesinde ispat, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği konusunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin faaliyetidir. Burada, "inandırmak" yetmeyip, "tam bir kanaate ulaşma" aranır¹⁵.
- Eldeki delillere göre, ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkumiyet kararından söz edilemez. Her Hukuk Devletinde kabul edilen ve masumiyet karinesi ile sıkı bir ilgisi bulunan ilkeye göre, yapılan ceza muhakemesinin sonunda fiilin sanık

¹² Memiş, Pınar, age s.489.

¹³ Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, İstanbul 1989, s. 24.

¹⁴ Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 5.bası, İstanbul 1996, s.52.

¹⁵ Öztürk Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku,1994 s.304.

tarafından işlendiği yüzde yüz ve kesin bir belliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir¹⁶.

- Hâkim sübut bakımından bir kanaate varamazsa, yani şüphesini % 100 yenemezse, o hususu sabit olmamış addedecek ve sabit olmamanın sonuçlarına karar verecektir. Bu prensip ceza muhakemesinde şüpheden sanık faydalanır (in dubio proreo) şeklinde ifade edilmektedir.....Çağdaş hukuk tam inancı ve dolayısıyla mahkûmiyete yeter delil bulunmaması halinde beraat kararı verilmesini kabul etmiştir.....Bu prensip daima sanık lehinedir. Zira bu prensip, sanığın ancak ispat edilen hususlardan sorumlu tutulabileceği manasındadır¹⁷.
- Mahkeme sanığı ancak onun suçluluğundan emin olması halinde mahkûm edebilir. Mahkeme, sanığın suçu işleyip işlemediği konusundaki kuşkusunu yenemezse sanığı beraat ettirmelidir. Buna, şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi denir¹⁸.
- Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bin masumun mahkûm olmasına tercih edilmesidir. Ayrıca, ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğuna göre, bu araştırmada yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Aksi halde bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, Ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır; Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde mahkûmiyet kararından söz edilemez¹⁹.
- Şüphenin yenilmesi gerektiği halde bunun başarılmadığı her durumda, şüpheden sanık yararlanmalıdır. Bu zorunluluk, şüpheden sanık yararlanır ilkesi ile ifade edilir²⁰.
- “ Duruşmada ret ve inkâr ettiği hazırlık ifadesinden başka hakkında yeterli delil olmayan sanık Hasan’ın beraatına karar verilmesi gerekir” (9.CD, 5.3.1993, E.1993/90, K.1993/1186, Kazancı otomasyon programı)

¹⁶ Anayasa md.38/4, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi md.11, İnsan Hakları Avrupa sözleşmesi md.6/2.

¹⁷ Kunter-Yenisey Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku Beta Yayınevi 1998 S.548-549.

¹⁸ Centel-Zafer Ceza Muhakemesi Hukuku Beta Yayınları 2003 s.536.

¹⁹ Öztürk, Bahri, a.g.e, s.86,87.

²⁰ Feyzioğlu, Metin age, s.213-218.

- “Kuşkunun sanık yararına kabulü gerekir” (5.CD, 13.12.1988, E.1988/4119, K.1988/7624, Kazancı otomasyon programı)
- “Çalınan paranın kesin miktarı saptanamıyorsa, “şüpheden sanık yararlanır” kuralına uyularak değer pek hafif olarak kabulü gerekir”(6.CD,23.1.1990,E.1989/9436, K.1990/246, Kazancı otomasyon programı)
- “ ...Bu nedenle, yükletilen suçu işlediğine ilişkin hakkında inandırıcı deliller bulunmayan sanığın aksi kanıtlanmayan ikrara yönelik savunmalarına itibar edilmesi gerekirken,...bazı varsayımlara dayanılarak mahkumiyetine karar verilmesinde isabet görülmemiştir” (CGK, 20.5.1991, E.1991/1-131, K.1991/166, Kazancı otomasyon programı)
- “ ...Usul Yasası, varsayıma hiçbir surette yer vermemiştir. Hükümlülük kararlarının, kesin ve yeterli kanıtlara dayandırılması gerekir. Olayımızda ise sanığın üzerine atılan suçu işlediğine dair hükümlülüğüne yeter hiçbir delile rastlanmamıştır... Bir kere daha vurgulamak gerekir ki, tahmin ve varsayım mahkûmiyete esas alınamaz ” (CGK, 30.1.1984, E.1983–3–370, K.1984/43, Kazancı otomasyon programı)
- “Mağdur, senetteki imzanın kendisine ait olduğunu, senedin 1200 lira olarak düzenlendiğini beyan ederken, Adli Tıp Kurumu Garofoloji Şubesi raporlarında bonodaki imzanın sahte olduğu ve 2000 lira olarak düzenlenen senedin tahrif edilerek 12000 liralık senet haline getirildiği bildirilmektedir. Tanıklar da senedi mağdurun imzaladığını söylemektedirler. O halde ortada kuşkulu bir durum vardır. Kuşkudan sanığın yararlanacağı ceza hukukunun genel ilkesidir. Bu itibarla sanığın beraatine ilişkin direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir” (CGK,8.2.1988,E.1988/6–561,K.1988/21, Kazancı otomasyon programı)
- “ Amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olan ceza yargılamasının en önemli ilkelerinin birisi olan” kuşkudan sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesinin özü, ceza davasında sanığın cezalandırılması bakımından taşıdığı önemden dolayı göz önünde tutulması gereken herhangi bir meselede baş gösteren kuşkunun, sanığın yararına değerlendirilmesidir. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda kuşku

belirmesi halinde uygulanacağı gibi, dava koşulları bakımından da geçerlidir. Bunun gibi, sanık hakkında cezai kaldıran veya hafifleten nedenlerin bulunup bulunmadığı hususlarındaki kuşku da sanık lehine hüküm vermeyi gerektir..” (C.G.K. 18.11.2003 gün ve 2–262/277 Mater Kaban, Halim Aşaner, Özcan Güvener, Gürsel Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları Eylül 2001 – Temmuz 2004 Adalet Yayınevi Ankara s.556 vd.2004)

- “Soruşturma sırasında sanık Çetin’in sanık Zarifa aleyhinde görgü harici duyumlara dayalı açıklamalar yaptığının anlaşılmasına göre; sanık Çetin tarafından sekreter masasının çekmecesine konulan paranın müştekiden sanık Zarifa’nın isteği üzerine alındığına ve her iki sanık arasındaki iş birliğini ortaya koyan, savunmanın aksini kabule yeterli kuşkudan arınmış, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, sanık Zarifa’nın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi,..... kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden ötürü..... BOZULMASINA 09.05.2007 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” (5 CD. 2007/127 E., 2007/3468 K. 09.05.2007²¹)

V. In Dubio Pro Reo İlkesinin Kapsamı

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi, sadece maddi sorun bakımından geçerli olan ve temel olarak sanığın fiilinin ispatı konusundaki şüpheyi sanık lehine sayan bir ilkedir. Suçun ispatı içinse kararı verecek olan makamın şüphesini yenmesi zorunludur. Yetkili makamın şüphesini yenmesi, sanığın suçlu veya suçsuz olduğu konusunda vicdani kanaat ölçütünün tatmin edilmesine bağlıdır²².

Vicdani kanaate ulaşması için yetkili makamın şüphesini yenmesi gerektiğinden, yenilmesi gereken şüphe öncelikle; suçun unsurlarına ilişkin delillerin, sonrasında ise şiddet sebeplerine ve indirim sebeplerine ilişkin delillerin, maddi olay niteliğindeki hukuka

²¹ Av.Şeref Dede’nin arşivinden alınmış olup yayımlanmamış Yargıtay kararıdır.

²² Feyzioğlu, Metin, age, s. 70-71.

uygunluk sebepleri ile cezalandırılma şartlarının varlığına ilişkin delillerin değerlendirilmesine ilişkin olacaktır.²³

Vicdani kanaatten söz edip de, Beccaria'nın bu konuya ilişkin düşüncelerine değinmeden geçmeye vicdanım el vermediğinden, şu kısa alıntıyı da ilginize sunmak isterim : “varlığı kuşku götürmeyecek biçimde kesin ve bu yüzden de cezaya müstahak suçlar konusunda olasılıktan söz ettiğimin bilincindeyim. Zira manevi kesinlik (kesin vicdani kanı) sadece bir olasılıktan başka bir şey değildir. Gerçekten de, bu öyle bir olasılıktır ki, “kesin kanı” olarak adlandırılmaktadır. Ancak böyle düşünülünce, düşünen için tuhaf görünen çelişki de (paradoks) ortadan kalkmış olmaktadır. Çünkü sağduyulu her insan, her kurgudan önce tavır alma zorunluluğundan doğan ve her tür kurguyu önceleyen bir alışkanlıkla ona razı olmuştur. O yüzdendir ki, bir insanın suçlu olduğunu ortaya koymak için gerek duyulan söz konusu manevi kesinlik (kesin vicdani kanı) her insanın yaşamında karşılaştığı en önemli işlemlerinden biridir. Zira bir insan yazgısını belirlemektedir, bu işlem.”²⁴

VI. Bir Uygulamacının Gözünden Türkiye’de “ In Dubio Pro Reo”

Türkiye’de “in dubio pro reo”nun uygulanmasına ya da uygulanmamasına ilişkin olarak, ceza hukuku alanında uzmanlaşmış, Türk Ceza Hukuku Derneği üyelerinden İstanbul Barosu’na bağlı Av. Şeref Dede’nin düşünceleri dikkat çekmektedir:

“In Dubio Pro Reo veya kuşkudan sanığın yararlanacağı ilkesi ile ilgili olarak uygulama açısından şunu söyleyebilmek mümkün;

2007 yılındayız yani öncesini saymazsak milattan sonra bu güne kadar 2007 yıllık bir hukuk mücadelesi ve ortak akla ulaşma çabası geçmiş.

²³ Gedik, Doğan, age, s.11.

²⁴ Beccaria, Cesare, age s. 76.

Örnekleri sunulan ve başkaca binlercesi olan davalar yaşanmış, Galileo'yu unutmadan.

Teori yani bilimsel olarak mesele çözülmüş durumda, bilimsel eserlerde konu ayrıntılarıyla incelenmiş ve ortak bir sonuca da varılmış gerçekten de teorik olarak “şüpheden sanık yararlanır.”

Uygulama iki ayaklı; biri ilk derece mahkemesi yani mahal mahkemesi olayı yargılayan ve hüküm kuran mahkemeler, diğeri temyiz incelemesi yani Yüksek Mahkeme bizde Yargıtay şimdi İstinaf mahkemeleri de olacak.

Temyiz Mahkemesi açısından da “şüpheden sanık yararlanır.” Çok sayıda içtihadında bu ilke uygulanmış durumda ve ilk derece mahkemelerinin kararları bu yönüyle bozuluyor.

Ancak ilk derece mahkemeleri bakımından “şüpheden sanık yararlanır ilkesi “nedense teorinin ve Yüksek mahkemenin içtihatlarına rağmen, özellikle son zamanlarda “ şüphe varsa sanık aleyhine yorumlanır” şekline dönüşmüş durumda.

Bu yönüyle şüpheden sanık yararlanır ilkesinin teorik olarak çok iyi ifade edilmesi temyiz Mahkemesi içtihatlarında yerini bulması ilk derece mahkemelerinin uygulamalarına yansımıyor. Yargıç ya da yargıçlar bir şekli ile şüphelerini yeniyor ve hükmü kuruyorlar. Bunun adı da delillerin serbestçe takdiri sisteminde vicdani kanaate varmak oluyor. Oluyor mu? Olmuyor mu bilinmez.

Bunu zaman gösterecek, belki zamanla ilk derece mahkemeleri açısından da “şüpheden sanık” yararlanacak, ya da ilk derece mahkemesi yargıçları yüksek mahkemeye yargıç olacaklar ve içtihatlar değişecek. Bekleyip ya da mücadele edip göreceğiz.”

3. İKİ DAVA

Şimdiye kadar teknik yönüyle incelediğimiz in dubio pro reo'nun, uygulanmadığı dönemlerde ortaya çıkan trajedileri sadece teknik değil insani yönüyle de görmek gerekir. Uygulamada kanunların konuluş amacının adalete yani en temel insani ihtiyaca hizmet ettiği zaman zaman unutulmaktadır. İşte bu nedenle inceleme konusu in dubio pro reo ilkesinin uygulanmadığı davalarda nasıl bir insanlık trajedisine yol açıldığını, dünya tarihini yakından

ilgilendiren Dreyfus Davası ve Türkiye’yi derinden etkileyen Erdal Eren davaları ile yakından inceleyelim.

a. Dreyfus Davası

Fransız genelkurmayında görev yapan Yüzbaşı Alfred Dreyfus, Alman Askeri Ataşesi Von Schwartzkoppen’e bazı gizli askeri belgeleri gönderdiği gerekçesiyle tutuklanır.

Dreyfus daha yargılanmadan Fransız basını hükmünü vermiştir. La Libre Parole (Özgür Söz) adlı gazete, Dreyfus’un “suçlu” olduğunu kışkırtıcı ve anti-semitist duyguları körükleyici bir şekilde ilan eder. Elde yeterli delil olmamasına karşın kamuoyunun beklentilerini karşılamak üzere Dreyfus’la ilgili adli soruşturma açılmasına karar verilir.

“Paris Birinci Savaş Konseyi” adındaki askeri mahkeme, 1894 yılının Aralık ayında Dreyfus’u yargılamaya başlar. Suçlama için ortada tek delil vardır. O da Alman Askeri Ataşesi’nin çöp sepetinde bulunan ve Dreyfus’un el yazısına benzeyen bir yazıyla kaleme alındığı ileri sürülen belgedir. Dreyfus, bu belgedeki yazının kendisine ait olmadığını söyler, ancak buna kimseyi inandıramaz. Çanlar Yüzbaşı Dreyfus için çalmaya başlamıştır bile. Fransız adaletinin bu Yahudi’ye haddini bildirmesi için gereken her şey hazırlanır. Savaş Bakanı General Mercier, istihbarat servisinin Dreyfus hakkında hazırladığı “gizli dosya”yı, sanığın ve savunma avukatının haberi olmadan gizlice askeri yargıçlara gönderir. Yargıçlar da savunma hakkını ve muhakeme usulünü hiçe sayan bu durum karşısında üç maymunu oynarlar. Ve 22 Aralık 1894 tarihinde askeri mahkeme kararını açıklar. Dreyfus yedi yargıcın oybirliğiyle ihanet suçundan mahkum edilir. Dreyfus’un rütbesinin geri alınmasına ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılmasına karar verilir. Temyiz başvurusu da sonuç vermez.

5 Ocak 1895’te askeri okulun avlusunda Dreyfus’un rütbesi sökülür. Yüzbaşının suçsuz olduğunu haykıran çığlıkları Paris semalarında yankılanır. Dreyfus cezasını çekmek üzere Güney Amerika sahillerine yakın bir yere, Şeytan Adası’na götürülür. Yüzbaşı Dreyfus, Şeytan Adası’nda hapis ve sürgün cezasını çekerken, Fransa’da müthiş bir mücadele başlar. Dreyfus’un suçsuz olduğuna inananlarla Dreyfus üzerinden Yahudi düşmanlığını pekiştirenler arasında yaşanan bu savaşa ordu, meclis, hükümet, basın ve aydınlar da müdahil olur.

Genelkurmay basınla işbirliği halinde Dreyfus’un suçsuz olduğunu ispatlayacak

girişimlerin önünü kesmeye çalışır. Mahkumiyete dayanak teşkil eden belgedeki (çizelge) el yazısının gerçekte başka birisine ait olduğunu ileri sürenler sürgüne gönderilir ve cezalandırılırlar. Nitekim Dreyfus'un mahkum olmasından iki yıl sonra askeri istihbaratın başına geçen Binbaşı Georges Picquart, Dreyfus dosyasını ayrıntılı bir şekilde inceledikten sonra gerçek suçlunun, çizelgeyi kaleme alan Walsin Esterhazy adındaki subay olduğunu belirtir. Picquart, Dreyfus davasının yeniden görülmesi gerektiğini savununca kendisini Tunus'a sürgüne gönderilmiş olarak bulur. Bu arada suçlanan Esterhazy de askeri mahkemede beraat eder. Dreyfus savaşı o kadar kızıışmıştır ki, dönemin Savaş Bakanı Cavaignac, aralarında Zola'nın da bulunduğu belli başlı Dreyfusçuların, devletin güvenliğini tehlikeye atmaktan ve anayasal düzene karşı komplo düzenlemekten dolayı Yüce Divan'da yargılanmalarını dahi talep eder (Bkz. E.Zola, Dreyfus Olayı, Türkçesi: M.Tuncer, Yalçın Yayınları, 1998, s. 20). Diğer yandan, Dreyfus'un suçsuz olduğunu savunan yazarlar da cezalandırılmaktaydı. Émile Zola, Esterhazy'yi beraat ettiren yargıçların ordudan bu yönde emir aldıklarını yazınca 1 yıl hapis ve 3.000 frank para cezasına çarptırılmıştı. Zola, bunun üzerine İngiltere'ye gitmiş ve hakkında af çıkıncaya kadar da Fransa'ya dönmemiştir.

Bir süre sonra olaylar Dreyfus'un lehine gelişmeye başlar. Dreyfus'un mahkumiyetinde kullanılan belgelerin askeri istihbaratta görevli bir albay tarafından düzmece bir şekilde hazırlandığı ortaya çıkar. Adı geçen albay intihar eder. Askeri mahkemenin beraat ettirdiği Esterhazy de Dreyfus'un mahkum olmasına neden olan çizelgeyi kendisinin yazdığını itiraf eder ve İngiltere'ye kaçır. Bu olaylar üzerine Dreyfus davası yeniden başlar. 9 Eylül 1899 günü askeri mahkeme, adli hatayı kabul etmek yerine, Dreyfus'u bu kez hafifletici nedenleri dikkate alarak on yıl hapse mahkum eder. Dreyfus yeniden Şeytan Adası'na gönderilir. Ancak, çok geçmeden Fransa Cumhurbaşkanı, Dreyfus'u affettiğini açıklar. Dreyfus'un tam olarak aklanması ise 1906'da yeniden yargılanması ile mümkün olur. Tam on bir yıl önce askeri okulun bahçesinde apoletleri sökülen Dreyfus için aynı yerde yeni bir tören düzenlenir ve kendisi bölük komutanı olarak binbaşı rütbesiyle yeniden orduya alınır. Dreyfus'a ayrıca askeri onur (Legione d'honneur) nişanı verilir. "Yaşasın Dreyfus!" diye bağırarlara şöyle cevap verir : " hayır yaşasın hakikat!"

Dreyfus'un suçsuzluğu 1930 yılında iyice pekişir. Askeri bilgileri kendisine sızdırdığı iddia edilen Alman Schwartzkoppen'in günlüğü yayınlandığında gerçek bir kez daha ortaya çıkar. Ancak, Fransız ordusunun bu gerçeği kabul etmesi neredeyse yüz yıl alır. 25 Eylül 1995 tarihli Time dergisinde, Fransız ordusunun aradan yüz yıl geçtikten sonra ilk kez kamuoyu

önünde Dreyfus'un suçsuzluğunu resmen ilan ettiğine dair bir yazı yayınlanır. Fransız ordusunda üst düzey bir komutan olan General Jean-Louis Mourrut, ilk kez kamuoyuna Dreyfus'un suçsuz olduğunu ve ordunun yanlış yaptığını açıklamıştır.²⁵

b. Erdal Eren Davası ve Bir Hakimin İtirafı

Erdal Eren Davası ile ilgili olarak 12 Eylül 2007 tarihli Hürriyet Gazetesi'nde çıkan haberi aynen aktarıyorum:

“Eren'in er Zekeriya Önge'yi kasten öldürdüğüne dair vicdani kanaatim yoktu. Eren önden ateş etmiş, asker sırtından vurulmuştu. Kurşunun da o tabancadan çıktığına dair kanıt yoktu.”

30 Ocak 1980... Sağ sol çatışmasının doruk noktasına çıktığı, sıkıyönetim günleri... Yurtsever Devrimci Gençlik Derneği üyesi ODTÜ öğrencisi Sinan Suner, MHP'li Bakan Cengiz Gökçek'in koruması Süleyman Ezendemir tarafından öldürülünce olaydan 2 gün sonra bir protesto gösterisi yapılır. Göstericiler ile askerler arasında çıkan çatışmada er Zekeriya Önge ölürken, Erdal Eren 24 kişiyle gözaltına alındı. Bundan sonra tarihin belki de en hızlı yargılama süreci yaşandı ve Erdal Eren 19 Mart 1980'de idama mahkum edildi. Eren 13 Aralık 1980'de Ankara Merkez Cezaevi'nde idam edildi. Yakın tarihimize damga vuran olayın perde arkasını emekli Hakim Ahmet Turan şöyle anlattı:

İdam kararını iki kez bozduk

Erdal Eren davası 12 Eylül'den önce başlamıştı ama sıkıyönetim ilan edildiği için sıkıyönetim mahkemeleri vardı. Erdal Eren, sıkıyönetim mahkemesinde yargılanıyordu. Mahkeme, Erdal Eren'in inzibat eri Zekeriya Önge'yi bilerek, kasten, taammüden öldürdü diye idama mahkum etti. Avukatlar kararı temyiz etti ve dosya bize geldi. Ben raportör olarak atandım. Dosyayı inceledim ve diğer üyelere anlattım.

Erdal Eren'in eri kasten, bilerek öldürdüğü noktasında bir delil yoktu ve 15 Temmuz 1980'de kararı 2 muhalif oya karşı 3 oyla bozduk. Bozma kararımız üzerine dosya tekrar sıkı yönetim mahkemesine gitti. Yeniden yargıladılar Erdal Eren'i... Tekrar idama mahkum edildi. Temyiz edildiği için tekrar bize geldi. Yaptığımız inceleme sonunda 28 Ekim 1980'de kararı

²⁵ Arslan, Zühtü 27.04.2006 Zaman Gazetesi.
<http://www.savaskarsitlari.org/arsiv.asp?ArsivTipID=1&ArsivAnaID=32655>

tekrar bozduk. Askeri Yargıtay Başsavcılığı kararı “onayın” diye bize göndermişti ama biz kararı yine yetersiz bulduk.

Kurşunlar incelenmedi

Ben idam kararına karşı çıktım. Çünkü Erdal Eren ifadesinde diyor ki; “İnzibat askerleri üzerime doğru gelirken panikledim ve ateş ettim. Askerlerin hepsi benim hedef menzilim içindeydi. Yedek şarjörüm, tabancamda daha 5 tane mermi vardı. Eğer öldürme kastıyla hareket etmiş olsaydım bunların hepsini kullanırdım. Askerler üzerime gelince ben gelişi güzel ateş ettim” diyor. Burada çok hassas bir nokta var; Vurulan erin cesedinden çıkarılan mermi çekirdeği ile sanığın tabancasından çıkan mermi çekirdeklerinin doğru dürüst mukayesesi yapılmadı. Olay yerinde iki tabancaya ait boş kovanlar bulunuyor ama onların Adli Tıp’a gönderilip mukayesesi yapılmadı. Eri vuran kurşun yüzde 100 Erdal’ın tabancasından çıktı diye bir şey yok dosyada. Çünkü incelenmemiş.

Provokasyon olabilir

En önemlisi; Erdal Eren girdiği bir evin bahçesinde sinmiş bir yere. Askerler geliyor. Elinde de kendi tabancası var, gelişi güzel ateş etmiş. Diyelim ki gelen askerleri hedef gözeterek ateş etti. Üzerine gelen askerlerden biri öldüğüne göre göğsünden yara alması lazım. Halbuki vurulan asker sırtından vurulmuş. Bu durumu Avukat Niyazi Ağırnas duruşmada söyledi ve ‘bir provokasyon olabilir’ dedi. Benim vicdani kanaatim provokasyon vardır ya da yoktur diyemem ama yüzde 100 Erdal’ın tabancasıyla vurulduğuna dair kesin delil yoktu. O nedenle ben iki defa kanaati bozdurdum. Benim görüşüm doğrultusunda Yargıtay 3. Dairesi ama Daireler Kurulu da 2 muhalif üyeye karşı onadı.

Kemik ölçümü yapılmadı

Erdal Eren’in yaşı tutmuyordu, 18 yaşında değildi. Röntgen çektiler kemik kalınlıklarına göre bir rapor hazırladılar ve 18 yaşında dediler. Onun inandırıcı olduğunu sanmıyorum. Adli Tıp’ta adam röntgeni çekiyor ve yaşı 18 diyor. Tarafsız mıdır? Nereden bileceğim o ortamda.

Hafifletici neden gözetilmedi

Çocuk “Ben eğer askerlere karşı hareket etmiş olsaydım hepsi benim atış menzilim içimde. Paniğe kapıldım ateş ettim” diyor. Bir sürü insan geliyor ama o ateş etmeyi durdurmuş. Bütün ifadelerinde “Benim bu eylemimden dolayı Zekeriya Önge ölmüşse, buna

neden olmuşsam çok üzüntü duyuyorum” diyor. Her noktada, her duruşmada söylüyor bunu. Bu üzüntü ifadesi yargılama esnasında takdiri hafifletici sebeptir.”²⁶

Bu olaya ilişkin, yaşananları Yıldırım Türker şöyle ifade etmektedir :

“O günlerde bir tatbikat sırasında kendisine Erdal'ın idamı hakkında soru sorulduğunda Kenan Evren, şanlı tarihimize yazılan o ünlü cümleyi sarf etmişti: "Asmayalım da besleyelim mi?"

12 Eylül'ün ruhunu daha iyi açıklayan bir cümle bulamazsınız. Mahkeme Erdal'ı öldürülecek kadar yetişkin bulmuştur bir kere. Erdal'ın dış görünümü ve tahsil durumuna bakarak yaş durumunun tespitine ilişkin talebi reddeder. Erdal'ın duruşmalarda kendisine işkence yapıldığını belirtmesi de mahkeme başkanı tarafından "Bunların dava ile ilgisi yoktur" sözleriyle karşılanır. Şimdi bize sanki biraz yorgun, biraz küs ama hülyalı gözlerle siyah-beyaz fotoğraflardan bakan çocuk kısacık ömrünün son günlerini zulüm altında ruhunu karartmamaya çalışarak geçirdi. Bir gün onu almaya geldiler. Ceketini giyerken bir asker yardım etmek istedi. Erdal, 'Kendim giyerim' dedi. Kelepçe vurulmasını istemedi sadece. Son isteğini sordular. Sigara, dedi. Ailesine yazmış olduğu mektupları iç çamaşırının içinden çıkardı: "Cezaevinde yapılan (neler olduğunu ayrıntılı bir biçimde öğrenirsiniz sanırım) insanlık dışı zulüm altında inletildik. O kadar aşağılık, o kadar canice şeyler gördüm ki, bugünlerde yaşamak bir işkence haline geldi. İşte bu durumda ölüm korkulacak bir şey değil, şiddetle arzulanan bir olay, bir kurtuluş haline geldi. Böyle bir durumda insanın intihar ederek yaşamına son vermesi işten bile değildir. Ancak ben bu durumda irademi kullanarak ne pahasına olursa olsun yaşamımı sürdürdüm. Hem de ileride bir gün öldürüleceğimi bile bile" diyordu.”²⁷

İşte yaşanılmış bu trajediler, inceleme konusu olan ilkenin adalet için ne kadar önemli olduğunu özetlemektedir. Bu trajediler, yukarıda teknik yönleriyle anlattığım ilkenin çıkış noktası olan vecizenin ne kadar da yerinde olduğunu göstermektedir : “bir suçsuzun cezalandırılması yerine birkaç suçlunun cezasız kalması yeğdir.”

4. SONUÇ : “DAHA KARANLIK ŞENLİKLERE DOĞRU”

Erdal ve Dreyfus'ların olmayacağı, herkesin barış içinde yaşayacağı, adalet kelimesini daha az anacağımız günlerin geleceğini söylemek; çok gelişmiş ülkelerin George Orwell'in 1984'ünü yaratmaya çalıştığı, “big brother”ı hayatımıza dahil etmeyi başardığı ve güvenliği özgürlüklere yeğlediği günümüz dünyasında, çok iyimser hatta biraz da safiyane bir yaklaşım

²⁶ Hürriyet Gazetesi, 12.09.2007.

²⁷ Yıldırım Türker, Radikal Gazetesi, 11.12.2006, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=207035>.

olacaktır. Aksine; adalet kelimesini her gün daha çok anıp, Erdalların ve Dreyfusların hızla arttığını ve artacağını söylemek sert, karamsar ama bir o kadar da gerçekçi olacaktır.

Ne yazık ki; büyüdüğümüzde oldukça kirlenmiş bulduğumuz bu dünyada ve ülkemizde “in dubio pro reo” ilkesine daha çok ihtiyaç duyacağımız aşikar. Vazgeçilmez ilkeler arasında olan ve sanıklar açısından garantörlük işlevi gören bu ilkenin, özellikle müdafiler açısından iyi şekilde anlaşılmış ve kavranmış olması gerekmektedir.

Mevcut hukuk düzenlerinin, “korcu çağı”²⁸’ni yarattıklarını dehşet içerisinde izlerken “in dubio pro reo”ya ziyadesiyle ihtiyaç duyacağımızı hatırlamakta ve hatırlatmakta fayda görmekteyim.

KAYNAKÇA

- Beccaria**, Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. Sami Selçuk, İmge Kitabevi, 2004
Centel – Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 2003
Feyzioğlu, Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, Yetkin Yayınevi
Foucault, Michel, Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 3. Baskı 2006, İmge Kitabevi
Gedik, Doğan, Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2004
Gözübüyük – Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2003
Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1989
Kunter – Yenisey, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1998
Memiş, Pınar, Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, Av.Dr. Şükrü Alpaslan’a Armağan, İstanbul Barosu ve TCHD, 2007
Öztürk, Bahri, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 1994
Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1987
Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1996

²⁸ Albert Camus’nün “ne cellat ne kurban” adlı makalesinde 21. yüzyıla vermiş olduğu isim.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
DÖRDÜNCÜ DAİRE KARARI

TUNCER ve DURMUŞ-TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru no. 30494/96)

KARAR

STRASBOURG

2 Kasım 2004

FİNAL

02/02/2005

İşbu karar kanun yolu açık olmakla beraber Sözleşme'nin 44/2 maddesi uyarınca kesinleşmekle son karar niteliği taşıyacaktır

Tuncer ve Durmuş-Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4.Daire heyeti aşağıda yer aldığı şekildedir:

Nicolas BRATZA, *Başkan,*

M. PELLONPÄÄ,

V. STRÁŽNICKÁ,

J. CASADEVALL,

R. MARUSTE,

S. PAVLOVSCHI, *üyeler,*

F. GÖLCÜKLÜ, *ad hoc üye,*

ve M. O'BOYLE, *Katip,*

12 Ekim 2004 tarihinde yaptıkları özel istişare sonucunda aşağıdaki hükmü ilan etmişlerdir:

PROSEDÜR

1. Dava, 26 Şubat 1996 tarihinde, iki Türk vatandaşı olan Gülizar Tuncer ve Ali Durmuş (“başvurucular”) tarafından, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, 30494/96 numaralı başvuruyla İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 25. maddesi uyarınca Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na (“Komisyon”) sunulmuştur.

2. Başvurucular Avukat olup İstanbul’da faaliyet göstermektedirler ve talepleri üzerine Mahkeme İçtüzüğü’nün 36. kuralı uyarınca başvurucuların istisnaen kendilerini temsil etmeleri mahkemece uygun bulunmuştur. Türk Hükümeti (“Hükümet”) Mahkeme huzurundaki yargılama için herhangi bir temsilci tayin etmemiştir.

3. Başvurucular Sözleşmenin 3. maddesi uyarınca, polis nezaretindeki tutuklulukları süresince kötü muameleye maruz kaldıklarını iddia etmektedirler. Öte yandan Sözleşmenin 5. maddesinin 1-c bendine göre hukuk dışı ve keyfi bir şekilde özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını iddia etmektedirler.

4. 11. Ek Protokolün yürürlüğe girmesiyle başvuru 1 Kasım 1998’de Mahkemeye gönderilmiştir (11. Ek Protokol madde 5/2).

5. Başvuru Mahkeme İçtüzüğü’nün 52/1 kuralı çerçevesinde Mahkeme’nin 1. Dairesine havale edilmiştir. Sözleşme’nin 27/1. maddesi doğrultusunda, davayı karara bağlamakla görevli dairede(İçtüzük Kural 26/1) yer alan Türkiye tarafından seçilmiş olan hakim Rıza Türmen davadan çekilmiştir (İçtüzük Kural 28). Buna bağlı olarak Hükümet Sözleşme’nin 27/2. maddesi ve İçtüzüğün 29/1 kuralı uyarınca Feyyaz Gölcüklü’yü *ad hoc* hakim olarak tayin etmiştir.

6. 19 Haziran 2001 tarihli bir kararla Mahkeme başvurunun kısmen kabul edilebilir nitelikte olduğunu ilan etmiştir.

7. Başvurucular ve Hükümet davanın esasına ilişkin düşüncelerini sunmuşlardır.

(İçtüzük Kural 59 § 1).

8. 1 Kasım 2001 tarihinde Mahkeme bölümlerin dağılımını değiştirmiş (İçtüzük Kural 25/1) ve davayı yeni oluşturulan Dördüncü Daire’ye devretmiştir (İçtüzük Kural 52/1).

OLAYLAR

I. DAVANIN ŞARTLARI

9. Başvurucular sırasıyla 1966 ve 1963 doğumlu olup İstanbul'da ikamet etmektedirler.

A. Başvurucuların olaylara ilişkin anlatımları

1. 8 Ocak 1996 Hadiseleri

10. 8 Ocak 1996 günü başvurucular, güvenlik güçlerince öldürüldükleri iddia edilen iki mahkumun cenazesine katılmak üzere Alibeyköy yakınlarında arabayla seyir halindedirler. Polis memurları Alibeyköy'de yolda yürüyen, otobüs durağında bekleyen veya araba sürmekte olan insanları gelişigüzel tutuklamaktaydı. Başvurucular da söz konusu yerin yakınlarına geldiklerinde polis memurlarınca dövülmelerinin akabinde diğer birçok insanla beraber tutuklanmışlardır. Bu elim hadise basın ve halkın da dikkatini çekmiştir.

11. Tutuklanmalarının ardından başvurucular onur kırıcı ve kötü muameleye maruz bırakıldıkları yerde bir otobüse alınmışlardır. Gelişigüzel tutuklanmış 1054 insanın da bulunduğu Eyüp Stadyumuna götürülmüşlerdir. Stadyumda da yeniden onur kırıcı ve kötü muameleye maruz kalmışlar; kimlik kartlarına, para ve değerli eşyalarına da polis memurlarınca el konulmuştur.

12. Başvurucular Eyüp Stadyumunda alıkonuldukları sürede, arkadaşları Eyüp Sulh Ceza Mahkemesi'ne sundukları bir dilekçeyle onların yetkili bir Cumhuriyet Savcısı huzuruna çıkarılmalarını talep etmişlerdir. Yapılan bu başvuru Mahkemece reddedilmiştir. Mahkeme yazılı cevabında, üç veya daha fazla kişi tarafından işlenmiş olan suçlarda zanlıların tutukluluk sürelerinin dört güne kadar uzatılabilmesinin Cumhuriyet savcılarının yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Bu anlamda söz konusu aşamada herhangi bir karar verilmeyeceği sonucuna varılmıştır.

13. Başvurucular aynı gün serbest bırakılmıştır.

2. Yerel Makamlar Huzurundaki Süreç

14. 9 Ocak 1996'da başvurucular Eyüp Cumhuriyet Savcılığına, polis tarafından Eyüp Stadyumunda alıkonuldukları sırada maruz kaldıkları kötü muameleye ilişkin bir şikayet dilekçesi vermişler ve kendilerinin gerekli tetkiklerin yapılması maksadıyla Adli Tıp Kurumu'na sevk edilmelerine karar verilmesini talep etmişlerdir. Savcı taleplerini kabul etmiştir.

15. Aynı gün başvurucular, Eyüp Adli Tıp Enstitüsü'nde bir doktor tarafından muayene edilmişlerdir. Doktor raporuna göre birinci başvuru; sağ omzundaki ve kürek kemiğindeki 3 cm. çapındaki darp izinden, omuzlarındaki ve boynundaki ağrılardan, sağ kalçasındaki ve uyluklarındaki 4cm. çapındaki darp izlerinden muzdarip bulunmaktaydı. Doktor raporunda ayrıca, sağlık durumuna ilişkin kesin bir karara varılmadan önce başvurunun bir hastanede rahim bölgesindeki kanamadan ötürü muayene edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

16. İkinci başvuru hakkındaki doktor raporunda; başvurunun sağ omzunda 3 cm. çapında, sağ kolunda 5 cm. çapında, sırtında 2 cm. çapında ve sol omzuyla kürek kemiği çevresinde 15-20 cm. çapında darp izlerine rastlandığı belirtilmiştir. Başvuru ayrıca, bacaklarındaki ağrılardan yakınmaktadır. Raporda başvurunun 10 gün süreyle işinden geri kalacağı sonucuna varılmıştır.

17. 15 Ocak 1996'da, Eyüp Cumhuriyet Savcısı hazırlık soruşturması dosyasının Devlet Memurlarının Yargılanması Hakkındaki Kanun uyarınca İstanbul Eyüp Kaymakamlığı'na

gönderilmesine karar vermiştir. Bir sonraki aşamada dosya İl Genel Meclisi'ne gönderilmiştir. 18. 17 Ocak 1996'da başvurucular kendileriyle aynı gün polis memurlarınca tutuklanıp şiddete maruz bırakıldıklarını iddia eden diğer bazı kişilerle beraber, Eyüp Cumhuriyet Savcısına bir dilekçe vermişlerdir. Savcıdan kendilerinin keyfi olarak tutuklanmaları ve maruz bırakıldıkları kötü muamele aleyhine bir soruşturma başlatmasını talep etmişlerdir. Eyüp Cumhuriyet Savcısı bu talebi de İl genel Meclisi'ne göndermiştir.

18. 8 Şubat 1996'da İl Genel Meclisi polis memurlarının yargılanmalarına imkan veren bir karar almıştır.

19. 6 Mart 1996'da başvurucular, İstanbul İl Genel Meclisi'nin Eyüp ilçesindeki Başkomiserin de diğer polis memurlarıyla beraber yargılanmasına karar vermemiş olmaları dolayısıyla, söz konusu karar aleyhine Danıştay'a bir itiraz dilekçesi sunmuşlardır. 3 Nisan 1996'da Danıştay, İl Genel Meclisi'nin kararını yerinde bulmuş ve Başkomiserin de yargılanması gerektiği yönündeki itirazi reddetmiştir.

20. Bilinmeyen bir tarihte, Eyüp Cumhuriyet Savcısı, polis memurları tarafından kötü muameleye maruz bırakıldıklarını iddia eden başvurucuların da aralarında bulunduğu kişilerin şikayetleri üzerine düzenlediği iddianameyi Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunmuştur.

21. Bilinmeyen bir tarihte, Eyüp Ağır Ceza Mahkemesi dosyayı güvenlik gerekçesiyle Aydın Ağır Ceza mahkemesi'ne gönderme kararı vermiştir. Daha sonraki bir aşamada, Aydın Ağır Ceza Mahkemesi de aynı gerekçelerle dosyanın Afyon Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

22. 18 Ekim 1996'da Afyon Ağır Ceza Mahkemesi sanık polis memurlarının yaptığı iddia edilen kötü muameleden dolayı başvurucuların suçtan zarar gören sıfatıyla davaya katılma taleplerini kabul etmiştir. Duruşma süresince başvurucular 8 Ocak 1996 hadiseleriyle ilgili detaylı bilgiler vermişlerdir.

23. 18 Aralık 1996'da İstanbul Adli Tıp Enstitüsü'nden bir doktor ilk başvurucuyla ilgili nihai raporu açıklamıştır. Doktor, 9 Ocak 1996 tarihinde yapılan muayene sonucunda varılan bulguları dikkate alarak 10 gün süreyle işten geri kalabileceği sonucuna varmıştır.

24. 5 Kasım 1999'da Afyon Ağır Ceza Mahkemesi görülmekte olan davada hangi polis memurunun iddia edilen kötü muameleleri yaptığının belirlenmesini sağlayacak delil bulunmaması gerekçesiyle, polis memurlarının suçsuzluğuna karar vermiştir.

25. 2 Nisan 2001'de Temyiz Mahkemesi, yürürlüğü askıya alınan 4616 sayılı kanunun ve 23 Nisan 1999'dan önce işlenmiş olan suçların infazının bu davada uygulanabilir nitelikte olması gerekçesiyle Afyon Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını bozmuştur.

B. Hükümetin olaylara ilişkin anlatımları

26. Hükümete göre başvurucular tutuklanmış ve ardından Eyüp Stadyumuna götürülmüş 1054 kişi arasında bulunmamaktadırlar.

II. BAĞLANTILI İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMA

27. Bu konuya ilişkin ilgili dönemdeki iç hukuk kurallarının detaylı bir dökümü *Batı ve Diğerleri-Türkiye* davasında bulunabilir (bkz. başvuru numaraları 33097/96 ve 57834/00, 96-100. paragraflar, 3 Haziran 2004).

KANUN

I. OLAYLARIN TEMELLENDİRİLMESİ

28. Davaya konu olan olayların taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmasından dolayı, başvuruçuların Sözleşme'nin belirli hükümlerine dayanan iddialarının değerlendirilmesine geçilmeden önce, Mahkeme; önündeki deliller ışığında olayın, tarafların anlatımlarından bağımsız olarak kendi şartları çerçevesinde ele alınmasının uygun olduğuna karar vermiştir.

29. Hükümet, İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün gözaltı kayıtlarına dayanarak başvuruçuların Eyüp Stadyumunda gözaltına alınmış olan 1054 kişi arasında bulunmadığını iddia etmektedir. Başvuruçular ise mahkeme kararlarını da içeren resmi kayıtlara dayanarak 8 Ocak 1996'da Eyüp Stadyumunda alıkonulan kişiler arasında bulduklarını teyit etmişlerdir.

30. Mahkeme, yerel makamlarca düzenlenmiş olan çeşitli dökümanlarda başvuruçuların iddia edilen tarihte polis tarafından gözaltına alınan kişiler arasında ele alındıklarını gözlemlemiştir.

31. İlk olarak Eyüp Sulh Ceza Mahkemesi hakimi ve Cumhuriyet Savcısının, başvuruçuların gerçekten polis tarafından gözaltına alınmış kişiler arasında olup olmadıklarını sorgulamaksızın konuya ilişkin kararlarını verdikleri gözlemlenmiştir (bkz. 12 ve 14. paragraflar). İkinci olarak, hem İl Genel Meclisi ve hem de Danıştay'ın kararlarında başvuruçuların Eyüp Stadyumunda alıkonulan kişiler arasında ele alınmış olduğu gözlemlenmiştir (bkz. 19 ve 20. paragraflar). Üçüncü olarak Mahkeme Afyon Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvuruçuların davaya katılma taleplerini kabul emiş olduğunu dikkate almaktadır (bkz. 23. paragraf).

32. Dahası Mahkeme, başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğunu açıklamasının ardından da açıkça talep etmiş olmasına rağmen, Hükümetin adı geçen gözaltı kayıtlarının bir kopyasını Mahkemeye sunmaktan imtina ettiğini dikkate almaktadır. Ayrıca Hükümetin olaya ilişkin açıklamalarını kanıtlamaya yönelik açılmalarındaki delil yetersizliği de dikkate alınmıştır.

33. Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamaların ışığı altında ve bunların aksini ispatlayacak delillerin bulunmadığı da dikkate alınarak, Mahkeme; başvuruçuların Eyüp Stadyumunda polis memurlarınca alıkonulan kişiler arasında yer aldığı sonucuna varmıştır.

II. SÖZLEŞMENİN 3. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

34. Başvuruçular, polis gözetiminde tutuldukları süre boyunca Sözleşmenin aşağıda belirtilen 3. maddesini ihlal edecek nitelikte kötü muameleye maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya cezaya maruz bırakılamaz.”

35. Hükümet olaya ilişkin iddalarını yinelemiştir.

36. Mahkeme, bir kişinin sağlıklı bir şekilde gözaltına alınıp serbest bırakıldığında yaralı olması durumunda söz konusu yara berelerin nasıl oluştuğuna dair akla yatkın bir açıklama yapılmasının Devletin yükümlülüğünde olduğunu ve hele ki söz konusu yaraların varlığına ilişkin mağdurların iddialarının tıbbi raporlar gibi belgelerle desteklendiği hallerde Sözleşmenin 3. maddesinin açıkça ihlal edildiği kanaatine varılacağı görüşünü yineler (bkz. *Selmouni-Fransa* [GC], no. 25803/94, 87. paragraf, AİHM 1999-V; 18 Aralık 1996 tarihli *Aksoy-Türkiye* kararı, *Hüküm ve Karar Raporları* 1996-VI, s. 2278, 62. paragraf; 27 Ağustos 1992 tarihli *Tomasi-Fransa* kararı, Seri A no. 241-A, s. 40-41, 108-111. paragraflar ve 4 Aralık 1995 tarihli *Ribitsch-avusturya* kararı, Seri A no. 336, s. 26, 34. paragraf).

37. Delillerin değerlendirilmesinde Mahkeme genellikle delil standardı bakımından “makul kuşkuya dayanıp dayanmama” kriterine başvurmaktadır (bkz. 18 Ocak 1978 tarihli *İrlanda-Birleşik Krallık* kararı, Seri A no. 25, s. 64-65, 161. paragraf). Ancak; bu bağlamdaki belgeler de sağlam, açık ve olayla bütünlük arz eden delillerle veya reddedilemeyecek karinelerle açıklanmışsa dikkate alınmaktadır. Mesele bütünüyle veya geniş ölçüde makamların bilgisi dahilindeyken ortaya çıktığında, örneğin gözaltındaki insanların durumunda olduğu gibi, bu noktada yaralanmaların gözaltındayken söz konusu olması ihtimali olaya ilişkin güçlü bir karine teşkil etmektedir. Bu bakımdan, ispat yükümlülüğü tatmin edici ve detaylı açıklama yapma bağlamında makamlara istinat edilmiştir (bkz. *Salman-Türkiye* kararı[GC], no. 21986/93, 100. paragraf, AİHM 2000-VII).

38. Mahkeme başvurucuların 8 Ocak 1996’da polis memurlarının kötü muamelelerine maruz kaldıkları yönündeki şikayetlerini dikkate almaktadır. Ayrıca bu, 9 Ocak 1996’da serbest bırakılmalarının ardından Eyüp Cumhuriyet Savcısı huzurundaki şikayetleri üzerine muayene için gönderildikleri Eyüp Adli Tıp Enstitüsü doktorunun vücutlarında yara bere bulunduğunu belirten raporundan da anlaşılmaktadır. Tıbbi raporlarda her iki başvurucunun da 10 gün süreyle çalışamayacak durumda oldukları kararlaştırılmıştır (bkz. 15, 16 ve 24. paragraflar).

39. Hükümet, şikayetin dayandığı olayları reddetmek dışında tıbbi raporlardaki bulgulara ilişkin hiçbir açıklama getirmemiştir. Hükümet sadece, başvurucuların iddia edilen tarihte Alibeyköy yakınlarında polis tarafından gözaltına alınan kişiler arasında olmadıklarını belirtmiştir. Dahası, başvurucuların vücudunda şiddete maruz kaldıklarını gösteren emarelerin şahısların gözaltına alındıkları tarihten önceki bir tarihte meydana gelmiş olabileceğini veya gözaltına alınmaları sırasında polis memurlarına mukavemet göstermiş olmalarından kaynaklanabileceği yönünde de bir iddia ortaya atılmamıştır.

40. Mahkeme tekrarla belirtir ki; gözaltına alınmış bir kişi gibi korumasız durumda bulunan her kişinin korunmaları Devletin ve makamlarının sorumluluğu altındadır. Akılda tutulmalıdır ki; Devlet makamlarının gözaltındaki insanların bu süreçteki yaralanmaları noktasındaki sorumlulukları açısından Mahkeme önceden beri, her ne kadar polis memurlarının kötü muameleden sorumluluklarının beri kılınması veya yargılamaların askıda kalması ve 4616 sayılı kanunla bağlantılı olarak infazlarının geri bırakılmasının Hükümetin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu bertaraf etmeyeceğine karar vermektedir (bkz. *mutatis mutandis*, 1 Mart 2001 tarihli *Berktaş-Türkiye* kararı, no. 22493/93, 168. paragraf ve 8 Ocak 2004 tarihli *Çolak ve Filizer-Türkiye* kararları, no. 32578/96 ve 32579/96, 168. paragraf).

41. Yukarıda belirtilenler ışığında ve Hükümetin makul bir açıklaması bulunmaması hali de dikkate alınarak; Mahkeme, tıbbi raporlarda yer alan semptomların Hükümetin sorumluluğunu doğuracak nitelik taşıyan insanlık ve dışı ve onur kırıcı muamele teşkil ettiği görüşündedir.

42. Bunun sonucu olarak, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlali söz konusudur.

III. SÖZLEŞMENİN 5. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

43. Başvurucular Sözleşmenin 5. maddesine dayanarak, hukuk dışı ve keyfi olarak özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarından, bunun makul bir kuşkuya dayanmadığından ve kanunen yetkili makamlar önüne çıkarılmak amacı taşımadığından yakınmaktadırlar. Sözleşmenin 5. maddesinin ilgili kısmı aşağıda belirtildiği şekildedir:

“1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Aşağıdaki haller dışında ve hukukun öngördüğü bir usule uyulmadıkça, hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

(c) bir kimsenin suç işlediğinden makul kuşku duyulması üzerine veya suç işlemesini engellemek ya da işledikten sonra kaçmasını önlemek için kendisini tutmayı gerektiren makul nedenler bulunması halinde, kendisini kanunen yetkili makamların önüne çıkarmak amacıyla hukuka uygun olarak gözaltına alma veya tutma;

...”

44. Hükümet olaya ilişkin görüşlerini yinelemiştir.

45. Mahkeme öncelikle yukarıdaki bulgulardan (bkz. 34. paragraf), başvuruçuların 8 Ocak 1996’da polis memurları tarafından Eyüp Stadyumunda gözaltına alınan kişiler arasında yer aldıkları bilgisine atıf yapar.

46. Tekrar edilmelidir ki; kişi özgürlüğü ve güvenliği aleyhine yapılabilecek olan bir yakalamada şüphenin makuliyeti Sözleşmenin 5. maddesinin 1(c) bendi kapsamında belirtilen keyfilikten uzak bir yakalama ve tutulma içermesi noktasında önemli esaslara dayanmak durumundadır. Makul şüphenin varlığı objektif bir gözlemciyi iddia edilen kişinin suçu işlemiş olabileceğine ikna edebilecek derecede bilgi ve/veya olayların mevcut olmasını gerektirmektedir (bkz. 30 Ağustos 1990 tarihli *Fox, Campbell ve Hartley-Birleşik Krallık* kararı, Seri A no. 182, s. 16, 32. paragraf). Ancak; ortaya çıkmış olan olaylardaki şüphenin bir ceza soruşturmasının ilerleyen safhalarında bir mahkumiyet kararıyla ve hatta kişi aleyhine herhangi bir suçlamayla sonuçlanmasını gerektirecek düzeyde bir şüphe olması da gerekmemektedir (bkz. 28 Ekim 1994 tarihli *Murray-Birleşik Krallık* kararı, Seri A no. 300-A, s. 27, 55. paragraf).

47. Bununla beraber, kişi güvenliğine yapılan müdahalenin 5. maddenin 1(c) bendi gözetilerek yapılıp yapılmadığı konusunda Mahkemenin yeterli bilgiyi edinebilmesi sağlanmalıdır. Bununla bağlantılı olarak davalı Hükümet, yakalanan kişinin suçu işlemiş olabileceğine dair makul şüpheyi Mahkemeyi ikna edebilecek nitelikte bazı olay veya bilgilerle ortaya koymalıdır.

48. Mahkeme görülmekte olan davada başvuruçuların yakalanmasının makul olduğunun anlaşılabilmesini sağlayabilecek herhangi bir dökümanın Hükümet tarafından sunulmadığını gözlemlemiştir. Başvuruçular iki mahkumun cenaze törenine katılmak üzere yoldalarken tutuklanmışlardır. Orada başvuruçular gibi tutuklanarak onlarla beraber Eyüp Stadyumuna getirilmiş binin üzerinde insan bulunmaktadır. Dahası Mahkeme, olayda bir protesto yürüyüşünün veya kamu düzeni bozacak nitelikte herhangi bir hareketin varlığına ilişkin bir bilgiye dosyada rastlamamıştır.

49. Olayın kendine özgü şartlarını ve Hükümetin olaya ilişkin görüşlerindeki eksik açıklamalarını da dikkate alarak Mahkeme; başvuruçuların Sözleşmenin 5. maddesinin 1(c) bendindeki koşullara göre suç işlemeleri nedeniyle veya suç işlemelerinin önlenmesi amacıyla makul şüpheye dayanarak gözaltına alınmadıkları görüşündedir.

50. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, başvuruçuların makul şüpheye dayanmaksızın gözaltına alındıklarına karar vermiştir. Bu nedenle Sözleşmenin 5. maddesinde koruma altına alınmış olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

IV. BAŞVURUNUN SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNE GÖRE DURUMU

51. Sözleşmenin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Mahkeme Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, gerekli gördüğü takdirde zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

52. Başvurucular maruz kaldıkları zararın giderilmesini talep etmişler ancak miktarın takdirini Mahkemeye bırakmışlardır.

53. Hükümet herhangi bir görüş belirtmemiştir.

54. Mahkeme herhangi bir maddi zarara uğrandığına ilişkin bir delil bulunmadığını belirtmektedir. Diğer taraftan; başvurucular dava konusu olay dolayısıyla acı çekmiş ve mağdur olmuşlardır. Adil bir sonuç olması gözetilerek, Mahkeme başvurucuların ikisine toplam 26.000 Euro manevi tazminat verilmesini uygun bulmuştur.

B. Masraf ve Giderler

55. Başvurucular, aynı zamanda masraf ve giderlerin takdirini de Mahkemeye bırakmışlardır.

56. Hükümet herhangi bir görüş belirtmemiştir.

57. Olay kapsamındaki bilgiler doğrultusunda, Mahkeme başvuruculara masraf ve giderlerinin karşılığı olarak toplam 2.000 Euro verilmesinin makul olduğuna karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

58. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'na belirlenmiş olan %3 puanlık marjinal kredi faizi oranı uygulanmasının uygun olduğu görüşündedir.

BELİRTİLEN SEBEPLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

1. Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine,
2. Sözleşmenin 5. maddesinin ihlal edildiğine,
3. (a) Sözleşmenin 44/2. maddesine göre işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde davalı Devletin aşağıda belirtilen tazminat miktarını ilgili gündeki kur üzerinden Türk Lirası karşılığı olarak başvuruculara ödemesine:
 - (i) Manevi tazminat olarak 26,000 euro (yirmialtı bin euro);
 - (ii) Masraf ve giderlerin karşılığı olarak 2,000 Euro (iki bin euro);
 - (iii) Yukarıdaki meblağa eklenebilecek vergi miktarları;
- (b) Söz konusu miktara muaccel olduğu süreden itibaren Avrupa Merkez Bankası'nın belirlemiş olduğu %3'lük marjinal faiz oranının uygulanmasına,

Karar verilmiştir.

Hüküm Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca İngilizce olarak 15 Kasım 2004 tarihinde kaleme alınmıştır.

Michael O'BOYLE
Katip

Nicolas BRATZA
Başkan

**EUROPEAN COURTS OF HUMAN RIGHTS THIRD SECTION, CASE OF ÇAPLIK
v. TURKEY JUDGMENT**

(Application no. 57019/00) 15.07.2005

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 57019/00) against the Republic of Turkey lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by a Turkish national, Mr Hatip Çaplık (“the applicant”), on 23 December 1999.
2. The applicant was represented by Ms Anke Stock, Mr Mark Muller and Mr Tim Otty, lawyers attached to the Kurdish Human Rights Project, a non-governmental organisation based in London. The Turkish Government (“the Government”) did not designate an Agent for the purpose of the proceedings before the Court.
3. On 23 June 2004 the Court decided to communicate the application to the Government. Under the provisions of Article 29 § 3 of the Convention, it decided to examine the merits of the application at the same time as its admissibility

**EUROPEAN COURTS OF HUMAN RIGHTS FOURTH SECTION,
CASE OF TUNCER AND DURMUŞ v. TURKEY JUDGMENT, (Application no.
30494/96), 2 November 2004**

PROCEDURE

4. The case originated in an application (no. 30494/96) against the Republic of Turkey lodged with the European Commission of Human Rights (“the Commission”) under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (“the Convention”) by two Turkish nationals, Ms Gülizar Tuncer and Mr Ali Durmuş (“the applicants”), on 26 February 1996.
5. The applicants are lawyers practising in Istanbul and they were exceptionally granted leave to represent themselves (Rule 36 of the Rules of Court). The Turkish Government

("the Government") did not designate an Agent for the purposes of the proceedings before the Court.

6. The applicants alleged under Article 3 of the Convention that they were ill-treated during their detention in police custody. They further alleged under Article 5 § 1 (c) that they were unlawfully and arbitrarily deprived of their liberty.

7. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11).

8. The application was allocated to the First Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1. Mr Türmen, the judge elected in respect of Turkey, withdrew from sitting in the case (Rule 28). The Government accordingly appointed Mr F. Gölcüklü to sit as an *ad hoc* judge (Article 27 § 2 of the Convention and Rule 29 § 1).

9. By a decision of 19 June 2001, the Court declared the application partly admissible.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
3. DAİRE KARARI

ÇAPLIK - TÜRKİYE

(Başvuru no. 57019/00)

KARAR

STRASBOURG

15 Temmuz 2005

KARAR

15/10/2005

İşbu karar kanun yolu açık olmakla beraber Sözleşme'nin 44/2 maddesi uyarınca kesinleşmekle son karar niteliği taşıyacaktır.

Çaplık-Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 3.Daire heyeti aşağıda yer aldığı şekildedir:

B.M. ZUPANČIĆ, *Başkan,*
J. HEDIGAN,
L. CAFLISCH,
R. TÜRMEEN,
M. TSATSA-NIKOLOVSKA,
V. ZAGREBELSKY,
A. GYULUMYAN, *Üyeler,*

ve V. BERGER, *Katip,*

23 Haziran 2005 tarihinde yaptıkları özel istişare sonucunda aşağıdaki hükmü ilan etmişlerdir:

PROSEDÜR

1. Dava, 23 Aralık 1999 tarihinde, Türk vatandaşı Halit Çaplık (“başvurucu”) tarafından, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine, 57019/00 numaralı başvuruya İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca mahkemeye sunulmuştur.

2. Başvurucu; merkezi İngiltere’de bulunan Kürt İnsan Hakları Projesi adlı gayrı-resmi bir kuruluşun avukatlarından olan Anke Stock, Mark Muller ve Tim Otty tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti (“Hükümet”) ise mahkeme önündeki prosedürler için herhangi bir temsilci tayin etmemiştir.

3. 23 Haziran 2004’te mahkeme, başvuruyu Hükümete bildirmeye karar vermiştir. Sözleşme’nin 29/3 hükmü uyarınca, kabul edilebilirlik koşullarıyla aynı zamanda işin esasının da incelenmesine karar verilmiştir.

ÖZELLİKLER

I. DAVA KOŞULLARI

4. Başvurucu bir Türk vatandaşı olup, 1961 doğumlu olup halen Adana’da yaşamaktadır.

5. 16 Kasım 1994’te F.A. ve oğlu İ.A., jandarmaya PKK tarafından kendilerine gönderilmiş olan tehdit mektubu ile birlikte şikayet dilekçelerini vermişlerdir. Mor bir kağıt üzerine yazılmış olan ve üzerinde PKK’nın sembolü bulunan mektupta: “Arkadaşımızla ilgili olarak verdiğiniz ifadeyi değiştirin yoksa ikiniz de ölürsünüz” cümlesi yer almaktadır. F.A. ve İ.A. belli PKK üyeleri aleyhine yürütülmekte olan soruşturmayla ilgili olarak delil sunmaları amacıyla mahkeme tarafından davet edilmişlerdir. Dahası, kendilerine mektubu yollayan kişinin kim olduğunu bildiklerini belirtmişlerdir.

6. Buna bağlı olarak jandarma memurları başvuruçunun tutuklanmasıyla sonuçlanan soruşturmayı başlatmışlardır.

7. 17 Kasım 1994’te başvuruçucu PKK adına tehdit mektupları gönderdiği şüphesiyle tutuklanmıştır. Başvuruçunun elyazısı örnekleri alınarak araştırma laboratuvarına gönderilmiştir.

6. Kriminal Polis Bölge Laboratuvarı başvurucaunun elyazısıyla mektuptaki elyasını karşılaştırdı. Bu karşılaştırma sonucunda başvurucaunun elyazısıyla mektuptaki elyazısı arasında karakteristik benzerlikler olduğu tespit edildi.

7. 18 Kasım 1994'te başvuruca jandarmalara verdiği beyanla aleyhine yöneltilen tüm suçlamaları reddetmiştir. PKK ile hiçbir bağlantısı bulunmadığını ve söz konusu mektubu kendisinin yazmadığını belirtmiştir.

8. Aynı gün Adana Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan ifadesinde de polislere verdiği ifadeyi aynen tekrar etmiş ve aleyhine yöneltilen suçlamaları inkar etmiştir.

9. Daha sonra başvuruca aynı gün içinde Adana Sulh Ceza Mahkemesi önüne çıkarılmıştır. Hakim önündeki sorgusunda da suçsuz olduğunu belirtmiştir. PKK adına eylemlerde bulunduğu iddialarını inkar etmiştir. Elyazısı analizinde kullanılmak üzere kendisinden alınan imza örneğinin kanunlar çerçevesinde alınmadığını açıkça ifade etmiştir. Bilirkişi raporu ve başvurucaunun ifadelerinin değerlendirilmesi sonucunda mahkeme; karşılaştırmada kullanılmak üzere başvurucaudan alınan imza örneklerinin usulüne uygun alınmadığına karar vermiştir. Buna bağlı olarak başvurucauya isnat edilen suçlara ilişkin yeterli delil bulunmadığına ve şahsın salıverilmesine karar verilmiştir.

10. 26 Aralık 1994'te Konya Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen iddianameyle, başvuruca aleyhine ceza soruşturması açılmıştır. Başvuruca bu iddianameyle, Ceza Kanunu'nun 168/2 hükmü uyarınca silahlı çete mensubu olmakla suçlanmıştır. Gerekçe olarak da, Kriminal Polis Bölge Laboratuvarı'nın F.A. ve İ.A.'ya gönderilen tehdit mektuplarındaki elyazısıyla başvurucaunun elyazısı arasında benzerlik bulunduğu belirtilen raporu esas alınmıştır.

11. Başvuruca, mahkeme huzurunda aleyhine yöneltilen suçlamalara karşı çıkmıştır. Kendisinin PKK ile hiçbir bağlantısının olmadığını ve iddiaların dayanaksız olduğunu belirtmiştir.

12. 8 Haziran 1995'te mahkeme elyazısı incelemesi yapılmak üzere dosyanın Adli Tıp Kurumu'na gönderilmesine karar vermiştir.

13. Adli Tıp Kurumu mahkemeye göndermiş olduğu 17 Temmuz 1995 tarihli yazıyla daha iyi bir karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla başka numuneler talep etmiştir. Bu anlamda, başvurucauya küçük harflerle bir mektup yazdırılmasını ve zarfın üstündeki metnin de büyük harflerle yazdırılmasını istemişlerdir. Kurumun diğer bir talebi de, başvurucaudan geçmişte elyazısıyla yazmış olduğu çeşitli örnekler istenmesidir.

14. Yukarıda belirtilen örneklerin incelenmesi sonucunda, Adli Tıp Kurumu tarafından 22 Ocak 1996 ve 22 Ocak 1997 tarihli iki rapor gönderilmiştir. Raporlarda, başvurucaunun yazı karakteriyle mektup üzerindeki yazı arasında benzerlikler bulunduğu ve söz konusu mektubun başvuruca tarafından yazılmış olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir.

15. Sonucusu 28 Nisan 1997 tarihli olmakla beraber Konya Devlet Güvenlik Mahkemesi huzurunda yirmialtı duruşma yapılmıştır.

16. 16 Mayıs 1997'de dosya Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi'ne gönderilmiştir. Bu tarihle 14 Ekim 1997 tarihleri arasında yedi duruşma yapılmıştır.

17. Cumhuriyet Savcısı esas hakkındaki mütalaasında başvuruca hakkındaki isnadı Ceza Kanunu'nun 169. maddesine göre silahlı çeteye yardım suçu olarak değiştirmiştir.

18. Son savunmasında başvuruca, Ceza Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca yapılan isnadı inkar etmiş, mektubu kendisinin yazmadığını ve PKK ile hiçbir bağlantısının olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bilirkişi raporunda yer alan bulgulara da meydan okumuştur.

19. 14 Ekim 1997'de biri askeri hakim olmakla beraber üç hakimden kurulu Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucauyu suçlu bulmuş ve Ceza Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca üç yıl dokuz ay hapis cezasına çarptırmıştır. Ayrıca başvuruca üç yıl süreyle kamu hizmetlerinden men edilmiştir. Söz konusu kararda mahkeme, bir başka ceza davasında belirli

PKK üyeleri aleyhine ifade vermiş olan F.A. ve İ.A.'ya başvurucunun tehdit nektubu göndermiş olduğunu bilirkişi raporlarını esas alarak hükme bağlamıştır.

20. Yapılan duruşma sonrasında 30 Haziran 1999'da Yargıtay'ca temyiz başvurusu reddedilmiştir.

II. BAĞLANTILI İÇ HUKUK KURALLARI

21. İç hukuk kurallarına ilişkin detaylı bir açıklama *Özel- Türkiye* (no. 42739/98, §§ 20-21, 7 Kasım2002) kararında bulunabilir.

5271 sayılı kanunla 4 Aralık 2004'te onaylanarak 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 311/1-(f) bendinde ceza yargılamasının yenilenmesi sonucunu doğurabilecek hallerden biri düzenlenmektedir.

Buna göre:

“Ceza hükmünün, İnsan Haklarını Temel Hürriyetlerini Korumaya İlişkin Sözleşmenin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması(...) Bu halde yargılanmanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.”

KANUN

I. SÖZLEŞMENİN 6.MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

A. Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ve yargılamanın adilliği açısından

22. İlk olarak başvurucunun şikayetçi olduğu nokta, huzurlarında yargılandığı Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi üyelerinden birinin askeri hakim olması dolayısıyla bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanmamış olmasıdır. Ayrıca, yerel mahkemeler huzurunda adil yargılanma hakkı verilmediğini ileri sürmektedir. Aleyhine tesis edilmiş olan mahkumiyet kararının sadece ve sadece bilirkişi raporlarına dayandığını bunun dışında hiçbir yazılı veya sözlü delille desteklenmediğini belirtmektedir. Başvurucunun şikayetlerine dayanak olarak gösterdiği, Sözleşmenin 6. maddesinin 1 ve 2. fıkraları aşağıda yer aldığı şekildedir:

“1. Herkes ... hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında hukuken kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından ... adil ve aleni olarak yargılanma hakına sahiptir.

2. Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanılanıncaya kadar masum sayılır.”

1. Kabul Edilebilirlik

23. Hükümet, Sözleşmenin 35.maddesi çerçevesinde, başvurucunun Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri olmadığı yönündeki iddialarının iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması dolayısıyla reddedilmesi gerektiğini öne sürmektedir. Hükümet, başvurucunun, şikayetlerini yerel mahkemeler huzurunda dile getirmedeğini

savunmaktadır. Bu anlamda mahkemenin önceki kararlarına atıfta bulunmaktadırlar (özellikle 15 Kasım 1996 tarihli *Ahmet Sadık-Yunanistan*, kararına atıfta bulunmuşlardır).

24. Mahkeme, Hükümet tarafından iç hukuk yollarının tüketilmediği yönünde benzer ilk itirazların daha önceden de incelenmiş olduğunu yineler (bkz. *Vural-Türkiye*, no. 56007/00, § 22, 21 Aralık 2004, *Çolak-Türkiye (no. 1)*, no. 52898/99, § 24, 15 Temmuz 2004, ve yukarıda atıf yapılmış olan *Özel* kararının 25. paragrafı). Mahkeme görülmekte olan davada, yukarıda atıfta bulunulmuş olan kararlardaki saptamalardan ayrılmayı gerektirecek özel şartlar olmadığı sonucuna varmaktadır.

25. Buna bağlı olarak, Mahkeme Hükümetin itirazını reddetmektedir.

26. Atıfta bulunulan kararlar ışığında, Mahkeme (ayrıca bkz., 28 Ekim 1998 tarihli *Çırağlar-Türkiye* kararı), başvurunun şikayetlerinin Sözleşme ve kanunlar karşısında karmaşık bir yapı arz ettiği ve söz konusu şikayetlerin esasa ilişkin incelemenin konusu olduğuna karar vermiştir. Buna binaen Mahkeme Sözleşmenin 35/3. maddesi anlamında başvurunun bu kısmının açıkça dayanaksız olmadığı sonucuna varmıştır. Başvurunun kabuledilebilirlik koşullarını taşımadığına ilişkin herhangi bir gerekçe bulunmamıştır.

2. Davanın Esası

(a) Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı

27. Hükümet, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Devletin birlik ve güvenliğine yönelik tehditleri inceleme mercii olarak kanunlar çerçevesinde kurulmuş olduğunu belirtmektedir. Hükümet, görülmekte olan davada başvurucuyu Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlığından şüpheye düşürecek herhangi bir haklı gerekçe bulunmadığını iddia etmektedir. Buna ek olarak Hükümet, mahkemelerde askeri hakim bulunamayacağına ilişkin 1999 tarihli anayasa değişikliğine atıf yapmaktadır. Son olarak Hükümet, 2004 tarihi itibarıyla Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılmış olduğunu belirtmektedir.

28. Mahkeme, geçmişte benzer davalarda da bu konunun ele alındığını ve Sözleşmenin 6. maddesinin 1.fırasının ihlal edildiğine hükmettiklerini belirtmektedir. (bkz.yukarıda atıf yapılmış olan *Özel* kararının 33-34. paragrafları ve 6 Şubat 2003 tarihli *Özdemir-Türkiye* kararının 35-36. paragrafları).

29. Mahkeme bu davada farklı bir karara varmalarını gerektirecek bir durum olmadığı görüşündedir. Mahkeme yasadışı bir örgüte yardım ve yataklık suçuyla Devlet Güvenlik Mahkemesince yargılanmış olan başvurunun içlerinde Devletin ordusunun bir mensubu olan üyenin de bulunduğu bir heyet tarafından yargılanmasından duyduğu tedirginliği anlaşılır bulmaktadır. Bu anlamda, Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin davanın özüne ilişkin olmayan çeşitli düşüncelerden etkilenebilecek olma ihtimalinden başvurunun haklı korku duyabilmesi söz konusu olabilecektir. Bir başka deyişle, başvurunun Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlık ve tarafsızlıktan yoksun olduğuna ilişkin duyduğu endişe haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir (bkz.9 Haziran 1998 tarihli *Incal-Türkiye* kararı, Raporlar 1998-IV, s. 1573, § 72).

30. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında mahkeme Sözleşmenin 6.maddesinin 1.fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

(b) Duruşmaların Adilliği

31. Başvurunun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda yargılanma hakkının ihlal edildiğinin saptanmış olması dolayısıyla Mahkeme bu konudaki şikayetlerinin Sözleşmenin 6.maddesinin 1 ve 2 fıkraları kapsamında değerlendirilmesine gerek olmadığı sonucuna varmıştır (bkz. Yukarıda atıf yapılmış olan kararlardan *Incal* kararı 74. paragraph ve *Çırağlar-Türkiye* kararı 45. paragraf).

B. Yargılamanın Uzunluğu

32. Başvurucu, Sözleşmenin 6.maddesinin 1.fıkrası kapsamında güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkıyla söz konusu davanın süresinin örtüşmediğini ileri sürmektedir.

33. Hükümet yargılama süresinin makul süreyi aşmadığını belirtmektedir.

34. Mahkeme, başvurunun tutuklanmasıyla 17 Kasım 1994'te başlayan yargılama sürecinin Temyiz Mahkemesinin ilk derece mahkemesi kararını onadığı 30 Haziran 1999 tarihine kadar sürdüğüne işaret eder. Yaklaşık olarak dört yıl yedi ay süren yargılamada ilk derece ve temyiz duruşmalarıyla beraber otuzüç duruşma yapılmıştır.

35. Mahkeme yargılama süresinin makullüğünün her davanın kendi koşulları içerisinde, hukuk karşısındaki durumu, arz ettiği karmaşık yapı, başvurunun ve yetkili makamların tavırları da dikkate alınmak suretiyle davadan davaya farklılık gösterebileceğini önemle yineler (birçok kararın yanı sıra bkz. *Pélissier ve Sassi-Fransa davası* [GC], no. 25444/94, 67.paragraf, AİHM 1999-II).

36. Mahkeme görülmekte olan davanın özellikle karmaşık bir yapı arz etmediği görüşündedir. Başvurucunun durumu da dikkate alındığında söz konusu davada kendisinin süreyi uzatıcı herhangi bir etkisinin bulunduğu dair bir belirti bulunmamaktadır. Yargı makamlarının durumu dikkate alındığında, Mahkeme kararın iki aşamada oluşturulduğu sonucuna varmaktadır. Yerel Mahkeme 8 Haziran 1995'te bilirkişi raporu talep etmiş olmasına rağmen ayrı ayrı olmak üzere bilirkişi raporları 22 Ocak 1996 ve 22 Ocak 1997 tarihlerinde mahkemeye sunulmuştur. Mahkeme yargılama koşullarını da dikkate almakla beraber, bu tarz gecikmelerin en kısa süreye indirgenmiş olması gerektiği görüşündedir. Mahkeme yine de tüm yargılama süresiyle kıyaslandığında bu süreyle ölçsüz olmaması hallerinde, yargılamanın bazı aşamalarında bu tarz gecikmelerin tolere edilebileceği görüşünü tekrarlamaktadır (örneğin bkz., 8 aralık 1983 tarihli *Preto ve Diğerleri-İtalya* kararı, Seri A no. 71, s.. 16, paragraf 37).

37. Yukarıda belirtilen hususlar Mahkemeyi, dört yıl yedi aylık toplam yargılama süresinin Sözleşmenin 6.maddesinin 1.fıkrası kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlalini teşkil etmediği sonucuna götürmüştür.

38. Bu nedenle, başvurunun söz konusu kısmı Sözleşmenin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları kapsamında açıkça dayanaksız kabul edilerek reddedilmiştir.

II. 6.MADDEYLE BAĞLANTILI OLARAK SÖZLEŞMENİN 14.MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

39. Başvurucu aleyhine yürütülmüş olan soruşturmanın kendisinin Kürt asıllı olmasından kaynaklandığını iddia etmektedir. Bu anlamda, sözleşmenin 6. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi ihlal edilmek suretiyle ayrımcılığa tabi tutulduğunu iddia etmiştir.

40. Hükümet söz konusu iddiaları yalanlamıştır.

41. Mahkeme, başvurunun iddialarını buna ilişkin delillerin ışığı altında asılsız olarak nitelemiştir.

42. Bu nedenle, başvurunun söz konusu kısmı Sözleşmenin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları kapsamında açıkça dayanaksız kabul edilerek reddedilmiştir.

III. BAŞVURUNUN SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİ KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

43. Sözleşmenin 41.maddesi:

“Mahkeme, Sözleşmenin veya Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse ve ilgili Sözleşmeci Devletin iç hukuku bu ihlali ancak kısmen giderme imkanı veriyorsa, gerekli gördüğü takdirde zarara uğrayan tarafa adil bir karşılık verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

44. Başvurucu Mahkemeden 83.000 Euro maddi, 239.000 Euro manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

45. Hükümet bu talebin aşırı ve kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür.

46. Mahkeme maddi tazminat talebi konusunda, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında bu talebi yargılamanın sonucuyla bağdaşır nitelikte bulmamaktadır. Bunun yanı sıra, baaşvurucunun söz konusu talebini destekleyici herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bu sebeplerle mahkeme böyle bir talebe müsaade etmemektedir.

47. Mahkeme ayrıca, Sözleşmenin 6. maddesi kuralları çerçevesinde bir ihlalin varlığı durumunda başvurucuya herhangi bir manevi zarara uğraması halinde kendi içinde bu zararı karşılayacak makul bir karşılık verilebileceği görüşündedir (bkz. Yukarıda atıfta bulunulmuş olan *Incal* kararı, s. 1575, 82. paragraf, ve *Çiraklar* kararı, 45. paragraf).

48. Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında, başvurucunun bağımsız ve tarafsız olmayan bir mahkeme tarafından mahkum edildiğinin saptanması halinde verilecek olan söz konusu davanın yeniden bu kez bağımsız ve tarafsız bir mahkeme huzurunda görülmesinin sağlanmasına yönelik kararı prensipte en uygun tazmin şekli olarak görmektedir (bkz. 23 Ekim 2003 tarihli *Gençel-Türkiye* kararı no. 53431/99, 27. paragraf.).

B. Masraf ve Giderler

49. Başvurucu ayrıca 7,168.75 Pound tutarında masraf ve gider olduğunu iddia etmektedir.

50. Hükümet bu iddiayı reddetmiştir.

51. Mahkeme, masraf ve giderlerin somut ve gerekli olarak bulunması halinde bunun karşılığı olabilecek makul bir miktarın verilmesi yönünde hüküm kurabilecektir (bu duruma örnek olarak bkz., 1 Ekim 2002 tarihli, *Sawicka-Polonya* kararı no. 37645/97, 54. paragraf, 1).

52. Edilinen bilgiler çerçevesinde ve daha önce verilmiş emsal kararlar doğrultusunda (bkz,21 Aralık 2004 tarihli *Vural-Türkiye* kararı no. 56007/00, 45. paragraf),Mahkeme iddia olunan masraf ve giderler karşılığı olarak başvurucuya 1.000 Euro ödenmesi gerektiği yönünde karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

53. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankasınca belirlenmiş olan %3 puanlık marjinal kredi faizi oranı uygulanmasının uygun olduğu görüşündedir.

BELİRTİLEN SEBEPLERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE;

1. Şikayetlerin Adana Devlet Güvenlik Mahkemesinin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla ve yargılamanın adilliği ile ilgili olan kısımlarının kabul edilebilirlik koşullarını taşıdığını belirterek;
2. Sözleşmenin 6. maddesinin 1.fikrasının söz konusu mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı noktasından ihlal edilmiş olduğuna;
3. Başvurucunun diğer şikayetlerinin Sözleşmenin 6.maddesinin 1 ve 2. fıkraları kapsamında karara bağlanmamasına gerek görülmediğine;
4. Başvurucunun ihlalden kaynaklanan manevi zararının giderilmesi için uygun bir tazminata gerek görüldüğüne;
5. (a) Başvurucu tarafından talep edildiği üzere, sorumlu Devlet tarafından, Sözleşmenin 44.maddesinin 2. fıkrasına göre işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde masraf ve giderlerin karşılığı olarak hükmedilen 1.000 Euro'yu Birleşik Krallık'ta belirtilen hesaba sterlin bazında ödemesine;
(b) Söz konusu miktara muaccel olduğu süreden itibaren Avrupa Merkez Bankası'nın belirlemiş olduğu %3'lük marjinal faiz oranının uygulanmasına;
6. Başvurucunun geri kalan tazminat taleplerinin reddine;

Hükmetmiştir.

Hüküm Mahkeme tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca İngilizce olarak 15 Temmuz 2005 tarihinde kaleme alınmıştır.

Vincent BERGER
Katip

Boštjan M. ZUPANČIČ
Başkan

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde yer alan tekerrür ile cezanın hükümlerle birlikte arttırılması sistemi terkedilmiş, cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi sistemi kabul edilmiştir. Özel tekerrür genel tekerrür ayrımı kaldırılmıştır. Yurtdışında işlenen suçtan dolayı tekerrür hükümlerinin uygulanacağını da belirtmek gerekmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi ile mükerrir olan sanığın tehlikeli olduğu kabul edilerek tekerrür hükümleri güvenlik tedbirleri başlıklı ikinci bölümde yer almıştır.

Maddi Ceza Hukuku alanın konusu olan tekerrür, getirilen yeni düzenleme ile birlikte artık infaz hukukunun konusu haline getirilmiştir. Temel yasalarda yapılan bu değişiklikle beraber yeni bir kavram olarak mükerrirlere özgü infaz rejimi böylece Ceza Hukukumuzda girmiş bulunmaktadır. Mükerrirlere özgü infaz rejimi gereğince de şartla salıverme süreleri uzatılmıştır. 5237 sayılı TCK gereğince cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Buna göre hükümlü cezaevinden çıktıktan sonra Denetimli Serbestlik Şube Müdürlüğü tarafından denetime tabi tutulacaktır.

Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi

Av. Mustafa Tırtır ¹

Bilindiği üzere 1 Haziran 2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun² yürürlüğe girmiştir. Bu kanunlardan TCK ve CGİK'e baktığımızda yeni bir kavramın hukukumuzda girdiği görülmektedir: Mükerrirlere özgü infaz rejimi.

Her ne kadar Tekerrür ile ilgili hükümler TCK'da yer almış olsa da, 1 Haziran 2005 yılında kabul edilen kanunlarla, tekerrür artık infaz hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. İnceleme konumuz olan mükerrirlere özgü infaz rejimine geçmeden önce YTCK'da yer alan Tekerrür ile ilgili hükümlere kısaca temas etmek faydalı olacaktır.

¹ İstanbul Barosu avukatı – TCHD Disiplin Kurulu yedek üyesi.

² Bundan sonraki bölümlerde CGİK olarak zikredilecektir.

1) Tanım

Tekerrür, kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle kesinleşmiş olan belli bir cezaya mahkum edilmiş olmasına rağmen yeni bir suç işlemesidir. Arapça kökenli olan tekerrür, yineleme ya da tekrarlama anlamına gelmektedir³.

Tekerrür, YTCK içinde Birinci kitap, Üçüncü Kısım, İkinci Bölüm'de bulunan Güvenlik Tedbirleri başlığı altında yer almaktadır. Tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer alsa da, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir.

765 sayılı TCK'ya göre, tekerrür halinde verilen ceza, aynı kanunun 81/1. maddesine istinaden 1/6 oranında arttırılmakta idi. 765 sayılı TCK'nın 81/3. fıkrası gereğince ise, önceki suç için hükmedilmiş cezanın en ağırından fazla bir artırım yapılamayacağı öngörülmüştü.

Ayrıca 765 sayılı TCK gereğince özel tekerrür ve genel tekerrür gibi ayrımlar yapılmışken, yeni TCK'da bu ayrıma rastlanmamaktadır. Bunun yanında madde metninde bir açıklık olmaması nedeniyle yabancı bir ülkede işlenen suçtan dolayı tekerrür hükümlerinin uygulanacağını da belirtmek gerekmektedir.

YTCK'nın 58. maddesi ile cezanın son hükümlerle birlikte arttırılması sistemi terkedilmiş, bunun yerine mükerrir hakkında şartla salıverme süreleri uzatılmıştır. Bu sebeple yeni bir infaz rejimi ortaya çıkmış, bu infaz rejimine mükerrirlere özgü infaz rejimi adı verilmiştir.

5237 sayılı TCY'nın genel hükümlerinde "güvenlik tedbirleri" başlığı altında düzenlenen tekerrür, cezayı etkileyen bir neden olmadığı, cezanın infazı ile ilgili bir infaz rejimi olduğu, infaz rejimine ilişkin hususların ise kazanılmış hak oluşturmadığı Yargıtay'ımız tarafından ifade edilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 221. maddesindeki silahlı örgüt üyeliği suçundan yapılan yargılama sonrasında verilen cezanın infazı

³ Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, Teşebbüs, İştirak, İçtima ve Yaptırımlar, Kazancı Yay., s. 473, İstanbul 2005.

aşamasında hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir⁴.

Ancak suçun 5237 sayılı TCK yürürlüğe girmeden önce işlenmesi halinde cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesine ilişkin kararın sanık aleyhine olduğu yine Yargıtay tarafından ifade edilmiştir⁵.

765 sayılı TCK gereğince tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki cezanın çekilmiş olmasını aramakta idi. YTCK ile cezanın infaz edilmiş olması aranmamakta, sürelerin işlenmesi açısından verilen mahkumiyet kararının kesinleşmesi şartı aranmaktadır.

765 sayılı TCK'da toplum için tehlikeli hal arzeden suçlularla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamakta idi. Ancak 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin son fıkrası gereğince itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu olan kişiler tehlikelilik kavramı içerisinde değerlendirilecek ve bu kişiler hakkında tekerrür hükümleri uygulanacaktır.

5237 sayılı TCK'nın 7.maddesinin 2.fıkrasında "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur." hükmü ; 3.fıkrasında ise "Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır." şeklinde düzenleme yer almaktadır. Buna göre tekerrür hükümleri yönünden sanık lehine olan kanun uygulanacaktır.

Mahkûmiyet kararında mükerrir hakkında 5237 sayılı Yasa'nın 58/7.maddesi uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi ile yetinilmesi gerekmektedir.

⁴ Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 2005/5942 E. 2005/9278 K. 6.12.2005 tarihli kararı, aynı yönde Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 2005/7129 E. 2005/9405 K. 12.12.2005 tarihli kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 21.02.2008)

⁵ Yargıtay 10.Ceza Dairesi'nin 2005/20195 E. 2006/4283 K. 22.03.2006 tarihli kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 21.02.2008)

Yargıtay, yerel mahkemenin gerekçeli kararında denetimli serbestlik süresini belirtmemesi gerektiğini ifade etmiştir. Yerel Mahkeme tarafından belirlenen sürenin infazı kısıtlayacağı açıkça ifade edilmiştir⁶.

Ancak Yerel Mahkeme kararında hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı, hükümlü hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı, tekerrür nedeniyle hükümlünün ceza evinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkûmiyet hükmünde açıkça belirtilmesi gerekmektedir⁷.

2) Tekerrür hükümlerinin uygulanmasının şartları:

Tekerrür hükümlerinin uygulanması için madde metninde bazı şartların varlığı belirtilmiştir. Bu şartlar ;

- Önceden işlenen bir suçtan dolayı “kesinleşmiş” bir mahkûmiyetin olması
- Yeni bir suç işlenmesi
- Maddede yer alan 3 ve 5 yıllık sürelerin geçmemiş olması, şeklindedir.

3) Tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağı haller:

YTCK'nın 58. maddesinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı haller de yer almaktadır. Bu haller ;

- a)** Fiili işlediği sırada on sekiz⁸ yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz.
- b)** Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz.
- c)** Yabancı ülke mahkemelerinden verilen hükümler tekerrüre esas olmaz. Ancak kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçları ile ilgili tekerrür hükümleri uygulanır.

⁶ Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 2005/7129 E. 2005/9405 K. 12.12.2005 tarihli kararı. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 21.02.2008)

⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007/10-71 E. ve 2007/98 K. sayılı kararı.

⁸ 765 sayılı TCK'da 15-18 yaşındaki kişilerle ilgili tekerrür hükümleri uygulanmakta idi.

- d) Önceden işlenen suçtan dolayı ;
- Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl,
 - Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçtan dolayı tekerrür hükümleri uygulanmaz⁹.

Şeklindedir.

Tekerrür hükmünün uygulanması için önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmesinden sonra, yeni bir suçun işlenmesi yeterli olacaktır. Ancak önceki hükmün kesinleşmesi ve ikinci suçun kesinleşmeden sonra işlenmesi yeterli olmakta, **cezanın infaz edilmiş olmasına** gerek bulunmamaktadır.

Yasa koyucu tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki cezanın infaz edilmesi koşulunu aramadığı halde, infazdan sonra belirli bir sürenin geçmesi halinde tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Buna göre, beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet halinde cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına mahkûmiyet halinde ise cezanın infaz tarihinden itibaren üç yıl geçmekle tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.

Burada önemli bir hususa dikkat çekmek yerinde olacaktır. Tekerrür hükümlerinin uygulanması için ilk hükmün kesinleşmesi yeterli olmakta, kesinleşen bu hükmün infaz edilmesi aranmamaktadır.

İlk hüküm kesinleştikten sonra da belirli süreler geçtikten sonra tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır¹⁰. Bu sürelerin başlayabilmesi için kesinleşen ilk hükmün infazının tamamlanması gerekmektedir. Madde metninde yer alan “**bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren**” ibaresi bu hususa temas etmektedir.

⁹ 765 sayılı TCK’da ise, bu süreler, 10 ve 15 yıl olarak öngörülmüştü.

¹⁰ Önceden işlenen suçtan dolayı ; Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl ; Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl geçtikten sonra işlenen suçtan dolayı tekerrür hükümleri uygulanmaz.

Örneğin A şahsı hakkında kasten yaralama suçundan 2 yıl hapis cezası verildi. Karar kesinleşti, ancak A şahsı hakkında verilen karar infaz edilmedi. Bu sebeple 3 yıllık süre başlamayacaktır. Karar kesinleştikten ancak henüz infaz edilmeden 4 yıl geçse bile A şahsının işlemiş olduğu suçtan dolayı tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.

5237 sayılı Yasanın 58. maddesi uyarınca kişinin mükerrir sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun işlenmesi yeterli olup, ilk suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce veya sonra işlenmesinin mükerrirlik açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Ayrıca Yargıtay 4. Ceza Dairesi verdiği bir kararda 5237 Sayılı TCK'nın 7/2 maddesi hükmü gereğince sanığın 01.06.2005 tarihinden önce işlemiş olduğu suçlara ilişkin geçmiş yükümlülüklerin 5237 Sayılı TCK uygulanmasında tekerrüre esas alınamayacağına gözetilmemesi sebebiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur¹¹.

Temyize tabi olmayan ve 2000 YTL'nin altında hükmedilen para cezaları da tekerrüre esas olmayacaktır¹².

4) Tekerrürün sonuçları :

a) Kanunda öngörülen suçun cezası adli para cezası ya da hapis cezası ise, hapis cezasına karar verilecektir.

YTCK'nın 58. maddesinin 3. fıkrası gereğince; sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir.

b) Hükmedilen ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilecektir.

Tekerrür halinde hükmolunan ceza mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin

¹¹ Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 26.02.2007 tarihli ve 2006/10968 E. , 2007/1898 K. Nolu kararı.

¹² Yargıtay 8. Ceza Dairesi E. 2006/3421 K. 2006/8031 T. 9.11.2006. (Kazancı Hukuk Otomasyon, Erişim Tarihi 21.02.2008)

İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinde yer almaktadır. 108.maddenin 1. fıkrası gereğince, mükerrir hakkında uygulanacak olan şartla salıverilme süreleri uzatılmıştır.

c) Cezanın infazından sonra başlamak üzere denetimli serbestlik tedbirine karar verilecektir.

Cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesinden sonra cezanın infazı tamamlandıktan sonra, mükerrir hakkında denetimli serbestlik tedbiri¹³ uygulanacaktır.

5) Mükerrirlere özgü infaz rejimi :

Mükerrirlere özgü infaz rejimi, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinde yer almaktadır. Bu hükümle infaz hukukumuzda yeni bir infaz rejiminin yer aldığını söyleyebilmek mümkündür. Maddenin birinci fıkrasında mahkûm olunan hapis cezaları sayılarak şartla salıverme sürelerinin arttırıldığı görülmektedir. Cezası, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilen hükümlünün belirtilen süreleri tamamladıktan sonra şartla salıvermeden faydalanması için de, cezaevinde geçirdiği sürede iyi halli olma şartı aranmaktadır. 108. maddenin birinci fıkrasındaki şartla salıverme sürelerini şu şekilde belirtebilmek mümkündür ;

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108. maddesi

Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,

c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,

infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.

¹³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. TIRTIR, Mustafa, Denetimli serbestlik, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı : 2006/3.

Maddenin ikinci fıkrasında tekerrür nedeniyle şartla salıverme süresine eklenecek miktarın tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamayacağı belirtilmiştir.

Üçüncü fıkrada ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlünün şartla salıvermeden faydalanamayacağı hükme bağlanmıştır.

CGİK'in 108. maddenin 4. fıkrası gereğince hâkim, mükerrir hakkında **cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak**¹⁴ ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirleyecektir. Yine CGİK'nin 108. maddesinin 6. fıkrası gereğince hakim, denetim süresinin 5 yıla kadar uzatılmasına karar verebilir. Halbuki, YTCK'nın 51. maddesinde belirtilen denetim süresinin üst sınırı en fazla 3 yıl olabilir. Görüldüğü üzere mükerrir hakkında öngörülen denetim süresi daha uzun tutulmuştur.

Maddenin 5. fıkrası gereğince "Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır." hükmü yer almaktadır. Bu sebeple aynı kanunun 107. maddesinde yer alan hükümlere temas etmek faydalı olacaktır.

CGİK'in 107. maddesinin 12. fıkrası gereğince "**Denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde şartla salıverme kararı geri alınır**" hükmüne göre belirlenen yükümlülüklerle uymayan hükümlünün infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir.

CGİK'nin 107. maddesinin 13. fıkrası gereğince, hükümlünün denetim süresi içinde suç işlemesi halinde¹⁵, suçu işlediği tarihten itibaren; yükümlülüklerle aykırı davranması durumunda ise, salıverme kararının geri alınmasının kesinleştiği tarihten itibaren, bihakkın tahliye tarihine kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. 14. fıkrada denetim süresinin iyi halli olarak geçirilmesi durumunda ceza infaz

¹⁴ Bu süre bihakkın tahliye tarihinden başlayacaktır. TCK'nın 51. maddesinde yer alan denetimli serbestlik tedbiri cezanın infazı ile başlamaktadır.

¹⁵ Şartla Salıverme'nin geri alınması için "kasıtlı bir suç işlemesi" ibaresi yerine "kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olmak" olarak anlaşılması gerekmektedir.

edilmiş sayılacaktır. 15. fıkranın b bendinde, yükümlülükler uymama halinde şartla salıverme kararının geri alınacağı belirtilmiştir.

Bilindiği üzere denetimli serbestlik tedbirinin kontrolü Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları tarafından yapılmaktadır. CGİK'nın 104/1.maddesi gereğince denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulacağı belirtilmiş, denetimli serbestlik merkezinin görevleri yine bu madde içinde yer almıştır.

Bu maddenin 1.fıkrasına göre; cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere denetimli serbestlik ve yardım merkezleri kurulacaktır.

Mükerrirlere özgü denetimli serbestlik tedbirinin ihlali halinde Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları'nın nasıl hareket edeceği Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği'nin 78. maddesinde yer almaktadır. Bu madde aynen ;

Denetleme planına uyulmadığının ilgili kurum ve kuruluşlar veya kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde, hükümlü denetleme planına uyması yönünde şube müdürlüğü veya **büroca uyarılır**. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kararda belirtilen süre sonuna kadar infaz ilgili kurum ve kuruluş ile kolluk tarafından takip edilir. İlgili kurum ve kuruluş ile kararda belirtilen süre sonunda evrak şube müdürlüğü veya büroya iade edilir. Şube müdürlüğü veya büroca kayıt kapatılarak evrak, mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. şeklindedir.

Yönetmeliğin 78. maddesi gereğince denetim planına uymayan mükerrir uyarılacak, uyarıya rağmen denetleme planına uyulmazsa infazı tamamlanıncaya kadar takip edilecek ve evrak mahkemeye iade edilecektir. Görüldüğü üzere mükerririn yeniden cezaevine gönderilmesi şeklinde bir ibareye rastlanmamaktadır.

Ceza İnfaz Hukukunun Çağdaş İlkeri Açısından 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun(CeGTİK) Değerlendirilmesi

Prof.Dr. Timur Demirbaş*

Giriş

Cezaevleri, hükümlülerin işledikleri suç karşılığı özgürlüklerinin kısıtlanması suretiyle, hem toplumun korunması, hem de hükümlülerin toplum içinde tekrar suç işlemelerinin önüne geçecek surette ıslah edilmeleri açısından gerekli kurumlardır. Ancak, buraların hükümlüler için tehlikeli yerler olduğunu da unutmamak gerekir. Gerçekten de, cezaevlerinde hükümlülerin çeşitli fiziki ve cinsel şiddet fiillerine uğradıkları, hatta ölümlerle sonuçlanan çok sayıda olay olduğu bilinmektedir. Tüm bu olumsuzluklara rağmen, ne yazık ki, hürriyeti bağlayıcı cezaların ve dolayısıyla cezaevlerinin tamamen kaldırılması mümkün değildir. Ancak, cezaevlerinin olumsuzlukları nedeniyle, çok zorunlu olmadıkça, suçluları cezaevine göndermeyi son çare olarak düşünmek gereklidir.

Avrupa devletlerinde hürriyeti bağlayıcı cezaların ve dolayısıyla cezaevlerinin gelişimi 400 yıllık bir geçmişe sahipken, bizde Tanzimata ve 1840'lara gitmektedir. Avrupa ülkelerinde, 19'uncu yüzyılda tartışılan sorunlar, bizde daha yeni tartışılmaya başlandığından, cezaevleri ve infaz sistemi ile ilgili yaşanan sıkıntılar bir türlü giderilememektedir. Bu durum, infaz hukunun gelişimi açısından da söz konusu olmuştur. Avrupa'da ve Amerika'da bizden yıllarca önce infaz hukuku ve cezaevleri üzerine tartışmalar, kitaplar, geziler, dernek ve vakıflar kurulmuş iken, bizde ne yazık ki bu konu üzerinde Batı'dan yıllarca sonra durulmaya başlanmıştır. Benzer durum, infaz hukuku eğitimi açısından da söz konusudur. Biz de, son yıllarda bazı hukuk fakültelerinde seçimlik ders olarak infaz hukuku konuluncaya kadar, infaz hukukuna ilişkin bilgiler, ceza genel hukuku içerisinde, "cezalar" anlatılırken kısaca değinilmek suretiyle geçiştiriliyordu. Bugün hala, çoğu köklü hukuk fakültesinde aynı uygulama ne yazık ki devam etmektedir.

Ceza infaz kurumlarındaki olumsuzlukları giderebilmek açısından, Devlet yanında, sivil toplum kuruluşlarına da büyük görev düşmektedir. Gerçekten de, Batı'da çok sayıda örneğine 18'inci yüzyıldan itibaren rastlanan cezaevi derneği veya vakfı şeklindeki bu kuruluşlar önemli görevler yapmaktadırlar. Bunlardan ilki olan Fildelfiya Cezaevi Vakfı, dini temele dayanan Quakerler tarafından 1776'da kurulmuştur. Fransa'da da, hapishanelerin işleyişini denetlemek ve buralarda iyileştirmelere gidilmesini sağlamak amacıyla dernekler kurulmaya başlayarak, 1818'de, resmi "Hapishanelerin İyileştirilmesi Derneği" ve daha sonra "Hapishaneler Derneği" ile çeşitli insancıl dernekler kurulmuştur. Almanya'da ise, Fliedner, 1826'da Ren-Westfaller Cezaevi Derneği'ni kurdu; bunu ülkenin her tarafında benzer dernekler takip etti. Hollanda'da, John Howard'ın öğrencisi ve bir iş adamı olan W. H. Suringar iki arkadaşı ile birlikte "Hükümlülerin Manevi İslahı İçin Hollanda Cemiyeti"ni kurmuşlar ve bu dernek 1946'dan itibaren "Hollanda Yeniden Topluma Katma Derneği" ismini almıştır. Bunların amacı, mahkumiyet esnasında ve tahliyeden sonra mahkumlara iyileştirici etkide bulunmaktır. Türkiye'de, ne yazık ki, bu nitelikte bir dernek veya vakıf bulunmamaktadır¹.

Türkiye'de 1990'lı yılların sonunda ortaya çıkan cezaevi olaylarına kadar, gerek toplum, gerekse Devlet olarak cezaevi sorunlarına ne yazık ki hiç eğilinmemişti. Bu olaylardan sonra, iki önemli kanun yürürlüğe girmiştir: 16.5.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununa göre, infaz hakimi, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler ve bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikayetleri inceleyerek karar bağlamaktadır. 20.11.2007 tarih ve 5712 sayılı Kanunla değişik 14.6.2001 tarih ve 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu ile ise, infaz kurumları ve tutukevlerinin yönetim, işleyiş ve uygulamalarını yerinde görmek, incelemek, bilgi almak ve tesbitlerini rapor haline getirerek yetkili ve ilgili mercilere sunmak suretiyle izlenmesi amaçlanmıştır.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

¹ **Demirbaş** Timur, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2008, s.11 vd.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren 13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, infaz hukukuna ilişkin çeşitli kanunlarda, Tüzükte ve Adalet Bakanlığı genelgelerinde yer alan esasları, başta hükümlü hakları ve yükümlülükleri olmak üzere uluslararası infaz kurallarını da dikkate almak suretiyle biraraya getirmesi yönünden yerinde bir kanundur. Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra Adalet Bakanlığı 1.1.2006 tarih ve 1 No'lu Genelgesi ile 31.12.2005'de önce yayımlanan tüm genelgelerin yürürlükten kaldırılması da olumlu olmuştur.

Bilindiği gibi cezaevlerinde cezanın infazı, özgürlükten yoksun bırakma esasına dayanır. Ancak, hapsedilme koşullarının ek bir ceza olarak uygulanmaması; dolayısıyla, hapsedilmenin doğurabileceği tüm yan etkilerin asgariye indirilmesi gerekir. Cezaevi yaşamı normal olmamakla birlikte, cezaevi koşullarının – özgürlüğün kısıtlanması dışında- mümkün oldukça normal yaşam koşullarına yakın olması gerekir.

I. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunundan(CeGTİK) Önceki Dönem

13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun ve bu Kanunun uygulanmasına ilişkin Ceza İnfaz Kurumları ve Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük ile Adalet Bakanlığı Genelgeleri infaz hukukunun önemli kaynaklarını oluşturmuşlardır. Ancak, TCK'da ve CMUK'da da infaz hukukuna ilişkin hükümler varlığını korumuştur. İnfaz hukukunun kaynakları arasında 14.6.1930 tarih ve 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'dan da söz etmek gerekir. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, getirdiği yeni hükümler itibariyle, dönemi bakımından bir reform kanunu niteliği taşıdığı söylemek mümkündür.

Bilindiği gibi cezaevlerinde cezanın infazı, özgürlükten yoksun bırakma esasına dayanır. Ancak, hapsedilme koşullarının ek bir ceza olarak uygulanmaması; dolayısıyla, hapsedilmenin doğurabileceği tüm yan etkilerin asgariye indirilmesi gerekir. Cezaevi yaşamı normal olmamakla birlikte, cezaevi koşullarının –özgürlüğün kısıtlanması dışında- mümkün oldukça normal yaşam koşullarına yakın olması gerekir. Özgürlüğün kısıtlanması, insan haklarının ihlal edilmesi riskini ortaya çıkardığından, cezaevi ve tutukevi gibi yerlerin dış dünyaya ve bağımsız incelemeye açık olması gerekir². İşte tüm bu hususlar, Birleşmiş Milletlerce 1955'de Cenevre'de düzenlenen "*Suçların Önlenmesi ve Hükümlülere Muamele*" konulu kongrede alınan "*Hükümlülere Muamelede Asgari Esaslar*" ve "*İnfaz Kurumu Açma*" tavsiyeleri, infaz hukukunun gelişimini derinden etkilemiştir. Nitekim, "*Hükümlülere Muamelede Uyulacak Asgari Standart Kurallar*" Birleşmiş Milletlerce 31 Temmuz 1957'de kabul edilmiştir. Hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan bu kurallar, ahlaki yükümlülüğü içeren tavsiyeler niteliğini taşımaktadırlar.

Avrupa Konseyi tarafından 19 Ocak 1973'de "*Hükümlülere Muamelede Asgari Kurallar*" kabul edilmiştir. Ancak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından bu esaslar üzerinde yeniden çalışılmış ve 12 Şubat 1987'de kabul edilen tavsiyeler ve kararlaştırılan yenileriyle birlikte 100 adet "*Avrupa Ceza İnfaz Kuralı*" belirlenmiştir.

Türkiye'de 1990'lı yılların sonunda ortaya çıkan cezaevi olaylarına kadar, gerek toplum, gerekse Devlet olarak cezaevi sorunlarına ne yazık ki hiç eğilinmemişti. Bu olaylardan sonra, iki önemli kanun yürürlüğe girmiştir: 16.5.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanununa göre, infaz hakimi, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler ve bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikayetleri inceleyerek karar bağlar. 14.6.2001 tarih ve 4681 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu ile infaz kurumları ve tutukevlerinin yönetim, işleyiş ve uygulamalarını yerinde görmek, incelemek, bilgi almak ve tesbitlerini rapor haline getirerek yetkili ve ilgili mercilere sunmak suretiyle izlenmesi amaçlanmıştır.

II. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununa(CeGTİK)

² **Uluslararası Ceza Reformu**, Standartları İşler Kılmak, Cezaevlerinde doğru uygulamalar üzerine Uluslararası el kitabı, çev. Orhan Kemal Cengiz, 2002, s. 3.

Genel Bir Bakış

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 29.12.2004 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle 1 Nisan 2005’te yürürlüğe gireceği belirtilmişse de, 31.3.2005 tarih ve 5328 sayılı Kanunla yürürlük tarihi Yeni TCK, CMK ve diğer bazı kanunlarla birlikte 1 Haziran 2005’e bırakılmıştır. Ancak, 5275 sayılı Kanunun geçici madde 1’deki, “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki diğer kanunlarda yer alan adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, hükümlüler bir gün yüz Türk Lirası hesabı ile hapsedilirler” hükmü, 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun iki kitap ve 124 maddeden ibarettir:

“Amaç ve Temel İlkeler, Hapis Cezası ve Güvenlik Tedbirleri” başlıklı Birinci Kitap, 5 kısım ve 104 maddeden oluşmaktadır (m. 1-104): 1.Kısım, Amaç ve Temel İlkeler; 2. Kısım, Hapis Cezaları ve Güvenlik Tedbirleri; 3. Kısım, Ceza İnfaz Kurumunda Hükümlünün Hakları, Güvenceleri ve Kısıtlamalar; 4.Kısım, İyileştirme ve 5. Kısım, Saliverilme Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım başlıklarını taşımaktadır.

“Diğer Cezalar, Tedbirler, Koşullu Saliverilme ve Tutukluluk” başlıklı İkinci Kitap ise, iki kısım ve 25 maddeden oluşmaktadır (m. 105-124): 1. Kısım, Diğer Cezalar ve 2. Kısım, Tedbirler ve Tutukluluk başlıklarını taşımaktadır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin Tüzük’te yer alan hususlar başta olmak üzere, infaz hukukunun esaslarına yer vermektedir: Hapis cezaların infazında gözetilecek ilkeler (m. 6), ceza infaz kurumlarının türleri (m. 8-15), cezanın infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi (m. 16), hükümlülerin ceza infaz kurumlarına kabul işlemleri (m. 20-22), hükümlülerin sınıflandırılması ve gruplandırılması (m. 23-24), hükümlünün yükümlülükleri (m. 26-31), ceza infaz kurumunda düzen ve güvenlik (m. 33-36), disiplin ceza ve tedbirleri, ödüllendirme (m. 37-52), hükümlülerin nakilleri (m. 52-58), hükümlünün hakları (m. 59-72), iyileştirme (m. 73-74), eğitim (m. 75-77), sağlığın korunması ve tıbbî tedbirler (m. 78-82), dışarıyla ilişkiler (m. 83-86), beden eğitimi ve boş zaman etkinlikleri (m.87-88), saliverilme için hazırlama (m. 89-91), izinler (m. 92-97), infazla ilgili kararlar (m. 98-101), saliverilme öncesi ve sonrası hükümlüye ve eski hükümlüye yardım (m. 102-103), kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve adli para cezalarının infazı (m.105-106), koşullu saliverilme, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik (m.107-108), kısa süreli hapis cezalarının özel infaz şekilleri (m.110), tutuklama kararının yerine getirilmesi (m.111-113).

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun (CeGTİK) değerlendirilmesi yönünden şunlar söylenebilir:

1) 5275 sayılı Kanunun adı “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun” olmasına rağmen, güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Çünkü, akıl hastaları hakkındaki tedbirlerin infazı YTCK m. 57’de düzenlenmekte, çocuklar hakkındaki tedbirlerin infazının ise, YTCK m. 56’da, ilgili kanunda gösterileceği belirtilmektedir. Bu durumda, CeGTİK’de, güvenlik tedbirlerinin infazı olarak sadece, YTCK m. 50/1,f bendinde yer alan kısa süreli hapis cezasının yerine geçebilecek tedbirlerden “kamuya yararlı bir işte çalıştırma”, CeGTİK m. 105’te düzenlenmiştir.

2) CeGTİK’de kullanılan kavramlar arasında birlik yoktur. Örneğin, CeGTİK m. 3’te kullanılan “yeniden sosyalleşme” kavramı yerine, m. 7’de olduğu gibi çoğu yerde “iyileştirme” kavramı kullanılmıştır.

3) CeGTİK m. 3’te, infazda temel amaç, “genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır” şeklinde, belirtilmiştir.

4) CeGTİK m. 6’da, hapis cezalarının infazında ceza infaz kurumlarında gözetilecek ilkeler, güvenlik ve disiplin, düzenli bir yaşam, hükümlülerin iyileştirilmesi ve cezanın infazında adalet şeklinde belirtilmiştir.

5) CeGTİK m. 12’de, “cezanın infazına başlandığı tarihte onsekiz yaşını bitirmiş olup da yirmibir yaşını doldurmamış genç hükümlülerin cezalarını çektikleri, eğitim ve öğretim esasına dayalı, firara karşı

engelleri olan, iç ve dış güvenlik görevlileri bulunan kurumlardır” şeklinde, gençlik kapalı ceza infaz kurumuna yer verilmiştir. Gençlik kapalı infaz kurumu, infaz sistemimiz açısından yeni ve yerinde bir kurumdur.

6) CeGTİK m. 14/3’de, “İlk kez suç işleyen ve iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükümlü bulunanların cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumlarında yerine getirilebilir” şeklinde, olumlu bir düzenlemeye yer verilmiştir.

7) CMUK m. 399 ve 400’deki infazın ertelenmesi halleri, cezanın infazının hastalık (CeGTİK m. 16) ve hükümlünün istemiyle ertelenmesi (CeGTİK m. 17) şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca, akıl hastalığı dışında ruhsal bir bozukluk içerisinde bulunan hükümlülerin, cezalarının belirli infaz kurumlarının özel bölümlerinde infaz edileceği hükmüne yer verilmiştir (CeGTİK m. 18). CeGTİK m. 19’da, yakalama emri açıkça düzenlenmiştir.

8) CeGTİK m. 23’de hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılması, m. 24’de ise, hükümlülerin gruplandırılmasına yer verilmiştir. Tüzük m. 78, 78/A ve 78/B’de ki gruplandırmanın kanuna alınması yerinde olmuştur.

9) Hükümlünün yükümlülüklerine CeGTİK m. 26-31’de, cezayı çekme, sağlığın korunması kurallarına uyma, bina ve eşyanın korunması ve çalışma şeklinde yer verilmiştir. CeGTİK m. 37-52 arasında disiplin cezaları ve tedbirleri, hükümlülerin nakilleri ise, CeGTİK m. 53-58 arasında düzenlenmiştir.

10) Hükümlünün haklarına CeGTİK m. 59-72’de, avukat ve noterle görüşme hakkı (m. 59), kültür ve sanat etkinliklerine katılma, ifade özgürlüğü (m. 60), kütüphaneden yararlanma (m. 61), süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkı (m. 62), hükümlünün barındırılması ve yatırılması (m. 63), giydirilmesi (m. 64), hükümlünün bakıma muhtaç çocuklarının barındırılması (m. 65), hükümlünün telefon ile haberleşme hakkı (m. 66), radyo, televizyon ile internet olanaklarından yararlanma (m. 67), hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı(m.68), hükümlüye dışarıdan gönderilen hediyeyi kabul etme hakkı (m.69), din ve vicdan özgürlüğü (m.70), hükümlünün muayenesi(m.71) ve hükümlünün beslenmesi (m.72) şeklinde yer verilmiştir.

Hükümlünün barındırılması, Hükümet Tasarısında, koğuş sisteminin yarattığı sakıncalar dikkate alınarak “bir ila sekiz kişilik odalarda” şeklinde sınırlanmışken (m.63/1), CeGTİK m.63/1’de, “diğer hükümlüler ise kurumun fizikî yapısı, kapasite durumu ve güvenlik gerekleri göz önüne alınarak cezaevi yönetimi tarafından belirlenecek sayıda mahkûmun kalabileceği odalarda barındırılırlar” bu sınırlamaya son verilmiştir.

11) CeGTİK m.82’de, açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, hayati tehlikeye girdiği ve bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında tedavi ve beslenme gibi tedbirlerin alınabileceği düzenlenmiştir. Zorunlu beslenme, Alman ve Avusturya İnfaz Kanunlarından esinlenmek suretiyle 5.2.2003 tarih ve 4806 sayılı Kanunla 1721 sayılı Hapishanelerin İdaresi Hakkında Kanun m.4’de yapılan düzenleme ile kabul edilmişti. TCK m.298’de (765 s.TCK m.307 b), hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme suçuna yer verilmek suretiyle, hükümlü ve tutukluların beslenmesini engelleyenler, açlık grevine veya ölüm orucuna teşvik edenler cezalandırılmıştır.

12) CeGTİK m. 83’de, hükümlüyü ziyaret düzenlenmiştir. Burada, Tüzük m.152’deki gibi, ziyaret hakkına sahip hısımları tek tek sayma yöntemi yerine, “eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ile vasisi ve kayyımı” şeklinde genel ibareler kullanılmıştır. Ayrıca, “kuruma kabüllerinde, zorunlu haller dışında değiştirilmemek üzere, ad ve adreslerini bildirdiği en fazla üç kişi tarafından” da ziyaret edilebileceği düzenlenmiştir.

CeGTİK m.84’te, yabancı hükümlülerin ziyareti düzenlenmiştir. Yabancı uyruklu tutuklu ve hükümlülerin ziyaret esasları Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 24.5.2002 tarihli Genelgesi ile düzenlenmişti. CeGTİK m.85’te ise, heyetlerin ceza infaz kurumlarını ziyaretleri düzenlenmiştir.

CeGTİK m.86’da ise, ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar, ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. CeGTİK m.86/3’e göre; kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri

metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır. Ancak, CeGTİK m.86/4'e göre, ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tâbi tutulmaz.

13) İzinler, CeGTİK m.92-97'de, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m.14'te olduğu gibi, mazaret, özel ve iş arama izni şeklinde düzenlenmiştir. Mazeret izni nedenleri arasında, CeGTİK m.94/2'de, tehlikeli hükümlüler hariç olmak üzere, hükümlünün, infaz kurumunun bulunduğu yerde olmak ve dış güvenlik görevlisinin refakatinde bulunmak şartıyla, talebi ve Cumhuriyet Başsavcısının onayı ile ana, baba, eş, kardeş ve çocuk cenazesine katılması da eklenmiştir.

14) CMUK m.402-405 arasında düzenlenen infazla ilgili hükümlere, CeGTİK m.98-101 arasında yer verilmiştir. Bunlar, mahkumiyet hükmünün yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama (m.98), birden fazla hükümdeki cezaların toplanması (m.99), hastanede geçen sürenin cezadan indirilmesi (m.100), infaz sırasında verilecek kararların mercii ve usulüdür (m.101).

15) Salıverilme öncesi ve sonrası hükümlüye ve eski hükümlüye yardım, m.102-104 arasında düzenlenmiştir. CeGTİK m.104/1'de, cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psiko-sosyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması gibi görevleri yerine getirmek üzere, denetimli serbestlik ve yardım merkezlerinin; CeGTİK m.104/2'de ise, salıverilme sonrasında hükümlülere iş sağlanması için koruma kurulacağı belirtilmiştir. Denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının kuruluşu, çalışma yöntem ve esasları, ilgili kanununda düzenlenecektir. Henüz böyle bir kanun bulunmadığından CeGTİK'in uygulanmasının 1 Haziran 2005'e bırakılmasının yerindeligi de ortaya çıkmaktadır.

16) CeGTİK m.105'te, kamuya yararlı bir işte çalıştırmanın infazı düzenlenmiştir. YTCK m. 50'nin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan kısa süreli hapis cezasının yaptırım seçeneklerinden kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır. Bu amaçla, denetimli serbestlik ve yardım merkezleri, bölgelerinde bulunan bu tür kurumlardan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi alırlar ve hizmetler listesini oluştururlar. Bu listeler mahkemelere verilir. Mahkeme, bu listelerden uygun gördüğü hizmeti ve süresini hükümlüye önerir ve bunu reddetme hakkına sahip olduğunu hatırlatır (CeGTİK m.105/2).

17) CeGTİK m.106'da, YTCK m.52/1'de, belirtilen usule göre tayin olunacak adli para cezasının infazı düzenlenmektedir. Bu hüküm, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun m.5 ile büyük benzerlikler taşımaktadır. Adli para cezasının uygulamada büyük sıkıntılar doğuracağı şüphesizdir. Hükümlünün teblig olunan ödeme emri üzerine adli para cezasını süresinde ödememesi halinde, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir. Adli para cezasından çevrilen para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz.

18) CeGTİK m.107'de, koşullu salıverilme ve cezaların içtimainına birlikte yer verilmiştir. Aslında kanun yapma tekniği açısından cezaların içtimainının yeri YTCK olmalıydı. CeGTİK m.107/2'ye göre, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. CeGTİK

m.107/3'te, cezaların içtimalı halinde, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için iyi halle geçirilmesi gereken süreler düzenlenmiştir. CeGTİK m.107'de, koşullu salıverilen hükümlünün denetime tabi tutulacağı ve hakim denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebileceği düzenlenmiştir. CeGTİK m.107/6'da, koşullu salıverilen hükümlünün tabi tutulacağı denetim süresi, infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır.

19) YTCK m.58'de, artık tekkerrür sebebiyle cezanın artırılması sistemine son verilmiştir. Tekerrürün sonucu YTCK m.58/7'de, *"mahkumiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik rejiminin uygulanacağı belirtilir"* şeklinde düzenlenmiştir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin nasıl uygulanacağı CeGTİK m.108'de öngörülmüştür.

20) Kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların özel infaz şekillerinin düzenlendiği 647 sayılı CİK m.8'in karşılığı, CeGTİK m.110'da "özel infaz usulleri" başlığı altında, hafta sonu, geceleri ve oturduğu yerde infaza yer verilmiştir.

Hafta sonu ve geceleri infazdan yararlanabilme bakımından hükümlülük 6 aya çıkartılmıştır (CeGTİK m.110/1). Mahkumiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukuki sorumlulukları saklı kalmak üzere; kadın veya 65 yaşını bitirmiş kişilerin 6 ay, 70 yaşını bitirmiş olanların 1 yıl, 75 yaşını bitirmiş olanların 3 yıl veya daha az süreli hapsi cezasının konutunda çektirilmesine hükmü veren mahkemece veya hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemece karar verilebilir (CeGTİK m.110/2).

21) Tutuklunun konacağı yer ve hakkında yapılacak işlemi düzenleyen CMUK m.116'nın karşılığı olarak CeGTİK m.111-116'da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar, tutuklunun hakları(m.114), kısıtlayıcı önlemler(m.115) ve tutukluların yükümlülükleridir(m.116).

Sonuç

13.12.2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, infaz hukukuna ilişkin çeşitli kanunlarda, Tüzükte ve Adalet Bakanlığı genelgelerinde yer alan esasları, başta hükümlü hakları ve yükümlülükleri olmak üzere uluslararası infaz kurallarını da dikkate almak suretiyle biraraya getirmesi yönünden yerinde bir kanundur.

Ancak, çağdaş infaz hukuku bakımından önemli olan uygulama ve sonuçtur. Uygulamanın başarılı olmasında nitelikli infaz personeline ve uygun fiziki mekanlara bağlıdır. Adalet Bakanlığının ceza infaz personelinin eğitimi ve yeni infaz kurumları açma yönünde ciddi gayretler içerisinde olduğu bilinmektedir. Fakat, infaz kurumlarının son günlerde, artan suçluluk ve koşullu salıverilme süresinin uzaması nedeniyle aşırı dolması karşısında, infaz kurumlarında ciddi sorunlar bulunmaktadır. Gerçekten de, Şubat 2008 itibarıyla, ceza infaz kurumlarında yarısından çoğu tutuklu olmak üzere 95.000 civarında tutuklu ve hükümlü bulunması ciddi korkutucudur. Çünkü, infaz kurumlarının kapasitesini 70.000'ler civarında olduğu bilindiğinden, mahpusların koşullarda üçlü ranzalarla ve yere serilen yataklarla barındırılması, karşısında, çağdaş infaz hukuku uygulamasından söz edilebilmesi güçtür.

Bilindiği gibi cezaevlerinde cezanın infazı, özgürlükten yoksun bırakma esasına dayanır. Ancak, hapsedilme koşullarının ek bir ceza olarak uygulanmaması; dolayısıyla, hapsedilmenin doğurabileceği tüm yan etkilerin asgariye indirilmesi gerekir. Cezaevi yaşamı normal olmamakla birlikte, cezaevi koşullarının –özgürlüğün kısıtlanması dışında- mümkün oldukça normal yaşam koşullarına yakın olması gerekir³. Bu bakımdan, ceza infaz kurumlarında ki 95.000 civarına varan aşırı doluluğun adeta ek bir ceza sonucu doğuracağı unutulmamalıdır.

³ Demirbaş, 44.

5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADEDE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ KARARI

Av. Dilek Salman¹

ÖZET : İnternet üzerinden işlenen suçların artması nedeniyle yasakoyucu yeni kabul ettiği bir kanunla, internet alanını kamusal alan olarak değerlendirerek suç işlendiği konusunda yeterli şüphe bulunan internet sitelerine erişimin engellenmesi amacıyla yargı makamlarına koruma tedbiri, idari makamlara ise idari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini; 5651 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*” ile vermiştir. Bu Kanunla “... internet ortamında işlenen” ve bu Kanunda sayılan “*katalog suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usuller*” belirlenmiştir. **Erişim engelleme kararının uygulanması** ile suç oluşturan alan ortadan kaldırılmamakta, sadece kullanıcıların bu alana erişimi engellenmektedir. **Erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında sorunlardan biri ise**, internet sitelerine ulaşılan alan adlarının altında “alt alan adları”na ilişkin verilen erişim engelleme kararlarının teknik olarak uygulanabilirliği bulunmadığından kararın ifası için ana alan adının kapatılması yönünde uygulamalar artmıştır. Bu durum, öngörülen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makul bir oran bulunmadığından **ölçülülük ilkesine** aykırılık oluşturmaktadır. Bu ve benzeri diğer nedenlerle uygulanan erişimin engellenmesi kararlarının, internet sitesinin “içerik ve yer sağlayıcılarının” nerede olduğuna bakılmaksızın yargı denetimine tabi olması ve bununla birlikte bu kararlara karşı yapılacak başvurular için itiraz mercii, itiraz süresi ve bu kararlara kimlerin itiraz edebileceği gibi temel hükümlerin 5651 sayılı Kanun’da yapılacak bir değişiklikle düzenlenmesi gerekmektedir.

1. GİRİŞ

Günümüz istatistiklerine bakıldığında, internet kullanımı son bir yılda % 208 artmıştır. Dünyada internet kullanıcılarının yüzde 35.8’i Asya’da (398.7 milyon kişi), yüzde 28.3’ü Avrupa’da (314.8 milyon kişi), yüzde 20.9’u Kuzey Amerika’da (233.1 milyon kişi), yüzde 8.7’si Güney Amerika’da (96.3 milyon kişi), yüzde 3’ü Afrika’da (33.3 milyon kişi), yüzde 1.7’si Orta Doğu’da (19.4 milyon kişi), yüzde 1.6’sı ise Avustralya’da (18.4 milyon kişi) yaşamaktadır.²

Bu istatistikler gösteriyor ki internet, kalabalık nüfusu ile kural tanımayan kendi kurallarını yaratan bir başka evren haline geliyor. İşte bu evren, bilinen tanımları zorluyor ve tanımların zorlanması ise adeta kaosu hazırlıyor. Günümüzün en önemli kitle iletişim araçlarından biri

¹ İstanbul Barosu Avukatı

² <http://www.ntvmsnbc.com/news/431501.asp> (erişim tarihi 02.03.2008)

olan bu kaotik alanda insanoğluna ne oluyor da potansiyel birer suçlu haline geliyor? Sınır tanımayan “merak duygusu” mu interneti suç arenası olma potansiyeline sahip hale getiriyor? İnternette gezinirken bastırılmış duygularımızı mı açığa çıkarıyoruz, yoksa aslında çoğul kişilikler miyiz bir bedene sıkıştırılmış? Teknolojik olanaklar, bizi suça teşvik mi ediyor, yoksa bireyin içindeki suç potansiyelini mi ortaya çıkarıyor? Kimliğimizin tespit edilmesinin güçlüğüne düşünmemiz mi bizi özgürleştiriyor ya da özgünleştiriyor. Örtülü hayatlarımızdan sıyrıldığımız, kaygılarımızı, korkularımızı tükettiğimiz bir alan mı internet? Zira, internet deneyimi dışında, günlük yaşamda bireyin toplumsal statüsünden vazgeçmesini, bir başkası ya da daha iyisi olma duygusunu ortaya koymasını, komplekslerini, yargılarını, inançlarını, ideolojilerini, örtük yaşanan cinsel tercihlerini her türlü kaygıdan uzak bir biçimde açığa çıkarması pek de mümkün değildir.

ARPANET³ ile başlayan ve hızla gelişen insanoğlunun icadı, sınır tanımayan yapısı ile teknolojik bir muamma haline geliyor. İnternet trafiğinin yasal ve/veya ahlakî bakımdan kabul edilebilir sınırları aştığı ve kontrol edilmesi gerektiği düşüncesi, bu alanda bir düzenlemede bulunulması ihtiyacını doğuruyor. İnternetin, ortak bir platform olduğu düşünüldüğünde her bir kullanıcının tüm dünyaya açık bir platformda her türlü kaygıdan uzak bir biçimde kendini ifade edebilmesi olanağı vermesi, interneti hem tehlikeli hem de cazip bir hale getiriyor ve böylece özgürlükler, özgürlüklerin sınırları, kısıtlamalar, düzenlemeler, müdahaleler ve anayasal haklar kavramları çerçevesinde yaşanan tartışmalar deam ediyor. Bir açıdan kaotik bir alan olarak tanımlanan internet için aşağıdaki alıntı işte tam da bu hususa değiniyor :

“1996 yılında ABD’de internet yayınları üzerinden **"Müstehcen"** resim veya yazı iletmenin cezası yasal bir değişiklikle **250.000 Dolar** olarak belirlendi. İki yıla kadar hapis cezası vardı. Bu suçun tespiti ve sorumluların cezalandırılabilmesi için e-mail’lerinin okunması ve bunun için kişilerin ve kurumların bilgisayarlarına girilmesi, chatlerin ve karşılıklı konuşmaların denetlenmesi gerekiyordu. Amerika’da yasa şiddetli bir tepkiyle karşılandı. Yasanın Anayasaya aykırılığı ileri sürüldü. Anayasal bir hak olan düşünce özgürlüğüne sınırlama getiren bu yasanın kişilik haklarının korunma sınırını da aştığı, koruduğu hukuksal çıkarlara karşılık ihlal ettiği hukuksal yararın çok daha fazla olduğu ileri sürüldü. 1997 yılında, *Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, ilgili yasanın Anayasa'nın koruduğu düşünce hürriyetine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verdi.*

Yargıç Dalzell’in karardaki görüşleri ilginçtir. İnternet nedir veya ne değildir sorusunun yanıtını şu sözleriyle açıklamaktadır: "Bir kitle iletişim aracı olarak İnternet'in, hükümetin müdahalesine karşı en büyük korumaya ihtiyacı vardır(...)İnternet içerikleriyle ilgili düzenlemenin bulunmaması, kuşkusuz bir kaos yaratmıştır. Ancak,(...) **İnternet'in gücü bu kaostan kaynaklandığı gibi, Anayasa'nın koruduğu düşünceyi açıklama hürriyetimiz de bu kaosa dayanmaktadır**".⁴

³ <http://en.wikipedia.org/wiki/ARPANET> (erişim tarihi 03.03.2008)

⁴ <http://dosyalar.hurriyet.com.tr/dosya/internet/ilkiz6.htm> (erişim tarihi 03.03.2008)

Bu tartışmalar bir yana bırakıldığında, bu soruların özüne dair analizlerin kaynağının « internet » değil « insan » olduğu sonucuna ulaşmak zor değil. İnsanın varoluşuna dair sorunları internette çözmek ise akla hiç yakın gelmiyor.

2. 5651 Sayılı İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADELE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN ve KAPSAMI

Bilindiği üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanun ile bilişim alanında işlenen suçlar yer düzenlenmiş, bazı suçların da bilişim sistemleri üzerinden işlenmesi hali ağırlaştırıcı bir neden olarak yer almıştır. Buna ek olarak bazı suçların internet üzerinden hızla yayıldığı düşüncesi üzerine bir dizi tedbir almak üzere 5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”⁵ 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 5651 sayılı Kanun’un 1. Kanununun amaç ve kapsamı, “*içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleyle ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*” olarak belirlenmiştir.

İnternette bulunan içeriğin 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesi kapsamında sayılan suçlardan herhangi birisini oluşturduğuna ilişkin “*yeterli şüphe*” bulunması halinde erişimin engellenmesi kararını vermesi öngörülen merciler de 5651 sayılı Kanun ile belirlenmiştir.

Kanunda sayılan, koruma ve idari tedbir niteliğindeki erişimin engellenmesi kararlarına konu olan katalog suçlar şunlardır ;

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

- 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
- 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
- 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
- 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
- 5) Müstehcenlik (madde 226),
- 6) Fuhuş (madde 227),
- 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar

3. SAĞLAYICILAR ve YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. Erişim Sağlayıcılar

⁵ “5651 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

Erişim sağlayıcı; kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Her Internet Servis Sağlayıcı⁶ bir erişim sağlayıcıdır. ISS'ler; Kablolü ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılık hizmetini sunmak üzere Telekomünikasyon Kurumu tarafından genel izin ile yetkilendirilerek faaliyet gösterirler.

Erişim Sağlayıcılar, sağladığı hizmetlere ilişkin olarak, Erişim Sağlayıcılara Ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ile Başkanlık'ın Kanunla verilen görevlerini yerine getirebilmesi için aşağıdaki hususları yerine getirmekle yükümlüdürler;

- **Erişim sağlayıcı trafik bilgisini⁷ bir yıl saklamakla,**
- Trafik bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini (hash) zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle,
- Başkanlığın 5651 sayılı Kanun'la verilen görevleri yerine getirebilmesi için yapacağı trafik izlemesinde Başkanlığa gerekli yardım ve desteği sağlamakla,
- Faaliyet belgesinde yer alan Başkanlığın uygun gördüğü bilgileri talep edildiğinde bildirmekle,
- Ticari amaçla internet toplu kullanım sağlayıcılar için belirli bir IP bloğundan sabit IP adres planlaması yapmakla ve bu bloktan IP adresi vermekle.

3.2. Yer Sağlayıcılar

Yer sağlayıcı; hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişilerdir. T.C. sınırları içinde yer sağlayıcılık hizmeti herhangi bir yetkilendirme esasına dayanmamakla birlikte sayıca fazla olduğu düşünülen yer sağlayıcıların tespit edilmesi amacıyla 5651 sayılı Kanun 10/4-ç maddesine dayanılarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından Erişim Sağlayıcılara Ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik⁸ ile “..yer sağlayıcı olarak faaliyet göstermek isteyen gerçek veya tüzel kişilerin, hizmet vermeye başlamadan önce Kurum tarafından düzenlenecek faaliyet belgesini almakla yükümlü oldukları” ifade edilmiştir. Mevcut yer sağlayıcılar ise, bu Yönetmeliğin yayımlandığı 24.10.2007 tarihinden itibaren dokuz ay içerisinde Kurum'a başvuru yapmak suretiyle yer sağlayıcılığı faaliyet belgesi almakla yükümlüdürler.⁹

5651 sayılı Kanun'da Yer Sağlayıcıların trafik bilgilerini saklamak gibi bir yükümlülükleri belirtilmemişken; Başbakanlık tarafından yayınlanan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların

⁶ Bundan sonra “ISS” olarak anılacaktır.

⁷ Erişim Sağlayıcı Trafik Bilgisi: İnternet ortamında yapılan her türlü erişime ilişkin olarak abonenin adı, kimlik bilgileri, adı ve soyadı, adresi, telefon numarası, sisteme bağlantı tarih ve saat bilgisi, sistemden çıkış tarih ve saat bilgisi, ilgili bağlantı için verilen IP adresi ve bağlantı noktaları gibi bilgileri

⁸ 24.10.2007 tarih ve 26680 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹ Telekomünikasyon Kurumu Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik(01.03.2008 tarih ve 26803 sayılı Resmi Gazete)

Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁰,in 7/1-c maddesi uyarınca yer sağlayıcılara bazı yükümlülüklerin yüklendiği görülmektedir ki bunlar;

- “Yer sağlayıcı trafik bilgisini¹¹ altı ay saklamak”,
- “Bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmek”tir..

3.3. İçerik Sağlayıcılar

İçerik Sağlayıcı ise, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişilerdir. En açık ifade ile internette forum alanlarında, günce(blog) alanlarında ve bunlarla kısıtlı olmamak üzere herhangi bir şekilde kendini ifade eden herkes bir içerik sağlayıcısıdır.

3. ERİŞİMİN ENGELLENMESİ KARARI

Kanunda sayılan katalog suçlar için erişimin engellenmesi kararı yargısal bir koruma tedbiri ve idari tedbir olarak verilebilmektedir.

3.2. Koruma Tedbiri olarak Erişimin Engellenmesi Kararı ve İtiraz Yolu

5651 sayılı Kanun uyarınca; erişimin engellenmesi kararı koruma tedbiri olarak soruşturma evresinde **hakim**, kovuşturma evresinde **mahkeme** ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde **Cumhuriyet savcısı** tarafından verilebilmektedir. *Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının 24 saat içinde hakime sunulması ve hakim de kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerekmektedir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.*

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 15. maddesi uyarınca 5651 sayılı Kanun'da sayılan katalog suçlara ilişkin olarak verilecek koruma tedbiri niteliğindeki erişim engelleme kararlarının aşağıdaki unsurları kapsamı gerekmektedir.

[a) Kararı veren merciin adı, b) Karar tarihi ile soruşturma numarası veya kovuşturmayla geçilmişse mahkeme esas numarası, c) Tedbirin hangi suç için istendiği, bu suça ilişkin yeterli şüphe sebeplerinin neler olduğu, ç) "URL adresi: http://www.abcd.com/abcdefgh.htm" şeklinde örneklenen, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi, d) "www.abcd.com" şeklinde örneklenen, hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının alan adı, e) Hakkında tedbir uygulanacak internet yayınlarının bulunduğu yer sağlayıcıya ait IP adresi, f) Alan adı veya IP adresi olarak erişim engelleme yöntemi]

5651 sayılı Kanun'un 8/2. maddesi gereğince **koruma tedbiri** olarak verilen erişimin engellenmesi kararına, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilecektir. *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve*

10 30.11.2007 tarih ve 26716 sayılı Resmi Gazete

11 Yer sağlayıcı trafik bilgisi: İnternet ortamındaki her türlü yer sağlamaya ilişkin olarak; kaynak IP adresi, hedef IP adresi, bağlantı tarih ve saat bilgisi, istenen sayfa adresi, işlem bilgisi (GET, POST komut detayları) ve sonuç bilgileri gibi bilgileri,

Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 13/2. maddesine göre koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara, Başkanlıkça ve Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ilgililer tarafından itiraz edilebilecektir.

3.2. İdari Tedbir olarak Erişim Engelleme Kararı ve İtiraz Yolu

İdari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararları iki halde verilebilmektedir;

- (i) ***içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunan*** online yayınların içeriğinin katalog suçlardan herhangi birini oluşturması veya
- (ii) ***içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile*** içeriğin "***Çocukların Cinsel İstismarı***" ve "***Müstehcenlik***" suçlarını oluşturması halinde bu yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. (5651 sayılı Kanun 8/4) Re'sen verilecek bu karar(lar)a itiraz usulü, mercii 5651 sayılı kanun ile düzenlenmemiştir.)

Anayasa'nın 125. maddesi gereği idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Fakat 5651 sayılı Kanunda Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde uygulanacak olan erişimin engellenmesi kararına karşı itiraz mercii ve itiraz usulünün yer almaması önemli bir belirsizlik yaratmıştır. Başkanlığın tüzel kişiliği bulunmaması sebebi ile Başkanlığın kararları aleyhine açılacak iptal davalarında muhatap Başkanlığın doğrudan bağlı olduğu Telekomünikasyon Kurumu olacaktır. Ancak, İdarî Yargı Teşkilatımızın mevcut yapısının internet ortamına ilişkin özel ve teknik bilgi gerektiren ve hakkı tecavüze uğrayan hukuk subjelerinin son derece hızlı davranılması ihtiyacında olduğu bu konuda, elverişli veya öncelikle tercih edilmesi gereken yargı yolu/yöntem olup olmadığı da sorgulanmalıdır. Erişimin engellenmesi kararı yurt çapında etki göstermesi sebebi ile netice açısından genel düzenleyici bir işlem görünümüne sahip olmakla birlikte, işlemin esasını tekil olarak erişimin engellenmesine konu olan internet siteleri oluşturmaktadır.

Aynı bir çalışma konusu olan bu değerlendirmenin uygulamada bazı sorunlara yol açacağı muhakkaktır. Bu sebeplerle; erişimin engellenmesi kararlarında idare mahkemelerinin mi yoksa ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ın mı görevli ve yetkili olacağı hususu, bu konuda bir tartışmayı davet eder gibi görünmektedir.

İdareye 5651 sayılı yasa ile tanınan bu denetimsizlik, her ne kadar ***İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik***'in 14. maddesinde yer alan "***..yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda bu kararın, yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği ve bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbirin, Başkanlık tarafından derhal kaldırılacağı ve erişim sağlayıcılara bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi isteneceği***" hükmü ile giderilmeye çalışılmışsa da "Başkanlık tarafından re'sen verilen kararın hangi "hakime" sunulacağı açıkça belirtilmemiştir.

Başkanlıkça idari tedbir olarak katalog suçları ihtiva ettiği düşünölen ve “içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı” yurt dışında bulunan internet sitesine erişim engelleme kararı yargı denetimine tabi olmaksızın verilebilecektir. Erişime kapatılan bu alan adına erişim imkanı, yurt dışında bulunan “içerik sağlayıcısının ve yer sağlayıcısının” **erişimin engellenmesi kararına itiraz ederek bu kararın kaldırılmasını sonuçlamaması halinde**, bu alan adına erişim T.C. sınırları içinde bulunan internet kullanıcı için neredeyse sonsuza kadar geçerli olacaktır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, “Müstehcenlik anlayışı toplumdan topluma değiştii gibi, aynı toplum içinde toplumsal değerlere bağlı olarak da değişikliğe uğramaktadır. Bu kavramın varlığını tespit, failin işlendiği zamanın sosyal ve kültürel düzeyinin göz önünde tutulması yanında, sübjektif kıstasa göre failin saiki dikkate alınmalı, cinsel duyguları tahrik gayesi olup olmadığı araştırılmalıdır.” diyerek suçun oluşması için cinsel istismarın önemine ve objektif koşullar dışında **failin saiki gibi sübjektif koşulların** da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.¹² – Anayasa Mahkemesi’nin 1994/43 E, 1994/42-1 K. ve 15.03.2008 tarihli kararı’nda “Anayasa’nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, bu görüşe uygun biçimde, yargıçların, Anayasa’ya yasaya ve hukuka uygun olarak “**vicdanî kanaatlerine göre**” hüküm verecekleri belirtilmiştir. Genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasa’nın 1. maddesinde hakkında bir hüküm bulunmayan meselelerde hâkim, örf ve âdetâ göre örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi bu meseleye nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre hükmeder ilkesi yer almıştır. Bu kuralın **ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür alanlarda da** geçerli olduğu görüşünü Anayasa’nın 138. maddesi de desteklemektedir. Anayasa’nın bu maddesine göre, yargıç, yalnız, Anayasa ve yasalara göre değil, “hukuka” da uygun olarak vicdanî kanısına göre hüküm verecektir. Buradaki “hukuk”, yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü de içerir”.¹³

5651 sayılı Kanun ile, Başkanlık makamına “içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı” yurt dışında bulunan internet sitelerinde katolog suçların özellikle de Müstehcenlik suçunun oluştuğuna ilişkin idarî tasarrufta bulunmaya sevk etmek ve yargı denetimi olmaksızın erişimin engellenmesi kararı vermek ile ödevlendirmek, kararın verildiği anda mevcut güncel siyasi etkilere açık olduğu tartışmasız bulunan idarenin kimi zaman son derece muğlak ahlaki değerlendirmeler çerçevesinde karar vermekle ödevlendirilmesi anlamı taşımaktadır.

4. ERİŞİMİN ENGELLENMESİ KARARININ USULÜ ve KALDIRILMASI

4.1. Erişim Engelleme Kararının Yöntemi

İnternet üzerinden iletişim sayısal adresler aracılığı kurulmaktadır. Ancak bu adreslerin bilinmesi ve hatırdâ tutulması ciddi zorluklar taşımaktadır. Bu itibarla, internet üzerinden iletişimi rahatlatmak ve kolaylaştırmak amacıyla alan adlarını IP¹⁴ (*İnternet Protokolü*) adreslerine çeviren DNS(*Domain Name System-Alan Adı Sistemi*) geliştirilmiş ve böylelikle internet üzerindeki bir noktayı tanımlayan ve ona ulaşmayı sağlayan, kullanıcılara bir anlam ifade eden ve hatırlanması kolay alfa nümerik gösterimler olan alan adları kullanılmaya başlamıştır. Kısaca, herbir alan adının sayısal bir karşılığı vardır.

12 Ceza Genel Kurulu, 1996/27–45 sayılı Kararı

13 AYM 1994/43 E, 1994/42-1, 15.03.2008 tarih ve 21906 sayılı Resmi Gazete

14 IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 16/1. maddesi uyarınca koruma tedbiri olarak hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararları doğrudan erişim sağlayıcılara değil Başkanlığa gönderilecektir. Başkanlık, kararlara ilişkin bilgileri gereği derhal yapılmak üzere elektronik ortamda erişim sağlayıcılara bildirecektir. Erişimin engellenmesine ilişkin kararlar, erişim sağlayıcı tarafından derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren **yirmidört saat içinde**¹⁵ yerine getirilecektir. Erişim sağlayıcılar, erişimin engellendiği internet sitesini, Başkanlık tarafından hazırlanan ve kararı veren merciin adı ile karar tarih ve sayısını belirten uyarı sayfasına yönlendireceklerdir.

Erişim engelleme kararlarının etkisiz kalması ya da sonsuz bir serüven halini alması da olasıdır. Halihazırda IP adres modeli olan 32 bit uzunluğundaki IPv4 adreslerinin %70'i kullanılmaktadır. Toplam kullanılabilir olan IPv4 adres sayısı 3,7 milyar adettir. IPv4 adreslerinin tükenmek üzere olması sebebi ile, 128 bit uzunluğundaki IPv6 adres modeline geçiş çalışmalarına başlanmıştır. Gelecek teknolojilerde cep telefonlarında, hatta buzdolaplarında IP yapısının kullanılacak olması IPv6'ya geçişi kaçınılmaz kılmaktadır.¹⁶ Yanısıra, 2007 yılında 33 milyon yeni alan adının kayıt edilmiş olması, internetin bu alanda doygunluğa ulaşmaktan henüz uzak olduğunu göstermektedir.¹⁷

Bu düzenlemeler incelendiğinde, erişim engelleme kararının teknik bir yönlendirmeden başka bir şey olmadığı görülecektir. Bu teknik yönlendirme kısaca; ulaşılmak istenen IP adresinin bir başka IP¹⁸ adresine yönlendirilmesi olarak tanımlanabilir.

Yönlendirilen yeni IP adresi numarası, erişim sağlayıcılara Başkanlık tarafından bildirilmekte ve erişim sağlayıcı yaptığı teknik bir yönlendirme işlemi ile kullanıcılarının bu yasaklı alana ulaşma girişimlerini, Başkanlık tarafından belirlenen bir başka adrese ulaştırmaktadır. Yönlendirilen bu adreste "Bu siteye erişim Mahkemesininsayılı kararıyla engellenmiştir." şeklinde bir açıklama ile karşılaşılmaktadır. Özetle; **erişim engelleme kararının uygulanması** ile 5651 sayılı Kanun kapsamında suç oluşturan alan ortadan kaldırılmamakta, sadece kullanıcıların bu alana erişimi engellenmektedir.

Erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında bir diğer önemli sorun ise, internet sitelerine ulaşılan alan adlarının altında "alt alan adları"(sub-domain)¹⁹ yer almasıdır. Koruma tedbiri veya idari tedbir uygulanmak üzere herhangi bir alt alan adı içeriğinde, 5651 sayılı Kanun kapsamında suç oluşturan bir içerik tespit edilmiş olduğunda, alt alan adının

15 (5651 sayılı Kanun madde 8/10) Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen yer veya erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5651 sayılı Kanun madde 8/11) İdarî tedbir olarak verilen erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, Başkanlık tarafından erişim sağlayıcısına, onbin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. İdarî para cezasının verildiği andan itibaren yirmidört saat içinde kararın yerine getirilmemesi halinde ise Başkanlığın talebi üzerine Kurum tarafından yetkilendirmenin iptaline karar verilebilir.

16 <http://www.bgpexpert.com/addrspace2007.php> (erişim tarihi 10.03.2008)

17 <http://turk.internet.com/haber/yaziyaz.php3?yaziid=20402> (erişim tarihi 10.03.2008)

18 IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi,

19 Bir Alan adının alt alan adları olup, aynı alan adına ait web alanında sayısız alt alan adı açılabilir. Bir alt alan adının bağlı bulunduğu bölge, alan adından bağımsız olarak farklı şekilde düzenlenebilir ve bu bölgelerin kontrol ve yönetimi farklı kişi-kurumlara verilebilir.

kapatılması teknik olarak ancak ana alan adının kapatılması ile mümkün olacaktır. Alt alan adının kapatılmasında yaşanan bu teknik sorun sebebiyle, Mahkemeler dahi kararlarını ana alan adının kapatılması şeklinde vermektedirler. Her ne kadar 5651 sayılı Kanun'a dayanılmamışsa da bu hususla ilgili şu örneği vermek gerekmektedir. Bir blog (günce) sitesi olan²⁰ ve milyonlarca kişinin görüş, düşünce ve tecrübelerini paylaştığı bir internet sitesi olan www.wordpress.com alan adının altında bulunan bazı alt alan adlarının erişimin engellenmesi talebi ile T.C. Fatih 2.Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurulmuş, yargılama sonunda bu mahkemenin 2007/195 Nolu kararının uygulanması ancak www.wordpress.com ana alan adı erişime kapatılması ile sağlanmıştır. Kişilik haklarının ihlali iddiası ile www.wordpress.com adresinin erişime kapatılmasını talep eden Davacı aynı zamanda www.wordpress.com yetkililerinden kişilik ihlaline sebep olan içeriğin çıkarılmasını talep etmişlerdir. Wordpress yetkilileri açık ve net bir şekilde, Davacı'nın kendi internet sitesinde kendi fikir ve düşüncelerini paylaştığını aynı şekilde wordpress üyelerinin de kendi fikir ve düşüncelerini açıklama hakları olduğunu Davacının bunu olağan karşılaması gerektiğini belirtmişlerdir.²¹ Milyonlarca içeriğin bulunduğu, kişilerin düşüncelerini paylaştıkları dünya çapında bir platform olan wordpress'in erişime kapatılması sebebi ile bu siteye T.C. sınırları içinde bulunan hiçbir internet kullanıcısı ulaşamamaktadır. Bu durum, öngörülen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makul bir oran bulunmasını gerektiren **ölçülülük ilkesine** aykırılık oluşturan bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır.

4.2. Erişim Engelleme Kararının Kaldırılması

Erişim engelleme kararının kaldırılmasına karar verilmesi halinde, erişim sağlayıcılar tarafından daha önce yapılmış olan "Başkanlık tarafından bildirilen IP adresine yönlendirme işlemi" iptal edilmekte, internet kullanıcıları herhangi bir yönlendirmeye tabi olmaksızın erişime açılan internet sitesine ulaşabilmektedirler.

Erişim engelleme kararının ortadan kalkması hali ise birkaç farklı durumda sözkonusu olabilmektedir.(5651 sayılı Kanun md 8);

- (i) Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesi kararının 24 saat içinde hâkimin onayına sunulması ve hâkimin 24 saat içinde kararı onaylamaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.
- (ii) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Başkanlık'a gönderir.
- (iii) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece beraat kararının bir örneği Başkanlığa gönderilir.

20 72 milyon ziyaretçisi olan, ayda 300 milyon sayfa içeriği izlenen, Türkiye'den 25- 30 bin arasında blogger'ın dahil olduğu bir paylaşım sitesi / <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=18996> (erişim tarihi 03.03.2008)

21 <http://wordpress.com/blog/2007/08/19/why-were-blocked-in-turkey/> (erişim tarihi 03.03.2008)

- (iv) 5651 sayılı Kanunda sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır.

6. Sonuç

Anayasa'nın 25. maddesi ile herkesin, düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu ve Anayasa'nın 26. maddesi ile de herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu hürriyetin resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un suç ile mücadele amacıyla kabul edildiği anlaşılmalı ki, Kanun'un uygulanması esnasında ölçülülük ilkesini zedeleyebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması ile bilgiye, başka dünyalara, başka fikirlere ve bakış açılara, eleştirilere ulaşmak hakkının kısıtlanması, ülkemiz sınırları içinde yaşayan bireylerin gelişimine vurulmuş bir darbe olacaktır. Anayasa'nın 27. maddesi gereği herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olup, bunun yanısıra Devlet aygıtı, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri almakla da Anayasanın 28. maddesi ile yükümlü kılınmıştır.

“Düşüncenin oluşabilmesi; kişinin bilgi kaynaklarına özgürce ulaşabilmesi, edindiği bilgileri seçebilmesi ve bunun için de hukuksal olanakların ve güvencelerin bulunmasına bağlıdır. Kuşkusuz ki bunlar da yeterli değildir; ayrıca bunlara uygun davranışlarda bulunabilme hakkının varlığı da bireye/bireylere tanınmalıdır. Öte yandan bu davranışlarından dolayı insanın "kınanmaması" da gerekmektedir... Nitelikli haklar kategorisinde yer alan düşünce özgürlüğü yönünden devlet, biri pozitif diğeri negatif olmak üzere iki yükümlülük altındadır. Pozitif yükümlülüğü uyarınca devlet, bu özgürlüğün yaşanabileceği ortamı hazırlamak; negatif yükümlülüğü uyarınca kabul edilen sınırları içerisinde bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmemek durumundadır. Demokratik toplum olmanın olmazsa olmaz koşulu olan düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü olanca genişliğiyle benimseyen ve güvenceye alan, toplum yaşamının gereği, tüm özgürlükler gibi, düzenleyici sınırlamaları, bireysel hak ve özgürlüklerin kullanılmasında işlevsel kılan ve özgürlüğü kurumsallaştırmayı amaçlayan yapısal, maddi ve içerik olarak da birey-toplum ilişkisinde uzlaşmayı hedefleyen özgürlük anlayışı egemen kılındığında, barışçıl toplumun temellerinden biri de gerçekleştirilmiş olacaktır... "Ceza hukukunun görevi ise", ortak özgür yaşamın güvence altına alınabilmesi için konulması kesinlikle zorunlu olan yasaklar koyup, bireylerin, hak ve özgürlüklerden, barış ve güvenlik içinde yararlanmalarını sağlamaktır. ifadenin içeriğine, ifadenin açıklanmasındaki özene, yapıldığı bağlama, açıklamayı yapanın toplumdaki konumuna ve amacına, açıklamanın konusuna ya da hedef aldığı kişi veya gruba, düşünce açıklamasının potansiyel etkisine, ifadeyi açıklayanın düşüncesini başka kavramlarla dile getirebilmesinin mümkün olup olmadığına, uygulanan yaptırımın oranlılığı ile potansiyel caydırıcı etkisine, yargısal korumanın etkililiğine bakmak gerekmektedir. Toplumsal hayatı düzenleyen kurallar, uygulandığı toplumdaki koşullara göre yargı kararlarıyla anlam bulmaktadır. Bu bağlamda zorlayıcı sosyal gereksinimlerden hareketle

konulan kurallar, demokratik toplum ilke ve gereklerine de uygun olmalıdır.”²²

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin, mutlaka yasa ile öngörülmüş olması, bu müdahalelerin İHAS'ın 10/2 nci maddesindeki yasal bir amaca dayanması, demokratik bir toplumda gerekli ve yaptırımın da orantısız olması gerekmektedir. İfade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan veya rahatsız edici bulunmayan veya kayıtsız kalınan bilgi ve fikirler için değil, aynı zamanda saldırgan bulunan, sarsıcı bir etki yaratan veya rahatsız eden türdeki bilgi ve fikirler için de geçerlidir. Bunlar demokratik toplumun vazgeçilmez özelliği olan çoğulculuğun, açık fikirliliğin ve hoşgörünün gereğidir. Ancak ifade özgürlüğü de 10/2 nci maddede belirtilen bir dizi sınırlamaya tabidir. Bu istisnalar dar ve ikna edici olarak yorumlanmalıdır. Basın için de bu sınırlamalar geçerli ise de, kamu yararını ilgilendiren bilgi ve fikirlerin açıklanması basının görevidir. Çünkü basın "kamunun gözü ve kulağıdır". Ancak ifade özgürlüğü, başkalarını küçük düşürücü, incitici, hakaret edici ve onlara saldırgan ifadeler kullanılmasını, şiddeti teşvik etmeyi de içermez (Observer-Guardian/Birleşik Krallık; Handyside/Birleşik Krallık; Jersild/Danimarka Kararları)²³.

Bu kararlar bağlamında bir kez daha Yargıç Dalzell'in konunun özünü vurgulayan ve aşağıda tekrar alıntılanan, şu değerlendirmesini hatırlamak yararlı olacaktır.

"Bir kitle iletişim aracı olarak İnternet'in, hükümetin müdahalesine karşı en büyük korumaya ihtiyacı vardır(...)İnternet içerikleriyle ilgili düzenlemenin bulunmaması, kuşkusuz bir kaos yaratmıştır. Ancak,(...) İnternet'in gücü bu kaostan kaynaklandığı gibi, Anayasa'nın koruduğu düşünceyi açıklama hürriyetimiz de bu kaosa dayanmaktadır"

5651 sayılı Kanun ile idareye verilen yetkilerin çok dikkatli kullanılması gerekmektedir. Hangi koşulda olursa olsun ne yargı yetkisinin bir idari makama devri, ne de yargı denetimine tabi olmayan bir idare anlayışının varlığı hukuk devletinde düşünülemez. İnternet dünyasında yaşanan ihlallerin önlenmesinde konusunda süratli ve sağlıklı hareket ihtiyacını de giderirken genel kabul görmüş hukuksal kaygılar ile konunun dinamiklerini makul biçimde dengelemeyen, sıkıntı yaratacağı baştan belli yasal müdahaleler, uzun vadede uygulamayı zora sokacak ve birer hukuk metni olarak işlevsiz ve metruk kalacaktır..

Bu sebeplerle; Başkanlık tarafından verilecek erişimin engellenmesi kararlarının her koşulda yargı denetimine tabi olması gerekmektedir. Başkanlık tarafından "**içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı**" yurt dışında bulunan internet sitelerine erişimin engellenmesi kararlarının da hakime sunulması gerekmektedir. Hernekadar "**içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı**"yurt dışında bulunan internet sitesine erişim engelleme kararlarının iptali için yargıya başvuru yolu açıksa da "**içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı**"ların ülkemize gelerek dava açmalarını ve bu davaların sonuçlanmasını beklemek önemli ölçüde zaman kaybına sebep olacaktır. Bu sebeple, sadece *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*'in 14. maddesi ile düzenlenen şekilde "**..yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda**" Başkanlıkça verilen erişim engelleme kararlarının hakime

22 CGK. 15.3.2005, 2004/8-201, 2005/30

23 CGK. 11.07.2006, 2006/9-169, 2006/184

sunulacak olması Başkanlık kararlarının yargı tarafından denetlendiği sonucuna varmamız için yeterli değildir. Başkanlığın verdiği bütün kararların yargı denetimine tabi olması ve bununla birlikte bu kararlara karşı yapılacak başvurular için itiraz mercii, itiraz süresi, kimlerin itiraz edebileceği gibi temel ihtiyaç ve prensipleri içeren kapsamlı bir düzenlemenin 5651 sayılı Kanun ile yapılması gerekmektedir.

THE LAW NUMBER 5651 ON THE REGULATION OF THE BROADCASTING CARRIED OUT WITHIN THE INTERNET MEDIUM AND THE CAMPAIGN AGAINST THE OFFENSES COMMITTED BY WAY OF SUCH BROADCASTING AND RESOLUTION ON THE PREVENTION OF ACCESS

Av. Dilek Salman¹

Due to the rapid increase in the use of Internet, there is a rising need to regulate the Internet. The invention of Internet which set out with *ARPANET*² and developed at a speedy pace is becoming a technological dilemma without any bounds. As a result of a soaring number of offenses committed through the Internet, one of the most important mass communication media, the legislator considered the Internet domain as a public domain, and regulated, within the scope of “*the Law on the Regulation of the Broadcasting Carried out within the Internet Medium and the Campaign Against the Offenses Committed by way of Such Broadcasting*” Number 5651 and the “*Regulations Regarding the Principles and Procedures for the Issue of Certificate of Activity to Access Providers and Site Providers*” as issued by the Telecommunications Institution based on the aforesaid Law and the “*Regulations Regarding the Principles and Procedures for the Regulation of the Broadcasting Carried out within the Internet Medium*” as issued by the Prime Minister’s Office, the power to decide upon the prevention of access as a protection measure to be vested in the judicial authorities and as an administrative measure to be vested in the administrative authorities for the purpose of prevention of access into the Internet sites which are reasonably suspected to contain the factors of offense. Pursuant to the aforesaid laws and regulations, “... *the catalogue offenses listed below as committed within the Internet medium and the principles and procedures for campaign over the contents, sites and access providers*” are laid down.

a) The offenses included within the scope of the Turkish Criminal Code dated 26/9/2004 and with number 5237;

- 1) Inducement to commission of suicide (article 84),
- 2) Sexual abuse of children (article 103, subarticle one),
- 3) Facilitation of the use of drugs and stimulants (article 190),
- 4) Supply of substances hazardous to health (article 194),
- 5) Obscenity (article 226),
- 6) Prostitution (article 227),
- 7) Provision of place and means for gambling (article 228).

b) The offenses included within the scope of the Law on the Offenses Committed Against Atatürk dated 25/7/1951 with number 5816

The resolution on the prevention of access for the catalogue offenses as listed in the law;

¹ Istanbul Bar Association

² <http://en.wikipedia.org/wiki/ARPANET> (date of Access 03.03.2008)

- **As a protection measure;**

It may be issued by the **judge** at the stage of investigation, the **court** at the stage of proceedings and, where a delay is inadvisable at the stage of investigation, the **Public Prosecutor**. *It is required that the resolution on the prevention of access as adopted by the **Public Prosecutor** should be presented to the judge within 24 hours and that the judge, should make a decision within twenty four hours. In case the resolution is not approved within the said period of time, the measure shall immediately be removed by the Public Prosecutor.*

- **As an administrative measure;**

It may be automatically issued by the Telecommunications Communication Presidency (Presidency) as directly responding to the Telecommunications Institution (Institution) under the conditions laid down below.

- (i) In case the contents of the online broadcasting *with content or site provider located abroad* constitute any of the catalogue offenses, or
- (ii) *Even if the content or site provider is located within the country*, in case the contents constitute the offenses of “*Sexual Abuse of Children*” and “*Obscenity*”

Pursuant to Article 125 of the Constitution, recourse to law against any or all actions and proceedings of the authority is free. However, no body to which, or procedure through which to raise objection has been determined for objection against the resolution on the prevention of access as adopted by the Presidency in accordance with the Law Number 5651. This situation gives rise to a major uncertainty. Although it was strived to eliminate this lack of control as granted to the Presidency pursuant to the law number 5651 through the provision “... that, in case the site provider is **located at home**, **such resolution** should be presented to the approval of the judge within twenty four hours, and that the judge, in turn, should make a decision within twenty four hours, that, in case the resolution is not approved within the said period of time, the measure shall immediately be removed by the Public Prosecutor, and that this shall be brought to the notice of the access providers, by which they shall be required to act as duly” as laid down under Article 14 of the **Regulations Regarding the Principles and Procedures for the Regulation of the Broadcasting Carried out within the Internet Medium**”, it was not clearly stated which “judge” the resolution as adopted automatically by the Presidency will be presented to.

Based on the aforesaid provision, it is clear that the resolution on the prevention of access into the Internet site considered to contain the catalogue offenses and of which the “**content provider and site provider**” are located abroad by the Presidency as an administrative measure may be adopted without being subject to the judicial inspection.

Upon the inspection of the relevant laws and regulations, it is obvious that the resolution on the prevention of access is nothing but a technical routing. This technical routing may briefly be defined as the routing of the IP address to another IP³ address.

In summary, through **the application of the resolution on the prevention of access**, the domain constituting an offense within the scope of the Law Number 5651 is not removed, only the access of users to such domain is prevented. **Another major problem as regards to the application of the resolution on the prevention of access** is that, due to the resolutions on the prevention of access which are adopted regarding the “subdomain names” under the names of the domains of which the Internet sites are accessed not being technically feasible, the practices of closing the main domain name have increased for the execution of the resolution. This situation is against the principle of *proportionality* which requires a reasonable proportion between the purpose as envisaged and the means used to attain this purpose. Due to the said and similar reasons, it is necessary that the resolutions on the prevention of access as applied by the Presidency should be subject to the judicial inspection regardless of where the “content and site providers” of the Internet site to which access will be prevented are located, and, also, that the provisions covering the basic principles such as the body of objection, period of objection and the persons who may raise objection to such resolutions in respect of the applications to be raised against such resolutions should be laid down through an amendment to be made to the Law Number 5651.

³ IP Adress: The address assigned for devices connected to a certain network to identify and to communicate with each other and to exchange data as per the Internet Protocol.

5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADEDE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ KARARI

Av. Dilek Salman¹

İnternet kullanımının hızla artıyor olması sebebi ile internete ilişkin düzenleme yapma ihtiyacı önemli ölçüde artmıştır. *ARPANET*² ile başlayan ve hızla gelişen insanoğlunun icadı, sınır tanımayan yapısı ile teknolojik bir muamma haline gelmektedir. En önemli kitle iletişim araçlarından biri olan internet üzerinden işlenen suçların sayısının artması sebebi ile yasakoyucu, internet alanını kamusal alan olarak değerlendirerek suç unsuru ihtiva ettiğine yeterli şüphe bulunan internet sitelerine erişimin engellenmesi amacıyla yargı makamlarına koruma tedbiri, idari makamlara ise idari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini; 5651 sayılı “*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*” ve bu kanuna dayanılarak Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan *Erişim Sağlayıcılara Ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* ve Başbakanlık tarafından çıkarılan *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik* kapsamında düzenlemiştir. Bu mevzuat ile “... internet ortamında işlenen aşağıda sayılı katalog suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden *mücadeleye ilişkin esas ve usuller*” belirlenmiştir.

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

- 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
- 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
- 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
- 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
- 5) Müstehcenlik (madde 226),
- 6) Fuhuş (madde 227),
- 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar

Kanunda sayılan katalog suçlar için erişimin engellenmesi kararı;

- **Koruma tedbiri olarak;**

Soruşturma evresinde **hakim**, kovuşturma evresinde **mahkeme** ve soruşturma evresinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde **Cumhuriyet savcısı** tarafından tarafından verilebilmektedir. *Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının 24*

¹ İstanbul Barosu Avukatı

² <http://en.wikipedia.org/wiki/ARPANET> (erişim tarihi 03.03.2008)

saat içinde hakime sunulması ve hakimin de kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerekmektedir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

- **İdari tedbir olarak;**

Telekomünikasyon Kurumuna(Kurum) doğrudan bağlı olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı(Başkanlık) tarafından re'sen aşağıdaki koşullarda verilebilmektedir.

- (i) ***içerik veya yer sağlayıcısı yurt dışında bulunan*** online yayınların içeriğinin katalog suçlardan herhangi birini oluşturması veya
- (ii) ***içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile*** içeriğin “***Çocukların Cinsel İstismarı***” ve “***Müstehcenlik***” suçlarını oluşturması halinde,

Anayasa'nın 125. maddesi gereği idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Fakat 5651 sayılı Kanun ile Başkanlık tarafından verilen erişimin engellenmesi kararına karşı itiraz mercii ve itiraz usulü belirlenmemiştir. Bu durum önemli bir belirsizlik yaratmaktadır. Başkanlığa 5651 sayılı yasa ile tanınan bu denetimsizlik, her ne kadar ***İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik***'in 14. maddesinde yer alan ***“..yer sağlayıcısının yurt içinde bulunması durumunda bu kararın, yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunulacağı ve hâkimin kararını en geç yirmidört saat içinde vereceği ve bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbirin, Başkanlık tarafından derhal kaldırılacağı ve erişim sağlayıcılara bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi isteneceği”*** hükmü ile giderilmeye çalışılmışsa da “Başkanlık tarafından re'sen verilen kararın hangi “hakime” sunulacağı açıkça belirtilmemiştir.

Bu düzenlemeden Başkanlıkça idari tedbir olarak katalog suçları ihtiva ettiği düşünülen ve ***“içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcısı” yurt dışında bulunan internet sitesine erişim engelleme kararı yargı denetimine tabi olmaksızın verilebileceği*** hususu anlaşılmaktadır.

İlgili mevzuat incelendiğinde; erişim engelleme kararının teknik bir yönlendirmeden başka bir şey olmadığı görülmektedir. Bu teknik yönlendirme kısaca; ulaşılmak istenen IP adresinin bir başka IP³ adresine yönlendirilmesi olarak tanımlanabilecektir.

Özetle; **erişim engelleme kararının uygulanması** ile 5651 sayılı Kanun kapsamında suç oluşturan alan ortadan kaldırılmamakta, sadece kullanıcıların bu alana erişimi engellenmektedir. ***Erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında bir diğer önemli sorun ise,*** internet sitelerine ulaşılan alan adlarının altında “alt alan adları”na ilişkin verilen erişim engelleme kararlarının teknik olarak uygulanabilirliği bulunmadığından kararın ifası için ana alan adının kapatılması yönünde uygulamaların artmış olmasıdır. Bu durum,

3 IP Adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi.

öngörülen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makul bir oran bulunmasını gerektiren **ölçülülük ilkesine** aykırılık oluşturmaktadır. Bu ve benzeri sebeplerle; Başkanlık tarafından uygulanan erişimin engellenmesi kararlarının, erişimin engelleneceği internet sitesinin “içerik ve yer sağlayıcılarının” nerede olduğuna bakılmaksızın yargı denetimine tabi olması ve bununla birlikte bu kararlara karşı yapılacak başvurular için itiraz mercii, itiraz süresi ve bu kararlara kimlerin itiraz edebileceği gibi temel ilkeleri de kapsayıcı hükümlerin 5651 sayılı Kanun’da yapılacak bir değişiklik düzenlenmesi gerekmektedir.

Av. Dilek Salman'ın "5651 SAYILI İNTERNET ORTAMINDA YAPILAN YAYINLARIN DÜZENLENMESİ VE BU YAYINLAR YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARLA MÜCADE EDİLMESİ HAKKINDA KANUN KAPSAMINDA ERİŞİMİN ENGELLENMESİ KARARI" başlıklı yazısının ÖZETİ. Bu özeti yazının başına koyalım.

ÖZET : İnternet üzerinden işlenen suçların artması nedeniyle yasakoyucu yeni kabul ettiği bir kanunla, internet alanını kamusal alan olarak değerlendirerek suç işlendiği konusunda yeterli şüphe bulunan internet sitelerine erişimin engellenmesi amacıyla yargı makamlarına koruma tedbiri, idari makamlara ise idari tedbir olarak erişimin engellenmesi kararı verme yetkisini; 5651 sayılı "*İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun*" ile vermiştir. Bu Kanunla "... internet ortamında işlenen" ve bu Kanunda sayılan "*katalog suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usuller*" belirlenmiştir. **Erişim engelleme kararının uygulanması** ile suç oluşturan alan ortadan kaldırılmamakta, sadece kullanıcıların bu alana erişimi engellenmektedir. **Erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında sorunlardan biri ise,** internet sitelerine ulaşılan alan adlarının altında "alt alan adları"na ilişkin verilen erişim engelleme kararlarının teknik olarak uygulanabilirliği bulunmadığından kararın ifası için ana alan adının kapatılması yönünde uygulamalar artmıştır. Bu durum, öngörülen amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasında makul bir oran bulunmadığından **ölçülülük ilkesine** aykırılık oluşturmaktadır. Bu ve benzeri diğer nedenlerle uygulanan erişimin engellenmesi kararlarının, internet sitesinin "içerik ve yer sağlayıcılarının" nerede olduğuna bakılmaksızın yargı denetimine tabi olması ve bununla birlikte bu kararlara karşı yapılacak başvurular için itiraz mercii, itiraz süresi ve bu kararlara kimlerin itiraz edebileceği gibi temel hükümlerin 5651 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklikle düzenlenmesi gerekmektedir.

**BİLGİ NOTU AV.MUSTAFA TIRTIRIN 11 NUMARALI YAZISINDAN SONRA
GELMEK ÜZERE YERİNE YERLEŞTİRELİM. AŞAĞIDAKİ GİBİ...**

Regime Exclusive to the Recidivists

Att. Mustafa Tırtır¹

ABSTRACT

The system of that punishment is raised by decision has been abdicated and the system of that punishment is executed according to the regime exclusive to the recidivists has been accepted by the recidivism provided under Article 58 of the Turkish Penal Code no.5237. The distinction of recidivism private and recidivism general has been abolished. It is important to state that certain decisions taken by the foreign courts may be taken as basis in recidivism. Provisions relating to recidivism are noted in second section entitled "Security Precautions", considering that the recidivist suspect is dangerous by Article 58 of the Turkish Penal Code no.5237. Recidivism which is now a subject of Penal Law has become a subject of the Execution of Crime and Precaution Code with the new description.

In this way, the regime exclusive to the recidivists entered into our Penal Law as a new concept with this amendment made on Substantive Criminal Law. Periods of release on probation have been extended in accordance with the regime exclusive to the recidivists. It has been become imperative to decide precaution seeking control and observation of the recidivist after execution of the sentence by the Turkish Penal Law no.5237. Accordingly to consider this convict will be exposed to control by Department Office of Seeking Control after release.

On 1 June 2005 the Turkish Penal Code no.5237, the Penal Procedure Code no. 5271 and the Execution of Crime and Precaution Code no. 5275 came into force. As it can be observed in the Turkish Penal Code and the Law on the the Execution of Crime and Precaution Code, there is a new concept: Regime Exclusive to the Recidivists. Although the provisions relating to recidivism were noted in the Turkish Penal Code, recidivism is now appreciated within the the Execution of Crime and Precaution Code Law. It would be useful to make mention of provisions relating to

¹ Attorney of Bar of Istanbul; Assistant member of Board of Discipline of Association Of Turkish Penal Law

recidivism noted in the Turkish Penal Code before passing to our objet, Regime Exclusive to the Recidivists.

1) Definition

Recidivism is that a person commits a new offense however he was convicted because of an offense committed before. Recidivism which becomes Arabic original means repetition or reprise².

Recidivism is noted in the first book, in the third chapter, in second section entitled Security Precautions. However recidivism holds a place in second section relating to security precautions, it belongs to Substantive Criminal Law.

Under Article 81/ 1 of the Turkish Criminal Code no. 765, the punishment to be imposed in case of recidivism was increased by one six. Moreover, it was dealt under the third paragraph of the same article that the punishment may neither be raised much than the punishment which was decided for the crime previous.

Furthermore under the Turkish Criminal Code no. 765, the distinction of recidivism private and recidivism general was made. However this distinction hasn't been accepted under the New Turkish Criminal Code. In addition, it must cite because of being providing evidently under the Penal Code that the decisions taken by the foreign courts are taken as basis in recidivism.

The system of that punishment is raised by final provisions has been abdicated by the recidivism provided under Article 58 of the New Turkish Penal Code and to this place, periods of release on probation have been extended. Therefore a new the regime of execution has appeared and this regime has been named of the regime exclusive to the recidivists.

The Turkish Court of Appeal imply that Recidivism which is provided under the title of "Security Precautions" in the general provisions of The Turkish Penal Code no. 5237, is not a reason which influence the punishment, is a regime about execution of the sentence, imply also that affects relating to regime of execution are

² Ali Parlar – Muzaffer Hatipoğlu, Attempt, Participation, Joinder of Offence and Sanction, Kazancı Publications, p.473, İstanbul 2005.

not acquired rights. Under article 221 of the TPC is provided that precaution seeking control must be executed for convict in the period execution of punishment imposed at the end of the judgement of the crime that is about the member of armed revolt³.

Moreover The Turkish Court of Appeal implies that the decision relating to being executed according to the regime exclusive to the recidivists at the situation of committing the crime before coming into force of the TPC no. 5237, is against the offender.

Under the TPC no. 765 in order to be able to apply the provision relating to recidivism we should had been looking for execution of the sentence previous. However, under the New TPC, Execution of the sentence is not sought for adoption of this provision; we should be looking for finalization of the decision of conviction for calculating periods.

There was not any provision relating to offenses of special risk for the society under the TPC no.765. However, the last paragraph of the Article of TPC no. 5237 provides that the inveterate offenders and the persons who commit offense in a professional manner or the offenders belonging to an organized group are appreciated in the concept of the risk and provisions relating to recidivism are applied about these people.

The Second paragraph of the Article 7 of the TPC no. 5237 provides that “If there are differences between provisions of the law in force at the time of commission of the offense and the provisions of the law subsequently put into force, the law which is in favour of the perpetrator is applied and enforced.”; and the third paragraph provides that “The decisions about the execution regime are applied at once excluding the ones about suspension of sentence, conditioned releasing and recidivism”. Therefore the law which is in favour of the perpetrator is applied for provisions relating to recidivism.

Under Article of 58/ 7 of the TPC no. 5237 is provided that it must be contended with imposition of special execution regime and precaution seeking

³ The 9 th Chamber of the Court of Appeal, no.2005/5942 . order no: 2005/9278 . on the date of 6.12.2005 parallel, The 9 th Chamber of the Court of Appeal ,no.2005/7129 order no.2005/9405, on the date of 12.12.2005 (Kazançı Law Automation on the date of 21.02.2008)

control of the recidivist after release, in the decision for conviction related with recidivist.

The Turkish Court of Appeal implies that the period of precaution seeking control must not be defined by the Court of the First Instance in the reasoned decision. It is clearly signified that the defined period by the Court of the First Instance restrict the execution⁴.

However, in the Court's the decision it is required to be clearly defined which conviction assessed in the recidivism, whether the conditions of recidivism is, how many times the provisions relating to recidivism are applied about convict for appointing of the period added to period which convict stay in prison⁵.

2) Application Conditions of Provisions Relating to Recidivism:

It is provided the defined conditions for application of provisions relating to recidivism in text of the article. These conditions;

- in case of commission of an offense after finalization of the decision for conviction
- in case of commission of an new offense
- not running of the period three and five yearly

like these.

3) Conditions not being applied provisions relating to recidivism:

Under article of 58 of the New TPC are provided conditions not being applied provisions relating to recidivism. These conditions;

⁴ The 9 th Chamber of the Court of Appeal, no.2005/7129, on the date of 12.12.2005 (Kazancı Law Automation on the date of 21.02.2008)

⁵ Full Session Of the Court of Appel no. 2007/10-71 E. ve order no.2007/98.

a) The provisions relating to recidivism may not be applicable for the offenders not attained the full age eighteen⁶ on the commission date of the offense.

b) The provisions relating to recidivism may not be applicable in the felonious or negligent offenses and exclusive military offenses.

c) Excluding offenses such as felonious homicide, felonious injury, plunder, swindling, production and trading of narcotic and harmful drugs or counterfeiting of valuable stamps, the decisions taken by the foreign courts may not be taken as basis in recidivism.

d) The provisions relating to recidivism may not be applicable for the offenses committed;

- After lapse of five years as of the execution date of the sentence to imprisonment more than five years due to previous conviction,
- After lapse of three years as of the execution date of sentence to imprisonment for five years or less due to previous conviction.⁷

like these.

For application of provision relating to recidivism it would be adequate of commission of a new offense after finalization of the decision due to commission previously of an offense. However it does **not require execution of the sentence**.

While The Lawmaker is not looking for execution of the sentence due to offense previous for application of provisions relating to recidivism, it is provided that provisions relating to recidivism aren't applied after lapse of a period as of execution date of the sentence. Thus, The provisions relating to recidivism may not be applicable for the offenses committed; after lapse of five years as of the execution date of the sentence to imprisonment more than five years due to previous

⁶ Under the TPC no. 765 provisios relating to recidivism were applicated to the person aged of 15-18.

⁷ However these periods were provided under the TPC no.765 as being years of 10 and 15 yil

conviction, and after lapse of three years as of the execution date of sentence to imprisonment for five years or less due to previous conviction.

It must be highlight that it would be adequated of finalization of the first sentence and also it would not be looked for execution of this sentence for provisions relating to recidivism.

The provisions relating to recidivism are not applied after lapse of a period as of finalization of the first sentence⁸. It is essential to complete of the execution of the first sentence for starting these periods. It is touched on this point in the text of the article “as of the execution date of sentence”.

Absolute order which is about Person A was given, but not executed. In this way, the period of three years will not start. The provisions relating to recidivism will not be applied because of an offense which was committed by Person A, even the period of four years pass without execution of the absolute order.

It is provided under the article of 58 of the TPC no. 5237 that for being assumed person recidivist, it is adequate of being committed of the second offence after finalization of decision; also it is not important in terms of recidivism being committed of the first offence after or before the date of 01.06.2005.

Furthermore, the judgment of the Court of First Instance was reversed by an order of the 4th Chamber of the Court of Appeal because of being not guarded of that previous obligations relating to offences which the convict committed before the date of 01.06.2005 was not based on application of recidivism (under article 7/2 of the TPC no. 5237)⁹.

⁸ The provisions relating to recidivism may not be applicable for the offenses committed after lapse of five years as of the execution date of the sentence to imprisonment more than five years due to previous conviction,

after lapse of three years as of the execution date of sentence to imprisonment for five years or less due to previous conviction.

⁹The 4 th Chamber of the Court of Appeal, no.2006/10968,order no. 2007/1898 on the date of 26.02.2007

Fine which is lower than 2000 YTL and not subject to appeal is not based on application of the recidivism too¹⁰.

4) Results of Recidivism:

a) If an alternative between imprisonment and fine is provided it will be decided the punishment with imprisonment.

Under the third paragraph of the article 58 of the new TPC is provided that In case of recidivism, the offender is punished with imprisonment if an alternative between imprisonment and fine is provided in the relevant article of the law for the current offense.

b) The punishment to be imposed in case of recidivism is executed according to the regime exclusive to the recidivists.

The punishment to be imposed in case of recidivism is executed according to the regime exclusive to the recidivists. The regime exclusive to the recidivists is provided under the article of the Execution of Crime and Precaution Code no. 5275. Under the first paragraph of this article periods of release on probation have been extended in accordance with the regime exclusive to the recidivists.

c) It will be decided precaution seeking control after execution of the sentence.

It will apply precaution seeking control¹¹ to the recidivist after execution of the sentence according to regime relating to recidivism

¹⁰ The 9 th Chamber of the Court of Appeal, no.2006/ 3421, order no. 2006/8031 on the date of 09.11.2006 (Kazancı Law Automation on the date of 21.02.2008)

¹¹ For details” Bkz. TIRTIR, Mustafa, Precaution Seeking Control, Rewiew of Bar of Istanbul, no. 2006/3.

5) Execution Procedure For Recidivists :

Details of the execution procedure for recidivists are stated in the Art.108 of the Execution of Crime and Precaution Code. Therefore, it is possible to declare that a new execution procedure comes to today's agenda with this article. The first paragraph of the Article mentions about the sentence punishments. When we evaluate this paragraph, we see that the time limits of the parole extend. This paragraph also asks from the sentenced to act in good faith during the time he spent in jail for the release under parole. Thus, the time periods for the release under parole are stated through the first paragraph of the Art.108 I;

Art.108 of the Execution of Crime and Precaution Code

The person who is sentenced due to a repeated crime, shall be released under parole if he acts in good faith during the execution period and serves the time of;

- a) 39 years of the heavy life imprisonment punishment.
- b) 33 years of the life imprisonment punishment.
- c) $\frac{3}{4}$ of the any imprisonment punishment.

The second paragraph of the Article emphasizes that the extending time period of sentence due to recidivism for can not be more than the maximum sentence of the crime.

The third paragraph states that no release on probation can be applied if the articles relating to recidivism are applied more than twice.

According to the fourth paragraph of the Art.108, judge must determine a time period of inspection for the recidivist. However, he must consider that this period must lasts more than one year and commences after the end of execution period.¹²

¹² It is important to mention that while the process of probation, referring to Art. 51 of Turkish Penal Code, starts with the execution process; the time of inspection here starts just after the end of execution.

The sixth paragraph of the Art.108 states that judge has got the right to extend the period of precaution of seeking control up to 5 years. However, this time period can only be extended to 3 years according to the Turkish Penal Code. Therefore, as it is understood from the different regulations, the inspection time extends with Art.108 of the Execution of Crime and Precaution Code.

Paragraph five of the Art.108 indicates that it is possible to apply for the articles of parole during the time period of inspection. Since, Art. 107 can be applied according to the wording of Art.108, we should now focus on Art.107.

Due to twelfth paragraph of Art.107, it says that “ **If the convict commits a crime, reluctantly bound to his commitments and insist on continuing with this manner during the inspection period; the decision of parole is drawn.**” Thus, by referring to this Article, the convict could be sent to the execution institutes in case of the infringement of this article.

Paragraph thirteenth of Art.107 states that if the convict commits a crime or reacts against his commitments during the inspection period, he is sent to jail once again to suffer his punishment. Therefore, if he admits an offence, his sentence begins with the date of the committed crime. If he acts against his commitments, the punishment starts with the absolute order for the drawback of the parole. Fourteenth paragraph indicates that as no problems are occurred during the inspection period, the punishment will be deemed as executed. Paragraph fifteen states that in case of an infringement of the commitments, the decision for the release on probation will be drawn.

As it is already known that the caution of probation is inspected through the Department Office of Seeking Control and Help Centers. The establishment of these organizations depends on the Art.104 of the first paragraph containing the missions of these institutes as well.

When we have a deep look on Art.104, the first paragraph emphasizes that the convicts, who have already had postponed punishment or released on probation, should be watched in society, have their issues solved and protected at every step of

their life. For achieving these objectives, there must be institutes established and organised.

In case of an infringement for the caution of probation, the institutes act through the Article 78 of the Probation and Help Centers Regulation. This Article states that,

“ If an infringement happens, like not following the formal inspection period, and is determined by the institutes; the convict must be warned. If the infringement continues, the institutes and the police forces carry on with their inspection. The concerned organisations get the results of the inspection and the file containing these results and observations is sent to the Chief Public Prosecutor’s Office at the end.”

According to Art. 78 of the Regulation, the convict must be warned at first. If he continues with his actions, he will be followed until the end of the time when time period of probation ends. With the end of this process, the file will be sent to the court of the first instance. As it is seen from the article, there are not references for the convict to be sent to jail again.

**BİLGİ NOTU AV.SERDER MENMUT YAZISININ BAŞINA ÖZET VE
ABSTRACT DÜZ ÇİZGİDEN İBARET ÇERÇEVE İÇİNE ALARAK
YERLEŞTİRELİM yazı : SENDİKAL HAKLARIN KULLANILMASININ
ENGELLENMESİ SUÇU**

ÖZET

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 118. maddesinde yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkan bu suç tipi ile Bireysel ve Kollektif sendika hakkı koruma altına alınmıştır. Madde ile çalışma hayatı bakımından son derece önemli olan sendikalara zorla üye olma, üyelikten ayrılma veya bu sendikaların faaliyetlerinin hukuka aykırı bir biçimde engellenmesi gibi fiiller suç haline getirilmiştir. Özellikle İş Kanunu ve Sendikalar Kanunu ile verilen bazı teminatların günümüz Türkiyesinde sıklıkla keyfi uygulamalara maruz kaldığı düşünüldüğünde 118. maddeye yer verilmiş olması yerindedir. Ancak sendika kurma hakkının korunmamış olması önemli bir eksikliktir. Bu çalışmamızda yukarıda belirttiğimiz çerçevede 118. maddedeki bu suçun unsurlarını ve değerlendirmelerimizi ifade etmeye çalıştık.

ABSTRACT

In the Article 118 of New Turkish Criminal Code, the Individual and Collective Labor Rights are under protection with the new definition of crime. With this article, forcing employees to Labor Unions, which are very important with regard to labor life, as well as leaving membership of a Labor Union or illegally preventing operations of such unions are all crimes. Particularly some securities given through Labor Law and Unions Law frequently have been applied in Turkey discretionally, so enforcement of Article 118 is a right move. However, the union forming right has not been preserved, which is a deficient issue. In my study as I mentioned above I try to express the factors of the crime in the Article of the New Turkish Criminal Code and my evaluations regarding this crime.

BİRİNCİ BÖLÜM

TERÖRÜN TANIMI VE ULUSLARARASI HUKUKTAKİ YERİ

Esin TUNCEROĞLU

“Tarih bize insanlığın, tarihten hiçbir şey öğrenmediğini öğreten bir bilimdir.”

HEGEL

Terörizm, 1970’lerden sonra dünyanın birçok bölgesinde etkiler doğurmuş; yol açtığı insan ölümleri ve maddi zararın büyüklüğü sebebiyle uluslararası alanda sürekli gündemde olmuştur. Ne var ki, bu olgunun tanımı hakkında bir consensus oluşmamış olması sebebiyle; her devlet kendi terör tanımını yapmıştır. Üzerinde uzlaşmış bir terör tanımı olmadığı takdirde; her devletin kendi tanımından yola çıkarak “terörle mücadele” adı altında kendi ulusal çıkarlarını gerçekleştirmek istemesi tehlikesi her zaman varolacaktır.¹ Nitekim aynı kişinin aynı fiilden dolayı, sınırın bir tarafında özgürlük savaşçısı, bir kahraman; diğer tarafında ise affedilemez suçları işlemiş bir hain olarak değerlendirilmesinin de sebebi budur.² Bu sebeple bu çalışmanın ilk bölümü, terörün tanımı, bu tanımın terörizm sorunuyla birebir karşı karşıya olan devletlerce ne şekilde yapıldığı ve uluslararası hukukta terörizmin yeri başlıklarına ayrılmıştır.

A. TERÖRİZM: KAVRAM, TANIM

Julius Sezar’ın Marcus Iunius Brutus ve arkadaşları tarafından öldürülmesi, Franz Ferdinand’ın 1. Dünya Savaşı’nın da resmi başlangıcı sayılan Bosna’da öldürülmesi olayı ve hatta bilinen en eski terörizm hareketi olan Sicarii’nin³ üzerinden uzun zaman geçmesine rağmen terör; bireysel olmaktan çıkıp kitlesel olarak yoluna devam etmeyi sürdürmektedir. İlber Ortaylı terörün; hırsızlık gibi, adam öldürme olayının kendisi gibi universal olduğunu, yani mekanının ve zamanının olmadığını yaygın ve ebedi olduğunu

¹ MIREILLE, Delmas- Marty, Permanence ou Derive du Modele Liberal de Politique Criminelle, Archives de Politique Criminelle, Paris, 1963, s.31

² ŞENOCAK, Hasan, Avrupa Terör Örgütleri ve Ülke Uygulamaları, Ankara, 2006, s.6

³ Bu hareket Ortadoğu’da bugünkü İsrail’de başlamıştır.M.S. 66-73 yılları arasında Filistin’de bağnaz ve aşağı dereceli din adamlarının kurdukları son derece iyi organize edilmiş bir dini mezheptir.

belirtmiştir.⁴ Tarihteki en büyük terör eylemlerinden biri olan 11 Eylül 2001 yılında ABD'ye düzenlenen saldırılar sonrası dünyanın, bu kez hiç olmadığı kadar ciddi biçimde terörizme karşı savaş açması bunun somut örneğidir.

“Terör” kelimesi kökeni itibariyle “*korkudan titreme*” ve “*titremeye sebep olma*” anlamına gelen Latince “*terrere*” kelimesinden gelmektedir.⁵ Fransızca Petit Robert sözlüğünde “*bir toplumda bir grubun halkın direnişini kırmak için yarattığı ortak korku*” olarak; Oxford İngilizce Sözlük'te ise “*genellikle siyasi nedenlerle, halkın gözünü korkutmak ve halkı yıldırma için dehşet ögesini kullanmak*” olarak tanımlanmaktadır.

“Terör” kelimesinin bugünkü anlamıyla, ilk defa Fransa'da Fransız Devrimi'nden sonra kullanıldığı bilinmektedir. Devrimden sonra 1793 Mart'ından 1794 Temmuz'una kadar süren dönem *terör rejimi* veya *terör dönemi* (reign of terror-regime de le terreur) olarak adlandırılmış; Fransız İhtilali esnasında demokrasi ve eşitliğe kavuşmak adına her türlü baskı ve şiddetin uygulanması gerektiğini savunan Jacobinler'i tanımlamak için kullanılmıştır. Literatürde ayrıca bazen şiddet, siyasal şiddet ve anarşi kelimeleriyle eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır. Terörün sınır aşan bir hal alması halinde ise uluslararası terörizm ile karşı karşıya kalınır. Ancak son dönemde 'uluslararası terörizm' kavramı, daha çok birden fazla ülkeyi hedef alan veya birden fazla ülkede aynı anda birbirine yakın eylemlerde bulunan terörizmi anlatmak için kullanılmaktadır.

Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer terörü, “*Şiddetin; sosyal, ulusal, ırki, dinsel fesat çıkarıcı ve diğer maksatlarla ve sosyal sınıflar arasında çatışma, savaş tahrik etmek üzere planlı ve hukuk dışı olarak kullanılmasıdır.*” şeklinde tanımlamıştır.⁶ Köksal Bayraktar ise tanımı, “*...tedhiş, toplumda belirli bir iktidara ya da siyasal amaca baskı, korku, yılgınlık yaratarak erişmek için sürekli şiddet hareketlerinin kullanılmasıdır*” şeklinde yapmaktadır.⁷

Batı ülkelerine bakıldığında, propaganda suçları terör eylemi kapsamında değerlendirilmemektedir. Zira terör, siyasî şiddetten ibarettir. İçinde fiilen şiddeti barındırmayan eylemler, terör eylemini oluşturmazlar. Örneğin Fransa'da terör eylemi olarak kabul edilen fiiller üç grup altında toplanmıştır. Fransız Ceza Muhakemeleri

⁴ ORTAYLI, İlber, Dünya'da ve Türkiye'de Tarihte Terör, Türkiye'de ve Dünya'da Terör Konferansı , T.C. Merkez Bankası, Ankara, 2002, s.5

⁵ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Terörizm>

⁶ YAYLA, Atilla, Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve, A.Ü.S.B.F. Dergisi Cilt:XLV, Ocak- Aralık, 1990, Ankara, s.335 (DÖNMEZER, Sulhi, Her Yönüyle Tedhiş, Son Havadis)

⁷ BAYRAKTAR, Köksal, Siyasal Suç, İstanbul 1982, s. 159

Usulü Kanununun 706-16. maddesine göre, *korku ve terör yaratmak suretiyle kamu düzenini ağır bir biçimde bozmak amacıyla işlenen fiiller*, terör eylemi olarak adlandırılmıştır. Fransız hukukuna göre, hayata, vücut bütünlüğüne ve bireysel özgürlük aleyhine işlenen suçlar, maddî zarar meydana getiren ve genel tehlike yaratan suçlar ile terör eylemlerinin hazırlığını teşkil eden suçlar, terör suçu olarak adlandırılmaktadır. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanununun IV. Kitabının “Terörizm” başlığını taşıyan II. Bâbında da terör eylemleri sayılmış, 421-1 ilâ 421-4 maddelerinde hangi eylemlerin terör eylemi sayılacağı belirtilmiştir.⁸

Almanya’da terör kavramının tanımı yapılmamıştır. Ağır suçların işlenmesini amaçlayan örgütlerin kurulmasını cezalandıran Alman Ceza Kanunu’nun 129a maddesindeki suç kalıbında da faaliyette bulunanların saiki nazara alınmamıştır. Fakat kanunun gerekçesinde belli fiillerin *Anayasa’ya uygun düzeni değiştirmek amacıyla işlenmesi hâli*, bir amaç olarak değerlendirilmiştir.⁹ İspanyol Ceza Kanunu’nun 571. maddesinde ise “*Anayasal düzeni yıkmayı ve toplumsal barışı ciddi şekilde bozmayı amaçlayan eylemlerden*” bahsedilmektedir.¹⁰ İtalyan Ceza Kanunu’nun 270bis, 280. ve 289. maddeleri de “*Demokratik düzeni yıkmak amacıyla yönelik eylemler*” içermektedir.¹¹ Portekiz Ceza Kanunu’nun 300. maddesine bakıldığında ise “*Ulusal çıkarları tehlikeye koyan, devletin kurumlarını değiştirmeyi ya da bu kurumların mevcut işleyiş tarz ve düzenini bozmayı amaçlayan, kamu makamlarını bir şey yapma ya da yapmamaya zorlayan ve birey ya da grupları tehdit eden eylemler*” şeklindeki tanımla karşılaşılmaktadır.¹²

ABD’nin resmi belgelerinde, yarım düzine kadar değişik terörizm tanımı bulunmaktadır. Birleşik Krallık ise daha çok BM metinlerine gönderme yapan bir şekilde terörü; “*İnsanlara veya varlığa, politik, dinsel veya ideolojik avantaj sağlamak amacıyla kuvvet kullanmak ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunmak*” diye tanımlamaktadır. Kanımca burada “devlet terörü”ne de bir gönderme mevcuttur. Büyük Britanya Terörü Önleme Kanunu’na göre (1984) terörizm; “*politik sonuçlara ulaşmak için güç kullanmak ve halkı veya bir kurumu korku içine almak*”tır. İngiliz Terörle Mücadele Mevzuatı 20. maddesi ise şöyle demektedir: “*Terörizm siyasi kurumlara karşı şiddet kullanımı veya toplumun çeşitli kesimlerinin korku içinde bırakılması maksadıyla şiddet kullanılmasıdır.*” 20

⁸ [http://www.assemblee-nationale.fr/ Documents parlementaires](http://www.assemblee-nationale.fr/Documents/parlementaires)

⁹ <http://jurist.law.pitt.edu/terrorism>

¹⁰ BEŞE, Erhan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.28

¹¹ BEŞE, Erhan, a.g.e., s.28

¹² BEŞE, Erhan, a.g.e., s.28

Temmuz 2000 tarihli İngiliz Terörizm Yasası ise, en geniş kapsamlı tanımlardan birini sunmaktadır.¹³

1- Bu yasada bir eylem ya da tehdit oluşturan eylem, aşağıdaki hallerde terörizm anlamına gelmektedir:

a) alt bent (2) kapsamındaki eylemler

b) başvuru ya da tehdit oluşturan eylemin, hükümeti etkilemek ya da toplumu ya da toplumun bir bölümünü sindirmek amacıyla hizmet edecek şekilde tasarlandığı haller

c) başvuru eylem ya da tehdit oluşturan eylemin siyasi, dini ya da ideolojik bir amacı ileletmek için yapıldığı haller

2- Eylem şu hallerde bu alt bent kapsamındadır:

a) bir kimseye karşı ciddi bir şiddet içeriyorsa

b) mala mülke karşı ciddi bir zarar içeriyorsa

c) eylemi gerçekleştiren şahsın dışında bir kimsenin hayatını tehlikeye koyuyorsa

d) bir toplumun ya da toplumun bir bölümünün sağlık ya da güvenliği için bir risk yaratıyorsa

e) eylem, elektronik bir sisteme ciddi şekilde müdahale edecek ya da sistemi karıştıracak şekilde tasarlanmışsa

3- Alt-bent 2 kapsamında başvuru ya da tehdit oluşturan eylem, ateşli silah ya da patlayıcıların kullanılmasını içeriyorsa, alt-bent 1(b)'deki unsurları karşılamasa da terörizmdir.

Bu tanım farklılıklarının en önemli nedeni, devletlerin bu sorundan aynı oranda mağdur olmamaları veya bu sorunlara karşı koyacak güçlerinin eşit olmamasıdır. Türk yasaları incelendiğinde de karşımıza farklı bir tanım çıkmaktadır. 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesi şöyledir:

“Madde 1- (Değişik birinci fıkra: 15/7/2003-4928/20 md.) Terör; cebir ve şiddet kullanarak, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasa’da belirtilen Cumhuriyet’in niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk devletinin ve Cumhuriyet’in varlığını tehlikeye düşürmek, devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”¹⁴

¹³ ŞENOCAK, Hasan, a.g.e., s.19

¹⁴ <http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/mevzuat/metin>

Anlaşılabileceği üzere terör tanımında bir consensus sağlamak oldukça zordur. Ancak tanımların genel olarak aşağıdaki hususları kapsadığı görülmektedir.¹⁵

-şiddet tehdidi

-şiddet kullanılması

-şiddetin kişiler ve örgütlü gruplar tarafından kullanılması

-şiddetin siyasal ve ideolojik amaçlarla kullanılması

-şiddetin sosyal düzeni yıkıp, başka bir düzen kurmak amacıyla kullanılması

-şiddetin araç olarak kullanılması

-şiddetin hukuk dışı olarak kullanılması

-şiddetin canlı varlıklar yanında cansızlara karşı da kullanılması

Bu maddelerin birkaçını kapsayacak biçimde her zaman bir terör tanımı yapılabilir. Ancak tarih boyunca karşılaşılmış bütün terör çeşitlerini kapsayacak bir terör tanımı yapmak imkansızdır. Tarih boyunca değişik terör türlerinde, yukarıda sıralanan hususların bazıları ön plana çıkarken, diğerleri geride kalabilmektedir. Dolayısıyla kesin, mutlak bir tanıma yönelmek yerine belirtilen noktaların terörizmin kapsamında bulunduğunu kabul etmek daha yararlı olacaktır.

B. ULUSLARARASI HUKUKTA TERÖRİZMİN YERİ VE TANIM ARAYIŞLARI

Uluslararası hukukta ilk olarak, 1937’de Milletler Cemiyeti tarafından uluslararası terörizmi tarif etmek amacıyla yapılan “Terörizmi Önleme ve Cezalandırma Toplantısı” kesin bir sonuca ulaşmamakla beraber bir belirleme yapmıştır. Terörün Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Konvansiyon’un 1. maddesinin 2. fıkrasında “...terör eylemleri kavramı, bir devlete yöneltilmiş veya belirli kişilerde veya tüm toplumda bir dehşet ortamı yaratmayı amaçlayan yahut yaratacağı tahmin edilen cürüm fiilleri olarak anlaşılır” denilmek suretiyle bir tanım yapmak yerine terör eylemlerinin bazı özelliklerini belirtmekle yetinmiştir.¹⁶ Bugün bile BM nezdinde reel politik kaygılar nedeniyle bağlayıcı bir tanım yapılabilmemiş değildir.

¹⁵ YAYLA, Atilla, Terörizm ve Fatsa Örnek Olayı Çerçevesinde Türkiye’de Terör, Doktora Tezi, Ankara 1986, s.31

¹⁶ YAYLA, Atilla, Terörizm ve Fatsa Örnek Olayı Çerçevesinde Türkiye’de Terör, Doktora Tezi, Ankara 1986, s.28

AB'nin terörizm tanımlaması ise şöyledir: *“Bir ülkenin halkını ciddi şekilde korkutmak veya sindirmek, bir hükümeti ya da bir uluslararası kuruluşu bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlamak ve bir ülkenin ya da uluslararası kuruluşun politik, sosyal, ekonomik, anayasal temel yapısını yıkmak veya işlemez hale getirmek amacı ile bir ülkeyi ya da uluslararası bir organizasyonu ciddi zarara uğratan kasıtlı eylemleri yapmaktır”*. Bu eylemler:

- a) bir insanın ölümüne sebebiyet verme,
- b) bir insanın bedensel bütünlüğüne zarar verme,
- c) adam kaçıрма ya da rehin alma,
- d) kamuya ait mülkiyette ya da özel mülkiyette altyapı sistemlerinden bilgi sistemine kadar insan hayatını tehlikeye sokacak şekilde aşırı kayba yol açma veya büyük ekonomik zarar verme,
- e) uçak, gemi veya diğer taşımacılık araçlarını kaçıрма,
- f) silah, patlayıcı, kimyasal, nükleer veya biyolojik her türlü silah üretme, geliştirme, elde etme, taşıma veya kullanma,
- g) insan hayatını tehlikeye sokacak patlama, sel veya yangına sebep olma veya tehlikeli maddeleri yayma,
- h) insan hayatını tehlikeye sokacak şekilde su, enerji veya diğer doğal kaynaklara müdahale etme veya şeklini bozma,
- i) bu eylemleri yapma tehditinde bulunmaktır.

Ayrıca 14-18 Mart 1988 tarihinde Viyana'da yapılan BM Bölgeler Arası Uzmanlar Toplantısı'nın raporunda da consensus oluşmasa da bir terör tanımı yapılmıştır.¹⁷ Tanımlarda consensus oluşmamış olması sebebiyle, daha çok bazı devletlerin parlamentoları tarafından yayınlanan ve diğer devletlerce tanınması beklenen terör örgütleri listeleri bulunmaktadır. Bu listeler bazı ülkelerde yıllık yenilenirken, bu süre daha uzun veya kısa olabilir. Türkiye'de böyle bir liste yayınlanmamıştır. En çok bilinen listeler ABD, AB ve İngiltere tarafından yayınlanmış olanlardır. Türkiye ile ilgili olarak ASALA, PKK ve DHKP-C bu listelerde yer almıştır.

¹⁷ BEŞE, Erhan, a.g.e., s.25

İKİNCİ BÖLÜM

İNSANCIL HUKUK VE TERÖRİZM

*İnter arma silent leges?
Silahlar konuşunca hukuk susar*

mı?

Terörizme karşı savaş söylemleri, uluslararası insancıl hukukun¹⁸, devletlerin, yabancı terörist örgütlerle girdikleri silahlı çatışma hallerinde uygulanıp uygulanmayacağı konusunu da gündeme getirmiştir. İnsancıl hukuk, uluslararası ya da uluslararası olmayan nitelikte silahlı çatışmalardan kaynaklanan insani sorunları özel olarak düzenlemeye yönelik oluşturulmuş ve insani nedenlerle, tarafların istedikleri savaş yöntem ya da araçlarının kullanma hakkını sınırlayan ya da çatışmadan zarar gören ya da görebilecek olan kişi ve malları koruyan, sözleşme ya da teamül kökenli uluslararası kurallardır.¹⁹ Yani modern insancıl hukuk çatışma hallerinde sivillerin korunması üzerinde durmaktadır.

¹⁸ Uluslararası insancıl hukukun genel çerçevesini 1949 Cenevre sözleşmeleri ile 1977 tarihli bu sözleşmelere ek protokoller oluşturmaktadır. Sözleşmeler ve ağır insancıl hukuk ihlalleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AZARKAN, Ezeli, Nurenberg'den La Haye'e Uluslararası Ceza Mahkemeleri, Beta Yayınevi, Ankara 2003, s.72-88

¹⁹ Bu tanım Kızıllaç Uluslararası Komitesi tarafından verilmektedir.

İnsancıl Hukuk ilişki ve çelişme açısından ve kapsadığı hakların sayısı ve sınırı açısından İnsan Hakları Hukuku'ndan ayrılmaktadır. İnsancıl Hukuk'ta ilişki ve çelişmenin bir tarafında her zaman devlet bulunmaz. Bu hukuk dalı zaman ve koşullarla sınırlıdır. Savaş zamanında ve koşullarında ve sınırlı alanda geçerlidir. Tartışma, İnsancıl Hukukun temel belgeleri olan dört Cenevre Sözleşmesi'nin dördünde de yer alan, "Yüksek Akid Taraflardan birinin toprağında çıkacak fakat beynelmilel bir mahiyet arzemiyecek olan silahlı bir ihtilaf takdirinde, ihtilaf halinde bulunacak taraflardan her biri..." diye başlayan ortak 3. maddenin düzenlenişinden kaynaklıdır. Maddede geçen silahlı ihtilaf, ihtilaf halindeki taraflar ve bu durumların Sözleşme tanımına uygunluğuna kimin karar vereceği konuları tartışmalıdır. İşte, uluslararası nitelik taşımayan savaş durumundaki çelişme farklılığı, Cenevre Sözleşmesi'ndeki 3. maddesinin analizi ile ortaya çıkmaktadır. Burada sözleşmeyi imzalayan bir devletin kendi toprağındaki savaştan bahsedilmektedir. Yani bir iç savaş söz konusudur. Görüldüğü gibi, insan hakları hukukunda her durumda çelişmenin bir tarafında devlet varken, insancıl hukukta, "savaşan taraf" diye nitelenen ve fakat devlet olmayan oluşumlar çelişmenin bir diğer tarafında yer alabilirler ve bu oluşumlar tıpkı devletler gibi eylem ve işlemlerinden sorumlu tutulurlar.

Savaş, kendi başına bir terör eylemi değildir ancak savaş yöntemleri ve muharip uygulamaları terörizme dönüşebilir. İnsancıl hukuk anlamında uluslararası ya da iç çatışmaya katılanlar muharip sıfatına sahiptirler. Ve düşman tarafından ele geçirildiklerinde savaş esiri statüsünün hak ve imkanlarından yararlanmaktadırlar. Çoğu zaman meşru savaş eylemleri gerçekleştiren bir muhariple ulusal hukuk anlamında suç oluşturan eylemleri gerçekleştiren bir teröristi ayırt etmek ise zordur. Bu bulanıklık, teröristlerin istismarına konu olmaktadır.²⁰ Bu çerçevede şunu belirtmelidir ki, bir devletin içindeki siyasi mücadelede terörizme başvurulmuş olması, tek başına uluslararası olmayan silahlı çatışmalar durumunu yaratmamaktadır. Ancak insani hukuk, terörizmi, hem hükümet güçleri, hem de hükümet güçleri ile çatışanlar bakımından açıkça yasaklamaktadır.²¹

Terörizmin artık bir savaş stratejisine dönüşmüş olduğu bir gerçektir. İnsanlık terörizmle birebir karşı karşıyadır. Öte yandan El Kaide gibi örgütlerle yürütülecek mücadelenin hukuki açıdan ne uluslararası ne de iç çatışma kapsamına girmediği açıktır. Çünkü El Kaide gibi örgütler uluslararası hukuk anlamında ne meşru bir hükümet ne de ulusal kurtuluş hareketi sayılmaktadır. Ayrıca bir iç savaşın da tarafı değildir. Nitekim

²⁰ ÖKTEM, Emre,a.g.e., s.77

²¹ 1949 Cenevre sözleşmeleri ek 81977 tarihli 2 numaralı protokol m.4/2 d ve h 'de sırasıyla terörizmi ve terörizm tehdidini açıkça yasaklamaktadır.

Afganistan'da yakalanan militanlar ABD Savunma Bakanlığınca kanundışı muharıpler olarak nitelendirilerek (unlawful combatants) savaş esiri sayılmamış ancak yine de bunların Cenevre sözleşmeleriyle uyumlu makul bir muamele görecekları bildirilmiştir.²² Burada neredeyse bütün terörist faaliyetlerin meşrulaştırılması için kullanılan "ulusal kurtuluş hareketi" kavramı ile terörizmi ayırmak gerektiğinin altını da ayrıca çizmek gerekmektedir. Nitekim insancıl hukuk son dönemde özellikle ulusal kurtuluş hareketlerine gönderme yapmaktadır ve yapılacak ayırım bu anlamda hayati önem taşımaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TERÖRİZM VE İNSAN HAKLARI

"Dünyadaki hiçbir etik konum, pek çok durumda 'iyi' amaçlara ulaşmak için ahlâken kuşkulu ya da en azından tehlikeli araçlar kullanmak ve bunun da bedelini ödemeye hazır olmak; dahası, kötü sonuçlarla karşılaşma riskini, hatta olasılığını göze almak-gerekebileceği gerçeğinin etrafında dolaşamaz."

Max

WEBER

Terörizmle mücadelede etkin yöntemlerin kullanımı, çoğu zaman demokrasi ve özellikle insan haklarıyla çelişki halindedir. Bu sebeple, çalışmanın bu bölümünde öncelikle, hukuki boyutuyla terörizmle mücadele yöntemleri incelenecek ve sonrasında bunların insan haklarıyla aralarındaki ikileme değinilecektir.

A. HUKUKİ BOYUTUYLA TERÖRİZMLE MÜCADELE YÖNTEMLERİ

I. ULUSAL DÜZEYDE YÖNTEMLER:

1. Ceza Hukukuna İlişkin Olmayan Düzenlemeler

Terör ortamı dar anlamda bir güvenlik sorunu, bir polisiye sorun olmayıp, kökleri toplumsal yapıda, milli tarihte, siyasi kültürde, kamu yönetiminde ve bunun bir parçası olarak güvenlik hizmetlerinde, ekonomik yapıda bulunan toplumsal bir buhran durumunun adıdır.²³ Bu nedenledir ki her ülkenin terör olgusu birbirinden farklıdır. Bu bakımdan terörizmle mücadelede ilk adım sorunun gerçekçi biçimde tespiti olmalıdır. Ardından uygulanacak yöntemler ise ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerden ve terörden vazgeçmeyi teşvik edici düzenlemeler başta olmak üzere diğer yasal düzenlemelerden ibarettir. Artık terör eylemleri sadece ceza ve ceza usul hukukundan oluşmamaktadır. Günümüzde, bu alanın dışına çıkılarak tüm mevzuat terörle mücadeleye yönelik olarak gözden geçirilmekte ve yeniden yapılandırılmaktadır.

²² ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.168

²³ OZANKAYA, Özer, "Terörün Toplumsal Etkenleri ve Çözüm Yolları", Abdi İpekçi Semineri, Türkiye'de Terör, 30 Ocak-1 Şubat 1980, 1.Bası, Mayıs 1980, s.172

Haberleşme mevzuatı, mali kazançların kontrolüne ilişkin mevzuat, hava trafiğine ilişkin mevzuat gibi birçok yeni yapılanma görülmekte; ayrıca bastırıcı tedbirlerden çok, önleyici tedbirlere başvurulmaktadır. Bu ikinci yasal düzenlemelerden kanımca en önemlisi, mensup olduğu yasadışı örgütün amaçladığı suçun işlenmesine engel olanları ve işlediği suçtan pişmanlık duyanları cezalandırmayarak topluma kazandırmayı amaçlayan düzenlemelerdir. İngiltere’de “Queen’s evidence”, ABD’de “state’s evidence” ve Almanya ‘da “Kronzeuge” olarak adlandırılan “devlet tanığı” uygulaması bu düzenlemelerden biridir.²⁴ Türk hukukunda da 1418 sayılı “Asayişe Müessir Bazı Fiillerin Önlenmesi Hakkında Kanun” (pişmanlık yasası) ile benzer bir düzenlemeye gidilmiştir.²⁵ İnsan hakları ikilemi hususuna yönelineceği için bu yasal düzenlemelerin ayrıntılarına girilmeyecek; ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler incelenmeye devam edilecektir.

2) Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler

Ceza Hukukunda Terörizm:

Genel bir belirleme içerisinde terör hareketlerinde iki unsur görülmektedir. “Bu unsurlar araç ve amaç unsurlarıdır. Araç unsurunu şiddet; amaç unsurunu ise genellikle ‘toplumda korku yaratma’ ve ‘toplumda üstünlük kurma’ oluşturmaktadır.”²⁶ Terör eylemlerinin aksine “terörizm” ceza kanunlarında bazı istisnalar hariç başlı başına bir suç olarak ele alınmamıştır. Terör eylemleri dış görünüşleri itibariyle adi fiillerden farksızdırlar. Muhtelif suçlar, müşterek vasıfları dolayısıyla “terör” kavramı altında bir grupta toplanmaktadır.²⁷ Tıpe uygun bir fiilin “siyasi amaçlı şiddet” ve disiplinli veya disiplinsiz organize failer tarafından işlenmesi durumunda “terör eylemi” söz konusu olmaktadır. Bu durumda “terör”, eylemin özünü değil, niteliğini belirleyen bir terimdir.²⁸ Bir şiddet eyleminin terör suçu sayılabilmesi için önkoşul, bu eylemin kanuni tarife uygun yani tipik olmasıdır.

Terör eylemleri icrai ve ihmali hareketlerle işlenebilmekte ve serbest hareketli veya seçimlik hareketli olabilecekleri gibi bağlı hareketli eylemler de terör eylemi olabilmektedirler. Ancak terör, belirli bir zaman dilimi içerisinde aralıklarla gerçekleştirilen ve şiddet içeren eylemler bütünü olarak düşünüldüğünde, bu bütünü meydana getiren eylemlerin bazılarının icrai, bazılarının ihmali, bazılarının seçimlik,

²⁴ ZAFER, Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, İstanbul, 1999, s.238

²⁵ 25.3.1988 tarih ve 3419 sayılı Bazı Suç Faileri Hakkında Uygulanacak Hükümlere Dair Kanun, 30.3.1988 tarihli RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

²⁶ BAYRAKTAR, Köksal, Siyasal Suc, İstanbul 1982, s. 166

²⁷ ZAFER, Hamide, a.g.e., s.82

²⁸ ÖZEK, Çetin, Terör ve terörle Mücadele Kanunu, İBD, C.65, 1991, S.355

bazılarının da bağıli hareketli olması mümkündür.²⁹ Eğer bu eylemler bütünü, başıli başına bir suç olarak kabul edilecek olursa bu açıdan terörün; seçimlik, çok hareketli bir suç olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Terör eylemlerinde her eylemin ortaya çıkardığı, bir dar anlamdaki yakın neticeden; bir de bu eylemlerin bir araya gelmesinin meydana getirdiğı uzak neticeden söz edilebilmektedir. Bu uzak netice, terör eylemlerinin bir bütün halinde toplumda yarattıkları korkudur. Bu korkunun sonucunda sistem değişiklikleri gelmektedir.

Terör eylemlerinin mevcut hukuk normlarıyla çelişki halinde bulunduğu açık olmakla birlikte burada bir hukuka uygunluk sebebinin kabul edilip edilemeyeceğı tartışmalıdır. Özellikle dikta rejimlerine karşı ayaklanma ve self-determinasyon hakkı çerçevesinde kalabilecek eylemlerin bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmeyeceğı konusunda görüş birliğı bulunmamaktadır. Bunları meşru müdafaa kapsamında değerlendiren hukukçular da bulunmaktadır. Bu tartışmalar konunun dışında bulunduğu için burada değinilmeyecektir. Son unsura gelindiğinde ise terör eylemlerinin manevi unsurunun, bilip istemek yani genel kasttan ibaret olduğunu belirtmek gerekmektedir.³⁰

Dünya’da Terörizmle Mücadele Konusunda Oluşturulan Mevzuattan Örnekler

Bu bölümde terör sorunuyla geçmişte karşı karşıya kalmış belli başlı ülkelerin son dönem mevzuatlarıyla ilgili genel bir bilgi verilecek; ardından insan haklarıyla çelişen maddelerine ve bu maddelerin uygulamalarına değinilecektir.

ABD

ABD Dışişleri Bakanlığı’nın yaptığı tanımlamaya göre terörizm; “*savaşçı olmayan hedeflere karşı, siyasi olarak motive olmuş bir saldıridır*”. 11 Eylül saldırılarından sonra dünyayı “terörizme karşı” ve “terörizmi destekleyen” olarak ikiye ayırmış bulunan ABD’nin Afganistan ve Irak’a müdahalelerinin ardından “terörizmle mücadele ve insan hakları” ikilemi daha çarpıcı biçimde görünmeye başlamıştır. Burada konunun sınırları gereğı ABD’nin askeri önlemleri değil; yasal düzenlemeleri incelenecektir.

Amerika Birleşik Devletleri terörist saldırılar sonrasında ciddi bir güvensizlik ve korku yaşamaya başlamıştır. Bu korkunun en büyük göstergesi saldırıların hemen ertesinde

²⁹ ZAFER, Hamide, a.g.e., s.94

³⁰ KURT, Şahin, Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat, Ankara, 1998, s.387-423

çıkarılan ve oldukça sert düzenlemeleri içeren yeni yasalardır. 11 Eylül'ün yasalar çerçevesinde getirdiği en önemli değişiklik, yürütmenin yetkilerinin terörle daha etkin mücadele edebilecek şekilde genişletilmesidir. Çıkarılan yasaların büyük bir kısmı, kamu güvenliğini arttırıcı önlemler, istihbarat edinimi ile ilgili tedbirler, acil durum planları, terör karşıtı ve karşı-terör/terör önleme tedbirleri ile sınır ve liman güvenliğini kapsamaktadır. Bu yasalardan belki de en tartışılanı "Vatanseverlik Yasası (Patriot Act)" olarak da bilinen "Terörizmi Engellemek ve Durdurmak için Gereken Uygun Araçları Sağlayarak ABD'yi Birleştirmek ve Güçlendirmek Yasası"dır. "Patriot Act", dört temel uygulama alanına sahiptir:

1. Bilgi edinimi ve paylaşımı
2. Ceza hukuku ve uygulaması konusundaki prosedürler
3. Terör bağlantılı suçların cezalarının sertleştirilmesi
4. Sınır kontrolü ve göçmenlik prosedürleri

Bunlara ek olarak yasa ile yürütme ve yargı organlarının izleme ve alıkoyma yetkileri genişletilmekte; hükümete herhangi bir politik grubu 'terörist' olarak tanımlama olanağı verilmektedir. Öte yandan, ev ve işyerlerinin habersiz aranması yasallaştırılmakta ve kişilere ait finans, sağlık, eğitim kayıtlarına izinsiz giriş yetkisinin yanı sıra; telefon dinleme ve İnternet üzerindeki iletişimi izleme alanlarında da yürütmeye geniş yetkiler tanınmaktadır.³¹

Bu yasayla beraber ayrıca Teröristleri Finanse Eden Güçlerle Mücadele Yasası (24 Eylül 2001) ve Terörizme Karşı İç Güvenliği Sağlama Yasası yürürlüğe girmiştir. Ayrıca 18 Eylül 2001 tarihli Askeri Kuvvet Kullanımına Yetki Verme Yasası; Amerikan ordusuna; Amerikan vatandaşlarına ve ülkesine karşı girişilecek bir terörist eylemde kuvvet kullanma konusunda yetki vermekte, devletin meşru müdafaa hakkını kullanabileceğini de tekrar gündeme getirmektedir.

ABD ölçeğinde üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise askeri mahkemelerdir. Günümüzde askeri komisyonlarca yapılan yargılamaların en önemli örneğini Guantanamo'da tutulanların yargılanmaları oluşturmaktadır. ABD, Taliban ve El-Kaide üyesi zanlılardan bir kısmını Küba adasında bulunan Guantanamo Deniz Üssü'ne 10 Ocak 2002'den itibaren taşımaya başlamış ve bunlardan önde gelenlerin askeri

³¹ <http://www.whitehouse.gov/infocus/patriotact/>

komisyonlarca yargılanacağı açıklanmıştır.³² 2004 sonu itibarıyla burada bulunanların sayısı 550'ye ulaşmıştır. 13 Kasım 2001'de ABD Başkanı Bush "Terörizme Karşı Savaşta Bazı Yurttaş Olmayanların Tutulması, Muamele Edilmesi ve Yargılanması" (Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism) başlıklı bir Askeri Emirname (Military Order) çıkararak terör suçlarının askeri komisyonlarda yargılanabilmesini sağlamıştır.³³ Bu Emirname açıkça ABD yurttaşlarının askeri komisyonlarca yargılanmasını engellemiş buna karşın El-Kaide üyesi olan; ABD ve yurttaşları, ulusal güvenliği, dış politikası veya ekonomisine karşı uluslararası terör suçları işleyen veya bu gruplara giren kişilere yataklık edenlere eğer "Birleşik Devletler çıkarına ise" askeri komisyonlarda yargılanma yolu açılmıştır. Emirnameyi çıkaran Başkan Bush gerekçesinde, uluslararası terörizmin doğasından dolayı, ABD iç hukuk mahkemelerinde uygulanan sistemde kanıtlarla ilgili genel kabul gören kural ve ilkelerin askeri komisyonlarda uygulanmasının "pratik" olmadığını belirtmiştir. Burada olağan şartlarda yapılan ceza yargılamalarından daha sınırlı bir yargı güvencesi söz konusudur.³⁴ Örneğin kararlara karşı mahkemelerde temyiz söz konusu değildir. Guantanamo tutuklularının durumu uluslararası insan hakları hukukunun yanında özellikle uluslararası insancıl hukuku da ilgilendirmektedir.

İngiltere

İngiltere'de ilk olarak 1974 Kasım'ındaki bombalamanın ardından neredeyse hiç muhalefetle karşılaşmadan PTA (Terörü Önleme Yasası) çıkarılmış; yasa; polisi ve İçişleri Bakanlığı'nı geniş yetkilerle donatmıştır. 1974'te bu kanunda bazı değişiklikler yapılarak; yeniden yürürlüğe girmiştir. 1984'teki değişiklikle yasanın hedefi, sadece İrlanda terörü olmaktan çıkarılıp, uluslararası terör olaylarının İngiltere uzantıları da yasanın kapsamına alınmıştır.

19 Şubat 2001 tarihinde yürürlüğe giren Terörizm Yasası ise uluslararası alanda terörizmle mücadele konusunda tüm dünya için önemli bir adım sayılmaktadır.³⁵ Bu yasa, eskiye göre terör tanımını çok geniş tutmakta; yasanın 4. maddesi, terör eylemlerinde coğrafi sınırları kaldırmaktadır. Getirdiği bir diğer yenilik, terör gruplarının mali kaynaklarını hedeflemiş olmasıdır. 3. bölüme göre "bir kişi terörist sayılan örgütlere mali yardımda bulunur, mali yardım çağrısında bulunur, onlardan mal veya

³² MUNDIS, D. A., "The Use of Military Commissions to Prosecute Individuals Accused of Terrorist Acts" American Journal of International Law, Cilt 96, Sayı 2, 2002, s. 320-321.

³³ Metin için bkz. www.defenselink.mil/news/Mar2002/d20020321ord.pdf

³⁴ Human Rights Watch, 2004, Guantanamo : Detainee Accounts, s.7 <http://hrw.org/backgrounders/usa/>

³⁵ LAÇİNER, Sedat, Terörle Mücadelede Yasal Önlemler: İngiltere Örneği, Ankara, 2006, s.301

para alır ya da verir (...) ise” suç işlemiş sayılmaktadır.³⁶ Bu yasayla birlikte İngiltere bir yasaklanan örgütler listesi de yayınlamıştır. Bu listede bulunan örgütlerden DHKP-C ve ETA dışında hepsinin aynı dine mensup ve Ortadoğu bağlantılı örgütler olması da eleştirilen noktalardan biri olmuştur.

11 Eylül saldırılarının hemen sonrasında ise, İngiltere, Anti-Terörizm Suç ve Güvenlik Yasası'nı (Anti-Terrorism And Security Act) kabul etmiştir. 16 Aralık 2004'te Belmarsh Hapishanesi'nde 9 yabancının, bu yasanın 4. bölümü çerçevesinde yargılanmadan tutulması AİHS'e aykırı bulunmuş ve İngiltere İçişleri Bakanı'na, terörizm zanlısı yabancıları yargılamaya gerek olmadan gözaltında tutma hakkını veren yasa, devre dışı bırakılmıştır. Böylece 2005 Terörle Mücadele Yasası çıkarılmıştır. İngiltere'de yapılan bombalı saldırıların akabinde ise yeni yasa taslağı hazırlanmıştır. Tasarıda en çok dikkat çeken öneriler; terör eylemlerinin yayın veya konuşma yoluyla övülmesinin suç haline getirilmesi ve terör zanlılarının mahkemeye çıkarılmadan gözaltında tutulma süresinin 14 günden 90 güne çıkarılmasını öngören önerilerdir. 90 günlük gözaltı talebi, Avam Kamarası tarafından 8 Kasım 2005'te reddedilmiştir. Son olarak 2006'da yeni yasa, tasarıda yapılan değişikliklerle “Terrorism Act” adı altında yürürlüğe girmiştir. Yeni yasa; suç, muhtelif hükümler ve ek hükümler olmak üzere 3 başlık altında yazılmıştır.³⁷ Özellikle tartışılan bölümlerden biri “Terörizmin Cesaretlendirilmesi” başlıklı bölümdür. Bu bölüm, ifade özgürlüğü açısından eleştirilmektedir. Ayrıca İngiltere'de hala devam eden ve yasanın yabancılar açısından sertleştirilmesini konu alan ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Nitekim 10 Temmuz 2007 tarihli bir habere göre İngiltere, terörle mücadelesini engellediği gerekçesiyle AB İnsan Hakları Konvansiyonu'ndan (ECHR) çıkmayı tartışmaktadır.

Fransa

Fransa'da devletin oluşumunda iki unsur hep ön planda tutulmuştur. Bunlar insan hakları ve devletin bekasıdır. Charles de Gaulle'e göre de ulusal savunma devletin varlık sebebidir. Fransa, devrimci örgütler ve özellikle Korsika Ulusal Kurtuluş Cephesi ile 1980'leri geçirmiş, bunlar dışında birebir Fransa'yı hedef alan terörist eylemler mevcut olmasa da, uluslararası terör örgütlerinin rahatça hareket edebildikleri bir ülke olarak sürekli tehlike altında olmuştur. Nitekim 1986 yılına kadar bir terörle mücadele yasasına sahip de değildir. Bundan sonra ise hukuki çalışmalar başlamış ve terörle mücadele mekanizması olarak üçlü bir hiyerarşik sistemden oluşan bölümler oluşturulmuştur. Bunlar İç Güvenlik Konseyi (Conseil de Sécurité), Bakanlıklararası

³⁶ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2001>

³⁷ <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga>

Terörle Mücadele İrtibat Komitesi (Le Comité Interministériel de Liaison Antiterroriste) ve İçişleri Bakanlığıdır.³⁸ Fransa'da ilk Terörle Mücadele Yasası, 1986 yılında yürürlüğe girmiştir. Terörizm kavramı da 1985 ve 1986'da meydana gelen saldırılar sonrasında 9 Eylül 1986 tarihli Ceza Usul Yasası'na girmiştir. Ardından 1994, 95, 96'da değişiklikler yapılmıştır. 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanununun IV. Kitabının "Terörizm" başlığını taşıyan II. Bâbında da terör eylemleri sayılmış, 421-1 ilâ 421-4 maddelerinde hangi eylemlerin terör eylemi sayılacağı belirtilmiştir.³⁹

11 Eylül saldırılarından sonra ise terörizmle mücadeleyi sertleştiren Fransa, 15 Kasım 2001 tarihinde İç Güvenlik Yasası'nı kabul etmiştir. Bu yasanın 5. bölümü terörizmle mücadeleye ilişkin unsurları içermektedir. Bu yasa, bir yandan terör suçlarının alanını düzenlemekte, diğer yandan terörizmle mücadelede yasal çerçeveyi esnekletmektedir.⁴⁰ Bundan sonra 22.11.2005 tarihinde Sarkozy döneminde yürürlüğe giren Terörle Mücadele Kanunu ise, eski yasadaki bazı hükümleri sertleştirmesi ve toplu taşıma araçları ya da garların yanı sıra ticaret veya ibadet yerlerine de gözetleme amacıyla video kameraları yerleştirilebilmesinin önünü açması sebebiyle eleştirilmiştir. Sarkozy döneminin genel olarak yasaların sertleştirilmesi eğilimine karşın Fransa, AB muktesabatına uygun yasal düzenlemeler içeren ve bu anlamda özellikle ABD'nin terörle mücadele yöntemlerini benimsemeyen ülkelerin başında gelmektedir. Ancak burada bile dengenin zaman zaman bozulduğunu ve dünyadaki genel eğilime ayak uydurulduğunu gözardı etmemek gerekecektir.

Yunanistan

2001 yılında Yunanistan Millet Meclisi suç örgütlerinin terörist eylemlerine karşı vatandaşların korunması amacı ile 2928/2001 sayılı yasayı kabul etmiştir. Genel olarak kanunun getirdiği düzenlemeler şunlardır: Amacı adam öldürme eylemlerinin yanısıra başka türden terörist eylemler gerçekleştirmek olan bir terörist gruba üye olan ya da sadece bağlı olan kişiler için 10 yıla kadar ağır hapis cezası; ayrıca patlayıcı maddeler imal ve tedarik eden ya da bulunduran kişiler için de 20 yıla kadar ağır hapis cezası öngörülmüştür. Belirtilen suçları işledikleri konusunda tartışmasız deliller bulunan kişilerin, eylemin failini ortaya çıkarmak amacıyla DNA tahlilinin yapılması, belli teminatlarla sorgu safhasının derinleştirilmesi, ulaşım araçlarının kontrol edilmesi, faaliyetlerinin ya da diğer olayların hesaba katılması, kişisel nitelik taşıyan bilgilerinin kıyaslanması, terörist eylemler sayesinde spekülasyon yapan tüzel kişilerin yanısıra

³⁸ YAMAÇ, Fatih, *11 Eylül Sonrası Fransız Terörle Mücadele Politikası*, Terörizm, Ankara, 2006, s.92

³⁹ <http://www.assemblee-nationale.fr/ Documents parlementaires>

⁴⁰ <http://www.legifrance.gouv.fr/>

kurum ve işletmeler hakkında da dava açılması, bunlara idari bir ceza uygulanması mümkün olacaktır. Aynı kanuna göre terörist eylemlerin meydana gelişine tanıklık eden kişilerin korunması da öngörülmüştür.⁴¹

Türkiye

Türkiye’de, değişiklikten önceki Terörle Mücadele Kanunu, 12 Nisan 1991 tarihinde kabul edilmiş ve kanunun çeşitli maddeleri, 10 ayrı zamanda yeni kanunlarla değişikliğe uğramıştır. Ardından 18.07.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak 26232 karar sayılı ve 5532 no’lu Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Yeni kanunda eski kanundaki terör tanımı korunurken; örgüt tanımı ise yasadan çıkarılmıştır. Ayrıca yeni kanunla, terör amacıyla işlenen suçların kapsamı genişletilmiş ve son durumda bu suçlar şöyle sıralanmıştır: Göçmen kaçakçılığı, insan ticareti, kasten öldürme, başkasını intihara teşvik, kasten yaralama, eziyet, bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına bir saldırı gerçekleştireceği şeklinde tehdit etme, şantaj, cebir, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma, eğitim ve öğretimin engellenmesi, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinin, siyasi hakların, inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasının engellenmesi, konut dokunulmazlığının, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, sendikal hakların engellenmesi, nitelikli hırsızlık, yağma, nitelikli yağma, mala zarar verme, genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması, radyasyon yayma, atom enerjisiyle patlamaya neden olma, tehlikeli maddelerin izinsiz bulundurulması veya el değiştirmesi, içilecek sulara, her çeşit besine zehir katarak veya başka şekillerde bozarak kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürme, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, para ve kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet ve malzemenin izinsiz üretimi, mühürde sahtecilik, resmi belgede sahtecilik, halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit, suç işlemeye tahrik, suç veya suçluyu övme, ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması, kıt’a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgedeki sabit platformların işgali, bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, görevi yaptırmamakta direnme, kaçmaya imkân sağlama, devletin egemenlik alametlerini aşığılama, suç için anlaşma, askeri komutanlıkların gaspı, halkı askerlikten soğutma ve askerleri itaatsizliğe teşvik ve Cumhurbaşkanı’na suikast dışındaki fiili saldırılar. Ancak terör amacıyla işlendiği takdirde terör suçu olarak kabul edileceği ifade edilen bu

⁴¹ SERGAKİS, Emmanouil, Yunanistanda Terörizme Karşı Mücadele ve İnsan Hakları, İnsan Hakları ve Güvenlik Toplantısı, İstanbul, 2001

suç türleri 765 sayılı yasanın 145, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 169, 384 ve 499 maddeleri ile sınırlı tutulmuştu. 145.madde, “*Türk bayrağına hakaret*” fiilini; 150 ila 157 maddeler, “*devletin resmi kuvvetlerine karşı*” şiddet eylemlerini; 384.madde, “*ulaşım araçlarının engellenmesini*”; 499.madde ise “*yağma amacıyla adam kaldırma*” suçunu düzenlemekteydi. Ancak yeni kanun ile *resmi evrakta sahtecilikten, hırsızlığa, halkı askerlikten soğutmaktan, kamu görevlisine direnme* suçuna kadar elliye aşkın suç türünün eklenmiş olması da yine tartışılan değişiklikler arasında bulunmaktadır.

Tartışılan hükümlerden bir diğeri; kolluk kuvvetlerinin, terör örgütlerine yönelik operasyonlarda, “teslim ol” emrine itaat etmeyen veya silah kullanmaya teşebbüs edenlere karşı, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan silah kullanabileceklerini öngören hükümdür. Bu maddeyle, değişikliğin daha önceki Terörle Mücadele Yasası’nda yer alan ve 1999 yılında yaşam hakkına karşı bir tehdit oluşturduğu için Anayasa Mahkemesi tarafından iptal⁴² edilen maddenin yenilenmesi anlamına geldiği de söylenmektedir.

Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in Anayasa Mahkemesi’ne iptal isteminde bulunduğu hükümler ise 5. ve 6. maddelerdir. 5. madde basın özgürlüğü ile ilgili; 6. madde ise terör örgütünün propagandasının basın yayın yoluyla yapılması durumunda suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da adli para cezası uygulanmasıyla ilgili maddelerdir. Nitekim TMK’nın en çok eleştirilen hükümleri basın özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile ilgili hükümleridir. Bu genel değerlendirmeden sonra insan hakları ihlalleri bölümünde TMK’ya geri dönülecek ve ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. ULUSLARARASI DÜZEYDE YÖNTEMLER:

Terörizmi önlemeye yönelik çalışmalar 20. yüzyılın ilk yarısında başlamıştır. Terörizmin, barışı ihlal eden hareketlerden sayıldığı ilk uluslararası çalışma, 1935 tarihli Kopenhag Ceza Hukukunu Birleştirme Konferansı’dır. Ardından, gelişen saldırı yöntemlerine ayak uydurularak; 14 Eylül 1963 tarihinde ‘Uçaklarda İşlenen Suçlar Hakkındaki Tokyo Sözleşmesi’; 13 Aralık 1979 tarihinde de ‘Rehine Tutmaya Karşı

⁴² 1996/68 E; 1999/1K sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

Sözleşme' hazırlanmıştır. Ne var ki bunlar ve benzeri sözleşmelerin hiçbiri tam bir consensus oluşturamamıştır.

11 Eylül saldırıları, küresel bir diğer güç olma yolunda ilerleyen Avrupa Birliği'nin de terörizme bakış açısını etkilemiştir. 11 Eylül öncesi, terörizmi ve terörle mücadeleyi diğer ciddi suçlarla beraber Europol'un çalışmaları içerisinde değerlendiren ve hem Avrupa Birliği'nin kurumsal boyutunda, hem de üye ülkelerin çoğunda etkin anti-terörizm düzenlemeleri yapmamış olan AB, bu olaydan hemen sonra terörizme karşı vizyon ve strateji arayışlarına girmiş ve küresel terörizmle mücadele açısından yeni politikalar geliştirmeye yönelik adımlar atmıştır. AB'nin saldırılara ilk cevabı ABD'ye tam siyasi desteği olmuştur. 11 Eylül saldırılarının hemen ardından 12 Eylül'de bir deklarasyon ile düşüncelerini açıklayan AB, terörist saldırıları kınayarak ABD hükümeti ve halkı ile dayanışma içinde olduklarını ifade etmiştir. Zira 21 Eylül 2001 tarihinde olağanüstü toplanan devlet ve hükümet başkanları zirvesinde AB Avrupa Konseyi, 'Terörizm, Dünya ve Avrupa'ya karşı gerçek bir tehdittir ve terörizmle mücadele AB'nin öncelikli hedeflerinden birisi olacaktır' ifadesini kullanmıştır. Gerçekten de takip eden günlerde Adalet ve İçişleri Bakanları Konseyi, polis ve adli işbirliğinin geliştirilmesinden, terörizmin finansal gücünün önlenmesine kadar anti-terörizm ile ilgili olarak bir çok yeni düzenlemeyi gündeme getirmiştir. 11 Eylül saldırıları ile sarsılan dünyada, 21 Eylül 2001 tarihindeki yukarıda değinmiş olduğum zirvede, AB'nin genel politikası belirlenmiş ve terörizmle mücadelede bir 'eylem planı' kabul edilmiştir. Zirvede belirlenen eylem planı AB'nin terörizmle mücadeledeki genel çerçevesini belirleyecek beş başlıktan oluşmaktadır. Birinci başlık; üye devletler arasında polis ve adli birimler arasındaki işbirliğini geliştirmektir. İkinci başlık; terörizmle mücadeleye ilişkin uluslararası sözleşmelerin üye devletlerde en kısa sürede yürürlüğe sokularak işletilmesidir. Üçüncü başlık; terörizmin mali kaynaklarının sona erdirilmesidir. Dördüncüsü; hava yolu ve taşımacılığı güvenliğinin güçlendirilmesidir. Sonuncusu ise, AB'nin global politikasının koordine edilmesidir.

Son olarak Avrupa Konseyi, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ve Birleşmiş Milletler'in üst düzey temsilcileri, "üç artı" formatındaki yıllık toplantılarını gerçekleştirmek üzere 14 Şubat 2007 tarihinde Viyana'da bir araya gelmişlerdir. Toplantıda BM Genel Kurulu tarafından 8 Eylül 2006 tarihinde kabul edilen BM Küresel Terörizmle Mücadele Strateji belgesinin uygulanmasına ilişkin bir dizi konu ele alınmıştır. Katılımcılar, terörizmin engellenmesi ve terörizmle mücadele konularının halen kuruluşlarının temel öncelikleri arasında olduğunu teyit etmiş ve terörizm için hiçbir mazeret gösterilemeyeceğini yinelemişlerdir. Katılımcılar, aynı zamanda, terörle

mücadele edilirken herkes için insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün korunması ve savunulmasının çok önemli olduğunun da altını çizmişlerdir.

Birleşmiş Milletler de terörle mücadele edilmesi amacı ile sözleşmeler hazırlamıştır. Özellikle 11 Eylül 2001 tarihinden sonra, Birleşmiş Milletler, 12 Eylül 2001 tarihli 1368 numaralı kararını teyit eder nitelikte yeni bir karar vermiştir. Bu karar ile, bütün devletlerden; terör gruplarının sahip bulunduğu kitle imha silahlarının doğurduğu tehditin ortadan kaldırılması, terör eylemlerini ortadan kaldırmak amacıyla işbirliğine gitmeleri ve terörün finansmanının önlenmesi konusundaki uluslararası sözleşmenin onaylanması talep edilmiştir. Tüm bunlar göstermektedir ki; terörizm, artık tek tek devletlerin sorunu olmaktan çıkmış; tanımında uzlaşılmasa bile, ortak ve birlikte mücadele edilmesi gereken bir tehlike olarak anlaşılmaya başlanmıştır.

B. TERÖRİZMLE KESİŞEN İNSAN HAKLARI SORUNLARI

Edgar Morin, Le Monde gazetesinin 22 Kasım 2001 tarihli baskısında şöyle yazmaktadır: “Geçtiğimiz on yıl içerisinde, tam olgunlaşmamış da olsa, bir dünya toplumu ortaya çıktı. Bu toplumun kendine özgü bir iletişim dokusu var. (...) Fiilen küreselleşmiş, kendine özgü bir ekonomisi var ama burada örgütlü bir toplumun denetimi eksik; kendine özgü bir de suç alemi var. Bundan böyle bir de terörizmi var.”

İnsan haklarına saygının hukukun temelindeki ilkelerden biri olduğu düşünülecek olursa insan haklarının özüne aykırı düzenlemelerin hukuku temsil ettiği söylenemez. Böyle bir durumda ancak polis devletinden ve hukuku temsil etmeyen normların arkasına saklanmış otorite baskısından söz edilebilir. “Böyle devletler tarafından terörizm eylemlerine karşı alınan ve bastırıcı terörizme dönüşen tedbirlerin başvurduğu normal dışı şiddeti yasalılaştırmak ve hatta anayasalaştırmak, ne bu tür şiddete başvuran terörizmi terörizm olmaktan; ne de bu fiillerle işlenen insan hakları ihlallerini ihlal olmaktan çıkarır.”⁴³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesine göre üye devletler; sözleşmede belirtilen haklarda sapmaya (dérogation) ilişkin kanuni düzenlemeleri uygun gördükleri şekilde tanımlama yetkisine sahiptirler. Bununla birlikte mahkeme, böyle bir kanunun,

⁴³ AKILLIOĞLU, Tekin, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara, 1995, s.72

demokrasiyi savunmak bahanesiyle demokrasiyi baltalama, hatta ortadan kaldırma tehlikesini kendi içinde taşıdığını da teslim etmektedir. Bu maddeye göre terörizm, bazı sapmaları meşru kılmaktadır. Üç kıstasa uymaları kaydı ile bunların özünü ve kapsamını belirlemek hükümetlerin tasarruflarına bırakılmıştır. Bu üç kıstas şunlardır:

- kanun tarafından öngörülmüş olmak
- meşru bir hedef gütmek
- münhasıran durumun gerektirdiği sınırlar içinde kalmak

Bunların dışında durum ve koşullar, aciliyetin süresi, bundan etkilenen hakların niteliği, AİHM'nin bunların sözleşmeye uygun olup olmadıklarını değerlendirmek için temel aldığı ek kıstaslardır. Burada yalnızca, yasal düzenlemelerin barındırdıkları yahut uygulanmaları sırasında ortaya çıkan insan hakları ihlallerine değinilecektir.

I. Terörizmle Mücadele ve Yaşam Hakkı

Yaşam hakkı, diğer tüm hak ve özgürlüklerin önkoşuludur. Bu bölümde konunun dışına çıkmamak adına bu hakkın, terörist faaliyetlerce doğrudan ihlal edilmesi bir kenara bırakılıp; devletin güvenlik güçlerinin terörle mücadele sırasında bu hakka müdahale etmeleri üzerinde durulacaktır. AİHS'nin yaşam hakkı ile ilgili maddesi şöyledir:

Madde 2- Yaşam hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı, yasa tarafından korunacaktır. Hiç kimse, yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan ötürü hakkında bir mahkeme tarafından verilen mahkumiyet hükmünün ardından bu yaptırımın infaz edilmesi dışında, yaşamından kasıtlı olarak yoksun bırakılmayacaktır.

2. Yaşamdan yoksun bırakma, kesin biçimde gerekli olanın ötesine geçmeyen kuvvet kullanımı sonucunda ortaya çıktığında, bu maddeye aykırı biçimde uygulanmış sayılmayacaktır:

(a) herhangi bir kimsenin hukuka aykırı şiddete karşı savunulması;

(b) hukuka uygun bir yakalama/gözaltına alma ya da hukuka uygun olarak gözaltında tutulan bir kimsenin kaçmasını önleme;

(c) bir ayaklanma ya da isyanı bastırma amacıyla hukuka uygun olarak yapılan tasarruf.

Bu madde gereğince devletin, iki tür yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, devletin yetki alanında bulunan kişileri muhtemel terör saldırılarına karşı korumak hususundaki pozitif yükümlülüğüdür. Ancak devletin yaşam hakkını koruma

yükümlülüğü, makul sınırlar içinde düşünülmesi ve her türlü muhtemel şiddeti önleme şeklinde anlaşılmalıdır.⁴⁴

Bir diğer yükümlülük ise terörle mücadele yöntemleri kapsamında, bir yandan vatandaşların bir yandan da teröristlerin yaşam hakkını ihlal etmeme konusundaki negatif yükümlülüğüdür. Bu, devletin gerek kasten gerekse taksirle öldürme fiillerinden kaçınması zorunluluğu demektir. AİHM'nin, yaşam hakkı ihlaline hükmettiği ilk karar McCann-Birleşik Krallık kararıdır. Üç IRA mensubu kişinin üzerlerinde bomba olduğu şüphesi nedeniyle vurularak öldürülmeleri ve sonrasında üzerlerinde bomba bulunmadığının anlaşılması olayı üzerine mahkemenin verdiği karar, yaşam hakkı konusunda da ana ilkeleri belirlemiştir. Bundan sonra, mahkemenin ihlal tespit ettiği kararlarının büyük bir çoğunluğu, Güneydoğu Anadolu'dan Türkiye aleyhine yapılan başvurular üzerinedir. Bu kararlar büyük çoğunlukla gözaltında kayıp ve ölümlere ve operasyon sırasında meydana gelen ölümlere ilişkindir. Mahkeme bu davalarda özellikle iki ilke üzerinde durmaktadır: **Gereklilik ve orantılılık**.

Gereklilik unsuru, "mutlak surette zorunluluk" olarak değerlendirilmektedir. Yani yaşam hakkını tehlikeye düşürecek eylemden başka alternatif kalmamış bulunmalı veyahut üstün bir yarar sözkonusu olmalıdır. Nitekim bombalı bir saldırının yapılacağı istihbaratını almış bulunan güvenlik güçlerinin, her an patlayabilir bir canlı bomba eylemiyle karşı karşıya kalmış olduğu bir durumda çevredeki insanların da yaşam hakkı mevcut bulunduğundan eylemciyi vurmaları böyledir. Orantılılık kavramı ise amaçla araç arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Yaşam hakkına saygı yükümü, ayrıca ölüm vakalarının etkin biçimde soruşturulması ve gözaltına alınan bir kişinin gözaltından yaralı çıkması durumuna devletçe açıklık getirilmesi zorunluluğu olarak da karşımıza çıkmaktadır. Kaya Türkiye'ye karşı kararında da mahkemenin bunlar üzerinde durduğu görülmektedir. Bu davada, güvenlik güçlerince öldürüldüğü iddia edilen müteveffanın ölümünden sonraki soruşturmanın eksik yapıldığı hususunda tespit yapmış olan mahkeme, özellikle şunu belirtmektedir ki; yaşam hakkının ihlal edildiği durumlarda koşullar ve maddi imkansızlıklar ne olursa olsun; devletin "etkin soruşturma" yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴⁵

⁴⁴ KARAKAŞ , Işıl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'den Kaya ve Ötesine, s. 70

⁴⁵ KARAKAŞ , Işıl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'den Kaya ve Ötesine, s. 70

Yaşam hakkı, ayrıca Anayasamızın 17. maddesinde düzenlenmiştir. “Herkes yaşama ... hakkına sahiptir.” 17. maddenin son fıkrası ile de, bu hakkın hangi durumlarda sınırlandırılabilceği belirlenmiştir:

- meşru müdafaa hali,
- yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi,
- bir ayaklanma veya isyanın bastırılması,
- sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması.

Ancak bu durumlarda ve yasa ile izin verilmiş olması koşuluyla, yaşam hakkı sınırlandırılabilir. Anayasa, olağan dönemlerde yaşam hakkının kısıtlanmasını istisnai olarak belirli durumlarla sınırlandırmış, olağanüstü dönemlerde yetkili merciin emrini genişletmekle birlikte her iki durumdaki sınırlamalar için de “zorunlu olma” koşulunu getirmiştir.

Türkiye’de 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası’na eklenen Ek 2. maddede, “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda ‘teslim ol’ emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler” denilmekte idi. Düzenlemeyle, “yaşam hakkı” demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılmış, kolluk kuvvetlerine ölçsüz ve bir zorunluluk olmadan “öldürme yetkisi” verilerek “yaşam hakkı”nın “özü”ne dokunulmuştu. Nitekim bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi, bu hükmü iptal etmiş ve gerekçesinde şunları belirtmiştir:

“Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı “ateşli silâh” kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle kural, Anayasa’nın 17. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”⁴⁶

Yeni 26232 karar sayılı ve 5532 no’lu Terörle Mücadele Yasası 18.07.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girerken iptal edilen bu hükmün değiştirilmiş halini içerecek yürürlüğe girmiştir. Yeni hükme farklı olarak “tehlikeyi etkisiz kılacak

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin bu madde ile ilgili olarak verdiği 6/1/1999 tarihli ve E. 1996/68, K. 1999/1 sayılı kararı

ölçü ve orantıda” ifadeleri eklenmiştir. Bu hüküm uygulamada sakıncalı sonuçlar doğurabilecekse de; bu ifadelerle Anayasa’ya ve AİHS’ye uygun hale getirilmiştir. Ancak hüküm, hala tartışılmaktadır.

İngiltere’de yaşam hakkı tartışmalarını alevlendiren olay ise 27 yaşındaki Brezilyalı elektrik teknisyeni Jean Charles de Menezes’in terörist zannedilerek vurularak öldürülmesi olayıdır. Bu olay üzerine Londra Emniyet Müdürü Ian Blair’in konuya ilişkin “terörle mücadele sırasında çok daha fazla masum insan ölebilir” ifadelerini kullanması, yetkinin eleştirilere rağmen geri alınmayacağına işaretini olarak yorumlanmaktadır.⁴⁷

Devletin güvenlik güçlerinin ölümcül güç kullanımı konusunda geçerli ilkeler bakımından AİHM ile Amerikalı İnsan Hakları Komisyonu ve mahkemesinin yaklaşımları da benzerlikler göstermektedir.⁴⁸ Bu haktan ‘keyfi’ olarak mahrum bırakma yasağı, mutlak niteliğini her ikisinde de korumaktadır. Velasquez Rodriguez davasında da bir kişinin Honduras’ta gözaltında kaybolması olayı konusunda karar veren mahkemeye göre: “Devletler Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan haklara sadece saygı göstermekle değil; aynı zamanda bunları etkin biçimde güvence altına almakla yükümlüdürler”⁴⁹ Güvenlik güçlerinin yetki aşımı söz konusu olsa bile devletin bunları engelleme; engelleyemediği takdirde etkin biçimde soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğü her zaman bulunmaktadır.

Irak ve Afganistan müdahaleleri; Ebu Garib cezaevinde yaşananlar ise terörizmle mücadele ve insan hakları ikilemi çerçevesinde değil; uluslararası insancıl hukuk ve savaş hukuku kuralları çerçevesinde tartışılması gereken hususlardır. Ne var ki Guantanamo’daki uygulamaları burada tartışmak gerekecektir. Nitekim buradaki tutuklular, “düşman terörist” olarak adlandırılmakta ve ABD’nin terörle mücadele yöntemleri kapsamında kalmaktadır. Buradaki uygulamalara işkence yasağı bölümünde ayrıntılı olarak değinilecektir.

Terörizmle mücadelede ölüm cezasının uygulanması; yaşam hakkı ihlali hususundaki bir diğer sorundur. Günümüzde bu sorun, 13. Protokol sonrası Avrupa Konseyi üyelerinin gündeminden tamamen çıkmış görünmektedir. Amerikan İnsan Hakları

⁴⁷ CNN TURK, 25.07.2005 tarihli haber

⁴⁸ ÖKTEM, Emre,a.g.e., s.281

⁴⁹ ÖKTEM, Emre,a.g.e., s.282

Sözleşmesi'ne göre ise "keyfiyetin" yasaklanmış olması ve öngördüğü sınırlamalar neticesinde de oldukça zorlaşmış bulunmaktadır.

Kanımcı yaşam hakkına ilişkin ihlaller daha çok uygulamada mevcut olup; bu hususta devletlerin yukarıda değindiğim önleme, soruşturma, cezalandırma yükümlülüklerini yerine getirmemeleri asıl sorumluluğu doğurmaktadır. Ayrıca terörle mücadele konusunda, günümüzde Avrupa ülkelerinde başlamış olan ırk ve din ayrımcılığı sorunu tartışmalara konu olmayı sürdürmektedir. Çünkü neticede, insan haklarına saygı söylemleri terör tehlikesi uzaklaştıkça artmakta; yakınlaştıkça azalmaktadır ve ihlallere yönelik tepkilerde açık bir ayrımcılık yaşanmaktadır. İngiltere'de öldürülen Brezilyalı gencin uluslararası kamuoyunu Türkiye'de yürürlüğe giren Terörle Mücadele Yasası kadar meşkul etmemiş olması bir paradoks olarak karşımızda durmaktadır.

II. Terörizmle Mücadele ve İşkence Yasağı

İşkence yasağı mutlak nitelikte bir yasak olup; olağanüstü hallerde dahi ayırık hüküm getirilemeyecek haklara dahildir. İşkencenin önlenmesi için gerek BM, gerekse Avrupa Konseyi, sözleşmelerle denetim mekanizmaları kurmuşlardır. Ayrıca uluslararası hukukta "işkence görmeme hakkı" net ve kesin bir biçimde belirtilmiştir. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi, Uluslararası Sivil ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezalara Karşı Sözleşme, işkenceyi açık bir biçimde yasaklamıştır. Bölgesel sözleşmelerde de aynı şekilde "işkence görmeme hakkı" tanınmıştır. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika İnsan Hakları ve Hakların Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmeleri'nin hepsinde, işkencenin yasak olduğu açıkça belirtilmiştir.⁵⁰ AİHS'nin 3. maddesi de takdir marjına yer bırakmayacak biçimde yasağı ortaya koymuştur. Bu yasak, işkenceye izin veren her türlü yasama, idare ya da yargı işlemini uluslararası düzeyde meşruiyetten mahrum bırakmaya yaramaktadır.⁵¹ Çünkü bu yasak, işkenceyi yasaklayan metinlerin altında imzası bulunmayan ülkeleri dahi "jus cogens" niteliği gereği bağlamaktadır.

Terörle mücadele yöntemleri çerçevesinde devletin, tıpkı yaşam hakkında olduğu gibi işkenceyi de "önleme" ve "soruşturma" yükümlülüğü mevcuttur. Bu yükümlülüğün fiilen

⁵⁰ ŞENOĞLU, Fuat, İşkence Yasağı Ve Türk Mevzuatı, <http://www.turkhukuk sitesi.com>

⁵¹ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.289

birçok ülkede yerine getirilmediği (özellikle sorgu esnasında yaşanan olaylara ilişkin olan ve mahkemede 'ihlal' olarak nitelendirilen birçok davada görüldüğü üzere) açıktır. Ulusal ve uluslararası insan hakları kuruluşlarının raporları da bu iddiayı destekleyecek binlerce örnekle doludur. Örneğin, Uluslararası Af Örgütü'nün 2000 yılındaki raporuna⁵² göre 150'den fazla ülkede işkence ile ilgili şikayetler vardır. Bunların 70'inde işkence sistematik ve yaygın olarak uygulanmaktadır. 80'den fazla ülkede işkence sonucu ölüm olayları meydana gelmiştir. İşkencenin, hem ulusal kanunlarda hem de ulusüstü hukukta kesin ve ısrarlı bir dille yasaklanmasına karşın, uygulamayla arasındaki paradoks, kişileri işkence ve kötü muameleden korumak için, devletlerin etkin önlemler almadığının veya alınan önlemlerin etkin bir şekilde uygulamaya konmadığının işaretidir. Ancak daha mühim sorun şudur ki: devletler bu yasağı yumuşatma konusunda gerek fiilen; gerek hukuken girişimlerde bulunmaktadırlar. İşkence neticesinde alınan ifadelerin mahkemede delil olarak kullanılmasının İngiltere'de halen tartışılıyor olması bunun örneklerindedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesine göre, "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz." İşkenceyi suç olarak düzenleyen madde ise 765 sayılı TCK'nın 243. maddesi iken 5237 sayılı TCK'nın 94 ve 95. maddeleridir. Buna rağmen yukarıda değindiğim fiiliyattaki durum şunu göstermektedir ki yargı bu konudaki kararlarında cezaları düşük tutma eğilimindedir. Örneğin, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi bünyesindeki İşkenceyi İzleme Çalışma Grubunun 1998, 1999 ve 2000 yıllarındaki İstanbul'daki işkence davaları için yaptığı araştırmaya göre, sonuçlanan davalardan %90'ı beraat ile sonuçlanmıştır. Yargılanan polislerden %94'ü beraat ederken %6'sı hakkında mahkumiyet kararı verilmiştir. İşte bu kararlar, Türkiye'yi AIHM önünde işkence yasağı ihlalden en çok mahkum olan ülkelerden biri durumuna getirmiştir. Nitekim mahkeme, bu konudaki ilk kararlardan biri olan Aksoy Türkiye'ye karşı davasında mağdura Filistin askısı uygulanmasının ancak kasıtlı biçimde gerçekleşmiş olabileceği, mağdurdan itiraf ya da haber edinme amacı güttüğü ve acının ötesinde iki kolun geçici olarak felç olmasına yol açtığı olgularını göz önünde tutarak, işkencenin yapıldığına hükmetmiştir.⁵³

⁵² Amnesty International, Take A Step To Stamp Out Torture, London, 2000

⁵³ <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR>

İngiltere'ye geldiğimizde ise; karşımıza öncelikle İrlanda sürecinde yürürlüğe giren yasalar çıkmaktadır. Örneğin 1974 yılında uygulamaya konulan yasanın "Interment" bölümü gereğince tutukluların, mahkemeye çıkarılmadan önce 45 gün boyunca gözaltında tutulabilmelerinin yolu açılırken; 1979 yılında tutuklanan IRA'lıların %56'sı ifadelerinden başka bir delil olmaksızın mahkum edilmiş ve bu ifadelerin alınış koşulları hep tartışılmıştır.⁵⁴ Mahkemenin bu konudaki en önemli kararlarından biri İrlanda Birleşik Krallığa karşı kararıdır. Olayda İrlanda, İngiliz resmi ve gayriresmi sorgu merkezlerinde gerçekleşen 228 kötü muameleyi dava konusu etmiştir. Buna benzer bir başka karar olan Tomasi Fransa'ya karşı davasında işkence konusundaki içtihatını oldukça sertleştiren mahkeme şöyle demektedir: "...soruşturmanın gereklilikleri ve özellikle terörizm konusunda suçla mücadelede karşılaşılan güçlüklerin inkar edilemez oluşu; kişinin fiziksel bütünlüğünün sağlanması gereken korumayı sınırlama sonucu doğuramaz."⁵⁵

ABD'ye geldiğimizde ise işkence sorununun, sınırları dışında mevcut bulunan bir sorun olduğunu görmekteyiz. Hem ulusal hem de uluslararası hukukta yasaklanan terör zanlılarının başka bir ülkeye teslimi (rendition) gibi taktiklerle tutuklulara işkence yapılması özellikle ABD tarafından uzun süredir kabul görmektedir. Bush yönetimi, İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi'nin sadece ABD sınırları dahilindeki eylemler için geçerli olduğunu; dolayısıyla, Küba, Guantanamo ve diğer üslerin hukuka uygun olduğunu 11 Eylül'den bu yana belirtmektedir. Yönetim, Guantanamo'da tutuklu bulundurduğu kişilerin terörist olduğunu ve bunun için de bu kişileri Cenevre Sözleşmesi kapsamında çıkardığını da duyurmuş, hükümet bu nedenle Guantanamo'daki terör zanlılarını federal mahkemelerin sunduğu bazı haklardan mahrum bırakarak özel askeri mahkemelerde ve yeni oluşturulan komisyonlarda hızlı bir biçimde yargılama yoluna gitmek istemiştir. 11 Eylül sonrasında daraltılan ABD'nin işkence tanımında "ölüm, herhangi bir organ iflası veya vücut fonksiyonlarını yerine getirmede kalıcı izlere neden olacak acı" yegane unsurlar olarak göze çarpmaktadır. Asıl niyetin acı çektirmek olduğu durumlar hariç fiziksel ya da zihinsel acının işkence kapsamında olmadığı da dile getirilmiştir. Bununla birlikte, yoğun eleştiriler, Adalet Bakanlığı'nın 2005 yılı başında söz konusu politikasında değişikliğe gitmesini ve işkence tanımının genişletilmesini sağlamıştır.⁵⁶

⁵⁴ ÖZÇAĞATAY, Levent, Kuzey İrlanda ve IRA, İstanbul, 1998, s.128

⁵⁵ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.295

⁵⁶ <http://www.voanews.com/turkish/archive/2006-07>

Görüldüğü üzere “işkence yasağı”, yaşam hakkında olduğu gibi (ölüm cezaları dışında) çoğunlukla fiilen ihlal edilen bir hak değil; günümüzde giderek, daha çok hukuken ihlal edilen bir hak olma yolundadır. Jus cogens niteliğine rağmen, terörizmle mücadele kapsamında birçok ülkede ihlal edilmektedir. Bu, Türkiye’de olduğu gibi soruşturma eksikliği veya yargı kararlarıyla cezalandırmadaki yetersizlik şeklinde olabileceği gibi; ABD’deki gibi terör suçu şüphelilerini mevcut haklar dışında tutmak şeklinde de yapılabilmektedir. Ne var ki; yukarıda değinildiği üzere, hukuki zorlama yolları, Türkiye üzerinde işlediği kadar ABD üzerinde işlememekte ve Guantanamo hala çözülmemiş bir işkencehane olarak karşımızda durmaktadır.

III. Terörizmle Mücadele Ve İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü, AİHS’in 10. maddesinde yer almakta ve mahkemeye göre, demokratik bir toplumun olmazsa olmaz unsurlarından birini oluşturmaktadır. Bu anlamda en önemli karar sayılan Handyside kararında mahkeme şunları söylemektedir: “ Sadece olumlu karşılanan ya da zararsız veya tarafsız sayılan bilgi ve düşünceler değil; toplumun bir kesimini sarsan, şoke eden ve endişelendiren bilgi ve düşünceler de serbestçe açıklanabilmelidir.”⁵⁷ Bu hak yukarıda değindiğim yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi mutlak olmamakla beraber; sınırlandırılabilen koşullar açık bir şekilde belirtilmiştir. Mahkeme, bu hakla ilgili ihlal vakalarını incelerken; müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması, maddede sayılan meşru amaçlardan birine yönelik olması ve zorunlu olması koşullarını aramaktadır. Zira sorun da burada başlamaktadır. Nitekim sınırlama sebeplerinin dar yorumlanması gereği çoğu zaman yerine getirilmemektedir. Çünkü özellikle ciddi terör saldırıları ile mücadele eden ülkelerde, hassasiyetleri dengede tutmak amacı, çoğu zaman devletleri geniş yorumla mecbur bırakmaktadır. Burada gözardı edilmemesi gereken iki durum sözkonusudur. Bunlardan biri her ne koşulda olursa olsun bu özgürlüğü kısıtlamanın kolaylaşmasının, her siyasi rejime ya da hükümete kendi görüşünün aksini susturma olanağı vermesi tehlikesidir. Ancak ikinci durum, terörizmin günümüzde kendini serbestçe ifade edebilen bir destekleyici kitlesine sahip olmasıyla meşrulaşması tehlikesidir. İşte devletler, bu iki tehlikeyi dengede tutma amacı gütmelidirler. Castells İspanya’ya karşı kararında, Baskların bağımsızlığını savunan bir partinin senatörünün, yayınladığı bir makalede, hükümet desteğiyle cinayet işleyen anti-terör gruplarının cezasız kalmasını eleştirmesi ve bunları faşist dernekler olarak nitelendirmesi sonucu cezalandırılması

⁵⁷ <http://cmiskp.echr.coe.int/handyside>

ihlal olarak değerlendirilmiştir. Burada öne çıkan; “hükümete yönelik kabul edilebilir eleştiri sınırları, sıradan bir insana ve hatta bir siyasetçiye göre daha geniştir” değerlendirmesidir.⁵⁸ Yani ifade özgürlüğü, “terör tehlikesi bulunan hallerde de” korunmalıdır. Ancak, ifade özgürlüğünü kullanılırken, “halkı cebir ve şiddet hareketlerinde bulunmaya yönlendiren kelimeler” sarf edilirse, bu tür konuşmalar suç olarak düzenlenebilir. Nitekim mahkemenin ele aldığı ana ölçüt budur. Cebir ve şiddet hareketlerine yönlendirme dışında, “silahlı direniş” (armed resistance) veya “ayaklanmaya” (uprising), “bir grubu diğer bir gruba karşı nefret duymaya” (hate speech) yönlendirme fiilleri de, suç olarak düzenlenebilir.⁵⁹

Görüldüğü gibi AİHM içtihatları bu konuda açıktır. Ancak terörle mücadele kapsamında Avrupa Konseyi’nin ve Avrupa Birliği’nin bakış açısı günümüzde oldukça değişmiştir. İfade özgürlüğü açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, “cebir ve şiddete çağrı” şeklindeki fikir açıklamalarını sınırlayan yaklaşımı karşısında, 2005 yılında hazırlanan Terörün Önlenmesi Hakkındaki Varşova Sözleşmesinde yer alan ve “kendisinde cebir ve şiddet ifadesi bulunmayan”, fakat, “işlenmiş bulunan bir terör suçunun haklı nedenlere dayandığını açıklayan ifadeleri” de suç haline getirme yükümü, Avrupa Konseyi’nin ve Avrupa Birliği’nin, “terörün önlenmesi alanında” bakış açısındaki değişikliğin bir kanıtıdır.

Ulusal mevzuatlara geldiğimizde de ifade özgürlüğünün en çok kısıtlandığı alanın terörle mücadele olduğunu görmekteyiz. Mesela İngiltere’de 1988’de Sinn Fein⁶⁰ temsilcilerinin, televizyon ve radyolarda seslerinin ve görüntülerinin yasaklanması sonucu BBC’nin 70’e yakın programı sansürlenmiş; gazeteciler uzun süreli hapis cezalarına çarptırılmıştır. Bugüne gelindiğinde ise 2006 tarihli Terörizm Yasası’nın (Terrorism Act) ilk bölümünde yer alan “Terörizmi Teşvik ve Cesaretlendirme”, “Terörist Yayınları Yayma” başlıklı bölümler ve internet yoluyla işlenen suçlarla ilgili hükümlerinde benzer uygulamalar bulunmaktadır.⁶¹ Özellikle ilk bölümdeki “dolaylı cesaretlendirme” ifadesi, kanımca yoruma oldukça açık bulunduğundan sınırları çizilmemiş bir takdir serbestisine neden olmakta ve bu nedenle ifade özgürlüğü ile çelişmektedir.

⁵⁸ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s. 370

⁵⁹ YENİSEY, Feridun, Uluslararası Terörün Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Hakkında, Varşova, 2005

⁶⁰ IRA’nın silahsız kanadını oluşturan ve 1905’te kurulan siyasi parti

⁶¹ http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_20060011_en.pdf

ABD'nin ise Anayasasındaki en önemli haklardan biri olan ifade özgürlüğü (Nitekim uzun süre ırkçı söylemler bile ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir) 11 Eylül saldırılarından sonra çıkan yasalar ve uygulamalarla sürekli ihlal edilir duruma gelmiştir. Nitekim Sınır Tanımayan Gazetecilerin 2006 tarihli raporuna göre ABD, ifade özgürlüğü listesinde 44. sıradan 63. sıraya gerilemiş, özellikle Başkan George Bush'un terörle mücadeleyi tartışmaya açan her gazeteciyi yine basın önünde şüpheli olarak addetmesi bu gerilemeyi haklı çıkarmıştır.⁶²

Türkiye'de de Terörle Mücadele Yasası'nın 7. maddesi silahlı örgüt kuranların, üyesi olanların ve örgüt lehine propaganda yapanların cezalandırılmasını sağlamaktadır. Yeni yasanın 6. maddesiyle 7. maddeye getirilen değişiklik mevcut ifadeyi Türk Ceza Kanunu'nun, 220/8 maddesindeki ifadeyi tekrarlayarak değiştirmekte ve "terörist örgütün veya amacının propagandasını yapan kişi" için bir ceza ve bunu yayınlanmış yazılar ya da medya yoluyla yapanlara ağırlaştırılmış cezalar öngörmektedir. Mevcut haliyle 6. maddedeki hüküm AİHM kıstaslarını yerine getirmemektedir ve doğrudan şiddete tahrik etme kastına gönderme yapmamaktadır ya da bu tür propagandanın böyle bir suçun işlenmesine yönelik açık ve yakın bir tehlike yarattığını gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemektedir. Fakat yukarıda değinilen Terörün Önlenmesi Hakkındaki Varşova Sözleşmesi ile uyumlu durumdadır.

TCK'nın 301. maddesinin ise ifade özgürlüğü açısından hukuki bir engel taşıyıp taşımadığı hala tartışılmaktadır. Bu hükmün, doğrudan teröre gönderme yapmaması ve eleştirilerin hükümden ziyade uygulama üzerine yoğunlaşması sebebiyle bu çalışmada ayrıntılarına girilmeyecektir.

Görüldüğü üzere terörle mücadele yöntemleri kapsamında AİHM'nin önüne en çok gelen ihlal iddiaları bu konudadır. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez unsuru olarak nitelendirilen ifade özgürlüğü, konu terör olduğunda ilk vazgeçilen unsur durumundadır. Ancak bu unsurun yorumlanış biçimleri farklılıklar göstermektedir. Burada tartışılması gereken konu terörizmle mücadele yöntemlerini ortaklaştırmak olmalıdır. Ancak bu koşullardır ki; terörle mücadele ederken, bir ülkenin insan hakları ihlallerini engellemek; bir başka ülkenin terörizmi desteklemesini engellemek mümkün olacaktır.

IV. Terörle Mücadele ve Kişi Özgürlüğü

⁶² <http://www.ntvmsnbc.com/news/>

Kişi özgürlüğü, esasen gözaltına alınan kişilerin, bu döneme özgü olarak sahip oldukları haklar ve bu dönem boyunca görmeleri ya da görmemeleri gereken muamele noktalarında önem kazanmaktadır. Bu hak öneminden dolayı başta İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi olmak üzere birçok uluslararası belgede yer almıştır. Belirtilen her üç temel belgede korunmuş olmakla birlikte, en geniş düzenleme, AİHS m.5'de yer almaktadır. 5. maddenin 1. paragrafı, özgürlük hakkını sınırlayan işlemin, kanuna uygun olmasının yanısıra, bu hakkın sınırlanmasının caiz olduğu altı istisnai hali saymaktadır.⁶³ Bu sayım numerus clausus niteliği taşımaktadır. Yani bu haller yorum yoluyla genişletilememektedir. Terörizmle mücadele ekseninde sözleşmenin, genel olarak suçun önlenmesi ya da tutuklu kişiler hakkında bilgi edinmek üzere suçluluğundan şüphe edilmeyen kişilerin sorgulanması gibi amaçlarla gözaltı işlemlerine izin vermediğini de burada belirtmek gerekecektir. Her ne kadar terör suçlarında, kolluk, daha hızlı olaya müdahale etmek zorunda olsa da ve kendi bilgi kaynaklarının açığa çıkmasını önlemek için bazı bilgi ve belgeleri ortaya koymak zorunda olmasa da, özgürlüğü kısıtlanan kişinin işlendiği iddia edilen suçu işlediğine dair tatmin edici bazı bilgilerin ortaya konması gerekmektedir.

Amerikalararası İnsan Hakları Sözleşmesiyle de bu hakkın güvence altına alınmasına karşın 11 Eylül sonrası ABD'de gözaltında tutulan kişilere yapılan muameleler ve özellikle Ortadoğu ve Güney Asya kökenlilere yapılan ayrımcılığın yanısıra, Guantanamo'daki şüphelilerin yargı önüne çıkarılmalarındaki muallaklık bu anlamda ABD'nin ihlallerine birer örnek teşkil etmektedir. Kongre'den çıkan "USA Patriot Act"⁶⁴ adlı kanun da, başsavcıya, ABD vatandaşı olmayan terör zanlılarını asgari usuli haklarla uzun süre gözaltına alma yetkisi vermektedir. Bu kanun aynı zamanda, soruşturma sırasında edinilen bilgilerin istihbarat birimlerine dağıtılmasını öngörmektedir. Kasım 2001'de de Başsavcı, federal hapishane yetkililerine, hiçbir itham altında olmasalar bile federal gözetim altında bulunan kişilerle avukatları arasındaki iletişimin izlenmesine imkan veren bir emri onaylamıştır.⁶⁵ İngiltere Terörizm Yasası'nın 2001 metninde bulunan "terör şüphelileri için sınırsız gözaltı süresi" de bu ihlalin bir başka örneğini oluşturmaktadır.

⁶³ ÖKTEM, Emre,a.g.e., s.306

⁶⁴ Terörizmi Engellemek ve Durdurmak için Gerekten Uygun Araçları Sağlayarak ABD'yi Birleştirmek ve Güçlendirmek Yasası

⁶⁵ ÖKTEM, Emre,a.g.e., s. 329

Kişi özgürlüğü ile ilgili haklar, Türk hukukunda da Anayasa m.17 ve Anayasanın yansıması olan, CMK m.90/4, 91, 101, 102, 104, 107, 109/3(f), 141 ve Gözaltı Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanıklara tanınan haklar şunlardır;

1. Özgürlüğü kısıtlanan kişiye, hemen, özgürlüğü kısıtlamayı gerekli kılan sebepler ve yöneltilen suçlamalar anladığı bir dilde bildirilir. Bir terör olayında, yakalama anından itibaren 19 saat sonra yapılan bildirim hemen yapılan bildirim sayılmıştır.

2. Bir suç şüphesi üzerine özgürlüğü kısıtlanarak yakalanan ve tutuklanan herkes, hemen bir yargıç veya kanunla yetkili kılınmış diğer bir adli görevli önüne çıkarılır. Kimse, kanunen belirtilen gözaltı süresi geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. AİHS 4 günden sonra kişinin hakim önüne çıkarılmasını kabul etmemektedir. Bu nedenle, Türk hukukunda da, yakalanan kişi, 4. günün sonunda, her halükarda hakim önüne çıkarılmalıdır. (CMK m.91, 251/5)

3. Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir teminata bağlanabilir. (CMK m.102-104, 109/3(f))

4. Yakalanma veya tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının kanuna uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesini ve kanuna uygun görülmemesi halinde serbest bırakılmasını sağlamak için mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. (CMK m.91/4)

5. Bu maddenin hükümlerine aykırı olarak özgürlüğü kısıtlanan herkesin tazminat isteme hakkı vardır. Kanuna aykırı şekilde özgürlüğü kısıtlanan kişilerin uğradıkları zarar, devletçe ödenir. (AY m.19, CMK m.141)

Özgürlüğü kısıtlanan kişinin, gözaltında iken, yakınlarına haber verme, sağlık muayenesinden geçirilme, avukatı ile sınırsız olarak görüşme ve susma hakları vardır. Türkiye şu anda AİHS ile mevzuatını uygun hale getirmiş bulunmaktadır. Ancak geçmişte bu anlamda AİHM içtihatlarının genişlemesine en çok yardımcı olan devletin ne yazık ki Türkiye olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle DGM'ler döneminde, bu mahkemelerin yetki alanına giren suçlar bakımından öngörülen 15 günlük gözaltı süresi pek çok davaya konu olmuştur. Yeni mevzuatın uygulamada yeni ihlaller doğurup doğurmayacağı önümüzdeki dönemde belli olacaktır.

Terörizmle mücadele yürütülürken yukarıda sayılan haklar başlıca ihlallerin konusunu oluşturmaktadırlar. Ancak bunların yanısıra “adil yargılanma hakkı”, “özel hayatın korunması”, “inanç özgürlüğü” ve “örgütlenme özgürlüğü” gibi daha birçok hakkın ihlali vuku bulmaktadır. Özellikle islami terörün yaygınlaştığı ve bunun müslümanlara duyulan bir nefret ve ayrımcılığı körüklediği bir ortamda ABD hapishanelerinde inanç özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar çarpıcıdır. Burada tüm hakların ayrı ayrı ele alınması yerine başlıca ihlallere konu olan haklar incelenmiş ve neticede gösterilmek istenen çelişkiyi açığa çıkarmak hedeflenmiştir.

SONUÇ

11 Eylül saldırıları, çağdaş çatışmaların, giderek karmaşıklaşan doğasına bir örnek oluşturmaktadır. Ve bu süreçte yürütülen terörizme karşı savaş, artık topyekün yürütülen küresel bir savaş olma özelliğini haizdir. Bu özellik, yeni bir hukuk devleti tartışmasını da beraberinde getirmiştir. İşte bu tartışma, bireyin özgürlükleri ile toplumun güvenlik ihtiyacı arasındaki dengeler tartışmasıdır. Özellikle polisiye önlemlerin arttırılması Foucault'nun "İktidar her yerdedir" söylemini doğrular şekilde bu dengeyi, insan hakları aleyhine bozmaktadır. Nitekim, insan hakları ihlallerinin, artık fiili olmaktan çıkıp; hukuki metinlerle meşrulaştırıldığı bu dönemde; terörizm tehlikesi yakınlaştıkça söylemlerin de sertleştiği görülmektedir. Üstelik terörizm, tüm bu önlemlere rağmen çözülebilmemiş değildir. Türkiye, 14 sene boyunca Devlet Güvenlik Mahkemeleri aracılığıyla ve TMK'daki yaptırımlarla terör karşısında ne kadar başarılı olabilmıştır?

Burada ayrıca dikkat çekmek istediğim husus şudur ki: Terörizmle mücadelenin insan haklarına uygun bir mevzuat çerçevesinde yapılması için uygulanan politik, hukuki ve ekonomik zorlama yolları ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir. Bu bağlamda, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün hazırlık çalışmalarında, ihlal hususunda çok eleştirilen ülkelerden Uganda, Arjantin, Mali, Guetemala, Gana ve Filipinler'in, terörizmin, mahkemenin yargı yetkisine dahil edilmesini talep etmeleri; yine çok eleştirilen Cezayir, Sri Lanka, Hindistan ve Türkiye'nin, terörizmin, "insanlığa karşı suç" kapsamına alınmasını önermeleri ve tüm bunların ABD'nin muhalefeti karşısında kabul edilmemiş olması çarpıcıdır. Terörizmle mücadelede "güvenlik" ve "insanlık" arasında ortak bir denge bulunduğu takdirde bile; siyasi konjonktüre göre, ihlallerin bir devlet için meşru kılınıp; bir başka devlet için ihlal sayıldığı şu durumda ortaklaşmak mümkün olmayacaktır. Ulusal mevzuatların geçmiş deneyimler ve teamüller ışığında yaptığı değişikliklerin; uluslararası mevzuata uygun hale getirilmesi ve terörizmin ortak bir tanımının yapılması önkoşuldur. Aksi takdirde her ülke kendi tanımını yapacak; kendi mücadele yöntemlerini uygulayacaktır. Terörizm için etkin bir mücadele şarttır. Ancak bu mücadelenin, şüphelileri ve hatta mağdurları da cezalandırması, terörizmin, toplumda yaratmaya çalıştığı nefret ve kaos ortamı düşünülduğünde, bir anlamda amacına ulaşması anlamına gelmemekte midir?

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKILLIOĞLU, Tekin, “İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri”, Ankara, 1995.

AZARKAN, Ezeli, “Nurenberg’den La Haye’e Uluslararası Ceza Mahkemeleri”, Beta Yayınevi, Ankara, 2003.

BAYRAKTAR, Köksal, “Siyasal Suç”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982.

BAYRAKTAR, Köksal, “Türk Hukukunda Terörle Mücadele Deneyimi”, Güncel Hukuk, Eylül 2005, sy.21.

BECCARIA, Cesare, “Suçlar ve Cezalar Hakkında”, İmge Kitapevi, İstanbul, 2004.

BEŞE, Erhan, “Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.

BIET, Christian, “Les Droits de L'homme”, Paris, 1989.

BISHARA, Marwan, “Filistin İsrail Barış ve Irkçılık”, Kitap Yayınevi, İstanbul, 2003.

BOZKURT, Enver, “Uluslararası İnsan Hakları Hukuku”, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.

BYERS, Michael, “Soykırımdan Sonkırımı Savaş Hukuku”, Detay Yayıncılık, İstanbul, 2007.

DÖNMEZ, Ayla, “Terörün Psikolojik Etkileri”, Güncel Hukuk, Eylül 2005, sy.21.

DÖNMEZER, Sulhi, “Genel Ceza Hukuku Dersleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005.

GALMARD, Marie- H elene, “Vers Une Nouvelle Approche du Ph enomene Terroriste”, Toulouse

HENNAU, Christiane, “Droit Penal G en eral”, Br uksel, 2003.

KARAKAŞ , Işıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann’den Kaya ve Ötesine”.

KASAPSARAÇOĞLU, Murat, “Guantanamo: A Conflictual Case”.

KURT, Şahin, “Uygulamada Terör Suçları ve İlgili Mevzuat”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.

MACHIAVELLI, Niccolo, “Prens”, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2001.

MIREILLE, Delmas- Marty, “Permanence ou Derive du Modele Liberal de Politique Criminelle”, Archives de Politique Criminelle, Paris, 1963.

ORTAYLI, İlber, “Dünya’da ve Türkiye’de Tarihte Terör”, Türkiye’de ve Dünya’da Terör Konferansı , T.C. Merkez Bankası, Ankara, 2002.

ÖKTEM, Emre, “Terörizm İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları”, Derin Yayınları, İstanbul, 2007.

ÖZÇAĞATAY, Levent, “Kuzey İrlanda ve IRA”, Papirüs Yayınları, İstanbul, 1998.

PACTET, Pierre, “Institutions Politiques Droit Constitutionnel”, Paris, 1971.

PAZARCI, Hüseyin, “Uluslararası Hukuk”, Turhan Kitapevi, 4. Bası, Ankara, 2003.

REVUE PENITENTIAIRE, Droit Penal, Ocak- Mart 2007.

ŞENOCAK, Hasan Emre, “Avrupa Terör Örgütleri ve Ülke Uygulamaları”, Ankara, 2006.

ŞENOĞLU, Fuat, “İşkence Yasağı Ve Türk Mevzuatı”, <http://www.turkhukusitesi.com>.

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ, “İnsan Hakları ve Güvenlik”, Ankara, 2001.

YAYLA, Atilla, “Terörizm ve Fatsa Örnek Olayı Çerçevesinde Türkiye’de Terör”, Doktora Tezi, Ankara 1986,

YÜZBAŞIOĞLU, Remzi, “Anayasa Hukukunun Temel Metinleri”, 3. Bası, İstanbul, 2005.

ZAFER, Hamide, “Ceza Hukukunda Terörizm”, Beta Basım, İstanbul, 1999.

ZAFER, Hamide, “Hukuk Devletinde Terörle Mücadele”, Güncel Hukuk, Eylül 2005, sy.21.

<http://www.assemblee-nationale.fr/> Documents parlementaires.

<http://www.whitehouse.gov/infocus/patriotact>.

<http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2006>.

<http://hrw.org/backgrounders/usa/gitmo1004/>

<http://www.legifrance.gouv.fr/>

CANIM BABAM

Av.Zuhal Dönmezer Çakıroğlu

Saygıdeğer Misafirler, hocalarım, baba dostlarım, ailemizin değerli yakınları, bilim dünyasının, yargının, emniyet teşkilatının kıymetli temsilcileri; hepinize ailem adına hoş geldiniz demek istiyorum hepinize rahmetli Babam için tertiplenen bu Armağan'a olan katkılarınız, bu anma günde bulunuşunuz ve verdiğiniz emekler için teşekkür etmek istiyorum.

Yayınlanan bu Armağan'la sadece babamızı değer, dünyaya mal olmuş bir Bilim Adamını, dünya ve Türk Hukukunun Ulu Çınarını ve gelecek çağı önceden gören, değerlendiren, Hocaların Hocası bir Bilgeyi anıyoruz.

Bugün için ailem adına bir konuşma yapmam istendiğinde, ailemizin duygularını nasıl ifade etsem, babamı nasıl anlatsam diye çok düşündüm. Kelimeler onu anlatmak için kifayetsiz, belki iki cümle, babamı çok sevdim ve onu çok özlüyorum. Aradan geçen yıllara rağmen acısı ve yokluğunun bizlerde yarattığı boşluk hiç hafiflemedi.

Nasıl bir eş ve nasıl bir babaydı diye sorulsa, müşfik, sevgi dolu, sevgisini ifade eden, hoşgörölü, adil, güven veren ve güvenen, güçlü ve güç veren, yufka yürekli, merhametli ve son derece neşeli bir insandı, güldüğünde kahkahası, kızdığında sesi ortalığı çınlatırdı. Otoriterdi ama asla katı değerildi. Bizlere hep destek oldu, hep cesaret verdi. Başarılarımızı takdir etti, övdü, başarısızlıklarımızı hiç yüzümüze vurmadı ama onları düzeltmemiz için yollar gösterdi.

Elini her daim sırtımda, sevgisini her an yüreğimde hissetmeye devam ediyorum..

Rahmetli babamı anmak için tertiplenmiş bu günde sizleri burada görmek bizi hem duygulandırdı, hem de büyük bir onur ve gurur verdi. sağ olun.

Babamızın hukukçu kimliğini, hocalığını, eserlerini burada anlatmak istemiyorum, öğrencisi olan sizlerin malumu olan şeyleri anlatmak bilineni tekrar olur. Ben bugün kısaca babamın başka özelliklerine değerinmek istiyorum.

En önemli özelliği özelliği çalışkanlığı idi. Babamın ofisi eviydi. Çalışma masasından bazen 5 saat hiç kalkmadan çalıştığını bilirim. Öyle konsantre olurdu ki, çalışma odası salondaydı ve biz sesini çok açmasak da salonun bir ucunda oturup televizyon seyrederdik ve o beyninde yaptığı işin dışındaki tüm kapılarını kapatmayı bilirdi. Anneciğim yanı başına oturur, onun yaptığı çalışmaları bilgisayara dökerdi.

67 yaşında yaş haddinden İstanbul Üniversitesinden emekli oldu, ama, gerçek şudur ki, babam aslında fiilen hiç emekli olmadı; eğer varsa emekliliğin tadını da çıkaramadı; uğraşları emekli olduktan sonra, belki de, iki katlı olarak sürüp gitti. Onu da bunlar genç ve enerjik tuttu.

Çalışmak babam için bir tür ibadet gibiydi. Kendisi dünyada örneği az bulunur derecede çalışkan bir kişiliğin sahibi olduğu için çocuklarından da aynı şeyi beklerdi. Yaz tatillerinde bir gün bile boş durduğunu görmedim; uyku zamanı dışında mutlaka bir şeyler okur ve yeni bir şeyler öğrenmeye çalışırdı.

Ama bütün bunların yanında sosyal etkinlikleri de hiç ihmal etmedi. 52 yıllık eşi, babamın hayatındaki en önemli varlık olan annemle beraber her cumartesi klasik batı müziği konserlerine, her Pazar da klasik Türk musikisi konserlerine giderdi. Her tiyatroya gider, boş zamanlarında ise mutlaka yeni çıkan kitapları okurdu.

Bizler için canlı bir kütüphane ve ansiklopedi gibiydi. Bilmediğimiz her şeyi ona sorardık, çünkü o bilirdi, bilmese de öğrenirdi. Ben babamın bile bilemediği bir şeyi öğrenmeme gerek olmadığını düşünür gerisini kurcalamazken, o üşenmez, kalkar, kütüphaneye gider, ansiklopediyi açar ve cevabı bulurdu. Ömrünün son günlerine kadar öğrenmekten ve öğretmekten hiç vazgeçmedi.

Yazlık evimizin küçücük bahçesinde meyva ağaçları yetiştirir, onlara çocuğu gibi bakardı. Bir ağacı kurduğunda ağacım öldü diye ağlardı. Meyva ağaçları ilk meyvasını verdiğinde cebinden küçük çakısını çıkartır ve adilane bir yöntemle onu dörde böler ve her bir aile ferdine bir parça verirdi.

Marangozluğu tüm mahallede ünlüydü. Komşuların kırk sandalyelerini tamir eder, torna makinesinde harikalar yaratırdı.

İsrafi hiç sevmezdi. Evde yanan lüzumsuz bir ampul, ya da damlayan bir musluk onu çok rahatsız ederdi. Hiç üşenmez, yerinden kalkar ve gider arkada açık kalmış bir lambayı söndürür gelirdi. Ben bunu ödeyemeyecek durumda değilim ama giden devlet malıdır, korumak lazım derdi.

Kendini hep milletine ve devletine borçlu hissetti. Tahsili dahil sahip olduğu her şeyin bir zekatı olduğuna inanırdı ve bunun karşılığının millete ve devlete hizmet etmek olduğu şuuruyla bir ömür çalıştı.

Babamın yaşamında özellikle bağlı olduğu temel ve vazgeçilmez ilkesi “Türkiye Cumhuriyeti Devletine ve topluma hizmet etmek”; bu konuda sınır tanımamak olmuştur. Topluma hizmet onun için o kadar kutsal bir şuur idi ki, geriye baktığım zaman düşünüyorum, kendi için hiçbir şey yapamadı ve hatta istemedi bile.

Aslında belki de babamı kısaca şöyle özetleyebilirim: O sürekli akan bir su kaynağı gibiydi. Altına tasını tutan kimseye suyum yok demedi. Kim yardım istediye yardım etti, kendisine verilen hiçbir görevi reddetmedi ve bunlar için hiçbir karşılık beklemedi. İhtiyaçlarını hep geliriyle sınırladı ve sürdürdüğü mütevazı hayatı ile hep barışık oldu.

Hayatının son yıllarında kendisine anılarını yazması için çok ısrar ettik ve baskı yapmaya çalıştık, hep niyetlendi ama öncelik taşıyan başka çalışmaları vardı, Bunun başta gelen nedeni çok ve belki de abartılı bir çalışma ile geçen bir yaşam yüzünden sükûnet içerisinde geçecek yeterli bir zamanı bulamamış olmasıdır yani zaman fıkralığıdır. Tam olarak bitiremediği anılarını yakında kitap haline getireceğiz. Babamı kısmen tarif etmek için sizlere anılarından seçtiğim bir paragrafı okumak istiyorum:

“Fakültenin sınavları 30 haziran 1938'de sona ermiş ve ben Fakülteyi birinci olarak bitirmiştım. O yıl hocamız Ord.Prof. Ali Fuat Başgil dekan olarak yeni bir usul geliştirmiş ve yazılı sınavlarda en yüksek notu alan öğrencinin sınav kağıdını "Hukuk birincileri" başlıklı bir kitapta yayınlamakla birlikte Fakülte birincisinin büyük bir fotoğrafını ve fotoğrafın altında o genci tanıtan ve Fakültenin takdirini belirten birkaç satır veya kelimeye de yer vermeyi usul haline getirmek istemişti. Bu kitabın birinci nüshasında ilk sayfada benim resmim ve altında şu cümleler vardır:

"Osman Sulhi Dönmezer emekli binbaşı Cemal Dönmezer'in oğludur. 1918 senesinde İstanbul'da doğmuştur. İlk tahsilini 11. inci ilk mektepte, orta tahsilini Gelenbevi orta mektebinde bitirmiştir. 1935 de İstanbul Erkek Lisesinden birincilikle mezun olmuştur.

Osman Sulhi Dönmezer Hukuk Fakültesinin birinci, ikinci ve üçüncü sınıflarını birincilikle geçmiş ve 1938 haziran devresi mezunları içinde Fakülte birinciliğini kazanmıştır

Osman Sulhi Dönmezer, sakin, vakur, mütevazı, sebatlı, saygılı, çok çalışkan ve zeki bir memleket gencidir. Muvaffakiyetinden dolayı Fakülte kendisini tebrik eder ve ailesine ve millete faideli bir uzuv olmasını diler.

Babam hakkında bu cümleler yazıldığında henüz 19 yaşındaydı ama hayatı boyunca bu vasıflarını hep muhafaza etti ve geliştirdi, gerçekten hem ailesine, hem de milletine faydalı bir uzuv oldu. çalıştı çalıştı, hep çalıştı. 86 yaşında, vefatından bir hafta önce dahi, hasta yatağında bana bir sempozyumda sunulmak üzere bir tebliğ dikte etti. Bana hep şöyle derdi: Kızım, ağaçlar ayakta ölür, ben de öyle olacağım. Hastalığını sırf işlerine engel olduğu için hiç sevmedi.

Türkiye'nin gündemini ilgilendiren çoğu meseleyi çözen bilge oldu, ama siyasete hiç atılmadı, fiili siyasetin hep üstünde kalan, olaylara objektif bakabilen bir kişiliğin sahibi oldu ve onu sürdürdü. İktidarda kim, hangi parti bulunursa bulunsun “devlet yani toplum” için hizmet istendiğinde gözünü kırpmadan hemen kabul etti ve elinden geleni yapmaya çalıştı. Demagojiden hep nefret etti. Devlete hizmet etme hususunda büyük bir gönül bağı vardı. Bu günün uygar toplumunda Devlete hizmet etmeden bireye hizmet etmenin olanaklı olmadığına inanırdı. Bütün hayatı süresince kendi veya yakınları için hiçbir şey istemedi; hep verdi ve fakat almadı; neyi elde etmişse onu dişi ve tırnağıyla çaba göstererek kendi gayretiyle elde etmiştir.

Hukuk, kurallar ve onların dayandığı teorilerden oluşan bir bilgi dalıdır. Sadece kuralları nakleden, bunların olaylarda ne gibi şekiller aldığı yansıtamayan bir hoca, zamanla öğrencisinin dikkatini kaybeder. Hukuk dışında da geniş bilgiye sahip olan ve kültürümüzün fikri kaynaklarını, örf ve adetlerimizi ve inançlarımızı bilen Babam, hukuku, toplumsal kültürün değerleri ile birlikte anlatarak öğrenciye kendisine sevdirmeyi başardı.

Hep şu ilkeyi savunurdu: Öğrencinin, genç bilim adamının yolunu açmak iki surette olur; birincisi adayın önündeki engelleri kaldırmaktır. İkinci yol ise engelleri kaldırmakla beraber onu ileriye doğru itmek, yürütüp koşturmaktır. Babam her iki yolu da seçmişti ve bunu hocalık hayatında hep uyguladı.

Gelenbevi Orta Okulunu bitirdikten sonra İstanbul Erkek Lisesine kaydolundu. İstanbul Erkek Lisesinde okuduğu yıllar onun hayatında çok büyük bir önem taşıdı. Babam, hayatı boyunca, her zaman bu camianın bir

mensubu olmaktan gurur duydu ve bu değerli insanlardan aldığı feyzi hep muhafaza etti ve geliştirdi.

O sevgi dolu mükemmel bir eş, duygulu, harika bir babaydı. Tüm hayatını ülkenin bütünlüğü ve esenliği, üniter, ulus devletinin varlığını koruyarak sürdürmesi ve her alanda adaletin gerçekleşmesi amacına adanmıştı. Bizleri ve tüm öğrencilerini bu ilkeler doğrultusunda yetiştirdi. Kamu yararını her zaman her şeyin üzerinde tutmayı öğretti. Bilim dünyasına sayısız eserler kazandıran aziz ve muhterem Babam, aynı zamanda Hocamdı. On binlerce bilim adamının ve bu gün yargının her alanında adaletin gerçekleşmesi için özveriyle çalışan hukukçuların da hocasıydı.

Ömrünün son yıllarında şöyle derdi:

“Ben bu yaşta artık kimseden bir şey beklemiyorum. Hayatımın hiçbir aşamasında da beklemedim. Zaten bana yeniden verilebilecek bir şey de yoktur. Ancak hizmetlerin takdiri hem bir vefa tezahürüdür ve hem de yeni kişiliklerin oluşması için bir teşvik unsurudur.”

Babam, hayatta iken de saygı ve sevgiyi zirvede yaşamıştı, vefayı da gördü, vefasızlığı da. Ama vefatından sonra da onu aynı sevgi ve saygıyla anma heyecanını hisseden ve bunu bu Armağan ile Hocalarının adını ebedileştirerek ifade eden, başta babamın her zaman başarılarından gurur duyduğu kadirşinas evlatları Prof.Duygun Yarsuvat’a, sayın Prof Köksal Bayraktar’a ve kurucusu olduğu Türk Ceza Hukuku Derneği’ne ve mensubu olmaktan her zaman büyük gurur duyduğu Başbakanlık Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu ve onun değerli Başkanı Sayın Prof.Sadık Tural’a ve bu Kitabın çıkarılmasına emek veren tüm makale yazarlarına, babamın kadirşinas öğrencilerine gösterdikleri vefadan ve hocalarına olan bağlılıklarından dolayı ailem adına teşekkür etmek isterim. Eminim ki babam bunları hissediyor ve çok mutlu oluyordur.

Konuşmamı, babamızın vasiyetnamesinin son cümlesi ile bitirmek istiyorum:

Beni hayır ile yad ediniz

Biz ailesi olarak bu kadar büyük bir mirası ömür boyu şerefle taşımamıza yardım etmesi için Allah’a her gün dua ediyoruz.

Hepinize çok teşekkür ederiz.

Av.Zuhal Dönmezer Çakıroğlu

TIP HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER

V. TÜRK – ALMAN TIP HUKUKU SEMPOZYUMU

Kerem ÇELİKBOYA
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2. Sınıf Öğrencisi

Tıp bilimindeki hızlı ilerleme sık sık yeni sorunları ortaya çıkarmaktadır. Daha önce çok zor ve istisnai bir müdahale olan böbrek nakli bugün artık standart bir prosedür halini almış, organ ve doku nakli uygulamaları çok yaygın hale gelmiştir. Bu gibi teknolojik gelişmelere ilaveten son yıllarda gelişme gösteren hasta hakkı, hasta özerkliği gibi hukuki kavramlar tıp hukuku alanında yeni sorunları ve bu sorunlar için yeni çözüm önerilerini beraberinde getirmektedir.

Hukukun hızla gelişen bu yeni alanının sorunlarını tartışmak ve Alman hukukun bakış açısından faydalanmak amacıyla 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu 28 Şubat- 1 Mart 2008 tarihleri arasında Ankara’da düzenlendi. Prof. Dr. Hakan Hakeri ve Doç. Dr. Yener Ünver’in öncülüğünü yaptığı ve Barolar Birliği tarafından desteklenen bu sempozyumda Türkiye ve Almanya’nın önemli hukukçuları bir araya gelerek tıp hukuku alanında deneyim ve görüşlerini paylaştı. 3 gün içerisinde 34 sunumun yapıldığı sempozyum, tıp etiğinden hasta-doktor ilişkisine, doku ve organ naklinden bilirkişilik kurumuna maddi ve şekli ceza hukukunun farklı boyutlarının tartışılmasını sağladı.

Tıp ceza hukuku, kendi içinde önemli kuramsal tartışmaları barındırmaktadır. Bir yandan her tıbbi müdahale vücut bütünlüğünü ihlal ederken diğer yandan kamu menfaati ve yaşama hakkı bu müdahaleleri gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle aslında her tıbbi müdahale bir hukuki menfaati korurken bir diğerini ihlal etmekte ve hukukçuları korunması gereken değerler arasında bir tercih yapmaya zorlamaktadır. Bu sebeple tıp ceza hukuku alanı sadece teknik hukuku değil aynı zamanda hukuk felsefesini de ilgilendirmektedir. Hukukun bu alanına giren birçok soruna verilecek cevap teknik hukuk alanında önemli sonuçlar doğuracak ve uygulamada önemli değişikliklere yol açacaktır. Bunun en önemli örneklerinden biri tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu sorunudur.

Sempozyumda tartışılan ve hukukçular arasında en büyük ihtilafa sebep olan konuların başında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunun temeli yatmaktaydı. Bilindiği gibi tıbbi müdahaleler hakkın icrası ve mağdurun rızasına dayanmaları sebebiyle hukuka aykırılık teşkil etmemektedirler. Eski Türk Ceza Kanununda düzenlenmeyen bu hukuka uygunluk sebepleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 26. maddesinde düzenlenmek suretiyle ceza kanununda yer bulmuştur. Türk hukukunda uzunca bir süre tıp eğitiminin sağlamış olduğu hakkın icrası, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun temelini oluşturmuştur. 1970’li yıllardan itibaren ise mağdurun rızasının hakkın icrası sürecini başlatan sebep olduğu ve mağdurun rızası olmaksızın yapılacak tıbbi müdahalelerin kişinin vücut bütünlüğünü ihlal ederek hukuka aykırı bir fiil olacağı görüşü güç kazanmaya başlamıştır. Bugün ise, mağdurun rızasını hukuka uygunluğun temeline oturtan görüşler, mağdurun rızası olmaksızın hakkın icrasından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Zira kişinin kendi vücudu ve kendi geleceği üzerindeki hakkının, başka bir deyişle hasta otonomisinin, hekim sıfatı taşıyarak hakkını icra etse dahi 3. kişilerin hakkından önde gelmesi gerektiği belirtilmektedir. Aksi yönde bir yaklaşım kişinin en temel haklarından olan kendi bedeni üzerindeki haklarının, 3. kişinin mesleğini icrası hakkından daha az korunmaya değer olduğu sonucu çıkar. Hasta özerkliğine öncelik tanıyan görüşler Alman doktrininde ağırlık kazanmışsa da Türk Hukukçular arasında da taraftar

toplamaştır. Bu bakış açısı farkı özellikle açlık grevleri veya hastanın tedaviyi reddetmesi gibi hastanın iradesi ile hekimin yapmayı gerekli gördüğü müdahalenin çatışması hallerinde uygulamada farklı sonuçlara ulaştırmaktadır. Eğer hekimin eğitiminden doğan hakkının icrasını hasta otonomisinden önde tutarsak hekim bu hallere müdahale edebilecektir. Aksi halde, hastanın rızası hilafına yapılacak hiçbir müdahale hukuka uygun olmayacak ve hekimin sorumluluğuna gidilecektir. Bazı hukukçular zorunluluk halinin bu hallerde devreye girerek hastanın hayati tehlikede olması şartıyla hekimin tedaviyi reddeden hastaya zorla müdahale edebileceğini savunmaktadır. Zorunluluk halinin çok sık; hatta çoğunlukla hastanın rızasını bertaraf etmek için kullanılmasına karşı olduğunu belirten Münih Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Ulrich Schroth ise zorunluluk halinin hastanın açıkça karşı çıktığı bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeye yetmeyeceği görüşündedir. Aksi yönde bir yaklaşımın kişinin bedeni üzerindeki haklarının kolayca ihlal edilmesinin yolunu açacağı endişesi pek de yersiz sayılmasa gerek.

Bu tartışma içinde Ceza İnfaz Kanununun 82. maddesinin özel bir önemi olduğunu belirtmekte fayda vardır. Ölüm orucu veya açlık grevindeki mahkûmların sağlık durumlarının tehlikeye girmesi halinde hekimin, rıza hilafına dahi olsa hastaya müdahalede bulunmasını öngören hüküm özerklik ilkesinin açık bir istisnasıdır. Hekimler bu kuralın deontoloji ve etik açısından kabul edilemez olduğunu belirtirlerken, Prof. Dr. Hakan Hakeri tebliğler sırasında bu durumu “bu hükümlerle kanun etiğın önüne geçmiştir” şeklinde değerlendirmiştir. Özerklik ilkesini ön plana alan hukukçular bu hükmü haklı olarak eleştirirler de, mahkûmların sağlıklarının korunması devletin sorumluluğunda olduğundan bu ödevin gerçekleşmesi için gerekli yetkinin verilmesi gereğini savunan hukukçular da vardır. Öte yandan kanun koyucunun bu tercihinin yaşam hakkının kişinin bedeni üzerindeki haklardan üstün tutulması şeklinde yorumlamak da mümkündür. Bu açıdan bakıldığında mevcut düzenlemenin tamamen insan haklarını görmezden geldiği şeklinde bir eleştiri yerinde olmayacaktır.

Hasta-hekim ilişkisi basit bir sözleşmeden çok daha yakın bir ilişkidir. Tıbbi müdahale sürecinin başarısı için hastanın özel bilgilerinin doktorla paylaşılması gerekebilmektedir. Bu noktada hastanın özel hayatının korunması ve hasta-hekim ilişkisinde güveni sağlamak için bazı tedbirler almak zorunluluğu vardır. Aksi halde, hekimle paylaştığı bilgilerin 3. kişiler tarafından öğrenilebileceğinden endişe eden hastanın hekimle işbirliği yapmaktan kaçınacak, bu ise tedavinin başarı ihtimalini azaltacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bu konuda 136. maddede özel hayata dair bilgilerin hukuka aykırı biçimde bir başkasına verilmesini suç olarak düzenlemiş ve 137. maddede ise paylaşılan kişisel bilginin bir sanatın veya mesleğın icrası sırasında öğrenilmiş olmasını ağırlatıcı sebep saymıştır. Bu düzenleme hasta-hekim ilişkilerindeki olması gereken güveni korumayı hedeflemektedir. Bu düzenlemenin yerindeliği hakkında sempozyuma katılan hukukçular arasında genel olarak görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür. Asıl hukuki tartışma ise TCK 280. maddede düzenlenen suçu bildirme yükümlülüğü ile HIV gibi bulaşıcı hastalıkların bildirilmesinin zorunluluk olduğu hallerde yaşanmaktadır. Gerçekten menfaatler dengesine baktığımızda hasta-hekim ilişkisinin gizliliğine karşı ilk durumda kamu düzeni ve yargılama görevi, ikincisinde ise 3.kişilerin sağlığı tehlike altına girmektedir. Bunu göz önünde bulunduran kanun koyucu bu hallerde hasta-hekim ilişkisinin gizliliğinden taviz verme yoluna gitmeyi tercih etmiştir.

TCK 280. madde sağlık mensuplarına görevlerini yaparken bir suç şüphesiyle karşılaştıkları takdirde yetkili makama bunu bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Hekim-hasta ilişkisinde güveni sarsacağı tartışmasız bu hüküm ile kanun koyucu tercih hakkını kamu düzeni ve adaletin sağlanması yönünde kullanmaktadır. Elbette ki bu nokta bazı hukukçular tarafından eleştirilmiştir; çünkü belki de birkaç vakada suçu ortaya çıkarmak adına toplumun tamamı

için gerekli olan hasta-hekim ilişkisindeki güvenin feda edilmesi yerinde olmayacaktır. Zira Alman Hukukçular da böyle bir hükmün kamu düzeni adına da olsa birey haklarına oransız bir müdahale olduğunu iddia ederek hükmü eleştirmişlerdir. Burada tartışma bölümünde gelen bir soruya da yer vermekte yarar var. Bir katılımcı, failin işlediği suç ortaya çıkacağı endişesi ile mağduru hekime götürmekten kaçınması halinde mağduru daha çok zarar göreceğini ve bu durumun amaçlanan adalet duygusundan uzak sonuçlar doğuracağını belirtmiştir. Elbette ki failin mağduru hekime götürmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceğinden failin lehine olacaktır; fakat panikleyen failin hekimin suçu ihbar edeceği endişesi ile mağdura yardımdan kaçınabileceği ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.

Hasta-hekim ilişkisi konusunda bir diğer nokta ise başta HIV olmak üzere bulaşıcı hastalıkların yetkili makamlara ve gerekiyorsa hasta yakınlarına bildirilmesi halinde kişi haklarının ihlali sorunudur. Gerçekten de hekimin hasta yakınlarına ama özellikle de cinsel partnere rıza almaksızın AIDS hastalığını bildirmesi kişilik haklarını ihlal etse de 3. kişinin yaşamının tehdit altında olması sebebiyle ortaya çıkan zorunluluk halinin suçu ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Bazı hukukçular bildirme ve bakım yükümünü düzenleyen TCK 98. maddesinin bu halleri de kapsadığını iddia etse de madde hükmü sadece kendini idare edemeyecek durumda kişilerin bildirilmesini öngörmektedir. AIDS veya diğer bulaşıcı hastalıklara yakalanmış kişilerin maddede belirtilen kendini idare edemeyecek kişiler arasında olduğunu söylemek mümkün olmadığından bu maddenin bir AIDS hastasının yetkiliye bildirilmesine yasal dayanak oluşturması mümkün değildir. Bu zorunluluğun kaynağını Umumi Hıfzı Sıhha Kanununda öngörülen bulaşıcı hastalığı bildirme yükümünde aramak daha yerinde olacaktır.

Öte yandan cinsel yolla bulaşan bu hastalığın hastanın yakın çevresine bildirilmesi de ayrı bir sorun yaratmaktadır; zira kanun yetkili makamın bilgilendirilmesi zorunluluğunu getirmekle birlikte yakın çevre için bir düzenleme getirmemiştir. Kabul edilen görüş, HIV virüsü taşıyıcısının başta cinsel partneri olmak üzere yakın çevresinin bildirilmesinin zorunluluk hali kapsamında olacağı ve bu sebeple suç teşkil etmeyeceği yönündedir. Buna göre hekimin hastanın yakın çevresini bilgilendirmesi hukuka aykırı olmayacak ve suç teşkil etmeyecektir. Hemen eklemek gerekir ki zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebebidir ve suçun oluşmasına engel olur; fakat hekime böyle bir bildirim yükümlülüğü yüklememektedir. Sonuç olarak hekim hastanın çevresini korumak için kişisel veriyi açıkladığı takdirde suç oluşmayacak; fakat açıklamadığı halde de sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Bu noktada sorulması gereken önemli bir soru da yakın çevre tanımından ne anlaşılması gerektiğidir. Sempozyumda bir soru ile tartışmaya açılan bu konu hukuka uygunluk sebebinin sınırının çizilmesi bakımından önemlidir. Zira eğer kişisel bilgilerin verildiği kişi hastalığı kapma riski altında değilse hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkacak ve TCK 136. maddede düzenlenen suç oluşacaktır. Konu HIV virüsü olduğunda cinsel partnerin yakın çevre sayılması gerektiği tartışmasızdır. Buna ilave olarak kimlerin bilgilendirilebileceği somut olaya göre belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken risk altında olmayan insanlara durumun bildirilmesi sadece kişisel verinin açıklanması suçunun oluşmasına değil aynı zaman da hastanın toplumsal baskı görmesine sebep olacağından temkinli hareket edilmesi gerekmektedir.

Tıp biliminin hukukla ilişkisi sadece tıp ceza hukuku ile sınırlı değildir. Tıp, bilirkişilik yoluyla başta ceza hukuku olmak üzere hukukun birçok alanı ile yakın ilişki içerisinde. Bu yakın ilişki göz önünde bulundurularak sempozyumda bilirkişilik kurumuna ayrı bir bölümde

yer verilmiştir. Yard. Doç. Dr. Özlem Yenerer Çakmut tarafından sempozyumun son gününde yapılan tebliğ tıp hukukunda bilirkişilik kurumunu anlatırken özellikle bu kurumun “silahların eşitliği” ilkesi altında değerlendirilmesinin ve adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi gerektiğinin altını çizmiştir. Yeni Türk Ceza Muhakemesi Kanunu bu konuda gerek savunmanın gerekse iddia makamının bilirkişi talep edebilmesi, ihtiyaç hissedildiği takdirde karşı taraf bilirkişisinin çapraz sorguya tabi tutulması gibi imkânlar tanıyarak bazı önemli düzenlemeler getirmişse de uygulamanın bu yenilikleri ne derece hayata geçirdiği şüphelidir. Sempozyuma katılan birçok uygulayıcı da bu noktaya dikkat çekerek bilirkişilik kurumunun Ceza Muhakemesi Kanununun amaçladığı gibi eşit ve adil şekilde kullanılmadığından ve çapraz sorgu gibi kurumların işlerlik kazanmadığından şikâyet etmişlerdir.

Bilirkişilik kurumu hakkında ortaya atılan tartışmalardan biri de bilirkişilik kurumunun hâkimin kararı üzerindeki etkisidir. Bilindiği gibi tıbbi müdahaleler konusunda Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şurası zorunlu bilirkişilik görevini yürütmektedirler; ancak bilirkişilik kurumunun zorunlu olması görüşlerinin bağlayıcı olması sonucunu doğurmamaktadır. Hâkim bilirkişinin raporundan tatmin olmadığı takdirde başka bir bilirkişi tayin edebilir. Bu raporları karşılaştırarak karar verebileceği gibi bilirkişinin görüşünden ayrılmakta da serbesttir. Bu noktada bir soru ortaya çıkmaktadır. Acaba son derece teknik bir konu olan tıp alanında hâkim neden veya hangi hallerde bilirkişi görüşünden ayrılmalıdır? Sempozyumda Alman Hukukçu Prof. Dr. Henning Rosenau bu soruyu sorduktan sonra bu derece teknik bir konuda hâkimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmamasına rağmen bundan ayrılmak için çok fazla sebebi de olmadığını belirtmiştir.

Pek tabii ki tıp bilimi teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir alandır. Özellikle nedensellik bağının tespiti bilirkişiye bırakılmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu kavram doğa bilimleri kadar hukuk ve felsefeyi de ilgilendiren bir kavramdır. Bu sebeple pozitif bilimlerde determinizme dayanan belirli bir nedensellik bağı kavramı varken hukukçular tarafından şart teorisi, etkin sebep teorisi gibi çok farklı nedensellik bağı kuramları geliştirilmiştir. Sonuçta ise bilirkişinin belirlediği nedensellik bağı ile hukukçunun göz önünde bulundurması gereken nedensellik bağları farklı olabilmektedir.

Diğer bir yandan bilirkişinin görüşüne bırakılan nedensellik bağı sorunu somut olaydaki tek hukuki sorun değildir. Her ne kadar Yargıtay nedensellik bağının varlığı halinde manevi unsurun varlığını kabul etse de Yard. Doç. Dr. Berrin Akbulut bu yaklaşıma karşı olduğunu, manevi unsur ile nedensellik bağının ayrılması gerektiğini belirtmektedir. Hâkim, nedensellik bağının varlığı için bilirkişinin görüşünden ayrılmaya dahi hukuki bir kavram olan manevi unsurun tespiti elbette ki hukukçu olan hâkime bırakılmalıdır. Bu sebeplerle bilirkişinin raporu hâkimin kararı için önem taşımaktaysa da hukuki sorulara cevap verecek olan hâkim bu cevaplara göre kararını verecek ve gerekirse bilirkişinin görüşünden ayrılacaktır.

Bilirkişinin bağlayıcılığı konusunda sempozyumda anılan bir karar hâkimin bilirkişi görüşünden ayrılabilmesi bir hale örnek teşkil edebilir. Anılan kararda birbiriyle çelişen bilirkişi raporları sonucunda Adli Tıp Genel Kurulu’na getirilen olayda Genel Kurul 21’e 21 eşit oy sonrasında başkanın oyuna üstünlük tanınmasıyla olayda nedensellik bağı olduğunu tespit etmiştir. Eğer Sayın Rosenau’nun sorusu ışığında hâkimin bilirkişi raporundan ayrılmadan, manevi unsur ile nedensellik bağının varlığını birlikte değerlendirmesi halinde failin cezalandırılması gerekecektir. Öte yandan eğer nedensellik bağı ile manevi unsuru ayırarak soruna yaklaşırsa Adli Tıp Kurumu’nun raporu ile nedensellik bağının varlığı kabul edilse bile 21 uzmanın komplikasyon olarak nitelendirdiği bir durumda taksirin varlığı da tartışmalı olacak ve belki de suçun oluşmadığını kabul etmek gerekecektir. Mahkeme anılan

olayda ilk yolu tercih ederek maddi ve manevi unsurlar arasında bağlantı kurmuşsa da bu görüş bazı hukukçular tarafından eleştirilmiştir.

Tıp ceza hukukunun önem kazanmasıyla birlikte giderek yayılan, sadece hukukçular arasında değil sağlık mensupları ve toplumda da duyulmaya başlayan bir terim de malpraktis yani kötü uygulamadır. Türk Tabipler Birliği malpraktisi hekimin bilgisizlik, deneyimsizlik veya ilgisizlik sebebiyle hastaya zarar vermesi şeklinde tanımlamaktadır. Dünya Tabipler Birliği ise malpraktisin tanımını şu şekilde yapmaktadır:” Hekimin tıbbi müdahale sırasında standart uygulama yapmaması, beceri eksikliği veya tedavi uygulamama sonucu hastaya zarar vermesi.” Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında, tıbbi kötü uygulama tanımı “ sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulanması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum” şeklinde yapılmıştır. Görüldüğü gibi tasarı Dünya Tabipler Birliği’nin tanımında yer alan unsurları mevzuata alma yoluna gitmiştir.

Bu noktada sempozyumda da altı çizilen önemli bir soru bulunmaktadır: Standart uygulama nedir? Hekimlerin bu soruya yanıt vermesi pek de kolay olmamaktadır. Bunun çok çeşitli sebepler vardır. Öncelikle en önemli sebep tıp biliminin özelliğinden ve insan vücudunun niteliğinden kaynaklanmaktadır. Her insan vücudunun birbirinden az veya çok farklı olması, atipik anatomiler ve farklı metabolizmalar tedavilerde standart prosedürün ne olduğunun tespitini zorlaştırmaktadır. Buna ilaveten bilimsel gelişmenin hızı karşısında standart prosedür kavramının hızla değişmesi malpraktis olaylarında ölçüt oluşturmayı zorlaştırmaktadır.

Standart uygulamaya uyulup uyulmadığı konusunda bir diğer önemli sorun ise tıbbi kayıtların yetersizliği olmaktadır. Hastanelerin altyapı eksiklikleri, hekimlerin ağır iş yükü ve sağlık personelinin tıbbi kayıtların düzenlenmesi ve saklanması konusunda yeteri özeni göstermemesi sonucunda ihtiyaç duyulan veri toplanamamakta veya toplanan veri eksik olduğundan yeterli bilgi edinilememektedir. Sonuç olarak hem standart uygulamanın ne olması gerektiği hem de somut olayda bu prosedüre uyulup uyulmadığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda açılacak malpraktis davalarında gerek bilirkişilerin gerekse hukukçuların ciddi zorluklar yaşayacakları eleştirisi yapılmaktadır. Burada Sağlık Bakanlığı’na çok büyük bir görev düşmektedir. Hastanelerin altyapı eksikliklerini giderilmemesi, hekimlerin ağır iş yükü altında ezilmesi engellenemediği takdirde hasta hakları kavramının yayılması ile birlikte açılacak malpraktis davalarında ciddi delil sorunu yaşanması muhtemeldir.

Son olarak sempozyumda ele alınan tartışmalı bir nokta da organ ve doku nakillerinde hastanın rızası sorunudur. Hayattaki kişiden organ alınması konusunda ciddi bir sorun olmamaktadır. Eğer organ bağışlayacak kişi aydınlatılmış onam vermiş ve bu konuda karar vermeye ehil ise hastanın rızasında nakil işlemi gerçekleştirilmektedir. Ölüden organ veya doku naklinde rıza ise daha karmaşık bir sorundur. Bugün bu konuda uygulanan 3 farklı sistem vardır. İlki ölümden sonra organ veya doku nakli yapılabilmesi için kişinin sağlığında açıkça izin vermiş olmasını arayan sistemdir. Eğer kişi bu konudaki rızasını açıkça belirtmemişse ölümden sonra organ nakline izin verilmemektedir. Diğer sistem ise özellikle İspanya’da uygulanan ve hastanın açıkça organ veya doku nakline karşı olduğunu belirtmediği hallerde ölümden sonra organ ve doku naklinin yapılmasını öngören sistemdir. Bugün için Almanya ve Türkiye’de bu iki sistemin arasında bir yola gidilmiştir. Kişinin sağlığında bu konuyla ilgili rızasını belirten herhangi bir beyanı yoksa hasta yakınları bu kişinin organlarının bağışlanmasına karar verebilmektedirler. Bu sayede hem ölen kişinin rızasının aksine bir hareket yapılmamış hem de organ bağışı kolaylaştırılmıştır. Hemen

belirtmek gerekir ki organ nakli bekleyen hastaların sayısı arttıkça organ bağışısı konusundaki arayışlar da artmaktadır. Hastaların veya yakınlarının rızalarının belli olmaması veya izin vermemeleri sonucu birçok insanın ihtiyaç duyduğu organlar kullanılmayacak hale gelmektedir. Bu konuda sempozyumda tartışılan konulardan biri de yukarıda belirtilen İspanyol sisteminin Türkiye’de soruna çözüm olup olamayacağıdır. Elbette ki açık rızası olmayan bir kişinin organlarının nakledilmesi bu sistemin eleştirilen yönü ise de her gün çok sayıda insanın ölümüne sebep olan bu sorunun çözümü için yakınların iznini beklemeden hızlı hareket etme gereği de yadsınmaz. Bu nokta da belirtilen sistemin ülkemizde de benimsenmesi çözüm için önemli bir adım olabilir ve çok sayıda insanın hayatını kurtarabilir.

İNSAN HAKLARININ EVRİMCİ ÖZELLİĞİ VE BÜTÜNSELLİĞİ

Metin Aslan*

I. Giriş

İnsan Haklarının evrimci yapısını çözümlenebilmek için öncelikle insan haklarının kaynağı nedir sorusunu yanıtlamak gerekmektedir. Bilindiği gibi, haklar ya sözleşmelerden ya da yasalardan doğarlar. İnsan hakları, insanların yalnızca insan oluşları sebebi ile insanlık şeref ve haysiyeti gereğince sahip oldukları hakları ifade etmektedir.¹ Dolayısıyla, insan hakları sözleşme veya yasadan değil, doğrudan doğruya insanlıktan/insanın doğasından kaynaklanmaktadır.

İnsan doğası genellikle insanın maddi ve manevi gereksinimleri ile tanımlanmaktadır. Maddi gereksinimler esas itibari ile insanın hayatta kalmasını, varlığını sürdürmesini sağlamaya yönelik biyolojik ihtiyaçlarını ifade etmektedir. Biyolojik ihtiyaçlar, hiç kuşkusuz, insan dışındaki diğer canlı türleri yönünden de geçerlidir. Gerçekten, geçim ve güvenlik başlıkları altında toplanan bu gereksinimler, insanın biyolojik devamlılığının asgari şartlarını, insan olarak varolabilmesinin doğal dış sınırlarını çizer. Dolayısıyla, insanın salt maddi gereksinimlerinden hareket ederek insan haklarını tanımlayabilmek mümkün değildir. Bu sebeple, insanın insan olması sebebi ile haiz olduğu, insana özgü ihtiyaçların yani insanın manevi gereksinimlerinin tespit edilmesi zorunludur. Zira insan diğer canlılardan farklı olarak, kendi yaşamını yönlendirebilme, sorumluluk üstlenebilme, aklına ve vicdanına dayalı tercihler yapabilme iktidarına sahiptir. İnsanın, ahlaki doğasından kaynaklanan bu yetilerini sağlıklı bir şekilde kullanabilmesi için her şeyden önce engellenmemesi ve özgür kılınması gereklidir. Diğer taraftan, insanın diğer canlı türlerinden farklılık taşıyan bu özelliklerini yani manevi varlığını geliştirebilmesi için bireye gerekli tüm

* Avukat, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

¹ TANÖR Bülent, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1990, s.16

olanakların sağlanması da zorunludur. Burada kilit kavram, insan onurudur. Gerçekten de, insan hakları, onurlu bir hayatın olmazsa olmaz koşuludur.²

Nitekim, uluslararası insan hakları belgelerinde de insan haklarının kişinin özünden kaynaklandığı belirtilmektedir. Dolayısıyla, insan haklarının kaynağı, insanın ahlaki doğasıdır.³

II. İnsan Haklarının Evrimci Niteliği

İnsanın gereksinimlerini, öncelikle gündelik sıkıntılar ve ihtiyaçlar belirler. Ancak, insan aynı zamanda kendisini yenileyen, geçim araçlarını bilinçli şekilde üreten, estetik değerler yaratan bir varlıktır. Dolayısıyla, insan hakları, kişinin kendisine yaraşır bir hayat sürdürmesine olanak veren koşulları belirler. Bu sebeple sürekli bir değişim ve gelişim içinde olan insan hakları dinamik bir yapı taşımaktadır. Tarih boyunca, her dönemin koşullarına göre, insanların talepleri çeşitlenmiştir, zenginleşmiştir. Şunu ifade edelim ki, bu talepler giderek de derinleşmektedir. İşte insan haklarının evrimci özelliği yaşamın bu dinamik yapısını karşılamaktadır. İnsan hakları, bu özelliğe bağlı olarak, sürekli gelişmekte, her geçen gün yeni kategoriler ortaya çıkmaktadır. Gerçekten tarihi gelişimi incelediğimizde de insan haklarının evrimci özelliğini açıkça tespit etmekteyiz.

Doktrinde, insan hakları üç kuşağa göre sınıflandırılmaktadır. Bu kuşakların her biri, insanın o dönemin tarihsel koşulları içerisindeki taleplerini karşılamıştır.

Birinci kuşak haklar - klasik haklar - 17 ve 18. yy.da devrimci burjuvazinin feodal düzene karşı verdiği mücadeleden doğmuştur. Burjuvazi bu dönemde kendi gelişimini engelleyen feodal düzeni yıkmış, aristokrat sınıfını tasfiye etmiştir. Bu mücadele sırasında ilk defa özgürlük ve eşitlik kavramları ortaya çıkmıştır.⁴ Dolayısıyla, klasik hakların oluşmasında burjuvazi büyük rol oynamıştır. Birinci kuşak haklar ağırlıklı olarak, negatif statü hakları niteliğinde olup kişilere devlet, toplum ve üçüncü kişilerce dokunulamayacak bağımsız bir hareket alanı sağlamıştır. Devlet,

² UYGUN Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, İstanbul 2000,s.18

³ DONNELLY Jack, İnsan Hakları, 1995 Ankara,s.27-28

⁴ TANÖR Bülent, Anayasa Hukuku'nda Sosyal Haklar, İstanbul 1978, s.45

düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, kişi özgürlüğü gibi bu alanın içine giren haklara hiçbir şekilde müdahale edemez, ancak ve sadece bu hakların kullanılmasını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapabilir. 1. kuşak haklardan siyasi haklar yurttaşların devletin ve idarenin kuruluş ve işleyişine katılma haklarını ifade eder; seçme ve seçilme, parti kurma, dernek kurma, toplantı ve gösteri özgürlüğü gibi hakları içerir. Klasik hakları kullanmak için kişinin en önemli ihtiyacı özgür olmaktır. Devletin kişiye dokunmaması, müdahale etmemesi yeterlidir. Klasik haklar yönünden devletten aktif bir tutum beklenmemektedir.

İkinci kuşak haklar - sosyal ve ekonomik haklar - ise sanayi devriminin ortaya çıkardığı sosyal eşitsizliklerden kaynaklanmıştır. 18.yy.da İngiltere’de başlayan ve tüm Avrupa’yı etkisi altına alan Sanayi Devrimi orta sınıfların ve özellikle işçilerin büyük sıkıntıya girmesine neden olmuştu. Bu sebeple, klasik haklar her ne kadar herkese tanındıysa da uygulamada ancak küçük bir zümre bu haklardan yararlanabilmekte idi.⁵ Bu dönemde yaşanan toplumsal sefalet işçi sınıfının doğuşuna ve bu sınıfın başını çektiği yaygın bir toplumsal muhalefete neden olmuştur. İşçi sınıfının talepleri çalışma olanaklarının düzeltilmesi, iş olanaklarının yaratılması, sendika ve grev hakları, sosyal güvenlik hakları noktalarında toplanmakta idi. İkinci kuşak haklar daha çok, ekonomik açıdan zayıf insan gerçeğinden hareketle, sosyal adaletin gerçekleştirilmesini amaç edinmiştir. Gerçekten, klasik haklarda özgürlük ön planda iken, pozitif haklar veya isteme hakları olarak da nitelenen 2. kuşak haklarda eşitlik ilkesi temel alınmıştır. Bu çerçevede, klasik haklardan farklı olarak devlete ve 3. kişilere bir takım yükümlülükler yüklenmiştir. Bu büyük değişimde işçi sınıfının mücadelesi hiç kuşkusuz büyük pay sahibidir. Bu çerçevede, işçiler öncelikle, mücadelelerini daha etkin kılmak için örgütlenmişler, sendikal hareketi başlatmışlardır. Bunun doğal sonucu olarak, taleplerinin siyasal hayata yansımaları için de önce genel oy ilkesinin hayata geçirilmesi için mücadele etmişler, daha sonra da siyasal partilerin ortaya çıkışında önemli rol oynamışlardır. Bu örgütlü mücadele neticesinde, klasik bireysel hakların yanında, sosyal haklar da çağdaş anayasaların tamamında kabul edilmiştir.

⁵ KABOĞLU İbrahim, Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.42

3. kuşak haklar, dayanışma haklarıdır. Dayanışma hakları, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, "Üçüncü Dünya Ülkeleri" olarak adlandırılan ülkelerin baskısı ile gündeme gelmiştir. Bilimsel ve teknolojik gelişmelerin yarattığı ağır sorunlar, bağımsızlığını yeni kazanmış ülkelerin yaşadığı sıkıntılar, çevre kirliliği ve barış özlemi bu hakların ortaya çıkışının temel etkenleridir. Dayanışma haklarının 1. ve 2. kuşak haklardan temel farkı yalnız devlete değil 3. kişi ve kurumlara da görevler yüklemesidir. Gerçekten dayanışma haklarının temel özelliği kişilerin, kurumların ve devletin işbirliğini gerektirmesidir.

Çevre hakkı, barış hakkı, gelişme hakkı ve insanlığın ortak mal varlığından yararlanma hakkı belli başlı dayanışma hakları arasında yer almaktadır. Ancak, insanlık yukarıda belirtilen sorunların çözümü için halen arayış içindedir, dolayısıyla dayanışma haklarının oluşum süreci henüz tamamlanmamıştır.

Dayanışma haklarının insan hakkı olarak kabul edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bu durum, özellikle insan haklarının bütünselliği ilkesi yönünden, büyük önem taşımaktadır. Her şeyden önce, dayanışma haklarının yapısı gereği birey hakkı olarak kabul edilemeyeceği zira bunların 'halkların hakkı' olarak nitelendiği ileri sürülmektedir.⁶ İnsan hakları, kişilerin sırf insan olmakla sahip oldukları haklar olmakla dayanışma haklarının insan hakları kavramı içinde görülebilmesi mümkün değildir. Gerçekten, bu iki kategori arasında nitelikten öteye geçen bir tür farkı bulunmaktadır. Bu durum her şeyden önce kafa karışıklığına, kavram kargaşasına yol açabilecektir.

Diğer taraftan, bu hakların öznesi de belirsizdir. Geleneksel haklar devlete karşı ileri sürülebilirken, 3. kuşak haklar devlete, kişilere ve gruplara karşı ileri sürülebilmektedir. Bireysel hakların henüz yeterince yerleşmediği, benimsenmediği toplumlarda, grup hakları diğer birey haklarının görmezden gelinmesinin, ihmal edilmesinin, yok sayılmasının bir bahanesi olarak kullanılacaktır. Söz konusu haklara yönelik bir başka eleştiri ise, bu hakların kime karşı ileri sürülebileceğinin yani kimlerin ödevli olduğunun belli olmamasıdır. Bu özellik, uygulamada baskıcı rejimlere sorumluluğu üzerlerinden atma olanağı sağlayabilecektir.⁷

⁶ DONNELLY, s.154-155

⁷ DONNELLY, s.156

Nihayet Şunu da ifade etmek gerekir ki, grup haklarının insan hakkı olarak kabulü, daha birey haklarının tam anlamı ile gerçekleŐtirilemediĐi dÜnyamızda, kişilerin kendilerini doĐuŐtan edinilmiŐ statüleri üzerinden tanımlamalarını ve buna bağlı olarak kendi içine kapalı cemaatçi yapıları, ayrımcı toplulukları ve ırkçılığı teşvik edecektir. Kısaca, dayanışma hakları gaye edindiği insani hedefleri gerçekleştirmek isterken, zamanla baskı aracına dÖnüŐme tehlikesini taşımaktadır. Gerçekten, aşağıda iŐleyeceĐimiz hakların bÜtÜnlüğü ilkesi gereğince, dayanışma haklarının insan hakkı olarak kabul edilmesi halinde, bu haklar diğer geleneksel haklarla eşit temellerde kabul edileceklerdir. Bu durumda, sÖz konusu grup haklarını gerçekleştirmek maksadı ile diğer insan haklarının Üstüne Őal serilebilecektir.

Son yıllarda yukarıda belirtilenlerin yanı sıra, 4. kuşak olarak, biyolojik insan hakları da gündeme gelmiştir. Biyolojik insan hakları kavramı, tıp bilimindeki hızlı gelişim sürecinin insan nesli Üzerindeki etkisinden hareketle ortaya atılmıştır. Biyolojik haklar, doğal doğma hakkı, sağlık hakkı ve onurlu bir Şekilde Ölme hakkı gibi alt kategorilere ayrılmaktadır. Biyolojik haklar, günümüzün baş döndürücü bio-medikal geliŐmeleri ile insan haklarını uyumlu hale getirme, uzlaştırma arayıŐı içindedir.⁸

III. İnsan Haklarının BÜtÜnselliği

İnsan hakları, çok farklı kategorilere ayrılmaktadır. Zira insan hakları içerikleri ve iŐlevleri yönünden birbirlerinden farklıdır. Bununla birlikte, bu hakların tamamı kişinin insanca bir yaşam sürdürmesini, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli olanakların sağlanması, kısaca insan onurunu hedeflemektedir. İnsan haklarının her biri, insanın doğasından kaynaklanan temel bir gereksinimini karşılamaktadır. Bu sebeple, insan hakları birbirleri ile iliŐkili ve bağlantılı bir haklar bÜtÜnÜnü oluŐturur. Dolayısıyla bu haklardan birinin eksikliği diğerlerini de etkileyecek, insan onurunun çiğnenmesine neden olacaktır.⁹

İnsan haklarının bÜtÜnlüğü ilkesinin doğal sonucu bÜtÜn hakların birbirine eşit olması, birinin diğerine tercih edilememesi, haklar arasında hiyerarşik bir iliŐkinin

⁸ KABOĞLU, s.284

⁹ KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul 2004, s-26-27

kurulamamasıdır. Dolayısıyla insan haklarının kuşaklara ayrılmasının hukuki bir değeri bulunmamaktadır.¹⁰

İnsan haklarının birbirinden üstün olmamasının ortaya çıkardığı temel sorun, hakların birbirleri ile çatışma ihtimalidir. Bir talebin hak olarak kabul edilebilmesi için, bu talebin mevcut hukuk sisteminin temel mantığı ile çelişmemesi gerekmektedir. Söz konusu talep bir başka hakkı kısıtlıyor ise, bu ikisi arasında uyum sağlanması gerekmektedir. Eğer talep açıkça mevcut sistemin dışında kalıyor ise, uzlaşma değil ancak çatışma söz konusu olabilir.

İnsan haklarının bütünlüğü ve karşılıklı bağımlılığı ilkesi ilk defa 13.05.1968 tarihli Tahran Bildirgesi'nde ifade edilmiştir. BM'nin 16.12.1977 tarih ve 32/130 sayılı kararında da açıkça hakların bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı belirtilmiştir. Nihayet Viyana'da düzenlenen Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen bildirgenin 5. maddesinde de insan haklarının evrensel, bölünmez, birbirine sıkı sıkıya bağlı ve birbiri ile dayanışma içinde olduğu vurgulanmıştır.¹¹

IV. İnsan Haklarının Evrimci Niteliği ile Bütünsellik İlkesinin Çatışması

İnsan haklarının bütünselliği ilkesi özellikle son yıllarda ortaya çıkan yeni hak türlerinin uyum sürecinde önem kazanmıştır. Ancak bu yeni hak türleri çoğu zaman klasik haklarla çatışma halindedir.

Örneğin, kentli hakları son yıllarda ortaya çıkan yeni bir hak kategorisidir. 1992 tarihli Avrupa Kentsel Şartı'nda, güvenlik, kentli hakkının bir unsuru olarak gösterilmektedir. Buna göre, acaba, bir belediye kentli hakkından hareketle, belli bölgelerden gelen yurttaşların kente girişini engeller veya gece sokağa çıkışları kısıtlar ise veya suç oranlarını arttırdığı gerekçesi ile alkol satışını yasaklar ise, söz konusu dayanışma hakkı kolektif bir baskı aracı haline gelmeyecek midir? Benzer bir tehlike kültürel haklarda kendini göstermektedir. Dayanışma haklarının insan hakkı olarak kabulü halinde, kapalı cemaat yapıları içinde ezilen bireylere ulaşabilmek mümkün olamayacaktır. Örneğin, ülkemizde, kadını dışlayan, ikinci sınıf insan gören

¹⁰ KABOĞLU, s.48

¹¹ KALABALIK, s.27

pek çok cemaat bulunmaktadır. Bu grupları kültürel haklara saygı çerçevesinde izlemekle mi yetineceğiz? Yine bazı tarikatlar, devletin çocuklarına temel eğitim vermesine izin vermemekte, bu çocukları kendi kapalı devre sistemleri içinde eğitmektedirler. Acaba bu da farklı kültürlere saygı çerçevesinde mi değerlendirilecektir?

Diğer taraftan, kültürel kimlik haklarının kullanılması, zamanla ayrımcı/ırkçı politikaların ortaya çıkmasına da neden olabilecektir. UYGUN, dinsel ya da etnik bir cemaatin içinde o topluluğun kimliğini benimsemeyen insanlar olabileceğini, topluluğun haklarının devlete karşı ileri sürülebildiği gibi bireyin haklarının de toplumun otoritesine karşı ileri sürülebileceğini savunmaktadır.¹² Dikkat edilir ise bu durum biraz önce verdiğimiz örnekleri karşılayamamaktadır. Zira kadınların çoğu eğitimleri/eğitimsizlikleri nedeni ile yaşadıkları bu hayata rıza göstermektedirler. Çocukların okula gönderilmemesi konusunda da aynı durum geçerlidir. 6 yaşında bir çocuğun okula gidip gitmeme noktasında bilinçli bir karar veremeyeceği açıktır. Dolayısıyla, bireylerin rıza gösterdikleri insan hakları ihlallerinde nasıl bir yol izleneceği oldukça tartışmalı ve belirsizdir.

Yine, insanın onurlu bir hayat sürdürmesini hedefleyen insan hakları kavramı ile insan neslinin yapısının değiştirebilecek genetik araştırmalar yapma özgürlüğü ne ölçüde bağdaştırılabilir? Araştırma hakkı, zaman içerisinde, ari ırk yaratma girişimleri için kullanılamaz mı?

Bu noktada, hakları uzlaştırmak gerekmektedir. Ancak yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı gibi, uzlaştırma her zaman mümkün olamamakta, bilakis, hakların çatışması ortaya çıkmaktadır. İşte bu nitelikte bir çatışmada, öncelikle, insan haklarının sert çekirdeğinin (Yaşama Hakkı - işkenceye, insani olmayan veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmama hakkı, kölelik ve hizmetkarlık yasağı – Ceza yasalarının Geriye Yürümezliği...) dikkate alınmasının daha doğru olacağı kanaatindeyim. Zira bu haklar, uluslar arası sözleşmelerin tamamının koruma altına aldığı, olağanüstü dönemlerde dahi askıya alınamayan, dokunulmaz haklardır.

¹² UYGUN, s.41

Eğer bu kıstas sorunu çözememiş ve çatışan haklardan birinin tercih edilmesi kamu yararını ortadan kaldırıyor ise bu hakkın kullanılmasından feragat edilebileceği kanaatindeyim. Bu çerçevede, grup hakkına istinaden çocuklarını okutmayı reddeden bir cemaate, kamu otoritesi müdahale edebilmeli ve çocuğun manevi varlığını geliştirmesi için zorunlu olan eğitim hakkını kullanmasının önü açılmalıdır. Ancak bu çözüm de bazı hallerde yetersiz kalabilmektedir. Zira, kamu yararının nasıl tanımlanacağı, çoğu zaman iki ucu açık, kişiye ve zamana göre değişebilen tartışmalı bir sorundur.

Bu nedenle, hakların çatışması durumunda “insan onuru “ esas alınmalıdır. Çünkü, makalenin başında açıkladığım gibi, insan onuru insan hakları kuramının çıkış noktasıdır. Bu nedenle, insan onurunu zedeleyebilecek bir insan hakkının söz konusu olabilmesi mümkün değildir. Bu nedendir ki, kişi kendi rızası ile dahi olsa temel haklarından feragat edemez.

Sonuç

İnsan haklarının evrimci özelliği ile bütünsellik ilkesinin uzlaştırılmasındaki temel sorun dayanışma haklarının insan hakkı olarak kabulü noktasında ortaya çıkmaktadır. Hak türlerinin özellikle de soyut talepler içeren hak türlerinin sayısının artırılması hem insan hakları kuramını zayıflatmakta hem de insan haklarının bütünselliği ilkesinin uygulanmasını güçleştirmektedir. Dayanışma hakları hiç kuşkusuz önemli hedefler içermektedir ve insanlığın iyiliğine yöneliktir. Ancak bu durum söz konusu hakların insan hakkı olarak kabul edilmesini gerektirmez. Dayanışma hakları içinde yer alan hususların bir kısmı zaten daha önce 1. ve 2. kuşak haklar içerisinde düzenlenmiştir.

Örneğin kişinin anadilini konuşması yasaklanmış ise bunun kültürel haklar kategorisinde düzenlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bu durum öncelikle eşitlik hakkını, ayrımcılık yasağını ve düşünceyi açıklama özgürlüğünü ihlal etmektedir. Dayanışma haklarının önemli bir bölümü ise devletlerin yurttaşlarına karşı ödevleri niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple bunların da ayrıca düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır.

Şunu önemle belirtelim ki, yerel kültürlerden kaynaklanan geleneklere saygı gösterilmesini talep edebilmek her zaman mümkün değildir. Kölelik, kötü muamele, işkence gibi ortak ahlak anlayışının reddettiği uygulamalar kültürel hak olarak kabul edilmemekte ve bütünsellik ilkesi çerçevesi içinde görülmemektedir.¹³ Bunun dışındaki çatışma hallerinde, öncelik taşıyan özgürlük – ikinci derecede özgürlük ayrımı yapılabilir. İkisinden biri öne çıkar, diğeri geriler; hakların bu şekilde uzlaştırılması kamu düzeni açısından zorunludur.¹⁴ Ancak, en önemlisi bu nitelikte bir çatışmada, insan onuru esas alınmalıdır. Bu sebeple, öncelik kişinin onuruna zarar verebilecek hakka değil, kişiyi özgür kılacak hakka verilmelidir.

¹³ UYGUN, s.32

¹⁴ KABOĞLU, s.88

E s e r T a n ı t ı m ı

ESKİ ÖNASYA TOPLUMLARINDA SUÇ KAVRAMI VE CEZA*

Prof. Dr. Belkıs Dinçol

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR**

“ Hukuk fakülteleri dergilerinde, geçmiş yıllarda, “Eser Kroniği” başlığı altında yayımlanan eser incelemeleri Türk hukuk doktrini ve uygulamalarında önemli etkiler yaratmıştır. Hukuk ana kaynaklarının ve önemli eserlerinin irdelendiği bu tür çalışmalar ve incelemeler bilim hayatımızda önemli yansımalar oluşturmuş ve özellikle geç kuşakların hukuku sevmeleri ve hukuk dünyasını tanımaları yönünden çok yararlı olmuştur. Bu sayımızda böyle bir incelemeyi okurlarımızın yararına sunmaktayız.”

Hukuk dünyası, antik çağ dönemlerindeki hukuku araştırdığında ve tarihsel gelişimi ortaya koyduğunda genellikle Roma Hukukundan söz eder. Roma İmparatorluğunda yaratılmış olan hukuk sistemi batı dünyasını çok etkilemiştir. Ancak Roma Hukukundan önce eski Önasya toplumlarında, Anadolu’da kurulmuş olan uygarlıklarda hukuk, belirli bir düzeye erişmişti. Prof. Dr. Belkıs **Dinçol**’un bundan beş yıl önce yayınlamış olduğu bir eser içeriği küçük ve dar kapsamlı olmasına rağmen bilimsel araştırmalara ışık tutucu güçte bir çalışma niteliğini taşımaktadır. Bu eserde Sümerlerin, Sami Krallıklarının, Hititlerin kanunları ayrı ayrı incelenmiş ve bunlarda yer alan suçlar ve cezalar açıklanmıştır.

Kitap, bir giriş bölümü ile başlamaktadır. Bu bölümde Eski Önasya’da ele geçen en eski hukuk belgesinin M.Ö 2351 –2342 yılları arasına ait olduğu sanılan sosyal içerikli bir ferman niteliğindeki **Urukagina** olduğu ve bunu Kral **Urnammu** zamanındaki Sümer Yasasının izlediği açıklanmaktadır. Sümerlerde bu gibi ferman ve kanunların örf ve adet hukuku ile kralların, yargı görevini yürüten

* DİNÇOL, Belkıs, Eski Önasya Toplumlarında Suç Kavramı ve Ceza, (Türk Eskiçağ Bilimleri Enstitüsü yayını) İstanbul,2003

** Galatasaray Üniversitesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

kişilerin verdikleri kararların toplamı olduğunu yazar ifade ettikten sonra, bu dönemlerde kısas uygulamasının çok yaygın olduğunu ve bu uygulamanın tazminat ile, zaman içerisinde giderek hafiflediğini belirtmektedir. Yazar, kısasın tazminata dönüşmesini ilginç bir ifade ile ortaya koymaktadır: “**Sanığın kendi başını satın alması.**” Aynı bölüm içerisinde Sümer ve Babil kanunlarının olaycı, kazuistik nitelik taşıdıklarını ileri sürmektedir.

Prof. **Dinçol**, çalışmasının devamında Önasya kanunlarını ayrı ayrı saymakta ve bunların özelliklerine değinmektedir. Sümer, Sami, Orta Asur, Babil ve Yeni Babil ve Hitit kanunları arasındaki ve Sümer kanunları döneminin sosyal reformları niteliğini taşımakta, tarihteki ilk suçlu affı bu reform içinde yer almaktadır. Afla ilgili olarak **Urukagina** Kanunlarındaki belirlemeler şöyledir:

“...ödemedikleri borçtan dolayı hapis olan Lagaşlıların borçlu oldukları arpadan, hırsızlıktan, öldürmeden dolayı hapis olan Lagaşlıları memnun etti ve yıkadı, (affetti), özgürlüklerini koydu.... yetim ve dulu kuvvetli adam ezmesin diye....”¹

Sümer kanunları arasında yer alan **Urnammu** yasalarında, kral ülkeye adaleti koydurduğunu, düşmanlık ve kötülüğü silahla uzaklaştırdığını, öksüzün zengine... teslim edilmediğini açıklamakta idi.

Sami kralları tarafından meydana getirilen kanunlara yazar, genişçe yer vermiştir : Bunlar içerisinde Eski Babil Döneminde çıkarılmış **Lipit - İstar** kanunlarında kralın adaleti sağlama görevini tanrılardan aldığını, köleleştirilmiş olan bir şehrin evlatlarının özgürlüklerine ve eşitliğe kavuşturulduğunu ortaya koymakta idi. Aynı dönemdeki kanunlardan **Eşnunna** kanunlarında daha çok özel hukuk ilişkilerinin düzenlenmişti. Aynı dönemde yürürlüğe konmuş olan **Hammurabi** kanunlarının ününe, içeriğinin zenginliğine, etkilerinin güçlü oluşuna, yazar özel bir önem vermektedir. **Hammurabi**'nin kanunlarının sonunda söylediği sözlerin güçlü bir imparatorun bir çeşit gururunu ifade ettiği kolayca anlaşılabilir:

¹ Bkz. Dinçol, a.g.e., 5

“... hakkı yenilmiş ve şikayeti olan bir adam adaletin kralı olan benim heykelimin önüne gelsin. Yazılı kanunumu okusun, kıymetli sözlerime kulak versin, kanunum ona davasını aydınlatsın, davasını anlasın, kalbi ferahlasın...”²

Dinçol'un kitabının devamında Orta Asur kanunlarından söz edilmektedir. Bu kanunlarda kadınların hak ve görevleri ile ilgili bölümlerin bulunması hayli ilginçtir. Yeni Babil kanunlarının açıklandığı bölümden sonra yazar, son derece önemli bir saptamada bulunmaktadır. **Dinçol**'a göre,

“...Eski Önasya yasalarındaki adalet, herkese yasa önünde eşit haklar vermek anlamına gelmiyordu. Çağın adaleti, herkese toplum içindeki yerinin kendisine kazandırdığı hakkı garanti etmeyi amaçlıyordu. Genel anlamda özgürlük yoktu, her toplum kesiminin belirlenmiş özgürlük alanları vardı....”³

Hitit kanunlarına ayrılan bölümde yazar, Boğazköy kazılarında bulunan bazı kanunları belirttikten sonra Hititlerdeki cezalarda diğer Önasya topluluklarında göre daha insancıl bir yaklaşımın bulunduğunu, işkence ile ölüm cezasının kaldırıldığını ve yargı yetkisine sahip olan kralın bu yetkiyi tanrılardan aldığını açıklamaktadır. Adaletin güneş tanrısı tarafından dağıtıldığı “hükmün adil efendisi” şeklindeki özdeyişle belirtilmektedir.

Kısaca tanıtmaya çalıştığımız kitap, suç kavramının açıklamasıyla devam etmektedir. Babillerin, Sümerlerin yaşadığı dönemlerde insanın günaha ve suça yatkın bir varlık olduğu ileri sürüldükten sonra bir Sümer şiirinden alıntı yapılmaktadır: “Doğru ve dürüst bir söz söylüyor akıllı bilginler : Asla günahsız bir çocuk bir anneden doğamaz. ” Benzer nitelermeler kralların dualarında da bulunmakta ve salgın hastalıkların temelinde işlenen günahlar ve suçların olduğu da bir inanç şeklinde ortaya konulmaktadır.

² Bkz. Dinçol, a.g.e, 8. Yazar, kitabında kanunun üzerinde yer aldığı metni stel olarak adlandırmaktadır. Anlaşılması amacıyla bu kısa çalışmamızda bu terim yerine kanun sözcüğü kullanılmıştır.

³ Bkz. a.g.e.,10

Yazar, suçları ölüm cezasını gerektiren suçlar ve diğer suçlar şeklinde ikiye ayırmaktadır. Bu ayırımın da ortaya koyduğu gibi suçların çoğunun cezası son derece ağırdır ve genellikle ölüm cezasıdır. Bakire olan evli bir kadına tecavüz, kocasından nefret eden kadının onu reddetmesi, geceleyin ekin desteleri arasında kişinin yakalanması, saraya veya tapınağa ait eşyanın çalınması, küçük çocuğun çalınması, kölenin kaçmasına yardım edilmesi, birinci derecede kan akrabalar arasında cinsel ilişkide bulunulması gibi eylemler hep ölüm cezası ile karşılanıyordu.⁴

Kitabın son bölümlerinde ölüm cezasının infaz türleri belirtilmektedir : Nehre atmak, asmak, ateşe atmak, yakmak, kazığa oturtmak ve gömmemek, bir çift öküze bağlayarak parçalamak, kafa kesmek gibi..⁵

Ölüm cezasının yanısıra uygulanan diğer cezalar içerisinde tazminat, para cezası, sakatlama, köleleştirme, sürgüne gönderme, kamçılama, saçın yarısını kesme, kralın hizmetinde çalışma, dayak atma, arılara sokturma, bir utanç göstergesi olarak kadının başını örttürme gibi cezaların bulunduğunu yazar öne sürmektedir.⁶

Dinçol, çalışmasında yargıya da yer vermiştir. Ölüm cezasını gerektiren veya karmaşık olan davalara kralın mahkemesinde, sarayda bakıldığı, bu mahkemede son sözün krala ait olduğu; Diğer davaların büyük vezirler, şehir merkezlerindeki yargıçlar ve yaşlılar kurulunda bakıldığı ve Hititlerde kralın başyargıç olarak çıktığı önemli mahkemenin, **kral kapısı - saray kapısı** olarak adlandırıldığı bu bölümde belirtilmektedir.

⁴ Bkz. Dinçol, a.g.e., 12-18

⁵ Bkz. Dinçol, a.g.e., 28-31

⁶ Bkz. Dinçol, a.g.e., 31-39

Yargılamanın en önemli aşamalarının suçlama, ispat ve hüküm olarak üç ana bölüme ayrıldığını yazar belirttikten sonra, iddia eden kişilerin mutlaka ispat etme zorunda bulunması hususuna kitap içerisinde geniş yer vermiş ve örnekler göstermiştir.⁷

Yargıcın adil yargılamayı mutlaka gerçekleştirmesi gerekliliği **Hammurabi** ve **Hitit** kanunlarında açıkça belirtilmiş ve kararından dönen ya da haksız karar veren yargıcın bir daha yargıçlık yapamayacağı da açıklanmıştır.

İncelenen kitabın son bölümlerinde hapisanelere kısaca yer verilmiştir. Eski Yakındoğu'da cezaevlerinin bilinmediği, hapisanelerin daha çok zanlıların soruşturma aşamasında tutulduğu yer olarak kullanıldığı, Asurlularda ve Anadolu uygarlıklarındaki kanun ve mahkeme kararlarında hapisaneler ile ilgili bazı terimlerin geçtiği ancak kesin bilgilerin bulunmadığı ileri sürülmektedir.⁸

Eserin sön bölümü kralların af yetkisine ayrılmıştır. Assur ve Babil krallarının tahta geçtiklerinde teb'anın vergisini ve borçlarını affettiğini, karısını zina halinde yakalayan kocanın affetme yetkisine sahip olduğunu, bu durumda kadına ve aşığına utanç verici ya da sakatlayıcı bazı uygulamalarda bulunduğu açıklanmaktadır.⁹

Kısaca özetlediğimiz, önemli ve ilginç bölümlerini aynen aktardığımız bu çalışma, ceza hukuku tarihi üzerine ilginç bilgileri içermektedir. Geçmiş ile günümüz arasında bağlantılar kurmak isteyen ve bugünkü hukuk sistemimizde yer alan bazı kavram ve kurumların ilk izlerinin ne olduğu yönünde araştırma yapmak isteyen hukukçulara bu kitap önemli bir kaynaktır.

⁷ Bkz. Dinçol,a.g.e., 22-26

⁸ Bkz. Dinçol,a.g.e., 39-41

⁹ Bkz. Dinçol,a.g.e., 41-43

YENİ CEZA İNFAZ SİSTEMİ VE CEZAEVLERİMİZ

Ceza evlerimizin dünü

Yaklaşık 10 yıl önce cezaevlerimizde isyan, yangın, adam öldürme, rehin alma, haraç alma, tünel, firar gibi hemen her gün birçok olayın meydana geldiği hatırlanmalıdır.

Ceza infaz kurumlarındaki bu durum ülkemizin adeta en önemli sorunlarından birini oluşturmaktaydı. Hatta terör örgütlerinin eğitim kamplarını cezaevlerine taşıdığı dahi söylenmekteydi. Her şeyden önce bu durum ülkemizde kamu düzenini olumsuz etkilemekte ve uluslar arası alanda da zor durumda bırakmaktaydı.

Avrupa Konseyinin kurucu üyelerinden olan ve Avrupa Birliği ile entegrasyon yolunda kararlı ve emin adımlarla yürümekte olan Türkiye Cumhuriyetinde son on yıl içerisinde her alanda büyük bir reform ve dönüşüm süreci yaşanmaktadır. Bu bağlamda ceza infaz sistemi alanında da bir dizi köklü reform çalışmaları gerçekleştirilmiştir.

Yaşadığımız Sorunlar

Ceza infaz kurumlarımızın bu durumda olmasının bir çok sebebi bulunmaktaydı;

Sorunlarımızın çözümünü için **yeterli bütçemiz** yoktu,

Terör ve çıkar amaçlı suç işleyenlerin konulacağı "**yüksek güvenlikli**" kurumumuz bulunmamaktaydı,

Başta İstanbul ve Ankara olmak üzere **Büyükşehirlerde cezaevi sorunu** bulunmaktaydı,

Cezaevlerimiz her türlü olumsuzluğun yaşanabildiği **büyük koğuş sistemine** göre inşa edilmişti,

Bir kısmı kiralık olan çok sayıda **küçük ilçe cezaevi** bulunmaktaydı,

Personeli eğiteceğimiz **eğitim merkezimiz** yoktu,

Mahkumlara uygulayabileceğimiz **rehabilitasyon programları** bulunmamaktaydı,

Ceza infaz kurumlarını yargısal anlamda denetleyen **infaz hakimlikleri** müessesesi yoktu.

Ceza infaz kurumlarını sivil toplum adına denetleyen sivil toplum **izleme kurulları** yoktu,

İnfaz hizmetlerinin yerine getirilmesinde ihtiyaçlara cevap verecek **infaz mevzuatımız** yoktu,

Belli başlı bu sorunları aşmadan ülkemizde ceza yargısından, yargı kararı olan ilamların infazından bahsetmek elbette mümkün değildi.

Faaliyetler

Söz konusu reform çalışmaları çerçevesinde;

- **İşyurtları Kanunu** ile genel bütçe dışında önemli kaynak sağlanmıştır. Bu kaynak ile sadece cezaevleri değil, adalet hizmetlerinin diğer alanlarına da her türlü yatırım yapılabilmiştir.
- 13 adet F tipi, 2 adet de D Tipi yüksek güvenlikli cezaevi faaliyete geçirilmiştir
- Başta üç büyük il olmak üzere “cezaevi sorununu çözeceğiz” söylemine uygun olarak, **Ankara** Sincan’da 7 cezaevinin yer aldığı Dünyaya örnek olacak kampus bitirilmiş ve hizmete açılmıştır.
- **İstanbul** ilinin bugün yaklaşık 20.000 hükümlü-tutuklusunu bulmasına karşılık, mevcut cezaevi kapasitesi 8.500 civarındadır. İstanbul ve çevresinde 21 cezaevi ihale edilmiştir. Bu cezaevlerinin tamamı 2008 yılında tamamlanmış olacaktır. Bununla İstanbul ve çevresine 20.000 kapasite yaratılmış olacaktır.
- **İzmir** ilinde cezaevlerinin ihaleleri de bu yıl içinde tamamlanması planlanmıştır.
- İhtiyaç duyulan birçok yerde de halen inşaatlar devam etmektedir.
- Mevcut E Tipi ve Özel tip Cezaevlerimizin tamamı oda sistemine dönüştürülmüştür.
- Mevcut kurumların sosyal, kültürel, sportif faaliyet alanları modernize edilmiştir. 20 E ve Özel tip cezaevinde kurumun dışında bitişik olarak iş ve eğitim atölyeleri, sosyal ve kültürel faaliyet alanları, açık ve kapalı spor alanları bulunan ek üniteler inşa edilerek faaliyete geçirilmiştir.
- 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 18.maddesi uyarınca **akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunan hükümlüler için** Adana, Elazığ, Manisa ve Samsun E-Tipi kurumlarda üniteler yapılmış, inşaatlar bitirilmiş ve faaliyete geçirilmiştir. İstanbul Metris T-Tipi bünyesinde 158 kişi kapasiteli sağlık ünitesi ihalesi de yapılmıştır.
- Ülkemizdeki 389 ceza infaz kurumuna karşın, bu sayı İngiltere’de 139, Fransa’da 182, Almanya’da 248 dir. 1986 yılında cezaevi sayısı 700 civarında olan İtalya’da bu sayı 230 a indirmiştir. Ülkemizde küçük **ilçe cezaevlerinin** bir çoğu kapatılarak, 700 civarında olan sayı bugün itibariyle 389’a düşürülmüştür. 2013 yılı sonuna kadar bu sayının 253’e düşürülmesi planlanmıştır.
- Ankara’dan sonra İstanbul, Erzurum ve Kahramanmaraş **Eğitim Merkezleri** faaliyete geçirilmiştir. Kurumlarımızın Fiziki yenilenmesinin büyük önemi ile beraber tek başına yeterli olmadığının farkında bulunan Genel Müdürlüğümüz, infazın kalitesini belirleyecek olan cezaevi personeline yönelik ciddi

açılımlar gerçekleştirmiştir. Öncelikle ifa edilen görevin toplumsal saygınlığı ve sorumluluğu vurgulanmış, merkez ve taşra ilişkileri kuvvetlendirilmiştir. Personel eğitim merkezlerinde, sürekli eğitim ile başta insan hakları olmak üzere bir çok konuda uzman kadrolarca eğitim verilmektedir. 1.1.2003 tarihinden itibaren her ünvan da eğitim merkezlerimizde 21.581 personel aday memurluk, hizmet içi ve görevde yükselme eğitimi almıştır. Yine Afganistan, Sudan ve Moldova ülke cezaevleri üst düzey yöneticilerine eğitim verilmiştir. Askeri cezaevlerimizin komutan ve diğer çalışanlarına eğitimimizde halen devam etmektedir.

- Mahkumlar için yeni **rehabilitasyon programları** hazırlanmış ve cezaevindeki yaşam koşulları ile temel mahkum hakları konusunda çok önemli iyileştirmeler yapılmıştır.
- Ayrıca ceza infaz kurumlarını yargısal anlamda denetleyen **infaz hakimlikleri** kurulmuş, yine ceza infaz kurumlarını sivil toplum adına denetleyen sivil toplum **izleme kurulları** oluşturularak cezaevi hizmetlerinde şeffaflık sağlanmış, cezaevleri sivil toplum denetimin ve yargısal denetime açılmıştır.
- Diğer taraftan ceza hukuku alanında üç önemli kanun parlamentoda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bunlar **Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'dur.

Ülkemizin çağdaş ve modern bir ceza infaz kanununa kavuşturulması gereği öteden beri biliniyordu. Çünkü 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun günümüz koşullarına uymamakta ve ihtiyaçlara cevap verememekteydi. Modern bir infaz mevzuatı çalışmalarına 23/12/2000 tarihli Bakanlık Oluru ile karar alınmış ve ilk Komisyon merhum hocamız, Ord. Prf. Dr. Sulhi DÖNMEZER başkanlığında 22/01/2001 tarihinde toplanarak tasarı üzerindeki çalışmalarına başlamıştır.

Tasarı üzerindeki çalışmalara DÖNMEZER'in vefatı üzerine ara verilmiş, daha sonra kurulan yeni bir komisyon ile kanunun TBMM'de kabul edildiği 13/12/2004 tarihine kadar devam etmiştir. DÖNMEZER tasarısında adı "Ceza ve Tedbirlerin İnfazı Hakkında Kanun" olan tasarı, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun" adıyla 13/12/2004 tarihinde TBMM' de kabul edilmiş, 29/12/2004 tarihli ve 25685 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 5275 sayılı Kanun olarak yürürlüğe girmiştir.

Merhum hocamızın en büyük ideallerinden birisi, yeni ve modern bir infaz anlayışıydı. İleri yaşına ve elverişsiz sağlık koşullarına rağmen, İstanbul'dan gelerek katıldığı Komisyon çalışmalarındaki enerjisi, azmi, kararlılığı, bilimselliği, yöneticiliği ve engin hukuk bilgisi herkesi kendisine hayran bırakmıştır.

Söz konusu kanunun ilk Komisyonuna başkanlık eden merhum hocamız DÖNMEZER, ceza infaz alanındaki eşsiz tecrübesiyle katılanlara ışık tutmuş, ülkemizin böylesine modern, çağdaş ve günümüz Avrupa'sının en ileri normlarını içeren bir kanuna sahip olmasını sağlamıştır. Kendisini minnet ve şükranla anıyoruz.

Ceza ve İnfazla ilgili üç temel yasa hazırlanırken temel felsefe insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi, ayrıca suç işleyen kişilerin çağdaş iyileştirme yöntemleri ile eğitilerek ve insanlık onurları korunarak yeniden topluma kazandırılması olmuştur.

Bu çerçevede hapis cezasına alternatif bir takım tedbirlere yer verilerek söz konusu yasalarda kısa süreli cezalara mahkum edilen kişilerin cezalarının toplum içerisinde denetlenerek çektirilmesi ve böylece cezaevi ekonomisine katkı sağlanması, suçun önlenmesi, suç mağdurunun ve toplumun korunması ve de mahkumların rehabilitasyonunun kendi sosyal çevrelerinde gerçekleştirilmesi de hedeflenmiştir.

Bu amaçla, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu yürürlüğe konulmuş olup; bu kanun ile Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne bağlı yeni bir Daire Başkanlığı kurulmuştur.

İnfaz hizmetlerini yerine getirmede ihtiyaç duyulan kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgeler yürürlüğe konulmuştur. Bugün ülkemizde infaz hizmetlerini yerine getirebileceğimiz, ihtiyaçlarımızı karşılayan mevzuata kavuşmuş durumdayız.

Çalışmalar sonucu bugün itibariyle kurumlarımızda Devlet hakimiyeti sağlanmıştır.

Dünyanın her ülkesinde en fazla tartışılan kamu binalarının başında cezaevleri gelmektedir. Cezaevlerine bakış, o devletin hukuk kültürünü de belirleyen etkenlerden biridir.

Avrupa Birliği katılım süreci içerisinde bulunduğumuz bu dönem içerisinde, cezaevleri alanında bir kısmını belirtmeye çalıştığımız köklü reformlar gerçekleştirilmiştir. Ancak yakalanan bu nokta asla duracağımız yer değildir. Yenilenme ve yapılanma doğası gereği devamlılık gösterecektir

Sosyal bir hukuk devletinin doğal sonucu olarak cezaevlerinde bulunanlar, asla toplumun gözden çıkardığı bireyler olarak görülmemektedir. Bizler kendimizi, yardım ihtiyacı olduğuna inandığımız ve bir süre sonra birlikte yaşamak durumunda kalacağımız insanları, eğiterek sosyalleştirmek ve tahliye sonrası yaşama hazırlamak konusunda görevli ve ödevli hissediyoruz.

İnfazdaki temel amaç; tüketen, yararsız, miskin, asi, hayata küskün, kendisi ile barışık olmayan mahkum tipinden, üreten, toplumla ve kendisiyle barışık, hatalarından ders almış, kurallara uyan, kendisini sosyal çevre için yararlı hisseden mahkum tipine geçişin başarılmasıdır. Bizde bunu büyük ölçüde başardığımızı inanıyoruz.

Taraf olduğumuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu ilkeleri kapsayan ve titizlikle uygulanmasını isteyen bir sözleşme olup, insan haklarını ve onurunu koruyan çağdaş bir normlar bütünüdür.

Bu sözleşmede yer alan yükümlülükler ışığında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye devletlere yönelik olarak bir dizi tavsiye kararı almış bulunmaktadır. Bu tavsiye kararları yasa koyucular için birer referans kaynağı haline gelmiştir. Özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11 Ocak 2006 tarihli Rec. 2006 (2) sayılı tavsiye kararı olan Yeni Avrupa Cezaevi Kuralları mahkumların insanca muameleye tabi tutulması ve eğitilerek topluma kazandırılması noktasında çağdaş ve modern bir anlayışı içeren ilkeler koymaktadır.

Yine taraf olduğumuz Avrupa İşkenceyi Önleme sözleşmesi gereğince kurulmuş olan Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin genel raporları ile üye ülkeler hakkında yayınladığı tavsiye raporları bizler için birer referans kaynağı olmalıdır. Çünkü bu raporlarda mahkumların yaşam koşullarının iyileştirilmesi ve modern iyileştirme yöntemleriyle topluma kazandırılması konusunda tavsiye ve yorumlara yer verilmektedir.

Burada, doğal olarak sivil toplumun bu alanda oynadığı rolün önemine de değinmek gereklidir. Mahkumların modern yöntemlerle topluma kazandırılması ve cezaevlerinde yaşam koşullarının iyileştirilmesi için sivil toplum ile işbirliği zorunlu hale gelmiştir. Çünkü sivil toplum çeşitli alanlarda eğitim, yardım ve uzman desteği sağlayabilmekte, olumlu tavsiyelerde bulunabilmektedir. Ayrıca diğer kamu kurumlarının, meslek örgütlerinin ve Üniversitelerimizin infaz hizmetlerine katkısı mutlaka olmalıdır. Bu katkıyı her zaman beklemekteyiz.

Sevgili hocamız için hazırlanan bu programda emeği geçen herkese sonsuz teşekkür eder, hocamızı bir kez daha rahmet ve minnetle anarken saygılar sunarım.

Kenan İPEK

Hakim

Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü

KAÇAKÇILIKLA MÜCADELEDE YENİ KANUNDAKİ YAKLAŞIMLAR*

Av. Emin CANACANKATAN

Hazırlandığı dönemin koşullarından etkilenmemesi mümkün olmayan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun, doğal olarak o dönem için geçerli aşırı ve tekelci korumaların izlendiği koşullarda yürürlüğe girmişti. Bu Kanun, yaklaşık 70 yıla yakın bir süre yürürlükte kalmıştır.

1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanunu yürürlükten kaldırmanın ve yerine yeni bir kanun getirmenin gerekçeleri olarak, herkesi potansiyel suçlu sayan, sistematiği, anlam bütünlüğü olmayan, Anayasal haklarla çelişen, aynı suçun cezasını farklılaştıran, korumacı ve tekelci dönemin izlerini taşıyan, AB normlarına ters düşen, suçla ceza arasındaki dengeyi kuramayan bir kanun olması gerekçeleri ileri sürülmüştür.

Yine, günümüz koşullarının çok farklılaştığı, dünya ticaretin de engellerin kaldırılmaya başlandığı, kuralların ortak hale geldiği, insan haklarının geliştiği, AB gibi bölgesel bütünleşmelere göre kuralların geliştirildiği belirtilerek geçmiş aksaklıkların tümüyle önlenmesinin amaçlandığı da belirtilmiştir.

En önemlisi de ekonomik suça ekonomik ceza düşüncesinden hareket ettiği bildirilerek 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Son yıllarda yapılan önemli yasal bir hareket olan ceza mevzuatı değişikliklerinde, **gerek Ceza Kanunu ve gerekse Kabahatler Kanununa konulan hükümlerde bu kanunların genel hükümlerinin diğer suç ve kabahat düzenlemesi yapan kanunlar için uygulanması gerektiği belirtilmiş ise de Anayasa Mahkemesinin 2006/35 Esas sayılı kararı ile Kabahatler Kanununun 3. maddesi Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilerek, diğer**

* 03 Mart 2008 tarihinde Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen “Yeni Kaçakçılık Kanunu” konulu Foruma sunulan bildiri.

kabahatlerin Kabahatler Kanununa uydurulması mecburiyeti kaldırılmış bulunmaktadır.

Bu durumun zorunlu bir yansıması olarak, özel ceza kanunu niteliğinde olan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun değiştirilmesi, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yeni Türk Ceza Muhakemesi Kanununa uyarlı bir hale getirilmesi zarureti doğmuştur.

Yapılan çalışmalar sonucunda da 4926 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 5607 sayılı Yeni Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp kabul edildikten sonra 31 Mart 2007 günlü resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Kısaca sunduğum bu gelişmeler sonrasında 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu ile 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu arasında hemen göze çarpabilecek bazı farklılıkları ortaya koymaya çalışacağım.

1-) 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun Genel Değerlendirmesi

a- Kanunun Getirdiği Yeni Düzenlemeler

5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu son şekli ile 5 ana bölümden oluşmuş, 1. bölümde amaç ve tanımlar, 2. bölümde kaçakçılık teşkil eden fiiller, 3. bölümde usul hükümleri, 4. bölümde çeşitli hükümler, 5. bölümde ise geçici ve son hükümler düzenlenmiştir.

1918 sayılı Kanunun herkesi potansiyel suçlu sayan, suçla ceza arasındaki dengeyi kuramayan, ekonomik suçta ekonomik ceza verilmesi gerektiği mantığıyla hareket ederek 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununu hazırlayan kanun koyucu, yeni yasayı hazırlarken bu düşüncüyü terk ederek, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda hapis cezasını yeniden kanuna koymuştur.

Hatta, hapis cezasıyla da yetinmeyen kanun koyucu bu kez hapis cezasının yanında adli para cezası verilmesini de yasaya eklemiştir.

Kısaca ana başlıklar halinde 5607 sayılı Kanunun farklılıklarını arz etmek uygun olacaktır :

1. 5607 sayılı Kanun ile başta da belirttiğimiz gibi; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa uygun ve paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Kanunda suç ve kabahat fiilleri birlikte tanımlanmıştır.

Ayrıca, suç ve kabahat fiillerinin düzenlendiği fıkrada ceza yaptırımına da yer verilmiştir ki, bu uygulamada kolaylık sağlayacak yerinde bir düzenleme olmuştur.

2. 5607 sayılı Kanun esas itibarıyla özel bir ceza kanunu niteliğindedir.

Kaçakçılık fiilleri ve yaptırımları tanımlanmıştır.

Suç ve kabahatlerle ilgili olarak uygulanacak genel hükümler için TCK, CMK ve Kabahatler Kanununa gönderme yapılmıştır.

Kanun bununla birlikte, suç ve kabahatte ağırlaştırıcı halleri de (nitelikli haller) düzenlemiştir.

Yine tanımladığı suç ve kabahatlere ilişkin olarak etkin pişmanlık hükümleri de sevk edilmiştir.

Kanun, Kabahatler Kanununda olmamasına rağmen, kabahat olarak tanımladığı kaçakçılık fiillerine – mükerrerlik halinde cezayı arttırıcı – hükümler de koymuştur.

Kaçakçılık fiillerinin önemi göz önüne alındığında bu tür bir düzenleme gayet yerinde olmuştur.

3. 5607 sayılı Kanunda, mülga 4926 sayılı Kanunda yer alan Gümrük Komisyonlarına yer verilmediği ve bu komisyonların kaldırıldığı gözlenmiştir.

Söz konusu gümrük komisyonlarının teşkil edilebilmesindeki kısıtlı imkanlar ve zorluklar ve özel ceza kanunu olan ve yaptırımları idari değil, adli nitelikteki böyle bir kanunda bu tür bir düzenlemenin yapılmış olması kanaatimizce yerinde olmuştur.

Ancak özellikle kabahatlerde idari para cezası vermeye yetkili kılınan Cumhuriyet Savcılıkları ile Gümrük İdaresi arasında çok iyi bir iletişim kurulması gerekmektedir. Aksi halde, kabahatlerin gerek soruşturma zaman aşımı gerekse yerine getirmenin zaman aşımına uğrama tehlikesi vardır.

Kanun tekerrür halinde kabahatin yarı oranında arttırılacağını hükme bağlamış ve tekerrüre esas alınacak idari para cezaları hakkındaki kayıtların, Gümrük Müsteşarlığı bünyesinde tutulmasına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceğini öngörmüştür.

Bu durumda gerek bu yönetmeliğin bir an önce çıkarılması, gerekse uygulamasının savcılıklarla işbirliği içinde yapılması önem taşımaktadır.

4. 5607 sayılı Kanununda tanımlanan suçlara konu eşyalara el koyma ve müsadere tedbirinin genel, kabahatlere konu eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi tedbirinin ise istisnai olarak uygulanacağı anlaşılmaktadır.

1918 ve 4926 sayılı Kanunların aksine, 5607 sayılı Kanunda kaçak zannı ile el konulan eşyanın, soruşturma ve yargılama safhasında teminatlı olarak sahibine iadesine yer verilmemiş, iade sadece suça ve kabahate konu eşyayı taşıyan araçlar için ön görülmüştür. Bu durum kanaatimizce eksik kalmış ya da göz ardı edilmiş bir husustur. Zira, teminatla malın iade edilmemesi uygulamada bir takım zorluklar yaratacak, el konulan malların korunması zor durumlarda ekonomik

ömrünü yitirmesi, telef olması söz konusu olabilecek, malların kamu eli ile açık arttırma sonucunda tasfiye edildiği iddia edilse bile bu gibi durumlarda yapılan ihalelerde yaşanan zorluklar ve sıkıntılar düşünüldüğü zaman bu eksikliğin önemi daha da fazla ortaya çıkacaktır.

5. 5607 sayılı kanunda tanımlanan suç ve kabahatlere; teşebbüs, iştirak, içtima hallerinde TCK'na, Kabahatler Kanununa gönderme yapılmıştır.

İçtima ile ilgili olarak sadece, tanımlanan suç ve kabahatlerin -belgede sahtecilik- yapılarak işlenmesi halinde her suçun cezasının ayrı ayrı verileceği belirtilmiştir.

6. 5607 sayılı kanunda genel ceza sistemine uyulmuş ve ayrıca, teşekkül ve toplu tanımlarına yer verilmemiştir.

Suç ve kabahatlerin örgütlü veya toplu işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.

Toplu kavramı da TCK ve CMK 'na uygun olarak;

“Üç ve daha fazla kişi” ölçü alınarak belirlenmiş ve bu şekilde işlenen suç ve kabahatlerin cezasının yarı oranında arttırılacağı hükme bağlanmıştır.

Kaçakçılık suç ve kabahatlerini işlemek üzere örgüt kurma, yönetme, örgüte üye olma suçu işlendiğinde de TCK.m.220'ye göre takibat yapılmayacaktır. Zira; Türkiye Cumhuriyetinin de katıldığı ve kanun olarak Türkiye Büyük Millet Meclisince de kabul edilen yasaya göre örgütlü olarak işlenen suçlarda 4800 sayılı sınırı aşan örgütlü suçlara karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Onaylanmasına Dair Kanunun gerektirdiği örgütlü suç unsurlarının aranması gerekecektir.

5607 sayılı Kanunda tanımlanan suç ve kabahatlerin örgüt marifetiyle işlenmesi halinde bu kanuna göre verilecek cezalar iki kat arttırılacaktır.

7. Yürürlükten kaldırılan 4926 sayılı Kanunda düzenlenen “kamu davasının açılmaması”, “suç uydurma ve iftira, para cezalarının tahsili ve müteselsil sorumluluk” düzenlemelerine yeni Kanunda yer verilmemiştir.

Bu durum TCK, CMK ve Kabahatler Kanunundaki düzenlemelere uygun ve paralel bir düzenleme olmuştur.

8. 5607 sayılı Kanunla etkin pişmanlık yeniden düzenlenmiştir.

Buna göre suç ve kabahatlere iştirak eden ancak bunu resmi makamlar haber almadan önce merciine haber verenlerin cezalandırılmayacakları belirtilmiş ve yürürlükten kaldırılan 4926 sayılı Kanunla ödenmesi öngörülen muhbir ikramiyesi kaldırılmıştır.

Haber alındıktan sonra bildirenlerin cezasında daha önce yarı olan indirim oranı 2/3 olarak belirlenmiştir.

Ayrıca, - kanun gereği ithali yasak eşya ithal etmek suçu - dışındaki suçu işleyenlere soruşturma evresi sona erinceye kadar pişmanlık gösterme imkanı tanınarak, suça konu eşyanın gümrüklenmiş değerinin 2 katı ödenmek şartıyla cezada yarı oranında indirim yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hükmün mükerrerler hakkında ve suçun örgütlü işlenmesi durumunda uygulanmayacağı belirtilmiştir.

9. 5607 sayılı Kanunla Türk Ceza Kanununa paralel olarak suçların tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği düzenlemesi yapılmıştır.

10. Yürürlükten kaldırılan 4926 sayılı Kanunun 16. maddesinde, “ Kaçakçılığı önleme, izleme ve soruşturmakla görevi olanlar, - mülki amirler, Gümrük ve Gümrük Muhafaza Amir ve Memurları, Emniyet, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlığına

bağlı personel - olarak sayılmış iken, 5607 sayılı Kanununun 19/1 fıkrasında bu personel, Kaçakçılık fiillerini önleme, izleme ve araştırmakla yükümlü " kılınmıştır. Bu personel ile ilgili olarak yeni kanunda " Soruşturma" ibaresi kullanılmamıştır.

Bunun 4926 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 160. maddesine göre, " soruşturma görevinin " Cumhuriyet Savcısına ve onun yardımcısı olarak çalışan adli kolluk görevlilerine verilmesinden kaynaklandığını düşünüyoruz. Ancak, bu durum Kanunun m.19/1. fıkrasında sayılan personelin görev ve yetkilerini kaldırmış değildir.

Adı geçen personel eskiden olduğu gibi kaçakçılığı önleme (suç ve kabahatler işlemeden önce) ve izleme, araştırma (suç ve kabahatler işlendikten sonra) görevlerini gerek bu kanundan gerekse diğer görev veren mevzuata dayalı olarak yapacaklardır.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa göre savcılıkça soruşturması yapılarak kamu davası açılması gereken nitelikte, bir suçun veya kabahatin işlendiğine dair iz, emare veya delile rastlamaları halinde derhal gereği için Savcılık makamına intikal ettirmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır.

11. Yürürlükten kaldırılan 4926 Sayılı Kanunda suçlar için ağırlıklı olarak para cezası yaptırımına yer verildiğini, 5607 sayılı Kanunda, suçlara hapis cezası ve adli para cezası birlikte öngörüldüğünü belirtmiş idik. Ancak, 4926 sayılı Kanunda suç olarak düzenlenen bazı fiiller ise 5607 sayılı yeni Kanunda kabahat olarak tanımlanmış ve idari para cezası yaptırımına bağlanmıştır.

b- Kanunda Tanımlanan Suç ve Kabahatlerin Yürürlükten Kaldırılan 4926 Sayılı Kanunla Karşılaştırılması

Yürürlükten kaldırılan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda kaçakçılık teşkil eden fiiller 3.maddede sayılmış, bu fiiller için uygulanması gereken cezalar 4. maddede düzenlenmiş, 5. maddede ise ağırlaştırıcı nedenler sıralanmıştır.

Oysa ki;

5607 sayılı Kanunda bu kez 2. bölüm kaçakçılık fiillerinin belirlenmesine ayrılmış, 3. maddede ise suçlar ve kabahatler olmak üzere kaçakçılık fiilleri iki bölümde ele alınmıştır.

İthalat ile ilgili yeni düzenleme :

1-) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun kaçakçılık fiillerini düzenleyen 2. bölümünde suçlar ve kabahatler başlığı altında 3. madde de suç teşkil eden kabahatler ve fiiller sıralanmıştır.

Bu sıralamaya göre;

Madde 3/1'de eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithal etmek,

Madde 3/2'de eşyayı, sahte belge kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin Türkiye'ye ithal etmek,

Madde 3/3'de transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakmak,

Madde 3/4'de belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, sahte belge ile yurtdışına çıkarmış gibi işlem yapmak,

Madde 3/5'de birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın almak, satışa arz etmek, satmak, taşımak ve saklamak,

Madde 3/6'da özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis etmek, satmak veya devretmek yada bu özelliğini bilerek satın almak veya kabul etmek,

Madde 3/7'de ithali kanun gereği yasak olan eşyayı ithal etmek,

Madde 3/8'de antrepo veya geçici depolama yerlerindeki serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, gümrük idaresinin izni olmadan kısmen veya tamamen çıkarmak veya değiştirmek,

Madde 3/9'da geçici ithalat, dahilde işleme ve gümrük kontrolü altında işleme rejimi çerçevesinde ülkeye getirilen eşyayı, gümrük işlemlerini gerçekleştirmeksizin serbest dolaşıma sokmak,

Madde 3/10'da genel düzenleyici idari işlemlerle ithali yasaklanan eşyayı ithal etmek,

Madde 3/11'de ithali, lisansa, şarta, izne, kısıntıya veya belli kuruluşların vereceği uygunluk veya yeterlilik belgesine tabi olan eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla ithal etmek,

ithal kaçakçılığı olarak kabul edilmiştir.

Madde 4'te ise nitelikli haller sayılmıştır .

Şöyle ki; söz konusu suçların ve kabahatlerin örgüt faaliyeti çerçevesinde, üç veya daha fazla kişi ile, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde, kaçakçılık fiillerini önlemek, izlemek, araştırmakla görevli kişilerce yapılması halinde, belgedeki sahtecilik yapılarak işlenmesi halinde, gibi haller, artırım nedenleri gösterilmiştir.

2-) Madde 3'ün devam eden fıkralarında ihracat kaçakçılığına yönelik suç ve kabahatler sayıldıktan sonra, en önemli olarak 3/18 maddesinde ;

“ Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlar ile 10. fıkrada tanımlanan kabahat fiilleri teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır.”

hükmü getirilmiştir.

Kısaca sıraladığımız bu maddeler arasında hemen göze çarpabilecek birkaç hususu arz etmek istiyorum.

Öncelikle 3/1. maddede bildirilen eşyayı hiçbir gümrük işlemine tabi tutmaksızın yurda nereden girdiği belli olmayan bir şekilde Türkiye'ye ithal eden kişiye verilen 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10.000 güne kadar adli para cezasının yanı sıra, ithal edeceği eşyayı devletin ilgili gümrüklerine getirip ithal etmek için gerekli beyannameyi düzenleyen, ödenmesi gereken vergi, resim ve harçlarını

ödeyen kişinin beyan ettiği kilo, adet, evsaf yada tarife istatistik pozisyonunda farklılık çıkması halinde ayrıca evrakta sahtecilik suçundan da yargılanması ve bu suçtan da ayrıca cezalandırılması hususu çok dikkat çekicidir.

Bir yanda malı tamamen kayıtsız, belgesiz, vergisiz, nereden geldiği belli olmayan şekilde ithal eden bir kişi daha az ceza alırken, diğer yanda devletin gümrüklü alanlarına malını getiren, beyanname veren, vergi, resim ve harç ödeyen kişi hem kaçakçılıktan hem sahtecilikten daha ağır bir cezaya mahkum edilmektedir.

Kanaatimizce bu husus bir an önce çözümlenmesi gereken bir husus olup kaçakçılığa özendirici bir husustur.

Yine, 5607 sayılı Kanunun Yeni TCK ve CMK'ya uyumlu hale getirilmesi iddiasına karşı ortaya çıkmış bir çelişkiye de değinmek istiyoruz.

TCK Madde 5'te; "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" denilirken; TCK Madde 35'te; "Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur " denilmektedir.

Oysa ki;

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 18. maddesinde tanımlanan suçlar ile kabahat fiillerinin teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile tamamlanmış gibi cezalandırılacağı hükmü getirilmiştir.

Bu durum TCK'nın özüne ve ruhuna aykırı olduğu gibi 5607 sayılı Kanunun çıkarılması amacına da aykırılık teşkil etmektedir.

Bu aykırılıkların da zaman içerisinde gerek uygulamada gerekse de yüksek mahkeme içtihatlarında çözüme kavuşturulması uygun olacaktır.

İHRACAT KAÇAKÇILIĞI ve
5607 SAYILI KANUN İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİM*

Av. Taylan ERİMER

İhracat kaçakçılığı ile ilgili suç ve kabahatler 5607 sayılı Kanun 3.maddesinin 12-13-14-15-16 fıkralarında düzenlemiştir. 3.maddenin 17 ve 18.fıkraları ise hem ithal hem de ihracat kaçakçılığı ile ilgili ortak hükümlerdir.

5607 sayılı Kanun ihracat kaçakçılığını ikiye ayırmıştır. Bu kanunun 3.maddesinin 12 ve 14. fıkraları kaçakçılık suçlarını, 13 ve 15.fıkraları kaçakçılıkla ilgili kabahatleri düzenlemiştir.

Kanunun 3.maddesinin 12.fıkrasında Türkiye'den ihracı yasak olan maddeyi ihraç etme suçu düzenlenmiştir.Burada önemli olan husus ihracatı yasak olan maddenin kanunla belirlenmesidir. İdari düzeltmelerle getirilen yasaklamalar bu kapsamda değerlendirilmez; Çünkü bu fıkrada sarıh olarak kanun gereği denilmiştir. Halen yürürlükte olan mevzuatımıza göre kanunla yasaklanan bir madde yoktur. İleride kanunla yasaklanan bir madde konulması durumunda bu madde tatbik imkanı bulacaktır.

Uyuşturucu madde ihracatında ise 5607 sayılı Kanun'a göre ihracat kaçakçılığı hükümleri uygulanamaz. Bunun yerine 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 188.maddesi uygulanacaktır; Eski eser kaçakçılığı da böyledir.

Kaçakçılık suçunu düzenleyen diğer fıkra ise 3.maddenin 14.fıkrasıdır. 14.fıkra gerek mahkeme kararlarında ve gerekse halk arasındaki tanımı ile hayali ihracat olarak bilinmektedir. Burada bir çok suç unsuru bu fıkra içinde yer almaktadır. İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu, malın cinsi, miktarı, evsaf veya fiyatını değişik göstermek olarak tarif edilen hayali ihracat, kanuna göre suç değildir. Bu unsurları havi Gümrük Çıkış Beyannamesi (bundan böyle G.Ç.B olarak belirtilecektir) kullanarak haksız kazanç sağlamak suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıca faili de aynı fıkra içinde tarif edilmiştir.Buna göre fail, kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız kazanç sağlayan kişidir.

* 03 Mart 2008 tarihinde Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından düzenlenen "Yeni Kaçakçılık Kanunu" konulu foruma sunulan bildiri.

14.fıkranın son cümlesi ise "Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında %10'u aşmayan bir fark oluşması halinde 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır. Şeklindeki bu madde, yazılış itibariyle, uygulamada büyük anlaşmazlıklara sebep olacaktır. 4926 sayılı Kanunda 3. c fıkrasının a bendinde ihraç edilen eşyanın yapılan beyan ve ek belgelere göre miktarı veya cinsinde %10'dan fazla çıkması suç olarak belirtilmesine rağmen,5607 Sayılı Kanunda bu fıkra yer almadığı için %10 fazlalık bir müeyyideye tabi değil iken %10'a kadar fazlalığın bu son cümle ile müeyyidelenmesini anlamak mümkün değildir.

14.fıkranın tatbikatında tarif edilen suçun unsurları yönünden meydana gelecek problemleri kısaca ortaya koymak yararlı olacaktır.

1) G.Ç.B ile Kanundaki fiilleri işleyen şahıs bilahare iade, teşvik, sübvansiyonlardan faydalanmak istemeyip resmi mercilere müracaat etmediği halde suç faili olamayacağına ve 4926 sayılı Kanun hüküm kalktığına göre %10'u aşan beyanlar ne olacaktır ?

2) İhracat yapıldıktan asgari 1 ay sonra, iade, sübvansiyon ve teşviklerden faydalanmak üzere müracaat edildiği nazara alınırsa Gümrükte bu ihlaller tespit edildikten sonra bu ara safhada suç oluşacak mıdır ? Örneğin malın cinsinde, fiyatında ve evsafında gümrük çıkışta %10 dan fazla fark bulunursa henüz parasal haksız bir çıkar sağlanmadığına göre fail kim olacaktır, ceza verilebilecek midir ?

3) Sahte tanzim edilen G.Ç.B. ile haksız çıkar sağlayan kişi bu fıkra hükmüne göre mi, yoksa T.C.K 158/E fıkrasına göre mi yargılanacaktır ?

4) Eximbank'tan 10.000.000\$'lık bir ihracat kredisi alan şahıs 30.000.000\$'lık bir ihracatı varken 1.000.000\$'lık bir ihracatında gümrükte %11 fazlalık çıkması halinde bu şahsın Eximbank kredisi alması dolayısı ile haksız çıkar sağladığı iddia edilebilecek midir.?

Kaçakçılıkta kabahat fiillerine gelince: 3.maddenin 13.fıkrası idari işlemlerle yasaklanan maddelerin ihracını kabahat fiili olarak değerlendirerek, buna idari para cezasını öngörmüştür. Bu fıkra ile ayrıca ihracatı şarta, izne, lisansa, kısıntıya veya belli bir kuruluşun vereceği uygunluk veya yeterlik belgesine tabi olan

eşyayı aldatıcı işlemlerle ve davranışlarla yurt dışına gönderen kişi kabahat suçu işlemiş sayılmaktadır. Bu fiillere misal vermek gerekirse:

- a) İdari emirle yasak maddenin, örneğin tiftik keçisinin, tütün tohumunun veya kuş gribi ortaya çıktığında kanatlı hayvanların ihracatı,
- b) Şarta bağlı yasak madde ihracat kaydı; Örneğin, geçici kabul veya dahilde işleme belgesine dayanarak ithalatı yapıp üretilen malların yapılacak ihracatlar,
- c) Lisansa bağlı madde fındık ve zeytin yağı gibi ihracatlar (bunlardan tarım fonları alınmaktadır.)
- d) Kısıntıya bağlı madde; örneğin ipek tohumu - flora ile ilgili tarım ürünleri
- e) Yeterlik belgesine bağlı madde: T.S.E standart tabi mallarda bu belge ile yapılan ihracat,

Diğer bir kabahat fiili ise Kanununun 3.maddesinin 15.fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkrada kabahatler sayılmıştır. Bu fiillerden gümrük vergilerini ödemek, aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergilerini kısmen veya tamamen ödememek kabahat olarak belirtilmiştir. Türkiye’de ihracatta vergi yoktur. Ancak bazı maddeler için fon vardır. Bu fıkra ancak ihracat üzerine vergi konulduğu takdirde işleyecek bir hüküm olacaktır.

İhracat kaçakçılığını böylece özetledikten sonra 3.maddenin 16.fıkrasının da yer alan aracılı ihracat konusuna gelirse, bu hüküm gerek 4926 ve gerekse 5607 sayılı Kanun tasarılarında yer almakla birlikte Türkiye İhracatçılar Meclisi ve Türk Trade’nin çalışmaları neticesi T.B.M.M Adalet Komisyonunda kabul edilerek kanunlardaki yerini almış bir hükümdür. Ancak aracılı ihracat Japonya’nın ihracat mevzuatından alınan ve maalesef ülkemizde yasal dayanağı olmayan tebliğlerle düzenlenmeye çalışılan bir sistemdir. Japonya’da dış ticaret şirketlerinin ana görevi dünyada pazarlama yaparak müşteri teminidir. Kobiler dünyadaki müşterilere veya kendi bulunduğu müşterilere ihracatlarını bu dış ticaret şirketleri üzerinden yaparlar. Kobiler, gümrük işlemleri, kredi gibi konuları bu dış ticaret şirketleri üzerinden yaptıklarından bütün güçlerini de üretime vererek başarılı olmuşlardır.

Bu model Türkiye’ye ihracat rejim kararları ile gelmiş, ancak yasal dayanağı bulunmadığından dış ticaret şirketleri ile kobiler arasında yapılan anlaşmalar kaçakçılık suçları itibarıyla bizzat hayali ihracat suçunu işleyen kobi ve şahısları

korumuş ve suçu olmayan dış ticaret şirketleri mensuplarını cezaya muhatap etmiştir. Bu da alt firma olan kobilerin hayali ihracat yapmasını teşvik etmiştir. 4926 sayılı Kanun ceza sorumluluğunu alt firmalara yönetmesi üzerine hayali ihraç denilen olay asgari hadde düşmüştür. Bu konuda dış ticaret şirketlerinin de daha dikkatli olmalarını sağlamak üzere bu şirketlere nezaret görevini yerine getirmemekten dolayı da idari para cezası öngörülmüştür.

I) 5607 Sayılı Kanunla Gelen Aleyhte Hükümler :

1) 4926 sayılı Kanun ekonomik suça ekonomik ceza mantığı ile kaçakçılık fiillerinde cezaları para cezası olarak belirlemiştir. Mahkemece teşekkül halinde suçlar hariç, kaçakçılık fiillerine verilen para cezalarının ödenmemesi halinde bu para cezaları hapse tahvil edilmekte olup, bu tahvilin azami haddi 3 yıl hapis olduğu bilinmektedir.

Buna karşılık 5607 sayılı Kanunda kaçakçılık fiiline verilen para cezaları kaldırılmış yerine hapis cezası ve bir de adli para cezaları eklenmiştir. Örneğin, 4926 sayılı Kanunun 3/a-2. maddesindeki her hangi bir eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın Türkiye'ye ithalin cezası 4/a-2'de gümrüklenmiş eşyanın 3 katından az 6 katından fazla olmamak üzere verilen ağır para cezasının ödenmemesi halinde hapis süresi neticeten 3 yıl iken, aynı fiilin 5607 sayılı Kanunun 3.maddesi 1. fıkrasına göre müeyyidesi 1-5 yıl hapis ve 10.000 gün adli para cezasıdır. Ödenmeyen adli para cezası hapse çevrildiğinde, 10.000 gün adli para cezası, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanunu'nun 106. maddesine göre 3 yıl hapis ve bakiye amme alacağı olarak kalacaktır. Bu şekilde cezanın arttırıldığı bir görünüm ile karşılaşılmaktadır.

2) Kaçakçılık fiilleri kişiler tarafından yapıldığı kabul edilerek dava gerçek kişiler hakkında açılmakta ve 1918 ve 4926 sayılı Kanunlarda bu kişilerin görev aldığı tüzel kişiler hakkında bir müeyyide bulunmamakta idi. 5607 sayılı Kanunun 4.maddesinin 3.fıkrası bu Kanunda tanımlanan suçların tüzel kişilerin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenmesi halinde tüzel kişiye de güvenlik tedbirleri uygulanmasını öngörmüştür. Bu tüzel kişiler aleyhine getirilen yeni bir hükümdür.

T.C.K'nin 20.maddesi ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu açıkça ortaya koyduğuna göre kaçakçılık suçlarında dava açılmadığına aleyhine açılacaktır. Tüzel kişi hakkında bir dava açılmadığına göre savunması alınmadan tüzel kişilere

güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına mahkeme nasıl karar verecektir. Bir tüzel kişiye T.C.K'ye göre müeyyide uygulanırken onun savunmasını almamak ne kadar ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşabilir.

3) 1918 sayılı Kanun 46. maddesi, müşterek kaçakçılık edenlerle kaçakçılığa yardım edenlerden alınacak para cezasına bunlardan her biri müteselsilen mesuldür diyerek tek bir para cezası kabul edilmiştir. 4926 sayılı Kanun 28. maddesinin son fıkrası da 1918 deki aynı hükmü getirdiği halde 5706 sayılı Kanun böyle bir hüküm getirmediği için müteselsil sorumluluğu kaldırmış ve sanıkların para cezalarından müstakil sorumlu olarak sorumluluklarını kabul etmiştir.

Bu durum sanıkların aleyhine adaletsizliğe yol açan bir hükümdür. Örneğin, 5607 sayılı Kanunun 2.fıkrasına göre sahte fatura ibraz ederek aynı malı ithal eden iki şirketten birinin yönetim kurulu 3, diğerinin 15 kişiden ibaret olması halinde, biri 30.000 güne göre adli para cezası, diğeri ise 150.000 güne göre adli para cezası ödeyecektir; Bu hal suçun eşit ceza ile karşılanması ilkesine aykırıdır.

4) Gerek 1918, gerek 4926 sayılı Kanunlarda el konulan eşyanın soruşturma ve yargılama safhalarında yargı mercilerince teminat karşılığı sahibine iadesine karar verilebildiği halde, 5607 sayılı Kanun bu yetkiyi kaldırmıştır. Çabuk bozulan, çabucak değer kaybeden malların dava konusu sonuçlandırılıncaya kadar bekletilmesi ne mal sahibine, ne idareye, ne de devlete bir faydası düşünülemez. Bu yetkinin kaldırılması da aleyhte olmuştur ve yanlıştır.

II) 5607 Sayılı Kanunla Yaratılan Sorunlar:

1) Görevli mahkeme ve kaçakçılık davalarının resmi evrak sahtekarlığı ile birleşip birleşmeyeceği:

4926 sayılı Kanunun 26. maddesinde, 4.madde yazılı suçlara Asliye Ceza Mahkemesinin bakacağı, 5.maddedeki teşekkül halinde suçlara ağır ceza mahkemesinin bakacağı açık olarak belirtilmişti.

5607 sayılı Kanunun 17. maddesinin 2. fıkrasında kaçakçılık suçlarının Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca belirlenecek Asliye Ceza Mahkemesinde görüleceği belirtilmiştir. Bu fıkranın 2. cümlesi ise bu suçlarla bağlantılı resmi belgede sahtekarlık suçunun işlenmesi halinde görevli mahkemeyi Ağır Ceza Mahkemesi olarak tayin etmiştir. Bu şekilde yetkili mahkeme konusu ihtilaflara sebebiyet vermiş bulunmaktadır.

5607 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra açılan kaçakçılık davalarında Asliye Ceza Mahkemelerinin görevsizlik kararı vererek dava dosyalarını Ağır Ceza Mahkemelerine göndermeleri üzerine Ağır Ceza Mahkemeleri de görevsizlik kararı vermişlerdir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Asliye Ceza Mahkemelerinin görevsizlik kararını kaldırarak Asliye Ceza Mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu 05.06.2007 tarihli ve 857/130 sayılı kararında kaçakçılık suçları ile sahtecilik suçlarının bağlantılı olmasında yargılamanın Ağır Ceza Mahkemelerinde yapılması görüşünü getirmiştir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi bu karara rağmen eski görüşünde direnmiş, ancak son zamanlarda Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına uyan kararlar vermeye başlamıştır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesinin ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararlarını da nazara alarak şahsi görüşlerimizi ortaya koymak uygun olacaktır.

1) 5607 sayılı Kanununun 17. maddesinin gerekçesinde “kaçakçılık davalarının özelliği; özel ihtisas gerektirmesi ve ihtisaslaşmanın sağlanması amacı ile özel ihtisas mahkemeleri kurulmasının öngörülmekte olduğu” belirtilmiştir. Kanununun 17/2 maddesinde de bu suçlarda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Asliye Ceza Mahkemelerinin yetkili olacağı açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm 5235 sayılı Kanuna da uygun olup, Ağır Ceza Mahkemelerinin kaçakçılık davalarına bakmaması gerekmektedir.

2) 5607 sayılı Kanununun 17. maddesi 2. fıkrasının son cümlesinde yer alan “kaçakçılık suçları ile bağlantılı olarak resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde görevli mahkeme Ağır Ceza Mahkemesidir” hükmünün, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun anladığı şekilde, kaçakçılık suçları ile belgede sahtecilik suçlarının birleştirildikten sonra Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanması gerektiği yönündeki karar doğru değildir. Kaçakçılık davalarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun tayin edeceği 1 numaralı Asliye Ceza Mahkemeleri bakmalıdır. Resmi belgede sahtekârlık suçlarına ise, doğrudan doğruya Ağır Ceza Mahkemesi bakacaktır.

Bu bakış açımızın dayandığı gerekçeler şu şekilde açıklanabilir :

a. Yargıtay Genel Kurul kararında belirtildiği üzere kaçakçılık ile resmi belgede sahteciliğin ayrı ayrı ve birleşik olarak işlenmesi halinde dahi bu fiillerin cezası 5235 sayılı Kanuna göre Asliye Ceza Mahkemesinin görevinde kalmaktadır.

b. 5607 sayılı Kanunda kanun koyucu kaçakçılık suçlarının özel mahkemelerde görülmesini öngördüğü halde, özel mahkeme olarak hangi Ağır Ceza Mahkemesinde görüleceği hususunda özel bir hüküm getirmemiştir. Getirdiği hüküm ise ancak Asliye Ceza Mahkemelerine aittir. (Yargıtay kararında belirtildiği üzere Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 5607 sayılı Kanundan alınmayan bir yetkiye dayanarak 1 numaralı Ağır Ceza Mahkemelerini görevlendirmesi 5607 sayılı Kanuna aykırı olacaktır.

c. 5607 sayılı Kanunun 17. maddesinin son fıkrası dikkatle incelendiğinde, resmi belgede sahtekârlık suçunun kaçakçılık suçu ile bağlantılı işlenmesi halinde, resmi evrakta sahtekârlık suçu için 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adli Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkındaki Kanunda, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçları 204/1 maddesinde eklendiği şekilde anlamak gerekmektedir. Diğer bir ifade ile, kaçakçılıkla bağlantılı olmak şartıyla resmi belgede sahtecilik suçu Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanacaktır.

Eğer Kanun koyucu bu iki davanın birlikte Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesini istese idi 17.maddenin tanziminde” bu kanun kapsamına giren suçlardan dolayı açılan davalar Asliye Ceza Mahkemesinde, ancak bu suçla bağlantılı resmi belgede sahtecilik suçunun işlenmesi halinde Ağır Ceza Mahkemesinde görülür. Bu mahkemeler Adliye Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirtilir” şeklinde olurdu.

Bu düşüncelyi doğrulayan olay şudur : Kaçakçılık fiilinin 01.06.2005 tarihinden önce işlenmesi ve iddianamesinin 01.06.2005'ten sonra yazılması durumunda, yetkili mahkeme Ağır Ceza Mahkemesi olarak belirtilmiş, resmi belgede sahtekârlık suçu ise Asliye Ceza Mahkemesinde açılmıştır.

Ağır Ceza Mahkemelerinin 765 sayılı T.C Kanun'un 102 ve 104 Maddeleri gereğince kaçakçılık suçları hakkında düşme kararı verdikleri hallerde resmi belgede sahtekârlığın hangi mahkemede görüleceği sorunu çözümlenmemiştir. 17. maddenin son fıkrasına göre kaçakçılık suçu ile bağlantılı olduğu ve kaçakçılıkla birleşmediği için, resmi belgede sahtecilik suçu Ağır Ceza Mahkemesinde mi yargılanacak, yoksa Asliye Ceza Mahkemesinde mi kalacaktır? Bu bakımdan 17. maddeye göre Ağır Cezada yargılanması Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında olduğu gibi iki suçun birleşmesine bağlanırsa yargı mercii Asliye Ceza olacaktır.

5607 Kanununun 5235'e ek bir hüküm getirdiği kabul edilirse, kaçakçılığa bağlı tüm resmi belge sahtekârlığı suçlarının, birleşme olsun veya olmasın, memur bulunsun ya da bulunmasın, Ağır Ceza Mahkemesinin görevine girmesi gerekecektir. Yargıtay Genel Kurul kararı bu açıdan da konuya bir açıklık getirmemiştir.

2) Asli Ceza, Fer'i Ceza Değerlendirmesi:

5607 sayılı Kanunda Ceza Hukuku ana ilkelerine aykırı bir konuya değinmek yerinde olacaktır. Ceza hukukunda ana düşünce, işlenen suçun mahiyetine göre verilecek ceza ile hem suçun önlenmesi hem de failin ceza süresinde ıslah ile cemiyete kazandırılmasıdır. Bu nedenle cezaların miktarının asli ceza ile belirlenmesi ve fer'i cezalarla diğer hususların düzenlenmesi gerektiği bilinen bir husustur.

5607 sayılı Kanunun 3, 4, 5 ve 6.maddelerindeki fiillerin ceza alt sınırı 3 ile 6 ay ve üst sınırı 2 yıl iken, bu fıkralardaki para cezası 5000 güne kadar adli para cezasıdır. Bu para cezasının ödenmemesi halinde hapse çevrilmesindeki süre ise 3 yıldır. Asli cezanın 3-6 ay olduğu bir fiilin fer'i cezasının 3 yıl olması bir çelişki ve tutarsızlıktır.

3) 5607 sayılı Kanunun adı, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'dur. Bu başlığı taşıyan Kanunun kaçakçılık fiillerini önleme amacını taşıması gerektiği halde tam tersine kaçakçılığı teşvik etmektedir.

Örneğin gümrüğe getirilip devlet kontrolüne tabi tutulan bir eşyanın vergisini daha az ödemek için düşük fiyatla bir fatura ibraz ederek, vergisini noksan ödeyen şahsın cezası 5607 sayılı Kanunun 3.madde 2. fıkrasına göre 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve onbin güne kadar para cezasıdır; Ayrıca 4.maddenin 5. fıkrasına göre 5237 sayılı Kanunun 204/1.maddesi gereğince 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

5607 sayılı Kanunun 3.maddesinin 1.fıkrasında malı gümrüğe sokmadan ve devlete değil kısmen ya da tamamen vergi ödemediği yurda ithal eden kişiye verilecek ceza ise 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10.000 gün adli para cezasıdır.

Bu iki durum ve uygulanacak maddeler ayrı ayrı karşılaştırıldığında, Kanunun gümrük işlemlerine eşyayı tabi tutmadan sokmayı daha cazip hale getirdiği ortaya çıkmaktadır ki, bu mantığı anlamak mümkün değildir. Kanun gümrüğe

sokulmadan ithal edilen mallara daha ağır bir ceza getirmeli veya gümrüğe getiren mallardaki sahte resmi evrak suçunu kaçakçılığın unsuru haline getirmelidir.

4) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununa göre, kanunen yasaklanmış veya genel düzenleyici işlemlerle yasaklanmış veya ithali izne, lisansa, şarta, kısıntıya veya izne tabi tutulmuş eşyanın dışındaki malın ithal ve ihracı serbesttir. İhracatla vergi alınmadığı için problem olmamakla birlikte ithalatta vergi vardır. Gümrükte bu verginin alınmasında vergi miktarını azaltan belge kullanılmasında veya ihraç edilen mala ait K.D.V geri alınmasında devlete verilen vergi ziyai olduğu halde,213 sayılı V.U.K 359 madde gereğince vergi ziyanına sebebiyet veren kişiler hakkında vergi kaçakçılığından dava açılmakta, hiçbir zaman burada kullanılan faturalar nedeni ile ayrı bir dava açılmamaktadır. V.U.K fatura ve belgeler suçun unsuru sayıldığı halde gümrükte aynı belgelerle eksik vergi ödeyenler hakkında ayrıca resmi evrak sahtekarlığından dava açılmasının ve bu hususun Kanunda yer almasının uygun olmadığı kanaatindeyim. Çünkü her iki fiilde vergi ziyandan doğmuş bulunmaktadır. Ayrıca 5237 sayılı Kanunun 5.maddesi dolayısı ile aynı Kanunun 44.maddesindeki fikri içtima uygulanmak gerekmekte değil midir.

5) Kaçakçılık suçu ile ilgili olarak yargılaması yapılan resmi evrakta sahtekarlık suçu üzerinde önemle durulması gerekmektedir.

1918 sayılı Kanunun 31.maddesi kaçakçılık suçuna bakan mahkemeleri ihtisas mahkemesi olarak gördüğü için, “kaçakçılık münasebeti ile T.C.K’da yazılı sair cürümlerin işlenmesi hakkındaki içtima hükümlerinin uygulanmayacağı” belirtilmiştir.

1932 yılında 1994 yılına kadar kaçakçılık davaları ile birlikte resmi evrak sahtekarlığı ile ilgili her hangi bir dava açılmamış iken 1994 yılında Yargıtay’ın bir ceza dairesinin içtihadında ayrıca resmi evrakta sahtekarlık fiilinden yargılama yapılması istenmiş ve böylece yargı sistemimizde kaçakçılık ile resmi evrak sahtekarlığının ayrı ayrı görülmesi ortaya çıkmıştır. 765 sayılı T.C.K’nun 79.maddesine göre bir fiil ile Kanunun muhtelif hükümlerinin ihlali halinde en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı yargılama yapılması gerekir iken bu kaideye uyulmamıştır.

4926 sayılı Kanunun 12.maddesinde sahte belge düzenlemek başlığı ile gelen düzenleme ile, “gümrük idarelerinde işlem görmediği halde işlem görmüş gibi herhangi bir belge veya beyanname düzenleyenler veya bu suçları bilişim yoluyla

işleyenler hakkında Türk Ceza Kanun'unun evrakta sahtekarlık ve bilişim alanındaki suçlarla ilgili hükümlerine belirtilen cezalar bir kat artırılarak uygulanır denmektedir. Gümrük idarelerinin mühür ve damgalarını değiştirerek veya çalarak veya sahte veya çalınmışlarını tedarik ederek kullananlar hakkında Türk Ceza Kanununda belirtilen cezalar bir kat artırılarak uygulanır" şeklindedir. Buradaki sahte resmi belge gümrük idarelerinde işlem görmediği halde işlem görmüş şeklinde tanzim edilen beyannamelerdir.

5607 sayılı Kanununun 4.maddesinin 5.fıkrasında ise belgede sahtecilik yaparak işlenmeyi müstakil suç saymıştır. Burada da asıl olan sahit bir belge üzerinde sahtecilik yapmak ise 4926' da sayılan fiillerden ayrı bir fiildir.

Oysa ki tatbikatta suç olarak belirtilen belgeler gümrüğe müracaatla ihracat ve ithalat için Gümrük Giriş Beyannamesi (G.G.B) veya Gümrük Çıkış Beyannamesi (G.Ç.B) tanziminde gümrükte görülen bir işlemdir.

G.Ç.B ve G.Ç.B beyannamesini verdikten sonra ithalat ve ihracatla gümrüğe müracaatla mal miktarı ve fiyatını her zaman değiştirme hakkı vardır.

Dolayısı ile muayeneye kadar G.Ç.B ve G.G.B'nin hukuki statüsü devlete verilen bir beyandır. Muayene sonunda muayene memuru, muayeneyi yapıp belgeli kapattıktan sonra kolcuya malı teslim eder ve yükleyip ihraç edilir. Veya ithali için muayene yapıp uygunluk verilir. Bu safhadan sonra G.G.B ve G.Ç.B ancak resmi belgedir.

Bu belgeyi tanzim edenler muayene memuru ve kolcu olup, ithalat ve ihracatçının resmi belge alma aşamasında bir yetki ve sorumluluğu yoktur. Memurların fiilleri 2537 sayılı T.C.K 204/2.maddesinin şümulündedir.

Gümrüğe beyan verildikten sonra muayene esnasında malın eksik ve fazla miktarda veya fiyatta çıkması halinde ihracatçı ve ithalatçının eylemi bizce 5237 sayılı T.C.K'ye göre 206. maddeye değil, 204/1. maddeye girmektedir.

5607 sayılı kaçakçılıkla Mücadele Kanunu tatbikatta bir çok probleme sebep olacaktır. Ayrıca Kanun tekniği ve 5237 sayılı Y.T.C.K hükümleri ile çatıştığı için tatbikatta uygulama farklarına sebebiyet verecektir.

4626 sayılı Kanun'un tatbikatı görülmeden yargıdan görüşler ortaya konulmadan yapılan bu acele değişikliklerin müspet neticeler vermesinin düşünölemeyeceği kanaatindeyim.