

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

OCAK
ŞUBAT
MART
2010
SAYI

1

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ
ISSN: 1308-0474

Sahibi
Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi
İşletmesi adına
Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Editör
Genel Yayın Yönetmeni
Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür
Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

- Prof. Dr. Duygun Yarsuvat
- Prof. Dr. Köksal Bayraktar
- Av. Fikret İlkiz
- Prof. Dr. Durmuş TEZCAN
- Prof. Dr. Yener ÜNVER
- Doç. Dr. Ümit Kocasakal
- Yard. Doç. Dr. Barış ERMAN
- Arş. Gör. Dr. Pınar MEMİS
- Arş. Gör. Gülşah KURT YÜCEKUL
- Av. Elif YARSUVAT
- Av. Mustafa TIRTİR
- Av. Aysun DALKILIÇ
- Av. İlkan KOYUNCU

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi
Cemile Meral
0212/511 54 32 Dahili: 112

İletişim Adresi
Türk Ceza Hukuku Derneği
Nuruosmaniye Cd. 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
Eylül 2010

İçindekiler

Çev. Prof. Dr. Köksal Bayraktar	1	XII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları
	4	XVIII th International Congress of Penal Law and Istanbul Decisions
	7	Le XVIII è Congrès International de Droit Pénal et les Decisions D'Istanbul
	10	El XVIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal y Las Decisiones de Estambul
Çev. Av. Elif Yarsuvat	13	Hazırlık Hareketleri ve İştirakın Genişleyen Biçimleri/Karar/Müzakereler
	28	The Expanding Forms Of Preparation And Participation / Resolution
	33	L'elargissement Des Formes De Preparation Et De Participation/ Résolution
	39	La Expansión de las Formas Preparatorias y de participación Resolución
Çev. Av. Serdar Mermut	45	Terörizmin Finansmanı/Karar
	58	Financing Of Terrorism/Resolution
	65	Le Financement Du Terrorisme/ Résolution
	73	Financiación Del Terrorismo/ Resolución
Çev. Dr. Iur. Pınar Memiş	81	Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı/Karar/Müzakereler
	102	Special Procedural Measures And Protection Of Human Rights/ Resolution
	110	Mésures Procédures Spéciales Et Respect Des Droits De L'homme/ Résolution
	119	Medidas Procesales Especiales Y Protección de Los Derechos Humanos Resolución
Çev. Dr. Barış Erman	131	Evrensel Yargı Yetkisi/Karar/Müzakereler
	156	Universal Jurisdiction / Resolution
	160	Compétence Universelle / Résolution
	165	Jurisdicción Universal / Resolución

XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi ve İstanbul Kararları

Türk Ceza Hukuku Derneği 2010 yılının Suç ve Ceza Dergisinin birinci sayısı ile, bir yıl önce, 20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlediği ve dünya ceza hukuku açısından çok önemli olan XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi Kararlarını sunmaktadır.

Bilindiği gibi geçen yıl Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin (AIDP) beş yılda bir dünyanın çeşitli ülkelerinde düzenlediği kongre Türkiye'de yapıldı. Böyle bir toplantı son derece önemli ve tarihseldir. Çünkü doksan yıldan bu yana her beş yılda bir düzenlenen uluslararası bir toplantıdır. Bu nedenle kongre öncesinde ve hemen sonrasında değindiğimiz gibi, bu kongre forum niteliği taşımıştır. Dünyanın hemen her ülkesinden gelen ceza hukukçularına tartışma, görüşme ve eleştirme ortamı sağlamıştır.

Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin önemli bir niteliği de her beş yılda bir dünyanın en önemli sayılabilen bir ceza hukuku sorununu çeşitli açılardan bildirilerle, görüşmelerle tartışma fırsatını yaratmasıdır. Her kongreden 2 – 3 yıl önce ana konu saptandıktan sonra, bu ana konunun ceza hukuku ve yargılama hukuku açısından alt sorunları ortaya konulmakta ve bilim adamları bu sorunların kendi ülkelerindeki çözüm biçimleri üzerinde görüşmekte ve tartışmaktadırlar. İstanbul'daki XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin ana konusu "Küreselleşmenin Ceza Adalet Sisteminin Önüne Çıkardığı Başlıca Sorunlar" başlığını taşımaktaydı. Bu sorunların başlıcasını, dünyanın önündeki tehdit olarak nitelendirilen "Terörizm" oluşturmaktaydı. Kısaca, gerçekleştirdiğimiz kongrede terörizmin XXI. yüzyılda insanın önüne koyduğu çeşitli sorunlar ele alınmıştı. Bu sorunlar içerisinde maddi ceza hukuku yönünden "hazırlık hareketleri ve iştirakin alanının genişlemesi"

* Çeviri: Prof. Dr. Köksal Bayraktar, TCHD Başkanı

tüm yönleriyle tartışılırken, yargılama hukuku yönünden de “özel yargılama tedbirleri ile insan haklarının korunması kavramının ikilemi ve evrensel yargı yetkisi” görüşüldü; bunun dışında “terörün mali kaynakları”, bir konu olarak irdelendi. Özetle terörün dört ayrı boyutu incelendi araştırıldı; görüşler, eleştiriler, kongrede oluşturulan dört ayrı çalışma grubunda bir hafta süresince ortaya atıldı ve sonunda kararlar oluşturuldu.

Her bir grup içerisinde en az iki yüz civarında ceza hukukçusu kendi ülkeleri ile ilgili bildirimleri, çeşitli yönlerden ortaya koydu ve dört ayrı Genel Raportör sunulan bildirimleri sistematik şekilde özetleyerek Genel Kurul’da kabul edilen kararların temelini oluşturdu.

Bu çerçevede Türk Hukuk Dünyası’nda 20 – 27 Eylül 2009 tarihleri arasında bir bilimsel şölen yaratıldı. Bu şöleni, Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri ve yöneticileri birlikte gerçekleştirdiler ve yaşadılar.

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin bu son kongresi ile ilgili olarak Türk Ceza Hukuku Derneği, Türkiye Ulusal Raporları’nın ve Genel Raporlar’ın bulunduğu Türkçe kitabı yayınladığı gibi, Genel Raporlar’ın, Karar Taslakları’nın ve Soru Listeleri’nin bulunduğu Fransızca ve İngilizce kitapları da yayınladı.

Bu çerçevede Türk Ceza Hukuku Derneği sadece kongreyi gerçekleştiren, alt yapısını kuran bir dernek olmakla kalmayıp, Türkçe, İngilizce ve Fransızca üç ayrı yayını gerçekleştiren ve bu yayınları kongreye katılan her üyeye ayrı ayrı dağıtan bir etkinliği de sağladı.

Türk Ceza Hukuku Derneği böyle bir bilimsel etkinliği gerçekleştirmiş olmaktan dolayı sevinçli ve onurludur. Aynı zamanda, Türk Ceza Hukuku Derneği, çağdaş ve temelde bilimsel gelişmeyi sağlama amacı güden önemli bir hareketi gerçekleştiren bir kuruluş olmaktan dolayı da gurur duymaktadır.

Bu kongreden hemen sonra derneğimizin yayın organı olan Suç ve Ceza Dergisi’nin 2009/2 ve 2009/3 sayılarında, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin 90 yıldan bu yana yaptığı 17 kongre sonunda ayrı ayrı kabul edilen Kararların Türkçe çevirileri yayınladı. Bu çevirileri yayınlamaktaki amacımız Ceza Hukuku alanında hangi sorunların tartışıldığını, bu sorunlar karşısında tarihsel gelişiminde ne gibi tutum ve

kuralların uyguladığını Türk Hukuku'na sunmaktı. Bu işlev de başarıyla yerine getirildi.

Suç ve Ceza Dergisi'nin bu sayısı ile Türk Ceza Hukuku Derneği, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin İstanbul'daki kongresi ile ilgili, bence, son noktayı koymaktadır. Çünkü İstanbul kongresinde alınan kararlar derneğimizin genç ve değerli dört üyesinin katkılarıyla Türkçeye çevrilmiş ve bu kararların tartışmaları da özet olarak bu sayımızda yayınlanmış olmaktadır.

Karar çevirilerinin ve görüşmelerin Türkçe metinlerinin yanı sıra bunların İngilizce, Fransızca ve İspanyolca metinleri de bu yayın içinde yer almıştır. Böylece herkes Kongre'de alınan Kararları, yapılan görüşmeleri, anadilinde ya da Türkçe karşılıklarında okuyabilme olanağı bulabileceklerdir.

Tekrar edelim ki İstanbul'da düzenlenmiş, önemli, tarihsel ve Türkiye'mizin yüzünü güldüren bir Uluslararası Kongre'nin, bu yayın ile, son aşamasını gerçekleştirmiş bulunuyoruz. İki yıl süren hummalı ve insanüstü hazırlık çalışmaları ile gerçekleştirilen kongrede yayınlanmış üç ayrı kitaptan, Türkçe ve İngilizce broşürlerden, Suç ve Ceza Dergisi'nin 2009/2 ve 2009/3 sayılarından sonra İstanbul Kararları ile kongrenin perdesi kapanmaktadır.

Türk Ceza Hukuku Derneği üyeleri ve yöneticileri Uluslararası Ceza Hukuku Derneği(AIDP)'nin kongresini İstanbul'da düzenleme gibi önemli bir başarılı olaya imza atmış olmaktan dolayı mutludurlar. Bu mutluluk aynı zamanda topluma ve hukuk dünyasına hizmet verebilme mutluluğudur.

Yeni Kongrelerde bir arada olmak, bizleri ve toplumu bekleyen ceza hukuku sorunlarını ve ceza adaletinin geleceğini tartışmak ve birlikte çözümler üretmek dileğiyle...

XVIIIth International Congress of Penal Law and Istanbul Decisions

The Association of Turkish Penal Law presents with the first volume of 2010 of the journal “Crime and Punishment”, the decisions of the XVIIIth International Congress of Penal Law which has been very important for the world of penal law and which has been held in Istanbul one year ago, the 20 – 27 September 2009.

A congress is realized by the International Penal Law Association (AIDP) every five years in different countries and the last one has been held in Turkey last year. This reunion has been extremely important and historical because it is an international congress which has been held every five years for ninety years. So as we mentioned before and after the Congress, this has been a forum-like Congress. Penalists coming from all around the world have found a platform which has given them the opportunity to discuss, negotiate and debate.

An important feature of the International Congress of Penal Law is that every five years it creates the possibility to discuss and debate a penal law issue which may be considered as the current most important issue of the world by declarations from various perspectives. The main subject is defined 2 – 3 years before each congress. After that, the sub-topics in terms of criminal law and criminal procedural law are defined by jurists who later debate and discuss the possible solutions of these issues within the context of their domestic laws. The subject of the International Congress of Penal Law held in Istanbul was the “The Principal Challenges Posed by the Globalization of Criminal Justice.” The main one of these problems was defined as the “Terrorism.” Briefly, the main problems which individuals face in the 21st century because of the terrorism have been discussed at this Congress. Within these problems, while all aspects of “The expanding forms of preparation and participation” have been discussed in terms of criminal law, “Special procedural measures and the Protection of Human Rights” have been discussed in terms of criminal procedural law and “Financing Terrorism” has been discussed within the criminal law special part. In brief, four different dimensions of the terrorism have been analyzed and ascertained; different views, comments and criticisms have been raised in each of the four groups and finally decisions have been taken.

In each group, at least two hundred penalists have brought forward the declarations related to their own countries and four rapporteurs have systematically resumed these declarations which formed the basis of the decisions accepted by the General Assembly.

In this context, this organization realized the 20 – 27 September 2009 has been a scientific feast for the Turkish Legal World. Member and administrators of the Association of Turkish Penal Law have carried out this feasts altogether.

The Association of Turkish Penal Law has published a Turkish book containing Turkish National reports in addition to books containing the General Reports, Draft Decisions and Question Lists translated in English and French.

During this event, the Association of Turkish Penal Law has not only realized the Congress and built its infrastructure; but has also published three books in Turkish, English and French which have been distributed to all members participating to the Congress.

The Association of Turkish Penal Law is proud and happy to have realized such a scientific event. Our Association is also proud to be an institution which has accomplished a contemporary event which has aimed to provide scientific development.

Shortly after this Congress, the issues 2009/2 and 2009/3 of the journal “Crime and Punishment” containing the Turkish translation of the decisions accepted after the seventeen congresses which have been realized for ninety years have been published. Our aim of publishing these decisions was to present to Turkish Law which issues concerning criminal law had been discussed and which rules and attitudes had been adopted in the historical development. We consider that this objective has been achieved.

I think that this issue of “Crime and Punishment” is the last step of the International Congress of Penal Law; because the decisions taken at the Congress held in Istanbul have been translated in Turkish by four young members of our association and the discussions about the decisions have also been published in brief in this issue.

This issue also includes the English, French and Spanish translations of the decisions and the negotiations, in addition to their Turkish translation. Thus, everyone is going to be able to read the decisions taken at the Congress and the discussions in his own native language.

We want to stress that with this publication we have achieved the final stage of this important and historical International Congress. After the publication of the two issues 2009/2 and 2009/3 of “Crime and Punishment”, the brochures in Turkish and in English and the three different books, the Istanbul Decisions can be considered as the final step.

The members and the administrators of the Association of Turkish Penal Law are happy to have succeeded to realize the Congress of the International Penal Law Association (AIDP) in Istanbul. This happiness covers also having the opportunity to render service to society and to legal world.

We hope to meet in new congress and to be able to debate the new criminal law issues which the world may face and try to find solutions and to discuss the future of the penal law.

Le XVIII è Congrès International de Droit Pénal et les Decisions D'Istanbul

L'Association Turque de Droit Pénal, présente dans le premier bulletin de l'année 2010 de la revue «Crime et Châtiment» les décisions prises lors du XVIII è Congrès International de Droit Pénal qui constitue une importance particulière pour le droit pénal mondial et qui a été réalisé entre le 20-27 Septembre 2009 à İstanbul.

Un congrès est organisé par l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) tous les cinq ans et le dernier a été réalisé en Turquie l'année dernière. Une telle réunion est extrêmement importante et historique; car c'est une réunion internationale organisé tous les cinq ans depuis quatre-vingt dix ans. C'est pour cette raison que; comme nous l'avons précisé avant et après le Congrès, ce Congrès porte les caractéristiques d'un forum. Ceci a permis aux juristes venant de tout les pays du monde de trouver une plate-forme de discussion, de débat et de critique.

Le fait qu'un problème de justice pénale considéré comme l'un des plus importants, puisse être débattu sous tous les angles tous les cinq ans est une particularité importante du Congrès International de Droit Pénal. Le sujet principal est défini 2-3 ans avant chaque congrès et les problèmes concernant ce sujet au regard du droit pénal et de la procédure pénale sont déterminé par les juristes qui s'entretiennent et qui discutent sur la façon de résoudre ces problèmes. Le thème du XVIII è Congrès International de Droit Pénal réalisé à İstanbul était «Les Principaux Défis Poses Par La Globalisation à La Justice Criminelle.» Le terrorisme, étant une menace pour le monde entier, était considéré comme le problème principal. En définitive, les problèmes que le terrorisme cause au 21ème siècle ont été discutés au Congrès que nous avons réalisé. Tandis que tous les aspects de «L'élargissement des formes préparatoires et de participation » ont été débattus en termes de droit pénal, les «mesures de procédure spéciales et respect des droits de l'homme» ont été discutés en termes de procédure pénale. «Le financement du terrorisme» a été également examiné. En somme, quatre différentes dimensions du terrorisme ont été étudiées et examinées; des points de vue et des critiques différents ont été disputés dans les quatre

groupe durant la semaine du Congrès et pour terminer les décisions ont été prises.

Dans chaque groupe aux alentours de deux cent pénalistes ont expliqués les déclarations concernant leur pays et les quatre rapporteurs ont résumés systématiquement ces déclarations qui ont formés les bases des décisions prises à l'Assemblée Générale.

Cette organisation réalisée entre le 20 – 27 Septembre fut un festin scientifique pour le Monde Juridique Turc. Ce festin a été réalisé par les membres et les administrateurs de l'Association Turque de Droit Pénal.

L'Association Turque de Droit Pénal a publié les Rapports Nationaux de la Turquie et les Rapports Généraux traduit en turc en plus des livres en anglais et en français contenant les Rapports Généraux, les Brochures des Décisions et les Listes de Questions.

Par conséquent, l'Association Turque de Droit Pénal a non seulement réalisé ce Congrès et formé son infrastructure, mais a aussi assuré la préparation de trois publications en anglais, en français et en turc et leur distribution à chaque participant du Congrès.

L'Association Turque de Droit Pénal est enchanté et fière d'avoir réalisé cet événement scientifique. Notre association est aussi fière d'être une institution qui a permis d'effectuer ce Congrès contemporain qui visait de contribuer au développement scientifique.

Juste après le Congrès, les bulletins 2009/2 et 2009/3 de la revue «Crime et Châtiment» qui est la publication de notre Association, contenant les traductions en turc des Décisions acceptées à la suite des 17 congrès qui ont eu lieu depuis 90 ans ont été publiées. L'objectif de la publication de ces traductions était d'exposer au Droit Turc quelles questions ont été discutées dans le domaine de la justice pénale et quelles règles ont été appliquées durant le développement historique. Nous estimons que cet objectif a été réalisé.

J'estime qu'avec ce bulletin de la revue «Crime et Châtiment» l'Association Turque de Droit Pénal met un point final au sujet du XVIII^e Congrès International de Droit Pénal; car ce bulletin contient les décisions prises au Congrès qui ont été traduits en turc par quatre

jeunes membres de notre Association et le résumé des discussions faites sur ces décisions.

Ce bulletin contient également les traductions de ces décisions et des négociations en turc, en anglais, en espagnol et en français. Ainsi, tout le monde aura la possibilité de lire les décisions, les négociations et les discussions en sa langue maternelle.

Il est donc évident que cette publication constitue la dernière étape de ce Congrès International organisé à İstanbul qui fut d'une importance exceptionnelle. Après les trois livres différents publiés au Congrès dont les préparations intensifs ont duré deux ans, les brochures en anglais et en français, les bulletins 2009/2 et 2009/3 de la revue «Crime et Châtiment», nous considérons les Décisions d'İstanbul en tant que la fermeture du rideau.

Les membres et les administrateurs de l'Association Turque de Droit Pénal sont heureux d'avoir réalisé le Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP) à İstanbul avec succès. Nous sommes également très heureux d'avoir pu rendre service à la société et au monde juridique.

Nous espérons de nous ressembler et de discuter des futurs problèmes de droit pénal et du futur de la justice pénale et de trouver ensemble des solutions...

El XVIII° Congreso Internacional de Derecho Penal y Las Decisiones de Estambul

La Asociación Turca de Derecho Penal, en la primera edición del año 2010 de la revista “*Crimen e Poena*” (Crimen y Pena), presenta las decisiones tomadas durante del XVIII° Congreso Internacional de Derecho Penal que tiene una importancia particular para el derecho penal mundial y que es celebrado del 20 al 27 de septiembre de 2009, en Estambul.

Como informado, estos congresos son organizados por la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP), una vez en cada cinco año y el año pasado este congreso ha celebrado en Turquía. Esta reunión es extremadamente importante y lleva un valor histórico, porque estos reuniones penteteric son organizadas desde hace noventa años. Por consiguiente, como lo mencionamos antes y después del congreso, estos congresos llevan las características de un foro lo que permite a los juristas que vienen por todas partes del mundo de encontrar una plataforma de discusión, de debate y de crítico.

Una de las calidades de estas reuniones penteteric del Congreso Internacional de Derecho penal hay que permitir los pénélistes de tratar uno de los problemas de justicia penal, que es considerado como uno de los más importantes, y de discutir desde todos los puntos de vista. El tema principal es precisado 2 o 3 años antes de cada congreso y determinamos los subtítulos relacionado a este problema principal en términos del derecho penal y del derecho procesal y los juristas se informan uno a otro sobre las soluciones propio de sus países y evalúan los diferentes aspectos de estos problemas y métodos en busca de una mejor solución. El XVIII° Congreso Internacional de Derecho Penal, que es celebrado a Estambul, fue titulado como *«Principales retos que planteados por la globalización a la Justicia Penal.»* El más importante de estos problemas es considerado como el terrorismo, como esté representa un amenaza para el mundo entero. Es decir, en el ámbito del último congreso que realizamos, discutimos también diversos problemas causado por el terrorismo en el siglo XXI. Entre estos diversos problemas, *«La expansión de las formas de preparación y participación»* ha sido discutido de manera detallada en términos de

derecho penal material, mientras que «*el dilema entre las medidas especiales y la protección de los derechos humanos*» y «*la Competencia Universal*» han sido discutidos en los plazos de principios del derecho procesal penal. Además, la «*Financiación del Terrorismo*» también ha sido examinado. Brevemente, las cuatro diferentes dimensiones del terrorismo han sido tratadas y examinadas y a finales de una semana, después de haber evaluado las opiniones y críticos diversos aportadas por cuatro grupos de trabajo, las decisiones finales son redactadas como a continuación;

En cada grupo cerca de doscientos penalistas presentaron las declaraciones que concernían a sus países y los cuatro Reporteros Generales resumieron sistemáticamente los puntos esenciales de estas declaraciones los que forman las bases de las decisiones tomadas a la pleno de la Asamblea General.

Por esta organización, que es celebrado entre 20 – el 27 de septiembre, un acontecimiento científico ha sido realizado para los campos jurídicos turcos. Los miembros y los administradores de la Asociación Turca de Derecho Penal han sido realizados y ellos atestiguaron esta ocasión juntos.

La Asociación Turca de Derecho Penal, en cuanto al congreso último de la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP), publicado una colección que contiene los informes de País incluido de Turquía de Turquía y los Informes Generales en turco y también versiones inglesas, españolas y francesas de este libro que también contiene los Informes Generales, los Esbozos de las Decisiones y las Listas de las Preguntas.

Así, la Asociación Turca de Derecho penal, realizó no sólo este congreso y formado su infraestructura, pero también contribuyó a la preparación y la publicación de una colección de decisiones finales en inglés, en francés, en español y en turco asumió la distribución de esta colección a cada participante del congreso.

La Asociación Turca de Derecho penal es contenta y orgullosa de haber realizado tal actividad científica. Nuestra asociación también está orgullosa de ser una institución que que contribuye para poner en práctica un movimiento contemporáneo que trata de contribuir al desarrollo científico.

Después del congreso, en los boletines el N 2009/2 y 2009/3 de la revista «Crimen y Pena», que es la publicación oficial de nuestra Asociación, apareció las traducciones de las decisiones reconocidas por consiguiente en 17 congresos que fueron realizados durante 90 años. La intención de esta publicación era presentar los círculos de derecho turco lo que son los problemas principales acerca de la justicia penal y cuales reglas han sido aplicadas durante el desarrollo histórico. Creemos que somos cumplidos esta misión con éxito.

Creo que con esta edición de la revista «Crimen y Pena», la Asociación Turca de Derecho Penal pone un punto final al XVIIIº Congreso Internacional de Derecho Penal. Porque por las contribuciones de cuatro jóvenes miembros de nuestra Asociación, este boletín ofrece a los lectores turcos una traducción perfecta de las decisiones tomadas durante el congreso y el resumen de las discusiones hechas sobre estas decisiones.

Esta edición también proporcione las traducciones de estas decisiones y las negociaciones en inglés, en español y en francés. Así, todo el mundo (los lectores extranjeros) tendrá el acceso a las decisiones, a las negociaciones y a las discusiones en su lengua materna.

Es evidente que con esta publicación se realizó la última etapa de este Congreso Internacional que es celebrado a Estambul et que fue de una importancia excepcional. Después de los trabajos intensivos de preparación para el congreso que duraron dos años, con la publicación de estos tres libros, los folletos en inglés y en francés y los boletines el N 2009/2 y 2009/3 de la revista «Crimen y Pena», consideramos que las Decisiones de Estambul cerraron la cortina.

Los miembros y los administradores de la Asociación Turca de Derecho penal son felices de haber realizado con éxito el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (AIDP) en Estambul. También somos muy contentos de ser capaces de haber devuelto el servicio a la sociedad y al mundo jurídico.

Tenemos gana de reencontrarse otra vez en las futuras reuniones y hablar de los futuros problemas del derecho penal y el futura de la justicia penal y formular las soluciones todos juntos..

Bölüm I
HAZIRLIK HAREKETLERİ VE İŞTİRAKIN GENİŞLEMESİ
Karar

Section I
Penal Law. General Part
THE EXPANDING FORMS OF PREPARATION AND PARTICIPATION
Resolution

Section I
Droit pénal général
L'ELARGISSEMENT DES FORMES DE PREPARATION ET DE
PARTICIPATION
Résolution

Sección I
Derecho penal. Parte general
LA EXPANSIÓN DE LAS FORMAS PREPARATORIAS Y DE
PARTICIPACIÓN
Resolución

SUÇ VE CEZA 2010 SAYI : 1 HAZIRLIK HAREKETLERİ VE İŞTİRAKIN GENİŞLEYEN BİÇİMLERİ

Hazırlık Hareketleri ve İştirakin Genişleyen Biçimleri

Karar*

XVIII. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin I. Bölümünün Hazırlık Kolokyumu'nun (İstanbul, Türkiye, 20-27 Eylül 2009) katılımcıları,

- Son birkaç yıl içinde, günümüz küresel toplumunun hem imkânlarından hem de çelişkilerinden faydalanan yeni çok ağır suç biçimlerine cevaben yeni kriminalizasyon biçimlerinin belirdiğini;
- Uluslararası terörizm, sınırötesi organize suç, ağır sanal suçlar, göçmenlerin, kadınların çocukların, insan organlarının, silahların, ve uyuşturucu ticareti gibi bu suçların, ülke sınırlarını aşan bağlantıları, toplumun ve bireylerin hukuksal değerlerine verdikleri ciddi zararlar ve özellikle, yeni iletişim ve taşıma metodlarıyla yakından bağlantılı olan yeni belirli planlama ve icraya koyma usulleri ile nitelendirildiklerini;
- Bu ağır suç biçimlerinin, söz konusu olgunun örgütlü ve sınır ötesi karakterine karşılık olacak daha etkin yanıtları gerektirdiğini ve bu durumun hukuk devleti, temel özgürlükler ve insan haklarının korunması karşısında çözümlenmesi gereken bir sorun teşkil ettiği için ortaya zor bir durum çıkardığını;
- Devletlerin kanunlarını ve cezai takibatlarını kendi ülke güvenlikleri ile sınırlamayıp, diğer devletlerin ve dünyadaki tüm toplulukların güvenliğini dikkate almaları gerektiğini;
- Bu nedenle, farklı ülkeler arasındaki işbirliğini, yalnızca yargı sistemi ve polis düzeyinde değil aynı zamanda maddi ceza hukukunun uyumlaştırılması yönünden de arttırmak üzere yeni bir eğilimin ana hatlarının belirlenebileceğini;

* Çeviri: Av. Elif Yarsuvat, Oturum Sekreteri

- AIDP'nin bu olguyu, bir suçun işlenmesinde genel olarak suçun işlenmesine iştirak (VII. Kongre, Atina, 1957) ve örgütlü suç faaliyetlerine iştirak (XVI. Kongre, Budapeşte, 1999) olmak üzere bazı boyutlarıyla, daha önceki kongrelerinde ele aldığını; ancak son birkaç yılda her hukuki sistemde yürürlükte olan pozitif Ceza Hukuku'nda küreselleşme olgusu ve onu izleyen uluslararası yükümlülüklerin büyüyen etkisine bağlı olarak çeşitli değişiklikler meydana geldiğini;
- Terörizm ve örgütlü suç ve yukarıda bahsi geçen diğer ağır suçlar ile mücadele hususları hakkındaki meşru durum, istisnai hükümlerin kapsamlı bir şekilde uygulaması için mazeret olarak kullanılmayacağını; bu sebeple, ceza hukukunun temel ilkelerinin ve özellikle hukukilik, bireysel sorumluluk, *ultima ratio*, orantısallık, insan hakları ve temel özgürlüklerin dikkate alınması suretiyle, Ceza Hukuku'nun evriminde her tür otoriter eğilimden kaçınmak gerektiğini;

göz önünde tutarak aşağıdakileri kabul etmişlerdir;

-A-

Hazırlık Hareketlerinin Genişlemesi Hakkında

- I. Ceza Hukukunun genel ilkelerine uygun olarak, belirli hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ancak özel koşulların varlığı halinde, bu hareketlerin teşebbüs hareketlerinin cezalandırılması ile aynı (Genel Ceza Hukuku) veya ayrı (Özel Ceza Hukuku) suçlar olarak görülebilir ve suçla mücadele yöntemlerini özellikle çok ağır suçlarda ve sadece açık ve yakın tehlike durumunda genişletmek gerekmektedir.
- II. Dolayısıyla aşağıdaki koşullar bulunmadığı takdirde, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması meşru kabul edilemez:
 1. Diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi;
 2. Hukukun, hangi hazırlık hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelerle başvurmaktan ("diğer tüm hazırlık hareketleri"

- gibi) ve özellikle sadece suç işleme kastının cezalandırılmasından kaçınarak, objektif ve somut hareketleri tanımlamış olması;
3. Suç haline getirilen fiillerin asıl suçun işlenmesine sıkı sıkıya bağlı olması ve yukarıda belirtilen hukuki yararlar somut ve yakın tehdit teşkil eden bu bağlantının, objektif olarak belirlenebilmesi;
 4. Failin somut ve belirli bir suçun işlenmesi için doğrudan kasıt (*dolus directus*) ile hareket etmesi;
 5. Ceza, asıl suç için öngörülenden daha hafif ve her halükarda, teşebbüs ile orantılı olmalıdır. Hazırlık hareketleri, gerçekleştirilmesi planlanan suçun oluşması neticesini verdiğinde, asıl suç için öngörülen cezanın, hazırlık hareketleri için öngörülen cezayı içermesi;
 6. Failin hazırlık hareketlerinden gönüllü vazgeçerek hareketlerine devam etmemesi halinde, fail cezalandırılmaz veya cezasında indirim yapılır.

-B-

İştirak Biçimlerinin Genişlemesi Hakkında

- I. Genel kurallara göre, iştirak, bir veya birden fazla iştirakçi tarafından meydana getirilmiş (karakteristik unsurlar olan tipe uygunluk ve hukuka aykırılık unsurlarının ikisini de ihtiva etmekte olan) bir suçun veya en azından bir suça teşebbüsün eki olarak cezalandırılabilir.

Bu nedenle, eğer suç gerçekleştirilmediyse veya en azından suça teşebbüs edilmediyse veya suç için hukuka uygunluk sebebi varsa; iştirakçiler için cezai sorumluluk tesis edilemez.

Bununla birlikte, bazı belirli "iştirak hareketleri" ayrı suçlar halini aldıkları vakit, asıl suç ile ilişkisinden bağımsız olarak, istisnaen cezalandırılabilir.

- II. Dolayısıyla, aşağıdaki koşullar bulunmadığı takdirde iştirak fiillerinin cezalandırılması meşru değildir:

1. Diğer insanların hayatlarına, vücut bütünlüklerine ve özgürlüklerine zarar verecek çok ağır bir suçun önlenmesi;
2. Kanunun, hangi somut iştirak hareketlerinin cezalandırılacağını çok genel ifadelere başvurmadan (“her tür işbirliği, katkı veya kolaylaştırma” gibi) ve özellikle sadece suç işleme kastının veya amacının cezalandırılmasından kaçınarak, objektif ve somut hareketleri tanımlamış olması;
3. Suç teşkil eden fiillerin, asıl suçun gerçekleşebilmesi için açık ve yakın bir tehlike oluşturuyor olması;
4. Failin bilerek ve başkaları tarafından bir veya daha fazla belirli suçun işlenebilmesine yardım edebilmek kastıyla hareket ediyor olması;
5. Cezanın suçun faili için öngörölmüş olandan daha hafif olması ve her koşulda bireysel kusurun kapsamına uygun olması.

-C-

Örgüt Suçlarının Cezalandırılması Hakkında

- I. Suç örgütleri ve organizasyonlarının ayrı bir suç olarak cezai sorumluluğa tabi tutulması, ancak üyeler arasında yapısal bir ilişki varsa, ağır bir suç işleme amacıyla hareket ediyorlarsa ve belirli ve ağır bir suç işleme amacıyla hareket ediyorlarsa ve bu suçları gerçekleştirme hususunda objektif bir tehlike –hazırlık hareketlerinin veya amaçlarını ortaya koyan iştirak hareketlerinin ötesine geçen bir tehlike- mevcutsa meşru sayılabilir. Bu nedenle, bir suç örgütü, hedeflerinden birini teşkil eden bir veya birkaç suçun tamamlanmasından bağımsız olarak cezalandırılabilir.
 1. Suç örgütleri ve organizasyonlarının ayrı birer suç olarak cezai sorumluluğa tabi tutulması için, istikrar, belirli bir dönemde sürekli bir tehlike teşkil etme, yapı ve karakteristik fiiler (*modus operandi*: şiddet kullanımı veya mafya metodları vb.) gibi suçun maddi ve manevi unsurlarının açık olarak tanımlanmış olması gereklidir.
 2. Kanun, cezalandırılabilir iştirak kavramının ne olduğunu açıkça tanımlamalıdır. Bu kavram örgütün, kriminal amacına doğru-

dan bağıli fiillerin, somut ve kasdi bir katkının ve örgüt tarafından verilmiş bir rolün üstlenilmiş olmasının zorunlu olduğunu teşvik eden ve organize eden kavramlarından farklı olmalıdır.

3. Manevi unsur yönünden, tüm üyelerin örgütün suça ilişkin mahiyetinin bilincinde olarak hareket etmeleri ve hareketlerinin örgüt tarafından hedeflenen amaçlara ulaşmak için bir vasıta olması kastına sahip olmaları gerekir.
 4. Örgüt tarafından işlenmiş her suç için cezai sorumluluk, iştirake uygulanan genel hükümlere uygun olarak, sorumluluk karinesi olmaksızın belirlenmelidir.
- II. Yardım kuruluşları ve siyasi organizasyonların kapsamlı gelişimdeki rolü göz önünde bulundurularak ve dengeli ve tutarlı bir yaklaşım hedeflenerek, tüzel kişilerin hem cezai hem de idari sorumluluğu, bu söz konusu yeni ağır suçlarla mücadelede, kümülatif ve bağımsız bir yaptırım olarak önemlidir.

- D -

İştirak biçimleri hususunda ulusal ve uluslararası ceza hukuku arasındaki etkileşim

Tutarlı bir uluslararası ceza hukuku oluşturabilmek için, uluslararası mahkemeler, suç işleme ve iştirak hususundaki genel kavramların uygulamalarını birbirleriyle uyumlu hale getirmelidirler.

Uluslararası mahkemelerin iştirak kavramı hususundaki yaklaşımlarını ulusal hukuk düzenine uyarlamadan önce, ulusal yargı çevrelerinin, bu kavramı çok geniş ve olduğu gibi uygulamamak için, uluslararası suçların özel durumunu göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

Hazırlık ve İştirak Hareketlerinin Genişleyen Biçimleri Müzakereler*

I. Giriş

Uluslararası Ceza Hukuk Derneği'nin İstanbul'da 20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında gerçekleşen uluslararası kongresinde, günümüz toplumlarının değişen düzeni ve dolayısıyla değişen ihtiyaçları ışığında, ceza hukuku açısından yeniden değerlendirilmesi gerektiği düşünülen dört konu masaya yatırılmıştır. Konu başlıkları hazırlık ve iştirak hareketlerinin genişletilmesi, terörizmin finansmanı, özel yargılama tedbirleri ve insan haklarının korunması ve evrensel yargı yetkisidir.

Bunlardan "Hazırlık hareketleri ve İştirakin genişletilmesi" konusu Kongre'nin 1 numaralı panelinde Prof. Ernst-Eugen FABRIZY başkanlığında tartışılmıştır. Prof. Lorenzo Picotti, 2007 senesinde İspanya'nın La Coruna şehrinde gerçekleşen hazırlık çalışmaları neticesinde şekillenen ve bu Panel'de katılımcıların üzerinde tartıştığı, taslak karar metnini hazırlamış ve bu toplantıda da raportör olarak görev almıştır. Ahmed Khalifa, Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin Genç Ceza Hukukçularını temsilen raportör olarak katılmış, Av. Elif Yarsuvat ise, Türk Ceza Hukuku Derneği üyesi olarak, panelde sekreter olarak görev almıştır.

Taslak karar metninin giriş kısmında genel olarak bir takım ilkelerin ortaya konduğu bu sayede kararın temellerinin atıldığı görülmektedir. Metnin geri kalanı üç bölüme ayrılmıştır: (i) Hazırlık hareketlerinin genişletilmesi, (ii) iştirak hareketlerinin genişletilmesi ve (iii) örgüt suçları ve diğer eylemlerin ayrı suçlar olarak cezalandırılması.

II. Panelde Yer Alan Tartışmalar Üzerine Notlar

1. Oturum: 21 Eylül 2010

İlk oturum, Başkan FABRIZY'nin açılış konuşması ile başladı. FABRIZY tartışılacak konuyu kısaca özetleyip, bu toplantılarda yapılacak fikir teatilerinin önemini vurguladıktan sonra, paneldeki çalışma ve karar alma metodunun nasıl olacağını katılımcılara açıkladı. Buna göre;

* Çeviri: Av. Elif Yarsuvat, Oturum Sekreteri

tartışmaların La Coruna'daki hazırlık çalışmaları sonucunda kabul edilen taslak karar metni üzerinden yapılacağını, her bölümde ilk önce Raportör Picotti'nin konu ile ilgili bir açıklama yapacağını, daha sonra ilgili bölümün tartışmaya açılacağını ve herkesin görüş belirtebileceğini bildirdi. Her bir bölüm hakkında tartışmalar tamamlandıktan ve değişiklik önerileri görüşüldükten sonra ilgili kısım hakkında oylamaya geçileceğini katılımcılara duyurdu.

Konuşmasına öncelikle konu hakkında genel bir açıklama yaparak başlayan Raportör Picotti, günümüz toplumunda bilişim teknolojisi, ekonomi, kişilerin ve malların dolaşımı ve iletişim ağının genişlemesi sebepleriyle değişen suç olgusunun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini, toplantının amacının ceza hukukunun güncel sorunlarına çözüm bulmak olduğunu söyledi: Özellikle Berlin Duvarı'nın yıkılmasından sonra, sınırların da ortadan kalkması ile, insan, silah, organ ticareti gibi suçlar, özellikle de internetin hayatımıza girişi ile, globalleşmiştir. Terör suçu bir ülkenin sınırları içindeyken, sebeplerini de suçun meydana geldiği ülkenin sınırları içinde arayabiliyorduk. Oysa günümüzde artık hiçbir şekilde sınır bulunmamaktadır. Dolayısıyla devletler yeni suç şekilleri ile karşılaşmaktadır. Devletler, sınırları aşan suçlarla, sınırları dahilinde mücadele etmek zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle teknoloji, ekonom, ve politikadaki gelişmeler nedeniyle değişiklik gösteren veya yeni ortaya çıkan suç tipleriyle mücadele de global olmalı. Devletler iç hukuk düzenlemelerini, kendi sınırları ötesinde meydana gelenleri de göz önünde bulundurarak değiştirmelidirler. İşte günümüz ceza hukukunun karşısında bulunan, çözümlenmesi gereken husus budur. Ayrıca, uluslararası kaynaklarda da bir artış söz konusudur: Birleşmiş Milletler'in sözleşmeleri ve ek protokolleri, Avrupa Birliği'nin direktif ve yönetmelikleri, Avrupa Konseyi sözleşme ve kararları... Tüm bunlar üye devletler tarafından iç hukuka geçirilmeli ve uygulanmalıdır. Bu uluslararası hukuk belgelerinin amacı, devletlerin ortak değerleri benimsemelerini ve bunların korunması için işbirliği içinde olmalarını temin etmektedir.

Picotti, metnin giriş kısmının, kararın bir sentezi niteliğinde olduğunu ve bu nedenle büyük önem arz ettiğini vurgulayarak öncelikle bu kısmı tartışmaya açmıştır

Prof Vestergraad karar metninin giriş kısmında, sadece değişen suç formlarının cezalandırılmasından değil, bu suçların nitelendirilmeleri ve yargılanmaları esnasında da uyulması gereken bir takım sınırların olduğundan mutlaka açık olarak bahsedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. İstanbul Üniversitesi öğretim üyesi Prof Sokullu-Akıncı ve Helsinki Üniversitesi'nden Prof Lahti de, giriş kısmında insan hakları kavramına mutlaka açıkça yer vermek gerektiğini dile getirmiştir. Raportör, demokrasi ve insan haklarından girişin son paragrafında bahsedildiğinden bahisle, girişte herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek olmadığı düşüncesinde olduğunu ifade etmiştir. Fakat, katılımcıların pek çoğunun dile getirmesi üzerine, giriş kısmının son paragrafına “*ultima ratio*” ifadesi eklenmiştir.

Genç ceza hukukçularından Khalifa giriş kısmında kullanılan “temel demokratik ilkeler” kavramının yeterince açık olmadığını ve bu ilkerlerin ne olduğunun daha net anlaşılır şekilde ifade edilmesi gerektiğini belirtti. Khalifa'nın somut önerisi “demokratik” kelimesini “liberal” kelimesi ile değiştirmek oldu ki, bu öneri genel olarak kabul görmedi.

Prof Bayraktar, toplumsal çıkarın yanında, bireysel çıkarın öncelikle korunması gerektiğini belirtti. Prof Alacakaptan ise, 11 Eylül'den sonra ortaya çıkan “düşman ceza hukuku” kavramının kabul görmediğini kongre olarak belirtmemiz gerektiğini ifade etti. Aynı bağlamda, fakat paralel bir yaklaşımla, Prof Vestergaard ve Prof Sokullu-Akıncı sadece yeni tür suçların ortaya çıktığından değil, aynı zamanda bunlarla yeni mücadele metodlarının ortaya çıktığını söyledikten sonra, bu metodların sınırlarından, insan hakları ve temel özgürlüklerden bu kısımda bahsedilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Raportör, giriş kısmında bu hususların hepsine deyinmenin, metnin sistematiğine uymayacağını belirterek herhangi bir değişiklik yapmamıştır.

Öte yandan, Prof Lahti'nin ileriye sürdüğü somut değişiklik önerisiyle, “demokratik ilkeler” ifadesinin yerine “ceza hukukunun temel ilkelere” ifadesinin yer alması oylamaya sunulmuş ve kabul edilmiştir.

Giriş bölümünün tartışılması sona erdiğinde, Raportör Picotti ana metne giriş yaparak, geleneksel ceza hukukunda, bazı istisnai durumlar hariç, hazırlık hareketleri cezalandırılmadığını hatırlattı. Fakat gönderi-

len hemen hemen tüm ulusal raporlarda da bu istisnalara yer verildiğini, çünkü kimi hazırlık hareketlerinin suç fiiline çok yakın olduğunu belirtti. Hazırlık hareketlerini üç kategoriye ayıran Picotti ilk kategoride neredeyse suç fiilinin ilk adımlarının gerçekleştirildiği hareketler bulunduğunu; ikincisinde suçu gerçekleştirmek için gerekli olan araçların temin edilmesinden bahsedilebileceğini; üçüncüsünde ise, bir suçu işlemek için başkaları ile fikir birliği yapmanın yer aldığını ifade etmiştir. Daha sonra Raportör, şayet karar metninde bir değişiklik yapılması öneriliyorsa, bu önerilerin yazılı olarak verilmesi gerektiği uyarısında bulunarak karar metninin ilk bölümünü tartışmaya açtı.

Metnin ilk paragrafına (AI), Prof Sokullu-Akıncı'dan gelen teklifi takiben ve katılımcıların ortak görüşü neticesinde, hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi için “açık ve yakın tehlike” olması gerektiğine ve bu terminolojinin metne eklenmesine karar verildi.

İkinci paragrafın (AII) cümle yapısı Prof Vestergard'ın yorumu üzerine “meşru olabilir” yerine “..olmadıkça, meşru sayılamaz” şeklinde değiştirildi. Katılımcılar, bu şekilde cümlenin vurgusunu değiştirerek, paragrafta sıralanan şartların olmazsa olmaz birer koşul olduğunun altını çizmeyi amaçlamışlardır.

Bu noktada Av. Soyaslan, hazırlık hareketleri ile suç fiili arasındaki çizginin net olmasının çok önemli olduğunu, aksi takdirde kişinin aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılmasına yol açılabileceği hususunda endişesini dile getirmiştir. Soyaslan'ın yorumlarını takiben Av. Dizdar da maddedeki ilk koşulun çok geniş tutulduğunu, bu şekilde bırakılırsa devletlerin keyfi uygulamalarına mahal verilebileceği yönünde endişesini dile getirmiştir. Bu yorum üzerine gerçekleştirilen tartışmalar sonucunda, katılımcılar hazırlık hareketlerinin insan hayatına ve bireylerin temel özgürlüklerine zarar vermesi halinde cezalandırılabilmesi hususunda fikir birliğine varmışlardır.

İkinci koşul tartışılırken katılımcıların dile getirdiği en önemli hususlardan biri hazırlık hareketleri ile iştirakin birbirine karışması ihtimali hususunda olmuştur. Sadece suç işleme niyetinin cezalandırılmaması gerektiği ve bu konuda iç hukuk düzenlemelerinin çok net olması gerektiği, katılımcıların ortak görüşü olarak ortaya çıkmıştır.

Taslak metindeki üçüncü koşul, gelen bir öneri neticesinde iki ayrı madde şeklinde bölünmüştür. Böylelikle, suç işleme iradesinin cezalandırılabilmesi için suçu gerçekleştirmeye yönelik bazı somut adımların atılmış olmasının şart olduğu daha açıklıkla ifade edilebilmiştir.

Beşinci koşul tartışmaya açıldığında katılımcıların, hazırlık hareketlerini gerçekleştirenlerin suçun asıl faillerinden daha az cezalandırılmaları gerektiği hususunda hemfikir oldukları görülmüştür. Sunulan yazılı öneriler ışığında ilgili paragrafın kimi kelimelerinde değişiklik yapılarak ortak bir metin çıkarılmıştır. Taslak metinde yer almayan altıncı paragraf ise, Av. Ahi'nin önerisi üzerine metne eklenmiştir. Böylelikle, hazırlık hareketlerini gerçekleştiren failin, fiili gerçekleştirmekten vazgeçmesi halinde, cezalandırılmaması veya daha az ceza verilmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

2. Oturum: 22 Eylül 2010

Raportör'ün komuyla ilgili genel olarak yaptığı açıklamadan sonra ilgili bölüm (AIII) tartışmaya açılmıştır. Ulusal raporlarda, her ülkenin hangi tür hazırlık hareketlerinin nasıl cezalandırılacağı hususunda farklı sistematipler geliştirdiği gözlemlenmiştir. Nitekim, katılımcılar arasından pek çok hukukçu işbu karar metninde öngörülen kategorilere yönelik itirazlarını dile getirmişlerdir.

Metin hakkında yapılan tartışmalara bir noktada ara verilmiş, genç ceza hukukçuları grubundan Ahmed Khalifa, "Uluslararası ceza hukuku kapsamında iştirak kavramı ve uluslararası mahkemelerin ilgili içtihatları" konulu bir tebliğ sunmuştur. Bu sunumu takiben, Khalifa, karar metninde iki değişiklik teklif etmiştir. Bu tekliflerin ilki, uluslararası ceza hukukunda iştirak kavramı hakkında bir içtihat birliği gerçekleşmesinin gerektiği hususundadır. İkincisi ise, ulusal hakimlerin uluslararası ceza mahkemelerinin içtihatlarına başvururken, uluslararası suçların daha geniş yorumlandığının göz önünde bulundurmaları gerektiği hususunun metne eklenmesine dairdir. Bu teklifler katılımcılar tarafından değerlendirilmiş olup, yapılan oylama neticesinde taslak metnin en sonuna (D) bölümü olarak eklenmesine karar verilmiştir.

İştirak hareketlerinin genişletilmesi konulu (B) bölümü tartışmaya başlanmadan önce, Raportör bu bölümde de öncekiler gibi ilk paragraf-

ta iştirakin mahiyetinin, ikinci paragrafta ise kanun koyucuların iştirak fiillerini cezalandırırken göz önünde bulundurmaları gereken durumları açıkladıklarını ifade etmiştir. Bu nedenle, beklenildiği üzere tartışmaların büyük çoğunluğu, A bölümünde olduğu gibi, ikinci paragraf hakkında olmuştur. Öncelikle, B-II bölümünün ilk cümlesi A-II bölümünde olduğu gibi cümledeki vurguyu farklılaştırmak amacıyla değiştirilmiştir. B-II'nin ilk paragrafı da önceki bölümde olduğu gibi, iştirak hareketlerinin insan hayatına ve bireylerin temel özgürlüklerine zarar vermesi halinde cezalandırılabilmesi şeklinde değiştirilmiştir. İtalyan katılımcının uyarısı üzerine suç işleme niyetinin veya failere duyulan yakınlığın değil, sadece somut iştirak fiillerinin cezalandırılması gerektiği hususunda mutabakata varılmış ve B-II'nin ikinci paragrafı buna göre değiştirilmiştir.

3. Oturum: 24 Eylül 2009

Üçüncü ve son gün gerçekleşen tartışmalar bir gün önce ara verilen noktadan, B-II'nin üçüncü paragrafından devam etmiştir. Picotti'nin böyle bir eklemenin çok da gerekli olmadığı yönündeki düşüncesini dile getirmesine rağmen, uzun tartışmalar neticesinde “açık ve yakın tehlike” tabiri buraya da eklenmiştir. IV'üncü paragrafa ise Alman katılımcı Müller'in teklifinin oylanması neticesinde, failin “bilerek” ve “suç kastıyla” hareket etmesi unsurları eklenmiştir. B-II'nin son paragrafında katılımcılar suça iştirak eden kişinin, suçun asıl failine kıyasla daha “hoşgörü ile” algılanması gerektiği hususunu tartışmışlardır. Bu kapsamda Khalifa, buradaki cezanın yumuşatılma girişiminin gereksiz olduğunu, bu hususun ulusal mahkemelerce değerlendirilmesi gereken bir konu olduğunu dile getirmiştir. Toplantıya Türkiye'den katılan Av. Dizdar ise, geçmişte yaşanmış bazı olaylardan örnek vererek, iştirak edenin cezasının mutlaka suçun failinden daha az olması gerektiğini ve bunun açıkça karar metninde belirtilmesinin de önemli olduğunu dile getirmiştir.

Taslak karar metninin, iştirak hareketlerinden kimilerini ayrı bir suç olarak cezalandırılmasını ve bu hususta basitleştirilmiş bir delil usulü öngören B-III bölümü, katılımcılar tarafından en çok tartışılan bölüm olmuştur. Katılımcılar özellikle tahrik kavramı yeterince net ve kati bir şekilde tanımlanmazsa, keyfi uygulamalara yol açabileceği hususunda

görüşlerini dile getirmişlerdir. Dolayısıyla metnin söz konusu tahriğin suç teşkil eden fiil ile doğrudan bağlantısının tesbit edilmesi şartını içerir şekilde düzenlenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Katılımcılar bu madde için önerdikleri değişiklikleri tartışmalar esnasında yazılı olarak panel sekreterine sunmuşlardır. Tüm bunların yanı sıra, özellikle Türk hukukçuların çoğunlukta olduğu görüş, B-III bölümünün tamamıyla metinden çıkarılması yönünde olmuştur. Tartışmaların bir sonuca varması amacıyla, Başkan Fabrizy sunulan değişiklik tekliflerini ve paragrafın tamamıyla kaldırılma önerisini katılımcıların oyuna sunmuş, nihayetinde tartışma konusu paragraf metinden çıkartılmıştır. Oylamadan sonra dahi bu konudaki görüş ayrılıkları bitmemiştir. Her ne kadar herkes ilk taslak metindeki yazılış şeklinin uygun olmadığı konusunda hemfikirse de, kimi katılımcılar maddenin silinmesi suretiyle bu önemli konuda hiçbir görüş bildirilmemiş olmasını eleştirmişlerdir. Maddenin silinmesi taraftarı olanlar ise, böyle hassas bir konu burada kısaca açıklanmaya çalışıldığı takdirde, ulusal kanun koyucular ve mahkemeler tarafından istenmeyen yorumlar yapılmasına mahal verebileceği görüşünü belirtmişlerdir. Tartışmalar neticesinde gerçekleştirilen oylamaya rağmen, Raportör bu hususun genel kurulda tartışılacağını belirtmiştir. Yayınlanan karar metninden de görüleceği üzere, genel kurul, paneldeki oylamaya saygı göstermiş ve B-III bölümü tamamen kaldırılmıştır.

Örgüt suçlarının cezalandırması hakkında olan C bölümü katılımcılar tarafından irdelenmeden önce, Raportör tarafından bölümün sistematığı kısaca açıklanmıştır. Bu açıklamalara göre, ilgili metin sırasıyla örgütün yapısını, bireyin üye olarak algılanması için gerekli koşulları ve cezalandırmanın nasıl olacağını içermektedir. Toplantının son gün ve saatleri olması nedeniyle, belki de bir önceki bölümündeki tartışmaların yoğunluğundan, C bölümü için getirilen öneriler genellikle fazla tartışılmadan, genel bir fikir birliği içerisinde kabul edilmiştir. Yine de, C bölümünün en sonunda yer alan ve ifade özgürlüğü ile, halkı kin ve nefrete teşvik arasındaki önemli çizginin tartışıldığı kısmın kaleme alınması hususunda çeşitli fikir beyanlarında bulunulmuştur.

Katılımcılar genel olarak örgütten kastedilenin ne olduğunun, dolayısıyla örgütün unsurlarının açık bir şekilde belirtilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu hususta Prof Bayraktar, örgüt tanımı içinde hiyerarşi unsurunun mutlaka yer alması gerektiğini düşündüğünü dile getirmiştir.

C-I bölümünün ikinci paragrafı Prof Cesoni'nin sunduğu yazılı teklif üzerine, suç örgütünün faaliyetlerine iştirakin daha net anlaşılabilmesi amacı doğrultusunda değiştirilmiştir. Ayrıca C-I bölümünün üçüncü paragrafına “belirli kasıt” tabiri eklenmiştir.

C-II bölümünde kullanılan “tüzel kişilik” tabiri eleştiri aldıysa da, metinden çıkarılmamış, onun yerine söz konusu genel kavramı daha belirli bir hale getirmek üzere, cümle yapısını değiştiren yazılı öneriler sunulmuştur.

Diğer panellere katılan ve 1 numaralı panele sırf ve özellikle bu bölümün tartışıldığı esnada dahil olduğu gözlemlenen Hırvat hukukçular, C-III bölümü için yazılı bir değişiklik önerisinde bulunmuşlardır. Bu bölümdeki tartışmalar çoğunlukla ifade özgürlüğünün korunması ve fakat terrorist faaliyetlerin gerçekleştirilmesine teşvik edilmesinin de ayırılması gerektiği ekseninde gerçekleşmiştir. Ayrıca yine bu bölümde irdelenen “pişmanlık” kavramı hususunda fikir birliğine varılmaya çalışılmıştır. Nihayetinde, oyçokluğuyla tüm C-III bölümünün çıkarılmasına karar verilmiştir.

22 Eylül 2009 günü gerçekleşen toplantıda karar verildiği üzere, taslak metne (D) bölümü eklenmiş olup, bu bölümün metni Khalifa tarafından önerilmiş, katılımcılar tarafından oylanarak kabul edilmiştir.

Böylelikle, 1 numaralı Panel toplantısı neticesinde ortaya çıkan karar metni, genel kurul'a sunulmaya hazır hale gelmiştir.

III. Sonuç

Oldukça tartışmalı geçen toplantı neticesinde ortaya çıkan karar metni, diğer Panel'lerde hazırlanan üç metin ile beraber AIDP'nin Genel Kurul'a sunulmuşlardır. Daha sonra AIDP Bilim Kurulu'nda, yazılı olarak ulusal komiteler tarafından gönderilen yazılı öneriler ile beraber değerlendirilen kararlar son halini almıştır.

Section I – Penal Law. General Part

The Expanding Form of Preparation and Participation

Resolution

The participants in the XVIII AIDP International Congress of Penal Law (Istanbul, Turkey, 20-27 September 2009),

Considering that

- New forms of criminalization have emerged in the last few years as a response to very serious crimes, exploiting both the opportunities and the contradictions of today's global society;
- They are characterized by transnational relevance, serious harm to fundamental legal interests of the society and individuals, and new specific forms of planning and execution which are strictly connected, in particular, with the new communication and transport means: such as international terrorism, transnational organized crime, serious cybercrimes, illicit traffic of migrants, women, children, organs, weapons, and drugs;
- These serious crimes require more effective responses to combat the organized and often trans-national character of the phenomenon at stake, and this need poses a new challenge to the rule of law and the guarantee of fundamental freedoms and human rights;
- This requires that States shall not limit their legislation and prosecution to maintain their own national security, but they shall take into account the security of other States and the world community;
- A new tendency can therefore be outlined to enhance cooperation among different countries, not only at a judicial system and police level, but also in the harmonization of substantive criminal law;
- The AIDP already tackled certain aspects of the phenomenon in previous congresses, namely, participation in the commission of a

crime in general (VII Congress, Athens, 1957) and participation in organized crime activities (XVI Congress, Budapest, 1999). However, in the last few years, a variety of changes have been introduced in the positive Criminal Law in force in each juridical system due to the growing influence of the phenomenon of globalisation and of consequent international duties;

- The legitimate status of the fight against terrorism, organized crime and other above-mentioned serious crimes cannot be used as a pretext for an extensive application of exceptional rules. Therefore, every kind of authoritarian tendency must be avoided in the evolution of Criminal Law, ensuring the application of fundamental principles of criminal law, and particularly those of legality, individual culpability, *ultima ratio*, proportionality and human rights and fundamental freedoms;

have adopted as follows:

-A-

On the Expansion of Forms of Preparation

- I. In compliance with the general principles of Criminal Law, it is only under special conditions that the criminalization of specific preparatory acts can be assimilated to acts of attempt (General Criminal Law), or as separate crimes (Special Criminal Law), while it is necessary to improve crime prevention strategies, with special reference to very serious crimes and only in cases of clear and present danger.
- II. Punishment of preparatory acts can therefore not be considered as legitimate, unless the following conditions apply:
 1. Prevention of the commission of a very serious offence, causing harm to life, body or liberty of other human beings;
 2. The law precisely defines which preparatory acts can be punished, describing objective and concrete behaviour and avoiding recourse to very general expressions (such as «all the other preparatory acts») and, above all, the criminalization of mere intention to commit a crime;

3. The acts criminalized are strictly related to the commission of the main crime and this relation must be objectively identifiable, while they constitute a concrete, imminent threat to the above-mentioned legal interest;
4. The perpetrator acts with direct intent (*dolus directus*) in relation to commission of a concrete and specific main crime;
5. Punishment is less than the one prescribed for the main crime and must also be adequate to the corresponding sanction of attempt. When the preparatory acts result in the commission of the main crime, their punishment must be incorporated in the sanction prescribed for the main crime committed by the same individual;
6. In the event that the perpetrator refrains from acting, he/she should not be punished or must be given a reduced punishment.

-B-

On the Expansion of Forms of Participation

- I. According to general rules, participation can be criminalized as accessory to the commission of an offence or at least of his/her attempt, by one or more co-participants.

Hence, if the offence has not been realized, or at least attempted, or if it is justified, no criminal liability of accomplices can be established.

However, specific «acts of participation» can be exceptionally criminalized independently of this accessory relation when they are upgraded to separate crimes.

- II. Punishment of acts of participation as separate crimes can therefore not be considered as legitimate, unless the following conditions apply:
 1. Prevention of the commission of a very serious offence, causing harm to life, body or liberty of other human beings;

2. The law precisely defines which objective and concrete acts of participation are criminalized, avoiding recourse to very general expressions (such as «all cases of cooperation/contribution/facilitation») and in particular the incrimination of mere intention or goal that a certain infringement is realized by another person;
3. Acts criminalized constitute a real and present danger of facilitating the commission of the main crime;
4. The perpetrator acts knowingly and with the specific intent to facilitate the opportunity of committing one or more specific main crimes by others;
5. Punishment must be less than the one prescribed for the perpetrator of the main crime and must in every case be adequate to the extent of individual guilt.

-C-

On the Punishment of Crimes of Association

- I. The criminal liability of associations and organizations as an independent offence is justified only in so far as there is structured relation among its members, they act for the purpose of committing very serious and specific crimes, and they represent a continuing objective danger to commit the crimes: danger which goes beyond that of a preparatory act or an attempt of the crime that may represent their goal. Hence, a criminal association is punished independently of the attempt or execution of one or several crimes, which can constitute one of its goals.
 1. The criminalization of association and organization as a separate crime requires that objective and subjective elements of the offence are precisely described, such as its stability, the fact that it might constitute a durable danger for a certain time period, its structure, and possibly characteristic acts (*modus operandi*: like use of violence, or mafia method, etc.).
 2. The law must precisely define the notion of punishable participation. This should be different from the notion of

promoters and organizers, requiring an objective and intentional contribution to the activities of the association in direct connection to the criminal project, particularly requiring both the commission of a concrete action for the association and the assumption of a role recognized by this one.

3. As for the mental element, it is required that all members act in the knowledge of the criminal nature of the association and with the specific intent that their actions are a means to attain the goals pursued by the association.
 4. Criminal liability for each crime realized by a member of the association must comply with the general principle regulating participation, without presumption of responsibility.
- II. Criminal or administrative liability of legal entities is also important as a cumulative and independent sanction to combat this new serious crime, taking into account the role of charitable and political organisations in the context of comprehensive evolution, aiming at a balanced and consistent approach.

-D-

**Interaction between national and international criminal jurisdictions
concerning forms of participation**

- I. International tribunals are called upon to harmonize their application of general notions of perpetration and participation, in order to develop a coherent body of international criminal law.
- II. Before adopting notions of participation as applied by international tribunals, national jurisdictions have to take into consideration the particular nature of international crimes, in order not to uncritically apply extended notions of participation to crimes of a different nature.

Section I – Droit pénal général

L'élargissement Des Formes de Préparation et de Participation

Résolution

Les participants du 18^e Congrès international de droit pénal de l'AIDP (Istanbul, Turquie, 20-27 septembre 2009)

Considérant :

- Que de nouvelles formes d'incrimination ont surgi ces dernières années, visant à adapter la réponse pénale à l'évolution de la criminalité grave, dont la dimension est souvent organisée et transnationale et profit des opportunités et des contradictions de l'actuelle société globalisée;
- Que cette criminalité grave se caractérise par son aspect international, par des atteintes importantes aux intérêts fondamentaux de la société et des individus, ainsi que par des formes spécifiques de préparation et d'exécution qui sont liées surtout aux nouveaux moyens de la communication et des transports, comme le terrorisme international, le crime organisé transnational, la cybercriminalité grave, le trafic illégal de migrants, de femmes, d'enfants, d'organes, d'armes, de drogues, etc.;
- Que ces infractions graves requièrent des réponses plus efficaces pour lutter contre le caractère organisé et souvent transnational de ce phénomène, ce qui pose un défi à la suprématie des principes du droit et au respect des libertés fondamentaux et des droits de l'homme;
- Qu'il importe que les Etats ne limitent pas la législation et poursuite pénale au maintien de la sécurité nationale, mais doivent aussi prendre en considération la sécurité des autres Etats et de la communauté mondiale;

- Qu'une nouvelle tendance émerge pour une meilleure coopération entre les Etats, non seulement au niveau policier et judiciaire, mais également sur le plan de l'harmonisation du droit pénal substantiel;
- Que l'AIDP a déjà traité certains aspects du phénomène lors de ses précédents congrès, notamment sur la participation à l'infraction en général (VIe Congrès, Athènes, 1957) et sur la participation dans le contexte de la criminalité organisée (XVIe Congrès, Budapest, 1999). Cependant il existe une évolution importante du droit positif dans chaque ordre juridique où l'influence des obligations internationales a apporté de nombreux changements;
- Que la légitimité de la lutte contre le terrorisme, le crime organisé et les autres crimes graves mentionnés ci-dessus ne peut servir de prétexte à l'extension de règles d'exception. Il convient en tout état de cause d'éviter l'évolution du droit pénal vers des tendances autoritaires afin de garantir l'application des principes fondamentaux, comme celui de la légalité criminelle, de la responsabilité individuelle, de l'*ultima ratio*, de la proportionnalité ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Ont adopté ce qui suit:

-A-

Sur l'élargissement des formes de participation

- I. Conformément aux principes généraux du droit pénal, ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi peut prévoir d'incriminer des actes préparatoires spécifiques, soit en les assimilant au régime de la tentative (droit pénal général), soit en les érigeant en délits autonomes (droit pénal spécial), lorsqu'il est nécessaire de prévenir la commission d'une infraction très grave et uniquement en cas de danger précis et actuel.
- II. La répression des actes préparatoires ne peut être considérée légitime que si les conditions suivantes sont réunies :

1. il s'agit de prévenir la commission d'infractions très graves qui portent atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté des personnes;
2. la loi définit précisément les actes préparatoires punissables, en décrivant des comportements objectifs et concrets, en évitant le recours à des clauses générales (telles que: «tout autre acte de préparation») et en évitant également de criminaliser la seule intention de commettre une infraction;
3. les actes incriminés sont étroitement liés à la commission de l'infraction principale et cette liaison doit être identifiée objectivement lorsqu'ils présentent un danger réel et actuel pour les intérêts mentionnés dessus;
4. l'auteur agit sciemment (*dolus directus*) en vue de commettre une infraction concrète et spécifique;
5. la peine est inférieure à celle de l'infraction principale et, dans tous les cas, proportionnée à celle prévue pour sa tentative. Lorsque les actes préparatoires débouchent sur la réalisation de l'infraction qu'ils visaient de commettre, la peine prévue pour cette dernière absorbe celle prévue pour les actes préparatoires;
6. si l'auteur se désiste et interrompt ses actes, il ne devrait pas être puni ou la peine devrait être plus légère.

-B-

Sur l'élargissement des formes de participation

- I. Conformément aux principes généraux du droit pénal, la répression de la participation est accessoire à la commission d'une infraction commise par un ou plusieurs participants ou à la tentative de celle-ci.

Par conséquent si l'infraction n'est pas réalisée ou au moins tentée, ou si elle est justifiée, il n'y a pas non plus de responsabilité du complice.

Mais exceptionnellement des «actes de participation» peuvent être incriminés indépendamment de ce rapport accessoire lorsque la loi les érige en infractions autonomes.

- II. La répression autonome des actes de participation ne peut être considérée comme légitime que si les conditions suivantes sont réunies :
1. il s'agit de prévenir la commission d'infractions très graves qui portent atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté des personnes;
 2. la loi définit précisément les actes matériels de participation incriminés en évitant le recours aux clauses générales (telles que «tout autre acte de collaboration/contribution/facilitation, etc.») et en évitant surtout d'incriminer la simple intention qu'une infraction soit réalisée par une autre personne;
 3. les actes incriminés présentent un danger réel et actuel de faciliter la commission de l'infraction;
 4. l'auteur agit sciemment avec l'intention spécifique de faciliter l'opportunité pour d'autres personnes de commettre une ou plusieurs infractions déterminées;
 5. la peine doit être inférieure à celle qui est prévue pour l'auteur de l'infraction et, dans tous les cas, doit être adaptée à la gravité de la conduite et au principe d'individualisation de la peine.

-C-

Sur la répression des infractions d'association

- I. L'incrimination autonome des associations de malfaiteurs et des organisations criminelles se justifie uniquement dans la mesure où il existe une relation structurée entre leurs membres, qu'elles agissent dans le but de commettre une ou plusieurs infractions graves, qu'elles représentent un danger permanent et objectif de les commettre : danger qui va au-delà d'un acte préparatoire ou de la tentative des infractions constituant le but de l'association.

En conséquence, une association criminelle est punie indépendamment de la tentative ou de l'exécution des infractions qui peuvent constituer leur but.

1. L'incrimination autonome des associations de malfaiteurs et des organisations criminelles requiert des éléments objectifs et subjectifs décrivant clairement le fait incriminé: tels que la stabilité, le fait qu'elles pourraient constituer un danger durable pour une période déterminée, une structure et des modalités d'action caractéristiques pour accomplir des infractions spécifiques (*modus operandi*: comme le recours à la violence, le procédé mafieux, etc.);
 2. la loi doit définir d'une manière précise la notion de participation punissable. Celle-ci devrait être différente des notions de promoteur et d'organisateur, en exigeant une contribution objective et intentionnelle aux activités de l'association en lien direct avec son projet criminel et en requérant, en particulier, soit la commission d'une action concrète pour l'association ou l'organisation, soit le fait de jouer un rôle reconnu par celles-ci;
 3. au niveau de l'élément moral, chaque participant doit agir en connaissant le caractère illicite de l'association ou de l'organisation et avec l'intention spécifique que ses actes constituent les moyens qui permettent d'atteindre le but poursuivi par celles-ci;
 4. La responsabilité pénale pour les infractions commises par un membre de l'association doit être conforme aux principes généraux relatifs à la participation et ne doit pas reposer sur une présomption de responsabilité.
- II. La responsabilité pénale ou administrative des personnes morales est également importante, comme sanction indépendante et cumulative, pour combattre ces nouvelles formes de criminalité en tenant compte du rôle des organisations caritatives et politiques dans le contexte d'une évolution d'ensemble tendant à une approche équilibrée et cohérente.

-D-

**L'interaction entre les juridictions pénales nationales et internationales
concernant les formes de participation**

- I. Les tribunaux internationaux sont appelés à unifier ou à harmoniser l'application des notions générales de préparation et de participation afin de développer un ensemble de règles cohérentes au niveau international.
- II. Avant d'appliquer les notions de participation telles qu'elles sont appliquées par les juridictions internationales, les juridictions nationales doivent prendre en considération la nature particulière des infractions internationales afin de ne pas appliquer sans question des notions élargies de participation à des infractions de nature différente.

Sección I – Derecho penal. Parte general

La Expansión de las Formas Preparatorias y de Participación

Resolución

Los participantes en el XVIII Congreso Internacional de la AIDP (Estambul, Turquía, 20-27 de septiembre de 2009),

Considerando

- que en los últimos años han surgido nuevas formas de criminalización dirigidas a adaptar la respuesta penal a la evolución de la criminalidad grave, que se caracteriza a menudo por su dimensión organizada y transnacional y que se aprovecha de las oportunidades y contradicciones de la actual sociedad globalizada,
- que esta criminalidad grave se caracteriza por su relevancia internacional, su nocividad grave para bienes jurídicos fundamentales de la sociedad y de los individuos, y por nuevas formas específicas de planificación y ejecución que están conectadas, en particular, con los nuevos medios de comunicación y de transporte: como el terrorismo internacional, el crimen organizado transnacional, delitos informáticos graves, tráfico ilícito de migrantes, mujeres, niños, órganos, armas, drogas, etc.
- que estos delitos graves requieren respuestas más eficaces para contrarrestar el carácter organizado y frecuentemente transnacional de los citados fenómenos, pues supone un reto para la supremacía del Estado de derecho, las libertades fundamentales y los derechos humanos,
- que es necesario que los Estados no limiten su legislación y la persecución penal para mantener su seguridad nacional, sino que también deben tener en cuenta la seguridad de otros Estados y de la comunidad mundial,
- que para incrementar la cooperación entre diferentes países, no sólo a nivel judicial y policial, se observa una nueva tendencia también a través de la armonización del derecho penal material;

- que la AIDP en sus Congresos precedentes se ocupó ya de algunos de estos aspectos al tratar de la participación en el delito (VII Congreso, Atenas - 1957) y la participación en el contexto de la criminalidad organizada (XVI Congreso, Budapest - 1999). Sin embargo, ha tenido lugar una importante evolución del derecho positivo en vigor en los distintos órdenes jurídicos, en los que se han producido numerosos cambios por la influencia de las obligaciones internacionales;
- que la legitimidad de la lucha contra el terrorismo, la criminalidad organizada y otros delitos graves mencionados anteriormente no puede servir como pretexto para una aplicación extensiva de reglas excepcionales. A tal efecto, hay que evitar en todo caso las tendencias autoritarias en la evolución del derecho penal, garantizando la aplicación de los principios fundamentales, en particular, los principios de legalidad penal, culpabilidad individual, *ultima ratio*, proporcionalidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales;

Han aprobado lo que sigue:

- A -

Sobre la expansión de las formas preparatorias

- I. De conformidad con los principios generales del derecho penal, sólo excepcionalmente debe la ley penal prever el castigo de actos preparatorios específicos por la vía de su asimilación al régimen de la tentativa de delito (derecho penal, parte general) o como formas delictivas autónomas (derecho penal, parte especial), cuando sea necesario para incrementar las estrategias de prevención de la comisión de delitos muy graves y sólo en casos de peligro claro y actual.
- II. El castigo de los actos preparatorios no puede, por tanto, considerarse legítimo, a no ser que se reúnan las condiciones siguientes:
 1. se trata de prevenir la comisión de delitos muy graves, que lesionen la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos,

2. la ley define con precisión los actos preparatorios incriminados, describiendo un comportamiento objetivo y concreto y evitando el recurso a cláusulas generales (como: «cualquier otro acto preparatorio») y, sobre todo, la criminalización de la mera intención de comisión de un delito;
3. los actos castigados se encuentran estrechamente ligados a la comisión del delito principal y esta relación debe ser objetivamente identificable, en tanto en cuanto constituyan un peligro concreto e inminente para los bienes jurídicos mencionados anteriormente,
4. el responsable tiene que actuar con la intención directa (*dolus directus*) de cometer un delito concreto y específico,
5. la pena es inferior a la del delito principal cometido y, en todo caso, debe ser proporcional en relación con la pena de la tentativa. Cuando los actos preparatorios se materialicen en la comisión del delito principal, su pena debe ser absorbida por la pena del delito principal,
6. en caso de que el responsable renuncie a actuar, no debería ser sancionado o se debería atenuar la pena.

- B -

Sobre la expansión de las formas de participación

- I. Según los principios generales del derecho penal, el castigo de la participación es accesoria a la comisión de un delito por parte de uno o varios sujetos o a la tentativa de comisión de ese delito.

En consecuencia, si el delito no se ha realizado o al menos intentado, o si se encuentra justificado, tampoco habrá responsabilidad del partícipe.

Ahora bien, excepcionalmente pueden ser punibles «actos de participación» al margen de esta relación accesoria, cuando la ley los erija en delitos autónomos.
- II. La sanción autónoma de los actos de participación no puede considerarse legítima, a menos que se cumplan las condiciones siguientes:

1. se trata de prevenir la comisión de delitos muy graves, que menoscaban la vida, la integridad física o la libertad de otros seres humanos,
2. la ley define con precisión los actos materiales de participación incriminados, evitando el recurso a cláusulas generales (como: “cualquier otro acto de colaboración/ contribución/facilitación”, etc.) y en particular la incriminación de la mera intención de que otra persona realice un delito,
3. los actos castigados suponen un peligro presente y actual de facilitar la comisión del delito,
4. el responsable actúa a sabiendas y con intención específica de facilitar la oportunidad de cometer uno o más delitos concretos por parte de otras personas,
5. la pena debe ser inferior a la prevista para el autor del delito principal y, en todo caso, ser adecuada a la gravedad de la conducta y al principio de individualización de la pena.

- C -

Sobre el castigo de los delitos de asociación

- I. La incriminación autónoma de las asociaciones ilegales y de las organizaciones criminales se justifica en la medida en que exista una relación estructurada entre sus miembros, actúen con el propósito de cometer uno o varios delitos graves y representen un peligro permanente y objetivo de comisión de los mismos: peligro que va más allá del propio de los actos preparatorios o de la tentativa de realización de los delitos que constituyen el objeto de la asociación. En consecuencia, la asociación criminal es punible al margen de la tentativa o la consumación de los delitos constitutivos de sus fines.
 1. La previsión autónoma de las asociaciones ilegales y de las organizaciones criminales exige que se describan con precisión los elementos objetivos y subjetivos del hecho incriminado: como la estabilidad, el hecho de que pueda constituir un peligro duradero durante un período de tiempo

apreciable, una estructura y modalidades de acción características de la comisión de delitos específicos (*modus operandi*: como el recurso a la violencia, el método mafioso, etc.).

2. La ley debe contener de manera precisa la definición de la noción de participación punible. Esta debería ser diferente de la noción de promotores y organizadores, requiriendo una contribución objetiva e intencional a las actividades de la asociación en conexión directa con el proyecto criminal, en especial exigiendo la comisión de una acción concreta para la asociación u organización, y la asunción de un rol reconocido por estas.
 3. En cuanto al tipo subjetivo, es preciso que cada miembro actúe a sabiendas del carácter ilícito de la asociación u organización y con la intención específica de que los actos constituyan medios para el logro de los fines de la asociación.
 4. La responsabilidad penal por los delitos cometidos por un miembro de la asociación debe conformarse a los principios generales en materia de autoría y participación, sin presunciones de responsabilidad.
- II. Para combatir estas nuevas formas de criminalidad también es importante la responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, como sanción acumulativa e independiente, teniendo en cuenta el rol de las organizaciones caritativas y políticas en el contexto de la evolución comprensiva que persigue un enfoque equilibrado y coherente.

- D -

Interacción entre jurisdicciones penales nacionales e internacionales en relación con las formas de participación

- I. Se hace un llamamiento a los Tribunales internacionales para que unifiquen la aplicación de las nociones generales de preparación y participación, con el fin de desarrollar un cuerpo coherente de reglas a nivel internacional.

II. Antes de adoptar las nociones de participación aplicadas por los Tribunales internacionales, las jurisdicciones nacionales tienen que tener en cuenta la naturaleza particular de los crímenes internacionales, para no aplicar de manera acrítica nociones amplias de participación a delitos de naturaleza diferente.

Bölüm II
TERÖRİZMİN FİNANSMANI
Karar

Section II
Penal Law. Special Part
FINANCING OF TERRORISM
Resolution

Section II
Droit pénal spécial
LE FINANCEMENT DU TERRORISME
Résolution

Sección II
Derecho penal. Parte especial
FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO
Resolución

Terörizmin Finansmanı

Karar*

İstanbul'da (Türkiye) (20-27 Eylül, 2009) düzenlenen XVIII. AIDP Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, II. Bölüm katılımcıları,

Terörizm ve terörizm finansmanını, insanlığa karşı, ulusların istikrarı kadar uluslararası barış ve güvenliği de tehdit eden, ulusalüstü ve/veya sınır ötesi suçlar olarak tanıyarak,

Terörizmin finansmanına karşı denetimlerin, terörist eylemlerin engellenmesi, izlenmesi, araştırılması ve zararının azaltılması için gerekli olduğunu göz önüne alarak,

Terörizmin finansmanının karmaşık ve devam eden hukuksal uyum sağlama sürecinde ve uluslararası yardımlaşmada önemli mücadeleler gerektirdiğini göz önünde bulundurarak,

BM Güvenlik Konsey Kararları 1373 (2001), 1267 (1999), ve 1368 (2001), BM Genel Kurulunun 51/210 sayı 17 Aralık 1996 tarihli kararı (paragraf 3, bent (f)) ile 1999 tarihli BM Uluslararası Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesinin önemini altını çizerek,

1999 tarihli BM Uluslararası Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Sözleşmesinin üye devletler tarafından geniş biçimde onaylanmasını takdir ederek,

Bakan Temsilcilerinin katılımıyla, Bakanlar Komitesinin 804. toplantısında ve 11 Temmuz 2002 tarihinde kabul edilen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Terörizmle Mücadele ile ilgili Rehber İlkelerini hatırlatarak,

Terörizmin evrensel tanımının eksikliğini ve terörizmin finansmanına karşı ulusal tanımların ve yaklaşımların ayrılığını dikkate alarak,

* Çeviri: Av. Serdar Mermut. Oturum Sekreteri

Hem risk temelli hem de ilke temelli finansal denetimlerin önemini tekrar ederek,

CFT ve anti-terör politikalarının daha genel anlamda güvenilir kanıtlara ve analizlere dayanmasının önemini tekrar onaylayarak,

Terörizmin finansmanı ile karapara aklama faaliyetlerinin yapısal olarak farklı olduklarını ve değişik karşı tedbirler gerektirebileceklerini vurgulayarak,

Ulusal ve uluslararası düzeyde terörizmin finansmanı ile ilgili düzenli ve özenli veri toplama ve analizinin bulunmadığını not ederek,

Yeni teknolojilere dayanan finansal bilgi ve istihbarat alışverişinin sağlanması amacıyla uluslararası yardımlaşma ve karşılıklı hukuki yardım için etkili bir sistem oluşturma olasılığına inanarak,

Belirtilen ve amaçlanan yaklaşımlar doğrultusunda, temel insan hakları ve özgürlüklerin önemini belirterek,

Suç ithamı veya insan haklarının uluslararası hukuktan kaynaklanan korumaları veya güvenceleri etkin biçimde uygulanmaksızın alınan bazı önleyici tedbirler ve yapılan bazı saptamalara dair endişelerini dile getirerek,

aşağıdaki kararları benimsemektedir:

Terörizmin finansmanını hedef alan uygun bir sistem için duyulan gereksinim

1. Anti-Terör finansmanına, bölgesel ve küresel anlamda uyumlu ve disiplinlerarası bir tutumla adil ve etkili bir sistem oluşturulması, terörizmle mücadelede büyük önem taşımaktadır. Terörizmin finansmanının denetimine yönelik uygun bir sistem, terörist faaliyetlerin ve saldırıların olası zararını azaltarak, hem militanların faaliyetlerinin gözlemlenmesine hem de önleyici tedbirlerin alınmasına hizmet edebilir.

Düzenin yeniden kurulmasını ve daha sonra takip edilebilecek örgüt üyelerinin tespitini de sağlar; hatta, finansal faaliyetlerin inceleme altında olduğunun alenen bilinmesi aşırı uçlardaki grupları sürekli taktik değişikliği yapmaya ve istihbarat toplama için fırsatlar yaratan iletişimler kurmaya zorlamaktadır.

Görünürdeki boyutlar

2. Son on yılda, özellikle de 11 Eylül'den sonra, CFT tedbirleri, FATE, BM, AB ve diğer girişimlere bağlı olarak ve ulusal düzeydekileri de kapsayacak şekilde, gerek sayısal gerek içerik ve coğrafi uygulama alanı bakımından artmıştır. Şüpheli teröristlerin belirlendiği listeler oluşturulmuş ve dağıtılmıştır; bu listelerdeki isimlerin malları, hayır kurumları da dahil olmak üzere, dondurulmuştur. Terörizme ve finansmanına maddi destekle ilgili yasalar çıkarılmıştır.
3. Buna karşın, CFT tedbirlerinin yedi yıllık uygulamasının ardından, sistem ve mali etkisi özenli bir biçimde değerlendirilmeli ve öncelikler uygun biçimde ayarlanmalıdır.
4. TF'nin boyutları, yöntemleri ve araçları hakkındaki gözleme dayalı çalışmalar, dünya çapındaki durumla ilgili gerçekçi bakış açıları elde edebilmek için teşvik edilmelidir. Anti-Terör finansman sektöründeki politika değerlendirmesi için tecrübeye dayalı bilgi üretimi temel bir önşarttır. Bu bilginin çözümlenmesi ve kamunun ulaşımına açık olması anti-terör finansmanını haklı çıkarmak için büyük bir kaynak sayılmalı ve böylece teröre neden olan şiddetli köktencileştirmeye (radikalizasyon) engel olarak görülmelidir. Olabildiğince hızlı bir biçimde küresel bir veri tabanı oluşturulmalı / desteklenmelidir.

Yasal tanımlar

5. BM terörün finansmanını şöyle tanımlamıştır: *“Bu sözleşme dahilinde herhangi bir suçta doğrudan veya dolaylı, hukuka aykırı ve isteyerek, sermaye sağlayarak veya toplayarak, bilerek ve isteyerek veya ne amaçla kullanılacağı bilgisi dahilinde olarak tamamen veya kısmen;*
 - a) *Ekte tanımlanan anlaşmalardan birinin içerisinde, suç teşkil eden bir fiil; veya*
 - b) *Bir sivilin ölümünü veya ciddi biçimde cismani zarara uğramasını veya etkin olarak silahlı kuvvetler söz konusu oldu-*

ğunda düşmanca tavırlar sergilemeyen diğer başka kişiler dahil olmak üzere, yapılan eylemlerin amacı, doğası ve şartları gereği bir toplumun gözünü korkutmak, veya bir Devlet'in veya uluslararası bir kuruluşun cebren bir şey yapmasını veya bir şeyden imtina etmesini sağlayacak başka bir fiil."

Bu tanım ulusal hükümlerin birbirleriyle uyum sağlaması sürecine temel alınarak hizmet edecektir.

6. Bu tanımdan yola çıkılarak, sorunları ve uluslararası taahhütlerin uygulamasındaki boşlukları tespit etmek için, terörizmin finansmanı hakkında karşılaştırmalı bir çalışma yapılarak ulusal tanımlarda ele alınması zorunludur.
7. Bu çerçevede ülkeler, ceza hukukunun temel ilkelerine dikkat ederek terörizmin finansmanını ayrı bir suç olarak cezalandırmalıdır.
8. Terörizmin finansmanı, mevcut bir terör eyleminin yapılmasına bağlı olmaksızın cezalandırılmalıdır ve cezalandırma, yalnızca terörist bir gruba katılmaya veya destek vermeye bağlı olmamalıdır.
9. Bir tüzel kişiliğin sorumluluğu terör finansmanını temsilcisinin faaliyetleri çerçevesinde ve kendi adına yaptığında ortaya çıkmalıdır.

Delil temelli yaklaşımlar ve risk yönetimi

10. Adli veri ve olaylar, risk yönetimi ve delil araştırması temeline dayanan yaklaşımların yerleşmesi gerektiğini göstermiştir. Var olan kaynaklar ve zayıflıklar dikkate alındığında, bu şekildeki yaklaşımların terörizm finansmanına karşı yürütülen ulusal stratejinin gelişimini sınırlandırır.
11. Bu hukuki ve fiili bilgiler temelinde, mevcut kaynaklar göz önüne alınarak, güçlü delillere dayanan, daha iyi belirlenmiş hedeflere yönelen yaklaşımlar tercih edilmelidir.
12. Terörün finansmanı ve karapara aklama filleri arasındaki benzerlikler ve farklılıklar kesin bir şekilde belirlenmelidir. Diğer-

lerinin yanında, özellikle, daha çeşitli ya da özel yasal ve düzenleyici çerçeveyi gerektirebilecek aşağıdaki konulara dikkat çekilmelidir:

- a) Devletler, saydam ve karşılaştırmalı ithalat-ihracat istatistiklerine dayalı ticari ilişkilerden faydalanan terörizmin finansmanına karşı yaklaşımları araştırmalı ve geliştirmelidir.
 - b) Fon ve değerlerin transferinde kayıt dışı sistemler (hawala, hundi, fei 'chien vb.) daha iyi anlaşılmalı ve bunlar, taşıdıkları suç riskini ortaya koyacak ve gördükleri meşru fonksiyonu muhafaza edecek pragmatik yollarla düzenlenmelidir.
 - c) Sosyal ve yardım amaçlı faaliyetlerde bulunan hayır kuruluşlarının ve siyasi kuruluşların terör niteliğindeki eylemlerin finansmanı bakımından üstlendikleri rol incelenirken, dengeli ve tutarlı bir yaklaşım oluşturmak amaçlanmalı ve ulusal, ekonomik ve sosyal koşullar ayrıntılı olarak değerlendirilmelidir.
 - d) Ticari sektörün tanımlanmış hassasiyetleri karşısında, terörizmin ticarete dayalı finansmanı incelenmeli ve mevcut finansal düzenlemeleri pekiştirmek amacıyla ticari şeffaflık artırılmalıdır.
 - e) İncelemeler sonucunda, nelerin terörle bağlantılı olası şüpheli finansal işlem teşkil edeceğine ilişkin somut yol gösterici öğeler elde edilmeli ya da finansal denetimlerin, bu tür işlemlerin özel sektör ya da düzenleyici birimler tarafından tespitine ne ölçüde imkan verdiği yeniden tanımlanmalıdır.
13. Özel sektörün (özellikle finansal kuruluşlar, avukatlar, muhasebeciler, denetçiler vb.) yönlendirilmesi faaliyeti, çeşitli bölgesel ve ulusal uygulamaları uyumlaştırmak ve hesap verebilme kapasitesini güçlendirmek amaçlarıyla daha da ileri götürülmelidir.

Listelerin tespiti ve varlıklarla ilgili tedbirler

14. a) Şüpheli bireylerin ve kuruluşların belirlenmesi usulü [terör eylemlerinde kullanılması hedeflenen ya da terörist grupların kontrolünde olan malvarlığı değerlerinin tespiti, dondurulması ve bunlara el konulması amacıyla] titizlikle ve ayrıntılı bir biçimde yeniden gözden geçirilmelidir. Bazı örneklerde, çoğunlukla cezai ya da başka türlü herhangi bir isnat ya da yargılama olmaksızın ve esasında suçlu ya da suçsuz olduklarının tespiti hiç yapılmaksızın bu tür bir listede yer alan şüphelilerin statüsünü belirleyen herhangi bir yargısal ya da başka bir yasal süreç bulunmamaktadır ve bu kişilerin listeden çıkarılmaları usulü belirsizdir. Diğer taraftan, yürütmenin, tam olarak bilinmeyen ya da şeffaf olmayan kriterler veya deliller temelinde verdiği kararların etkileri, bunlara muhatap olanlar bakımından çok ağır olmaktadır.
- b) Bu bağlamda, “listeye alınma” ya da “listeden çıkarılma” işlemlerine maruz kalan hedef kitleyi oluşturan bireylerin ve kuruluşların usuli hakları bakımından, adil yargılanma hakkının içeriğinde yer alan güvenceler sağlanmalı ve bu işlemler etkili yargısal denetime tabi olmalıdır.¹
15. a) Kişilerin ve grupların malvarlıklarının dondurulması ve bunlara el konulmasına ilişkin idari ve yargısal usuller, yetkili otoritenin ayrıcalıklarını net bir kararlılık ile doğru bir şekilde koordine edilmelidir.
- b) Bu tür usullerin uygulanması sırasında, gerçek ve tüzel kişilerin bir avukatın yardımından faydalanma, kendisi hakkındaki isnatlar ve deliller konusunda yeterli derecede bilgilendirilme hakları gecikmeksizin koruma altına alınmalıdır.

¹ Cleveland toplantısından sonra, Avrupa Birliği Adalet Divanı, bu konuda uzun zamandır beklenen kararını vermiş olduğu için bu paragraf daha fazla önem kazanmıştır. (Temyiz Mahkemesi, Queen’s Bench Division, İdare Mahkemesi, A, K, M, Q St G ve H.M., Hazine) 24 Nisan 2008 tarihli kararda (2008) (EWHC 869) Terörizme Karşı 1373 ve 1267 sayılı BM önlemlerinin uygulanmasına ilişkin emirlerin iptaline hükmedilmiştir. Bu durumda ilgili paragrafın altını çizdiği nokta daha doğru görünmektedir.

16. Finans sektöründe, terörizme destek verdiği şüpheli edilen kişilerin oluşturduğu çoklu listelerin (ulusal ve uluslararası, zaruri ve özel) kullanımı, yaptırım uygulanan ve yüksek risk taşıyan müşterilerin teşhis süreci karmaşık ve etkisizdir. Bu süreç mantıki bir temele oturtulmalıdır.

Uluslararası yardımlaşma

17. Yargısal yardımlaşma (hukuk, idari ve ceza) ve idari yardımlaşma (polis, istihbarat servisleri ve FIU) terörizmin finansmanına karşı yürütülen faaliyetlerin etkili olması açısından kilit bir rol oynamaktadır. Devletlerin ortak yürüttüğü faaliyetleri güçlendirmek için anlaşmaları, politikaları ve en iyi uygulamaları da dikkate alarak, ortak olaylara müdahalelerde mevcut hukuki ve politik farklılıkların çözülerek karşılıklı ilişki kültürü oluşturulması gereklidir.

İnsan Haklarına Saygı ve Sürece İlişkin Garantiler

18. Listeler, emirler ve veritabanlarını dondurmak ve elkoymak kadar bu karar metninde belirtilen hükümlerin uygulanması bağlamında kamu özgürlüklerine (bireysel ve kolektif) saygı duyulması gerekliliği, ceza muhakemesinin temel ilkeleri ve insan haklarının korunması gerektiğini yinelemekteyiz.

Terörizmin Finansmanı

Müzakereler*

20-27 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul'da yapılan Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'ne yabancı devletlerden olduğu kadar, Türkiye'den de yoğun bir katılım oldu. Dört ayrı başlık altında oluşturulan çalışma gruplarında özellikle Türk katılımcılar kararlarla ilgili görüş ve eleştirileri yoğun bir biçimde dile getirmişlerdir. Bu görüşlerin birçoğu kararların yazımında da etkili olmuştur.

Terörizmin Finansmanı başlıklı çalışmada, Amerika Birleşik Devletleri'nden Michael **Scharf** başkan, Brezilya'dan Carlos **Japiassü** başkan yardımcısı, yine Amerika Birleşik Devletleri'nden Nikos **Passas** genel raportör, Almanya'dan Manuel **Espinoza** ve Türkiye'den Türk Ceza Hukuku Derneği Üyesi Serdar **Mermut** da sekreter olarak yer almışlardır. Ayrıca Türkiye sekreteryası içerisinde büyük bir özveri ile çalışan Av. Burak **Candan**, Av.İlkan **Koyuncu**, Galatasaray Üniversitesi öğrencileri Ahmet Kemal **Kumkumoğlu** ve Can **Vodina**, Türk katılımcıların görüş ve önerilerini İngilizce ve Fransızca'ya çevirerek Başkanlığa sunmuş ve bu şekilde fikirlerin karara yansımını sağlamışlardır.

Toplantının hemen başında, Nikos Passas karar taslağı hakkındaki genel yorumları duymak ve konu hakkındaki tartışmayı başlatmak amacıyla katılımcılara söz hakkı vermiş ve öncelikle karar taslağı ile ilgili görüşlerini almıştır. Yine bu açıklamalar ile birlikte katılımcılara karar taslağı hakkındaki genel görüşleri sorularak, ortak karar sonucunda hangi kavramların tartışma yaratabileceği, bunun yanı sıra hangi konularda katılımcıların ortak fikrinin oluşabileceği saptanmaya çalışılmıştır.

Bu genel tartışmanın amacı, karar taslağı üzerinde yeni fikirler oluşturmak farklı görüş ve konulara dikkat çekmek ve bundan dolayı karar taslağında gelecekte oluşacak somut teklifler için temel teşkil etmek olarak belirtilmiştir.

* Çeviren : Av. Serdar Mermut, Oturum Sekreteri

Konuyla ilgili ilk görüş, Arjantin'den katılan **Prof.Matreau** tarafından bildirilmiştir. Terörizmin finansmanı ile ilgili kısa açıklamadan sonra Danimarka'dan katılan **Prof Vesteegaard** ve Türkiye'den katılan Osman **Karakuş** terörle mücadelede, devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlayıcı ve insan haklarına saygılı olan maddeleri taslağa koymayı önermişlerdir. Bu önerilerden sonra bu suçun öneminin ve son zamanlarda artışının dikkate alınması gerektiği, bu sebeple bu suçla mücadelede ayrı bir mekanizma oluşturulması gerekliliği ortaya konmuştur. Ancak bu önleyici tedbirlerin alınması sırasında özellikle tedbirlerin ceza muhakemesi hukukunun genel ilkelerine ve insan haklarına aykırı olmaması ve bu hususları mutlaka gözetmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Bu belirlemelerden sonra Türk katılımcılar Hakim **Akbaş**, Hakim **Yıldırım** ve Avukat **Tanal** ortak bir görüşü benimsemekle birlikte terörizmin finansmanı suçunun son zamanlarda çok ciddi bir boyut aldığını ve bu suçu önlemek için taslakta taraf devletlere düşen görevlerin belirtilmesi gerektiğini, yine devletlerin bu konu hakkında bilinçli olmaları, yaygınlaşan bu suçu önlemek için çaba harcamaları ve suç oluşturduğu esnada ise devletin derhal suça ilişkin soruşturmayı başlatması gerektiğini ifade etmişlerdir. Yine Türk katılımcılar Ulusal ve Bölgesel düzeydeki mahkemelerin verdiği emsal kararlara dikkat çekerek bu kararların birçoğunun insan haklarının açık ihlallerine neden olduğunu ve bazı insancıl değerleri dondurduğunu belirtmiş ve izlenmesi gereken yolun hukukun genel ilkeleriyle uyumlu olması gerekliliğini ortaya koymuşlardır.

Toplantıda üzerinde durulan diğer bir konu ise, bu suçla ilgili olarak tüzel kişilerin sorumluluğunun nasıl tespit edileceği ve tüzel kişiye uygulanabilecek yaptırımlar olmuştur. Bu konuda önleyici tedbirlerin tüzel kişilerin temel uygulamalarını ve haklarını zedelememesi, soruşturma yöntemleri uygulanırken tüzel kişinin faaliyetlerinin zarar görmemesi için özen gösterilmesi gerektiği yönünde görüşler bildirilmiştir. Bu görüş ve önerilerden sonra 9. madde ile getirilen "*Bir tüzel kişiliğin sorumluluğu terör finansmanını temsilcisinin faaliyetleri çerçevesinde ve kendi adına yaptığında ortaya çıkmalıdır.*" şeklindeki hüküm ile bu durum hüküm altına alınmıştır.

Toplantıda, maddelerin içeriklerinde tartışmalar olduğu gibi, madde başlıklarında da farklı tartışmalar yaşanmıştır. Özellikle bazı başlıklarda-

ki “yeterli” teriminin istenen anlamı karşılayamadığı, bu terimin yerine “dengeli” teriminin kullanılmasının daha doğru olacağı, zira bu suçla mücadelenin içinde bulunduğu sistemi terimsel anlamda hedef alması ve bu kelimenin daha etkili olması ve yine insan hakları bakımından daha koruyucu bir etki yaratacağı belirtilmiştir.

Ancak aynı konuda Avusturya’dan Mr.Roland **Miklau** ise dengeli veya yerinde terimlerinin yukarıda belirtilen hususları içermeyeceğini, bu sebeple terimin adalet kavramını içerir şekilde “adil ve etkin” olarak yazılması gerektiğini ifade etmiştir. Türk katılımcılarda da bu terimin doğru olacağı yönünde görüş bildirmişlerdir.

Çalışmalarda Türk katılımcılar özellikle hukukun üstünlüğünün tüm maddelerde vurgulanması gerektiğini, insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dair ilkelere yer verilmesi zorunluluğunu dile getirmiş ve karar taslağı içerisinde bu ilkelere yeterince yer verilmemesini eleştirmişlerdir. Katılımcılardan özellikle **Karakuş**, suçu önlemeye çalışırken hukukun üstünlüğü ve insan haklarının ihlal edilmemesi gerektiğini, bunun bir tehlike olarak ortaya çıktığını ve bu sebeple önleyici tedbirlerle ilgili bölümdeki maddelere insan haklarının korunması konusunu içeren bazı terim ve cümleler eklenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Son oturumda ise suçun ortaya çıkarılması konusunda delil elde edilmesi ile ilgili hususlar tartışılmış ve bu bölümde özellikle özel sektörün -ki bu tanımlama içerisine avukatlar da dahil edilmiştir- daha fazla işbirliği içerisinde olması gerektiği ifade edilmiştir. Türk katılımcılar savunma makamı konumundaki avukatların müvekkileri ile bilgileri paylaşma zorunluluğu altında bırakılmasının savunma dokunulmazlığı ilkesine aykırı olduğunu dile getirmişlerdir. Prof.Hakan **Hakeri**, Av.Metin **Aslan**, Av. Devrim **Karakulah** ve Av.Mahmut **Tanal** ve diğer birçok Türk katılımcı metinde yer alan ‘avukatlar’ ve ‘benzeri’ kelimelerinin silinmesi gerektiğini zira, bu terimsel karmaşanın veri gizliliğini ve avukatların yapacağı güçlü savunmaların gerekliliğini tehlikeye atacağını ifade etmişlerdir.

Tartışmanın diğer bölümünde de malvarlığı değerlerine el konulmasına ilişkin hükümler tartışılmıştır. Bu tartışmalar sırasında idari kararlarla bu değerlere el konulabilmesine ilişkin düzenlemenin usul hükümlerine ve insan haklarına aykırı olacağı, mahkeme kararı olmaksızın bu

nitelikte bir el koyma hükmünün hukuka aykırı olacağı, önleyici tedbirlerin kolaylıkla mülkiyet hakkının ihlalini doğurabileceği ifade edilmiştir. Ancak bu konuda oturum başkanı **Prof. Passas** ile bir başka katılımcı **Prof.Marteau**, bu önerinin terörle mücadele kapsamındaki genel duruma uymayacağını, hızlı ve etkin bir karar mekanizması oluşturulması gerektiğini ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından yürütülen çalışmalara karşı yetersiz olacağını savunmuşlardır. Diğer bazı katılımcılar ise her iki fikrin de geçerli olduğunu ceza muhakemesi hükümleri ile mücadeleye ilişkin hükümlerin birlikte uyumlu bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmişlerdir.

Tüm maddelere ilişkin görüş ve önerilerin tartışılmasından sonra oylanarak kabul edilmesiyle Toplantı sona ermiştir.

Section II – Penal Law. Special Part

Financing of Terrorism Resolution

The participants of Section II of the XVIII International Congress of Penal Law, held in Istanbul (Turkey) (20-27 September, 2009),

Recognizing terrorism and financing of terrorism as potentially transnational and/or extra-territorial crimes, being committed against mankind, threatening international peace and security as well as stability of nations.

Considering that controls against the financing of terrorism are useful and necessary for the purposes of prevention, monitoring, investigation and reduction of harm by terrorist operations.

Considering that financing of terrorism is complex and poses important challenges in the ongoing process of legal harmonization and international cooperation.

Recalling UN Security Council Resolutions 1373 (2001), 1267 (1999), and 1368 (2001), the General Assembly resolution 51/210 of 17 December 1996 (paragraph 3, subparagraph (f)) and the UN International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 1999.

Welcoming the widespread ratification of the UN Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism of 1999 by Member States.

Recalling the Council of Europe Guidelines on human rights and the fight against terrorism adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002 at the 804th meeting of the Ministers' Deputies.

Taking note of the lack of a universal definition of terrorism and the diversity of national definitions and approaches to countering the financing of terrorism (CFT).

Reiterating the importance of both risk- and principle-based financial controls.

Reaffirming the wisdom of founding CFT and counter-terrorism policies more generally on reliable evidence and analysis.

Emphasizing that the financing of terrorism and money laundering practices are often dissimilar in nature and may require different counter-measures.

Noting the absence of systematic and thorough data collection and analysis regarding the financing of terrorism at national and international levels.

Relying on the possibility of establishing an effective system of international cooperation and mutual legal assistance regarding the exchange of financial information and intelligence, based on new technologies.

Stressing the importance of targeted approaches respecting basic human rights and fundamental freedoms.

Expressing concern at the application of certain preventive measures and designation practices without criminal prosecution or effective application of human rights safeguards and guarantees under international law.

Adopt the following Resolution:

**The need of a fair and effective system of
targeting the financing of terrorism**

1. The establishment of a fair and effective system of countering the financing of terrorism (CFT) that is regionally and globally harmonized and established in an interdisciplinary manner is essential in order to fight terrorism. Reducing the possible harm of terrorist operations and attacks, a fair and effective system of control of terrorist finance can equally serve to monitor militant activities so that preventive actions can be taken. It also enables the reconstruction of events and the detection of coconspirators who can then be pursued; and moreover, the public announcement that financial activities are under scrutiny forces extremist groups to make frequent tactical changes and communications, which generates valuable opportunities for intelligence gathering.

Empirical Aspects

2. In the last decade, and particularly after September 11, CFT measures have grown in number, scope and geographic application due to UN, FATF, EU and other initiatives, including many undertaken at national levels. Lists of designated suspected terrorists have been created and circulated; assets of those named in such lists have been frozen, including those of non-profit organizations. Laws have been introduced regarding the financing of terrorism and material support for terrorism.
3. Nevertheless, after 7 years of applying CTF measures, the system and its cost-effectiveness should be thoroughly evaluated and its priorities should be adjusted accordingly.
4. Empirical studies on the dimensions and the ways and means of financing of terrorism should be encouraged in order to obtain a realistic overview of the actual situation worldwide. Production of empirical data is a fundamental precondition for policy evaluation in the CFT sector. Its analysis and public availability should be recognized as one of the major sources of legitimizing CFT measures thereby preventing violent radicalization leading to terrorism. As far as possible a solid knowledge base should be developed, supported and shared.

Legal definitions

5. The UN has defined financing of terrorism as following: “ *Any person commits an offence within the meaning of this Convention if that person by any means, directly or indirectly, unlawfully and wilfully, provides or collects funds with the intention that they should be used or in the knowledge that they are to be used, in full or in part, in order to carry out:*
 - a) *An act which constitutes an offence within the scope of and as defined in one of the treaties listed in the annex; or*
 - b) *Any other act intended to cause death or serious bodily injury to a civilian, or to any other person not taking an*

active part in the hostilities in a situation of armed conflict, when the purpose of such act, by its nature or context, is to intimidate a population, or to compel a government or an international organization to do or to abstain from doing any act.”

This definition will serve as a basis in the process of harmonization of national provisions.

6. From this definition a comparative study must be undertaken into national definitions of financing of terrorism in order to identify problems and gaps in the implementation of international commitments.
7. In this framework States must ensure that criminalization of financing of terrorism must be a distinct offence while respecting fundamental principles of criminal law.
8. Financing of terrorism should be adequately criminalized, irrespective of the commission of an actual terrorist act, and incrimination should not be dependent solely on participation in or assistance to a terrorist group.
9. Responsibility of a legal entity shall be provided when financing of terrorism is committed within the scope of its activities by its agent and on its behalf.

Evidence-based approaches and risk management

10. The available judicial data and facts suggest that approaches based on the search for evidence and risk management should be adopted. Taking into consideration the existing resources and vulnerabilities, such approaches permit the development of a national strategy against the concrete threats of terrorism financing.
11. On the basis of such legal and factual information, studies and analyses, improved evidence based, targeted and risk-based approaches should be pursued, taking into account existing resources.

12. The similarities and differences between financing of terrorism and money laundering activities need to be clearly identified. More specifically, attention should focus inter alia on the following issues that may require more specific or diverse legal and regulatory frameworks:
 - a) States should explore and develop an approach against financing of terrorism that takes advantage of commercial transactions based on transparent and comparative import-export statistics.
 - b) Informal fund and value transfer systems (hawala, hundi, fei 'chien, etc.) should be better understood and regulated in pragmatic ways that address the crime risks they represent and preserve the legitimate functions they perform.
 - c) The role of organisations with social and charitable activities as to the financing of terrorism should be analysed in the context of a comprehensive evaluation of national, economic and social conditions, aiming at a balanced and consistent approach.
 - d) Given identified vulnerabilities in the commercial sector, trade-based financing of terrorism should be examined and trade transparency should be enhanced to supplement existing financial regulations.
 - e) Analyses should provide either concrete guidelines on what constitutes possible suspicious terrorist financial transactions or re-define the extent to which financial controls enable private sector or regulatory bodies to identify such transactions.
13. Guidance for the private sector (in particular financial institutions, lawyers, accountants, auditors, etc.) needs to be further developed with the aims to harmonise divergent regional and national practices and to strengthen accountability.

Designations and Asset-Related Measures

- 14 a) The processes of designating suspected individuals and organisations for the purpose of identifying, freezing and seizing assets intended to be used for terrorist activities or under the control of terrorist groups needs a thorough and comprehensive revision. In some instances, the process of removal is unclear, while no judicial or other legal process addresses the status of a suspect on such list – that is, there is frequently no criminal or other charge, no court proceeding and, in essence, no means for the determination of guilt or innocence of named suspects. On the other hand, the effects of executive decisions made on the basis of not fully known or transparent criteria and evidence are devastating for those affected.
- b) In this context, the procedural rights of targeted individuals and organisations subjected to “listing” and “delisting” proceedings must be guaranteed according to due process and fair trial requirements and subject to timely and effective judicial review.
- 15 a) Judicial and administrative procedures for freezing and seizing assets of individuals and groups are to be properly coordinated with a clear determination of the prerogatives of the competent authority.
- b) During such procedures the rights of the natural and legal persons concerned to legal consultation and representation and to adequate information on charges and evidentiary material shall be safeguarded without delay.
16. In the financial sector, the use of multiple (national and international, mandatory and private) lists of persons suspected of supporting terrorism is a complex and ineffective procedure for the identification of sanctioned and high-risk customers. This process must be properly rationalized.

International cooperation

17. Judicial cooperation (civil, administrative and penal) as well as administrative cooperation (police, intelligence services and FIU) are vital to the effectiveness of actions against the financing of terrorism. It is necessary to strengthen States' common actions, taking into account agreements, guidelines, and best practices, in order to establish and a culture of mutual interaction and the resolution of current legal and political differences in the treatment of common cases.

Respect for Human Rights and procedural guarantees

18. In the context of implementing the provisions of this resolution as well as the creation of designation lists, freezing and seizing orders and databases, we reiterate the necessity of respecting public liberties (individual and collective), fundamental principles of criminal procedure, and protection of human rights.

Section II – Droit pénal spécial

Le Financement du Terrorisme

Résolution

Les participants du 18^e Congrès international de droit pénal de l'AIDP (Istanbul, Turquie, 20-27 septembre 2009)

Reconnaissant que le terrorisme et le financement du terrorisme peuvent constituer des crimes potentiellement transnationaux et/ou extra-territoriaux, susceptibles d'être commis contre l'humanité, menaçant la paix et la sécurité internationales ainsi que la stabilité des nations.

Considérant que les mesures contre le financement du terrorisme sont utiles et nécessaires afin de prévenir, surveiller, enquêter et réduire le mal engendré par les opérations et attaques terroristes.

Considérant que le financement du terrorisme est complexe et pose d'importants défis pour la poursuite du processus d'harmonisation légale et de coopération internationale.

Soulignant l'importance de la Résolution des Nations Unies 1373 (2001), 1267 (1999) et 1368 (2001), et la Résolution de l'Assemblée générale 51/210 du 17 décembre 1996 (paragraphe 3, sous paragraphe f) et la Convention internationale pour la répression du Financement du Terrorisme de 1999.

Accueillant l'augmentation du nombre des ratifications de la Convention internationale pour la répression du Financement du Terrorisme de 1999 par les Etats membres.

Rappelant les directives du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme adoptées par le Comité des Ministres le 11 Juillet 2002 à l'occasion de la 804^{ème} réunion des délégués des Ministres.

Notant l'absence de définition universelle du terrorisme et la diversité des définitions et des approches nationales concernant le financement du terrorisme

Réitérant l'importance d'adopter une approche normative ou une approche fondée sur la gestion des risques en ce qui concerne la prévention du financement du terrorisme.

Réaffirmant l'opinion générale selon laquelle les mesures contre le financement du terrorisme doivent être basées sur des analyses et des éléments de preuves fiables.

Insistant sur les différences entre les pratiques du financement du terrorisme et le blanchiment d'argent et pouvant requérir des contre-mesures distinctes.

Notant l'absence de rassemblement systématique et d'analyse approfondie des informations, tant au niveau national qu'international.

Confiants dans les possibilités d'établir un système de coopération juridique et d'assistance mutuelle dans les échanges d'informations et d'intelligence financière efficace, fondé sur les nouvelles technologies.

Soulignant l'importance d'approches ciblées respectueuses des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Exprimant ses préoccupations quant à l'application de certaines mesures préventives et au fonctionnement des listes de désignation sans qu'il y ait une procédure pénale ou la mise en oeuvre effective des droits de l'homme et des garanties du droit international.

Ont adopté lors du 18ème Congrès International de Droit pénal tenu à Istanbul (Turquie) du 20 au 27 septembre 2009, la Résolution suivante:

La nécessité d'un système juste et efficace pour cibler le financement du terrorisme

1. La mise en place d'un système juste et efficace pour cibler le financement du terrorisme (CFT), harmonisé au niveau régional et global et institutionnalisé de manière interdisciplinaire, est essentielle afin de lutter contre le terrorisme. Afin de réduire le mal engendré par des opérations et attaques terroristes, un système juste et efficace de contrôle du financement du terrorisme peut également servir à surveiller les activités militantes et à déployer des actions préventives. Cela permettrait également

la reconstruction des événements et la détection des complots qui pourraient alors être poursuivis ; en outre, l'annonce publique selon laquelle les activités financières des groupes extrémistes sont mises en examen forcera ces derniers à devoir changer régulièrement de tactique et de méthodes de communication, fournissant au service de renseignements davantage d'opportunités pour collecter de nouvelles informations.

Aspects empiriques

2. Au cours de la dernière décennie, et particulièrement après les attaques du 11 septembre 2001, les mesures contre le financement du terrorisme ont vu leur nombre, leur étendue ainsi que leur application géographique croître sans cesse, grâce à des organisations telles que le GAFI, l'ONU, l'UE, mais aussi d'autres initiatives, notamment prises au niveau national. Des listes de présumés terroristes ont été créées et mises en circulation ; les biens appartenant à ces derniers ont été saisis, y compris les fonds d'organisations à but non lucratif. Des lois relatives au financement du terrorisme et au soutien matériel du terrorisme ont été introduites.
3. Cependant, après sept années d'application des mesures contre le financement du terrorisme, le système ainsi que son efficacité doivent être consciencieusement évalués et les priorités doivent être ajustées en conséquence.
4. Des études empiriques concernant l'ampleur du problème ainsi que les méthodes du financement du terrorisme doivent être encouragées afin d'obtenir une vue d'ensemble réaliste de la situation mondiale actuelle. Dans la mesure du possible, une banque de données globale devrait être développée. Les données empiriques sont essentiellement destinées aux évaluations policières dans le domaine de la lutte contre le financement du terrorisme. Leur analyse et leur mise à disposition publique permettraient leur reconnaissance en tant que l'une des principales sources de justification des mesures de lutte contre le financement du terrorisme et ainsi

préviendraient une violente radicalisation menant au terrorisme. Aussi vite que possible, une base de données solide devrait être développée, encouragée et partagée.

Définitions légales

5. Les Nations Unies ont défini le financement du terrorisme de la façon suivante: *“Commet une infraction au sens de la présente Convention toute personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre:*
 - a) *Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe;*
 - b) *Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque.”*

Cette définition servira de base au processus d'harmonisation des dispositions nationales.

6. Une étude comparative des définitions du terrorisme et du financement du terrorisme ainsi que des autres réglementations nationales doit être entreprise afin d'identifier les problèmes et les lacunes dans l'exécution des obligations internationales.
7. Dans ce cadre, les Etats doivent s'engager à ériger le financement du terrorisme en infraction autonome en respectant les principes fondamentaux du droit pénal.
8. Le financement du terrorisme devrait être criminalisé de manière appropriée, sans tenir compte de critères tels que la commission d'un acte terroriste, la participation ou l'assistance à un groupe terroriste.

9. La responsabilité d'une personne morale devra être prévue quand le financement du terrorisme est commis dans le cadre de ses activités par un de ses agents et pour le compte de la personne morale.

Approches basées sur des critères de preuve et sur la gestion des risques

10. Les données juridiques et factuelles disponibles suggèrent que des approches ciblées fondées sur la recherche de preuves et la gestion de risques devraient être adoptées. De telles approches, prenant en considération les ressources et les vulnérabilités existantes, permettraient de développer une stratégie nationale orientée sur les menaces du financement du terrorisme.
11. Sur la base de ces données juridiques et factuelles, des études et des analyses ciblées fondées sur des éléments de preuve et sur les risques doivent être poursuivies, en tenant compte des ressources existantes.
12. Les similarités et les divergences entre les activités de financement du terrorisme et de blanchiment d'argent doivent être clairement identifiées. Une attention plus particulière doit être portée sur certaines questions requérant un cadre juridique ou réglementaire plus spécifique ou différent:
- a) Les Etats doivent explorer et développer une approche de lutte contre le financement du terrorisme provenant des transactions commerciales, en se fondant sur les statistiques transparentes et comparatives de l'import export.
 - b) Les secteurs informels et parallèles de transfert de fonds, tels que hawala, hundi, fei chien, etc. doivent être mieux compris et doivent être régulés de façon à cibler de manière pragmatique les activités criminelles, tout en préservant leurs autres fonctions légitimes.
 - c) Le rôle des organisations charitables et des organismes politiques exerçant des activités sociales ou non-lucratives

tels que le financement d'activités de nature terroriste, doit être analysé dans le cadre d'une évaluation complète des conditions nationales, économiques et sociales, dans le but d'obtenir une approche équilibrée et cohérente.

- c) Etant donné les vulnérabilités connues du secteur commercial, le financement du terrorisme provenant du secteur commercial devrait être examiné et la transparence du commerce doit être améliorée afin de compléter les réglementations financières existantes.
 - d) Des études devraient soit communiquer aux institutions financières des lignes directrices précises sur ce qui constituerait une transaction suspectée d'être de nature terroriste, soit définir dans quelle mesure les contrôles financiers permettraient au secteur privé et aux organes régulateurs d'identifier de telles transactions.
13. Un guide destiné au secteur privé (en particulier, les institutions financières, les avocats, les comptables, les audits,...) devrait être davantage développé afin d'harmoniser les pratiques régionales et nationales divergentes ainsi que leur transparence.

Désignation et mesures relatives aux avoirs

- 14 a) Le processus de désignation des individus et des organisations suspects (afin d'identifier, de geler et de confisquer les avoirs supposés être utilisés pour des activités terroristes ou sous le contrôle de groupes terroristes) requiert une révision approfondie et complète. Dans certains cas, le processus utilisé pour retirer le nom de la liste n'est simplement pas très clair, car il n'existe aucun moyen judiciaire ou légal permettant de statuer sur le sort d'un suspect ajouté sur une telle liste, ce qui revient à dire que, très fréquemment, il n'existe aucune condamnation ou aucun procès pénal mené contre cette personne et, surtout, aucun moyen permettant de déterminer la culpabilité ou l'innocence desdits suspects. Entre temps, l'impact des décisions prises par des autorités exécutives et basées sur

des critères ou des preuves peu connus ou peu transparents peuvent être dévastateurs pour les individus concernés.

- b) Dans ce contexte, les droits procéduraux des individus ciblés et des organisations sujettes aux processus de désignation ou de retrait d'une liste doivent être garantis en vertu du principe du procès équitable et des garanties procédurales. Des recours légaux doivent également être possibles.
15. a) Les procédures judiciaires et administratives pour geler et confisquer les biens d'individus ou de groupes doivent être correctement coordonnées, avec une détermination correcte des pouvoirs de l'autorité compétente.
- b) Lors de telles procédures, les droits qu'ont les personnes physiques et morales concernées d'avoir accès à une assistance judiciaire, d'être représentées en justice et d'être informées de manière appropriée des motifs d'inculpation et des éléments de preuves doivent être garantis sans délai.
16. Dans le secteur financier, l'utilisation de listes multiples (nationales et internationales, officielles et privées) de personnes suspectées de soutenir le terrorisme est une procédure complexe et inefficace pour l'identification et la sanction des citoyens à hauts risques.

Coopération internationale

17. La coopération judiciaire (civile, administrative et pénale) ainsi que la coopération administrative (police, services d'intelligence financière, unités financières) sont des instruments essentiels pour l'effectivité des actions menées contre le financement du terrorisme. Il est nécessaire d'encourager les Etats vers des actions communes, en tenant compte des accords, des guides de conduite et de bonne pratique, en vue d'établir une nouvelle culture d'action conjointe et de résoudre les différences juridiques et politiques dans le traitement de cas similaires.

Respect des droits de l'homme et garanties procédurales

18. Dans le contexte de la mise en oeuvre des clauses de cette Résolution telles que la création de listes, les mesures de gel et les ordres de saisies et de collecte de données, est rappelée la nécessité de respecter les libertés publiques (individuelles et collectives), les principes fondamentaux de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme.

Sección II – Derecho penal. Parte especial

Financiación Del Terrorismo

Resolución

Los miembros de la AIDP participantes en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal (Estambul, Turquía, 20-27 de septiembre de 2009),

Reconociendo al terrorismo y a la financiación del terrorismo como crímenes potencialmente transnacionales o extraterritoriales, siendo cometidos contra la humanidad, y representando amenazas contra la paz y la seguridad internacionales así como para la estabilidad de las Naciones.

Considerando que los controles contra la financiación del terrorismo son útiles y necesarios con fines de prevención, seguimiento, investigación y reducción del daño de las operaciones terroristas.

Considerando la complejidad que representa la financiación del terrorismo y que éste representa grandes retos para el actual proceso de armonización y cooperación internacional.

Recordando las Resoluciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas 1373 (2001), 1267 (1999), 1368 (2001), así como la Resolución 51/210 de 17 de diciembre de 1996 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (par. 3, subpárrafo. (f)) y del Convenio Internacional de las Naciones Unidas contra la financiación del terrorismo de 1999.

Saludando la amplia ratificación por parte de los Estados miembro del Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 1999 de las Naciones Unidas.

Recordando las Directrices del Consejo de Europa sobre derechos humanos y la lucha contra el terrorismo, aprobadas por el Comité de Ministros el 11 de julio de 2002, con ocasión de la reunión núm. 804 de los Representantes de los Ministros.

Tomando nota de la ausencia de una definición universal de terrorismo y de la diversidad de las definiciones y enfoques nacionales en cuanto a la financiación del terrorismo.

Reiterando la importancia de los controles financieros basados tanto en los riesgos como en los principios.

Reafirmando lo acertado de basar las políticas contra el terrorismo y contra la financiación del terrorismo, con carácter más general, sobre análisis y pruebas confiables.

Enfatizando que las prácticas de la financiación del terrorismo y del blanqueo de capitales son frecuentemente diferentes en cuanto a su naturaleza y pueden requerir medidas de lucha distintas.

Constatando la ausencia de análisis y recogida de datos sistemática y completa en lo relativo a la financiación del terrorismo tanto a nivel internacional como nacional.

Confiando en la posibilidad de establecer un sistema efectivo de cooperación internacional y asistencia legal mutua en relación al intercambio de información e inteligencia financiera, basada en nuevas tecnologías.

Destacando la importancia de los enfoques dirigidos respetando los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Preocupados por la aplicación de ciertas medidas preventivas y prácticas de designación sin proceso penal o efectiva aplicación de las garantías y salvaguardias de derechos humanos con arreglo al derecho internacional

Han aprobado la siguiente Resolución:

**Necesidad de un sistema efectivo para el combate de la
financiación del terrorismo**

1. Es fundamental la creación de un sistema justo y efectivo para el combate a la financiación del terrorismo que sea regional y globalmente armonizado y este establecido de una manera interdisciplinaria, para así reducir el posible daño de las operaciones y ataques terroristas. Un sistema justo y efectivo de

control de la financiación del terrorismo puede igualmente servir para el seguimiento de las actividades de los militantes, de modo que puedan realizarse acciones de prevención. También facilita la reconstrucción de los hechos y la detección de los co-conspiradores que pueden ser entonces perseguidos; además, el anuncio público de que las actividades financieras se encuentran sometidas a control obliga a los grupos extremistas a efectuar frecuentes cambios tácticos y de comunicaciones, lo que genera valiosas oportunidades para las actividades de inteligencia.

Aspectos empíricos

2. En la última década, y en particular a partir del 11 de septiembre, las medidas contra la financiación del terrorismo han crecido en número, objeto y aplicación geográfica debido a las actividades de las Naciones Unidas, el GAFI/FATF, la Unión Europea y otras iniciativas, incluidas muchas adoptadas a nivel nacional. Se han creado y hecho circular listas de terroristas sospechosos; se han asegurado los bienes de los integrados en esas listas, incluidos los bienes de organizaciones sin ánimo de lucro. Se han introducido leyes relativas a la financiación del terrorismo y al apoyo material al terrorismo.
3. Sin embargo, tras 7 años de aplicación de las medidas contra la financiación del terrorismo el sistema y su efectividad deberían ser atentamente evaluados, ajustando las prioridades de manera acorde con lo anterior.
4. Deben fomentarse estudios empíricos sobre las dimensiones, formas y medios de la financiación del terrorismo con el fin de obtener una visión realista de la situación mundial actual. Datos fehacientes son un requisito fundamental para realizar una evaluación del combate a la financiación del terrorismo. El análisis de estos, y su disposición pública deben ser reconocidos como una de las mayores fuentes de la legitimización de las medidas para el combate a la financiación del terrorismo, previniendo entonces la radicalización violenta del terrorismo. En la medida de lo posible, una base de datos debería ser establecida, apoyada y compartida.

Definiciones legales

5. Las Naciones Unidas han definido la financiación del terrorismo de la siguiente forma: *“Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:*
 - a) *Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;*
 - b) *Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.”*

Esta definición debe servir como base para el proceso de armonización de las legislaciones nacionales.

6. Partiendo de esta definición, se tiene que llevar a cabo estudios comparativos de las definiciones nacionales de financiación del terrorismo, con el propósito de identificar los problemas y lagunas en la implementación de los instrumentos internacionales.
7. En este sentido, los Estados deben asegurarse de criminalizar la financiación del terrorismo como delito autónomo, respetando los principios fundamentales del derecho penal.
8. La financiación del terrorismo debe ser tipificada de manera adecuada, independientemente de la comisión del acto terrorista, y su incriminación no sólo debe depender de la participación o colaboración con un grupo terrorista.
9. La responsabilidad de las personas jurídicas debe ser considerada cuando la financiación del terrorismo sea cometida por sus agentes o funcionarios y en beneficio de ellas.

Enfoques basados en pruebas y la valoración del riesgo

10. Los hechos y los datos judiciales disponibles sugieren que deben adoptarse enfoques basados en la búsqueda de evidencia y valoración de riesgo. Considerando los recursos existentes y las vulnerabilidades, esos enfoques permiten el desarrollo de estrategias nacionales contra la amenaza que representa la financiación del terrorismo.
11. Con base en esa información, estudios y análisis jurídicos y fácticos, deberían desarrollarse enfoques basados en pruebas mejoradas y valoración de riesgos.
12. Las similitudes y diferencias entre las actividades de financiación del terrorismo y blanqueo de capitales necesitan ser claramente identificadas. De manera más específica, la atención debería centrarse en las siguientes cuestiones que pueden requerir marcos legales y reglamentarios más específicos o diversos:
 - a) Los Estados deben explorar y desarrollar nuevos enfoques para combatir la financiación del terrorismo que se aprovecha de las estadísticas transparentes y comparativas de la importación-exportación.
 - b) Los sistemas de financiación informal y de transferencia de valor (*hawala, hundi, fei 'chien* etc.) deberían ser entendidos mejor y regularse de forma pragmática de modo que se haga frente a los riesgos criminales que representan, preservando las funciones legítimas que desarrollan.
 - c) Hay que analizar el papel que las organizaciones no lucrativas y las organizaciones políticas con actividades sociales y sin ánimo de lucro pueden cumplir en la financiación de actividades de tipo terrorista en el contexto de una evaluación completa de las condiciones nacionales, sociales y económicas, buscando un enfoque equilibrado y coherente.

- d) Dadas las vulnerabilidades identificadas en el sector comercial, debe examinarse la financiación del terrorismo con base en actividades comerciales y mejorar la transparencia comercial con el fin de completar las regulaciones financieras existentes.
 - e) Los análisis deberían bien suministrar directrices concretas sobre lo que constituyen posibles transacciones financieras terroristas, bien redefinir la medida en que los controles financieros permiten al sector privado o a los órganos reguladores identificar este tipo de transacciones.
13. Hay que desarrollar más directrices para el sector privado (en particular, instituciones financieras, abogados, contables, auditores, etc.) con objeto de armonizar las prácticas nacionales y regionales divergentes y reforzar la exigencia de responsabilidad.

Listas y medidas sobre bienes

14. a) Los procesos de designación de individuos y organizaciones sospechosos con fines de identificación, incautación y aseguramiento de los bienes destinados a su uso para actividades terroristas o bajo el control de grupos terroristas precisan ser sometidos a una revisión detenida y completa. En algunas instancias, el proceso de extracción de la lista no está claro, en la medida en que ningún proceso legal o judicial se ocupa del estatus del sospechoso incluido en las listas –esto es, frecuentemente, no hay acusación penal o cargo alguno, ni procedimiento judicial ni, en esencia, modo alguno de determinación de la culpabilidad o inocencia de los sospechosos afectados. Por otra parte, los efectos de las decisiones ejecutivas adoptadas con base en criterios no completamente transparentes o conocidos son devastadores para los afectados.
- b) En este contexto, los derechos procesales de los individuos y organizaciones afectados sometidos a procedimientos de

“inclusión” y “exclusión” de las listas deben quedar garantizados conforme a las exigencias de debido proceso y juicio justo, y deben estar sujetos a revisión judicial oportuna y efectiva.

15. a) Los procedimientos judiciales y administrativos en materia de incautación y aseguramiento de los bienes de los individuos y grupos han de coordinarse adecuadamente con una clara determinación de las atribuciones de la autoridad competente.
 - b) En el marco de esos procedimientos han de garantizarse sin demora los derechos de las personas físicas y jurídicas a asistencia y representación legal y a una adecuada información sobre las acusaciones y el material de prueba.
16. En el sector financiero, el uso de múltiples listas de personas sospechosas de financiación del terrorismo (nacionales e internacionales, por mandato o propias) se presenta como un complejo e ineficaz procedimiento para la identificación de clientes de “alto riesgo” y sancionados. Este procedimiento tiene que ser racionalizado de una manera adecuada.

Cooperación internacional

17. La cooperación judicial (civil administrativa, y penal) así como la cooperación administrativa (policíaca, servicios de inteligencia y UIF) son vitales para la eventual eficacia de las acciones contra la financiación del terrorismo. Es necesario fortalecer las acciones comunes de los Estados, tomando en cuenta los acuerdos, lineamientos, y directrices con el fin de establecer una cultura de interacción y la solución de las diferencias legales y políticas en el tratamiento de los casos comunes.

Respeto de los derechos humanos

18. En el contexto de la implementación de las medidas de esta resolución, así como también para la creación de listas de designación, órdenes de incautación y aseguramiento así como bases de datos, se reitera la necesidad del respeto a las libertades públicas (individuales y colectivas), a los principios fundamentales del procedimiento penal y la protección de los derechos humanos.

Bölüm III
ÖZEL YARGILAMA TEDBİRLERİ VE İNSAN HAKLARINA SAYGI
Karar

Section III
Penal Procedure
SPECIAL PROCEDURAL MEASURES AND PROTECTION of
HUMAN RIGHTS
Resolution

Section III
Procédure pénale
MÉSURES PROCÉDURALES SPÉCIALES ET RESPECT
DES DROITS DE L'HOMME
Résolution

Section III
Procédure pénale
MÉSURES PROCÉDURALES SPÉCIALES ET RESPECT
DES DROITS DE L'HOMME
Résolution

Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı

Karar*

XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'ne (İstanbul, Türkiye, 20-27 Nisan 2009) katılanlar,

- Ulusal raporlarda ve genel raporlarda yer alan terörizm ve organize suçlulukla “mücadele”ye ilişkin paradigmaları ve ilgili suçların ağırlığının sonuçlarını;
- Suç ve güvenlik alanındaki etkinliğinin sonucu olarak ceza adaleti sisteminde ve ceza muhakemesinde çok geniş değişikliklere yol açtığını,
- Ceza adaleti sisteminin amaçlarını, doğasını, araçlarını ve insan hakları standartlarının uygulanabilirliğini derinden etkileyen özel yargılama tedbirlerini beraberinde getirdiğini,
- Suçların cezalandırılması ve suçluların yeniden topluma kazandırılmasını amaçlayan bastırıcı cezalandırma sisteminin imkanlarını, suçun engellenmesini ve kamu düzeni ile kamu güvenliğinin korunmasına yönelik pro-aktif bir sistemle genişlettiğini,
- İstihbarat servislerinin yükselen bir rol oynadıkları istihbarat başvurusunun varlığına neden olan bir algının doğması sonucuna yol açtığını,
- Araştırma ve izleme güçlerinin çok müdahil hale geldiği uygulama mekanizmalarının dijital yönünün vurgulanmasına neden olan bir algının doğması sonucuna neden olduğunu,

* Çeviri: Dr. Iur. Pınar Memiş, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Oturum Sekreteri

- Tamamlayıcı değişikliklerin ceza muhakemesi sistemlerine ve Devletlerin uygulamalarına 1999'dan itibaren girdiğini, gözlemleyerek;
 - Modern, küreselleşmiş ve teknolojik toplum ile hukukun üstünlüğü ve adil yargılama ilkeleri temelinde ceza muhakemesi kuralları geliştirmeyi;
 - Kanun uygulaması, güvenlik ve insan haklarının birbirinden ayrılmadığı, organize suç ve terörizmle ilgili standartlar geliştirmeyi;
- öngörerek,

AIDP'nin bu Kongre'de dahil olmak üzere aşağıda belirtilenlerle birlikte, bu olgunun pek çok yönünü incelediğini dikkate alarak, özellikle:

- XII.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin (1979 Hamburg), ceza yargılaması kapsamında insan haklarının korunmasını,
- XIV.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin (1989 Viyana), ceza adaletinin yönetimi ve düzenlenmesi ile ceza yargılaması arasındaki ilişkileri,
- XV.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin (1994 Rio de Jenario), ceza yargılamasında reform hareketleri ve insan haklarının korunmasını,
- XVI.Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin (1999 Budapeşte), ceza adaleti sistemlerinin organize suçlarla mücadelesini,

göz önüne alarak,

XVIII. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde aşağıdaki Kararı kabul etmiştir:

Ceza Yargılaması, Özel Tedbirler ve İnsan Hakları Standartları

1. Devletler organize suç ve terörizme ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda özel yargılama tedbirlerine başvurmalarını gerektiren hallerde dahi, insan haklarına, hukukun üstünlüğü ilkesine ve –uygulandığı durumlarda– uluslararası insancıl hukuk kurallarına riayet etmelidir ve asla uluslararası hukukun emredici hukuk kurallarına (jus cogens) aykırı davranışlar içinde olmamalıdır.

2. Devletler, uluslararası ya da bölgesel insan hakları mahkemelerinin yargılama yetkilerini kabul etmelidirler. Uluslararası insan hakları standartlarının, yerel hukuk düzeninde devletler açısından en az anayasal standartlar ölçüsünde, bir bağlayıcılığı olmalıdır. Bu normlar mahkemeler tarafından re'sen dikkate alınarak, bireylere sübjektif hakları olarak uygulanabilmelidir.
3. Organize suç ve terörizmin bastırılması temeli ceza adaleti sistemine aittir ve idari tedbirlerle tamamlanamaz. Bunlar, ceza yargılaması doğal yolunun yerini asla almamalıdır.
4. Olağanüstü hal (olağan üstü hal ilanı ya da ulusal güvenlik nedenleriyle olağanüstü hal yetkilerinin kullanılması) durumunda uygulanacak özel yargılama tedbirleri Parlamento tarafından bir yasayla düzenlenmeli ve tarafsız, bağımsız ve yasaya uygun olarak kurulmuş bir mahkeme (bundan böyle 'mahkeme'*olarak belirtilecek) tarafından yargısal denetimi sağlanmalıdır.
5. Bununla birlikte, devletler, ceza yargılamasının olağan ilkelerinden ya da mutlak olmayan bazı insan hakları standartlarından ayrıldıkları takdirde, orantılılık ilkesine uygun hareket etmelidirler. Olağanüstü hallerde hukukun üstünlüğü ilkesi esas alınmalıdır.
6. Organize suç veya terör suçları nedeniyle şüpheli ya da sanık durumunda bulunan veya bu suçlardan mahkum olmuş kişiler hangi fiilleri işlemiş olursa olsun, bu kişiler bakımından insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan yaşama hakkının, işkence ve gayri insani muamele-ceza yasağının, kanunların geriye yürümezliğini de içeren suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, kanun önünde tanınma ve eşit olma hakkının ihlaline neden olacak şekilde hareket edemezler.
7. Hiçbir Devlet, insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan haklara yönelmiş olan hukuki güvencelerin kısıtlayamaz. Tutuklama, gözaltına alınmaya karşı korunmaya ve aleni bir mahkemede adil yargılanmaya yönelik olan güvenceler meşru kısıtlamalara tabi tutulabilir. İnsan onurunun temeli olan haklar olağanüstü hal durumunda dahi kaldırılamaz.
8. Mahkemelerin*, olağanüstü hal zamanında da bütün siviller üzerindeki yargılama yetkisi korunmalı ve yargılamanın askeri bir

mahkemede başlaması ya da daha sonra askeri bir mahkemeye nakledilmesi yasaklanmalıdır.

Olağanüstü mahkeme yasaklanmalıdır.

Azınlık görüşü: Olağanüstü mahkeme bağımsız ve tarafsız nitelikte olmak ve savunma hakkını ve aleni yargılanma ilkesini koruyan usul kurallarını uygulamak zorundadır.

Pro-aktif Soruşturma Yetkileri ve Ceza Muhakemesi

9. Pro-aktif soruşturmanın amacı, organize suç ve terörizme yönelik hazırlıkların ya da bu suçların işlenmesinin önlenmesi, organizasyona ilişkin çeşitli yönlerin ortaya çıkartılması ve bu örgüte ya da üyelerine yönelik soruşturma başlatılması için makul sebeplerin oluşmasına imkan verilmesidir.
10. Pek çok olayda, olağan ceza yargılaması, organize suç ve terör suçlarıyla katı bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli olanakları sağlamaktadır; ancak istisnai olarak istihbarat görevlileri, kolluk ve yargı makamları tarafından pro-aktif soruşturma yöntemlerinin kullanılması gerekli olabilir. Özel hayatın gizliliği ve gizlilik hakkına müdahale teşkil eden elektronik arama ve izleme yetkilerini içine alan bu gibi soruşturma tedbirlerine, zorlayıcı nitelikleriyle temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri sebebiyle ancak aşağıdaki koşulların varlığı halinde başvurulabilmelidir:
 - Bunlar, hukukun üstünlüğü ve insan hakları standartları ile uyumlu olarak yasa ile açıkça düzenlenmelidir.
 - Bunlara, ancak daha az sınırlayıcı başka yasal imkanların mevcut olmaması halinde başvurulmalıdır.
 - Bunlar sadece organize suç ve terörizmle mücadelede kullanılacak ve ulaşılmak istenen amaçla orantılı olacaktır.
 - Bunlar ilke olarak tedbirin uygulanmasını gerektiren makul bir şüphe üzerine organize bir suçun veya bir terör eyleminin işlenmesinin engellenmesi için ancak mahkeme kararı ile uygulanabilecektir.

- Tedbir, sınırlayıcı tedbirlerin uygulanmasını kontrol ve denetimiyle yetkili olan, bağımsız ve tarafsız bir yargı mercii tarafından uygulanmalıdır.
- Bu düzenlemelerde hukuki ayrıcalık gözetilmelidir.

Yargılama Öncesi Soruşturma Yetkileri ve Özel Soruşturma Teknikleri

11. 10. maddede belirtilen koşullar aynı zamanda yargılama öncesi soruşturma teknikleri açısından da geçerlidir. Mahkeme iznini organize suç veya terör suçu işlendiğine ilişkin makul bir şüpheye ya da yeterli sebeplere dayandırmalıdır. Bunun da, ilgili kişinin söz konusu suçu işlediğine dair olgular ve somut bilgilerle tarafsız bir gözlemciyi ikna ettirmesini gerektirir.
12. İşkence ve diğer cezalar veya insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde tanımlanan işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlar ve cezalar olağanüstü hal de dahil olmak üzere yasaktır. Sorgulama, hukukun üstünlüğü ilkesi ve uluslararası insan hakları standartları ile uyumlu olmalıdır.
13. Kişilerin gizli olarak tutulduğu merkezler hem uluslararası hukuk hem de yerel hukuk düzeyinde yasaklanmalıdır. Kişilerin gizli olarak tutulduğu merkezlere sahip olan devletlere ve kuruluşlara yaptırımlar uygulanmalıdır.
14. Kanunun uygulanması amacıyla dijital verilerin toplanması ceza muhakemesi usulünce düzenlenmelidir. Özel hayatın gizliliği hakkına müdahale teşkil eden bir bilgi söz konusu olduğunda mahkeme* izni gereklidir. Servis sağlayıcıları bu verileri vermeye zorlayabilmek için gerekli olan eşik "soruşturmayla bağlantılı olma" kriterinden daha yukarıda olmalıdır. İşlemlerin muhtemel denetimi ve filtreleme cihazlarının kullanımı için yine yüksek bir eşik zorunlu kılınmalı, içerik bilgilerine ulaşılması için ise mahkeme izni şart olmalıdır.

Adil Yargılama İşlemleri ve Usuli Korumalar

15. Adil yargılama kavramı sadece mahkemedeki bir takım usul işlemlerine ait olmayıp yargılamanın bütününe kapsamaktadır. Özel soruşturma yöntemlerine başvurulması halinde de masumiyet karinesinin ve susma hakkının gözetilmesi gerekmektedir. Savunma hakkı, özü itibarıyla adil yargılamanın ve silahların eşitliği ilkesinin bir parçasıdır.
16. Pro-aktif soruşturma ve özel soruşturma tekniklerinin keyfi ve aşırılığa kaçacak şekilde kullanılmasını önlemek için, devlet, hakkında bu tedbirlerin uygulandığı kişileri usulüne uygun olarak bilgilendirmeli ve bunlara karşı mahkemelere başvuru yollarını düzenlemelidir.
17. Polis tarafından gerçekleştirilen bütün yakalamalarda veya tutuklama işlemlerinde *habeas corpus* ilkesine uygun davranılması ve bir avukatın ve gerektiğinde bir tercümanın bulundurulmasının sağlanması zorunludur. Hiçbir tedbir, yasadışı gizli tanıklığa ya da kötüye kullanılarak yapılan özel soruşturma teknikleriyle elde edilen delile dayandırılmaz. Yakalanan, gözaltına alınan ve tutuklanan kişi derhal mahkeme önüne çıkartılmalıdır. Organize suç ve terör suçları da dâhil olmak üzere, kişinin yakalama, gözaltına alma veya tutuklamayı haklı kılan nedenleri ispat yükü devletin üzerindedir. Hiç kimse belirsiz veya makul olmayan bir süre için tutulamaz.

Deliller, Dosya Kapsamına Ulaşabilme ve Adil Yargılanma

18. Gizli tanık ifadelerine ve sınıflandırılmış delillere istisnai olarak başvurulmalıdır. Gizli tanık ifadelerine başvurulması, ancak 10. maddenin ilk üç alt paragrafında belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde hukuka uygundur. Bununla birlikte;
 - Gizli tanık ifadelerinin dosyaya konulması ancak, savunmasız durumdaki mağdurlara ya da ulusal güvenliği korumak için tedbirin gerekli olması durumunda ya da hayatına yönelik ağır, açık ve yakın bir tehlike bulunduğu yönünde makul nedenlere dayanarak mahkemenin* önceden verdiği izinle

mümkündür. Kanunu uygulayan makamlar ya da istihbarat görevlileri tarafından elde edilen gizli delillerin geçerliliği çok sıkı kurallara bağlı olmalıdır.

- Mahkeme, tarafların dosya kapsamındaki delillere ulaşmalarına ilişkin red kararını sağlam temellere oturtmalı ve bunun, sanığın dosyaya ulaşma hakkı bakımından orantılı ve meşru amaçların korunmasına yönelmiş bir müdahale olduğunu haklı göstermeli; ayrıca, adil bir yargılamanın sağlanması için kısıtlama tedbirinin başka dengeleyici tedbirlerle telafi edilmesini sağlamalıdır.
- Savunma, hazırlık soruşturmasında ya da yargılama esnasında, delil ve tanıkların güvenilirliğini doğrulama hakkına sahiptir.
- Sanığın dosya kapsamındaki delillere yeterli erişimi sağlayamaması nedeniyle adil bir yargılama yapılması mümkün değilse, yargılama sona erdirilmelidir.
- Hiçbir mahkûmiyet kararı yalnızca veya esaslı ölçüde gizli tanıkların ifadesine dayandırılmaz.

Azınlık görüşü: Gizli tanığa ve sınıflandırılmış deliller yasaklanmalıdır.

19. Hiçbir mahkûmiyet yasa dışı gizli tanık ifadelerine veya özel soruşturma tekniklerinin kötüye kullanılması suretiyle elde edilen delillere dayandırılmaz.

Azınlık görüşü: Hiçbir mahkûmiyet kararı yalnızca veya esaslı ölçüde özel soruşturma tekniklerinin kullanılmasıyla elde edilen delillere dayandırılmaz.

20. Soruşturma hakimleri ve/veya yargılamayı yapan hâkimler, bütün delillere bunların hukuka uygunluğunu ve ispat kuvvetini belirleyebilmek için, tam olarak erişebilmelidir. Silahların eşitliği ilkesi, her iki tarafın, dosyadaki bütün bilgi ve belgelere aynı ölçüde ulaşabilmesini ve tanıkların çağrılması, sorgulanması bakımından aynı olanaklara sahip olmalarını içerir.

21. Devletler doğrudan ya da dolaylı olarak işkence, insanlık dışı veya zalimane veya onur kırıcı muamele veya ceza suretiyle elde edilen beyanların, delillerin ve diğer bilgilerin; bu gibi fiilleri ispatlama amacı dışında, herhangi bir idari veya yargısal işlemde kullanılmayacağını temin etmek zorundadır. Silahların eşitliği ilkesini ve adil yargılanma hakkını tehdit eden, doğrudan ya da dolaylı olarak, diğer insan haklarını ya da iç hukuk düzenlemelerini ihlal eden yöntemlerle elde edilen deliller de, yargılamada kullanılmamalıdır.
22. Cezai nitelik taşıyan ceza muhakemesini başlatacak bilgiler kadar yönlendirici bilgilerin de kullanılması, bir adli soruşturmanın başlatılmasına yönelik olarak bir yargı makamının yetkisinde olmalıdır. Cezai istihbarat sonucunda elde edilen bilgilerin zorlayıcı tedbire dayanak oluşturabilmesi; ancak istihbaratın bir mahkeme* kararına dayanması ya da önceden bir mahkeme tarafından bilginin kullanılmasına izin verilmiş olması halinde mümkündür.

Cezai istihbarat, ceza yargılamasında delil olarak kullanılamaz.

Azınlık görüşü: Cezai istihbarat, aşağıdaki koşullar gerçekleşmedikçe ceza yargılanmasında kullanılamaz:

- hazırlık soruşturmasında yetkili mahkeme ve/veya yargılamayı yürüten mahkeme, delil ve tanıkların güvenilirliği ve delillerin ispat gücünü takdir edebilir ve tanıkların mahkemede ifade vermesi ya da gizli tanık olarak dinlenip dinlenilmeyeceklerine karar verilmesi de, yine mahkemenin takdir yetkisi içinde yer almalıdır.
- Savunma doğrudan, hazırlık soruşturmasında ya da yargılama esnasında, delil ve tanıkların güvenilirliğini doğrulama hakkına sahiptir.
- Savunma aynı koşulları yerine getirmek suretiyle bu tür delillere dayanabilir.
- Hiçbir mahkûmiyet kararı sadece veya belirleyici olarak tamamlayıcı cezai istihbarata dayandırılmaz.

23. Suç örgütlerinin üyesi olmalarından şüphe edilen bireyler, adli makamlarla işbirliğine yanaştıkları takdirde ceza indiriminden faydalanabilmeleri, ancak bu işbirliğinin yasallık, ikincillik ve ölçülülük ilkelerine uygun olmaları halinde mümkündür. Bundan başka, hiçbir mahkûmiyet kararı, sadece veya esaslı ölçüde sanığın tanıklığına (*pentiti, supergrass*) dayanılarak verilemez.

Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı Müzakereler*

Giriş

AIDP'nin XVIII'inci İstanbul Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin "Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı" başlıklı konusunda çalışan Üçüncü Grup, 21-25 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul Hilton Oteli Convention and Exhibition Center'daki toplantı salonlarında nihai "Karar" alabilmek için müzakerelerde bulunmuştur. Müzakereleri Grup Başkanı *Prof. Dr. Zlata DURDEVIC* ve başkan yardımcısı *Katalin Ligeti* yönetmiş, Genel Raportör *Prof. Dr. John Vervaele*, Genç Cezacılar grubu sekreteri olarak *Luciana BOITEUX* ve sekreter olarak da *Dr. Pınar MEMİŞ* görev yapmışlardır.

Müzakereler, Genel Raportör *Prof. Dr. John Vervaele'nin*, üçüncü grubun konusunu oluşturan "Özel Yargılama Tedbirleri ve İnsan Haklarına Saygı" ile ilgili Hırvatistan Pula'da yapılan hazırlık toplantısındaki müzakereleri ve karar taslağının oluşumunu anlatmasından sonra, raporunu ve karar taslağını sunması ile başlamıştır. Özel yargılama tedbirleri ve bunların uygulamasında temel hak ve özgürlükler üzerindeki müdahalelerin ifade edildiği müzakerelerde, Devletler tarafından özel yargılama tedbirlerinin kabul edildiği sonucuna varılmıştır. Özellikle ve genellikle organize suç ve terörizmle mücadele konusunda uygulanan özel yargılama tedbirlerinin katılan tüm ülke temsilcileri tarafından eleştirildiği ve sıkı bir denetime tabi olması gerektiğinin ifade edildiği müzakerelerde Türk katılımcılarının katkısı kararın şekillenmesinde büyük önem arz etmiştir. Vervaele Asya ve Afrika ülkelerinin ulusal raporlarının arzu edilen düzeyde olmadığını, Kongrede tartışacağımız karar taslağının ağırlıklı olarak ABD ve Avrupa ülkelerinin görüşlerini yansıttığını ifade etmiştir. Bu sebeple Asya ve Afrika ülkelerinden katılımcıların kendi ülkelerindeki düzenlemeleri göz önüne alarak taslakla ilgili eleştirilerini ve önerilerini beklediklerini belirtmiştir.

* Çeviri: Dr. Iur. Pınar Memiş, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, Oturum Sekreteri.

Bazı hususlarda kültürel farklılık görülebileceğini; insan hakları standartlarına başvurulabilirlik açısından, bölgeden bölgeye; devletten devlete değişen yorumlar olabileceğinden ve bunların da karar taslağını etkileyebileceğinden dolayı katkıların önemi tekrar ifade edilmiştir.

Müzakerelerde karar taslağının başlangıç kısmında yer alan «savaş» ifadesi tartışılmış ve Doç. Dr. Ümit Kocasakal bunun; “düşman ceza hukuku” olarak anlaşıldığını, şu an belki savaşılmadığını ama bu kelimenin kullanılmasının kendisini dehşete düşürdüğünü ifade ederek, bazı paradigmaların çok temel değişimlere yol açtığını ifade etmiştir. Kocasakal, bunun bir olay tespiti olduğunu ve savaş kelimesinin mücadele yerine kullanılmaması gerektiğini zira bunun düşman ceza hukuku çağrışımına neden olduğunu ifade etmiştir. Nitekim ABD’li bir katılımcı: savaş kelimesinin George W. Bush’un kullandığı bir kelime olduğunu, FBI için de bir anlamı olduğunu ve fakat bütün dünya tarafından arka cephesinde ne olduğunu bilmeden kullanılmaya başlandığını ifade etmiştir.

Bunun yanı sıra, Prof. Anne Jacobs (Liege Üniversitesi) kelime olarak “savaş” ifadesinin kalmasında bir sakınca olmadığını, söz konusu suçlarla mücadelenin gücünü ifade edebilmek bakımından etkili olduğunu ve şayet sınırları tespit edilirse bir sakınca yaratmayacağını ifade etmiştir. Katılımcılardan Hakim Zeki Yıldırım da savaş kelimesinin politik bir ifade olduğunu, terörle mücadelenin ise hukuki olduğunu belirterek söz konusu hukuki ifadenin kullanılması gerektiğini belirtmiştir. Savaş kelimesi üzerinde yoğunlaşan tartışmalar sonunda nihayet bu kelimenin ifade ettiği anlamın çeşitliliği sebebiyle karardan çıkartılmasına karar verilmiştir. Özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra daha sık uygulanmaya başlayan özel soruşturma teknikleri, kuralların sıkılaştırılması kişilerde büyük tedirginlik yaratmıştır. Birey kendisini kime ve neye karşı koruyacaktır. Bir yandan terör, organize suç, diğer yandan insan haklarının ihlali problemi.

Organize suç ve terörizmle mücadele konusunda ortak bir yaklaşımın benimsenmesi amacını taşıyan bir kararın alınabilmesi için müzakerelerde vurgulanan, iç hukuktaki yaklaşımlarla konuya ilişkin uluslararası mevzuatın uyumlaştırılması ve bu suçlarla mücadele konusunda uygulanacak tedbirlerde hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı, yasallık, orantılılık ilkeleriyle, küreselleşmenin dikkate alınmasıdır.

Organize suç ve terörizmle mücadele konusunda pro-aktif yani soruşturma öncesinde bir takım tedbirlerin alınması, özel yargılama tedbirlerinin bu suçlarla mücadele çerçevesinde sınırlarının genişletilmesi, buna bağlı olarak müdahaleye maruz kalan hakların korunması, soruşturma, kovuşturma evrelerinde uygulanan tedbirlerin yaratabileceği ihlallerin bertaraf edilmesinin müzakere edildiği grup çalışmasında, özel yargılama tedbirlerinin uygulanacakları hangi suç olursa olsun büyük ölçüde insan haklarını ihlal ettiği, keyfiliğe ve hukuksuzluğa yol açabilecek nitelikte oldukları vurgulanmıştır.

Kısaca ana hatlarını belirttiğimiz müzakereler beş ana bölümden oluşmaktadır. Bunlar;

Ceza Yargılaması, Özel Tedbirler ve İnsan Hakları Standartları

Pro-aktif Soruşturma Yetkileri ve Ceza Muhakemesi

Yargılama Öncesi Soruşturma Yetkileri ve Özel Soruşturma Teknikleri

Adil Yargılama İşlemleri ve Usuli Korumalar

Deliller, Dosya Kapsamına Ulaşabilme ve Adil Yargılanmadır.

Ceza Yargılaması, Özel Tedbirler ve İnsan Hakları Standartları

Bu bölümde yer alan temel tartışma özel yargılama tedbirlerinin ceza yargılaması içindeki yeri ve yarattığı insan hakları ihlallerine ilişkin sorunlar olmuştur. Devletlerin organize suç ve terörizmle mücadelelerinde, bunların soruşturma ve kovuşturmalarında herhangi başka bir tedbirle önlenemeyecek hallerde ancak özel yargılama tedbirlerine başvurmalarının önerildiğinde dahi insan haklarına, hukukun üstünlüğü ilkesine uyulması gerektiği ve asla uluslararası hukukun emredici hukuk kurallarına (jus cogens) aykırı davranışlar içinde hareket etmemeleri gerektiği ifade edilmiştir. Burada benimsenen özel yargılama tedbirlerine başvurunun mümkün olması iken başta Türk katılımcılar her durumda özel yargılama tedbirlerinin başlı başına bir ihlal olduğunu belirtmişlerdir.

Devletlerin, özel yargılama tedbirlerine başvurulduğu hallerde meydana gelen insan hakları ihlallerinin denetimi için uluslararası ya da bölgesel insan hakları mahkemelerinin yargılama yetkilerini kabul etmeleri-

nin gereğinin ifade edildiği tartışmalarda egemenlik ilkesi tartışılmış ve her ne kadar bu tedbirlere ilişkin ortak kurallar alınsa da iç hukuk kurallarının uygulanmasının uluslararası yargı makamlarının denetimine tabi olmasının egemenlikle bağdaşmayacağı vurgulanmıştır. Uluslararası insan hakları ölçütlerinin devreye girmesi halinde ve ülkelerin bunları ciddi bir şekilde gözetmeleri halinde uluslar arası yargı mercilerinin denetiminin engelleyici olmadığı, nitekim bunun bir örneğinin de AIHM olduğu belirtilmiştir.

Organize suç ve terörizmle mücadeledeki en etkin ve tek aracın ceza adalet sistemi olduğunun ifade edildiği müzakerelerde bunların idari tedbirlerle tamamlanamayacağı herkes tarafından kabul edilmiştir. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde dahi bu kuralın ihlal edilmemesi, uygulanacak özel yargılama tedbirlerinin bu dönemlerde dahi yasa ile düzenlenmesi gerektiğinin belirtildiği müzakerelerde yasanın parlamento tarafından mı yoksa senato tarafından mı çıkartılması konusunda tartışmalar çıkmış ve burada yasama organı ifadesinin daha doğru olacağı belirtilmişse de parlamento ifadesi muhafaza edilmiştir (Hakim Hamdi Yaver Aktan, Prof.Dr. Feridun Yenisey, Filipinli Katılımcı). Her durum ve şartta bu tedbirlere ilişkin kararların hukukun üstünlüğü esas alınarak, bağımsız ve tarafsız bir yargı organı tarafından alınmasının, uygulanmasının ve denetlenmesinin önemi vurgulanmış ve katılımcılar tarafından tartışmasız kabul görmüştür.

Bu bağlamda, organize suç veya terör suçları nedeniyle şüpheli ya da sanık durumunda bulunan veya bu suçlardan mahkum olmuş kişiler hangi fiilleri işlemiş olursa olsun, bu kişiler bakımından insan haklarının sert çekirdeğini oluşturan yaşama hakkının, işkence ve gayri insani muamele-ceza yasağının, kanunların geriye yürümezliğini de içeren suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, kanun önünde tanınma ve eşit olma hakkının ihlaline neden olacak şekilde hareket edemeyecekleri ifade edilerek karara bağlanmıştır. Belirtilen kuralların hiçbir şekilde kısıtlanamayacağı konusunda katılımcılar hemfikir olmuşlardır. Bazı koruma tedbirlerinin tutuklama, gözaltına alınma gibi veya aleni bir mahkemede adil yargılanmaya yönelik olan güvencelere ilişkin bazı güvencelerin belirtilen suçların özellikleri dikkate alındığında meşru kısıtlamalara tabi tutulabileceklerinin belirtildiği müzakerelerde tartışmalar çıkmış ve suçun ağırlığı ne olursa olsun temel insan hakları kaygısı taşıyan

modern, demokratik hukuk devletlerinde adil yargılanma hakkını, hukukun üstünlüğünü ve temel insan haklarını kısıtlamanın hiçbir meşru gerekçesi olmayacağı belirtilmiştir. Ancak belirtilen suçların ağırlığının ve uluslar arası toplum yönünden yarattığı tehlike ve zararın derecesi değerlendirildiğinde meşru kısıtlamaların tanınabileceği, kamu düzeni ve refahı yönünden bunun gerekli olduğu baskın görüş olarak ifade edilerek kısıtlamalar lehinde karara varılmıştır. Sivillerin yargılanmasında askeri mahkemelerin yetkili olmayacağı ve bunların özel yargılama usulleri değerlendirildiğinde hukukun temel prensipleri ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile askeri mahkemelerde sivillerin yargılanması kararı alınmıştır. Bununla birlikte olağanüstü mahkemelerin hiçbir hal ve şartta kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Burada örnek olarak Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri verilmiştir. Olağan üstü mahkemelerle ilgili olarak bunların ortadan kaldırılmalarının her ülke bakımından mümkün olmadığı belirtilerek en azından bağımsız ve tarafsız nitelikte olmalarının sağlanması ve adil yargılanma hakkı prensiplerine uygun hareket etme zorunluluğunun getirilerek muhafazasının mümkün olması gerektiği belirtilmişse de bu görüş azınlıkta kalarak, kabul görmemiştir.

Pro-aktif Soruşturma Yetkileri ve Ceza Muhakemesi

Tartışmaların önemli bir bu kısmının bu bölümde yapıldığı müzakerelerde özellikle Türk hukukçular, pro-aktif soruşturmanın ve soruşturma için uygulanacak tedbirlerin kabul edilmemesi gerektiğini belirtmişlerdir.

Pro-aktif soruşturma ve burada uygulanacak tedbirlerin günümüz ceza hukukunda uygulanan ve geçerli bir yöntem olduğunu ifade eden Prof. Luminati'den sonra Prof.Dr. Feridun Yenisey öncelikli olarak pro-aktif soruşturmanın tanımlanması gerektiği belirtilmiş ve buna gerekçe olarak da AIHS'nin 5. maddesinin de bu yönde olduğu vurgulanarak işlenmiş bir suç olmadıkça, ön inceleme yapılamayacağı ifade etmiştir.

Pro-aktif soruşturmanın amacı, organize suç ve terörizme yönelik hazırlıkların ya da bu suçların işlenmesinin önlenmesi, organize suçla ilişkin çeşitli yönlerin ortaya çıkartılması ve örgüte ya da üyelerine yönelik soruşturma başlatılması için makul sebeplerin ortaya çıkartılmasıdır. Ancak, pro-aktif soruşturma ceza hukukunun bastırıcı özelliğini

ortaya çıkardığı, bunun için istihbarat birimlerine, kolluk kuvvetlerine daha sık başvurulması sonucunu doğurması sebebiyle keyfiyetin mümkün olabileceği ileri sürülerek sıkı bir yargı denetimine tabi olması gerektiği belirtilmiştir. Ceza muhakemesinin bu yöntemle genişletilmesinin kanuni dayanağa bağlı ve belirli koşullarda ancak hakim kararı ile mümkün olması gerektiğinden yola çıkarak, aksi bir durumun keyfiyete yol açabileceği, kolluğun hukuka aykırı olarak kullanılabilmesi ifade edilerek, bu safhada elde edilmiş delillerin de hukuka aykırı delil olup, ceza yargılamasında kullanılmayacağı belirtilmiştir. (Prof.Dr. Uğur Alacakaptan, Prof.Dr. Duygun Yarsuvat, Prof.Dr. Durmuş Tezcan, Av. Şeref Dede, Av. Kemal Kumkumoğlu)

Organize suç ve terör suçlarıyla mücadele edebilmek için istisnai olarak istihbarat görevlileri, kolluk ve yargı makamları tarafından pro-aktif soruşturma yöntemlerinin kullanılması gerekli olabileceği ve bunların günümüz modern toplumlarında hukuki düzenlemelere kavuşturulmaya başlandığı belirtilmiştir. İstihbarat birimleri ve pro-aktif soruşturmada istihbarat görevlisi olarak hareket eden kolluğun görevleri yasa ile tanımlanmadan, hakim kararı ile dayanak oluşturulmadan hareket etmeleri hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, özellikle özel hayatın gizliliği ve gizlilik hakkına müdahale teşkil eden elektronik arama ve izleme yetkilerini de içine alan bu gibi soruşturma tedbirlerine, zorlayıcı nitelikleriyle temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkileri sebebiyle ancak hukukun üstünlüğü ve insan hakları standartları ile uyumlu olarak, orantılılık ilkesine uyararak, ancak başka bir tedbirle elde edilmesi olanaksız bilgilere ulaşılabilecek ise mahkeme kararı ve yasa ile açıkça düzenlenmiş olması halinde başvurulması oy çokluğu ile kabul edilmiştir.

Yargılama Öncesi Soruşturma Yetkileri ve Özel Soruşturma Teknikleri

Yargılama öncesi soruşturma ve özel soruşturma tekniklerinin kaldırılmasının istendiği müzakerelerde başkan Vervaele Pula'da, pro-aktif soruşturmanın önemli birer olgu olduğunun kabul edildiğini ve ceza hukukunun bir dönüm noktasında olduğunu belirtmiştir. Bu yöntemlere başvurulabilmesi için, mahkeme iznini organize suç veya terör suçu işlendiğine ilişkin makul bir şüpheye ya da yeterli sebeplere dayandır-

malıdır. Burada belirtilen her hangi bir bilgi olmayıp, suç işleneceği şüphesini uyandıran, muhtemel bilgiler olduğu ifade edildiğinde, karşı görüş olarak Kongre’de ya insan haklarının daraltılmasına doğru gidileceği, ya da insan haklarının genişletilmesine karar verileceği ifade edilerek bu yönde karar almanın sakıncalı olacağı ifade edilmiştir. Buna ek olarak da maddi olguya dayanan bilginin sadece soruşturma başlatılabileceği belirtilmiştir.

İşkence ve diğer cezalar veya insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nde tanımlanan işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışlar ve cezalar olağanüstü hal de dahil olmak üzere yasaklanması oy birliği ile kabul edilerek sorgulamanın, hukukun üstünlüğü ilkesi ve uluslararası insan hakları standartları ile uyumlu olması gereği ifade edilerek kabul edilmiştir.

Kişilerin gizli olarak tutulduğu merkezler hem uluslararası hukuk hem de yerel hukuk düzeyinde yasaklanması ve söz konusu kişilerin gizli olarak tutulduğu merkezlere sahip olan devletlere ve kuruluşlara yaptırımlar uygulanması gereği de kabul edilmiştir.

Kanunun uygulanması amacıyla dijital verilerin toplanması ceza muhakemesi usulünce düzenlenmelidir. Özel hayatın gizliliği hakkına müdahale teşkil eden bir bilgi söz konusu olduğunda mahkeme izni gereklidir. Servis sağlayıcıları bu verileri vermeye zorlayabilmek için gerekli olan eşik “soruşturmayla bağlantılı olma” kriterinden daha yukarıda olmalıdır denildiğinde “eşik” kavramı tartışma konusu olmuştur. Eşik neye göre tespit edilecek ve denetimi nasıl yapılacaktır?

Adil Yargılama İşlemleri ve Usuli Korumalar

Özel yargılama tedbirleri konusunda dikkat edilecek hususun, adil yargılama kavramının sadece mahkemedeki bir takım usul işlemlerine ait olmayıp yargılamanın bütününe kapsadığıdır. Özel soruşturma yöntemlerine başvurulması halinde de masumiyet karinesinin ve susma hakkının gözetilmesi gerekmektedir. Savunma hakkı, özü itibarıyla adil yargılamanın ve silahların eşitliği ilkesinin bir parçasıdır şeklinde alınan karar açısından daha açık ifadelerin; güvencelerin temini bakımından daha yerinde olacağı ifade edilerek bunun yerine “Adil ve aleni yargılama, soruşturma ve kovuşturma aşamasında adli veya yargı önünde güvence

altına alınmalıdır. Adil yargılanmada silahların eşitliği esastır. Her aşamada şahsa masum olduğunu ispatlama imkanı sağlanmalıdır. Tehdit, kötü muamele, kişinin kendi idaresi dışında olan tekniklerle elde edilen deliller kabul edilmemelidir.” ifadesinin kullanılması önerilmişse de kabul görmemiş ve buna gerekçe olarak da kullanılan ifadelerin bu belirlemeleri de kapsadığı ifade edilmiştir. Ayrıca Vervaele «Habeas Corpus» un ifade edilmiş olmasının yeterli olduğunu belirtmiştir.

Pro-aktif soruşturma ve özel soruşturma tekniklerinin keyfi ve aşırılığa kaçacak şekilde kullanılmasını önlemek için, devletin ilgili kişilere bildirim yükümlülüğü tartışılmış ve derhal bildirim gerekli olduğunun ve fakat uygulama yönünden gerçekleştirilmesinin güç olduğu ifade edilerek bunun sıkı denetime tabi tutulması gerekliliği ifade edilmiştir. Polis tarafından gerçekleştirilen bütün yakalamalarda veya tutuklama işlemlerinde *habeas corpus* ilkesine uygun davranılması ve bir avukatın ve gerektiğinde bir tercümanın bulundurulmasının sağlanması zorunluluğu herkes tarafından kabul görmeye birlikte uygulamada konuya ilişkin zafiyet olduğu belirtilmiştir. Hiçbir tedbirin dayanağının, yasadışı gizli tanıklık ya da kötüye kullanılarak yapılan özel soruşturma teknikleriyle elde edilen deliller olamayacağının karara bağlandığı müzakerelerde, yakalanan, gözaltına alınan ve tutuklanan kişi derhal mahkeme önüne çıkartılmalıdır denilmiştir. Ancak buradaki “mahkeme” tartışılmış, “hakim” önüne çıkartılmasının pratik mülahazalarla daha yerinde olacağı önerilmişse de bu ifadenin iç hukuka göre uygun şekilde yorumlanmasına karar verilmiştir. Organize suç ve terör suçları da dâhil olmak üzere, kişinin yakalama, gözaltına alma veya tutuklamayı haklı kılan nedenleri ispat yükü devletin üzerindedir. Hiç kimse belirsiz veya makul olmayan bir süre için tutulamaz.

Deliller, Dosya Kapsamına Ulaşabilme ve Adil Yargılanma

Gizli tanık ifadelerine ve sınıflandırılmış delillere başvurma konusunda ciddi tartışmalar yaşanan müzakerelerde Av. Fikret İlkiz ve Av. Fehmi Demir, gizli tanık ifadelerine başvurulmasının istisnai haller de dahil olmak üzere karardan tamamen çıkartılması gerektiğini belirtmiştir. Kendisiyle birlikte Av. Ömer Yasa “Yalnızca gizli tanığa ve özel soruşturma tekniklerine dayanılarak kimsenin özgürlüğü kısıtlanamaz” ifadesinin kullanılması önerisini getirmiş, Av. Şükriye Metin de kararın 18 maddesi-

nin son fıkrasına yani “hiç bir mahkumiyet kararı yalnızca gizli tanıkların ifadesine ya da gizli delillere dayandırılmaz” maddesinin altına gizli tanık ve delille karar verilemeyeceği gibi aynı şekilde bu delillere dayanılarak kamu davası açılmayacağına ya da tutuklama kararı verilemeyeceğinin de eklenmesini talep etmiştir. Hiçbir mahkumiyetin yasa dışı gizli tanık ifadelerine veya özel soruşturma tekniklerinin kötüye kullanılması suretiyle elde edilen delillere dayandırılmaz kararına ilişkin olarak Alman profesör Walters “Pek çok ülkede çeşitli suç türleri olduğunu, suç özelliklerinden dolayı gizli tanıklara ihtiyaç bulunduğunu ifade etmiş ve bu yüzden söz konusu müesseseye başvurulmasının sınırlı koşullarda mümkün olabileceğini belirtmiştir. Kendisi, Almanya’dan örnek vererek, iddia makamın bunu yakın tehlike(hayati tehlike), mağdurları koruma gereği, kamu düzeninden dolayı gizli tanığın kullanıldığını söylemiştir. Bunun yanı sıra azınlık görüşü olarak kararda «Hiçbir mahkûmiyet kararı yalnızca veya esaslı ölçüde özel soruşturma tekniklerinin kullanılmasıyla elde edilen delillere dayandırılmaz” ifadesine yer verilmiştir.

İstihbarat tarafından kişinin haberi olmaksızın ve hakim kararına dayanmaksızın elde edilen bilgilerin tek başına delil olmayacağı gibi hiçbir şekilde delil olarak kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Av. İlkiz ceza istihbaratın ceza yargılamasında delil olarak kullanılmaması gerektiğini ifade ederek silahların eşitliği ilkesine vurgu yapmıştır. Bu görüşü Prof. Yarsuvat desteklemiştir. Av. Metin de “Mahkumiyetin ve yargılama öncesi yapılan tutuklama gizli tanık ifadelerine veya gizli delillere dayandırılmaz” ifadesinin karara konulması teklifinde bulunmuştur.

Sonuç

Müzakerelerin esasına ilişkin tartışmaların sona ermesinden sonrasında metnin bütünü oylanarak kabul edilmiştir. Metin üzerinde düzeltme yapılabilmesi ve Genel Kurula sunulabilmesi için Başkan Vervaele eşliğinde üçüncü grup toplanarak, bir gece boyunca çalışmış ve söz konusu değişiklikler ile birlikte 26 Eylül 2009 tarihli Genel Kurul oylamasına sunulmuştur.

Özel yargılama tedbirleri ve insan haklarına saygı kavramlarının yan yana getirilmesinin güçlüğüne bir kez daha yaşandığı müzakerelerde hararetli tartışmalar olmuştur. Özellikle Türk katılımcıların insan hakları-

nın korunmasına ilişkin yaklaşımları ve suçun ağırlığı ne olursa olsun söz konusu olan bireyin haklarının korunmasına ilişkin savunmaları kararın insan haklarına yaklaşımını kuvvetlendirmiştir. Habeas corpusla birlikte hukukun üstünlüğü, insan onuru, hakları, yasallık, adil yargılama hakkı, masumiyet karinesi, savunma hakkı, silahların eşitliği ve bunun gibi pek çok hakların tartışma konusu olduğu müzakerelerde alınan karar konusunda tartışmalar bitmemiş ve bitmeyecektir.

Organize suç ve terörizmle mücadelede özel yargılama tedbirlerine başvurulması, gizli tanık, gizli soruşturmacı, dinleme, kaydetme, gizli takip gibi özel nitelikte tedbirlerin kullanılmaya başlanması ve başlanmasıyla birlikte beraberinde getirdiği kolaylığın rehabetiyle uygulamanın sıklaşması güvenlik ve insan hakları bakımından ürkütücü bir hale doğru kayma anlamına gelebilecektir. Bunu engellemenin yolu keyfi uygulamalara yol açabilecek tedbirlere izin vermemekten geçmektedir. Müzakerelere katılan hukukçular arasında yaşanan tartışmaların odak noktası da toplum güvenliği ile insan hakları arasındaki sınırın tayini olmuştur.

Section III – Penal Procedure

Special Procedural Measures and Protection of Human Rights Resolution

The participants at the XVIIIth International Congress of Penal Law (Istanbul, Turkey, 20-27th September 2009)

Noticing in the national reports and in the general report that the paradigms of the “fight” against organized crime and terrorism and the seriousness of related crimes

- have led to extensive changes in the criminal justice system and criminal procedure as a result of governing through combating crime and enhancing security;
- have introduced special procedural measures, profoundly affecting the objectives, nature and instruments of the criminal justice system and the applicability of human rights standards;
- have extended the reactive system of punishment for crimes and resocialisation of offenders with a proactive system of prevention of crime and protection of public order and security;
- have produced an intelligence-led law enforcement approach, by which intelligence authorities play an increasing role in the field of law enforcement;
- have produced a digital-led law enforcement approach, by which search and surveillance powers have become very intrusive;
- that substantive changes have been introduced in the criminal procedure systems and practices of the states since 1999.

Endeavouring

- to elaborate rules of criminal procedure in line with modern, technological society and globalized society and in line with the basic principles of the rule of law and fair justice;
- to raise standards in the area of combating organized crime and terrorism, by which law enforcement, security and human rights are not mutually exclusive.

Taking into account that the AIDP has already addressed several questions in previous Congresses, particularly

- the XIIth International Congress of Penal Law (Hamburg, 1979), protection of human rights in criminal proceedings,
- the XIVth International Congress of Penal Law (Vienna, 1989), relations between the organization and administration of justice and criminal procedure,
- the XVth International Congress of Penal Law (Rio de Janeiro, 1994), reform movements in criminal procedure and the protection of human rights,
- the XVIth International Congress of Penal Law (Budapest, 1999), the criminal justice systems facing the challenge of organized crime.

Have adopted during the XVIIIth International Conference of criminal law the following Resolution

Criminal procedure, special measures and human rights standards

1. States should respect international and regional human rights, and, where applicable, international humanitarian law and may never act in breach of peremptory norms of international law (*jus cogens*), even when using special procedural measures in investigating and prosecuting organised crime and terrorism.
2. States are urged to accept the jurisdiction of international and regional human rights courts. International human rights norms and standards that have a binding effect should be considered as equal to constitutional norms and standards. These norms should be respected *ex officio* and be enforceable as individual rights in court.
3. The punitive reaction to organised crime and terrorism is fundamentally a matter for criminal justice systems and should not be replaced by administrative measures. These should never replace the ordinary course of the criminal justice system.

4. Special procedural measures in a public emergency (state of emergency and use of emergency powers for national security reasons) should be prescribed by law and decided by Parliament and submitted to judicial review by an independent, impartial and regularly constituted court (hereinafter court).
5. Moreover, any departure from ordinary principles of criminal procedure or derogable international human rights standards should be in conformity with the principle of proportionality. In a public emergency the rule of law prevails.
6. Whatever the acts of persons suspected, prosecuted or convicted of organised crime or terrorism, non-derogable rights¹ such as the right to life, the prohibition against torture or inhuman or degrading treatment or punishment, and the right to recognition as a person before the law and to equality under the law, should under no circumstances be abrogated.
7. No state shall curtail the individual right to essential judicial guarantees for the protection of non-derogable rights. Protection against arrest and detention and the right to a fair and public hearing in the determination of a criminal charge may be subject to reasonable legal limitations. Rights fundamental to human dignity may not be abrogated, even under a public emergency.
8. Courts shall have and maintain jurisdiction over all trials of civilians as well as in times of public emergency; initiation of any such proceedings before or their transfer to a military court or to non-judicial bodies shall be prohibited.

Specialised extraordinary courts in the judiciary should be prohibited.

Minority opinion: specialised extraordinary courts in the judiciary should be independent and impartial and apply rules of procedure that respect the right of defence, including the right to a public hearing.

¹ See John A.E. Vervaele, "Special procedural measures and the protection of human rights - General Report", 2009 *Utrecht Law Review*, 5, no. 2, pp. 67-68.

Proactive investigative powers and criminal procedure

9. The objective of proactive investigations is to reveal the organizational aspects of organized crime and terrorism in order to prevent its preparation or commission and to enable the establishment of reasonable grounds for the initiation of a criminal investigation against the organization and/or its members.
10. In most cases, the provisions of ordinary criminal procedure provide sufficient means to react firmly against organized crime and terrorism but, exceptionally, it may be necessary to provide for the use of proactive investigations by intelligence agencies, police or judicial authorities. As such investigations, including electronic search and surveillance powers, interfere with the right to privacy and to public anonymity, and considering their intrusive character and impact on fundamental rights, they should only be permissible subject to the following conditions:
 - They should be precisely defined in the law and compatible with the rule of law and human rights standards;
 - They should not be used except in the absence of less restrictive legal means;
 - They may only be used for combating organized crime and terrorism and must be proportionate to the aim pursued;
 - They should not be carried out without a court authorization, which should be obtained in principle in advance and must be based on a reasonable belief that the measure is necessary in order to prevent the commission of organized crime and terrorism;
 - They should be applied under the strict supervision of an independent and impartial judicial authority, responsible for the scrutiny and control of the use of the intrusive powers;
 - They should respect legal privilege.

Pre-trial investigative powers and special investigation techniques

11. The conditions laid down in point 10 should also apply to special pre-trial investigation techniques. The court must base its authorization on a reasonable suspicion or on sufficient reasons to believe that an organized crime or terrorism offence has been committed. This presupposes the existence of facts or factual information that would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence.
12. The use of torture or of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, as defined in the United Nations Convention against torture and other cruel, inhuman and degrading treatment or punishment, is absolutely prohibited, in all circumstances, including in a public emergency. Interrogation should comply with the rule of law and international human rights standards.
13. Secret detention centres shall be prohibited under international and domestic law. States and organisations that have secret detention centres should be subject to sanctions.
14. The collection of digital information for law enforcement purposes should be regulated by criminal procedure. In the case of privacy-related information, a court warrant is required. The threshold for compelling data from service providers should be higher than the “relevant for the investigation” standard. For prospective transaction surveillance and the use of filter devices a high threshold should be required, including a court warrant for content information.

Fair proceedings and procedural safeguards

15. The notion of a fair trial pertains not only to the trial proceedings before the court, but to the procedure as a whole. Also, when applying special investigation techniques the presumption of innocence and the right to remain silent must be respected. Defence rights are intrinsically part of a fair trial and equality of arms.

16. In order to avoid unreasonable or arbitrary use of proactive investigation and special investigation techniques, the State should duly notify every person against whom the measures were conducted and provide for judicial remedies before a court.
17. In every case of police arrest or detention the remedy of habeas corpus and the presence of a lawyer and interpreter must be available. Pre-trial detention may not be based on illegal anonymous testimony or on evidence obtained by the abuse of special investigation techniques. The arrested person must be brought promptly before the court. The burden lies on the State to provide justification for arrest or detention, also for organised crime and terrorism offences. No person shall be detained for an indefinite or unreasonably long period of time.

Evidence, disclosure and fair proceedings

18. Recourse to anonymous witnesses and classified evidence should be exceptional. Recourse to anonymous witnesses and classified evidence is only legal when the conditions set forth in the first three subparagraphs of point 10 are met. In addition:
 - Testimony by anonymous witnesses can only be justified by prior authorization of a court, in case of a serious, clear and imminent threat to life or on a reasonable belief that the measure is necessary in order to protect the legitimate aims of vulnerable victims or of national security; anonymous evidence from law-enforcement officers or intelligence officers should be very strictly justified;
 - The court has to provide sufficient grounds for the refusal to disclose and to justify that this is a proportionate limit on the accused's right to disclosure that is necessary to protect legitimate aims and that the refusal to disclose can be counterbalanced in the procedure by compensatory measures in order to safeguard fair proceedings;
 - The defence can directly test, at the pre-trial or trial stage, the reliability of the evidence and the credibility of a witness;

- If a fair trial is not possible because the defendant has not received sufficient disclosure, the proceedings must be terminated;
- Any conviction may not be based solely or to a decisive extent on anonymous testimony.

Minority opinion: Recourse to anonymous witnesses and classified evidence should be prohibited.

19. Conviction may not be based on illegal anonymous testimony or on evidence obtained by the abuse of special investigation techniques.

Minority opinion: Conviction may not be based solely and to a decisive extent on evidence obtained by the use of special investigation techniques.

20. Pre-trial judges *and* /or trial judges should have full access to all evidence for the determination of the legality and probative value of the evidence. Equality of arms includes the same access for both parties to the documents and files and the same opportunity to summon and examine witnesses.

21. States shall ensure that statements, evidence or other information obtained, directly or indirectly, by torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment cannot be used in any judicial, administrative or other proceedings, other than for the purpose of establishing the occurrence of such act. Evidence obtained directly or indirectly by means that constitute a violation of other human rights or domestic legal provisions that jeopardize equality of arms and the fairness of the trial shall be inadmissible.

22. If criminal intelligence is used as steering information and as triggering information, it must be under the authority of the judicial authorities to open a judicial investigation. Criminal intelligence can only be used as grounds for coercive measures if the information has been obtained under a court warrant or if the use of the information is authorized in advance by a court.

Criminal intelligence cannot be used as evidence in criminal proceedings.

Minority opinion: Criminal intelligence cannot be used as evidence in criminal proceedings, unless the following conditions are met:

- The pre-trial court and/or the trial court can fully assess the reliability of the evidence, the credibility of the witness, and the probative value of the evidence and decide whether the witness must testify in court and whether or not he/she should be interrogated while remaining anonymous;
 - The defence can directly test, at the pre-trial or trial stage, the reliability of the evidence and the credibility of the witness;
 - The defence can rely on that type of evidence under the same conditions;
 - Any conviction may not be based solely or to a decisive extent on criminal intelligence as substantive evidence.
23. Individuals who are suspected of being members of a criminal organization and who decide to cooperate with the judicial authorities may benefit only from a reduced sentence where this cooperation complies with the principles of legality, subsidiarity and proportionality. In addition, no conviction may be based solely or to a decisive extent on a crown witness's (*pentiti, supergrass*) statement as substantive evidence.

Section III – Procédure pénale

Mésures Procédurales Spéciales et Respect des Droits de L'Homme Résolution

Les participants du XVIII^{ème} Congrès international de Droit pénal (Istanbul, Turquie, 20 au 27 septembre 2009)

Observant dans les rapports nationaux et le rapport général que les paradigmes de la «lutte» contre le crime organisé et le terrorisme et la gravité des infractions qui s'y rapportent

- ont conduit, sous l'effet d'une gouvernance marquée par le crime et la sécurité, à de vastes réformes du système de justice pénale et de procédure pénale;
- ont introduit des dispositions procédurales spéciales, affectant profondément les objectifs, la nature et les instruments du système de justice pénale et l'applicabilité des standards des droits de l'homme;
- ont étendu le système réactif de répression des crimes et de resocialisation des délinquants au moyen d'un système proactif de prévention du crime et de protection de l'ordre public et de la sécurité;
- ont produit une perception des mécanismes d'application du droit marquée par le recours au renseignement, dans laquelle les services de renseignement jouent un rôle croissant;
- ont produit une perception des mécanismes d'application du droit marquée par le numérique, dans laquelle les pouvoirs de recherche et de surveillance sont devenus très intrusifs;
- que des changements substantiels ont été introduits dans les systèmes de procédure pénale et les pratiques des États depuis 1999.

Visant à

- élaborer des règles de procédure pénale en phase avec la société moderne, technologique et globalisée ainsi qu'avec les principes de base de la primauté du droit et d'une justice équitable ;

- élever les standards en matière de crime organisé et de terrorisme, selon lesquels l'application de la loi, la sécurité et les droits de l'homme ne sont pas exclusifs les uns des autres.

Tenant compte du fait que l'AIDP a déjà examiné plusieurs aspects du phénomène lors de congrès antérieurs, spécialement:

- Le XII^{ème} Congrès international de Droit pénal (Hambourg, 1979): La protection des droits de l'homme dans la procédure pénale,
- Le XIV^{ème} Congrès international de Droit pénal (Vienne, 1989): Les rapports entre l'organisation judiciaire et la procédure pénale,
- Le XV^{ème} Congrès international de Droit pénal (Rio de Janeiro, 1994) : Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des Droits de l'homme,
- Le XVI^{ème} congrès international de droit pénal (Budapest, 1999): Les systèmes pénaux à l'épreuve du crime organisé.

Ont adopté lors du XVIII^{ème} Congrès international de droit pénal la résolution suivante:

Procédure pénale, mesures spéciales et standards en matière de droits de l'homme

1. Les États devraient respecter les droits de l'homme consacrés au niveau international et régional et, lorsqu'il est applicable, le droit international humanitaire et ils ne peuvent jamais agir en violation des normes impératives de droit international (*jus cogens*), même quand il est fait usage de mesures procédurales spéciales pour enquêter et poursuivre le crime organisé et le terrorisme.
2. Les États sont exhortés à accepter l'autorité des juridictions internationales et régionales des droits de l'homme. Les normes et standards internationaux en matière de droits de l'homme, qui ont un effet contraignant, devraient avoir une valeur égale aux normes et standards constitutionnels. Ces normes devraient être respectées *ex officio* et pouvoir être invoquées en justice comme droits subjectifs.

3. La répression du crime organisé et du terrorisme relève fondamentalement du système judiciaire pénal et ne devrait pas être remplacée par des mesures administratives. Ces dernières ne devraient jamais remplacer le cours ordinaire du procès pénal.
4. Les mesures procédurales spéciales en cas de situation d'urgence (état d'urgence et recours à des mesures d'urgence pour raison de sécurité nationale) devraient être prévues par une loi, décidées par le Parlement et soumises à l'examen d'un tribunal indépendant, impartial et régulièrement constitué (ci-après désigné par «tribunal*» ou «tribunaux*»).
5. En outre, toute dérogation aux principes ordinaires de procédure pénale ou aux standards internationaux des droits de l'homme dérogeables devrait être conforme au principe de proportionnalité. En cas de situation d'urgence, la primauté du droit s'impose.
6. Quels que soient les actes pour lesquels les personnes sont soupçonnées, poursuivies ou condamnées pour crime organisé ou terrorisme, les droits inaliénables tels que le droit à la vie, l'interdiction de la torture ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants, le droit d'être reconnu en tant que personne devant la loi et l'égalité devant la loi ne devraient en aucune circonstance être abrogés.
7. Aucun État ne restreindra le droit individuel aux garanties judiciaires essentielles requises pour la protection des droits auxquels il ne peut être dérogé. La protection contre l'arrestation et la détention et le droit à un procès équitable et public, de toute personne accusée d'une infraction pénale, peuvent faire l'objet de limitations légales raisonnables. Les droits fondamentaux relatifs à la dignité humaine ne peuvent être abrogés, même en situation d'urgence.
8. Les tribunaux* doivent avoir et maintenir leur juridiction sur toutes les affaires concernant des civils, même en situation d'urgence publique; l'ouverture ou le transfert de telles procédures devant une juridiction militaire ou un organe extrajudiciaire doit être interdit.

Toute juridiction d'exception devrait être interdite.

Opinion minoritaire: Toute juridiction d'exception devrait être indépendante et impartiale, et appliquer des règles de procédure respectant les droits de la défense, y compris le droit à une audience publique.

Pouvoirs d'enquête proactive et procédure pénale

9. L'objectif des enquêtes proactives est de révéler les aspects organisationnels du crime organisé et du terrorisme en vue d'empêcher leur préparation ou leur commission et de permettre l'établissement de fondements raisonnables à l'ouverture d'une enquête pénale contre l'organisation et/ou ses membres.
10. Dans la plupart des cas, les dispositions de la procédure pénale ordinaire offrent des moyens suffisants pour assurer une réaction ferme contre le crime organisé et le terrorisme mais, exceptionnellement, il peut être nécessaire de prévoir le recours aux enquêtes proactives par les services de renseignement, par la police ou par les autorités judiciaires. Étant donné que ces investigations, incluant des pouvoirs de recherche et de surveillance électroniques, conduisent à une ingérence dans le droit à la vie privée et à l'anonymat, et compte tenu de leur caractère intrusif et de leur impact sur les droits fondamentaux, elles devraient être permises seulement dans les conditions suivantes:
 - Elles devraient être définies avec précision par la loi et être compatibles avec la primauté du droit et les standards en matière de droits de l'homme;
 - Elles ne devraient être utilisées qu'en l'absence de moyens légaux moins restrictifs;
 - Elles ne peuvent être utilisées que contre le crime organisé et le terrorisme et doivent être proportionnelles au but poursuivi;

- Elles ne devraient pas pouvoir être mises en œuvre sans l'autorisation d'un tribunal*, celle-ci devant être obtenue, en principe, préalablement et fondée sur une conviction raisonnable que la mesure est nécessaire pour prévenir la commission d'un crime organisé ou d'un acte terroriste;
- La mesure devrait être mise en œuvre sous le strict contrôle d'une autorité judiciaire indépendante et impartiale, compétente pour l'examen et le contrôle de l'utilisation de mesures intrusives;
- Elles devraient respecter le secret professionnel.

Pouvoirs d'enquête préliminaire et techniques spéciales d'enquête

11. Les conditions énoncées au point 10 devraient également être applicables aux techniques spéciales d'enquête dans l'enquête préliminaire. Le tribunal* doit fonder son autorisation sur une suspicion raisonnable ou sur des raisons suffisantes de croire qu'une infraction de crime organisé ou de terrorisme a été commise. Ceci présuppose l'existence de faits ou d'informations concrètes qui convaincraient un observateur objectif que la personne concernée peut avoir commis l'infraction.
12. Le recours à la torture ou à des traitements ou peines inhumains ou dégradants, tels que définis dans la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, est absolument interdit, en toutes circonstances, y compris en situation d'urgence publique. L'interrogatoire devrait respecter la primauté du droit et les standards en matière de droits de l'homme.
13. Les centres secrets de détention seront interdits par le droit international et interne. Les États et les organisations qui possèdent des centres de détention secrets devraient faire l'objet de sanctions.
14. La collecte d'informations numériques pour les besoins de l'application de la loi devrait être régie par la procédure pénale.

Pour les informations relatives à la vie privée, un mandat délivré par un tribunal* est requis. Le seuil pour contraindre les fournisseurs d'accès à fournir des données devrait être plus élevé que les simples critères « applicables aux enquêtes ». Pour la surveillance prospective de transactions et l'utilisation de systèmes de filtre, un seuil élevé devrait être requis, incluant un mandat délivré par un tribunal* pour ce qui concerne la teneur de l'information.

Procès équitable et garanties procédurales

15. La notion de procès équitable concerne non seulement la procédure devant un tribunal*, mais encore la procédure dans son intégralité. En cas de recours à des techniques spéciales d'enquête, la présomption d'innocence et le droit au silence doivent aussi être respectés. Les droits de la défense font intrinsèquement partie du procès équitable et de l'égalité des armes.
16. Afin d'éviter le recours déraisonnable ou arbitraire à l'enquête proactive et aux techniques spéciales d'enquête, l'État devrait dûment informer toute personne des mesures prises à son encontre et prévoir des recours devant un tribunal*.
17. Dans tous les cas d'arrestation policière ou de détention, la personne doit pouvoir invoquer «l'habeas corpus» et disposer de la présence d'un avocat et d'un interprète. Aucune détention préalable ne peut être fondée sur un témoignage anonyme illégal ou sur une preuve obtenue par l'utilisation abusive de techniques spéciales d'enquête. La personne arrêtée doit être présentée dans les meilleurs délais devant un tribunal*. La charge de justifier l'arrestation ou la détention incombe à l'État, même pour les crimes organisés et les actes terroristes. Personne ne sera détenu pour une durée indéterminée ou non raisonnable.

Preuve, divulgation des preuves et procès équitable

18. Le recours à des témoins anonymes et les preuves classifiées devraient être exceptionnels. Le recours à des témoins anonymes et preuves classifiées est légal uniquement si les conditions établies dans les trois premiers paragraphes du point 10 sont réunies. De plus,

- La déposition de témoins anonymes ne peut être admise qu'avec une autorisation préalable d'un tribunal*, dans l'hypothèse d'une menace sérieuse, claire et imminente pour la vie ou en cas de conviction raisonnable que la mesure soit nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de victimes vulnérables ou de la sécurité nationale. Les preuves anonymes émanant des agents chargés de faire observer la loi ou des services de renseignement devraient être strictement justifiées;
- Le tribunal* doit fournir des motifs suffisants pour refuser la divulgation des preuves et pour justifier que ce refus constitue une limitation proportionnée au droit de l'accusé à la divulgation, qu'il est nécessaire pour protéger des intérêts légitimes et qu'il peut être contrebalancé au cours de la procédure par des mesures compensatoires de nature à préserver le procès équitable;
- La défense peut vérifier directement, dans la phase préparatoire ou au cours du procès, la fiabilité de la preuve et la crédibilité d'un témoin;
- Si un procès équitable n'est pas possible parce que la défense n'a pas bénéficié d'une divulgation suffisante des preuves, il doit être mis fin à la procédure;
- Aucune condamnation ne peut être fondée exclusivement ou de manière déterminante sur un témoignage anonyme.

Opinion minoritaire: Le recours à des témoins anonymes et des preuves classifiées devrait être interdit.

19. Aucune condamnation ne peut être fondée sur un témoignage anonyme illégal ou sur une preuve obtenue par l'utilisation abusive de techniques spéciales d'enquête.

Opinion minoritaire: Aucune condamnation ne peut être fondée exclusivement ou de manière déterminante sur des preuves recueillies au moyen de techniques spéciales d'enquête.

20. Les juges de l'enquête préliminaire et/ou les juges du fond devraient avoir un accès intégral à toutes les preuves en vue de déterminer la légalité et la valeur probante des preuves. L'égalité des armes implique un accès égal pour les deux parties aux pièces et aux dossiers et les mêmes possibilités de convoquer et d'interroger des témoins.
21. Les États garantiront que les déclarations, preuves et autres informations obtenues, directement ou indirectement, par la torture ou des traitements ou peines inhumains ou dégradants, ne peuvent être utilisées dans aucune procédure judiciaire, administrative ou autre, si ce n'est pour établir la commission d'un tel acte. Les preuves obtenues, directement ou indirectement, par des moyens constituant une violation d'autres droits de l'homme ou de dispositions légales internes, qui compromettent l'égalité des armes ou l'équité du procès, seront irrecevables.
22. L'utilisation des renseignements à caractère pénal, en tant qu'informations pilotes et éléments déclencheurs de la procédure pénale, doit se faire sous l'autorité d'une instance judiciaire dans le but d'ouvrir une enquête judiciaire. Le renseignement pénal ne peut être utilisé pour justifier des mesures contraignantes que s'il a été obtenu sur la base d'un mandat délivré par un tribunal* ou si l'utilisation des informations est autorisée préalablement par un tribunal*.

Le renseignement pénal ne peut être utilisé comme preuve dans la procédure pénale.

Opinion minoritaire: Le renseignement pénal ne peut être utilisé comme preuve dans la procédure pénale que si les conditions suivantes sont réunies:

- Le tribunal* compétent pour la phase préliminaire et/ ou le tribunal* de jugement peuvent apprécier pleinement la fiabilité des preuves, la crédibilité des témoins et la valeur probante des preuves, et décider si le témoin doit être entendu à l'audience et s'il doit ou non être interrogé tout en restant anonyme;
 - La défense peut vérifier directement, pendant la phase préparatoire ou au cours du procès, la fiabilité de la preuve et la crédibilité des témoins;
 - La défense peut se prévaloir de ce type de preuve aux mêmes conditions;
 - Aucune condamnation ne peut être fondée exclusivement ou de manière déterminante sur le renseignement pénal comme preuve substantielle.
23. Les individus, suspectés d'être membres d'une organisation criminelle et qui décident de coopérer avec les autorités judiciaires, peuvent bénéficier d'une réduction de peine uniquement lorsque cette coopération respecte les principes de légalité, subsidiarité et proportionnalité. En outre, aucune condamnation ne peut être fondée exclusivement ou de manière déterminante sur les déclarations de repentis (*pentiti, supergrass*) comme preuves substantielles.

Sección III – Derecho procesal penal

Medidas Procesales Especiales y Protección de los Derechos Humanos Resolución

Los participantes en el XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal (Estambul, Turquía, 20 al 27 de septiembre de 2009)

Advirtiendo en los informes nacionales y en el informe general que los paradigmas de la “lucha” contra la delincuencia organizada y contra el terrorismo y la gravedad de los delitos relacionados con ello

- han llevado a amplias reformas de los sistemas de justicia penal y del proceso penal, asentadas en un modelo de gobernar utilizando el combate a la criminalidad y el aumento de la seguridad;
- han introducido medidas procesales especiales, que afectan profundamente a los objetivos, la naturaleza y los instrumentos del sistema de justicia penal y a la aplicabilidad de los estándares de protección de los derechos humanos;
- han generado una extensión del sistema reactivo de sanción del delito y de resocialización del delincuente, hacia un sistema proactivo de prevención del delito y protección del orden público y la seguridad;
- han producido un enfoque en la aplicación de la ley desde los sistemas de inteligencia, en el cual los servicios de inteligencia juegan un papel creciente en el campo de la persecución penal;
- han generado un sistema de persecución penal guiado por los sistemas electrónicos, en el que la vigilancia y los registros se tornan muy invasivos;
- que desde 1999 se advierten importantes cambios en los sistemas procesales penales y en las prácticas de los Estados.

Con el objetivo de

- elaborar normas del proceso penal que estén en consonancia con la sociedad moderna, tecnológica y globalizada, y a su vez en

consonancia con los principios del debido proceso y de la justicia equitativa;

- elevar los estándares de protección en el ámbito de la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo, de tal manera que la persecución penal, la seguridad y los derechos humanos no sean realidades excluyentes entre sí.

Tomando en cuenta que la AIDP ya ha abordado diversas cuestiones en anteriores Congresos, especialmente en

- el XII Congreso Internacional de Derecho Penal (Hamburgo, 1979), la protección de los derechos humanos en el proceso penal,
- el XIV Congreso Internacional de Derecho Penal (Viena, 1989), las relaciones entre la organización judicial y el proceso penal,
- el XV Congreso Internacional de Derecho Penal (Río de Janeiro, 1994), los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos humanos,
- el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal (Budapest, 1999), los sistemas penales frente al reto del crimen organizado.

Han adoptado durante el XVIII Congreso Internacional de Derecho Penal la siguiente Resolución.

Proceso penal, medidas especiales y estándares de protección de los derechos fundamentales

1. Los Estados respetarán los derechos humanos reconocidos a nivel internacional y regional y, cuando sea aplicable, el derecho internacional humanitario, y no podrán actuar nunca en contra de las normas imperativas de derecho internacional (*ius cogens*), incluso cuando utilicen medidas procesales especiales para la investigación y enjuiciamiento del crimen organizado y el terrorismo.
2. Se urge a los Estados a que se sometan a la jurisdicción de los tribunales de derechos humanos de carácter internacional y regional. Las normas y estándares internacionales relativos a los

derechos humanos que tengan carácter vinculante, deben ser tratados del mismo modo que las normas y estándares constitucionales. Estas normas serán respetadas de oficio y podrán invocarse directamente como derechos individuales ante los tribunales.

3. La respuesta punitiva frente al crimen organizado y el terrorismo es fundamentalmente una función que corresponde a los sistemas de justicia penal, y esa respuesta no puede ser reemplazada por medidas de carácter administrativo. Estas nunca deben sustituir al curso ordinario del sistema de justicia penal.
4. Las medidas procesales especiales en caso de emergencia pública (estado de excepción y recurso a potestades especiales por razones de seguridad nacional) habrán de estar reguladas mediante ley, ser acordadas por el Parlamento y, además, estar sometidas a control judicial por un tribunal independiente, imparcial y predeterminado por la ley (a partir de ahora tribunal*).
5. Además cualquier alejamiento de los principios ordinarios del proceso penal o de los estándares de derecho internacional humanitario que tengan carácter derogable deben realizarse de conformidad con el principio de proporcionalidad. En las situaciones de emergencia pública estarán vigentes los principios del debido proceso.
6. Sean cuales sean las conductas de las personas sospechosas, imputadas o condenadas por delitos relacionados con el crimen organizado o el terrorismo, no se podrá excepcionar bajo ninguna circunstancia la aplicación de los derechos no derogables,[1] como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de tratos o castigos inhumanos o degradantes, el derecho a ser considerado como persona por el derecho, y el derecho a la igualdad ante la ley.
7. Ningún Estado restringirá el derecho individual a las garantías procesales que son esenciales para la protección de los

derechos de carácter no derogable. La protección en caso de arresto o detención, así como el derecho a un juicio justo y público para la determinación de la responsabilidad penal, pueden ser objeto de limitaciones legales razonables. Derechos fundamentales para la dignidad humana no pueden ser derogados, ni siquiera en caso de emergencia pública.

8. Los tribunales* seguirán manteniendo su jurisdicción sobre todos los procesos respecto de ciudadanos civiles, incluso en situaciones de emergencia pública; se prohíbe el planteamiento de estos procesos o su posterior remisión a los tribunales militares u organismos no judiciales.

Estarán prohibidos los tribunales especiales extraordinarios dentro de la jurisdicción.

Opinión minoritaria: los tribunales especiales extraordinarios dentro de la jurisdicción serán en todo caso independientes e imparciales y aplicarán las normas procesales con respeto de los derechos de defensa, incluido el derecho a un juicio público.

Medidas de investigación penal de carácter pro-activo y proceso penal

9. El objetivo de las investigaciones pro-activas es la averiguación de aspectos organizativos del crimen organizado y el terrorismo con el fin de prevenir su preparación o comisión, así como posibilitar el establecimiento de indicios racionales para el inicio de investigaciones penales contra la organización y/o sus miembros.
10. En la mayoría de los casos, la legislación procesal penal ofrece suficientes medios para combatir con firmeza el crimen organizado y el terrorismo, pero excepcionalmente puede llegar a ser necesario permitir el desarrollo de investigaciones pro-activas por parte de los servicios de inteligencia, la policía o las autoridades judiciales. Tales investigaciones, entre ellas las medidas de escuchas, registros y vigilancia por medios electrónicos, afectan al derecho a la intimidad y al anonimato, y

teniendo en cuenta su carácter invasivo y su impacto en la esfera de los derechos fundamentales, sólo serán admisibles bajo las siguientes condiciones:

- Habrán de estar definidas con precisión en la ley y ser compatibles con los principios del Estado de Derecho y los estándares de protección de los derechos humanos;
- Estas medidas sólo podrán utilizarse en ausencia de otras medidas legales menos restrictivas;
- Sólo podrán utilizarse en relación con la lucha contra el crimen organizado y el terrorismo y deberán cumplir el principio de proporcionalidad respecto del fin perseguido;
- No podrán llevarse a cabo sin autorización de un tribunal*, autorización que, como regla, deberá obtenerse con carácter previo y habrá de estar basada en un convencimiento razonable de que la medida es necesaria para prevenir la comisión de delitos relacionados con el crimen organizado y el terrorismo;
- La medida se aplicará bajo la estricta supervisión de un juez independiente e imparcial, el cual será responsable de controlar la utilización de los poderes de investigación limitativos de derechos fundamentales;
- Las medidas respetarán el secreto profesional del abogado.

Medidas de investigación procesal y técnicas especiales de investigación

11. Las condiciones expresadas en el punto 10 se aplicarán también a las medidas especiales de investigación procesal previa. El tribunal* habrá de fundar la autorización en la existencia de una sospecha razonable o razones suficientes para creer que se ha cometido un delito relacionado con el crimen organizado o el terrorismo. Esto presupone la existencia de hechos o datos que, valorados por un observador objetivo, llevarían a considerar que la persona en cuestión ha podido cometer un hecho delictivo.

12. El empleo de la tortura, así como otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, tal y como se definen en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, están absolutamente prohibidos en cualquier circunstancia, incluido en emergencia pública. Las técnicas de interrogatorio habrán de respetar los principios del debido proceso y a los estándares de protección de los derechos humanos.
13. Los centros secretos de detención deberán prohibirse tanto por el derecho internacional como por el derecho interno. Aquellos Estados y organizaciones que tengan centros de detención secretos habrán de ser objeto de sanción.
14. Los métodos de obtención de información a través de medios electrónicos o informáticos con vistas a la persecución de un delito, habrán de ser regulados en el ámbito del proceso penal. En los casos en que la información afecte al derecho de privacidad, esa obtención habrá de ser autorizada por decisión judicial. Para ordenar la obtención de datos a proveedores de servicios se exigirá una justificación adicional a la que se requiere con carácter general de que tales datos son «relevantes para la investigación». La vigilancia pro-activa de transacciones y la utilización de filtros, se someterá a una valoración aún más estricta, y el acceso al contenido de la información estará en todo caso sometido a una autorización judicial.

Proceso equitativo y garantías procesales

15. La noción de proceso equitativo no se refiere únicamente a la fase de enjuiciamiento ante el tribunal*, sino a todo el desarrollo del proceso. Al utilizar instrumentos especiales de investigación también serán respetados el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a guardar silencio. El derecho de defensa es consustancial al derecho a un proceso equitativo y al principio de la igualdad de armas.
16. Con el fin de evitar el recurso a investigaciones pro-activas y a métodos especiales de investigación irrazonables o arbitrarios,

el Estado deberá notificar debidamente a toda persona contra la que se hayan practicado las medidas y garantizar la posibilidad de recurrir ante los tribunales*.

17. En todos los casos de arresto o detención policial debe garantizarse el *habeas corpus*, así como la presencia de un abogado y de un intérprete. La prisión preventiva no puede basarse en testimonios anónimos ilegales o en pruebas obtenidas abusando de las técnicas especiales de investigación. La persona detenida ha de ser conducida inmediatamente ante la autoridad judicial. Corresponde al Estado la carga de justificar los motivos del arresto o la detención, también en los casos de delitos relacionados con el crimen organizado y el terrorismo. Ninguna persona puede ser sometida a detención por tiempo indefinido o de duración irrazonable.

Prueba, acceso a los autos por parte del imputado y proceso con todas las garantías

18. La utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas ha de ser excepcional. La utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas sólo será lícita si se cumplen las condiciones enumeradas en los tres primeros apartados del punto 10. Además de ello:
 - El testimonio anónimo sólo será admisible, previa autorización judicial, en los supuestos de amenaza de carácter grave, clara e inminente al derecho a la vida, o cuando concurra la razonable convicción de que la medida es necesaria para la protección de fines legítimos, la protección de víctimas vulnerables o por razones de seguridad nacional. La declaración anónima por parte de autoridades policiales o por agentes de los servicios de inteligencia sólo será admisible si es estrictamente necesaria y así se justifica.
 - El tribunal* habrá de expresar los motivos por los cuales se deniega el acceso a los autos, así como motivar que esa

restricción del derecho de defensa del acusado cumple el principio de proporcionalidad; que tal medida es necesaria para la protección de fines legítimos; y que la denegación de acceso a los autos puede ser equilibrada mediante medidas compensatorias con el fin de salvaguardar el derecho a un proceso equitativo.

- La defensa podrá analizar directamente, tanto en la fase previa al juicio como en la fase de enjuiciamiento, la fiabilidad de la prueba, así como la credibilidad de los testigos.
- Si no fuese posible desarrollar un proceso equitativo, debido a que el acusado no ha tenido acceso suficiente a los autos, el proceso deberá sobreseerse.
- Las declaraciones del testigo anónimo no pueden constituir pruebas de cargo que por sí solas o de forma decisiva puedan fundar una sentencia de condena.

Opinión minoritaria: Estará prohibida la utilización de testigos anónimos y de pruebas reservadas.

19. Ni las declaraciones del testigo anónimo ni las pruebas obtenidas abusando de las técnicas especiales de investigación constituyen pruebas de cargo que puedan fundar una sentencia de condena.

Opinión minoritaria: La prueba obtenida mediante el recurso a técnicas especiales de investigación no puede constituir prueba de cargo que por sí sola o de manera decisiva pueda fundar una sentencia de condena.

20. Los jueces de instrucción y/olos competentes para el enjuiciamiento tendrán pleno acceso a todas las diligencias de prueba con el fin de poder valorar su licitud y su admisibilidad como medios de prueba. La igualdad de armas implica el derecho de todas las partes a acceder con igualdad a los documentos y archivos, así como las mismas oportunidades en cuanto a la presentación e interrogatorio de testigos.

21. Los Estados asegurarán que las declaraciones, pruebas o cualquier otra información obtenida directa o indirectamente a través de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, no pueda ser utilizada en ningún proceso judicial, administrativo o de otro tipo, a excepción del proceso cuyo objeto sea juzgar la existencia de dicho acto. La prueba obtenida directa o indirectamente con vulneración de otros derechos humanos o con infracción de las normas de derecho interno, no será admisible si ello afecta al principio de igualdad de armas o al derecho a un proceso equitativo.
22. Para la apertura de una investigación penal, se requerirá la autorización de la autoridad judicial competente en caso de hacer uso de inteligencia criminal, ya sea como información general o como indicio. La información proveniente de los servicios de inteligencia penal sólo podrá servir de base para fundar la adopción de medidas de investigación coercitivas, si tal información se ha obtenido previa autorización judicial.

La información obtenida por los servicios de inteligencia penal no podrá tener eficacia probatoria en un proceso penal.

Opinión minoritaria: La información obtenida por los servicios de inteligencia penal no podrá tener eficacia probatoria en un proceso penal, salvo que se cumplan los siguientes presupuestos:

- El juez de instrucción o el tribunal* competente para el enjuiciamiento habrán de valorar la fiabilidad y eficacia probatoria de esos datos, así como la credibilidad de los testigos, y decidir si el testigo ha de comparecer para declarar en el juicio o si, por el contrario, el interrogatorio ha de realizarse manteniendo su anonimato.
- La defensa podrá analizar directamente, tanto en la fase previa al juicio como en la fase de enjuiciamiento, la fiabilidad de la prueba, así como la credibilidad de los testigos.
- En las mismas condiciones, la defensa podrá apoyarse en este tipo de prueba.

- Los datos provenientes de los servicios de inteligencia penal no constituyen pruebas de cargo que puedan fundar por sí solos o de manera decisiva una sentencia de condena.
23. Los individuos sospechosos de integrar una organización delictiva que decidan colaborar con las autoridades judiciales, podrán beneficiarse únicamente de una reducción de la pena, siempre y cuando tal colaboración se ajuste a los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad. Además, ninguna sentencia de condena podrá fundarse exclusivamente o de manera decisiva en el testimonio del testigo “arrepentido” (*pentiti, supergrass*), que no podrá valorarse como prueba de cargo.

Bölüm IV
EVRENSEL YARGI YETKİSİ
Karar

Section IV
International Criminal Law
UNIVERSAL JURISDICTION
Resolution

Section IV
Droit pénal international
COMPÉTENCE UNIVERSELLE
Résolution

Sección IV
Derecho penal internacional
JURISDICCION UNIVERSAL
Resolución

SUÇ VE CEZA 2010 SAYI : 1 **EVRENSEL YARGI YETKİSİ**

Evrensel Yargı Yetkisi

Karar*

Uluslararası Ceza Hukuku Derneği'nin İstanbul'da (Türkiye) gerçekleştirilen XVIII'inci Uluslararası Kongresi'nin (20-27 Eylül 2009) katılımcıları;

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün Giriş Bölümü'nün 4'üncü paragrafına göre, "uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçların cezasız kalmamasının ve bu suçların etkin bir şekilde kovuşturulması için ulusal düzeyde gerekli önlemlerin alınması ve uluslararası işbirliğinin geliştirilmesi yoluyla güvence altına alınmasının zorunlu" tutulduğunu *hatırlayarak*;

Evrensel yargı yetkisinin, uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en önemli suçları ve özellikle de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde tanımlanmış bulunan suçları, bunların faillerinin kovuşturulması ve cezalandırılması olasılığını yükseltmek suretiyle önleme ve cezalandırmanın en etkin araçlarından biri olması gerektiğini *dikkate alarak*;

Devletler tarafından evrensel yargı yetkisinin icra edilmesinin yukarıda belirtilen uluslararası suçların cezasız kalmasını önlemek açısından, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasından ayrı olarak zorunluluğunu sürdürdüğünü *akılda tutarak*;

Evrensel yargı yetkisinin ceza hukukunda üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olduğunun *bilinciyle*;

Bu konuda daha önce verilmiş olan Uluslararası Ceza Hukuku Derneği Kararlarını, özellikle de;

* Çeviri: Yard. Doç. Dr. Barış Erman, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Oturum Sekreteri.

- “*Hangi ihlaller için evrensel yargılama yetkisini kabul etmek uygundur?*” konusuna değinen, “bütün devletlerin çıkarlarına zarar veren suçlar vardır” belirlemesinde bulunan ve devletlerin uluslararası ilişkilerinde çıkarlarını zedeleyen bazı ciddi suçların evrensel ölçekte bastırılmasına yönelik bir eğilim ortaya koyan Üçüncü Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde (Palermo, 3-8 Nisan 1933),
- Devletleri, evrensellik ilkesini ulusal hukuklarında en ciddi suçlar açısından kabul etmeye ve bu yolla bu suçların cezasız kalmasını önlemeyi güvence altına almaya davet eden XIII’üncü Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde (Kahire, 1-7 Ekim 1984),
- *Yarışan ulusal ve uluslararası yargı yetkileri ve ‘ne bis in idem’* ilkesine ilişkin bulunan XVII’nci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi’nde (Pekin, Eylül 2004)

alınan Kararları *hatırlayarak*;

Aşağıdaki Kararı *kabul etmiştir*:

I. Evrensel yargı yetkisinin amacı ve kapsamı

1. Evrensel yargı yetkisi, diğer herhangi bir yetki ilkesinin kapsamına girmeyen ve yurtdışında işlenen suçlar hakkında yargı yetkisi açısından bir temel oluşturur.
2. Uluslararası toplumun bir bütün olarak temel çıkarlarının korunmasını sağlama ve cezasızlığı önleme amacıyla, devletler uluslararası toplumu bir bütün olarak ilgilendiren en ciddi suçları ve özellikle de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nde tanımlanmış bulunan suçları soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak amacıyla evrensel yargı yetkisini kabul etmelidirler.
3. Evrensel yargı yetkisi, 2’nci madde altında belirtilen ciddi suçlar dışında kalan suçlar için kabul edilmemelidir.
4. Uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlara ilişkin gelecekte kabul edilecek olan uluslararası hukuk araçları, evrensel yargı yetkisinin uygulanabilirliğini teyit etmelidir.

II. Evrensel yargı yetkisinin icrasına ilişkin genel koşullar

1. Evrensel yargı yetkisi, kendi kendini sınırlandırma esasına göre icra edilmelidir.
2. Evrensel yargı yetkisinin icrasında muhakemenin çeşitli aşamaları arasında ayırım yapılmalıdır. Muhakemenin her aşamasında insan hakları standartlarına uyulmalıdır.
3. Soruşturmanın *in absentia* (gıyapta) yapılması kabul edilebilir; devletler ceza muhakemesini başlatabilirler, soruşturmayı yürütebilirler, delilleri muhafaza edebilirler, iddianame sunabilirler veya iade talep edebilirler.
4. Kovuşturma aşaması için sanığın hazır bulunması her zaman bir koşul olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, evrensel yargı yetkisine tabi durumlarda, duruşma *in absentia* yürütülmeyecektir.

III. Evrensel yargı yetkisi ve yargı yetkisi uyumsuzlukları

1. Uluslararası toplum, birden çok yargı yetkisinin uyumsuzluğu halinde en uygun ve etkin yargı yetkisini saptamak için mekanizmalar oluşturmalıdır.
2. Evrensel yargı yetkisini icra etmeyi amaçlayan devletler arasında yargı yetkisi uyumsuzluklarının ortaya çıkması halinde, XVII'nci Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin kararlarına uygun olarak, en uygun devlet, her devletin adil bir yargılamayı güvence altına alma ve insan haklarına azami saygıyı garanti etme yeteneği ile söz konusu devletlerin muhakemeyi yürütmeye istekli veya muktedir olup olmadığı gözetilerek, ya şüpheli veya sanığı elinde bulunduran devlet, ya da en çok miktarda delilin bulunduğu devlet olarak saptanmalıdır.
3. *Ne bis in idem* ilkesi uyarınca, evrensel yargı yetkisini icra etmek isteyen bir devlet, başka bir devletin yerel mahkemesi (veya uluslararası mahkeme) tarafından aynı eylemlere ilişkin olarak verilmiş hükümlere saygı gösterecektir, meğer ki hükme temel olan muhakeme bağımsız, tarafsız veya uluslararası hukuk tarafından kabul edilen yargılama esaslarına ilişkin (due process) normlara uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olmasın.

IV. Evrensel yargı yetkisinin icrası

1. Devletlerin, evrensel yargı yetkisinin sırf zarar vermeye yönelik amaçlarla kullanılmamasını güvence altına almak ve hukuki süreçlerin potansiyel istismarını ve insan hakları ihlallerini engellemek için düzenlemeler kabul etmeleri zorunludur.
2. Ulusal ceza muhakemeleri silahların eşitliği ilkesini güvence altına almalı, hakkaniyete uygun olmalı, makul bir sürede adil, tarafsız ve bağımsız muhakemeyi garanti etmeli ve temel insan haklarına saygı göstermelidir.

V. Evrensel yargı yetkisinin icrasının sınırları

1. Genel ve özel aflar ile zamanaşımına, uluslararası hukuka uygun olmaları halinde saygı gösterilmelidir.
2. Muhakeme hukukuna ilişkin uluslararası hukuk tarafınan tanınan dokunulmazlıklara Devlet otoriteleri tarafından saygı gösterilmelidir.

VI. Ceza işlerinde uluslararası adli işbirliği

1. Devletler evrensel yargı yetkisi hallerinde uluslararası işbirliğini geliştirmeye davet edilirler. Bu şekildeki bir işbirliği muhakeme hukukunun temel güvencelerine ve insan haklarına aykırı olmak zorundadır.
2. Uluslararası bir tutuklama kararının veya iade talebinin sunulması, soruşturmayı yürüten devletin ulusal hukuku tarafından belirlenecek şekilde, ağırlıklı bir şüphe derecesi ile tutuklama nedenini içermeli ve orantılı olmalıdır. Uluslararası bir tutuklama kararının veya iade talebinin evrensel yargı yetkisine dayanarak sunulması, masumiyet karinesi açısından bir önyargı oluşturmamalıdır.
3. Devletler, özellikle Bölüm I madde 2 kapsamındaki suçları, bu suçlar üzerinde yargı yetkisi kullanma amacı gütmeseler dahi, kendi hukuklarında suç olarak tanımlamak suretiyle, etkin uluslararası işbirliğine ilişkin hukuksal engelleri aşmaya davet edilirler.

4. *Aut dedere aut judicare* (ya yargıla ya iade et) ilkesi, Bölüm III madde 2 kapsamında ortaya konan ölçütlere uygun olarak, şüpheli veya sanığın kendi ülkesi sınırlarında bulunduğu Devlet açısından geçerli olmalıdır.

EVRENSEL YARGI YETKİSİ

Müzakereler*

I. Giriş

AIDP'nin XVIII'inci İstanbul Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nin "Evrensel Yargı Yetkisi" başlıklı Dördüncü Grubu, 21-25 Eylül 2009 tarihleri arasında İstanbul Hilton Oteli Convention and Exhibition Center'daki toplantı salonlarında müzakerelerde bulunmuştur. Müzakereleri Grup Başkanı *Prof. Dr. Mingxuan Gao* başkanlığında başkan yardımcıları *Prof. Dr. Jianping Lu* ve *Prof. Dr. Peter Wilkitzki* yönetmiş, genel raportör olarak *Prof. Dr. Isidoro Blanco-Cordero* karar taslağını sunmuş, Genç Cezacılar grubu sekreteri olarak *Zoe Konstantopoulou* ve sekreter olarak da *Yrd. Doç. Dr. Barış Erman* görev yapmışlardır.

Müzakereler, Genel Raportör *Prof. Dr. Isidoro Blanco*'nun raporunu ve karar taslağını sunması ile başlamıştır. *Blanco* konuşmasına, Xi'an'daki toplantıyı özetleyerek başlamıştır. Bunun ardından evrensel yargı yetkisinin uluslararası hukukta tartışmasız şekilde kabul edilmiş bir tanımının bulunmadığını, bazı görüşlere göre uluslararası toplumu ilgilendiren en önemli suçların, soruşturmayı yürüten devletin sınırları dışında işlenmiş olsa dahi ulusal yargı yetkisine dahil kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ulusal raporların çoğunluğunda evrensel yargı yetkisinin ulusal hukuklarda kabul edildiği sonucuna varıldığı, bunun yanında evrensel yargı yetkisini kabul eden ülkelerin çoğunluğunda bu yetkinin kullanılması için ek bir koşulun aranmadığı anlaşılmaktadır. Bunun bir istisnasını, evrensel yargı yetkisinin kullanılması bakımından, failin ülke sınırları içinde bulunması koşulunu arayan Almanya gibi ülkeler oluşturmaktadır. Bu koşulun aranması durumunda talep eden devletin uluslararası yakalama emrine başvurması mümkün olmayacaktır. Bunun dışında, evrensel yargı yetkisi bakımından *in absentia* yargılamaya olanak tanıyan ve tanımayan ülkeler arasında bir ayırımın yapılmasının mümkün olduğu beyan edilmiştir. Rapora göre, evrensel yargı

* Çeviren ve Derleyen: Dr. Barış Erman İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Oturum Sekreteri.

yetkisi bakımından açıklığa kavuşturulmamış bazı noktalar yer almaktadır. Bunlardan ilki, *ne bis in idem* ilkesinin evrensel yargı yetkisi söz konusu olduğunda nasıl bir etkisinin söz konusu olabileceği sorunudur. Bazı ülkeler bu ilkeye, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yer vermekle birlikte, yargılamayı yürüten diğer devlet veya devletlerde “takibatın uluslararası düzeyde kabul edilmiş standartlara aykırı şekilde yürütülmesi” (Hırvatistan) veya “yapılan yargılamanın tek amacının, failin cezasız kalmasının sağlanmasına yönelmesi” gibi istisnalar kabul etmektedirler. Bunun dışında, evrensel yargı yetkisi ile diğer ilkeler (ülkesellik, kişisellik, koruma) arasında herhangi bir hiyerarşinin bulunup bulunmadığı da tartışmalıdır. İspanya gibi bazı ülkeler böyle bir hiyerarşinin bulunmadığını kabul etmekte, buna karşılık Almanya ve diğer bazı ülkelerde yatay bir ikincilik denetiminin yapıldığı, yani konu ile daha yakından ilgili başka bir ülkenin varlığı durumunda evrensel yargı yetkisinin kullanılmasından kaçınıldığı tespit edilmektedir. Son olarak, af, dokunulmazlıklar ve zamanaşımı gibi konularda bir karara varılması gerektiği ifade edilerek, özellikle af konusunda hakikat ve sulh komisyonlarının evrensel yargı yetkisi bakımından etkisinin, uluslararası alanda tartışılmaya devam eden bir konu olduğu belirlenmiştir.

Tartışmalar ağırlıklı olarak Çin Halk Cumhuriyeti'nin Xi'an kentinde 12-15 Ekim 2007 tarihlerinde gerçekleştirilen hazırlık toplantısında ortaya çıkarılan karar taslağı üzerinden yürütülmüş ise de, Belçika'dan katılan *Prof. Dr. Gert Vermeulen*'in sunduğu alternatif taslak raporu okunarak, burada yer alan fikirler üzerinden tartışma geliştirilmiştir. Vermeulen, raporunu genel raporun okunmasının hemen ardından ve müzakerelerin esasına geçilmeden önce sunmuştur.

Vermeulen'in alternatif raporu, evrensel yargı yetkisinin aşırı derecede genişletilmesini eleştiren ve yargı yetkisi kavramını çeşitli başlıklar altında inceleyen bir yaklaşım getirmiştir. En uzun süredir (1994'ten bu yana) evrensel yargı yetkisinin kullanıldığı ülkelerden biri olan Belçika'nın deneyimlerini dile getiren Vermeulen, özellikle Uluslararası Adalet Divanı'nın 2002 yılında verdiği *Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Belçika* kararında ortaya çıkan ve evrensel yargı yetkisinin uygulama alanının pratik anlamda daraltılmasına neden olan sorunların başka ülkelere bir örnek teşkil etmesi gerektiğinden bahisle, evrensel yargı yetkisinin

sınırlarının iyi çizilmesi ve aşırı kapsamlı uygulamalardan kaçınılması gerektiği üzerinde durmuştur. Öncelikle tespit edilmesi gereken husus, devletleri evrensel yargı yetkisi kullanmaya yükümlü kılan herhangi bir uluslararası hukuk normunun bulunmadığı, bununla birlikte böyle bir yetkiyi yasaklayan bir normun da varolmadığı noktasıdır.

Karar taslağı bakımından görüşlerini ifade eden *Vermeulen*, özellikle tasarının bazı noktalarını eleştirmiştir. Bunlardan ilki, tasarının ilk bölümünün başlığında “uluslararası hukuk bakımından ilkenin meşruiyeti” ibaresinin yer almasına karşın, içerikte meşruiyete ilişkin herhangi bir hükmün olmadığı noktasıdır. Bunun nedeni, uluslararası hukukta bu meşruiyeti açık bir şekilde destekleyen herhangi bir normun bulunmamasıdır. İkinci eleştiri noktası, tasarının “evrensel yargı yetkisinin yalnızca 2’nci bölüm altında yer verilmiş olan en ciddi suçlara ilişkin olarak kabul edilebileceği” hükmüne ilişkindir. *Vermeulen* bu hükmün, evrensel yargı yetkisine açık bir kapı bırakan ve “ulusal yargı yetkilerinin kullanılmasını” istisna olarak kabul eden uluslararası antlaşmalar bakımından sakınca yaratabileceğini ifade etmiştir. Son önemli eleştiri noktası olarak da “gelecekteki antlaşmaların da bu ilkeyi tanımasının gerektiği” şeklindeki ifadeyi göstermiş, bunun önceki daraltıcı normlarla ters düştüğünü ve karar taslağının ruhuna aykırı olduğunu, ayrıca da uluslararası antlaşmaların hazırlanması aşamasında AIDP’nin herhangi bir etkisinin bulunamayacağını ifade etmiştir.

Vermeulen’in önerileri, özellikle olan ve olması gereken hukuk ayrımı noktasından eleştirilmiş ve *Wolfgang Schomburg* tarafından AIDP’nin hiçbir zaman yürürlükte bulunan hukuku hedef almadığı ifade edilmiştir.

Prof. Dr. Florian Jessberger ise, olan hukuk bakımından *Vermeulen*’in analizlerine katılmakla birlikte, evrensel yargı yetkisinin kabul edilmesi yönünde olması gereken hukukun geliştirilmesi gerektiğini savunmuştur.

Bu sunumun ve eleştirilerin ardından müzakerelerin esasına geçilmiştir. Bu aşamadan itibaren tartışma konuları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

II. Müzakerelerin Esası

1. Birinci Bölüm'ün başlığı ve içeriği

İlk gün (21 Eylül 2009) gerçekleştirilen birinci oturumda, tartışılan ilk konu, taslak metnin Birinci Bölüm'ünün başlığının, içeriği yansıtmıyıp yansıtmadığı sorunu olmuştur.

Birinci Bölüm, karar taslağında “Evrensel Yargı Yetkisi'nin Meşruiyeti” kavramını içermekteydi. Bu noktada, evrensel yargı yetkisinin meşruiyeti kavramının muğlak olduğu ve bunun yerine “amaç ve kapsam” gibi bir başlığın getirilmesi önerilmiş ise de (*Wilkitzki*), kapsam maddesinin başka bir bölümde yer alması nedeniyle bu tartışma sonraki bölüme ertelenmiştir.

Sonradan bu konu üzerinde açılan tartışma neticesinde, “Evrensel yargı yetkisinin amacı ve kapsamı” başlığı üzerinde uzlaşmaya varılmıştır.

2. Evrensel yargı yetkisinin hangi suçlara ilişkin olması gerektiği sorunu

Bu bölümde en önemli tartışma konularından biri, evrensel yargı yetkisinin hangi suçlara ilişkin olarak tanınması gerektiği ve bazı sınırlandırıcı koşulların kabul edilip edilemeyeceği noktasında ortaya çıkmıştır. Özellikle hangi suç tiplerinin evrensel yargı yetkisi kapsamında görülebileceği tartışılmıştır. Taslak metnin bu konuda “en ciddi suçlar”la sınırlı bir uygulamayı öngörmekte olduğu saptanmıştır.

Prof. Dr. van der Wilt, çekirdek suçlar üzerine yoğunlaşmanın doğru bir yaklaşım olduğunu savunmuş, ancak yeni kabul edilebilecek suç tipleri bakımından bir atfın yerinde olabileceğini belirtmiştir. *Van der Wilt*'e göre, evrensel yargı yetkisinin iki şekilde suiistimali mümkündür: Aşırı derecede uluslararası suç yaratılması ve kötü uygulama. Almanya örneğinde, uyuşturucu suçları bakımından evrensel yargı yetkisi tanıyan ülkeleri eleştiren *van der Wilt*, bu ilkenin kabul edilebileceği suçların ve uygulamanın sınırlandırılmasının zorunlu olduğunu ifade etmiştir.

Bununla birlikte, evrensel yargı yetkisinin yalnızca antlaşmalar hukukundan kaynaklanan suçlarla sınırlandırılması ve teamül hukukuna atıfta bulunulmaması gerektiğini ifade eden görüşler de belirtilmiştir (*Schomburg, Layal Abou-Daher*). Bu görüşü savunan *Schomburg*'a göre, "uluslararası teamül hukuku" kavramı, akademisyenlerin hüsnükuruntusundan ibarettir ve AIDP bu gibi kavramları yerleştirmeye çalışmak yerine sözleşmeler ile kayıt altına alınmış suç tipleri üzerine yoğunlaşmalıdır. Bu doğrultuda, *nullum crimen sine lege stricta* ilkesine aykırılık oluşturan uluslararası teamül hukukuna atıf yapılmak yerine, antlaşmalar hukukunda ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan suç tiplerinin açık bir şekilde belirtilmesi yoluna gidilmelidir.

Yasallık ilkesi bakımından yapılan tartışmada sonradan *Schomburg*'un eleştirilerine paralel görüşler ileri sürülmüştür. *Wilkitzkî*'nin önerisi ile, evrensel yargı yetkisinin kabul edilebileceği suç tipleri "uluslararası teamül hukuku tarafından tanınan ve özellikle Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsü'nde yer verilen en ciddi suçlar" şeklinde yeniden tanımlanmış, buna karşılık Vermeulen "uluslararası teamül hukuku"na yapılan atfın çıkarılarak, UCM Statüsü ile paralel şekilde "uluslararası toplumu ilgilendiren en ciddi suçlar" teriminin kullanılmasını önermiştir. *Vermeulen*'e göre, bir eylemin teamül hukukunda veya antlaşmalar hukukunda suç olarak tanımlanıp tanımlanmaması ile, bu suç hakkında evrensel yargı yetkisinin öngörülüp öngörülmemesi, birbirine karıştırılmaması gereken iki ayrı tartışma konusudur.

Buna ek olarak *Schomburg*, "uluslararası antlaşmaların kapsamında bulunan en ciddi suçlar" tanımını önermiş, *Konstantopoulou* da teamül hukukuna yapılan atfın çıkarılmasını yasallık ilkesi yönünden desteklemiştir.

Buna karşılık, teamül hukukuna yapılan atfın çıkarılması yönündeki eğilimi eleştiren görüşler de ortaya atılmıştır (*Maya Munivrana, Prof. Dr. Emilio Viano*). Bu görüşteki *Viano*'ya göre, uluslararası teamül hukuku kavramı, uluslararası ceza hukukunda yerleşmiş olup, geleneksel nitelik taşımaktadır ve UCM Statüsü'ne

de içkindir. *Viano* bunun dışında, tanımın UCM Statüsü'ndeki suçlarla sınırlandırılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Hangi suç tiplerinin ciddi olduğunun tartışmalı bulunduğu atıfta bulunan Küresel Raportör *Prof. Dr. Steven Becker*, evrensel yargı yetkisinin bir ilke değil, bir teori olarak ortaya atıldığını ve ilk olarak hakkında herhangi bir yargı yetkisinin söz konusu olmadığı korsanlık gibi suçlara uygulanmasının düşünüldüğünü ifade etmiş ve bu düşüncenin, ilkenin günümüzde sınırlarının belirlenmesinde yardımcı olabileceğini savunmuştur.

Bunun dışında, evrensel yargı yetkisinin sınırlandırılması yönündeki görüşler başka noktalardan da eleştirilmiştir. Örnek olarak, evrensel yargı yetkisinin yalnızca bir cezalandırma yöntemi değil, aynı zamanda delillerin toplanması ve değerlendirilmesi bakımından bir işbirliği yöntemi olarak da kullanılabileceği ve bu nedenle yaygınlaştırılması gerektiği (*Dr. Christoph Burchard*), bu ilkenin yalnızca çekirdek suçlarla sınırlandırılması halinde terörizm gibi bazı önemli suçların dışarıda bırakılmış olacağı (*Prof. Dr. Minna Kimpimacki*) gibi eleştiriler yöneltilmiştir. Buna karşılık, evrensel yargı yetkisinin aşırı şekilde genişletilmesinin siyasi suiistimallere neden olabileceği ve bu nedenle temkinli davranmak gerektiği de ifade edilmiştir (*Viano*).

Bu başlık altında son olarak, UCM Statüsü'nde “yer verilen” suçlara değil, ancak “tanımlanan” suçlara atıf yapılması görüşü ortaya atılmıştır. Buna göre, Statü'de yer alan ve fakat henüz bir tanımlı bulunmayan “saldırganlık” eyleminin evrensel yargı yetkisi kapsamına alınması yönünde bir tavsiye kararı alınmasının önüne geçilmiş ve özellikle yasallık ilkesi bakımından ortaya çıkabilecek endişeler bu şekilde giderilmiştir.

Sonuç olarak, teamül hukuku üzerinde uzlaşmaya varılamaması nedeniyle bu kavram madde metninden çıkarılmış ve nihai metinde öngörülen tanım ortaya çıkarılmıştır. Buna göre, Vermeulen'in önerisi temel alınmış, “uluslararası toplumu ilgilendiren ve özellikle UCM Statüsü'nde tanımlanan en ciddi suçlar” bakımından evrensel yargı yetkisinin tanınması gerektiği konusunda mutabakata varılmıştır.

3. Devletlere evrensel yargı yetkisi konusunda herhangi bir yükümlülük yüklenip yüklenemeyeceği sorunu

Bu başlık altında, devletlerin evrensel yargı yetkisini tanımaya çağırın ifadenin ne şekilde düzenlenmesi gerektiği tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, devletlerin uluslararası hukuk altında bu yönde bir yükümlülükleri bulunmadığından, “bu ilkenin kabul edilmesinin mümkün olduğu” şeklinde yumuşak bir ifade kullanılmalıdır (*Becker*).

Diğer bir görüş, devletlerin bazı suç tipleri bakımından evrensel yargı yetkisini tanımak yönünde teşvik edilirken, bu kapsamın dışında kalan suçlar bakımından tam aksi yönde bir ifadenin kullanılması gerektiğini, yani “yalnızca yukarıda sayılan suçlar için bu ilkenin kabul edilmesinin gerektiği” şeklinde bir cümlenin kullanılmasını savunmuştur (*Vermeulen, Becker*).

Son olarak, yansız bir şekilde devletlerin ne şekilde davranmasının istendiğini olması gereken hukuk bakımından öneren, “gereken” ifadesi üzerinde mutabakata varılmış, buna karşılık devletleri belirli suç tipleri ile sınırlandıran ifadeler metne dahil edilmemiştir.

Birinci oturumun sonuna gelindiğinden, ikinci gün buluşmak üzere oturuma Başkan tarafından ara verilmiştir.

4. Suiistimallerin engellenmesi konusu

İkinci oturumun başında *Prof. Dr. Faruk Turhan*, kötüye kullanmaların önlenmesi bakımından evrensel yargı yetkisinin sınırlandırılması yönündeki önerileri eleştirmiş, bu önerilerin aşırıya kaçtığı görüşünü savunmuştur. Bu görüşe göre, sorun evrensel yargı yetkisinin hiçbir sınırlamaya bağlı kalmadan uygulanmasından kaynaklanmaktadır. *Turhan*, Türk Ceza Kanunu’nda 2005 yılında gerçekleştirilen reform ile fuhuş ve kadın ticareti yanında uyuşturucu ve uyarıcı madde suçları, çevre suçları gibi konuların evrensel yargı yetkisi kapsamına alındığını, buna karşılık söz konusu ilkenin aşırı derecede kullanımını önlemek için, bu konuda soruşturma açılmasının Adalet Bakanlığı’nın iznine tabi

tutulduğunu ifade etmiştir. Bu sınırlamanın kötüye kullanımların önüne geçme amacını taşıdığını savunan *Turhan*, evrensel yargı yetkisinin uluslararası suçlarla sınırlı olarak kabulü yönünde devletlerin teşvik edilmesi gerektiğini savunmuştur.

Bu öneri üzerine *Wilkitzki* ve *Schomburg*, “suiistimal” kelimesinin yerine daha yansız bir şekilde “sınırlandırma” kelimesinin kullanılmasını önermişlerdir. Sonuç olarak, Becker’in önerisi ile suiistimal kelimesi metinden çıkarılmıştır.

5. Gelecekteki sözleşmeler bakımından devletlerin evrensel yargı yetkisini kabule teşvik edilmesi konusu

Taslak metnin 4’üncü maddesi, gelecekteki sözleşmeler bakımından devletlerin evrensel yargı yetkisini teşvik edilmesi yönünde bir ifade içermekteydi. Bu başlık altında, söz konusu ifadenin gerekli olup olmadığı, ve eğer gerekliyse ne şekilde kaleme alınması gerektiği hususu tartışmaya açılmıştır.

Bir görüş, devletlerin bu yönde teşvik edilmesinin gerekli ve yararlı olduğunu ifade ederek, söz konusu maddeyi savunmuştur (*Abou Daher, Schomburg*). Buna karşılık diğer bazı görüşler, bu yöndeki bir tavsiyenin gereksiz olduğunu savunarak 4’üncü maddenin iptalini önermişlerdir (*Wilkitzki, Vermeulen, Jessberger*). Bu görüşe göre, 4’üncü madde aynı zamanda taslak metinde önceden üzerinde uzlaşmaya varılan konular ile zıtlık içermektedir (*Konstantopoulou*). Yine, söz konusu maddenin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ile ters düştüğü iddia edilmiştir (*Nidal Nabil Jurdi*).

Konu üzerinde uzlaşmaya varılamaması üzerinde çeşitli önerilerin toplanmasına karar verilmiştir. Telifçi öneriler arasında, ifadenin kesinlik içermeyecek yumuşak bir şekilde yeniden kaleme alınması, kapsamının sınırlandırılarak yalnızca 2’nci madde altında öngörülen en ciddi suçlar bakımından böyle bir tavsiyede bulunulması (*Konstantopoulou*), devletlerin “evrensel yargı yetkisini tanımaya teşvik edilmesi” yerine, yeni antlaşmaların imzalanması aşamasında bu ilkeyi “göz önünde bulundurmaya teşvik edilmesi” (*Schomburg*) gibi teklifler bulunmuştur.

Sonuç olarak, Vermeulen'in teklifine uyularak, 2'nci maddenin lafzı 4'üncü maddeye aynen alınmış ve böylece kapsam bakımından farklı bir sonucun doğmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

6. Evrensel yargı yetkisinin sınırlandırılması sorunu

Katılımcılar, evrensel yargı yetkisinin herhangi bir şekilde sınırlandırılmasının gerekli olup olmadığı ve eğer gerekiyorsa ne şekilde sınırlandırılabilirdiği konularında çeşitli görüşler ortaya atmışlardır. Bu öneriler arasında üç farklı yaklaşım tarzı dikkat çekmektedir. Görüşmeler sırasında söz konusu konular birlikte tartışılmış olsa da, sistematik bütünlük açısından bu noktada her bir öneri ile ilgili ayrı bir alt başlığın açılması uygun görülmüştür.

a) Çifte cezalandırma koşulu

Bir görüşe göre, suçluların geri verilmesi prosedürü bakımından pek çok hukuk sisteminde aranmakta olan çifte cezalandırma, yani her iki ülkede de cezalandırılabilir bir suç olarak öngörülmüş bulunma koşulu, evrensel yargı yetkisinin kullanılabilmesi bakımından da sınırlandırıcı bir ilke olarak kabul edilmelidir.

Vermeulen ile *van der Wilt* tarafından desteklenen bu görüşe göre, eylemin, gerçekleştirildiği ülkede suç olarak kabul edilmemesi durumunda esasen kovuşturmayı gerçekleştirmeye çalışan devlet bu konuda başarısız olmaya mahkumdur, zira ilgili devletlerden delillerin toplanması bakımından herhangi bir yardım alması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık, çifte cezalandırma koşulunun evrensel yargı yetkisinin ruhuna aykırı olacağı ve söz konusu ilkenin başarıya ulaşması umulan pek çok durumda çifte cezalandırma koşulunun gerçekleşmemiş olacağı, zira bu ilkenin en önemli suçlara ilişkin olduğu ve kişilerin cezasız kalmasını önleme amacını güttüğü savunulmuştur (*Kimpimecki*). Buna ek olarak, evrensel yargı yetkisine ilişkin her somut olayın Belçika'da olduğu üzere yalnızca eylemin işlendiği

ülkenin işbirliği ile çözülebilir nitelikte olmasının gerekmediği, örneğin Uluslararası Ceza Mahkemesi'nden delil elde edebilme olasılığının bulunduğu durumlarda soruşturma ve kovuşturmanın yürütülmesinde bir engelin söz konusu olmaması gerektiği ileri sürülmüştür (*Burchard*).

Sonuç olarak metinde, çifte cezalandırmaya herhangi bir atıfta bulunulmamıştır.

b) *Bağlantı koşulu*

Evrensel yargı yetkisinin kapsamını daraltmak yönündeki bir başka yaklaşım, söz konusu yetkinin kullanılması bakımından, suç oluşturan eylemin yargılamanın gerçekleştirileceği devlet ile bir bağlantısının aranması gerektiği yönündedir.

Alman hukukundaki evrensel yargı yetkisine ilişkin düzenlemeleri temel alan bu yaklaşıma göre, failin veya mağdurun bulunduğu veya eylemin işlendiği yer ya da eylemin niteliği gibi hususlardan biri ile soruşturma ve kovuşturmayı yürütmek isteyen devlet arasında bir bağlantı kurulamıyor ise, evrensel yargı yetkisi kullanılamamalıdır.

Bu koşulu savunanlar da, özellikle delillerin toplanması ve soruşturma ile kovuşturmanın hızlı ve adil bir şekilde yürütülebilmesi bakımından bu yönde görüş bildirmişlerdir (*Schomburg, Jessberger*).

Buna karşılık, evrensel yargı yetkisinin aslında böyle bir bağlantının bulunmadığı hallerde gündeme geleceği savunulmuş ve bağlantı koşuluna bu gerekçe ile karşı çıkmıştır (*Abou-Daher*).

Yine, kabul edilebilir tek bağlantı türünün, failin evrensel yargı yetkisini icra etmek isteyen ülkenin sınırları içinde bulunması olabileceği, ancak bu durumda da soruşturma aşaması ile kovuşturma aşamasının birbirinden ayrılması ve soruşturma evresinde *in absentia* işlemlere açık kapı bırakılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna karşılık kovuşturma aşamasında bağlantıya yönelik herhangi bir sınırın konma-

ması durumunda, yalnızca tek bir tanığın hazır bulunduğu, *in absentia* bir yargılamaya yol açılabilecektir (*Konstantopoulou*).

Vermeulen de bu görüşe katılarak, sonuç itibarıyla şüpheli hakkında bir iddianamenin düzenlenmesi olasılığının bulunması koşulu ile, söz konusu kişinin yokluğunda soruşturma işlemlerinin yapılabilmesi gerektiğini savunmuştur.

Burchard ise, iddianamenin düzenlenmesi olasılığına yönelik bir öngörünün soruşturma işlemlerini sınırlandırması düşüncesine karşı çıkarak, devletin salt delillerin tespiti amacıyla da soruşturma işlemlerini yürütebileceğini ve sonrasında kovuşturmanın başka bir devlet ya da uluslararası mahkeme tarafından gerçekleştirilmesi halinde koruma altına almış olduğu bu kanıtları adli işbirliği çerçevesinde ilgili makama sunabileceğini, sonuç olarak bu yönden bir sınırlandırmaya gerek bulunmadığını savunmuştur.

Turhan da, kesin bir bağlantı noktasının aranmasının, evrensel yargı yetkisinin sınırını aşırı ölçüde daralttığını ifade etmiştir. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde birbirinden farklı sonuçlara ulaşılması gerektiğini ifade eden *Turhan*, kovuşturma koşulu olarak failin hazır bulunmasının gerekliliği üzerinde durmuş, ancak iddianame hazırlanmadan soruşturma işlemlerinin yapılması konusunda devletlerin yetkisinin bulunması gerektiğini ileri sürmüştür. *Turhan*'a göre, soruşturmanın başlatılması konusunda da bir sınırlandırma gerekiyorsa, "soruşturmanın haklı bir nedene dayanması" koşulu kabul edilebilir.

Bağlantı koşulu aleyhinde, bu yöndeki bir koşulun uluslararası mahkemelerin alanını daraltabileceği de ifade edilmiştir (*Viano*).

Sonuç olarak, bağlantıya ilişkin bir koşulun metne eklenmesi üzerinde görüş birliğine varılamamıştır. Buna karşılık, soruşturma ile kovuşturmanın ayrılması ve soruşturmanın *in absentia* gerçekleştirilmesi hususları sonraki bir oturuma ertelenmiştir.

c) *Kendi kendini sınırlandırma esası*

Bağlantı noktası üzerinde uzlaşmaya varılamaması üzerine, konunun “kendi kendini sınırlandırma” esası üzerinde tartışılmaya başlanmıştır.

Bir görüşe göre, diğer sınırlandırma nedenleri ve koşulları üzerinde anlaşmaya varılamamış olsa da, devletlerin evrensel yargı yetkisini aşırı ölçüde kullanması, uluslararası hukuk ve siyaset alanında olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, somut bir öneri ile çerçevesi çizilmiş olmasa dahi, devletlerin bu yetkiyi icra aşamasında aşırılıktan kaçınması gerektiği ifade edilmelidir (*Jessberger, Burchard*)

Bu sınırlandırmanın, evrensel yargı yetkisinin tesisini değil, icra aşamasını ilgilendirdiği üzerinde durulmuştur (*Vermeulen*). Yine, kendi kendini sınırlandırma esasının, “başka devletlerin egemenliğine gereksiz müdahalelerden kaçınma” amacına yönelik olarak kabul edildiğinin netleştirilmesi istenmiş ise de (*Anna Petrig*), bu konuda görüş birliği oluşmamıştır.

Buna karşılık, devletlerin kendi kendisini sınırlandırması düşüncesinin hüsnü kuruntu olduğu görüşü de ifade edilmiştir (*Viano*).

Sonuç olarak, bağlantı koşulu ile kendi kendini sınırlandırma koşulu arasında bir oylamaya gidilmiş, bağlantıya atıf yapılmaması ve bununla birlikte yetkinin icrasının kendi kendini sınırlandırma esasına bağlanması konusunda ortaya çıkan ağırlıklı görüş metne işlenmiştir.

7. **Soruşturma ile kovuşturma evrelerinin ayrılması sorunu**

24 Eylül 2009 günü gerçekleştirilen üçüncü oturumda ilk olarak ele alınan sorun, *in absentia* yargılamalara izin verilip verilmeyeceği, eğer verilecekse soruşturma ve kovuşturma evrelerinin birbirlerinden ne şekilde ayrılabilceği sorunu olmuştur.

Metinde, yer alan “takibat” (proceedings) teriminin aşırı derecede geniş olduğunu ileri süren bir görüş, soruşturma ve kovuşturma

evrelerinin ve duruşma öncesi ile duruşma aşamalarının birbirinden ayrılması gerektiğini ileri sürmüştür (*Konstantopoulou*). Buna göre, evrensel yargı yetkisi dahilinde soruşturma evresinin gerçekleştirilmesi kayıtsız şartsız mümkün olmalı, buna karşılık iddianamenin hazırlanması ve sunulması aşamasından itibaren farklı kurallar işletilmelidir. Hakkındaki iddiaları öğrenme ve duruşmada bulunma veya bir müdafî tarafından temsil edilme hakları, kovuşturmayla *in absentia* izin verilmesi halinde ciddi şekilde sınırlandırılmış olacaktır.

Buna karşılık, takibatın her aşamasında insan haklarına saygı gösterilmesi (*Burchard, Pisani*) veya insan hakları standartlarına uyulması (*Wilkitzki*) gibi önerilerin kabulü halinde, söz konusu eleştirinin geçersiz kalacağı ileri sürülmüştür.

Yine, önceki oturumda yapılan tartışmaya gönderme ile, kovuşturma ve duruşma aşamalarının her zaman aynı anlama gelmeyeceğinden ve çoğu hukuk sisteminde iade talep etmek için iddianame düzenlenmesinin gerekli olduğundan bahisle, *in absentia* yargılamanın duruşma evresi ile sınırlı olarak yasaklanması gerektiği ifade edilmiştir (*Wilkitzki*).

Bunun dışında, yakalama ve tutuklama gibi önlemler ve iade talepleri bakımından, kovuşturmanın başarıya ulaşması ihtimalinin göz önünde bulundurulması gereği üzerinde durulmuştur (*Vermeulen*). Buna karşılık, yakalama ve tutuklama kararlarının başarıya ulaşacağı ihtimaline yönelik eleştirilerde, evrensel yargı yetkisinin veya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin uygulandığı hallerde böyle bir beklentinin bulunmamasına karşın yargılamanın ilerleyen aşamalarında beklenmedik gelişmelerin olduğu ve Mladic olayında tutuklama emrinin üç yıl beklediğini ifade etmiştir.

Yapılan oylama sonucunda, duruşmanın *in absentia* gerçekleşmesine karşı en katı şekilde tavır alınması yönündeki öneri kabul edilmiş, herhangi bir istisnaya kapı aralanmamıştır. Bunun haricinde ise, soruşturma ve kovuşturmanın başarıya ulaşma ihtimaline yönelik bir koşul metne dahil edilmemiştir.

8. Yetki uyuşmazlıklarının çözümü

“Evrensel yargı yetkisi ve yargı yetkisi uyuşmazlıkları” başlığını taşıyan Üçüncü Bölüm altında gerçekleştirilen müzakerelerde tartışılan ilk konu, yargı yetkisine ilişkin çeşitli ilkeler arasında bir derecelendirme veya hiyerarşinin kabul edilip edilemeyeceği olmuştur. Bu durum, farklı ilkelerden hareketle aynı konuyu yargılamak isteyen çeşitli devletler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü konusundaki kararı etkilemektedir.

Müzakerelerde genel kabul gören görüşe göre, farklı ilkeler birbirini tamamlar nitelikte olsa da, bunlar arasında herhangi bir hiyerarşik ilişki bulunmamaktadır (*van der Wilt, Vermeulen, Schomburg, Wilkitzki*). Bu nedenle, taslak metnin gereksiz görülen bazı kısımları çıkarılmıştır.

Yine, evrensel yargı yetkisi kullanan iki devlet arasındaki uyuşmazlığın ne şekilde çözümleneceği konusunda farklı bir karara varılmasının gerekmediği, bununla ilgili olarak XVII’nci Kongre’de varılan kararlara atıfta bulunulması ile yetinmenin mümkün olduğu ifade edilmiş ve bu konuda da uzlaşmaya varılmıştır.

9. *Ne bis in idem* ilkesi

Üçüncü Bölüm’ün üzerinde en çok tartışılan konusu, *ne bis in idem* ilkesinin evrensel yargı yetkisi kapsamında nasıl bir etkisinin olabileceği sorunu olmuştur.

Taslak metinde, evrensel yargı yetkisini icra edecek olan devletin, başka devletlerin iç hukuklarında konu ile ilgili olarak aldıkları kararlara *ne bis in idem* kapsamında “saygı göstermesi” koşulu getirilmekteydi.

Buna karşı çıkan bir görüş, “saygı gösterme” teriminin, o konuda yeniden yargılama yapamama anlamına geldiğinden, fakat mahsup kuralı uygulama yoluyla bu gibi yargılamalara kapı açılması gerektiğinden hareketle, söz konusu terimin “dikkate alma” olarak değiştirilmesini önermiştir (*van der Wilt*).

Bu görüş, *ne bis in idem* kuralını aşırı derecede yumuşattığı ve iki kez cezalandırılmama (*double jeopardy*) seviyesine indirgeyerek sanık haklarını ihlal ettiği düşüncesi ile eleştirilmiştir (*Konstantopoulou*). Yine, “saygı gösterme” teriminin Schengen Antlaşması’nda da yer aldığı ifade edilmiştir (*Wilkitzki*). Sonuç olarak, “saygı gösterme” terimi nihai metinde muhafaza edilmiştir.

Bu başlık altında tartışılan bir başka konu ise, *ne bis in idem* ilkesine hangi koşullarda istisna kabul edilebileceği hususudur. Genel kabul gören görüşe göre, devletlerin birbirlerinin iç hukukuna gösterdiği saygı, afları, zamanaşımını ve diğer yargılama engellerini de kapsmalıdır. Bununla birlikte, salt kişinin sorumluluktan kurtarılması amacı ile gerçekleştirilecek yargılamaların ne ölçüde dikkate alınabileceği üzerinde tartışılmıştır.

Taslak metinde yer alan ve “göstermelik yargılamalar”ı *ne bis in idem* ilkesinin istisnası olarak kabul eden görüş, muğlak bulunarak metinden çıkarılmıştır. Buna karşılık, asıl davanın “bağımsız, tarafsız ve uluslararası hukuk tarafından kabul edilen yargılama esaslarına ilişkin normlara uygun bir şekilde” yürütülmemiş olması gibi yeni bir sınırlandırma getirilerek, konunun daha somut ölçütlere bağlanması sağlanmıştır.

Buna ek olarak, genel ve özel afların, zamanaşımının ve dokunulmazlıkların net bir biçimde, açılacak bir Dördüncü Bölüm altında [Son teselsülden sonra Beşinci Bölüm olarak başlıklandırılmıştır] düzenlenmesine karar verilmiştir.

Bu konu ile ilgili olarak *Viano*, ABD’nin diğer ülkelerin kabul ettiği afları dikkate almadığını, ancak ulusal hakikat ve sulh komisyonlarına gereken önemin verilmesinin tercih edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Buna karşılık, hakikat ve sulh komisyonlarına ayrı bir atfın gereksiz olduğu ve uluslararası hukuka uygunluk ölçütünün yeterli bulunduğu ifade edilmiştir (*Petrig, Schomburg*). Kabul edilen bu öneriye göre, söz konusu durumlar, uluslararası hukuka uygun oldukları ölçüde korunmalıdırlar.

10. Yargılamaların bağımsız ve tarafsız olması

Taslak metnin Beşinci Bölümü, evrensel yargı yetkisinin icrasına ilişkin [Son teselsül sonrasında Dördüncü Bölüm olarak başlıklandırılmıştır].

Evrensel yargı yetkisi kapsamında gerçekleştirilecek işlemlerin bağımsız ve tarafsız bir yargılama ile gerçekleştirilmesi yönünde ne şekilde güvencelerin getirilebileceği konusu bu başlık altında tartışılmıştır.

Bu konuda ilk olarak, “yargı” erkinden neyin anlaşılması gerektiği sorunu üzerinde durulmuştur. *Prof. Dr. Feridun Yenisey*, bunun yalnızca hakimlerin tarafsızlığını ve bağımsızlığını işaret ettiği üzerinde durmuştur. Bu konuda gerçekleştirilen tartışma sonucunda “ceza adaleti sistemi” terimi üzerinde uzlaşmaya varılmıştır. Bununla birlikte, savcılık sistemi bakımından tartışmalara neden olan bu cümle, sonraki bir oylama neticesinde silinmiştir.

Bunun dışında, bağımsızlığı ve tarafsızlığı bir ilke olarak kabul etmenin tek başına yeterli olmadığı, bunun sağlanması için bazı güvencelerin kabul edilmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur (*Konstantopoulou*).

Bir görüşe göre, bağımsızlığı ve tarafsızlığı sağlayacak mekanizmalar açık bir şekilde tanımlanamadığı sürece, bu yönde bir ilkenin kabulüne de gerek yoktur (*Abou-Daher*).

Aynı noktaya başka bir yönden yaklaşan bir görüş ise, söz konusu mekanizmaların bulunmaması ve öngörülmesinin de gerçekçi olmadığı düşüncesi ile, paragrafın bütünüyle silinmesini önermiştir (*Vermeulen*).

Son olarak, “mekanizma” teriminin ortadan kaldırılması ve “hukuksal düzenlemeler” şeklinde daha yumuşak bir ifadenin kabul edilmesi üzerinde durulmuştur (*Ömer Yasa*). Sonuç olarak, “hukuksal düzenlemeler” terimi kabul edilerek metne işlenmiştir.

Bu başlıkta tartışılan bir diğer konu, ek bir takım güvencelerin söz konusu olup olmayacağı sorunudur. Bazı görüşlere göre, yargılamaların “adil yargılanma ilkesine uygun gerçekleşmesi”,

“hızlı bir şekilde sonuca ulaştırılması” veya “silahların eşitliği ilkesine uyulması” gibi güvencelere bu başlık altında yer verilmelidir. Bununla birlikte, söz konusu ilkelerin son başlık (Altıncı Bölüm) altına alınması üzerinde uzlaşmaya varılmıştır.

Bu son konuda ertesi gün tartışmalara geri dönülmüştür. Tartışmanın konusu, evrensel yargı yetkisine yapılan açık atfın ters anlamından, evrensel yargı yetkisi söz konusu olmadığına güvencelerin de ortadan kaldırılmasına izin verildiğinin çıkarılabileceği endişesidir (*Schomburg*). Sonuç olarak, ilgili atıf hükümden çıkarılmış ve madde, son teselsül ile Dördüncü Bölüm olarak adlandırılan başlığın ikinci maddesi haline getirilerek kabul edilmiştir.

11. Uluslararası tutuklama kararının koşulları

Altıncı Bölüm’ün ikinci maddesi altında, uluslararası bir tutuklama kararının evrensel yargı yetkisi dahilinde hangi güvenceleri sağlaması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Bu maddeye ilişkin taslakta yer alan çeşitli güvenceler (*prima facie* delil, kamu güvenliğine ilişkin mutlak bir gereklilik) muhtlak oldukları ve farklı hukuk düzenlerinde farklı sonuçlar doğurabilecekleri düşüncesi ile eleştirilmiştir (*Vermeulen, Wilkitzki*). Sonuç olarak, bu güvencelerin “masumiyet karinesi” kapsamında görülebileceği düşünülerek, bu terimin içinde eritilmelerine karar verilmiştir. Buna göre, “uluslararası tutuklama kararı, masumiyet karinesi açısından bir önyargı oluşturmamalıdır”.

12. Delil toplama yetkisine yönelik tartışmalar

Dördüncü ve son oturumda ilk olarak ele alınan konu, *Vermeulen*’in önerisi ile, devletlerin evrensel yargı yetkisi kapsamında delil toplama faaliyetlerinin ne şekilde düzenleneceği sorunu olmuştur.

Vermeulen, getirdiği değişiklik teklifi ile taslağa şu şekilde bir paragraf eklenmesini önermiştir: “Devletler, özellikle suçluluğu veya suçsuzluğu kanıtlayan (ve başka türlü kaybedilecek) delil-

leri, şüphelinin iradesi veya yargılamada hazır bulunma olasılığından ve önceki adli işbirliği taleplerinden bağımsız bir biçimde, sonradan soruşturma sonuçlarını bir forum conveniens ile paylaşmak üzere toplamaya davet edilirler. Devletler, bu şekilde bir adli işbirliği beklentisini tesise ve icraya davet edilirler”.

Bu öneri üzerinde gerçekleşen tartışma ile, özellikle devletlerin evrensel yargı yetkisini kullanmak konusunda bir yükümlülükleri bulunmadığı gibi, Kongre'nin de bu yönde kendilerine davette bulunamayacağı, bu durumun devletleri kendi kendini sınırlaması esasını öngören önceki hükümlerle de tutarsızlık yaratacağı ileri sürülmüştür (*Becker*).

Bunun dışında, söz konusu önerinin sanık haklarını zaafiyete uğratacağı iddia edilmiştir. Buna göre, tarif edildiği şekilde delil toplamaya başlayan devletlerin sınırsız bir şekilde soruşturma faaliyetinde bulunması durumunda, toplanan delillerin hukuka uygunluğunu güvence altına alan bir normun da yokluğu halinde, ele geçirilen delillerin kullanılmaz hale gelmesi mümkündür (*Konstantopoulou, Viano*). Bu konudaki çeşitli telif önerilerini de kabul etmeyen *Viano*, ciddi hak ihlallerini meşrulaştırma tehlikesi taşıyan bu gibi bir önerinin, AIDP'nin geleneği ile bağdaşmadığını ve maddenin olduğu gibi silinmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Bunun haricinde, kullanılacak delillerin, tanık beyanları ile sınırlı tutulması (*Abou-Daher*), devletlerin sonradan adli işbirliği yapma düşüncesi ile delil toplayabileceği ibaresinin Birinci Bölüm altına yerleştirilmesi (*Burchard*), delillerin yalnızca “kabul edilebilecek” deliller ile sınırlı tutulması (*Vermeulen*) gibi önerilerde bulunulmuştur.

Yapılan oylama sonucunda, öneri bütünüyle reddedilmiştir.

13. Devletlerin adli işbirliğine davet edilmesi

Vermeulen, taslak metne eklenecek bir madde ile devletlerin, etkili uluslararası işbirliğini engelleyen çifte cezalandırma koşulu gibi engelleri kaldırmaya ve Birinci Bölüm'ün 2'nci maddesinde belirtilen suçları iç hukuklarında düzenlemeye çağrılmasını önermiştir.

Bu konuda açılan tartışmaya katılanlar, “çifte cezalandırma” koşuluna açık bir şekilde karşı çıkılmamasını önermişlerdir (*Konstantopoulou*). *Vermeulen* de önerisinin asıl amacının çifte cezalandırma koşulunun ortadan kaldırılması değil, ancak bazı suçların bütün ülkelerde kabul edilmesi sureti ile tam anlamıyla gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etmiştir.

Bu tartışma konusundan doğan bir başka sorun ise, *aut dedere aut judicare* ilkesine ilişkin olmuştur. Devletlerin genel bir işbirliğine çağrılmasının yetersiz olduğunu iddia eden bir görüş, “ilgili devlet yargı yetkisini kullanmakta ise, diğer devletlerin ona en etkili işbirliğini sağlaması” gerektiği yönünde bir madde önerisinde bulunmuştur (*Schomburg*). Bu öneri, doğrudan *aut dedere aut judicare* ilkesini ilgilendirmediği (*Burchard*) ve aslen gereksiz olduğu (*Vermeulen*) yönlerinden eleştirilmiş, buna karşılık bir devletin salt yargılama işlemlerine girişmiş olması nedeniyle başka bir devlet tarafından kendisi ile işbirliğinde bulunulacağından kendiliğinden anlaşılabilir bir konu olmaması ve bu yönde bir kararın gerektiği yönlerinden desteklenmiştir (*van der Wilt*).

Sonuç olarak, Altıncı Bölüm’ün üçüncü ve dördüncü maddeleri, nihai metne geçirilen biçimde kabul edilmiştir.

III. Sonuç

Müzakerelerin esasına ilişkin tartışmaların sona ermesini müteakip, Giriş bölümüne yönelik bazı düzeltme ve eklemeler söz konusu olmuş, sonrasında ise metnin bütünü oylanarak kabul edilmiştir. Metin üzerinde tashih niteliğindeki editoryal değişikliklerin yapılması amacıyla metin başkanlık kuruluna tevdi edilmiş, bir gece içinde söz konusu değişiklikler ile birlikte Fransızca ve İspanyolca çeviriler de gerçekleştirilerek, 26 Eylül 2009 tarihli Genel Kurul oylamasına sunulmuştur.

Evrensel yargı yetkisinin tesisi ve kullanılması, özellikle uluslararası toplumun hassasiyetlerinin geliştiği günümüz hukukunun önemli sorunlarından birini oluşturmaktadır. Bir yanda devletlerin birbirlerinin egemenliğine saygı göstermesi, diğer yandan ise uluslararası toplumu bir

bütün olarak ilgilendiren önemli suçların faillerinin cezasız kalmasının önüne geçilmesi, bu bağlamda yarışan iki büyük yarar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu yararların tam bir dengeye oturtulması bakımından en ideal çözüm, kuşkusuzdur ki, söz konusu faillerin yargılanmasında Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin etkili bir rol üstlenebilmesidir. O gün gelene kadar ise, cezasızlığın önüne geçilmesi amacıyla evrensel yargı yetkisi önemli bir görev üstlenmektedir. Bununla birlikte, evrensel yargı yetkisini icra eden merci, suçun işlendiği ülkede yargı yetkisine sahip bulunan devletten daha üst veya farklı bir varlık olmadığından, evrensel yargı yetkisi ile sağlanabilecek yararlar da sınırlı düzeyde kalmaktadır. Günümüze kadar gerçekleşen evrensel yargı yetkisi uygulamalarında yalnızca konu ile tarihsel veya siyasal nedenlerle yakından ilgili bulunan devletlerde gerçekleştirilen yargılamaların dikkat çekmesi, düşündürücüdür.

Bu nedenle, evrensel yargı yetkisinin tesisinde ve uygulamasında aşırıya kaçılmaması gerekmektedir. AIDP'nin konu ile ilgili kararları da bu gerekliliği desteklemektedir.

Türk hukukunda, evrensel yargı yetkisi Türk Ceza Kanunu'nun 13'üncü maddesi altında, koruma ilkesi ile birlikte düzenlenmiş durumdadır. Herhangi bir devletin ceza hukukunda kabul edilen suç tiplerinin çok daha ötesinde, uluslararası toplumun menfaatlerini ilgilendirmeyen ve kısmen antlaşmalar hukukundan, kısmen ise iç hukuktan kaynaklanan çeşitli eylemler, evrensel yargı yetkisi sınırları dahilinde düzenlenmiştir. Bu durum ise, Adalet Bakanlığı'nın konu ile ilgili soruşturmaların açılmasında yetkili kılınması ile dengelenmeye çalışılmıştır.

İdeal olan, diğer hukuksal kararlarda olduğu gibi, evrensel yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin kararların da siyasi organlara bırakılmaması ve bunlara ilişkin hukuksal denetim mekanizmaları getirilmesidir. Bunun için, Türk Ceza Kanunu'nun 13'üncü maddesinin, AIDP XVIII'inci Kongresi'nde alınan kararlar çerçevesindeki ilkelerle uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir.

Section IV – International Criminal Law

Universal Jurisdiction Resolution

The AIDP members participants in the XVIIIth International Congress of the International Association of Penal Law (Istanbul, Turkey, 20- 27th September 2009),

Recalling Paragraph 4 of the Preamble of the Statute of the International Criminal Court “that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation”,

Considering that universal jurisdiction should be one of the most effective instruments to prevent and punish the most serious crimes of concern to the international community as a whole, and particularly those defined in the Statute of the International Criminal Court, by increasing the likelihood of prosecution and punishment of its perpetrators,

Keeping in mind that the exercise of universal jurisdiction by states remains necessary in order to prevent impunity for international crimes as mentioned above, notwithstanding the establishment of the International Criminal Court,

Mindful that universal jurisdiction is one of the most debated topics of criminal law,

Recalling the previous AIDP resolutions on this topic, in particular, those adopted by

- the Third International Congress of Penal Law (Palermo, 3-8 April 1933), addressing the topic “*For what offences is it proper to admit universal competency?*”, which stated that “there are offences which are harmful to the interests common to all states” and discerned a tendency towards a universal repression of certain serious offences that endanger the common interests of the states in their international relations,

- the XIIIth International Congress of Penal Law (Cairo, 1-7 October 1984), inviting States to adopt the principle of universality in their national law for the most serious offences in order to ensure that such offences do not go unpunished,
- the XVIIth International Congress of Penal Law (Beijing, 12-19 September 2004) regarding *Concurrent national and international criminal jurisdiction and the principle of 'ne bis in idem'*,

have adopted the following resolutions:

I. Rationale and Scope of Universal Jurisdiction

1. Universal jurisdiction forms a basis for jurisdiction over crimes committed abroad that are not covered by any other jurisdictional principle.
2. With the aim of ensuring the protection of the fundamental interests of the international community as a whole and preventing impunity, states should establish universal jurisdiction to investigate, prosecute and punish the most serious crimes of concern to the international community as a whole and particularly those defined in the Statute of the International Criminal Court.
3. Universal jurisdiction should not be established for crimes other than those serious crimes referred to in subsection 2.
4. Future international legal instruments concerning the most serious crimes of concern to the international community should confirm the applicability of universal jurisdiction.

II. General Requirements For The Exercise of Universal Jurisdiction

1. Universal jurisdiction should be exercised with self-restraint.
2. In the exercise of universal jurisdiction a distinction should be made between the different stages of proceedings. In all stages of the proceedings the standards of human rights must be complied with.

3. Investigation is admissible *in absentia*; states can initiate criminal proceedings, conduct an investigation, preserve evidence, issue an indictment, or request extradition.
4. The presence of the defendant should be always required for the main proceedings. Therefore, trials *in absentia* shall not be conducted in cases of universal jurisdiction.

III. Universal Jurisdiction and Conflicts of Jurisdiction

1. The international community should establish mechanisms in order to determine the most appropriate and effective jurisdiction in cases of conflicts of multiple jurisdictions.
2. In cases of conflicts of jurisdiction amongst states seeking to exercise universal jurisdiction, in accord with the Resolutions of the XVIIth International Congress of Penal Law, the most appropriate state should be determined with a preference to either the custodial state or the state where most of the evidence can be found, taking into account criteria such as the ability of each state to ensure a fair trial and to guarantee the maximum respect for human rights and the potential (un)willingness or (in)ability of such states to conduct the proceedings.
3. In conformity with the *ne bis in idem* principle, a state wishing to exercise universal jurisdiction shall respect final decisions rendered by the domestic court of another State (or international court) regarding the same acts, unless the underlying proceedings were not conducted independently, impartially, or in accordance with the norms of due process recognized by international law.

IV. Exercise of Universal Jurisdiction

1. States must establish regulations in order to ensure that universal jurisdiction is not used for vexatious purposes and to prevent potential abuses of legal processes and human rights violations.

2. National criminal proceedings shall ensure the equality of arms, be equitable, guarantee fair, impartial and independent proceedings within a reasonable time, and respect fundamental human rights.

V. Limitations to the Exercise of Universal Jurisdiction

1. Amnesties, pardons, and statutes of limitations should be respected if in accord with international law.
2. Procedural immunities as recognized by international law should be respected by state authorities.

VI. International Cooperation in Criminal Matters

1. States are called upon to enhance international cooperation in cases of universal jurisdiction. Such cooperation must not infringe upon fundamental procedural guarantees and human rights.
2. Preconditions for the issuance of an international arrest warrant or an extradition request, as determined by the national law of the prosecuting state, should, in particular, include an elevated degree of suspicion, a ground for arrest, and be proportional. The issuance of an international arrest warrant or an extradition request under universal jurisdiction must not be prejudicial to the presumption of innocence.
3. States are called upon to overcome legal obstacles to effective international cooperation, in particular, by proscribing the crimes covered in chapter I.2. even where they do not intend to exercise jurisdiction over them.
4. The principle of *aut dedere aut judicare* should apply to the state on whose territory the suspect or accused is located, in accordance with the criteria set forth in chapter III.2.

Section IV – Droit pénal international

Compétence Universelle

Résolution

Les participants du XVIII^{ème} Congrès international de Droit pénal (Istanbul, Turquie, 20 au 27 septembre 2009)

Rappelant que, aux termes du paragraphe 4 du préambule du statut de la Cour pénale internationale, «les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale»;

Considérant que la compétence universelle devrait constituer l'un des instruments les plus efficaces pour prévenir et réprimer les crimes les plus graves qui touchent à l'ensemble de la communauté internationale, notamment ceux définis dans le statut de la Cour pénale internationale, dans la mesure où celle-ci accroît les possibilités de poursuite et de jugement de tels crimes;

Gardant à l'esprit que l'exercice de la compétence universelle par les Etats demeure une nécessité afin de lutter contre l'impunité des crimes internationaux tels que susmentionnés, nonobstant la mise en place de la Cour pénale internationale;

Tenant compte du fait que la compétence universelle est l'un des sujets les plus controversés du Droit pénal;

Rappelant les résolutions antérieures de l'AIDP en la matière, en particulier celles approuvées par:

- le III^{ème} Congrès international de Droit pénal (Palerme 3-8 avril 1933) intitulé: «Pour quels délits convient-il d'admettre la compétence universelle», qui avait affirmé «qu'il existe des infractions qui portent atteinte aux intérêts communs de tous les Etats» et s'était, en conséquence, prononcée en faveur d'une répression universelle de certaines infractions graves, celles qui menacent les intérêts communs des Etats dans leurs relations internationales.

- Le XIII^{ème} Congrès international de Droit pénal (Le Caire 1-7 octobre 1984) qui a invité les Etats à adopter le principe de l'universalité dans leur ordre interne à l'égard des infractions les plus graves afin de s'assurer que de telles infractions ne demeurent pas impunies;
- Le XVII^{ème} Congrès de Droit pénal international (Pékin, Septembre 2004) relatif au principe *non bis in idem*;

Ont adopté la résolution suivante:

I. Fondement et étendue de la compétence universelle

1. La compétence universelle constitue un fondement de compétence juridictionnelle à l'encontre de crimes qui sont commis à l'étranger et qui ne sont soumis à aucune autre compétence.
2. Dans le but d'assurer la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et d'éviter l'impunité, les Etats devraient établir une compétence universelle pour enquêter, poursuivre et punir les crimes les plus graves concernant la communauté internationale dans son ensemble et, plus particulièrement, ceux définis dans le statut de la Cour pénale internationale.
3. La compétence universelle ne devrait pas être établie pour les infractions autres que les crimes les plus graves dont il a été fait référence dans la sous-section 2.
4. Les futurs instruments juridiques internationaux relatifs aux crimes les plus graves concernant la communauté internationale, devraient confirmer la possibilité d'appliquer la compétence universelle.

II. Exigences générales pour l'exercice de la compétence universelle

1. La compétence universelle devrait être exercée avec modération.
2. Dans l'exercice de la compétence universelle, une distinction devrait être faite entre les différentes étapes de la procédure.

Dans toutes les étapes de la procédure, les standards des Droits de l'homme doivent être respectés.

3. Les mesures d'investigation sont possibles *in absentia*: les Etats peuvent déclencher des actes de procédure, mener une enquête, préserver des preuves, délivrer un acte d'accusation ou demander une extradition.
4. La présence du mis en cause devrait toujours être exigée durant les procédures principales. Par conséquent, la compétence universelle ne devrait pas donner lieu à un procès *in absentia*.

III. Compétence universelle et conflits de compétence

1. La communauté internationale devrait établir des mécanismes afin de déterminer la juridiction la plus adaptée et la plus efficace dans les cas de conflits entre plusieurs juridictions.
2. Dans le prolongement des résolutions adoptées au XVII^{ème} Congrès international de Droit pénal, en cas de conflit de juridiction entre des Etats revendiquant chacun l'exercice de la compétence universelle, l'Etat considéré comme le plus apte devrait être l'Etat dans lequel se trouve le détenu ou celui dans lequel le plus grand nombre de preuves peut être trouvé; devront être pris en considération les critères tels que la capacité de chaque Etat à assurer un procès équitable et à garantir au mieux le respect des Droits de l'homme ainsi que le potentiel de disponibilité et de moyens de chaque Etat dans la conduite des procédures.
3. En conformité avec le principe *non bis in idem*, l'Etat souhaitant exercer la compétence universelle, devrait respecter les jugements définitifs rendus, sur des mêmes faits, par les juridictions nationales d'un autre Etat (ou par une juridiction internationale), à moins que la procédure précédente n'ait pas été indépendante, impartiale ou en accord avec les normes d'un procès équitable telles que reconnues par le Droit international.

IV. Exercice de la compétence universelle

1. Les Etats doivent établir des moyens de contrôle afin de s'assurer que la compétence universelle n'est pas utilisée à des fins vexatoires et afin de prévenir les abus possibles à l'encontre de procédure légale et la violation des Droits de l'homme.
2. Les procédures pénales nationales devraient assurer l'égalité des armes, les garanties d'un procès équitable, l'impartialité et l'indépendance des procédures notamment en ayant un délai raisonnable et en respectant les droits fondamentaux de l'homme.

V. Limitations de l'exercice de la compétence universelle

1. Les mesures d'amnistie, de grâce ainsi que les règles régissant la prescription devraient être appliquées dans le respect du Droit international.
2. Les immunités reconnues par le Droit international devraient être respectées par les autorités étatiques.

VI. La coopération internationale en matière pénale

1. Les Etats sont vivement encouragés à intensifier la coopération internationale dans le cadre de la compétence universelle. Cependant, cette coopération ne doit enfreindre ni les garanties procédurales fondamentales, ni les Droits de l'homme.
2. Les conditions préalables requises pour l'émission d'un mandat d'arrêt international ou d'une demande d'extradition, telles que définies par le droit interne de l'Etat en charge des poursuites, devrait prévoir, tout particulièrement, la nécessité d'un degré de suspicion élevé, d'un fondement pour les arrestations et d'un critère de proportionnalité. L'émission d'un mandat d'arrêt international ou une demande d'extradition, requis dans le cadre de la compétence universelle, ne doit pas porter atteinte au principe de la présomption d'innocence.
3. Les Etats sont vivement encouragés à dépasser les obstacles légaux pour aboutir à une coopération internationale efficace,

notamment en incriminant les actes prévus par le chapitre I.2 et ce, même dans les cas où ils ne souhaitent pas exercer la compétence universelle sur ceux-ci.

4. Le principe *aut dedere aut judicare* devrait s'appliquer à l'Etat sur le territoire duquel se trouve la personne suspectée ou accusée, et ce conformément aux critères établis par la partie III.2 de la présente résolution.

Sección IV – Derecho penal internacional

Jurisdicción Universal

Resolución

Los miembros de la AIDP participantes en el XVIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (Estambul, Turquía, 20-27 de septiembre de 2009),

Recordando el párrafo cuarto del Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, según el cual “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional”,

Considerando que la jurisdicción universal puede ser uno de los instrumentos más efectivos para prevenir y castigar los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y, en particular, los recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, incrementando las posibilidades de persecución y sanción de sus autores,

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los Estados sigue siendo necesario para prevenir la impunidad por los crímenes internacionales mencionados, incluso tras la creación de la Corte Penal Internacional,

Conscientes de que la jurisdicción universal se ha convertido en una de las cuestiones más controvertidas en derecho penal,

Recordando las anteriores resoluciones de la AIDP sobre la materia, en particular, las aprobadas por

- el III Congreso Internacional de Derecho Penal (Palermo, 3-8 abril 1933), en relación con el tema “¿Respecto de qué delitos es apropiado admitir la competencia universal?”, que afirmaba que “hay infracciones que atentan contra los intereses comunes de todos los Estados” y se manifestó a favor de la represión universal de ciertos delitos graves, que ponen en peligro los intereses comunes de los Estados en sus relaciones internacionales;

- el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1-7 octubre 1984), que invitó a los Estados a la aprobación del principio de universalidad en su derecho interno para los delitos más graves con el fin de asegurar que tales delitos no queden impunes;
- el XVII Congreso Internacional de Derecho Penal (Beijing, 12-19 septiembre 2004) sobre *Competencias penales nacionales e internacionales concurrentes y el principio 'ne bis in idem'*;

han aprobado la siguiente Resolución:

I. Fundamento y Ámbito de Aplicación de la Jurisdicción Universal

1. La jurisdicción universal es un criterio complementario de jurisdicción sobre aquellos crímenes cometidos en el extranjero y no cubiertos por ningún otro principio de competencia jurisdiccional disponible para el Estado.
2. Con el fin de asegurar la protección de los intereses fundamentales reconocidos por la comunidad internacional en su conjunto y prevenir la impunidad, los Estados deberían establecer la jurisdicción universal para investigar, procesar y castigar al menos los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y en particular aquellos definidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.
3. La jurisdicción universal no debería establecerse respecto de crímenes distintos de los crímenes graves mencionados en la subsección 2.
4. Los futuros instrumentos jurídicos internacionales sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto deberían confirmar la aplicabilidad de la jurisdicción universal.

II. Requisitos Generales Para El Ejercicio de la Jurisdicción Universal

1. La jurisdicción universal debería ejercerse con moderación.
2. A la hora de ejercer la jurisdicción universal debería distinguirse entre las diferentes fases del proceso. En todas las fases del proceso se deben respetar los derechos humanos.
3. La investigación es posible en rebeldía: los Estados pueden incoar diligencias penales, dirigir una investigación, asegurar las pruebas, acusar o solicitar la extradición.
4. Debería exigirse siempre la presencia del acusado en los procedimientos principales. Por consiguiente, no deberán realizarse juicios en rebeldía en los casos en que se ejerza la jurisdicción universal.

III. Jurisdicción Universal y Conflictos de Competencia Jurisdiccional

1. La comunidad internacional debería establecer mecanismos con el fin de determinar la jurisdicción mejor y más eficaz en casos de conflicto de múltiples jurisdicciones.
2. En caso de conflicto jurisdiccional entre Estados que pretenden ejercer la jurisdicción universal, de acuerdo con las Resoluciones del XVII Congreso Internacional de Derecho Penal, el Estado más adecuado se determinará otorgando preferencia bien al Estado en el que se encuentre el detenido o bien al Estado en el que pueda hallarse un mayor número de pruebas, teniendo en cuenta criterios tales como la capacidad del Estado de asegurar un juicio justo y de garantizar el máximo respeto de los derechos humanos, y la potencial (in)disponibilidad o (in)capacidad de tales Estados en lo que se refiere a llevar los procedimientos a su término.
3. De acuerdo con el principio *ne bis in idem*, el Estado que desee ejercer la jurisdicción universal deberá respetar la sentencia firme emitida, sobre los mismos hechos, por un tribunal interno de otro Estado (o por un tribunal internacional), salvo que los

procedimientos mencionados no se hayan desarrollado de manera independiente, imparcial o conforme a las normas del proceso debido reconocidas por el Derecho internacional.

IV. Ejercicio de la Jurisdicción Universal

1. Los Estados deberían disponer de normativas para asegurar que la jurisdicción universal no se utiliza con fines vejatorios, y para prevenir abusos potenciales de los procesos legales y violaciones de los derechos humanos.
2. Los procesos penales nacionales deberán asegurar la igualdad de armas, ser equitativos, garantizar procedimientos independientes, imparciales, justos y sin dilaciones, así como respetar los derechos humanos fundamentales.

V. Límites al Ejercicio de la Jurisdicción Universal

1. Las amnistías, los indultos y las normas en materia de prescripción deberían ser respetados si son conformes al Derecho internacional.
2. Las inmunidades procesales reconocidas por el Derecho internacional deberían ser respetadas por las autoridades de los Estados.

VI. Cooperación Internacional en Materia Penal

1. Se pide a los Estados que impulsen la cooperación internacional en casos de jurisdicción universal. Este tipo de cooperación no debe infringir los derechos humanos y las garantías procesales fundamentales.
2. Las condiciones previas que debe respetar la emisión de una *orden de detención* internacional o una solicitud de extradición, establecidas por el derecho nacional del Estado que persiga los hechos, deberán incluir en particular un elevado grado de sospecha, motivos para la detención y la proporcionalidad. La emisión de una orden de detención internacional o de una

solicitud de extradición en el marco de la jurisdicción universal, no debe ser perjudicial para la presunción de inocencia.

3. Se pide a los Estados que remuevan cualquier obstáculo jurídico para una efectiva cooperación internacional, en particular mediante la sanción penal de los crímenes mencionados en el apartado I.2, incluso cuando no deseen ejercer la jurisdicción sobre ellos.
4. El principio *aut dedere aut judicare* debería aplicarse al Estado en cuyo territorio se encuentra el sospechoso o acusado, de acuerdo con los criterios establecidos en la parte III.2 de la presente resolución.

¹ Ver John A.E. Vervaele, "Medidas procesales especiales y protección de los derechos humanos - Informe general", 2009 *Utrecht Law Review* 5, no. 2, 160-161.