

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
2007/1**

Hakemli Dergi

II

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 57

Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 38

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Hakemli Dergidir.

Bu kitaba ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Bu kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

Prof. Dr.ERCÜMENT ERDEM

Prof. Dr. A. Işıl KARAKAŞ

Araş. Gör. Dr. S. Anlam ALTAY

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı Aralık 2007'de yayınlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Yayınları

Baskı - Cilt : Kahraman Ofset

Bağcılar/İSTANBUL 0212/629 00 01

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No: 13-15 Cağaloğlu-İSTANBUL

Tel: (0 212) 511 54 32 - **Fax:** (0 212) 511 36 50

e-mail: betakitap@betakitap.com www.betakitap.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 80840 İSTANBUL

DERGİ YAZI KURULU

Prof. Dr. Cemal Bâli AKAL, Prof. Dr. Ziya AKINCI, Prof. Dr. Atilla ALTOP, Prof. Dr. Nami BARLAS, Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR, Prof. Dr. Alain BOCKEL, Prof. Dr. Pierre Henri BOLLE, Prof. Dr. Yalçın ÇAKALIR, Prof. Dr. İzzettin DOĞAN, Prof. Dr. Ercüment ERDEM, Prof. Dr. Celal ERKUT, Prof. Dr. Işıl KARAKAŞ, Prof. Dr. Ahmet KIRMAN, Prof. Dr. Erden KUNTALP, Prof. Dr. İlber ORTAYLI, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ, Prof. Dr. Ata SAKMAR, Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ, Prof. Dr. Samim ÜNAN, Prof. Dr. Duygun YARSUVAT, Prof. Dr. Hamdi YASAMAN, Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA, Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU.

Doç. Dr. Erdoğan BÜLBÜL, Doç. Dr. Enver Murat ENGİN, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL, Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ, Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK, Doç. Dr. İlhan YILMAZ.

Yrd. Doç. Dr. Serap AMASYA, Yrd. Doç. Dr. Cem AYAYDIN, Yrd. Doç. Dr. Şebnem GÖKÇEOĞLU BALCI, Yrd. Doç. Dr. Erdem BÜYÜKSAĞIŞ, Yrd. Doç. Dr. Murat DEVELİOĞLU, Yrd. Doç. Dr. Ali DURAL, Yrd. Doç. Dr. Mehmet ERDEM, Yrd. Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ, Yrd. Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK, Yrd. Doç. Dr. Emre ÖKTEM, Yrd. Doç. Dr. Şule ÖZSOY, Yrd. Doç. Dr. Melike BATUR YAMANER.

MCF. Dr. Eric SALES.

Ar. Gör. Dr. Anlam ALTAY, Ar. Gör. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI, Ar. Gör. Dr. Tolga AYOĞLU, Ar. Gör. Dr. Tuba KARAMAN, Ar. Gör. Dr. Kürşat TANGÜN, Ar. Gör. Dr. Zeynep ÜSKÜL.

Ar. Gör. Eylem AKSOY, Ar. Gör. Özge AKSOYLU, Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK, Ar. Gör. Süheyla BALKAR, Ar. Gör. Nur BOLAYIR, Ar. Gör. Pelin ÇAVUŞOĞLU, Ar. Gör. Balca ÇELENER, Ar. Gör. Burak ÇELİK, Ar. Gör. Ege GÖKTUNA, Ar. Gör. Mehtap İPEK, Ar. Gör. Başak KARAMAN, Ar. Gör. Mehmet KARLI, Ar. Gör. Cenk KESKİN, Ar. Gör. Sedef KOÇ, Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN, Ar. Gör. Pınar MEMİŞ, Ar. Gör. Özgür MUMCU, Ar. Gör. Çağla TANSUĞ, Ar. Gör. Mert YAŞAR, Ar. Gör. Didem YILMAZ, Ar. Gör. Fülürya YUSUFOĞLU, Ar. Gör. Sinan H. YÜKSEL.

İÇİNDEKİLER

MAKALELER KAMU HUKUKU

- Prof. Pierre-Henri Bolle**1-16
'Gerçeklik ve Gerçek Arasındaki Ceza Adaleti'
- Julian ASHBOURNE**17-40
'Studies into Serious Crime and Terrorism'
- Doç. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ**41-50
'Legal Philosophy in Turkey'
- Doç. Dr. Emre ÖKTEM / Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN**51-68
'Uluslararası Hukuk Varmış; Ona Geçen Gün Yolda Rastladım'
- Doç Dr. Melike BATUR-YAMANER**69-81
'Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Bir
Devletlerarası Başvuru: Nikaragua vs. Costa Rica Kararı Üzerine Notlar'
- Ar. Gör. Cenk KESKİN**83-107
'Evolution de la jurisprudence americaine et européenne vers la théorie
de l'effet dans l'application unilaterale du droit de la concurrence'
- Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN**109-122
'Silahlı Çatışmalar Hukuku Kapsamında İrticalen Yapılan Patlayıcılar,
Mayınlar ve Tuzaklar'
- Ar.Gör. Gülşah KURT-YÜCEKUL**123-164
'18.04.2007 Tarihli Denetimli Serbestlik Yardım Merkezleri İle İlgili
Koruma Kurulları Yönetmeliğinin Bir Değerlendirmesi'

Ar.Gör. Gülşah KURT-YÜCEKUL / Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK165-200
'Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'ndaki Değişiklikler'

Aysun DALKILIÇ201-255
'Terörizmle Mücadele ve İnsan Hakları İkilemi'

Osman Serkan GÜLFİDAN257-328
'Terörle Mücadele Kanunu'

ÖZEL HUKUK

Vural GÜNAL329-339
'Bağımsız Denetimde Finansal Tablolardaki Hile ve Usulsüzlükler'

Ar. Gör. Tolga AYOĞLU341-365
'Bankacılık Kanunu'nun Kredi Sınırlamalarına İlişkin Hükümleri'

KRONİKLER

Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK369-373
2006 Haziran-Aralık dönemi mali gelişmeleri

M.MACHMUDOV / P.CATALANO375-380
Ortadoğu Avrupa ve Asya Romanistleri X. Kollokyumu Toplantısı (Duşanbe 2005)

KANUN TASARILARI HAKKINDA GÖRÜŞLER

Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukuku Ana Bilim Dalı Raporu:383-406
Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetler Kanunu Tasarısı

AICLF 2006 AİLE İÇİ ŞİDDET KOLOKYUMU 22-23 MAYIS 2006 İSTANBUL

Ayhan GÖDEKMERDAN409-417
Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması

A.Esra İŞMEN-GAZİOĞLU419-434
Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi

MAKALELER

KAMU HUKUKU

GERÇEKLIK ve GERÇEK ARASINDAKİ CEZA ADALETİ*

*Pierre-Henri BOLLE***

*Çeviren: Güçlü AKYÜREK****

Ceza hukukçuları ve medya hukuku uzmanları şunu iyi bilirler: ceza adale-
tinde görev alanlarla medyada görev alanlar arasında zorunlu ama ikilem-
lerle ve yanlış anlamalarla dolu bir ilişki vardır. Bu yüzden, bir yandan ken-
di çevrelerini bir yandan da birincilerden sosyal barış ve adalet, ikincilerden
ise sadece suç(lar)la ilgili değil ve fakat fail(ler)le de ilgili tam ve tarafsız bil-
gi bekleyen halkı da rahatsız eden karşılıklı eleştiriler adeta fişkırmaktadır.
Oysa, göreceğimiz gibi, bu iki taraflı görevin yerine getirilmesi olanaksızdır
çünkü ceza davası, temeldeki olayların ve hareketlerin sadece eksik ve bo-
zulmuş yansımasıdır.

Çoğunlukla, acemiler ve adliye muhabirleri de dahil olmak üzere gazeteciler,
ceza davasından, aslında veremeyeceği bir şeyi beklerler: adalete başvurul-
masına yol açan uyuşmazlığın temelindeki olayların, hareketlerin ve faille-
rin tam ve doğru bir resmi. Bu yanlış anlamamanın birçok nedeni vardır; birin-
cisi, çok açık biçimde, iki farklı yapıya sahip gerçeklik ve gerçek kavramla-
rının sık sık karıştırılmasıdır. İlki somuttur ve betimleyici bir söylemde kul-
lanılır, ikincisi ise yapıcı bir söylemde ifade edilir. İnsan gerçekliği tespit
eder, gerçeği inşa eder. İlki doğa bilimlerinin konusudur, ikincisi ise sosyal

* Metinde “gerçeklik” sözcüğü “réalité”, “gerçek” sözcüğü ise “vérité” kavramlarının karşılığı olarak kullanılmıştır (Ç.N.)

** Prof. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuku Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

*** Ar. Gör., Galatasaray Üniversitesi Hukuku Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

bilimlerin yani hukukun kurumudur. Daha açıkça belirtelim ki, gerçek, ceza usul hukukunda bir araç haline getirilmiştir: gerçekliğin tespitine değil (tespit işlevi) ve fakat toplumsal bir çatışmanın hukuki çözümüne (tedavi işlevi) hizmet eder. Bu şekilde ve bu amaçla, hukukçular; tarafların ileri sürdüğü olaylar ve gerekçelerinden çıkan şekli gerçekle, tarafların yardımıyla ya da yardımları olmaksızın yargıcın ulaştığı maddi gerçeği birbirinden ayırmaktadırlar. Söz konusu olan usule ve çıkarılara göre ilki ikincisine göre daha görecelidir. Genellikle şekli gerçek, kişisel çıkarlarla ilgili bir çatışmanın çözülmesi için yeterlidir. Öte yandan toplumun çıkarı devreye girer ve üstün olursa, kural olarak, maddi gerçek gerekli hale gelir. Dolayısıyla şu ortaya çıkmaktadır ki, gerçek, usul hukukunun süzgecinden geçmiş, gerçekliğin bir yansımasından ibarettir. Böylece, sadece, tarafların özellikle de, maslahata uygunluk yetkisine sahip olan veya olmayan, iddia makamının ileri sürdüğü, delil hukukuna göre ortaya çıkarılmış (hukuka aykırı, bazen de sisteme göre, kurallara aykırı delillerin kabul edilmezliği), yargıç tarafından ele alınan ve her türlü şüpheden uzak biçimde kanıtlanmış (suçsuzluk karinesi) olaylar adli gerçeği oluşturur ve bu gerçeğe dayanarak yargıç, bağlayıcı olan veya kesin hüküm niteliğindeki kararıyla sorunu çözer. Adı geçen niteliğin Latince karşılığı da burada daha da anlamlı hale gelmektedir: *res iudicata pro veritate habetur*¹. Oysa ceza hukukundaki, bu adli gerçek bir araçtır, zira görecelidir ve başka türlü olabilme olasılığını dışlamamaktadır. Bizim İsviçre hukuk düzenimiz de bunu kabullenmiş ve iki yargı kolunun, ceza ve hukuk, bağımsızlığı ilkesini benimsemiştir. Borçlar Kanununun 53.maddesi, ceza yargılamasındaki kararın temelindeki gerçeğin, her zaman ve zorunlu olarak olayların tek yansıması, kusurun tek değerlendirme biçimi, ayırt etme gücünün tek takdir biçimi ve zararın tek belirlenme şekli olmadığını açıkça gösterir. Özet olarak, hukuk yargıcı, ceza yargıcının kararıyla bağlı değildir.

Ayrıca, ne kadar küçük olursa olsun, makul olmak kaydıyla, şüphe nedeniyle serbest bırakmanın suçsuzluğun ilanı anlamına geldiğini de not edelim.

Çağdaş ceza davası, çoğu zaman gerçekliği örten basit veya seri usullerle kaplı olduğundan, adli gerçek, davanın temelindeki olayların tüm gerçekliğini ortaya koymaz veya her halde, bu gerçeğin asıl gerçekliğin sadık bir yansıması olduğunun en az şüpheyile iddia edilmesine izin vermeyen bir yorum çıkarır.

¹ “Kesin hüküm, gerçek kabul edilir” (Ç.N.)

Adli gerçek, ceza davası için gereklidir. O olmadan adalet sağlanamaz, zira yargıcın vicdani kanaatini oluşturan veya şüphelerini besleyen olaylardan oluşur. Dolayısıyla, iyi bir ceza yargılaması sisteminin, o olmaksızın suçun sağlıklı olarak bastırılmasının ne anlaşılabilir ne de gerçekleşebilir olduğu adli gerçeği ortaya koyan ve destekleyen sistem olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Ancak her şey bu kadar basit değildir. Bu, suçla mücadeleye yönelik amacın dışında, ceza yargılamasının adaletle muhatap olanların, özellikle de sanığın, temel haklarının korunmasına yönelik güvencesini, ki daha önemli bir amaçtır, unutmak olacaktır ve bazen, ikincisiyle ilgili anayasal kaygıların, yasal düzeyde birincisine ulaşılmasını engellediği için bu iki amaç çatışabilmektedir.

Pek çok ceza hukuku, özellikle de ceza yargılaması hukuku kuralı ve kurumu, gerçeğin, tüm gerçeğin, sadece gerçeğin elde edilmesine engeller çıkarmaktadır. Biz, tespit edilen gerçeklikle, elde edilen gerçek arasındaki bu farklılığın nedenleri olarak, en çok, aşağıdaki kural ve kurumları düşünmekteyiz.

A. USUL ÇEŞİTLERİ ve ÖRNEKLERİ:

Öncelikle, “ticket system” de denen ve genellikle para cezasının, fail olmasa bile araç sahibine kesildiği, ciddi olmayan trafik suçlarında uygulanan basit usulü belirtmeliyiz. Eğer usule karşı çıkılmaz ve hiçbir itiraz yapılmazsa, ceza kesinleşir, çünkü yetkili idari makamın verdiği karar yargı kararı değeri kazanır ve tespit edilen olaylar adli gerçek halini alır. Oysa sadece olayların gerçekliği tespit edilmiştir, failinki değil.

Daha sonra, ilgilinin, iyi bir kamu davasına yerine kötü ve gizli bir anlaşmayı tercih ederek, yetkili adli makamın kararının aksine masum veya daha az kusurlu olduğunu bildiği halde itiraz etmediği ceza kararnamesini not edelim.

Bunun yanında bir ticari şirketin faaliyetleri çerçevesinde ve onun yararına işlenmiş suçlarla ilgili olarak, yönetim ve yetkililerle anlaşarak, birisini sorumluluktan kurtarmak için günah keçisi olan yöneticiyi düşünelim. Bunun yanında günah keçisi olacak kişiyi seçerken ağırlaştırıcı tekerrür hükümlerinden kaçınmak için kuruldaki ve yönetimdeki kişilerin sırayla görev aldığı veya yarı-suçlunun fedakârlığının ciddi biçimde karşılandığı olaylar da görülmüştür.

Aynı şekilde, amerikan kökenli, *plea bargaining* denen ve romano-cermen kıta hukuklarında da giderek yaygınlaşan, kısaca suçluluğun kabulü anlamına gelen usul de vardır. Bu usulde ikrar, dürüst ve itiraf edilebilir olan veya olmayan nedenlerden dolayı, gerçekliği ortaya koymaz ve fakat ona ihanet eder. İtiraf etmek isteyen veya buna zorlanan kişi, gerçekten ona bunu yaptıran saikler bilinmeksizin, suçlu kabul edilir.

Son olarak, özellikle Birleşik Devletler’de, soruşturma makamı, “trial”² dan vazgeçer ve *plea bargaining* usulünü de uygulamayarak, seçenek yaptırım veya *nolle prosequi*³ kararı vermekle yetinebilir. Atlantik ötesindeki ceza yargılaması hukukunu en iyi bilenlerden biri olan Jean Cédras (La justice pénale aux Etats-Unis, Paris, Economica, 1991, s.162), tespit edilen her yüz suçtan sadece iki veya üçünün “trial”a taşındığını söyleyebilmektedir.

B. DELİLLE İLGİLİ GÜVENCE KURALLARI

Delil hukukuna dair kimi kurallar anayasal kökenlidir. Bunlar; adil bir yargılamanın işleyişini, özellikle de delillerin karşılıklılığı kuralını, savunma haklarını ve delillerin değerlendirilmesinde de rolü olan suçsuzluk karinesini güvence altına alır. Böylece, kaydın ve verilerin açıklığı, belirliliği ve teknik kalitesi ne olursa olsun, ceza dosyası, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir telefon dinlemeden, hiç tartışmasız biçimde, kurtulacaktır. Fazla bir gayretkeşlikle, tahrike başvuran muhbir ajan vasıtasıyla elde edilen bilgi için de durum aynıdır. Nihayet, resmi bir makam, gerçeklikle arasında ciddi bir mesafeyi korumayı başaran bir manipülatörün oyununu bozmayı istemiş olsa bile hileli bir yöntemle elde edilen delil için de sonuç farklı olmaz. Hatta birçok ceza yargılaması sisteminde, kanun koyucu veya içtihat, müdahale için tüm kısıtlayıcı şartlara uyulmuş olsa bile bir muhbir ajan tarafından doğru yoldan elde edilmiş bir delilin, belirli, açık ve kesin bir suçluluk ve mahkûmiyet kararı için tek başına yeterli olmadığını belirtir.

Yukarıda adil yargılamanın, bütünlüyci ve temel kuralı olan suçsuzluk karinesini ifade ettik. Doğal olarak, bir karine, bir gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet etmez ve hiçbir şey bunun böyle olmasını engellemese bile, varsayılan bir olay gerçek bir olay değildir. Hukuken, karine sade bir kurgudur ve yargıç da bunun bilincindedir.

² İngilizce “duruşma” (Ç.N.)

³ İngilizce “kovuşturama kararı” (Ç.N.)

Resmi makamların harekete geçmesinden itibaren tüm yargılama süresince var olan ve suçsuzluk karinesi üzerinde hiçbir olumsuz etkisi olmayan, şüpheli ve daha sonra da sanığın susma hakkı, ceza adaletini ilk elden bilgi edinmekten mahrum eder. İlk elden en iyi bilgiye sahip olup da bunları sunmaya davet edilenlerin (samık, mağdur, şikayetçi, katılan) güvenilirliğinin, genel olarak, az olduğu söylenmelidir, çünkü taraflı motivasyonları, sözlerinin tarafsızlığını, isteseler de istemeseler de, bozar; onlar için, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katılmak değil, amaçlarına hizmet etmek veya karşı tarafın amacını engellemek söz konusudur.

Sırların (görev, meslek, ticaret, banka, sağlık... vb) korunması için de, bilginin ortaya çıkmasını kısıtlayan ve geciktiren sıkı kurallara uymak kaydıyla gizlilik kaldırılabilir olsa da, aynı durum söz konusudur. Kısmi ve geç kalmış bilgi, kullanılabilirliğini da kısmen kaybedebilir ve delillerin kötüye kullanılmasına veya onlara zarar verilmesine yol açabilir.

Birçok sistemde ortaya çıkan ve mağduru dava sırasında koruyan, özellikle de sanıkla karşılaşma ve kendi gizli iç dünyasını koruyabilme (privacy) hakkını veren yeni ceza usul kuralları için de durum farklı değildir.

Genel olarak, delillerin kabul edilebilirliği, getirilmesi ve değerlendirilmesiyle ilgili birçok kural aynı etkiye sahiptir. Böylece, ceza hukukunda, sadece belli özelliklere sahip deliller kabul edilir: değer (ispat gücü) ve üç nitelik (doğruluk, dürüstlük ve güvenlik). Hukuk kurallarını ihlal ederek elde edilen delillerin kaderi konusunda, bazı sistemler, geçersizliği ve dosyadan çıkarmayı gerektiren hukuka aykırılıkla, kimi şartların varlığı halinde, bir kısım sistemin yargıcın ilgili delili dikkate almasını engellemediği kurala aykırılığın, eksikliğin ayırt edilmesine izin vermektedir.

Bazı delillerin ikamesi sırasında, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini özellikle de özel hayatını ihlal eden araç ve önlemlere başvurmak gerekmektedir. Burada aklımıza; telefonların dinlenmesi, haberleşmenin denetlenmesi, arama, el koyma ve müsadere ile sırların gizliliğinin kaldırılması gelmektedir. O halde, sadece yasada öngörülen deliller mahkemenin önüne getirilebilmektedir.

Delillerin değerlendirilmesi konusunda, rejimin çok özgürlükçü olduğu İsviçre’de, durum daha çok maddi gerçeğin belli olması yönündedir: Federal Ceza Usul Yasasının halen yürürlükte olan ve sözü ya da anlamıyla kanton kanun koyucularınca ve İsviçre Ceza Usul Yasası Tasarısınca da alınmış olan 249.maddesine göre yargıç, delilleri serbest biçimde takdir eder. Bu, çok açık biçimde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel yaratmayan bir il-

kedir. Yasa, birçok yerde bu serbestliği doğrulamak için belirlemelerde bulunmuştur. Örneğin, İsviçre Usul Yasasında suç işlendiği andaki sanığın akıl sağlığı konusunda en ufak bir şüphesi olan yargıcı psikiyatrik inceleme kararı vermek zorunda bırakan bir kural vardır (1942 tarihli eski yasanın 13.maddesi, 1 Ocak 2007’de yürürlüğe giren yeni yasaya da alınmıştır). Elbette yargıç bu kez bir kanuni delille karşı karşıyadır, ancak bilirkişinin verdiği sonuçlar onu bağlamaz ve kararının gerekçesini açıkça ve tam olarak ortaya koymak kaydıyla bu sonuçları bertaraf edebilir.

C. DİĞER USUL KURALLARI

Ceza adaletinin idaresi ve işleyişine dair birçok kural, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyebilir. Örneğin, paradoksal da olsa, ceza davasının aleniliği. Bu kuralın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10.maddesi anlamında haber alma ve haber verme özgürlüklerini güvence altına aldığı tartışmasızdır. Aleniyet, duruşma salonundaki kişiler açısından doğrudan ve medya aracılığıyla yapılan yayın açısından da dolaylıdır, kanun koyucuyu ve/veya yargıcı, kamunun çıkarlarını, özellikle de özel çıkarları korumaya, haber alma-verme özgürlüğünü duruşmanın düzeniyle ilgili tedbirler alarak, ki en serti kapalılık kararıdır, sınırlandırmaya zorlayacaktır. Ancak böyle bir karar çok sıkı koşullara bağlıdır. Zira aleniyet kural, kapalılık istisnadır. Sonuç olarak deliller *coram populo*⁴ ikame edilecektir. Gerçekliğin, sanki çekinceleri ve utancı varmış gibi, aleniyet halinde, bir kurul toplantısındaymişçasına ya da tüm kapılar kapalıymışçasına hızlı ve bütünüyle ortaya çıkmadığını tüm hukukçular ve hatta en tecrübesizleri bile çok iyi bilir.

Jüri veya profesyonel olmayan mahkemeler yoluyla halkın adaletin işleyişine katılması, maddi gerçeğin ortaya çıkmasına ve esas kararda dikkate alınmasına zarar verir. Maddi gerçeğe ulaşmak ve isnat kabiliyeti, kusurluluk ve ceza sorumluluğu konusundaki hukuki sonuçları çıkarabilmek kolay değildir ve çoğu zaman – ciddi olaylarda her zaman – hukuki bilgi, eğitim ve deneyim sahibi olmayı gerektirir. Oysa profesyonel olmayan yargıçlar, konuları gereği tüm bunlardan yoksundur. O halde sadece zekâları, sağduyuları ve adalet duyguları tarafından yönlendirilebilirler. Birçok sistemde, jüri üyeleri ne kendilerine sunulan bir dosyaya ne de herhangi bir yardıma sahiptirler. Sadece profesyonel bir yargıç vardır: mahkeme başkanı. Görüşmelerin gizliliği ve gerekçe yasağı nedeniyle – en azında common law’da –

4 “Tüm halkın önünde” (Ç.N.)

kimse kararın nasıl ve hangi dayanakla alındığını bilemez. Gizli olduğu kadar da tecrübesiz, böyle bir delil değerlendirmesi, “halk asla yanılmaz” ön kabulü dışında, hiçbir doğruluk güvencesi sağlamaz. O da yetersizdir...

Ceza mahkemesi heyetinin görüşmelerinin gizliliği, ki halk katılımının olduğu sistemlerde kuraldır, azınlıkta kalan yargıçların görüşlerinin belirtilmemesini zorunlu kılar. Ancak burada, bu görüşlerin bilindiği ve yayınlandığı bazı common law sistemleri istisna edilmelidir. J.Cédras'ın da zarif bir şekilde söylediği gibi “görüşmelerin gizliliği, verilen kararı, asla şüphenin dokunmadığı yekpare bir anıt yapar” (a.g.e., s.21). Oysa bu olanaksızdır. Şüphe etmeyen bir yargıç, yargıç değildir ve yargıcın vicdani kanaati şüpheden oluşmaktadır.

Tüm bu açıklamaların amacı, öğretinin ve fakültede profesörlerin, öğretici amaçlarla yaptığı ve ceza davasının maddi gerçeği ortaya çıkarmaya çalıştığı, hukuk davasının ise şekli gerçekle yetindiği iddiasına dayanan ünlü ayırımın güçsüzleştiği ve silikleştiğini göstermektir.

Zaten çağdaş ceza davası kavramı bu gelişimin birinci sebebidir: XIX. yüzyılın başında tahkik edici usul yerini karma veya değiştirilmiş denen usule bırakmıştır. Karma usul aslında tam olarak iki kısım arasında paylaştırılmıştı: tahkik edici olan araştırma veya soruşturma safhası ve itham edici olan duruşma safhası. Kurumların bu billur gibi saflığı XX. yüzyıl boyunca melezleşti ve ilk safha daha ziyade tahkik edici, ikinci safha daha ziyade itham edici hale geldi. Bu gelişim, hukuki ve adli kültüre, common law sistemlerinin, özellikle de amerikan sisteminin, kıta hukuku üzerindeki etkilerine ve nihayet, ceza davası boyunca insan haklarının korunması endişelerine bağlıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin doğrudan uygulandığı (self executing) İsviçre'yi düşünmek yeterlidir. Kurumsal terimlerle devrim olarak da nitelendirilebilecek olan değişim gitgide daha çok biçimde, ceza yargıcının şekli gerçeği dikkate almasına (bununla yetinmesine de diyebilirim), ya da daha ziyade, bu iki gerçek arasında ayırım yapmamasına yol açmaktadır. J.Graven, altmış yıl önce yayınlanmış çok parlak bir yazısında bunu güzel biçimde ifade etmişti (*L'obligation de parler en justice*, in: *Droit et vérité*, Publication de la Faculté de droit de l'Université de Genève, Genève, Georg et Cie, 1946): O zaman, ceza yargıcının, hukuk yargıcı gibi hareket etmek eğilimi vardır. Tarafların dayanaklarının, taleplerinin ve ileri sürdüklerinin ötesine geçemez ve bu temelde davayı çözer: *da mihi factum dabo tibi jus*⁵.

5 “Bana vakayı ver, sana hakkı vereceğim” (Ç.N.)

Öte yandan delil teorisi alanındaki bu şekli gerçeğin bulunmasına yönelik gelişimin, adli tıp, psikiyatri, psikoloji ile bilimsel ve teknik kolluk hizmetleri için çok değerli diğer baş döndürücü teknolojik ilerlemelere bağlı bir başka gelişimle dengelendiğini de not etmeliyiz. Burada yalnızca, DNA analizi ile kimlik tespitini, özellikle trafik suçu failinin alkol, uyuşturucu ve ilaç tüketimini gösteren yeni metot, yol ve yöntemleri veya bilgisayar aracılığı ile sağlanan nicelik analizi yöntemlerini belirtmek yeterlidir. Böyle delillerin üstüne kurulmuş, bilimsel meşruluğu ve etkinliği artık ortaya çıkmış adli gerçek gerçekliğe yaklaşmakta, hatta kısmen veya tamamen onunla karışmaktadır. Bu delili elde eden ve davaya da hâkim olan yargıç, hem gerçekliği tespit eder hem de gerçeği ilan eder. Ceza davasının hukuki gelişimi ile polisin ve adliyenin araştırma yöntemlerinin bilimsel ve teknolojik gelişimi, en azından delil ikamesi için bilime ve teknolojiye başvurulmasını gerektiren hallerde, birbirini karşılamakta ve dengelemektedir.

Oysa bu haller git gide azalmaktadır. Diğer çoğunlukta olan daha az karmaşık durumlarda, adalet, basit, acil, seri usullere başvurmaktadır: uzlaşma gibi aslında adli olmayan ve fakat ceza davasına basit alternatifler sağlayan, delil ikamesini ve değerlendirmesini, olayların ortaya konmasını gerektirmeyen diğer çözüm yollarından söz etmiyoruz. Ceza davasının temelindeki olaylar, aslında uzlaşma için bir vesile, bahanedir. Gerçek, artık böyle bir sürecin amacı değildir. Zaten, uzlaşma sırasında tartışma konusu olsa bile artık adli gerçek olarak nitelendirilemez, çünkü ceza usul hukuku anlamında bir dava yoktur.

Çağdaş ceza davasının gelişimi, araştırma ve yargılama görevlerinin kesin olarak ayrılmasını zorunlu kılmıştır. Kimse de, burada insan haklarının korunması bakımından sağlam bir güvence bulunduğunu yadsıyamaz. Ama bu güzel güvencenin yan etkisi vardır: Dosyayı oluşturan, sanığı tanıyan ve hatta büyük davalarda onunla sık sık ve uzunca görüşen soruşturma makamı, artık duruşma evresinde gözükmez. Elbette dosya eksiksizdir ve bazı sistemlerde davanın gelecekteki seyrine ilişkin önerileri vardır. Her şey tarafların ve yargılama makamının bilgisine sunulmuştur. Ama maddi gerçeği bilebilmek için, soruşturma makamının da duruşmalara katılması yararlı olabilirdi. Kısacası adalet burada iyi bir bilgi aracından yoksun kalmaktadır fakat bu bilgi de insan haklarını tehlikeye atardı. Ayrıca anayasal bir amaçla yasal düzeydeki bir amaç arasında alternatif yoktur. Birincisi ikincisine üstündür.

D. DİĞER HALLER

İnsan faaliyetlerinin uluslararasılaşması, ekonominin küreselleşmesi ve toplumların hareketliliğiyle, önemli ceza davalarının çok büyük kesimi uluslararası adli ve polisiye işbirliği gerektirir hale gelmiştir. Mantık gereği, sistemler ve ceza makamları arasındaki bu karşılıklı yardım mekanizmaları maddi gerçeğe götürmelidir. Oysa durum her zaman bu değildir. Ceza alanında adli yardımlaşma işlemlerinin doğası, böyle bir gerçeğin ortaya çıkışını engelleyebilir. Söz konusu yardımlaşmanın bugünkü halinde, yapılan işlemler devlete bağlı / devletlerarasıdır yani siyasidir. Yardım talep edilmesi ve sunulması (türü, önemi, işlem sayısı, koşulları, yöntemleri) ilgili devletler açısından; bir ceza davası çerçevesinde suçla mücadelede sınırları aşan işbirliği amacı dışında amaçlar taşıyabilir ve bu amaç saklı kalabilir. Talepte bulunulan ülke, talebin sonucuyla ilgili açıklama yapmak zorunda değildir, tıpkı talepte bulunan ülkenin neden yardım istediğini, yargılamanın önemini, hatta talebini geri alma kararını açıklamak zorunda olmadığı gibi.

Ceza hukukunda, yargıcın gözlerinden maddi gerçeği gizleyebilecek başka kurumlar da vardır. Örneğin, usuli olduğu kadar maddi de olan ceza davasının zamanaşımı kuralları için durum bu merkezdedir. Bu kuralların amacı delillerin zamanla bozulmasını dikkate almaktır. Belirtilen amaç yararlıdır. Hayat tecrübeleri göstermektedir ki, akıp giden zamanın tanıklık gibi bazı deliller üzerinde öyle yıkıcı bir etkisi vardır ki belli bir zamanda, olayların ve failerin gerçekliğini bilmeyi gerektiren maddi gerçek ulaşılmaz olur. Yargıç açısından zamanın akması, bütün kesin olanların da akıp gitmesini tetikler. Hiçbir yargıç, vicdani kanaatini, hatırası tamamen bozulmuş hatta kaybolmuş Nuh nebiden kalma olaylara oturtmaz. Ama acaba durum her zaman böyle midir? Günümüzde bilim ve teknoloji birçok olayın gerçek izlerini ve görüntülerini, bu delillerin suçun işlenmesinden uzun zaman sonra adalet tarafından kabul edilmesine, ikame edilmesine ve değerlendirilmesine izin verecek koşullarda korunmasını sağlamaktadır. Bir veri bankasının sabit diskinde depolanan DNA örneklerinin korunmasını veya güvenlik kamerası tarafından kaydedilen bir bankadaki soygun görüntülerini... vb. düşünelim. Kokular da artık, fizik ve kimya bilimlerini tatmin edecek koşullarda korunabilmektedir. Tüm bunlar ceza adaletini mi tatmin etmeyecek? Kısacası, bir ceza davasını zamanaşımı nedeniyle düşürmek gerçeği sonsuza dek gizlemeye yol açabilir.

Ceza hukukunda kanun yolları (istinaf, temyiz, yenileme) yargılamada maddi gerçeğin zaferi için küçük bir yardım olabilir. Elbette istinaf yargılaması

maddi konuya ilişkin olayların yeniden değerlendirilmesini sağlar ama başvuruçuların tüm olayların yeniden görülmesini sağlamayan iddialarıyla sınırlıdır. Temyiz başvurusu söz konusu ise durum daha da kötüdür çünkü ikinci derece yargılama makamı maddi olaylar hakkında karar vermez ve eğer yenileme yargılamasında bulunuyorsak kararı bozan makam düzeltme talebinde ileri sürülenlerle bağlıdır ve kararı bozulan makam da *reformatio in peius*⁶ kuralını uygulayamaz.

Yukarıda açıklananlar, ceza davasının, dosyasının ve yargılamasının; olayların gerçekliğinin, davanın temelindeki vakaların ve ilgili kişilerin, özellikle de sanığın – hukuki değişim nedeniyle – giderek daha bozuk ve tüm bilimsel, teknolojik gelişmelere rağmen daha eksik bir görüntüsünü verdiğini göstermektedir. Ceza yargılaması dosyaları ve arşivleri gerçeği, tüm gerçeği ve sadece gerçeği yansıtmamaktadır. Ortaya koyulan tek gerçeklik davanınkindir ve eğer bu sunumun eksiksizliği hedefleniyorsa, duruşma salonundakilerle aynı durumda bulunabilmek için, her şeyi filme almak ve kaydetmek, daha sonra da bu görüntüleri dosyayla birlikte arşivlemek gerekir. Eichmann, Barbie ve Honecker gibi bazı ünlü davalarda böyle yapılmıştır. Ama tarihçiler yanılmazlar: böyle davaların bütünüyle sesli ve görüntülü kayıtları, kesinlikle, özgün, resmi ve teknik açıdan kusursuz kaynaklardır, ancak sadece bir tek gerçekliğin uygun tanığıdır, her şeyin dışında sadece o davaların çünkü bu tip istisnai ceza yargılamalarında, her dava özel ve tektir. Söz konusu suçlulara itham edilen eylemlerin tarihi gerçekliğine yaklaşmak için, tarihçiler yalnızca adli kaynaklarla yetinemezler: başkalarını bulurlar ki, bazıları ceza yargılamasında ileri sürülemeyebilir ve hiçbir halde kabul edilmeyebilir; tıpkı zorla veya hileyle alınmış itiraflar, yasadışı dinlemeler veya araştırmacılar tarafından çalınan belgeler gibi. Tüm bunlar tarihçilerin gözünde, bir mahkeme kararının araç haline getirilmiş gerçeğinden hatta bir dava dosyasından çıkarılan gerçekten daha değerli olabilir. “Eğer adalet güneşten daha parlaksa, diye yazıyordu J. Graven (a.g.e. s.157), o halde gerçeklikten farklı bir şeydir ve eksik biçimde ortaya konmuştur”.

Gerçeklik, el tutulabilir, saptanabilir ve betimlenebilir. Filozofların “merkezidir”. Tarihçi, tıpkı bir doğa bilimleri uzmanı gibi, gerçekliği betimleyici biçimde anlatır. Buna karşılık, gerçek, adaletin yöneldiği bir idealdir. “Solten”dir⁷. Yargıç, bir sürü düşünsel faaliyetten sonra onu yalnızca hayal edebilir, tahmin etmeye çalışabilir, bir sonuca ulaşabilir, sonra da olayları

6 “Aleyhe bozma yasağı” (Ç.N.)

7 “Olması gereken” (Ç.N.)

açıkça ortaya koyan ve delilleri de araç haline getiren kurucu bir söylemle gerçekliği bildirir. Tarihçi ve doğa bilimleri uzmanı bilmediği sonucuna ulaşım bildirimden kaçınabilir. Yargıç ise, önüne getirilen olayla ilgili bilgisi ne olursa olsun çözmek zorundadır. Delillerin ikamesi, J. Graven'in söylemine göre (a.g.e. s.114/115), "adli hata riskinin derece derece ortadan kaldırılmasıdır". Eğer suçluluğa dair bir vicdani kanaate ulaşmıyorsa, yargıç sanığı serbest bırakmak zorundadır. Uyulmaması halinde yargıcın en kötü görev kusurunu işleyeceği yani yargıcın davaya bakmaktan kaçınacağı bu zorunluluk, gerçeklik ile adli gerçek arasındaki farkları iyi biçimde gözler önüne sermektedir. Bir ceza yargılamasındaki kesin hükmün gücünü, sadece tarihçiyi ilgilendiren ve daha az önemli olan belgesel gücüyle karıştırmamak gerekir. Elbette, tarihçi davanın gerçekliğinin ötesine geçecek ve bundan bir ders çıkaracaktır; tıpkı Papon davasını izleyen ve 19 Mart 1998 tarihli Le Monde gazetesindeki yazısında şu sonuca varan Amerikalı gazeteci A.Nossiter gibi: bu "dava bir Fransa tarihi dersi değildir ama insan doğası üzerine bir derstir" veya 1961'de Eichmann davasını izleyen ve "kötülüğün bayağılaşması" hakkındaki düşüncelere ulaşan büyük filozof H. Arendt gibi.

Ek olarak XX.yüzyılda özellikle apartheid rejiminin yıkılmasından sonra Güney Afrika'daki "Gerçek ve Uzlaştırma" adı verilen komisyonları not edelim. Bu komisyonlar mahkeme değildir. Makro sosyal bir ikili rol oynar. Öncelikle bir tarihçi rolü oynar ve bu anlamda gelecek kuşaklar için hatırlatma ödevini yerine getirir: hataların veya sorumlulukların değil ve fakat yaşananların anısını korumak onlara aittir. Daha sonra da bu komisyonlar siyasi görev üstlenir. Böylece, ülkeyi oluşturan değişik halkların uzlaş(tırıl)masının çarelerini hazırlar, hatta olabilirse, belirler. Adli organ değildir ve görevi mikro sosyal olup var olan kuşak için toplumla suç faili arasındaki uyumsuzluğu çözen bir ceza mahkemesi gibi yargılama yapmaz. Buna ulaşmak için mahkeme, olayları betimlemek yerine hukuku söyler ve önüne getirilen sorunu çözmek için gerekli olan vakaları dikkate alır. Yargılamada olayların ilanı bir sicil değildir.

Sonuç olarak ne adli kararların tümü ne de özel olarak tek tek her biri, gerçekliğin veya gerçekliklerin tam bir aynasını oluşturur. Sadece kendisini yansıtır ve ilgili olduğu gerçekliklerin, soluk, eksik, bozulmuş ve araç haline getirilmiş bir yansımasıdır. Yargıçlar, ceza davasının amaççı ve güvenceli zorunlulukları arasında sıkıştıklarını iyi bilirler. Zaten yargılama sırasında bir basın açıklaması ya da bildirisi aracılığıyla bunları ortaya koyarlarsa, yalnızca olayları, vakaları bildirirler ve yargılamanın son durumunu ilan

ederler; sonra da bir kez adalet yerini bulduğunda, resmi olarak bir içtihat dergisinde ya da gayri resmi olarak bir bilimsel dergide, nasıl hareket edip uyumsuzluğu nasıl çözdükleri hakkında bilgi verirler. Elbette adliye muhabiri bunlardan esaslı biçimde yararlanır, keza hukuk tarihçisi de bunları bilgilerinin ve kaynaklarının bir parçası yapmak konusunda son derece beceriklidir, ama bilgi ve görüş sunan medyanın, tıpkı olay tarihçisi gibi, daha dikkatli biçimde yararlanması gerekir, zira içtihat ve adli arşiv gerçeklikleri yamalı bohçayla kaplamaktadır.

STUDIES INTO SERIOUS CRIME AND TERRORISM

Julian ASHBOURNE

1. INTRODUCTION

This paper is intended as a discussion document with which to explore the global position with regard to serious crime and terrorism. It deliberately reflects some strong and diverse perspectives encountered in this area in order to construct a representative bigger picture and provide a platform for further deliberation. The paper considers the current position and offers proposals for how defined studies into criminology might serve to improve the future situation. It is hoped that the arguments and observations set forth in this paper will encourage and motivate others, especially those in positions of authority, to consider the broader international perspective, support related studies and, as a consequence, develop innovative policies with which to tackle these and related issues into the longer term.

In the interests of clarity, the paper is divided into five main sections as follows:

Placing things in perspective

In this section, the true scope and extent of serious crime and terrorism is explored as well as some of the often divergent views which exist upon this topic. In doing so, it is hoped that the emerging picture enables a more realistic discussion to take place. This section should be read in context with the remainder of the document.

A tapestry of views

Divergent views abound in relation to terrorism, its causes, effect and how the terrorist phenomenon is being manipulated to serve various agendas. A similar situation exists with respect to serious crime. This section examines some of these perspectives.

Criminological studies

In this section, the underlying factors which might lead to serious crime and terrorism are considered. Related areas of study, together with their perceived effect upon the overall situation, are also explored.

Towards a better world

In such a paper, it is important that potential ways forward are also discussed. It is not enough to simply report on the current status of events. We must consider the future and offer proposals for longer term social stability and the sustainability of important values.

Conclusions

Conclusions from the previous sections are provided at this point, together with related observations and recommendations. Such conclusions may be viewed as a starting point for further discussion upon the subject.

2. PLACING THINGS IN PERSPECTIVE

In terms of media attention, terrorism is one of the key subjects within our contemporary world and any terrorist related activity, real or supposed, is guaranteed to make for a good story and major headlines. Within a global society where crime, even serious crime, is no longer necessarily considered news-worthy, the media fascination with crime finds a ready substitute with terrorism. Consequently, public perception is also likely to be focused upon such issues, leading to observations, conclusions and statements which may be exaggerated and poorly founded from an objective or scientific perspective. If one of the stated aims of terrorism is to spread fear and cause societies to change their way of life, then terrorists might be said to have a powerful ally in the media. Of course, both sides of any such situation will be happy to make use of this media tool in order to promote their particular agendas, further fuelling the fire of public anxiety.

In some of the ensuing dialogue, one could be forgiven for gaining the impression that almost the entire world is in imminent danger of being completely over-run by terrorist activities, with resultant massive urban destruction and loss of life, followed by an aftermath of tyranny, starvation and the dawn of a new dark age. But how do the facts align with these observations and predictions? Of course, any terrorist activity is reprehensible and should be condemned accordingly, however, before jumping to conclusions, let us understand the true scale of such activity in relation to world events in general.

As many use the events of September 11th 2001 as a pinnacle of terrorist activities, let us also consider this event in the broader context. Londoners might well compare that day of September 11th in New York with a single night of the blitz during world war 2. The primary difference is that, while New Yorkers lived through one day of such mayhem, Londoners lived through 76 consecutive nights of unrelenting and massive bombing with attendant loss of life and mass destruction of property. While the New York fire department was justifiably praised for its efforts in relation to September 11th, the London firemen often didn't sleep for several days at a time, fighting an impossible number of large scale fires, while still being actively bombed. Huge areas of London were destroyed during the blitz, making hundreds of thousands homeless and with ruins remaining visible even into the early 60s. Then, after the blitz came the V1 and V2 flying bombs. It is estimated that the V2 alone was responsible for the death of 60,000 civilians in and around London. And of course, it wasn't just London. Coventry was virtually destroyed, Halifax, Cardiff, York and many other English cities were devastated by the relentless bombing. It is ironic perhaps that those directly responsible for this mass murder of innocent civilians were given amnesty by the Americans, and given a new and prosperous life in the USA, where they enjoyed key jobs in military and space research. Similarly, those developing the most vile chemical warfare in Japan were also given amnesty and brought to America to continue their work against humanity. In all cases, these mass murderers were accepted and respected by American society. An interesting reflection upon the political juxtaposition.

The above paragraph illustrates that the scale of human destruction has, at many times in modern history, far outweighed that of contemporary terrorist activity. London and New York were chosen as examples due to the topicality of the American and British stance on terrorism, but of course many other

cities and regions suffered terribly during the second world war, wherein the actions of certain elected governments proved far more terrible and far reaching than that of any terrorist group.

When private enterprise commits such atrocities, we call it terrorism. When governments commit similar atrocities, we call it justifiable war. In both cases, it involves one group imposing its will upon another by force. We highlight this distinction in order to place terrorism in a proper perspective as to its material effects.

Continuing in this vein, let us also consider how many lives are lost each and every year as a result of drug and alcohol abuse. Those who happily make a living from the supply of such substances, are responsible for the deaths of far more human beings than all of the primary terrorist groups put together. Furthermore, the suffering involved for those affected will often be prolonged and terrible, with attendant loss of all dignity and hope. For them, there is no heroic status and ceremony attached to their demise by the media, they are simply statistics that no one wishes to acknowledge. Let us be clear that those purveyors of this large scale societal murder are not small, underground ideological groups, but often very large and well organised business entities. Furthermore, there are many legitimate businesses whose focused influence, particularly upon the young and vulnerable, is highly questionable in this context. Consider also how many lives are lost as a result of domestic violence, abuse and other everyday criminal activities. In both America and the United Kingdom, the figures would dwarf any such statistics for terrorism, as indeed they would in countless other countries. Furthermore, such losses might be easily reduced if a fraction of the resources currently focused upon 'homeland security' initiatives were deployed intelligently in this area.

Let us add to this list the number of lives lost in road accidents, accidents in the home and at work and as a result of treatable diseases. The figures for these losses would also tend to dwarf those sustained as a result of terrorist activity. In the United Kingdom for example, many, many lives are currently being lost unnecessarily as a result of inadequate healthcare for ordinary citizens. Once again, these are losses which might be substantially reduced with a little more resource directed towards education and health care.

Lastly, there is loss of life as a result of natural disasters which, while infrequent, sometimes surprise us with their intensity. The volcanic eruptions on the islands of Krakatau and, before that, Thera provide

historical examples while, in more recent times, the damage caused by lesser tsunamis and flooding has been significant. Research into such natural phenomena may provide us with the wisdom to predict future events and establish processes to ensure that the impact upon human life and welfare is minimal. However, recent events on both sides of the Atlantic have raised serious questions around the efficiency of governmental preparation and response in relation to such events.

The above paragraphs serve to illustrate that, in the general scheme of things, terrorism, unpalatable though it is, is actually a relatively small contributor to loss of life in modern society. This is not to suggest that we dilute our efforts to combat it, but rather that we view it in a proper context and take care not to overstate the extent of the terrorist threat. The world's media would of course prefer an emotive story about terrorism than to take the time to properly research and report on other societal factors, some of which are referred to above, which also result in unnecessary loss of life or hardship for those affected. Similarly, politicians welcome with relish the opportunity provided by even the smallest of terrorist related stories, in order to deflect attention from more serious issues and to promote their own particular agendas. This, of course, is precisely the effect typically hoped for by terrorist organisations.

We should understand the significance of an over-emphasis upon terrorism and the effect this can have upon public perception and public attitudes. Ironically, the wrong sort of response and reaction in this respect might actually lead to increased levels of suspicion, hatred and manipulation of the truth which, in turn, fuels the very fire we are trying to extinguish. Similarly, draconian security measures introduced on the back of a perceived terrorist threat achieve little or nothing in combating the real issues, while creating a societal environment more conducive to the breeding of civil unrest. We must place things in perspective and develop an intelligent understanding of related societal ills, their root causes and how best to treat them.

3. A TAPESTRY OF VIEWS

Not surprisingly, given the political, ideological and emotive nature of the subject, there exists a web of strong and often divergent views around terrorism and associated criminology. Some of these views reflect genuine concerns, while others are clearly inspired by other agendas. In addition, it

is impossible to separate politics from this complex web, as it is at the heart of much of the discussion. In this section, some of these frequently articulated views are reflected in order to provide a feeling for both the complexity and strong undercurrents of feeling associated with these differing perspectives.

It is important that all such views, and their origins, are taken into account if we are to explore and understand the current situation.

It should be understood that the views expressed in this section are simply a reflection of often heard comment and do not form the perspectives of the paper itself.

Perspective a)

Terrorism is a convenient vehicle for the pursuance of other agendas.

If we consider the weight of attention placed upon terrorism by western governments in particular, it is clear that such attention is out of all proportion to the reality of the risk. It is equally clear that this focus enables government legislation to be pushed through which, ordinarily, would face much tighter opposition on the grounds of civil rights. We have already seen graphic examples of this with US influence in Europe around the globalisation of identity management and the creation of citizen databases. It has been suggested that the vast expenditure undertaken in the pursuance of the American Homeland Security initiative, for example has, in the six years following the events of September 2001, failed completely to apprehend any serious terrorist or to foil any substantial terrorist plots. It has however succeeded in criminalising the innocent and providing the US government with the opportunity to exert increasing governmental control over ordinary, decent citizens, both in the US and throughout participating countries. Furthermore, if such vast resources had been directed towards education, healthcare and sustainable development, surely a much greater good may have been achieved? In addition to these issues, there is no doubt that the reputation of America has been seriously tarnished within the international arena as a result of these activities. Disproportionate American influence in Europe, on the back of terrorism, is also seen as wrong in many minds, on both sides of the Atlantic. This is most unfortunate given the historical ties between the continents. A question often asked is whether the views of ordinary Americans are being properly represented by government policy, or whether a distorted minority view prevails.

In the case of the United Kingdom, often described as the surveillance society, similar draconian measures have resulted in significant erosion of privacy and civil liberty for ordinary decent citizens. Has this resulted, as promised by government, in a safer society? On the contrary, serious crime in the UK is at an all time high, with a serious problem in prison overcrowding as a result. This is leading to miniscule and inappropriate sentences being deliberately passed in relation to serious and violent offences, due to inadequate prison accommodation. In addition, the spectre of terrorism has never been so high in the history of the country. In other words, this wholesale erosion of privacy and civil liberty has failed completely and absolutely to make the UK a safer society. However, the disproportionate focus upon terrorism has enabled the UK government to introduce many measures to significantly increase state control over ordinary citizens and their activities. Measures which, not so long ago would have been derided in other countries as the artefacts of dictatorship.

With reference to the United Kingdom, the question must also be asked, why, given the reality that a huge proportion of serious crime and activities described as terrorist inspired are committed by immigrants, has the UK done nothing to deter immigration from the regions mostly aligned with such activities? Even at this late stage, when the UK is very seriously overcrowded and suffering infrastructural collapse in many areas as a consequence, the doors are still wide open with many hundreds of thousands continuing to enter the country every year. This has clearly resulted in diluting the British – particularly English culture to the point where it hardly exists at all in many of the UK's largest cities, and even in many rural areas. What is the reasoning behind this? What government agenda is being served by the deliberate swamping of the UK with immigrants? It certainly cannot be to make a safer society, as anyone growing up in Britain during the immediate post-war years will readily understand. Why are those who publicly proclaim their hatred for Britain, given every assistance, including free housing and perpetual welfare support, in preference to British citizens who can trace their heritage back through many generations? Why are those perpetrating the mechanisms of hatred and violence not deported? Why is clear discrimination allowed, and even encouraged against host British citizens with respect to jobs in public service, education, health care and other important areas? It seems to many as though England and its traditional values have been deliberately and systematically destroyed in recent decades in the interests of wider political objectives. Furthermore, an influx of American influence, both in public office and the media is increasingly evident in the UK. Why is this exactly?

And what of the British and American stance on terrorism? It was the British government who gave amnesty to IRA terrorists, including convicted murderers, and granted them important positions in government. American support for the IRA was of course never in doubt. Yet these same individuals committed premeditated, brutal, violent murder upon innocent people routinely. Does this mean that the British / American response to terrorism is selective? Why are both countries so desperate to embrace Libya, given that country's record on human rights and terrorism, including its government's involvement with the Lockerbie bombing? Why is so much financial aid pumped into the African continent, openly supporting regimes who have a terrible human rights record? And what of the American and British position with regard to Iraq and Afghanistan? It is doubtful that ordinary decent citizens in either country ever wanted such a situation. It is considered common knowledge that the British Prime Minister openly lied and deliberately misled British citizens in this context. Evidence was clearly falsified and there are those who suggest that Britain was simply in the service of America, with the British political position being orchestrated from Washington. The same position being reflected in the introduction of citizen databases and the criminalisation of the innocent with respect to identity management.

The realities outlined above reveal the double standards often practiced with respect to the subject of terrorism. It seems to be a vehicle of equal facility to both sides. While this duplicity and deliberate manipulation of the truth persists, it will be almost impossible to eradicate terrorism as popularly understood, as it is a loyal servant to so many masters, including those who claim to have waged war upon it.

Perspective b)

The objective of terrorists is to take over the world and return it to the dark ages.

It is suggested that terrorism inspired by Islamic fundamentalism has but one objective, and that is to eliminate all infidels and create a global Islamic state where fundamental practices will apply, including the subjugation of women, the suppression of free thought and any notion of democratic government. Furthermore, such rules will be enforced by violence, public execution and totalitarian control over all processes. Wealth and power will lay in the hands of a few who will dictate a miserable quality of life for everyone else. This perspective is not perceived as that of a terrorist or dictatorial regime, but rather as an idealised dream, with the perpetrators seen not as terrorists, but as heroes fighting for a just and noble cause.

It is further suggested that the bulk of all terrorist activity is conceived and orchestrated predominantly by one organisation, Al Qaeda, who have terrorist cells in every country and are expert at infiltrating government agencies, universities and schools, and even the very intelligence units who are supposed to be fighting them. This group, far from being a small extremist group, actually comprises many thousands, if not tens of thousands, of individuals, all absolutely committed to the cause. Furthermore, it is suggested, they are encouraged and supported by the majority of the Muslim population world-wide, who would be very happy to see a world dominated by Islam.

It is said that the practitioners of these localised groups, think nothing of murdering innocent individuals in order to maintain a culture of fear based upon Islamic fundamentalism, even when based in western countries. The alarming number of Muslim women being brutally abused and murdered in England being an example of this attitude. Others state that, in Afghanistan and elsewhere, the same organisation has committed unspeakable crimes against humanity, even forcing individuals to eat their own children. The irony being that any such regime of hatred, violence and contempt for the human race, could be practised in the name of religion. What sort of religion finds it acceptable to beat and abuse women? To murder children? To maim and kill totally innocent human beings? The absurdity of claiming that such activities are inspired by religion and the word of God – any God, seems to escape the many millions of Muslims who refuse to expose and condemn those responsible, even when they are aware of them within their midst.

Herein lays another issue. The ‘brainwashing’ of the vulnerable by those who are too cowardly to risk their own lives but induce others to do so. Similarly the special training camps, established in many parts of the world, where social criminals are trained in the philosophy of hatred and the practice of violence and crimes against humanity. It seems that we know the whereabouts of many of these camps, and yet are content to let them exist. Who is supplying them? Who arranges for transportation? Who is supporting them financially? These infrastructural factors do not arrange themselves by magic. They require careful organisation and the active cooperation and participation of many individuals and commercial organisations.

The true scale of ‘sleepers’ who, on the surface are leading conventional lives, but are prepared to commit terrorist related crimes whenever called upon to do so, may not be accurately understood, but is considered to be both extensive and widely distributed geographically. A country, such as the

United Kingdom, which has allowed mass migration of those opposing the host culture, is bound to have this problem. It is further considered that those sympathetic to the terrorist cause have infiltrated the majority of public services, including the police force and the intelligence agencies, who have been rushing to employ Arabic speaking individuals. It is also claimed that the UK Home Office employs a large number of immigrants in both the passport agency and immigration services. In addition, recent revelations in the UK show clearly how the National Health Service has also been infiltrated with terrorist units. Exactly why this has been allowed to happen is a mystery to any decent UK citizen, regardless of their origin. How can a government who claims to be against terrorism, positively encourage such individuals into key public service areas, with little or no screening? Precisely what agenda is being played out here?

However, the problem of sleepers is not confined to the United Kingdom. It is claimed that they are in position, in significant numbers, in many western countries, ready to mount coordinated attacks. This suggests that an efficient underground network is also in place to ensure that they are recruited, trained and effectively placed in position within the chosen country. The European policy of allowing mass migration and asylum into the EU area supports such activities absolutely. Once accepted into a European member state, the individual may then travel freely within the union. Thus, it is particularly easy to install sleepers within Europe. The US believes it is much tougher on immigration and certainly has a more robustly orchestrated process. However, it is claimed that there are a large number of sleepers in place there as well. Certainly, those involved in the September 2001 incidents had no trouble making their preparations and even obtaining flight training within America with, seemingly, no questions asked.

Given the reality of incidents to date and the large number of potential criminals recruited and in place across a wide geographic area, it is suggested that the organisation of terrorism is advanced and well on the way to achieving its objectives. The influencing of others to join the offensive is readily and blatantly undertaken within mosques and universities with no apparent objection or control being exercised by the authorities – particularly in Europe. Terrorists naturally take full advantage of this situation, systematically broadening their sphere of influence. It is naive to the point of absurdity, to believe that hoards of largely uneducated immigrants from terrorist supporting regimes are ever going to be loyal to the host country, or be grateful for the welfare assistance they receive. Hence

their easy conversion to terrorism. There are no ethics among such individuals, no sense of honour and no shame. They have been allowed to invade Europe and to swamp the United Kingdom. The consequence of government policy which has positively invited such a situation, is that these areas can no longer be considered safe.

Perspective c)

Terrorism is simply a branch of criminology and may be managed accordingly.

Terrorism, as with all violent crime against society, has root causes, organisation and planned activity. Combating terrorism may thus be undertaken by a programme of good intelligence, investigation and law enforcement, supported by a fair but robust justice system. If any of these factors are weak, terrorists and other criminals will find opportunities to exploit this weakness and practice their chosen activities. A strong judicial infrastructure should, in turn, be supported by a good educational system and an adherence to societal values across both public and private sectors. Again, if these factors are weak, the preponderance towards serious crime will be increased. Consequently, a society which has a high crime rate is likely to also be vulnerable to terrorism.

It is important to understand the true extent of terrorist activity and not to over-state the problem. Typically, in western countries and in relation to serious crime overall, it is actually quite small and should therefore be easily targeted from a law enforcement perspective. It is equally important to identify the true perpetrators of terrorist activity and not to make sweeping assumptions on either religious or ethnic grounds. We should focus upon facts and not allow distorted perspectives to predominate.

A good starting point, especially for European countries, would be to halt mass migration

and the wholesale granting of asylum. Certain countries are already seriously overcrowded and this reality places unnecessary pressure upon all infrastructural and social services, including law enforcement. It also serves to lower the quality of life within host countries, leading to increased social concerns and unrest, creating a breeding ground for crime. We can already see graphic examples of this happening within European cities.

We should then focus upon good intelligence in order to thwart terrorist activity before it occurs. This will include comprehensive research into root causes and trends as well as the identification of suspects and the monitoring of associated activity. This intelligence should be conducted discreetly and efficiently. It is not necessary to introduce draconian controls over ordinary, decent citizens, or to convert once safe areas into virtual police states. It is simply a question of proper training and support for the intelligence services, who may work alongside law enforcement in order to address the terrorist situation. When terrorists have been identified, then a robust and swift legal response, including deportation where appropriate, should be brought into play.

When those with terrorist inclinations understand that, in a given area, good intelligence is in place, together with an equally robust legal response, they will be less inclined to pursue their objectives in that area. If the intelligence services repeatedly fail and/or terrorists know that they will never be brought to proper justice, as is currently the case in the United Kingdom for example, then the problem will persist. Government policy must be equal to the terrorist challenge, without imposing unnecessary control over law abiding citizens or reducing the quality of life for the majority. This can be achieved, via a combination of intelligently conceived policy and first rate intelligence services.

We must equally understand the role of technology in this context. Widespread monitoring and control of ordinary citizens via technological means is not the answer. This has been proven. We must understand how technology might best support the skills of traditional intelligence, rather than expecting it to somehow replace those skills. This is also the case with respect to police forces. Technology cannot replace good detective skills or the societal role of the policeman. This fact does not seem to have been well understood to date. Indeed, it is interesting to note that the western countries most affected by the spectre of terrorism, rely heavily upon the indiscriminate implementation of law enforcement technology. The approach is quite obviously failing.

In order to respond to terrorism, countries should not introduce draconian public controls or expect citizens to accept loss of freedom, privacy or civil rights – this is exactly what terrorists want and would be playing straight into their hands. Instead, they should develop an integrated framework of robust immigration policy, superior intelligence services, effective law

enforcement and equally effective judicial systems. If a given country is experiencing worrying levels of serious crime and terrorism, it is because such an integrated framework is not in place.

Perspective d)

Citizens must be prepared to forego privacy and certain freedoms in order to make countries safe.

We live in a fast moving, and fast shrinking world where problems may migrate from one area to another with ease. The primary problem of course is the explosion of human population. Coupled with equally fast changes in manufacturing processes and agriculture, this has created a scenario whereby huge numbers of individuals have little opportunity to lead fulfilled lives. This, in turn, has created the spectre of mass economic migration, changing forever host countries and their traditional way of life. The same situation has had an equally dramatic effect upon the pervading culture within host countries, effectively destroying cultural continuity and any feeling of belonging. Consequently, those regions most affected are witnessing social disintegration and decline, together with an entirely predictable rise in serious crime, including terrorist inspired activities.

We must respond to these developments with a correspondingly increased law enforcement capability, using advanced technology in order to exert greater control over individual citizens. This means that citizens and their everyday transactions will be closely monitored for suspicious activity. This includes their travel and whereabouts, their financial transactions and purchases, their personal associations, and their entire personal history, including political and religious persuasion and any associated activity. The state must also have direct and full access to their medical records, private bank accounts, personal communication and other points of transactional presence. In addition, identity cards must be carried at all times and citizens required to give a biometric in relation to all public and commercial transactions.

The terrorist threat will never go away and we must therefore be constantly on our guard. There is no alternative but for citizens to sacrifice privacy and submit to full state surveillance and control, if we are to safeguard our borders and maintain safe societies. This is simply the way of the world and must be accepted as a logical global development. Citizens must consequently be prepared to place absolute trust in government and accept related policies

unquestionably. Databases are already in place, both for citizen registration and transactional tracking. These will be expanded and further developed, including the sharing of data with interested government agencies in other countries, as well as commercial organisations. In addition, databases used by financial and commercial institutions and law enforcement will be directly linked into this network, providing a full audit trail for the personal activities of every citizen. Citizens biometrics will be exchanged between parties and cross-referenced against the various data sources, providing positive identification. This will make it easier for law enforcement to track individuals, place them at specific locations and bring convictions accordingly.

The above perspectives reflect the depth of feeling around terrorism and, perhaps more importantly, governmental response to terrorism and the dissatisfaction felt by so many citizens in this respect. The negative impact of related governmental policy to society has clearly had a much greater effect than terrorism itself. Western culture as we once understood it, is indeed being destroyed. However, it is not terrorism that is seen as the agent of destruction, but government policy.

4. CRIMINOLOGICAL STUDIES

There exist a large number of individuals and organisations engaged in the study of criminology. Undoubtedly, much good work has been undertaken in this area and many worthwhile reports produced. And yet, serious crime continues to rise in many areas. What are the reasons for this? Are the mechanisms of legislation too slow perhaps to respond to contemporary advice? Have study techniques become misaligned with the pace of change? Perhaps the study of criminology as a discipline within the social sciences might be usefully widened, in order to accommodate the reality of such a fast changing world. In this section, we shall examine a few relevant factors in this context.

When a child is born, it is not born a terrorist. Neither is it born a Muslim, Jew, Hindu, Buddhist or Christian. It is neither a democrat or republican, nor a socialist or conservative. It knows neither hatred or envy. At birth, it is simply a pure, unspoiled miracle of nature, beloved of its mother and ready to set out upon its pathway in life. Any ideas of violence, hatred and dishonesty are accumulated along the way, according to a combination of life experiences and direct family and peer influence. It is a strong child who can develop independently of such influences.

In the case of a terrorist, what happens between this moment of birth and the point in time at which they decide to become a terrorist? Clearly, there are a number of influences which have been absorbed and which enable such a path to be followed. Such influences may have been in the form of direct family encouragement, binding the individual to extreme doctrines based upon the distorted views of the family. Other influences may have resulted from an uneasy fit with society or perhaps an instance of rejection. Perhaps the individual has become frustrated with his own abilities in the context of the modern world. Perhaps these insecurities have been spotted by another individual or organisation who seeks to exert influence. Such factors commonly represent a set of circumstances which lead an individual into a life of crime, with the promise of either material gain, acceptance by a peer group, dominance over an innocent victim, or perhaps a combination of these things. If we add to this list, a deliberate and extreme form of influence (often referred to as brainwashing) where an individual is persuaded to believe in an extreme doctrine, and to submit fully to its teachings, then we have an effective breeding ground for terrorists.

Religion provides an ideal catalyst for such extreme doctrines, as it imbues the perverted with a sense of righteousness and allows them to claim that their crimes against humanity are committed in the name of God. Little wonder then, that religion is widely used as a tool for evil in this context, as we have seen in many parts of the world and with many religions. The hapless individuals who succumb to such influences are to be pitied, as their lives are taken from them as surely as they seek to take the lives of their victims. The greater evil is the cynical organisation that undertakes the recruitment and brainwashing of such individuals. Yet this too is a product of influence. The evil were not born evil. They became evil. And this is very significant.

The whole model of influence and consequence is enacted throughout the human experience. Terrorism is the result of a particular model, but other models lead to political corruption, commercial dishonesty, discrimination and bullying, domestic abuse and other undesirable traits. Understanding how these models work may provide us with insights into criminology and terrorism which, in turn, enable us to understand how model parameters might be varied in order to produce a more societally beneficial result. The study of criminology may therefore be usefully aligned, in some respects at least, with the study of these life models.

Such an approach might be encapsulated in a computer model, providing the input data are of good quality and verified. For example, inputs could include

the family profile an individual is born into, number of siblings, precise location, political persuasion of the country, political and economic status of the region, strength of religious or ideological belief and teaching within the family unit, relative affluence, education opportunities, actual education attained, any history of abuse, traumatic experiences, external interests and influences, work experience, travel experience and so on. The primary outputs will be the probability that a given individual profile will be induced into criminal behaviour and the relative intensity of such behaviour. If a standard model were developed and utilised in this context, a broad range of data could be collected in relation to known criminals, both from empirical evidence and direct communication. As the quantity and variety of the data are increased, the model would be systematically refined and calibrated accordingly. This approach would not be easy and it would take time before reliable results were obtained. However, it would provide consistency, ambivalence and the promise of continually improved performance.

When the probability of individual profiles becoming criminally inclined in relation to their surroundings and experience is better understood (and the causal factors may not be obvious), then qualified recommendations may be made for modifying these factors accordingly. Such recommendations may consequently be reflected in legislation, education and social policy. This would naturally require a medium and longer term commitment in order to develop and assess related initiatives and changes. The benefits would accrue in reducing the numbers of individuals likely to be drawn into criminal activity and anti-social behaviour, rather than having to deal with them after the event. This prevention rather than cure philosophy would be better for all concerned, including the wayward individuals.

It is understood in most countries that the current approach with regard to penal systems achieves little in reforming the behaviour of miscreants. Indeed, the opposite effect is more often the result, as individuals receive more of the wrong type of influence will incarcerated. While we are generalising with respect to serious crime, the same principles apply to terrorism. The path that leads individuals to terrorism is characterised by family and external influence in just the same way. Of course, there are instances of mental instability and other medically aligned factors, but this is a slightly different problem, albeit still subject to external influence.

The formal model approach, as outlined above, is recommended for further discussion and elaboration by relevant agencies, and the author would be happy to collaborate in such discussions. An alternative approach is for

individual research programmes to reach their own conclusions, perhaps in collaboration with other programmes in different geographic areas. This approach has merit of course, however, the likelihood is that different methodologies pursued by individual groups will lead to different, and possibly conflicting, conclusions. There will be a natural tendency to conclude that different geographic regions have different situations and therefore different approaches and solutions apply. A potential risk in this respect is that effective solutions might be ignored if not originating locally. This risk could however be managed by strong international coordination.

There are clearly various ways in which criminology might usefully be studied and recommendations produced accordingly in order to develop safer societies. In all cases, a good starting point will be the definition of what we are trying to achieve, for whom, and how. Phrases such as ‘war on terror’ are disingenuous in this respect. Of course, every decent citizen in the world would like to see terrorism eliminated. The question is how? It is unlikely to be eliminated with bullets and more violence – this simply fuels the fire. Violence begets violence. Naturally, there has to be an end-stop of law enforcement, but much better, surely, if we can find ways to eliminate the cause. We must make a distinction between healing and hurting. In this respect, our criminological studies should have clear objectives to find ways of addressing the root causes of both serious crime and terrorism. This is an important and somewhat daunting task. But we must not shrink from it. The parallel, and equally daunting task, is to secure governmental commitment, upon an international scale, to address the identified causal factors. We must see the broader picture here, and understand all the world’s ills and where serious crime and terrorism fits among them. We shall achieve very little if our studies are insular and ill-defined. We must seek a broader collaborative effort, with clearly articulated objectives, timescales and responsibilities. This is achievable. We just need the will to achieve it.

Let us also consider the individuals involved on either side of a conflict or social structure. A popular phrase in western cultures, when observing an unfortunate is “there, but for the grace of God walk I”. It is an apt phrase. Every criminal, every terrorist, every corrupt politician, every policeman and every victim, was some mother’s precious and beloved child. They did not ask to be born into this world. Having arrived, they were subject to the influences and opportunities which we provided for them. In some cases, these influences and opportunities are clearly mis-aligned. We therefore have a duty, not just to our own children, but to all children, to provide the best environment that we can for them, enabling their lives to be characterised by

education, understanding, compassion and fulfilment, rather than hatred, fear and disassociation. Children and those children as yet unborn are the 'customers' for our studies into criminology. Our goal must be to effect change for the better via the conclusions and recommendations of our studies.

It follows then, that our studies must have purpose, direction and commitment towards clearly articulated goals. Furthermore, they should be acknowledged, supported and fully utilised by government, both locally and further afield. It is important therefore to secure a robust international collaboration in this context. With collaboration, we need an active coordination in order to ensure that all relevant tasks are addressed and completed against a defined programme schedule. This is relevant both at a local level, national level and international level. This coordination will include an active communication programme to ensure that all sectors are informed and aligned. With such coordination we get results. With results we get the potential for action.

5. TOWARDS A BETTER WORLD

Clearly, issues such as serious crime and terrorism are embedded into the contemporary global scenario. In order to have any positive impact upon such societal ills we must, in addition to in place law enforcement and judicial measures, develop a longer term plan for managing related societal problems and issues. We must create an ordered and sustainable approach to researching, understanding and managing such issues upon an international scale. The alternative to order is chaos, and chaos will simply allow such problems to fester and grow, as indeed they are doing today.

We have a community of criminologists and academics who are well placed to undertake research, understand and quantify the complex web of factors which increase the probability of individuals being absorbed into anti-social activities, including violent crime, political and commercial corruption and terrorism. We have law enforcement infrastructures and judicial systems with which to execute the letter of the law. We have government administration with which to develop and implement policy. It should be possible to align and coordinate these elements in such a way as to create a positive feedback loop which systematically reduces the root cause of these societal ills. We may never eliminate them completely – the human condition is flawed after all, but we should be able to reduce them to manageable levels and sustain this manageability over time.

The key to success in this context surely lays in the combination of addressing the root causes, implementing a robust but fair intelligence and judicial system and, very importantly, education and communication. Furthermore, these factors must be combined into an ongoing roadmap with defined and measurable objectives. This is half the requirement. The other half is to do with commitment and responsibility. Without commitment from all concerned, even our best endeavours run the risk of failure. This commitment must emanate from the highest levels of government and be backed by the necessary resources, both human and fiscal, to make it happen. Furthermore, this commitment must be monitored, reviewed and revised on an ongoing basis. With a coordinated effort, much could be achieved over coming decades in this context.

The following ideas are offered for consideration as a potential way forwards:

The establishment of an international focus group.

This would be a relatively small group of appropriate individuals, with representation from government, academia and practitioners, tasked with the ongoing coordination and administration of the international effort. This is a significant task which would require active participation and commitment from all involved. The group would define and publish its own objectives and deliverables and be measurable against them. It would additionally be responsible for external communication with respect to programme activities and conclusions as appropriate.

A defined and coordinated international research programme.

One of the first tasks of the focus group would be to identify suitable centres of research excellence and agree an ongoing, coordinated programme of work which will comprehensively cover all identified research requirements. This research will reach beyond the obvious and examine related factors such as governmental policy, political ethics, the status of education and other societal threads, in addition to the psychology of offenders. A research roadmap will articulate the broader requirements, together with who is doing what and when. Deliverables will be plotted accordingly and adhered to. The focus group will develop and maintain the broader perspective of how the different strands of research align for the common good.

The development of a scenario based model.

A computer model may be developed, into which the results of associated research may be input in order to develop a scenario based tool for identifying the probability of individuals being influenced towards serious crime and terrorism. With ongoing refinement and development, such a model could highlight the complex combinations of factors which lead to negative consequences. Whilst such a model will not in itself solve the problems of criminology, it will help users to understand the societal variables and encourage further research in appropriate areas. The scenarios developed within such a model may then be compared with actual conditions and, where appropriate, steps taken to improve these conditions. Such information would prove invaluable as an aide to policy development in connection with a broad range of civic issues.

A programme of regular reports.

For any such initiatives to be effective, it is important that significant conclusions are reported regularly and to the appropriate recipients. A reporting programme will consequently be defined in order to supply regular updates to key decision makers within the necessary government agencies. This should not be limited to areas of law enforcement, but should include education, welfare, rural development, environmental control and other areas as appropriate. In addition, an annual summary will be produced for broader circulation which highlights observations and achievements from the previous 12 months. These reports will be carefully managed and archived in order to provide an audit trail for the programme overall.

A defined review programme.

In order to effectively monitor and regulate the programme as necessary, it will be necessary to conduct regular periodic reviews. These reviews would be orchestrated by the focus group with input from all those involved in the broader programme. They will include administrative matters as well as the direction of future activities. In addition, they will review the governmental response to provided reports and develop an international roadmap of related activities and results. This will serve to monitor the effectiveness of the programme, including related research, and contribute to the definition of future requirements.

With a defined and managed international programme, as articulated above, we have the potential to affect change for the better. In addition, this change will be for the common good of humanity, without political or ideological prejudice. This is an ambitious idea – of course it is. But it is an idea which is achievable. There is nothing standing in our way, except for inertia, conflicting political agendas and the lack of a small amount of organisation. We do not need self-interested committees, commercial associations or consultancy assignments. We need solid commitment from those in positions of responsibility to leave a better legacy for future generations.

A word about responsibility. At an individual and parochial level, people feel they have a responsibility to their particular agency, department, business organisation or university. That is understandable. However, we each have a bigger responsibility, and that is towards our children and their children. A responsibility to leave them the tools and mechanisms with which they can create a better world. A responsibility to revive traditional values of truth, honour, compassion and courage with which to move forwards. In recent times, we have allowed the focus to drift more towards material matters and the insatiable greed with which to drive consumerism and the pursuit of power. Such policies are not sustainable indefinitely. In addition to the damage we are causing to the natural world, substantial damage is equally being caused on a moral and intellectual level – an undoubted contributory factor to the rise in serious crime and terrorism. We must not be afraid to stand and face such issues head on. Their denial will prevent us from effecting worthwhile and necessary change. Responsibility means having the courage of our convictions and standing firm – regardless of opposing pressures. It means making a personal commitment, without expectations of reward or recognition. It means siding with truth, regardless of personal cost. The concept of responsibility must be embedded at all levels, within government departments and specialist agencies, among academic institutions and at a personal level throughout. Responsibility represents the first difficult step. From there on, the path becomes increasingly clear.

In parallel with this research lead approach, we obviously need to ensure that our intelligence services are first class and up to the task of uncovering and thwarting plans for serious criminal or terrorist activities. In this respect, we need to understand and review the role of technology. In recent times, there has been a tendency to over-rely on technology, possibly at the expense of traditional intelligence techniques. Furthermore, there is a tendency to believe that, due to the power of technology, human resources

can be reduced in many areas. This is an unfortunate trend which, if we are not careful, will have the effect of de-skilling the relevant personnel. This is also highly relevant to law enforcement, where we are already witnessing claims that police forces, even with an armoury of technology at their disposal, are actually becoming less adept at solving crime. One of the issues with technology is that, while it may enable easier or faster gathering of evidence and data, the information gathered must still be intelligently interpreted. Such interpretation skills come with proper training and extensive field experience. Inexperienced officers, even with all the technology in the world, will struggle to be effective. We must not lose sight of the importance of skilled operators, across all related services. Perhaps it is time to review our requirements in this context, and understand what needs to be done in order to provide the quality of services we need in order to effectively tackle the problem. It is likely that we shall perceive the need for higher individual skill levels and better training, rather than more technology.

We must also review political ethics. In recent times, it has become acceptable for politicians and ministers to blatantly lie to the populace in order to further their own agendas. Similarly, in many countries, the blurring of the line between politics and business has become so pronounced that government policies are simply serving the interests of business, often directly against the interests of citizens, rather than being defined for the common good. These trends must be exposed and reversed if we are to affect change for the better. If political leaders and champions of industry are aloud to set such bad examples, it is little wonder that these attitudes permeate down the ranks until they affect whole societies. We must remember that crime is not only practiced by those who find themselves on the wrong side of the law, as all history shows. Consequently, when considering serious crime and terrorism, we must cultivate an holistic picture of global society, together with the economics and politics which drive it. The development and documentation of this picture will serve us well in our understanding of the root causes of criminology and how to address them.

6. CONCLUSIONS

In this paper, we have touched upon a range of topics in order to illustrate the relative complexity of the subject matter. Serious crime, including terrorism, doesn't simply appear as if by magic. It has underlying causes, some of which are deep rooted, others fairly dynamic responses to societal

conditions. With respect to terrorism, currently, our overriding response is to fight fire with fire. Declare a war on terrorism. Bring soldiers into the streets. Change peaceful societies into virtual police states, eliminating privacy and seriously eroding civil rights and respect for decent citizens. It has often been suggested that such an approach is less of a war on terrorism (which seems to be hardly affected by it) and more of a war on citizens (who are deeply affected by it). The political paranoia and media manipulation attendant with such an approach is serving no one well. If this is the best we can come up with, then we are indeed in a very sad and precarious position.

Of course we need effective law enforcement and an efficient judicial system. These are the backstops of any decent society and must be maintained in a just and fair manner. We also need to keep things in perspective and understand the broader requirements of civilisation.

We need to consider the future of the world we are creating and the attendant quality of life for our descendants. If we have made such a mess of things that serious crime and terrorism are on the rise, then we must strive to understand what has gone wrong and why. It is only this understanding which might lead us to effective remedies. We cannot remain in a reactive mode indefinitely. Our studies into criminology should be defined and directed in this vein.

There are many serious issues in the world today. Chief among them are over-population and mass economic migration which is having a dilutory and disorientating affect upon host populations. This, in turn, is eroding traditional values and respect, leading to a rise in societal tensions and serious crime. Couple this with increasing corruption in public office and a lack of ethics in business, and it is little wonder that we have such a problem on our hands. A good example of the how the combination of these factors can have a destructive affect upon society may be found in the United Kingdom. England in particular is now seriously over-crowded and the once distinguished host culture, developed over many hundreds of years, has been eroded almost to the point of elimination in many of its cities, being replaced with a confused and disintegrated mixture of perspectives. The end result is a fertile breeding ground for all serious crime.

Other countries have a different story to tell. Some marked by economic stresses and infrastructural decline. Some by natural catastrophe and the struggle for resources. Some by political corruption. Some by religious

fanaticism. Some by an enduring lack of education. Some by a mixture of these things. In all cases, it is this bigger societal picture which facilitates the probability and extent of serious crime.

We have to understand these bigger pictures, including factors such as widespread political and commercial corruption, cultural manipulation, weaknesses in education, civil rights issues and the relationships between citizen and state. Serious crime and terrorism do not exist in isolation, they are products of society. It is only by studying this broader perspective that we may be able to draw sensible conclusions and offer suggestions for remedial programmes.

It follows then, that the study of criminology and terrorism should be a broad based discipline within the social sciences, coordinated in such a way that these broader perspectives may be developed. It is an important discipline which should be properly grounded and supported. International coordination and cooperation will be an essential factor in its success as we are, after all, dealing with a global problem. The issues are serious and challenging. But we must not shrink from them or falter in our determination to improve matters. Moreover, we should let truth and clarity be our guiding principles, no matter how many obstacles are placed in our path. Our body of work should set a precedent for future generations, providing them with the understanding and tools with which to create a better world.

Terrorism? We can fight it with arrogance or intelligence. We can introduce draconian measures after the event, or we can anticipate and prevent the event from occurring in the first place. We can use it as a vehicle with which to pursue other political agendas, or we can understand it in context with the broader perspective. One approach is easy and will erode the quality of life for all. The other is fraught with difficulty but holds the promise of a brighter future. Which road shall we take?

THE QUESTIONS OF TEACHING LEGAL PHILOSOPHY IN TURKEY

*Assoc. Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAG**

“Pektus fatsitdioris consultum”

“A lawyer’s bravery is manifest himself”¹

“In the last analysis, the law is what the lawyers are.

And the law and lawyers are what the law schools make them”

Professor Felix Frankfurter²

How did The Receptions (from the last decade of the Ottoman Empire to the end of the young Republic’s first decade) affect Turkish Philosophy of law.

Turkey’s whole legal order was replaced with western style laws, European laws. Old religious and customary rules faded into the history. Why did this occur? Europe defeated the Ottoman Empire not only in military areas but more importantly, also created Socio-psychological impacts which affected all aspects of the Ottoman social life. The influences of Europe over the Ottomans at that time could be divided into two main ways: *the first one* was a political-economic tidal wave which came directly from big countries (in Turkish term, Düvel-i Muazzama) like Great Britain or France, inundated

* Head of Philosophy and Sociology of Law Department at University of Galatasaray Law School Istanbul, Turkey auturkbag@hotmail.com, auturkbag@gsu.edu.tr

1 Hayrettin Ökcesiz, “Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi”, International Meeting (Jan. 9-11 2003), Türkiye Barolar Birliği (pp. 35-44), p.36; (Quoting from Gustave Radbruch).

2 Paul D. Carrington “Butterfly Effects: The Possibility of Law Teaching in a Democracy”, Duke Law Journal, Vol. 41 Feb. 1992, p.742.

the land. The Baltalimanı Treaty with Great Britain in August 16 1838, opened the Ottoman economy to English merchants via reduced export taxes, even giving immunity to English merchants (a couple of years later it was extended to France and some of the other European merchants) in domestic taxes that Turkish ones had to pay.³ It comprised the economical base of Tanzimat which was the first law-focused social engineering project of Ottoman society between 1839 – 1876 and included not only huge administrative reforms but also real breakings in or separations from classical Ottoman life style.

The Second one was the big and crucial turning points in European history: the Age of Discovery, the 17th century namely the Age of Reason, Enlightenment (Firstly Scottish Enlightenment and commercial revolution) and the Industrial Revolution differentiated Europe from the other parts of the world at that time, leading it to the top. Thanks to them, Europe could dominate the world. So not only in military encounters or great issues but also in the routines of everyday life (for example in the period of 1718 – 1730, *Lale Devri*, in the very limited area the Ottomans sought to copy the European lifestyle in order to find its deficiency and its cure⁴) the Ottomans gradually felt their deficiency. The feeling of inadequacy which was created by historical developments and supported, exaggerated and used by leading European countries against the Ottomans, was the characteristic factor of the last centuries of the Ottoman Empire and was left as a heritage to the Republic.

Two main opinions about the cure were fought over during these centuries: one of them, most broadly speaking, was conservatives and the other was western – reformist. The latter party won and founded the Republic. They changed the legal order completely, aforementioned.⁵ Since it is a fact that law is a part of a local culture, so Turkey, tried since the first days of the

³ Sina Akşin (Ed), M Kunt, A. Ödekan, Z. Toprak, H. G. Yurdaydın, Türkiye Tarihi: Osmanlı Devleti 1600 – 1908 (History of Turkey: Ottoman Empire 1600-1908), Vol.III, Cem Yayınevi, İstanbul 1992, pp.118, 201-202.

⁴ Beyza Bilgin, İslam'da Kadının Rolü Türkiye'de Kadın (The Role of Woman in Islam Woman in Turkey), Konrad Adenauer Foundation, Ankara 2001, p.16; also see A. Ulvi Türkbağ, "Hun İmparatorluğu'ndan AB'ye Hukuk Tarihimizin Kırılma Noktaları (From Huns' Empire to EU Milestones of Turkish Legal History)", Hukuki Perspektifler Dergisi HPD, İstanbul 2004, pp.12-20.

⁵ From 1718, especially from 1839, the Ottoman Empire had tried to gradually westernize their legal order, but marked by interruptions, it could never think in terms of a radical reform as the Republic was able to do.

Republic to reconcile its culture with its legal order. It was hard to find true cultural fundamentals of norms or to base on the norms. Philosophy of law needs to find and clarify the bases of legal norms, and to show their connections or places in the whole legal order. These duties are strictly tied to culture and society itself. Turkey, therefore, was able to change or modify its culture with a successful⁶ social engineering project as a cure or the law reformation (The Receptions), an essence or important means of the project. All aspects of life were changed, replaced with European styles.

1. What are the Impacts of Turkey's EU Candidacy on Turkish Philosophy of Law?

It is interesting that Turkey looks like it is about to reach another milestone in its history nowadays. EU candidacy has led (and is leading) to great reform, enormous changes in the legal order that is almost as extensive as were those in the first decade of the Republic. The Constitution, the civil code, the criminal and criminal procedure code etc. has been changed partly or completely in the last decade and many others have been drafted for enactment. But there have always been some problems about that process. The problems are various but they can be together twice topics in brief: (1) It is the gap between promises and performances in Turkish law. (2) It is the culturally based problem which can be truly or wrongly stated as the clash of civilizations.

The former is not a problem just between Turkey and EU or a problem that only has effects upon law. Its roots are in the practical nature or life style of Turkish society. As such healthy analysis of the problem needs sociological field research to find true causes of the problem and the right recipe to cure it. But the problem focuses on doubt about Turkish commitment.⁷ The heart of the problem is whether Turkish practices are in good faith or not, namely if Turkish authorities are eagerly trying to do the best that they can or not in order to meet EU criterion or new Turkish laws which are in compliance with EU standards.

The latter is harder because of the sensitivity of the matter. In the each side (Turkey or EU) someone who thinks that Europe and Turkey are very different

⁶ The success of the project has been debated since it was put into practice, but apart from evaluation, it was able to transformed society and the success means that it has serious outcomes.

⁷ İoanna Kuçuradı, *Türkiye'de İnsan Haklarına Saygı Eğitimi (Human Rights Education in Turkey)*, Konrad Adenauer Foundation, Ankara 2000.

from each other for cultural and historical reasons: in the center of that thesis there is the religious matter and it can surface in everyday life with strange examples. For instance someone can say “I’m disturbed by seeing a woman around with headscarf” or the other one can say “I’m disturbed when I see a woman with the cross necklace”. But because of some important reasons, the problem is artificial, exaggerated and not real in the 21st century. The first one is the Turkish lifestyle got close to the European one by the aforementioned cultural revolution. Second, people all over the world perceive religious matters in a very different way from the Middle Ages or before. They can be a religious person, a believer in the highly communicative life but, I think, you can easily realize the limits of your faith. Everybody knows there is not a monster or a beast in the world except the one that human beings create.

So philosophy of law lectures have to cover to levels of the two problems: the first level is comprised of the comparison of Turkey and EU norms, the other comparison of cultural and social levels.

2. How customary laws’ remnants affect Turkish philosophy of law?

‘Töre’, the traditional or customary law of Turkish people is another challenging point for law or philosophy of law. Töre has its own value and principles some of which harmonize with or support modern life and others that are just opposite to it. Special care for about hospitality, for example, creates a habit of respect for the rights of other people. On the contrary there are the examples of polygamy, vendetta, a bitter quarrel between families and berdel, bartering minor girls without their consent (or without even asking them) for marriage between families. The most important one is *namus cinayeti*, murder of honor.⁸ Almost every week a woman is killed or forced to commit suicide because of this reason. Why? Some part of Turkish culture, such as southeastern local culture defines honor limited by the sexual purity of women, namely the family’s honor and its women’s sexuality is strictly connected. So when a girl has a relationship with a man without being married, or if she gets married without her family’s consent, she will often be killed. When, even, a girl has been raped. Her consent is not an important element.

⁸ For murder of Honor see Vildan Yirmibeşoğlu, *Toprağa Düşen Sevdalar: Töre ve Namus Gerçekleriyle İşlenen Cinayetler (Fallen Loves: The Murders of Töre and Murder of Honor)*, Hurriyet Yayınları, İstanbul 2007; Mehmet Faraç, *Töre Kuskacında Kadın (Woman is under the yoke of Töre)*, Günizi Kitaplığı, 2002.

The Turkish legal system tries to stop this brutality but that is not enough. Some social cures are needed. I think it is crucial to invest in sociological researches. One of such study has been done by GNA (Great National Assembly).⁹ It will be useful to organize meetings and congresses to fix the provisions of Töre. But somebody who thinks that focusing on traditional law is dangerous because it, maybe, causes to legitimize traditional rules.

In that point it will be useful to remember H. L. A. Hart's famous book *The Concept of Law*. In 'The Elements of Law' Hart talks about the primitive law of an imaginary society but his analysis has an important element. Primitive rules have a deficiency that nobody knows how to change and the remedy for this static quality is 'rules of change'. So it sounds logical to gather or organize meeting to discuss and try to fix the origin and conditions of Töre in order to change it. In conclusion all issues have to be debated as part of a philosophy of law course.

3. What is the Place of The Philosophy of Law (and/or Sociology of Law) in Legal Education in Turkey?

When I was a graduate student of law at the University of Istanbul Law Faculty, I allocated the most of my spare time to the study of philosophy and sociology of law. Every lecture was wonderful enabling me to discover the most refined thoughts about crucial subjects like the Universe, the World, human beings, the meaning of life, society, freedom, rights, etc. In addition I generally witnessed sharp quarrels about these matters, especially quarrels between idealism and materialism, In that it was the Cold War era and the choice which had been made between the two poles affected all aspects of life, from personal moral values to ethic grounds of societies and states as well as from personal relations, to human being relation to the environment.

In this climate of thought I clearly understood that our guiding ideas, however abstract, had extremely important effects on our everyday routines and details. As Opposed to W. James I was able to plainly see the inner relation and connection between sincerely adopted abstract ideas and concrete acts. I was sure that one's opinion about the origin or substance of the Universe

⁹ Fatma Şahin (MP) *Namus ve Töre Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu*, Report About the Causes and Cures of Töre and Murder of Honor, and Violence Against Women and Children) GNA Ankara 2006.

determines his whole gesture and behavior towards his boss, client or family, namely all people and things around him. Law, additionally, focuses men's acts and behaviors (it rarely cares about intentions). So I thought that I could discover the hidden key of law and could easily open all its doors.

Legal teaching, on the other hand, seemed technical to me, students could only know general arrangements and their requirements. But in this context the most expected result, the real target of legal education was (actually is) 'thinking like lawyers'. However its content is extremely debatable, it rudely has some basic points which, in ideal conditions, at the end of the legal education students would have as the crucial skills of the craft. These basic skills in order to be a good lawyer can be listed as follows:

- a) *To have mastery over the basic norms of the local legal (national or provincial – federal) system.* At first glance the Basic Norm, in the Kelsenian sense (*Grundnorm*), should be essentially understood by students, it is highly required but not enough. Students, according to specialization, are not only expected to know the basic laws of their areas, for instance good faith and abusing rights in civil law or mens rea in criminal law, but also they can grasp them with inner connections. It is a generally accepted supposition that bidding rules comprise framework of every legal system.
- b) *The ability of putting together legally essential features of events and norms.* It is the most important sign of 'thinking like lawyers'. So, when one student can rightly tie event and norm he rapidly attracts attention from both his friends and professors. Every norm has essential elements which altogether constitute its ratio legis, the reason or aim to enact it. Good practicing a norm, a law depends on your ability to analyze the event and to interpret the norms then truly matching their elements.
- c) *To have interpretative ability.* Law practice is interpretative work. Even a simple norm needs interpretation to practice. Lawyers spend most of their time and effort interpreting norms and also events. So it is naturally expected that law students can interpret and sometimes reconcile norms. Interpretation, on the other hand, necessitates both a good legal technique and working knowledge of the subject matter of the norm to practice.
- d) *Can reach decision with good reasoning.* Almost all the criterion of 'thinking like lawyers' can be reduced to the rightly used skill of legal

reasoning. It is divided into two parts: one is, that can be integrated with (a) (see: *mastery* above), finding sound connections of norms. For instance most generally the inseparable connection of rule of law (state of law) and democracy or not retroactivity of statutes and human rights. The other is that legal logic, namely students' skill to use norms and to reach logical outcomes, legally sound conclusions. The key point of that is the process, logical stages of conclusion. All stages include subordinate outcomes and their soundness comprises the rightness and validity of the final conclusion.

- e) *To have skills required for law practice.* Advocate, legal consultant, administrator, etc. All lawyers have to have some future to keep going in good condition in his or her job. A lawyer must be a good negotiator, have rhetorical ability and have good knowledge of his special areas. A commercial advocate, for example, needs to know accounting techniques generally used by firms or a consultant working at in the construction sector needs to know not only liability rules but also basic construction techniques.

Do these five main expectations from a legal education, as a content of 'thinking like lawyers', provide the skills or ability which a lawyer should have or is a lawyer skilled in these an ideal one? Can some more be demanded? Doesn't law's essence (if there is something like this, free from time and space) and function require more? For instance (what a pity!) some skilled lawyers would use their ability to bypass the statutes or regulations which do not fit their aim or their client's interest. It is a fact that a lawyer who has high technical capacity in law procedures can commit fraud against law. So in addition to the five (a, b, c, and d) sincere 'respect for law' immediately must be placed.

Why is not respect for law placed included in these 5 criteria, for example as (F)? Because legal practice becomes more and more a technical job and legal education tried to accord it. So the demand of market (big legal firms' or state's needs for lawyers working as Consultants, judges, public prosecutors, advocates in public institutions etc.) determines curriculums of law faculties, even lists of elective courses and students' choices. In conclusion the key question is, can something different be expected from the legal education, apart from legal market's demands. Each of the alternative answers of the question, for the sake of this article's aim and clearing the real fundamentals of law, should be followed.

If the answer is positive, it is expected *more* than market demands, what would be the limits or content of '*more*'. Legal education has conservative manner in itself. It converts students to good citizens who obey laws and support the legal order. But behind the scene, nobody can be sure of the futures of the legal order. Whatever the state may be a democracy or despotism, legal education works as aforementioned.¹⁰ There always will be, on the other hand, faulty products; students who, because of various reasons such as cultural or personal differences, couldn't adopt what was taught. They seek to find alternative ways apart from the mainstream which is taught or generally accepted.

If the answer, on the other hand, is negative legal education's output overlaps market's demands and, curriculums and teaching techniques should be in accord with conditions of market or harmonize with present and possibly future demands of private and public. In that case is there any guarantee that the socioeconomic structure works in the limits of high values such as justice, democracy or human rights? Is there any immediate effect which pushes considerable actors of market to keep requirement of these values?

In the two options of positive answer or negative answer, there crucially needs to be an awareness of the fundamental acquisitions of human being. Everybody, especially lawyers, must know and debate fundamental principles such as justice, freedom, fairness, equality, democracy, the rights of others etc. But the tendency of post Cold War era is the just opposite one. Highly mobilized social life and dramatically developed industries of communication, transportation and information bring about the huge bulk of technical problems and nobody has enough time to consider behind the misty picture of the 21st Century.

But if we try to see beyond the mist or when the mist clears out, what is left behind are the new versions of familiar problems of humanity. We own all technical law, branches of dogmatic law such as constitutional law, criminal law, civil law etc. and high principles converted positive laws. But nobody can say we are able to overcome or, at least, be able to tackle the most fundamental problems of humanity better than another period of history.

¹⁰ Hubert Rottleuthner, "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi", International Meeting (Jan. 9-11 2003), Türkiye Barolar Birliği pp. 27-35, p.35.

Despite this generally accepted fact, people's outlook on the philosophy of law is very far from appreciating the strategic mission of it or to realize the effects of abstract ideas in their everyday lives. The philosophy of law seems strange to all kinds of lawyers especially with its perceived nuances: advocates don't want to use their time for things that can't be written in a suit's petition, judges haven't enough time to debate beyond the written norm and academicians can't (or don't want to) see the matter in a scope beyond their subject matter. Laymen have composed feelings such as uselessness and the fear of the unknown about it. Generally nobody explains their real thoughts and feelings about it, because it is a plain fact that the philosophy of law indeed all philosophy is the heart of culture. So nobody has enough courage to say the truth about the emperor's clothes.

REFERENCES

- Akşin, Sina (Ed), M Kunt, A. Ödekan, Z. Toprak, H. G. Yurdaydın, Türkiye Tarihi: Osmanlı Devleti 1600 – 1908 (History of Turkey: Ottoman Empire 1600-1908), Vol.III, Cem Yayınevi, İstanbul 1992
- Bilgin, Beyza İslam'da Kadının Rolü Türkiye'de Kadın (The Role of Woman in Islam Woman in Turkey), Konrad Adenauer Foundation, Ankara 2001.
- Carrington, Paul D. "Butterfly Effects: The Possibility of Law Teaching in a Democracy", Duke Law Journal, Vol. 41, Feb. 1992, 741 – 805.
- Faraç, Mehmet, Töre Kiskacında Kadın (Woman is under the yoke of Töre), Günizi Kitaplığı, 2002.
- Kuçuradi, İoanna, Türkiye'de İnsan Haklarına Saygı Eğitimi (Human Rights Education in Turkey), Konrad Adenauer Foundation, Ankara, 2000.
- Ökcesiz, Hayrettin "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi" (Law Teaching and Lawyer's Education), International Meeting (Jan. 9-11 2003), Türkiye Barolar Birliği, 35 – 44.
- Ökcesiz, Hayrettin "Yargıda Reformun Felsefi ve Sosyolojik Alanında Bazı Önemli Nirengi Noktaları (Some Important Points in Philosophical and Sociological Areas of Adjudicative Reform)", HFSA, İstanbul 2002, 140-155.
- Rottleuthner, Hubert, "Hukuk Öğretimi ve Hukukçunun Eğitimi (Teaching Law and Education of a Lawyer)", International Meeting (Jan. 9-11 2003), Türkiye Barolar Birliği 27-35.
- Şahin, Fatma (MP), Namus ve Töre Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu (Report About the Causes and Cures of Töre and Murder of Honor, and Violence Against Women and Children), GNA (Great National Assembly), Ankara 2006.
- Türkbağ, Ahmet U. "Hun İmparatorluğu'ndan AB'ye: Hukuk Tarihimizin Kırılma Noktaları (From Huns' Empire to EU: Milestones of Turkish Legal History)", Hukuki Perspektifler Dergisi HPD, İstanbul 2004, pp.12-20.
- Yirmibeşoğlu, Vildan, Toprağa Düşen Sevdalar: Töre ve Namus Gereğiyle İşlenen Cinayetler (Fallen Loves: The Murders of Töre and Honor), Hürriyet Yayınları, İstanbul 2007

ULUSLARARASI HUKUK VARMIŞ, ONA GEÇEN GÜN YOLDA RASTLADIM*

*Doç. Dr. Emre ÖKTEM***

*Ar. Gör. Bleda KURTDARCAN****

Uluslararası hukukun varlığı ve bağlayıcılığı tartışmaları, neredeyse bu disiplinin tarihi kadar eskidir. Makalemizin, bu ezeli tartışmaya son vermek gibi bir niyet ve ihtirası yoktur. Aksine, üniversite koridorlarında diğer hukuk dallarından meslektaşlarımızla şakalaşmalar düzeyinde seyreden tartışmayı akademik düzeye taşıyarak alevlendirmeyi arzu ediyoruz. Kim bilir, belki böylece, bilim dalımızın varlığını inkâr eden dostlarımız tartışmaya katılarak bize istemeden çalışma malzemesi sağladılar ve gözden ırak duran mesleğimizi gündeme taşıdılar.

I. ULUSLARARASI HUKUKÇU OLMAYANLAR, ULUSLARARASI HUKUKUN VARLIĞINI REDDEDİYOR; ULUSLARARASI HUKUKÇULAR DAHİ KENDİ ALANLARINA ŞÜPHEYLE BAKIYORLAR...

Uluslararası hukukun varlığını ve etkinliğini tartışma konusu eden yaklaşımın kökenleri Macchiavelli'ye kadar izlenebilir. Papa VI. Alexander (Borgia)'nın devletlerarası siyasetine hayran olan Floransalı meşum düşünürüne göre iki mücadele yöntemi vardır: Kanunlarla ya da şiddetle. Birincisi insana, ikincisi ise hayvanlara özgüdür. Ancak, birincisi çoğu zaman yetmediği

* Prosper Weil'in "*Le Droit International En Quete De Son Identité*" adlı eserinde kullandığı ifadeden serbest çeviri: "Le droit international existe, je l'ai rencontré".

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

*** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

için ikincisine başvurmak gerekir.”¹ Sosyal sözleşme teorisinin “karamsar” teorisini Thomas Hobbes da, uluslararası hukukun varlığını tartışmayı ihmal etmemiştir. Uluslararası hukuku doğal hukukla özdeşleştiren Hobbes, güvenliğin doğal hukukla sağlanamayacağını söyler: “Kılıcın zoru olmadıkça ahitler sözlerden ibarettir”². Hobbes’un takipçilerinden Austin, R. Aron ve G. Burdeau, uluslararası hukukun “hukuki” varlığını reddederek bu disiplinin tamamen ahlaki nitelikte olduğunu savunacaklardır³. Aron, uluslararası ilişkilerde şiddetin normal nitelikte olduğunu vurgulayarak bu durumun uluslararası hukukun bağlayıcılığı ile bağdaşmazlığı sonucuna varır⁴.

Uluslararası hukukun kurucu babaları arasında yer alan Grotius’un vatani Hollanda, bu disiplinin amansız inkârcılarını da yetiştirmiştir. Spinoza, *Tractatus politicus* ve *Tractatus theologico-politicus*’ta şu görüşleri savunur: “Devletler, doğal halde yaşayan varlıklar olup fiilen yapabilecekleri her şeyi yapmaya hakları vardır. Kendini koruma ilkesi, hayvanlar ve insanlar gibi devletler arasındaki ahlaki düzenin de temel ilkesidir. İnsanlar doğal olarak düşmandırlar ve uyumsuzluklarını şiddet yoluyla çözerler. Bireyler, oluşturdukları siyasi toplum sayesinde doğal şiddet ortamından kurtulabilmişler, ancak siyasi toplumlar kurtulamamışlardır. Bunların akdettikleri sözleşmeler, günün koşullarının yansımasıdır; koşullar değişince devletler verdikleri sözden dönebilirler. Kılıcın yaptırımına bağlanamayan uluslararası hukuk, hukuk olgusunun dışına itilir. Bir noktada düşüncesini yumuştan Spinoza, bir barış andlaşmasını imzalayan devlet sayısı arttıkça, tek başına muharebe yeteneğini yitiren âkid devletlerin her birinin ihanet ihtimalinin de azaldığını söyleyecektir⁵. Arnold Rogers, 1710 yılında Leyden Üniversitesinde savunduğu “*Dissertatio qua demonstrantur jus gentium non datur*” başlıklı tezinde uluslararası hukukun yokluğunu öne sürerken şu gerekçeye dayanmıştır: Uluslararası camianın üyeleri arasında eşitlik ilkesi geçerli olduğuna göre, birkaç ulus birleşse bile başka bir ulusa iradelerini dayatamazlar⁶.

1 Macchiaveli, Niccolò, *Il principe*, Gruppo editoriale Fabbri, Bompiani, Sonzogno, Milano, 1987, s. 87. (18. bölüm) Macchivelli denilince ilk akla gelen Amaç araçları meşru kılar” deyişinin bu bölümde yer aldığı belirlemek gerekir.

2 Hobbes, Thomas, *Leviathan*, çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yay., İstanbul, 1992, s. 247, 127.

3 Carreau, Dominique, *Droit international*, 3ème édition, Pedone, Paris, 1991, s. 36.

4 Bkz. Aron, Raymond, *Paix et guerre entre les nations*, Calmann-Levy, Paris, 1984. s.691 vd.

5 Truyol y Serra, Antonio, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, (Edition revue, augmentée et mise à jour par Robert Kolb, Ed. Pedone, Paris, 2007, s. 23-24.

6 Aktaran: Quadri, R. “Le fondement du caractère du droit international public” in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, t. 80, 1950, s. 611.

İlk bakışta cazip görünen bu tezin içerdiği çelişki şudur ki; temel aldığı ilke, yani devletlerin egemen eşitliği ilkesi, bir uluslararası hukuk ilkesidir.

Uluslararası hukukun varlığını inkar eden görüşlere Türk doktrininde de erken dönemlerde rastlanmaktadır. Salih Münir Paşa'ya göre. "Hukuk-u beyn-el-akvama göre, düvel-i mütemeddine, malik oldukları hukuk mukabilinde bir takım vezaiife mükellef iseler de bunlar hep nazari şeyler olup fiiliyata gelince anları haric ez hukuk efal ve harekate tasdidden men ve zecr eyleyecek kuvva-i cabire ve kahireye malik bir divan-ı ali bulunmadığından her devlet kendi davasının hakimi ve hukuk ve menafinin muhafız-ı yeganesidir."⁷

Kuvvetin hukukla çatışmasından birincisinin galip çıktığı gerçeği, muhtelif mesleklerden "şahinler" tarafından gururla ve "güvercinler" tarafından acıyla sık sık dile getirilir. Bismarck'a göre "Zamanımızın sorunları, hukuki kararlar ve çoğunluk oylarıyla değil, kan ve demirle çözülecektir". Camus ise, sürtüşme ve ihtilafları çözenin iki karşıt yöntemi olduğunu söyleyecektir: mermiler ve sözler⁸.

The Concept of Law adlı ünlü eserinin daha ilk sayfasında Hart hukukçuların kendi çalışma alanlarının konusunun ne olduğunu sürekli sorguladıklarını ifade eder: "Hukuk nedir sorusu insan topluluklarını ilgilendiren, sürekli cevap aranan ve önemli düşünürlerce çok farklı, acayip ve hatta çelişik biçimde cevap verilen az sayıdaki sorulardan biridir."⁹ Bu sorgulamayı bizzat uluslararası hukukçular daha da ileri götürmektedir. "Onlar, diğer hukuk dallarındaki meslektaşlarının, kendi alanlarına yönelik şüphelerinin ötesinde uluslararası hukukun varlığı, ya da en azından bir hukuk düzeni olarak varlığı ve hukuksallığı konusunda şüphe ederler... Eğer uluslararası hukukun var olduğuna ve bir hukuk düzeni teşkil ettiğine ikna olurlarsa, o zaman da bu hukukun sınırları ve kapsamı konusunda şüphe duymaya başlarlar."¹⁰

7 "Uluslararası hukuka göre, uygar uluslar sahip oldukları haklar karşılığında bir takım görevlerle yükümlü iseler de bunlar hep teorik şeyler olup uygulamaya gelince onları hukuk dışı eylem ve hareketler yapmaktan alıkoyacak ve caydıracak baskın ve ezici güce sahip bir yüksek mahkeme bulunmadığından her devlet kendi davasının hakimi ve hak ve çıkarlarının tek koruyucusudur". Salih Münir Paşa, Diplomasi-Malumat-ı Esasiye, Selanik Matbaası, İstanbul1327, s. 172

8 Aktaran: Cassese, Antonio, International Law, Oxford University Press, 2003, s.

9 Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 1997, s.1

10 Weil, Prosper, *Le Droit International En Quête De Son Identité*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1996 s.41

Uluslararası hukukun bir hukuk olmadığı yönündeki iddialar, esasen şu gerekçelere dayanmaktadır: Uluslararası kanun koyucu bir otoritenin yoktur, konulan kurallara uyulmasını zorlayacak uluslararası yürütme yoktur, bu kurallardan kaynaklanan uyuşmazlıkları çözecek, kuralları yorumlayacak bir yargı mercii yoktur; dolayısıyla uluslararası hukuk gerçek bir hukuk sayılamaz ve devletin egemenliği kavramıyla asla bağdaşamaz.¹¹ Devletler sadece istedikleri zaman uydukları ve çıkarları gerektirdiği zaman saygı gösterdikleri kurallar, gerçek bir hukuk oluşturamazlar. Raymond Aron, hukuki normların somut bir olaya uygulanması için mutlaka yoruma ihtiyaç duydıklarından hareketle uluslararası hukukun sistem niteliğini sorgulamaktadır. Uluslararası hukukta tüm devletleri bağlayan ve tek düzelik sağlayan merkezi ve üstün bir yorum merciinin bulunmadığına işaret eden Aron'a göre bu hukuk, egemen devletlerin farklı siyasi ve hukuki algılamaları ile değişik şekillerde yorumlanan ve bütünlük arz edemeyen, dolayısıyla bir sistem olarak nitelendirilemediği ölçüde, bilinen (iç) hukuk sistemlerinden başkalaşan ve hukuk olarak adlandırılması zorlaşan bir kavramdır.¹²

19.yy'ın başında John Austin hukukun sadece yaptırımlarla desteklenen emirler bütünü olduğunu söylemekteydi. Austin'e göre her emir, onu vermeye yetkili ve belirli bir otoriteden kaynaklanmak zorundaydı. Bu düşünceden yola çıkarak devletlerarası ilişkileri düzenleyen hukukun hukuk olmadığını; zira her pozitif hukukun bir egemen tarafından ona tabii olan kişi ya da kişiler üzerinde uygulanmak üzere konulduğunu ileri sürmekteydi. Austin'e göre uluslararası kurallar ortak kanaat tarafından saptanmış kurallar olup bunların uygulanması ise sadece ahlaki yaptırımlarla yürütülmektedir.¹³

Hart ise uluslararası hukukun yukarıda sayılan eksikliklerinin yanında hukuk sistemine özgü çok daha önemli bazı yapıtaşlarına da sahip olmadığını vurguladıktan sonra "uluslararası hukuk ikincil kurallara sahip olmadığı gibi hukukun kaynaklarını gösteren genel tanıma kuralına ve genel olarak neyin

11 Bu düşünceye göre '(h)ukukla düzenlenen bir toplum üst otoritelerle donatılmış bir yapılanmanın varlığını gerektirir. Hukuk kurallarını koyacak bir yasama organı, bunlardan doğan ihtilafları çözecek bir yargı makamı ve gerekirse fiziksel kuvvet kullanarak bu kuralların ihlalini yaptırıma bağlayacak bir kolluk gücü... Bu zorunlu üçlemenin yokluğu halinde, uluslararası hukuk sadece bir mitos olarak kalacaktır.' Daillier, P.; Pellet, A., *op.cit.* s. 85-86

12 Aron, R., *op.cit.* s.118-119

13 *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.), s.16-17

kural olduğunu saptayan bir kritere sahip değildir¹⁴ demektir. Ancak bu temel eksikliklerine rağmen uluslararası hukukun hukuk olduğunu kanıtlamak için çok daha farklı iki alandan hareket etmektedir: Hart'a göre incelenmesi gereken ilk husus, hukuk kavramının tehditlerle desteklenmiş emirler bütünü olduğu yönündeki genel düşünce ve bunun sonucu olarak uluslararası hukukun kurallarının iç hukukunkilerle kıyaslanması neticesi ortaya çıkan farklılaşmadır. İkinci husus ise devletlerin, hukuk yükümlülüğünün öznesi olamayacağı ve bunun iç hukukun öznelinin durumu ile yarattığı zıtlıktır.¹⁵

Uluslararası hukuku inkâr edenler, şüphesiz devletlerin üzerinde bazı normların oluştuğu gerçeğini inkâr edememektedirler. Onların inkâr ettikleri, belli bir devlete dayatılabilir nitelikte bir hukuki olgunun varlığıdır.¹⁶

II. OYSA ULUSLARARASI HUKUK VAR OLABİLİRİMİŞ...

“Uluslararası hukuk ne bir hayal, ne de her derde devadır”

J. L. Brierly¹⁷

Hart hukuk kavramının tehditlerle desteklenmiş emirler bütünü olduğu genel düşüncesi üzerinde yorum yaparken çok önemli tespitlerde bulunmaktadır: Sıklıkla sorulan ‘Uluslararası hukuk sistemi bağlayıcı mıdır?’ sorusu bir hukuk kuralının geçerli bir kural olup bir kişinin ondan kaynaklanan görev ve yükümlülüklerle sahip olması durumunu ifade etmektedir. Burada sorgulanan bir kuralın uygulanabilirliği değildir. Buradaki soru, uluslararası hukukun, genel hukuki statüsüne ilişkindir. “Bizatihi uluslararası hukuk kuralları gerçek anlamda borçların doğumunu sağlamakta mıdır? Oysa bu konudaki en büyük çekince, bu hukukun merkezileşmiş bir yaptırım sistemine sahip olmamasıdır.”¹⁸

“Acaba gerçekten bir borç yüklenmek; bağlı olmak, borca aykırılık halinde ceza ya da yaptırıma maruz kalma olarak mı tanımlanmaktadır?”¹⁹ Hart bu so-

14 Her hukuk düzeni birincil ve ikincil kurallardan oluşur. Birincil kurallar borçları belirlerken ikincil kurallar bunların nasıl yaratılacağını, değişeceğini ve bunlar arasındaki çatışmaların nasıl çözüleceğini gösterir. Bkz. Hart, H.L.A., *op. cit.* s. 214

15 *Idem.* s.216

16 Conforti, Benedetto, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1996 s. 8.

17 Aktaran: Meray, Seha, *Devletler Hukukuna Giriş*, I. Cilt, (Yeniden gözden geçirilmiş 3. basımı), Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1968, s. v.

18 Hart H.L.A. *op.cit.*s.217

19 *idem.*

ruya olumsuz cevap vermektedir. “Her kural görev ve borç yaratmaz, böyle bir sonuç üreten kurallar da genel olarak öznel çıkarlardan belli bir oranda vazgeçme içerir ve de genelde bu kurallara uyulması için ciddi bir çağrıda bulunur ve kuraldan sapmaları eleştirir: “...Ancak bir kez kendimizi hukukun tehditlerle desteklenmiş emirler olduğu düşüncesinden kurtarırsak, borç fikrini organize olmuş yaptırımlarla desteklenmiş kurallara bağlı olarak düşünmemizi mantıklı kılacak bir sınırlama da ortadan kalkmış olur.”²⁰ Hukukla zorlayıcı güç arasında bu kadar sıkı bir bağ kurmak aslında hukukun varlık sebebinin de reddetmek anlamına gelebilir. Zira hukuk gücün karşısında olan bir kavramdır: Hak mutlaka, istediğini elde edebilme gücüyle aynı anlama gelmez.²¹

Borç ve yaptırım bağı bu şekilde kestikten ve hukuk kurallarının ihlal edilmelerinin onların onları hukuk kuralı olmaktan çıkarmayacağını da hatırlayıp **hukuksallık** ile **etkinlik**²² farkını ortaya koyduktan sonra Hart, uluslararası hukukta iç hukuktaki gibi merkezi bir yaptırım sisteminin olmaması konusunda, bireyler için gerekli olan bir şeyin mutlaka devletler için de gerekli olmayabileceğine işaret etmekte ve iç hukukun düzenlediği toplumsal sistem ile uluslararası hukukun düzenlediği toplumsal sistemin farklılıklarına dikkat çekerek her ne kadar bu hukukun merkezileşmiş bir yaptırım sistemiyle güçlendirilmesinin yararlı olabileceğini söylese de uluslararası hukukta bu çeşit yaptırımlara ihtiyaç duymadığını belirtmektedir.²³

Devletler arkasında merkezileşmiş bir yaptırım olmasa da kurallara uymaktadırlar. **Bu kuralları zorunlu ve bağlayıcı olarak değerlendirirler.**²⁴

²⁰ *ibid.*

²¹ D’amato, Anthony, ‘Is International Law Really ‘Law’ s.3.

www.anthonydamoto.law.northwestern.edu/Papers-1/A853-really%20law.html. Aynı yönde bkz. Truyol Y Serra, A., *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, Pedone, Paris, 2007, s.31-32. Yazara göre hukuk ve kuvveti bir tutmak, olan ile olması gerekeni, fiziksel olarak mevcut olan ile özgürlükleri karıştırmak anlamına gelmektedir. Şüphesiz ki hukukun etkinliğinin sağlanması için kuvvete başvurulması ihtiyacı mevcuttur. Ancak bundan hukukun kuvvete indirgenmesi sonucu çıkarılamaz. Zira gücün yasal kullanımı olduğu kadar yasa dışı kullanımı da mümkündür.

²² Aynı yönde bkz. Weil, Prosper, *op.cit.*s52-53. Vurgu metnin yazarlarına aittir.

²³ Hart H.L.A. *op.cit.* s.219

²⁴ Vurgu metnin yazarına aittir. Aynı yönde görüş için bkz. . Weil, Prosper, *op.cit.*s57, *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.), West Group, St.Paul, Minn,2001, s.34-37. Carreau ise aynı görüşü şu şekilde belirtmektedir: ‘Hukukun varlığı, bir toplumun üyeleri tarafından, bunların ortak olarak belli çıkarlara sahip olduğu ve bu çıkarların uyulması zorunlu belli kurallarla düzenlendiği; bu kurallara uyulmaması halinde anarşi ve kaosun ortaya çıkacağı varsayımı üzerine kuruludur.’ Carreau, *op. cit.*, s.36.

Kurallara aykırı davranma hali ise onların bağlayıcılığı olmadığı iddiasıyla değil hukuka aykırılığı meşru gösteren sebeplerle açıklanmaya çalışılmaktadır. Borca aykırılık halinde ise, sadece bunun giderilmesi talebiyle değil, karşı tedbir ve misilleme gibi önlemlerle cevap verilmektedir. Yani yaptırım mevcuttur ancak merkezi değildir. D'amato'nun bu noktadaki haklı tespiti şu yöndedir: 'Herhangi bir hukuk sistemi incelendiğinde sistemin [yaptırım olarak] bazı mahrum bırakma ve yetkisizleştirme gibi kurumlar içerdiği görülmektedir... Doğası ne olursa olsun yaptırımlar hukuken tanınan bir hakkın, yetkinin kaldırılmasıdır... Her türlü hukuk ihlali durumunda hukuk buna, ihlalde bulunan kişiyi bazı haklarından mahrum ederek cevap verir... Yasal olarak emredilen bu yaptırımlar mutlaka fiziksel bir zorlama olmak zorunda değildir...'25

Sadece merkezi bir yaptırım mekanizmasıyla desteklenmemesinden uluslararası hukuk kurallarınının bağlayıcı olmadığı, hukuk kuralı olmadığı sonucu çıkarılmaz. Önemli olan hukukun zorla uygulanabilirliği ya da etkili olarak zorla uygulandığı değil bundan ziyade hukuka ne kadar saygı duyulduğu, hukukun davranışları ne kadar etkilediği ve onlara ne kadar yön verdiği ile tüm bunların neticesinde uluslararası davranışların ne kadar düzen ve istikrar arz ettiği26.

İkinci olarak Hart devletlerin hukuk öznesi olamayacağı, bu kavramın egemen bir devletin bir borçla bağlı olması düşüncesiyle bağdaşmazlığı konusunu ele alırken şöyle demektedir: "İçtihatlarda egemen kelimesi her görüldüğünde, bu kavram ile hukukun üzerinde olan ve sözleri ile astları ve kendisine tabi olanlar için hukuk ihdas edecek kişi akla gelir."27 Oysa ki, egemen devlet "doğası gereği hukukun dışında olan bir kişi ya da varlık değildir; iki tane olguyu açıklamak için kullanılan bir kavramdır: Birincisi bir ülkede yaşamaya, mahkemeler ve birincil hukuk kurallarıyla donatılmış bir hukuk sistemi tarafından kurulan düzenli bir hükümete tabi olarak yaşayan insan topluluğudur. İkincisi, bu hükümet çok geniş bir bağımsızlıktan yararlanmaktadır."28 Bağımsızlık olarak anlaşılması gereken egemenlik kavramı buna sahip olan devletin sadece belli denetim tiplerine tabi olmadığını ifade etmektedir. Egemenlik, devletin bağımsız hareket etme alanını ifade etmektedir. Devletin serbesti içinde bulunduğu bu alanı belirlemesi kendi iradesiyle, anlaşma, tek taraflı söz verme gibi işlemlerle kendini sınırlaması (*auto-limitation*) ku-

25 D'amato, Anthony, *op.cit.*

26 *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.), s.21-22

27 Hart. H.L.A., *op.cit.* s.221

28 *idem*

ramının geçerli olması için bu işlemleri yapan devletin bunlarla bağlı olduğunu belirten bir temel kural olması gereklidir. Bu noktada Hart çok yerinde bir tespitte bulunmaktadır: “Bireylerden ya da devletlerden oluşması fark etmeksizin herhangi bir toplumda, bir sözün ya da anlaşmanın borç doğurabilmesi için bunu sonucu öngören ve borç doğurucu işlemlerin şekillerini saptayan bir kuralın genel olarak **kabul edilmesi yeterlidir.**”²⁹ Devletler arasında böyle bir görüş genel olarak kabul edildiği andan itibaren egemenliğin hukukla bağdaşamayacağı düşüncesi kabul edilebilirliğini yitirecektir.

Devletin egemenliği, Combacau’nun sözleriyle “hukukla idare edilen bir toplumun içindeki devletin hukuki serbestilerini ifade eder ve hiçbir şekilde doğal halde bulunan canlıların fiili serbestileriyle aynı anlamı ifade etmez.”³⁰ Egemenlik hukuki bir kavramdır ve sadece doğal hallerinden çıkıp aralarındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuki örgütlenme yapısının varlığını kabul eden varlıkların oluşturduğu bir toplumda bulunabilir. “Egemenlik, devletlerin birbirlerine devlet olarak hukuk süjesi olmalarından dolayı tanıdıkları serbestilerdir.”³¹

Devlet, uluslararası planda devlet statüsüne sahip olduğu andan itibaren bu hukuki statünün içerdiği haklara ve borçlara da sahip olmaktadır.³² Devlet bu temel statüsünü (Prof. Combacau’nun ifadesiyle ilk el, asli egemenliğini) eşitleriyle girdiği ilişkiler ve ihtiyaçları çerçevesinde, uluslararası hukukun şekli kaynakları aracılığıyla daha da sınırlayabilecektir.³³ Devlet yüklediği bu borçlara aykırı davrandığında ise başvurduğu egemenliği değil her hukuk süjesinin her hukuk düzeninde sahip olduğu, hukukun öngördüğü şekilde hareket etmeme yetisidir.³⁴

Uluslararası hukukun yukarıda saydığımız ve eleştirdiğimiz argümanlara rağmen sadece ahlaki (moral) bir davranış kodundan ibaret olduğu görüşü-

²⁹ *Ibid.* Vurgu tarafımızca yapılmaktadır.

³⁰ Combacau J., Sur, S., *op.cit.* s.251

³¹ *idem* s.252

³² Bu hakların başında ülkesel egemenlik gelir. Bkz. Ile de Palmas. Sentence Arbitrale. 1928

³³ “Devlet her yüklediği yükümlülükle egemenliğini sınırlamaktadır.”Bkz. Vapeur Wimbledon, CPJI Série a no: 1 s.25. Bu açıklamalarla şu husus kesinlikle aydınlanmış olmaktadır: Uluslararası hukuku reddeden yazarların temelde benimsedikleri devlet egemenliğinin sınırlanamayacağı ve devletin üstlendiği her uluslararası yüklenim ile egemenliğinin bir bölümünden feragat etmediği yönündeki teori, uluslararası hukukça kabul edilmemektedir. Egemenliğin sınırlandırılmayacağı yönünde örneğin bkz. Aron, R., *op.cit.* s. 121 ve özellikle 707.

³⁴ Combacau J., Sur, S., *op.cit.* s.252

nü de cevapladıktan sonra bu kurallar sisteminin tam bir hukuk sistemi olarak varlığına yönelik soru işaretlerini kaldırmaya çalışacağız.

Hart, uluslararası ilişkilerde devletlerin uluslararası kurallara uyan ya da uymayan eşitlerinin davranışlarını iyi ya da kötü, ahlaki açıdan doğru ya da yanlış olarak değil de; hukuki argümanlarla, hukuki yazışmalar aracılığıyla, anlaşmalara ve örnek olaylara gönderme yaparak değerlendiklerine işaret etmektedir. Uluslararası hukukun kuralları genellikle, iç hukukunkiler gibi ahlaki açıdan bir yargı taşımazlar. Zira hukukun temel amaçlarından biri, ahlakın aksine, öngördüğü kuralları öngörülebilirliğini ve kesinliğini arttırmak dolayısıyla onlardan kaynaklanacak iddiaların tespitini kolaylaştırmaktır. Uluslararası hukuk kuralları iç hukuk kurallarından daha esnek olsa da kesin davranış kuralları içermektedir. Belki de her şeyden önemli olarak ahlaki kurallar yasa koyucunun müdahalesi ile değişmezler. Uluslararası hukuk kuralları için ise bu öngörü geçerli değildir. Merkezi yasa koyucu bir otoritenin bulunmaması bu sonucu değiştirmez.³⁵

Yukarıda uluslararası hukukun hukuk olmadığı yolundaki görüşlere yönelik eleştirilerimizden esasen şu sonuç çıkmaktadır:

Uluslararası sistem, iç hukuklardaki hukuki yaptırım mekanizmalarının aynılarını öngörmediği gerekçesiyle hukukilik eşiğinin altında kalacak kadar az gelişmiş olarak değerlendirilemez. Bir hukuk sistemi, ideal bir hukuk sistemine yaklaştığı oranda iyi ya da kötü değildir. Önemli olan bu hukuk sisteminin belli bir toplumda ne derecede işlevini yerine getirdiğidir. Uluslararası hukuk devlet olarak organize olmuş toplumlardan çok daha farklı bir toplumu düzenlemek için vardır. İşlevleri de bu topluluğun ihtiyaçları doğrultusunda farklılık gösterir.³⁶

İşte bu ihtiyaçlar doğrultusunda farklılaşmış hukuk sistemi devletlerin kendi aralarındaki arası günlük ilişkileri sessiz ve sakin şekilde yürütmesini sağlamaktadır. Bu sistem o kadar etkileyicidir ki uluslararası hukuk günümüzde sadece devlet başkanları arasındaki ilişkileri değil çok çeşitli alanlarda bireylerin günlük hayatını da düzenlemektedir. “Uluslararası hukukun koruyucu şemsiyesi altında kamu ve özel kişiler arasındaki sınır ötesi ilişkiler günden güne işlemektedir.”³⁷

³⁵ Hart, H.L.A., *op.cit.* s.227-231

³⁶ Weil, Prosper, *op.cit.*s.55-56

³⁷ Weil, Prosper, *op.cit.* s.48. Aynı yönde bkz. *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.) s. 21 vd.

Uluslararası hukukun iç hukuklardaki gibi merkezi adli bir yaptırım içermediği doğrudur. Ancak uluslararası hukuk doğasına özgü farklı yaptırım mekanizmaları öngörmektedir. Anlaşmaların butlanından başlayıp tanıma ve ileri sürülemezlik gibi temel kavramdan geçerek uluslararası sorumluluğa kadar uzanan geniş bir yelpaze içinde sınıflandırılabilen yaptırımlar mevcuttur.³⁸

SONUÇ YERİNE BAZI GÖZLEMLER

“...Bugün bizim Türkiye’de en çok işittiğimiz şey de şu: Meğer medeni dünya yokmuş! Meğer uluslararası hukuk yokmuş! Meğer onlar bu kadar kötüymüş! Eh, biz de kötü olalım o zaman!”

Orhan Pamuk³⁹

Uluslararası hukuk, Henkin’in ifadeleriyle, “[b]ir politik sistemin kurallarla ifade edilmesidir... İç hukuklarda olduğu gibi uluslararası hukuk da belli bir “toplumun”, onun politik sisteminin bir ürünüdür. Uluslararası hukuk da kurallar, standartlar, prensipler, kurumlar ve prosedürlerden oluşmuştur. Uluslararası hukukun amacı, iç hukukları gibi, bir düzen kurmak ve onu sürdürmek, güvenilir bir öngörülebilirlik sağlamak, kişileri, onların mallarını, çıkarlarını ve diğer bazı değerleri korumaktır. Ancak uluslararası toplumun oluşumu farklıdır. Onu oluşturan kişiler bireyler değil, devletler yani politik yapılanmalardır. Sonuçta, toplumu oluşturan da devletlerarası sistemdir, devletler sistemidir.⁴⁰

Hukuk normu; siyasi, askeri, ya da ekonomik nitelikte bir güç ilişkisinin ulaştığı son denge noktasıdır. Hukuki normlar siyasi, ekonomik ve sosyal ilişkilerden kopuk soyut ilkeler olmayıp bu ilişkilere ve bunların evrimine çözümez bağlarla bağlıdır.⁴¹

³⁸ “Uluslararası toplum gibi yatay bir yapılanma gösteren oluşumlarda bireysel adaleti sağlayacak karşı tedbirler gibi hukuka uymayı zorlayacak tedbirlerin bulunması bu sistemlerin hukukiliğine bir hanel getirmeye aksine sistem için çok elzem bir işlevi yerine getirmektedir.” Bkz. Weil, Prosper, *op.cit.* s.58

³⁹ Pamuk, Orhan, *Öteki Renkler (Seçme Yazılar ve Bir Hikâye) İletişim*, 1999, s. 86.

⁴⁰ *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.), West Group, St-Paul, Minn. , 2001, s.1

⁴¹ Salmon, Jean, *Le droit international à l’épreuve du tournant du XXIème siècle*, Cours euro-méditerranéens Banja de droit international, vol VI, (2002) s. 124.

Pek çok insan, uluslararası hukukun iç hukuk modeli uyarınca işlev görmesi gerektiğini düşünmektedirler. Oysa, bir oyunda geçerli kurallar bir başka oyunda benimsenemez⁴².

İşte, uluslararası hukuk, Weil'in sözleriyle "[t]üm yüksek otoritelerin çökmesinden sonra Avrupa'da tespit edilmiş sınırlar içinde oluşan hepsi egemen, hepsi eşit heterojen yapılanmaların [oluşturduğu sistemin] yaşatılabilmesi ihtiyacından doğmuştur."⁴³

Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse "Devletler uluslararası hukuku sadece mazoşist oldukları için yaratmaz ve ona saygı duymazlar; uluslararası hukuka uyarlar zira böyle davranmakta çıkarları vardır. Uluslararası bir hükümet olmasa da uluslararası bir toplum vardır ve karşılıklı ilişkilerle ortak faaliyetlerin gerçekleşmesine izin verecek belli bir düzen ve istikrar içinde yaşamak bu toplumun her üyesinin çıkarıdır. Beraber yaşama isteği hatta beraber yaşama zorunluluğu- ahlaki olduğu kadar sosyal bir gerekliliktir ve bir kurallar bütünü ile belli oranda özveri gerektirir...Uluslararası hukuk devletlerin birlikte yaşamasını ve onların ortak hareketini mümkün kılmak için doğmuş ve gelişmiştir."⁴⁴

Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın 1927 tarihli Lotus kararında "Uluslararası Hukuk,...bağımsız toplulukların birlikte yaşaması ya da ortak amaçlara ulaşmalarını sağlamak için bu bağımsız devletler arasındaki ilişkileri düzenler"⁴⁵ demiştir. Aynı düşünce 1945 sonrası kurulan yeni dünya düzeninde de geçerliliğini sürdürmüştür. Uluslararası Adalet Divanı 1984 tarihli Maine Körfezi Bölgesi deniz sınırlarının tespiti davasında "uluslararası hukuk, uluslararası toplumun üyelerinin **birlikte yaşamasını** ve **işbirliğini** sağlayacak sınırlı sayıda normdan oluşur"⁴⁶ demek suretiyle bu hukukun varlık sebebinin geçen yüzyıllar boyunca değişmediğine işaret etmiştir.

42 Martin, P.M., Les échecs du droit international, Presses universitaires de France, Paris, 1998, s. 121.

43 Weil, Prosper, *op.cit.* s.34

44 *idem* s.50. Devletlerin egemenliklerini karşılıklı olarak sınırlandırmaları ve bu sınırlandırmadan uluslararası hukukun doğumu hakkında detaylı bir analiz için bkz. Combacau J., Sur, S., *Le Droit International Public*, 6em édition, Monchrestien, Paris, 2004, s.250-254 ve 257-260 özellikle s.258 ayrıca bkz. *International Law: Cases and Materials (American Casebook Series)*, Louis Henkin (ed.), s. 5

45 Lotus /Bozkurt CPJI série a no: 10 s.18

46 Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, CIJ Recueil, 1984, s.299 paragraf.111. vurgular metnin yazarlarına aittir.

Uluslararası hukuk mevcuttur ve bir işe yaramaktadır: Uluslararası hukuk olmazsa güvenli hava taşımacılığı olmaz, devlet ve hükümetlerin istikrarı tehdit edilir, uluslararası yatırımlar imkânsızlaşır, diplomatik ilişkiler tehlikeli hale gelirdi.⁴⁷

Sonuçta, uluslararası hukukun varlığı ve geçerliliği konusundaki şüphelere karşı gözlemlerimizi birkaç temel başlık altında belirtecek olursak:

Roma hukukundan beri kabul edilen ilke gereği⁴⁸, **bir hukuk kuralının ihlali, o kuralın yürürlükten kalktığı sonucuna götürmez.** Uluslararası hukukun tekrarlanan ihlallerinin, bu hukuk dalının güce bağımlı olduğu gerçeğinin bir yansıması şeklinde değerlendirilmesi, hukukçu olmayanlar ve özellikle uluslararası ilişkiler öğrencileri tarafından geniş ölçüde paylaşılır⁴⁹. Oysa, tıpkı gramer kurallarının geçerliliğinin her cümlede bunlara uymamıza bağlı olmadığı gibi, hukukun geçerliliği de, bilfiil ve genel geçer biçimde saygı görmesine bağlı değildir⁵⁰. İhlale uğrayan kural, ortadan kalkmaz. Kuralı ihlal eden, çoğu zaman kuralın varlığını tartışma konusu etmez, sadece söz konusu olaya uygulanamayacağını iddia ederek kendi davranışını haklı gösterecek gerekçeler arar⁵¹. Uluslararası hukuk bağlamında bu arayış, devletin tartışmalı davranışına uygulanabilir kuralı reddetmesi, ya da başka bir kuralın varlığını savunması şeklinde gerçekleşir⁵². Diplomatik söylem, asla mevcut bir uluslararası hukuk kuralının ihlaliyle ögünmez ya da hiçbir uluslararası hukuk kuralını tanımadığını alenen beyan etmez. Uluslararası hukukun ihlali, bu hukuk dalının inkârı olmak şöyle dursun, aksine varlığını teyit etmek için fırsat ve araçlar sunar. Kaldı ki, iç hukuklarda da pek çok zaman kural ihlali hiçbir kayda değer ya da faydalı tepki doğuramamaktadır⁵³.

47 Aynı yönde bkz. Weil, Prosper, *op.cit.* s.52

48 “*Ex abusu non est argumentum ad desuetudinem*”. Bkz. Erdoğan, Belgin, (derleyen) Hukukta Latince Teknik Terimler, Özlü Sözler, Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2004, s. 46.

49 Higgins, Rosalyn, *Problems and Process: International law and how we use it* Clarendon Press, Oxford, 1994, s. 19.

50 Lauterpacht, H., *Recognition in international law*, Cambridge University Press 1948, s. 428.

51 Martin, P.M., *op.cit.*, s. 120.

52 Carreau, D., *op.cit.* s. 37

53 Sur, Serge, *Système juridique international et utopie* Archives de philosophie du droit, tome 32, 1987, s. 37.

Bütün hukuk sistemlerinde hukuk kurallarının ortak özelliği şudur ki, uygulanmayabilirler. Başka bir deyişle, hukuk kurallarının uygulanabilirliği sanal niteliktedir. Uluslararası hukuk da bu bakımdan hiçbir özgünlük sergilememektedir.⁵⁴ Dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının uğradığı ihlallerden dolayı bu hukuk kurallarının geçerliliğini yitirdiğini savunan mantık, iç hukuka uyarlanırsa endişe verici sonuçlara götürebilir. Örneğin, İstanbul genelinde kaçak binaların oranının % 90 civarında olduğu bilinmektedir.⁵⁵ Bu satırların yazarlarının görev yaptıkları üniversitenin önünde bulunan trafik ışıklarının sunduğu örnek açıkça şunu göstermektedir: Kırmızı ışık, “dur” emri manasına gelmemekte, daha ziyade bir temenni ve tavsiyeyi ifade etmekte ve araç sürücülerince dikkate alınmamaktadır. Örnekleri giderek şahsileştirdiğimiz için okuyuculardan özür dileyerek naklediyoruz ki; yine bu satırların yazarlarından biri 2005 yılının Ekim ayında bir gasp suçunun mağduru olmuştur. Yaşadığı şehirde bu suçun mağdurlarının, mağdur olmayanlardan daha kalabalık olabileceği gerçeği ile o zaman yüzleşmiştir. Üstelik, gasp fiilinin sonuçları bakımından talihli mağdurlar arasındadır, aksi takdirde bu makale tek imzalı olarak yayınlanacaktı. Bu verilerin ışığında şu soru sorulabilir: İmar Kanunu, Karayolları Trafik Kanunu ve Türk Ceza Kanunu yürürlükte midir? Biz, bu kanunların yürürlükte oldukları ve fakat ihlallerinin endişe verici boyutlara vardığı kanaatindeyiz. Kanunların nasıl yürürlüğe girdiklerini ve yürürlükten kaldırıldıklarını öğrenmek için Anayasa’ya bakıyoruz; etkinlik derecelerini öğrenmek için ise sokağa... Uluslararası hukukun uğradığı ihlallerden dolayı bu hukuk dalının geçerliliğini yitirdiğini savunanlar ise, eğer tutarlılık kaygısı taşıyorlarsa, saydığımız kanunların geçersizliğini teslim etmek zorunda kalacaklardır. Oysa, gecekonduların yıkıldığı, kırmızı ışıkta geçenlere ceza verildiği ve gasp faillerinin hüküm giydikleri de oluyor.

Uluslararası hukukun ihlaline tanık olanlar, bu ihlali ortadan kaldıracak tedbirler almasalar bile, en azından bir ihlalle karşı karşıya olduklarını tespit ederek ihlalin kurala dönüşmesine engel olurlar. Ceza hukukunda olduğu gibi, uluslararası insancıl hukukta da suçluların delileri ortadan kaldırmaya çalışmaları bir tesadüf değildir⁵⁶.

Bir hukuk kuralının geçerliliğini tespit, yaptırımın varlığı ve niteliği mutlak belirleyici değildir. Hukuk bilimi, genelde yargıya intikal et-

54 *idem*.

55 <http://www.arkitera.com/v1/haberler/2004/11/22/kacak.htm>

56 Martin, P.M., *op.cit.*, s.121.

miş çekişmeli meseleleri vurgulama eğilimi taşır, bu ise gerçeği çarpıtmaktadır. Zira, sorunsuz aşk hikayeleri pek anlatılmaz, bu hikayeler hakkında bilinen tek şey, muhtemelen var olduklarıdır⁵⁷.

Hukukun, kanun koyucu ve yargıçla zorunlu beraberliğini ne tarih ne de sosyoloji teyid etmektedir⁵⁸. Hukukun tek yaptırımının yargıya başvurudan geçtiğini düşünmek hatadır. Yargıya başvurudan daha dolaylı ve fakat daha etkili yollar da vardır. Pozitif hukukun özünün yaptırıma dayandığı ve tek yaptırım yolunun yargıdan geçtiği görüşü kabul edilseydi, iç kamu hukukunun önemli bir kısmını da hukuk kavramının dışında tutmak gerekirdi; zira kamu güçleri arasındaki ilişkiler her zaman yargısal başvuru yoluyla yaptırıma bağlanmamıştır⁵⁹. Örneğin, idari yargıda iptal kararının yaptırım gücü, mahkeme kararına uymayan kamu görevlisine karşı tazminat davası açılabilmesine dayanır.⁶⁰Bu sebepten dolayı kaç kamu görevlisi hakkında tazminat davası ya da soruşturma açıldığını ve cezalandırıldıklarını bilmiyoruz. Ayrıca, iptal kararının uygulanabilirliği ile bir şahsın cezalandırılması farklı problemler gibi görünüyor: Biri, bir idari işlemin hukuki akıbetini, diğeri ise bir insanın şahsi sorumluluğunu ilgilendiriyor. Sorunlar anayasa alanına taşındıkça bunların siyasi niteliği belirginleşiyor- uluslararası hukukta olduğu gibi. Örneğin; 1982 Anayasası'nın 146. maddesi, Anayasa Mahkemesi'ne hâkim olarak atanacak kişilerin taşıması gereken nitelikleri sayıyor. Bu nitelikleri haiz olmayan bir kişinin atanması Anayasa'ya aykırı olur. Peki, bu işlemin yaptırımı ve çözüm mercii nedir? Bu tür bir kriz 1990'larda yaşanmış ve hukukun öngörülme-yen usullerle, siyasi baskılar yoluyla çözülmüştü. Uluslararası hukukta da, uluslararası toplumun siyasi mutabakatını yansıtan baskılar, hukuk kurallarının ihlaline karşı etkili yaptırımlara dönüşebilirler.

57 Alland, Denis, *Droit international public*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, s. 349.

58 Bkz. Strupp, Karl, "Les règles générales du droit de la paix" in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol 47, 1934-I, s. 268 is.

59 Le Fur, Louis, *La théorie du droit naturel depuis le XVIIème siècle et la doctrine moderne* in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 18, 1927/II, s. 368. Aynı yönde bkz. Carreau, *Droit international*, s. 36, 91.

60 **İYUK md.28**

1. (Değişik: 10.6.1994 – 4001/13 md.) Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur.

3. Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

İç hukuklarda, hem ceza yaptırımına bağlanmış, hem de özel anayasal koruma altına alınmış normların bile yaygın ihlallere konu olduğu, hatta hiç uygulanmadığı herkesin bildiği bir gerçektir. 1982 Anayasası'nın hiçbir hükmü, 174. maddede sayılan İnkılâp Kanunları'nın hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz. Bunların arasında yer alan 30/11/1935 tarih ve 677 sayılı "Tekke ve Zaviyelerler Türbelerinin Seddine ve Türbedarlıklar ile bir Takım Unvanların Men ve İlğasına Dair Kanun"un 1. maddesi, "falcılık, büyücülük, üfürükçülük ve gaipten haber verme"yi de yasaklamaktadır. Türkiye'nin büyük şehirlerinden birinin sokaklarındaki reklamlara bakarak yapılacak bir gezinti ya da gazetelerin astroloji bölümlerine kısa bir bakış, Anayasaya aykırılığı bile ileri sürülemeyecek bu hükmün günlük hayatta ne kadar uygulandığı hakkında fikir verir. Aynı sorun, 1934 tarih ve 2590 sayılı "Efendi, Bey, Paşa Gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun" bakımından da geçerli olsa gerek.

Diğer yandan, hukukun rolü, genelde paylaşılan kanaatin aksine ihtilafları çözmekten ibaret de değildir. Bir hukuki sistem iyi işlerse ihtilaflar geniş ölçüde bertaraf edilmiş olur⁶¹. Bu noktada, hukukun varlığının işareti, ihtilaf çözüm mekanizmaları ve yaptırımdan ziyade, hukuk kurallarının doğurduğu yükümlülük duygusu olmaktadır⁶².

Uluslararası hukuk, sağlıklı bir diplomasi için referans ve dayanak noktasıdır. Davranışlarının uluslararası hukuk kurallarına uygun olduğunu ispat edebilen bir devlet, davasını savunmakta çok daha güçlü gerekçelere sahiptir. Böyle bir davranış tarzı, iletişimin büyük önem kazandığı günümüzde, dünya kamuoyu önünde verilecek hesap bakımından da önem kazanmaktadır⁶³.

Uluslararası alanda, kamuoyu son derece etkin bir yaptırım aracına dönüşebilir. Bu noktada, iç hukuk düzenleriyle ilginç farklar belirmektedir. İç hukuku ihlal eden bir kişi, yakalanmaktan kendisini kurtarabilir, uluslararası alanda ise bir devlet, uluslararası hukuk ihlallerinin göze batmamasını nadiren ümit edebilir. İç hukukta suçlular, cezadan çekinirler ama kamuoyu önünde ifşa edilmek onları pek ürkütmez. Uluslararası alanda devleti korkutacak cezai yaptırımlar yoktur, ama uluslararası hukuk ihlallerinin ifşa edilmesi konusunda devletler pek hassastırlar⁶⁴.

61 Higgins, R., *op.cit.*, s. 1.

62 Carreau, D., *op.cit.*, s. 91.

63 Conforti, *op. cit.*, 1996 s. 10.

64 Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, 2003, s. 324.

Uluslararası hukuk, fiilen saygı görmektedir. “Realpolitik” doktrinine gönül veren ve gerçeklik adına uluslararası hukukun varlığını reddeden siyaset bilimciler, şu gerçeği gözden kaçırmaktadırlar ki, bu hukuk uluslararası hayata derinlemesine nüfuz etmiştir. Uluslararası toplumun hiçbir aktörü uluslararası hukukun varlığını reddetmemektedir. Devletler, siyasetçiler, fikir hareketleri, hükümetlerarası ya da hükümet dışı uluslararası örgütler uluslar arası hukuku tanırlar ve ona gönderme yaparak hareket ederler. Uluslararası örgütlerin üyelerine getirdikleri yükümlülüklerin başında uluslararası hukuka saygı gelmektedir. Birleşmiş Milletler Şartı’nın Başlangıç bölümü, örgüt üyelerinin “andlaşmalar ve diğer uluslararası hukuk kaynaklarından doğan yükümlülüklerine saygının ve adaletin sağlanması için zorunlu şartları oluşturma” inancına gönderme yapmaktadır. Sayıları giderek artan uluslararası mahkemelerin görevi, uluslar arası hukuku uygulamaktan başka bir şey değildir. Bu kadar kişi ve kurumun bunca zaman, enerji, akıl ve parayı bir kurnuntunun peşinde harcadıkları fikri, pek inandırıcı gelmemektedir⁶⁵.

Hemen hemen bütün anayasal sistemlerde, uluslararası hukukun iç hukuk gibi saygı görmesi gerektiği öngörülür⁶⁶. Hal böyle olunca, uluslararası hukukun yokluğu yönündeki tez bir açmazda girmektedir. Bütün anayasalarda yazanlar doğru ise uluslararası hukuk vardır. Bütün anayasalarda yazanlar yalan ise, anayasa hukukunun ve genel olarak kamu hukukunun varlığından da şüphe etmek gerekir. Hatta, iç hukukta, kurallar hiyerarşisinin zirvesinde anayasa yer aldığına göre, eleştirmekte olduğumuz yaklaşım sadece uluslararası hukukun değil, kısaca *hukukun* inkârı sonucuna götürmektedir.

Uluslararası hukuku ihlal etmek, nadiren ulusal menfaate hizmet eder ve ancak kısa vadede bazı avantajlar sağlar⁶⁷. Uluslararası hukuk kurallarının yaklaşık %95’inin fiilen uygulandığı, gözlemlenebilir bir gerçektir. Çünkü, uluslararası hukuk kurallarına uymak, ulusal menfaatlere uygundur. Devletlerin uluslararası teamül kuralları geliştirmelerinin sebebi, bunlara ihtiyaçları olmasıdır. Ancak, ihlale konu olan %5’lik alan, kuvvet kullanma ve ulusal güvenlik gibi en temel konulara ilişkindir⁶⁸. Talihsizlik şudur ki,

⁶⁵ Carreau, D., *op.cit.*, s. 36. 85, 88-89.

⁶⁶ Conforti, *op. cit.* s. 8.; Martin, P.M., *op.cit.*, s. 119.

⁶⁷ Higgins, R., *op. cit.*, s. 16.

⁶⁸ Rosenne, Shabtai, “The Perplexities of Modern International Law-General Course of Public International Law”, in *Recueil des cours de l’Académie de droit international*, tome 291, 2001, s. 466.

medyanın en fazla itibar ettiği bu dar alandaki en ufak kriz ve hukuk ihlali, uluslararası gündemin baş sayfasındaki yerini derhal alacak ve kolay kolay inmeyecektir.. Buna mukabil, geriye kalan % 95'lik alana özgü hukuk mekanizmalarının sorunsuzca işlemesi kimsenin ilgisini çekmez.⁶⁹

Yukarıda değinildiği gibi, sorunsuz seyreden bir aşk hikâyesini konu alan bir film ya da romanın satış kabiliyeti yoktur.

Peki, nedir bu %95'lik alan? Uluslararası ilişkiler düzleminde saldırı fiilini yaptırılmadıkça güçlükler çeken uluslararası hukuk, düzenleme alanı açısından saldırgan eğilimler göstermekte ve nüfuz edebildiği her yeri istila etmektedir. Uluslararası hukuk olmadan, güvenli hava ulaşımı sağlanamaz, doğal kaynaklar paylaşamaz, insanlar yabancı ülkelerde güvenli biçimde ikamet edemezler⁷⁰. Uluslararası hukukun hukuki çerçeve sağlaması beklenmeyen sınırötesi nitelikte bir insan faaliyeti yok gibidir. Uluslararası düzenlemeye konu olan faaliyet alanları; peynir türlerinin adlandırılmasından kozmetik spreylerin muhtevasına ve nükleer enerjinin askeri ya da barışçıl amaçlarla kullanımına kadar uzanmaktadır. Uluslararası alanda, hukuki düzenlemeye konu olmayan bir alan ve hukuki boşluk (*non liquet* hali) kalmamıştır⁷¹.

Kuvvet ve hukuk arasındaki gerilim, uluslararası hukukta varlığını ısrarla sürdürdüğü gibi her insan topluluğunda mevcuttur⁷². Yani, uluslararası topluma özgü değildir. Kaldı ki, kuvvetle hukuk arasında görünürdeki karşıtlığın perde arkasında bir tür işbirliği, hatta suç ortaklığı gözlemlenmektedir: Uluslararası hayata güç ilişkilerinin egemen oluşu, bir hukuk düzeninin varlığı ile bağdaşmaz nitelikte değildir. Tıpkı iç toplumlarda olduğu gibi uluslar arası toplumda da hukuk, belli bir anda mevcut kuvvetlerin oluşturduğu dengenin ifadesi ve yansımasıdır⁷³.

Aynı şekilde, hukuk ihlallerinin bastırılmasında iç hukukun ve uluslararası hukukun başvurduğu yöntemler aslında şaşırtıcı benzerlikler göstermektedir: İç hukuk, suçluları hapseder, haklarını kısıtlar ve hatta onların

69 Aynı yönde bkz. Kirgis, F., "Enforcing International Law", <http://www.asil.org/insights/insight1.htm>

70 Higgins, R., *op. cit.*, s. 1.

71 Rosenne, S., *op.cit.* s.463.

72 Cassese, A, *op.cit.* s. 278.

73 Carreau, D., *op.cit.* s.90-91.

yaşama haklarına son verir, suça ilişkin eşyaları müsadere eder. Klasik uluslararası hukukun izin verdiği bir yaptırım yöntemi olan savaş, düşman askerlerinin öldürülmesi, esir kamplarında enterne edilerek hürriyetlerinden mahrum bırakılmaları, düşman devletin kamusal mallarının müsadere edilmesi gibi iç hukuklarla paralel yöntemler içermekteydi⁷⁴. 1945 yılından itibaren kuvvet kullanma yasağını benimseyen çağdaş uluslararası hukuk, bir misilleme aracı olarak savaşı dışlamaktadır. Bununla beraber, kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin başvurduğu kolektif güvenlik tedbirleri sonucu gerçekleşen harekâtlar, yukarıdaki tablodan farklı sonuçlar doğurmamaktadırlar.

Okuyucu, uluslararası hukukun varlığına kani olmuş mudur? Bilemiyoruz. Ancak ikna edemediğimiz dostlarımız hatırlamalıdır ki; dünyanın her hukuk fakültesinde –ve çoğunlukla uluslararası ilişkiler bölümünde- bir uluslararası hukuk kürsüsü vardır, orada dersler verilir, yüksek lisanslar, doktoralar yapılır, öğretim üyeleri maaş alırlar. Yeryüzünde her devletin bir dışişleri bakanlığı vardır ve en az gelişmiş devletlerin dışişleri bakanlığında bile bir hukuk işleri dairesi bulunur. Bu dairede görev yapan uluslararası hukuk uzmanlarına hükümetleri fikir danışır. Her zaman uluslararası hukukun düzenlemelerine saygılı davranmak için değil; bazen bunların etrafından en münasip şekilde dolaşmak, bazen uluslar arası hukuku ihlalle suçlandıklarında kendilerini savunmak için, bazen de mevcut kuralları değiştirmek ya da yenilerini yaratmak için...⁷⁵ Bu uluslararası hukuk danışmanlarının kimileri öylesine itibar sahibidir ki, Majesteleri Kraliçe kendilerine “Sir” ünvanı verir. İlginçtir ki, uluslararası hukuku ihlalde en kötü sicili olan, en güçlü devletler aynı zamanda uluslararası hukuk araştırmalarına her açıdan en çok yatırım yapanlardır.

Belki de bu kadar insan ve kurum kendi kendilerini aldatıyorlar, uluslararası hukukun varlığına inanmak istiyorlar. Belki de uluslararası hukuk, gerçekten de bir hayal ürünü, bir algı yanılsaması. Ancak günümüzün insan psikolojisine küresel düzeyde damgasını vuran bir deyim unutmamak gerekiyor: ***Perception is reality...***

⁷⁴ Bkz. Kelsen, Hans, *Théorie pure du droit*, traduction française de la 2ème édition par Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, s. 423.

⁷⁵ Dailler, P.; Pellet, A., *op.cit.* s.88

AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA BİR DEVLETLERARASI BAŞVURU: NİCARAGUA V. COSTA RICA KARARI ÜZERİNE NOTLAR

*Doç. Dr. Melike BATUR-YAMANER**

I. İNSAN HAKLARINI KORUMA SİSTEMİNE GENEL BİR BAKIŞ

İnsan Haklarının korunmasını amaç olarak belirleyen tüm evrensel ve bölgesel örgütler bu doğrultuda bir takım belgeler üretmektedirler¹. Bu belgelerde insan hakları ya genel olarak (ör. Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı) ya belli bir grup olarak (ör. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme-birinci kuşak insan hakları) ya bir kesime yönelik olarak (Kadın Hakları Sözleşmesi) ya da tematik olarak (ör. İşkencenin Önlenmesine İlişkin Sözleşme) korunmaktadır. Genellikle bu belgeler aynı zamanda bir takım denetim mekanizmaları da geliştirmektedirler². Bu mekanizmalar, çeşitli yollarla, ilgili oldukları sözleşmelerde güvence altına alınan insan haklarının Sözleşme Devletler tarafından Sözleşmeye aykırı bir şekilde sınırlandırılmasını önlemeye yönelik tedbirler almak ya da bu yönde bir ihlal iddiası ortaya çıktığında bu durumu karara bağlamak yetkisiyle donatılmıştır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Bölümü Anabilim Dalı

1 Uluslararası insan hakları belgeleri ve denetim mekanizmaları için Frédéric Sudre, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1997; Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Beta, 2003, pp.343-641*; Tekin Akılhoğlu, *İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemi*, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, no:17, 1995

2 Denetim mekanizmaların ilgili insan hakları belgesinde yer almadığı durumlar da mevcuttur. Örneğin Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşme denetim organı olarak Ekonomik ve Sosyal Konsey öngörülmüşken 1985 yılında bu konuda Ekonomik ve Sosyal Haklara İlişkin Komitenin kurulmasına karar verilmiştir (ECOSOC Resolution 1985/17). Dolayısıyla bu Komite Sözleşme metninde yer almamaktadır.

Bazı hallerde denetim mekanizmaları insan hakları ihlalleri henüz meydana gelmeden harekete geçebilmektedir. Bu konuda en bilinen örnek Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezanın Önlenmesine İlişkin Sözleşmede öngörülen denetim mekanizması olan Komitedir. Komite Sözleşmede düzenlenmiş ziyaret yöntemlerini kullanarak işkence ve kötü muamele uygulamasına rastlanması muhtemel olan yerlerde yapacakları incelemelerle ihlali önlemeye çalışmaktadır. Benzer bir yöntem Birleşmiş Milletler bünyesinde üretilen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Muamele ya da Cezaya Karşı Sözleşmeye ek Protokolde de öngörülmüştür.

Denetim mekanizmaları çoğu kez sahip oldukları rapor inceleme yöntemiyle de Sözleşmeciler Devletlere yol gösterebilmekte ve bu sayede ihlallerin önlenmesine yardımcı olmaktadır. Rapor inceleme özellikle BM belgelerinde sıkça başvurulan yollardan birisidir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme, Kadın Hakları Sözleşmesi, Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi vs. bünyelerinde oluşturdukları denetim mekanizmalarına rapor inceleme görevi vermişlerdir. Buna göre Sözleşmeciler Devletler söz konusu insan hakları belgesine taraf oldukları tarihten itibaren belirli bir süre içinde Sözleşmede koruma altına alınan hakların kendi ülkelerindeki yasal ve uygulamaya ilişkin durumu hakkında ayrıntılı bilgilerin yer aldığı raporu Sözleşmenin denetim organına tevdi etmek zorundadır. Bu rapor Başlangıç Raporu olarak adlandırılmaktadır. Böylece denetim organı Sözleşmede korunan haklar açısından yeni katılan devletin yasal mevzuatı ve uygulaması hakkında bilgi sahibi olabilmektedir. Bunun dışında Sözleşmeciler Devletler Sözleşmede öngörülen aralıklarla raporlarını sunmaya devam etmektedirler³. Periyodik rapor adı verilen bu raporlarda Sözleşmede korunan hakların durumuna ilişkin değişiklikler yer almaktadır. Çoğu kez taraf devlet temsilcisi ve sivil toplum örgütlerinin katıldığı raporların denetim organı tarafından incelenme aşaması yapılan tartışmalar, görüş alışverişleriyle insan haklarının korunması açısından yararlı bir ortam oluşturmaktadır⁴.

³ Süreler sözleşmeden sözleşmeye değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşmenin maddesinde İnsan Hakları Komitesi istediğinde bu tür raporların verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Komite Temmuz 2001'e kadar olan uygulamasında bu süreyi 5 yıl olarak uygulamış, bu tarihten sonra ise her bir devlet için birbirinden farklı süreler belirlenebileceğine ilişkin yeni bir tutum benimsemiştir. Der. Raija Hanski-Martin Scheinin, İnsan Hakları Komitesinin Emsal Kararları, İ.B.Ü. Yayınları, 2005, p.13

⁴ Bununla birlikte rapor sistemi pek çok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında sistemin insan haklarına ilişkin hukuk kurallarına saygıyı sağlamaya yetmediği ve insan hak-

Bunun dışında genel olarak insan hakları belgelerinde öngörülen iki yol bireysel ve devletlerarası başvuru mekanizmalarıdır. Bu mekanizmalar ancak hak ihlalinden sonra uygulanabilmektedirler. Bu yollar bazı belgelerde zorunlu bazılarında ise seçimlik olarak öngörülmüştür. Genel olarak bireysel başvuru yetkisi seçimlik iken devletlerarası başvuruların zorunlu olarak düzenlendikleri görülmektedir.

Devletlerarası başvuru yolu uluslararası insan hakları hukukunda oldukça seyrek kullanılan bir usuldür. Örneğin katılımın çok yüksek olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme çerçevesinde devletlerarası başvuru yolu bugüne dek hiç kullanılmamıştır. Bazı yazarlar bu durumun Sözleşmeciler devletlerin benzer bir başvuruya maruz kalmaktan korkmalarından kaynaklandığını düşünmektedirler.⁵ Bir başka görüşe göre devletlerin bu usulü kullanma yönündeki isteksizliklerinin olası bir nedeni bu usulün olağanüstü derecede yumuşak oluşu ve hakem yoluyla çözüm yolunun ağırlıklı özelliklerini taşımasıdır.⁶

İnsan Hakları Komitesi 31 numaralı Genel Yorumunda bu konuyu ele almıştır. Genel Yorumda Komite her Taraf Devletin diğer Taraf Devletlerin Sözleşmedeki yükümlülüklerine uymasında hukuki bir menfaati olduğunu belirtmektedir. Bu durum temel insan haklarına ilişkin kuralların *erga omnes* yükümlülükler olmasından kaynaklanır. Bu bağlamda Komite Taraf Devletlere 41. maddede öngörülen devletlerarası başvuru yolunun tanınması beyanının yapılması yönünde çağrıda bulunmaktadır. Komite ayrıca bu beyanı yapmış olan Taraf Devletlere bu tür ihlalleri gözlemlemeleri halinde harekete geçmelerinin dostane olmayan bir davranış biçimi olmadığını, aksine topluluğun meşru menfaatini yansıttığını açıkça belirterek devletlerarası başvuruları cesaretlendirmektedir.⁷

ları ihlallerinin mağdurları için gerçek bir başvuru yolu oluşturmadığı iddiaları gelmektedir. Ayrıca rapor sisteminin gerektiği gibi işlemediği de yapılan eleştiriler arasındadır, Agnès Dormenval, Procédures Onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'homme: Limites ou Défauts? Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, 1991, p.31

⁵ Sarah Joseph, Jenny Schultz, Melissa Castan, The International Covenant on Civil and Political Rights, Oxford University Press, 1999, p.13

⁶ Hanski-Scheinin, op.cit., p.15

⁷ Human Rights Committee, General Comment, No.31, Nature of the Legal Obligation Imposed On States Parties to the Covenant, 26.5.2004, CCPR/C/21/rev.1/Add.13

II. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI SİSTEMİNDE ÖNGÖRÜLEN DENETİM MEKANİZMASI:

1948 yılında Bogota'da yapılan 9. Amerikan Devletleri Konferansında Amerikan Devletleri Örgütü (ADÖ) kurulmuş ve örgütün Şartı kabul edilmiştir⁸. Şart ilk olarak 1967'de Buenos Aires Protokolüyle, daha sonra 1985'de Cartagena de Indias ve 1992'de Washington Protokolleriyle ve son olarak da 1993'de Managua Protokolüyle değişikliğe uğramıştır. Örgüt insan haklarının korunmasıyla ilgili pek çok belge üretmiştir. Bunların başlıcaları Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesidir.⁹ 1959 yılında Santiago'da gerçekleştirilen 5. Dışişleri Bakanları Danışma Toplantısında insan haklarına saygıyı geliştirecek 7 üyeden oluşan bir komisyon kurulmasına karar verilmiştir. Komisyonun Statüsü 25 Mayıs 1960 tarihinde onaylanmıştır. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu (AmeİHK) 1967 Buenos Aires Protokolünün Şartın 51. maddesinde yaptığı değişiklikle Örgütün asli organı haline gelmiştir. Bu değişikliğin en önemli sonucu Komisyonun bundan böyle sadece Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesine göre değil, aynı zamanda Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesine göre de denetim yapabilecek olmasıdır. Bu ise özellikle Sözleşmeye taraf olmayan devletler açısından önem taşımaktadır. Bu doğrultuda İnsan Haklarının korunması açısından sistemin belkemiğinin AmeİHK olduğunu söylemek abartılı olmaz.

Komisyonun Sözleşmeden doğan denetim yolları BM sistemine benzemektedir. Buna göre Komisyon, bireysel dilekçelere ve devletlerarası başvurulara bakma yetkisine sahiptir.¹⁰

⁸ OAS/Ser.L/V/1.4 rev.12 31 January 2007, www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic.TOC.htm. Amerikan insan hakları sistemi için 1 numaralı dipnotta gösterilen kaynaklar dışında bkz. Bertha Santoscoy, La Commission Interaméricaine des droits de l'homme et le développement de sa compétence par le système des pétitions individuelles, PUF, 1995; Hélène Tigroudja, Ioannis K. Panoussis, La cour interaméricaine des droits de l'homme : analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse, Bruylant, 2003

⁹ Amerikan Devletleri Örgütünün ürettiği insan hakları belgelerinin Türkçe ve İngilizce metinleri için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri, Cilt III, Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi, 2003

¹⁰ Sözleşmenin İngilizce metninde bireysel şikayetler için individual petition, devletlerarası başvurular için ise interstate communication terimleri kullanılmaktadır.

1. Bireysel Dilekçeler:

Sözleşmenin 44. maddesine göre “herhangi bir kişi ya da kişi grubu, ya da Örgüte üye Devletlerden birinde ya da bir çoğunda yasal olarak tanınan herhangi bir hükümet dışı kuruluş, bu Sözleşmenin bir Taraf Devletçe ihlal edildiğine ilişkin ihbarları ya da şikayetleri içeren dilekçelerle Komisyona başvurabilir”. Maddeden de anlaşıldığı gibi, Komisyonun bireysel dilekçelere bakma yetkisi, genel uygulamanın aksine, seçimlik olarak düzenlenmiş değildir. Sözleşmeye taraf olan tüm devletler Komisyonun bireysel dilekçelere bakma yetkisini kabul etmiş olurlar. Amerikalılararası sistem, Avrupa İnsan Hakları Denetim Mekanizmasının eski halini hatırlatırcasına, Komisyon ve Mahkeme olarak yapılanmıştır. Sözleşmenin 52-69 maddeleri Mahkemenin örgütlenmesini, yetki ve görevlerini düzenlemektedir. Burada dikkat çekilmesi gereken nokta Mahkemenin yetkisinin seçimlik olarak öngörülmüş olmasıdır. 62. maddeye göre bir Taraf devlet Sözleşmeye katılma ya da onay belgesini depo ederken Mahkemenin yargı yetkisini tanıyabileceği gibi, bunu daha sonra herhangi bir zamanda da yapabilir. Bu tanıma koşulsuz olabileceği gibi belli bir olayla veya belli bir zaman dilimiyle de sınırlandırılmış olabilir.

Bireysel dilekçeler konusunda üzerinde durulması gereken birinci önemli nokta taraflar arasında dostane çözüme ulaşılamadığı takdirde 50. madde uyarınca Komisyonun hazırlayacağı raporun yayınlanmasının Komisyon üyelerinin mutlak çoğunluğunun oylarına bağlı olmasıdır. İkinci önemli nokta bir olayı Mahkemeye sunma yetkisine 61. madde uyarınca sadece Taraf Devletlerin ve Komisyonun sahip olmasıdır. Bu durumda birey dilekçesini kendi başına Mahkemeye götürememektedir.

2. Devletlerarası Başvurular:

Sözleşmenin 45/1 maddesine göre bir Taraf Devlet bu Sözleşmeyi onaylama ya da Sözleşmeye katılma belgesini depo ettiği zaman ya da daha sonra, bir Taraf Devletin Sözleşmede düzenlenen bir insan hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek bir başka Taraf Devlete karşı yapacağı başvuruları inceleme yetkisini kabul edebilir. Dolayısıyla burada da genel uygulamadan farklılık söz konusudur. Amerikalılararası sistemde devletlerarası başvuru yolu seçimlik bir yol olarak düzenlenmiştir.

46. maddede hem bireysel dilekçelere hem de devletlerarası başvurulara uygulanacak kabul edilebilirlik kriterleri ortaya konulmaktadır. Bu kriterler

diğer insan hakları belgelerinden farklı özellikler taşımamaktadır: İç hukuk yollarının tüketilmiş olması, son karardan itibaren 6 ay içinde başvurunun yapılması, konunun başka bir uluslararası mekanizma önüne götürülmemiş olması ve bireysel dilekçeler açısından dilekçe sahibine ilişkin bazı bilgilerin dilekçede yer alması. İç hukuk yollarının tüketilmesi konusunda 46. madde bazı istisnalar öngörmüştür. Bu istisnalar Nicaragua v. Costa Rica kararı çerçevesinde ayrıntılı olarak incelenecektir. 47. madde 46. maddede sayılan koşulların yerine getirilmemiş olması durumunda dilekçenin ve başvurunun kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. Bunun dışında 47. maddeye göre 3 ayı halde de kabul edilemezlik kararı verileceğini öngörmektedir: dilekçenin ya da başvurunun bu Sözleşmede korunan hakların ihlal edildiğini gösteren olgular içermemesi, dilekçenin ya da başvurunun açıkça temelsiz olması ve dilekçenin ya da başvurunun konusunun daha önce başka bir uluslar arası mekanizma tarafından incelen bir dilekçe ya da başvurunun konusuyla aynı olması. Ayrıca Komisyonun 2001 yılında yürürlüğe giren yeni Usul Kurallarının 22 vd. maddeleri dilekçe ve başvurulara ilişkindir.

Nicaragua v. Costa Rica başvurusu Amerikalılar arası sistemde yapılan ilk devletler arası başvuru olması nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. Sözleşmede ve Komisyonun Usul Kurallarında düzenlenen bazı noktalar bu başvuruyu çerçevesinde ele alınmış ve böylece açıklığa kavuşturulmuştur.

Nicaragua 6 Şubat 2006 tarihinde Kosta Rika'nın Sözleşmenin haklara saygı yükümlülüğünü düzenleyen 1/1., adil yargılanma hakkını düzenleyen 8., eşit korunma hakkını düzenleyen 24. ve yargısal korunma hakkını düzenleyen 25. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürerek AmeİHK'na başvurmuştur.¹¹ Nicaragua bu maddelerin yanı sıra Kosta Rika'nın Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin 2. (ayırımcılığa maruz kalmadan haklardan yararlanma hakkı), 7. (kanun önünde eşitlik ilkesi), 8. (etkili yargı yoluna sahip olma hakkı) ve 28. (Bildirgedeki hakların gerçekleştirilebileceği sosyal ve uluslararası bir düzene sahip olma hakkı) maddelerini, Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesinin II (kanun önünde eşitlik) ve XVII. (hukuki kişilik olarak tanınma hakkı) maddelerini ve Amerikalılar arası Demokratik Şartın 9. (ayırımcılığın yok edilmesi) maddesini de ihlal ettiğini iddia etmektedir. Komisyon bu olayda usule ve esasa ilişkin sorunların iç içe geçmiş olduğunu tespit etmiş ve Usul Kurallarının 37/3. maddesi uyarınca kabul edilebilirlik kararının esas incelemesiyle birlikte verileceğini beyan etmiştir.¹²

¹¹ Report N.11/07 Interstate Case 01/06 Nicaragua v. Costa Rica March 8, 2007

¹² Ibid., par.4

Başvurunun konusunu Kosta Rika'da yaşayan göçmenlerin maruz kaldıkları bir takım şiddet olayları ve bu göçmenlerin içinde yaşadıkları ayırıcı atmosfer oluşturmaktadır. Başvurunun hem kabul edilebilirliğin belirlenmesi için esas incelemesini gerekli kılması hem de başvurunun incelenmesi aşamasında usule ilişkin anlaşmazlıkların ortaya çıkması kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanan bu başvurunun neden bu denli uzun olduğunu açıklamaktadır. Başvuruyu usul ve esas açılarından incelemek sorunların kavranmasını kolaylaştıracaktır.

2.1. Usule İlişkin Sorunlar:

Usule ilişkin ilk sorun Sözleşmede seçimlik olarak belirlenen Komisyonun devletlerarası başvurulara bakma yetkisinin Nikaragua tarafından kabul edilip edilmediğinin tespitinde yaşanan zorluklarla ilgilidir. Nikaragua 6 Şubat 2006 tarihinde başvurusuyla birlikte Komisyona 3 Şubat 2006 tarihinde ADÖ'nün Genel Sekreterliğine sunduğu notun bir kopyasını yollamıştır. Bu nota göre Nikaragua 26 Ocak 2006 tarihinde Komisyonun devletlerarası başvurulara bakma yetkisini kabul etmiştir. Bu karar 31 Ocak 2006 tarihli Resmi Gazetede (La Gaceta, no.22) yayınlanmıştır. Kosta Rika ise Komisyonun Nikaragua'nın başvurusunu incelemeye yetkili olmadığını ileri sürmektedir. Kosta Rika bu iddiasına dayanak olarak ADÖ'nün Uluslararası Hukuk Bürosunun Genel Sekreterliğinden aldığı bilgiyi göstermektedir. Söz konusu Büro ADÖ yapısı içinde çok taraflı Amerikalılararası Sözleşmelerin ve onay belgelerinin depoziteri konumundadır ve Büroda Nikaragua'nın Komisyonun yetkisini tanıma beyanına ilişkin herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Komisyon Büronun sahip olduğu belgeler açısından Kosta Rika'nın iddiasının doğru olduğunu tespit ettikten sonra durumu açıklığa kavuşturmak için 26 Ekim 2006 tarihinde Genel Sekretere başvurmuştur. Komisyon böyle bir tanıma beyanının yapıp yapılmadığını ve eğer yapıldıysa bu beyanın 45. maddeye uygun bir şekilde diğer Sözleşmeciler Devletlere iletilip iletilmediğini öğrenmek istemektedir. Düğüm Genel Sekreterliğin cevabıyla çözülmüştür. Nikaragua'nın 26 Ocak 2006'da yaptığı tanıma beyanını 6 Şubat 2006'da aldığını açıklayan Genel Sekreterlik bu beyanı Örgüte üye diğer Devletlere iletmeyi unutmamıştır. Genel Sekreterlik 27 Ekim 2006 tarihli cevabında tanıma beyanını aynı gün Örgüte üye diğer Devletlere iletceğini bildirmektedir.¹³ Görüldüğü gibi başvuruda karışıklığa neden olan Genel Sekreterliğin ihmaliidir. Bununla birlikte, olaydan da anlaşıldığı gibi tanıma beyanının geçerliliği açısından bu beyanın Genel Sekreterliğe tevdi

¹³ Ibid., par.162

yeterlidir. 45/4. maddede öngörülen bu beyanın Örgüte üye devletlere iletilmesi beyanın geçerliliği açısından belirleyici değildir. Komisyon bu noktada Andlaşmalar Hukukuna İlişkin Viyana Sözleşmesi hükümlerine başvurmanın yerinde olduğunu düşünmektedir. Söz konusu Sözleşmenin 16. maddesine göre andlaşma başka türlü öngörmediği sürece onaylama, kabul etme, katılma belgelerinin sözleşmeciler devletler arasında teatisi, depozitere depo edilmesi ya da sözleşmeciler devletlerin ya da depoziterin bu konuda haberdar edilmesi andlaşmayla bağlı olma rızasını oluşturmaktadır. Komisyon Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde depo etme işleminin hukuki bağı kurduğunu belirtmektedir. Komisyon bu kapsamda depoziterin diğer devletlere haber verme görevinin sadece bilgilendirme amaçlı olduğunu altını çizmektedir.¹⁴ Komisyon bu konuda ayrıca Uluslararası Adalet Divanınının 26 Kasım 1957 tarihli “Hint toprağından geçme hakkına ilişkin karar”ına yollama yapmaktadır. Bu kararda da Divan taraflarla Divanın zorunlu yargı yetkisi arasındaki sözleşmesel bağın yapılan beyanla *ipso facto* kurulduğunu belirtmektedir.¹⁵

Usule ilişkin bir diğer sorun Komisyonun görüşlerini bildirmesi için Kosta Rika’ya verdiği ek süreye Nikaragua tarafından yapılan itiraza ilişkindir. Komisyon 15 Şubat 2006 tarihinde Kosta Rika Devletine başvuruyu Usul Kurallarınının 30/e. ve 48. maddeleri ışığında inceleyeceğini bildirmiş ve buna uygun olarak da Kosta Rika’nın cevabını iki ay içinde göndermesini istemiştir. Sorun bu sürenin bitiminde Kosta Rika’nın cevabını halen sunmamış olmasıdır. Süreci büyük bir titizlikle takip eden Nikaragua 20 Nisan 2006 tarihinde Komisyona başvurarak Kosta Rika’nın kendisine verilen süre içinde cevabını sunmamış olmasının başvuruadaki ciddi iddiaları kabul ettiği yönünde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve gecikmeksizin Usul Kurallarınının 36. maddesinde öngörülen prosedürün işletilmesini istemiştir. Kosta Rika 24 Nisan 2006’da Komisyondan ek süre talep etmiş, Komisyon da kendisine tek defaya mahsus olmak üzere 8 günlük bir ek süre tanımıştır¹⁶. Nikaragua ise bu ek süreye şiddetle karşı çıkmıştır. Komisyon Nikaragua’nın itirazlarına cevap verirken Amerikalılararası insan haklarını koruma sisteminde hem Komisyonun hem de Mahkemenin gecikmenin aşırı olmadığı durumlarda sürenin aşılmasını gözardı ettiklerinin altını çizmektedir. Bu konuda Cayara başvurusuna yollama yapan Komisyon bu kararda Mahkemenin “Mahkeme Sözleşmede ve Usul Kurallarında konan sürelerle karşı esnek

¹⁴ Ibid., par.169

¹⁵ Ibid., par.170

¹⁶ Ibid., par.17

davranmış ve tarafların mantıklı bir sebep göstermeleri durumunda sıklıkla ek süre vermiştir” tespitinin üzerinde durmaktadır.¹⁷ Komisyon ayrıca bu konuda devletlerarası başvuru yolunun özelliklerine dikkat çekmektedir. Komisyona göre bu olayda ADÖ üyesi iki devletin ilişkileri söz konusudur. Bu nedenle her iki tarafın da görüşlerini dinlemesi gerekmektedir. Sadece süreye uyulmadığı için bir tarafın görüşünün dinlenmemesi daha sonra iki komşu devlet arasında çok önemli sorunlara yol açabilir.¹⁸ Burada da Komisyonun bireysel dilekçeler ve devletlerarası başvurular konusunda yaptığı bir ayırım söz konusudur. Sürelere sıkı sıkıya bağlı olmamanın bazı hallerde devletlerarası başvurular açısından daha uygun olacağını düşünen Komisyonun bu görüşünden bireysel dilekçelerde sürelere titizlikle uyulması gerektiğini düşündüğü anlaşılmaktadır.

2.2. Esasa İlişkin Sorunlar

Başvurunun usul ile iç içe geçmiş olan konusunu Nikaragualı göçmenlerin Kosta Rika’da maruz kaldıkları olumsuz koşullar oluşturmaktadır. Nikaragua iddiaları üç noktada toplanmaktadır:

1.Nikaragualı göçmen Leopoldo Natividad Canda’nın 10 Kasım 2005 tarihinde Cartago’da bir mezarlığın girişinde iki rotweiler cinsi köpek tarafından parçalanarak öldürülmesi sırasında olay yerinde bulunan güvenlik güçlerinin olaya seyirci kalması ve köpekleri vurma olanakları olduğu halde herhangi bir müdahalede bulunmamaları.

2.Beş Nikaragualı göçmenin 4 Aralık 2005 tarihinde Alajuela’da bir barda maruz kaldıkları ırkçı hakaret içeren taciz sonrasında barı terk etmek üzere iken 25-30 Kosta Rikalının saldırısına uğraması sonucu aralarından bir tanesinin ölmesi ve diğerlerinin yaralanması.

3.Genel olarak Kosta Rika’da bulunan avantajsız konumdaki Nikaragualı göçmenlerin durumu.

Nikaragua ilk iki olayda Kosta Rika’nın soruşturmayı son derece yavaş yaptığını ileri sürmektedir. Canda’nın ölümüne yakın bir tarihte aynı koşullarda gerçekleşen bir Kosta Rikalının ölümünde köpek derhal öldürülmüş ve adli tıp raporu 72 saatten az bir sürede hazırlanmıştır. Oysa Canda’ya iliş-

¹⁷ Ibid., par.136

¹⁸ Ibid., par.137

kin raporun dosyasına eklenmesi için iki ay beklemek gerekmiştir. Nikaragua iki olaydaki ölümlerin de Kosta Rika'nın görünen ırkçılığa ve yabancı düşmanlığına karşı yeterli önlemleri almaması sonucu oluştuğu görüşündedir. Nikaragua, Kosta Rika'nın Canda olayından sonra suçluları cezalandırmak için zamanında kararlı davranmış olması halinde ikinci olayın meydana gelmeyebileceğinin altını çizmektedir.¹⁹ Bunun dışında Canda'nın ölümünden sonra Kosta Rika'da internet sitelerinde yayınlanan bir takım ırkçı mesajlara da dikkat çekmektedir. Bu mesajlarda Canda'yı öldüren köpeklerin milli kahraman oldukları, bunlar gibi başka köpeklerin de gökten inip Kosta Rika'daki tüm Nikaragualıları temizlemesinin mükemmel olacağı yolunda ifadeler yer almaktadır. Nikaragua ayrıca söz konusu iki olayın istisnai vakalar olmadığını göstermek için göçmenlere yönelik ırkçı davranışlara ilişkin başka örnekler vermekte ve bazı üniversitelerin Kosta Rika'da artan ırkçılıkla ilgili olarak hazırladıkları kamuoyu araştırmalarını örnek göstermektedir.²⁰ Sonuç olarak Nikaragua'nın iddiaları Kosta Rika'nın Sözleşmenin 1/1. maddesinde öngörülen haklara saygı yükümlülüğünü yerine getirmediği noktasında toplanmaktadır.

Komisyon ilk olarak bireysel sorumluluk konusunda bir yetkisinin bulunmadığını bu nedenle Canda olayında pasif kalan güvenlik güçlerinin sorumluluklarını incelemeyeceğini belirtmektedir. Komisyonun yetkisi ADÖ üyelerinin uluslararası sorumluluklarını tespit etmeye yöneliktir. İhlali gerçekleştirenlerin, eylemlerinin doğrudan devlete atfedilemeyen bireyler olması durumunda gerekli özeni göstermediği gerekçesiyle devletin sorumluluğu yine de doğabilir.²¹

Komisyon *ratione personae* yetkisini belirlerken ilk iki olaya ilişkin bir sorun bulunmadığını belirtmektedir. Bununla birlikte Komisyon bugüne dek oluşturduğu 44. maddenin içtihadına göre bir dilekçenin kabul edilebilir olması için kişisel olarak belirlenmiş mağdurlara ya da özel ve ayırd edilebilir bir grup mağdurdan oluşan mağdurlara yönelik olması gerektiğini ortaya koymuştur.²² Komisyon insan haklarını koruma sistemindeki gelişmenin sonucu olarak artık her bireyi ismen zikretmenin gerekli olmadığını bununla birlikte olası mağdurları belirleyecek objektif kriterler koyulmasının yeterli olacağını belirtmektedir. Komisyon 44. madde çerçevesinde oluşturulan bu

19 Ibid., par.66

20 Ibid., par.73-76

21 Ibid., par.180

22 Ibid., par.189

tespitlerin 45. maddeye uygulanabilirliğini incelemektedir. Komisyon bu noktada 44. ve 45. maddelerin kaleme alınışlarındaki bir farka işaret etmektedir. 44. madde “..bu Sözleşmenin bir Taraf Devletçe ihlal edildiğine ilişkin ihbarları ya da şikayetleri içeren dilekçeler”den söz ederken 45. madde “bir Taraf Devletin bir başka Taraf Devletin Sözleşmede düzenlenen bir insan hakkını ihlal ettiğini iddia eden” başvurulardan bahsetmektedir. Komisyona göre bu farklılık devletlerin sadece bireysel olarak belirlenebilir mağdurlara ilişkin durumları değil aynı zamanda yaygın ya da sistematik insan hakları ihlallerine ilişkin genel durumları da Komisyonun dikkatine sunabileceklere şeklinde yorumlanabilir.²³ Bu doğrultuda Komisyon Nikaragua'nın genel olarak göçmenlerin durumuna ilişkin iddialarını da inceleyebileceği görüşüne ulaşmaktadır.

Komisyon başvurunun kabul edilebilirliği konusundaki değerlendirmesinde Kosta Rika'nın başvuruya konu olan olaylarda yargılamanın devam ettiği ve bu nedenle de iç hukuk yollarının tüketilmediği yolundaki itirazını incelemektedir. Bu konuda Nikaragua Sözleşmenin 46. maddesinde öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kuralın istisnalarına dayanmaktadır. İlk olarak Nikaragua Kosta Rika'daki göçmenlerin maddi durumlarının son derece kötü olduğunu belirtmekte ve bu durumun da iç hukuk yollarını kullanmalarını olanaksız hale getirdiğini ileri sürmektedir. İkinci olarak yargılamanın uzunluğuna dikkat çeken Nikaragua'ya göre bu açıdan Kosta Rika'da, ilk bakışta aşırı uzun olduğu görülen, bu tür süreleri öngören bir kanunun yürürlükte olması söz konusu devleti yargılama güvencelerini ve yargılamanın makul sürede yapılmasını öngören Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden kurtarmaz.²⁴ Nikaragua'nın özellikle üzerinde durduğu nokta bu tür durumlarda makul sürenin yabancı düşmanlığının ve ayrımcılığın söz konusu olmadığı diğer durumlardaki kriterlerle ölçülemeyeceğidir. Bu olayda adaletin gecikmesi yabancı düşmanı ve ayrımcı hisleri teşvik edebilir ve göçmenleri daha zayıf hale getirebilir.

Komisyon ilk olarak sürenin uzunluğuna ilişkin iddiaları incelemektedir. Olayların meydana geldiği tarihle devletlerarası başvurunun yapıldığı tarih arasında üç aylık bir süre bulunmaktadır. Bu sürede her iki olayda da zanlılar belirlenmiş ve Canda olayına karşın iki polis hakkında resmi olarak suçlama yapılmıştır. Komisyon Nikaragua'nın bu sürenin haklı görülemez derecede uzun olduğunu gösterecek kanıtlar sunamadığına işaret ederek

²³ Ibid., par.195

²⁴ Ibid., par.237

46/2(c) maddesinde yer alan haklı görülemeyecek gecikme istisnasının bu durumda uygulanamayacağını belirtmektedir.²⁵

Komisyon daha sonra genel bir ayrımcılık uygulaması nedeniyle iç hukuk yollarını tüketmenin olanaksız hale gelip gelmediğini araştırmaktadır. Komisyon bu konuda 1965 yılında düzenlenen Amerikalılararası İkinci Özel Konferansında alınan kararı hatırlatmaktadır. Bu karara göre bir devlette sistematik ihlallerin söz konusu olması halinde iç hukuk yollarının ya uygun ya da etkili olmadığı yolunda bir karine oluşacaktır. Bu konuda Komisyon 1971 yılında önüne gelen Brezilya'daki sistematik işkence iddialarına ilişkin dilekçeyi örnek olarak göstermektedir. Bu olayda genel bir insan hakları ihlaline ilişkin bir durumun mevcut olduğunu tespit eden Komisyon iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının burada uygulanmayacağını açıklamıştır.²⁶ Bununla birlikte bu istisnanın uygulanabilmesi için iddia edilen uygulamanın varlığı gösterilmelidir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken Kosta Rika'da iç hukuk tarafından öngörülen yolları önemsiz kılacak derecede genel bir ayrımcılık uygulamasının varlığının tespitidir. Komisyon ADÖ üyesi devletlerde sistematik insan hakları ihlallerine ilişkin iddialarının incelenmesinin son derece hassas bir konu olduğunu belirtmektedir.

Komisyon iddia edilen olayların Kosta Rika'daki Nikaragualılara yönelik sistematik bir ayrımcılık uygulamasına ilişkin olup olmadıklarını tespit etmeye ve eğer böyleyse Kosta Rika'nın bu durumu önlemek için gerekli tedbirleri alıp almadığını belirlemeye çalışmaktadır. Bu noktada Komisyon Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İrlanda'nın Birleşik Krallık'a karşı yaptığı başvurusundaki görüşüne katıldığını belirtmektedir: *"Sözleşmeyle uyumsuz bir uygulama, sadece izole olaylar ya da istisnalar değil fakat bir sistem oluşturan yeterli sayıda ve birbirine bağlı aynı ya da benzer ihlallerin birikmesidir."*²⁷

Komisyon Nikaragua'nın ayrımcılık iddialarını değerlendirirken pek çok kriteri göz önüne alacağını belirtmektedir. Bu kriterlerden ilki miktardır. İddia edilen ayrımcı eylemler geniş bir kitlenin insan haklarının sürekli ihlal edilmesini ya da daimi bir tehdit altında bulunmasına neden olacak kadar çok olmalıdır. İkinci kriter zamandır. İddia edilen ayrımcı eylemler alışkan-

25 Ibid., par.252

26 Ibid.,par.259

27 Ibid., par.267

lık haline gelinceye kadar düzenli olarak belli bir süre devam etmelidir. Üçüncü kriter ayırıcı eylemleri birbirlerine bağlayan ortak özelliklerinin olmasıdır. Son olarak bu eylemlere resmi hoşgörü gösterilmiş olmalıdır.²⁸ Komisyon bu kriterler doğrultusunda yaptığı incelemede Kosta Rika'da Nikaragualı göçmenlere yönelik genel bir ayırıcı uygulamanın varlığını *prima facie* tespit edemediğini belirtmektedir. Bu nedenle de Kosta Rika'da söz konusu göçmenlerin kullanacakları etkin ve uygun iç hukuk yollarının bulunmadığı sonucuna ulaşamamaktadır.²⁹

SONUÇ

Başvuru her ne kadar kabul edilemezlik kararıyla sonuçlanmış olsa da iki açıdan önem taşımaktadır. Bunlardan ilki başvurunun Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yapılan ilk başvuru olmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi örneğini bir kenara koyacak olursak insan hakları sözleşmelerinde öngörülen devletlerarası başvuru yolunun devletler tarafından tercih edilmeyen bir yol olduğu açıktır. Bu da şüphesiz Devletlerin bilinçli bir tercihlerinin sonucudur³⁰. Oysa devletlerarası başvuru İnsan Hakları Komitesinin 31 numaralı Genel Yorumunda işaret ettiği gibi, Sözleşmeciler Devletlerde insan haklarının korunması için etkili bir yol oluşturmaktadır.

İkincisi ise kabul edilemezlik kararının usule ve iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin bazı sorunlara ışık tutmasıdır. Bu karardaki tespitler bundan sonraki devlet başvuruları için yol gösterici olacaktır.

Bu başvurunun asıl önemi ise şüphesiz, Sözleşmeciler Devletler için bir örnek oluşturması ve devletlerarası başvuru yolunu kullanılabilir hale getirmesi durumunda ortaya çıkacaktır.

28 Ibid., par.271

29 Ibid., par. 306

30 Gemalmaz, Ulusalüstü..., p.554

EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE ET EUROPÉENNE VERS LA THÉORIE DE L'EFFET DANS L'APPLICATION UNILATÉRALE DU DROIT DE LA CONCURRENCE*

*Assis. A. Cenk KESKİN***

Le droit de la concurrence est l'un des instruments le plus important pour réaliser la politique de la concurrence. Aujourd'hui, il existe deux sources essentielles du droit de la concurrence, le droit de la concurrence américaine et le droit de la concurrence européenne. Le droit antitrust américain est né dès la fin du XIXe siècle, à une période où l'économie de marché a pris aux États-Unis un essor fulgurant et où les pouvoirs économiques ont commencé à se substituer aux pouvoirs politiques. Aux États-Unis, la quasi-totalité des États fédérés disposent aujourd'hui de lois particulières, coexistant avec le droit fédéral. Le domaine des législations propres à ces États couvre les activités affectant leur commerce interne. Par contre, en Europe, ce n'est qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale que, face au besoin de contenir les inconvénients de l'économie libérale, le droit des pratiques anticoncurrentielles a pris une forme évoluée, notamment en Allemagne fédérale et dans le Traité de Rome.

Le modèle de la Communauté européenne est caractérisé par une intégration nettement plus grande de la politique de concurrence et des

* Cet article a été adapté d'après une partie du projet de thèse du doctorat de l'auteur à l'Université Paris I - Panthéon Sorbonne intitulé « A la recherche du droit de la concurrence internationale efficace ».

** Assistant à l'Université Galatasaray au sein du Département de Droit International Public, candidat de doctorant à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne et l'Université Galatasaray.

objectifs de plus large portée de la politique économique que le régime américain. Depuis la création de la Communauté européenne, la politique de concurrence a été utilisée de façon délibérée pour favoriser l'intégration du marché européen. Dans le cadre des mesures récentes en vue d'achever l'intégration du marché interne, il est devenu d'autant plus important de se doter d'une politique de concurrence commune et efficace pour réaliser l'unification du marché. L'évolution de la politique de concurrence de la Communauté européenne en tant qu'instrument de l'unification du marché a comporté aussi bien des inconvénients que des avantages. Elle a donné lieu, en particulier, à l'élaboration de règles de fond qui paraissent incompatibles à certains égards avec le principe de l'efficacité des marchés généralement adopté en Amérique du Nord¹.

Étant donné que les règles du droit de la concurrence sont l'instrument juridique d'une politique commerciale permettant la réalisation des objectifs poursuivis par les états, elles doivent être efficacement appliquées et leur violation doit être sanctionnée. La réalisation de la politique de la concurrence a une telle importance que l'État dont les entreprises sont «victimes» d'une application extraterritoriale du droit de la concurrence peut considérer que certains de ses intérêts nationaux sont affectés. Par ailleurs, l'État qui souhaite donner à sa législation antitrust toute son efficacité et qui espère la reconnaissance et l'exécution de ces décisions par les entreprises et les états étrangers voit aussi ses intérêts affectés si tel n'est pas le cas². Il convient donc de déterminer les principes qui permettent aux États d'établir leur compétence dans des affaires ayant un caractère d'extranéité.

En l'espèce, il existe des principes du droit international et qui définissent le cadre de l'exercice de la compétence dans le domaine du droit de la concurrence. Le premier type de solutions envisageables lorsqu'un pays est confronté à un problème de concurrence du à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle à l'extérieur de son territoire est l'application extraterritoriale de son droit national³. Il y a lieu à cet égard de faire une

¹ VILLEMONT Michael, «Les politiques de concurrence américaine et européenne» sur le réseau de Droit et actualité Internet, 22 décembre 2006.

² FRIEDEL - SOUCHU Evelyne, Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne, LGDJ, Paris 1994, p.359.

³ JENNY Frédéric, «L'environnement économique international et les autorités de concurrence», dans Rapport Public 2001 – Les autorités administratives indépendantes. La Documentation Française, Paris 2001, p.448.

distinction entre deux types d'applications extraterritoriales du droit national. L'application du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire national mais ayant des effets sur le territoire national du pays considéré et l'application du droit national à des pratiques ayant des effets à l'extérieur du territoire. Cette dernière solution est assez rare, mais pas un inconnu. Les autorités des États-Unis menacent parfois les autorités japonaises d'appliquer le *Sherman Act* à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre et ayant des effets au Japon et qui ou bien limite les capacités d'exportation des entreprises américaines au Japon ou bien provoquent un dommage aux intérêts américains⁴. Quant à l'application extraterritoriale du droit national à des pratiques mises en œuvre à l'extérieur du territoire mais ayant des effets sur le territoire national comporte des difficultés pour l'autorité des concurrences nationales. Il est souvent impossible d'avoir accès aux éléments de preuve sans l'aide de l'autorité étrangère de concurrence du pays dans lequel la pratique a été mise en œuvre. En outre, cette solution est peu efficace pour le traitement des concentrations ayant lieu à l'étranger mais ayant un effet sur le territoire national.

Au-delà des principes traditionnels, la spécificité du droit de la concurrence ainsi que la nécessité d'appréhender, dans le cadre du commerce international, les activités des entreprises étrangères qui portent atteinte aux marchés à nationaux, ont incité la doctrine, la jurisprudence ainsi que les autorités législatives des États-Unis et de la Communauté à élaborer de nouveaux principes de compétences applicables en droit international économique. Ayant défini ses principes dont l'objet principal est de protéger la souveraineté et l'indépendance des états, nous avons voulu les confrontés à la portée extraterritoriale des législations américains et Communautaires de concurrence.

En raison de la globalisation croissante et de la convergence des marchés, il est incontestable que le droit de la concurrence américain ainsi que le droit de la concurrence européen exercent, à l'échelle mondiale, une influence importante sur toutes les entreprises qui participent directement ou indirectement à leur économie. Dans ce contexte le choix de méthode pour

⁴ Lors de la construction d'une base militaire américain au Japon ayant donné lieu à une entente de prix entre les soumissionnaires japonais, les États-Unis ont menacé d'entamer une procédure pénale dans leur pays si l'autorité de la concurrence japonaise ne condamnait pas, sur le fondement du droit japonais de la concurrence, les auteurs de cette pratique.

l'application efficace des règles de concurrence revête une importance capitale. Donc il nous paraît utile d'examiner, sans entrer trop dans les détails, les méthodes utilisées par les autorités américaines ainsi que les autorités communautaires, toute en examinant l'évolution de la jurisprudence en matière dans les deux cotés de l'Atlantique. L'intérêt de cette étude réside dans la comparaison de systèmes américain et européen revendiquant des divergences quand à l'origine de leur approche de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles internationales ayant un effet sur le marché national et enfin, suite à l'évolution de la jurisprudence la différence est bien moins marquée entre les deux systèmes du droit de la concurrence.

A. LA JURISPRUDENCE AMÉRICAINE DANS L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LEURS DROITS DE LA CONCURRENCE

Bien avant l'apparition des tendances les plus récentes à la mondialisation, le gouvernement des Etats-Unis a cherché à faire jouer la législation antitrust américaine de façon à protéger les entreprises et les milieux d'affaires américains contre les pratiques anticoncurrentielles étrangères⁵. En effet, les lois antitrust américaines, sans expressément se reconnaître une compétence extraterritoriale, s'appliquent néanmoins aux échanges avec les pays étrangers. L'étude des principales dispositions législatives américaines montre que les Etats-Unis s'attribuent compétence selon des critères variés pour lesquels le lien avec ce pays est parfois des plus ténus.

Ainsi, la section 1 du *Sherman Act*⁶ s'applique aux restrictions qui touchent s'échanges ou le commerce entre les Etats ou avec des nations étrangères. La section 2 de la même loi prohibe, quant à elle, les monopoles ou les tentatives de monopolisation qui visent toute partie des échanges ou du commerce entre les Etats fédérés ou avec l'étranger. Enfin, la section 7 définit le champ d'application juridictionnel de la loi en matière d'exportations. Le *Clayton Act*⁷ trouve application dès que des produits sont vendus en vue de leur

⁵ TRITELL Randolph, "Bilan de l'application de la législation antitrust américaine aux sociétés étrangères", Perspectives économiques Vol.4 No.1, février 1999, p.14.

⁶ *Sherman Antitrust Act* "An act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies" Public law n° 190, US Statues at large, Vol. 26 pp. 209-210, 15 US Code Section §1-7 Stat 206.

⁷ *Clayton Act of 1914*, 15 U.S.C., § 12-27, 29 U.S.C § 52-53

utilisation ou de leur revente «aux Etats-Unis ou dans tout endroit place sous la juridiction des Etats-Unis». La procédure de notification préalable des concentrations s'applique quelle que soit la nationalité des entreprises en cause, des lors que leurs activités sont commerciales ou en rapport avec le commerce. En vertu du *Federal Trade Commission Act*⁸, la *Federal Trade Commission* est habilitée à poursuivre les pratiques restrictives de concurrence et les infractions aux autres lois antitrust non seulement lorsqu'il s'agit d'importations, mais aussi, en matière d'exportations, lorsque les pratiques affectent les échanges internes, les importations ou impliquent une personne qui a des activités similaires aux Etats-Unis. En application du *Export Trading Company Act*⁹ de 1982, les exportateurs américains peuvent obtenir un certificat qui permet à leur bénéficiaire de ne pas se voir appliquer le droit de la concurrence lorsque les activités d'exportation de biens ou des services n'affectent pas le commerce ou la concurrence aux Etats-Unis ou ne portent pas atteinte à leurs concurrents exportateurs et qu'elles ne risquent pas de donner lieu à la revente desdits biens ou services sur le territoire des Etats-Unis. Le *Wilson Tariff Act*¹⁰ interdit tout accord ou pratique concertée imputables à des parties qui ont pour activité l'importation de biens, lorsque qu'ils ont pour objet l'affectation du commerce ou l'accroissement des prix des produits importés dans tout ou partie des Etats-Unis ou dans toute industrie dans laquelle ces articles sont employés.

Parmi les premiers jugements qui furent rendus en s'appliquant ces lois, certains reposaient sur une interprétation très élastique du domaine d'application territorial de la législation des Etats-Unis au sujet des comportements à l'étranger qui exercent des effets anticoncurrentiels sur le commerce de notre pays.

1. Les arrêts tenant en compte le rattachement concret au territoire national

Dans les premières affaires antitrust, les entreprises étrangères ou américaines à l'étranger a été condamné uniquement en raison de leurs activités ou pratiques sur le territoire des États-Unis. En examinant la jurisprudence américaine, on constate que dans la première moitié du XXe

⁸ *Federal Trade Commission Act* of 1914, 38 Stat. 717 (1914) ; 15 U.S.C. § 41-58

⁹ *Export Trading Company Act*, 96 Statues 1233 (1982), codified in 15 U.S.C.A. §§ 4001-40053

¹⁰ *Wilson Tariff Act* of 1854 15 U.S.C. Sec. 8 01/05/99

siècle, les tribunaux américains ont défendu le principe de territorialité objective en raison de comportements affectant le marché ou l'acte matériel d'exécution localisée sur le territoire des États-Unis. Cette approche relève, d'abord, de l'affaire *Américain Banana Co v. United Fruit Co.*¹¹ Dans cette affaire la Cour suprême des États-Unis a été saisie pour la première fois sur la question du champ d'application de lois américaines de la concurrence. Le demandeur, *Américain Banana Company*, enregistré dans l'État d'Alabama, a porté plainte contre *United Fruit Company*, en invoquant que sa plantation située au Costa Rica a été confisquée et a endommagé par le défendeur. Même qu'il y ait eu lieu une entente entre les différentes parties du Costa Rica afin d'éliminer American Banana du marché, le juge Holmes déclara que puisque que la conduite qui a causé du dommage a pris place en dehors de la juridiction des États-Unis, il sera surprenant de considérer qu'elle puisse être les gouvernés par la loi des États-Unis¹². Le droit américain de la concurrence n'était d'ors applicable qu'aux infractions commises sur le territoire des États-Unis. La Cour suprême, a seulement porté attention au lieu d'exécution de conduits anticoncurrentiels et n'a pas pris en compte ces effets sur les importations vers les États-Unis. Ainsi, dans cette première affaire le tribunal a penché vers l'application stricte du principe de territorialité de lois.

Par contre, la jurisprudence a évolué. L'approche de la territorialité stricte selon lequel un État ne peut régir la conduite étrangère que dans les seules limites de ses frontières territoriales s'est mise en cause dans l'arrêt *Etats-Unis v. American Tobacco Company*¹³. La société *Américains Tobacco* avait établi un rapport contractuel, un Angleterre avec *l'Impérial Tobacco Company*, à fin de partager le marché. L'accord entre le ces deux entreprises a été jugé contre le droit de la concurrence américain à cause de son objet de monopoliser le marché américain est de diviser le marché mondial. Tandis que, les défendeurs ont invoqué l'affaire *American Banana*, en proclamant que le *Sherman Act* ne pouvait s'appliquer à une conduite prenant place en dehors du territoire américain. Pourtant, la Cour suprême a décidé que le *Sherman Act* est applicable lorsqu'une entreprise américaine signe un contrat avec une entreprise étrangère, en territoire étranger. Ainsi, une conduite d'une entreprise dont le siège est à l'étranger et qui prend place

¹¹ *Américain Banana Co v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

¹² SWAINE Edward T., "The Local Law of Global Antitrust", *William and Mary Law Review*, Vol.43, No.2, décembre 2001, p.657.

¹³ *Etats-Unis v. American Tobacco Company.* 221 U.S. 106 (1911)

en territoire étranger peut tomber dans le champ d'application du *Sherman Act*. Ainsi, dans cette affaire, la Cour suprême a estimé que deux conditions étaient nécessaires pour qu'un comportement puisse être jugé par les juridictions américaines en application du droit de la concurrence: l'affectation grave du commerce américain et une atteinte voulue aux intérêts américains.

Quoique, cette raisonnement qui peut être considéré comme l'embryon de la théorie de l'effet était prématuré pour son temps. Le marché mondial n'étant pas assez interdépendant à l'époque, le principe de souveraineté étatique était respecté largement. En ce sens, la Cour ne suit pas ce raisonnement dans des affaires suivantes. Il fallait attendre jusqu'au 1945 pour apercevoir un retour vers l'arrêt *American Tobacco Company*.

2. L'évolution de la de la jurisprudence vers la théorie des effets

L'approche stricte du principe de territorialité n'a pas duré longtemps aux Etats-Unis, car les doctrines juridictionnelles se sont développées par des actions apportées ayant lieu à l'étranger avec un effet anticompetitif sur le marché des États-Unis et sur les entreprises américaines¹⁴. Or, les Etats-Unis ont adopté la doctrine d'effet intentionnel dans l'affaire *Etats-Unis v. Aluminium Cie. de l'Amérique (ALCOA)* en 1945, un cas comportant l'interprétation juridique de la volonté du congrès sur l'application des lois antitrust aux parties localisés à l'extérieur des Etats-Unis¹⁵.

Dans cette affaire, la société ALCOA et sa filial Canadien avait les mêmes actionnaires et leur direction était presque le même. La filial Canadien participa à un à un cartel en Suisse. Ce cartel décida le volume d'aluminium qui pourrait être produit par chacun de ses membres. En dépassant ce limite, une devance devrait être versé au cartel. La Cour suprême décidait que cette entente portait atteinte aux Commerce extérieur des États-Unis et violait le *Sherman Act*.

Cette décision de la Cour suprême se distingue des affaires précédentes, car toutes les parties à l'accord étaient des entreprises étrangères, exécutant l'accord lui-même un territoire étranger. La Cour prend en compte seules les

¹⁴ SMITHERMAN Charles W., "The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic", 19 AUILR , 2004, p.799.

¹⁵ *U. S. v. Aluminum Co. Of America*, 148 F. 2d 416, 2rd Cir. (1945)

effets des activités des entreprises étrangères sur le jeu de la concurrence aux Etats-Unis, en déclarant qu' «un quelconque Etat peut imposer des responsabilités, même sur des personnes qui ne sont pas soumises à sa compétence, pour un comportement ayant lieu en dehors de l'Etat en question, dans la mesure où celui-ci aurait une incidence à l'intérieur de même Etat»¹⁶. Ainsi, en 1945, le Judge Learned Hand a formalisé ce qui devait devenir la théorie des effets.¹⁷ Selon cet arrêt le *Sherman Act*, devient applicable aux comportements d'entreprises étrangères survenus à l'extérieur des Etats-Unis, dans la mesure où ces comportements produisaient des effets aux Etats-Unis, effets qui devaient avoir été voulus. Bien qu'ayant encouru de vives critiques, cet arrêt limitait pourtant l'applicabilité du droit américain au caractère intentionnel des effets restrictifs de concurrence sur le marché national. La théorie des effets ainsi édictée n'était cependant pas satisfaisante, car les entreprises qui font l'objet d'une procédure antitrust encourent des sanctions pénales et la condamnation au paiement de *trebble damages*¹⁸. La théorie du juge Learned Hand a rapidement été nuancée. On a considéré que la pratique litigieuse devait avoir des effets substantiels, directs et raisonnablement prévisibles sur le territoire national¹⁹.

Plus récemment, il est apparu une tentative de distinguer entre deux situations. Si l'effet restrictif sur le marché américain est le principal objet ou but du comportement litigieux, l'effet aura moins besoin d'être qualifié pour justifier la compétence du droit américain. Si en revanche l'effet sur le marché américain ne résulte pas d'une intention délibérée des parties au comportement litigieux, l'effet restrictif sur le marché national devra être substantiel pour justifier la compétence du droit américain.

A la suite de la décision d'ALCOA, l'ordre judiciaire et la législature ont focalisé sur la portée de la doctrine de l'extraterritorialité pour les Etats-Unis afin d'imposer la politique de concurrence au delà de sa juridiction nationale. Au titre d'exemple, on peut citer l'affaire *U.S. v. General Electric Co*²⁰, une autre affaire qui ressemble beaucoup à l'affaire *ALCOA* dans le sens de déterminer la compétence des juridictions américains à l'égard des entreprises étrangères pour des activités accomplies à l'étranger. La société

16 *Ibid.*

17 Intended effects doctrine

18 Des dommages-intérêts triples.

19 Cf. L. §18 (b) du *Restatement of the Law (second)* 1965, adde §402.1 (c) et 403.2 (a) du *Restatement of the Law (third)* 1987.

20 *U.S. v. General Electric Co.*, 82 F. Supp. 753, D.N.J. (1949)

américaine *General Electric* participait à un accord conclu par plusieurs entreprises afin d'établir un système de quotas assurant une position dominante dans son propre marché. *General Electric* n'étant pas directement impliqué dans cet accord participait à l'accord grâce à leurs filiales étrangères. Par contre, la cour fonda sa décision sur des critères adoptés dans l'affaire *ALCOA*, et souligna qu'il y avait eu un effet substantiel sur le commerce américain et la responsabilité de *General Electric* a été engagée.

Par ailleurs, dans l'arrêt *U.S. v. Imperial Chemicals Co*, la décision rendu par la juridiction américaine, l'application extraterritoriale de la législation antitrust alla plus loin, notamment à cause des injections imposées par la juridiction américains aux entreprises étrangères²¹. La société britannique I.C.I. et la société américaine *Du Pont* ont signé un accord dans le but de partager le marché mondial. Le tribunal a conclu qu'une telle entente d'affecter le commerce américain est de ce fait violait *Sherman Act*.

Lors de l'affaire *Timberlane Lumber Corporation v. Bank of America*,²² la décision d'ALCOA a relevé de l'examen minutieux pour ne pas tenir compte d'une analyse d'intérêts d'autres nations. Cette tendance, appelée «courtoisie internationale» inspire toujours les cours américaines²³. Dans cette affaire, la société américaine *Timberlane* été victime d'une entente entre la banque, *Bank of America* et plusieurs sociétés établies au Honduras. *Timberlane* tenta de s'établir au Honduras afin d'exploiter le bois dans ce pays et exporter sa production aux États-Unis. Elle acheta l'équipement industriel d'une société hondurienne qui les avait hypothéquées à la *Bank of America* à cause de ses dettes. Cette dernière banque transféra l'hypothèque à une autre société hondurienne qui se trouvait en concurrence avec *Timberlane*. Alors, le juge a décidé que dans l'affaire ALCOA les intérêts des états étrangers, impliqués dans le cas concret, n'avaient pas mis en balance des intérêts avec ceux des États-Unis pour justifier l'application extraterritoriale des lois de concurrence américaines. En effet, la revendication d'une compétence extraterritoriale n'est plus justifiée lorsque les intérêts des États-Unis sont trop faibles, que les restrictions commerciales et justifier en raison de l'importance des intérêts étrangers et lorsque l'impératif de modération en vue de préserver l'harmonie des relations internationales des

²¹ *U.S. v. Imperial Chemicals Co.*, 145 F.Supp. 215 (S.D.N.Y. 1952)

²² *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, 549 F. 2d 597, 9th Cir. (1976)

²³ DE BEAUMONT Anne, Droit de la concurrence et globalisation, Thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006, p.496.

États-Unis s'impose. Ainsi, le juge Choy a indiqué un test en trois points pour déterminer l'application extraterritoriale du *Sherman Act*, en soulignant la nécessité de justice et de courtoisie internationales obligeant la juridiction américaine de céder à sa compétence. Le test cherche à savoir si la restriction commerciale en jeu a-t-elle un effet suffisamment attendu sur le commerce extérieur américain et les intérêts de, et les liens avec les États-Unis, sont-ils suffisamment importants, comparés à ceux des nations étrangères, pour justifier l'affirmation de l'autorité extraterritoriale. Ainsi dans *Timberlane*, la Cour a prise une position proche de la doctrine de l'effet intentionnel²⁴, en adoptant un essai tripartite pour déterminer si elle devrait imposer l'extraterritorialité.

Par ailleurs, quand bien même les effets plus moins qualifiés sur le marché américain pourraient justifier la compétence du droit interne, il existe une tendance à confronter l'intérêt du droit américain à exercer sa compétence avec celui des Etats étrangers à exercer la leur. Cette tendance, appelée «courtoisie internationale» remonte à une jurisprudence des années 1970 qui inspire toujours les cours américaines mais connaît des applications erratiques. En effet, la Cour suprême ne s'est toujours pas ralliée a cette situation. Ce principe a eu son mise en œuvre dans l'affaire, *Hartford Fire Insurance Co. v. California*²⁵. Or, cette affaire est importante car elle tranche la question de savoir si les tribunaux américains devraient de saisir de certaines affaires en vertu du principe que la courtoisie internationale²⁶. Cette affaire concernait des entreprises britanniques de réassurance suspectée d'entrer dans les pratiques concertées avec des entreprises d'assurances américaines. La Cour suprême américain a du d'abord se prononcer sur la question de compétence. La cour a déclaré, sans tenir compte des intérêts de l'autre État, que les tribunes américains avaient la compétence de juridiction extraterritoriale sur les entreprises d'origine étrangère ou sur une quelconque entreprise portant atteinte aux droits de la concurrence américaine. Ainsi, le tribunal a décidé que les principes de la courtoisie internationale obligent un juge américain à examiner la possibilité de se déclarer incompétent dans la mesure où le droit étranger impose aux citoyens étrangers de ne pas agir en contradiction avec le droit de la concurrence des États-Unis. En outre, la Cour a précisé qu'un conflit

²⁴ Intended effects doctrine

²⁵ *Hartford Fire Insurance v. California*, 509 US 764 (1993)

²⁶ ALFORD Roger P. , "The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches", VJIL, Vol.33, no.1,1992, p.23.

véritable peut exister dans la mesure où le respect d'une loi américaine constitue une violation d'une loi d'un autre pays²⁷. En l'espèce, la courtoisie internationale ne peut être invoquée lorsque les entreprises en cause ont la possibilité de respecter à la fois le droit national et le droit américain. La Cour a ajouté aussi que le droit anglais n'obligeait pas les réassureurs britanniques à agir en transgressant le droit américain, donc les tribunaux américains n'avaient pas à s'abstenir d'exercer leurs compétences juridictionnelles par le simple respect du principe de la courtoisie internationale. Par contre, dans son avis dissident, le juge Scalia a refusé le critère d'un « conflit véritable » qui donne au juge américain un pouvoir discrétionnaire trop large dans des affaires ayant un caractère international.

Cette affaire a eu son impact dans des lignes directrices de l'autorité américaine de concurrence, Federal Trade Commission et Department of Justice, selon laquelle un juge américain ne doit analyser la possibilité de se déclarer incompétent dans la mesure où il existe un conflit véritable et direct entre le droit étranger et droit national²⁸.

L'hésitation de la Cour suprême a permis à un tribunal fédéral de première instance de rejeter l'application extraterritoriale du droit américain pour la première fois en matière pénale, mais cette décision fut rejetée en appel dans un arrêt reprenant les termes d'Hartford Fire²⁹. Dans cette affaire relativement récente, le ministère américain de la justice a intenté une action contre une ancienne société japonaise³⁰, qui constitue une tentative d'application de la législation antitrust américaine au marché mondial. Avec cette action contre l'ancienne société *Nippon Paper*, les autorités de contrôle américaines poursuivent pour la première fois au pénal une société étrangère pour un comportement présumé illicite, entente de prix qui a eu lieu entièrement à l'extérieur des Etats-Unis. Selon l'accusation, les activités criminelles présumées qui ont motivé le procès intenté à la société *Nippon Paper* ont eu lieu lorsque plusieurs fabricants japonais de papier se sont réunis à trois reprises, en 1990, pour discuter de la baisse des prix du papier

²⁷ *Ibid.* p.820.

²⁸ United States Department of Justice and Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operation*, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.htm>

²⁹ *U.S. v. Nippon Paper Industries*, 109 F.3d 1, 8 1st Cir. (1997), cert.denied 118 S.Ct.685 (1998)

³⁰ La société «Nippon Paper» n'existe plus en tant que telle, car elle a fusionné en 1993 avec un autre fabricant japonais, la société «Jujo Paper».

pour télécopieur aux Etats-Unis. Ils auraient alors décidé d'exiger des sociétés japonaises de commercialisation qu'elles vendent ce papier aux Etats-Unis à un prix fixé par eux. Ces réunions ont entraîné une augmentation de 10 % du prix du papier pour télécopieur vendu aux Etats-Unis. La société *Nippon Paper* a nié les faits en déclarant qu'il est de pratique habituel au Japon, que les sociétés concurrentes se réunissent régulièrement pour discuter de problèmes communs dans leur branche d'activité.

Par contre, le ministère public était allé jusque devant la Cour suprême des Etats-Unis pour obtenir le droit de poursuivre cette affaire. En 1995, un juge fédéral avait rejeté l'acte d'accusation, déclarant que la législation antitrust américaine ne s'appliquait pas au Japon. Il avait fondé sa décision sur la notion de courtoisie, à savoir le respect traditionnel que s'accordent mutuellement les pays en laissant à chacun d'eux le soin d'appliquer lui-même ses lois à ses propres citoyens. Le ministère de la justice a fait appel et obtenu l'annulation de cette décision. Le juge Bruce SEYLA, de la première juridiction d'appel des Etats-Unis a déclaré que «Nous vivons dans une ère du commerce international où les décisions prises dans une partie du monde peuvent se répercuter aux quatre coins de la terre en moins de temps qu'il n'en faut pour les rapporter. C'est pourquoi un jugement en faveur de la société *Nippon Paper* constituerait une incitation pernicieuse pour ceux qui seraient prêts à utiliser des moyens infâmes pour influencer les marchés aux Etats-Unis»³¹.

La décision de la Cour suprême des Etats-Unis de ne pas casser l'arrêt de la cour d'appel a donné lieu à des protestations de la part de la société *Nippon Paper* et du gouvernement japonais. Aux yeux du gouvernement japonais, la coopération internationale dans une économie mondiale exige un respect accru de la souveraineté territoriale. La décision de la Cour suprême est en conflit avec le droit international établi. En revanche, selon le chef de la division antitrust du ministère américain de la justice, John KLEIN, la poursuite en justice de *Nippon Paper* était indispensable pour lutter contre les ententes internationales qui portent préjudice aux consommateurs américains³².

³¹ Perspectives économiques, *Revue électronique de l'Agence d'information des Etats-Unis* Volume 4, Numéro 1, Février 1999, p. 40.

³² *Ibid.*

Par contre, quand la Cour suprême était invitée à répondre la question de savoir si un plaignant non-américain peut poursuivre un défendeur non-américain pour un comportement intervenant hors et ayant causé des dommages antitrust hors des Etats-Unis³³. La Cour suprême n'a pas retenu l'interprétation permettant à des plaignants privés d'obtenir des dommages-intérêts sur les territoires des Etats-Unis, dans les conditions du droit des Etats-Unis pour des préjudices subis hors du territoire américain³⁴. Une décision contraire aurait fait du droit américain un droit directement applicable dans tous ses éléments au plan mondial, dès lors qu'une cour américaine aurait reconnu applicable le droit des Etats-Unis sur le territoire américain³⁵. L'augmentation des entreprises transnationales, dont une majorité conduite une certaine forme d'affaires aux Etats-Unis a fait l'extraterritorialité un part intégrale et nécessaire de politique de concurrence des États-Unis. Cette nature des lois élaboré par le Congrès, donnée la capacité des Etats-Unis d'agir extraterritorialement et satisfait son désir de protéger la nature concurrentielle du marché des États-Unis.

B. LES THÉORIES APPLIQUÉES PAR LA JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

Si les Etats-Unis ont souvent été montrés du doigt en raison de leur tendance à appliquer leur législation antitrust à des affaires comportant un élément d'extranéité, ils ne sont pas les seuls à agir ainsi. L'évolution de la jurisprudence présente que les institutions communautaires sont, tout comme les juridictions américaines, passées du principe de territorialité stricte à la théorie des effets pour déterminer l'application du droit de la concurrence. D'abord, les règles européennes de la concurrence avaient été étendues aux entreprises ressortissantes d'Etats tiers qui disposaient de filiales dans la Communauté ensuite, les entreprises étrangères qui n'avaient pas de filiales au sein de la Communauté ont été poursuivies.

³³ RYNGAERT Cedric, "Foreign-to-Foreign Claims : the US Supreme Court's Decision (2004) v the English High Court's Decision (2003) in the Vitamins Case", ECLR 10/2004, p.616.

³⁴ *Hoffmann-La Roche Ltd. and all v Empagran S.A.*, 542 U.S. 2004

³⁵ SOUTY François, «La Cour suprême des Etats-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts *Empagran et Intel v. AMD*», Les Petites Affiches, no.189, 21 septembre 2004, p.3. et aussi REZZOUK Med, « Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran? », Revue internationale de droit économique 2005/1, p. 78

1. Théorie de l'unité économique de la Cour de justice de Communauté

Dans ses premiers arrêts la Cour de justice des communautés a plutôt appliqué le principe de territorialité stricte basée sur la théorie de l'unité économique. La théorie de l'unité de l'entreprise est fondée sur l'idée que ce qui représente une même entité de fait doit être considéré comme telle malgré une situation juridique indiquant l'existence de plusieurs personnes morales. La pluralité juridique de personnalité ne doit pas masquer la réalité. Les affaires *ICI*, *Continental Can* et *Zoja* sont des décisions dans lesquelles la Cour de justice a appliqué cette théorie.

Dans l'affaire d'*Imperial Chemical Industries*³⁶ des entreprises participaient à des pratiques concertées ayant pour but de fixation de prix de ces produits. Les décisions d'augmenter les prix étaient appliquées par les filiales situées dans la Communauté. D'autres sociétés en cause étaient situées en Suisse et aux Etats-Unis. La Cour de Justice a tranché l'affaire en s'attachant à un argument développé par la Commission qui justifiait la compétence Communautaire particulièrement sur la base d'actes localisés dans le marché commun et achevé par les entreprises étrangères avec l'aide de leurs filiales européennes. Ainsi la Cour a élaboré la théorie de l'unité économique. Cette théorie se basait sur la logique que les sociétés mères avaient un pouvoir de contrôle sur leurs filiales et ces dernières ne pouvaient prendre de décisions concernant leur conduite sur le marché de manière indépendante mais devait au contraire suivre les instructions données de l'étranger. Dans cet arrêt, la Cour a annoncé certaines conditions pour l'application de la théorie de l'unité économique. Selon ces conditions, il faut d'abord établir que la société mère contrôle habituellement la filiale. Ensuite, ce contrôle doit exister dans le cas d'espèce, et dernièrement ce contrôle doit donner lieu à un comportement anticoncurrentiel.

La théorie de l'unité économique a été appliquée aussi dans l'affaire *Continental Can*³⁷. Dans cet arrêt très fameux, la Cour de justice a confirmé la théorie de l'unité économique qui a permis de condamner la société étrangère pour les comportements de sa filiale. La défense a invoqué que sa

³⁶ CJCE, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, du 14 juillet 1972, Rec. 1972, p.619 ss.

³⁷ CJCE, aff. 6/72 du 21.2.1973 *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission (Continental Can)*, aff. C-6/72 du 21.2.1973, Rec.1973, p.215 ss.

filiale avait sa propre personnalité juridique mais la Cour a jugé que c'était un facteur insuffisant pour ne pas envisager la possibilité d'imputer le comportement anticoncurrentiel à la société mère qui se trouvait en dehors de territoires du marché commun³⁸.

Par ailleurs, dans l'arrêt *Instituto Chemiterapico Italiano et Commercial Solvents Corporation c. Commission*³⁹, la Commission est allée plus loin que la jurisprudence antérieure relative à l'imputation du comportement d'une filiale à la société mère. Dans cette affaire société américain, *Commercial Solvents Corporation* livret une matière première essentielle pour la fabrication d'un médicament à sa filiale européenne *Instituto Chemioterapico Italiano* qui est à son tour fournissait de d'autres fabricants dont la firme *Zoja*. *Commercial Solvents Corporation* a pris plusieurs mesures afin d'empêcher la société *Zoja* d'obtenir cette matière première partout dans le monde. Cette pratique a été considérée comme un abus de position dominante par les autorités Communautaires. La Commission a considéré que *Commercial Solvents Corporation* et *Instituto Chemioterapico Italiano* a constituait une seule et même entreprise⁴⁰. Ce raisonnement a été confirmé par la Cour de justice en considérant que cette unité d'action et du pouvoir de contrôle de la société mère sur sa filiale constituait une unité économique et en conséquent le comportement anticoncurrentiel était imputable à la société mère et sa filiale solennellement.⁴¹

Grâce à la théorie de l'unité économique les autorités communautaires peuvent rendre une société mère étrangère où l'ensemble du groupe responsable du comportement anticoncurrentiel lorsque son auteur formel et la filiale établie sur le territoire communautaire. Lorsque cet auteur formel et la société mère installée à l'étranger mais possédant une filiale dans le marché commun, ces mêmes autorités cherchent à rendre la filiale également responsable afin d'éviter toute discussion relative à leur compétence. C'est par ce concept de l'unité économique de l'entreprise que les autorités communautaires ont pu affirmer leurs compétences sans recourir à la théorie des effets. Le recours à la théorie de l'unité économique par les autorités communautaires permet de régler les difficultés relatives à la

³⁸ *Ibid.*, §14 à 17

³⁹ CJCE, aff. jointes 6 et 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa c. Commission*, du 6 mars 1974, JOCE, 1974, p.223

⁴⁰ Décision de la Commission du 14.décembre.1972 *Zoja*, JOCE L. 299, p.51

⁴¹ CJCE, aff. jointes 6 et 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa c. Commission*, *op.cit.*

compétence lorsque l'entreprise étrangère agit à l'intérieur de la Communauté par l'intermédiaire d'une filiale. Il n'est donc pas essentiel de prouver que leur comportement en cause à des effets anticoncurrentiels sur le marché commun. Il suffit de localiser ce comportement sur le territoire communautaire. Au lieu de localiser les effets anticoncurrentiels afin de justifier leurs compétences, les autorités communautaires préfèrent, par le recours à la théorie de l'unité économique, localiser l'acte générateur de la restriction de la concurrence. Lorsque la Cour fait appel à la théorie de l'unité économique, elles prétendent ne pas faire une application extraterritoriale du droit n'ayant pas recours à la théorie des effets. Cependant, il est nécessaire de nuancer cette conclusion. En effet, lorsque l'entreprise étrangère tombe dans le champ d'application des règles communautaires de la concurrence par l'intermédiaire de sa filiale, il s'agit bien alors d'une application extraterritoriale du droit à des sociétés établies en territoire étranger. L'application de la théorie des effets n'aboutit pas à un résultat différent⁴².

Pourtant, la théorie de l'unité économique qui a permis aux autorités communautaires d'appliquer le droit de la concurrence à une situation présentant un élément d'extranéité connaît des limites. Cette théorie ne permet pas d'appréhender un comportement consistant en des actes totalement localisés à l'étranger, toute en produisant des effets anticoncurrentiels au sein de la Communauté. En plus, la question du degré d'indépendance se pose essentiellement à propos des groupes de sociétés et doit être examinée en fonction des circonstances de chaque espèce⁴³. En effet, dans certaines circonstances, en l'absence de représentants sur le territoire communautaire, le recours à la théorie de l'unité économique empêcherait une condamnation efficace des entreprises étrangères. Il semble alors qu'il soit indispensable d'en revenir à la théorie des effets. Cette situation existe aussi lorsque la filiale européenne n'est pas intervenue dans les pratiques restrictives de concurrence. Avoir recours à la théorie de l'unité économique implique que la filiale installée sur le territoire du marché commun ait concouru au comportement anticoncurrentiel en cause⁴⁴.

⁴² LYON - CAEN Antoine, "Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence" dans *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec – Paris 1977, p383 et 384.

⁴³ DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, *Droit communautaire matériel, Les Fondamentaux*, Hachette Paris 2001, p. 111

⁴⁴ *Ibid.* p.386

2. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice européenne vers la théorie des effets

A la fin des années soixante, la Commission s'est penchée sur ces problèmes. Dans une première décision, Elle a justifié l'inapplicabilité de l'article 81 Traité Communautaire européenne (TCE) par l'absence de concurrence susceptible d'être restreinte entre une filiale et la société d'un même group⁴⁵. Dans une deuxième décision⁴⁶, La Commission a toutefois opéré une distinction entre les relations internes et externes des filiales d'un group de sociétés.

En mars 1967, la société belge *Beguelin* et sa filiale française avait conclu avec la société japonaise *Oshawa* un contrat par lequel la société belge devenait le distributeur exclusif des briquets japonais pour la Belgique et la France. En 1969, la société *G.L. Import Export* a commencé à importer en France des mêmes briquets japonais achetés à l'Allemagne. *Beguelin* et sa filiale française ont contesté contre cette importation parallèle en justice, tout en demandant la cessation de deux livraisons va la France ainsi que de dommages et intérêts à la fois. Le tribunal de commerce de Nice a formulé une question préjudicielle selon l'article 234 du traité de Rome pour savoir si l'article 81 s'appliquait au contrat en cause entre la société belge *Beguelin* et sa filiale française d'une part, et la société japonaise *Oshawa* d'autre part. En répondant à cette question préjudicielle la Cour de Justice a confirmé la pratique de la Commission dans son arrêt *Béguelin*⁴⁷ en précisant l'absence de toute idée d'entente entre une société mère et sa filiale dénuée d'autonomie de comportement sur le marché. Elle a pris en compte, seul le lieu où le contrat avait produit ses effets. Ainsi, la Cour a utilisé, pour la première fois, la théorie des effets pour trancher une affaire sans mentionnant le nom de la théorie. Cette conception de l'effet comme critère suffisant de compétence du droit communautaire n'a jamais atteint un degré de pureté suffisant pour être significative. En effet, dans toutes les affaires, où est apparu le critère de l'effet, explicitement ou implicitement, il existait d'autres éléments de rattachement sur le territoire européen pouvant justifier la compétence de la Communauté⁴⁸.

⁴⁵ Décision de la Commission n° 69/195 du 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*: JOCE, n° L 165/12, 165/ 14 du 5 juillet 1969.

⁴⁶ Décision de la Commission n° 70/332 du 30.6.1970, *Kodak*: JOCE, n° L 147/24, 147/25 165/ du 7 juillet 1970.

⁴⁷ CJCE, aff. 22/71 du 25.11.1971, *Béguelin Import/G.L. Import Export*, 25.11.1971

⁴⁸ DE BEAUMONT Anne, Droit de la concurrence et globalisation, *op.cit.*, p.510.

En 1973, la Cour de justice a prononcé encore une fois sur la question de l'applicabilité des règles communautaires de concurrence à des entreprises ayant leur siège à l'extérieur du marché commun. La Cour a déclaré que « *le droit communautaire est applicable à une opération qui affecte les conditions du marché à l'intérieur de la Communauté indépendamment de fait de savoir si l'opérateur économique est ou non établi sur le territoire de l'un des Etats membres de la Communauté*⁴⁹. » Cette position est tout à fait en conformité avec la décision de Cours qui a été prise dans l'affaire *Beguelin*.

La première application précise de la théorie des effets par la Cour de justice n'a eu lieu que dans l'affaire de *Pâtes de bois*⁵⁰. Après des longues années d'enquête, la Commission a constaté que de nombreux producteurs des États-Unis, du Canada, Suède, de Finlande, de Norvège, du Portugal et Espagne ainsi que plusieurs associations professionnelles avaient porté atteinte à la concurrence dans la Communauté par la fixation des prix et des échanges d'informations. Certaines de ces producteurs signaient des contrats dont l'objet était d'interdire à leurs clients européens de revendre ou d'exporter la pâte à papier achetée. En conséquence, la Commission européenne a condamné les entreprises étrangères au paiement d'amendes.⁵¹ Dans son argumentation la Commission n'a pas cherché à rattacher les pratiques restrictives commerciales des entreprises étrangères aux filiales ou aux représentants établis dans le marché commun, en appliquant réellement la théorie des effets.

En revanche, les entreprises condamnées avaient intenté un recours contre la décision de la Commission devant la Cour de justice au motif que les autorités communauté n'étaient pas compétentes pour leur opposer la loi communautaire de concurrence et qu'une telle application porte atteinte au principe de non-interférences du droit international public. Pourtant, la Cour a jugé qu'elle avait compétence, au motif que;

«Lorsque des producteurs établis à l'extérieur de la Communauté effectuent des ventes directement à des acheteurs établis dans la Communauté et se livre à une concurrence par prix pour emporter les commandes de ces clients, il y a une concurrence à l'intérieur de marché commun. Il s'ensuit que, lorsque ces

⁴⁹ CJCE, aff. 6/72 du 21.2.1973 *Continental Can*, *op.cit.*, p.215, §14 à 17

⁵⁰ CJCE, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Ahlström (pâte de bois)* 27.9.1987, Rec.1988, p. 5193

⁵¹ Décision de la Commission du 19 décembre 1984 *Pâtes de bois*, JOCE L. 85 26 mars 1985, p.1

producteurs se concertent sur les prix qu'ils consentiront à leurs clients établis dans la Communauté et mettent en œuvre cette concertation en vendant à des prix effectivement coordonnés, ils participent à une concertation qui a pour objet et effet de restreindre le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, au sens de l'article 85 du traité. La compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence à l'égard de tels comportements est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public.

.....

En matière de répression des ententes, c'est en effet le lieu où l'entente est mise en œuvre et non pas celui où elle est formée qui est déterminant. Peu importe que les producteurs aient ou non fait appel à des filiales, agents, sous-agents ou succursales et établis dans la Communauté en vue d'établir des contacts entre eux et les acheteurs qui y sont établis.»

Ainsi, le changement dans le raisonnement de la Cour rejetant l'application de la théorie de l'unité économique marque l'importance de cet arrêt. En effet, selon les affirmations de la Cour, l'existence de filiales, agents, sous-agents ou succursales installées sur le marché commun et en espèce sans objet, alors même que la présence de ces intermédiaires est le seul vrai lien territorial avec des terres communautaires. Or, dans d'autres affaires précitées, la Cour a recouru au concept de l'unité économique et avait montré un raisonnement différent. La théorie des effets a été développée par ce que ni l'entente, ni les auteurs de l'infraction étaient placés sur le territoire. Seul le résultat d'y était présent. De même, le droit de la concurrence relatif au contrôle des concentrations sont applicables à toutes les opérations de concentration ayant un élément d'extranéité si l'effet nuisible se produit sur le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci. Par contre cette situation peut constituer des problèmes complexes à cause des décisions contradictoires des différentes autorités nationales de concurrence comportant sur la même affaire.

En droit européen, l'application extraterritoriale du règlement des concentrations no.4064/89 et sa légitimité selon le droit international ont été examinées pour la première fois l'affaire *Gencor*⁵². Le tribunal a précisé dans

⁵² TAKAAKI Kojima, "International conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy", Fellowship Paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-02, p. 14.

son arrêt que *lorsqu'il est prévisible qu'une opération de concentration projetée par des entreprises établies à l'extérieur de la Communauté produise un effet immédiat et substantiel dans la Communauté, l'application du règlement no. 4064/89 est justifiée au regard du droit international public*⁵³. Ainsi, la théorie de l'effet trouve son application dans le domaine des concentrations aussi⁵⁴.

En ce sens, la Commission s'était déjà montrée fort restrictive en 1997, dans *l'affaire Boeing/McDonnell Douglas*⁵⁵, en posant de multiples conditions à cette fusion. Cette affaire est un exemple de la façon dont l'affirmation de la juridiction extraterritoriale des règlements de la fusion communautaire peut mener au frottement entre les deux partenaires commerciaux, la Communauté et les Etats-Unis. Ensuite, en 1999 la Commission a examiné une autre affaire, *l'affaire MCI WorldCom/Sprint*.⁵⁶ Le *MCI WorldCom*, le fournisseur principal au niveau mondial de la connectivité internet et un de son principal rival *Sprint* ont voulu fusionner. La Commission a décidé que cette opération aurait créé une position dominante dans le marché mondial de connectivité internet et en conséquence interdit la fusion. Cette affaire est significative parce que c'est la première fois la Commission a rejeté une fusion entièrement non-européenne.

Dans un autre cas similaire, *l'affaire GE/Honeywell*⁵⁷, impliquant deux entreprises américaines, a porté la tension à son comble⁵⁸. La Commission a refusé la fusion des deux entreprises pour des raisons presque diamétralement opposées à celles qui poussaient les autorités américaines de la concurrence à l'accepter⁵⁹. *L'affaire GE/Honeywell* permet à la Commission d'affiner sa doctrine des effets de structure de marché sur les

⁵³ TPI, aff.102/96, *Gencor c/Lohnro*, du 25 mars 1999, Rec.1996, p.753ss.

⁵⁴ BROBERG Morten P, "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1. (Jan., 2000), pp. 176.

⁵⁵ Décision 97/816/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.877 - *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336 du 8.12.1997, p.16 ss.

⁵⁶ Décision de la Commission du 28 juin 2000, COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, JOCE L 300, du 18 novembre 2003, pp.1

⁵⁷ TPI, aff.210/01, *General Electric c. Commission*, du 14 décembre 2005, Rec.2006, p.155 ss.

⁵⁸ IDOT Laurence, « Premières vues sur l'arrêt *General Electric c. Commission* du 15 décembre 2005, Europe no.2, février 2006, p.4 à 7.

⁵⁹ Décision de la Commission du 3 juillet 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOCE L 48 du 28.2.2004, p.1 ss.

comportements. Ce litige transatlantique a suscité des débats sur les mérites comparés des deux systèmes et sur leurs différences «philosophiques»⁶⁰. Par contre, il y a un certain nombre de facteurs qui rendent la décision du *MCI WorldCom/Sprint* différent du *GE/Honeywell*. D'abord, l'affaire n'avait pas reçu la bénédiction des autorités des États-Unis avant que la Commission a rendu un verdict négatif. En second lieu, après qu'elles aient rencontré l'opposition forte de la Commission, les parties ont décidé d'abandonner l'opération. Cependant, puisque la requête n'a pas été formellement retirée, la Commission a dû rendre une décision formelle.⁶¹

CONCLUSION

En fin du compte, une simple comparaison de système juridique américaine par rapport au système communautaire quant à l'application de théorie des effets, nous permet de constater que le juge américain applique un test à trois niveaux à fin de déterminer sa compétence dans une affaire ayant un caractère d'extranéité. Il demande d'abord si la restriction commerciale en jeu a-t-elle un effet sur le commerce extérieur américain. Ensuite, il cherche à savoir si l'effet est suffisamment étendu pour représenter un tort appréciable pour le demandeur. Et dernièrement, il décide si les intérêts de et liens avec États-Unis, y compris la portée de l'effet sur le commerce extérieur américain, sont-ils suffisamment importants par rapport aux autres nations étrangères pour justifier l'extraterritorialité. Pourtant, en droit communautaire, la localisation de l'effet anticoncurrentielle se situant à l'intérieur de marché commun se suffit pour l'application des lois sans tenant compte l'extranéité de l'affaire. Echappe par conséquent à l'interdiction, une entente qui produit entièrement ses effets dans des pays tiers, ayant par exemple pour objet une répartition des marchés d'exportation hors de la Communauté, ou interdisant d'exporter dans certains pays tiers⁶². Dans ce sujet, le mérite de la position américaine est de toujours tenter de qualifier les effets anticoncurrentiels et de limiter ainsi l'application de la théorie des effets au regard du caractère international du litige⁶³.

⁶⁰ MORGAN Eleanor J. / MGGUIRE Steven M., "Transatlantic divergence : GE-Honeywell and the EU's merger policy", *Journal of European Public Policy*, vol.11: n°1, 2004-02, p.39-56

⁶¹ SCHMITZ Stefan, "How Dare They? European Merger Control and the European Commission's Blocking of the GE/Honeywell Merger", *UPJIEL*, Vol.23, 2002, p.344.

⁶² Décision de la Commission du 22.10.1964 *DECA*, JOCE n°173, p.2761

⁶³ Par exemple *Timberlane Lumber Co. V. Bank of America*, 549 F. 2d 597 (9th Cir. 1976); *Mannington Mills Inc. Co. v. Congoleum Corporation*, 549 F. 2d 1287 (Cir. D.C: 1979)

On notera à cette occasion, que les différences quant à la notion de l'étendue de l'affectation du commerce dans des textes du droit américain et du droit européen sont disparues dans la pratique et les méthodes appliquées par les autorités communautaires qui s'embtent tenir en compte mieux les règles internationales par rapport aux leurs homologues américaines. Les principales méthodes retenues par les autorités américaines et communautaires afin de donner une place efficace à leur droit de la concurrence ont des nuances toute en essayant de réaliser le même objectif. Pourtant, les dispositions du droit américain en matière d'enquête ont un champ d'application plus étendue que celui des dispositions de la réglementation communautaires. Les procédures américaines permettent notamment de vastes enquêtes préliminaires au procès qui n'existe pas dans le système juridique civiliste et ne sont pas retenus par le système communautaire.

Par ailleurs, plusieurs facteurs expliquent le comportement agressif des États-Unis pour la mise en œuvre extraterritoriale de sa législation antitrust. Etant donné la puissance de l'économie des États-Unis et sa signification relative dans le marché global, la possibilité d'entreprendre l'application extraterritoriale est une solution plus facile à aborder pour les États-Unis. La dominance politique relative des États-Unis est également un facteur. En outre, le manque d'un mécanisme international pour adresser des problèmes transnationaux de concurrence constitue une autre raison. De surcroît, les États-Unis n'ont pas été persuadés qu'il y a un besoin d'une telle organisation et ont apparemment miné toutes les tentatives à accomplir une telle extrémité. La puissance persuasive et coercitive de l'extraterritorialité couplée au service pour agir d'une telle façon justifie mieux l'adoption et l'application des États-Unis de l'extraterritorialité dans le passé et à l'avenir. Ainsi, l'application extraterritoriale des lois d'antitrust américaine peut être considérée comme une réaction de l'État pour protéger sa souveraineté face à la globalisation⁶⁴.

⁶⁴ BASEDOW Jürgen, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, RCADI 1997, Tome 264, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998, p. 44.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- ALFORD Roger P., "The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches", *VJIL*, Vol.33, no.1,1992, p.1 à 50.
- BASEDOW Jürgen, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : le domaine d'application des lois contre les restrictions de la concurrence*, RCADI 1997, Tome 264, Martinus Nijoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998.
- BROBERG Morten P., "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 49, No. 1. (Jan., 2000), pp. 172 à 182.
- DE BEAUMONT Anne, *Droit de la concurrence et globalisation*, Thèse Université Panthéon-Assas, Paris II, 2006.
- DUTHEIL de la ROCHERE Jacqueline, *Droit communautaire matériel, Les Fondamentaux*, Hachette Paris 2001.
- FRIEDEL - SOUCHU Evelyne, *Extraterritorialité du droit de la concurrence aux Etats-Unis et dans la Communauté européenne*, LGDJ, Paris 1994.
- IDOT Laurence, «Premières vues sur l'arrêt *General Electric c. Commission* du 15 décembre 2005, *Europe* no.2, février 2006, p.4 à 7.
- JENNY Frédéric, «L'environnement économique international et les autorités de concurrence», dans *Rapport Public 2001 – Les autorités administratives indépendantes*. La Documentation Française, Paris 2001, p.441 à 462.
- LYON - CAEN Antoine, "Entreprises multinationales et droit européen de la concurrence" dans *L'entreprise multinationale face au droit*, Litec – Paris 1977, p383 et 384.
- MORGAN Elanor J. / MGGUIRE Steven M., "Transatlantic divergence: GE-Honeywell and the EU's merger policy", *Journal of European Public Policy*, vol.11: n°1, 2004-02, p.39-56
- REZZOUK Med, «Cartels globaux, riposte américaine. L'ère Empagran?», *Revue internationale de droit économique* 2005/1, p. 51 à 90.
- RYNGAERT Cedric, "Foreign-to-Foreign Claims : the US Supreme Court's Decision (2004) v the English High Court's Decision (2003) in the *Vitamins Case*", *European Competition Law Review* 10/2004, p.611 à 617.
- SCHMITZ Stefan, "How Dare They? European Merger Control and the European Commission's Blocking of the GE/Honeywell Merger", *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, Vol.23, 2002, p.325 à 356.

SMITHERMAN Charles W., "The Future of Global Competition Governance: Lessons From the Transatlantic", 19 American University International Law Review, 2004, p.769 à 881.

SOUTY François, «La Cour suprême des Etats-Unis et les pratiques anticoncurrentielles mondiales : réflexions sur les arrêts Empagran et Intel v. AMD», Les Petites Affiches, no.189, 21 septembre 2004, p.1 à 13.

SWAINE Edward T., "The Local Law of Global Antitrust", William and Mary Law Review, Vol.43, No.2, décembre 2001, p.627 à 706.

TAKAACKI Kojima, "International conflicts over the Extraterritorial Application of Competition Law in a Borderless Economy", Fellowship Paper, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, 2001-02.

TRITTELL Randolph, "Bilan de l'application de la législation antitrust américaine aux sociétés étrangères", Perspectives économiques Vol.4 No.1, février 1999, p.14 à 17.

VILLEMONT Michael, «Les politiques de concurrence américaine et européenne» sur le réseau de Droit et actualité Internet, 22 décembre 2006.

Jurisprudence

Les arrêts des tribunaux des Etats-Unis

Américain Banana Co v. United Fruit Co. 213 U.S. 347 (1909).

Etats-Unis v. American Tobacco Company. 221 U.S. 106 (1911)

Hartford Fire Insurance v. California, 509 US 764 (1993)

Hoffmann-La Roche Ltd. and all v Empagran S.A., 542 U.S. 2004

Timberlane Lumber Co. v. Bank of America, 549 F. 2d 597, 9th Cir. (1976)

U.S. v. Aluminum Co. Of America, 148 F. 2d 416, 2nd Cir. (1945)

U.S. v. General Electrics Co., 82 F. Supp. 753, D.N.J. (1949)

U.S. v. Imperial Chemicals Co., 145 F.Supp. 215 (S.D.N.Y. 1952)

U.S. v. Nippon Paper Industries, 109 F.3d 1, 8 1st Cir. (1997), cert.denied 118 S.Ct.685 (1998)

Décisions de la Commission européenne et les arrêts de la Cour européenne de Justice et du Tribunal de première instance

CJCE, aff. 22/71 du 25.11.1971, *Béguelin Import/G.L. Import Export*, 25.11.1971

CJCE, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries c. Commission (Matières colorantes)*, du 14 juillet 1972, Rec. 1972, p.619 ss.

CJCE, aff. 6/72 du 21.2.1973 *Europemballage Corporation et Continental Can Company c. Commission (Continental Can)*, aff. C-6/72 du 21.2.1973, Rec.1973, p.215 ss.

CJCE, aff. jointes 6 et 7/73, *Instituto Chemioterapico Italiano Spa c. Commission*, du 6 mars 1974, JOCE, 1974, p.223

CJCE, aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, *Ahlström (pâte de bois)* 27.9.1987, Rec.1988, p. 5193

Décision 97/816/CE de la Commission dans l'affaire IV/M.877 - *Boeing/McDonnell Douglas*, JO L 336 du 8.12.1997, p.16 ss.

Décision de la Commission du 3 juillet 2001, COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, JOCE L 48 du 28.2.2004, p.1 ss.

Décision de la Commission du 14.décembre.1972 *Zoja*, JOCE L. 299, p.51

Décision de la Commission du 19 décembre 1984 *Pâtes de bois*, JOCE L. 85 26 mars 1985, p.1

Décision de la Commission du 22.10.1964 *DECA*, JOCE n°173, p.2761

Décision de la Commission du 28 juin 2000, COMP/M.1741, *MCI WorldCom/Sprint*, JOCE L 300, du 18 novembre 2003, pp.1

Décision de la Commission n° 69/195 du 18.6.1969, *Christiani & Nielsen*: JOCE, n° L 165/12, 165/ 14 du 5 juillet 1969.

Décision de la Commission n° 70/332 du 30.6.1970, *Kodak*: JOCE, n° L 147/24, 147/25 165/ du 7 juillet 1970.

TPI, aff.102/96, *Gencor c/Lohnro*, du 25 mars 1999, Rec.1996, p.753ss.

TPI, aff.210/01, *General Electric c. Commission*, du 14 décembre 2005, Rec.2006, p.155 ss.

SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKU KAPSAMINDA İRTİCALEN YAPILAN PATLAYICILAR, MAYINLAR ve TUZAKLAR*

*Ar. Gör. Bleda R. KURTDARCAN***

Irak'ın işgalinden beri 2000'den fazla Birleşik Devletler ve Koalisyon Güçleri askerinin ölümüne ve çok sayıda askerin de yaralanmasına ve de sakat kalmasına yol açan irticalen yapılan patlayıcılar (*improvised explosive devices – IED*) 2006 yılından beri de Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri'nde yürüttüğü iç güvenlik harekâtında verdiği acı kayıpların da büyük kısmına sebep olmaktadır.¹

Birleşik Devletler'in Irak'ı işgalinden sonra devletlerin düzenli ordu birlikleriyle vur-kaç ve pusu yöntemleriyle mücadele eden ve kendine 'gerilla' ve 'direnışçi' gibi meşru bir anlam ifade edecek sıfatlar takan ancak çoğunlukla terörist faaliyetlerde bulunan hukuk dışı yapılanmaların silahlı mücadelelerinde sıklıkla başvurduğu bir muharebe aracı olarak gelecek yıllarda daha

* Bu yazı Ağustos 2007 tarihinde kaleme alınmıştır.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

¹ Irak'taki sivil ve askeri zayıatın istatistikleri tek düzelik arz etmemektedir. Zayıat sayısı ve nedenlerine ilişkin olarak bkz. <http://icasualties.org/oif/default.aspx> . Özellikle de *IED* kaynaklı zayıata ilişkin olarak bkz. <http://icasualties.org/oif/IED.aspx>. Türkiye'de gerçekleştirilen iç güvenlik harekâtlarında sırasında verilen zayıatların ve TCDD'nin trenlerine karşı düzenlenen saldırıların *IED*ler ile yapılan saldırılardan kaynaklandığını tahmin ediyoruz. Zira Genel Kurmay Başkanlığı'nın resmi açıklamaları sadece etkisiz hale getirilen patlayıcıların tasnifini yapmaktadır. Biz buradan çıkarılan istatistiği terör örgütü tarafından patlatılan patlayıcılara da uygulayarak böyle bir sonuca ulaşıyoruz. Detaylar için bkz. http://www.tsk.mil.tr/HABERLER_ve_OLAYLAR/13_Patlayici_Madde_ve_Mayin_Kullanma_Olaylari/13_Patlayici_Madde_ve_Mayin_Kullanma_Olaylari.html

fazla karşı karşıya kalınacak gibi görülen *IED*'lerin² ve onunla karıştırılan diğer bazı patlayıcı araçların kullanılmasının uluslararası silahlı çatışmalar hukukunda ana hatlarıyla nasıl düzenlendiğinin incelenmesi bu yazının konusunu oluşturmaktadır. Ancak bu yazıda pozitif hukuka göre yapılacak analiz neticesinin hiçbir şekilde PKK ya da diğer terörist örgütlerin davranışına yön vermesi beklenmemelidir. Zira silahlı çatışmalar hukuku uluslararası olmayan silahlı çatışmaları dahi düzenlerken terörist faaliyetlerin (bunların hukuka aykırı doğalarının bir sonucu olarak) bu hukuka tabi olmadığını da açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla bu makale kapsamında yapılacak tespitler sadece uluslararası ya da uluslararası olmayan bir silahlı çatışmaya tarafların bu *IED* ve mayınları kullanırken hangi teamüli ya da ahdi silahlı çatışmalar hukuku kurallarıyla bağlı olduğunun ve binnetice işbu silahların ve onların kullanılmasının yasaklı olup olmadığının anlaşılmasına yönelik olacaktır.

Çalışma konumuzu oluşturan bu silahlara ve onların kullanılmasına yönelik hukukun ne olduğunu incelemeyen evvel bu silahların ne olduğunun anlaşılması gerekmektedir. İrticalen yapılan, el yapımı patlayıcı araçlar olarak çevirebileceğimiz *IED*'ler çoğunlukla işin uzmanları haricinde mayın kategorisi içinde değerlendirilmektedirler. Bunun bir sebebini bu patlayıcıların yapımında anti personel ya da anti araç mayınlarının kullanılmasında bulabiliriz. Ancak kanaatimiz odur ki bu patlayıcıların basında ve kamuoyunda mayın olarak adlandırılması bilinçli bir tercihten kaynaklanmamaktadır.³ Oysa silahlı çatışmalar hukukunda hangi silahın ya da muharebe şeklinin yasak olduğunun tespit edilmesi gibi açık hükümlerin gerekli olduğu bir alanda silah sistemlerinin farklılıkları onların kullanımının hukuki düzenlemeleri konusunda büyük önem arz etmektedir.⁴

² Teknoloji, Ulusal Güvenlik ve Savunma Uzmanı Clay Wilson, *IED* tehdidi konusunda Birleşik Devletler Kongresi'ne sunduğu 'Improvised Explosive Devices (IEDs) in Iraq: Effects and Countermeasures' başlıklı raporunda bu tespiti katılmaktadır. Rapor için bkz. <http://www.history.navy.mil/library/online/ied.htm>

³ Amerikan basını daha dikkatli bir terminoloji kullanarak *IED*'lerin genelde konuşlandırıldığı yer olan yol kenarlarına atıfta bulunarak *IED*'lere yol kenarı bombaları (*roadside bombs*) da demektedir.

⁴ Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 61

PATLAYICI MÜHİMMATLAR ve ARAÇLAR

Mayınlar

Kara mayınları, toprak üstü ya da altına yerleştirilen ve personel ya da aracın varlığıyla tetiklenen patlayıcı bir araçtır.⁵ Mayınlar hem amaçlarına hem de yerleştirilme şekillerine göre sınıflandırılmaktadırlar. Buna göre, anti personel mayınlar göreceli olarak küçük, kişileri öldürmek ya da yaralamak amacı için dizayn edilmiş araçlardır. Anti tank ya da anti araç mayınları ise daha büyük, araçların tırtıl ya da tekerleklerini imhaya ya da aracın gövde altına delmeye yönelik patlayıcı içeren araçlardır. Mayınlar genellikle toprak altına elle ya da özel araçlarla gömülürler, dağıtılabilir mayınlar ise toprak üstüne elle; helikopterler ya da kara araçları üstüne konuşlandırılmış dağıtıcılarla ya da 'kargo' mühimmatı aracılığıyla topçu ve uçaklar tarafından bırakılabilmektedirler.

Tipik bir anti personel mayını yarım kilo ile 1,5 kilo arasında bir ağırlığa sahiptir ve küçük parça tesirli bir patlayıcı içerir. Bu tip mayınlar genellikle basınca duyarlı bir tapa kullanmakta olup bir kişinin ağırlığı altına patlayacak şekilde tasarlanmıştır. Bir kabloya bağlı pimin hareketiyle tetiklenen anti personel mayınlar da sıklıkla karşılaşılan başka bir türdür. Anti personel mayınları genellikle öldürmek için dizayn edilmezler, yaralamak için yeterli miktarda tahrip gücüne sahip olacak şekilde üretilen mayınlar böylece mayın infilakına maruz kalarak yaralanan düşmanın tahliyesi için daha fazla sayıda kişinin meşgul olmasını (böylece savaşmamasını) ve çoğunlukla uzuv kaybı şeklinde tezahür eden bu tip yaralanmaların tabiatları itibariyle çevredekiler için 'temiz bir ölümden' daha fazla moral bozucu etkisinin düşman taraf üzerinde oluşturacağı psikolojik yıkımı hedefler.⁶

Anti tank mayınları ise 5-15 kilo arasında değişen bir ağırlığa sahiptir ve sadece ağır araçlar tarafından tetiklenmesini sağlamak amacıyla daha az hassas bir tapyayla donatılmışlardır. Ağır araçların (tank ve zırhlı muharebe aracı gibi) durdurulmasından ziyade imhasını hedefleyen çukur imla haklı patlayıcı ile donatılmış mayınlar ise elektrikli temas tapası ile ya da manyetik tapyayla tetiklenmektedirler.⁷

⁵ Luttwak, E.; Koehl S. L., *Dictionary of Modern War*, Gramercy Books, New York, 1991, s.393.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Idem.*

IED

El yapımı, irticalen yapılan patlayıcı araçlar olarak çevirdiğimiz bu patlayıcıların diğer patlayıcılardan temel farkı İngilizce adındaki *improvised* kelimesi işaret etmektedir. Bu kelime Latince öngörülemeyen/beklenmeyen anlamını taşıyan *improvisus*'tan gelmektedir. Tamamen evde yapılan, istenilen şekle sokulabilen ve dizaynı ve büyüklüğü yapanın elindeki malzemelere ve ihtiyaca uygun şekilde doğaçlama olarak şekillendirilen patlayıcılardan, askeri mühimmatın orijinal amacının ve ateşlenme mekanizması dışında, farklı füyelerle tetiklenebilecek şekilde manipüle edilmesi neticesi elde edilen patlayıcılara kadar uzanan geniş bir yelpaze içinde yer alan ve patlayıcı özelliğinin dışında şeklen ve içerik itibarıyla herhangi bir tasnife ve tanımlamaya tabi tutulmasının pek mümkün olmadığı patlayıcılar *IED* olarak kabul edilmekteki. Birleşik Devletler Ordusu ve Deniz Piyadeleri için düzenlenen FMI3-34-119 kodlu geçici sahra talimatnamesi'ne göre *IED*, 'irticalen tasarlanan ve yapılan, yıkıcı, öldürücü, yanıcı kimyasallar içeren, imha etmek, yaralamak, korkutmak ya da dikkat dağıtmak amacına yönelik olarak kullanılan her türlü araçtır. Askeri mühimmatlar ve malzemeler kullanılarak yapılabileceği gibi çoğunlukla askeri olmayan parçalardan tasarlanan araçlardır.'⁸

Daha eski tarihli FM 20-32 Mine/Countermine Operations başlıklı sahra talimatnamesinde bu araçlar için *Expedient Devices* adı kullanılmış ve 'ilgili askeri birimin elinde amaca yönelik mayın bulunmadığı zaman elde bulunan malzemeyle yapılan anti personel ve anti araç amaçlı patlayıcılardır' şeklinde tarif edilmiştir.⁹

Yukarıda da işaret ettiğimiz gibi bu tip araçların yapımında kullanılan askeri malzeme çoğunlukla mayınlar olmaktadır. Bununla beraber bir *IED* ve mayın arasındaki temel fark yukarıdaki izahata binaen basitçe şu şekilde anlatılabilir: Bir patlayıcı aracın, üretildiğinde üzerinde bulunan füyenin, bu aracın dizaynında düşünüldüğü etkilere maruz kaldığı hallerde tetiklenmesi neticesi vuku bulması söz konusuysa bu bir mayındır. Oysa aynı patlayıcı aracın füyenesinin tetiklenmesi bir kişi tarafından sonradan değiştirilmiş bir mekanizma aracılığıyla gerçekleştiriliyorsa bu durumda artık bir mayından değil irticalen yapılmış bir patlayıcı araçtan bahsedilecektir.

⁸ FMI3-34-119 s.1-5 www.us.army.mil

⁹ FM 20-32 Mine/Countermine Operations Headquarters Department of the Army, Washington, 1992 s.13-29

Mayınlar üzerlerinde bulunan fünyenin ateşlenmesi için gerekli etkinin gerçekleşmesi halinde patlarlar yani kurban tarafından tetiklenirler, *IED*'ler ise kullanıcı tarafından tetiklenirler.¹⁰

Aynı şekilde askeri mühimmatın örneğin bir top ya da havan mermisinin top ya da havandan ateşlenmeksizin toprak altına ya da toprak üstüne yerleştirilip uzaktan kumanda, basınç düzeneği ya da yakınlık sensörü ile patlatılması halinde de el yapımı patlayıcı bir aracın varlığından bahsedilecektir. Bu noktada fünyenin kurban ya da kullanıcı tarafından tetiklenmesinin önemi yoktur. Zira patlatılan mühimmat dizayn edildiğinden farklı bir şekilde ve bunun sonucu olarak da tetikleme mekanizması manipüle edilerek kullanılmaktadır.

Patlayıcı olarak mayınların kullanılmadığı çoğu durumda *IED*'ler genelde mayınlarda olduğunun aksine toprak üstüne yerleştirilmektedir.¹¹

Diğer bir tür patlayıcı silah olan bubi tuzakları ise askeri terminolojide şu şekilde tanımlanmaktadır: 'Şüphelenmeyen bir kişi tarafından müdahale edildiğinde ya da görünüşe göre güvenli olarak kabul edeceği bir harekette bulunduğu tetiklen 'hilekarca düşünülmüş' patlayıcı.'¹²

Yukarıda yapılan iki silah sisteminin anlaşılmasına yönelik kısa açıklamadan sonra uluslararası hukukun silahlı çatışmalar hukuku dalının bu silahları ve onların kullanılması yöntemlerini nasıl düzenlediğine kısaca göz atacağız.

¹⁰ Tüm mayınların sadece kurban tarafından tetiklenebilir olduğu ifadesinin bazı istisnaları olduğunun belirtilmesiyle yumuşatılması gerekmektedir. Zira Birleşik Devletler Ordusu'nun FM 20-32 Mine/Countermine Operations başlıklı sahra talimatnamesinde de belirtildiği gibi bazı mayınlar uzaktan kumanda ile de patlatılabilir olarak dizayn edilmektedirler.

¹¹ *IED*'lerin Amerikan basınında yol kenarı bombaları olarak anılmalarının sebebi olan bu uygulama, altta patlayan ve tahrip güçleri öngörülebilir mayınlara karşı askeri araçlarda alınan koruyucu önlemlerin *IED*'ler söz konusu olduğunda yetersiz kalmasının en temel nedenidir.

¹² FM 5-31 Boobytraps, Headquarters Department of the Army, Washington, 1965, s.3 Bununla beraber Vietnam Savaşı tecrübelerinden sonra bubi tuzaklarının illa ki de patlayıcı araçlar olması gerekmediği ve şüphelenmeyen bir kişi tarafından müdahale edildiğinde ya da görünüşe göre güvenli olarak kabul edeceği bir harekette bulunduğu tetiklenen ve zayıya sebep olacak şekilde düzenlenmiş her türlü patlayıcı ya da patlayıcı olmayan araç' olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. FM 20-32 Mine/Countermine Operations, Headquarters Department of the Army, Washington, 1992 s. 13-1 ve FMI 3-34-119 s.1-4 (tamamı kamuoyuna açık olmayan bu talimatnamenin ulaşılabilir kısımları için bkz. http://www.fas.org/blog/secretcy/2007/02/us_army_on_improvised_explosiv.html)

SİLAHLI ÇATIŞMALAR HUKUKUNUN İLGİLİ DÜZENLEMELERİ

Bilindiği gibi silahlı çatışmalar hukukunun en temel iki prensibi siviller ve muharıpler arasında ayırım yapmak ve silahlı çatışmaların tek doğrudan hedefi olabilecek muharıplerde ise gereksiz acılara sebep olacak silahların kullanılmasının yasaklanması olarak açıklanmaktadır.¹³ Bu son ilkenin temelinde ise 1868 St. Petersburg Bilgiresi'nden beri kabul edilen savaşın amacının 'düşmanın askeri gücünün zayıflatılması ve bu amaca da olabildiğince yüksek sayıda askerin savaş dışı kılınması ile ulaşılacağı; bu amacın ise savaş dışı kalmış muharıplerin acılarını gereksiz yere artıran ve onların ölümünü kaçınılmaz kılan silahların kullanımı ile aşılması olacağı' kabulü yatmaktadır.¹⁴

Prof. Dinstein'in da belirttiği gibi muharıplerde sebep olunan hangi acıların gereksiz olduğu konusunda Uluslararası Adalet Divanı'nın da belirlediği kıstas 'meşru askeri amaca ulaşmak için verilmesi **kaçınılmaz** olan zarardan fazla' olmalıdır.¹⁵ 'Bazı silahların kullanımının sonuçları tiksindirici olabilir, ancak bu durum kendiliğinden işbu silahları hukuka aykırı kılmaz. Bir silah sadece, sebep olduğu yaralanma ve acılar mevcut durumun askeri gereklilikleri ışığında **kaçınılabılır** ise hukuka aykırıdır.¹⁶ Ancak bu noktada çok önemli bir tespitin yapılması gerekmektedir: Silahlı çatışmalar hukukunda bir silahın gereksiz acı ve yaralanmalara sebep olup olmadığına kıstası sadece ve sadece anti personel kullanım amacıyla geliştirilen silahlar içindir. Zira düşman müstahkem mevziilerinin tahribi ya da ağır zırhlı araçlarının imhası için kullanılacak silahlar, bunların içinde ya da yakınında bulunan muharıplerde, onları savaş dışı kılmak için gerekenden çok ciddi yaralanmalara sebep olabilecektir.¹⁷ Silahlı çatışmalar hukuku bu durumu dikkate almamaktadır.

Bu temel kurallar üzerinde şekillenen silahlı çatışmalar hukuku yukarıda bahsi geçen silahlar için ne gibi kurallar öngörmektedir? Bu sorunun cevabı-

¹³ Uluslararası Adalet Divanı'nın 'Nükleer Silahların Kullanılması Tehdidi ya da Kullanılmasının Hukukiliği' hakkındaki danışma görüşü § 74 ve 87 arası.

Bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=498&code=unan&p1=3&p2=4&case=95&k=e1&p3=5>

¹⁴ *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1995, s.121-122

¹⁵ Dinstein, Yoram, *op.cit.s.* 56

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Aynı tespit için bkz. Dinstein, Yoram, s.60

bını açıkça bulabileceğimiz iki uluslararası anlaşma mevcuttur. Bunlardan birincisi 10 Ekim 1980 tarihli ‘Aşırı travmatik etkiler yarattığı ya da ayırımı gözetmeden vurduğu kabul edilen bazı konvansiyonel silahların yasaklanması ya da kullanımına sınırlama getirilmesine dair sözleşmenin II no’lu Protokolü¹⁸ ile Ottawa Anlaşması olarak da bilinen 18 Eylül 1997 tarihli ‘Anti personel mayınların kullanılmasının, depolanmasının, üretiminin ve transferinin yasaklanmasına ve bu mayınların imhasına dair sözleşmedir.’ Mayınların bir alt türü olan anti personel mayınlara ilişkin olan ve *lex specialis* görünümünü haiz bu ikinci sözleşmeye daha ilerde kısaca değineceğiz ancak bizim konumuz açısından daha ziyade önem arz eden 1980 tarihli sözleşmenin II no’lu Protokolü olduğu cihetle öncelikle ve esas olarak orada düzenlenen hükümleri inceleyeceğiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki 1980 tarihli sözleşmenin II no’lu Protokolü yukarıda teknik açıdan yapmaya çalıştığımız *IED*/Mayın ayırımı kabul etmiş olup bunu tanımlar başlığı taşıyan 2. maddesindeki şu şekilde belirtmiştir:

‘Mayın, uzaktan bırakılan ya da bilfiil, yerin altına, yüzeyine ya da toprağa yakın yerlere yerleştirilen, bir kişi ya da aracın varlığıyla, yakınlığı ya da temasıyla patlayan ya da infilak eden bir araçtır.’¹⁹

‘Diğer araçlar, öldürme, yaralama ya da zarar verme amacıyla elle yerleştirilen, uzaktan kumanda ya da otomatik olarak belli bir zaman süresi neticesinde harekete geçen cephane ve araçtır.’²⁰

Bubi tuzakları ise ‘öldürmek ya da yaralamak amacıyla düşünülmüş, yapılmış ya da bu amaca hizmet eder hale getirilmiş olan, görünüşte hiçbir tehlikeye içermeyen bir objenin hareket ettirilmesi, ona yaklaşılması neticesi ya da görünüşte hiçbir tehlikeye mahal vermeyecek bir hareket sebebiyle umulmadık şekilde tetiklenen araç ya da malzeme’ olarak tanımlanmaktadır.²¹

Bu tanımlamalardan çıkan sonuç odur ki iki çeşit silah arasında teknik açıdan var olan fark (paylayıcının ‘diğer araçlarda’ belirtildiği üzere kurban tarafından değil de 3. bir araç ya da kişinin hareketi ile patlatılması ya da in-

18 Mayınların, Tuzakların ve Diğer Araçların Kullanımının Yasaklanmasına ya da Kullanımına Sınır Getirilmesine Dair Protokol

19 <http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/510?OpenDocument>. Çeviri tarafımızca yapılmıştır

20 *Ibid.*

21 *Idem.*

filak ettirilmesi) silahlı çatışmalar hukukunda da dikkate alınmıştır. Şüphesiz yoktur ki askeri terminolojide *IED* olarak adlandırılan patlayıcılar bu düzenlemeler ışığında hukuk dilinde 'diğer araçlar' olarak tanımlanmıştır.

Genel bir tespit yapmak gerekirse II no'lu Protokol'de öngörülen yasaklama, burada bahsi geçen silahların sebep olabileceği gereksiz acılar üzerine değil, bu silahların kullanımının sebep olacağı sivil/muharip ayırımı gözetmeyen sonuçlarının engellenmesi üzerine kuruludur.²² 'Protokol sadece mayınların, tuzakların ve diğer araçların, ayırım gözetmeden ciddi etkiler gösterebileceği bazı durumlarda kullanımını yasaklamaktadır.'²³

Protokol'ün ana hatlarıyla yukarıda belirttiği yasak kapsamına bahsi geçen mayın, tuzak ya da diğer araçların kullanılmasına ilişkin yasaklar ise aşağıdaki gibidir:

- Protokol'ün 3. maddesinin 2. paragrafı uyarınca işbu silahlar ofansif, defansif ya da misilleme amacıyla sivil halka ya da sivil bireylere karşı kullanılamaz.
- Protokol'ün 3. maddesinin 3. paragrafı uyarınca işbu silahların sivil/muharip ayırımı gözetmeyen kullanımları yasaktır. Ayırım gözetmeyen kullanımdan maksat askeri bir hedef dışına yönelik olarak kullanılma; belirli bir askeri hedefe yöneltilmeden yerleştirilme ya da gönderme; ya da elde edilmesi beklenen doğrudan ve somut askeri avantaja kıyasla orantısız sayılacak arızı sivil kayıplara neden olacak şekilde kullanılma halleridir.
- Protokol'ün 3. maddesinin 4. paragrafı sivillerin bu silahların umulmayan etkilerinden korunması için her türlü önlemi almak gerektiğini belirtmektedir.
- 4. madde uzaktan yerleştirilenler dışında diğer mayın, tuzak ve diğer araçların kara kuvvetleri arasında bir muharebenin geçmediği ya da böyle bir muharebenin mutlak olmadığı meskûn bir mahalde kullanımını yasaklamaktadır.²⁴

II no'lu protokol 6. maddesinde bubi tuzaklarının kullanımının kısıtlanması düzenlenmektedir. Hangi objelerle bubi tuzağı yapılmasının yasak olduğunu

²² Aynı yönde bkz. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (ed.), Oxford University Press, Oxford,1995, s.124

²³ *Ibid.*

²⁴ <http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/510?OpenDocument>. Çeviri tarafımızca yapılmıştır.

düzenleyen 6. maddenin 2. paragrafı ise farklı bir düzenleme getirmekte mayın ve diğer araçlar için öngörülmeyle şekilde gereksiz acı ve yaralanmalara sebep olacak tuzakların kullanılmasını yasaklamaktadır.²⁵ Aslında bu düzenleme yukarıda da bahsettiğimiz anti personel silahların gereksiz acı ve yaralanmalara yol açmayacak silahlar olması gerektiğini belirten silahlı çatışmalar hukukunun en temel kuralının sarıh bir şekilde tekrarından başka bir şey değildir. Bubi tuzakları da tanımları itibariyle anti personel patlayıcılar olduğu ve zararsız görünüşleri sebebiyle de özellikle siviller için ciddi bir tehdit arz ettikleri için böyle bir düzenlemeye tabi olmaları da doğaldır.²⁶

Protokol'ün geri kalan kısmında 'diğer araçlar' başlığına dahil olduğunu ortaya koyduğumuz *IED*'ler ile ilgili başka bir düzenleme bulunmamaktadır. *Argumentum a contrario* yorumla ulaşılabilecek sonuç, mayın sınıfına girmeyen ve zararsız bir obje şeklinde kamufle edilmeyen diğer patlayıcıların kullanılmasının silahlı çatışmalar hukukunun genel ilkeleri (muharip/sivil ayırımı ve işbu patlayıcıların anti personel olmaları halinde gereksiz acı ve yaralanmalara sebep olmayacak şekilde dizayn edilmeleri) dışında herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığıdır.²⁷

Aralarında Birleşik Devletler, Birleşik Krallık, Fransa, İtalya ve Rusya Federasyonu'nun bulunduğu 89 devletin taraf olduğu bu Protokol 1996 yılında değiştirilmiş ve uygulama alanı sadece uluslararası silahlı çatışmaları değil uluslararası olmayan silahlı çatışmaları da kapsar şekilde genişletilmiş; tanımlar başlıklı 2. maddesinin 5. paragrafında 'diğer araçlar' için yapılan tanımlamaya açıkça 'irticalen yapılan patlayıcılar' da eklenmiş, böylece bu tip patlayıcıların da hukuk terminolojisine sarıh olarak girmesi sağlanmış ve daha önce açık düzenleme olmamasından ötürü bu tip patlayıcıların hangi silah kategorisine gireceğine dair var olabilecek şüpheler de ortadan kaldırılmıştır. Değiştirilmiş II no'lu Protokol'ün mayın, tuzak ve diğer araçların kullanımının sınırlandırılması başlıklı 3. maddesi Protokol'ün ilk haline göre farklı bir düzenlemede bulunmuş daha önceki 3. maddede sayılan yasaklamalara ilaveten ve diğer birkaç yeni hüküm dışında aşağıdaki yeni hükümleri de ihtiva eder hale gelmiştir. Nitekim 3. maddenin 3. paragrafı:

²⁵ *Ibid.*

²⁶ 'Bubi tuzakları doğaları itibariyle gereksiz acılar ve yaralanmalara sebep olacak araçlar olarak değerlendirilmemekte ve kullanımlarına genel bir yasak getirilmemektedir.' Bkz. Dinstein, Yoram, *op.cit.* s. 66

²⁷ Aynı yönde bkz. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Dieter Fleck (ed.), Oxford University Press, Oxford,1995, s.130

'Her koşulda, gereksiz acı ve yaralanmalara yol açacak şekilde tasarlanmış ya da gereksiz acı ve yaralanmalara yol açabilecek mayın, tuzak, ya da diğer araçların kullanılması yasaktır'²⁸ hükmünü getirmiştir.

Aynı 3. maddenin 5. paragrafı işbu patlayıcıların, tespit edilmelerini sağlayan aletlerin varlığını algıladığı anda tetiklenmelerini sağlayacak mekanizmalara sahip olmaları yasaklanmıştır.²⁹

Siviller için tehlike arz etmesinin önüne geçilmesi için anti personel mayınların belli süre sonra kendi kendini dezaktive edebilecek şekilde tasarlanması zorunluluğu da eklenmiştir.

Tüm bu gelişmelere rağmen uluslararası kamuoyu anti personel mayınlar konusunda silahlı çatışmalar hukukundaki düzenlemelerden memnun kalmamış, özellikle Uluslararası Kızılhaç Komitesi'nin yoğun çalışmaları neticesi mayınların muharip ve sivil ayak izi farkını saptayamadan patlayan araçlar olduğu için ayırım yapmadan vuran silahlar olarak değerlendirilmesi ve de muharebeler bittikten sonra çok uzun süreler boyunca aktif olarak kalabilmeleri nedeniyle sivil hayatı olumsuz etkilemeleri gibi argümanlarla bu anti personel mayınların tamamen yasaklanması çalışmaları hız kazanmıştır.³⁰ Nihayet sivil toplum örgütlerinin de tarihte görülmemiş etkisi altında 1997'de 'Anti personel mayınların kullanılmasının, depolanmasının, üretiminin ve transferinin yasaklanmasına ve bu mayınların imhasına dair sözleşme' Ottawa'da imzalanmıştır. 2007 yılı temmuz ayı itibariyle 157 devletin taraf olduğu, mayınların sadece bir türü olan anti personel mayınları tamamen yasaklayan bu sözleşmenin Rusya Federasyonu ve Birleşik Devletler gibi düzenlenen alandaki çıkarları birinci derecede etkilenen devletlerin imzalamaması ve uygulama için öngörülen uzun sayılabilecek süreler dikkate alındığında şu an için teamüli hukuku oluşturduğu söylenemese de yakın gelecekte teamüli hukukun bir parçası olacağı doktrinde kabul edilmektedir.³¹

Bu alanda değinilmesi gereken son önemli nokta sivil araçlar tarafından da tetiklenebilmesi imkanı olan anti araç (anti tank) mayınlarının hiçbir şekilde yasak kapsamına alınmadığıdır.

²⁸ <http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/575?OpenDocument>. Çeviri tarafımızca yapılmıştır.

²⁹ <http://www.cicr.org/dih.nsf/FULL/575?OpenDocument>. Çeviri tarafımızca yapılmıştır.

³⁰ Dinstein, Yoram, *op.cit.*, s. 68

³¹ *Ibid.*

IED'ler YASAKLI SİLAHLAR MIDIR?

Silahlı çatışmalar hukuk kurallarının üzerinde şekillendiği iki ilke mevcuttur: Askeri gereklilik ve insancılık. İnsancılık prensibi savaşın aşırılıklarını, sebep olabileceği taşkınlıkları ve vahşeti sınırlayıp yumuşatmayı amaçlamakta, savaşın etkilerini savaşta meşru ve gerekli olanın en azında tutmayı amaçlamaktadır.³² Prof. Dinstein'in çok güzel bir şekilde işaret ettiği gibi silahlı çatışmalar hukukunun hiçbir kuralı askeri gerekliliği gözden kaçırmaz ve yine de her kuralı insancılık ilkesinden esinlenmiştir.³³ Ancak bu iki zıt ve çatışma içindeki kavram tarafından şekillendirilen kuralların her zaman kolay uygulanabilir ya da vicdani açıdan çok da tatminkâr düzenlemeler getirdiği söylenemez. Bu tip düzenlemelere en sık olarak belli silah sistemlerinin (savaş araçlarının) kullanımının tümünden değil de bazı hallerde yasaklanması örnek olarak gösterilebilir. Kapalı yerlere, koruganlara, ya da zırhlı araçlara karşı kullanılması hukuka uygun kabul edilen napalm, açıkta piyadeye karşı kullanıldığında gereksiz acı ve yaralara sebep olduğu için yasak kapsamına değerlendirilen bir silahtır.³⁴ Silahlı çatışmalar sırasında bazı silahların kullanılması askeri gereklilikler sebebiyle kaçınılmaz olabilir. Yazımızın esas temasını teşkil eden IED'ler de günümüzdeki silahlı çatışmalar hukuku kuralları ışığında değerlendirildiğinde böyle bir görünüm arz etmektedirler. **Güncel pozitif hukuka göre (1980 Konvansiyonel Silahlar Sözleşmesi'nin değiştirilmiş II no'lu Protokol'ü) 'diğer araçlar' sınıfı içinde telakki edilen bu patlayıcı araçların ancak aşırı yaralanma ve acıya sebep olacak şekilde kullanılmasını yasaklamaktadır. Oysa yukarıda da belirttiğimiz ve sözleşmelerde yapılan düzenlemelerde de görüleceği gibi bir silahın aşırı acı ve yaralanmaya sebep olduğu için yasaklanması sadece anti personel amacıyla kullanılan silahlar için mümkündür. Dolayısıyla anti araç maksadıyla yerleştirilen IED'lerin patlatılması sebebiyle muharıplerde vuku bulan yaralanmalar (özellikle de uzuv kayıpları) ne derece ciddi ve onları muharebe dışı bırakmak için ne denli gereksiz olursa olsun eğer IED'lerin patlatılmasıyla elde edilen zırhlı ve ağır zırhlı araçları imha etmek için gereken bir tahrip gücüyle bu patlama neticesi meydana gelen ağır ve ölümlü kaçınılmaz kılacak yaralanmaların**

³² Bettati, Mario, *Droit Humanitaire*, Editions du Seuil, Paris, 2000, s. 51. Aynı yönde bkz. Dinstein, Yoram, *op.cit.* s 16-17

³³ *Ibid.*

³⁴ Green, Leslie C., *The Contemporary Law of Armed Conflict (second edition)*, Manchester University Press, 2000, s. 193. Aynı yönde Bkz. Dinstein, Yoram, *op.cit.* s.62

artık silahlı çatışmalar hukukuna göre aşırı sayılması mümkün olmayacaktır. Özellikle çoğu anti tank mayınına ve anti tank silahına karşı dayanıklı olarak dizayn edilen yeni nesil zırhlı araçlarla mücadelede bu çeşit yapımı basit, ucuz ancak bir o kadar da etkili silahlara duyulan ihtiyaç sebebiyle yakın bir gelecekte daha sıklıkla özellikle de teknolojik olarak gelişmiş bir hasıma karşı yürütülen mücadelelerde başvurulacak ve gittikçe de tahrip gücü arttırılacak bir silah olacak gibi gözükmektedir.³⁵ Hedef alınan araçların dayanıklılığı arttıkça tahrip gücü yüksek patlayıcılar kullanılacak bu da araç içindeki personelde ciddi ve ölümlü kaçınılmaz yaralanmalara sebep olacaktır.

Dolayısıyla, güncel silahlı çatışmalar hukukunun konuyla ilgili olan düzenlemelerine yakından bakıldığında yüksek tahrip gücü olan *IED*lerin doğrudan muhariplere karşı kullanılması hali dışında bu silahların muharebe aracı olarak kullanılmasının yasaklanmadığı, araçlara karşı kullanıldığında araç içerisindeki personelde meydana gelen ağır yaralanmaların ise gereksiz yere yaralanma olarak değerlendirilmediği zira ***bunların belirli bir askeri amaca (askeri aracı imha etmek için) ulaşılması için verilmesi gereken kaçınılmaz fiziksel zararlar olarak kabul edildiği görülmektedir.*** Gerek taraf devletlerin niteliği gerekse de düzenlemelerinin içeriği nedeniyle bizce düzenlemeleri teamül hukuku niteliğini haiz olan 1980 tarihli 'Aşırı travmatik etkiler yarattığı ya da ayırım gözetmeden vurduğu kabul edilen bazı konvansiyonel silahların yasaklanması ya da kullanımına sınırlama getirilmesine dair sözleşmenin 1996 yılında değiştirilen II no'lu Protokolü'nde 'gereksiz acı ve yaralanmalara sebep olacak *IED*'lerin kullanımının her koşulda yasaklanmış olması' bu konuda kuşku duymamıza sebep olacak bir ifade içermektedir. Ancak buradaki her koşulun sadece anti personel amaçlarla *IED*lerin kullanıldığı durumlar için geçerli olduğu kabul edilmelidir. Zira tank imha edecek kadar güçlü anti tank mayınlarının yasaklanmadığı gibi, anti personel mayınların tamamen yasaklanması süreci incelendiğinde bu silahların hasmın piyadesini savaş dışı bırakmak için kullanılacak diğer metotlardan çok daha fazla etkili olmamakla beraber bu silahların etkilerine maruz kalanlarda gereksiz ve aşırı acı ve yaralanmalara sebep olduğu gerekçesi yoğun bir şekilde işlenmiştir. Uluslararası Adalet Divanı'nın da yukarıda bahsi geçen danışma görüşünde kullandığı mantığı

³⁵ Birleşik Devletler Ordusu'nun 2003 yılından beri envanterinde bulunan yaklaşık 19 tonluk Stryker tekerlekli zırhlı araçlarının 250 kiloluk, oldukça kuvvetli sayılabilecek *IED*lere dayandığı bildirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Rottman, G.;Johnson, H., *Stryker Combat Vehicles*, Osprey Publishing, Oxford, 2006 s. 42-44

bu konuya tatbik edecek olursak: anti personel mayınların sebep olduğu yaralanmaların kaçınılmaz olmadığı yani aynı amaca başka araçlarla ve daha az zarar vererek ulaşılabileceği kabul edilmektedir.³⁶ Ne yazık ki güncel silahlı çatışmalar hukukunun düzenlemeleri ve askeri ihtiyaçlar dikkate alındığında anti araç amacıyla kullanılan *IED*'lerin böyle bir mantık sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmesi mümkün görünmemektedir.

³⁶ Aynı yönde bkz. *Les mines terrestres antipersonnel : des armes indispensables* (Observations et conclusions formulées après examen de l'étude du CICR
[http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0654/\\$File/FriendFoeReportObservations30Nov1Dec2004-fre.pdf](http://www.cicr.org/Web/fre/sitefre0.nsf/htmlall/p0654/$File/FriendFoeReportObservations30Nov1Dec2004-fre.pdf)

KAYNAKÇA

Bettati, Mario, *Droit Humanitaire*, Editions du Seuil, Paris, 2000

Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005

Green, Leslie C., *The Contemporary Law of Armed Conflict (second edition)*, Manchester University Press, 2000

The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts, Dieter Fleck (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1995

Luttwak, E.; Koehl S. L., *Dictionary of Modern War*, Gramercy Books, New York, 1991

Rottman, G.; Johnson, H., *Stryker Combat Vehicles*, Osprey Publishing, Oxford, 2006

FM 5-31 Boobytraps, Headquarters Department of the Army, Washington, 1965

FM 20-32 Mine/Countermine Operations, Headquarters Department of the Army, Washington, 1992

FMI3-34-119 Improvised Explosive Device Defeat, Headquarters Department of the Army, US Marine Corps, Washington, 2005

İnternet kaynakları:

<http://www.tsk.mil.tr>

<http://icasualties.org>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.cicr.org>

<http://www.fas.org>

<http://www.history.navy.mil>

DENETİMLİ SERBESTLİK YARDIM MERKEZLERİ İLE KORUMA KURULLARI YÖNETMELİĞİNİN BİR DEĞERLENDİRMESİ

*Ar. Gör. Gülşah KURT-YÜCEKUL**

3/7/2005 tarihli ve 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kanununun uygulanması için hazırlanan ve 20.12.2005 tarihli ve 26029 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliği’nde Değişiklik Yapılması amacıyla Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Müdürlüğüne bir Komisyon kurularak bir Yönetmelik Taslağı hazırlanmıştır. Hazırlanan Taslak, bazı değişikliklere uğrayarak 18.04.2007 tarihli ve 26497 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Yönetmeliğin, yürürlükten kaldırılan 20.12.2005 tarihli Yönetmelik, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun göz önüne alınarak değerlendirmesi yapılmış ve aşağıdaki Rapor hazırlanmıştır.

Raporun hazırlanmasında Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda 14 Aralık 1990 tarihinde kabul edilen ve “Tokyo Kuralları” olarak da anılan 45/110 sayılı “Birleşmiş Milletler Hürriyeti Bağlayıcı Olmayan Tedbirlere İlişkin Standart Minimum Kurallar”, bu konuya ilişkin temel uluslararası belgelerden biri olarak esas alınmıştır. Bunun dışında, denetimli serbestlik tedbirinin uygulandığı ilk ülkelerden biri olan ve konuya ilişkin gelişmiş bir mevzuata ve uygulamaya sahip İngiltere başta olmak üzere yabancı ülke mevzuat ve uygulamalarından da yararlanılmıştır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

Raporun hazırlanmasında Yönetmelikte konuların ele alındığı sıraya sadık kalınmış ve değerlendirmeler, her madde üzerinde ayrı ayrı görüş belirtilmesinden ziyade bölümler esas alınarak yapılmış ve özellikle önem arzeden düzenlemeler bakımından maddeler temelinde daha ayrıntılı değerlendirmeler yapılmıştır.

BİRİNCİ KISIM

Genel Hükümler

Bu kısım iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Amaç, Kapsam, Dayanak ve Tanımlar yer almaktadır. 20.12.2005 tarihli Yönetmelik ile karşılaştırıldığında Tanımlar maddesi dışında bir değişikliğin yapılmadığı görülmektedir. Tanımlar maddesine ise 6 yeni bent eklenmiş ve bazı tanımların içeriğinde değişiklikler yapılmıştır.

h) “Denetimli serbestlik”: Bu tanımdan “suça sürüklenen çocuk” kavramının çıkarıldığı, bunun dışında “çocuk” hakkında tedbirin uygulanmasından söz edilmediği görülmektedir. Bunun nedeni, 24.12.2006 tarihli ve 26386 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 23 ve devamı maddelerinde çocuklara ilişkin özel düzenleme yapılmış olmasıdır.

Yönetmelik Taslağında düzenlenen yeni tanımlar şunlardır:

f) Değerlendirme formu: “*Denetim planının hazırlanmasına temel oluşturan; şüpheli, sanık veya hükümlünün suç işleminde etkili olan nedenlerin belirlenmesini sağlayan gizli belgeyi*” ifade eden değerlendirme formunun esasında suçlu için belirlenecek tedbirin içeriğinin oluşturulmasında anahtar rolünü oynayan çok önemli bir belge olduğu görülmektedir. Bu forma ilişkin ayrıntılı düzenleme Yönetmeliğin 92. maddesinde yapılmıştır. Bu düzenlemeden değerlendirme formunun genel olarak, hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilen kişiler için şube müdürlüğü veya büroda görev yapan denetim görevlisi tarafından gerektiğinde sanık veya hükümlü, ailesi ya da sosyal çevresiyle yapılan görüşmeler sonunda hazırlanan ve sanık ya da hükümlünün yaşamının çok boyutlu olarak değerlendirildiği, yeniden suç işleme riskinin araştırılmasına yönelik bir tür rapor olduğu anlaşılmaktadır. Bu raporun hazırlanmasında izlenecek yöntem hakkındaki değerlendirmeler 92. maddeden bahsedilirken yapılacaktır. Şimdilik, bu raporun hazırlanmasında özellikle uzman personelin görevlendirilmesinin ye-

rinde olduğu belirtilmekle yetinilecektir. Bu hususa özellikle önem verildiği 92. maddenin 4. fıkrasından da anlaşılmaktadır.

j) Denetim Görevlisi: Denetimli serbestlik görevlisinden başka bir kişiyi ifade etmektedir. Tanım şöyledir: “*Şube müdürlüğü veya büroda kadrolu veya geçici olarak görev yapan psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve öğretmeni*” ifade eder. Yönetmeliğin (1) bendinde tanımlanan *denetimli serbestlik görevlisi* tanımına baktığımızda, “denetim görevlisi” olarak tanımlanan kişileri de içine alan daha geniş bir kişi grubunu ifade ettiği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle “denetim görevlileri” de geniş anlamda denetimli serbestlik görevlisi sayılmaktadır. Yönetmeliğin 17. maddesinde bu kişilerin görev ve sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunlar, genel olarak; sosyal araştırma raporu hazırlanması, psiko-sosyal yardım yapılması, denetimli serbestlik tedbiri çerçevesinde rehberlik hizmeti sunulması, tedbirin uygulanması yönünden Yönetmelikte belirtilen çok çeşitli belgelerin hazırlanması (denetim planı, madde kullanım listesi, değerlendirme formu, denetim raporu vb.), şüpheli, sanık ve hükümlülerin denetimlerini yapmak ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının çalışma konuları çerçevesinde 17. maddede sayılan diğer görevleri gerçekleştirmek şeklinde belirtilebilir. Bu kişilerin görev ve sorumluluklarının ayrıntılı olarak belirtilmesine karşın, “denetimli serbestlik görevlisinin” görev ve sorumluluklarına ilişkin ayrı bir düzenlemenin Yönetmelikte yer almadığı görülmektedir. Yalnızca Yönetmeliğin 158/4. maddesinde dosyalama işlemlerinden genel olarak denetimli serbestlik görevlilerinin sorumlu olduğuna dair bir ibare yer almaktadır. Bu durum da, Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri Koruma Kurullarında çalışan bütün görevlilere genel olarak verilen adın “denetimli serbestlik görevlisi” olduğu yönündeki saptamayı bir kez daha doğrulamaktadır.

i) Denetleme memuru: “*Şube müdürlüğü veya büroda kadrolu veya geçici olarak görev yapan infaz ve koruma baş memuru ile infaz ve koruma memuru*” ifade ettiği belirtilmektedir. Denetleme memurunun görev ve sorumluluklarını düzenleyen Yönetmeliğin 18. maddesi değerlendirildiğinde; genel olarak, denetimli serbestlik tedbiri altındaki şüpheli, sanık ve hükümlülerin buldukları yerde denetimlerinin yapılması, ev ve işyeri ziyaretlerinin yapılması, denetleme planı hazırlanması ve psiko-sosyal servisleri ile işbirliği içerisinde salıverilme öncesi düzenlenecek raporun hazırlanması ve denetim görevlisinin onayına sunulması, çeşitli formların hazırlanması, şube müdürü veya denetim görevlisi tarafından verilen diğer işlerin yapılması şeklinde bir görev listesi ortaya çıkmaktadır. Böylece, (j) bendinde tanımlanan denetim görevlileri ile karşılaştırıldığında denetleme memurlarının taşıdığı özel-

likler itibariyle bir farklılık gösterdiği, diğerlerine nazaran belirli alanlarda uzmanlığa sahip olmayan memurlar kategorisini ifade ettikleri görülmektedir. Nitekim yukarıda yer verilen 18. maddede de bu kişilerin bazı konularda rapor hazırlayabilmeleri için uzman personel ile işbirliği içinde çalışacaklarının da özel olarak belirtildiği görülmektedir.

j) Denetleme planı: “Denetimin yöntemini belirleyen, gerektiğinde sosyal çalışmacı, psikolog, sosyolog ve öğretmen gibi uzmanlar ile infaz ve koruma başmemurları veya infaz ve koruma memurları tarafından hazırlanan, şüpheli, sanık veya hükümlünün yükümlülüklerinin planlandığı, sonuçları itibariyle denetim planı ile eşdeğer olan belgeyi” ifade etmektedir. Yönetmeliğin 96. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenen “denetleme planı”nın adli kontrol veya denetimli serbestlik kararlarına hükmedildiği durumlarda şube müdürlüğü veya büroca görevlendirilecek denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından hazırlanan ve denetimin yöntemini belirleyen bir belge olduğu; şüpheli, sanık veya hükümlünün denetim süresinde uyması gereken kural ve yükümlülükler, birlikte çalışılması düşünülen kişi ve kuruluşlar ile denetimin zaman tanımlamasına ilişkin hususları içerdiği anlaşılmaktadır. Yönetmeliğin (ğ) bendinde tanımlanan denetim planı ile karşılaştırıldığında önemli bir farklılık içermediği görülen denetleme planının; Yönetmeliğin geneli değerlendirildiğinde TCK, Ceza Muhakemesi Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda rehber görevlendirilmeksizin denetimin öngörüldüğü bütün tedbirler bakımından düzenlenmesinin kabul edildiği görülmektedir. Buna karşılık, “denetim planı” yalnızca TCK’da düzenlenen hapis cezasının ertelenmesi, kullanmak için uyandırıcı veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bakımından uygulanan tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri ve CGTİK’da düzenlenen koşullu salıverilme kapsamında rehberlik hizmetine hükmedildiği durumlarda hazırlanan bir belge olarak ortaya çıkmaktadır.

n) Madde kullanım listesi: “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesine göre hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbiri veya sadece denetimli serbestlik tedbiri kararı verilen; sanık veya hükümlüler ile psiko-sosyal ve rehberlik hizmeti verilen şüpheli, sanık veya hükümlülerin değerlendirilmesi aşamasında madde kullanımıyla ilgili temel bilgileri toplamayı amaçlayan belgeyi” ifade etmektedir. Bu belgeye ilişkin esasların ayrıntılı olarak düzenlendiği 94. maddede; madde kullanım listesinin, şüpheli, sanık veya hükümlünün madde kullanımına bakış açısını, bu durumu bir sorun olarak görüp görmediğini, suç işleme davranışı üzerindeki etkisini, madde kullanımında aile, sosyal çevre ve kişilik özelliklerinin et-

kisi olup olmadığını belirlemeye yönelik konuları ayrıca şüpheli, sanık veya hükümlü ile yürütülecek çalışmaya motivasyon artırıcı bir biçimde yaklaşmayı sağlayacak bilgileri içerdiği belirtilmektedir. Böylece, hem şüpheli, sanık veya hükümlüye uygulanacak tedbirin içeriğini belirlemek hem de madde kullanımı ile suçluluk arasındaki ilişkiyi ortaya koymak bakımından önemli bir bilgi kaynağının oluşturulması sağlanmaktadır.

ö) rehberlik: “Bireye; kendini anlaması, problemlerini çözmesi, gerçekçi karar alması, kapasitesini geliştirmesi, çevresine sağlıklı bir şekilde uyum sağlama için uzman kişilerce yapılan yardımları içeren süreç” olarak tanımlanmıştır. Çok genel ifadelerin kullanıldığı ve aslında fazla birşeyin söylenmediği bir tanım yapılmıştır. Bu tanımın getirilmesi bir eksikliğin giderilmesi olarak değerlendirilemez.

GENEL DEĞERLENDİRME: Denetim memuru-denetim görevlisi - denetimli serbestlik görevlisi denetim planı-denetleme planı gibi birbirine çok yakın kavramların kullanılması karışıklığa yol açacak niteliktedir. Görevlilere ya da raporların birbirlerinden daha kolay ayrılacak şekilde isimlendirilmesi daha yerinde olur. Ya da aynı özellikleri taşıyan plan ya da raporların aynı isim altında birleştirilmeleri önerilebilir. Görevlilerin isimlendirilmesi bakımından da aynı yolun tercih edilmesi mümkündür. Bu kategorilerde yer alan kişilerin uzmanlıklarına göre değişik şekillerde adlandırılması düşünülebilir (örn. Psikolog denetim görevlisi gibi).

Yönetmeliğin “Genel Hükümler” kısmının ikinci bölümünde “Temel İlkeler ve Yükümlülükler” yer almaktadır. Bu kısımda esaslı bir değişiklik dikkati çekmemektedir. Yalnızca “yükümlülükler” başlıklı 6/1. maddede “hakkında herhangi bir tedbire hükmedilen **şüpheli, sanık veya hükümlü**” ifadesinin kullanılması suretiyle eski Yönetmelikteki “kişi” ifadesinin terk edildiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle Yönetmelikte tedbire muhatap olacak kişilerin teker teker belirtilmesi söz konusudur. Bu sayının TCK madde 58’e göre cezası infaz edildikten sonra hükümlü sıfatını da kaybeden mükerrir, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgütlü suçluyu kapsamadığı görülmektedir. Bu nedenle, eski Yönetmelikteki “kişi” ifadesini daha kapsayıcı bir düzenleme olarak kabul etmek mümkündür.

İKİNCİ KISIM

Kuruluş, Teşkilat ve Görev

Bu kısımda, birinci bölüm olarak Kuruluş ve Teşkilat hakkında düzenleme yapılmıştır. Bu bölümde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

İkinci bölümde Daire Başkanlığı, üçüncü bölümde ise Şube Müdürlüğü ve görevleri düzenlenmiştir. Bu bölümde **9. maddede** Daire Başkanlığını oluşturan şube müdürlüklerinin sayılarının sınırlandırıldığı görülmektedir. Daha önce yürürlükte olan Yönetmelikte daire başkanlığının en az üç şube müdürlüğünden oluşacağı belirtilmişti. Yönetmelikte bu sayı beşe çıkarılarak sınırlandırılmıştır. **9/2. maddeye bakıldığında şu değişiklikler dikkati çekmektedir:**

(b) bendinde “Çocuk denetimli serbestlik şubesi” denilerek “genç” ibaresinin metinden çıkarıldığı görülmektedir. Bu değişikliğin nedenini anlamak pek mümkün değildir.

(ç) ve (d) bentleri olarak “kamu yararına çalışma ve madde izleme şubesi” ile “Rapor ve rehberlik hizmetleri şubesi” eklenmiştir. Madde izleme şubesinin 5560 sayılı Kanunla TCK'nun 191. maddesinde yapılan değişikliklerin sonucu olarak eklendiği anlaşılmaktadır. “Kamu yararına çalışma”nın eklenmesi daha önce yürürlükte olan Yönetmelikteki bir eksikliğin giderilmesi olarak düşünülebilir. Ancak madde izleme ile birlikte yürütülmek istenmesinin nedeni belli değildir. Bu ikisi ayrı şube müdürlükleri olarak öngörülmeliydi. Son olarak “rapor ve teknik hizmetler şubesi”nin eklenmesini yeni Yönetmelikte Raporların sayısının ve bunlara verilen önemin artışının bir sonucu olarak kabul edebiliriz. Bu açıdan doğru bir yol izlendiği belirtilebilir. Ancak bu şube müdürlüklerinin sayısının sınırlandırılması yerinde olmamıştır. Uygulamaya gelişmesiyle birlikte bunların sayısının artırılmasına açık kapı bırakılması daha uygun olurdu.

Bunun izleyen **10. maddede** Daire Başkanlığının görevleri düzenlenmiştir. Bu maddede önem taşımayan küçük değişikliklerle yetinilmiştir.

Üçüncü bölümde şube müdürlüğünün görevlerinin düzenlendiği **12. maddede**, birinci fıkrada “soruşturma, kovuşturma ile cezanın yerine getirilme aşamasındaki görevleri”nden söz edilmektedir. Daha önce yürürlükte olan Yönetmelikte “cezanın yerine getirilmesi” yerine “hükümden ve salıvermeden sonra” denilmektedir. Şube müdürlüğünün şartla salıverilme ya da mü-

kerrirler ve özel tehlikeli suçlular olarak adlandırılan grup bakımından cezanın yerine getirilmesinde sonra da bir takım görevlerinin olduğu göz önüne alındığında eski yönetmelikteki ibarenin daha kapsayıcı olduğu ve değiştirilmesine gerek olmadığı tespit edilmektedir.

Bundan başka yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 12. maddesinde şube müdürlüğünün görevleri ile ilgili iki bendin Yönetmeliğe hiç alınmadığı görülmektedir:

(e) *Yetki alanında bulunan; millî eğitim müdürlükleri ile iş birliği yaparak, mahkemelerce haklarında bir eğitim kurumuna veya eğitim programına devam etme yaptırım veya tedbir kararı verilen şüpheli, sanık ya da hükümlülerin devam edebilecekleri örgün ve yaygın eğitim kurumları ve kursların listesini oluşturmak ve bu listeleri mahkemelere vermek.*

(f) *Yetki alanında bulunan; kamu kurum ve kuruluşları, meslek odaları, sanayi ve ticaret odaları, kamu yararına hizmet veren özel kuruluşlar veya benzer kurumlarla görüşerek, bu tür kurumlardan hükümlüleri ne suretle çalıştırabileceklerine dair bilgi almak suretiyle hizmetler listesini oluşturmak ve bu listeleri mahkemelere vermek.*

Bu bentlerin yeri herhangi bir düzenleme ile de doldurulmamıştır.

Şube müdürlüklerinin kovuşturma evresindeki görevlerini düzenleyen **14. maddede** 5560 sayılı Kanunla CMK'nun 231. maddesinde ve TCK'nun 191. maddesinde yapılan değişikliklere paralel olarak, iki yeni bent eklenmiştir (b ve c bentleri).

Kovuşturma evresinden sonraki görevleri düzenleyen **15. maddenin (1) bendinde** “5237 sayılı Kanununun 221 inci maddesine göre etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıp da haklarında güvenlik tedbirine hükmolunanlarla ilgili bu tedbirlerin uygulanmasını sağlamak” da şube müdürlüğünün görevleri arasında sayılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte “etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanıp da haklarında güvenlik tedbirine hükmolunanlarla ilgili bu tedbirlerin uygulanmasını sağlamak” denilmek suretiyle bir kısıtlamaya gidilmemişti. Ancak yeni düzenleme daha doğrudur, çünkü gerçekten de 5237 sayılı TCK değerlendirildiğinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanılması halinde denetimli serbestlik tedbirine hükmedilebilecek tek hal “suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna” ilişkin 221. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeyle diğer suçların dışarıda bırakılması gibi bir durum söz konusu değildir.

“Denetim görevlisinin görev ve sorumlulukları” başlıklı **17. madde** ile “Denetleme memurunun görev ve sorumlulukları” başlıklı **18. madde** yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bulunmayan ancak 18.04.2007 tarihli Yönetmelikte düzenlenen yeni hükümlerdir. Bunun nedeni yukarıda da belirtildiği gibi bu görevlilerin ilk defa yeni Yönetmelikte düzenlenmiş olmasıdır.

17. madde ile denetim görevlisine verilen görevler; soruşturma ve kovuşturma evresinde sosyal araştırma raporunun hazırlanması, talep edilmesi halinde uzman kişilerce psiko-sosyal yardım yapılması, rehberlik hizmetinin öngörüldüğü hallerde bu görevi yerine getirmek, denetleme memurları tarafından hazırlanan denetleme planını ve salıverilme öncesi düzenlenecek raporu onaylamak, hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilenler için Yönetmelikte öngörülen çeşitli formları, denetim planı ve denetim raporunu hazırlamak, proje düzenlemek, kurumlar ve hizmetler listesinin oluşturulmasında görev almak, çalışma ve işbirliği protokollerini hazırlamak, gerekli görülmesi halinde denetimli serbestlik tedbiri altındaki kişilerin buldukları yerde denetimini yapmak, gerektiğinde denetleme memuru ile birlikte ev ve işyeri ziyaretlerine gitmek, hükümlülerin yeniden suç işleminin önlenmesi ve topluma kazandırılmasını sağlayıcı etkenleri güçlendirme amacıyla yönelik çalışmalarda bulunmak şeklinde sıralanmıştır. Bu madde değerlendirildiğinde, özellikle belli konularda uzmanlığa sahip kişilerden oluşan denetim görevlilerinin denetimli serbestlik tedbiri ile ilgili görevlerin yerine getirilmesinde asli personel olarak kabul edildiği saptanmaktadır. Yönetmeliğin geneli değerlendirildiğinde, yalnızca denetimli serbestlik tedbiri bakımından değil, koruma kurulları tarafından yerine getirilen bütün hizmetlerde bu görevlilerin uzmanlığına başvurulması yoluna gidildiği görülmektedir (örneğin kamu yararına çalıştırma tedbirinin yerine getirilmesi ya da seçenek tedbirlerin uygulanması için oluşturulan kurumlar ve hizmetler listesinin hazırlanması). Diğer bir ifadeyle, bu görevliler, denetimli serbestlik ve benzeri seçenek tedbirlere başvurulmasının altında yatan “yeniden suç işlenmesinin önlenmesi ve topluma kazandırma” amaçlarını gerçekleştirmek için kurulan sistemin başlıca aktörleri gibi düşünülmektedir. Bu özellikleri göz önüne alındığında, bu personelin seçimi ve eğitimi konusunda yüksek standartların aranmasına dikkat edilmelidir. Bu konuyla ilgili olarak aşağıda 131 ve devamı maddelerinde değerlendirmeler yapılacaktır. Bazı hallerde, denetleme memurlarının yaptıkları işlemlerde hazır bulunmak ya da bu işlemleri denetlemek ve onaylamak şeklindeki görevlerin de denetim görevlilerinin sorumluluğu altında bulunduğu görülmektedir.

Denetleme memurunun görev ve sorumluluklarının düzenlendiği 18. maddede ise, daha ziyade denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi için

gerekli ziyaretlerin yapılması, ceza infaz kurumlarındaki hükümlülerle yapılan görüşmeler sonucunda salıverilme öncesi raporların hazırlanması gibi görevlerin söz konusu olduğu dikkati çekmektedir. Böylece bu iki grup görevli arasındaki farklar daha net bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Dördüncü bölümde 19 ve 34. maddeler arasında adli kontrol ve adli kontrol yükümlülüklerinin yerine getirilmesi düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte de düzenlenen bu bölümün tedbirin yerine getirilmesine ilişkin bir takım değişikliklerle Yeni Yönetmelikte de korunduğu görülmektedir. Yapılan en önemli değişikliğin adli kontrol tedbiri kapsamındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesi çerçevesinde şüpheli veya sanığa yapılacak bildirim, başvuru, süreler ve kaydın kapatılması gibi hususların ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve kesin kurallara bağlanması olduğu görülmektedir. Örneğin, 21. maddede düzenlenen “Yurt dışına çıkamama” yükümlülüğüne ilişkin kararın şube müdürlüğü veya büroya gönderilmesinin ardından şüpheli veya sanığa, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılacağı; haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazeret olmaksızın belirtilen süre içerisinde başvuru yapılmaması halinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kaydın kapatılarak evrakın mahkemesine iletilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceği düzenlenmektedir. Bu gönderim üzerine mahkeme yükümlülüğün devam edip etmeyeceğine dair bir karar verecektir. Bu süre ve süreye uymamanın yaptırımı yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bu kadar açık ve kesin bir şekilde düzenlenmemiştir. Yönetmeliğin 21/6. maddesinde şüpheli veya sanığın süresinde başvurması halinde denetleme planı hazırlanacağı öngörülmüştür. Bu denetleme planına uyulmadığının kolluk tarafından bildirilmesi ya da şube müdürlüğü veya büro tarafından tespit edilmesi hâlinde, şüpheli veya sanık denetleme planına uyması yönünde uyarılacaktır. Uyarıya rağmen denetleme planına uyulmaması halinde, kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecek ve yine yukarıda belirtilen süreç izlenecektir. Bu hükümle ilgili en dikkat çekici yenilik denetleme planına uymayan şüpheli veya sanığın uyarılması ve bu uyarıya rağmen durumun devam etmesi halinde bir yaptırımla karşı karşıya kalmasıdır. Bu yeniliğin çok olumlu değerlendirildiği belirtilmelidir. Özellikle kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma sonucunu doğuran tutuklama kararına seçenek olarak düzenlenen adli kontrol tedbirine uyulmaması halinde doğrudan tedbirin geri alınması sonucunu doğuracak bir düzenleme yapmak yerine şüpheli ya da sanığa uyarıda bulunularak buna göre işlem yapılması son derece yerinde olmuştur.

Belirlenen yerlere belirtilen süreler içinde başvurma, çağrılara ve kontrol tedbirlerine uyma, taşıtları kullanamamak ve sürücü belgesini teslim et-

mek, tedavi ve muayene tedbirlerine uyma, güvence, silah bulunduramamak veya taşıyamamak, suç mağdurunun haklarının güvence altına alınması, aile yükümlülüklerinin yerine getirilmesine ve nafakanın ödenmesine dair güvence, belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak, belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek, belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmama gibi yükümlülükler bakımından da bildirim, süre ve kaydın kapatılması konusunda aynı esaslar benimsenmiş ve dolayısıyla Yönetmelikte bu konuyla ilgili değişiklikler yukarıda belirtilen hususlara paralel olarak gerçekleştirilmiştir. Bu nedenle, Yönetmeliğin **21 ile 32.** maddelerinde bu yükümlülüklerle ilişkin aynı nitelikteki değişiklikler ayrıca değerlendirilmemiştir. Ancak **30 ve 31.** maddelerde düzenlenen “belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak” ve “belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek” yükümlülüklerinin uygulanacağı kişiler kapsamından “şüphelilerin” çıkarılması ve yalnızca suça sürüklenen çocuklar açısından bunların uygulanmalarının öngörülmesi yönündeki değişiklikten bahsetmek gereklidir. 5271 sayılı CMK’nın adli kontrolü düzenleyen 109. maddesinde şüpheliler bakımından bu yükümlülüklerle karar verilmesi öngörülmediğinden bu “şüpheli” şeklindeki ibarenin yeni Yönetmeliğe alınması bir eksiklikten ziyade bir sadeleştirme olarak değerlendirilmeli ve yerinde olduğu belirtilmelidir.

Son olarak adli kontrol yükümlülüklerinin kaydı ve denetim süreci başlıklı **33. maddenin** son fıkrasına çocuklarla ilgili olarak eklenen yeni düzenleme dikkati çekmektedir. Çocuklar hakkında 5271 sayılı Kanununun 109 uncu maddesinde belirtilen adli kontrol kapsamındaki yükümlülüklerle karar verilmesi halinde, çocuğun kanuni temsilcisine, on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya gelmesi hususunda bildirim yapılacağı belirtilmektedir. Çocuğun kanuni temsilcisi ile çocuğun haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurmaması hâlinde, şube müdürlüğü veya büroca ilgili defterdeki kayıt kapatılarak evrak mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına gönderilecektir. Çocuğun veya kanuni temsilcisinin süresinde başvurması halinde ise, denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından denetleme planı hazırlanacağı öngörülmüştür. Yönetmeliğin 30 ve 31. maddeleri dışında adli kontrol tedbirinin hakkında uygulanabileceği kişiler arasında açıkça çocukların zikredilmediği göz önüne alındığında söz konusu fıkranın eklenmesi bu eksikliği giderecek nitelikte bir yenilik olarak kabul edilmelidir.

Beşinci Bölümde “Eğitim Kurumu veya Programına Devam Etme Yaptırımı ya da Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi” düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bu bölüm “Kısa Süreli Hapis Cezası Yerine Seçenek

Yaptırımlar ile Denetim Süresi İçindeki Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesi” üst başlığı altında düzenlenmiş, bunun altında izleyen maddenin başlığı “Eğitim Kurumuna devam etme yaptırımının ya da yükümlülüğünün yerine getirilmesi” olarak öngörülmüştü. Yeni Yönetmelikte bu üst başlık çıkarılmıştır.

Yönetmeliğin **34. maddesinde**, bir eğitim kurumu veya programına devam etme yaptırımı ya da yükümlülüğünün yerine getirilme şekillerinden biri olarak; 5560 sayılı Kanunla CMK'nın 231. maddesinde yapılan değişikliği paralel yeni bir düzenlemenin öngörüldüğü dikkati çekmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde CMK'nın 231/8. maddesinin (a) bendi gereğince bir meslek veya sanat sahibi olmayan sanıkların, bir meslek veya sanat sahibi olmalarını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesi 34. maddede (ç) bendinde düzenlenmiştir.

Yönetmelikte, bu yaptırım ya da yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin hükümlerin parçalanarak kayıt işlemlerinin, infaz işlemlerinin, yükümlülüğün ihlali ve kaydın kapatılmasına ilişkin işlemlerin 35, 36 ve 37. maddelerde ayrı başlıklar altında düzenlenmesi sistematığe ilişkin bir değişiklik olarak göze çarpmaktadır.

Yükümlülüğün infazını düzenleyen 36. maddenin birinci fıkrasında “*Mahkemelerce eğitim kurumu veya programına devam etme yaptırımı ya da yükümlülüğü verilmesi halinde il veya ilçe milli eğitim müdürlüğünden; on gün içinde eğitim kurumu ya da programının belirlenmesi ve denetim görevlisi olarak rehber öğretmen görevlendirilmesi, yeterli sayıda rehber öğretmen bulunmaması halinde diğer branşlardan öğretmen görevlendirilmesi istenir.*” şeklinde bir hüküm getirilmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte eğitim kurumu ya da programının belirlenmesi için il veya ilçe milli eğitim müdürlüğü ile işbirliği yapılmasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu açıdan yapılan değişiklik olumludur, ancak denetim görevlisi olarak söz konusu eğitim kurumundan rehber öğretmen görevlendirilmesi yerine denetimli serbestlik ve yardım merkezleri personelinden bir kişinin görevlendirilmesi tedbirin niteliği açısından daha yerinde olurdu. Buna karşılık kişinin denetimi açısından sürekli olarak orada bulunabilecek bir kişinin görevlendirilmesinin daha verimli sonuçlara ulaşılmasını sağlayacağı da ileri sürülebilir. Ancak, yine de bu kişilerin uzman ve eğitilmiş denetimli serbestlik görevlileri tarafından desteklenmesinin gerekli olduğu göz önüne alınmalıdır.

37/1. fıkrada belirtilen bu işlemin ardından yine on günlük süre içinde başvurma, başvurunun yapılmaması halinde uygulanacak esaslar bakımından

yukarıda adli kontrol tedbiri bakımından yer verilen hususlara paralel değişiklikler yapılmıştır. 10 günlük süre içinde sanık veya hükümlünün başvurusu halinde ise şube müdürlüğü veya büro tarafından, devam etmesi gereken eğitim kurumu veya programı ve görevlendirilen öğretmen konusunda bilgilendirilerek, on gün içinde öğretmene başvurusunun isteneceği belirtilmiştir. Bu bilgilendirmenin özel olarak düzenlenmesi yerinde olmuştur. Tedbirle ilgili sanık ya da hükümlüye yapılacak bu tür bildirimlerin ve sürelerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi yeni Yönetmeliğin olumlu bir yönünü teşkil etmektedir.

37/4. maddede, ayrıca şube müdürlüğü veya büro tarafından öğretmene, ilgilinin şube müdürlüğü veya büroya başvurduğu tarihin bildirilerek, sanık veya hükümlüye ait belgelerin gönderileceği düzenlenmiştir. Beşinci fıkrada, denetim görevlisi olarak görevlendirilen öğretmen tarafından tanıma formu veya değerlendirme formu ile denetleme veya denetim planının hazırlanacağı belirtilmiştir. Altıncı fıkrada hangi hallerde kimler tarafından denetim planı ve denetleme planının hazırlanacağı düzenlenmektedir. Bunu izleyen 7. fıkrada ise, bu planların içeriğinde nelerin yer alacağına dair ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Tedbirin içeriğinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi keyfilikten uzaklaştırdığı ve belli prensipleri tespit etmeyi gerektirdiği için yerindedir. Rehber görevlendirilmesi halinde bu kişinin hükümlüye öğütlerde bulunacağı, hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişmeyi takip ederek üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime gönderilmek üzere şube müdürlüğüne veya büroya vereceği düzenlenmiştir.

Maddenin son fıkrasında yükümlülüğe başlama tarihinin de açıkça belirtilmesi olumlu bir değişikliktir.

37. maddede yükümlülüğün ihlali ve kaydın kapatılması düzenlenmiştir. Bu maddede en önemli değişiklik, yükümlülüğe aykırı davranılması halinde tedbir altındaki kişinin uyarılması yönündeki imkandır. Bu konuda adli kontrol tedbirine ilişkin değişiklikler değerlendirilirken gerekli açıklamalar yapılmıştır. Ancak özellikle hapis cezasına seçenek tedbirlerden biri olarak ortaya çıkan bu yaptırımın ihlalinin doğrudan yaptırımın geri alınması sonucunu doğurmaması çok büyük önem taşımaktadır. Çünkü TCK'nun 50/6. maddesi ve 51/7. maddesi gereğince ihlal halinde hapis cezasının infazı söz konusu olmakta, aynı şekilde CGTİK'nun 107/12. maddesine göre koşullu salıverilme kararı geri alınarak hapis cezası infaz edilmekte ve yine CMK'nun 231/11. maddesine göre hüküm açıklanarak bir hapis cezası ile karşılaşma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Yukarıda giriş bölümünde anılan Birleşmiş Milletler Tokyo Kurallarına göre hapis cezasının infazı en son ihtimal olarak değerlendirilmiştir.

rilmeli ve hürriyeti bağlayıcı olmayan bir seçenek yaptırımın ihlali otomatik olarak bir hapis cezasına yol açmamalıdır. Hatta Tokyo Kuralları, ihlal halinde yaptırımın koşullarının değiştirilmesi veya seçenek olarak başka bir hürriyeti bağlayıcı olmayan yaptırımın öngörülmesi gerektiğini, son çare olarak hürriyeti bağlayıcı cezaya başvurulmasının sağlanmasını tavsiye etmektedir. Türk hukukundaki düzenlemelerin bu koşulu yerine getirmekte yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu nedenle Tokyo Kurallarına uygun olarak yasal düzeyde gerekli değişiklikler yapılarak, Yönetmeliğin de buna uygun olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Bu eleştiri, aşağıda incelenecek bütün tedbirler ve yaptırımlar bakımından geçerlidir.

Son olarak 37. maddenin son fıkrasındaki “Bu yaptırım veya yükümlülüklerin uygulanmasında her aşamada özel hayatın gizliliğine saygı gösterilir ve sanık veya hükümlünün eğitim kurumu veya programında ifşa olmaması için gerekli önlemler alınır” şeklindeki yeni düzenlemeden bahsetmek gereklidir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte “Bu yaptırım ve yükümlülüklerin uygulanmasında gizlilik ilkesine öncelikle uyulur” demekle yetinilmişti. Yeni Yönetmelikte daha geniş bir koruma sağlandığı dikkati çekmektedir. Gizlilik ilkesinin tam olarak neyi içerdiği belli olmamasına karşın, özel hayatın gizliliği birçok unsuru içeren, Anayasada ve çeşitli kanunlarda yasal düzeyde ayrıca korunan bir kavramı ifade etmektedir. Kişinin ifşa olmaması konusu da özel hayatın içinde değerlendirilebilecek bir kavram olmakla birlikte tereddütlere neden olunmaması açısından ayrıca belirtilmesi daha yerinde olmuştur.

Altıncı bölüm Belirli Yerlere Gitmekten veya Belirli Etkinlikleri Yapmaktan Yasaklanma ile Belli Yerlere Devam Etmek Yaptırımı ve Ehliyet ve Ruhsat Belgelerinin Geri Alınması ile Belli Bir Meslek ve Sanatı Yapmaktan Yasaklanma Yaptırımının Yerine Getirilmesi” başlığını taşımaktadır.

38, 39, 40 ve 41. maddelerde belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma ile belirli yerlere devam etme yaptırımı düzenlenmiştir. 38. maddede; belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma yaptırımının TCK'nun 50. maddesindeki seçenek yaptırımlardan biri olarak yerine getirileceği, belirli yerlere gitmekten yasaklanma, belirli yerlere devam etmek yükümlülüğünün CMK'nun 231/8. maddesinin (c) bendi gereğince denetimli serbestlik tedbiri kapsamında yerine getirilecek bir yaptırım olduğu belirtilmiştir. CMK 231/8. maddesi 5560 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonunu yasaya eklenmiştir. Yönetmelikte de bu değişikliğe uygunluk sağlama amacıyla yeni 38/2. maddeye yeni bir hüküm getirildiği görülmektedir.

Yine bu tedbirin yerine getirilmesi bakımından kayıt işlemleri, yaptırımın yerine getirilmesi, yaptırımın ihlali ve kaydın kapatılması şeklinde başlıklar oluşturularak yürürlükten kaldırılan Yönetmelikteki düzenlemenin parçalanması yoluna gidildiği ve yaptırıma karar verilmesiyle birlikte sanık veya hükümlüye bildirim, on günlük süre içinde başvuru, bu süreye uyulmamasının yaptırımı şeklindeki esasa uygun olarak değişiklik yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, 39. maddede yetişkin ve çocuk ayırımı yapılarak, bu iki grup hakkında verilen kararların ayrı defterlere kaydedileceği belirtilmişse de daha sonraki hükümlerde çocuklardan bahsedilmediği, yalnızca 5560 sayılı yasanın getirdiği değişikliklere uygun olarak sanık ve hükümlü tabirlerine yer verildiği görülmektedir. Bunun nedeninin, 24.12.2006 tarihli Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 26 ve 27. maddelerinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde yapılacak işlemler başlıkları altında bu kararların verilmesi üzerine izlenecek yöntemin genel olarak belirtilmesi olduğu düşünülebilir. Ancak, seçenek yaptırım olarak da hükmedilebilen bu tedbire ilişkin söz konusu Yönetmelikte ayrıntılı düzenlemenin bulunmadığı, ayrıca bu konudaki düzenlemenin yerinin inceleme konusunu teşkil eden Yönetmelik olduğu görülmektedir. Bu durum karşısında, 40 ve 41. maddelere “çocuk” tabirinin de eklenmesi gerekliliği açıktır.

42, 43, 44 ve 45. maddelerde ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınması, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma seçenek yaptırımı, kayıt işlemleri, bu yaptırımın yerine getirilmesi, ihlali ve kaydın kapatılmasına ilişkin düzenlemeler yer almıştır. Bu yaptırım bakımından da yine kayıt işlemlerinin düzenlendiği 43. maddede yetişkin ve çocuk ayırımına yer verildiği, ancak devamında bu ayırımın kaldırılarak yalnızca hükümlü kavramının tercih edildiği görülmektedir. Özellikle yaptırımın yerine getirilmesi için yapılacak bildirim açısından çocuğun kanuni temsilcisinin açıkça belirtilmesine gerek bulunmaktadır. Bu nedenle bildirim, başvuru ve tedbire aykırılık halinde yapılacak uyarı ile ilgili düzenlemelere çocuğun yasal temsilcisinin de muhatap olarak eklenmesi gerekmektedir. Bu yaptırımın yerine getirilmesi bakımından bildirim, on günlük süre gibi esasların yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte de bulunduğu ve bu açıdan bir değişikliğin olmadığı tespit edilmektedir. Yeni Yönetmeliğin getirdiği en önemli değişiklik, denetleme planına uyulmaması halinde kaydın otomatik olarak kapanmaması, yapılacak uyarının ardından bir hak daha tanınması şeklindeki hükümdür.

Yedinci bölümde kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımı düzenlenmiştir.

46. maddede kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının öngörüldüğü haller belirtilirken yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte düzenlenen bir halin yeni Yönetmeliğe alınmadığı dikkati çekmektedir. CGTİK'nun 107/7. maddesine göre hükümlünün infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda ya da aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması halinin 46. maddeden çıkarıldığı, buna karşılık, “ücretli çalıştırma yükümlülüğü” başlığı altında 50. maddede düzenlendiği görülmektedir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikten farklı olarak ücretli çalışma yükümlülüğü şeklinde ayrı bir kategori oluşturularak bu yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin kuralların ayrıca düzenlenmesi sistematik açıdan olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmelidir.

Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının yerine getirilmesi bakımından da yine parçalama ve ayrı başlıklar altında düzenleme tekniği benimsenmiştir.

48. maddenin 8. fıkrasında “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına karar verilen hükümlülere, çalıştıkları sürece haklarında, 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun ilgili hükümleri uygulanmayacağı” belirtilmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte ise bunun tam tersi bir hüküm yer almakta idi. Daha sonraki maddelere bakıldığında bu değişikliğin, ücretli – ücretsiz çalıştırma yükümlülükleri ayırımından kaynaklandığı görülmektedir. Nitekim, ücretli çalıştırma yükümlülüğünün yerine getirilmesini düzenleyen 52. maddede 506 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. 506 sayılı SSK'nun yalnızca hükümlüye ödenecek ücretler bakımından gerekliliğinin kabul edilmesi yönündeki yaklaşımın ne kadar doğru olduğu değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede ücret dışındaki diğer haklardan hükümlünün yararlanmasının mümkün olup olmadığı, cevap olumlu ise SSK'ndan doğan boşluğun giderilmesinin nasıl mümkün olacağı araştırılmalıdır.

49. maddede denetim planına uymayan hükümlünün şube müdürlüğü veya büro tarafından uyarılacağı düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bu uyarının hakim tarafından yapılacağı belirtilmişti. Yönetmelikte, yaptırımların ihlali halinde uyarıyı yapacak makam açısından bütün yaptırımlar bakımından şube müdürlüğü veya büronun yetkilendirildiği tespit edilmektedir. 49. maddede bu esastan ayrılmak için bir sebep bulunmamaktadır. Kaldı ki, bu aşamada hükümlünün hakim güvencesine ihtiyaç duyması söz konusu değildir. Bunun yanında, uyarıyı yapacak makamın, yü-

kümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini denetleyen makam olması daha gerçekçidir. Bu nedenlerle Yönetmelikte yapılan değişikliğin yerinde olduğu görülmektedir.

50, 51, 52 ve 53. maddelerde ücretli çalıştırma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu bölüm, yeni Yönetmelikle getirilen ayırımın sonucunda oluşturulmuştur. Ücretli çalıştırma yükümlülüğü olarak sayılan halleri;

- CMK'nun 231 inci maddesinin sekizinci fıkrasının (b) bendi gereğince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, bir meslek veya sanat sahibi sanığın bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması,
- CGTİK'nun 107 nci maddesinin yedinci fıkrası gereğince, koşullu salıverilen hükümlünün infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığı çalıştırılması ve
- TCK'nun 51 inci maddesinin dördüncü fıkrasının (b) bendi gereğince, hapis cezasının infazı ertelenen bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması teşkil etmektedir.

51. maddede ücretli çalıştırma yükümlülüğünün kayıt işlemleri, 52. maddede ise yerine getirilme şekli düzenlenmektedir. 52. maddede, yine hükümlü veya sanığa bildirim yapılması, on gün içinde bu bildirim üzerine başvuru yapılması esaslarından bahsedilmektedir. 52. maddede bildirim sanık ve hükümlüye yapılmasından bahsedilmiş, çocuk ya da yasal temsilcisi ibaresine yer verilmemiştir. Buna karşılık, denetleme planının içeriğinden bahseden 5. fıkra, yükümlülüğün uygulanacağı kişiler arasında "çocuk" da sayılmıştır. 52. maddenin tamamında muhatap olarak çocuk ya da yasal temsilcisinin yer alması yönünde değişiklik yapılması gereklidir.

4. fıkra, şube müdürlüğü veya büroya süresinde başvuru yapılması halinde seçenек tedbir olarak uygulanan ücretli çalıştırma yükümlülüğü bakımından denetleme planı, hükmün açıklanmasının ertelenmesi ve koşullu salıverilme halinde uygulanan denetimli serbestlik tedbiri kapsamında yerine

getirilen ücretli çalıştırma yükümlülüğü bakımından ise denetim planının hazırlanacağı öngörülmüştür. 5. fıkrada ise, denetleme planında; sanığın, hükümlünün veya çocuğun hangi kurum veya kuruluşta hangi gün ve saatlerde çalışacağı ve yükümlülüğün başlayış ve bitiş tarihlerinin belirtileceği öngörülmüştür. Denetim planında ise bunlara ek olarak; hükümlünün veya çocuğun hangi aralıklarla şube müdürlüğü veya büroya geleceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgilerin yer alacağı belirtilmiştir. Denetim planında bir denetimli serbestlik tedbiri kapsamında yerine getirilen çalışma yükümlülüğü söz konusu olduğundan, denetim esasına sadık kalınarak şube müdürlüğü veya büroyu ziyaret ya da hükümlüyü, ailesini ziyaret, sosyal çevresi ile görüşmeler gibi unsurlara yer verilmesi yerindedir. Yine aynı tedbir çerçevesinde rehberin, zararlı alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunması ve yol göstermesi; yanında çalıştığı kişilerle görüşerek istişarelerde bulunması esası getirilmiştir. Ayrıca, rehber, hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişmeyi takip ederek üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime gönderilmek üzere şube müdürlüğüne veya büroya verecektir.

7. fıkrada yaptırımın denetiminin, ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluğa yazı yazılmak suretiyle yerine getirileceği belirtilmiştir.

8. fıkrada; çalışma süresinin hesabında, sanık veya hükümlünün çalıştığı kurumun bu konuda tabi olduğu mevzuatın esas alınacağı öngörülmektedir.

53. maddede yükümlülüğün ihlali ve kaydın kapatılması düzenlenmiştir. 3. fıkrada, denetim veya denetleme planına uyulmaması halinde, hükümlünün uyarılması için durumun Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla mahkemeye bildirileceği, bu halde kaydın kapatılmayarak açık bırakılacağı belirtilmektedir. Bu halde hükümlüyü uyaracak merciin Mahkeme olarak belirtildiği görülmektedir. Hükmün açıklanmasının ertelenmesi ve koşullu salıverilme halleri bakımından geçerli olan bu kural, yükümlülüğe aykırılığın yaptırımını halinde karar verecek merci de mahkeme olacağından haklı görülebilir. Ancak bu saptama, diğer tedbirler bakımından da geçerli olabilir, ayrıca uyarıyı yapacak olan merciden ziyade uyarıya rağmen ihlale devam edilmesi karşısında kararı verecek olan merciin yetkisi önemlidir. Bu nedenle uyarıyı yapmak bakımından bu halde de Yönetmeliğin genelinde yapılan düzenlemeye sadık kalınarak şube müdürlüğü veya büroya yetki verilmesin-

de bir sakınca bulunmamaktadır. Bundan başka, yukarıda da belirtildiği gibi hükmün açıklanmasının ertelenmesi de bu kapsamda sayıldığından, yalnızca hükümlü tabiri ile yetinilmeyerek, “sanık”tan da ayrıca bahsedilmesi gereklidir.

54. maddenin başlığı “Kurumlar listesinin oluşturulması” olarak belirlenmiştir. Bu maddenin bütünüyle yeni olduğu görülmektedir. Kurumlar listesi, maddede, çalışma yaptırım veya yükümlülüğünün infaz edilebileceği kurumlara ilişkin ayrıntılı bilgilerin yer aldığı, ayrıca hizmetler listesinin hazırlanmasına esas teşkil eden liste olarak tanımlanmış, bu listelerin oluşturulması ve kurumlara, faaliyet alanlarına, yetkili kişilere, ayrıca ücretli çalışma yükümlülüğü bakımından ücrete ilişkin ayrıntılı bilgilere yer verileceği öngörülmüştür.

Yönetmeliğin **56. maddesinde** kurumlar listesinde yer alan iş yerleri ile şube müdürlüğü veya büro arasında iş birliği protokolünün imzalanması düzenlenmiş ve bu protokolda yer alması gereken bilgiler hakkında ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Buna göre; iş birliği protokolünü şube müdürlüğü adına şube müdürü, büro adına büro şefi, iş yeri adına kurumun yetkilisi imzalar. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına dair iş birliği protokolünde; kurumun adı, hizmetlerin adı, çalışma saatlerinin şube müdürlüğü ve kurumun ortak kararı ile belirleneceği, takip çizelgesinin iş yerindeki sanık veya hükümlünün çalışmasından sorumlu kişi tarafından doldurulacağı, protokolün yürürlükte olacağı tarih aralığı, hangi dönemlerde gözden geçirileceği, protokolün sona ereceği haller, cinsiyet ve çocuk/yetişkin ayrımı da dikkate alınarak çalıştırılabilecek hükümlü sayısı, iş yerinin hükümlüye veya çocuğa iş güvenliği ve sağlığı ile işin yapılması için gerekli olan araç ve gereçleri sağlayacağı, işveren ve diğer çalışanlar tarafından sanık veya hükümlünün insan haklarına ve kişilik haklarına saygı gösterileceği gibi bilgiler yer alır. İkinci fıkrada; ücretli çalışma yükümlülüğüne dair iş birliği protokolünde, yukarıdaki bilgilere ek olarak iş, vergi ve sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin yükümlülüklerin işverenler tarafından yerine getirileceği ve sanık, hükümlü veya çocuklara ücret ödeneceğine yer verileceği belirtilmiştir.

57. maddede, çalışma protokolünün hazırlanması düzenlenmiştir. Bu protokol çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesi aşamasında imzalanacaktır ve tarafları, şube müdürlüğü veya büro, hükümlü veya sanık ya da çocuğun kanuni temsilcisi ile işyeri olacaktır. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımına dair çalışma protokolünde; şube müdürlüğü veya büronun hak ve sorumlulukları, sanık veya hükümlünün çalıştırılacağı kurum ile sanık

veya hükümlünün hak ve sorumlulukları, sanık veya hükümlünün çalıştırılacağı işin türü, mahiyeti ve süresi, sanık veya hükümlünün iş ile ilgili uyması gereken güvenlik tedbirleri, iş güvenliği ve sağlığı için gerekli önlemlerin işveren tarafından alınacağı, hükümlü veya sanığın yükümlülüklerine aykırı davranması durumunda yapılacak işlemler, sanık veya hükümlünün iş yerinde kime karşı sorumlu olduğu gibi bilgiler yer alacaktır. Bundan başka; ücretli çalışma yükümlülüğüne dair çalışma protokolünde, yukarıdaki bilgilere ek olarak iş, vergi ve sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin yükümlülüklerin işverenler tarafından yerine getirileceği ve sanık veya hükümlülere ücret ödeneceği gibi bilgilerin yer alacağı belirtilmiştir. Bu protokolda sanık veya hükümlünün hak ve yükümlülüklerinin ayrıntılı olarak düzenlenmesi yoluna gidilmesi ve yukarıda sayılan diğer bilgilere yer verilmesi, hakkında tedbir uygulanan kişi bakımından bir güvence teşkil edecek niteliktedir. Yönetmelikte, bu açıdan dikkatli ve ayrıntılı bir düzenleme yolunun seçildiği belirtilmelidir.

Yine **58. maddede**, çalışma yaptırımı veya yükümlülüğünün takip ve denetimi başlığı altında oldukça ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu da 54, 56 ve 57. maddeler gibi yeni Yönetmelikle ilk kez düzenlenen bir konudur. Yükümlülük ya da yaptırımın takibi için bir takip çizelgesinin düzenleneceği öngörülmekte ve bu belge “sanık veya hükümlünün işe geldiği tarih; geliş ve ayrılış saati; bir günde çalışmak zorunda olduğu, fiilen çalıştığı ve yaptırım veya yükümlülük süresince toplam çalışacağı saat; kalan saat; sanık veya hükümlünün ve iş yerindeki sanık veya hükümlünün çalışmasından sorumlu kişinin imzası; denetim görevlisi veya denetleme memurunun denetime gittiği tarih, adı, soyadı, görevi ve imzasının bulunduğu çizelge” olarak tanımlanmaktadır. Çizelgede bu bilgilere yer verilmesi keyfiliği önleme ve ihlalleri kesin olarak tespit edebilme amacını taşımaktadır.

İkinci fıkraya göre, denetim görevlisi veya denetleme memuru sanık veya hükümlünün çalışacağı toplam süreyi haftalık çizelgeler biçiminde düzenler ve infazın başladığı gün iş yerindeki sanık veya hükümlünün çalışmasından sorumlu kişiye teslim eder. İş yerindeki sorumlu kişi takip çizelgesini her gün doldurur. Ayrıca her gün sanık veya hükümlüye imzalatırır. İş yerindeki sorumlu kişi, sanık veya hükümlünün işe gelmesi gerektiği halde gelmediği saatleri derhal denetim görevlisi veya denetleme memuruna bildirir. İş yerindeki sorumlu kişi, yaptırımın ihlal edilmesi veya sona ermesi halinde takip çizelgesini denetim görevlisi veya denetleme memuruna teslim eder. Teslim alınan takip çizelgeleri sanık veya hükümlünün dosyasında saklanır. Takip çizelgesi haftada bir kez sanık veya hükümlüye, denetim esnasında

denetim görevlisi veya denetleme memuruna verilir. Ayrıca gerekli görüldüğü her an şube müdürlüğü veya büroca istenebilir.

Yukarıda yer verilen düzenlemeler hem yükümlülüğün düzgün bir şekilde yerine getirilmesi, hem de sanık ya da hükümlü bakımından güvence niteliğinde bir takım belgelerin oluşturulması amacıyla yönelmiştir. Ancak sanık veya hükümlü bakımından bu olumlu sonucun ortaya çıkabilmesi için, çalıştığı kurumdaki yetkililerin de denetimini sağlayacak bir mekanizmanın oluşturulması gerekmektedir. Bunun için, şube müdürlüğü veya büroda çalışan görevliler tarafından aynı zamanda çalışma yükümlülüğünün yerine getirildiği kurumun denetimi yoluna gidilmesi düşünülmelidir. Ancak gerçekten etkili ve sanık ya da hükümlünün yararlanabileceği bir denetim mekanizmasının oluşturulabilmesi için bu kişilere takip çizelgesi ve benzeri belgelerin içeriğine itiraz hakkının tanınması gerekir. Bu eksiklik Yönetmeliğin 115. maddesinde şube müdürlükleri veya büroca hazırlanan raporlara itiraz hakkı tanınması ile giderilmeye çalışılmıştır. Denetim görevlisi ya da denetleme memuru tarafından hazırlanan ve çalışılan kurum yetkilisi ile hükümlü veya sanık tarafından doldurulan takip çizelgesinin bu raporlar kapsamında sayılması tartışılmalıdır. Denetleme planının bir parçasını teşkil ettiği şüphesiz olan bu belgenin sanık veya hükümlü hakkında hazırlanan raporların da ayrılmaz bir bölümünü oluşturduğu şeklindeki yorumla, bu çizelgelerin de itiraz konusu yapılabilmesi mümkündür. Yine 115/2. maddede, Cumhuriyet başsavcılıkları, şube müdürlükleri veya büro ile koruma kurullarının idarî nitelikteki eylem ve işlemlerine karşı infaz hâkimliğine şikâyetle bulunulabileceği düzenlenmiştir. Yukarıdaki ihtimalin yetersiz kalması halinde bu şikâyet hakkı da değerlendirilebilir.

Yönetmeliğin **59. maddesi** çok önemli bir düzenlemeyi içermektedir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte yer almayan bu hüküm, hapis cezası ile kamu yararına çalıştırma cezası arasındaki bağlantının kurulması için bulunması zorunlu bir düzenlemedir. Bu maddede kamu yararına çalıştırma yaptırımında sürenin hesaplanması öngörülmüştür. Buna göre; kamuya yararlı bir işte çalıştırma yaptırımının infaz süresi, saat hesabıyla belirlenir. Bir gün dört saat olarak hesap edilir. Hesaplama, mahkeme kararında yer alan gün sayısı dört saat ile çarpılarak toplam çalışma süresi belirlenir. Hükümlü günde en az iki, en çok sekiz; haftada en az on, en çok kırk saat çalıştırılır. Yaptırımın infazının tamamlanma süresi, mahkemece verilen toplam ceza süresinin iki katını geçemez. İsviçre’de, kamuya yararlı işte çalışma yükümlülüğe aykırılık halinde hapis cezasına çevirme bakımından 4 saatlik kamu yararına çalışma bir günlük hürriyeti bağlayıcı cezanın karşılığı ola-

rak belirlenmektedir. ABD’de de dört saatlik çalışma, Almanya’da ise 6 saat kamu yararına çalışma bir gün hapis cezasına karşılık gelmektedir. Muka-yeseli hukuktaki bu düzenlemelerle karşılaştırıldığında Yönetmelikte belir-tilen sürenin genellikle kabul edilen ortalamaya uygun düştüğü tespit edil-mektedir.

2. fıkrada, hükümlünün çalışacağı gün ve saatlerin şube müdürlüğü veya büroca; kendi işi, aile veya eğitim yaşamı gibi özellikler dikkate alınarak be-lirleneceği düzenlenmiştir. Hapis cezasına seçenek olarak düzenlenen bu yaptırımın yerine getirilmesinde insani koşulların yaratılması bakımından bu düzenleme yerinde ve gereklidir. Aksi takdirde, hapis cezasıyla benzer ko-şulların yaratılması gibi bir sonuç ortaya çıkabilecektir.

60. maddede, çalıştırma yaptırımı veya yükümlülüğünün infazında sanık veya hükümlünün izin ve devamsızlığı ve **61. maddede** de çalışma protoko-lünün sona ermesi hususları düzenlenmiştir.

Sekizinci bölüm “Özel infaz usulleri ve güvenlik tedbirlerinin yerine geti-rilmesi” başlığını taşımaktadır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bu bö-lümde aynı zamanda “iş arama izni ile ilgili işlemler” başlığını taşıyan bir madde yer almaktaydı. Yeni Yönetmelikte bu madde söz konusu bölüm altın-da değil, Üçüncü Kısımda “İş arama izni ve salıverme sonrası çalışmalar” başlıklı İkinci Bölümde 112. maddede düzenlenmiştir.

62, 63 ve 64. maddelerde, hapis cezasının konutta infazı düzenlenmekte-dir. Bu maddelerle, yürürlükten kaldırılan Yönetmelik karşılaştırıldığında esas değişikliğin, bu infaz şeklinin kayıt, yerine getirilmesi ile ihlal ve kay-dın kapatılması şeklinde alt bölümlere ayrılması olduğu görülmektedir.

63. maddede; şube müdürlüğü veya büroya başvuru imkânının, hükümlü-nün dışında vekiline ya da yasal temsilcisine de tanındığı dikkati çekmekte-dir. Özellikle bu infaz şekline cezanın infaz kurumunda çektirilmesine baş-landıktan sonra karar verilmesi hali düşünüldüğünde, vekil veya kanuni temsilciye de bu başvuru hakkının tanınması yerinde olmuştur.

Yine aynı maddede, süresinde başvuru yapılması halinde hazırlanacak de-netleme planında bulunacak hususlar bakımından yeni Yönetmeliğe alınma-yan bir husus bulunduğu görülmektedir. Yürürlükten kaldırılan Yönetme-likte, denetleme planında cezanın infaz edileceği adres, infazın başlama ve bitiş tarihlerinin yanında aynı zamanda *denetimli serbestlik görevlilerinin*

hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği ve diğer hususlara dair bilgilerin yer alacağı belirtilmiştir. Bu kısma Yönetmelikte yer verilmemiştir. Denetleme planının içeriğinin düzenlendiği 96. maddede de bu konuya özellikle yer verilmediği görülmektedir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte yer alan bu ifadenin yeni Yönetmeliğe alınmamasının geçerli bir gerekçesini bulmak güçtür.

63. maddede hükümlünün haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazeretine dayanarak, konuttan geçici süreli ayrılmaya ilişkin talebi konusunda Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendirdiği Cumhuriyet savcısı tarafından karar verileceğinin açıkça belirtilmesi şeklindeki düzenleme bir yenilik olarak ortaya çıkmaktadır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte, hükümlünün şube müdürlüğü veya büroya yapmış olduğu bu yöndeki talebinin Cumhuriyet savcısına bildirileceği belirtilmekle yetinilmişti. Hapis cezasının infazıyla ilgili olarak da yetkileri bulunan Cumhuriyet savcısının hükümlünün konuttan geçici süreyle ayrılmasına ilişkin talep hakkında karar vermek bakımından yetkilendirilmesi normal karşılanmalıdır.

Son olarak hapis cezasının konutta infazının denetimine ilişkin bir ayrıntıya yeni Yönetmelikte yer verilmediği görülmektedir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte denetimin, öncelikle şube müdürlüğü veya büro tarafından yapılacağı, ancak ulaşım güçlüğü veya güvenlik gibi nedenlerin bulunması halinde kolluk tarafından bu denetimin yapılacağı belirtilmişti. Yönetmeliğin 63. maddesinde denetimle ilgili bu düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Özellikle istisnai hallerde bu denetimin kimin tarafından yapılacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması, hapis cezasının konutta infazının organizasyonu bakımından bir eksiklik teşkil etmektedir. Bu konudaki düzenlemelerin yeni olduğu ve gerekli altyapının oluşturulması bakımından zamana ihtiyaç olduğu da dikkate alındığında bu eksikliği bir an önce giderecek bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Ancak bu eksikliğin kolluk tarafından yerine getirilmesinin yerindeliği ayrıca tartışılması gereken bir husustur. Cezanın infazında kolluk organlarının devreye girmesinden ziyade, gönüllü kişilerden yardım alınması ya da hükümlünün cezasını çektiği konuta yakın yerde bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile işbirliği yapılması gibi ihtimaller de değerlendirilmelidir.

64. maddede, TCK'nun 116. maddesinde belirtilen "konut ve eklenti" kavramına atıf yapılması bir yeniliktir. Bundan başka, denetleme planına uymama halinde, hükümlünün uyarılması yönündeki hüküm de yeni Yönetmelikte hükümlüye tanınan bir hakka işaret etmektedir.

65 – 72. maddeler arasında; TCK'nun 53. maddesinin 5 ve 6. fıkralarında düzenlenen “Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” ve “belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması veya sürücü belgesinin geri alınması” güvenlik tedbirlerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

65, 66, 67 ve 68. maddelerde düzenlenen belli hak ve yetkileri kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirinin, yeni Yönetmelikteki diğer yaptırımlar ve tedbirlerde olduğu gibi; tedbirin dayandığı hüküm, kayıt işlemleri, yerine getirilmesi ve ihlal gibi konuların düzenlendiği ayrı alt bölümlere ayrıldığı görülmektedir. Sistematik açıdan daha uygun olan bu düzenlemenin dışında içeriğe ilişkin bir takım değişikliklere de yer verildiği görülmektedir.

65. maddede, belli hak ve yetkileri kullanmaktan yoksun bırakılma tedbirinin yürürlüğe gireceği zaman ve sürenin başlangıcına ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. TCK madde 53/5 esasında bu husus belirtilmiş olmakla birlikte, Yönetmelikteki düzenlemeyle durumun daha fazla kesinlik kazanması sağlanmıştır.

66/2. maddede, güvenlik tedbirinin uygulanması için yapılacak kayıt işlemlerinde “çocuk” ve “yetişkin” ayırımı yapıldığı görülmektedir. Konunun bu ayırımla ele alınmaması yönünde yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bulunan bir eksiklik böylece giderilmiş olmaktadır. Ancak daha sonraki maddelerde yalnızca hükümlüden bahsedilerek bu ayırımın kağıt üzerinde kaldığı düşündürölmektedir. Bu güvenlik tedbirinin uygulanması ile ilgili olarak Çocuk Koruma Kanununda ve bu Kanunun uygulanması için hazırlanan Yönetmelikte de buna ilişkin esaslara yer verilmemiş olduğundan, “çocuk” ve “yasal temsilcinin” maddede hükümlü ile birlikte bir diğer muhatap olarak 67 ve 68. maddede yer alması gerekmektedir.

67. maddede, Yönetmelikte yer verilen bütün tedbirler ve yaptırımların uygulanmasında benimsenen başvuru esası, 10 günlük süre, süreye uymama halinde yaptırımı ve **68. maddede** denetleme planına uyulmaması halinde yapılacak uyarı gibi hususlar bu tedbir bakımından da getirilmiştir.

70, 71 ve 72. maddelerde, meslek ve sanatın icrasının yasaklanması ya da sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir. 70. maddede yasaklama veya geri almanın yürürlüğe gireceği zaman ve süresine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Yine 71. maddede “çocuk” ve “yetişkin” ayırımına yer verildiği görülmektedir. Ancak daha sonraki maddelerde yine yalnızca hükümlüden bahsedilmektedir. Bu konuda yukarıda 67 ve 68. maddeler için yapılan açıklamalar geçerlidir.

71. maddede, “*hakkında meslek veya sanatın icrasının yasaklanması güvenlik tedbiri kararı verilen hükümlüye on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya başvurması hususunda bildirim yapılacağı*” belirtilmektedir. Bir sonraki bentte ise hükümlünün; haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın şube müdürlüğü veya büroya on gün içinde başvurmaması hâlinde; güvenlik tedbirinin infazının, ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluktan isteneceği öngörülmektedir. Bir alt bentte ise, süresinde başvuran hükümlü için bir denetleme planı hazırlanacağı öngörülmektedir. Bu hükümlere göre söz konusu güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesine başlanabilmesi bakımından birkaç hususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öncelikle TCK madde 53/6’ya göre bu güvenlik tedbirinin hükmün infazından sonra uygulanmaya konulması esası hatırlanmalıdır. Bu durumda bu bildirim ne zaman yapılacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir kere, mutlaka hükümlünün hak ederek salıverilme tarihinden sonra bu bildirim yapılması sağlanmalıdır. Ayrıca hükümlünün fiilen salıverildiği tarihin şube müdürlüğü veya büroya da bildirim yapılması suretiyle bu tarih bakımından herhangi bir karışıklık ihtimalinin ortaya çıkmaması için önlem alınmalıdır. Bu nedenle ilk olarak söz konusu hususlar açıklıkla düzenlenerek Yönetmelikte ilgili maddeye eklenmelidir.

Bundan başka, yapılan bildirim üzerine hükümlünün süresinde başvurmasının tek yaptırımının kendisi hakkında uygulanacak bir denetleme planına sahip olamaması olduğu anlaşılmaktadır. Oysa denetleme planı aynı zamanda hükümlüye bazı yükümlülüklerin de yüklenmesi ihtimalini içeren bir belge olduğundan, bu sonuç bir yaptırımdan ziyade bir ödül gibi de ortaya çıkabilir. Kaldı ki, süresinde başvurmayan hükümlü bakımından da bu güvenlik tedbirinin uygulanması öngörüldüğünden bu halde de denetleme planının hazırlanması, neticede uygulanan tedbirin başarıya ulaşabilmesi bakımından faydası olacağı düşünüldüğünde yine de çıkarılmamalıdır.

Son olarak, hükümlünün süresinde başvurmaması halinde, tedbirin infazının ilgili kurum ve kuruluşla kolluktan isteneceği belirtilirken, bu isteğin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmemiş olması dikkati çekmektedir. Ayrıca, bunun anlamı tedbirin zorla yerine getirilmesi ise, bu durumda cezasını çekmiş hükümlüye karşı kolluğun zor kullanması gibi bir ihtimal akla gelmektedir. Hükmün böyle bir yoruma imkân tanınması son derece sakıncalıdır. Bu konuda daha ayrıntılı düzenlemeye gidilmelidir.

Yine 71. maddede, tedbir yerine getirilirken hazırlanacak denetleme planında yalnızca tedbirin başlangıç ve bitiş tarihlerinin belirtileceği öngörülmek-

le yetinilmiş, yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte yer alan “gerektiğinde hükümlünün hangi aralıklarla ziyaret edileceği, denetimli serbestlik görevlilerinin hangi aralıklarla hükümlünün aile ve sosyal çevresi ile görüşeceği gibi bilgilere” şeklindeki cümle buraya alınmamıştır. Bunun nedenini anlamak mümkün değildir. Denetleme planının mümkün olduğunca ayrıntılı olarak düzenlenmesinde fayda vardır.

Son olarak maddenin ikinci fıkrasında “sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbiri, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar kapsamında yerine getirilir” denilmesi özensiz bir düzenlemeye işaret etmektedir. Çünkü meslek ve sanatın icrasının yasaklanması tedbiri ile sürücü belgesinin geri alınması tedbiri farklı uygulamaları gerektirmektedir. Bu bakımdan yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 40/3-b bendinin yeni Yönetmelikte de aynen korunmasında fayda vardır. Buna göre ikinci fıkra aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmelidir:

“Sürücü belgesinin geri alınması güvenlik tedbiri aşağıda belirtilen usul ve esaslar kapsamında yerine getirilir:

- a) *Şube müdürlüğü veya büro sürücü belgesinin on gün içinde şube müdürlüğü veya büroya teslimi için hükümlüye bildirim yapar, ayrıca kolluk ile hükümlünün kayıtlı olduğu meslek kuruluşuna bildirir:*
- b) *Hükümlünün, haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazereti olmaksızın on gün içinde sürücü belgesini teslim etmemesi hâlinde durum, mahkemeye iletilmek üzere derhal bağlı bulunulan Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Şube müdürlüğü veya büroca kolluktan ve ilgili meslek kuruluşundan evrak istenir ve kayıt kapatılır.*

Teslim alınan sürücü belgeleri, ilgilinin dosyasında saklanır.

72. maddede meslek ve sanatın icrasının yasaklanması ve sürücü belgelerinin geri alınması tedbirlerinin ihlali ve kaydın kapatılması düzenlenmiştir. Burada yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğe göre farklılık gösteren husus, yukarıda daha önce değinildiği gibi denetleme planına uymadığı tespit edilen hükümlünün uyarılması ve bir hak daha tanınması şeklindeki düzenlemedir. Bunun yanında, sürücü belgesinin geri alınması tedbirinin sona ermesi halinde belgenin hükümlüye teslimi için bildirim yapılması hususunun düzenlenmeyişi bir eksikliklerdir.

73 – 75. maddelerde etkin pişmanlık halinde hükmedilen güvenlik tedbirine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. TCK'nun 221/5. maddesi gereğince

etkin pişmanlıktan yararlanan hükümlüler hakkında denetimli serbestlik güvenlik tedbirinin uygulanmasının usul ve esaslarına ilişkin hükümler içeren bu bölüm yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte de çok benzer bir şekilde düzenlenmişti.

Bu düzenlemelerde hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanacak kişilerin statüsü bakımından bir sorunla karşılaşıldığı görülmektedir. 221. maddede düzenlenen etkin pişmanlık hallerinde herhangi bir cezaya hükmolunmaması öngörülmüştür. Yalnızca 4. fıkrada belirtilen yakalandıktan sonra etkin pişmanlıktan yararlanması halinde cezanın indirilerek verildiği görülmektedir. Bu durumda diğer hallerde hakkında bir cezaya hükmedilmeyen kişilerin Yönetmelikte yine de “hükümlü” olarak adlandırılmaları gibi bir durumla karşı karşıya kalınmaktadır. Mahkemede yapılan yargılama sonunda suçu sabit görülen ancak kanunda öngörülen özel etkin pişmanlık halleri nedeniyle bir cezaya mahkûm olmayan kişileri de hükümlü olarak kabul ettiğimiz takdirde bir sorun çıkmamaktadır. Ancak burada farklı bir statü ile karşı karşıya bulunmaktayız. Bu nedenle hükümlü tabiri yerine “etkin pişmanlıktan yararlanan kişi”nin tercih edilmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Hükümlünün dışında maddede ayrıca “çocuk” tabiri kullanılmaktadır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bulunmayan bu hususun eklenmesi yerinde olmuştur.

74. maddede hükümlüye ya da çocuk ile çocuğun yasal temsilcisine bildirimde bulunacağı, on gün içinde bu kişiler tarafından başvuru yapılmaması halinde ise güvenlik tedbirinin infazının ilgili kurum ve kuruluşlar ile kolluktan isteneceği bildirilmektedir. Öncelikle burada “denetimli serbestlik tedbirinin” yerine güvenlik tedbiri denilmesinde ısrar edilmesi anlaşılama maktadır. Bunun yanında “ilgili kurum ve kuruluşların” hangileri olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır. Bu halde denetimli serbestlik ve yardım merkezleri ile koruma kurullarının görev ve yetkisinin bulunduğu sonucuna kolayca varılmakla birlikte diğer kurum ve kuruluşların neler olacağını tahmin etmek zordur.

Son olarak süresinde başvuru olmaması halinde bu kurum ve kuruluşlardan tedbirin infazının istenmesi şeklindeki düzenlemeyi yerinde bulmamaktayız. Başvurmayan bir kişiden tedbirin infazının nasıl istenecektir? Bunun yerine başvurunun gerçekleşmediğini bu konuda karar veren mahkemeye bildirmek ve mahkeme tarafından bir kez daha çağrı yapılmasını beklemek daha doğru ve gerçekçi olacaktır. Ayrıca buna paralel olarak TCK madde 221/5’e “etkin pişmanlıktan yararlanan kişinin kusuru nedeniyle tedbir yerine getirileme-

diğinde hakkında başka bir takım tedbirlere daha başvurulacağı ve denetimli serbestlik süresinin uzatılacağı, bir kez daha aynı durumla karşı karşıya kalınması halinde ise cezanın bir miktarının uygulanacağı” yönünde bir düzenleme bu maddenin amacı bakımından daha yerinde olacaktır.

Son olarak **74. maddede** tedbirin başlama tarihinin tespit edilmesine imkan veren düzenlemenin bir eksikliği giderdiği belirtilmelidir.

75. maddede tedbirin ihlali ve kaydın kapatılması düzenlenmiştir. Bu maddede de tedbirin ihlali halinde uyarı yapılması şeklindeki yenilik yer bulmuştur. Ancak yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte tedbirin sona erme nedenleri arasında bulunan “örgütle ilişki kurma” haline burada yer verilmediği görülmektedir. Bunu bir eksiklik olarak kabul ediyoruz. Ancak denetleme planında bu yükümlülüğe yer verilmesi ile bu eksikliğin giderilme imkanı da bulunmaktadır.

76, 77 ve 78. maddelerde örgüt mensubu hükümlü ile mükerrirlere özgü güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bu bölüme “örgüt mensubu hükümlülerin” de dâhil edilmesi bir yenilik olarak dikkati çekmektedir. Bundan başka güvenlik tedbiri olarak uygulanacak olan denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi ve ihlaline ilişkin düzenlemeler bir farklılık göstermemekte ve kayıt, bildirim, başvuru, uyarıya rağmen ihlalin devam etmesinin sonuçları gibi hususların diğer tedbirlerle neredeyse aynı esaslar çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir.

Dokuzuncu bölümün başlığı “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde yapılacak işlemler” olarak düzenlenmiştir. Bu bölümde yer alan **79 - 81. maddeler arasında** 5560 sayılı Kanunla CMK 231. maddeye eklenen 5 ve devamındaki fıkralarda düzenlenen “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına” ilişkin tamamen yeni bir bölüme yer verilmiştir.

79. maddede mahkemece verilen bu kararın Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği ve sanık hakkında yükümlülük belirlenmesi halinde, karar Cumhuriyet başsavcılığınca denetimli serbestlik genel defterine kaydedildikten sonra şube müdürlüğü veya büroya iletileceği düzenlenmiştir. CMK'nın 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde sanık 5 yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği bir süreyle sanığın denetimli serbestlik tedbiri kapsamında;

- a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
- b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
- c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir.

79. maddede yükümlülükten kastedilenler bunlardır.

Maddede kayıt için yetişkin ve çocuk ayırımı yapılmıştır. Çocuk Koruma Kanununda daha önce çocuklar için öngörülmuş olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı” 5560 sayılı Kanunla kaldırılarak çocuklar bakımından da CMK'daki esasların uygulanması kabul edilmiştir. Bu nedenle Yönetmelikte her iki grubu kapsayacak bir düzenleme yapılması yerindedir. Bununla birlikte her iki grubun aynı esaslara tabi olması yönündeki Kanun değişikliğinin yanlışlığını vurgulamak ve Çocuk Koruma Kanununda ve bu Kanunun uygulanması için hazırlanan Yönetmelikte ayrı düzenlemelerin getirilmesi gereğini belirtmek zorunludur.

80. maddede denetimli serbestlik kapsamında sanık ya da çocuğun tabi tutulacağı yükümlülüklerin uygulanması bakımından Yönetmeliğin ilgili maddelerine atıf yapılmasıyla yetinilmiştir.

81. maddede tedbirin ihlali ve kaydın kapatılması düzenlenmiştir. İhlal teşkil eden haller olarak denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi ve denetleme planına uyulmaması belirtilmiştir. Birinci halde sonuç doğrudan kaydın kapatılması şeklinde ortaya çıkarken, ikinci halde sanığın uyarılması imkânına yer verilmiş buna rağmen ihlalin devamı halinde kaydın kapatılması söz konusu olmaktadır.

Onuncu bölüm “tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesi” başlığını taşımaktadır ve bu bölümde **82, 83, 84 ve 85. maddelerde** tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesine yer verilmiştir. Aynı bölüm, yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğin 47. maddesinde düzenlenmişti.

82. maddede, kayıtla ilgili olarak çocuklar bakımından bir ayırım yapılması yerindedir. Ancak daha sonraki maddelerde bildirimlerin yapılması, tedbirin yerine getirilmesi gibi hususlar bakımından çocuk ya da çocuğun yasal temsilcisine hiçbir şekilde yer verilmemesinin nedeni anlaşılmamaktadır.

83. maddede, hakkında tedavi ve denetimli serbestlik kararı verilen ve bildirimden itibaren sanığın ya da hükümlünün süresinde başvurması halinde Sağlık Bakanlığınca belirlenen sağlık kurumuna sevk yazısı yazılarak, sanık veya hükümlünün beş gün içinde bu kuruma başvurusunun isteneceği belirtilmektedir. Sağlık kurumunca yapılan tetkik ve muayene sonucu, hükümlü ya da sanığın bağımlı olup olmamasına göre iki şekilde hareket edilecektir. Bağımlı olmayanların hakkında takip programı hazırlanarak sanık veya hükümlüye bildirilecek, ayrıca programın bir örneği şube müdürlüğü veya büroya gönderilecektir. Yapılan tetkik ve muayene sonucunda bağımlı olduğu anlaşılanlar ise, sağlık kurumunca madde bağımlılığı tedavi merkezine sevk edilerek, durum şube müdürlüğü veya büroya bildirilecektir.

Maddenin 8. fıkrasında yeni bir hüküm yer almaktadır. Buna göre; tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Bu hüküm, TCK'nun 5560 sayılı Kanunla değiştirilen 191. maddesinin 4. fıkrasının tekrarıdır. Yönetmeliğin 83/8. maddesinin devamında tedavinin sona ermesiyle sağlık kurumu tarafından gönderilen raporun, sanık veya hükümlü hakkında düzenlenecek denetim raporu ile birlikte mahkemeye iletilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderileceği belirtilmiştir.

Bunun dışında dokuz, on ve onbirinci fıkralarda tedavinin başladığı ve tamamlandığı tarih bakımından açıklığa yer verilmesi yerinde olmuştur. Son fıkrada tedavinin tamamlanmasından sonra devam eden denetimli serbestlik tedbiri süresince, şube müdürlüğü veya büroca gerekli görülmesi halinde sanık veya hükümlünün, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının tespit edilmesi için sağlık kurumuna sevk edilebileceği düzenlenmiştir.

85. maddede başka suçtan tutuklu veya hükümlü olanlar hakkındaki tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının infazına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hüküm tamamen yenidir ve başka suçtan tutuklu veya hükümlü bulunduğu halde aynı zamanda TCK 191. maddeye göre hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiler bakımından tedbirin uygulanmasının yaratacağı sıkıntıları çözmeye yöneliktir. Bu amaçla

maddede, bu kişilerin bağımlılık durumlarının tespiti için buldukları ceza infaz kurumunun olduğu yerdeki sağlık kurumunca muayene edilmeleri, burada sağlık kurumu bulunmadığı takdirde madde bağımlılığı tedavi merkezinin bulunduğu yerdeki ceza infaz kurumuna tedavi süresince sevk edilmeleri gibi ihtimallere yer verilmiştir.

86, 87 ve 88. maddelerde TCK'nın 191. maddesi gereğince uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında uygulanacak denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Bu maddelerde tedbirin kaydı, yerine getirilmesi için yapılacak bildirim, bu bildirimden ardından süresinde başvuru gerekliliği ve tedbire uymayan kişinin uyarılması, ihlalin devamı halinde kaydın kapatılması gibi esaslar ele alınmış ve bu bakımdan diğer tedbirlere göre farklılık göstermeyen bir sıra ve usul izlenmiştir.

11. bölüm “denetim, rehberlik ve psiko-sosyal yardım hizmetleri”ne ayrılmıştır. 89. **maddenin** başlığı “denetim, rehberlik ve psiko-sosyal yardım çalışmaları” şeklindedir. Birinci fıkrada şube müdürlüğü ve bürolarının, mahkeme kararlarının infaz sürecinde denetim, rehberlik ve psiko-sosyal yardım çalışmaları ile topluma yeniden kazandırma faaliyetlerini yürütecekleri belirtilmiştir. “Mahkeme kararlarının infazından” kastedilenin yalnızca mahkûmiyet kararları olmadığı açıktır. Nitekim bir sonraki fıkrada, denetim çalışmalarının hangi tedbirler bakımından söz konusu olduğu belirtilirken CMK'daki adli kontrol ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarından söz edilmektedir. Bundan başka Yönetmeliğin önceki maddelerinde, yerine getirilmesindeki esas ve usullere yer verilen tedbirler de bu fıkrada sıralanmıştır ve örneğin, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbirinin, mükerrirler bakımından uygulanacak olan TCK 58/9. maddedeki denetimli serbestlik tedbirinin mahkûmiyet kararlarını teşkil etmediği konusu tartışma götürmeyecek niteliktedir.

Üçüncü fıkrada, denetim çalışmalarının, mahkeme tarafından şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında verilen yükümlülüklerin yerine getirilip denetleme planı ile takip edilmesidir, denilerek tedbirin içeriğinin tamamen Yönetmelikte öngörülen yazılı nitelikteki bir belgeye dayandırılması yerinde olmuştur. Bununla birlikte bu planda, psiko-sosyal yardım çalışmalarına yer verilmeyeceği de ayrıca belirtilmiştir. Kanaatimizce şüpheli, sanık veya hükümlünün durumunun takip edilmesi bakımından bu çalışmalara ve sonuçlarına da ayrı bir belgede de olsa yer verilmesi gereklidir. Psiko-sosyal yar-

dım talebinin bu amaçla kullanılan bir deftere kaydedileceği maddenin son fıkrasında açıkça öngörülmeyle birlikte, bu çalışmanın içeriği bakımından aynı şeyin açıkça düzenlenmemesi bir eksikliktir.

Dördüncü fıkrada şüpheli, sanık veya hükümlü hakkındaki denetim çalışmalarının olanaklar elverdiğince aynı denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından takip edileceği ve denetleme memurunun bu çalışmalar sırasında edindiği bilgileri denetim görevlisine aktaracağı düzenlenmiştir.

90. maddede TCK ve CGTİK'da hükümlüye meslek ve sanat eğitimi verilmesi amacıyla rehber görevlendirilmesinin öngörüldüğü durumlarda Milli Eğitim Bakanlığına bağlı il ve ilçe milli eğitim müdürlükleri tarafından rehber öğretmen, yeterli sayıda rehber öğretmen bulunmaması halinde diğer branşlardan öğretmen görevlendirileceği belirtilmektedir.

Birinci fıkranın c bendinde; “*şube müdürlüğü veya büroda yeterli sayıda denetim görevlisi bulunmaması hâlinde; aile veya çocuk mahkemelerinden, Adalet Bakanlığına bağlı ceza infaz kurumlarından, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğüne bağlı resmî kuruluşlardan, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı resmî ve özel eğitim kurumlarından, Sağlık Bakanlığına bağlı resmî kuruluşlardan, üniversitelerden, yerel yönetimlerden, bu konuda faaliyet gösteren kanunla kurulmuş dernek ve vakıflardan, sosyolog, öğretmen, sosyal çalışmacı, psikolog, özel eğitim uzmanı, pedagoğ, psikolojik danışman veya çocuk gelişimcisi rehber olarak görevlendirileceği*” belirtilmektedir. Bir suç sebebiyle yargılanan ya da hüküm giyen kişilere rehberlik etmek üzere görevlendirilecek rehberlerin sosyoloji, psikoloji, pedagoji gibi belirli konularda uzman olmalarının yanında ayrıca bu kişilere yol gösterebilmek için ayrı bir eğitime tabi tutulmaları gerektiği kanaatindeyiz. Yönetmeliğin personel eğitimiyle ilgili 131. maddesine buna yönelik hüküm konulması gereklidir. Gerçi ikinci fıkrada rehberin şube müdürlüğü veya büro dışından görevlendirilmesi hâlinde, kendisine şube müdürlüğü veya büroca rehberlik görevinin konusuna göre, sanık veya hükümlüye uygulanacak program, hazırlanacak değerlendirme formu, denetim planı, gözden geçirilmiş denetim planı, denetim raporunun düzenlenmesinin usul ve esasları hakkında bilgi verileceği belirtilmişse de bu yeterli değildir. Bu kişilerin şube müdürlüğü veya bürodaki uzman kişilerle birlikte çalışmalarını da sağlanmalıdır.

Son olarak üçüncü fıkrada çocuklara rehberlik hizmeti verecek rehberin görevlendirilmesinde çocuklara hizmet veren kurum ve kuruluşlar ile diğer kurum ve kuruluşlarda çocuklarla çalışanlara öncelik tanınacağına hüküm altına alınması şeklinde bir hüküm getirilmiştir.

Onikinci bölümde “Planlar, raporlar ve diğer formlar” başlığı altında Yönetmelikte yer verilen tedbirlere hükmedilmesinden önce, bu tedbirlerin yerine getirilmesi sürecinde ve sonrasında hazırlanacak her türlü form, plan ve rapora ilişkin ayrı düzenleme yapılmıştır.

Bu kapsamda öncelikle kendilerine uygulanacak programın doğru tespiti amacıyla şüpheli, sanık veya hükümlünün özelliklerinin ve diğer bir takım hususların değerlendirilmesi amacıyla düzenlenen değerlendirme formu, tanıma formu, madde kullanım listesi ve sosyal araştırma raporu yer almaktadır. Değerlendirme formu, tanıma formu ve madde kullanım listesi, yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte bulunmamaktaydı.

92. maddeye göre; TCK ve CGTİK’nda rehber görevlendirilmesinin öngörüldüğü hallerde buna karar verilmesi halinde hazırlanan formdur. Bu formu hazırlayacak olan kişi şube müdürlüğü veya büroda görev yapan denetim görevlisidir. Birinci fıkrada bu formun, ayrıca denetim süresi içinde kişiye yönelik yürütülen psiko-sosyal yardım çalışmalarının yönünü belirlemede bilgi kaynağı olarak kullanılacağı belirtilmiştir.

İkinci fıkraya göre, değerlendirme formunda yer alan bilgilerle sanık veya hükümlünün yaşamı çok boyutlu olarak değerlendirilir ve sanık veya hükümlünün yeniden suç işleme riski konusunda değerlendirme yapılır. Bu değerlendirme, yapılacak çalışmalarda göz önünde bulundurulur.

Üçüncü fıkrada değerlendirme formu düzenlenirken her sanık veya hükümlünün denetim sürecinde öncelikle gerekli olabilecek bilgilerinin alınacağı, bu kişilerle yapılan daha sonraki görüşmelerden elde edilen bilgi ve gözlemlerle formda eksik kalan bölümlerin tamamlanacağı belirtilmiştir. Buna göre; değerlendirme formu sanık veya hükümlü ile yapılan görüşmeler ya da aile, sosyal çevre gibi kaynaklardan alınan yeni bilgiler doğrultusunda yeniden düzenlenebilir. Değerlendirme formu kişisel bilgiler içerdiğinden bu formun saklanması özel hayatın gizliliğine dikkat edilir. Değerlendirme formu sanık veya hükümlünün dosyasında saklanır. Bu düzenlemeler karşısında öncelikle şu sorunun sorulması gereklidir: Sanık veya hükümlünün bu formlara ulaşabilmesi mümkün müdür? CMK’nın 153/4. maddeye göre iddianamenin mahkeme tarafından kabulü anından itibaren sanık veya hükümlünün müdafii dosyada bulunan belgelere ulaşabilecektir. Bu durumda sanık ya da hükümlünün bu formun içeriğini müdafii aracılığıyla öğrenmesi mümkündür. Bir diğer sorun, bu formun düzenlenmesi amacıyla yapılan görüşmenin özellikle sanık açısından ifade veya sorguya benzememesi gerekli-

liğidir. Sanığa sorulan sorular yalnızca onun kişiliğine ilişkin bilgilere değil aynı zamanda suçun işlenmesindeki özelliklere de ilişkin olabilecektir. Bu nedenle bu görüşme sırasında sanığın müdafininin de bulunması imkanı getirilmelidir. Ayrıca görüşme sırasında sanığın susma hakkı, kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanmama hakkı bulunduğu da kesinlikle hatırlatılmalıdır.

93. maddede hakkında ücretsiz olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına ya da ücret karşılığı çalıştırılmasına, bir eğitim kurumuna veya programa devam etme kararı verilen sanık veya hükümlü hakkında denetim görevlisi veya denetleme memuru tarafından doldurulan tanıma formu düzenlenmiştir. İkinci fıkrada bu formun, sanık veya hükümlü hakkında verilen yaptırım veya yükümlülüğün infaz edileceği en uygun yerin seçiminde kullanılacağı belirtilmiştir. Son fıkrada bu formun saklanması özel hayatın gizliliğine dikkat edileceği hüküm altına alınmıştır.

94. maddede, madde kullanım listesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu liste birinci fıkrada; *“hakkında 5237 sayılı Kanununun 191 inci maddesi gereğince tedaviye ve denetimli serbestlik tedbiri veya sadece denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmiş olan sanık veya hükümlüler ile psiko-sosyal yardım veya rehberlik hizmeti verilen şüpheli, sanık veya hükümlülerden madde kullanımını olanların değerlendirilmesi aşamasında temel bilgi toplama amaçlayan belge”* olarak tanımlanmıştır. İkinci fıkrada bu listenin denetim görevlileri tarafından hazırlanacağı belirtilmiş ve bu listenin oluşturulmasıyla ulaşılmak istenen amaç ve listenin içeriği üçüncü fıkrada belirtilmiştir. Buna göre; *“madde kullanım listesi, madde kullanım düzeyinin çok yönlü değerlendirilmesini sağlayan bir liste olup; şüpheli, sanık veya hükümlünün madde kullanımına bakış açısını, bu durumu bir sorun olarak görüp görmediğini, suç işleme davranışı üzerindeki etkisini, madde kullanımında aile, sosyal çevre ve kişilik özelliklerinin etkisi olup olmadığını belirlemeye yönelik konuları ayrıca şüpheli, sanık veya hükümlü ile yürütülecek çalışmaya motivasyon artırıcı bir biçimde yaklaşmayı sağlayacak bilgileri içerir”*.

TCK'nın 191. maddesinde belirtilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine veya yalnızca denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde bu listenin hazırlanmasından sonra denetim planının hazırlanacağı düzenlenmiştir.

95. maddede soruşturma veya kovuşturma evresinde hazırlanan ve bu Yönetmeliğin uygulanmasında şüpheli ya da sanık bakımından en temel belgeyi teşkil eden sosyal araştırma raporuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Birinci fıkradaki tanıma göre; *“sosyal araştırma raporu; şüpheli veya sanı-*

ğın kendisinin ve çevresinin sistemli bir bakış açısıyla değerlendirildiği ve toplumla bütünleşmesi amacıyla ihtiyaç duyduğu her türlü hizmet, program ve kaynaklarla ilgili önerileri içeren, soruşturma veya kovuşturma sırasında şube müdürlüğü veya büroda görevli denetim görevlisi tarafından hazırlanan rapordur”.

İkinci fıkraya göre; soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının kendiliğinden ya da şüpheli veya müdafinin başvurusu üzerine gerekli görmesi hâlinde, kovuşturma evresinde ise hâkim veya mahkemenin isteği ile hazırlanır.

Rapor; şüpheli veya sanık ve/veya bunların aileleri ile gerekli görülmesi hâlinde suçtan zarar gören, akran grubu, sosyal çevre ile en az bir kez yüz yüze yapılacak görüşme ve şüpheli veya sanığa ilişkin belgeler incelenerek hazırlanır. Bu görüşmelerde verilen bütün bilgilerin kayda geçirilmesi ve özellikle şüpheli veya sanığın sosyal çevresi tarafından verilen bilgilerin doğruluğu kontrol edilmelidir. Ayrıca görüşmede bulunulan kişiye, vereceği bilgilerin mahiyeti, raporun sonuçları gibi konular hakkında açıklamalarda bulunularak, verilen bilgilerin doğruluğunun araştırılacağı konusunda da uyarı yapılmalıdır.

Dördüncü fıkraya göre raporda; şüpheli veya sanığın kimlik bilgileri, varsa önceki suç bilgileri, sağlık bilgileri, biyografisi, ailesi, yaşadığı yer, arkadaş çevresi, eğitimi, kişisel özellikleri, sosyal ve ekonomik durumu, bilişsel ve psikolojik durumu, alkol ve madde kullanım durumu, topluma ve mağdura karşı taşıdığı risk ile raporu düzenleyen denetim görevlisine karşı tutum ve davranışı belirtilir. Raporun sonuç bölümünde, şüpheli veya sanığın yaşamında risk oluşturan durumlar değerlendirilir ve toplumla bütünleşmesi açısından ihtiyaç duyduğu hizmet, program veya kaynaklar belirtilir. Ayrıca raporun hazırlanması ile ilgili bütün kaynaklar ve bilgi toplama biçimleri ile gerekli olduğu halde yapılamayan işlemler ve görüşmelerin yerine getirilememesi gerekçesi de raporda belirtilir.

Beşinci fıkraya göre rapor; şüpheli veya sanık için hazırlanacak denetim planına temel olabilecek şekilde düzenlenir, değerlendirme ve öneri ile sonuçlandırılır.

Altıncı fıkrada sosyal araştırma raporu hazırlanırken şüpheli veya sanığın ceza infaz kurumunda bulunması hâlinde nasıl bir yöntem izleneceği belirtilmiştir. Buna göre; raporu hazırlayan denetim görevlisi, gerektiğinde bu kuruma giderek şüpheli veya sanık ile konuşulanları başkalarının duymayacağı ancak görüşmenin güvenlik nedeniyle ceza infaz kurumu görevlilerince

izlenebileceği bir ortamda açık görüş usulüne tabi olarak görüşebilir. Denetim görevlisinin talep etmesi halinde görüşmede, ceza infaz kurumu görevlisi hazır bulunur. Ceza infaz kurumu, denetim görevlisinin şüpheli veya sanık ile görüşebilmesi için gerekli işlemleri yerine getirir. Bu düzenlemenin özel hayatın gizliliği bakımından sakınca içerdiği görülmektedir. Görüşmenin yalnızca izlenebilmesi ancak konuşmaların dinlenmemesi sağlanırsa bu sakınca az da olsa giderilmiş olacaktır.

Raporu düzenleyecek uzmanlar arasında; şube müdürlüğü veya büroda görev yapan öncelikle denetim görevlileri; bu uzmanların bulunmaması hâlinde kamu kurum ve kuruluşlarındaki psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog ve öğretmen ile psikolojik danışman, pedagoğ, çocuk gelişimcisi veya özel eğitim uzmanı kişiler sayılmıştır. Yukarıda, tedbirlerin yerine getirilmesi bakımından benzer bir durumdan bahsedilirken, şüpheli veya sanığın özel durumu nedeniyle bu konuda eğitilmiş biri tarafından raporun düzenlenmesi gerekliliğine değinilmiştir. Aynı çekinceler bu düzenleme bakımından da geçerlidir. Her koşulda şube müdürlüğü veya büroda görev yapan yeterli sayıda denetim görevlisi bulundurulması gereklidir.

Raporun hazırlanma süresi bakımından on beş gün öngörülmüştür. Ancak zorunluluk hâlinde gerekçesi belirtilmek koşulu ile Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemeden on beş gün ek süre talep edilebileceği düzenlenmiştir. Özellikle şüpheli veya sanığın ceza infaz kurumunda bulunması ve bu kurumun bulunduğu yere yakın bir şube müdürlüğü ya da büronun bulunmaması hâlinde sürenin uzatılması imkanı tanınması yerindedir. Şüpheli veya sanığın sosyal çevresi ve ailesi ile de görüşmelerin yapılabilmesi ve bütün bilgilerin değerlendirilmesi bakımından sürenin bir miktar uzatılması faydalı olabilir.

Son fıkrada sosyal araştırma raporu kişisel bilgiler içerdiğinden bu raporun saklanması özel hayatın gizliliğine dikkat edileceği belirtilmiş ve raporun nüshalarının ilgili makama iletilmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi ve sosyal araştırma raporu kartonunda saklanması düzenlenmiştir. Şüpheli veya sanığa hükmedilecek yaptırımın belirlenmesinde bu derece önemli rolü olan bir belgenin bir nüshasının da müdafie gönderilmesi ya da sanığın dosyasında saklanması düzenlenmeliydi. Kaldı ki Yönetmeliğin 115. maddesinde tanınan itiraz hakkının kullanılabilmesi bakımından bu belgelere şüpheli veya sanık tarafından ulaşılabilmesi zorunludur.

Denetleme planı ve denetim planına ilişkin yukarıda tanımlar maddesinde genel açıklamalar yapılırken **96** ve **97. maddelere** değinildiği için burada tekrar yer almasına gerek görülmemiştir.

99. maddede denetim raporu düzenlenmektedir. Denetim raporu birinci fıkrada; sanık veya hükümlü hakkında hazırlanan denetim planı veya düzenlenmişse gözden geçirilmiş denetim planı doğrultusunda yapılan üç aylık uygulamanın değerlendirildiği, ayrıca raporun hazırlandığı dönemi takip eden sonraki üç aylık dönemde yapılması düşünülen mesleki çalışmaların açıklandığı belge olarak tanımlanmıştır.

Bu rapor; denetimli serbestlik görevlileri tarafından elde edilen verilere dayanılarak denetim planını uygulayan denetim görevlisi tarafından düzenlenir.

Üçüncü fıkrada; denetim raporunda raporun kapsadığı dönemde; hedeflere ilişkin yapılan çalışmaların etkili olup olmadığı; sanık veya hükümlünün denetim planına uyup uymadığı; uymadıysa nedenleri; sanık veya hükümlü ile yapılan çalışmalar doğrultusunda sanık veya hükümlünün gösterdiği değişim düzeyi; şube müdürlüğü veya büronun çağrılarına ve çalışmalarına uyumlu ve istekli katılıp katılmadığı; iş birliği yapılan kişi, kurum ve kuruluşların sanık veya hükümlüye ilişkin görüş ve değerlendirmeleri; süreci olumsuz etkileyen kişisel veya çevresel faktörlerin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmelere yer verileceği belirtilmiştir. Raporda ayrıca bir sonraki rapor döneminde sanık veya hükümlüyle yapılacak çalışmalar ve bu çalışmalarda göz önünde bulundurulması gereken hususlar belirtilir. Sanık veya hükümlü hakkında hazırlanan son denetim raporunda sanık veya hükümlünün topluma yeniden uyum sağlamadaki başarısı ve yeniden suça yönelme riski değerlendirilir.

Görüldüğü üzere, sosyal araştırma raporundan sonra sanık ya da hükümlü hakkında sonuç doğuran en önemli belge denetim raporudur. Bu raporda keyfiliğe imkân tanınmaması son derece önemlidir. Nitekim sanık veya hükümlü hapis cezası almak yerine yararlandığı denetimli özgürlük hakkını kaybederek kendisi hakkında ertelenen hükmün açıklanması, ertelenen hapis cezasının ya da kalan hapis cezasının infaz edilmesi yoluna gidilebilmektedir. Bu nedenle denetim planı ya da denetleme planında yazılı bütün hususları karşılayan ve özellikle belge ve özellikle kaydı mümkün somut olaylara dayanan tespitlere yer verilmesine dikkat edilmelidir.

Beşinci fıkrada, denetim raporunun iki nüsha olarak düzenleneceği, bir nüshasının mahkemeye gönderilmek üzere Cumhuriyet başsavcılığına iletileceği, diğer nüshasının ise sanık veya hükümlünün dosyasında saklanacağı belirtilmiştir. Sanık ve müdafinin de dosyaya ulaşma imkanı bulunduğu göz

önüne alındığında bu düzenlemenin yerinde olduğu görülmektedir. Nitekim en sık itiraz konusu yapılabilecek olan rapor bu maddede düzenlenen denetim raporudur.

Son fıkraya göre, hakkında denetleme planı hazırlanan şüpheli, sanık veya hükümlü için denetim raporu hazırlanmaz.

100. maddede, salıverilme öncesi düzenlenecek rapora yer verilmiştir. Bu rapor, koşullu salıverilmesine bir aydan az kalan hükümlülerle CGTİK'nun 105/4. maddesine göre “iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum olup da hükümlülük süresinin yarısını iyi halle geçiren” ve hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen hükümlüler hakkında hazırlanacaktır. Maddede yürürlükten kaldırılan Yönetmeliğe nazaran yeni olan, hakkında kamuya yararlı bir işte çalıştırma kararı verilen hükümlü grubunun da buraya dahil edilmesidir. Bundan başka raporun hazırlanması için denetim görevlisi veya denetleme memurunun gerektiğinde ceza infaz kurumuna giderek hükümlü ile görüşmeleri usulünün düzenlenmiş olması bir yenilik olarak göze çarpmaktadır. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte gerektiğinde hükümlü ile görüşüleceğinin belirtilmesiyle yetinilmişti. 100. maddenin üçüncü fıkrasına göre; “denetim görevlisi veya denetleme memuru gerektiğinde bu kuruma giderek hükümlü ile konuşulanları başkalarının duymayacağı ancak görüşmenin güvenlik nedeniyle ceza infaz kurumu görevlilerince izlenebileceği bir ortamda açık görüş usulüne tabi olarak görüşebilir. Denetim görevlisi veya denetleme memurunun talep etmesi halinde görüşmede ceza infaz kurumu görevlisi hazır bulunur. Ceza infaz kurumu, denetim görevlisi veya denetleme memurunun hükümlü ile görüşebilmesi için gerekli işlemleri yerine getirir”.

Altıncı fıkrada salıverilme öncesi düzenlenecek raporun hazırlanması aşamasında hükümlüden çalışmak veya eğitimine devam etmek istediği il veya ilçeyi belirten yazılı dilekçesinin alınacağı ve hükümlünün çalışmak istediği il veya ilçede bulunan şube müdürlüğü veya bürodan ücretsiz veya ücretli çalıştırma yükümlülüğüne dair kurumlar listesi ve eğitim kurumları listesinin isteneceği belirtilmiştir. Yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte yer almayan bu tür teknik bilgilere maddede yer verilmesi olumlu bir yeniliktir. Ayrıca hükümlüye bu konuda söz hakkının tanınmasının da tedbirin yerine getirilmesi bakımından fayda sağlayacağı kuşkusuzdur.

Yedinci fıkrada raporun hazırlanma süresi olarak onbeş günlük bir süre tespit edilmiştir. Denetleme memuru tarafından düzenlenen raporun uzmanlığa sahip olan denetim görevlisi tarafından onaylanması zorunluluğunun getirilmesi yerinde olmuştur.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Koruma Kurulları, İş Arama İzni, Şikâyet ve İtiraz ile Hükümün Yorumunda veya Yerine Getirilmesinde Tereddüt ile Denetime Ara Verilmesi, Danışma Kurulu, Çeşitli ve Son Hükümler

Birinci bölümde koruma kurullarının oluşumu, görevleri, koruma kurullarına yapılacak başvuru, başvurunun kabulü sırasında yapılacak işlemler, başvuru değerlendirme formu gibi esaslar düzenlenmiştir. Bu bölümde özellikle üzerinde durulması gereken hükümler kurulların oluşumu ile görevlerine ilişkin 101 ve 102. maddelerdir.

101. maddede koruma kurullarının; “adalet komisyonunun bulunduğu yerlerde Cumhuriyet başsavcısının veya görevlendireceği Cumhuriyet başsavcı vekili ya da Cumhuriyet savcısının başkanlığında; baro temsilcisi, belediye başkanı veya görevlendireceği yardımcısı, Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenecek bir ceza infaz kurumu müdürü, denetimli serbestlik ve yardım merkezi şube müdürü, millî eğitim müdürü, sosyal hizmetler müdürü, sosyal yardımlaşma ve dayanışma vakfı temsilcisi, teşkilatı bulunan yerlerde Türkiye İş Kurumu müdürü, Ziraat ve Halk Bankası müdürleri, varsa ticaret ve sanayi odaları, ziraat odaları, borsalar, esnaf ve sanatkârlar birliği yöneticileri ile varsa kamuya ait fabrikalar ile istekleri hâlinde o yerde şubesi bulunan kamuya yararlı dernek veya vakıflar ve özel bankaların yönetici seviyesindeki temsilcilerinden Cumhuriyet başsavcısı tarafından uygun görülenlerin katılımı ile oluşacağı” belirtilmiştir. Kurulun oluşumu bakımından Devletin çok çeşitli organlarının ve çeşitli kurumların katılımının sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Özellikle cezanın infazında çok önemli rol üstlenen Cumhuriyet başsavcılığının kurulun başkanlığını üstlenmesi öngörülmüştür. Bunun dışında Baro temsilcisine de Kurulda yer verilmesi son derece yerindedir. Belediye başkanı veya yardımcısının Kurulda nasıl bir fonksiyonu olacağı anlaşılammamaktadır. Bunun dışında banka temsilcilerinin de Kurulda bulunması ilginç bir düzenleme teşkil etmektedir.

Üyeler Cumhuriyet başsavcısı tarafından iki yıl süreyle seçilmektedir ve görev süresi sona eren üye yeniden görevlendirilebilir. Herhangi bir sebeple ayrılan üyelerin yerine yeni üyeler görevlendirilir. Bu üyeler ayrılan üyelerin süresini tamamlar.

Cumhuriyet başsavcısının onayı ile koruma kurulu üyeleri dışında kişi ve kurumların temsilcileri kurul toplantılarına katılımcı olarak davet edilebilir veya katılımcı olarak katılmayı isteyenlerin de talepleri kabul edilebilir.

102. maddede koruma kurullarının görevleri bakımından yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte düzenlenen esasların aynen korunduğu görülmektedir. Çok genel nitelikte belirtilen bu görevler arasında;

Şube müdürlüğü veya büro tarafından iletilen,

- a) Suçtan zarar gören kişilerin suç nedeniyle karşılaştıkları, sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunların çözümünde yardımcı olmak,
- b) Ceza infaz kurumlarından salıverilen hükümlülerin meslek veya sanat edinmelerinde, iş bulmalarında, sanat sahibi olanlar ile tarım işletmeciliği yapmak isteyenlere araç ve kredi sağlanmasında, işyeri açmak isteyenlere yardım edilmesinde ve karşılaştıkları diğer güçlüklerin çözümünde yardımcı olmak,
- c) Ceza infaz kurumundan salıverilen çocuk ve genç hükümlülerin öğrenimlerine devam etmelerini sağlamaya yönelik her türlü tedbiri almak; salıverilen diğer hükümlülere de bu konuda yardımcı olmak,
- ç) Suçtan zarar gören veya ceza infaz kurumundan salıverilen hükümlülere öğrenimlerine devam etmelerini sağlamaya yönelik şube müdürlüğü tarafından hazırlanan projeleri görüşmek ve karara bağlamak,
- d) Mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak, belirtilmektedir.

Yönetmeliğin **111. maddesi** “Suçtan zarar görenlere yönelik çalışmalar” başlığını taşımaktadır. Bu maddede suçtan zarar gören kişilerin suç nedeniyle karşılaştıkları sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunların çözümünde Koruma kurullarınca yardımcı olunacağı belirtilmiştir. Buna ilişkin olarak üçüncü fıkrada bu kişilere özgü psiko-sosyal müdahale çalışmalarının yürütüleceği ve son fıkrada da koruma kurullarınca suçtan zarar gören kişinin talebine bağlı olmaksızın en uygun yardımın yapılacağı düzenlenmiştir. Burada çok genel bir yardım görevinden bahsedilmekte ancak düzenlemenin içi somut olarak doldurulamamaktadır. Uygulamada çok fazla sorunun yaşanmasına neden olabilecek ya da hiçbir işlerliğe sahip olamayacak nitelikte bir düzenlemedir.

Üçüncü bölümün başlığı “şikayet ve itiraz ile hükmün yorumunda veya yerine getirilmesinde tereddüt ile denetime ara verilmesi” olarak düzenlenmiştir.

115. maddede şikayet ve itiraz ile hükmün yorumunda veya yerine getirilmesinde tereddüt halinde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre şube müdürlükleri veya büroca hazırlanan ra-

porlara şüpheli, sanık veya hükümlü ile kanuni temsilcileri tarafından ilgili adli mercie itirazda bulunulabilir. Ancak bu itiraz raporun ilgili adli mercie verilmesini durdurmayacaktır. Bu ifadeden yola çıkarak ilgili adli merci ile hazırlanan raporun sunulduğu mahkemenin anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Yönetmelikte bu itirazın süresi ile ilgili hiçbir düzenleme yer almamaktadır. Burada mahkeme ya da hakim kararı söz konusu olmadığından CMK'nun 268. maddesindeki yedi günlük sürenin burada uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu eksiklik Yönetmelik hükmünü uygulanama hale getirebilecek niteliktedir ve en kısa zamanda giderilmesi gereklidir.

İkinci fıkrada, Cumhuriyet başsavcılıkları, şube müdürlükleri veya büro ile koruma kurullarının idarî nitelikteki eylem ve işlemlerine karşı infaz hâkimliğine şikâyet hakkı düzenlenmiştir. Bu şikâyet hakkının tam olarak neyi ifade ettiğini anlamak güçtür. Öncelikle bu mercilerin idari nitelikteki eylem ve işlemlerine karşı idari başvuru hakkını ortadan kaldıran bir düzenleme olup olmadığı tartışılmalıdır. Maddede idari yargının konusuna giren idari nitelikte eylem ve işlemlerden bahsedildiği için bunlara karşı yapılacak iki ayrı başvuru düşünülemez.

Bunun dışında kanunda öngörülmesi halinde dahi yargı yolu ayrılığı ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 125. maddesine aykırılık teşkil edecek bir düzenlemenin Yönetmelikte düzenlenmesi kabul edilemez.

Ayrıca idari nitelikte eylem ve işlemde bahsedildiği düşünüldüğünde infaz hakimliğinin bu konuda yetkili kılınmasını anlamak mümkün değildir.

Maddenin üçüncü fıkrasında Kanun ve bu Yönetmeliğin uygulanması kapsamında verilmiş olan hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu belirtilmektedir. Bu halde zaten CMK'nun 267 ve devamındaki kuralların uygulanacağı açıktır. Fıkranın son cümlesinde de diğer kanunlarda belirtilen kanun yollarının saklı olduğu belirtilmiştir.

Son fıkrada hüküm veya kararların yorumunda veya yerine getirilmesinde tereddüde düşülmesi hâlinde şube müdürlüğü veya büro tarafından hükmü ya da kararı veren mahkemeden Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile karar isteneceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır.

116. maddede denetime ara verilmesi başlığı altında; denetim altına alınan kişilerin askere gitmesini veya yurt dışı eğitimi gibi yerleşim yerinden geçi-

ci süre ile ayrılması halinde nasıl bir uygulama yapılacağı düzenlenmiştir. Bu halde Cumhuriyet Başsavcılığınca bir karar verilerek bu Yönetmeliğin 121. maddesine göre tebliğ edileceği ikinci fıkrada belirtilmiştir. 121. maddeye göre şube müdürlüğü veya büro tarafından yapılacak bildirim, şüpheli, sanık veya hükümlünün kendisi veya kanuni temsilcisine 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre hükümde gösterilen adrese yapılır. Kanaatimizce bu kararın bir nüshasının aynı zamanda ilgili şube müdürlüğü veya büroda saklanması esas da hüküm altına alınmalıdır. Nitekim daha sonra hakkında karar verilen kişinin buna itiraz etmesi gibi bir durum ortaya çıktığında bir karışıklık olması engellenmiş olacaktır. Ayrıca daha önceki bölümlerde belirtildiği gibi bu tedbirlerin yerine getirilmesi aşamasında herşeyin belgelendirilmeye çalışılması yararlı olacaktır.

Bir de son fıkrada rehber görevlendirilmesi hali dışında kalan denetimli serbestlik kararlarının infazı sırasında tutuklama veya hapis cezasının infazı nedeniyle ceza infaz kurumuna alınan hükümlüler hakkında birinci ve ikinci fıkradaki işlemlerin yapılacağı belirtilmektedir.

123. maddede çocuklar ile ilgili denetimli serbestlik kararlarının infazında dikkat edilecek hususlar başlığı altında; çocuklar ile ilgili denetimli serbestlik kararlarının infazında bu Yönetmelik ile 24/12/2006 tarihli ve 26386 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Çocuk Koruma Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin birlikte değerlendirileceği belirtilmiştir. Ne kadar gerekli bir düzenleme olduğu tartışılır, söz konusu hüküm olmasa da bu değerlendirmenin yapılması kaçınılmazdır.

124. maddede birden fazla hükümdeki denetimli serbestlik kararlarının yerine getirilmesi bakımından nasıl bir uygulama yapılacağı düzenlenmektedir. Birinci fıkrada, bir kişi hakkında, aynı kanun hükmü gereğince birden fazla verilen ve kesinleşen hükümlerin bulunması halinde mahkemeden toplama kararı isteneceği belirtilmiştir. Bu halde aynı tedbire hükmedilmesi şartı gerçekleşmelidir.

Birden fazla verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının yerine getirilmesinde uygulanacak usul ve esaslar ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre;

- a) Aynı tarihte birden fazla tedavi ve denetimli serbestlik kararının infazına başlanması halinde, bu Yönetmeliğin 83 üncü maddesinin onbirinci

fıkrası gereğince alınacak rapordan sonra, her denetimli serbestlik tedbiri ayrı ayrı infaz edilir (83/11. maddede sağlık kurumu tarafından hazırlanan takip programının ya da tedavi merkezi tarafından hazırlanan tedavi programının tamamlandığına ilişkin düzenlenen ve bağımlı olmadığı anlaşılanlar ayrıca takibe de gerek görülmeyenler hakkında düzenlenen raporlar tedavinin bittiği tarih olarak kabul edilmiştir).

- b) Farklı tarihte birden fazla tedavi ve denetimli serbestlik kararının infazına başlanması halinde, her karar için bu Yönetmeliğin 83 üncü maddesinin onbirinci fıkrası gereğince alınacak rapordan sonra denetimli serbestlik tedbirleri ayrı ayrı infaz edilir.

Maddenin son fıkrasına göre aynı kanun hükmü gereğince bir kişi hakkında verilen birden fazla denetimli serbestlik kararları birinci fıkra kapsamında infaz edilir.

Bu hükümden anlaşılan bütün denetimi serbestlik kararlarının toplanmasına karşın, birbirlerine karşı bağımsızlıklarını korumaya devam ettikleridir.

129. maddede denetimli serbestlik, yardım ve koruma hizmetlerinde gönüllü kişilerden yararlanabileceği belirtilmiş ve bu kişilerin görev, yetki ve sorumlulukları yönünden kamu görevlilerine ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasında gönüllülerin hizmet verecekleri alana yönelik programların hazırlanması, takibi ve değerlendirilmesi şube müdürünün görevlendirdiği uzmanın rehberliğinde olacağı belirtilmiş ve gönüllülerin çalışmak istedikleri alanı seçme konusunda bilgi, beceri ve ilgi alanları göz önüne alınarak yönlendirilecekleri düzenlenmiştir. Bu fıkradan sonra gelmek üzere gönüllülerin bu hizmetlerde çalışabilmeleri için bu kurullarda görev yapan uzmanlar tarafından bir süre eğitime tabi tutulmaları esasının da düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Son olarak altıncı fıkrada gönüllü çalışanlardan; psikolog, sosyal çalışmacı, sosyolog, psikolojik danışmanlık ve rehberlik öğretmenliği unvanına sahip olanlara, sorumluluğu ve sosyal araştırma raporu düzenlemeyi yazılı olarak kabul etmeleri hâlinde rapor hazırlama görevi verilebileceği düzenlenmiştir.

POLİS VAZİFE ve SALAHİYETLERİ KANUNUNDA 5681 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

*Ar. Gör. Gülşah KURT-YÜCEKUL**

*Ar. Gör. Güçlü AKYÜREK***

GİRİŞ

2 Haziran 2007 tarihinde kabul edilen 5681 sayılı Kanunla 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununda çok sayıda değişiklik yapılmış ve özellikle Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde gerçekleştirilen köklü yasa değişiklikleriyle kolluk aleyhine bozulan dengenin tekrar yerine oturduğu izlenimi gerek kolluk güçleri gerekse toplum nezdinde hakimiyet kazanmıştır. Kanunla, polisin mevcut kimlik sorma, arama, zor ve silah kullanma yetkileri yeniden düzenlenmiş; bunun yanında durdurma, bazı hallerde parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması gibi yeni yetkiler düzenleme konusu olmuştur.

Yasanın kabul edilmesi sırasında gösterilmeyen ilgi, yürürlüğe girmesini izleyen birkaç ay içinde meydana gelen ve basına yansıyan olaylar nedeniyle gecikmiş bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu tepki süreci, ciddi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu çalışmada, 5681 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayan maddelerin irdelenmesi suretiyle söz konusu tartışmalara yer verilmesi amaçlanmıştır. Ancak Yasanın içeriğine değinmeden önce, bazı tespitlerimizin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla bu düzenlemeye zemin hazırlayan bir takım gelişmelerin ve kanunlaşma sürecinin de ayrıca inceleme konusu olması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle ilk bölüm bu gelişmelere ayrılmış, ikinci bölümde ise yapılan değişiklikler madde başlıkları esas alınarak tek tek incelenmiştir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

I. 5681 SAYILI KANUNA ZEMİN HAZIRLAYAN GELİŞMELER ve BU SÜRECİN DEĞERLENDİRMESİ

22 Mayıs 2007 tarihinde Ankara Ulus'ta meydana gelen patlamanın üzerinden iki gün geçtikten sonra 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin kanun teklifi AKP milletvekilleri tarafından Meclise sunulmuştur. Teklif Meclis Adalet Komisyonunda çok az değişikliğe uğrayarak 2 Haziran 2007 tarihinde 5681 sayılı Kanun olarak süratle kabul edilmiş ve 14 Haziran 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Yasalaşma süresindeki kısıklık ve zamanlama, bu Kanunun son zamanlarda artış gösteren terör olaylarına karşı bir tepki kanunu olabileceğini akla getirmektedir. Esasında, söz konusu yasa değişikliğinden önce, PVSK'yı tümünden değiştirecek bir tasarı hazırlığı yapılmış ve Ağustos 2006'da "Polis Kanunu Tasarı Taslağı" olarak teslim edilmiştir¹. Ancak bu metin bir kenara bırakılarak Haziran 2007'de PVSK'da sözü geçen değişiklikler yapılmıştır.

Nitekim Kanunla ilgili olarak ilk göze çarpan husus bütün maddelere başlık konmuş olmasıdır. Oysa 2559 sayılı PVSK'da hiçbir maddede başlık bulunmamaktadır. Aceleci bir düzenlemenin yol açtığı bu ikili sistematik de yukarıda belirttiğimiz düşünceleri destekler niteliktedir.

Yasanın kabul edildiği dönemde, artan terör olaylarının toplumda neden olduğu infial ile suç ve terörle mücadelede büyük bir açık olduğu yönündeki hakim görüş bu yasaya hakettiği tepkinin verilmemesine, diğer bir ifadeyle eleştirel bir yaklaşımın sergilenmemesine neden olmuştur. Bununla birlikte, yasanın kabulünü izleyen birkaç ay içinde, güvenlik güçlerinin de dahil olduğu bir takım olaylar basına yansımaya başlamıştır ve her geçen gün bunlara yenileri eklenmektedir.

Bu gelişmenin başlangıçta yeterince ele alınmaması, Mecliste de bir mutabakatla yasanın kabul edildiğini düşündürmektedir². Meclis tutanakları incelendiğinde yasanın ne ölçüde çoğunlukla kabul edildiğini tespiti yarayacak bir veriye ulaşılamamaktadır. Muhalefet partisi milletvekillerinin Kanunla ilgili bazı eleştirilerde buldukları görülmekteyse de daha sonra bu grup tarafından Yasayla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmamış

¹ YENİSEY, Feridun "Kolluk Kanunu Nasıl Olmalıdır?", Eleştirel Hukuk Dergisi, Sayı:11, 2007-Yaz, s. 11.

² Hukuk ve Adalet, Sayı:11, 2007-Yaz, Sunum Yazısı, s. 9.

olmasının nedeni anlaşılammamaktadır. Aynı dönemde milletvekili genel seçimlerinin yaklaşmakta olmasının gündemi fazlasıyla meşgul etmesi ve bu nedenle Yasanın kabulü sırasında Mecliste de hakettiği ilgiyi bulamamış olması kuvvetle muhtemeldir.

Yasanın çıkışına zemin hazırlayan bir başka olgu, geçtiğimiz yıllarda Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne üyelik koşulları çerçevesinde önce Anayasada daha sonra bunlara uyum amacıyla ilgili Kanunlarda temel hak ve özgürlüklerin genişletilmesi, güvencelerin artırılması yönünde yapılan kapsamlı değişikliklerle bağlantılıdır. Bu süreçte PVSK da gözden geçirilerek birçok hükmü değiştirilmiştir. Ancak bu değişiklikler kolluk güçlerinin ağır eleştirileriyle karşılaşmış ve kolluk, yetkilerinin büyük ölçüde ellerinden alındığından şikayet etmeye başlamıştır³. Bu şikayetler üzerine gerek kimi yönetmelikler gerekse kimi yasalarla alınan bazı yetkiler geri verilmeye çalışılmıştır⁴. Kanunun kabul edilmesi sırasında yapılan görüşmelerde de bu husus dile getirilmiş ve Meclis tutanaklarına yansımıştır.

Tepki Kanunu kategorisinde değerlendirilebileceğini belirttiğimiz bu yasanın benzerlerine son yıllarda sıklıkla rastlanmaktadır. Günümüzde, büyük artış gösteren bir eğilim; çoğu sorunların arkasındaki sosyal nedenlerin, çıkış noktalarının görmezden gelinerek ya da bunlardan soyutlanarak hemen her şeyin güvenlik sorunu olarak algılanmasıdır⁵. Çözüm ise, güvenlik için yasa yapma ya da değiştirme olmaktadır. Bu da bütün dünyada hassas bir dengeye işaret eden, Türkiye'de ise artık kemikleşmiş bir sorun haline gelen özgürlük-güvenlik ilişkisiyle tekrar tekrar oynanmasını sonuçlamaktadır. Böylece, güvenlik odaklı yasalar yapılmasıyla, denge, özgürlük aleyhine giderek daha fazla bozulmaktadır⁶.

³ Bazı kolluk mensuplarının bu konuyla ilgili olarak "bizden korkan kalmadı" şeklindeki açıklaması da bu memnuniyetsizliğin bir ifadesi olarak basına yansımıştır (Müjgan Halis, "Polis Artık Daha Yetkili Korkmalı mıyız?" Sabah Gazetesi, 2 Aralık 2007) .

⁴ Bunlara örnek olarak; 5397 sayılı ve 2005 tarihli yasa ile PVSK ek madde 7'de telekomünikasyonun istihbarat amacıyla dinlenmesine ilişkin yapılan değişiklik, 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği ile Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği belirtilebilir.

⁵ ALTIPARMAK, Kerem – AYTAÇ, Ahmet Murat – KARAHANOGULLARI, Onur – HANÇER, Türkan – AYDIN, Devrim, "Polis Vazife ve Salahiyet Kanununda Değişiklik: Durdurma – Kimlik Sorma – Arama Parmak İzi Alınması Silah Kullanma", Hukuk ve Adalet, Sayı:11, 2007-Yaz , s. 118.

⁶ İbid.

II. 5681 SAYILI YASAYLA GETİRİLEN DÜZENLEMELER

5681 yasanın ilk maddesi “durdurma ve kimlik sorma” başlığını taşıyan ve 2559 sayılı PVSK’ya 4/A maddesi olarak eklenen düzenlemedir.

1) DURDURMA ve KİMLİK SORMA: PVSK MADDE 4/A

Bu maddede polisin kişileri ve araçları durdurması, durdurma sebebine ilişkin sorular sorması ve kimlik sorma, kimliği belirlenemeyen kişilerin gözaltına alınması ve gerekirse tutuklanması halleri düzenlenmektedir.

Birinci fıkrada durdurmanın hangi amaçlarla yapılabileceği sıralanmıştır. Buna göre durdurma hem adli hem idari amaçlı olabilmektedir.

a) Bağımsız bir tedbir olarak durdurma

Gerek önleyici kolluk tedbirleri gerekse ceza muhakemesi tedbirleri göz önüne alındığında, bu değişikliğe kadar, Türk hukukunda yasa düzeyinde tek başına “durdurma” şeklinde bir tedbirin bulunmadığı ve durdurmanın daima başka bir takım tedbirlerin aracı olarak ortaya çıktığı görülmektedir⁷. Örneğin kişinin aranması, yakalanması ya da tutuklanması için “durdurma” bir zorunluluktur⁸. Bu hallerde durdurma, Anayasada öngörülen başka müdahale yöntemlerinin bir aracı olduğundan tek başına hukuka ya da Anayasaya uygunluk denetiminin konusu olmamaktadır. “Durdurma”yı ayrı bir işlem olarak ele aldığımızda ise, bunun Anayasaya uygunluğunun ayrıca denetlenmesi gerekmektedir. Bu yöndeki bir araştırmanın ilk sonucu olarak şu tespit ortaya çıkmaktadır: Anayasada “durdurma” şeklinde bağımsız bir kavram yoktur⁹. Kuşkusuz her türlü işlemin Anayasa’da tanımlanmasını aramak doğru değildir. Ancak Anayasada tanımlanan ve çerçevesi belirlenen işlemlerle aynı sonucu doğuran tedbirlerin Anayasal güvenceleri karşılması zorunludur ve bu işlemlere başka bir isim verilerek bu güvencelerin dolaşması mümkün değildir¹⁰.

⁷ Bununla birlikte, 1 Haziran 2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 27. maddesinde “**Durdurma ve kontrol işlemleri**” başlığı ile bu tedbirin ilk düzenlemesi yer almaktadır.

⁸ ALTIPARMAK – AYTAÇ – KARAHANOGULLARI – HANÇER - AYDIN, s. 122.

⁹ İbid.

¹⁰ TUNCEL, Aynur – KARAKAYA, Naim, “5681 sayılı PVSK Değişikliğinin Anayasa ve Ceza Muhakemesi İlkeleri Temelinde Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet, s. 151.

PVSK'nın 4/A maddesinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek için öncelikle bu tedbirle hangi özgürlüğün kısıtlandığı tespit edilmelidir.

b) “Durdurma”nın Anayasaya uygunluğu

PVSK'ya söz konusu Kanun değişikliği ile eklenen 4/A maddesinden yararlanarak “durdurma” tedbirini şu şekilde tanımlayabiliriz: Durdurma, bir kolluk görevlisi tarafından, bir suçun ya da kabahatin işlenmesini önlemek ya da işlenmiş olan bir suça ilişkin bilgi edinmek, aranan kişileri tespit etmek, kişilere ya da topluma yönelen tehlikeleri önlemek amacıyla, kamuya açık bir alanda hareket halinde olan veya duran bir kişinin; hal ve hareketleri, belli bir yerde bulunma sebebi, kimliği, üzerinde veya yanında bulundurduğu eşya hakkında bir açıklama istemek üzere, hareket etme kabiliyetinin sınırlandırılmasıdır¹¹. Böylece, durdurma söz konusu olduğunda, kişinin kendi iradesi dışında, polis tarafından bulunduğu yerden ayrılma, diğer bir ifadeyle hareket özgürlüğü kısıtlanmaktadır. ABD Federal Yüksek Mahkemesinin, soru sorma amacıyla durdurma (stop), üst araması (frisk) ve suç delillerinin ortaya çıkarılması amacıyla gerçekleştirilen arama arasındaki farkları ortaya koyduğu 1967 tarihli Terry v. Ohio Kararında¹² yer verdiği; “kolluğun bir kişiye yanaşarak, bulunduğu yerden uzaklaşmasına engel olmasının hürriyetinden alıkoyma (seize) anlamına geleceği” yönündeki saptaması da bu fikrimizi destekler niteliktedir¹³. Bu görüşümüzü destekleyen bir başka örnek Belçika'da kolluğun yetkilerinin düzenlendiği 5 Ağustos 1992 tarihli Polisin Görevleri Hakkında Kanununun¹⁴ 36. maddesinde yer almaktadır. Bu Kanunda önleme amaçlı yakalama ya da kimlik kontrolü için tutma gibi işlemler belli sürelerle sınırlandırılmıştır. 36. maddede bu sürelerin başlama anı; “ilgili kişilerin, bir merci ya da polis memurunun müdahalesi nedeniyle gitme ya da kalma bakımından kendi iradesine uygun davranma imkanı ortadan kalktığı zaman” olarak tespit edilmiştir. Kanundaki bu belirleme bizce son derece yerindedir.

11 “M. Bedri; Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Ankara, 2003, s.32”den nakleden: TUNCEL – KARAKAYA, s. 145.

12 U.S. Supreme Court, Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968), (Kararın İngilizce metni için bkz. http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/printer_friendly.pl?page=us/392/1.html) (07.02.2008)

13 Terry v. Ohio, s. 16.

14 La Loi sur la Fonction de Police (Kanunun Fransızca metni için bkz. http://www.juridat.be/cgi_loi/loi_a.pl) (08.02.2008)

“Kişi hürriyeti ve güvenliği” başlıklı 19. maddede **“kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun tutulamaması güvencesi”** yer almaktadır¹⁵. Bir yerden başka bir yere gidebilme, dilediğince hareket edebilme serbestisi de bu maddede belirtilen kişi özgürlüğünün bir uzantısıdır. Anayasa Mahkemesine göre bu kavram “ ... kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmamış özgürlükler alanını kapsamaktadır”¹⁶. Buna göre; “bir kimsenin başkasına zarar vermeden; istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenmesi de şüphesiz kişi hürriyeti kavramı içerisindedir”.

Kişinin kolluk tarafından durdurulmasının bu özgürlüğe bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Bunun sonucunda durdurmanın da Anayasada yer alan kişi hürriyetini sınırlandırabilme sebeplerine tabi olması zorunludur. Bu sebepler arasında ise PVSK'ya yeni eklenen 4/A maddesinde sayılan amaçların çoğu yer almamaktadır. Örneğin, 4/A maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde “*polis, kişileri ve araçları bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek ... amacıyla durdurabileceği*” düzenlenmektedir. Oysa, “*bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek*” gibi bir sınırlama sebebi 19. maddede tek başına yer almadığı gibi; **önlemenin** genel anlamda hizmet ettiği “kamu düzeni” gibi genel bir sınırlama sebebi de maddedeki özel sınırlama sebepleri arasında bulunmamaktadır¹⁷. Sonuç olarak, 4/A maddesi ile getirilen bu düzenlemenin öncelikle Anayasaya aykırılığı tespit edilmektedir. Aynı hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özgürlük ve güvenlik hakkında ilişkin 5. maddesi bakımından değerlendirildiğinde, yine “bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemenin” bu hakka müdahaleyi haklı kılacak haller arasında sayılmadığı görülmektedir.

¹⁵ TANÖR, Bülent - YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku”, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2006, s. 154.

¹⁶ AYM. 26.11.1986 tarih ve E. 1985/8, K. 1986/27 sayılı Kararı.

¹⁷ 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından dayanan 13. maddeden genel sınırlama sebepleri çıkarılmış, her hakkı düzenleyen ilgili maddede özel sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Bu değişiklik neticesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17. maddede ve kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddede “kamu düzeni” artık bir sınırlama sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Kolluğun önleme amaçlı yetkisi bakımından en önemli dayanağı olan kamu düzeni, böylece yaşam hakkı ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bakımından bir sınırlama olanağı getirmemektedir (Aynı yönde bkz. ERGÜL, Ozan – KETİZMEN, Muammer, “Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler Üzerine”, Güncel Hukuk, Ağustos 2007, s. 13).

Bu konuyla ilgili olarak, 5681 sayılı Kanunun kabulü sırasında TBMM'de yapılan tartışmalarda; "durdurma" ile sınırlanan temel hak ve hürriyetin Anayasanın 19. maddesinde öngörülen "kişi hürriyeti ve güvenliği" değil de, 23. maddede düzenlenen "yerleşme ve seyahat hürriyeti" olduğu yönünde bir görüşün ileri sürüldüğü Meclis tutanaklarından tespit edilebilmektedir¹⁸. Bu görüşe göre, 23. maddede yer alan sınırlama sebepleri arasında "kamu düzeni" de yer almaktadır ve bu nedenle PVSK'da yapılan değişiklik Anayasa ile uyum içindedir.

Durdurma ve kimlik sorma, önleyici bir tedbir olarak olayın özelliğine göre birçok hakkı etkileyebilir. "Örneğin bir toplantıya katılmayı engellemek için kasıtlı olarak durdurma önlemine başvurulması ve durdurulan kişinin toplantı süresi boyunca serbest bırakılmaması toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına müdahale olarak değerlendirilebilir."¹⁹ Bu açıdan bakıldığında, durdurma neticesinde münferit olayda kişinin seyahat özgürlüğünün kısıtlandığına hükmedilmesi de imkan dahilindedir. Ancak genel anlamda, "seyahat özgürlüğü, dolaşım, gidip-gelme, yer değiştirme ve yerleşme serbestliğini ifade eder. Arzu edilen yere "gitmek" ve "gelmek", beden özgürlüğü ile ve güvenlik"le de ilişkilidir"²⁰. Diğer bir ifadeyle kişi hürriyeti ve güvenliği aynı zamanda seyahat hürriyetinin "harekete ilişkin özünü" de içine alan daha genel nitelikte bir haktır²¹. Buna karşılık seyahatte söz konusu olan kişinin bedensel olarak hareketinden ziyade "dolaşım" hakkıdır. Seyahat hürriyeti denildiğinde, ülke içinde seyahat edebilme ya da ülke dışına çıkabilme, başka bir ülkeye gidebilme gibi, bir hedeften diğerine varma amacı taşıyan bir faaliyet söz konusu olmaktadır. Örneğin salgın hastalık nedeniyle kişinin bulunduğu ilden uzaklaşmaması halinde seyahat özgürlüğü kısıtlanmaktadır, ancak bu kişi söz konusu sınırlar içerisinde hareket özgürlüğüne yine sahiptir. "Durdurma" tedbiri ile kişinin hareket etmeye devam etmesi ya da bulunduğu yerden kendi iradesi ile ayrılması engellenmektedir ve bu anlamda kısıtlanan özgürlük bedensel hareket kabiliyetini de içeren genel anlamda kişi özgürlüğü olup, seyahat özgürlüğü değildir. Dolayısıyla sınırlama sebepleri bakımından da 23. maddeye değil, 19. maddeye başvurulması gerekecektir.

18 Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 5. Yasama Yılı, 120. Birleşim, 2 Haziran 2007 Cumartesi (<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem22/yil5/bas/b120m.htm>).

19 ALTIPARMAK – AYTAÇ – KARAHANOGULLARI – HANÇER – AYDIN, s. 121.

20 KABOĞLU, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Kitabevi Yayınları, 6. Baskı, Ankara 2002, s. 320.

21 Bu noktada, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 1986 tarihli kararındaki bazı tespitlerin de yol gösterici bir yorum olarak dikkate alınmaması mümkündür. Mahkeme, "Kişi özgürlüğü" ve "kişi güvenliği" konusunda kural getiren Anayasanın 19. maddesinin, birin-

b) “Kabahatin” işlenmesini önlemek için durdurma

Yukarıda yer verilen 4/A/1-a maddesinde, suçların yanında kabahatin işlenmesini önlemek amacıyla da polise kişileri ve araçları durdurma yetkisinin verildiği görülmektedir. Kabahatler suçlara nazaran daha hafif ihlallerdir. Bir kabahatin işlenmesi ile topluma, kişilere ya da çevreye verilecek zarar ile herhangi bir kişinin haksız yere durdurulup aranması halinde kişi güvenliği ve özel hayatın gizliliği bakımından oluşacak zarar karşılaştırıldığında, bu düzenlemenin orantılılık ilkesiyle uyumlu olmadığı ve çok sakıncalı sonuçlar doğurabileceği açıktır.

c) Yeterli şüphenin varlığı halinde arama yetkisi ve Anayasa madde 20’ye aykırılık

4/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “polis durdurduğu kişi üzerinde veya aracında silah veya tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu hususunda yeterli şüphenin varlığı halinde, kendisine veya başkalarına zarar verilmesini önlemek amacıyla yönelik gerekli tedbirleri alır. Ancak bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görülmeyen bölümlerinin açılması istenemez” biçimindeki düzenlemenin, durdurmadan sonra bazı koşulların varlığı halinde arama niteliğinde bir takım işlemlerin yapılabilmesine olanak verdiği görülmektedir. Bu hüküm, durdurmanın bağımsız bir tedbir olma niteliğini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim burada *aramanın* durdurma sırasında kullanılacak sınırlı bir yetki olduğu görülmektedir. Bu haliyle, “durdurma”, “aramaya” yönelik olarak gerçekleştirilmemekte, bunun yerine “arama”, “durdurma” sırasında şartlar oluştuğunda kullanılacak bir yetki olarak öngörülmektedir²². Böylece durdurma, arama yetkisinden bağımsız bir yetki niteliğini korumaktadır.

Her ne kadar altıncı fıkrada, polisin “gerekli tedbirleri alacağı” belirtilmek suretiyle açıkça arama sözcüğünün kullanılmasından kaçınılmaktaysa da,

ci kavramı anmakla yetinirken, kişi özgürlüğünün özel bir türü olan ikinci kavram hakkında ayrıntılara girdiğini; Anayasa Koyucunun, genel anlamdaki kişi özgürlüğü konusunda ayrıntılara inmemesini bu özgürlüğün niteliğinde aramak gerektiğini” belirtmiştir. Mahkemeye göre; “Belirtilen içeriğiyle kişi özgürlüğü, öylesine doğal ve geniş bir alanı kapsamaktadır ki, Anayasada konunun ayrıntılarıyla kurala bağlanmasına gerek görülmemiş, bu özgürlüklere kolay kolay tecavüz edilemeyeceği düşünülmüştür” (AYM. 26.11.1986 tarih ve E. 1985/8, K. 1986/27 sayılı Kararı).

²² ERGÜL – KETİZMEN, s. 15.

madde gerekçesinde söz konusu fıkra ile ilgili şu açıklamalara yer verilerek gerekli tedbirlerin “arama” olduğu açıkça belirtilmiştir: “*bu kapsamda durdurulan kişi üzerinde, giysilerinden herhangi biri çıkarılmaksızın, elle, yüzeysel olarak yoklama biçiminde bir kontrol yapılabilecektir. Bu işlemler sonucunda araçta ya da kişi üzerinde silah ya da tehlike oluşturan diğer bir eşyanın bulunduğu sonucuna varıldığında kontrol için kişinin eşyasının ve aracının görünen alanlarının aranması gerekebilir. Bu durumda **aramaya ilişkin genel hükümler uygulanmadan ve herhangi bir merciden arama izni almadan**; durdurma yetkisinin kullanılması sırasında oluşan izlenim neticesinde ortaya çıkan tehlikenin bertaraf edilmesi amacıyla arama yapılacaktır.*”

Böylece kanun hükmünde gizlenenin, gerekçede açığa vurulduğunu görülmektedir. Bu işlemlerin arama niteliğinde olduğu şüpheye yer vermeyecek ölçüde açıktır. Yukarıda “durdurma” tedbirinin niteliğiyle ilgili sözü edilen ABD Federal Yüksek Mahkemesinin Terry v. Ohio kararında konuya ilişkin çok ilginç bir saptama yer almakta ve esasında gerekçe ve Kanundaki ifadelerin ortaya koyduğu çelişkiyi tam olarak açıklamaktadır. Yüksek Mahkeme, kolluğun, kişi üzerinde silah olup olmadığı yönünde arama yapmasını, “arama” olarak nitelendirmemenin bir kelime oyunundan öteye gidemeyeceğini ifade etmiştir²³.

Bundan başka, gerekçede “*aramaya ilişkin genel hükümlerin uygulanmaması*” yönündeki yol gösterici açıklama ya da temenni doğrultusunda bir uygulama yapılmasına imkan yoktur. Çünkü arama tedbiri söz konusu olduğunda Anayasanın 20. maddesindeki “özel hayatın gizliliği” hakkının sınırlandırılmasına ilişkin kurallar devreye girmektedir. Buna göre “hakim kararı” ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde “kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri” olmadan kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranmaz. 20. maddede yer alan bu hakkın sınırlandırılması bakımından başka herhangi bir istisna öngörülmediğinden gerekçede belirtildiği gibi “aramaya ilişkin genel kurallara uyulmaksızın” 4/A maddesinin altıncı fıkrasına göre gerçekleştirilecek her türlü işlem Anayasaya aykırı hale gelecektir.

Bundan başka, maddede özel hayatın gizliliğinin sınırlandırılması sebepleri arasında “bir suçun işlenmesini önlemek” yer alsa da “kabahatin işlenmesini” önlemek amacı bulunmamaktadır. Yine AİHS'nin 8. Maddesinde özel hayatın gizliliğine müdahaleyi haklı gösterebilecek sebepler arasında yalnızca

²³ Terry v. Ohio, s. 29 - 30.

“suç işlenmesinin önlenmesi” yer almaktadır. Sonuç olarak, “kabahatin” şeklindeki ifadenin maddeden çıkarılması gerekmektedir. Aksi halde hafif ihlaller bakımından polisin tamamen öznel bir değerlendirmeye dayanan şüphesi müdahale için yeterli sayılacaktır ve hem Anayasanın 20/2. maddesine hem de AİHS’ne aykırı bir düzenleme ile karşı karşıya kalınacaktır.

d) Makul sebep – makul şüphe kavramları

4/A maddesinin ikinci fıkrasında “durdurma yetkisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerektiği” belirtilerek, polisin durdurma ve kimlik sorma yetkilerinin dayandırıldığı *şüphenin* de son derece öznel bir çerçeve içine yerleştirildiği görülmektedir. Öncelikle burada kullanılan “**makul sebep**” kavramı değerlendirilmelidir. Bu kavrama ilk kez bu yeni düzenleme ile başvurulduğunu tespit etmekteyiz. Hukukumuzda gerek ceza muhakemesi gerekse önleme amaçlı tedbirler alanında “**makul şüphe**” genellikle başvuru ve yerleşmiş bir tabirdir. Hatta, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 6. maddesinde makul şüphenin tanımına yer verilmiştir. Buna göre, hayatın olağan akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe söz konusudur ve bu şüphenin somut olgulara dayanması aranır. Makul şüphe, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da yer verilen bir kavramdır ve Mahkeme makul şüphenin; objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli emare ve bilgilerin varlığına işaret etmesi gerektiğini belirterek, “makul” nitelemesinde somut olaya has koşulların tamamının göz önünde tutulacağını kabul etmiştir²⁴. Kişinin özgürlüğünün keyfi kısıtlamasına bir güvence olarak getirildiğinden, burada “**objektiflik**” bir kez daha vurgulanmalıdır. Bu tablo da göz önüne alındığında, 4/A maddesinin ikinci fıkrasında polisin durdurma ve kimlik sorma yetkisini kullanması için “**makul şüphe**” yerine “**makul sebep**” kavramının tercih edilmesinin nedeni anlaşılmamaktadır. Bununla birlikte, makul sebebin objektif kriterlerle belirlenmesi ihtimalinde doğabilecek sakıncaların büyük ölçüde bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir. Ancak kanundaki düzenleme bu ihtimali tamamiyle ortadan kaldırmaktadır. Çünkü aynı fıkrada makul sebebin tespiti tamamıyla öznel bir kritere dayandırılmaktadır. Buna göre; “*durdurma yet-*

²⁴ Case of Murray v. United Kingdom, App. No. 14310/88, 28.10.2008, par. 63 ve par. 57; Case of Brogan and Others v. United Kingdom, Application no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/8, 29.11.1988, par. 53; Affaire Wloch c. Pologne, App. No. 27785/95, 19.10.2000, par. 108; Çelik ve Yıldız / Türkiye, Başvuru no. 51479/99, 10.11.2005, par. 20, 21; Berktaş / Türkiye, Başvuru no. 22493/93, 01.03.2001, par. 199.

kisinin kullanılabilmesi için polisin tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunması gerekir". Makul sebep, polisin neredeyse **hislerinden** yola çıkılarak tanımlanmaktadır. Bu düzenleme son derece sübjektif ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir. Kaldı ki, ortak bir makul sebep tanımından bahsedilmesi mümkün değildir. Örneğin tecrübeli bir polis memuru ile yeni mezun olmuş bir görevli açısından bu makulluk çok farklı noktalarda olabilecektir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bir kararında, yargı güvencesi dışında polisin öznel ölçütlere dayalı değerlendirilmesine bağlı olarak kişinin hareket özgürlüğünün kısıtlanmasının, Anayasanın 19. maddesiyle bağdaşmayacağını belirtmiştir²⁵.

Durdurma ve kimlik sorma yetkisinin hangi amaçlarla kullanılabileceğini düzenleyen 4/A/1. maddeye bakıldığında, bu tedbirlerin hem adli hem önleme amaçlı uygulanabileceği tespit edilmektedir. Özellikle önleme amaçlı olarak bu tedbirlere başvurulması halinde, yetkinin çerçevesinin daha kesin sınırlarla çizilmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Bir suç işlendiği şüphesinin söz konusu olduğu CMK 116'da (şüpheli veya sanıkla ilgili arama) makul şüphe arandığı; CMK 117'de (diğer kişilerle ilgili arama) ise "suç delillerinin burada bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığının" şart koşulduğu bir sistemde, henüz böyle bir suç şüphesinin olmadığı haller için bu derece sübjektif bir değerlendirmeyle hareket etmenin yeri olmamalıdır.

Sonuç olarak maddenin ikinci fıkrasında makul sebep yerine; "makul şüphe" ya da "yeterli şüphe" kavramları tercih edilerek mevzuat ve yerleşik uygulamadan uzaklaşmamak gerektiği kanaatindeyiz. Kanundaki kavram CMK ile çelişmese de ortada **suç şüphesi bile yokken** çok genişletici bir uygulamayı beraberinde getirme tehlikesini içermektedir.

e) Muhtemel tehlike kavramı

Durdurmanın amaçları arasında "*kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek*" de belirtilmiştir. Mevcut tehlikenin önlenmesi amacıyla bu tedbire başvurulması bakımından bir sorun yoktur ama "muhtemel tehlike"den ne anlaşılması gerektiği irdelenmelidir. Tehlike "istenmeyen ama gerçekleşme olasılığı bulunan kötü durum" olarak tanımlandığından²⁶, diğer

²⁵ AYM. 26.11.1986 tarih ve E. 1985/8, K. 1986/27 sayılı Kararı.

²⁶ PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali, Türkçe Sözlük, Can Yayınları, İstanbul, 2006, s.1676

bir ifadeyle bir zarar doğması ihtimalini belirttiğinden, muhtemel olmayı da kendiliğinden içermektedir. Durdurma ve kimlik sorma tedbirinin amaçları arasına bir de son derece muğlak olan muhtemel tehlike kavramını yerleştirmek bizce büyük sakıncalar doğuracaktır. Üstelik bu kavramın bir de polisin “içinde bulunduğu durumdan edindiği izlenim” ile birleşeceği düşünülürse, değerlendirmenin daha da sübjektif hale geleceği açıktır. Bunun yerine daha kesin bir ifade olan “gerçekleşmesi muhakkak” denilmesi tercih edilmeli ya da bu ifade tamamen madde metninden çıkarılmalıdır.

f) Polisin durdurduğu kişilere soru sorma yetkisi

Madde 4/A fıkra 3’e göre; “*polis durdurduğu kişiye durdurma sebebini bildirir ve durdurma işlemine ilişkin sorular sorabilir; kimliğini veya bulunduğu yerini gerekli diğer belgelerin ibrazını isteyebilir*”. Bu fıkra ile polise, durdurma işleminin amacına göre herhangi bir ayırım yapılmaksızın durdurduğu kişiye soru sorabilme yetkisi tanınmaktadır. Polisin soruları ile karşı karşıya kalan, özellikle de yakalanmaktan korkan kişiler, kendilerini sorulan sorulara cevap vermek zorunda hissedeceklerdir²⁷. Bu yetki, PVSK madde 16’ya göre “*polis görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kırarak ölçüde zor kullanma yetkisi*” ile birlikte düşünüldüğünde, bu düzenlemenin kişileri kendileri ya da yakınları aleyhine beyanda bulunmaya zorlama etkisi doğurabileceği açıktır ve bu haliyle Anayasa madde 38’e aykırılık söz konusu olacaktır. Bu sakıncanın bertaraf edilmesi için, kişilere “kimliği haricinde sorulan sorulara cevap vermek zorunda olmadıkları” hatırlatılmak zorundadır. Sonuç olarak bu yönde bir düzenlemenin üçüncü fıkraya eklenmek zorunda olduğu kanaatindeyiz.

g) Kimlik sorma

4/A maddesinin 8. fıkrasına göre; “*polis görevini yerine getirirken, kendisinin polis olduğunu belirleyen belgeyi gösterdikten sonra, kişilere kimliğini sorabilir. Bu kişilere kimliğini ispatlamaları hususunda gerekli kolaylık gösterilir*”. Öncelikle polisin kimliğini göstermesi zorunluluğunun maddedeki yeri, durdurmadan hemen sonra olacak şekilde değiştirilmelidir.

Bu düzenlemeyi izleyen 9. fıkarda “*belgesinin bulunmaması, açıklamada bulunmaktan kaçınması veya gerçeğe aykırı beyanda bulunması dolayısıyla ya da sair surette kimliği belirlenemeyen kişi tutularak durumdan derhal Cum-*

²⁷ TUNCEL – KARAKAYA, s. 153.

huriyet savcısı haberdar edilir. Bu kişi, kimliği açık bir şekilde anlaşılncaya kadar gözaltına alınır ve gerekirse tutuklanır.” denilmek suretiyle tutuklama sebeplerine bir yenisi eklenmiştir.

İlk olarak, kişinin “açıklamada bulunmaktan kaçınması” nedeniyle ve *Cumhuriyet Savcısının derhal haberdar edilmesi suretiyle* tutulması doğru değildir. Bir suç şüphesi nedeniyle şüpheli ya da sanığın ifadesinin alınması ya da sorgusu sırasında dahi açıklamada bulunmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.

Ayrıca son cümlede, gözaltına ve tutuklamaya **karar verme yetkisi** ve **usulü** bakımından CMK hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu durumda CMK madde 91/2. fıkra (“*gözaltına almanın, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediğini düşündürebilecek emarelerin varlığına bağlı olması*”) veya madde 91/5. fıkra (“*aynı fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve C.S.’nin kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işleminin yapılamaması*”) hükümlerinin uygulama alanları bulunmayacaktır. Değişiklik gerekçesinde “aranan kişilerden olup olmadığı anlaşılncaya ve gerçek kimliği belirleninceye kadar gözaltına alınma”dan bahsedilmektedir. Bu ifadeden CMK’da gözaltı süresinin sınırı olarak belirtilen 24 saatlik ve 3 günlük süre sınırlarının bu atfın dışında kalacağı sonucu çıkarılabilecektir. Bununla birlikte gerekçenin devamında gözaltına alma süresinin dolmasına kadar kimliği açık şekilde anlaşılammışsa kişinin tutuklanacağı da belirtilmektedir. Kanaatimizce bu açıklama, kimliğin tespit edilememesi nedeniyle gözaltına alınan kişi bakımından CMK’da belirtilen sürelerin uygulanmasını sağlayabilecek niteliktedir. Ancak herhangi bir karışıklığa meydan vermemek bakımından bu hususun madde metninden anlaşılacak şekilde kesin bir dille kaleme alınması daha yerinde olurdu.

9. fıkroda yer verilen “*gerekirse tutuklanır*” şeklindeki ifadenin son derece tehlikeli sonuçları olabilir. Tutuklamanın gerekli olup olmadığının hangi kriterlere göre belirleneceği açık değildir. 4/A/9. maddenin son cümlesinde tutuklamaya karar vermek yetkisi ve usulü bakımından CMK’nın ilgili maddelerine atıf yapılmıştır. Bu atfın tam olarak neleri içerdiğini tespit etmek de güçtür. Ancak her koşulda, bunun tutuklama nedenleri başlıklı 100. maddeyi dışarıda bırakan bir atıf olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde 100/1. maddeye göre “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması*” aranmayacaktır. Yine “*işin öneminin verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez*” şeklindeki hüküm de uygulama yeri bulmayacaktır.

Söz konusu dokuzuncu fıkranın gerekçesinde “gözaltına alma süresinin dolmasına kadar kimliği açık şekilde anlaşılamamışsa tutuklanacağından” bahsedildiğine göre, kişinin **kimliği belirlenene kadar tutuklu kalması** gibi bir sonuç daha ortaya çıkacaktır ki bunun **süresi de hiçbir zaman belli olmayacaktır**. Bunun yerine kimliği tespit edilemeyen kişinin “bir suç şüphesi nedeniyle aranan kişilerden olduğunu gösteren olguların varlığı” koşuluna bağlı olarak, hakim önüne çıkarılıncaya kadar CMK’daki sürelerle uygun şekilde gözaltına alınması ile yetinilmesi daha doğru olurdu. CMK 100. maddede belirtildiği gibi “*kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların*” ve “*bir tutuklama nedeninin*” bulunması halinde yine de hakimın takdirine bırakılan, kişi hürriyetine ağır bir müdahale teşkil eden bir tedbirin bu kadar kolay uygulanmasına imkan verilmesi anlaşılamamaktadır. Kimliğinin belirlenememesi şeklindeki neden bir tutuklama nedeni olarak düzenlenmemelidir.

Kişinin kimliğinin tespit edilememesi nedeniyle tutulması mukayeseli hukukta da kimi ülkelerde rastlanan bir tedbirdir. Ancak bu örneklerde gerekli güvencelere ve özellikle süre sınırlarına yer verilmektedir. Örneğin Fransa’da, Ceza Usul Yasasının 78-3. maddesine göre kişi kimliğini ispat etmeyi reddederse veya ispat edemezse, tespit için polis merkezine götürülür. Savcıya ve kural olarak istediği bir yakınına haber verilir. Çocuklar için ise özel düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeple tutma süresi 4 saati geçemez ve bu süre yasanın 78-4. maddesi uyarınca gözaltından düşülür. Belçika’da, Polisin Görevine İlişkin Kanununun 34. maddesine göre; kimliğini göstermeyi reddeden ya da kimliğini ispat etmesi mümkün olmayanlar ya da kimliği hakkında şüpheler oluşan kişiler, bu işlem gerçekleştirilene kadar tutulurlar. Her koşulda, ilgili, bu amaçla 12 saatten daha uzun süre tutulamaz. Bu nedenle tutulan her kişi hakkında yapılan işlem kayıt altına alınır. Bu kayıt giriş ve çıkışta ilgili tarafından imzalanmalı ve imzadan kaçınma halinde gerekçe belirtilmelidir.

PVSK’nın 4/A/10. maddesine göre, kimliğinin tespiti amacıyla tutulan kişinin **talebi halinde** bu amaçla tutulduğuna ve tutulma süresine dair bir belge verileceği belirtilmiştir. Tutanak imkanının istek halinde devreye girmesi, hükmün hiç uygulanmaması sonucunu doğuracaktır²⁸. Çoğu olayda, tedbire maruz kalan kişinin, böyle bir talepte bulunma hakkı olduğundan haberi dahi olmayacaktır.

²⁸ YURTCAN, Erdener, PVSK Değişikliğine Dair Birkaç Not, Güncel Hukuk, Ağustos 2007, s. 20.

h) Tutulan kişinin yakınlarına haber verilmesi

PVSK madde 4/A, 9. Fıkranın son cümlesindeki gözaltına almaya ve tutuklamaya karar verme yetkisi ve usulü bakımından yapılan atfın CMK 95'teki "yakalanan veya gözaltına alınanın durumunun yakınlarına bildirilmesi" düzenlemesini de içerecek şekilde yorumlamak oldukça güçtür. Kişinin durumunun bir yakınına ya da belirlediği bir kişiye gecikmeksizin haber verilmesi yönünde bir güvencenin bulunmayışı büyük bir eksikliktir. Bu hakkın Anayasanın 19/6. maddesinde yakalanan ve tutuklanan kişiler bakımından güvence altına alınmış olması karşısında, aynı sonucu doğuran 4/A/9. maddenin Anayasayla uyum içinde olmadığı da tespit edilmelidir.

i) Durdurma tedbirine direnme

4/A maddesi ile ilgili olarak bir diğer tehlike yine 5681 sayılı Kanunla getirilen yeni 16. Madde karşısında ortaya çıkmaktadır. 16. Maddenin birinci fıkrasına göre "*Polisin görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direniş kırma amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanma yetkisi*" bulunmaktadır. Bu durumda, makul bir sebebe dayanılarak yapılan durdurma işlemi sırasında, kişilerin durmak istememesi ya da kaçmaları halinde, kolluk, PVSK madde 16/1 uyarınca zor ve gerekirse silah kullanabilecektir. Bu nedenle kişilerin yaşam hakkı da tehlikeye girebilecektir.

**2) PARMAK İZİ VE FOTOĞRAFLARIN KAYDA ALINMASI:
PVSK MADDE 5****a) Kapsamdaki kişiler**

Yasanın 2.maddesi, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun 5.maddesini değiştirmekte ve polisin, hangi hallerde, kimlerden parmak izi ve fotoğraf alacağını ve saklayacağını, usulünü düzenlemektedir. Söz konusu işlemlere tabi tutulacak kişiler bentler halinde sayılmıştır. Daha ilk bakışta, gerçekten çok geniş bir kitlenin kapsama alındığı görülmektedir. Basit bir araştırma yaptığımızda şu verilere ulaşabilmek olanaklıdır: Türkiye'de bulundurma ve taşıma dahil yaklaşık 600.000'den fazla kişinin silah ruhsatı²⁹, 17.000.000'dan fazla kişinin sürücü belgesi³⁰ ve çok sayıda kişinin de pasa-

29 www.savaskarsitlari.org

30 www.basbakanlik.gov.tr

portu bulunmaktadır³¹. Aynı şekilde halen 180.000 kadar polis³² ve yaklaşık 300.000 kadar özel güvenlik görevlisi³³ istihdam edilmektedir. Keza sadece 2007 yılında 23.000.000'dan fazla yabancı ülkemize giriş yapmıştır³⁴ ve 2006 yılında 186.000 kişi gözaltına alınmıştır³⁵.

Kısacası ülke nüfusunun önemli bir kesimi ve hatta gelen yabancıların ortada herhangi bir suç şüphesi yokken parmak izlerinin ve fotoğraflarının alınmasını ve saklanmasını öngören bir düzenleme yer almaktadır³⁶. Listenin kapsamının genişliği elbette akla öncelikle ölçülülük ilkesine aykırılığı ve her ne kadar Gerekeçe'de aksi de söylene "fişleme" iddialarını getirmektedir. Yukarıdaki verilerin de ışığında sayılan kişi grupları incelendiğinde temel hak ve özgürlüklerle ilgili ciddi sorunların yaşanacağı açıktır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişinin polis tarafından fotoğrafının çekilmesini 8. maddede anlamında özel hayata müdahale olarak kabul etmiştir³⁷. Keza benzer biçimde, 18 Mart 1981 tarihli McVegih, O'Neill ve Evans-Birleşik Krallık davasında da Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, parmak izi ve fotoğraflarla ilgili kayıtların saklanmasını 8.madde kapsamında değerlendirmiştir³⁸.

Öncelikle ilk bentteki "gönüllü" kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Makul olarak, bir kişinin güvenlik güçlerine, parmak izini vermek için başvurması düşünülemeyeceğine göre ve madde, gerekçe ile birlikte okunduğunda³⁹, aslında kastedilenin "parmak izi vermeye istekli" kişi olduğu bir başka deyişle "rıza ile parmak izinin verilmesinin" söz konusu olduğu açıktır. Ancak burada yapılan ciddi hukuki bir hata vardır. 24.5.2003 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin "Rıza ile arama" başlıklı 9.maddesinin yürütmesini Danıştay 10.Dairesi, 21.11.2003 ve 2003/3396 esas sayılı kararı ile durdurmuştur. Gerekeçesinde Anayasanın 12, 20 ve 21.maddelerine dayanan 10. Daire, temel

31 İnternetteki tüm aramalarımıza rağmen, Türkiye'de pasaport sahibi kişi sayısını saptayamadık. Ama milyonlarca olduğunu tahmin etmek zor olmasa gerek.

32 haber.supermp3.org

33 www.ozelguvenlikciler.com

34 www.haberler.com

35 www.egm.gov.tr

36 Kasım 2007 tarihinden itibaren İngiltere ve Japonya'nın, vize talebinde bulunan ve ülkeye giriş yapan tüm yabancıların parmak izini almaya başladığı da burada hatırlatılmalıdır.

37 Murray-Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994

38 KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hakkına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Strasbourg, 2001

39 ERGÜL – KETİZMEN, s.17

hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağını Anayasada açıkça belirlendiğini, rıza ile bile olsa, bunun dışında bir sınırlamanın hukuki olmayacağını belirtmiştir. Ayrıca 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmeliğin “rıza ile arama” konusundaki ilgili düzenlemelerinin yürürlüğü Danıştay 10. Dairesi tarafından 19 Ocak 2006 tarihli kararlarla durdurulmuş ve 13 Mart 2007 tarihli kararlarla da iptal edilmiştir. Dolayısıyla bu kararların ışığında düşünüldüğünde, eğer somut olayda Anayasaya da uymak kaydıyla, nesnel yasal kurların öngördüğü koşullar gerçekleşmediyse kişinin, rızası olsa da, parmak izi alınmaz. Aksi bir düzenleme Anayasaya aykırılık oluşturur.

Öte yandan diğer sayılan grupların da nasıl belirlendiği gerekçede açıklanmamıştır. Ancak silah ruhsatı, sürücü belgesi, pasaport veya pasaport yerine geçen belge almak için başvuruda bulunanların hepsinden, polislerden ve özel güvenlik görevlilerinden parmak izi ve fotoğraf alıp arşivlenmesi, ülkede yaşayanların çok ciddi bir kesimini “potansiyel şüpheli” haline getirdiğini iddia etmek abartılı olmayacaktır.

Aynı şekilde Türk vatandaşlığına başvuran herkesin de parmak izinin ve fotoğrafının alınıp saklanması da bu kez Türk vatandaşlığını talep eden her yabancıyı “potansiyel şüpheli” olarak görmek anlamına gelecektir. Buna ek olarak, “d” bendine göre ülkeye giriş yapan “sair yabancı” da bu işlemlere tabi tutulabilecektir. Tek ölçüt “gerekli görülmesi”dir ve bunu açıklayan, somutlaştıran bir kural da yoktur. Acaba kişinin rengi, dini, dili, ırkı, milliyeti, konuşması, karakteri, tavrı...vb. özellikleri uygulama için bir sebep teşkil edecek midir? Bu gibi hallerde ortaya çıkabilecek ayrımcılık, ve belki de, kötü muamele iddialarının engellenmesi nasıl sağlanacaktır? Zira düzenlemeye bakıldığında sadece ilgili görevlinin öznel yaklaşımı ve anlayışı çerçevesinde maddenin uygulanacağı açıktır.

b) Gözaltına alınanlardaki ikilem

Ek olarak “e” bendi ile gözaltına alınan tüm kişilerin parmak izi-fotoğraf uygulamasına tabi olması kuralı getirilmiştir. Oysa daha 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun “Fiziki Kimliğin Tespiti” başlıklı 81. maddesinde ancak belli şartların varlığı halinde şüpheli veya sanığın parmak ve avuç izi, fotoğraf, beden ölçüsü, sesi, görüntüleri ve teşhisi kolaylaştıracak özelliklerinin kayda alınabileceği belirtilmektedir. Buna göre üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezası öngörülen bir suçun söz konusu olması, işlemin kimlik teşhisi için gerekli olması ve Cumhuriyet savcısının emri gerekmektedir. Görüldüğü gibi Ceza Muhake-

mesi Kanunu parmak izi, fotoğraf ve benzeri işlemleri sadece bazı suçlar için ve gerekli olması halinde kabul etmiştir. Hatta öğretide, 81. madde ile Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun önceki 5. maddesinin örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı savunulmuştur⁴⁰. Fakat şimdi söz konusu 5. madde değişmiş ve CMK m.81/1'e göre daha geniş bir içeriğe sahip olmuştur. Acaba şimdi de CMK m.81/1'in yürürlükten kalktığı iddia edilebilir mi?

CMK m. 81/1 tek başına düşünüldüğünde şöyle bir sonuca varmak gerekecektir: parmak izinin ve fotoğrafın alınması ve saklanması söz konusu olduğunda daha yeni bir düzenleme olan PYSK m. 5 uygulanacak ve suçlarla ilgili bir kısıtlama olmaksızın ve Cumhuriyet savcısının ayrıca emri gereksiz gözüktüğüne alınan herkesin parmak izi ve fotoğrafı alınıp saklanacaktır. Zaten incelemekte olduğumuz maddenin 4. fıkrası da CMK m. 81/1'e göre alınacak parmak izi ve fotoğrafların aynı sisteme kaydedileceğini belirtmektedir. Ancak ses, görüntü, beden ölçüleri, avuç içi izi alınması gibi diğer işlemler için ise özel düzenleme olan CMK m. 81/1 uygulanacaktır.

Fakat asıl sorun 81. maddenin 2. fıkrası dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Zira adı geçen düzenleme; kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesinden sonra, ilk fıkra uyarınca elde edilen kayıtların cumhuriyet savcısının huzurunda derhal imha edileceğini söylemektedir. Oysa PYSK m. 5'te buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Eğer yukarıda yaptığımız ayrımı dikkate alırsak, m.81/2'de sayılan hallerde parmak izi ve fotoğraflarla ilgili kayıtlar saklanmaya devam edecek ve fakat diğer kayıtlar derhal imha edilecektir. Böyle bir uygulamanın CMK m. 81'in getirilme amacına ne kadar hizmet edeceği ve ne kadar hukuki olacağı da tartışmalıdır.

c) Kayıt sistemi “fişleme” mi?

Düzenlemede “fişleme” iddialarını asıl kuvvetlendiren ise saklama usulüdür. Öncelikle yukarıda sayılan tüm kişilerden alınan parmak izi ve fotoğrafların, CMK m.81 uyarınca suç şüphesi altındaki şüpheli ve sanıklardan alınanlarla ve de 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 21.maddesi uyarınca tutuklularla, suçluluğu kanıtlanmış mahkûmlardan alınanlarla aynı sisteme, ayırt edilmeksizin, birlikte kaydedilmesinin yeni 5. maddenin 4. fıkrasının bir gereği olduğu unutulmamalıdır ve

⁴⁰ CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4.Bası, İstanbul 2006, s.128; TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, Ankara, 2006, s.303

kaydedilme sebebi de ikinci fıkra uyarınca belirtilmeyecektir. Gerekeceği böylece fişleme iddialarının önüne geçildiği söylenmektedir. Oysa gerçek bunun tam tersidir. Zira gayet hukuka uygun bir şekilde sürücü belgesi veya pasaport isteyen kişinin parmak izi, bir suç işlediği şüphesiyle yargılanan kişinin ve hatta suç işlediği sabit olan ve bu yüzden cezaevine gönderilen kişinin de parmak izi aynı sistemde hiçbir farklılık gözetilmeksizin bulunacaktır. Öğretide, bizatihi kayıt işleminin Anayasanın 38/4. maddesinde korunan “suçsuzluk karinesine” de aykırı olduğu ve tüm taramalarda kişinin suçlu muamelesi göreceği ileri sürülmektedir⁴¹.

Buna ek olarak kaydedilen veriler ancak kişinin ölümünden 10 yıl sonra ve her halde kayıt tarihinden itibaren 80 yıl içerisinde silinecektir (10. fıkra), süredeki inanılmaz uzunluk “fişleme” iddialarını daha da güçlendirmektedir. Örneğin Fransa’daki 8 Nisan 1987 tarihli ve 87-249 sayılı Kararname uyarınca hem kişinin bilgileri ve alınış sebebi açıkça yazmakta hem de silinme süresi en fazla 25 yıl olmaktadır. Ayrıca kişinin başvuru hakkı ve ret halinde itiraz hakkı bulunmaktadır⁴². Keza 1984 tarihli İngiliz Polis ve Delil Yasası kapsamında 31 Aralık 2005 tarihinde yürürlüğe giren ve “kişilerin kimliğinin polis memurları tarafından belirlenmesine” ilişkin düzenleme getiren “Code of Practice for the Identification of Persons by Police Officers” parmak izi ile kimlik saptama yönteminin; parmak izini suç mahallinde bulunanlarla karşılaştırmak, belirtileri kanıtlamak ve kişinin kimliğini saptamak için yapılabileceğini düzenlemektedir. Yine aynı yasaya göre yakalanan kişilerin fotoğraflarının çekilip kaydedilmesi, bir suçtan aranıyorlarsa ve kefaleti ödeyemezlerse mümkündür ve parmak izi alınırken kişiye sebebi ve gerekçeleri hakkında bilgi verilir⁴³. İdari kolluğun, soruşturma çerçevesinde ve soruşturma dışında adli kolluğun topladığı kişisel verilerin zorunlu olarak ayrı ayrı kaydedildiği⁴⁴ İsviçre’de de ilgili kişiye hakkındaki verilerin düzeltilmesi için başvuru ve itiraz hakları tanınmıştır⁴⁵. Oysa Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 5’teki düzenlemede herhangi bir başvuru veya düzeltme hakkı öngörülmemiştir. Genel düzenleme olması nedeniyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunundaki idari başvuru ve dava yöntemi işletilebilir zira söz konusu olan klasik anlamda bir idari makamdır.

41 TUNCEL – KARAKAYA, s.158

42 www.legifrance.gouv.fr

43 www.opsi.gov.uk

44 www.admin.ch, İç Güvenliğin Korunmasına Yönelik Önlemler Alınmasına Dair Federal Yasa m.15/4

45 Aynı yasa m.18

Maddeyle ilgili diğer bir sıkıntı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kişisel verilerin kaydedilmesi konusunda koyduğu güvencelerin tam olarak sağlanmamasıdır. Strasbourg Mahkemesi kişisel verilerin saklanması onay vermekle beraber gerekli güvencelerin sağlanmasını talep etmektedir. En önemli güvence yargısal denetimdir, zira Mahkeme'nin deyimiyle “yargı; bağımsızlık, tarafsızlık ve hukukilik güvencelerini en iyi şekilde sağlar”⁴⁶. Nitekim Fransa’da kayıtların tutulduğu sistem, merkezin bulunduğu yer istinaf mahkemesinin başsavcısının denetimi altındadır⁴⁷ (2006 yılına kadar Paris İstinaf Mahkemesi Başsavcısı yetkili idi). Benzer biçimde Belçika’da verilerin işlenmesi konusunda özel bir denetim organı kurulmuştur ve başkanı, Federal Savcılıktan bağımsız, İçişleri ve Adalet Bakanlarınca atanan bir yargıç/savcıdır (*magistrat*)⁴⁸. Benzer şekilde İsviçre’de de Bakanlar Kurulu tarafından atanan ve fakat yasal düzeyde bağımsızlığı korunan, ayrı bütçesi olan Federal Veri Koruma ve Saydamlık Görevlisi, yapılan başvuruları alıp değerlendirmektedir. Onun kararına karşı da Federal İdare Mahkemesi Başkanı’na başvurulabilmektedir. Oysa Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun 5. maddesinde sadece “amaca özgü sistem”den söz edilmektedir (2. fıkra). Ayrıca sistemde yer alan bilgilerin, kimlik tespiti, suçun önlenmesi veya yürütülmekte olan soruşturma ve kovuşturma kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkeme, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve kolluk tarafından kullanılabilmesi belirtilmektedir (6. fıkra).

Gereğince Türkiye’nin de imzaladığı ve fakat henüz onaylamadığı 1981 tarihli Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 5.maddesine atıf yapılmaktadır⁴⁹. Dolayısıyla sayılanlar dışındaki kişilerin verileri elde etmesi veya başka bir amaçla verilerin elde edilmesi söz konusu olursa 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 136. maddesinde tanımlanan verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu oluşabilecektir. Zaten 8. ve 9. fıkralarda da bilgilerden kimlerin ne amaçla yararlandığını denetleyebilecek bir özel güvenlik sisteminin kurulacağı ve kayıtların gizli olup belirlenen amaçlar dışında kullanılmayacağı kural altına alınmıştır. Ancak Avrupa’daki örneklerde olduğu gibi kayıtları bağımsız ve tercihen bir yargıcın denetimindeki bir kurumun bünyesinde toplamanın AİHM içtihadına daha uygun ve daha güvenli olduğunu, var olan düzenlemenin yeterli olmadığını, kişilerin

46 Leander-İsveç, 26.3.1987; Rotaru-Romanya, 4.5.2000

47 Yukarıda belirtilen kararname m.7/1

48 Polisini Görevleri Hakkında Kanun m.44/7

49 Madde 5/b:Otomatik işleme tabi tutulan kişisel veriler (...) belirli ve meşru amaçlarla saklanmalı ve bu amaçlarla uygun olmayan biçimde kullanılmamalıdır

birçok durumda güvencesiz kalmasına yol açabileceğini kabul etmek gereklidir. Bazı yazarlar kayıt sisteminin Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmasını ve yargıç kararı olmadan bu bilgilere ulaşımın engellenmesini önermektedirler⁵⁰. Adalet Bakanlığı yerine bağımsız bir kurumun daha uygun bir tercih olduğunda ısrar etmekle beraber yargıç kararının son derece yerinde bir güvence olduğu görüşündeyiz.

d) Uygulamaya direnme

Son olarak sorulabilecek soru ilgili kişinin parmak izi veya fotoğraf vermeyi reddetmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacağıdır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza soruşturması kapsamında, zorla da olsa, DNA testi için kan, doku veya idrar örneği alınmasını Sözleşmenin 6. maddesince korunan aleyhine delil sağlanmaya zorlanma yasağına girmediğine karar vermiştir⁵¹. Fransa Ceza Usul Yasasının 78-5. maddesine göre söz konusu direnmenin cezası 3 aya kadar hapis ve 3750 euro para cezasıdır. Belçika'da zor kullanma ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır (m.37). İngiltere'de kural olarak kişinin onayı aranırken, bazı hallerde onay gerekmemektedir. Örneğin, fotoğraf söz konusu ise kişinin bir suçtan aranıyor olması ve kefaleti ödeyememesi gerekmektedir. Öte yandan yakın olabilecek bir düzenleme olması bakımından Alman yasaları kişinin sağlığını tehlikeye düşürmüyorsa zorla vücuttan örnek alınmasına (Stpo m.81), Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi de yine tehlike yoksa zorlamaya izin vermektedir (Schmerber v. California, 1966)⁵². Türkiye'de ise Türk Ceza Kanununun 265.maddesindeki görevi yaptırmamak için direnme suçu akla gelebilirse de burada söz konusu olan aktif direnmedir, zira suçun maddi unsuru "cebir veya tehdittir". Oysa tartışılan durumda pasif direnme söz konusudur ve bu halde polisin ne aşamaya kadar zor kullanabileceği ve hatta yeni düzenleme düşünüldüğünde (madde 16) silah kullanıp kullanamayacağı ciddi bir sorundur.

Öğretide, yukarıda açıklanan düzenlemenin "sadece parmak izi ve fotoğraf la yetinmesinin ihtiyacı karşılamaktan uzak olduğu" savunulmakta⁵³ oldu-

⁵⁰ ERYILMAZ, Bedri, 5681 sayılı Kanunu ile Polis Vazife ve Selahiyet Kanunundaki Değişiklikler Sonrası Oluşan Yeni Durum, Bir Adım İleri İki Adım Geri, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl 4 Sayı 11, 2007, s.104

⁵¹ Saunders-Birleşik Krallık, 17.12.1996; Tirado Ortiz ve Lozano Manti-İspanya, 15.6.1999

⁵² PRADEL, Jean, Droit pénal comparé, 2e éd., Paris, 2002, s.528-532

⁵³ ÖZTÜRK Bahri – ERDEM M.Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11.Bası, Ankara, 2007, s.625

ğu gibi maddenin suçludan delile değil, delilden suçluya anlayışının teknolojinin de yardımıyla yasallaştırılması olduğu da belirtilmektedir⁵⁴.

3) ÖNLEME ARAMASI: PVSK MADDE 9

Bu madde ile suç işlenmesinden sonra yapılan ve Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen “adli aramaya” ek olarak “tehlike” ve “suç” işlenmesini önlemek amacıyla yapılacak aramanın usulü, içeriği ve nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Bir başka deyişle polisin adli kolluk değilken ve fakat idari kollukken yapacağı arama işleminden söz edilmektedir. Yargıç kararı ile önleme araması kurumu hukukumuzda ilk kez 2002 yılındaki 4771 sayılı yasayla girmiştir⁵⁵.

a) Önleme aramasının nedenleri

Maddenin 4771 sayılı yasayla değişik önceki halinde Anayasa m. 20/2 ile uyumlu biçimde önleme araması yapılacak haller tek tek sayılmışken, mevcut düzenlemede bundan vazgeçilmiş ve sadece iki hal belirtilmiştir: tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi. İkinci hal, ilgili Anayasa maddesinde de bulunduğu ve amacın meşruluğu düşünüldüğünde Anayasaya uygundur. Ancak asıl sorun birinci halde yatmaktadır, zira tehlike, belirtilen Anayasa maddesinde bulunmadığı gibi son derece geniştir. Gerekçe sadece fıkraı tekrar etmekle yetindiğinden bir fikir vermektan uzaktır. Sözlük anlamı olarak ise tehlike; “büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum” ve “gerçekleşme ihtimali bulunan ve fakat istenmeyen durum”⁵⁶ olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla bir büyük terör saldırısı olasılığı bir tehlike olduğu gibi bir kişinin dikkatsizce yürürken düşme olasılığı da bir tehlike oluşturmaktadır. Bir de önleme araması için aranan “makul sebep” kavramının muğlaklığı düşünüldüğünde⁵⁷; polisin hızlı yürüdüğü için düşme tehlikesi içinde bulunan kişi nedeniyle önleme araması yapabileceği sonucuna ulaşmak çok da zor olmasa gerek(!!!). Bu bağlamda kişi hak ve özgürlüklerini de daha etkin biçimde korumak için Anayasa hükümleri de dikkate alınarak “tehlikenin önlenmesi” kavramının açıklanmaya muhtaç olduğu açıktır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de arama kararlarında, keyfiliği engel-

⁵⁴ ALTIPARMAK – AYTAÇ – KARAHANOGULLARI – HANÇER – AYDIN, s.132

⁵⁵ KUNTER Nurullah – YENİSEY Feridun – NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 15.Bası, İstanbul, 2006, s.887

⁵⁶ Türk Dil Kurumu Sözlüğü, Cilt II, İstanbul, 1992, s.1439

⁵⁷ Bkz. 4/A maddesiyle ilgili açıklamalar

lemek amacıyla, gerekçelerin yeterliliği ve uygulamanın ölçülülüğüne bakılmaktadır⁵⁸.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğindeki benzer “önleme araması” düzenlemesi açısından (m.19-20), öğretide “yakın tehlikenin” bir koşul olduğu savunulmaktadır⁵⁹. Zaten Yönetmeliğin ilgili maddelerinde önleme aramasının yapılabilmesi için “suçun işlenmesinin önlenmesi” amacının yanında “tehlikenin önlenmesi” yerine “milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması”, “taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde ve eşyanın tespiti” amaçları da ayrıntılı olarak belirtilmiş ve yasaya göre daha güçlü güvenceler sağlanmıştır. Ama “yasa ile alınanların yönetmelikle geri verilmesi” anlayışının tersine işlediği bu durumun ne kadar güvenceli olduğu da tartışmaya açıktır.

b) Yargıç onayı yok (mu?)

Arama, Anayasadaki sisteme uygun biçimde, kural olarak sulh yargıcının kararıyla⁶⁰, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise mülki amirin yazılı emriyle yapılacaktır⁶¹. Önceki düzenlemedeki “en büyük mülki amir” ifadesi böylece değiştirilmiştir. Anayasada bir kısıtlama bulunmaması ve içinde bulunulan durumun gecikmezliği dikkate alındığında yerinde bir değişiklik olduğu kabul edilmelidir. Ancak yasa koyucu, tıpkı Ceza Muhakemesi Kanununun arama kararı ile ilgili 119. maddesinde de yapmadığı gibi yazılı emrin yargıç onayına sunulmasından bu madde de söz etmemiştir. Bunun bir öneminin olmadığı açıktır. Zira Anayasanın 20. maddesi son derece açık ve ayrıntılıdır. Dolayısıyla mülki amirin yazılı emri de 24 saat içinde görevli yargıcın onayına sunulacaktır. Zaten Anayasa Mahkemesi de 9. maddenin önceki düzenlemesiyle ilgili olarak verdiği karar aynen şöyle demektedir⁶²: “Anayasanın 20. maddesi gereğince özel hayatın gizliliği esastır (...) Anayasanın 20. maddesine göre, bir kişinin üstünün ve özel eşyasının aranması için hâkim kararının ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla

58 Camenzid-İsviçre, 16.12.1997

59 KUNTER- YENİSEY – NUHOĞLU, s.888

60 Yurtcan, buradaki hukukilik tartışmasının adli yargıda değil idari yargıda yapılması gerektiği belirtmektedir. YURTCAN, Erdener, s.21

61 Yazılı emrin, aramanın “belkemiği” olduğu da savunulmaktadır. GELERİ, Aytekin, Önleyici Polislik, Ankara, 2003, s.119

62 AYM 22.2.2006 E.2003/29 K.2006/24

yetkili kılınan merciin yazılı emrinin yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulması zorunluluğu ve özel sınırlama nedenlerinin varlığının şart kılınmasıyla, özel yaşam alanının korunması güçlendirilmiştir (...) Anayasanın 20. maddesi, 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik çerçevesinde sadece adli aramalarda değil, özel yaşama müdahale oluşturan tüm aramalarda uygulanma olanağına sahiptir. Bu nedenle de madde ile öngörülen hâkim kararı güvencesinden önleme aramalarının istisna tutulduğu düşünülemez”.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda ise çok daha ayrıntılı düzenlemelerle karşılaşmaktayız. Örneğin, Fransa’da iki usul bulunmaktadır. Ceza Usul Yasasının 78-2-2 maddesine göre Cumhuriyet savcısının emri ile kamuya açık yollarda, terörizm ve kaçakçılık nedeniyle polis 24 saat süreyle araçları arayabilmektedir ve bu süre yenilebilmektedir. Aynı yasanın 78-2-4 maddesi ise güvenliğe yönelik ciddi bir saldırıyı engelleme amacı varsa aracın rıza veya Cumhuriyet savcısının emri ile aranabileceğini söylemektedir. Emri bekleme süresi ise 30 dakikayı geçmemektedir. Diğer yandan Belçika’da ise Polisin Görevleri Hakkında Yasanın 28/1. maddesi uyarınca polis, bir kimse- nin silah ya da kamu düzeni için tehlikeli bir eşya taşımamasını temin amacıyla arama yapabilmektedir. Arama, kıyafetlerin ve vücudun elle yoklanması ile bagajların kontrol edilmesinden ibaret olup, alıkoyma süresi de bir saati geçmemektedir. Kanada’da ise aciliyet ve tutuklama durumu dışında, arama ancak bir yargıç tarafından verilen ve bir suçun işlenme olasılığına dayanan bir izin belgesine dayanarak yapılabilmektedir⁶³.

c) Kararın/emrin içeriği

Tüm bunların yanında arama kararı veya emrinde bulunması gerekenlerin 2. fıkrada tek tek sayılmış olması temel hak ve özgürlükler açısından olumlu bir düzenlemedir. Zira bu konu daha önce, bir idari işlem olan, Yönetmelikte düzenleniyordu⁶⁴. Fıkra uyarınca, aramanın sebebinin, konusunun ve kapsamının, yapılacağı yerin, zamanın ve süresinin belirtilmesi gerekmektedir. Süre bakımından tıpkı Fransa ve Belçika örneklerindeki gibi bir üst sınır öngörülmesi, keyfilğin önlenmesi açısından daha da yerinde olur. Ekleme gerekir ki, Anayasadaki sistemin istisnasını oluşturan ve kötüye kullanılması halinde tüm güvencelerin içini boşaltabilecek olan “gecikmesin-

⁶³ GLEZIAL, Jean-Jacques – GATTI-DOMENACH, Jacqueline – JOURNES, Claude, Batı Demokrasilerinde Polis, Ankara, 2000, s.238

⁶⁴ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.20

de sakınca bulunan hal” kavramının, yasalarda hiçbir belirleme bulunmaksızın halen yönetmeliklerde⁶⁵ tanımlanıyor olması da yetersiz ve sakıncalı bir durum yaratmaktadır.

d) Önleme araması yapılabilecek yerler

Takip eden fıkrada da nerelerde önleme araması yapılabileceği, sınırlı biçimde, sayılmıştır. Bir başka deyişle sayılan yerler dışında polisin, önleme araması yapma yetkisi bulunmamaktadır ki bu da ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Önleme araması yapılacak yerlerle ilgili düzenleme 4771 sayılı kanunla değişik 9.maddedeki düzenleme ile önemli benzerlikler taşımaktadır. Bu bağlamda a, b, c ve e bentleri eski düzenlemenin aynısıdır. d bendinde ise “öğrenci yurtları veya eklentileri” ifadesi çıkarılmıştır. Zaten kamuya açık olmayan işyerleriyle beraber konutların da bir sonraki fıkrada önleme aramasından, istisnasız, muaf tutulmasının bir yansıması olarak görebileceğimiz bir değişikliktir. Ancak asıl tartışmalı kısım ise ç bendidir. Eğitim ve öğretim sözcüklerinin eski düzenlemeye göre yer değiştirmesi bir kenara bırakılacak olursa, her derecedeki eğitim ve öğretim kurumunda, eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için ancak idarecilerinin talebiyle önleme araması yapılabilecektir. Oysa eski düzenlemede, adı geçen talep aranmaktaydı. Zaten kanun teklifinde de bulunmayan bu değişiklik Adalet Komisyonunda yapılmıştır. Gerekçesi ise şöyle belirtilmiştir: Maddenin dördüncü fıkrasının (ç) bendinde, önleme araması yapılacak yerler arasında her derecede eğitim ve öğretim kurumları ile yüksek öğretim kurumları arasındaki farklılığın giderilmesi ve özellikle yükseköğretim kurumlarına ait binalarda önleme araması yapılmasına ihtiyaç duyulması halinde ayrıca 20 nci maddede öngörülen izin koşuluna gerek olmaksızın bunun gerçekleştirilebilmesi amacıyla değişiklik yapılmıştır⁶⁶. Buna karşın muhalefet milletvekillerinden bazıları ise söz konusu düzenleme ile izinsiz olduğu iddia edilen eğitim kurumlarına kolaylık sağlandığını ve düzenlemedeki amacın, özellikle jandarmanın bu kurumlara girmesinin engellenmesi olduğunu belirtmişlerdir⁶⁷.

65 Yakalama, Gözlatına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m.4; Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.4

66 www.tbmm.gov.tr, Adalet Komisyonu Raporu

67 www.tbmm.gov.tr, Meclis Tutanakları s. 24 (Aynı eleştiri “d” bendindeki değişiklik için de yapılmıştır)

e) Yasal faraziye

Yasa maddesinin altıncı fıkrasında bazı toplantılar “yasal olarak” gecikmesinde sakınca bulunan hal sayılmıştır. Bu bir yasal faraziye ve mutlak uygulanır⁶⁸ yani yargıç kararına gitmeden doğrudan mülki amirin yazılı emrine başvurulur. Nedeni anlaşılamayan bu düzenleme aslında Anayasadaki sistemi, adeta, baş aşağı çevirmekte, bir başka deyişle sayılan durumlardan birinin varlığı halinde yazılı emri kural haline getirmektedir. İstisna kural olmuştur ve yargıcın onayından yine söz edilmemektedir. Gerekçe ise sadece fıkrayı tekrar etmektedir. Gerek Anayasanın 20. ve 21. maddeleri gerekse yukarıda sözü geçen 2006 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı (Bkz.n.62) dikkate alındığında düzenlemenin Anayasaya aykırılığı ortadadır. Ayrıca spor karşılaşması, konser ve festivallerin nerede ne zaman olacağı, en azından günler öncesinden, bellidir. Keza miting, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 10. maddesine göre en az kırk sekiz saat önce valilik veya kaymakamlığa bildirilmesi gerekmektedir. Kısacası bir gecikme bulunması ve bundan sakınca doğması söz konusu olamaz. Öte yandan “aniden oluşan topluluk” sözünden ne anlaşılması gerekmektedir? Hiçbir belirleme bulunmamaktadır. Topluluk kaç kişiden oluşur ve ne zaman aranabilir? Okuldan çıkan öğrenci grubu, kalabalık bir aile ve otobüsten topluca inen yolcular, önleme aramasına tabi tutulabilir mi? Bu durum, 5. maddedeki gibi, herkesi olası suçlu olarak görme eğilimi değil midir ve temel hakların sınırlandırılması açısından ölçüsüz değil midir? “Aniden oluşan topluluk” açısından, en azından, “şiddet eylemlerinin gerçekleşmesi tehlikesi” gibi bir koşul, söz konusu ölçüsüzlüğü biraz olsun hafifletebilir. Aksi halde Türkiye’de kamuya açık bir yerde buluşmanın oldukça zorlaşacağı ortadadır. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olan ve Anayasadaki düzeni terse çeviren bu düzenleme, uygulama ve içtihatla belirginleştirilmeye muhtaçtır.

Sonraki fıkrada ise polisin güvenliğini sağladığı binalarda emir veya karar olmaksızın yapabileceği arama yetkisinden söz edilmektedir. Birincisi zaten fıkra metninde de “aramaya yetkilidir” denmektedir. İkincisi Gerekçede, tam dört defa aramdan söz ettikten sonra buradaki kontrolün arama olmadığını söylenmiştir. Fıkrada tarif edilenin arama olduğuna ve dolayısıyla Anayasanın 20. ve 21. maddelerinin uygulanması gerektiğine dair en ufak bir şüphemiz yoktur. Zaten aksine bir düşünce yani “elle sıvazlamanın” arama olmadığına dair bir düşüncenin ise, tıpkı yukarıda gönderme yaptığımız

68 YURTCAN, s.21

Amerika Yüksek Mahkemesinin Terry v. Ohio davasındaki gibi “kelime oyu-
nundan öteye gitmediği” inancındayız. Ayrıca burada yine yukarıda gönder-
me yaptığımız, Danıştay 10. Dairesinin 13.03.2007 tarihli kararında “hakla-
rında yakalama emri düzenlenen ya da tutuklama kararı verilen kişilerin
aranması için de yargıç kararı ya da Cumhuriyet savcısının yazılı emrinin
aranması koşulunun ortadan kaldırmadığının açık olduğu” yorumunun ya-
pıldığı⁶⁹ hatırlanmalıdır. Dolayısıyla suçluluğu hakkında şüphe bulunan,
hatta kuvvetli şüphe bulunan kişilerin aranması için, ayrıca bir yakalama
emri veya tutuklama kararı olmasına rağmen, yargıç kararı veya yazılı emir
istenirken; tehlikeyi önleme veya bertaraf etme amacıyla hemen herkesin,
güvencesiz olarak aranmasına izin vermenin hukukiliği ve yerindeliği son
derece tartışmalıdır. Düzenleme Anayasaya aykırıdır.

Fıkranın son cümlesinde uluslararası anlaşma hükümleri saklı tutulmuş-
tur⁷⁰. Gereksiz bir hatırlatmadır, var olan kuralı tekrar etmiştir. Çünkü
uluslararası hukukta, bir devletin kendi yasal ve hatta anayasal düzenleme-
sini ileri sürerek uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinden kurtul-
ması söz konusu olamaz⁷¹. Ancak bu düzenleme şöyle bir çıkış yolunun önü-
nü açabilir: Uluslararası anlaşma hükümleri saklı tutulmaktadır ve Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi de bir uluslararası anlaşmadır. O halde ölçüsüz ve
keyfiliğe yol açabilecek uygulamalar açısından yasanın ihmal edilerek doğ-
rudan Sözleşmenin uygulanması gerektiği iddia edilebilir⁷².

4) ZOR VE SİLAH KULLANMA: PYSK MADDE 16

“Zor ve silah kullanma” başlığını taşıyan yeni 16. madde değişiklikten önce-
ki PYSK'nın 16. maddesi ile Ek madde 6'nın birleştirilmesi niteliğindedir.
Yeni maddede polisin zor ve silah kullanma yetkisine yer verilmiş, bedeni
kuvvet, maddi güç ve silah kullanma arasındaki kademeli geçiş korunmuş,
bedeni kuvvet ve maddi güç açıklanmıştır.

69 TUNCEL, Aynur, PYSK'da Güvercinlerle Şahinlerin Bitmeyen Kavgası, Güncel Hukuk, Ağustos 2007, s.26

70 “Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır” sözü de yasanın özensizliğini ve aceleciliğini ortaya koymaktadır

71 GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk, 5.Bası, İstanbul, 2003, s.151

72 Elbette, bu cümle olmasa bile, özellikle de 2004 değişikliğinden sonra Anayasanın 90/5. maddesi düşünüldüğünde yasa ile AİHS arasında bir farklılık bulunması halinde ikincisi esas alınacaktır.

a) Zor kullanma

İkinci fıkrada polisin, zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedeni kuvvet, maddi güç ve kanuni şartları gerçekleştirildiğinde silah kullanabileceği belirtilmiştir.

Üçüncü fıkrada getirilen bedeni kuvvet ve maddi güç tanımlarının önemli bir eksikliği giderecek nitelikte, olumlu bir yenilik olduğu belirtilmelidir. Buna göre bedeni kuvvet, “*polislin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü*”; maddi güç ise, “*polislin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını*” ifade eder.

Bunu izleyen dördüncü fıkrada, zor kullanmadan önce ihtar zorunluluğu getirilmiş, ancak direnmenin mahiyeti ve derecesine göre ihtar yapmama yetkisi de tanınmıştır. İstisna, kuralı ortadan kaldıracak niteliktedir çünkü direnmenin mahiyeti ve derecesi bakımından herhangi bir objektif kriter konulmamıştır. Bu direniş pasif olabileceği gibi aktif de olabilecektir. Özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kamu görevlisine pasif direnişin artık suç teşkil etmemesi karşısında orantısız güç kullanma halleri ortaya çıkabilecektir⁷³.

Maddenin beşinci fıkrasında meşru müdafaa hali kapsamında zor kullanmaya ilişkin koşulların devre dışı kalabileceği düzenlenmiştir. Bu hususun ayrıca maddede belirtilmesine gerek olmamasına karşın, kolluğa yol gösterici bir hüküm olarak değerlendirilebilir.

b) Silah kullanma

7. fıkrada silah kullanma yetkisinin söz konusu olabileceği haller üç bent halinde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki (a) bendinde meşru müdafaa hakkının kullanılması kapsamında silah kullanma yetkisidir. İkinci olarak, (b) bendinde “*polislin bedeni kuvvet ve maddi güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde*” bu yetkiyi kullanabileceği belirtilmiştir. Bu, esasında zor ve silah kullanma yetkisi arasındaki kademelik kuralı ve orantılılık ilkesinin hüküm altına alınmasını ifade etmektedir. Bu nedenle (b) bendinin yalnızca silah kullanmanın

⁷³ TUNCEL – KARAKAYA, s. 163; ERGÜL – KETİZMEN, s. 19.

şartlarından biri olarak değil, kolluğun silah kullanabileceği diğer (a) ve (c) bentlerinde sayılan durumlarda da silah kullanmanın ön şartı olarak öngörülmesi gereklidir⁷⁴.

(b) bendinde belirtilen “direniş”ten ne anlaşılması gerektiği yine belli değildir. Bu konuda, özellikle pasif direnişle ilgili olarak yukarıda belirttiğimiz sakıncanın bu bent bakımından aynen geçerli olduğunu belirtmekle yetineceğiz.

Silah kullanma yetkisinin devreye girdiği hallerden sonuncusu, (c) bendinde belirtilen “*hakkında tutuklama, gözaltına alma, zorla getirme kararı veya yakalama emri verilmiş olan kişilerin ya da suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde*” silah kullanılmasıdır. Buna göre, ilk olarak söz konusu yetkinin yalnızca şüpheli ya da sanık bakımından değil, hakkında **zorla getirme kararı verilmiş olan şikayetçi, suçtan zarar gören, tanık ya da bilirkişi** için de geçerli olduğu tespit edilebilmektedir. Silah kullanma halinde bu kişilerin yaşam hakkı da tehlikeye gireceğinden Anayasanın 17. maddesindeki “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı”na ilişkin düzenlemedeki koşulların yerine getirilmesini aramak gereklidir. Ancak “meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği hallerde meydana gelen öldürme fiilleri” bu hakkın istisnası olarak sayıldığı ve bunlar arasında hakkında zorla getirme kararı verilmiş olan şikayetçi, suçta zarar gören, tanık ya da bilirkişiye karşı silah kullanılması halinin belirtilmediği görülmektedir. Sonuç olarak, (c) bendi bu bakımdan Anayasa madde 17'ye aykırılık teşkil etmektedir.

Yedinci fıkranın (c) bendinde belirtilen *suçüstü halinde şüphelinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde* silah kullanılması yetkisi, 5681 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 16. maddede de yer almaktaydı. Ancak eski düzenleme ile yenisi arasında çok önemli bir farkın bulunduğu tespit edilmektedir: önceki düzenlemede, şüphelinin yakalanması için silah kullanma yetkisini ‘belli ağırlıkta cezası olan suçlar’ ile sınırlamaktaydı (“ağır ceza müstelzim bir suç”). Yeni düzenlemede ise bu bakımdan hiç bir ayırım yapılmamaktadır.

8. fıkrada, (c) bendinde öngörülen hallerde silah kullanma yetkisinde kademelilik düzenlenmiştir. Yenisey'e göre silah kullanmada kademelilikten; ön-

⁷⁴ Aynı yönde bkz. ERYILMAZ, s. 110.

ce sözlü ikna, sonra havaya, daha sonra kişilerin öldürücü olmayan ve en son olarak öldürücü noktalarına ateş edilmesi anlaşılır. Olayın mahiyet ve şartları gerektirdiğinde, öngörülen sınırlamaya uyulmamış olması, kademeliliğin ihlal edildiği anlamına gelmez ancak yaşam hakkına yönelik açık bir tehlikenin yokluğunda, etkisiz hale getirmek için doğrudan öldürücü noktalara ateş edilemez⁷⁵. Silah kullanma yetkisi bakımından yaşam hakkının ihlaline sebebiyet verilmemesi için, yetkinin gerçekten de bu aşamalara uygun hareket edilerek kullanılması zorunludur. 16. maddenin 8. fıkrası düzenlenirken bu konuda gerekli dikkatin gösterildiği kaydedilmektedir. Buna göre, *“önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunulur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi halinde, önce uyarı amacıyla silahla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması halinde ise kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçüde silahla ateş edilebilir.”*

Ancak, polise karşı silahla saldırıya teşebbüs edilmesi halini düzenleyen bir sonraki fıkrada kademelik kuralının tamamen askıya alındığı görülmektedir. Bu durumda polis, silahla saldırıya teşebbüs eden kişiye karşı **saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçüde duraksamadan silahla ateş edilecektir**. Bu şekilde bir düzenlemenin, öncekilerden bağımsız ve yeni bir silah kullanma yetkisinin söz konusu olduğu ileri sürülmektedir⁷⁶. Gerçekten de, polisin hangi hallerde silah kullanabileceğini düzenleyen 7. fıkranın a, b ve c bentlerinden ayrı olarak düzenlenmesi ve kademelik kuralının da geçerli olmaması bu görüşü destekleyen verilerdir.

Bu son fıkra ile ilgili ilk sorun orantılılık ilkesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Burada polisin ateşli silah kullanacağı açık iken, kendisine karşı kullanılan silahın ateşli olup olmadığı konusunda bir belirlilik olmadığı görülmektedir.

Bundan başka, maddede, hem meşru müdafaa halinde silah kullanma yetkisinin hem de son fıkradaki bu düzenlemenin birlikte yer alması, üstelik “saldırıya teşebbüs” ve “saldırının etkisiz kılınması” gibi muğlak tabirlerin kullanılması, bu hükmün, meşru müdafaaın ötesinde bir koruma sağlama amacına yönelik olduğu şüphesini uyandırmaktadır⁷⁷. Buna karşılık, bu hükmü, polisin meşru savunma hali olarak kabul eden ve konuyla yakınlığı nedeniyle, PVSK'nın konuya açıklık getirmek istediği bir norm olarak yo-

⁷⁵ YENİSEY, s. 83.

⁷⁶ ERGÜL – KETİZMEN, s. 19.

⁷⁷ İbid.

rumlanması gerektiğini belirtenler de bulunmaktadır⁷⁸. Maddenin 7. Fıkrasında meşru müdafaa hali ayrıca düzenlendiğinden, son fıkranın böyle amaçla hizmet ettiği fikrine katılmamaktayız.

16. maddenin son fıkrasının ayrıca Anayasanın “Kişinin maddi ve manevi varlığı”nın korunmasına ilişkin 17. maddesi ile AİHS'nin Yaşam hakkı başlığını taşıyan 2. maddesine aykırılık bakımından bir değerlendirilmesini yapmak gereklidir. Anayasanın 17. maddesinde ve AİHS'nin 2. maddesindeki mutlak olan bu hakkın istisnasını teşkil edebilecek haller birbirine paraleldir ve AİHM, maddede güce başvurulabilecek halleri gösteren düzenlemeleri, diğer maddelerdeki “demokratik bir toplum düzeni için gerekli” ölçütünden daha dar yorumlamaktadır⁷⁹.

Anayasanın 17. maddesinde yaşam hakkının ihlalini teşkil etmeyecek haller arasında; **meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi**, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması halleri sayılmaktadır. Ancak bu durumlardan herhangi birinde, öldürme fiiline sebep olan kuvvet kullanmanın **kesin zorunluluk haline** gelmiş olması aranmaktadır. AİHS'nin 2. maddesinde de buna benzer şekilde “*bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için; bir kişiyi usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için; ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması hallerinden birinde kuvvete başvurmanın kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelen öldürmenin, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmayacağı*” düzenlenmiştir.

16. maddenin son fıkrası bakımından bu kriterleri uyguladığımızda; öncelikle “kademeli olarak etkisiz kılma yöntemlerinin askıya alınması” nedeniyle, silah kullanmanın son çare olarak düzenlenmemiş olduğu dikkati çekmektedir. Bu noktada, Anayasa Mahkemesinin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Ek 2. maddesinde değişiklik yapan 4178 sayılı Kanunun 3. maddesini iptal ettiği kararı⁸⁰ hatırlanmalı ve bu kararda da benzer açıklamalara

⁷⁸ YURTCAN, s. 21.

⁷⁹ Case of Andronicou and Constantinou vs. Cyprus, App. No. 86/1996/705/897, 9.10.1997, par. 171; Case of McCann and Others vs. United Kingdom, App. No. 17/1994/464/545, 27.09.1995, par. 149.

⁸⁰ AYM., E.1996/68, K. 1999/1 sayılı ve 6.1.1999 tarihli kararı.

yer verildiği ve **yaşama hakkının istisnasını teşkil eden öldürme fiillerinde yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerektiğine vurgu yapıldığı belirtilmelidir.** İptal edilen 3. madde hükmü şöyledir:

“Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler”.

Bu düzenleme ile sözü geçen PYSK madde 16/son arasındaki benzerlik son derece açıktır. Anayasa Mahkemesine göre: *“Kuralda faillerin sadece ‘silah’ kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı ‘ateşli silah’ kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir. Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını **zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir.** Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ‘ateşli silâh’ kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.”* Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle, Terörle Mücadele Kanunu’nda değişiklik yapan ilgili hükmü Anayasanın 17. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkemenin bu yöndeki iptal kararına rağmen, tıpatıp aynı sakıncaları ihtiva eden ve bu sebeple Anayasaya aykırı nitelik taşıyan yeni 16. maddenin son fıkrasının kaleme alınma gerekçesi kesinlikle anlaşılammaktadır.

5) ADLİ GÖREV VE YETKİLER: PYSK EK MADDE 6

Eski halinde zor kullanma yetkisini düzenleyen maddede, polisin suçun öğrenilmesinden itibaren yapacağı soruşturma işlemleri ayrıntılı biçimde açıklanmıştır. Dolayısıyla polisin adli kolluk olarak yapacakları anlatılmaktadır. Polis, suç bilgisini edinirse bilgiyi tetkik eder. Gerekçeye göre bu yetki, ceza muhakemesi anlamında bir araştırma olmayıp basit bir tetkiktir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu soruşturma evresinde savcayı mutlak yetkili haline getirmiş ve kolluğun tamamıyla onun emri ve gözetiminde ça-

lışması ilkesini kabul etmiştir. Hatta öğretide, CMK'nin savcılarını "soruşturma evresinin imparatoru" yaptığı ileri sürülmüştür⁸¹. Ancak uygulamada ne savcılarının ne de kolluğun yeni düzenlemeyi yeterince sahiplenmemesi ve isteksiz davranmaları nedeniyle, Ek Madde 6 ile kolluğa savcıya haber verinceye kadar gerekli tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır.

Kolluğun, yeni düzenleme ile yeniden soruşturmanın asli unsuru haline gelebilme ve fiilen savcılarının denetiminden uzaklaşma olasılığı ortaya çıkmaktadır. Zira 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 156.maddesi sadece acele hallerde kolluğa tek başına işlem yetkisi tanımış olmasına rağmen, savcılarının önemli işler hariç bütün hazırlık soruşturması işlemlerini kolluğa devretmiş olmasından ve kolluğun da "fezleke" denen raporlarını savcıya, hatta bazı hallerde, doğrudan sulh yargıcına sunmasından şikâyet edilmekteydi⁸². 156.maddenin, kolluğu "hazırlık soruşturmasının patronu" yaptığı da söylenmiştir⁸³.

Ancak Öztürk, Ek Madde 6'nın eski CMUK m.156'yı geri getirmediğinin, değişikliğin istisnai bir düzenlemeyi içerdiğinin ve sadece olay yeriyle sınırlı olduğunun altını çizerek, yukarıda açıklanan olasılığı reddetmiştir⁸⁴. Nitekim 3.fıkraya göre, polisin gerekli tedbirleri alması için gerekli amaçlar; kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmamasıdır. Bundan sonra derhal savcıya bildirim yapılır ve onun emri doğrultusunda işlemler yerine getirilir. Maddenin nasıl yorumlanacağını ve hangi sonuçları doğuracağını uygulama gösterecektir.

Öte yandan polisin, olay yerinde aldığı tedbirlere uyulmaması halinde yetkisini düzenleyen 6.fıkra CMK m.168'in tam olarak aynıdır. İlk fıkrada zaten CMK hükümleri saklı tutulduğu için aynı hükmü tekrar etmek gereksizdir.

Ayrıca maddeye göre olay yerinde polis tarafından gerekli incelemeler yapılır ama olay yeri dışında kalan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan yerler açısından CMK hükümleri uygulanır. Gerekçede ise kamuya açık yerler ve araçlar açısından herhangi bir karar gerekmediği ifade edilmiştir. Yukarıda

81 ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M.Ruhan, s.303

82 YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 9.Bası, İstanbul, 2002, s.595

83 ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M.Ruhan, s.694

84 ÖZTÜRK, Bahri, Yeni Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkında Kanun II, Cumhuriyet Gazetesi Bilim ve Teknoloji Eki, 1 Şubat 2008, s.17

açıklanan Anayasa hükümleri, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında böyle bir söylemin kabul edilmesi mümkün değildir. Zaten söz konusu sonuca nasıl ulaşılmıştır? Anayasaya aykırıdır.

Bunların yanında söz konusu 8.fıkra CMK hükümlerine atıf yapılmakla beraber, bir uyumsuzluk göze çarpmaktadır. Olay yeri dışında kalan konut, işyeri ve kamuya açık olmayan yerlerde arama yapılabilmesi için “delil elde edilebileceği yönünde kuvvetli şüphe sebebi” aranmaktadır. Oysa CMK'nin “diğer kişilerle ilgili arama” başlıklı 117.maddesinin ikinci fıkrasına göre, diğer bir kişinin üstünü, eşyasını, konutunu, işyerini veya ona ait diğer yerleri arayabilmek için suçun delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan “olayların varlığı” gerekmektedir. Kuvvetli şüphe sebebi ile delillerinin belirtilen yerlerde bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığının aynı kavramlar olmadığı kesindir. Kuvvetli şüphe sebebi, kuvvetli suç şüphesi ile kıyaslanarak açıklanacak olursa⁸⁵, delil elde edilebilmesinin kuvvetle muhtemel olduğu haller olarak yorumlanabilir. Ancak CMK'deki, delillerin bulunduğu dair olayların varlığı kavramı için ise makul şüphe yeterli olmamakta⁸⁶, şüphenin ötesinde “bellilik” aranmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla PVSK düzenlemesinde soyut ve öznel şüphe ile yetinilmekte ve fakat CMK düzenlemesinde somut ve nesnel olaylara dayanılmaktadır. O halde, bir suç delilini elde etmek için olay yerinde bulunmayan bir işyerine girmesi gereken polis memuru nasıl davranmak zorunda kalacaktır? Yeni düzenleme olduğu için PVSK hükmünün CMK hükmünü ilga ettiği mi iddia edilecektir yoksa 8.fıkranın CMK'ye atıf yapması nedeniyle doğrudan CMK hükümleri mi uygulanacaktır? Yoksa iki yasa birleştirilerek sebep açısından PVSK, diğer işlemler açısından CMK mi uygulanacaktır? Her ne kadar son olasılık yeni bir yasa yaratmak gibi gözükse de fıkranın sözünden çıkan sonuç budur.

Devam eden fıkralarda ise teşhis konusu ayrıntılı biçimde düzenlenmektedir⁸⁸. Teşhis için zorunluluk aranması ve savcının emriyle yapılabilmesi önemli güvencelerdir.

85 ÖZTÜRK, Bahri – ERDEM, M.Ruhan, a.g.e., s.530

86 TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 1.Bası, Ankara, 2006, s.240

87 ÖZBEK, Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Ankara, 2005, s.412

88 12.fıkra teşhise tabi tutulan kişilerin aynı “cinsten” olması şeklindeki söz, en yumuşak söylemle, talihsizliktir. Cins, hayvan ve bitki türleri için geçerli bir sözcüktür. Herhalde burada kastedilen, cinsiyet ve/veya ten rengidir.

SONUÇ

4/A maddesinin, bütünü itibariyle değerlendirildiğinde, Anayasanın 13. Maddesindeki ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁸⁹. Gerçekten de özellikle durdurma ve kimlik sorma başlığı altında düzenlenen maddenin hem adli hem de henüz bir suçun işlenmediği hallerde söz konusu olan önleme amacına yönelmesi karşısında, bu amaç için başvurulacak araçlar ve bireyin hak ve özgürlükleri konusunda kademeli olarak artan bir orantısızlığı da beraberinde getirdiği görülmektedir. Maddenin birçok halde, CMK'da suç şüphesi ortaya çıktıktan sonra başvuru tedbirlerin içerdiği minimum güvenceleri dahi dışarda bıraktığı görülmektedir. Bunun yanı sıra maddenin durdurma ve kimlik sormanın da ötesine geçen, arama niteliğinde bir takım işlemleri de düzenlediği ve bu bakımdan da Anayasada mevcut güvenceleri karşılamaktan uzak olduğunu burada bir kez daha vurgulamak gereklidir.

Parmak izi ve fotoğrafların alınıp saklanmasıyla ilgili 5. maddenin de gerek kapsama aldığı kişiler gerekse kayıt sistemi açısından orantısız olduğu ve gerekli güvenceleri tam anlamıyla sağlamadığı açıktır. Dolayısıyla maddenin yeni baştan ele alınıp düzenlenmesinin gerekliliğine inanmaktayız.

Önleme araması başlıklı 9. maddede bazı olumlu düzenlemelerin yanında maalesef Anayasa ile bağdaşmayan ve kötüye kullanımlara yol açabilecek düzenlemeler de bulunmaktadır. Özellikle arama konusunda herhangi bir ayırım olmamasına rağmen, arama olduğu şüphesiz olan kimi uygulamaların anayasal güvencelerden yoksun bırakılması hukuken kabul edilebilir bir durum değildir.

Zor ve silah kullanma yetkisine ilişkin 16. maddede de, gerek şüpheli ve sanık dışındaki kişilere karşı zor ve silah kullanma yetkisinin düzenlenmiş olması gerekse son fıkradaki ateşli silah konusundaki belirsizlik dikkate alındığında yine orantılılık ilkesinin gözardı edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bundan başka, maddenin, yine bu iki düzenleme bakımından Anayasanın 17. maddesine ve AİHS'nin 2. maddesine aykırılık içerdiğini de tespit etmekteyiz.

Ek 6. maddenin ise belirttiğimiz, istisnanın kural haline dönüşmesi endişesi ve CMK ile var olan uyumsuzluk dışında, genel olarak, gerekli ve yerinde bir düzenleme olduğunun altını çizebiliriz.

⁸⁹ ALTIPARMAK – AYTAÇ – KARAHANOĞULLARI – HANÇER – AYDIN, s. 130.

Öte yandan ülkemizde son yıllarda gerçekleştirilen mevzuat değişiklikleri ile birlikte değerlendirildiğinde, bu Yasanın bir başka endişe verici eğilimi onayladığı tespit edilebilmektedir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu olağan hallerde uygulanan düzenlemeleri içermesine karşın, içeriğine bakıldığında *olağanüstü halin olağanlaştırılması* amacının benimsendiği görülmektedir.

Sonuç olarak, yaptığımız tüm bu açıklamaların ışığında, söz konusu değişikliklerin içerik itibarıyla teknik hukuk açısından bir takım yanlışlıkları içerdiği, özellikle Anayasal düzenlemelerle birçok noktada bağdaşmadığı açıktır. Ancak bu durum başlı başına, basında yansıtıldığının aksine bir felaket tablosuna doğrudan yol açacak nitelikte değildir. Asıl sorun, son düzenlemelerle yetkilerini kaybettiğine inanan güvenlik güçlerinin bu yasayla adeta yeniden güç kazandıkları hissiyle bir takım cüretkar uygulamalara girişmeleridir.

Elbette nihai amaç olan güvenlik içinde özgürlük hedefine ulaşmak ve bunun için gerekli dengeyi kurmak aşılması zor bir ikilemdir. Ancak kanunun genel gerekçesinde de sıklıkla söz edildiği gibi Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin birçoğunda, hatta bizim de tespit ettiğimiz gibi özellikle örnek alınan İngiltere düzenlemesinde polisin önleme amacıyla benzer, hatta daha geniş yetkilere sahip olduğu yönündeki savunma, hem kısmen temelsizdir hem de doğru değildir. Zira her ülkenin, özellikle de İngiltere'nin kendi tarihsel sürecinden ve geleneğinden kaynaklanan farklı dinamikleri bulunmaktadır. Örneğin İngiltere'de polis merkezi bir otoriteye bağlı bulunmamaktadır ve teşkilatlanması, merkezi otorite ile yerel otoriteler arasında uzun yıllar süren bir mücadelenin eseri olan bir "uzlaşma" ile şekillenmiştir.

TERÖRİZM ve İNSAN HAKLARI İKİLEMİ*

*Aysun DALKILIÇ***

I. TERÖRİZM ve İNSAN HAKLARI İKİLEMİ

Terörizm ile mücadelede insan hakları kilit bir rol oynamaktadır. Almanya'nın eski dışişleri bakanı Fischer'in Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu önünde ifade ettiği gibi "terörle mücadele her şeyden önce insan haklarının; medeni ve siyasi haklar gibi sosyo-ekonomik ve kültürel hakların korunmasını da beraberinde getirmelidir. Uzun vadede istikrar ve barışın en sağlam temeli; insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü teşvik etmekle atılır. Soğuk savaş tecrübesinden aldığımız bu temel ders, 11 Eylül ışığında yeni ve küresel bir önem kazanmıştır"¹.

A) Terörle Mücadelede İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunması:

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 17 Aralık 1979 tarihli ve 34/145 sayılı; 10 Aralık 1981 tarihli ve 40/61 sayılı kararlarında uluslararası terörizmin temel özgürlükleri tehdit ettiğini belirtmiştir. Genel Kurul kararlarında, terörist eylem, yöntem ve uygulamalarını "insan haklarının, temel özgürlüklerin ve demokrasinin yok edilmesini hedefleyen faaliyetler olarak" nitelendirmiş ve "devletlerin insan haklarını ve temel özgürlüklerini savunmak ve korumakla yükümlü olduklarını" dile getirmiştir. Bu kararlar ile Genel Kurul, uluslararası hukukun bağlantılı hükümlerine ve insan haklarına uygunluk şartı getirmektedir².

* 2007, Tahir Taner Ödülünü kazanan makale

** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi

1 İnsan Hakları Komisyonu, 20/03/2002 tarihli basın bildirisinden aktaran; **ÖKTEM**, Emre "Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, 2007, İstanbul, Derin Yayınları

2 Söz konusu kararlar; 12 Aralık 1997 tarihli ve 52/133 sayılı; 17 Aralık 1999 tarihli ve 54/164 sayılı; 19 Aralık 2001 tarihli ve 56/160 sayılı kararlar

Terörizm ile mücadelede insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması zorunluluğu hakkında olan 18 Aralık 2002 tarihli Genel Kurul kararında; devletlerin terörizm ile mücadele adına aldıkları bütün tedbirlerin uluslararası hukuka ve özellikle insan hakları, mülteciler hukuku ve insancıl hukuka uygun olması gerektiği dile getirilmiştir³.

BM Şartının 1. maddesine göre örgütün ilk ve doğal olarak öncelikli amacı uluslararası barış ve güvenliği korumaktır. Şart, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıdan ancak dolaylı bir biçimde 3. maddede bahsetmektedir. Şartın temelini oluşturan kuvvet kullanma yasağı, esas itibarıyla egemen devletleri korumaya yöneliktir, bireyleri değil⁴. İnsan hakları ile terörizm arasındaki ilişki açık bir biçimde ancak 1993 Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı sonucunda yayınlanan “Viyana Bildirgesi ve Eylem Programı”nda ortaya konulmuştur. “Bütün biçim ve görünüşleri ile terörizm eylem ve yöntemleri;...insan hakları, temel özgürlükleri ve demokrasinin yıkımını hedefleyen ve devletlerin ülke bütünlüğünü, güvenliğini tehdit eden ve meşru biçimde oluşturulmuş hükümetleri istikrarsızlaştıran faaliyetlerdir. Uluslararası toplum, terörizmi engellemek ve onunla mücadele etmeye yönelik işbirliğini güçlendirecek gerekli tedbirleri almak zorundadır”⁵.

Uluslararası hukuk düzleminde, terör ve insan hakları konusunda yapılan düzenlemelerin aynı yoğunlukta olduğunu söyleyemeyiz. Temel hak ve özgürlükler geniş bir uluslararası belgeler sistemi altında korunma ve gelişme imkânı bulurken; terörizm konusunda böyle geniş ve etkin bir uluslararası normatif sistem bulunmamaktadır⁶.

B) Terörizmle Mücadele ve İnsan Hakları Arasındaki Etkileşim:

Terörizmle mücadelenin insan hakları rejimi üzerindeki etkilerini incelerken ortaya çıkan gerçek şudur ki, terörizmin yükseldiği dönemlerde insan hakları standartlarında bir düşme olmakta, devletler meşru veya meşru sa-

³ Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights While Countering Terrorism, www.unhchr.ch/html/menu6/2/digest.doc.s.7

⁴ ÖKTEM Emre, a.g.e., s.245

⁵ Word Conference on Human Rights- The Vienna Declaration and Programme of Action, June 1993, http://www.unhchr.ch/html/menu5/wchr.htm

⁶ KARAOSMANOĞLU, Fatih, “Terör ve Temel Hak ve Özgürlükler: Uluslararası Hukuk Perspektifinden Bir Bakış”, Türkiye’de Terörizm-Dünü, Bugünü, Gelişimi ve Alınması Gereken Tedbirler. Bildiriler, TTK, Ankara, 10-11 Mayıs 2000, s.54

yılamayacak yöntemlerle insan haklarına çeşitli sınırlamalar getirmek ve hatta bazen bu hakları tamamen askıya alabilmektedirler.

Hükümetler, terör olgusunu keyfi müdahaleler yapmak konusunda bahane olarak kullanabilmekte; hükümetin aldığı terör karşıtı tedbirleri de terör örgütleri propaganda aleti olarak kullanmaktadırlar. Devlet otoriteleri ile terör örgütleri arasındaki çatışmanın mağduru insandır ve böylece terörizm, doğrudan veya dolaylı olarak insan hakları ihlallerine yol açabilmektedir⁷.

Terörle mücadele ile insan hakları arasında zorunlu olarak bir uyumsuzluk bulunduğu yönündeki önyargılar, siyasi damgalama amacıyla ve kasıtlı biçimde canlı tutulmaktadır⁸. İnsan haklarına saygı göstermeyen bir terörle mücadele politikası devletin aleyhine sonuçlar doğuracaktır. İnsan haklarının ihlal üzerine kurulu bir anti terör politikası, devletin hukuki temelleriyle beraber sosyal yapısına da zarar verecektir ve kendini korumaya çalışan devlet kendi bindiği dalı kesecektir⁹. Terörizmle mücadelede insan haklarının etkin biçimde korunması sadece devletin eylem ve işlemlerinin insan haklarına uygunluğu anlamına gelmez; terör faillerinin devletçe etkin biçimde kovuşturularak cezai ve diğer yaptırımlara çarptırılması da, başta yaşama hakkı olmak üzere insan haklarının etkin biçimde korunması için vazgeçilmezdir.

Bir hukuk devletinin, terörizmle mücadele ederken, kamu otoritesinin korunması ile özgürlüklerin güvence altına alınması arasındaki dengeyi sağlaması gerekir. Çoğu zaman terörizmi, devletler otoriter uygulamaları ve insan hakları ihlallerine bahane olarak kullanmaktadır. Devletler ahdi yükümlerle bağlı olmasalar bile artık teamül hukukuna dönüşmüş, hatta kimi-leri jus cogens niteliği kazanmış temel insan hakları normlarına saygı göstermek zorundadırlar¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, terörizmle mücadele için özel hayatın gizliliğine müdahale eden bir kanunun Sözleşme'ye uygunluğunu incelerken şöyle demiştir: “Böyle bir kanunun, demokrasiyi korumak gerekçesiyle de-

7 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.247

8 **DE SCHUTTER**, Oliver, “La Convention Européenne des droits de l’homme à l’épreuve de la lutte contre le terrorisme”, RUDH, vol. 13, 2001, s.186-187

9 **BAŞEREN**, Sertaç, “İnsan Hakları ve Terörizm, İnsan Hakları ve Güvenlik”, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 7-8.12.2001, s. 209

10 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.249

mokrasinin temellerini oymak ve hatta onu yıkmak tehlikesi arz ettiğinin bilincindeki Mahkeme, taraf devletlerin casusluk ve terörizmle mücadele adına yerinde görecekları şu veya bu tedbiri alamayacaklarının altını çizmektedir¹¹.

Çıkarılacak terörle mücadele yasalarının hukuk sisteminin bütünüyle uyum halinde olması gerekir. Ceza hukuku alanında olağan düzenlemelerden farklı düzenlemeler benimseyen terör karşıtı uygulamalar mevcut anayasal sistemle bağdaşır nitelikte olmalıdır. Aksi halde bu yasalar anayasaları ve dolayısıyla kamu gücünün meşruluğunu tahrip edecek ve terörist gruplarca bir propaganda aracı olarak kullanılabilir. Teröristlere karşı devlet terörü yöntemleri ile cevap vermek, hukuk devletinin reddine götürerek devleti, düşmanı ile aynı mantık içerisinde yerleştirecektir¹².

Demokratik bir toplumun beklentileri karşısında, güvenlik ile özgürlük arasındaki dengeyi gözetmek kolay değildir¹³. Terörist şiddete karşı verilmesi gereken cevap, pasifist bir yaklaşımla her türlü şiddetten kaçınmak değil, teröre karşı mücadeleyi hukuk dairesinde uygulamaktır¹⁴. Terörist faaliyetler doğaları gereği insan hakları ihlallerine neden olan ve uluslararası hukukça suç sayılan fiillerdir. Bu sebeple insan hakları hukuku devletlere bu konuda engel değil yardım teşkil edecektir; zira AIHM’de terör eylemlerinin insan haklarına aşikâr biçimde aykırı olduğunu ve bunlarla mücadele için devletin meşru olarak hukuki tedbirler alabileceğini kabul etmektedir¹⁵.

Uluslararası insan hakları hukuku, devletin terörizme ilişkin kurallara uymasını emrettiği gibi, uygun önleme ve bastırma tedbirleri alarak, yetkisine tabi bulunan kişilerin başkalarına ait hakları ihlal etmemesini sağlamasını da beklemektedir¹⁶. Avrupa Konseyi çatısı altında oluşturulan “Şiddet Suçları Mağdurlarının Tazminine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”, özellikle failin meçhul ya da gelirden yoksun olduğu hallerde mağdura sağlanacak imkânları düzenlemektedir. Uluslararası belgelerle sağlanan imkanlar arasında eski hale iade, tazminat, rehabilitasyon ve adil tatmin ve yeniden tekrarlanmama güvenceleri yer almaktadır.

11 Klas ve Diğerleri Almanya’ya karşı, 06.09.1978

12 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.251

13 KARAKAŞ, Işıl, “The European System for the Protection of Human Rights and Terörizm”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/2, s.28

14 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.252

15 İrlanda Birleşik Krallıklar’a karşı, 18.01.1978; Lawless İrlanda’ya karşı, 01.07.1961

16 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s. 253

Terörizm ve insan hakları tartışmasında; göz ardı edilmemesi gereken bir husus da teröristin de bir insan olduğu ve insan haklarından mahrum bırakılmaması gereğidir. Terör zanlılarına, yaşam hakkı ve vücut tamlığı gibi en temel güvencelerin yanı sıra, adil yargılanma ve *habeas corpus* gibi usulî hakları da, sıradan bir insana tanıdığı gibi tanınmalıdır.

II. ULUSLARARASI MEKANİZMALARIN TERÖRİZM ve İNSAN HAKLARI İKİLEMİNE YAKLAŞIMI

Terörizm uzun zamandan beri yerel bir sorun olmaktan çıkmış ve uluslararası bir boyut kazanmıştır. 11 Eylül 2001, terörizm ile uluslararası insan hakları hukuku arasındaki ilişki bakımından bir dönüm noktası oluşturmaktadır. Önceleri terör karşıtı operasyonlar daha ziyade ulusal düzeyde cereyan ederken, 11 Eylül'den sonra terörle savaş, ulusal sınırları aşan bir boyut kazanmıştır. Uluslararası nitelik kazanan terörle mücadelede, uluslararası mekanizmalar bir yandan kendi koruma organları ile devletlerin ihlallerine karşı insan haklarını korumaya çalışırken, bir yandan da ulusal terörle mücadele mekanizmalarını etkilemektedirler. Bu sebeple insan haklarına uygun bir terörle mücadelenin ortaya konulabilmesi açısından uluslararası mekanizmaların yaklaşımı önem taşımaktadır. Uluslararası mekanizmaların terörizm ve insan hakları sorununa yaklaşımını ortaya koyarken tek tek haklar açısından değerlendirmek yerinde olacaktır.

A) Terörizm ve Yaşam Hakkı:

Tüm hak ve özgürlüklerin ön koşulu olan yaşam hakkı, anayasal düzenlemeler gibi uluslararası insan hakları metinlerinin de esas noktasını oluşturmaktadır¹⁷.

Yaşam hakkını teröristlerce doğrudan ihlal edilmesi gibi devletin güvenlik güçlerinin terörle mücadele sırasında bu hakka müdahale etmeleri, yaşam hakkı-terörizm ikilemini yargı önüne taşımaktadır. Terörle mücadelede devletler kuvvet kullanma hakkına sahip olmakla beraber; her ne kadar terör faaliyetleri ciddi ve faileri tehlikeli olsa da devletlerin buradaki kuvvet kullanma hakları sınırsız olmayıp uluslararası insan haklarına tabidir¹⁸.

17 **KARAKAŞ**, Işıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: Mc Cann'den, Kaya ve ötesine", Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1, S.1, 2002 (Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan), s.58

18 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.271

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Düzenlemesi:

Uluslararası insan hakları hukukunun temel metinlerinden olan AİHS'nin 2. maddesi ile yaşama hakkı düzenlenmiştir. "Herkesin yaşam hakkı yasa-
nın koruması altındadır" denilerek herhangi bir ayırım gözetilmeden herkes için geçerli bir koruma kabul edilmiştir.

a. Taraf Devletler İçin Doğan Yükümlülükler:

AİHS hak ve özgürlüklerin korunması için taraf devletlerden iki türlü yükümlülük beklemektedir. Yaşam hakkı açısından negatif yükümlülüğü öldürme yasağı, pozitif yükümlülüğü de hayat hakkını korumak oluşturur.

- Öldürme Yasağı: Negatif Yükümlülük

Öldürme yasağına göre ölüm cezası ile cezalandırılan bir suçtan dolayı mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.

Devletin negatif yükümlülüğü yanında bireyin hayatını tehlikeye atmaktan kaçınma görevi de vardır¹⁹. Mahkeme, Demiray Türkiye'ye karşı davasında önleyici tedbir alınmadığı gerekçesiyle, 2. maddenin ihlaline karar vermiştir. Söz konusu davada, PKK mensubu olduğu gerekçesiyle gözaltına alınan kişi, Hükümetin iddiasına göre, PKK silahlarının depolandığı yeri gösterme teklifinde bulunmuş ve söz konusu yere giderken tuzak bir mayının patlaması sonucu ölmüştür²⁰. Oğur Türkiye'ye karşı davasında terörizmle mücadele çerçevesinde yürütülen bir askeri operasyon sırasında, maden ocağındaki bekçi kulübesinden çıkan kişinin, açılan ateş sonucunda ölmesinde, operasyonun ölüme sebebiyet vermeyecek şekilde düzenlenmemiş olması yüzünden hükümet sorumlu tutulmuştur²¹.

"Kayıp kişiler" açısından AİHM içtihadı değişiklik göstermiştir. Kurt Türkiye'ye karşı davasında adı geçen kişinin güvenlik güçlerinin elindeyken öldüğü hususunun makul şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmadığını ve kendisinin öldürülmüş olduğu sonucuna götüren bir ölüm karinesinin bu

¹⁹ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulamaları, Turhan Kitapevi, Ankara, 2004, s.157

²⁰ Aynı yönde başka kararlar: Gül Türkiye'ye karşı, 14.12.2000

²¹ Aynı yönde başka kararlar: Güleç Türkiye'ye karşı, 27.07.1998; Ergi Türkiye'ye karşı, 28.07.1998

lanamayacağına karar vermiş ve burada 2. maddenin değil 5. maddenin yani kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Daha sonraki bir tarihte ele aldığı Timurtaş Türkiye'ye karşı davasında ise Kurt içtihadını benimsememiş; kayıp süresinin 6 yılı aşkın olması, Timurtaş'ın PKK üyeliği sıfatının ve gözaltına alındığının kesin olması gibi gerekçelere dayanarak ölüm karinesini kabul etmiş, 5.maddenin değil yaşama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir²².

- Hayat Hakkını Korumak: Pozitif Yükümlülük

Devletin kendi yetki alanındaki kişilerin hayat hakkını koruma yükümlülüğü vardır²³.

AİHM ünlü McCann ve diğerleri İngiltere'ye karşı kararında belirttiği gibi Sözleşmede yer alan haklar teorik değil fiilen var olan haklardır. Bu sebeple Devlet öncelikle bu öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirecek; sonra da kişinin hayatını, ölümle sonuçlanabilecek eylemelere karşı korumak için gerekli önlemleri alacaktır. Ancak bu yükümlülük "kişiyeye devamlı bireysel koruma sağlayacak" kadar sınırsız ve mutlak değildir²⁴.

Bireyin teröristler tarafından öldürülmüş olması devletin yaşam hakkının koruma yükümlülüğüne istisna teşkil etmez²⁵.

Devletin üstlendiği bu pozitif yükümlülüğün iki yönü vardır; bir yandan gerektiğinde somut önlemlerle yaşama hakkının tehlikelere karşı korunması yani koruma tedbirlerinin alınmasını içinde barındırırken; diğer yönüyle de adam öldürme fiilinin caydırıcı bir müeyyideye bağlanıp yasaklanması ve bu yasağa uyulmasının sağlanmasını gerektirir²⁶. AİHM adam öldürme fiilinin işlendiği durumlarda devletin ciddi bir soruşturma ile suç faillerini tespit ve gerekli cezanın verilmesini tüm imkânlarını kullanarak sağlamaya çalışmasının Sözleşmenin 1. maddesinin gereği olduğunu belirtmiştir²⁷. Yetkililerin

²² Aynı yönde, Taş Türkiye'ye karşı, 14.11.2000

²³ **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e., s.160

²⁴ Osman İngiltere'ye karşı, 28.10.1998; Yaşa Türkiye'ye karşı, 02.09.1998; Tanrıbilir Türkiye'ye karşı, 16.11.2000

²⁵ Tanrıku Türkiye'ye karşı, 08.07.1999; Demiray Türkiye'ye karşı 21.11.2000

²⁶ **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e., s. 160

²⁷ Tanrıku Türkiye'ye karşı 08.07.1999; Demiray Türkiye'ye karşı, 21.11.2000; McCann İngiltere'ye karşı 27.09.1995; Kaya Türkiye'ye karşı 19.02.1998; Akdeniz ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 31.05.2001

ölüm olayından sadece haberdar olmaları ile 2. maddeden kaynaklı yükümlülük *ipso facto* harekete geçecektir ve yetkililerin olay konusunda etkili ve yeterli bir soruşturma yapmalarını gerektirecektir²⁸.

Devletin yaşama hakkının korunması konusundaki bu pozitif yükümlülüğü, nispi ve durumun özel koşullarına bağlı olarak değerlendirilmelidir. Komisyon, kocası ve kardeşinin Kuzey İrlanda'da öldürüldüğü şikâyetine ilişkin olarak; kendisinin, terörle mücadelede İngiltere'nin aldığı önlemlerin uygunluğunu ve etkinliğini ayrıntılı olarak incelemekle görevli olmadığını belirtmiştir²⁹. Devletten tehlike altında olduğu sanılan herkese genel tedbirler dışında bireysel olarak tek tek yakın koruma sağlaması beklenmemesi gerekir.

b. Yaşama Hakkının Sınırlandırılması:

- Dar Yorumlanması:

AİHS düzenlemesinde asıl olan hakların ve özgürlüklerin güvence altına alınması; istisna olan bu hak ve özgürlüklere sınırlandırma getirilmesidir. Bu sebeple sınırlandırma getirilen düzenlemeler dar yoruma tabidir.

AİHM'nin *Mc Cann* ve diğerleri kararında belirttiği gibi "2. madde sadece yaşam hakkını güvence altına almakla kalmamakta; aynı zamanda öldürmenin meşru sayıldığı durumları da göstermektedir. 2. madde Sözleşmenin temel maddelerindedir ve bu hükmeye barış zamanında 15. maddeye dayanılarak olağanüstü hallerde dahi istisna getirilemez. Bu madde 3. madde ile birlikte, demokratik toplumların temel değerlerindedir. Bu nedenle madde hükmünü dar yorumlamak gerekir"³⁰.

- İstisnai Haller:

Bu istisnalar Sözleşmede sayılmıştır ve sınırlı sayıdadır.

➤ *Yasanın öngördüğü durumlarda yetkili mahkemece hükmolunana ölüm cezasının yerine getirilmesi:*

²⁸ Yaşa Türkiye'ye karşı, 02.09.1998; Tanrıkulu Türkiye'ye karşı, 08.07.1999; Ergi Türkiye'ye karşı, 28.07.1998; Salman Türkiye'ye karşı, 27.06.2000; Akdeniz ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 31.05.2001

²⁹ No: 9348/81, DR 32, s.200

³⁰ Aynı yönde bkz., Salman Türkiye'ye karşı, 26.06.2000

6 no'lu protokol ile ölüm cezası savaş hali gibi olağanüstü durumlar dışında yürürlükten kaldırılmıştır. Bu protokole katılanlar açısından 2. madde değişmektedir; böylece ölüm cezası yaşama hakkına getirilebilecek istisnalardan biri olma durumundan çıkmaktadır. 1985 yılında yürürlüğe giren bu protokolü Türkiye 2003 yılında imzalamıştır.

Söz konusu bu istisnanın geçerliliği bazı koşullara bağlanmıştır. Sözleşmede altının çizildiği gibi bu cezanın yasada öngörülmesi ve yetkili mahkemece verilmiş olması gerekir. Bu koşullarla birlikte yukarıda değindiğimiz gibi AİHS'nin geneline hâkim olan "orantılılık" prensibi de göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun sonucu olarak devletler hangi suçlar bakımından ölüm cezasına başvuracakları konusunda egemenliklerinin uzantısı olarak takdir serbestisine sahip iseler de, bu cezayı en ağır suçlar açısından değerlendirmek zorundadırlar. Aksi takdirde suç ve cezada oluşacak dengesizlik 2. maddenin ihlaline yol açabilir³¹.

Ölüm cezasına dair mahkeme kararının 6. maddeye uygun olarak adil bir yargılama süreci sonunda verilmiş olması gerekir. Öcalan Türkiye'ye karşı davasında Mahkeme davacının adil yargılanmadığı iddiası üzerine, bu dava sonuçlanıncaya kadar ölüm cezasının yerine getirilmemesini 30.11.1999 tarihli bir kararla Türk hükümetinden istemiş; hükümet de bu isteğe uymuştur. Ayrıca, mahkeme kararının 6. madde yanında sözleşmenin bütününe özellikle 3 (işkence yasağı), 7 (ceza kanuniliği), 14 (ayrımcılık yasağı), 17 (hakların kötüye kullanılmasının yasaklanması) maddelerine uygun olması gerekir.

> **Öteki istisnalar:**

Burada sayılan olasılıklar amacı işaret etmektedir, amacın meşruluğu aynı zamanda ve her halde amaca ulaşmak için girişilen işlemin ve ortaya çıkan sonucun da meşruluğu anlamına gelmez³².

Mahkeme'ye göre "*kuvvete müracaatın mümkün bulunduğu ve bunun da istem dışı adam öldürme fiili ile sonuçlanabileceği durumları tanımlamakla birlikte; a, b, c bentlerindeki amaçlara yönelik olarak kuvvete bu başvurmanın mutlak surette gerekli olması lazımdır....Kullanılan kuvvet, özellikle 2. maddenin a, b, c, bentlerinde anılan amaçlarla tamamen orantılı olmalıdır. Demokratik bir toplumda yaşama hakkının önemini dikkate alan Mahkeme,*

³¹ Tolstoy Miloslavsky İngiltere'ye karşı, 13.07.1995

³² GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e., s.164

*bir kanaate ulaşmak için, özellikle iradi olarak kuvvet kullanma neticesinde ölüm meydana gelmesi halinde, öldürme olaylarını en iyi şekilde incelemek ve kuvvete başvurmuş olan görevlilerin sadece eylemlerini değil; aynı zamanda olaya ilişkin tüm koşulları, özellikle söz konusu eylemlerin hazırlanış ve uygulanış şeklini göz önünde tutmak zorundadır*³³.” Burada amaç, bu hedeflere ölüme neden olmadan ulaşmaktır; fakat ölüme sebep olunmuşsa bu sefer de kullanılan kuvvet ile kuvvet kullanma ile sağlanan menfaat arasında orantı bulunup bulunmadığının irdelenmesi gerekir. Mahkeme ölçülü olup olmadığını incelerken çeşitli verilerden yararlanmaktadır. Ulaşılmak istenen amacın niteliği, olay sırasında insanların hayatı ve vücut bütünlüğü bakımından arzettiği tehlike ve kullanılan kuvvetin taşıdığı ölüme neden olma riskinin derecesi değerlendirilecektir.

2. maddenin uygulanma şeklinin ortaya konulması açısından Mc Cann davası önem taşır. Davanın konusunu, eylem üzerinde oldukları şüphe ve kanısıyla 3 IRA üyesinin meşru savunma gerekçesiyle güvenlik güçlerince öldürülmesi oluşturur. Mahkeme’ye göre 2.madde hükmünün 1.madde ile birlikte devlete yüklediği yaşama hakkını korumak için tedbir almak şeklinde olan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için adam öldürme fiilinin suç sayan bir kanunun varlığı yetersizdir; etkili bir araştırma yapılmasını sağlayarak soruşturma ve gereğinde yargılamanın yapılmasını da devletin sağlaması gerekir. Ayrıca, Mahkemeye göre yaşama hakkının ihlal edilip edilmediğini saptarken sadece başkalarının hayatını korumak amacıyla kuvvet kullanmanın mutlak surette gerekliliğini; yani araç ve amaç arasındaki orantıyı araştırmak yeterli olmayacaktır; ayrıca terör karşıtı harekâtın öldürücü müdahalenin en az şekilde kullanılacak biçimde planlamış ve kontrol edilmiş olup olmadığının incelenmesi gerekir. Görevlilerin olay anında karşı karşıya kaldıkları durum düşünülerek, güvenlik görevlilerinin yalnızca o andaki fillerini değerlendirmek suretiyle yaşama hakkının ihlali konusunda bir sonuca varmak yeterli değildir. Aynı zamanda, bütünü içinde antiterörist harekâtın 2. madde gereklerine uygun şekilde hazırlanıp hazırlanmadığına da bakmak gerekir. Söz konusu davaya konu olan olayda Mahkeme başkalarının hayatını korumak amacıyla 3 teröristin öldürülmesinin, harekâtın yeterli titizlikle hazırlanmamış olması sebebiyle; 2. madde için aranan mutlak gereklilikle kuvvete başvurma teşkil etmediği böylece yaşama hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

³³ Mc Cann ve diğerleri İngiltere’ye karşı, 27.09.1995; Oğur Türkiye’ye karşı 27.07.1999; Güleç Türkiye’ye karşı, 27.07.1999; Gül Türkiye’ye karşı, 14.12.2000; Salman Türkiye’ye karşı 27.06.2000

2. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonunun Yaklaşımı:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin yaklaşımları benzerlik göstermekte ve karşılıklı bir etkileşim gözlemlenmektedir.

Amerikalılar-arası İnsan Hakları ve Mahkemesine göre, yaşam hakkının sınırları silahlı çatışma dönemimde değişikliğe uğrayabilir, ancak bu haktan keyfi olarak mahrum bırakma yasağı mutlak niteliğini her zaman korumaktadır. Devletin halkının şiddet tehdidi altında olduğu dönemlerde devletin bu tehdide karşı koruma yükümü ve hakkı vardır ve bazı hallerde ölümcül kuvvet de kullanılabilir³⁴.

Neira Alegria (19.01.1995) davasında Mahkeme yaklaşımını şu şekilde dile getirmektedir: “..böyle durumlarda devletin, insanları yaşama hakkından mahrum bıraksa bile kuvvet kullanma hakkı vardır. Ancak kuvvet kullanma zorunlu olmalı ve devletin herkesi koruma hakkı gereği meşruluk kazanmalıdır³⁵.”

Mahkeme’ye göre devlet, ancak herkesin güvenliğini tehdit eden bireylere karşı kuvvet kullanabilecek, ancak bunlarla sivilleri ayırt ederek, tehdit oluşturmayan sivillere karşı, ya da zaten yakalanmış ya da teslim olmuş veya yaralanmış kişilere karşı kuvvet kullanamayacaktır; meşru olarak kuvvet kullanma ise, şartların gerekleriyle, mesela kendini müdafaa ya da hasmının etkisiz veya silahsız bırakmak amaçlarıyla orantılı olmalıdır³⁶.

Yaşam hakkına müdahale meselesi, terörizmle mücadelede ölüm cezasının uygulanması bağlamında da gündeme gelmektedir. Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin denetim organı olan İnsan Hakları Komitesi de yaşam hakkının mutlak niteliği ile ölüm cezası arasındaki ilişkiyi incelemiştir. Suarez de Guerrero Kolombiya’ya karşı (31.03.1982) kararında bunu dile getirmiştir: “6. maddenin içerdiği hak, insan varlığının en mukaddes hakkıdır³⁷. Do-

³⁴ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.281

³⁵ Aynı yönde bkz, Velasquez Rodriguez Kararı, 28.07.1988

³⁶ Report on Terrorism and Human Rights, Inter- American Comission on Human Rights, part c, s.3

³⁷ m.6 “1. Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz. 2. Ölüm cezası kaldırmış olan ülkelerde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan hukuka uygun olarak ve bu

layısıyla devlet makamlarınca yaşam hakkından mahrum bırakma, önemli bir sorun oluşturmaktadır. Bu sonuç, bir bütün olarak söz konusu maddeden ve ancak en ciddi suçların ölüm cezası ile cezalandırılabilceğini öngören ikinci paragraftan çıkarılabilir.”

Terörizmle mücadelede ölüm cezasının uygulanması konusunda Amerikalılar-arası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi de AİHM gibi katı sınırlamalar getirmektedir. Ölüm cezasını kabul eden devletler bakımından, her şeyden önce bu ceza suçun işlenmesinden önce yürürlüğe girmiş bir kanun tarafından öngörülmüş olması ve yetkili bir mahkemenin kesinleşmiş hükmü uyarınca infaz edilmesi gerekir. İdam hükmüne götüren yargılama sürecinde adil yargılanma hakkını koruyan güvenceler en katı biçimde saygı görecektir, bu haklara saygı gösterilmemiş olması, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi anlamında yaşam hakkının keyfi olarak ortadan kaldırılması sonucuna götürecektir³⁸.

B) Terörizm ve İşkence Yasağı:

İşkence yasağı özellikle terör zanlılarının yakalanmaları ve sorgulanmaları sırasında, gözaltı döneminde ve yabancıların işkence yapması muhtemel bir devlete iadeleri sırasında özel bir önem kazanma eğilimi göstermektedir.

1. İşkence Yasağının Uluslararası Hukuktaki Yeri:

Günümüzde işkence yasağının mutlak niteliğini ne kadar muhafaza ettiği yönünde ciddi kaygılar duyulmaktadır. Özellikle, teröre karşı savaş sırasında yakalanan kişiler bakımından işkence yasağının, ABD’de yakalanan şüp-

Sözleşme ile Soykırım Suçunun önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin hükümlerine aykırı olmayacak biçimde, sadece çok aşırı suçlar için ölüm cezası verilebilir. Bu ceza sadece yetkili mahkeme tarafından verilen nihai karardan sonra infaz edilebilir. 3. Yaşamdan yoksun bırakmanın bir soykırım suçunu oluşturması halinde, bu maddedeki hiç bir hüküm, bu Sözleşmeye Taraf bir Devlete Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin hükümlerine göre üstlendiği yükümlülüklerini azaltma yetkisi verdiği şeklinde anlaşılabilir. 4. Ölüm cezasına mahkum olan bir kimse bağışlanması veya cezasının hafifletilmesini isteme hakkına sahiptir. Her olayda ölüm cezasının affı, bağışlama veya hafifletme verilebilir. 5. Yaşı on sekizden küçük olan kimselere işledikleri suçlar nedeniyle ölüm cezası verilemez; hamile kadınların ölüm cezaları infaz edilemez. 6. Bu maddedeki hiç bir hüküm, ölüm cezasının bu Sözleşmeye Taraf bir Devlet tarafından kaldırılmasını engellemek veya ertelemek için ileri sürülemez.

38 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.287

heliler için tartışma konusu edilmiş olması endişe vericidir³⁹. Bu sebeple öncelikle işkence yasağının uluslararası hukuktaki yerinin altının çizilmesi yerinde olacaktır.

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi işkence yasağının niteliğini uluslararası hukuk açısından ele almıştır. “...işkence yasağı devletlere erga omnes nitelikte, yani her bir üyesinin bağlantılı bir hakka sahip olduğu uluslararası toplumun bütün üyelerine karşı geçerli yükümlülükler getirir, hem de bu devletlerin her birine söz konusu devletin yükümünü yerine getirmesini ya da en azından ihlale son vermesini ya da tekrarlanmamasını talep etme izni verir...işkenceyi yasaklayan ilkenin diğer temel unsuru uluslararası normatif düzende kurallar hiyerarşisine ilişkindir. Koruduğu değerler nedeniyle bu ilke jus cogens’e, yani uluslararası hiyerarşide andlaşmalar hukukundan ve hatta sıradan teamül hukukundan daha üstün derecede bir norma dönüşmüştür. Bu yasak, işkenceye izin veren her türlü yasama, idare ya da yargı işlemini uluslararası düzeyde meşruluktan mahrum bırakmaya yarar...”⁴⁰.

İşkence’ye karşı BM Komitesi, 11 Eylül’den kısa bir süre sonra bir bildiri yayınlamıştır. İşkence ve diğer Zalimane, Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamelelere Karşı Sözleşme’ye taraf devletlere bu bildiri ile sorumlulukları hatırlatılmıştır. Komite, Sözleşme’nin temel hükümlerinin her koşul altında saygı görmesi gerektiğini belirterek, taraf devletlerin uluslararası terörizme karşı davranışlarının Sözleşme’den kaynaklanan yükümlerle uyumlu olacağına güvendiğini belirtmiştir⁴¹.

İşkence yasağı ile ilgili ulusal ve uluslararası yargı kararları mevcuttur. AIHM’nin bu konuda çok sayıda kararı ve gelişen içtihatları mevcuttur. Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi de, işkence ve gayriinsani muameleyi ele alırken AIHM’nin içtihatlarına gönderme yapmaktadır⁴². İnsan Hakları Komitesinin işkence yasağı ile ilgili gözlemleri de önem taşımaktadır.

39 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.292

40 Prosecutor v. Furundzija, Jugment, 10.12.1998; Kararın yorumu için bkz. **KARAKAŞ**, Işıl, “Küreselleşmenin Hukuki Boyutu: İnsanlığa Karşı Şuçlar ve Uluslararası Hukuk” ,Ekonomi ve Yönetim Bilimleri Dergisi, Mayıs, 2000

41 CAT/C/XXVII/ Misc., 7; 22.11.2001; bkz. Digest of Jurisprudence of the UN and Regional Organizations on the Protection of Human Rights While Countering Terrorism, s.7-8

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaklaşımı:

AIHS'de işkence yasağı 3. madde ile düzenlenmiştir. İşkence yasağı mutlak-
tır. Bu hakka istisna getirilmesi veya 15. madde ile bu hakkın askıya alın-
ması söz konusu değildir. Amaç bireyin beden bütünlüğünü ve kişilik onuru-
nu mutlak surette korumaktır⁴³.

a. Genel Olarak:

- Sınırlandırılmaması:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında işkence yasağının sınırlandı-
rılmayacağı açıkça belirtmiştir: "...Sözleşme'nin 3. maddesi, demokratik top-
lumların en temel değerlerinden birini ortaya koymaktadır. Terörizmle ve
örgütlü suçla mücadele gibi en zor koşullar altında bile, Sözleşme işkence ile
gayriinsani veya aşağılayıcı ceza ya da muameleleri mutlak ifadelerle yasak-
lamaktadır..."⁴⁴.

- Taraf Devletler İçin Doğan Pozitif Yükümlülükler Doğurması:

Yaşama hakkı gibi işkence yasağı da devlete pozitif yükümlülükler yükler.
AIHM'e göre bir devletin yargı yetkileri içinde bulunan kimselerin, özel ki-
şiler tarafından gerçekleştirilen kötü muameleler dâhil olmak üzere, işken-
ce, gayri insani ve aşağılayıcı muameleyle maruz kalmamaları için devletle-
rin tedbir almaları gerekmektedir⁴⁵. Mevzuatın yeterli korumayı sağlaya-
madığı durumlarda ya da yetkili mercilerin bilmelerine ya da bilmek duru-
munda olmalarına rağmen kötü muamele tehlikesini bertaraf etmek için
makul tedbirleri almadıkları durumlarda AIHS'nin 3. maddesinin ihlali söz
konusu olacaktır⁴⁶.

Devletin bir diğer pozitif yükümlülüğü de gerekli soruşturmayı yapmasıdır.
Kötü muamele iddiası ispat edilemese bile, yeterli ve etkili bir soruşturma-

⁴² Loayza Tamayo Davası, 17.09.1997, aktaran, **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.299

⁴³ Tyrer İngiltere'ye karşı, 25.04.1978

⁴⁴ Labita İtalya'ya karşı, 06.04.2000; Tyrer Birleşik Krallıklara karşı, 25.04.1978; Aksoy Tür-
kiye'ye karşı, 18.12.1996; Selmouni Fransa'ya karşı, 28.07.1999; Dikme Türkiye'ye karşı,
11.07.2000

⁴⁵ **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.290

⁴⁶ Mahmut Kaya Türkiye'ye karşı, 28.03.2000

nın yürütülmemiş olması 3. maddenin ihlaline götürecektir⁴⁷. Ayrıca sağlıklı olarak gözaltına alınmış bir kişinin daha sonra vücudunda tespit edilen yara vb. hasar hakkında hükümet makul bir açıklama getiremezse, 3. maddenin ihlali kabul edilecektir⁴⁸.

b. AİHM İçtihatları:

AİHM 3. maddede yasaklanan muameleleri ele alırken zaman içinde değişen bir içtihat benimsemiştir. Tomasi Fransa'ya karşı davasında, Korsika adasında bir örgütün gerçekleştirdiği saldırıya katılmakla suçlanmış olan başvuru sahibi, gözaltı sırasında kötü muameleye uğradığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, soruşturmanın gereklilikleri ve özellikle terörizm konusunda suçla mücadelede karşılaşılan güçlüklerin inkar edilemez oluşu, kişinin fiziksel bütünlüğünün sağlanması için gereken korumayı sınırlama sonucunu doğurmaz⁴⁹. Mahkeme bu muameleyi işkence olarak değerlendirmese de gayri insani ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir.

Mahkeme daha yakın tarihli kararlarında 3. madde konusundaki standartlarını yükseltme eğiliminde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması alanında giderek artan beklentilere paralel olarak, demokratik toplumun temel değerlerine yönelik saldırıların daha katı biçimde nitelendirilmesi kaçınılmaz olmaktadır⁵⁰. Yeni içtihadında Mahkeme 1984 tarihli İşkence ve diğer Zalimane, Gayriinsani ve Aşağılayıcı Muamelelere Karşı Sözleşme'nin işkence tanımından yararlanmaktadır⁵¹. Artık Mahkeme işkence, gayriinsani ve aşağılayıcı muamele arasında sadece bir derece farkı görmemekte; işkenceyi; itiraf elde etmek, cezalandırmak, sindirmek ya da bir şey yapmaya zorlamak gibi kapsayıcı biçimde yorumlamaktadır.

Aksoy Türkiye'ye karşı (18.12.1996) davasında, mağdura Filistin askısı uygulanmasının ancak kasıtlı biçimde gerçekleşmiş olabileceği, mağdurdan itiraf ya da haber edinme amacını güttüğü ve şiddetli acılara yol açmanın öte-

⁴⁷ Sevtap Veznedaroğlu Türkiye'ye karşı, 11.04.2000; Aktaş Türkiye'ye karşı, 24.04.2003

⁴⁸ Selmouni Fransa'ya karşı, 28.07.1999; Tomasi Fransa'ya karşı, 27.08.1992; Abdurrahman Orak Türkiye'ye karşı, 14.02.2002; Altay Türkiye'ye karşı, 22.05.2001; Sakık ve Diğerleri Türkiye'ye karşı, 10.10.2000

⁴⁹ Tomasi Fransa'ya karşı, 27.08.1992; p. 114-115

⁵⁰ Selmouni Fransa'ya karşı, 28.07.1999

⁵¹ Selmonui Fransa'ya karşı, 28.07.1999; Salman Türkiye'ye karşı, 27.06.2000; İlhan Türkiye'ye karşı, 27.06.2000; Dikme Türkiye'ye karşı, 11.07.2000; Mahmut Kaya Türkiye'ye karşı, 28.03.2000; Akkoç Türkiye'ye karşı, 10.10.2000

sinde iki kolunun felç olmasına yol açtığı olgularını göz önünde tutarak, bu muamelenin ancak işkence olarak nitelendirilebileceğine hükmetmiştir. Dikme Türkiye'ye karşı (11.07.2000) davasında, Mahkeme, uzun sorgu seansları boyunca sürekli fiziksel bir acı ve başına geleceklerinin belirsizliği ile endişe hali içinde yaşadığını gözlemleyerek, bu muameleyi işkence olarak nitelendirmiştir. Bu konu ile ilgili olarak AİHM'nin Türkiye hakkında pek çok kararı bulunmaktadır ve bu kararların tamamı yaşam hakkında olduğu gibi terörle mücadele için yapılan eylemlerle ilgilidir.

AİHM'nin gelişen bu içtihatları, gayriinsani muamele ve işkence kavramlarının geniş bir eylem ve işlem grubunu kapsar nitelikte algılanmasını sağlamıştır. Örneğin, ölüm cezasının uygulanmasının 3. madde ihlaline sebep olabileceği Mahkeme'ce tespit edilmiştir. Bu konuda Öcalan Türkiye'ye karşı (12.03.2003) davası önem taşır. Mahkeme'ye göre sözleşme bir bütün olarak okunmalı ve 3. madde 2. madde hükümleriyle uyumlu biçimde yorumlanmalıdır. Avrupa sistemlerinde genel olarak ölüm cezası kaldırılmış olmakla beraber, 2. madde ölüm cezasına izin verir biçimde değerlendirilirse bu durumda 3. madde ile yasaklanır biçimde değerlendirilemez. Ancak Sözleşme'yi yorumlarken eklenen protokolleri göz önünde tutmak gerekir. Ölüm cezasını yasaklayan 6. ve 13. Ek Protokollerin varlığına dikkat çeken Mahkeme, ölüm cezasının infazının gayriinsani ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirebileceğini belirtmiş, ancak bu noktada kesin bir sonuca varmaktan kaçınmıştır. Mahkeme'ye göre öncelikle üzerinde durulması gereken ölüm cezası ile sonuçlanan yargılamanın niteliğidir. Bu cezaya hükmeden mahkemenin bağımsız, tarafsız ve ceza yargılamasının vazgeçilmez unsuru adil yargılanma standartlarına sahip bir mahkeme olması gerekir. Ölüm cezasının yol açtığı korku ve gelecek hakkındaki belirsizlik, bu cezanın gerçekten infaz edilebileceği yönünde kuvvetli bir ihtimal bulunan koşullar altında önemli derecede insani endişeye yol açar. Bu şartlar altında idam cezasına hükmedilmesi başlı başına gayriinsani muamele sayılmalıdır. Somut olayda, hükmedilen ölüm cezasının infaz edilmesi yönünde gerçek bir risk vardır ve bu risk üç yıl kadar sürmüştür. Bu itibarla, adil olmayan yargılama sonucu ölüm cezası verilmiş olması gayriinsani muamele derecesine vararak 3. maddeyi ihlal etmiştir.

AİHM, Türkiye ile ilgili olarak gelişen içtihadı ile insanların evlerinin, eşyalarının ve mahsullerinin güvenlik kuvvetleri tarafından yakılmasını da gayriinsani muamele kapsamında mütalaa etmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, evi yakılan kişilerin yaşı, sağlık durumu ve cinsiyeti gibi bazı verileri dikkate almıştır⁵².

⁵² Selçuk ve Asker Türkiye'ye karşı, 24.04.1998; Bilgin Türkiye'ye karşı, 16.11.2000

3. maddenin Türkiye ile ilgili olarak ele alınan bir başka ihlal biçimi de gözaltında kaybolan kişilerin uğramış oldukları kötü muameledir. Kurt Türkiye'ye karşı (25.05.1998) davasında Mahkeme, oğlu gözaltına alındıktan sonra kendisinden haber alamayan bir anneyi, yaşadığı endişe sebebi ile 3. maddenin ihlalinin mağduru saymıştır. Burada Mahkeme, annenin başvurusuna rağmen kamu görevlilerinin hiçbir araştırma yapmamasına dayanmaktadır⁵³.

3. madde ihmali suçluları iadesi konusunda da karşımıza çıkmaktadır. Suçluların, işkence ve gayriinsani muamele görme ihtimali bulunan devletlere iadesi bağlamında 3. madde ihlali AİHM'nin karşına gelmiştir. Soering Birleşik Krallığa karşı (07.07.1989) davasından, Alman vatandaşı olan ve İngiltere'de tutuklu bulunan başvuru sahibinin, büyük ihtimalle ölüm cezasına çarptırılacağı ABD'ye iadesi söz konusudur. Davanın görüleceği Virginia eyaletinde, ölüm cezasının verilmesini sağlayan prosedür 6 ile 8 yıl sürebilmekte ve bu dönemde mahkûm son derece katı bir hapisane rejimi içinde psikolojik travma yaşamaktadır; cezanın infazını engelleyecek usulî imkanların sonucu tamamen belirsizdir⁵⁴. Mahkeme, başvuru sahibinin bu zor şartlar altında ve sürekli idam cezasının infazı endişesi içinde geçireceği uzun dönemin Sözleşme'nin 3. maddesi ile belirlenen sınırı aştığına karar vermiş ve ABD'ye iade kararı verilemesinin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder nitelikte bulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. madde ile ilgili olarak ortaya çıkan tartışma hususlarından biri de, gözaltı koşullarının kendi başına bu maddenin ihlalinin oluşturabileceği iddialarıdır. Hapishane ve tutukevlerinde terör zanlı ya da mahkûmlarına bazen güvenlik gerekçeleriyle özel bir rejimin uygulanması bu duruma sebebiyet vermektedir⁵⁵. Kröcher ve Möller İsviçre'ye karşı davasında ilgililer, İsviçre-Fransa sınırında silahlı çatışma sonucunda yakalanmış ve hapishanede katı bir tecride tabi tutulmuştur. Komisyona göre, "gözaltındaki bir kişinin hapishane toplumundan dışlanması kendi başına gayri insani muamele biçimi sayılmaz. Hapishaneden kaçma, diğer mahkûmlara saldırma ya da hapishane toplumunun huzurunu kaçırma riskini engellemeye yönelik bu tedbirlere takviye edilmiş denetim uygulamaları da eşlik edebilir. Ancak, tam bir sosyal tecritle birleşen duygusal tecrit, insan

⁵³ Aynı yönde, bkz. Çiçek Türkiye'ye karşı, 05.09.2001; Timurtaş Türkiye'ye karşı, 13.06.2000; Taş Türkiye'ye karşı, 14.11.2000

⁵⁴ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.298

⁵⁵ ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.299

kişiliğinin tahribine yol açabilir ve güvenlik gerekçeleri ile meşru kılınmaz. Olaydaki tedbirlerin Sözleşme'nin 3. maddesine aykırılığundan söz edebilmek için bunların yüksek dereceye ulaşmış olması gerekir ki bu da olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Olay, 1977 yükselen terör dalgasının içinde olmuştur. İsviçre hapishanesi makamları tecrit işlemlerini kademeli olarak yumuşatmış ancak başvuru sahipleri aykırı tavır içine girmişlerdir.

Bu veriler ışığında başvuru sahiplerinin cezalandırılmasına, kişiliklerinin tahribine ya da dirençlerinin kırılmasına yönelik fiziksel ya da manevi acılara maruz bırakıldığı söylenemez. Burada 3. madde ihlali söz konusu değildir.”

2. İnsan Hakları Komitesi'nin Yaklaşımı:

İnsan Hakları Komitesi, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi⁵⁶ ile bireyin onurunun, fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunduğunun Genel Gözlemler'inde dile getirmiştir.

7. maddede yer alan yasaklar, özgürlüklerinden mahrum bırakılan bütün kişilerin insaniyetle ve insan varlığına bağlı saygı ile muamele göreceklerini öngören 10. maddenin pozitif gerekleriyle tamamlanmaktadır. Komite'ye göre, sorgu kurallarını, talimatlarını, yöntemlerini ve uygulamaları ile gözaltına alınacak, tutuklanacak ya da hapsedilecek kişilerin göreceklere muamele ve muhafaza hazırlıklarını sistematik denetim altında tutmak işkence ve kötü muamele vakalarını engellemek için etkin bir yöntemdir. Bütün sorguların yer ve zamanları ile sorguda hazır bulunanların isimleri kaydedilerek bu bilgiler idari ve adli prosedür bakımından ulaşılabilir olmalıdır. Kimse ile görüştürülmeksizin gözaltına alma uygulamalarına karşı hükümler benimsenmelidir. Bununla bağlantılı olarak, taraf devletler, gözaltı yerlerinin işkence ya da kötü muamele amacıyla kullanılabilir donanımdan arındırılması sağlamalıdır. Gözaltındaki kişinin korunması, aynı zamanda doktorlara, avukatlara ve soruşturma böyle olmasını gerektiriyorsa aile fertlerine acil ve düzenli biçimde ulaşması ile sağlanır. 7. madde ihlallerine sebep olanların cesaretini kırmak için, işkence ve kötü muamele ile edinilmiş beyan ve itirafların yargılamada kullanılmasının yasaklanması gerekir.

⁵⁶ m.7“Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele veya ceza-ya maruz bırakılamaz. Ayrıca hiç kimse, serbest iradesi olmadan tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”

Günümüzde teröre karşı savaş sürecinde işkence, gayriinsani ve aşağılayıcı muamele ve ceza yasağının ihlali olayları sıklıkla gündeme gelmektedir. Bu anlamda öne çıkan yer, ABD tarafından ele geçirilen kişilerin gözaltında tutuldukları Guantanamo askeri üssüdür. Bu konu ile ilgili olarak Birleşmiş Milletler bünyesinde İnsan Hakları Komisyonu'nun hazırlattığı "Guantanamo'da gözaltında tutulan kişilerin durumu" başlıklı rapor aydınlatıcıdır⁵⁷. İşkence yasağı konusunda ABD mevzuatının yetersizliği ve "İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani, ve Aşağılayıcı Muamele Karşı Sözleşme" ile uyumsuzluğuna dikkat çeken Rapor, Guantonama'da kullanılan sorgu tekniklerinin Sözleşme'de yer alan beş işkence şartının dördünü yerine getirdiğini tespit etmiştir. Bu teknikler, hükümet görevlilerince uygulanmıştır, istihbarat edinmek gibi açık bir amaçları vardır, kasten gerçekleştirilmişlerdir ve mağdurlar güçsüz bir vaziyettedirler. Buna mukabil, bir eylemin işkence düzeyine varabilmesi için aynı zamanda fiziksel veya ruhsal yoğun acı vermesi gerekir. Kadın görevlilerin gözü önünde soymak ya da hayvan fobisi olan tutuklulara karşı köpek kullanmak gibi bazı teknikler aşırı psikolojik baskı oluşturabilir ve aşağılayıcı muamele, hatta işkenceye dönüşebilir. Keza, aşırı sıcaklara bırakmak ya da günlerce uykusuz bırakmak gibi uygulamalar da, özellikle birlikte gerçekleştirildiklerinde aynı sonucu doğurabilir. Rapor, işkence iddialarının derhal kovuşturularak suçluların adalet önüne çıkarılmasını ve mağdurlara tazminat verilerek bu kişilerin rehabilitasyona tabi tutulmalarını tavsiye etmektedir.

C) Terörizm ve Kişi Özgürlüğü:

Hak ve özgürlüklerin temelinde bulunan kişi özgürlüğünün korunmasına yönelik hükümler bütün insan hakları bildirileri ve ulusal anayasalarda yer alır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaklaşımı:

AİHS kişi özgürlüğünü 5. maddesi ile düzenlerken, başta hak ve güvenceleri sıralamış, daha sonra bunlara getirilebilecek sınırlamaları ortaya koymuştur. Bu madde ile amaçlanan kişinin bu haktan keyfi olarak yoksun bırakılmasını önlemektir⁵⁸. 5. madde uygulanması kişi özgürlüğünün devlet organlarınınca kısıtlanması halinde söz konusu olur.

⁵⁷ Raporun aslı için bkz. Leila Zerrougui et al., Situation of the Detainees at Guantanamo, U.N. Doc, E/CN. 4/2006/120(2006), p.41-52 (www.ohchr.org/english/bodies/chr/docs/62chr/E.CN.4.2006.120_.pdf)

⁵⁸ Schiesser İsviçre'ye karşı, 04.11.1979

Madde hükmünde kişi özgürlüğünün yanı sıra kişi güvenliğinden de bahsedilmektedir. Komisyon'a göre özgürlük ve güvenlik deyimleri bir bütün olarak anlaşılmalıdır; güvenlik kelimesi özgürlüğe yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı kişinin korunması hususunu ifade eder⁵⁹. Güvenlik hakkı mutlak, özgürlük hakkı ise 1. fıkrada sınırlı olarak sayılan hallerde sınırlandırılabilir⁶⁰. Kişi güvenliğinden söz edebilmek için, 5. madde kapsamında alınacak her kararın önceden var olan bir ulusal mevzuata hem şekil hem de esas yönünden uygun olması gerekir⁶¹. Sözleşme ulusal mevzuata atıfta bulunmaktadır ve bu kurallara uyulması gerektiğini dile getirmiş olmakla beraber bununla beraber kişiyi özgürlüğünden yoksun kılan her önlemin 5. madde ile korunan amaca uygun olmasını aramaktadır bu amaç da bireyi keyfiliğe karşı korumaktır⁶².

a) Kişi Özgürlüğü İçin Sağlanan Güvenceler:

Kişi özgürlüğünün keyfi kısıtlamalara karşı korunabilmesi için 5. maddede öngörülen önlemleri 3 grupta toplamak mümkündür⁶³: kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakan her türlü işlemin hukuka uygunluğu, maddede belirtilen sınırlandırmaların sınırlı sayıda olması; özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye haklar tanınması.

- İşlemin Hukuka Uygunluğu:

İşlemin hukuka uygunluğu ile anlatılmak istenen, kişi özgürlüğünü kısıtlayan tutma, tutuklama gibi işlemlerin yürürlükteki mevzuatın ön gördüğü usule ve tüm yönleriyle mevcut hukuk kurallarına uygunluktur⁶⁴. Böylece Sözleşme iç hukuka gönderme yapmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme ulusal mevzuatın, açıkça veya zımnen Sözleşmede yer alan genel ilkelere uygun olmasını aramaktadır⁶⁵.

59 Doğu Afrikalı Asyalılar Yirmibeş başvuru İngiltere'ye karşı, 10.10.1970

60 Kama Hollanda'ya karşı, 14.07.1974

61 Dyer İngiltere'ye karşı, 09.10.1984

62 Kurt Türkiye'ye karşı, 25.05.1998; Çakıcı Türkiye'ye karşı, 08.07.1999; Akdeniz Türkiye'ye karşı, 31.05.2001

63 **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e., s.223

64 **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e., s.224

65 Winterwerp Hollanda'ya karşı, 24.10.1979

Timurtaş Türkiye'ye karşı davasında Mahkeme, kayıp kişinin 5. madde hükümüne aykırı şekilde tutulduğuna, yani ortada yasal bir dayanak olmadığına; nerede olduğunu saptamaya elverişli etkili bir soruşturma yapılmadığına ve davalı devletin bu durumu açıklayamadığına dayanarak bu hakkın ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁶.

- Sınırlı Sayım:

Maddede kişi özgürlüğü düzenlendikten sonra buna getirilebilecek istisnalar sınırlı sayıda sayılmıştır ve özgürlüğe getirilecek bu kısıtlamalar istisnai nitelikleri nedeniyle dar yoruma tabidir⁶⁷. Bu altı istisna hal dışında kalan haller ulusal hukuka uygun olsa bile keyfi sayılacak ve Sözleşmenin 5. maddesine aykırılık oluşturacaktır⁶⁸.

Terörizmle ilgili olarak altına çizilmesi gereken şudur ki, Sözleşme genel suçun önlenmesi ya da tutuklu kişiler hakkında bilgi edinmek üzere suçluluğundan şüphe edilmeyen kişilerin sorgulanması gibi amaçlarla gözaltı işlemlerine izin vermemektedir; zira, yakalama veya tutuklama nedenleri fıkraya hükmüyle sınırlı olarak sayılmıştır.

1. fıkranın a bendinde yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilerek kişinin, özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya çarptırılması düzenlenmiştir. Burada yetkili mahkeme ile anlatılmak istenen, kararı veren merciin yargısal bir nitelik taşıması; yani söz konusu merciin, taraflar ve yürütme organı önünde hem bağımsız ve tarafsız olması hem de kararın “ güvenceli bir yargılama usulü” izlenerek verilmesidir⁶⁹.

“Mahkûm edilmesi üzerine” kullanımını anlamlandırırken suçsuzluk karnesi (m.6 / II) ve ceza hükümlerinin geçmişe uygulanmaması (m.7 / f. I) ilkeleri göz önünde bulundurulmalıdır.

1. fıkranın c bendinde ceza yargılamasında başvuru koruma tedbirleri ile ilgili düzenleme bulunmaktadır. Bu tedbirlere ancak maddede sınırlı olarak

⁶⁶ Çakıcı Türkiye'ye karşı, 08.07.1999; Timurtaş Türkiye'ye karşı, 13.06.2000; Akdeniz ve diğerleri Türkiye'ye karşı,31.05.2001; Şarlı Türkiye'ye karşı, 22.05.2001; Kıbrıs Türkiye'ye karşı, 10.05.2001

⁶⁷ Waaink Hollanda'ya karşı, 27.09.1990

⁶⁸ Chahal Birleşik Krallık'a karşı, 18.11.1996

⁶⁹ Winterwerp Hollanda'ya karşı, 24.10.1979

sayılan durumlarda başvurulabilecektir. Bir suç işlediği hakkında makul şüphe bulunan, suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmanın gereği olduğu inancını doğuran makul nedenlerin bulunması durumlarında kişinin, yetkili adli merciler önüne çıkarılması için yakalanması veya tutulu durumda tutulması söz konusu olabilecektir⁷⁰. Her üç durumda da yakalama veya tutmanın amacı kişiyi yetkili adli merci önüne sevk etmektir.

Mahkeme, “suç işlenmesini önlemek” şeklindeki düzenlemenin genel bir suç politikası anlamında olmayıp, somut ve belli bir suçun yakın gelecekte işlenmesini önlemek amacını güden tedbir niteliğinde olduğunu belirtmiştir⁷¹.

Şüphenin “makul” niteliğe sahip olması özgürlüğün keyfi kısıtlanmasına karşı getirilen korumanın temel unsurudur. Mahkeme, Murray İngiltere’ye karşı davasında “makul şüphe” kavramını incelemiş ve Fox, Campbell ve Hartley kararındaki ölçütlere gönderme yapmıştır. Mahkeme’ye göre, 5. maddenin 1. fıkrası, polis yetkililerini örgütlü terörizmle mücadele ederken aşırı zorluklarla karşılaşılacak biçimde uygulanmamalı, dolayısıyla devletler, bir terör zanlısının yakalanmasını haklı göstermek üzere gizli kaynakları açıklamaya mecbur bırakılmamalıdır. Mahkeme, terörizmle mücadelede gizli bilgilerin kullanımının esaslı bir önem taşıdığını ve örgütlü terörizmin hem vatandaşların hayatını hem de bir bütün olarak demokratik toplum için tehdit oluşturduğunu hatırlatmaktadır. Davalı işleminin temelini oluşturan 1978 tarihli kanununun 14. maddesinin verdiği yetki, demokratik biçimde seçilmiş bir parlamentonun hukukun üstünlüğüne saygı göstererek terör suçlarıyla mücadele etme gayretinin ifadesidir. Şüphelinin haklılığı bakımından yeterli olguların varlığı ve terör suçlarının kovuşturulmasının özel gerekleri göz önünde tutulduğunda, bütün veriler ışığında; Mahkeme, Bayan Murray’nin silah alımı için para topladığı yönünde objektif ve inandırıcı gerekçelerin bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay ve bilgilerin varlığı halinde makul şüpheden bahsedilebilir; bu şüphe bir suçlamayı gerektiren şüphe kadar yoğun değildir. Bu sebeple söz konusu hakkın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Geçmişte suç işlemiş bir kişinin “gene suç işleyebilir” şüpheli kişi olarak tutuklanması madde hükmüne aykırıdır; şüphenin somut bir durumdan kaynaklanması gerekir.

⁷⁰ Brogan ve Diğerleri İngiltere’ye karşı, 29.11.1988; Kawka Polonya’ya karşı, 09.01.2001

⁷¹ Guzzardi İtalya’ya karşı, 06.11.1980;

Suç işlediği şüphesi üzerine gözaltına alındıktan yahut tutuklandıktan sonra kovuşturmaya devam edilmemesi, bu tutukluluğun hükmü ihlal ettiği anlamına gelmez⁷².

Mahkeme 5. madde ile ele aldığı davalarda bir bakanlık kararı ile ve yargıç önüne çıkarılmaksızın, bir kişinin asayiş ve kamu düzenini bozduğu ya da devlet yahut kamu güvenliğini tehdit eden faaliyette bulunduğu gerekçesiyle hapsedilmesini veya tutukluluk niteliği taşır durumda bir yerde ikamete mecbur tutulmasını hükme aykırı bulmuştur.

- Özgürlüğü Kısıtlanan Kişinin Hakları:

5. maddenin 2. fıkrası “tutuklanmasını gerektiren nedenlerin ve yapılan suçlamaların en kısa zamanda ve anlayacağı bir dil ile bildirilmesini” emretmektedir. Bu fıkranın amacı, özellikle maddenin 4. fıkrasında yer alan itiraz hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamaktır⁷³.

Bu güvencenin önemi özellikle suç kovuşturmasında ve polis tarafından gerçekleştirilen gözaltına alma sırasında kendini gösterecektir⁷⁴.

Tutma sırasında veya tutmayı hemen izleyen zaman dilimi içinde, bu işlemin nedeni ayrı bir açıklamayı gerekli kılmayacak şekilde anlaşılıyorsa fıkraya hükmünün gereği yapılmış sayılır⁷⁵. Mahkemenin yerleşmiş uygulamasına göre, yapılacak bildirim içeriği amaçla sınırlıdır; bu nedenle kapsamı da 6. maddenin 3. fıkrasının a bendinde yer alan savunmanın hazırlanması amaçlı bildirimden farklı ve daha dardır; örneğin soruşturma dosyasının ilgili kişi tarafından incelenmesi anlamına gelmez, ayrıca bu bildirim hiçbir şekilde bağlı değildir⁷⁶.

5. maddenin 3. fıkrası iki ayrı yükümlülük getirmektedir. Yakalanan kişinin işlemin denetimi amacıyla hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya kanunun yetkili kıldığı başka bir memur önüne çıkarılacak ve tutukluluk durumu makul süreyi aşmayacaktır. Burada amaç, yasal dayanağı olmayan ve gereksiz tutuklamayı önlemektir⁷⁷.

⁷² Brogan ve diğerleri, İngiltere'ye karşı, 29.11.1988

⁷³ L.Amy Belçika'ya karşı, 30.03.1989

⁷⁴ Campbell ve Hartley İngiltere'ye karşı, 30.08.1990

⁷⁵ Dikme Türkiye'ye karşı, 11.07.2000

⁷⁶ İrlanda İngiltere'ye karşı, 18.01.1978

⁷⁷ Shoogström İsveç'e karşı, 02.10.1984;

3. fıkarda yer alan “hemen” kelimesi derhal anlamında değildir; durumun somut olaydaki özelliklere göre değerlendirilmesi ve gereksiz gecikmeye yer verilmemesi şeklinde anlaşılması doğru olur. Brogan ve diğerleri kararında Mahkeme yakalanan veya tutuklanan kişinin, hemen bir hakim önüne çıkarılması zorunluluğunu irdelemiştir. Bu dönemde, 1984 tarihli Terörün Önlenmesine İlişkin İngiliz Kanunu, mahkemeye çıkarılmaksızın 5 güne varabilen gözaltı süresi öngörmekteydi⁷⁸. Davalı hükümet, hukuken kabul edilebilir deliller elde etmek için zamana ihtiyaçları olduğunu gerekçelendirerek açıklamıştı. Hükümete göre, teröristler, sorguya direnme eğitimi almışlardı, adli tıbbı sevk edilecek delil toplamak ve zanlılardan birinden elde edilen bilginin diğerleri ile karşılaştırılması ve teyid edilmesi gerekebilirdi. Mahkeme, “hemen” kavramının esnek bir yoruma pek müsait olmadığını tespit ederek olayın özel koşullarının mahkemeye çıkarılmaksızın çok uzun bir süre gözaltında tutulmayı haklı göstereceğini söylemenin bu kavramı kabul edilemeyecek kadar geniş yorumlama sonucuna götüreceğini belirtmiştir. Böyle bir yorum korunan hakkın özüne zarar veren sonuçlar doğurabilecektir. Başvuru sahiplerinin tutuklama ve gözaltına alınmalarının, şüphesiz biçimde, toplumu terörizmden koruma yönündeki meşru amaçtan esinlenmesi, 3. fıkranın özel gereklerine uygunluğu sağlamak için yeterli değildir. Mahkeme bu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme somut durumun gösterdiği özelliklere göre Duinhof ve Duijf, De Jong, Baljet ve Van der Brink, Van der Sluisj, Zuiderveld ve Klape davalarında da 7 günü aşan süreleri gereksiz şekilde uzun ve fıkra hükmünü ihlal eder nitelikte bulmuştur⁷⁹.

Mahkeme’ye göre tutukluluk süresinin makul niteliği somut olay göz önünde tutularak değerlendirilmelidir. Mahkeme’nin yerleşmiş içtihadına göre, ulusal adli merciler bir somut olayda tutukluluk halinin makul süreyi aşmadığına karar verirken, suçsuzluk karinesini de göz önünde tutarak, kişi özgürlüğüne saygı ilkesine istisna getirmeyi meşru kılan bir kamu yararının varlığını kabul veya redde gerekçe teşkil edecek tüm koşulları araştırıp inceleyecekler ve ilgilinin salıverilme istemine ilişkin olarak verdikleri red kararında, reddin gerekçesini açıkça belirteceklerdir⁸⁰. Komisyon Luciano

⁷⁸ **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.309

⁷⁹ Aksoy Türkiye’ye karşı, 18.12.1996; Sakık ve Diğerleri Türkiye’ye karşı, 26.11.1997; Demir ve diğerleri Türkiye’ye karşı, 23.09.1998; Dikme Türkiye’ye karşı, 11.07.2000; Altay Türkiye’ye karşı, 21.05.2001; Şarlı Türkiye karşı, 22.05.2001

⁸⁰ Letellier Fransa’ya karşı, 26.06.1991; Kemmache Fransa’ya karşı, 27.11.1991; Toth Avusturya’ya karşı 12.12.1991; Clooth Belçika’ya karşı, 12.12.1991; Van der Tang İspanya’ya karşı, 13.07.1995; Contrada İtalya’ya karşı, 24.08.1998

Ferrari-Bravo İtalya'ya karşı, 9678/81 kararında, terör suçlarının önemini ve müebbet hapse mahkûm edilme ihtimali bulunan zanlının kaçma riski gibi olaya özgü koşullarda geçici serbest bırakmanın mümkün olmadığını gözlemlemiş ve Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan makul süre şartının aşılmadığına karar vermiştir.

Strasbourg denetim organları makul süre sınırının aşıldığı iddialarını inceleyen, önce ulusal mercilerin, tutululuk halinin devamına karar verirken dayandıkları gerekçelerin (sanığın kaçma veya delilleri karartma ya da yok etme tehlikesinin varlığı yahut kamu düzeninin korunması gibi) hala bu tedbiri gerekli ve meşru kılıp kılmadığına bakmakta; tutukluluk nedenlerinin yerinde ve yeterli olduklarının saptanması üzerine de, yetkili ulusal mercilerin yargılama işlemlerini yaparken durumun gerektirdiği süratle hareket edip etmediğini araştırmaktadır⁸¹.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, ulusal adli mercilerin, sanığın tutuklanmasını gerekli ve meşru kıldığı kanaati ile dayandıkları kamu yararına ilişkin gerekçeler tamamen yerinde ve geçerli olabilirler; fakat bu merciler, işi süruncemede bırakıp yargılamayı, tutukluluğu makul sınırını aşar şekilde uzatıp gitmişlerse kendileri Sözleşme önünde gene sorumludurlar⁸². Bununla beraber Mahkeme, örneğin işin karmaşıklığı gibi, somut olayın taşıdığı olağanüstü özellikleri de hesaba katmaktadır; nitekim Mahkeme, W İsviçre'ye karşı davasında, sanığın kişiliğini ve dava konusunun özellikleri göz önünde tutularak 4 yıl 3 gün gibi uzun bir tutukluluk süresini, Komisyon görüşünün aksine, makul bulunarak madde hükmünün çiğnenmemiş olduğu sonucuna varılmıştır⁸³.

5. maddenin 4. fıkrasında habeas corpus güvencesi düzenlenmiştir. Bu güvence ile, kişi özgürlüğünün kısıtlanması işleminin kanuna uygun olarak yapıp yapılmadığının kısa sürede bir mahkemeye inceletilmesini sağlamak ve aykırılık halinde kişiye salıverilmesini istemek hakkının sağlanması temin edilmek istenmiştir⁸⁴.Mahkeme özgürlük kısıtlamasının 1. fıkra hük-

81 Letellier Fransa'ya karşı, 26.06.1991; Kemmache Fransa'ya karşı, 27.11.1991; Toth Avusturya'ya karşı, 12.12.1991; Mansur Türkiye'ye karşı, 08.06.1995; Yağcı ve Sargın Türkiye'ye karşı, 08.06.1995; Labita İtalya'ya karşı, 06.04.2000; Cesky Çek Cumhuriyetine karşı, 06.06.2000

82 Stögmüller Avusturya'ya karşı, 10.11.1969

83 Aksi yönde Punzelt Çek Cumhuriyeti'ne karşı, 25.04.2000

84 **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e., s.241

müne aykırı bulunmadığı durumlarda dahi, habeas corpus yolunun açık olup olmadığını denetlemektedir⁸⁵. “Mahkeme” ile anlatılmak istenen yalnızca bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesine sahip bir merci değil; aynı zamanda güvenceli bir inceleme usulünü de ifade eder⁸⁶.

Ayrıca, itiraz hakkını kullanan kişi tutuklanmasına gerekçe olarak ileri sürülen nedenlere cevap vermek olanağına sahip olmalı; yani soruşturma dosyasının içeriği konusunda gerekli ve yeterli bilgiye ulaşabilmelidir⁸⁷.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye’ye ile İlgili Kararı:

Yakın dönemde, terörizmle mücadele ile ilgili AİHM’ne taşınan kişi özgürlüğü ile ilgili davaların pek çoğu Türkiye kökenlidir ve olağanüstü hal bölgesinde cereyan eden olaylardan kaynaklanmaktadır. Bunlar esasen; resmi kayıtlara geçmeyen gözaltılar ve gözaltında kayıp vakaları, gözaltına alma da makul şüphe ve hukuka uygunluk şartlarının ihlali, uzun gözaltı ve tutukluluk süreleri ve mahkemeye başvurma hakkının ihlali konularında yoğunlaşmaktadır⁸⁸.

Türkiye ile ilgili kararlarında gözaltı ile ilgili olanlarda en sık rastlanılan problem, Mahkeme’nin gözaltına alma işlemi kayıtlarını yetersiz ve güvenilmez bulmasıdır. Kurt Türkiye’ye karşı (25.05.1998), davasında Kurt’un resmi kayıtlara geçirilmeksizin gözaltında kaybolması söz konusudur. Mahkeme bu kararda “ Devlet makamlarınca tanınmayan bir gözaltı işlemi, Sözleşme’nin 5. maddesinde yer alan güvencelerin tamamen inkârı sonucunu doğurur ve böyle bir uygulama özgürlükten mahrum bırakma işleminin faillerini, suça iştiraklerini saklama, izlerini kaybettirme ve sorumluluktan kurtulma imkânı sağlar. Gözaltı işleminin yer, tarih ve saati gibi verileri sunmaktan kaçınmak, Sözleşme’nin 5. maddesinin amaçları ile uyumsuzluk göstermektedir. Resmi makamların kayıp kişinin bulunduğu yer ve gözaltına alındıktan sonra başına gelenler hakkında inandırıcı açıklamalar getiremediğini ve bu kişinin annesinin girişimlerine rağmen hiçbir geçerli soruşturmanın yürütülmediğini tespit eden Mahkeme, 5. maddenin ihlaline karar vermiştir.” Çakıcı Türkiye’ye karşı (08.07.1999) davasında, Mahkeme, gözaltına alındığı bi-

⁸⁵ Bouamar Belçika’ya karşı, 29.02.1988

⁸⁶ Curley İngiltere’ye karşı, 28.03.2000

⁸⁷ K.Kampanis Yunanistan’a karşı, 13.07.1995; Garcia Alva Almanya ve Schöps Almanya’ya karşı, 13.02.2001

⁸⁸ ÖZDEK, Yasemin, “Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye”, Ankara, 2004,s.183

linen bir kişinin isminin tutanaklarda yer almamasının ağır bir ihlal olduğuna ve söz konusu tutanakların genel olarak inandırıcılıktan uzak ve bulanık olduğuna kanaat getirerek 5. maddenin ihlaline karar vermiştir.

AHİM, savcılık ya da ilk derece mahkemesi gibi davranarak olay yerinde inceleme ve tanık dinlemesi gibi delil tespiti yapmakta ve genellikle gözaltı kayıtlarının gerçeği yansıtmadığını oy birliği ile tespit etmektedir⁸⁹. Mahkeme gözaltına alınana kişinin bu dönem boyunca başına gelenlerden devleti sorumlu tutmakta ve bu sorumluluğun ortadan kalkması için kişinin serbest bırakıldığı ya da kaybolmasında güvenlik güçlerinin sorumlu olmadığı yönünde güçlü deliller aramakta, bunların ortaya konulabilmesi için de ciddi ve etkili soruşturma yapılması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁰.

Türkiye ile ilgili olarak AIHM'in karşısına gelen bir diğer şikâyet konusu da makul bir şüphe bulunmaksızın kişilerin özgürlükten mahrum bırakıldığı iddialarıdır. Berktaş Türkiye'ye karşı (01.06.2001) davasında, üzerinde kimlik belgesi bulunmadığı için gözaltına alınarak evi aranan başvuru sahibi hakkında makul şüphe bulunduğunu gösteren yeterli delil bulunmadığını gözlemleyen Mahkeme 5. maddenin ihlaline karar vermiştir.

Türkiye ile ilgili şikâyetlerde en yoğun olarak rastlanılan konulardan biri de gözaltı süreleridir. Burada "hemen" hâkim önüne çıkarılmak ifadesi Mahkemece tartışma konusu yapılmaktadır. Sakık ve diğerleri Türkiye'ye karşı (26.11.1997) davasında Mahkeme, başvuru sahiplerinin bazılarının 12, bazılarının ise 14 gün hakim karşısına çıkarılmaksızın gözaltında tutulmalarını değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre terör suçlarının soruşturulmasının resmi makamları özel sorunlarla karşılaştıracağı şüphesizdir. Ancak bu husus, soruşturma yapan makamların terörizm bahanesiyle zanlıları sorguya çekmek üzere, ulusal yargı organlarının ve AIHM'nin denetiminden muaf bir tutuklama hakkı olduğu anlamına gelmez. Başvuru sahiplerinin faaliyetleri terörizmle bağlantılı olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, bu kişilerin yargı müdahalesi olmaksızın 12 veya 14 gün gözaltında tutulmalarını kabul edemez⁹¹.

89 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.316

90 **TURHAN**, Faruk "Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.4 S.1/2, 2000.,s.228

91 Aynı yönde, Dikme Türkiye'ye karşı, 11.07.2000; Filiz ve Kalkan Türkiye'ye karşı, 20.09.2002; Günay ve Diğerleri, 27.09.2001; İğdeli Türkiye'ye karşı, 20.09.2001; Altay Türkiye'ye karşı, 22.05.2001; Murat Satık ve Diğerleri Türkiye'ye karşı, 22.01.2003; Öcalan Türkiye'ye karşı, 12.03.2003

Türkiye ile ilgili davalarda gözaltı süresinin uzunluğu gibi tutukluk süresinin uzunluğu da gündeme gelmektedir. Yağcı ve Sargın Türkiye'ye karşı (08.06.1998) davasında, Mahkeme, tutukluluk halinin sürmesine gerekçe olarak gösterilen kaçma tehlikesine ilişkin olarak gösterilen delilleri yetersiz bulmuştur ve Sözleşmenin ihlaline karar vermiştir. Mansur Türkiye'ye karşı (08.06.1995) davasında, başvuru sahibinin tahliye talebinin yerel mahkeme tarafından, bazen gerekçesiz olarak 9 kez reddedildiğini gözlemleyen Mahkeme, bir sanığın kaçma riskinin sadece suça mukabil cezanın ağırlığı ile ölçülemeyeceğine ve delillerin ciddiyetinin de tutukluluğu haklı kılmak için yeterli olmadığına karar vermiş ve 5. maddenin ihlal edildiğini söylemiştir.

Mahkemenin Türkiye ile ilgili olarak incelediği bir diğer konu da habeas corpus hakkıdır. İğdeli Türkiye'ye karşı (20.09.2002) kararında 7 gün hâkim önüne çıkarılmaksızın gözaltında tutulmanın 5. maddenin 3 fıkrasını ihlal ettiğine hükmeden Mahkeme, aynı zamanda başvuru sahibinin, gözaltı işlemine karşı iç hukukta başvuru yolunun bulunmadığı iddiasını incelemiştir. Hükümet, olaylar sırasında DGM'lerin yetki alanına giren suçlar bakımından 15 günlük bir gözaltı süresi olduğuna işaret ederek başvuru sahibinin göz altında olduğu sürenin iç hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre gözaltında tutulduğu sürenin Türk hukukuna uygun olduğu doğrudur, ancak başvuru sahibinin gözaltı işlemine itiraz etmesine engel olan da bu süre olduğu için ihlal söz konusudur.

Öcalan Türkiye'ye karşı (12.03.2003) davasında ilgili 5. maddenin 4. fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna karşı Hükümet iç başvuru yollarının tüketilmediği itirazında bulunmuştur. Mahkeme, bir iç başvuru yolunun sadece teoride değil aynı zamanda uygulamada yeterli bir kesinliğe sahip olması gerektiğini, aksi takdirde aranan ulaşılabilirlik ve etkinlikten mahrum olacağını ve bu hükmün aradığı başvuru yolunun yargısal olması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, gözaltı işleminin hukuka uygunluğuna karşı başarılı bir biçimde DGM'lere itiraz eden herhangi birinin gösterilmediğini hatırlatmaktadır. Somut olayın şartları başvuru sahibinin bu başvuru yoluna etkin biçimde gitmesini imkânsız kılmıştır. Başvuru sahibi bir avukata danışma imkânı olmadan tamamen tecrit halinde tutulmuştur. Avukatların ondan bağımsız olarak harekete geçme imkânı kabul edilse bile, Mahkeme bu imkânın önünün polis tarafından kesildiğini gözlemlemektedir. Hükümetin itirazlarını reddeden Mahkeme, hak ihlaline karar vermiştir.

2. İnsan Hakları Komitesinin Yaklaşımı:

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 9. maddesi, kişi özgürlüğünü ve güvenliğini düzenlemekte, 10.maddesi de kişi özgürlüğünden mahrum bırakılmış bir kimsenin insani biçimde muamele görmesine yönelik hükümler içermektedir.

İnsan Hakları Komitesi, 9. madde ile ilgili olarak kaleme aldığı "Genel Gözlemler"inde, kendisine ulaşan devlet raporlarının kişi özgürlüğünün tanımı bakımından çok daraltıcı bir yorumu yansıttığı ve yetersiz bilgi içerdiğinden yakınmaktadır⁹².

3. paragraf uyarınca, cezai vakalarda, tutuklunun ya da gözaltına alınan herkesin hemen hâkim ya da kanun tarafından yargısal yetki kullanmasına izin verilmiş bir görevli önüne çıkarılma hakkı vardır. Pek çok devletin mevzuatı daha açık zaman sınırlamaları getirmektedir ve Komite'nin görüşünce bu süre birkaç günü aşmamalı, kamu güvenliği sebebi ile önleyici gözaltı diye adlandırılan uygulama varsa, aynı hükümlere tabi bir biçimde denetlenmeli yani keyfi olamamalı, kanunen tespit edilmiş temel ve usullere dayanmalı, gerekçeler ilgili kişiye bildirilmeli, gözaltı halinin mahkeme tarafından denetimi ve haksız gözaltı halinde tazminat mümkün olmalıdır⁹³.

10. maddeye ilişkin Genel Gözlemler'de Komite, özgürlüğünden mahrum bırakılmış kişilerin insani muamele görmesinin evrensel uygulamaya tabi temel bir standart oluşturduğunu ve maddi imkânlarla bağlı kılınamayacağını saptamaktadır⁹⁴.

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 10. maddesi, 4. maddede sayılan olağanüstü hallerde dahi ayrık hüküm ve uygulama getirilemeyecek hükümler arasında yer almamaktadır. Fakat, 4. madde ile ilgili Genel Gözlemler'inde Sözleşme'nin m.4 / f.II maddesinde de yer almayan bazı unsurların 4. madde uyarınca meşru sayılacak bir ayrık hale konu olamayacaklarını belirterek; bunlar arasında özgürlükten mahrum bırakılmış herkesin, insanîyetle ve insanlık onuruna saygı ile muamele görmesi hakkının da yer aldığını belirtmektedir⁹⁵. Komite, Sözleşme'ye konulabilecek çekincelere ilişkin

92 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.321

93 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.322

94 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.322

95 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.323

“Genel Gözlemler”inde, Sözleşmenin teamül hukukunu yansıtan hükümlere çekince konulamayacağını tespit ettikten sonra devletin keyfi olarak insanları özgürlüklerinden mahrum bırakma, gözaltına alma ve tutuklama hakkının çekince yoluyla saklı tutulmayacağını belirtmektedir⁹⁶.

11 Eylül sonrası dönemde ABD’de gözaltında tutulan kişilerle ilgili olarak sivil toplum örgütleri, gözaltındaki kişilere kendilerine yöneltilen suçlamalar hakkında bilgi verilmediğini, avukat desteğinden mahrum bırakıldıklarını ve Ortadoğu ile Güney Asya kökenlilere yönelik ayrımcılık uygulamaları yapıldığı kamuoyuna taşımak istemektedirler⁹⁷. Daha önce bahsettiğimiz, “Guantanamo’da gözaltında tutulan kişilerin durumu” başlıklı rapora göre, gözaltı işlemi bir ceza değil, bir güvenlik ya da askeri zorunluluk uygulamasıdır. Guantanamo’dan elde edilen bilgilere göre, süregitmekte olan gözaltı uygulamasının asıl amacı, bunlar hakkında açılacak ceza davalarına hazırlık yapmak değil, El Kaide hakkında istihbarat edinmektir. Gözaltındaki kişiler, bu işleme karşı yargıya itiraz etme hakkından yıllar boyunca mahrum bırakılmışlardır. Bu hakka ancak 2004 tarihli Yüksek Mahkeme’nin Rasul v. Bush kararıyla kavuşabilmişlerdir. Grup, Rasul kararını takiben ABD hükümetinin bir Savaşçı Statüsünü Gözden Geçirme Mahkemesi ve gözaltındaki her bir kişinin durumunu her yıl inceleyecek İdari Gözden Geçirme Kurulları oluşturulduğunu ancak bu organların izledikleri usulün Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 9. maddesine uygunluğunun tatmin edici olmadığını dile getirmiştir.

Kongre’nin teröre karşı savaşta kullanmak üzere benimsediği “USA PATRIOT ACT”, Başsavcıya, ABD vatandaşı olmayan terör zanlılarını asgari usulî haklarla uzun süre gözaltına alma yetkisi vermektedir. Ayrıca, ceza soruşturması sırasında edinilen bilgilerin ABD istihbarat birimlerine dağıtılması öngörülmekte ve bu bilgilerin nasıl kullanılabilceği hakkında bir sınır getirilmemektedir. Teröre karşı savaş ortamının insan haklarının koruma düzeyine yönelik olumsuz etkileri doğal olarak kişi özgürlüğüne de yansımakta ve devletler sırayla tepki göstermektedirler⁹⁸. İngiltere’nin Aralık 2001’de benimsediği “Anti-Terörizm, Suç ve Güvenlik Kanunu” netice itibari ile yabancı kökenli terör zanlılarının hâkim karşısına çıkarılmaksızın belirsiz bir süre boyunca tutulmalarına imkân vermektedir.

⁹⁶ **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.323

⁹⁷ **BUHLER**, Pierre, “Les Etats-Unis et le Droit International”, Commentaire, N: 103, automne, 2003, s. 559

⁹⁸ **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.330

D) Terörizm ve Adil Yargılanma Hakkı:

Terörizmle mücadele yürütülürken, terör eylemleriyle suçlanan kişinin de, Batı hukuk sistemlerinin ayrılmaz parçalarından biri olan adil yargılama hakkına sahip olduğu unutulmamalıdır⁹⁹.

Ceza davalarında adil yargılanma hakkı masum insanların adli hata sonucu mahkûm olmalarını engellerken, teröristlerin haksız mahkûmiyete dayalı propaganda yapmalarını da önleyecektir. Burada, adil yargılanma hakkını en geniş şekilde düşünmek; aynı suçtan iki defa yargılanmamak, suçta ve ceza da kanunilik, ceza sorumluluğunun kişiselliği, masumiyet karinesi, mahkemelerin tarafsız ve bağımsız olması ilkeleriyle beraber değerlendirmek gerekmektedir.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yaklaşımı:

a. Genel Olarak Adil Yargılama Hakkı:

6. madde demokratik yönetimin temel öğelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini içermektedir¹⁰⁰. Bu maddede adil yargılanma hakkı hem hukuk hem de ceza davaları açısından bu hakkı tanınmakla birlikte, terörizm bağlamında esasen ceza davalarında söz konusu olacaktır. Maddenin 1. fıkrasında adil yargılanmayı oluşturan unsurların bir kısmı sayılmıştır. Buna göre, davanın kanunla kurulan, bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede, açık duruşmada görülmesi gerekir. Ayrıca birinci cümlede davanın hakkaniyete uygun surette dinlenilmesi de düzenlenmiştir. Strasboug denetim organları bu düzenlemeden hareketle, adil yargılanma kavramının fıkrada açıkça sayılanların yanında zımni unsurlar da içerdiği sonucuna varmışlardır. Mahkeme içtihadında rastlanılan “dava hakkı”, “tarafklar arasındaki silah eşitliği” gibi unsurlar bu unsurlardandır¹⁰¹.

3.fıkra ile sanığa tanınan haklar, adil yargılanma normunun bazı özel uygulama şekilleridir, yapılan sayım sınırlı değildir sadece örnek niteliği taşımaktadır¹⁰².

99 İNCEOĞLU, Sibel, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı- Kamu ve Özel Hukuk Alanında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler”, Beta, 2002, İstanbul s.1

100 Colozza ve Rubinat İtalya'ya karşı, 12.02.1983

101 Zumbotell Avusturya'ya karşı, 21.09.1993

102 Melin Fransa'ya karşı, 22.06.1993

Adil yargılanma güvencesinin sağlanması için Sözleşme'ye göre taraf devletler gerekli önlemleri almak zorundadırlar¹⁰³. Örneğin yargılanmanın makul sürede bitirilmesi için yeterli sayıda mahkeme kurulması veya hâkim görevlendirilmesi gibi.

Mahkeme 6. maddenin ihlali konusundaki şikâyetleri incelerken, ulusal hukuk düzeyinde yargılamanın bütünü göz önünde tutmaktadır. Yargılamanın belli bir safhasında ihmal edilen bir hususun sonraki safhalarda telafi edilmiş olması her zaman mümkündür¹⁰⁴.

6. maddenin uygulanma alanlarından ceza yargılaması terörizm bağlamında önemlidir. Mahkeme'ye göre bir suçlamanın varlığı konusunda önemli olan, suçlamanın şekli, zamanı veya suçlayan makamın sıfatı değil; fakat isnadın içeriğidir. Böylece, bireyin bir suç işlediğinden şüphelenilmesi, böyle bir şüphe ile yakalanması veya tutuklanması; hakkında bir polis ya da hazırlık soruşturması açılmış bulunulması ilgilinin durumunu etkileyeceğinden bu işlemler suçlama niteliğindedir¹⁰⁵. Sözleşme'ye taraf devletler her hangi bir fiili suç haline getirmekte serbesttirler; meğerki ulusal mevzuatın suç saydığı fiil, Sözleşme ile koruma altına alınmış hak veya özgürlüklerden birinin kullanımını etkilemiş olsun¹⁰⁶.

b. Mahkeme Önünde Hak Arama Hakkı:

Golder İngiltere'ye karşı davasında Mahkeme 1. fıkranın, adil yargılama isleme hakkını, yalnızca önceden açılıp görülmekte olan davalara mı kapsadığını yoksa bundan da öte, herkese hak aramak için mahkemeye gidebilme hakkını verip vermediğini tartışmıştır. Mahkeme'ye göre, 1. fıkranın görülmekte olan bir davada taraflara tanınan güvenceleri ayrıntıları ile belirtmesinin yanında; fakat bu güvencelerden gerçekten yararlanmayı mümkün kılacak şeyi, yani hâkim önüne gidebilmeyi öncelikle koruma altına almamış olmasını izah mümkün değildir¹⁰⁷.

¹⁰³ Barbera, Messegue ve Jabardo İspanya'ya karşı, 06.12.1988

¹⁰⁴ Zumbotell Avusturya'ya karşı, 29.09.1993

¹⁰⁵ Delta Fransa'ya karşı, 19.10.1990; Quaranta İsviçre'ye karşı, 24.05.1991; Mesina İtalya'ya karşı, 26.02.1993

¹⁰⁶ Engel ve diğerleri, Hollanda'ya karşı, 08. 06.1976

¹⁰⁷ Zumbotell Avusturya'ya karşı, 29.09.1993; Fayed İngiltere'ye karşı, 21.09.1994; Ortenberg Avusturya'ya karşı, 25.11.1994; Yunan Rafineri Yunanistan'a karşı, 09.12.1994

Mahkeme önünde hak arama yolunun fiilen yahut hukuken, geçici de olsa kapatılması veya kullanımını imkânsız kılacak ölçüde koşullara bağlanıp sınırlanması, 6. madde hükmünün çiğnenmesi demektir¹⁰⁸.

Hak arama özgürlüğü mutlak değildir; özellikle hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla devletler gerekli tedbirleri almakta serbesttirler. Ancak, dava hakkının kullanımına getirilen sınırlamaların amaca uygun ve orantılı olması hakkın özüne dokunmaması gerekir, Devletlerin bu konuda sahip oldukları takdir yetkisi Strasbourg organlarının denetimi altındadır¹⁰⁹.

c. Adil Yargılamanın Gereklere:

- Yasal, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme:

Bu konu ile ilgili olarak öncelikle kavramları açıklamak yerinde olacaktır. AİHM içtihadında “mahkeme” kanunla kurulan; yürütme organı ve taraflar önünde bağımsız ve tarafsız; yargılama usulü güvencesine sahip bir makamı ifade etmektedir¹¹⁰. “Yasal mahkeme”, yargılamada kanuni yargıç güvencesini getirir. Bu kural gereğince, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerek izleyecekleri yargılama usulü yasama yolundan kanun ile ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır ve böylece olası keyfilikler önlenecektir¹¹¹. Mahkeme, bir mahkemenin bağımsızlığını araştırırken, üyelerinin atanma ve görevden alınma usulüne, görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve mahkemenin global bir değerlendirme ile “bağımsız bir görünüm” verip vermediğine bakmaktadır¹¹².

Mahkeme, önce İncal Türkiye’ye karşı (09.06.1998), sonra Çıraklar Türkiye’ye karşı (28.10.1998) ve sonrasında çok sayıda davada üç yargıçlı DGM’nde yargıçlardan birinin askeri yargıç olmasını 6. maddenin 1. fıkrasındaki “bağımsız ve tarafsız” güvencesine aykırı bulmuştur. Mahkeme, söz konusu hâkimlerin asker oluşunun, hala orduya mensubiyetlerinin devam

108 Kreuz Polonya’ya karşı, 19.06.2001

109 mennitta İtalya’ya karşı, 03.10.2000; Lagrange Fransa’ya karşı, 10.10.2000

110 Fischer Avusturya’ya karşı, 26.04.1995;

111 Bulut Avusturya’ya karşı, 22.02.1996

112 Obermeier Avusturya’ya karşı, 28.06.1990

ettiğinin ve ordunun ise yürütme gücüne bağlı olduğunun altını çizmektedir. Hükümet, DGM'lerde askeri hâkim bulunmasının tek gerekçesinin, organize suçla ve yasadışı silahlı gruplarla mücadele alanında bu hâkimlerin tecrübe ve yetkinlik sahibi bulunmaları olduğunu ileri sürmüştür. Öcalan Türkiye'ye karşı (12.03.2003) davasında ise, devlet güvenlik mahkemesi önündeki usulî sürecin başlangıcında askeri hâkim mahkeme heyetinde yer almış, Anayasa'da yapılan değişiklikten sonra yerini sivil hâkime bırakmıştır. Mahkeme, yargılama süreci sırasında anayasa değişikliği sonucu askeri hâkimin çekildiğini ve yerine geçen yedek sivil hâkimin yargılama sürecini başından beri izlediğini gözlemlemektedir. Bununla beraber, bu değişiklik mahkemenin oluşmasındaki kusuru ortadan kaldırmaz. Uzun süreden beri, Türk askeri makamlarına karşı silahlı çatışma yürüten ve ölüm cezası riski ile karşı karşıya olan sanığın durumu, olayın tahlilinde dikkate alınmalıdır. Böylece Mahkeme, Ankara Devlet Güvenlik Mahkeme'sinin Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiği karar vermiştir.

Sıkıyönetim ve genellikle askeri mahkemeleri, bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından değerlendirirken Mahkeme bağımsızlık ve tarafsızlığı sağlamak için alınmış bulunan önlemler yanında asker kişilere tanınan yetkileri de göz önünde tutmaktadır¹¹³.

-Davanın Makul Süre İçinde Görülmesi:

Mahkeme, bu hükmün amacını açıklamıştır. "...tüm hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişilerin yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; suçlanan kişinin uzun süre, davasının nasıl sonuçlanacağı endişesi ile yaşamasını önlemektir."¹¹⁴ Makul süreyi, her somut olayın ayrıntılı özelliklerini göz önünde tutarak değerlendirmek gerekir¹¹⁵.

Mahkeme makul süre değerlendirilmesinde üç ölçütten yararlanmaktadır, dava konusunun niteliği, yargılama sırasında şikâyetçinin tutumu ve yargılama makamının tutumu¹¹⁶.

¹¹³ Fındlay İngiltere'ye karşı, 25.02.1997; Cable ve diğerleri, İngiltere'ye karşı,18.02.1999;Mills İngiltere'ye karşı,05.06.2001; Arı Türkiye'ye karşı, 25.09.2001

¹¹⁴ Bock Almanya'ya karşı, 29.03.1989

¹¹⁵ Dobertin Fransa'ya karşı, 25.02.1993

¹¹⁶ Muti İtalya'ya karşı, 23.03.1994; Vallée Fransa'ya karşı,26.04.1994; Yağcı ve Sargın Türkiye'ye karşı, 08.06.1995; Mansur Türkiye'ye karşı, 08.06.1995; Castanheira Barros Türkiye'ye karşı, 26.10.2000; Messochoritis Yunanistan'a karşı,12.04.2001

Hukuki meselenin çözümündeki güçlük, gerek dava ile ilgili kanıtların toplanmasında karşılaşılan engel ve karmaşık durumlardır¹¹⁷.

- Yargılamanın Açık ve Duruşmalı Olması:

Bu güvence ile yargılamada adil olunduğu gösterilmek suretiyle bir yandan mahkemelere olan güven korunacak; öte yandan da gizlilikten kaynaklanabilecek keyfi işlemler önlenerek 6. maddenin amacı adil yargılanma sağlanmış olacaktır¹¹⁸.

AB üyesi devletlerin tamamı yargılamanın aleniliği ilkesini benimsemekle beraber; bu kuralın gerek kapsamı, gerek uygulama koşulları bakımından farklılıklar gösterebilmektedir. Mahkeme'ye göre önemli olan husus yargılamanın açık olması ile güdülen amaçtır¹¹⁹.

6. madde, bir bütün olarak değerlendirildiğinde sanığa hakkındaki davaya fiilen ve gerçek şekilde katılma hakkını tanıdığı görülmektedir. Açık duruşma hükmüne getirilen istisnalar fıkranın ikinci cümlesinde belirtilmiştir: “genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği”.

- Hakkaniyete uygun olarak:

Mahkeme genel ve nesnel bir adil yargılanma tanımı yapmak yerine; pragmatik bir yaklaşımla, yargılama faaliyetinin bütününe inceleme altına alarak davanın adil şekilde görülüp görülmediğini araştırmaktadır¹²⁰.

> Silahları Eşitliği:

Mahkeme'ye göre adil yargılamanın ilk ve önemli gereği taraflar arasında silah eşitliği; yani mahkeme önünde sahip bulunulan hak ve yükümler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin gözetilmesi ve bu dengenin yargılama boyunca korunmasıdır¹²¹. Mahkeme, yargılamada silah eşitliğinin sağlanıp sağlanmadığını denetimde her davanın özel koşullarına göre değerlendirir.

117 Francesco Lombardo İtalya'ya karşı, 26.11.1992

118 GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e, s.288

119 Reapen Avusturya'ya karşı, 15.06.2000

120 GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e, s.290

121 Monnel ve Morris İngiltere'ye karşı, 02.03.1987

dirmektedir. Mahkeme'nin yerleşmiş içtihadına göre, ceza davasında sanık ile savcı eşit durumda olacaktır. Savcılıkça mahkemeye sunulan tüm belgeler; karşı görüşünü bildirebilmesi için sanığa verilecek ya da tebliğ edilecektir¹²².

Göç Türkiye'ye (09.11.2000) karşı davasında Yargıtay Başsavcılığınca dava dairesine sunulan savcılık mütalaasının, sanığa tebliği edilmemiş olmasını Mahkeme silahların eşitliği kuralına aykırı bularak 6. maddenin 1. fıkrası hükmünün çiğnendiğine karar vermiştir¹²³.

➤ ***Susma Hakkı ve Kendi Kendini Suçlamaya Zorlama Yasağı:***

Heaney ve McGuinness İrlanda'ya karşı (21.12.2000) davasında, İrlanda'da terörle mücadele bağlamında sanıkların kendi mahkûmiyetlerine yol açacak bilgi vermeleri söz konusu olmuştur. Mahkeme'ye göre, başvuru sahiplerine İrlanda mevzuatı uyarınca kendilerine yönelik suçlamalarla ilişkin bilgi sağlamaları için uygulanan baskı, susma haklarını özünden ihlal etmiştir. Hükümet, savunmasında uygulanan mevzuatın mevcut terör tehdidine karşı ölçülü bir tepki olarak adaletin yerine getirilmesi ve kamu düzeni ve huzurunun sağlanması amaçlarına hizmet ettiğini söylemektedir. Mahkeme, kamu menfaatinin bir soruşturmada zorla bilgi toplamayı haklı kılmayacağını belirtmekte ve kişi özgürlüğü bakımından benzer bir mantık izlediği Brogan ve diğerleri davasına yollama yapmaktadır. Mahkeme, güvenlik ve kamu düzeni kaygıları, ilgililerin 6. madde de güvence altına alınan susma ve kendini suçlamama haklarının özünü ortadan kaldırdığına ve bu haklarla 6. maddenin 2. fıkrasında yer alan masumiyet karinesi arasındaki yakın bağ nedeniyle bu maddenin de ihlale uğradığına hükmetmiştir.

Mahkeme, John Murray İngiltere'ye karşı (08.02.1996) davasında sanığın sorgulama sırasında susma ve kendi kendini suçlamaya zorlamama hakkının uluslararası düzeyde genel kabul görmüş kurallardan olduğunu ve bunun, 6. maddede ifadesini bulan adil yargılama kavramının özünde yer aldığını belirtmiştir.

¹²² Brandstötter Avusturya'ya karşı, 28.01.1991; Bulut Avusturya'ya karşı, 22.02.1996; Nideröst İsviçre'ye karşı, 18.02.1997; Kuopila Finlandiya'ya karşı, 27.04.2000

¹²³ Voisine Fransa'ya karşı, 08.02.2000; Kuopila Finlandiya'ya karşı, 27.04.2000; Kress Fransa'ya karşı, 07.06.2001

Polise cevap vermeyen sanığın bu yüzden cezalandırılması sanığın susma hakkını ihlal eder niteliktedir¹²⁴.

➤ **Adil Yargılanmanın Diğer Sonuçları:**

Dava için, ilke olarak, yapılacak açık duruşmada tarafların hazır bulunması gerekir¹²⁵. Tarafların hazır bulunması, yargılama hukukunun sözlülük ve yüz yüzelik kurallarının doğal sonucudur. Böylece hem adaletin gizli oyunlara kurban edilmesi önlenecek; hakkın yerini bulduğunu herkes görecektir ve bu yoldan adalet yönetimine güven sağlanacak; hem de savunma hakkı güvence altına alınmış olacaktır¹²⁶. Bu kural mutlak olmayıp istisnaları bulunan bir ilkedir: istisnalar, dava konusunun önemi ve sonucu; davanın hangi derecede görüldüğü; savunma veya iddianın görünümü ya da kanıtların değerlendirilmesi; davanın hangi açıdan inceleneceği gibi pek çeşitli koşullara bağlıdır.

d. Suçsuzluk Karinesi:

Sanık için aynı zamanda güvence teşkil eden suçsuzluk karinesinin ceza davasındaki asıl sonucu ve uygulama alanı, ispat yükümüne ilişkindir; bir suç işlendiği iddiasını, makul şüpheye yer vermeyecek şekilde ispat iddiasına aittir¹²⁷. İlkenin doğal sonucu, sanığın şüpheden yararlanacağı; iddianın kanıtlanamaması durumunda da davanın beraatla sonuçlanacağıdır.

Suçsuzluk karinesinin etkisi ceza davasının yalnızca sonucuyla sınırlı değildir; suçlama anından itibaren muhakeme faaliyetinin tüm safhalarını kapsar¹²⁸. Suç işlendiği şüphesiyle hakkında polis soruşturması başlatılmış veya gözaltına alınmış kişi de bu karinden yararlanacaktır¹²⁹. Suç kovuşturması kesin mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmamış kişiye başka resmi görevlilerin suçlu gözüyle bakıp da bu şekilde davranmaları 2. fıkra hükmünün çiğnenmesidir¹³⁰.

124 Heaney ve diğerleri İrlanda'ya karşı, 21.12.2000; Quinn İrlanda'ya karşı, 21.12.2000

125 K.P Finlandiya'ya karşı, 31.05.2001

126 Ficher Avusturya'ya karşı, 26.04.1995; Diennet Fransa'ya karşı, 26.09.1995; Colloza ve Rubinat İtalya'ya karşı, 12.02.1985; Stanford İngiltere'ye karşı, 23.02.1994; Malhous Çek Cumhuriyeti'ne karşı, 12.07.2001

127 **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e, s. s.296

128 Lutz Federal Almanya'ya karşı, 25.08.1987

129 Mineli İsviçre'ye karşı, 05.03.1983

130 Allenet de Ribemont Fransa'ya karşı, 10.02.1995

Mahkeme bazı kararlarında masumiyet karinesinin tanımını yapmaktadır. Mahkeme'ye göre bir sanığın suçluluğu yasal olarak saptanmadan önce ve özellikle kendisinin savunma haklarını kullanma imkânına sahip olmadan onun suçlu olduğu hissini ortaya koyan bir adli karar bu karinenin ihlali-dir¹³¹.”

2. fıkra ile kişinin suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar suç sayılacağı düzenlenmektedir. Suçun, kanuna aykırı şekilde elde edilen bir delille ispatlanmış olması halinde, sanığın suçluluğu kanunen saptanmış sayılacak mıdır sorusu ortaya çıkmaktadır. AİHS 6. madde ile adil yargılanma hakkının güvence altına almakla birlikte; bu konuda bir hüküm içermemektedir. Mahkeme adil yargılanma ilkesinin doğrudan ihlali söz konusu olmadığı sürece, kanuna aykırı yoldan elde edilen bir delilin yargılamadaki hukuki değeri, yani fiili ispatta geçerliliği, konusunda soyut ve ilke teşkil edecek bir genel kural koymanın mümkün olmadığını ifade etmiştir¹³².

e. Sanığın Hakları ve Güvenceleri:

- Suçlanmanın Niteliği ve Nedeninden En Kısa Zamanda Anlaşılan Dilde ve Ayrıntılı Olarak Sanığın Haberdar Edilmesi:

Hükmün amacı sanığın kendini etkili ve yararlı şekilde savunabilmesini sağlamaktır.

Suçlama konusunda sanığa verilecek bilgi, kendisinin hangi fiili nedeniyle suçlandığını ve bu fiilin hukuki nitelendirilmesinin ne olduğunu içerecek ve tutuklama halinde (m. 5/ f.II) verilmesi gereken bilgiden çok daha ayrıntılı olacaktır¹³³.

Mahkeme Sadak, Zana, Dicle ve Doğan Türkiye'ye karşı (17.07.2001) davasında suç niteliğinin, karardan hemen önce, sanıkların savunmalarını hazırlayabilmelerine olanak vermeyecek şekilde, son duruşmada değiştirilmiş olmasını 6. maddeyi ihlal eder nitelikte bulmuştur¹³⁴.

¹³¹ Allenet de Ribemont Fransa'ya karşı, 10.02.1995

¹³² Schenk İsviçre'ye karşı, 12.07.1988

¹³³ R. Chichlian ve Ekindişan Fransa'ya karşı, 16.03.1989

¹³⁴ Aym yönde, Mattoccia İtalya'ya karşı, 25.07.2000

- Savunmanın Hazırlanması İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklara Sahip Olmak:

Gerekli zaman ve kolaylıklar değerlendirmesi, yargılama faaliyetinin bütünü, dava konusunun ve durumun özellikleri (muhakeme faaliyetinin hangi safhada bulunduğu, davanın niteliği ve konunun karmaşıklığı, ilgilinin, tutukluluk hali gibi, içinde bulunduğu durum...) göz önünde tutulmak suretiyle yapılacaktır¹³⁵.

Sanığa sağlanacak kolaylıklar; bilgi sahibi olmak için dava dosyasının incelenmesi olanağı, savunmada bulunabilmek için duruşma gereği sanığın avukatıyla serbestçe görüşebilmesi; gerekçeli mahkeme kararının sanığa usulünce tebliğidir¹³⁶.

Bu kolaylıklar mutlak nitelikte değildir. Dava konusu somut olayın ihtiyaç gösterdiği hallerde, savunmayı imkânsız kılmamak en makul sınırlar içinde kalmak kaydıyla, bunların, özellikle zaman içinde sınırlandırılması bu hükme aykırı düşmez. Kamasinski Avusturya'ya karşı davasında Mahkeme, sanık avukatının dava dosyasını inceleme hakkına, belli bir ihtiyaç nedeniyle sınır getirilmesini bu hükmün ihlali olarak görmemiştir¹³⁷.

- Sanığın Kendi Kendini Savunması Yahut Kendi Sececeği Bir Müdafinin veya Mahkeme Tarafından Tayin Edilecek Bir Avukatın Yardımından Yararlanması:

Sözleşme'nin amacı; özellikle adil yargılama hakkının demokratik bir toplumda oynadığı önemli rol gereği, söz konusu bent sanığa teorik ve hayali değil, fakat somut ve gerçek bir savunma sağlamayı hüküm altına almaktadır¹³⁸.

Brennan İngiltere'ye karşı (16.01.2002) davasında sanığın bir müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Mahkeme'ye göre, adil yargılanma hakkını koruyan 6. madde, yargılama başlamadan önceki evreyi de ilgilendirir. Ancak, olayda müdafinin görüşmesinin ertelenmesine, suç ortaklarının bilgilendirilmesini engelleme kaygısıyla ve dolayısıyla iyi niyet-

135 GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e, s.301

136 Melin Fransa'ya karşı, 22.06.1993

137 Edwards İngiltere'ye karşı, 16.12.1992

138 T İtalya'ya karşı, 12.10.1992

le karar verildiğine ve bu erteleme döneminde başvuru sahibinin kendisini suçlayacak hiçbir itirafta bulunmadığını dikkat çeken mahkeme 6. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Ancak Mahkeme, müdafinin başvuru sahibiyle görüşmeleri sırasında odada daima bir polis bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, sanığın müdafiiyle üçüncü kişilerin işitme mesafesinin dışında görüşme hakkının adil yargılanma hakkının en temel gerekleri arasında olduğunu bildirmiş ve 6. maddenin f.III c bendinin ihlaline karar vermiştir.

- Savunmada Bir Avukatın Yardımından Yararlanma:

Sanığa sağlanan bu haklar mutlak olmayıp, gereğinde bazı sınırlamalara tabi tutulabilecektir. Bu bentte önemli olan husus sanığın, yargılamanın bir safhası bakımından değil fakat muhakeme faaliyetinin bütünü içinde, fiilen ve gerçekten bir avukatın yardımından, gerektiği şekilde yararlanıp yararlanmadığıdır¹³⁹.

Mahkeme, İmbrioscia İsviçre'ye karşı (24.10.1993) davasında, sanığa sahip bulunduğu hakları (konuşmak zorunda olmadığı, isterse avukat çağırabileceği..) tutuklama anında kendisine bildirilmemesini; sanığın duruşmadan önce yapılan sorgulamalarında hazır bulunup, kendisiyle devamlı temas halinde olan; sorgu zabıtları dahil dava dosyasını inceleme olanağına sahip avukatın duruşmaya re'sen davet edilmemiş olmasını; yargılamada, ilgilinin, bent hükmü uygun olarak bir avukatın yardımından gerçek şekilde yararlandığı gerekçesiyle 6. maddenin c bendine aykırı bulmamıştır.

John Murray İngiltere'ye karşı,(08.02.1996) davasında sanığa gözaltı sırasındaki sorgulama esnasında, konuşmak zorunda olmadığı, fakat sukutunun aleyhinde yorumlanabileceği söylenmiş ve ilk kırk sekiz saat boyunca kendisinin bir avukatla temasına izin verilmemiştir. Mahkeme bu durumu 6. maddenin ihlali olarak kabul etmiştir.

Delillerin karartılması gibi bir tehlike yoksa sanık ve avukatı konuşması, özel ve gizlidir¹⁴⁰.

139 Rosa Tripodi İtalya'ya karşı, 14.10.1992

140 S İsviçre'ye karşı, 28.11.1991

-Tanıkların Dinlenilmesinde Hak Eşitliği:

Mahkeme'ye göre "sunulan delillerin gerekliliği konusunda karar yetkisi öncelikle bir iç hukuk sorunudur ve toplanan delillerin ispat gücünü takdir de ilke olarak ulusal mahkemelerin yetkisindedir. Mahkemenin işlevi, ispat araçlarının sunuluş tarzı da dâhil olmak üzere, yargılamanın, bütünü bakımından, adil olup olmadığını araştırmaktır¹⁴¹.

Zana, Dicle, Doğan Türkiye'ye karşı (17.07.2001) davasında adı geçenler kendilerinin sorgulamak yahut sorgulatmak olanağına sahip bulunmadıkları tanıkların beyanları sonucu hüküm giydiklerini; bunun da Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. ve 3. fıkrasının d bendine aykırı olduğunu ileri sürmüşler ve Mahkeme'de bu şikayeti yerinde bulmuştur.

f. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi:

Bu ilke adil yargılamaya ilişkin maddenin hemen ardından, 7. maddede düzenlenmiştir ve 15. madde uyarınca olağanüstü hallerde ayrık hüküm ve düzenleme getirilemeyecek hükümler arasında yer almaktadır.

Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye karşı¹⁴² (08.07.1999) davasında Terörle Mücadele Kanunu uyarınca verilen hapis cezalarının bu maddeye uygunluğunu incelemiştir. Mahkeme'ye göre, bu hükmün gereği olarak, suç ve suç için öngörülen yaptırımların kanunda açık bir biçimde tanımlanması gerekir. Birey ilgili hükmün ifadesinde ya da ihtiyaç halinde mahkemenin yorum desteği ile kendisinin cezaen sorumlu kılınacağını bilebiliyorsa söz konusu gereklilik yerine getirilmiş sayılır. Olayda, yazdığı kitap yüzünden kendisine hapis cezası verilen başvuru sahibi bakımından ihlalin söz konusu olmadığına karar verirken, TMK'nun kitabın yayıncısı hakkında sadece para cezası öngördüğünü tespit ederek ikinci başvuru sahibine hapis cezası verilmesinin söz konusu maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. TMK'da yapılan ve yayıncılar hakkında da hapis cezası öngören değişikliğin suçun işlenmesinden sonra gerçekleştiğini gözlemleyen Mahkeme, bu durumun suçun işlendiği zaman öngörülen cezadan daha ağır ceza verme yasağı ile bağdaşmadığını tespit etmiştir.

¹⁴¹ Windish Avusturya'ya karşı, 27.09.1990; Isgro İtalya'ya karşı, 19.02.1991; Saidi Fransa'ya karşı, 20.09.1993; Luca İtalya'ya karşı, 21.02.2001; Atlan İngiltere'ye karşı, 16.06.2001

¹⁴² Bu konu ile ilgili olarak bkz. Ecer ve Zeyrek Türkiye'ye karşı, 27.05.2001

2. İnsan Hakları Komitesi'nin Yaklaşımı:

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinde adil yargılanma hakkı 14. madde ile düzenlenmektedir. Ancak AİHS'den farklı olarak bu madde 4. madde uyarınca olağanüstü hallerde bile ayrık hüküm ve uygulama getirilemeyecek maddeler arasında sayılmamıştır.

İnsan Hakları Komitesi, olağanüstü halleri düzenleyen 4. maddesi ile ilgili "Genel Gözlem"lerinde adil yargılanma hakkının bazı unsurlarının silahlı çatışma hallerine ilişkin insancıl hukukta bile açıkça tanındığına dikkat çekerek olağanüstü hallerde bunların askıya alınmasını haklı kılacak bir gerekçe bulunmadığı sonucuna varmıştır¹⁴³. Komite, Sözleşme'ye konulabilecek çekincelere ilişkin "Genel Gözlem"lerinde Sözleşme'nin teamül hukukunu yansıtan hükümlerine çekince konulamayacağını tespit ettikten sonra, 14. maddenin belli hükümlerine çekince konulabileceğini kabul etmekle beraber, adil yargılama hakkına yönelik genel bir çekincenin kabul edilemez nitelikte olduğunu belirtmiştir.

İnsan Hakları Komitesi, devlet raporları hakkındaki gözlemlerinde, Sözleşme'nin adil yargılama hakkını düzenleyen 14. maddesine ilişkin değerlendirmeler yapmaktadır. Komite, Estonya mevzuatında terörizm suçunun ve bir terör grubuna mensubiyetin çok geniş tanımlandığının dikkatini çekerek bu durumun suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturabileceğini belirtmektedir¹⁴⁴. Sözleşmenin m.14. /f. V'de tanınan ceza hükümlerinin üst mahkemeye inceletme hakkının, Fransa'nın ve İspanya'nın mevzuatlarında, bazı özel mahkeme kararları bakımından tanınmamış olmasından kaygı duyduğunu Komite dile getirmiştir¹⁴⁵. Komite, Lübnan'da askeri mahkemelerin sivilleri yargılamalarından ve bu mahkeme kararlarına karşı, sivil üst mahkemeye başvuru imkânının bulunmamasından kaygılarını dile getirmiştir¹⁴⁶. Slovakya'da da sivillerin devlet sırrına ihanet etme ve casusluk gibi suçlardan asker mahkemelerde yargılandıklarını gözlemleyerek, ilgili devletin ceza kanununu değiştirmesi tavsiyesinde bulunmuştur¹⁴⁷.

¹⁴³ CCPR/21. Rev. Add.11, 2001

¹⁴⁴ Concluding Observation of the Humain Rights Committee: Spain, CCPR/CO/77 EST, 15.04.2003

¹⁴⁵ Concluding Observation of the Humain Rights Committee: Spain, CCPR/CO/79/Add.61, 03.04.1996

¹⁴⁶ Concluding Observation of the Humain Rights Committee: Spain, CCPR/CO/79/Add.78, 01.04.1997

¹⁴⁷ Concluding Observation of the Humain Rights Committee: Spain, CCPR/CO/79/Add.79

11 Eylül 2001'i izleyen dönemde, teröristlerin yargılanması ve özellikle ABD'de kurulan olağanüstü askeri komisyonlarda izlenen yargılama usulü ciddi tartışmalara yol açmıştır. Bu komisyonlarda, ABD bölge mahkemelerinde uygulanan yargı ve ispat kurallarının uygulanmasının pratikte mümkün olmadığı kanaatine varan Başkan, bu usullerin tespitini savunma başkanlığına bırakmıştır ve gerekçe olarak, ülke dışında kullanılan bazı istihbarat yöntemlerinin olağan yargılamada kabul edilmemesi, yüksek intikam riski karşısında tanıkların duruşmaya çıkmaktan çekinmeleri, delil yetersizliği sebebiyle bir teröristin serbest bırakılması gibi konular gösterilmiştir¹⁴⁸. BM bünyesindeki İnsan Hakları Komisyonu tarafından oluşturulmuş olan ve daha önce değindiğimiz Guantanamo hakkındaki rapora göre, buradaki askeri komisyonlarda uygulanan yargılama usulünü Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi ile bağdaştırmak zordur. Bu organların denetimi tamamen yürütme kuvvetinin denetimi altındadır, yargı bağımsızlığı ilkesi açıkça ihlal edilmiştir. Sanık müdafileri askeri makamlarca tayin edilmekte ve görevden alınabilmektedir.

11 Eylül sonrasında, terör zanlılarının yargılanmasında izlenecek usule ilişkin sorunlara karşılık olarak, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, "Terörizmle Mücadele ve İnsan Haklarına Saygı" başlığını taşıyan ve terörizmle mücadelenin ulusal ve uluslararası hukuka uygun olarak ve insan haklarına saygı içinde yürütülmesi gerektiğini hatırlatan bir karar yayınlamıştır¹⁴⁹. Bu kararla Avrupa Konseyi üye devletlerine, kötü muameleye veya adil yargılanma hakkının temel güvencelerine aykırı biçimde yargılanma tehlikesine maruz kalabilecek kişilerin suçluların iadesine tabi tutmamaları çağrısında bulunmuştur.

E) Terörizm ve Özel Hayatın Korunması, İfade Özgürlüğü ve Örgütlenme Özgürlüğü:

Terörizm ve özel hayatın korunması, esasen terör zanlıları arasındaki iletişime devletçe müdahale edilerek istihbarat toplanması konusunda birleşmektedir. Ayrıca, suçlu veya zanlıların şahsi nitelikte verilerinin saklanması ve kullanılması; terör operasyonları sırasında özel yaşantıya müdahale gibi durumlarda özel hayatın korunması ile terörizm arasındaki denge sorunu ortaya çıkmaktadır.

148 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.353

149 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.355

Terörizm ile ifade özgürlüğü ise çeşitli alanlarda kesişebilmektedir. Bunların başında terörist içerikli söylemlere yapılabilecek müdahale gelir.

Terörizm ile dernek kurma hakkı, ancak bir terör örgütünün veya yıkıcı ya da ayrılıkçı hareketin ideolojisini savunan bir grubun örgütlenme talepleri bakımında kesişir.

Bu üç özgürlüğe getirilecek sınırlamalar benzerlik göstereceğinden bunları aynı başlık altında toplamayı uygun gördük.

1. Terörizm ve Özel Hayatın Sınırlandırılması:

AİHS'de özel hayatın korunması 8. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında korumaya alınan haklar belirtilmekte; 2. fıkrasında da bu hakların mutlak olmayıp sınırlamaya tabi tutulabileceği meşruluk koşulları da ortaya konularak düzenlenmiştir.

Madde hükmüne tanımına yer verilmemiş olan özel hayat ve aile hayatı kavramlarını Mahkeme, her somut olayı kendine özgü koşullar içinde değerlendirmiş; günün gerçeklerini ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak, geliştirici ve ileri götürücü bir yorumla bu kavramlara içerik kazandırmıştır¹⁵⁰.

Mahkeme söz konusu olan haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikâyet başvurusu geldiği zaman, üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Öncelikle şikâyete konu olay ve işlemin maddedeki kavramlardan birine dâhil bulunup bulunmadığını yani hükmün uygulanabilirliğini saptamakta; daha sonra yapılan işlem ya da önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta ve en nihayetinde durumun 2. fıkra dâhilinde meşruluk kazanıp kazanmadığına bakmaktadır¹⁵¹. Müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken; alınan kısıtlayıcı önlemin kanuniliği¹⁵², güdülen amacın meşruluğunu ve şikâyet konusu müdahalenin demokratik bir toplumdaki gerekliliğine dikkat etmektedir.

¹⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e, s.331

¹⁵¹ Sürek 4 Türkiye'ye karşı, 08.07.1999

¹⁵² Open Door ve Dublin Well Women İrlanda'ya karşı, 29.10.1992

a. Özel Hayatın Korunması:

Komisyon'a göre özel hayat, bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hem cinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır¹⁵³.

Başvuru konusu olan somut olaylardan hareketle Strasbourg denetim organlarınınca özel hayata dahil konular şunlardır: Bireyin kimliğine ilişkin bilgi ve kayıtlar, nüfus kayıtları, güvenlik ve polis tespitleri; kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler: bireyin iradesine aykırı yapılan her türlü tıbbi müdahale ve denemeler yanında; alkol, kan ve DNA testleri¹⁵⁴, bireye ait özel yerlerin (ev, araç..) ve evrakın aranması ve zaptı işlemleri¹⁵⁵; telefon konuşmalarının dinlenilmesi ve kaydı; posta gönderilerinin açılması ve okunması; kişinin adı ve fotoğrafı, nam ve şöhreti, şerefi, yaşam tarzı, kamuya yanlış tanıtılması; bireylere dair kişisel bilgilerin resmi makamlarca toplanarak arşivlenmesi¹⁵⁶, özel mekâna polis tarafından dinleme cihazı yerleştirilmesi gibi hususlar¹⁵⁷ özel hayata da müdahale teşkil etmektedir.

Ayrıca, Köylerin güvenlik güçlerince yakıldığı iddiasına ilişkin Akdıvar ve diğerleri Türkiye'ye karşı, (16.09.1996), Menteş ve diğerleri, Türkiye'ye karşı, (28.11.1997); Selçuk ve Asker Türkiye'ye karşı, (24.04.1998); Gündem (25.05.1998) ve Bilgin Türkiye'ye karşı, (16.11.2000) davalarında Mahkeme evlerin, eşyaların ve malların tahribini veya sahiplerinin köylerine ve evlerine dönmelerinin engellenmesini mülkiyet hakkının çiğnenmesi yanında aynı zamanda konut dokunulmazlığının ihlali olarak görmüştür.

b. Özel Haberleşmenin Gizliliği:

İletişim araçlarının dinlenmesi terörizmle ilgili istihbarat bilgileri edinilmesi açısından önem taşır.

Mektupların zaptı ve açılması veya telefon konuşmalarının dinlenmesi ya da kaydolunması şeklinde gerçekleşen bir müdahale yanında; potansiyel haber-

153 K.Y Belçika'ya karşı, 13.05.1982

154 Herczegfalvy Avusturya'ya karşı, 24.09.1992

155 Miaihel Fransa'ya karşı, 25.02.1993

156 Amann İsviçre'ye karşı, 16.02.2000; Rotaru Romanya'ya karşı, 04.05.2000

157 Burghartz İsviçre'ye karşı, 22.12.1994; Stjerne Finlandiya'ya karşı, 22.11.1994; Niemietz Almanya'ya karşı, 16.12.1992; Fayed İngiltere'ye karşı, 21.09.1994

leşme olanağının engellenmesi (örneğin ceza ve tutukevlerinde bulunan kişilerin dışarıdakilerle haberleşmesi) 8. madde hükmü kapsamındadır¹⁵⁸.

Mahkeme, ceza ve tutuklu evlerinde bulunan kişilerin dışarıdaki yakınları veya avukatları ile haberleşmesinde yaşanan pek çok olay 8. madde açısından ele almıştır. Ceza ve tutuklu evi hayatının doğası gereği kısıtlı ve sınırlı bir hayat olması, buradaki kişilerin haberleşme özgürlüğüne ve hakkına (haberleşmenin gizliliği de dâhil olmak üzere) müdahaleyi meşru kılmaz; içerde tutulan kişinin özel durumu da göz önünde tutulmak koşulu ile müdahalenin meşruluğunu 2. fıkra açısından irdelemek gerekir¹⁵⁹.

Posta gönderilerinin denetimi ya da telefon ve benzeri araçlarla yapılan haberleşmenin resmi makamlarca dinlenilmesi, denetimi veya kaydedilmesi; keyfi uygulamalara olanak vermeyecek şekilde bir düzenlemeye tabi tutulmamışsa, meşru amaçlara yönelik de olsa 8. maddeye aykırıdır¹⁶⁰.

2. Terörizm ve İfade Özgürlüğü:

İfade özgürlüğü AİHS'nin 10. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde de AİHS'nin geneline hakim olan anlayışa paralel olarak, önce hakkın düzenlenmesi ve ardından getirilebilecek sınırlandırmalar dile getirilmiştir.

Mahkeme 10. maddenin demokratik toplumdaki önemini, bu konuya ilişkin davalarında açıkça ifade etmiştir. Mahkemeye göre düşüncüyü açıklama özgürlüğü "demokratik toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin temel koşullarından birini teşkil eder. 2. fıkra hükmü saklı kalmak kaydıyla bu özgürlük sadece itibar gören veya zararsız yahut önemsiz sayılan haberler ya da fikirler bakımından değil; aynı zamanda devlet yahut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olan için de geçerlidir... Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur¹⁶¹. Bununla ilgili olarak, Terörle

¹⁵⁸ GÖZÜBÜYÜK, Şeref; GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, a.g.e, s.342

¹⁵⁹ Demirtepe Fransa'ya karşı, 21.12.1999; Labita İtalya'ya karşı, 06.04.2000; Niedbala Polonya'ya karşı, 04.07.2000; Messina İtalya'ya karşı, 28.09.2000

¹⁶⁰ Huvig Fransa, 24.04.1990; Kruslin Fransa, 24.04.1990; A Fransa'ya karşı, 23.11.1993; Lamberti Fransa'ya karşı, 24.08.1998; Lüdi İsviçre'ye karşı, 25.03.1998; Valanzuela Contreras İspanya'ya karşı, 30.07.1998; HALford İngiltere'ye karşı, 25.06.1997; Aman İsviçre'ye karşı, 16.02.2000

¹⁶¹ Oberschlick Avusturya'ya karşı, 23.05.1991; Sunday Times İngiltere'ye karşı, 26.11.1991

Mücadele Kanunumuzun 7. maddesinin 29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı kanunla değiştirilmiş son hali ile içerdiği geniş düzenleme ile AİHM'in bu içtihatından uzak olduğunu söylemek mümkündür¹⁶².

Düşünce ve fikir sahibi olmak, bunları açıklamak, haber yahut fikir almak ya da vermek, birbirleriyle iç içedir, düşünce ve kanaat kişinin iç dünyasında kaldığı sürece mutlaktır; kimse kanaat ve inancı nedeniyle cezalandırılmaz, kınanamaz, düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz (m.9). 10. madde kişinin düşüncelerinin dış dünyaya aktarması halinde önem kazanır.

a. Yazılı basın-Radyo ve TV- Sinema:

Düşünceyi açıklama ve haber alıp verme özgürlüğü mutlak değildir. 2. fıkra da bu sınırlamaların ölçütleri belirtilmiştir ve bunlar özel hayatın korunmasına; düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne, dernek kurma ve toplantı özgürlüğüne getirilen sınırlamalarla benzerdir.

Mahkeme öncelikle 1. fıkra ile tanınan hak ve özgürlüklere bir müdahale bulunup bulunmadığını incelemektedir. AİHM'nin müdahale olarak değerlendirdiği işlemler arasında; Düşmanla işbirliğini övme iddiası ile mahkûmiyet (Lehideux ve Isorni Fransa'ya karşı, 23.09.1998); bir gazete aleyhinde kampanya (Özgür Gündem Türkiye'ye karşı, 16.03.2000); her türlü yayın yasağı (CoKG Avusturya'ya karşı, 11.01.2000; Du Roy ve Malauriel Fransa'ya karşı, 03.10.2000), Gazeteciye haber kaynağını açıklama emri (Goodwin İngiltere'ye karşı, 27.03.1996), bir basın-yayın aracının toplatılması, zaptı, müsadere veya dağıtımının yasaklanması (Otto- PReminger İnstitut Avusturya'ya karşı, 20.09.1994; Wingrove İngiltere'ye karşı, 25.11.1996), her türlü yoldan yapılan ve suç sayılan bir beyan nedeniyle (şiddete teşvik, ayrılıkçı yayın, ırkçılık vb...) her türlü mahkûmiyet (Zana Türkiye'ye karşı, 25.11.1997; İncal Türkiye'ye karşı, 09.06.1998; Ahmet Safık Yunanistan'a karşı, 15.01.1996; Tolstoy Miloslvsy İngiltere'ye karşı, 13.07.1995; Öztürk Türkiye'ye karşı, 10.10.2000; Erdoğan Türkiye'ye karşı 15.06.2000; Şener Türkiye'ye karşı, 18.07.2000; Ceylan Türkiye, Arslan Türkiye, Gerger Türkiye, Polat Türkiye, Karataş Türkiye, Erdoğan ve İnce Türkiye, Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye, Sürek ve Özdemir Türkiye, 08.07.1999 tarihli kararlar), ülke dışında yayımlanmış bir kitabın ülkede yasaklanması (Association Ekin Fransa'ya karşı, 17.07.2001) yer almaktadır.

¹⁶² **TAŞKIN**, Cankat, "Terörle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi ve Farklı Bir Bakış", Bursa Barosu Dergisi, S.81, Eylül 2006, s.61

3. Dernek kurma ve toplantı özgürlüğü:

Toplantı özgürlüğü, bireylerin bir fikir ya da amacı açıklamak için kapalı veya halka açık yerlerde toplantı, gösteri ve yürüyüş vb. gibi, hangi şekil altında olursa olsun bir araya gelmeleridir¹⁶³.

Mahkeme, siyasi partilerinde bir “örgüt” sıfatıyla 11. madde hükümlerine tabi ve bu maddenin koruması altında olduğuna ve siyasi partilerin kapatılması işleminin söz konusu özgürlüğe müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir¹⁶⁴.

4. 8,9,10 ve 11. maddelerdeki sınırlandırma halleri:

Mutlak niteliğe sahip yani kendilerine sınırlandırma getirilemeyen birkaç hak ve özgürlük hariç (m.15/ f. II), 3, 4/f.I, 7,..) Sözleşmede yer alan haklar istisna hollere tabidir. Devlet kamu yararı değerlendirmesiyle ve diğer bazı koşullarla hak ve özgürlüklere müdahalede bulunabilecektir; bunlara sınırlamalar getirebilecektir. Örneğin 15. maddede olduğu gibi savaş ve ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike halinde hak ve özgürlüklerin askıya alınması söz konusu olabilecektir.

Müdahalenin meşruluğu incelenirken, maddelerin 2. fıkralarında öngörülen koşullara uyulup uyulmadığı irdelenecektir. Şöyle ki, yapılan sınırlama, sınırlı sayımla belirtilen amaçlara yönelik; yasada öngörölmüş; demokratik toplumun değerlerine aykırı düşmeyen ve öngörölen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olacaktır.

a. Meşru Amaçlar:

Bu maddelerde yer alan müşterek amaçlar; kamu güvenliği; başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu sağlığı, ahlakı, düzenin korunmasıdır. Ulusal güvenlik ve suçların önlenmesi 9. madde hariç diğer üç madde açısından meşru amaç niteliğindedir. Toprak bütünlüğü, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması ise 10. madde açısından geçerli amaçtır.

¹⁶³ Christians aganist Racisim and Facisim İngiltere'ye karşı, 16.07.1980

¹⁶⁴ Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri, 30.01.1998; Sosyalist Parti ve Diğerleri , Türkiye'ye karşı, 25.05.1998;Refah Partisi, Erbakan, Kazan ve Tekdal Türkiye'ye karşı, 31.07.2001; “Kamu yararı mülahazası”-ulusal güvenlik: bak Vogt Almanya'ya karşı (26.09.1995); Zana Türkiye'ye karşı, 25.11.1997; İncal Türkiye'ye karşı, 09.06.1998; Sürek Türkiye'ye karşı, 08.07.1999.

b. Yasayla Öngörülme:

Mahkeme içtihadındaki anlamı hak veya özgürlüğe müdahale teşkil eden önlem veya işlemin iç hukukta yasal dayanağının bulunması demektir. Devlet organlarına bu konuda bir takdir yetkisinin tanınmış bulunduğu hallerde de, söz konusu takdir yetkisinin kapsamının, bu yetkiyi tanıyan yasa ile, keyfi uygulamaları önleyecek şekilde, saptanması gerekir¹⁶⁵.

Yasallık güvencesinin ihmali halinde ulaşılmak istenen amaç ile ilgililerin haklarına müdahale arasındaki denge ve oran bozulmuş olacaktır; ve sonuç olarak madde hükmünün ihlali ortaya çıkacaktır¹⁶⁶.

Sonuç olarak, müdahaleyi öngören yasal dayanağın soyut olarak var olması yetersizdir; yasanın, müdahale teşkil eden tedbirlerin suiistimal ve keyfiligi önleyecek uygun ve yeterli güvenceleri de içermesi gerekmektedir¹⁶⁷.

Sözleşme’de yer alan “yasa” deyimi şekli değil maddi anlamdadır; yani bu kelime ile yasama organı tasarruflarından bahsedilmektedir¹⁶⁸.

Yasallık koşulun diğer gereği de müdahaleye hukuki dayanak teşkil ettiği ileri sürülen düzenleyici tasarrufun ulaşılabilirliğidir yani bir normun mevcudiyetinden haberdar olacak ve gereğinde bir hukukçunun yardımıyla ne demek istediğini tereddüde yer vermeyecek şekilde anlayabileceklerdir¹⁶⁹.

c. Demokratik Toplumda Gerekliklik:

Bu inceleme; demokratik topluma uygun düşen müdahalenin niteliğini, müdahalenin güdülen meşru amca uygun ve bu amaçla orantılı olmasını ve nihayet, devletlere tanınan takdir marjı ve bu marja riayetinin Mahkemece denetimini kapsar¹⁷⁰.

165 Huvig Fransa’ya karşı ve Kruslin Fransa’ya karşı, 24.04.1990; Open Door ve Dublin Well Women İrlanda’ya karşı, 29.10.1992

166 Funke Fransa’ya karşı, Crémieux Fransa’ya karşı Miailhe Fransa’ya karşı, 25.02.1993; Yeni karar

167 **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref; **GÖLCÜKLÜ**, Feyyaz, a.g.e,s.376

168 İncal Türkiye’ye karşı, 09.06.1998; Sürek Türkiye’ye karşı, 08.07.1999

169 Kruslin Fransa’ya karşı, 24.04.1990; Observer ve Guardian İngiltere’ye karşı, 26.11.1991; Herezegfalvy Avusturya’ya karşı, 24.09.1992; Kokkinakis Yunanistan’a karşı, 25.05.1993; Vogt Almanya’ya karşı, 26.08.1995; Sürek Türkiye’ye karşı, 08.07.1999

170 Handyside İngiltere’ye karşı, 07.12.1976

Mahkeme çeşitli kararlarında demokratik toplumun bazı belirgin özelliklerini dile getirmiştir. Mahkeme'ye göre çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin olmadığı yerde demokrasi de yoktur¹⁷¹.

Mahkeme'ye göre “demokratik toplum” ölçütü üç genel başlık altında toplanabilir: insan haklarına saygı, hukuk devleti, yasamada siyasal katılım ve çoğulculuk. Mahkeme demokratik toplum için gerekli olma ölçütünü incelerken sıkıştıran toplumsal ihtiyaç, bu ihtiyacı kanıtlayan uygun, inandırıcı ve yeterli gerekçe, müdahale teşkil eden tedbirin ölçülülüğü, bireysel ve genel yarar arasındaki denge ve tercih ölçütlerini dava konusu somut olaya uygulayarak bir karara varmaktadır¹⁷².

Zana Türkiye'ye karşı davasında (25.11.1997) ilgili, gazetecilerle yaptığı bir mülakatta “PKK'nın kurtuluş hareketini destekliyorum; buna mukabil katliamlardan yana değilim. Herkes hata yapabilir ve PKK kadın ve çocukları hata sonucu öldürüyor” demiştir. Bu beyanı nedeniyle suça teşkil eden bir fiili övmek ve kamu güvenliğini tehlikeye düşürmek suçlarından hüküm giymiştir. Zana bu mahkûmiyetin düşüncüyü açıklama özgürlüğünün ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Bu davada Mahkeme, ulusal mercilerin terörizmle mücadele çerçevesinde ulusal güvenlik ve kamu emniyetini korumak amacıyla aldığı tedbirleri, davanın özel koşulları ve devletin sahip bulunduğu takdir margini göz önünde tutarak incelemiş; terörle mücadelede alınan tedbir ile ifade özgürlüğünün korunması ihtiyacı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını, davacının mahkûmiyetinin sıkıştıran bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve güdülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını, denetim görevi gereği, araştırıp değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre Zana'nın açıklaması çelişkilidir. Bununla beraber bu beyanatı, davacının da bildiği gibi Türkiye'nin güneydoğusunda cereyan eden olaylardan soyutlamak mümkün değildir; özellikle söz konusu beyanat terörist örgüt PKK'nın amacına ulaşmak için şiddete başvurduğu ve sivillere karşı öldürücü saldırılara giriştiği bir zamana rastlamıştır. Mahkeme bu olayı şu şekilde sonuca bağlamıştır: “Bu koşullar altında, Türkiye'nin güneydoğusunun önemli bir ili Diyarbakır'ın eski belediye başkanının, ulusal büyük bir gazetede yayımlanan ve PKK'ya verdiği destek, bu bölgede patlamak üzere olan durumu daha zor bir hale getirmektedir. Sonuç olarak Mahkeme, davacıya verilen cezanın sıkıştıran bir toplum-

171 Handyside İngiltere'ye karşı, 07.12.1976, Jersild Danimarka'ya karşı, 23.09.1994; Zana Türkiye'ye karşı, 25.11.1997, İncal Türkiye'ye karşı, 09.06.1998; Sürek Türkiye'ye karşı, 03.07.1999

172 Sunday Times İngiltere'ye karşı, 26.11.1991

sal ihtiyaca makul bir karşılık teşkil ettiği ve ulusal mercilerin ileri sürmüş oldukları gerekçelerin yerinde ve yeterli olduğu kanaatindedir. Mahkeme şikayet konusu müdahalenin güdülen meşru amaçlarla orantılı olduğu sonucuna varmaktadır. Böylece 10. maddenin ihlali söz konusu değildir.¹⁷³

Buna karşılık Mahkeme 10. maddenin çiğnendiği iddiası ile yapılmış İncal Türkiye'ye karşı (09.06.1998) benzer başvuruda "müdahale teşkil eden tedbirin demokratik bir toplumda sıkıştıran ihtiyaçla orantılı olmadığı; yani devletlere tanınan takdir marjının aşıldığına karar vermiştir. Bu davada Mahkeme öncelikle dağıtılan beyannamenin içeriğini incelemiştir. Beyannamede yönetim ve belediyenin aldığı bazı tedbirler tenkit edilmiştir. Bunlar İzmir kamuoyunu ilgilendiren konulardır. "Bu şehirdeki Kürtler konusunda yaratılan olumsuz atmosfer Kürt halkına karşı yürütülen özel savaşın bir parçası terör olarak nitelenmektedir; vatandaşlar buna karşı koymalıdır. Bu beyanlar her ne kadar Kürt kökenli halkın örgütlenmesi ve politik taleplerini ileri sürmesi yönünde bir davet ise de; içerik olarak, şiddete, vatandaşlar arasında düşmanlık ve kine çağrı sayılamaz. Sözü edilen beyanlar, beyan sahiplerinin gerçek niyet ve amaçlarını muhtemelen gizler cinsten ise de bu yönde açık bir kanı da mevcut değildir." Mahkeme'ye göre siyasal tartışma kuşkusuz mutlak değildir. Bir taraf devlet bunu sınırlama ve yaptırımlara tabi tutabilir; fakat bu sınırlama ve yaptırımların Sözleşme'deki şekliyle ifade özgürlüğüne uygun düşüp düşmediğini nihai olarak takdir yetkisi Mahkeme'ye aittir¹⁷⁴. HEP (Halkın Emek Partisi) İzmir örgütü dava konusu beyannameyi dağıtmak için Valiliğe sunmuştur. Valilik bu beyanda değişiklik isteyebilirdi. Halbuki hemen ertesi gün beyannamelere el konulmuş ve faileri hakkında suç kovuşturmasına girişilmiştir. Bu müdahale şekli, Mahkeme'ye göre çok sert olduğu kadar; önleyici niteliği bakımından da 10. madde düzeyinde sorunlar çıkarabilecek niteliktedir.

Mahkeme terörizmle mücadelenin önemini kabul etmekle birlikte¹⁷⁵, bu davanın koşullarının Zana davasından farklı olduğuna karar vermiştir. Bu davada Türkiye'deki terörist olaylarda İncal'ın sorumluluğunu kanıtlayan bir unsur yoktur. Mahkeme güdülen amaçla orantılı olmadığına demokratik bir toplumda gereklerine uygun olmadığına ve böylece 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir¹⁷⁶.

173 Aynı yönde, bkz. Sürek Türkiye'ye karşı, 08.07.1999

174 Castells İspanya'ya karşı, 23.04.1992

175 Aksoy Türkiye'ye karşı, 18.12.1996

176 Aynı yönde, Okçuoğlu Türkiye'ye karşı, Polat Türkiye'ye karşı, Sürek Türkiye'ye karşı, 08.07.1999

Mahkeme bir siyasi partinin kapatılmasını örgütlenme özgürlüğüne devletin müdahalesi olarak görmektedir. Bu müdahale yasanın öngördüğü bir tedbirdir ve 2. fıkrada meşru amaçlardan ulusal güvenliğin korunması amacını gütmektedir. Buna karşılık Mahkeme bu müdahaleyi demokratik toplumda gerekli nitelikte bulmamaktadır. TBKP ve diğerleri Türkiye'ye karşı, (30.01.1998) davasında parti daha faaliyete geçmeden; sırf tüzük ve programına bakılarak kapatılmasını, adından sırf komünist kelimesinin yer almasının bir parti için çok ağır ve sert bir tedbir olduğuna karar vermiştir. Nihayet parti programında Kürt halkından söz edilmesi bu partinin Türk ulusu bakımında ayrılıkçılık e bölücülük yaptığı anlamına gelmez; kaldı ki programında Kürt azınlık nitelenmesi geçmediği gibi, Kürtler için özel bir muamele veya haklar istenmemekte; Türk hakkından ayrılma da ileri sürülmemektedir¹⁷⁷.

III. OLAĞANÜSTÜ HAL REJİMİNDE HAKLAR ve ÖZGÜRLÜKLERİN ASKIYA ALINMASI

Ulusal düzenlemelerde, hemen hemen bütün anayasalar savaş zamanında ya da muhtelif felaket durumlarında yürütme organına parlamentonun onayını alarak ya da almadan temel hakların askıya alınmasını da içeren istisnai tedbirler alma yetkisini tanırlar¹⁷⁸.

Olağanüstü rejimler insan hakları ihlallerine müsait şartlar oluşturmakta ve uygulamada da ihlaller gözlemlenmektedir. Dolayısıyla olağanüstü halde insan haklarının korunması hayati bir önem kazanmaktadır¹⁷⁹.

Olağanüstü rejime sebebiyet veren kriz olgusu genellikle, doğal afet, ekonomik kriz veya siyasi kriz şeklinde gruplara ayrılabilir. Buradaki siyasi kriz ifadesini geniş anlamda yorumlayıp, uluslar arası ya da iç savaş ve savaş tehlikesini ve iç isyan ve karışıklık hallerini de bu kapsamda düşünmek gerekmektedir¹⁸⁰. Bu anlamda tırmanan terör eylemlerini siyasi krize ve ardından olağanüstü hal ilanına sebebiyet vereceği açıktır ve bununla ilgili Türkiye'de örneklere rastlamak mümkündür.

177 Aynı yönde kararlar için bkz., Sosyalist Parti ve diğerleri Türkiye'ye karşı, 25.05.1998; ÖZ-DEP Türkiye'ye karşı 09.12.1999

178 **ÖKTEM**, Emre, a.g.e., s.387

179 **GEMALMAZ**, Semih, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları", 2. bası, Beta, İstanbul, 1999, s.10

180 **GEMALMAZ**, Semih, a. g.e., s.15-16

A) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Olağanüstü Hal Düzenlemesi:

Taraf devletler Sözleşme ile kişiye sağlanan hak ve özgürlüklere 15. madde ile bu maddede öngörülen kayıt ve şartla belli veya geçici bir süre sınırlamalar getirebilmekte veya bunları askıya alabilmektedirler. Amaç, kişi menfaati ile genel yararın karşılaştırılması; devlete, üstün ve önemli kamusal görevini yerine getirirken muhtaç olduğu makul yetki, güç ve hareket olanağının sağlanmasıdır¹⁸¹.

1. Genel Olarak:

Mahkeme'nin İrlanda İngiltere'ye karşı(18.01.1978) davasında belirttiği gibi savaş ve ayaklanma, ihtilal veya devleti yıkma girişimleri, yangın, terör eylemleri gibi ulusun hayatını tehdit eden bir genel tehlikenin mevcudiyetini ve böyle bir durumda bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için ne yapmak gerektiğini takdir ve tayin ulusun devamlılığından sorumlu taraf devlete aittir. İçinde bulunulan durumun ivedi gerekçeleri ile devamlı ve doğrudan temashı ulusal makamlar, böyle bir tehlikenin varlığını ve bu tehlikenin bertaraf edilmesi için getirilmesi gerekli istisna tedbirlerinin niteliğini ve kapsamını belirlemede ulusal yargıçlar daha yetkilidir. Mahkeme bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir marjı tanımak gerektiğini sözü geçen kararda dile getirmiştir.

Taraf devlete ait olan bu yetki sınırsız değildir. Özellikle kriz döneminin gerektirdiği gerçek ihtiyacın aşılmayıp aşılmadığı bakımında AIHM'nin denetimi altındadır; Mahkeme bu denetim görevini yerine getirirken askıya alınan hak ya da güvencelerin niteliği, olağanüstü halin süresi ve nedenleri gibi etkenleri göz önünde bulundurur¹⁸².

Mahkeme'ye göre ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike, halkı tamamını etkileyen ve devleti oluşturan topluluğun düzenli yaşamı için bir tehdit teşkil eden istisnai ve pek yakın bir kriz veya tehlikeyi ifade eder¹⁸³. Genel tehlike şu niteliklere sahip olmalıdır; güncel ve pek yakın olması, ulusun tamamını kapsayan etkiler taşıması, toplumun düzenli yaşamasını tehdit etmesi, krizin olağandışı nitelikte olması, yani Sözleşme'nin güvenlik, sağlık ve kamu düzenini korumak amacı ile izin verdiği olağan tedbir ya da kısıtlamaların yetersizliğinin açıkça görülmesi gerekir¹⁸⁴.

181 Brannigan ve McBride İngiltere'ye karşı, 26.05.1993

182 Brannigan ve McBride İngiltere'ye karşı, 26.05.1993

183 Lawless İrlanda'ya karşı,01.06.1961

184 Brannigan ve McBride İngiltere'ye karşı, 26.05.1993

Maddedeki genel tehlike kavramını, istisna tedbirlerinin muhakkak ülke topraklarının tamamı üzerinde alınması ihtiyacı olarak yorumlamamak gerekir; 15. madde hükmünün belli bir bölge için öngörülmesi mümkündür. Örneğin İngiltere söz konusu yetkileri içeren özel mevzuatı Kuzey İrlanda, Türkiye’de Güneydoğu bölgesi ile sınırlı olarak öngörmüştür.

2. 15. Madde Hükmünün Dışında Kalan Haklar:

Maddenin 2. fıkrasında istisnaya konu olamayacak haklar sayılmaktadır. Bunlardan meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölümler hariç yaşam hakkı, 3. maddedeki işkence, gayriinsanî yahut onur kırıcı ceza veya işlem; kölelik ve kulluk yasağı, ceza mevzuatının geçmişe uygulanması yasağıdır. Ayrıca bunlara 6 No’lu protokol ile eklenmiş olan ölüm cezası yasağı ve 7 No’lu Protokol’un bir suç nedeni ile iki kez yargılanma yasağı koyan 4. maddesini de eklemek gerekir.

Aksoy Türkiye’ye karşı (18.12.1996) davasında ilgili gözaltına alındıktan sonra m.5/ f.III uyarınca “hemen bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli” önüne çıkarılmadan 14 gün tutuklu kaldığı ve bu sebeple söz konusu hakkın ihlal edildiği öne sürülmüştür. Hükümet ise uygulamanın ulusal mevzuata uygun olduğunu ve ülkenin güneydoğusundaki PKK terörünü gerekçe gösterilerek Avrupa Konseyi Genel Sekreterine 06.08.1990 tarihinde yapılan bir beyanla Sözleşmenin 15. maddesine dayanılarak 5,6,8,10,11 ve 13. maddelerine istisna getirildiğini bildirmiş ve olaya 5. maddenin uygulanmayacağını söylemiştir. Söz konusu davada Mahkeme, önce ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikenin var olup olmadığını araştırmış ve ülkenin güneydoğusundaki yaygın PKK terörünün bu nitelikte olduğunun sonucuna varmıştır. Bundan sonra alınan önlemlerin durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Mahkeme öncelikle 5. maddenin ve özellikle 3. fıkradaki güvencenin kişi için olan önemini belirtmiş; terör eylemlerinin devletler bakımında ortaya çıkarmış oldukları güçlükleri kabulle beraber; kişinin ondört gün boyunca hâkim önüne çıkarılmadan bekletilmesinin çok sakıncalı olduğuna; hükümetin de güneydoğudaki durum açısından bunun gerekliliğini ayrıntılı olarak açıklayamadığına işaret etmiştir. Mahkeme’ye göre bu davadaki ilgili, uzun süre gözaltı sırasında keyfiliğe karşı etkili güvencelerden, özellikle bir avukata, bir hekime, bir yakınına ulaşma imkânından mahrum kalmış; tutululuk halinin yassallığı konusunda bir yargıcın denetim sağlanamamıştır. Mahkeme, Türkiye’nin güneydoğusundaki PKK terörünün önemini kabul etmekle birlikte; bu durumun kişi 14 gün boyunca bir hâkim denetiminden mahrum bırakma-

yı gerektirmediği; yani aşıldığı sonucuna vararak 15. maddeye uyulmadığına ve 5. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sakık ve diğerleri Türkiye'ye karşı (26.11.1997) davasında Hükümet'in olayda, terörist faaliyetlerin söz konusu olduğu; bunların yer içinde sınırlamanın mümkün olmadığı yönündeki savunmasını Mahkeme kabul etmemiştir.

B) “Terörizm ve İnsan Haklarına Saygı” adlı 1271 (2002) no’lu Karar:

11 Eylül saldırılarının ardında Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinde “Terörizmle Mücadele ve İnsan Haklarına Saygı” başlıklı 1271 sayılı kararında Avrupa Konseyine Üye devletleri terörizmle mücadele ederken AHİS’ne ayrı hüküm ve tedbir almamaya davet etmiştir.

Bu süreçte Birleşmiş Krallık Hükümeti’nin 15. madde uyarınca yaptığı bildirim¹⁸⁵ Sözleşmeye uygunluğu tartışmalara yol açmıştır. Birleşik Krallığın bu bildirimle ortaya koyduğu mevzuat eleştiri götürür niteliktedir. Örneğin, Dışişleri Bakanın bir kişinin uluslar arası bir terörist olmasından şüphelendiğini belirttiği sertifikaya sınırdışı edilmeye varacak ağırlıkta sonuçlar bağlanması Sözleşmenin masumiyet karinesini düzenleyen 6. maddenin 2. fıkrası ile uyumsuzluk tartışmasını gündeme getirecektir. Sertifikaya karşı başvurulabilecek hukuki yolların bu sorunu ne kadar telafi ettiğini ve genel olarak adil yargılanma hakkından söz edilip edilmediğini saptamak için davanın mahkemenin önüne gelmesini beklemek gerekecektir¹⁸⁶.

Söz konusu bildirimde benimsenen ayrı hüküm nedeni ile İngiltere başka bir devlette gerçekleşen terör saldırısından dolayı kendi ülkesinde olağanüstü tedbirler uygulayarak 15. maddeyi saptırmakla eleştirilmiştir¹⁸⁷.

185 Bu bildirim için bkz. Humain Rights Law Journal vol. 22, N: 9-12 s.465-466

186 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.402

187 ÖKTEM, Emre, a.g.e., s.402

AIHM İÇTİHATLARI ve DEMOKRATİK TOPLUM GEREKLERİ KARŞISINDA 5532 SAYILI KANUNLA DEĞİŞİK 3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU*

*Osman Serkan GÜLFİDAN***

GİRİŞ

İnsanın, bütün aşkın ifade ve tanımlamalardan bağımsız olarak, sadece insan olmaktan kaynaklanan haklara sahip olduğu kabulüne ulaşıldığı günümüzde, çağdaş yaklaşım uyarınca, kişi, hukuki, felsefi ve sosyolojik düzlemde, kendisine tanınan hakların objesi konumunda bulunan bir “varlık” olarak değil, fakat bu hakların asıl ve doğrudan sahibi olması vasfıyla hem haklarının devlete karşı korunmasını hem de kişiliğinin geliştirilmesini içeren insan haklarının süjesini teşkil eden bir “birey” olarak konumlanmaktadır.

Hak kavramına anılan hümanist bakış açısıyla yaklaşılması, devlet ve hukuk kavramları arasındaki rabıtayı açıklığa kavuşturur mahiyettedir. Buna göre, hukuk, sadece yasa koyucunun iradesinin tezahüründen meydana gelen bir normlar külliyatından ibaret bulunmayıp, olması gerekeni, adil olanı arayan, nihai amacı adalet olan sosyoloji temelli bir bilim sahası olduğundan; devlet, toplumsal gerçeklik çerçevesinde pozitif hukuku, bir başka deyişle “olanı” tespit ederken, demokratik bir düzenin oluşmasının vazgeçilmez unsurlarını oluşturan temel hak ve özgürlüklerle, “olması gereken” ile

* Bu makale yayına sunulduğu esnada, 11.12.2007 tarihi itibarıyla, 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in, 5532 sayılı Kanunla değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 6/4., 6/5. madde hükümlerinin ve 7/2. maddesinin üçüncü ve dördüncü tümcelerinin iptalleri istemiyle, Cumhurbaşkanlığı’nın, B.01.0.KKB.01-18/B-3-2006-572 03/08/2006 sayılı dava dilekçesi ile Anayasa Mahkemesi’ne açmış olduğu dava, esas inceleme aşamasında bulunmaktadır.

** Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Öğrencisi

sınırlandırılmış bir hareket sahasından fazlasına sahip değildir. Devletin görevi, insan hakları olarak da addedilebilecek olan bu aşındırılmaz çerçeveyi ihlal etmemek suretiyle korumak olup, siyasal iktidar bu hak ve özgürlüklerin etkin bir biçimde kullanılabilmesini sağlamakla yükümlüdür. Esas itibarıyla bu hususun hayata geçirilip geçirilmemesi, yani devletin mevzûubahis menfi (ihlal etmeme) ve müspet (sağlama) vazifeleri karşısındaki tutumu, bir toplumsal düzenin demokratik olup olmadığı tayin olunurken dayatılması icab eden kıstastır.

Bahsi geçen anlayış tarzının ceza hukuku özelinde ele alınarak tatbik olunması, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması aracı olarak algılanılagelen ve ceza yaptırımını ile bir tutulmakta olan ceza hukukunun asıl işlevinin ve gerçek karakterinin somutlaştırılmasını sonuçlar: “...günümüzde ceza hukuku, bireyin anayasal haklarını güvence altına almayı, insan haklarından yararlanmasını sağlamayı amaçlayan hukuk dalı olmuştur¹”. Şu halde ceza politikası ile ceza hukukunun amacı arasında bir çelişkiden söz edilemeyeceğinden, bir fiilin suç olarak tanımlanmasıyla ve suç teşkil eden bir hukuka aykırılıkla mücadele edilmesiyle vasıl olunmak istenen amaca ancak yasa koyucuyu takyid eden “ceza sorumluluğunun şahsiliği”, “suçta ve cezada kanunilik” gibi ceza sorumluluğunun kurucu demokratik kaidelerine, demokratik bir hukuk düzenin “olmazsa olmazı” (conditio sine qua non) olan hukuk devleti ilkesine ve bu ana ilkeyi oluşturan tüm öğelere riayet edilmesiyle varılabilir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, hangi amaç uğruna ve her ne surette olursa olsun, ceza hukukunun insanı ve birey haklarını merkez alan modern yapısından vazgeçilmesi ancak temel hak ve özgürlükler alanında bir geriye gidişi işaret eder. Burada, EREM’in şu ifadesinin hatırlatılması, bu çalışmanın ilerleyen fasıllarına da ışık tutması açısından yerinde olacaktır: “Ne sadece insan faktörünü ihmal etmemek yolunda bir realizm, ne de çağdaş uygarlığa yaraşır bir insanileştirme isteğinin dış ölçü olarak kabulü, konuyu çözemez. Ceza hukukunu insanlık kanunlarına göre kurmak lazımdır. Bu

¹ ÖZEK Çetin, Cezalandırma Hukukundan İnsan Haklarına Giriş, in. Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004, s. XXII; benzer görüşler için ayrıca bkz. ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA C., Ceza Hukuku, Genel Hükümler I, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2006, s.5; ÖZTÜRK B./ERDEM M. R., Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2006, s.322; ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler, in Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul, 1999, s.663.

açından, **çağını aşamayan bir ceza hukuku geri kalmıştır**. Vahşileşmediği için önleyici olamadığı yolunda yerilen bir ceza hukuku çok kez insanlık yolundan ayrılmamış demektir²”.

Son yıllarda sayılarının, yoğunluklarının ve tehlikeliliklerinin nisbi olarak arttığı³, ulusal niteliklerinin aşılması bulunduğu ve uluslararası bir mahiyete ulaştığı kabul edilen⁴ terör eylemleri ve terörist fiiller ekseninde, toplumsal sahada bir terörle mücadele zaruretinin varlığının yadsınması mümkün olmasa da, terörle mücadelenin, anılan modern ceza hukuku yaklaşımından ayrılmayı gerektirecek bir istisna oluşturmadığının altı evleviyetle çizilmiştir. Gerçekten de, mevcudiyeti bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması sebebine dayanan devlet, bu hak ve özgürlükleri tehdit eden fiillerle mücadele etme yükümlülüğünü haizdir. İfade etmek gerekir ki, genel olarak suçla mücadele hususunda ve konumuz itibarıyla de terörle mücadele alanında özellik arzeden nokta, devletin temel hak ve özgürlükleri koruma ve sağlama müspet vazifesini ifa ederken, menfi yükümlülüğünü de yerine getirmek zorunda olmasıdır. Başka bir deyişle terörle mücadelede her yöntem mubah olmayıp, terörü önlemek amacıyla yönelen önlemlerin siyasal yapının demokratik temelleri ile uyumsuzluk göstermemesi ve bunları zarara uğratmaması gerekir⁵. Terör niteliğindeki suçlarla mücadelenin ana sorunsalı, terör sorunu karşısında devletlerin öne sürdükleri çözüm tarzlarının demokratik toplum gerekleriyle uyumunun ve korunmak istenen hukuki yararlarla insan haklarına getirilecek sınırlandırma arasında bir denge kurulmasının sağlanmasıdır⁶.

² EREM Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C: I, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1984, s.3.

³ ÖKTEM Emre, Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007, s.22, 23; gelişen teknolojinin ve kitle iletişim araçlarının söz konusu artış üzerindeki tesirleri hakkında bir inceleme için bkz. DÜLGER Murat Volkan, Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizme Etkileri, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007, s.55-76.

⁴ ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Basım, İstanbul, 1999, s.71; ALACA-KAPTAN Uğur, Terörün Değişen Yüzü ve Dünya-1, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, 2004/1, s.127-139; ÖKTEM Emre, a.g.e. s.16.

⁵ ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991, s.353; ÖZGEN Eralp, Terörizmle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991, s.397.

⁶ ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.6.; ayrıca müellif, terörle mücadele amacıyla hukuk devleti ilkesinden ayrılınması “suçlulukla mücadelenin, vatandaş suçluluktan daha çok sıkıntıya soktuğu kritik bir nokta” olarak tarif etmektedir, bkz. ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, Beta Basım, İstanbul, 1999, s.71.

Bu çalışmada, yukarıda ana hatlarını sunmaya çalıştığımız bakış açısı çerçevesinde, öncelikle, terör ve terörle mücadele başlığı altında terör ve terörizm kavramları üzerinde durularak terörle mücadelede ceza hukukunun yeri incelenecek; ikinci bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) ilgili maddeleri nazarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) konuya yaklaşımı genel olarak aktarılmaya çalışılacak ve son bölümde de cezaların infazı kısmına ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) düzenlenen özel yargılama usullerine değinilmeksizin, tüketici olamayan bir biçimde 5532 sayılı kanun ile değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "demokratik toplum gerekleri" muvacehesinde değerlendirilmesi yapılarak, uluslararası mahiyeti kuşku götürmez olan terörle mücadele-insan hakları ikilemi hususunda ulusal mevzuatımızın durumu irdelenecektir.

I. TERÖR VE TERÖRLE MÜCADELE

1. Terör-Terörizm Kavramları

A) Etimoloji ve Tarihçe

Türk doktrininde, özellikle eski tarihli metinlerde, terör ve terörizm kavramlarının karşılığı olarak "tedhiş" kavramının kullanımına rastlanılmaktadır⁷. "Tedhiş" sözcüğü Arapça kökenli olup dehşete düşürmek anlamını taşıyan "dehş" fiilinden türemiştir ve "dehşet verme, korku verme, ürkütme, yıldırma, terör" manalarına gelir⁸. Günümüz türk doktrininde, milletlerarası doktrin ve belgelerle uyum sağlanması açısından "terör" ve "terörizm" kavramlarının kullanılması tercih olunmaktadır⁹.

Bir olgu olarak uygarlık tarihi kadar eski addedilen ve gelişmesinin insanlığın siyasi örgütlenmesi ile bağıntılı olduğu terörizm¹⁰, Türkçede çoğunlukla "te-

⁷ DONAY Süheyl, Tedhişçiliğin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi, in İÜHFM, C: XLIII, Sayı: 1-4, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan, 1979, s.417-431; DÖNMEZER Sulhi, Milletlerarası Tedhişçilik, in İÜHFM, C: XLIV, Sayı: 1-4, 1978, s. 55-70; TANER Tahir, Tedhişçilik ve 16 İkinciteşrin 1937 Cenevre Mukaveleameleri, in İÜHFM, Cemil Birsel'e Armağan, 1939, s.461-487; ALPASLAN Şükrü, Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik, Teknik Yayınlar, İstanbul, 1983.

⁸ AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C: 3, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006, s.3075.

⁹ Bkz. ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, a.g.e., s.1.

¹⁰ ÖKTEM Emre, a.g.e. s.12; tarihteki ilk terör hareketlerinden örnekler için bkz. ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, a.g.e., s.9,10; ÖKTEM Emre, a.g.e. s.15.

rör” ile eşanlamlı olarak kullanılmaktaysa da¹¹, terör ve terörizm kavramları etimolojileri ve tarihçeleri bakımından incelendiğinde bu iki kelime arasındaki farkları tespit etmek mümkün olacaktır.

“Terör” sözcüğü dilimize Fransızcadan intikal etmiş olup, kökeni, Latince “bilinmeyen ve öngörülemeyen bir tehlike karşısında duyulan aşırı korku, endişe, dehşet” anlamına gelen “terror” sözcüğüdür¹². ÖKTEM, yoğun korkuyla beraber bu korkuya teslimiyet manasına da geldiğini belirttiği sözcüğün, Fransızcada “terreur” şeklinde ilk kez 1335 yılında kullanılmış olduğunu söylemektedir¹³.

Siyasi ve hukuki planda “terörizm” kavramının doğuşu ise 1789 Fransız Devrimini takiben yaşanan 1793 Konvansiyon dönemi (3. Konvansiyon) ve bu dönemde Jakoben iktidar tarafından uygulanan sistematik, planlı baskı ve şiddet rejimi ile ilintilidir. Gerçekten de Robespierre iktidarı dönemindeki uygulamalar, 30 Ağustos 1793 tarihli, bu uygulamaların devrimin muhafazası için gerekli olduğuna dair Milli Konvansiyon Meclisi’nin kararına dayanmakta olduğundan, “terör”, belli bir siyasi yapıyı korumak için halka baskı uygulayan dönemin hükümet şeklini tarif etmek için kullanılmış¹⁴, böylelikle kavrama güncel anlamını kazandıracak siyasilik unsuru eklenmiştir¹⁵. Modern anlamıyla “terörizm” ise, Robespierre ve taraftarlarının iktidardan düştükten sonra suçlanabilmeleri için yeni bir kavramın gerekliliğinin zuhur etmesi neticesinde, Milli Konvansiyon Meclisi’nce, terör kavramını yerine, siyasi şiddet eylemlerinin düzenli ve sürekli olmasını tarif eden bir kavram biçiminde kullanılmış olmakla ortaya çıkmıştır¹⁶. Üzerlerinde itinayla durulması gereken bu kavramların aktüel anlamlarının temelinde, tarihi olarak, baskıcı devlet rejimlerinin nitelendirilmesinin bulunuyor olması, hiç şüphesiz, “devlet-terörle mücadele-insan hakları” üçgeninde, siyasi iktidarı ellerinde bulunduranların gözden kaçırmaması gereken bir nirenge noktasıdır. Her ne maksatla olursa olsun, alınacak tedbir ve öngörülecek cezalar ile insan hak ve özgürlüklerinin orantısız bir şekilde kısıtlanması otoriter bir temayülün göstergesi olup, otorite/özgürlük dengesinde özgürlükler aleyhine otoriteye verilen ağırlığın derecesi, “terör” kavramının tarihi köklerine dönülerek kullanılmasını sonuçlayabilir.

11 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.10.

12 ÖKTEM Emre, a.g.e. s.13.

13 Ibid.

14 Bkz. Ibid, dip not 64; ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.14.

15 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.11, 13-15.

16 ALTUĞ Yılmaz, Terörün Anatomisi, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1995, s.20.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar, terörizm, kelime anlamıyla, bir sistem dahilinde¹⁷ ve sürekli mahiyette uygulanan terör eylemlerinin bütünü kapsayan bir stratejiyi ifade etmekteyse de¹⁸ günümüzde terör kavramıyla aynı anlamda kullanılmaktadır¹⁹.

B) Terör Tanımı

Türkiye’de ve dünyada, gerek öğretide gerekse ulusal mevzuat ve uluslararası belgelerden müteşekkil normatif düzenlemelerde terörün ya da terörizmin sarih ve evrensel bir tanımına ulaşılabilmiş değildir²⁰. Terör tanımı hususunda zaman içinde bir ilerleme kaydedildiğinden bahsolunabilse bile²¹, bir vaka olarak terör olgusunun sebeplerine vakıf olabilmek, bu sorun karşısında getirilebilecek çözüm önerilerinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve terörle mücadele yöntemlerini insan haklarına zeval vermeyecek biçimde düzenleyip, seçebilmek için gereken açıklığa varılmış olunduğunu söylemeye imkan yoktur. Bunun sonucu olarak, terörün önlenmesi amacını güden uluslararası anlaşmalarda terörün tanımı verilmemiş, terör eylemlerinin sayılması yoluna gidilmiştir; bu hususta, Türkiye’nin taraf olduğu, 15.05.2003 tarihinde bir Protokol ile güncelleştirilmiş bulunan, 27.01.1977 tarihli Tedhişçiliğin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ve 01.06.2007 tarihinde Arnavutluk, Rusya, Bulgaristan, Romanya, Slovakya, Ukrayna ve 01.08.2007 tarihi itibarıyla de Danimarka için yürürlüğe girmiş olan Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Anlaşması²² örnek olarak verile-

17 ERGİL Doğu, Terörizmin Mantiği ve Hedefi, in AÜSBFD, Prof. Dr. Muammer Aksoy’a Armağan, C: XLVI, Ocak-Haziran, 1991, s.171.

18 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e. s.11; ALTUĞ Yılmaz, Terörizm Sorunu, in İÜHFM, C: LII, Sayı: 1-4, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’e Armağan, 1987, s.54; BAYRAKTAR Köksal, Siyasal Suç, İÜ. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s.158, 159; DÖNMEZER S./ERMAN S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: III, 9. Bası, İÜ. Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983, No: 2280, s.536.

19 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.12; “terör”, “terörizm”, “terörist eylem” kavramlarının birbirlerinin yerine kullanılmasına örnek teşkil etmesi açısından bkz. BEŞE Ertan, Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.23.

20 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.51; ÖKTEM Emre, a.g.e. s.25, 29; PULAT Y. Tacar, Terör ve Demokrasi, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1999, s.30; BAYRAKTAR Köksal, a.g.e., s.157.

21 Bkz. 03.04.2004 tarihli Uluslararası Terör ve Barış Hukuku Konferansı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’ın konuşması, s.33.

22 Anılan sözleşmeyi 19.01.2006 tarihinde imzalamış bulunan Türkiye, 11.12.2007 tarihi itibarıyla, sözleşmeyi imzalamış olmakla birlikte henüz onaylamış bulunmayan 34 ülkeden

bilir²³. Ezcümle, mevcut durumun şu klasik deyimle betimlendirilmesi mümkündür: birine göre terörist olan kişi, bir başkasının nezdinde özgürlük savaşçısıdır; kimine göre terör eylemi sayılan bir fiil, kimine göre kurtuluş mücadelesidir²⁴.

Anılan kavram karmaşası, örneğin bir eylemin nitelendirilmesinde, devlet organları katında ya da bireysel planda, terörist kavramı yerine, devletler savaş hukukuna ilişkin milis ya da gerilla sözcüklerinin kullanılması suretiyle, söz konusu eylemin meşrulaştırılmasına çalışılmakta olması, sabit ve somut eylemlerin tamamıyla sübjektif kıstaslar çerçevesinde, siyasi mülahazalarla değerlendirilmekte olduğunu gösterir; zira “terörist” kelimesinin sözlük anlamı “siyasi emellerini kabul ettirmek için teröre başvuran, sistemli şekilde korkutucu ve yıldırıcı hareketlerde bulunan kimse, tedhişçi” iken²⁵; “milis”, “savaş sırasında orduyu desteklemek için sivil halktan toplanan yarı asker kuvvet²⁶”, “gerilla” ise, “düzenli bir orduya karşı dağınık kuvvetler tarafından yapılan çete savaşı²⁷” anlamına gelmektedir. Belirtmek gerekir ki, bir devletin bir diğer ülkedeki siyasi şiddet eylemlerini terör olarak nitelendirip nitelendirmemesinin günlük politikalarına bağlı olarak değişmesi, esas olarak terörü bir siyaset aracı olarak görmesinin tezahürüdür²⁸; anılan tutum, özünde, terör eylemleri aracılığı ile siyasi yaşama katıldığını sanma yanılgısına düşen “terörizm” ile ayniyet gösterir. Burada dikkat edilmesi lazım gelen husus, terörün genel unsurlarını kapsayan objektif ve yetkin bir tanıma ulaşılmadıkça etkin bir terörle mücadelenin de varolamayacağını anlaşılmamasının gerektiğidir²⁹.

biridir; anılan Sözleşmeyi imzalayan ülkelerin tam listesi için bkz. 11.12.2007 erişim tarihi ile <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=196&CM=7&DF=12/11/2007&CL=FRE>; Sözleşme hakkında yapısal bir izahat için ayrıca bkz. YENİSEY Feridun, Uluslararası Terörün Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Hakkında, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007, s.16-20.

23 Terörizmin tanımını yapan milletlerarası belge ve konferanslar hakkında geniş izahat için bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s. 16-35; uluslararası hukuki metinlerde yer alan bazı tanımlama çabaları için ayrıca bkz. KAYA İbrahim, Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, 2005, s. 10-13.

24 Bu deyim doğru nitelikte bazı örnekler için bkz. PULAT Y. Tacar, a.g.e., s.30, 37; terörizm ile bağımsızlık mücadeleleri arasındaki rabitanın tarihsel tahlili için bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e. s.19-22.

25 AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C: 3, a.g.e., s.3130.

26 AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C: 2, a.g.e., s.2072.

27 AYVERDİ İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C: 1, a.g.e., s.1038.

28 ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, a.g.e., s.101.

29 ÖKTEM Emre, a.g.e. s.26; BEŞE Ertan, a.g.e., s.29; ayrıca bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.53, müellif tam bir tanıma ulaşılamasa dahi tanımlama gay-

Terör kavramının tanımlanmasında bütünlüklü bir ifadeye varılmasını zorlaştıran sebepler arasında, siyasal suç-terör suçu-sosyal suç karegorileri arasındaki ayırımı sağlamanın güçlüğü³⁰; terörist eylemler ile gerilla savaşı taktikleri arasındaki metod benzerlikleri³¹; bazı felsefi ve düşünsel akımların terörizmi bir strateji olarak benimsemelerinin terminolojide yarattığı karışıklık³², terör eylemi olarak nitelendirilebilecek eylemlerdeki farklılıklardan bir genellemeye ulaşılmadaki zorluk³³ sayılabilir³⁴.

Bahsi geçen durum terörün farklı şekillerde anlaşılmasına yol açmakta ve terörizm değişik biçimlerde irdelenmektedir. Örneğin, TANER'e göre geniş maddada terörizm, "korku ve endişe ilka edecek, bir dehşet hali meydana getirecek mahiyette fiil ve hareketler işlemektir³⁵". BAYRAKTAR, terörizm kavramının sadece siyasal amaç ile işlenen suçlar ile daraltılmasına karşı çıkarak, terörizmin, kısaca belirli bir siyasal sisteme ya da devletin belirli bir siyasal kurumuna yönelik olmayıp toplumsal düzene karşı işlenen suçları ifade eden sosyal suçları da içine alan kapsamlı bir üst terim olduğunu belirtmekte ve siyasal amaçlı olmayan terör eylemlerinden bahsedilebileceğini söylemektedir³⁶. ÖZEK'e göre ise, "bir şiddet eylemini terör eylemi olarak nitelendirebilmek için, bu eylemin mutlaka siyasal iktidar düzenini değiştirmeye yönelik olması gerekir³⁷.", müellif, siyasal iktidar düzeninin yıkılıp tamamen değiştirilmesi olgusunu terör eyleminin vazgeçilmez ögesi addetmektedir³⁸. Belirt-

reti içinde olmanın terör olgusunun anlaşılmasına hizmet edeceği için faydalı olacağını zikretmektedir. Ayrıca belirtmek isteriz ki, terörün genel unsurları ile tanımlanması, "terörle mücadele" gerekçesi ile hak ve özgürlüklerin orantısız biçimde sınırlandırılmasını önleyecek olması hasebiyle de zaruridir; aynı yönde bkz. ZAFER Hamide, Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007, s.21.

- 30 Aynı yönde bir görüş için bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.52.
 31 Bkz. ALTUĞ Yılmaz, a.g.m., s.49, 50.
 32 İki farklı kavram olan anarşizm ve terörizmin eşanlamda kullanılmasının değerlendirmeleri için bkz. BAYRAKTAR Köksal, a.g.e., s.159-161; ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA C., a.g.e., s.362-364.
 33 Terörizmin çeşitli görüşlerine ve çeşitli terörizm anlayışlarına göre kapsamlı bir tasnifi için bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.57-76.
 34 Terörün belirgin bir tanımının yapılmamış olmasını, bu tanımın yapılamamasına değil, siyasi saiklerle bilerek ve isteyerek yapılmamakta olmasına bağlayan bir görüş için bkz. 10.12.2005 tarihli Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, konuşmacı: Ümit Kocasakal, s.10.
 35 TANER Tahir, a.g.m., s.462.
 36 BAYRAKTAR Köksal, a.g.e., s.162; ayrıca bkz. ALTUĞ Yılmaz, a.g.m., s.52.
 37 ÖZEK Çetin, Terör ve "Terörle Mücadele Kanunu", a.g.m., s.356.
 38 Ibid. s.357.

mek gerekir ki, terör kavramını geniş olarak yorumlamak, kavramın sınırlarının ve diğer terimlere nazaran ayırdedici özelliklerinin ortaya konulmasını sonuçlayamayacağından terörün genel unsurlarıyla tanımlanması çabası-ndan umulan yararları da sağlayamaz. Kaldı ki, günümüzde, terör tabirinin siyasi düzene karşı olan şiddet eylemlerini işaret ettiği aşıkardır³⁹.

Görüldüğü üzere, terör salt hukuksal bir kavram değildir ve bu sebeple “terör suçu” teknik anlamda, başlıbaşına bir suç tipi teşkil etmez⁴⁰. Belirleme, suçların sayılması suretiyle objektif bir mahiyet arzetsede de, failin kastının esas alınması neticesinde sübjektif bir karakter gösterse de, terör, tipe uygun, hukuka aykırı eylemin siyasal nitelendirmesinden ibarettir, başka bir deyişle “*terör, eylemin özünü değil, niteliğini belirleyen bir terimdir*”⁴¹. Esas olarak, terörün tanımlanmasında birbiriyle çelişen neticelere varılması ve evrensel bir terör tanımı oluşturulamaması da “terör” kavramının siyasal bir vasıflan-dırma olmasıyla ve taşımakta olduğu siyasilik unsurunun mutlak olmama-sıyla alakalıdır⁴². Bu noktada hassaten önem arzeden husus, bahsi geçen si-yasal belirlemenin sınırsız biçimde yapılamayacağı ve insan haklarına zarar verecek bir keyfiyet düzeyine varılamayacağıdır; zira “terör” kavramı hukuk-sal olmaktan ziyade siyasal bir karakter taşısa da, “terörle mücadele”, terör eyleminin hukuksal açıdan değerlendirilmesini içerir⁴³. Şu halde, terörün ku-rucu unsurlarının tespit edilmesi, etkin bir terörle mücadele sağlanması için gerekli olduğu kadar, bir siyasi iktidarın bir eyleme terör niteliği tavsif eder-ken kayıtlı olacağı alanın yaratılması için de zaruridir⁴⁴. ÖZEK, isabetle, te-rör eyleminin işlevinin, amacının ve terör eylemi karşısında muhafaza edil-mek istenen hukuki menfaatin, eylemin “terör” niteliğinin saptanmasında kullanılması gereken objektif ölçüyü oluşturduklarını belirtmektedir⁴⁵. Ka-naatimizce, eylemin nitelemesi esnasında bağlı kalınması icab eden tanım şöyledir: terör, mevcut bir siyasi iktidar düzenini değiştirmek amacıyla⁴⁶, sis-

39 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.59.

40 Ibid. s.81; TANER Tahir, a.g.m., s.467.

41 ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.355.

42 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.55

43 ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.358.

44 Bu itibarla, terörün tanımının önem taşımadığı yönündeki görüşlere katılmaya olanak yok-tur, bu yönde bazı görüşler için bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e. s.27,28.

45 ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.356; müellif ayrıca, siyasal sap-tamanın hukukun genel kuralları ve ceza sorumluluğu ilkeleriyle de sınırlı olduğunu belirtmektedir, Ibid. S.364.

46 Amaç unsurunu geniş yorumlayan Bayraktar’a göre ise, terör eylemlerinin iki amacı bulunur, bunlardan ilki toplumda büyük bir korku ve tehlike duygusu yaratmak, ikincisiye toplumdaki belli bir hakimiyet kurmaktır. BAYRAKTAR Köksal, a.g.e., s.164.

tematik olarak, hiyerarşik yapıyı gerektiren bir organizasyon dahilinde⁴⁷, süreklilik gösterir biçimde, maddi (şiddet) ya da manevi (tehdit) cebir vasıtasıyla işlenen eylem; terörizm ise terör eylemlerini yöntem olarak benimseyen bir stratejidir.

2. Terörle Mücadelede Ceza Hukuku'nun Yeri ve Otoriter Eğilim

Terörle mücadele meselesinde evvela belirtmek gerekir ki, terör salt hukuki bir kavramı ifade etmekte olmadığından ve “terör suçu” da ceza hukuku ile düzenlenmekte olan klasik suç tanımına sığmadığından, terörle mücadelenin sadece cezai müeyyideler tanzim olunmasıyla başarıya ulaşacağını düşünmek, anılan mücadeleyi vermekte olan iradenin mevzuza yeteri derecede vakıf olmadığı gösterir. Terör, sebep ve sonuçları itibarıyla, ekonomi, tarih, viktimoloji, kriminoloji, sosyoloji bilimleriyle bağlantılı bulunduğu⁴⁸, bu olguyla mücadelede başarıya ulaşabilmek için terörün ortaya çıkış sebeplerini bertaraf etmeyi amaçlayan bir siyasi programın belli bir kararlılık dahilinde yürütülmesi zorunludur. O halde, terörün yasal düzenlemelerle önlenebileceği görüşü en hafif tabiriyle bir yanılgıdan başka bir şey değildir⁴⁹. Bunun yanında, ilave etmek gerekir ki, ceza hukuku ve ceza yaptırımı, zaten özleri gereği, hukuk düzeninin korunmasında başvurulması gereken son araçlar olup⁵⁰ (ultima ratio), terörle mücadele hususunda ancak kısa vadeli, geçici ve bir yöntemin tamlayanı olarak uygulanmadıklarında aldatıcı çözümler sunabilirler⁵¹.

Bahsi geçen sebeplerle, terör eylemlerinin yaygınlaşmasını takiben, yeni ceza kanunları yapmak ya da olanları değiştirmek suretiyle yeni suçlar ihdas edilmesi ve “terör suçlarının” kapsamının genişletilmesi ya da özellikle güncel bir eğilim olan ceza yaptırımlarının ağırlaştırılması yoluna gidilmesi; modern ceza hukuku anlayışından, hukuk devleti ilkesinden, ceza sorumluluğu kaidelerinden ayrılınması, başka bir anlatımla, terörizmin devletlerin otoriter uygulama-

47 Örgütü terör eylemlerinin bir unsuru saymayan kimi görüşler için bkz. DÖNMEZER Sulhi, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu, 16-18 Haziran 1995, I. Oturum: Yorum, İstanbul, 1996, s.44; ALACAKAPTAN Uğur, Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu, 16-18 Haziran 1995, I. Oturum: Tartışmalar, s.50.

48 ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, a.g.e., s.56.

49 ÖZEK Çetin, Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, in Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan Hukuk ve Devlet, Engin Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.234.

50 KANGAL Zeynel T., Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler, in Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 7, Temmuz 2006, s.87.

51 ZAFER Hamide, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, a.g.e., s.62

larına bahane edilmesi, demokratik bir düzen için en az terör eyleminin kendisi kadar sakıncalıdır. Terörizm, şiddeti siyasal amaçlarına alet etmesi sebebiyle demokratik değerlere karşı bir saldırıyken, terörle mücadele gerekçesiyle temel insan hak ve özgürlüklerine zeval verecek biçimde keyfi müdahalelerde bulunulması da siyasal iktidarın siyasal şiddete başvurması demek olacağından, devlet terörü doğurması hasebiyle⁵², demokratik temelleri tahrip eder.

İfade etmek icab eder ki, anılan durum karşısında terörizmin, bireyin özgürleşmesini ve kendisini özgür hissetmesini sağlayacak maddi ve manevi şartları oluşturmayı amaçlayan bir hürriyet rejimi olan⁵³ demokrasi için iki başlı bir tehdit olduğu açıktır⁵⁴.

II. AİHM'NİN TERÖRLE MÜCADELEYE YAKLAŞIMI

1. AİHS Sistemi ve AİHM'nin Önemi

Sözleşme hükümlerinin ihlal olunması halinde bir başvuru yolu ve makamı ve hatta müeyyideler öngörmüş bulunan⁵⁵; hukuki bağlayıcılığı haiz, kural koyucu mahiyetteki⁵⁶ AİHS ile insan haklarının uluslararası alanda korunmasını sağlamak amacıyla yargısal bir organ olan AİHM kurulmuş ve bireyler de kendilerine tamamlayıcı⁵⁷ korumayı sağlayacak kişisel başvuru hakkının tanınması suretiyle uluslararası hukukun süjesi haline getirilmiştir⁵⁸. İçerdiği uluslararası koruma ve güvence sistemi sayesinde Avrupa liberal demokrasilerinin Anayasal belgesi addolunmakta olan⁵⁹ AİHS sisteminde,

52 ÖZEK Çetin, Terör ve Terörle Mücadele Kanunu, a.g.m., s.359.

53 EREM Faruk, a.g.e., s.54, 55.

54 ÖKTEM Emre, a.g.e. s.248.

55 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2005 s.13-18.

56 TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2004, s.68; ayrıca bkz. İrlande c. Royaume-Uni kararı, 18.1.1978, Sér.A, No.25, para.239.

57 AİHS 35. maddesi mucibince, kural olarak, bireysel başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ve kesin karardan sonra kabul edilebilirlik kazanır. İç hukuk yollarının tüketilmesi salt bir biçim kuralı olmayıp, sözleşen devletlere iç hukuklarını AİHS'ye göre düzenleme yükümlülüğü yükleyen AİHS md.1'in doğal sonucudur.

58 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., s.13-18.

59 BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜ. Yayınları, İstanbul, 1993, s.34; ÖZDEK Yasemin, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004, s.28.

AIHM, kesinleşmiş kararlarının bağlayıcılığı ile sözleşen devletlerin Sözleşme'ye uygun davranmasını sağlaması yanında, Sözleşme hükümlerini geniş yorumlayan, Sözleşmede mündemiç hak ve özgürlüklerin sınırlarını tayin eden içtihatlarıyla da insan haklarının korunmasını sağlamak hususunda önemli bir rol oynamaktadır. Belirtmek gerekir ki, AIHM'nin içtihatları uyarınca, AIHS'nin amacı, hakları teorik biçimde muhafaza etmek olmayıp, onları fiilen ve etkin biçimde kullanılabilir hale getirmek olduğundan⁶⁰, AIHS, sözleşen devletlerin, iç hukuk düzenlerinde sözleşmenin içerdiği tüm hakları tanımalarının ve bu hakları fiili olarak sağlamalarının en önemli güvencesidir. AIHS'yi 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylamış olan Türkiye için Sözleşme, onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verildiği 18 Mayıs 1954'te yürürlüğe girmiştir.

Konumuz ile irtibatlandırmak gerekirse, AIHS'nin herhangi bir maddesinin terörizme özel bir düzenleme içermediği ve AIHM'nin de terörizmin önlenmesine ya da cezalandırılmasına yönelik doğrudan görev ve sorumluluk altında olmadığı söylenmelidir; ne AIHS'de ne de AIHM içtihatlarında terör tanımlanmış değildir⁶¹. Öte yandan AIHM, önüne gelen somut olaylarda zaman zaman terör olgusuyla karşılaşmakta ve AIHS ile düzenlenmiş bulunan hakların ve bunların sınırlandırılmalarının terörizm kavramıyla ilişkileri hakkında muhtelif değerlendirmelerde bulunmaktadır. Bu bakımdan, bazı durumlarda, terör mefhumunun siyasal karakterinden kaçınmadığı ve siyasi niteliğe büründüğü için eleştirilmekte olan⁶² AIHM kararlarının tetkiki, terör, terörle mücadele ve insan haklarının birarada bulunduğu bir sorunsal potasında Mahkemenin terörizme bakış açısının anlaşılmasına ışık tutabilir.

2. AIHM İçtihatları ve Terörizm

A) Genel Olarak

Genel olarak, terörizmle mücadelenin gereklerini ve zorluklarını göz önünde bulundurarak⁶³ ilgili konularda AIHS ile koruma altına alınmış bulunan

⁶⁰ Bkz. AIHM'nin *Geoffre de la Pradelle c. France* kararı, Req. No: 12964/87, 16.12.199, para. 34-35 ve *Artico c. İtalie* kararı, Req. No: 6694/74, 13.5.1980, para. 33.

⁶¹ BIÇAK Vahit, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm*, in. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık, 1999, C: III, Sayı:1-2, s. 230.

⁶² Bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e., s.385, 386.

⁶³ Bkz. *İncal c. Turquie*, 41/1997/825/1031, 09.06.1998, para. 58 ; *İbrahim Aksoy c. Turquie*, Req. No : 28635/95, 30171/96 et 34535/97, 10.10.2000, para. 60 *Yıldız ve Taş c. Turquie*, Req. No: 3847/02, 19.12.2006, para.34

hakların sınırlandırılması hususunda devletlerin takdir yetkilerini geniş biçimde telakki eden AİHM⁶⁴, kendi denetim alanına dahil gördüğü bu takdir hakkının sınırının demoratik toplum gerekleri ile çizilmekte olduğunu söylemek suretiyle de taraf devletlerin terörizmle mücadele amacıyla dahi olsa her türlü tedbire başvuramayacaklarını ve keyfi müdahalelerin Sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir⁶⁵. Görüldüğü üzere, AİHM'nin anılan meseleyi ele alış biçimi, umumiyet itibarıyla taraf devletlerin ihmalî ya da icrai bir fiili suç olarak tanımlamakta serbest oldukları ama bu serbestinin AİHS ile muhafaza altına alınmış bulunan hak ve özgürlüklerin kullanımından ibaret eylemlerin suç olarak tanımlanmasını içermeyeceği yönündeki içtihadı ile paralellik arz etmektedir; AİHM'ye göre, ihdas olunan suç, AİHS ile korunan bir hakkın ya da özgürlüğün olağan kullanımına mani teşkil etmemelidir⁶⁶.

Terör eylemlerinin, AİHS'nin 15. maddesi ile düzenlenen "savaş ve ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike" hali kapsamına girebileceğini, dolayısıyla terör nedeniyle "durumun gerektirdiği ölçüde" ve "uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerine ters düşmemek kaydıyla" sözleşen devletlerin AİHS'nde öngörülen hakları kısmen veya geçici olarak askıya alabileceğini vazededen AİHM, askıya alma şartlarının oluşup oluşmadığı kendi denetim yetkisi içinde mütala etmektedir⁶⁷. Belirtmek gerekir ki AİHS md. 15/3 uyarınca yaşam hakkının (md. 2), işkence yasağının (md. 3), kölelik yasağının (md.4/1) ve kanunilik ilkesinin askıya alınması mümkün olmadığı gibi, diğer hak ve özgürlüklerin askıya alınması da AİHM md. 15/2'de sayılan şekle ilişkin şartların yerine getirilmesine ve önleme ilişkin şartlara uyulmasına, orantılılık ilkesine riayet edilmesine, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı davranılmamasına bağlıdır⁶⁸.

64 ÖKTEM Emre, a.g.e., s.386; BIÇAK Vahit, a.g.m., s.245; BEŞE Ertan, a.g.e, s.154.

65 Klass et autres c. Allemagne, Req. No: 5029/71, 06.09.1978, para. 28, 49; Patrice Jean, terörizm hususunda fikri sabit bir taraflılık sergileyerek, AİHS sisteminin toplumdan ziyade teröristleri koruyacak şekilde kurulmuş olduğu görüşündedir, Patrice Jean'dan aktaran BEŞE Ertan, a.g.e, s.153.

66 Bkz. Engel et autres c. Pays-Bas, Req. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, para.81.

67 Lawless c. İrlande (No 3), Req. No: 332/57, 01.07.1961, para. 22.

68 BIÇAK Vahit, a.g.m., s.233.

B) İlgili AİHS Maddeleri Çerçevesinde

Yaşama Hakkı: AİHS'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olup, alanı, önce ölüm cezasını sınırlı olarak yasaklayan 6. Ek Protokol ile, sonra da ölüm cezasını istisnasız olarak kaldırmış olan 13. Ek Protokol ile genişlemiş bulunan yaşama hakkı, sözleşen devletlere hem negatif (kaçınma) hem de pozitif (sağlama) yükümlülükler getirmektedir. Devletlerin üstlendikleri negatif yüküm, bireylerin kasten ya da taksirli⁶⁹ olarak öldürülmesini yasaklamaktadır. 2. maddenin devletlere yüklediği ikinci yükümlülük olan pozitif yüküm ise, devletleri, kendi yetki alanlarındaki kişilerin yaşam hakkını korumakla görevlendirmektedir⁷⁰. AİHS'de yer alan haklar teorik mülahazalardan ibaret bulunmadıklarına, gerçek ve fiili olduklarına göre⁷¹, devlet önce öldürmeme yükümünü kendisi yerine getirecek, sonra da bireylerin hayatlarını muhafaza etmek için gerekli önlemleri alacaktır⁷². Mantıksal olarak tüm diğer hak ve özgürlüklere öngelenen⁷³ ve anayasal belgeler gibi uluslararası insan hakları hukukuna dair metinlerin de esas noktası olan⁷⁴ yaşam hakkı, Avrupa Konseyi'ni oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden addedildiğinden⁷⁵, devlet, herhalükarda, hem yetkisi altındaki bireyleri muhtemel terör eylemlerine karşı korumalı, hem de terörle mücadele ederken negatif yükümlülüğünü yerine getirmelidir.

AİHS'nin 2. maddesinin 2. fıkrası, öldürmenin meydana geldiği ve 2. maddenin ihlalini sonuçlamayacak bazı kuvvet kullanma hallerini *numerus clausus* biçimde saymıştır. AİHS md.2/2 hükmü şöyledir: “öldürme, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma keskin zorunluluk haline gelmesi sonucu meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmaz”. 2/2. maddede sınırlı biçimde sayılan haller ise şunlardan ibarettir: bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunması, bir kimseyi usulüne uygun biçimde yakalamak ya da usulüne uygun olarak tutuklu bulunanın kaçmasını önlemek, ayaklanma veya isyanı yasaya uygun biçimde bastırmak. Yaşam hakkı hususunda bir mihenk taşı kabul edilen⁷⁶ ve bir devletin bu madde hükmünü ih-

69 McCann et autres c. Royaume-Uni, 17/1994/464/545, 27.09.1995, para. 145, 148-150.

70 BIÇAK Vahit, a.g.m., s.230; ayrıca bkz. AİHM'nin Kılıç c. Turquie kararı, Req. No: 22492/93, 28.03.2000, para. 62.

71 Artico c. Italie, a.g.k., para. 33; Geouffre de la Pradelle c. France, a.g.k., para. 34-35.

72 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., s.160.

73 ÖKTEM Emre, a.g.e., s.270; BEŞE Ertan, a.g.e., s.154.

74 KARAKAŞ Işıl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya ve Ötesine, in GSÜHFD, Yıl: 1, Sayı: 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s.58.

75 McCann et autres c. Royaume-Uni, a.g.k., para.147.

76 ÖKTEM Emre, a.g.e., s.273, ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.133.

lal etmiş olduğunu tepit eden ilk karar olan McCann Birleşik Krallığa karşı davasında AİHM, 2. maddede sayılan istisnaların öldürme eylemine meşruiyet kazandırmadıklarını, bunların mutlak zorunluluk halinde kuvvet kullanımını haklı kılan istisnalar olduklarını belirtmiştir⁷⁷. Şu halde bu bir öldürme izni değil, sadece durumun gerektirdiği oranda güç kullanma yetkisidir; tehlikenin bertaraf edilmesi için, mümkün olduğunca, sözle uyarma, havaya uyarı ateşi açma, göz yaşartıcı bomba kullanma, ölüme yol açmayacak şekilde saldırganın bacaklarına ateş etme eylemleri öldürme eylemine tercih edilmelidir⁷⁸. Görüldüğü üzere AİHS'nin tümüne hakim olan orantılılık ilkesi, bu madde hükmü açısından da uygulama alanı bulmaktadır; kullanılan araç ile ulaşılmak istenen ve 2. maddenin 2. fıkrasında sayılanlardan biri olması gereken meşru amaç arasında ayrıca bir denge kurulmuş olmalıdır. Devletler, terörle mücadele amacıyla dahi olsa Sözleşme standartlarından sapamayacaklarına ve Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldıramayacaklarına göre, "kesin zorunluluk" tabirini de başka türlü hareket etme imkanı kalmaması olarak yorumlamak gerekir; AİHM bu düzenlemede yer alan zorunluluk ifadesini diğer maddelere nazaran (8 ila 11. maddelere göre) daha katı bir biçimde uygulamaktadır⁷⁹. Belirtmek gerekir ki, AİHM bahsi geçen orantılılık değerlendirmesini yaparken sadece ölüme sebebiyet veren eylemler ile bağlı kalmamakta, bu eylemlerin düzenlenmesini sağlayan organizasyonu ve eylemin denetlenme mekanizmalarını da bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutmaktadır⁸⁰. Öldürme olayı, somut olayın koşulları içerisinde, sağlanmak istenen amaca göre orantılı sayılabilse dahi, bu eylemin düzenlenmesini sağlayan organizasyondaki eksik ya da özensizlikler kullanılan kuvveti orantısız kılabilmiştir⁸¹. Öte yandan, devlet görevlilerince meydana getirilen öldürme olaylarının hukuka uygunluğunun etkin bir biçimde soruşturulmaması da 2. maddeye aykırıdır⁸², olayın terörizmin etkin

77 McCann et autres c. Royaume-Uni, a.g.k., para.148.

78 AİHM'nin olayın gereklerine göre kullanılan silahın çok güçlü olduğu yönündeki bir kararı için bkz. Güleç c. Turquie, 54/1997/838/1044, para.71; AİHM'nin kapıya 50-55 el ateş edilmiş olmasını orantısız bulduğu bir kararı için bkz. Gül c. Turquie, Req. No : 22676/93, 14.12.2000, para. 76 ; AİHM'nin sözlü uyarı ya da havaya açılan uyarı ateşi olmaksızın doğrudan maktülün hedef alınmasını kullanılan gücün orantısızlığı olarak kabul ettiği bir kararı için bkz. Oğur c. Turquie, Req. No : 21594/93, 20.03.1999, para. 82-84.

79 ÖKTEM Emre, a.g.e., s.276.

80 Ergi c. Turquie, 66/1997/850/1050, 28.07.1998, para.79.

81 McCann et autres c. Royaume-Uni, a.g.k., para. 212.

82 Kaya c. Turquie, Req. No: 22729/93, 19.02.1998, para. 86-87; soruşturma yetersizliğinin yaşam hakkı ile ilgisi için ayrıca bkz. Gül c. Turquie, Req. No: 22676/93, 14.12.2000; Şemsi Önen c.Turquie, Req. No: 22876/93, 14.05.2002.

olduğu bir bölgede işlenmiş olması devletin etkin soruşturma yükümlülüğünü kaldırmaz⁸³. Belirtmek gerekir ki, gözaltında kaybetmeler, gözaltında öldürmeler, faili meçhul cinayetler de, ekseriyetle yetersiz ve etkisiz soruşturma nedeniyle yaşam hakkı ihlalleri olarak nitelendirilmektedir⁸⁴.

Özetlemek gerekirse, terör eylemleri, devletlerin kuvvet kullanımına başvurmaları için haklı bir sebep teşkil edebilirse de, bu güç kullanımı, icab eden tüm özen dahilinde düzenlemesi gereken organizasyon ve hukuka uygunluğunu sağlayan denetim ile beraber bir bütün oluşturup, kaçınılamayacak surette zorunlu ve orantılı olmak zorundadır.

İşkence Yasağı: AİHS'nin 3. maddesinde düzenlenmiş bulunan işkence yasağı, demokratik toplumun en temel değerlerinden birisi olması dolayısıyla mutlak nitelikte bir yasak olup, bu yasağın ortadan kaldırılmasını meşru kılacak herhangi bir durum mevcut değildir. Ulusal varlığın tehdit altında olması⁸⁵, bireyin işlediği suç⁸⁶ ya da kamu makamlarına karşı tavırları⁸⁷ bu yasağa istisna getirilmesini sağlamaz. Anılan hal, işlendiği iddia olunan suçun terör eylemi niteliği taşıması halinde de değişmez⁸⁸. AİHS'nin 3. maddesi, aynı yaşam hakkı gibi, devletlere bir pozitif yükümlülük de yükler. 3. madde devlet organ ve görevlilerince ihlal olunamayacağı gibi, devlet özel kişiler tarafından da bu düzenlemeye aykırı davranılmasını önleyecek tedbirleri almak zorundadır⁸⁹. Kurt Türkiye'ye karşı davasında, AİHM, yetkili makamlara yaptığı başvuruya rağmen, gözaltına alındıktan sonra kaybolmuş oğlu hakkında etkili soruşturma yapılmayan başvurucunun çektiği ızdırabın 3. madde ihlaline yol açtığını saptamıştır⁹⁰.

Özgürlük ve Güvenlik Hakkı: Terörizmle mücadelenin meşru bir amaç sayılabileceğini fakat bunun her türlü müdahalede bulunma yetkisi tanımadığını belirten AİHM'ye göre, örneğin, terörle mücadele gözaltı süresinin uzatıl-

83 Yaşa c. Turquie, Req. No: 22495/93, 08.04.1997, para. 101-107.

84 Geniş bilgi için bkz. ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.134-157.

85 Labita c. Italie, Req. No: 26772/95, 06.04.2000, para.119.

86 Aksoy c. Turquie, 100/1995/606/694, 18.12.1996, para. 62; Selmouni c. France, Req. No: 25803/94, 28.07.1999, para. 95.

87 The Chahal c. Royaume-Uni, 70/1995/576/662, 15.11.1996, para. 79.

88 Tomasi c. France, Req. No: 12850/87, 27.08.1992, para. 115; Labita c. Italie, a.g.k., para.119; Filip c. Roumanie, Req. No: 41124/02, 14.12.2006, para.35.

89 Aktaş c. Turquie, Req. No: 24351/94, 24.04.2003, para.321-323.

90 Kurt c. Turquie, Req. No: 15/1997/799/1002, 25.05.1998, para.133,134; aynı yönde bkz. Timurtaş c. Turquie, Req. No: 23531/94, 13.06.2000, para.97, 98.

masını haklı çıkarmaktaysa da, bahsi geçen olağanüstü hal, gözaltı işleminin yargısal denetime tabi olmasının engellenmesini meşru kılamaz⁹¹. Gerçekten de madde başlığında özgürlük ve güvenlik kelimelerinin birarada kullanılmış olmaları tesadüfi değildir; kişi özgürlüğü sınırlandırılabilir de, kişinin özgürlüğüne yapılacak tüm keyfi müdahalelere karşı korunmasını ifade eden “güvenlik” mutlak olup, sınırlamaya konu olamaz⁹². Mahkemeye göre, yakalanan veya tutuklanan herkesin hemen bir yargıç ya da adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevlinin önüne çıkarılması gerekliliğini tanımlayan Sözlüğün 5. maddesi 3. fıkrası ile vazolunan “hemen” tabiri yumuşak bir yorumla müsait değildir. Terör suçlarının soruşturulması esnasında resmi merciler bazı özel sorunlarla karşılaşmaktaysalar da buna dayanarak Sözlüğün dayandığı demokratik bir toplum düzeninin temel prensiplerinden birinin çiğnenmesi mümkün değildir⁹³. Bu itibarla, gözaltına alınanlar, kamuyu ilgilendiren olağanüstü durumlarda dahi, yargı mercii önüne çıkarılmaksızın ancak kısa bir süre tutulabilirler⁹⁴; Brogan ve diğerleri davasında bu husustaki somut eşiği belirlemiş olan AİHM’ye göre, 4 gün 6 saat yargı kontrolü için zaruri olan ivedilik sınırını aşmaktadır⁹⁵.

Tutuklama ve gözaltı tedbirlerine başvurulabilmesi için ise AİHM, objektif mahiyette tespit olunacak makul şüphe şartını aramaktadır⁹⁶, terör durumlarında da makul şüphe şartı ortadan kalkmaz⁹⁷. Mahkeme tutuklama tedbirinin devam etmesi için de makul şüphenin devam etmesinin gerekeceğini, ama, sürenin uzamasının, sanığın kamu düzenini etkileme, delilleri karartma risklerini azaltacağını, bu konulardaki makul şüpheyi zayıflatacağını, sanığın kaçma ihtimalinin sadece itham olunan suçun ağırlığı ile belirle-

91 Brogan et autres c. Royaume-Uni, Req. No: 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, 29.11.1988, para. 61, 62; Sakık et autres c. Turquie, 87/1996/67/897-902, 26.11.1997, para.44.

92 ÖKTEM Emre, a.g.e., s.305, 306.

93 Sakık et autres c. Turquie, a.g.k., para.44; Maçin c. Turquie, Req. No: 52083/99, 04.05.2006, para. 25.

94 Brogan et autres c. Royaume-Uni, a.g.k., para.62.

95 Ayrıca bkz. Keklik et autres c. Turquie, Req. No: 77388/01, 03.10.2006, parag. 41; Sar et autres c. Turquie, Req. No: 74347/01, 05.12.2006, para. 30; AİHM’nin Türkiye’nin AİHS md 5/3 hükmünü ihlal ettiğini saptadığı bazı kararları için bkz. Dikme c. Turquie, Req. No: 20869/92, 11.07.2000, para. 58-67; Altay c. Turquie, Req. No: 22279/93, 22.05.2001, para. 60-66; Filiz et Kalkan c. Turquie, Req. No: 34481/97, 20.09.2002, para. 20-27.

96 Fox, Campbell, Hartley c. Royaume-Uni, Req. No: 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, para. 29-36.

97 BIÇAK Vahit, a.g.m., s.233.

nemeyeceğini ve resmi makamların tutukluluğun sürmesi hususunda yeterli ve yerinde gerekçeler göstermek zorunda olduklarını belirtmiştir⁹⁸.

AİHM, terörle mücadelede gizli bilgi kullanılmasının, tutuklamaya yol açan olgu ya da bilginin kaynağının gizli tutulmasının bir gereklilik olarak kabul edilebileceğini belirtmekteyse de⁹⁹, bu gerekliliğin sözleşen devletler için bir keyfiyet alanı yaratamayacağını da altını çizmektedir¹⁰⁰.

Adil Yargılanma Hakkı: AİHM'ye göre, 6. md. demokratik toplum yapısının gereklerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesini içermekte olduğundan, adil yargılanma kavramının pratik düşüncelere feda edilmesi ve genel kurallı içeren 1. fıkranın dar yorumlanması mümkün değildir. AİHM anılan sebeplerle 6. md.'yi geniş yorumlama eğilimindedir¹⁰¹. AİHM "medeni hak" kavramını yorumlarken dava konusu hakkın niteliğini incelemekte, kamu hukuku alanına dahil görülen davaların özel hukuk niteliğinin ağır basıp basmadığını tetkik etmektedir¹⁰². "Suç isnadı kavramı" da AİHM tarafından özerk olarak yorumlanmakta ve kavram incelenirken bunun zamanı, şekli ya da suçlamayı yapan makam değil, isnadın içeriği itibariyle (fiilin iç hukuktaki tasnifi, fiilin diğer sözleşen devletlerce kabul olunan niteliği, fiil karşılığı öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı gözetilerek) suçlama sayılıp sayılmayacağı gözönüne alınmakta, sözleşmeci devletin suçlamaya dair sınıflandırması belirleyici sayılmamaktadır¹⁰³.

AİHS md.6/1'in saraheten öngörmüş bulunduğu asal ve kurumsal gerekler şunlardır: yasayla kurulmuş, bağımsız¹⁰⁴ ve tarafsız¹⁰⁵ bir mahkemede yar-

⁹⁸ Labita c. Italie, a.g.k., para. 152-153; Tomasi c. France, a.g.k., para. 84.

⁹⁹ Fox, Campbell et Hartley c. Royaume-Uni, Req. No: 12244/86; 12245/86; 12383/86, 30.08.1990, para. 32-34.

¹⁰⁰ Murray c. Royaume-Uni, Req. No: 14310/88, 28.10.1994, para. 58.

¹⁰¹ 6.md.'nin 2. fıkrasının, masumiyet karinesinin, bu uygulamanın bir istisnasını teşkil ettiği yönündeki görüş için bkz. GOMIEN D./HARRİS D./ZWAACK L., Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany, 1966, s.158.

¹⁰² AİHM'nin "medeni hak" kavramı içerisine soktuğu durumlar ve bunlara dair Mahkeme kararları için bkz. TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O., a.g.e., s.317-322.

¹⁰³ Sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin taraf devletlerin takdirine bırakılması mümkün değildir; bkz. HARRİS D./O'BOYLE M./WARBRİCK C., Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995, s.166.

¹⁰⁴ Bkz. Brudnicka et autres c. Pologne kararı, Req. No: 54723/00,03.03.2005, para.38.

¹⁰⁵ Bkz. Pullar c. Royaume-Uni kararı, 20/1995/526/612, 10.06.96, para.30; Brudnicka et autres c. Pologne, a.g.k., para.39.

gılanma hakkı; makul bir süre içinde yargılanma hakkı¹⁰⁶; hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ve yargılanmanın aleniliğini isteme hakkı¹⁰⁷. Anılan fıkranın ikinci cümlesi uyarınca “genel ahlak, kamu düzeni, ulusal güvenlik, küçüklerin korunması, özel hayatın gizliliği, adaletin selameti” gerektirdiği takdirde ve ölçüde açık duruşma hükmüne istisnalar öngörülebilir.

AİHM, sayılmış bulunan bu hakların yanında, 6. maddenin zımni olarak “mahkemeye başvurma hakkını” da içerdiğini¹⁰⁸ ve davanın hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakkının doğal ve zorunlu neticeleri olan bazı hakların da madde kapsamında olduğunu belirtmiştir. 1. fıkrada yer alan “hakkaniyete uygun yargılanma” tabiri 6. maddenin temelini oluşturmaktadır¹⁰⁹. Ulusal mahkeme kararının adil olup olmadığının tetkikini değil fakat yargılanmanın bir bütün olarak adil olup olmadığının incelenmesini içeren¹¹⁰ bu hakka dair nesnel bir tanım vermiş olmayan AİHM, önüne gelen somut olaylarda adil yargılanmanın sağlanıp sağlanmadığını her olayın kendi şartları çerçevesinde değerlendirmiş ve böylelikle hakkaniyete uygun olarak yargılanmanın zımni gerekleri içtihatlarla vücut bulmuştur. AİHM’ye göre, “silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama¹¹¹ ilkeleri¹¹²”, “duruşmada hazır bulunma¹¹³, susma ve kendini suçlamama hakkı¹¹⁴”, “kararların gerekçeli olması ilkesi¹¹⁵” ve “hukuka

106 Standart bir makul sürenin öngörülmesi olanaksız olduğundan, AİHM, makul sürenin tespitinde pragmatik davranmakta ve her somut olayı kendi koşulları içerisinde, dava konusunun niteliği, yargılama sırasında şikayetçinin ve yargılama makamlarının tutumu kriterlerini gözetenerek incelemektedir; bkz. Erkner et Hofauer c. Australie, 16/1986/114/162, 23.4.1987, para.66.

107 DONAY Süheyl, İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İÜ. Yayınları, İstanbul 1982, s.57.

108 Golder c. Royaume-Uni kararı, Req. No: 4451/70, 21.02.1975, para.34; bu hakkın sınırlandırılmasında aranması gereken orantılılık kriteri için bkz. Ashingdane c. Royaume-Uni kararı, Req. No: 8225/78, 28.05.1985, para.57.

109 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:528, s.290.

110 GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş., a.g.e., No:529, s.291.

111 “Çelişmeli yargılama” ifadesinin tanımı için bkz. KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A., Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Basım, 14. Bası, İstanbul, 2006, No: 3.5, s.40.

112 Bkz. Delcourt c. Belgique kararı, Req. No: 2689/65, 17.01.1970, para.28; Ben Naceur c. France kararı, Req. No: 63879/00, 03.10.2006, para.31.

113 “Duruşmada hazır bulunma hakkı”, dolaylı olarak AİHS md.6/3’ün c, d ve e bentleri hükümlerinde de bulunmaktadır.

114 Bkz. Funke c. France kararı, Req. No: 10588/83, 25.2.1993; van DİJK P./G.J.H. van HOOFF, Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International Press, Hague, London, Boston, 1998, s.436.

115 Bkz. Hadjianastassiou c. Grèce kararı, Req. No: 12945/87, 16.12.1992, para.33.

uygun delillerden yararlanma yükümlülüğü¹¹⁶ “hakkaniyete uygun olarak yargılanma” kavramının içerisinde yer almaktadır.

AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrası ceza yargılamasının temel prensiplerinden masumiyet karinesini düzenlemektedir¹¹⁷. Masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkının, hakkaniyete uygun yargılanma, isnattan etraflıca haberdar edilme, susma, silahların eşitliği gibi diğer unsurlarıyla ve savunma hakkı ile yakından ilgilidir. AİHS md.6/3 ise “her sanık en azından aşağıdaki haklara sahiptir” demek ve sınırlayıcı olmayan bir biçimde¹¹⁸ kimi haklar zikretmek suretiyle 1. fıkra düzenlenmiş bulunan hakkın bazı özel uygulama şekillerini hükme bağlamıştır; zikrolunan bu haklar, esas itibarıyla adil yargılanma hakkının sanık lehine doğurduğu başlıca güvencelerdir.

Görüldüğü üzere, AİHM, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS md. 6'yı oldukça geniş tefsir etmektedir. Burada, 6. maddenin düzenlediği muhtelif haklar çerçevesinde, terörle ilgili vakalarda Mahkemenin tutumunun anlaşılabilmesi için bazı kararları incelemek faydalı olacaktır.

AİHM, İncal Türkiye'ye karşı davasında, DGM'lerin bünyelerinde askeri hakim barındırmaları dolayısıyla bireyler ve özellikle sanıklar nezdinde tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları hususunda kuşku yaratacak objektif sebepler taşıdıklarını, dolayısıyla tarafsız ve bağımsız mahkemeler olmadıklarını belirtmiş, ve bu durumun 6. maddenin ihlalini sonuçladığına hükmetmiştir¹¹⁹. AİHM kararlarına uyum sağlanması amacıyla 18.06.1999 tarih ve 4390 sayılı kanun ile AY'nın 143. maddesi değiştirilmiş ve DGM'lerde askeri hakim bulunmasına dair hüküm kaldırılmıştır. Bu gelişmeyi 1982 AY'sının 143. maddesinin 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunun 9. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılması ve 30.06.2004 tarihli Resmi Gazete ile yürürlüğe giren 5190 sayılı kanunla DGM'lerin kaldırılıp bunların yerine Özel Yetkili

¹¹⁶ Delillerin kabulü ve değerlendirilmesi ulusal mahkemelerin takdirinde olmakla beraber, AİHM, adil yargılanma hakkının muhafazasını sağlamak için bazı temel delil kuralları öngörmüştür; bu kaideler için bkz. HARRİS D.J./O'BOYLE M./WARBRİCK C., a.g.e., s.210-213.

¹¹⁷ Masumiyet karinesinin içeriği hususunda AİHM'nin tutumu için bkz., Minelli c. Suisse kararı, Req. No: 8660/79, 25.03.1983.

¹¹⁸ Bkz. Hadjianastassiou c. Grèce, a.g.k., para.16.

¹¹⁹ İncal c. Turquie, 41/1997/825/1031, 09.06.1998, para.. 65-73; ayrıca bkz. Öcalan c. Turquie, Req. No: 46221/99, 12.03.2003, para. 111-121; Evrim Çiftçi c. Turquie, Req. No: 59640/00, 29.11.2005, para.23,24.

Ağır Ceza Mahkemelerinin ihdas olunması izlemiştir¹²⁰. DGM'ler ile Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri arasındaki benzerlikleri takip etmek bu çalışmanın sınırlarını aşacağından, bu noktada sadece Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri'nin yetki ve görevini, muhakeme usullerini düzenleyen, 5271 sayılı CMK'nın 250-252 maddelerinde yer alan düzenlemelerin "Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama usulleri Hakkında Kanun"da yer alan ve doktrinde tenkit edilegelen düzenlemelere büyük ölçüde benzerlikte olduğunun¹²¹ ve bu benzerliğin Avrupa Birliği nezdinde eleştiri konusu yapıldığının¹²² belirtilmesiyle yetinilecektir.

Öcalan Türkiye'ye karşı davasında, Mahkeme, başvuru sahibinin gözaltında bulunduğu süre zarfında müdafî yardımından yararlandırılmadığını, müdafî ile üçüncü kişilerin duyamayacağı biçimde görüşürülmesinin sağlanmadığını, yargılama sürecinin ileri bir aşamasına kadar müdafilerin dava dosyasını doğrudan incelemelerine izin verilmediğini, bu surette savunma hakkının kısıtlandığını ve 6/1 ile birleşim halinde 6/3 "b" ve "c" bentlerinin ihlal edilmiş olduğunu saptamıştır¹²³.

Brennan Birleşik Krallık'a karşı davasında, başvuran, bir müdafiden yararlanma hakkı (AİHS md. 6/3) özelinde savunma hakkının ihlalini öne sürmüştür. AİHM, olayda, sanığın müdafî ile görüşmesinin ertelenmesinin, suç ortaklarının bilgilendirilmesinin engellenmesi amacını taşıdığından 6. maddeye aykırı olmadığına, fakat müdafinin başvuruyla görüşmelerinin aynı amaç ile daima bir polis gözetiminde yapılmasının adil yargılanma hakkının en temel gereklerinden biri olan savunma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiş-

120 5190 sayılı kanunun geçici 1, 2, 3, 4, ve 5. maddelerinde, DGM'lerde görev yapmakta olan hakimlerin kurulacak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde görev yapmaya başlayacakları; DGM'lerde görülmekte olan davaların kurulacak Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinde görülmeye devam edileceği; DGM'lerin arşiv, kalem, emanet gibi birimlerinin kurulacak bu yeni mahkemelere devredileceği; diğer kanunlarda DGM'lere yapılan atıfların da bu mahkemelere yapılmış olarak kabul edileceği yönünde hükümler bulunması, Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin DGM'lerin devamı oldukları yönünde fikirler ileri sürülmesine yol açmıştır. Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin DGM'lerin isim değiştirmiş halinden ibaret oldukları yönünde görüşler için bkz. YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 10. Bası, Kazancı, İstanbul, 2004, s.822.

121 BALTACI Vahit, Terör Suçları ve Yargılaması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.304.

122 Bkz. BJORNBERG Kjell/RICHMOND Paul, Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, 11-19 Temmuz 2004 ve 13-22 Haziran 2005 tarihli Avrupa Birliği Komisyonu İstisari Ziyaret Raporları, 11.12.2007 erişim tarihi ile <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>.

123 Öcalan c. Turquie, a.g.k., para. 111-121.

tir. Mahkemeye göre, denetim altında yapılan görüşme hukuki desteği büyük ölçüde yetersiz kılar, AİHS'nin amacı ise hakları somut, pratik ve etkin bir biçimde korumaktır; kaldı ki olayda, müdafinin örgüt arasında iletişimi kurmaya eğilimli olduğu ispat edilemediği gibi, gözetmenin olası bir şifreli mesajlaşmayı nasıl anlayabileceği de açıklanmamıştır¹²⁴.

Esas itibarıyla uyuşturucu ticareti ile ilgili bir dava olan Doorson Hollanda'ya karşı davasında, AİHM, AİHS'nin hazırlık soruşturması esnasında gizli muhbir gibi kaynaklardan faydalanılmasını yasaklamadığını, fakat, bu muhbirin ifadesinin yargılamanın ileri aşamalarında hükmü tayin eder biçimde esas alınmasının Sözleşme açısından sorun doğurabileceğini, bu durumda, 6. maddenin, savunma hakkı ve ifade verenlerin menfaatleri dengesi etrafında değerlendirilmesi gerektiğini vazedmiştir¹²⁵. Anılan davada belirtilen yaklaşım, AİHM tarafından Van Mechelen davasında tamamlanmış olup, bu davada Mahkeme, polis olan tanıkların kimliklerinin gizli tutulmasının hem bu kişilerin ve ailelerinin güvenliklerinin sağlanması hem de terörle mücadelenin sürdürülebilmesi açısından gerekli sayılabileceğini ama demokratik bir toplumda savunma hakkını kısıtlayan her düzenlemenin “mutlaka zorunlu” nitelikte olması gerektiğinden gizlilik tedbirlerinin bu eşiği aşmamasının icab ettiğini ve bu önlemlerin, savunma güvenceleri hususunda yaratacakları boşlukları telafi edecek biçimde düzenlenmek zorunda olduklarını söylemiştir. Olayda gizli tutulan tanık ifadeleri hükmün kurulmasında önemli ölçüde belirleyici olduğundan AİHM 6. maddenin ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir¹²⁶.

AİHM, gizli belge, gizli tanık kullanımı konularında somut olayın koşullarına dayanmakta ve tahlilini, adil yargılanma hakkından sapma gösteren her unsurun başka düzenlemelerle telafisini gerektirecek biçimde, kamu yararı ile birey hakları arasındaki denge üzerine bina etmektedir¹²⁷. Özetlemek gerekirse, Mahkeme'ye göre, terörle mücadele amacıyla, muhbirin ya da tanığın kimliği ve delil niteliğindeki belgeler gizli tutulabilmekteyse de, bu gizliliğin silahların eşitliği ilkesi özelinde savunma hakkına verdiği zarar başka düzenlemelerle giderilmelidir; anılan gizlilik dahilindeki ihbar, ifade ya da belgelerin hükme esas teşkil etmesi, arzulanan dengenin kurulamamış olduğunu gösterir.

¹²⁴ Brennan c. Royaume-Uni, Req. No: 39846/98, 16.01.2002, para. 56-63.

¹²⁵ 6. md.'nin doğrudan tanık menfaatlerinden bahsetmekte olmadığına değinen Mahkeme, tanığın Sözleşmenin 2., 5. ve 8. maddeleri açılarından korunmasının söz konusu olabileceğini belirtmiştir, bkz. Doorson c. Pays-Bas, 54/1994/501/583, 26.03.1996, para. 69-70.

¹²⁶ Van Mechelen et autres c. Royaume-Uni, 55/1996/674/861-864, para. 56-65.

¹²⁷ ÖKTEM Emre, a.g.e., s.337.

Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi: Doktrinde adil yargılanma hakkının ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini de kapsayan bir üst kavram olduğu yönünde görüşlere rastlanmakta¹²⁸ ve AİHM, anılan ilkenin AİHS md. 6/2’de düzenlenen masumiyet karinesi içinde kabul edilmesi gerektiğini söylemekteyse de¹²⁹, Mahkemenin doğrudan ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine temas eden bir tavır olmadığı gibi, objektif sorumluluk hallerine dair izlemekte olduğu yaklaşımın yerinde olduğu da söylenemez¹³⁰. Örneğin, “Süretek 1” davasında, “Haberde Yorumda Gerçek” dergisinin sahibi olan başvuru- rucunun dergide yayınlanan iki okuyucu mektubu nedeniyle mahkum edilmesini ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibine aykırı bulmayan Mahkeme, suç teşkil eden mektupların yazarı olmayan başvuru- rucunun, mektuplarda zikredilen görüşleri paylaşmasa dahi derginin sahibi olma sıfatıyla suçun faillerine şiddeti canlandırmak için destek sağlamış olduğunu ve dolaylı olarak faillerin cezai mesuliyetini paylaştığını söylemiştir¹³¹. Başkasının fiilinden dolayı ya da kusuru aranmaksızın cezalandırılan kişinin, hakkaniyete uygun olarak yargılanmış olduğu söylenemeyeceğinden, “Süretek 2”¹³², “Süretek 3”¹³³ ve “Halis Doğan”¹³⁴ kararlarında da aynı yaklaşımı sergileyen AİHM’nin bu görüşüne iştirak etmek mümkün değildir¹³⁵.

128 Bkz. ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler, in Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İÜHF Yayını, İstanbul, 1999, s.663; LEIGH Leonard H., Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.356; ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin, Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s.257; EVİK Vesile Sonay, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.286.

129 A.P., M.P. et T.P. c. Suisse, 71/1996/690/882, 29.08.1997, para. 48; E.L., R.L. et J.O.-L. c. Suisse, 75/1996/694/886, 29.08.1997, para.53

130 Bkz. Salabiaku c. France, 16.7.1987 tarihli Komisyon Raporu, Requête No 10519/83, Yargıç TENEKİDES M.’nin karşı oy yazısı; AİHM’nin ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine ve objektif sorumluluk hallerine yaklaşımının eleştirel bir incelemesi için ayrıca bkz. GÜLFİDAN Osman Serkan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, in GSÜHFD, Sayı: 2/2005, 2007, s.136-140.

131 Süretek c. Turquie (N° 1), Req. No: 26682/95, 8.7.1999, , para.63.

132 Bkz. Süretek c. Turquie (N° 2) kararı, Req. No: 24122/94, 8.7.1999, para.36.

133 Bkz. Süretek c. Turquie (N° 3) kararı, Req. No: 24735/94, 8.7.1999, para.41.

134 Halis doğan c. Turquie, Req. No: 75946/01, 07.02.2006, para.39.

135 Bkz. Süretek c. Turquie (N° 1) , a.g.k., Yargıçlar TULKENS F.,CASADEVALL J., GREVE H.S.’nin ortak karşı oy yazısı ve Süretek c. Turquie (N° 3), a.g.k., Yargıç MARUSTE R.’nin karşı oy yazısı.

Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi: Latince tabiriyle “nullum crimen sine lege” “nulla poena sine lege” şeklinde ifade olunan ve Avrupa hukuk geleneğinin temel ilkeleri arasında görülen¹³⁶ suç ve cezaların kanuniliği ilkesi, AİHS'nin 7. maddesi ile düzenlenmiş olup, sözleşmenin dokunulamaz hakları arasında bulunmaktadır¹³⁷.

AİHM, kanunilik ilkesini hukuk devleti kavramının önemli bir unsuru olarak addetmekte olduğundan, madde hükmünü, amacına göre, keyfi cezalandırmalara karşı etkin bir güvence oluşturacak şekilde yorumlamaktadır¹³⁸. Kanunilik ilkesi mucibince, işlendiği esnada suç teşkil etmeyen bir eylemden ötürü ya da fiil işlendiği esnada o fiile tekabül etmekte olan cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmak mümkün değildir¹³⁹. O halde, suç yalnızca kanun tarafından tanımlanabileceği, ceza sadece kanunla öngörülebileceği gibi, kanunun da, sanığın aleyhine olacak biçimde, örneğin kıyas yoluna gitmek suretiyle uygulanamaz; suç, kanun ile, açık biçimde tanımlanmış olmalıdır¹⁴⁰. AİHM, ilgili hükmün lafzından, hangi eylemin ve ihmalin cezai sorumluluk doğuracağına, gerektiğinde bir mahkeme yorumu yardımıyla anlaşılabilir hallerde, erişilmesi icab eden açıklık sınırına ulaşılmış sayılacağını belirtmektedir¹⁴¹.

Erdoğan ve İnce başvurusunda, Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 8. maddesi ile düzenlenmekte olan “devletin bölünmez bütünlüğü aleyhine propaganda” suçunu işlemekten mahkum olmuş başvurucular, “propaganda” tabirinin kanunun izin verdiği ve yasakladığı davranışların ayırt edilmesini sağlayacak açıklıkta olmadığını ve AİHS'nin 7. maddesi hükmünün ihlal olduğunu iddia etmişlerse de Mahkeme, TMK md. 8'in gerektiğinde hukuکی görüş alınmasından sonra tutumların düzenlenmesini sağlayacak yeterli açıklıkta olduğunu söylemiş ve AİHS md 7'nin ihlal edilmemiş olduğu sonu-

¹³⁶ ÖKTEM Emre, a.g.e., s.346.

¹³⁷ AİHS md. 7/1 madde hükmünün istisnasını teşkil eden 7. maddenin 2. fıkrasında yer alan “Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil ya da ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir” hükmünde geçen “uygar uluslar tarafından tanınma” kriterinin, kültürel ayrımcılığa dayandığı ve 7. maddeyi zayıflatmakta olduğu yönünde isabetli bir görüş için bkz. ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.217.

¹³⁸ Bkz. S. W. c. Royaume-Uni, Req. No: 20166/92, 22.11.1995, para. 34.

¹³⁹ Bkz. Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie, Req. No: 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, para. 36-42; Ecer et Zeyrek c. Turquie, Req. No: 29295/95-29363/95, 27.02.2001, para. 31-37.

¹⁴⁰ E.K. c. Turquie, Req. No: 28496/95, 07.02.2002, para. 51.

¹⁴¹ Kokkinakis c. Grèce, Req. No: 14307/88, 25.05.1993, para.52.

cuna varmıştır¹⁴². E.K. Türkiye'ye karşı davasında AİHM, maddenin düzenleme getirdiği alan sebebiyle sınırları ulusal yargı organlarınca katileştirilecek belli bir yumuşaklığa ihtiyaç duyduğunu; DGM'ye, yorumunda keyfiliğe varacak biçimde takdir alanı bırakmış olmayan TMK md. 8'de mutlak bir kesinlik aranmayacağını ifade etmiştir¹⁴³. AİHM'nin anılan yaklaşımı, kararlarını terör olgusunun siyasi niteliğinden tam olarak soyutlayamadığı durumlara örnek teşkil eder mahiyettedir¹⁴⁴. Belirtmek gerekir ki, başvuruların mahkum edildiği Terörle Mücadele Kanunu'nun 8. maddesi, 15.7.2003 ve 4928 sayılı kanunun 19. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmış olmakla beraber, 29.6.2006 tarih ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesi ile değişik TMK md. 7/2 hükmünün, yürürlükten kaldırılmış bulunan bu düzenlemeyi bir bölümü itibariyle, tekrar ve daha muğlak biçimde kanunlaştırmış olduğu söylenebilir¹⁴⁵.

İfade Özgürlüğü: Buraya kadar incelenen kararlarında kimi zaman terör olgusunun siyasi boyutundan sıyrılmayarak devletlerin takdir haklarını geniş yorumlamış ya da bazı temel ilkelere değinmemeyi yeğlemiş olan AİHM¹⁴⁶, AİHS'nin 10. maddesi mevzûbahis olduğunda ise daha ziyade meselenin hukuki tarafında kalarak somut kriterlere dayanan içtihatlarla bulunmuştur. Gerçekten de, Sözleşmenin temel prensiplerinin tefsirine dair ölçütler koyan davalardan pek çoğu bu madde ile ilgilidir¹⁴⁷. AİHM'nin ifade özgürlüğü hususundaki geniş içtihat birikimi ile ortaya çıkan ilkeler bütünü'nün kurucu kararlarından biri olan Handyside kararına göre: "ifade özgürlüğü, demokratik toplumun başlıca temellerinden ve ilerleme şartlarının

142 Erdoğan et İnce c. Turquie, Req. No: 25067/94, 25068/94, 08.07.1999, para. 58.

143 E.K. c. Turquie, a.g.k., para.52,53.

144 İfade etmek gerekir ki AİHM, Sunday Times davasında bir kanunun kanun vasfı taşıması için ulaşılabilir olmasını ve vatandaşların davranışlarını kendisine göre ayarlamalarını sağlayacak açıklığa sahip olmasını aramıştır, bkz Sunday Times c. Royaume-Uni, Req. No: 6538/74, 26.04.1979, para.49; Mahkeme, Malone davasında ise bir kanunun hukukun üstünlüğünü sağlamaya hizmet etmesi gerektiğini belirterek, iç hukukun, kamu otoritelerinin keyfi davranışlarına karşı bir koruma sağlaması lazım geldiğini ifade etmiştir, bkz. Malone c. Royaume-Uni, Req. No: 8691/79, 02.08.1984, para.67; kanaatimizce "propaganda" tabirinin yer aldığı bahsi geçen düzenleme bu şartları sağlamamaktadır.

145 BAYRAKTAR Köksal, Basın Özgürlüğüne Yeni Sınırlamalara, in Güncel Hukuk, Ağustos, 2006/8, s.7.

146 Öktem'e göre, meselenin siyasi boyutunu görmezden gelmek bile siyasi bir vaziyet almaktır, bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e. s.386.

147 BEŞE Ertan, a.g.e., s.186.

dan birini ve bireylerin gelişim koşullarından birini oluşturur. 2. paragraf hükümleri saklı kalmak üzere, sadece olumlu karşılanan ya da zararsız veya tarafsız sayılan bilgi veya düşünceler için değil, sarsan, şoke eden ve endişelendiren bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu, demokratik toplumun olmazsa olmaz şartını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gereğidir.”¹⁴⁸

AIHS sisteminde ifade özgürlüğü mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilirliği hal ve şartlar 10. maddenin ikinci fıkrasıyla öngörülmüş bulunmaktadır.¹⁴⁹ Her ne kadar AIHS md. 10/2'nin saydığı meşru sınırlama araçları, Sözleşme'deki benzeri diğer maddelerdeki düzenlemelere nazaran daha geniş biçimde ele alınarak yazılmışlarsa da, AIHM ifade özgürlüğüne müdahale olaylarında 8., 9. ve 11. maddede izlediği yöntemi takip etmekte (müdahalenin kanun tarafından öngörülmüş olması¹⁵⁰, maddede belirtilen meşru amaçlardan birine yönelik olması, demokratik bir toplum için zorunlu olması), bununla birlikte sınırlama sebeplerinin dar yorumlanması gerektiğini belirtmektedir¹⁵¹. Mahkeme, demokratik bir toplum için zorunlu olma şartını, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki orantılılığı ve zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kriterini (besoin social impérieux) gözönüne alarak değerlendirmektedir¹⁵². Böylelikle, AIHS md. 10/2'nin sözleşen devletlere tanıdığı takdir hakkı sınırsız olmayıp, mevzuat ve uygulama işlemleriyle beraber, 10. maddeye uygunluk kontrolü yapan AIHM'nin denetimindedir¹⁵³. Denetim

¹⁴⁸ Handyside c. Royaume-Uni, Req. No: 5493/72, 07.12.1976, para.49.

¹⁴⁹ AIHS md. 10/2 hükmü şöyledir: “Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olmaları şartıyla, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün ya da kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlama veya yaptırımlara bağlanabilir.”

¹⁵⁰ AIHM'nin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu tarafından öngörülen tedbirlerin “kanunla öngörülmüş olma” kriterini karşıladığı yönündeki bazı kararları için bkz. Sürek c. Turquie (N° 1), a.g.k., parag.45-46; Özgür Gündem c. Türkiye, Req. No: 23144/93, 16.03.2000, parag.56.

¹⁵¹ Vogt c. Allemagne, 7/1994/454/535, 26.09.1995, para.52; Stoll c. Suisse, Req. No: 69698/1, 25.04.2006, para.52; Boldea c. Roumanie, Req. No: 19997/02, 15.02.2007, para.45.

¹⁵² Sunday Times c. Royaume-Uni, Req. No: 6538/74, 26.04.1979, para.59,62; Öllinger c. Autriche, Req. No: 76900/01, 29.06.2006, para.33; Fazıl Ahmet Tamer c. Turquie, Req. No: 6289/02, 05.12.2006, para.49.

¹⁵³ Vogt c. Allemagne, a.g.k., para.52; Brasilier c. France, Req. No: 71343/01, 11.04.2006, para.31.

yetkisinin uygulanmasında, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam da dahil olmak üzere, davayı bir bütün olarak ele alarak incelemekte olan¹⁵⁴; açıklamayı yapan kişi, açıklamanın yapıldığı ortam¹⁵⁵ ve zaman, açıklamanın içeriği ve yapılaş şekli üzerinde duran AİHM'nin bazı kararlarının incelenmesi, anılan kıstasların somut olaylara tatbiki hususunda bir fikir sahibi olabilmek için yerinde olacaktır.

Evliliyetle, AİHM'ye göre, ifade özgürlüğü konusunda sınır ölçüsünün şiddet çağrısı olduğu; şiddete, silahlı ayaklanmaya ya da başkaldırıya teşvik niteliğinde olan ifadelerin 10. madde koruması dışında kaldıkları söylenmelidir¹⁵⁶. İbrahim Aksoy davasında, AİHM, bir yayın vasıtasıyla resmi olarak tanınmakta olmayan grupların da azınlık olarak tanınmalarını teklif eden bir parti programının açıklanabilmesinin, başkaldırı ve şiddete teşvik etmediği müddetçe demokratik bir düzen için zaruri olduğunu, demokratik sınırlar dahilinde kalınması şartıyla mevcut düzenin sorgulanmasının ve yeni programlar önerilmesinin demokrasinin temelini teşkil ettiğini söylemiştir¹⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki, AİHM, ifade özgürlüğüne karşı yapılan müdahalenin demokratik toplum gerekleriyle uyuşup uyuşmadığını incelerken, ifadede yer alan bazı tabirlerle sonuca varmamakta, verilmek istenen mesajın genel içeriği üzerinde durmaktadır. Erdoğan davasında, ifadenin tarafsız sayılmasa da şiddete yöneltme unsuru taşımadığına karar vermiş olan Mahkeme¹⁵⁸; Ceylan davasında da, içinde "Kürt halkı Türkiye'de baskı altında, öldürülüyor, susturuluyor" benzeri tabirler barındıran ifadenin, sert bir dille yazılmış olmasına rağmen, genel olarak bakıldığında sorunların sebebini açıklamaya çalıştığını söyleyerek olayda 10. maddenin ihlalini belirlemiştir¹⁵⁹. İncal da-

154 Sürek et Özdemir c. Turquie, Req. No: 23927/94, 24277/94, 08.07.1999, para.57; Arslan c. Turquie, Req. No: 23462/94, 08.07.1999, para.44 ; Rizos et Daskas c. Grèce, Req. No: 65545/01, 27.03.2004, para.40.

155 Bkz. Gerger c. Turquie, Req. No: 24919/94, 08.07.1999, para.50, bu kararında Mahkeme, başvuranın mesajının bir anma törenine katılan bir grup insana okunduğu ve bu durumun belirgin bir şekilde "devlet güvenliği", kamu "düzeni" ya da "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkileri kısıtladığı kanaatindedir.

156 BIÇAK Vahit, a.g.m., s.234; Öktem, isabetle, AİHM'nin, şiddete çağrının derecesi için objektif bir kriter kullanması gerektiğini belirttikten sonra, somut bir kıstas olarak "açık ve yakın tehlike" uygulamasını önermektedir, bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e., s.381.

157 İbrahim Aksoy c. Turquie, Req. No: 28635/95, 30171/96, 34535/97, 10.10.2000, para.74-80.

158 Erdoğan c. Turquie, Req. No: 25723/94, 15.06.2000, para.60-73.

159 Ceylan c. Turquie, Req. No: 23556/94, 08.07.1999, para.32-38.

vasına konu edilen ifadede kamu makamlarının belli davranış tarzları karşısında direniş çağrısı yapılmaktaysa da, AİHM, burada bir eleştirinin mevzûubahis olduğunu ve direniş çağrısının şiddet içermediğini ifade ederek, ifade özgürlüğünün cezai müeyyide ile sınırlandırılmasının bu özgürlüğün ihlali olduğunu belirlemiştir¹⁶⁰. Zana davasında ise, başvuruçunun politik kimlik ve bölgesel itibarını¹⁶¹, günlük ve önemli bir gazetede neşrolunan söyleşinin yayımının ülkenin bir bölümünde terör örgütünün sivillere karşı yürüttüğü şiddet eylemlerinin arttığı bir zamana rastlamasını dikkate alan Mahkeme, söz konusu ifadede, yapılanlar katliam olarak değerlendirilmekteyse dahi, terör örgütünün mücadelesinin ulusal bağımsızlık mücadelesi olarak tanımlanmasının şiddeti arttırıcı nitelikte olduğunu, bu sebeple olayda 10. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığını belirtmiştir¹⁶². AİHM, Sürek Türkiye'ye karşı (No 1) davasında da, kullanılan ifade ile devlete karşı şiddete başvurmanın gerekli ve meşru olduğu mesajının verilmiş olduğunu, şiddetin övüldüğünü tespit ederek, ifade özgürlüğünün ihlal olunmadığına karar vermiştir¹⁶³. Hülasa, Mahkeme, kullanılan dilin taraflı, düşmanca olması ya da saldırgan bir üslup taşıması hallerinin, ifadenin şiddete teşvik eder mahiyette olması durumunu doğrudan karşılamadıkları; olayın, ifadeyi çevreleyen koşullarla beraber, bir bütün dahilinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

AİHM, ifade özgürlüğü ve siyaset alakası çerçevesinde tespit etmiş olduğu ilkeleri Castells İspanya'ya karşı davasında somutlaştırmış ve belirginleştirmiştir. Bu davada, Baskların bağımsızlığını savunan ayrılıkçı bir partinin üyesi olan senatörün, Bask bölgesinde gerçekleşen faili meçhul cinayetler hakkında yazdığı bir makalenin yayınlanması üzerine, dokunulmazlığının kaldırılmasından sonra hapis cezasına mahkum edilmesi dava konusu yapılmıştır. Makalede, yazar, işlenen cinayetlerin ve bunları işlediğini düşündüğü örgütlerin listesi vermiş; suçların cezasız kalmasının sebebi olarak da başta örgütleri desteklediğini iddia ettiği hükümeti göstermiş; olaylardan tüm devlet teşkilatının sorumlu olduğunu belirtmiştir. AİHM, ifade özgürlüğünün herkes için önem taşımakla beraber, seçilmiş temsilciler açısından ayrıca ehemmiyetli olduğunu söyleyerek; demokratik bir sistemde, hükümetin eylem ve ihmallerin sadece yasama ve yargının değil, basın ve kamuoyu-

¹⁶⁰ İncal c. Turquie, 41/1997/825/1031, 09.06.1998, para.46-60.

¹⁶¹ AİHM'nin başvuru sahibinin "sıradan" kimliğini dikkate alan bazı kararları için bkz. Arslan c. Turquie, a.g.k., para.48; Polat c. Turquie, Req. No: 23500/94, 08.07.1999, para.47.

¹⁶² Zana c. Turquie, 69/1996/688/880, 25.11.1997, para.52-62.

¹⁶³ Sürek c. Turquie (No 1), a.g.k., para.58-65; bkz. aynı yönde Sürek c. Turquie (No 3), a.g.k., para.37-43.

nun da denetimi altında olması icab ettiğinden, hükümet hakkında yapılacak eleştirilerin sınırının bireylere hatta siyasetçilere yönelecek eleştirilerin sınırlarından daha geniş tutulması gerektiğini; elinde bulundurduğu erk karşısında, hükümetin, haksız eleştirilere cevap vermek için başka araçlara sahip olması durumundayken cezalandırma yoluna başvurmasının orantısız bir müdahale teşkil edeceğini ifade etmiş ve dolayısıyla olayda 10. maddenin ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁴.

Terör ile doğrudan ilgili olmayan Lingens Avustralya'ya karşı davasında, AİHM, Handyside kararına gönderme yaparak, ifade özgürlüğünün sadece zararsız ve tarafsız bilgi ve düşünceleri değil negatif, infial yaratıcı bilgi ve düşünceleri de kapsadığını tekrarlamış; bu ilkelerin kamunun siyasi yaşama katılması için vazgeçilmez bir araç olan basın bakımından daha özel bir önem taşımakta olduğunu, uygulanan yaptırımların basın mensuplarının siyasi tartışmalara katılmasını engelleyecek düzeye gelmesinin demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, olayda uygulanan ceza kanununa göre, iddiasının doğruluğunu ispatlayan gazeteciler mahkumiyetten kurtulabilmekteyseler de, ifade özgürlüğü sahasının değer yargılarına dayanan düşüncelerin hakim olduğu bu kısmında, ispat faaliyetini gerçekleştirmek imkansız olacağından, bunun aranması ifade özgürlüğüne zarar verir niteliktedir; müdahale ile güdülen meşru amaç arasındaki denge kurulamamıştır¹⁶⁵. AİHM ayrıca, haber içeriğinin doğruluğundan kuvvetli biçimde şüphe edilmekteyse bile, bu açıklamanın okuru yanıltma kastı ile yapıldığının kanıtlanamadığı hallerde ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların demokratik toplum gerekleriyle örtüşmediği kanaatinde dir¹⁶⁶.

Sürek ve Özdemir Türkiye'ye karşı davasında, bir terör örgütü lideriyle yapılan mülakatların ve dört yasadışı siyasi örgütün müşterek bildirisinin yayınlandığı derginin en büyük ortağının ve sorumlu yazı işleri müdürünün TMK'nın 6. ve 8. maddeleri uyarınca aldıkları mahkumiyet tartışma konusu yapılmıştır. Demokratik toplumlarda basın özgürlüğünün önemini bir kez daha vurgulayan AİHM, aktarılan görüşün tek taraflı olmasının ya da poli-

¹⁶⁴ Castells c. Espagne, Req. No: 11798/85, 23.04.1992, para.40-50.

¹⁶⁵ Lingens c. Australie, 12/198484131, 08.07.1986, para.34-47; AİHM'nin değer yargıları alanında ispat külfeti aranmasının ifade özgürlüğünü zedeleyeceği yönündeki diğer bazı kararları için bkz. Oberschlick c. Autriche, Req. No: 11662/85, 23.05.1991, para. 63; Thor-geir Thorgeirson c. Íslande, Req. No: 13778/88, 25.06.1992, para.65.

¹⁶⁶ Salov c. Ukraine, Req. No: 65518/01, 06.09.2005, para.104-117.

tik bölünmelere yol açabilecek bir karakter taşımasının, bilgiyi aktarma ve bilgiyi öğrenme haklarının sınırlandırılabilmesi için kafi olmadığını ifade etmiştir¹⁶⁷. Mahkeme'ye göre, halkın olayları değişik bir perspektiften görme hakkı vardır¹⁶⁸. AİHM, birden çok boyutlu olan, kimi müelliflerce genel bir çerçevede Türkiye'nin bir döneminin yargılanması anlamına gelen¹⁶⁹ ve ifade özgürlüğü çerçevesinde sözleşen devletlerin pozitif yükümlülüklerinin (ifade özgürlüğünü sağlama) açık ve net bir biçimde tanımlandığı¹⁷⁰ ilk dava olma özelliğini taşıyan Özgür Gündem davasında da, yasaklanmış bir örgütün üyesinin yaptığı örgütsel açıklamaların ya da bu kişiyle yapılan mülakatların yayımlanmasının, tek başına ifade özgürlüğünü sınırlamak için yeterli bir sebep olmadığını tespit etmiştir¹⁷¹.

Sürekle Türkiye'ye karşı (No 2) davasında, bir grup eski milletvekilinin, terör olaylarının yaşanmakta olduğu bir bölgeye yaptıkları ziyaret esnasında düzenlemiş buldukları basın toplantısında vermiş oldukları bilgilerin dergisinde aktarılması sebebiyle, haftalık bir derginin sahibinin, terörle mücadelede yetkili görevlilerin isimlerinin ifşa edilmesi ve bu şahısların terör faaliyetlerine hedef olarak gösterilmesi eylemleriyle suçlanması ve para cezasına çarptırılması (3713 sayılı TMK md.6) başvuru konusu yapılmıştır. AİHM, somut olayla ilgili olarak yerleşikleşmiş değerlendirmesini yapmış, müdahalenin bir kanun ile öngörülmüş bulunduğunu ve terörle mücadelede görevli kamu görevlilerinin terör saldırılarına hedef olmalarının önlenmesi için önlem almanın Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında meşru amaçlar olan toprak bütünlüğü ve başkalarının haklarının korunması adına uygulanmış olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir¹⁷². Hassasiyet arzeden sorun, öngörü-

167 Sürek et Özdemir c. Turquie, a.g.k., para.57-64; Belirtmek gerekir ki, Zana Türkiye'ye karşı davasının 58. paragrafında PKK'yi sarahaten bir terör örgütü olarak tanımlamış olan Mahkeme ("organisation terroriste"), Sürek ve Özdemir Türkiye'ye karşı davasında ise 61. paragrafta, PKK yandaşlarını "resmi politikaya karşı muhalefetin canlı kuvvetleri" ("les forces vives de l'opposition à la politique officielle") biçiminde nitelendirmek suretiyle PKK'yi Türk siyasi yaşamının bir ögesi olarak değerlendirmiştir, bu çelişkinin eleştirel bir tahlili için bkz. CANKAYA Ö./BATUR YAMANER M., Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.86.

168 Sürek c. Turquie (No 4), Req. No: 24762/94, 08.07.1999, para.58.

169 ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.255.

170 Özgür Gündem c. Türkiye, a.g.k., para.42-46; ayrıca bkz. Fuentes Bobo c. Espagne, Req. No: 39293/98, 29.02.2000, para.38; Appleby et autres c. Royaume-Uni, Req. No: 44306/98, 06.03.2003, para.39.

171 Özgür Gündem c. Türkiye, a.g.k., para.63.

172 Sürek c. Turquie (No 2), Req. No: 24122/94, 08.07.1999, para.24-29.

len müdahalenin demokratik toplum gerekleriyle uyuşup uyuşmadığı noktasında düğümlenmektedir. Mahkeme, yanlış davranış tarzları topluma iletilen kamu görevlilerinin, anılan haber dolayısıyla, güçlü bir kamu saygısızlığına maruz kalabileceklerini kabul etmekle beraber; haberde yer alan bilgilerin bir emniyet müdürü ve bir jandarma komutanının söylediklerinin aktarılması olduğunu ve yetkilerin kötüye kullanılması durumunda, toplumun kötüye kullanılan yetkinin içeriğiyle beraber, yetkilerini kötüye kullanan kişilerin ismini de bilme meşru hakkını haiz olduğunu, fakat ilgili Türk kanunları kapsamında gerçeğin ve kamu yararının savunulmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir¹⁷³. Ayrıca, Mahkeme'ye göre, haber, haklarında bir soruşturma ya da kovuşturma olduğu yönünde bir veri bulunmayan başka gazetelerde de yer almış olduğundan, ilgili yetkililerin kimliklerinin korunmasına ilişkin amaç, önemli ölçüde ortadan kalkmış ve sınırlamanın engellemeyi amaçladığı zarar vuku bulmuş durumdadır. Bu gerekçeler ışığında, AİHM, basın özgürlüğünün müdafa edilmesi ile söz konusu kamu görevlilerinin kimliklerinin korunması arasında adil bir denge olmadığından, şikayet konusu müdahalenin ilgili meşru amaçlar ile orantısız olduğuna, müdahalenin demokratik toplum gerekleriyle örtüşmediğine hükmetmiştir¹⁷⁴.

AİHM içtihatları uyarınca akademik ve sanatsal düşünceler de ifade özgürlüğü kapsamında imtiyazlı alanlara sahiptir. Başkaya ve Okçuoğlu Türkiye'ye karşı davasında Mahkeme, "Kürdistan", "Türk istilası" gibi ifadeler içeren kitaptaki bazı değerlendirmelerin sert olduğunu kabul etmekle birlikte, bunların akademik bir çalışmada dile getirilmiş olduklarını ve şiddete teşvikin mevzûbahis olmadığını, buna karşılık verilen cezanın ağırlığı sebebiyle de araç-amaç orantısının kurulamamış olduğunu ifade etmiştir¹⁷⁵. Karataş davasında, AİHM, kitaptaki bazı bölümlerin saldırgan nitelikte olmasına ve şiddet çağrısı içermesine rağmen, fikirlerin sanatsal mahiyette aktarıldığını, aktarımda seçilen aracın görüşlerin etki alanını azalttığını, buna mukabil verilen cezanın oldukça ağır olması sebebiyle 10. maddenin ihlal olduğunu tespit etmiştir¹⁷⁶. Arslan Türkiye'ye karşı davasında, Mahkeme, yazarının TMK md.8 mucibince yargılanıp cezanlandırılmasına yol açan "Yas

173 Sürek c. Turquie (No 2), a.g.k., para.37-39.

174 Sürek c. Turquie (No 2), a.g.k., para.42; terörizmle mücadelede katılan görevlilerin kimliklerinin açıklanması hakkında aynı yönde bir karar için ayrıca bkz. Özgür Gündem c. Türkiye, a.g.k., para.66-68.

175 Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie, Req. No: 23536/94, 24408/94, 08.07.1999, para.61-67.

176 Karataş c. Turquie, Req. No: 23168/94, 08.06.1999, para.48-54; Bu karara dair bazı eleştiriler için bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e. s.380, 381; CANKAYA Ö./BATUR YAMANER M., a.g.e., s.99.

Tutan Tarih, 33 Kurşun” adlı kitapta, tarihi gerçekler taraflı bir biçimde aktarılmış olsa da, bunların medyada değil, edebi bir eserde ifade edilmiş olmaları üzerinde durmuş, bu sebeple etki çevresinin azaldığını ifade etmiş ve kullanılan ifadelerin, düşmanca olsalar da, şiddete, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya teşvik eder mahiyette olmadıklarını belirtmiştir¹⁷⁷.

III. DEMOKRATİK TOPLUM GEREKLERİ VE İNSAN HAKLARI KARŞISINDA 5532 SAYILI KANUNLA DEĞİŞİK 3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU

1. Genel Olarak

Türk Hukuk düzeninde, terör eylemleri hakkında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) özellikle, devletin şahsiyetine karşı cürümler babında yer alan düzenlemeleri uygulama alanı bulagelmiş iseler de, mevzuatımızda terör kavramına doğrudan eğilen ilk kanun 12.04.1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'dur (R.G., 12.04.1991/ 20843). Doktrinde ağır eleştirilere uğramış, muhtelif hükümleri Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından iptal edilmiş ve bazı maddelerinde değişikliklere gidilmiş olan bu kanunda, 29.06.2006 tarihli ve 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (R.G., 18.07.2006/26232) ile de birtakım değişiklikler yapılmıştır. Burada, 5532 sayılı kanunun, aynı 3713 sayılı kanun gibi¹⁷⁸, son derece hızlı bir yasama faaliyetinin sonucu olduğunu ifade etmek iktiza eder¹⁷⁹; ne var ki, maddi ceza hukuku, ceza yargılaması hukuku, basın hukuku açılarından özgürlükleri kısıtlar nitelikte önemli yenilikler doğuran bu kanunlar hakkındaki yasama politikasının irdelenmesi bu çalışmanın kapsamı dahilinde değildir. İncelememizin bundan sonraki kısmında, 5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun, yukarıda bahsedilen AİHM içtihatlarıyla ve “suç ve cezaların kanuniliği”, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” gibi demokratik toplum gerekleriyle uyuşmakta olup olmadığı irdelenecek; kanunun, bireyi temel alan, modern insan hakları anlayışı karşısında tetkikinin yapılmasına çalışılacaktır.

¹⁷⁷ Arslan c. Turquie, Req. No: 23462/94, 08.06.1999, para.44-50; AİHM'nin bu kararını Mahkeme'nin tarihi gerçeklerin taraflı olarak dile getirilmesine cevaz verdiği şeklinde yorumlayan bir görüş için bkz. BIÇAK Vahit, a.g.m., s.238; bu karar hakkındaki eleştiriler için bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e. s.378.

¹⁷⁸ Bkz. KUZU Burhan, Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı, in Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İÜHFY, İstanbul, 1995, s.319.

¹⁷⁹ Bkz. Bayraktar Köksal, a.g.m., s.6.

Tekrarlamak gerekir ki, terör eylemleri demokratik yapıların temelini tehdit eden fiiller olduklarından bunlarla mücadele bir zarurettir; terörle mücadele amacıyla bazı temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ise ancak çağdaş demokrasi anlayışının öngördüğü limitlere uyumlu oldukları ölçüde demokrasinin korunması amacıyla hizmet edebilirler; aksi yönde bir tutum, anılan önlemlerle demokrasinin tahrip edilmesini sonuçlar ve terörizmin yaratacağı neticelerle paralellik arzeder¹⁸⁰. Suçları ne olursa olsun suçluların da hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı demokratik bir rejimin ve hukuk devleti prensibinin güvencelerinden yararlanmaları gerektiğinden kuşku duyulamaz¹⁸¹; kaldı ki otoriter bir bakış açısıyla, demokrasinin ve ceza hukukunun ulaştıkları güncel aşamalar dikkate alınmadan hazırlanan düzenlemelerle, ceza sorumluluğu kurallarının çiğnenmesi, terör suçlarının kapsamalarının genişletilmesi, suçlu-suçsuz ayrımını gözetmeyi imkansız kılacaktır; kanunların bireylerin davranış tarzlarını düzenlemelerini sağlayacak açıklıkta ve kesinlikte bulunmaması, kişilerin her an özgürlüklerinden şüphe duydukları ve bu sebeple demokrasi olarak adlandırılmayacak bir rejimi doğurur¹⁸². Bu sebeplerle, savunageldiğimiz düşüncelerin, terörizm karşısında toplumun müdafa araçlarına sahip olmamasını sağlamak amacıyla insan hakları kisvesine bürünmüş mülahazalar olduklarını söylemeye¹⁸³ imkan yoktur; bilakis, arzulanan, devletin terörle mücadele bahanesiyle, bireyi, temel hak ve özgürlüklerinden yoksun bırakmamasıdır¹⁸⁴.

Bu noktada 1982 Anayasası'nın 13. maddesinin zikredilmesi yerinde olacaktır, bu madde hükmüne göre: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." Anayasa Mahkemesi'ne göre, güdülen amaç ne olursa olsun, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını tümüyle orta-

180 Konuya güvenlik birimleri özelinde değinerek, terörle mücadelede güvenlik kuvvetlerinin en büyük yanlışlığının teröriste benzeme alışkanlığı olduğunu zikreden bir görüş için bkz. BAL İhsan, Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komploların Teorileri, USAK Yayınları, Ankara, 2006, s.20.

181 ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.398.

182 Demokrasi, bireyin kendisini özgür hissetmesini sağlayacak maddi ve manevi şartları oluşturmayı amaçlayan bir hürriyet rejimidir, bkz. dip n. 53; Demokrasinin bir şekil değil içerik sorunu olduğu yönünde bkz. TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Basım, 5. Bası, İstanbul, 1998, s.142, dip n. 21.

183 Bu yönde bir görüş için bkz. DÖNMEZER Sulhi, Milletlerarası Tedhişçilik, a.g.m., s.62.

184 Bkz. ÖZEK Çetin, Terör ve "Terörle Mücadele Kanunu", a.g.m., s.362.

dan kaldıracak düzey ve ağırlıkta olamayacağı gibi¹⁸⁵, “demokratik toplum düzeni gerekleri” ifadesi de sadece 1982 Anayasası’nın kapsadığı hukuk düzenini kastetmemekte, demokrasilerin genel ve evrensel niteliklerini anlatmaktadır¹⁸⁶. Keza savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını milletlerarası huktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmama şartı ile kayıtlayan Anayasa’nın 15. md.’si de uluslararası hukukun genel ilkelerine atıfta bulunmakta ve uluslararası hukuka açıklığı vurgulamaktadır¹⁸⁷. Şu halde, TMK sorunlarının ana eksenini, bu kanunda yer alan hükümlerin, soyut bir demokrasi anlayışı karşısındaki durumlarının incelenmesiyle değil, fakat, Anayasa’nın ilgili maddelerine ve çağdaş ilkeler ile vücut kazanan demokratik toplum gereklerine uyup uymadıklarının araştırılmasıyla açıklığa kavuşacaktır.

Konuyu kanun maddeleri bazında ele almadan evvel belirtmek gerekir ki, 3713 sayılı kanunun genel gerekçesinden bir bölümü aktarmak yasa koyucunun olaya yaklaşım tarzının anlaşılmasını sağlayabilir: “Ülkeler, yönetimler, demokrasinin kurallarına göre değerlendirilmekte, buna karşılık terörizm hiç bir kural tanımaksızın faaliyet göstermektedir. İnsanlık dışı, kural dışı, hukuk dışı eylem, ideoloji ile şartlanmıştır. Kanuni ve ideolojik açıdan mahkum edilmesi gereken terörün, ayrıca pratik olarak mahkum edilmesi, barış içinde birarada kendi anayasal sınırları doğrultusunda yaşayarak Dünya insanların terörün yaşatacağı acıyı çekmemeleri için zaruridir”¹⁸⁸. Terörle mücadele sahasında demokratik kaideler içinde kalınması zarureti ni şikayet eder görünen bir anlayış doğrultusunda hazırlanmış olan¹⁸⁹ 3713 sayılı TMK’da değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısının genel gerekçesinde¹⁹⁰ de hukuk devleti esasına dayalı toplum düzenleri için en büyük tehlikeyi oluşturdukları söylenen terör eylemlerinin insan hakları konusunda yarattıkları ihlaller vurgulanmış ve terörün bugün eskiye nazaran daha tehlikeli bir hal aldığı belirtilmiş olup, terörle mücadelede bağlı kalınması gereken sınırlarla ilgili tek bir satıra dahi yer verilmemiş olması aynı telakkinin sürdüğünü gösterir mahiyettedir.

185 Bkz. AYM’nin E. 1989/6, K. 1989/42 sayı ve 07.11.1989 tarihli kararı.

186 Bkz. AYM’nin E. 1985/8, K. 1986/27 sayı ve 26.11.1986 tarihli kararı.

187 TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, 2002, İstanbul, s.158, 489-490.

188 R.G., 12.04.1991/20843 Mükerrer.

189 Bkz. ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.352,353.

190 Söz konusu Genel Gerekçe Metni için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222.

2. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, TMK 1. Madde ve Terör Tanımı

5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın "terör tanımı" başlığını taşıyan madde hükmü şöyledir: "Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

İfade etmek gerekir ki, her ne kadar metnin ifadesinden, bu hüküm ile terör suçunun tanımının yapıldığı ve hükmün bir torba hüküm niteliği taşıdığı anlamı çıkartılabilir¹⁹¹ ise de, bahsi geçen tanım bir suç tanımı olmayıp, TMK kapsamındaki suçlara terör vasfını veren öğeleri açıklayıcı mahiyettedir (amaç, araç ve örgüt unsurları)¹⁹². AYM de, "her türlü eylem" ibaresinin genel bir anlatım tarzı olduğunu ve terör suçunun işlenmesinin TMK md. 4 ve md. 7'deki unsurların da tamam olmasına bağlı olduğunu söylemiştir¹⁹³.

Ne var ki, TMK md. 1'de vazolunan amaçlar, TMK md.4 ve md.7'nin yollarılarıyla bu maddelerde sayılan suçların da unsurunu oluşturmakta olduklarından, 1. maddenin kanunilik prensibini karşılayacak nitelikte olması gerekir. AYM'nin anılan kararında belirttiğinin aksine, 1. maddede yer alan "baskı", "korkutma", "yıldırma", "sindirme" ifadeleri; "devlet otoritesini zaafa uğratmak", "genel sağlığı bozmak", "kamu düzeni" tabirleri suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal eder mahiyettedir¹⁹⁴. Zira, evvela, Ceza Hukuku alanında, cebir teknik bir terim olarak maddi cebiri (şiddet) ve manevi cebiri (tehdit) kapsar; TMK md. 1'de ise cebir ve şiddet araç olarak, tehdit ise

¹⁹¹ Bu yönde görüşler için bkz. ERMAN Sahir, Terörle Mücadele Kanunu'nun Kanun Yapma Tekniği ve Eşitlik İlkeleri Açısından İncelenmesi, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991, s.415; KUZU Burhan, a.g.m., s.320.

¹⁹² ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.119, 120.

¹⁹³ E. 1991/18, K. 1992/20, T. 31.03.1992 (R.G., 27.01.1993/21478 Mükerrer).

¹⁹⁴ SAV Önder, İnsan haklarına ve Hukukun Üstünlüğüne Saygı ve Terörle Mücadele Kanunu, in Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991, Sayı: 2, s.180; ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s. 122; TOROSLU Nevzat, Terörle Mücadele Kanunu, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991, s.390, 391.

yöntem olarak ayrı ayrı sayılmış olup, gereksiz bir tekrara gidilmiştir¹⁹⁵; araç ile yöntem arasında ne fark olduğu ise açık değildir. Bu noktada, kanunun kazuist tavrı daha birinci madde ile ortaya çıkmaktadır. Terör tanımını olabildiğince geniş tutmaya çalışmış olan kanun koyucunun herhangi bir olası fiili tanım dışında bırakmaktan imtina etmiş olduğu söylenebilir. Öte yandan, kavramların yinelenmeleri ve birbirlerinin yerine kullanılmaları suretiyle terör tanımının genişletilmesi, doğrudan bunun muğlaklaştırılması ve düzenlemenin AY'nın 38. maddesi ile düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırı düşmesini sonuçlamaktadır.

Daha önce vermiş olduğumuz terör tanımını tekrarlamak gerekirse, terörün aracı cebir, amacı da devlet düzeninin yıkılması ve değiştirilmesidir; bu itibarla, madde hükmünde yöntem olarak sayılan baskı, yıldırma, korku ve sindirme faaliyetlerinin birer usul sayılmayacakları, bunların, ancak terör eyleminin toplumda yarattığı sonuçlar oldukları açıkça görüldüğü gibi, madde metninde terörün amaçları sayılırken de içine oldukça fazla unsurun katılmasına dikkat edildiği anlaşılır. Bir kere, her suç devlet otoritesini zaafa uğratar ve kamu düzenini bozar, bu noktada kanun, adi suç ile terör suçunun yaratacakları sonuçlar arasında bir derece farkı gözetmemiştir; “genel sağlığı bozmak” ifadesi ile neyin kastedildiği de sarıh değildir¹⁹⁶; ayrıca bunlar başlıbaşına terör suçunun amaçları olmayıp, ancak siyasal sistemi değiştirme amacının aracı olarak bu yollara başvurulduğunda terör suçu teşkil edebilecek eylem neticeleridir¹⁹⁷.

Terörün tanımını veren TMK md.1'in bu derece müphem olması, doktrinde, TMK'nın “kanun” olduğunun şüpheli olduğu yönünde görüşlerin ileri sürülmesine dahi yol açmıştır¹⁹⁸. İfade etmek gerekir ki, madde metninin 10.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunla¹⁹⁹ değişik hali (ki 2006 değişikliklerinde korunmuştur) ilk haline nazaran daha açık ve kesin değildir. Değişiklikten evvel “baskı, cebir ve şiddet, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit” terör eylemlerinde kullanılacak yöntemler olarak sayılmışken, değişiklikten sonra “cebir ve şiddet” araç olarak, “baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit” ise yöntem olarak kabul olunmuştur. Buradan hareketle, ilk

195 ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.399.

196 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.122.

197 Bkz. ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.365.

198 ÇAĞLAR Bakır, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991, s.420,421.

199 R.G., 19.07.2003/25173.

bakışta, kanunun uygulama sahasının daraltılmakta olduğu, zira bir eylemin terör eylemi sayılabilmesi için artık sayılan her iki unsuru da taşıması gerekeceği söylenebilirse de, yöntem ile aracın nasıl ayrıştırılacağı belli olmadığından²⁰⁰, madde metnine yeni bir belirsizlik unsuru eklendiği ve bu nedenle, kanunun uygulama sahasının netleştirilip, daraltılması şöyle dursun genişletilmiş olduğu belirtilmelidir. Anılan sebeplerle, “yöntem” sözcüğünün, “şiddet” kavramına, kitleleri hedef alması, belli bir yoğunluğa ulaşması gerekliliği katan bir kavram olarak kullanıldığı ve bir belirsizlik doğurmakta olmadığı yönündeki görüşlerde isabet yoktur²⁰¹.

Durumun ciddiyetini bir örnek ile izah etmek gerekirse, TMK'nın mevcut düzenlemeleri uyarınca, bir spor takımının holigan taraftar grubunun üyelerinin dahi terör eylemi faili sayılabilecekleri belirtilmelidir. “Terör Amacı İle İşlenen Suçlar” başlıklı TMK'nın 4. maddesi mucibince, maddede belirtilen suçlar bir terör örgütü faaliyeti çerçevesinde ve 1. madde de belirtilen amaçlar doğrultusunda işlendiklerinde terör suçu sayılırlar. Şu halde, bünyesinde kesici, delici aletler ya da saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmamakla beraber fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler bulunduran (TMK md. 7 yollamasıyla 5237 sayılı TCK md. 314 ve TCK md. 314 yollamasıyla TCK md.6), üç kişiden müteşekkil bir taraftar grubu (TMK md. 7 yollamasıyla 5237 sayılı TCK md. 314 ve TCK md. 314 yollamasıyla TCK md.220), örneğin bir müsabakadan sonra rakip takım taraftarlarının staddan çıkmalarını engeller ve TCK md. 109'da düzenlenen suçu işler ise (Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma) ya da sıklıkla rastlandığı üzere kişilerde korku veya panik yaratacak tarzda tribünlerde yangın çıkarırsa (TCK md. 170-Genel Güvenliğin kasten Tehlikeye Sokulması), bu eylemlerde, rakip takımın taraftarları üzerinde bir hakimiyet kurmak için kullandığı yöntem, baskı, korkutma, yıldırma, sindirme ya da tehdit yöntemlerinden biri olduğuna ve eylemlerin amacı da diğer takım taraftarlarına kendi gücünü kanıtlamak için devlet otoritesini sarsmak, kamu düzenini bozmak amaçlarıyla örtüştüğüne göre, holigan grubun üyelerinin eylemleri terör suçu teşkil edecek, bu kişilerin alacakları cezalar TMK md. 5 uyarınca arttırılacak ve ayrıca bu failer TMK md. 7 mucibince terör örgütü üyesi olmaktan ötürü TCK md. 314 hükmüne

200 Kullanılan kavramlarla, “araç” ve “aracın kullanılması halinde doğması gereken ortam” kriterlerinin ifade edilmek istendiği, fakat maddenin dil bilgisi açısından doğru kaleme alınmamış olmasından dolayı, bu kriterlerin birbirlerinden ayırlanmamış oldukları yönündeki bir görüş için bkz. ZAFER Hamide, a.g.m., s.30.

201 AYM bu doğrultudaki görüşüyle maddenin yasallık ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir, bkz. E. 1991/18, K. 1992/20, T. 31.03.1992 (R.G., 27.01.1993/21478 Mükerrer).

göre de cezalandırılacaklardır. Üstelik, TMK'nın 2. maddesine göre, anılan taraftar grubunun üyesi olup, mesela olayların yaşandığı gün maça gelmemiş, işlenen suça iştirak etmemiş kişiler dahi terör suçlusu addolunacakları (ve TMK md. 7 mucibince cezalandırılacakları) gibi, grubun üyesi olmamakla beraber grup adına suç işleyenler de örgüt mensubu gibi cezalandırılacaklardır. Dahası, bahsi geçen grup, TMK düzenlemeleri karşısında terör örgütü olarak kabul edilebildiğine göre, söz gelişi, bu grubun üyesi ya da destekçisi olduğunu belli eder şekilde, slogan atan, gruba ait amblem ve işaret taşıyan (örneğin bir flama veya bayrak) ya da bunları üzerinde bulunduran üniforma giyen kişi de TMK md.7/2 maddesi hükmü ile düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapma suçunu işlemiş olacaktır.

Bahis konusu edilen holigan gruplarının işlediği eylemlerin suç oluşturduğu aşikar olmakla beraber, bunların terör suçu sayılmasına neden olacak genişlik ve muğlaklığı haiz düzenlemeler yapılması, bahsi geçen suçlarla mücadele edilmesini sağlayamayacağı gibi, terör kavramı hususunda bir kavram kargaşası yaratmak suretiyle, terörle mücadeleden beklenen yararı da sonuçlamaz. Anılan örnek çerçevesinde, terörü tanımlayan ve amaçlar hususunda da terör suçlarının unsurunu oluşturan TMK'nın 1. maddesinin taşıdığı belirsizliğin yarattığı sakıncaların vehameti ortadadır.

Mukayeseli hukuk incelendiğinde, örneğin Fransız mevzuatında bir terör tanımının verilmiş olmadığı; Fransız Ceza Kanunu'nun IV. Kitabının II. Bap 1. Faslı'nın 421-1 maddesinde, sayılan suçların, terör ya da tehdit aracılığıyla ve kamu düzenini **önemli ölçüde** sarsmak amacıyla işlenmesi halinde, terör eylemi sayılacaklarının belirtildiği görülmektedir²⁰². Dikkat çekici olan husus, TCK'nın aksine Fransız Ceza Kanunu'nda, kamuda derin etki yaratma amacının terör eylemlerinin ayırıcı subjektif bir unsuru olarak ele alınmış olmasıdır²⁰³. İngiliz Hukukunda ise terörizm "Terorism Act 2000" in 1. kısmının 1. maddesi ile tanımlanmıştır. 2000 tarihli Terörizm Kanunu, terörizm kavramının oluşumu için üç şartın birlikte gerçekleşmesini aramaktadır: 1-söz konusu eylem listede yer alanlardan biri olmalıdır; 2-

²⁰² Belirtmek gerekir ki, Fransız Hukukuna göre, "örgüt" ve "siyasal amaç", terör suçunun unsurları arasında sayılmamaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nun 421-1. maddesinin ilk fıkrası şöyledir: "Bireysel ya da toplu bir girişimle kasıtlı bir biçimde ilişkili olmaları halinde, kamu düzenini tehdit ya da terör yoluyla ağır biçimde bozma amacı güden aşağıdaki suçlar terör eylemi sayılırlar." Bu itibarla Fransız Hukuku'nun terör suçlarına yaklaşımı eleştiriye müsaittir.

²⁰³ ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.42.

söz konusu eylem, hükümeti etkilemeyi ya da kamuyu veya kamunun bir kısmını sindirmeyi hedeflemelidir; kanunun md. 1/4 hükmüne göre listede sayılan eylemlerden herhangi biri silah ya da patlayıcı kullanılarak gerçekleştirilirse bu şart aranmaz (böylelikle bu hallerde 2. şartın gerçekleştiği kabul edilmektedir); 3-söz konusu eylem, siyasi, dini veya ideolojik sebeplerle yapılmış olmalıdır. Görüldüğü üzere, bu tanım çerçevesinde, düzenlemenin terör suçu oluşturup oluşturmadığının, torba hüküm niteliğinde olup olmadığının tartışılmasına imkan olmadığı gibi, terör niteliğinde sayılacak eylemlerin çerçevesi de TMK'ya göre daha net ve keskin hatlarla belirlenmiştir.

Belirtmek gerekir ki, durum bu minvalde olmakla birlikte, doktrinde, TMK'nın 1. maddesindeki tanımın çok dar ve kısıtlayıcı olduğu da savunulmuştur²⁰⁴. Gerçekten de terör eylemini, "sayılan suçlardan olmak üzere, niteliği ya da genel koşulları itibariyle **bir ülkeye veya uluslararası bir organizasyona** ağır bir zarar verebilen ve bir topluluğu ciddi biçimde yıldırma veya hukuka aykırı olarak **kamusal merciileri yahut uluslararası bir organizasyonu** belli bir yönde davranmaya ya da davranmamaya sevk etmek, temel siyasi, anayasal, ekonomik yapıları ağır biçimde tahrip etmek veya istikrarlarını bozmak amacıyla kasten işlenen suçlar" şeklinde tanımlayan Belçika Ceza Kanununun 137. maddesi karşısında TMK'nın milletlerarası terörizmi dikkate aldığını söylemek zorlaşmaktadır²⁰⁵. Ne var ki, yukarıda bahsettiğimiz hususlarda oldukça müphem ve geniş ifadeler kullanmış olan TMK'nın, terörü tanımlarken bazı hayati noktaları eksik bırakmış olduğu söylenebilir de, buradan tanımın sınırlayıcı olduğu sonucuna varmak mümkün değildir; o halde, TMK 1. md. düzenlemesi şu sıfatlarla betimlenebilir: muğlak, geniş ve eksik. Sadece bu tasvir bile, başlı başına, düzenlemenin kesinlikten ve açıklıktan uzak olduğunun kanıtıdır.

Son tahlilde, terörün tanımı, bir liste halinde sayılacak terör suçlarının oluşmasını sağlayacak unsurları da ihtiva ettiğinden, bunun kati ve hiçbir karışıklığa mahal vermeyecek şekilde yapılması, özellikle "kanunu bilememek mazeret sayılmaz" kuralı karşısında bir zaruret olup, en az listenin içereceği suçların tayin edilmesi kadar önemli bir faaliyettir²⁰⁶. Kanun yapma tek-

²⁰⁴ Bkz. 10.12.2005 tarihli Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, konuşmacı: Ümit Kocasakal, s.15.

²⁰⁵ Bkz. Ibid. s.16; aynı yönde bkz. ÖZGENÇ İzzet, Terörle Mücadele Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s.23.

²⁰⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.03.2003 tarih ve E. 9-39, K.32 sayılı kararında, terör suçlarının tespitinde TMK md. 1'in yaptığı terör tanımının dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

niğinden, bir ceza kanununda muğlak, müphem, çelişkili hükümler bulunmaması, lüzumsuz tekrarlardan kaçınılması gerekliliği ve kanunun ortalama bir kültür seviyesini haiz herkes tarafından anlaşılabilir bir dille yazılması mecburiyeti anlaşılması icab ettiğinden²⁰⁷ TMK'nın bu konuda sorunlar barındıran bir düzenleme olduğu açıktır.

3. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve TMK'da Sayılan Terör Suçları

A) Mutlak Terör Suçları

5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın mutlak terör suçlarını düzenleyen, "Terör Suçları" başlıklı 3. maddesi şu şekildedir: "26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320'nci maddeleri ile 310'uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

Düzenlemeden anlaşılabilmesi gibi, madde metninde sayılan suçların işlenmesi halinde bunlar, TMK md.1'in terör tanımlamasından bağımsız olarak terör suçu olarak kabul edilmişlerdir. Bu durumda, 5237 sayılı TCK'nın 302. maddesinde düzenlenen "devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma", 307. maddesinde düzenlenen "askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma", TCK 309. maddedeki "Anayasayı ihlal", 310. maddenin 1. fıkrasındaki "Cumhurbaşkanına suikast", 311. maddedeki "yasama organını ortadan kaldırmaya ya da görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs", 312. maddedeki "Hükümeti ortadan kaldırmaya ya da görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs", 313. maddedeki "Türkiye Cumhuriyeti Hükümetine karşı silahlı isyanı idare, buna katılma ya da tahrik", 314. maddedeki "silahlı örgüt kurmak, yönetmek veya üye olmak", 315. maddedeki "silah sağlama" ve 320. maddedeki "yabancı hizmetine asker yazma, yazılma" suçları, TMK'nın 1. maddesinde sayılan amaç, araç ve örgüt unsurlarını taşımasalar da terör suçlarıdır.

İfade etmek gerekir ki, sayılan suçlardan bazılarının, örneğin "cumhurbaşkanına suikast" suçunun bir örgüt tarafından işlenmemesi fakat buna rağmen demokratik düzenin yıkılmasına yol açması olasıdır, örgüt faaliyeti aranmaksızın bu suçun terör suçu sayılması tamamıyla ceza politikasına dayanan bir tercihtir. Madde hükmünde yer alan "askeri tesisleri tahrip", "yasama organı-

²⁰⁷ ERMAN Sahir, Terörle Mücadele Kanunu'nun Kanun Yapma Tekniği ve Eşitlik İlkeleri Açısından İncelenmesi, a.g.m., s.414.

nı ortadan kaldırmaya ya da görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs” gibi bazı suçlar da, nitelikleri gereği çoğunlukla ancak bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmeleri mümkün olan suçlardan olup, bunların doğrudan siyasal düzeni hedef aldıkları kabul olunabilir. Bu cümleden olmak üzere, listelenmiş suçlar, zaten ekseriyetle, doğaları gereği maddi ya da manevi cebirle işlenebilen suçlardandır²⁰⁸. Öte yandan, kanaatimizce, “halkı, Türkiye Cumhuriyeti hükümetine karşı silahlı isyana tahrik” suçu bakımından ise terör eylemlerinin örgüt unsurundan vazgeçilmesini gerektiren bir hal yoktur; zira sadece bireysel menşeli bir tahrik etme faaliyetinin demokratik düzenin hitamını sonuçlaması olası değildir; terörle mücadelede olağan muhakeme ve infaz kurallarından ayrılmasını zorunlu kılan husus örgüt ve süreklilik unsurlarının varlığı olduğuna göre²⁰⁹, bu suçu da mutlak terör suçu olarak tanzim etmiş olan kanun koyucu kendi terör anlayışı ile çelişmektedir.

Mutlak terör suçları bakımından altı çizilmesi lazım gelen bir başka nokta da, 5237 sayılı TCK ile düzenlenmiş bulunan bu suçlar için TMK ile herhangi bir nitelik değişikliği getirilmiş olmamasına karşın, TMK md. 5 ile bu suçlar için hükmolunacak cezaların yarı oranında arttırılacağı öngörülmüş olmasıdır²¹⁰. Kanun koyucunun, bu suçların özelliklerini dikkate alarak cezalarını TCK ile zaten tayin etmiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda, TMK md. 3 ile özelliklerine dokunulmayan bu suçların cezalarının, TMK md. 5 uyarınca arttırılması en hafif tabirle kanun yapma tekniği bakımında sıkıntılı görünmekte, kanaatimizce, geniş biçimde anladığımız “cezada kanunilik” ilkesiyle de bağdaşmamaktadır²¹¹.

208 TANÖR Bülent, Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler, in Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 10, Sayı: 1-2, 1990, s.168.

209 ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.125.

210 Bu arttırımın penoloji bilimi nazara alındığında önleyici bir tesir doğuramayacağı ve TCK'nın yaptırımlar dengesini bozacağı yönündeki bir görüş için bkz. ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., s.37,38.

211 Aynı yönde bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s.161; AYM, TMK'nın 5. md.'sinin, Anayasa'nın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti”, 10. maddesindeki “eşitlik”, 38. maddesindeki “temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz.” kurallarıyla çatıştığını belirten iptal istemi karşısında, yerleşmiş kararlarına göre ceza belirleme yetkisinin anayasal sınırlar içerisinde yasa koyucunun takdirinde olduğunu, terör suçlarına ağır cezalar verilmesinin bu suçların işlenmesini önlemede etkili olup olmayacağı tartışmasının anayasal denetimle doğrudan doğruya bir ilişkisi bulunmadığını, yasayla öğeleri önceden belirlenen koşullarda cezaların artırılmasının tüm demokratik toplumların hukuk sistemlerinin tanıdığı ve demokratik toplum düzeni gereklerine uygun bir yöntem olduğunu ve bu nedenle TMK 5. maddenin Anayasayla bağdaşmayan bir yönü bulunmamakta olduğunu belirtmiştir. E.1991/18, K.1992/20 ve T. 31.03.1992, (R.G. 27.01.1993/21478, Mükerrer).

B) Nisbi Terör Suçları

5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın, nisbi terör suçlarını düzenleyen 4. madde hükmü şöyledir:

“Terör amacı ile işlenen suçlar

MADDE 4- Aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

- a) Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.
- b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar.
- c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.
- ç) 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- d) Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.
- e) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 inci maddesinde tanımlanan suç.”

Görüldüğü üzere, terör, TMK md. 1’de, amaç, araç ve örgüt unsurlarının kümülatif birleşimi ile tanımlanmışken, “terör amacıyla işlenen suçlar” başlıklı 4. madde örgüt unsurunu saymakta, 1. maddedeki amaç unsuruna gönderme yapmakta fakat araç unsurunu (1. maddedeki ifadesiyle, cebir ve şiddet kullanma; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden birini uygulama) açıkça zikretmemektedir. TMK’nın 1. md.’si terörü üç unsur ile tanımlamakta (araç, amaç, örgüt), TMK md. 4 amaç unsuru bakımından TMK md. 1’e, örgüt unsuru bakımından ise TMK md. 7’ye göndermede bulunmakta; amaç unsuru bakımından TMK md. 1’e göndermede bulunan TMK md. 7 ise araç unsurunu (cebir) açıkça zikretmektedir. Şu halde (TMK md. 4, araç unsurunu açıkça belirten TMK md. 7’ye göndermede bulunduğu göre),

TMK'nın bu karışık sistematığı karşısında, nisbi bir terör suçunun oluşması için TMK'nın 1. md. ile aramakta olduğu her üç unsurun da mevcut olması gerektiği söylenebilir; ne var ki TMK md. 4 ile nisbi suçlar arasında sayılan, 5237 sayılı TCK'nın 199. maddesinde yer alan "kıymetli damgada sahtecilik" ve 204. maddesinde yer alan "resmi belgede sahtecilik" gibi suçlar, nitelikleri icabı cebren işlenen suçlardan olmadıklarından, 4. maddenin terör suçunun oluşumu için cebir unsurunu aramakta olup olmadığı belirsizliğini korumaktadır. Kanunun her ne sebeple olsun kendi koymuş bulunduğu tanımlardan sapması bir tutarsızlığın işareti olarak addedilmesi gerektiğinden²¹², TMK'nın kendi içinde çelişkiye düştüğü açıktır. 4. maddede olduğu gibi 7/1. maddede de (terör örgütü kurma, yönetme, terör örgütüne üye olma, terör örgütünün faaliyetini düzenleme) sadece terörün amaç unsuruna yollama yapan TMK sistematığı karşısında, 1. maddede terörün unsurlarının sayılması anlamsız kalmakta ve tanım hükmünün ihdas amacı anlaşılmamaktadır.

Nisbi terör suçları düzenlenirken cebir unsuruna açıkça değinilmiş olmaması ve katalogta yer verilen suçların görece çokluğu, kanun koyucunun, tahrik ve teşvik suçları²¹³ (TCK md. 214 -suç işlemeye tahrik suçu; TCK md.215 – suçu ve suçluyu övme suçu; TCK md. 318 – haklı askerlikten soğutma suçu²¹⁴; TCK md.319 – askerleri itaatsizliğe teşvik suçu) ile ekonomik çıkar amacına yönelik belirli suçları²¹⁵ bir terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmeleri halinde terör suçu sayma niyetinden, kazuistik yaklaşımından kaynaklanmaktadır.

Terör örgütlerinin sadece amaç suçları işlemedikleri, amaç suçları işleyebilmek ve varlıklarını sürdürebilmek için başka suçlar da işledikleri bir gerçek olmakla beraber, mevzunun olaycı bir bakış açısıyla değerlendirilmesi bazı sorunları da beraberinde getirir. Ezcümle, terör örgütlerinin, göçmen kaçakçılığı (TCK md. 79), yağma (TCK md. 148), nitelikli hırsızlık (TCK. md. 142), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK md. 188) gibi suçlar ile örgüt faaliyetlerinin devamını sağlayabilmek için ekonomik kaynak temin

212 Kanaatimizce 5532 sayılı kanun değişikliğinden evvel TMK'nın 4. maddesi ile ilintili olarak bu yönde yapılmış olan eleştiriler bahsi geçen değişiklikten sonra da araç unsuru bakımından geçerliliklerini korumaktadır; değişiklikten önceki düzenlemenin anılan minvalde bir eleştirisi için bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s.125.

213 Ibid.

214 Tanör'e göre bu suç kolaylıkla düşünce suçuna dönüşmeye elverişli olduğundan, bu suçun terör suçu sayılması bir aşırılık örneğidir. TANÖR Bülent, a.g.m., s.168.

215 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., s.34,35.

etmekte oldukları gerekçesiyle, bunların terör suçu sayılması mülhazası doğru kabul edilebilirse; TMK'nın 4. maddesinde dolandırıcılık (TCK md.157), zehirli madde imal ve ticareti (TCK md. 193), parada sahtecilik (TCK md. 197) gibi suçlara neden yer verilmiş olmadığının sorulması gerekir; zira bu suçlar da terör örgütleri tarafından mali gelir elde etmek için işlenen suçlardandır. Ayrıca bahsi geçen düşünce tarzı doğru kabul edildiğinde, örneğin nitelikli hırsızlık suçunu nisbi terör suçu olarak düzenleyen kanunun, hem örgüte ekonomik çıkar sağlayan, hem de “genel sağlığı bozma amacı” taşıması olası olan, TCK'nın 187. maddesini, “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde ilaç yapma veya satma” suçunu katalog kapsamı dışında bırakması da anlaşılabilir. Mevzûubahis olaycı düşünce yönteminin varabileceği noktaların daha net bir biçimde ortaya konulabilmesi için, 5532 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısının çerçeve 3. maddesine göre, çocukların cinsel istismarı (TCK md. 103), özel belgede sahtecilik (TCK md. 207) ve hatta fuhuş (TCK md. 227) suçlarının dahi nisbi terör suçu olarak öngörülmekte olduğunu söylemek gerekir²¹⁶. Dahası, bahis konusu olaycı mülhazadan hareketle, amaç suçu işleme doğrultusunda terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen her suçun, kanundaki listede yer alması dahi terör suçu teşkil edeceği savunulmuştur²¹⁷ ki “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesi karşısında bu görüşe katılmaya olanak yoktur. 4. maddenin kendi sistematüğinden ayrılarak oluşturduğu olağandışı “terör suçu” tipleri, ancak terör eylemlerinin (amaç suçların) gerçekleşmesi hususunda yarattıkları zarar tehlikesinin korunan hukuksal değerin önemiyle orantılı olması halinde demokratik bir toplum için gerekli sayılabilirler²¹⁸. Bir terör örgütü faaliyeti olarak da işlense, örneğin konusu vasiyetname olan özel belgede sahtecilik suçunun (TCK md. 210-Resmi Belge Hükmünde Belgelerde Sahtecilik) terör amacıyla işlenebileceğinin kabulü, 4. maddenin beklenen orantılılığı haiz olmadığını gösterir. TMK 1. maddede vazolunan amaç unsurunun muğlaklığı ve oldukça kapsamlı olarak kaleme alınmış TMK 4. madde ile birleşimi dikkate alındığında da, terör suçunun mahiyetinin orantısız biçimde genişlediği ve hukuk güvenliğinin zarar gördüğü aşikardır.

²¹⁶ TBMM İçişleri Komisyonu, 27.04.2006 tarih ve E.1/1194, K.40 sayılı raporunda tasarı metninde sayılan suçların kapsamının çok geniş tutulduğunu belirtmiştir. Adalet Komisyonu, tasarıdaki bazı suçların terör amacıyla işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesini uygun görmediğinden bunları metinden çıkarmış, fakat madde metnine terör amacıyla işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesini uygun gördüğü suçları ilave etmiştir. Bkz. Adalet Alt Komisyonu'nun 26.06.2006 tarih ve E.1/1194, K.106 sayılı raporu.

²¹⁷ BALTACI Vahit, a.g.e., s.325.

²¹⁸ Bkz. ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.361, 362.

4. maddenin kapsamını belirlerken, kanun koyucunun, maddenin kapsamının dar olduğu yönündeki eleştirilerin tesirinde kalarak²¹⁹, objektif olarak sınırları tayin edilemediği ve belli bir sonu bulunmadığı için kanun yapma tekniği açısından sakıncalı olan kazuist telakki ile madde içeriğini ölçüsüz olarak geniş tutmuş bulunduğu söylenebilir. 3713 sayılı TMK'nın 4. maddesinin 5532 sayılı kanunun 3. maddesi ile değiştirilmeden önceki hali şöyledir²²⁰:

“Madde 4 – (Terör Amacı ile İşlenen Suçlar): Bu Kanunun uygulanmasında;

- a) (Değişik: 4211-13.11.1996) Türk Ceza Kanununun 145 (YTCK 300), 150 (YTCK 315-TMK md.4'e alınmamış), 151 (-), 152 (YTCK 317), 153 (YTCK 319), 154 (-), 155 (YTCK 318), 157 (YTCK 310) ve 169 (-), 384'üncü maddeleri ile (YTCK 223) 499'uncu maddesinin ikinci fıkrasında (YTCK 109) yazılı suçlar,
- b) 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 9'uncu maddesinin (b) (6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun ve YTCK md. 174 ve 188. maddelerinde yazılı toplu olarak veya teşekkül vücuda getirmek suretiyle işlenen suçlar), (c) (Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar), (e) bentlerinde yazılı suçlar, 1'inci maddede belirtilen terör amacıyla işlendiği takdirde terör suçu sayılır.”²²¹

219 Bu yöndeki eleştiriler için bkz. 10.12.2005 tarihli Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, konuşmacı: Ümit Kocasakal, s.16; ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s.127. Belirtmek icab eder ki, nasıl “hürriyeti tahdit” suçunun TMK md.4 dışında bırakılması bir eksiklikse, kapsamın bu derece geniş tutulması da müdafa olunan hukuki yarar karşısında bir nispetsizliktir.

220 Madde metnindeki kanun maddelerinin yanına o madde hükmünü 5237 sayılı TCK'da karşılamakta olan madde numaraları parantez içinde ve italik biçimde yazılmıştır; yanında (-) ibaresi bulunan maddelerin YTCK'da karşılığı yoktur, değişiklikten evvel TMK md. 4 kapsamında olmakla beraber değişiklikten sonra bu kapsamda kabul olunmayan maddeler parantez içinde ayrıca belirtilmiştir

221 2845 sayılı Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 9'uncu maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi, 18.11.1992 tarih ve 3842 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 29. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış ve (c) bendinin içeriği de tamamen değiştirilmiştir. İlginç olan, bu yolla nisbi terör suçlarının kapsamının da daraltılmış (Önceden 2845 sayılı kanunun e bendinde sayılan nakil vasıtalarını engelleme-uçak kaçırma, yağma, mala zarar verme gibi birçok suçun bu bendin kaldırılması neticesinde düzenleme dışı kal-

Belirtmek gerekir ki, TMK'nın 4. maddesi açısından özellik arzeden bir başka sorun da, hükmün (d) bendi uyarınca, "Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin" suçların dahi nisbi terör suçu sayılmalarından kaynaklanmaktadır. Evvela, bu düzenleme icabı, olağanüstü hal ilan edilmiş bir bölgede, bir terör örgütü faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olup, olağanüstü hal ilanına neden olan her adi suç, terör suçu haline gelmekte olduğundan, düzenlemenin bahsi geçen durumlar için bir torba hüküm niteliğinde olduğunu söylemek gerekir. Sonra, suç teşkil eden aynı nitelikte iki eylemden birinin olağanüstü hal ilanına sebebiyet vermesi diğerinin ise vermemesi olası olduğu gibi, bir bölgede olağanüstü hal ilan edilmişken benzer koşullarda olan bir diğer bölgede ilan edilmemiş olması da mümkündür, bu durumlarda kaçınılmaz olarak aynı özellikleri taşıyan eylemler farklı şekillerde nitelendirilip cezalandırılacaklardır. Suçun niteliği ve buna bağlı olarak cezanın ağırlığı, suç oluşturan fiilin işlenmesinden sonra ve eylemle bağlı olmaksızın değişmektedir; zira olağanüstü hal ilanı, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun takdirinde olup, hukuki biçim olarak bakanlar kurulu kararı, organik bakımdan da idari işlemdir²²². Olağanüstü hal ilan edilen bölgeler için nisbi terör suçunun alanı belirsiz olarak genişletilmiş ve suçun vasıflandırılması bir idari işlemin gerçekleşmesine bağlanmıştır. Anılan sebeplerle, failin eylemi işlediği esnada bunun terör suçu teşkil edeceği ve bu nedenle cezasının da buna göre tayin olunacağı kesin ve açık bir biçimde belirli olmadığı için, TMK'nın 4. maddesinin (d) bendinde yer alan düzenleme "cezada kanunilik" ilkesiyle²²³ bağdaşmamaktadır²²⁴.

Terör suçlarının listelenmesi hususunda mukayeseli hukuk incelendiğinde, örneğin, Fransız Ceza Kanunu'nda da nispeten geniş bir katalog yaratılmış olduğu söylenebilir. Bu kanunun 421-1 ve 421-2 maddeleri uyarınca, vücut bütünlüğüne ve bireysel özgürlüğe karşı işlenen suçlar; mala zarar verme,

masıyla) ve değiştirilmiş (Önceden 2845 sayılı kanunun 9. maddesi 1. fıkrasının "d" bendinde sayılan ve haliyle nisbi terör suçu kategorisine dahil olmayan "Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar"ın "c" bendine alınması ile) olmasıdır. Zafer, bu durumu, kanun koyucunun kanunlar arasındaki bağlantıyı dikkate almamasının sonucu olarak yorumlamaktadır, bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s.127.

²²² TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi, a.g.e., s.410.

²²³ İlkenin geniş izahatleri için bkz. ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA C., a.g.e., s.157-183; DÖNMEZER S./ERMAN S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: I, 13. Bası, Beta Basım, İstanbul, 1997, No: 30-52, s.17-33.

²²⁴ ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s.129.

hırsızlık gibi mal aleyhine suçlar; bilişim suçları; silah ve patlayıcı madde üretimi, elde bulundurulması, satın alınması, satılması gibi terör eyleminin hazırlığı niteliğindeki suçlar; para aklama suçları; doğal hayatı tehdit edecek şekilde atmosfere, sulara, toprağa, yer altına, yiyeceklere zararlı madde bulaştırma suçları fail ya da faillerce kamu düzenini ağır bir şekilde sarsmak için işlendiklerinde terör suçlarıdır. Öte yandan teröre finansman sağlama suçunu 421-2-2. madde ile; terör örgütü kurma, yönetme, örgüte katılma suçunu 421-2-1. madde ile düzenlemiş olan Fransız Ceza Kanunu (belirtmek gerekir ki 421-2-1. md.'de yer alan terör örgütü kurma, yönetme, örgüte katılma suçu, 421-6. maddede sayılan bazı eylemlerin hazırlık hareketini oluşturmaktalarsa öngörülen cezalar 25 yıl ağır hapis ve 350000 Euro para cezasından başlamaktadır), terör eylemleriyle bağlantılı suçların da terör eylemi sayılacakları yönünde bir hükme yer vermemiş, dolayısıyla terör eylemlerinin kapsamını genişletme yoluna gitmemiştir²²⁵. Fransız kanun koyucusunun temayülü, terörün siyasi boyutunu ele almaksızın ciddi boyutlu eylemleri terör suçu kategorisine dahil etmek ise de²²⁶, bahsolunan suç listesinin kapsamının TMK'nın öngörmekte olduğu listeye nazaran daha net ve dar olduğu açıktır.

Belçika Ceza Kanunu'nun 137. maddesinde de Fransız düzenlemesine benzer suçları ihtiva eden bir listeye yer verilmiş, fakat katalogun kapsamı md. 141/son'un öngördüğü, "Bu bölümde yer alan hiçbir hüküm; grev, toplantı, dernek kurma haklarıyla, ifade özgürlüğünü, sendika kurma ya da çıkarlarını müdafa etmek için sendikaya üye olma haklarını, gösteri yürüyüşü yapma hakkını, AİHS'nin özellikle 8. maddesinden 11. maddesine kadar düzenlenen hak ve özgürlükleri kısıtlamaya yol açacak şekilde yorumlanamaz." hükmüyle daraltılmıştır; her iki ulusal mevzuatta da terör suçları için öngörülen cezalar oldukça ağır olmakla beraber (Fransız Hukukunda 6 yıldan ömür boyu hapse kadar, Belçika Hukukunda ise 3 yıldan ömür boyu hapse kadar uzanan skalalar mevcuttur), kataloglarda yer alan suçlar tetkik olduğunda, bu eylemlerin terör suçu sayılmaları ile ulaşılmak istenen amaç arasındaki dengenin, TMK katologuna nispetle, demokratik toplum gerekleri ile daha uyumlu olduğu söylenebilir.

225 Fransız Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 706-16 maddesi hükmünün ilk cümlesinde yer alan terör eylemlerine özgü özel usullerin bağlantılı suçlar için de cari olacakları yolundaki düzenleme Fransız Ceza Kanunu'na alınmamıştır.

226 ÖKTEM Emre, a.g.e. s.45.

4. Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği Prensibi ve İfade Özgürlüğü Karşısında TMK'nın 6. ve 7. Madde Hükümleri

İfade özgürlüğüne kısıtlama getiren TMK düzenlemelerinin demokratik toplum gerekleriyle uyumlu olup olmadıklarını irdelemeye başlamadan evvel, ifade özgürlüğünün, bireyin düşünce özgürlüğü ile doğrudan bağlantılı olması hasebiyle, siyasi fikirlerin oluşumunu ve siyasal yaşama katılımı sağladığı, bu nedenle de demokratik bir toplum düzeninin temel taşlarından olduğu hatırlanmalı; basın-yayın organlarının ifade özgürlüğü sahasında haiz oldukları ayrıcalıklı konum akla getirilmelidir.

Belirtmek gerekir ki, 5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın ifade özgürlüğü ile ilintili 6. ve 7. maddeleri aynı zamanda “suç ve cezaların kanuniliği”, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” gibi evrensel ceza hukuku ilkeleri açısından da sorunlu maddelerdir. 6. madde kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğinin bildirilmesini; terör örgütlerinin bildirimlerini, açıklamalarını basma ya da yayınlama eylemlerini; 7. madde de terör örgütünün propagandasının yapılmasını suç haline getirdiğine, 6. maddenin 5. fıkrası uyarınca terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar durdurulabildiğine göre, öncelikle tespit olunması gereken husus terör örgütünün ne olduğudur. Terör örgütü kurma, yönetme, terör örgütüne üye olma, terör örgütü faaliyetlerini düzenleme suçlarını düzenleyen TMK'nın 7. maddesi, amaç unsuru bakımından TMK'nın 1. maddesine yollamada bulunduğu ve işbu madde hükmü de belirsiz, müphem ifadeler içerdiğine göre TMK'nın 6. ve 7. maddelerinin de “suç ve cezaların kanuniliği” ilkesi ile uyumlu olduklarından söz edilemez²²⁷.

5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın 6. ve 7. madde hükümleri şöyledir:

“Madde 6 – Açıklama ve Yayınlama

(1) İsim ve kimlik belirterek veya belirtmeyerek kime yönelik olduğunun anlaşılmasını sağlayacak surette kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğini veya terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar veya bu yolla kişileri hedef gösterenler bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

²²⁷ ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.370.

(2) Terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarını basanlara veya yayınlayanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Bu Kanununun 14 üncü maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklayanlar veya yayınlayanlar bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen fiillerin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür.

(5) Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabilir. Cumhuriyet savcısı, bu kararını en geç yirmidört saat içinde hâkime bildirir. Hâkim kırksekiz saat içinde onaylamazsa, durdurma kararı hükümsüz sayılır.”

“Madde 7 –Terör Örgütleri

(1) Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.

(2) Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.

- b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi.

(3) İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur.”

A) Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği ve TMK'nın 6. ve 7. Madde Hükümleri

Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi, bireyin ancak kendi eyleminden ötürü ve sadece kusuru bulunduğu halde cezalandırılabilmesi ilkelerini içerir. Çağdaş ceza hukukuna hakim bu ilke uyarınca başkasının eyleminden dolayı ceza sorumluluğu taşımak mümkün olamayacağı²²⁸ gibi, kişi kendi fiilinden ötürü de kusuru bulunmadıkça cezalandırılmaz²²⁹. İlkel ceza hukuku döneminde rastlanan kollektif ceza sorumluluğu²³⁰ anlayışından ve otoriter rejimlerin temelini oluşturan bireyin sadece iradesi sebebiyle cezalandırılması²³¹ eğiliminden uzaklaşmanın temel şartı²³² ve sadece insan olmaktan kaynaklanan hakları muhafaza etmenin önemli bir güvencesi olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi mucibince, kişinin cezalandırılması için hareketi ile meydana gelen netice arasında basit bir nedensellik bağının bulunması da yeterli değildir²³³; fail bilerek ve isteyerek hareket etmeli ve dış dünyada meydana gelen değişikliği ifade eden neticeye de psikolojik bir rabıta (kast ya da taksir cinsinden bir kusur) ile bağlı bulunmalıdır. Ceza hukukunun bugün varmış bulunduğu noktada, ceza sorumluluğunun, “suç ve

228 MERLE R./VITU A., *Traité de Droit Criminelle*, Paris 1967, No:500, s.507,508; BOUZAT P./PİNATEL J., *Traité de Droit Pénale et de Criminologie*, I, Paris 1970, No:329, s.395 vd.

229 EVİK Vesile Sonay, a.g.m., s.287; EREM Faruk, a.g.e., No.114, s.488.

230 Bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.I, No:60, s.42.

231 Bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Yayın, 1999, İstanbul, C.II, No:906, s.199.

232 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, a.g.m., s.652.

233 Objektif sorumluluk hallerinde hareket ile netice arasındaki maddi bir nedensellik bağı cezai mesuliyet için yeterli görülmektedir, bkz. ALACAKAPTAN Uğur, *Suçun Unsurları*, AÜHFY, Ankara 1970, s.148, 149; Doktrinde objektif sorumluluk hakkında öne sürülmüş olan görüşler için bkz. DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, s.285-292.

cezaların yasallığı” kuralına, “iradi bir hareketle dış dünyada değişiklik yaratılması şartına” ve “kusurluluk esasına” (nullum crimen sine culpa) dayandığı kabul edildiğinden²³⁴, kusurdan sıyrılmış, failin kastına ya da taksirine dayanmayan objektif ceza sorumluluğu hallerinin öngörülmesi ya da bireyin üçüncü kişinin filinden dolayı sorumlu tutulması, demokratik toplumun gerekleriyle ve bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlamanın vasıtası olmayıp bilakis bu hak ve özgürlükleri korumanın aracı²³⁵ olan ceza hukukunun çağdaş ilkeleriyle örtüşür mahiyette değildir²³⁶.

Ceza sorumluluğunun şahsiliği prensibi karşısında TMK md. 6 ve md. 7 düzenlemelerinin durumunu tayin edebilmek için 5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın 6/4. ve 7/2. madde hükümleri²³⁷ incelenmelidir. TMK'nın 6. maddesinin 4. fıkrasında, ilk üç fıkrada yazılı suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi halinde, basın ve yayın organlarının **suçun işlenişine iştirak etmemiş** olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da adli para cezasına hükmolunacağı, bir başka deyişle bu kişilerin de ceza sorumluluğu taşıyacakları düzenlenmiş bulunmaktadır. TMK'nın 7. maddesinin 2. fıkrasında ise, terör örgütünün propagandasını yapma suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumunda, basın ve yayın organlarının **suçun işlenişine iştirak etmemiş** olan sahipleri ve yayın sorumluları hakkında da adli para cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. Yayın sorumlusunun²³⁸, görevi icabı

234 ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, a.g.m., s.645.

235 EREM Faruk, a.g.e., No.18, s.54; ÖZEK Çetin, 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, a.g.m., s.663.

236 ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA A. C., a.g.e., s.612; DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, No:1012.

237 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in, TMK md. 6/4'ün ve TMK md. 7/2'nin üçüncü ve dördüncü tümcelerinin Anayasa ile güvence altına alınan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle çeliştikleri gerekçesiyle iptalleri istemiyle ve ayrıca TMK md. 6/5 hükmü için iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine açmış olduğu dava (Cumhurbaşkanlığı'nın, B.01.0.KKB. 01-18/B-3-2006-572 03/08/2006 sayılı dava dilekçesi ile), 07.12.2007 tarihi itibarıyla Mahkeme'nin elde mevcut işlerinden olup esas inceleme aşamasındadır, 11.12.2007 erişim tarihi ile http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyaları/veri-istatistik/yargisal/incelelenmekte_olan_dosyalar.doc.

238 Yayın sorumlusu kavramının kimleri kapsamakta olduğu 5187 sayılı Basın Kanunundan anlaşılammamaktadır; “yayın sorumlusu” ifadesinin bir belirsizlik yaratmakta olduğu yönündeki bir görüş için bkz. İLKİZ Fikret, Alt Komisyon Raporu ve TMK, 24.06.2006, 11.12.2007 erişim tarihi ile <http://avukatilkiz.blogspot.com/2006/06/alt-komisyon-raporu-ve-tmk.html>; Madde metninde “sorumlu müdür” ifadesi yerine “yayın sorumlusu” tabirine yer verilmesinin gerekçesi için bkz. 26.06.2006 tarih ve E.1/1194, K.106 sayılı TBMM Adalet Komisyonu Raporu.

yayının içeriğinden sorumlu tutulması kabul edilebilirse bile, örneğin suç konusu yazıları yazmış olmadığı gibi, yazılışlarına müdahale etmiş ya da bunları öne çıkaracak herhangi bir eylemde bulunmuş olmayan ve sadece ticari bir faaliyet yürütmekte olduğundan yayının içeriği dolayısıyla da sorumlu addolunamayacak olan yayın organı sahibinin iştirak etmediği eylemden ötürü sorumlu tutulması ancak bir kusursuz objektif sorumluluk örneğidir²³⁹.

İfade etmek gerekir ki, her ne kadar, AYM, 31.03.1992 tarihli kararı ile²⁴⁰, söz konusu hallerde basın ve yayın organlarının sahiplerinin sorumluluğunun, yükümlü olunan özenin gösterilmeyerek yasak eylemin işlenmesine engel olunmamasından doğduğunu, gazetede çalışanların özenle seçilmesinin gazete sahibinin görevi olduğunu, bu sebeple düzenlemenin cezaların kişiselliği ilkesine aykırı olmadığını belirtmiş; AİHM, Sürek (No: 1) davasında, suç teşkil eden mektupların yazarı olmayan başvuruçunun, mektuplarda zikredilen görüşleri paylaşmasa dahi derginin sahibi olma sıfatıyla suçun faillerine şiddeti canlandırmak için destek sağlamış olduğunu ve dolaylı olarak faillerin cezai mesuliyetini paylaştığını söylemiş²⁴¹; TMK'nın 6. maddesinin 4. fıkra hükmünü değiştiren 5532 sayılı Kanuna ilişkin Hükümet Tasarısının çerçeve 5. maddesinin gerekçesinde²⁴² basın ve yayın organlarının sahiplerine açıklama ve yayınlama yasağı ile ilgili olarak dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenmiş olduğu, öngörülen cezanın da bu dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılmasının sonucunu teşkil ettiği, burada bir objektif sorumluluk halinin söz konusu olmadığı ifade edilmiş ise de, çağdaş ceza hukuku anlayışı karşısında, ifade olunan gerekçe ve sonuçlara katılmaya imkan yoktur²⁴³. Kaldı ki AYM'nin, yukarıda zikretmiş bulunduğumuz sonuca varmadan evvel, aynı karar içinde kullanmış bulunduğu sarih ifadeler de bir büyük çelişkiyi işaret etmektedir: *“Dava konusu kuralla süreli yayın sahipleri yönünden nesnel (objektif) sorumluluk ilkesi getirilmiştir. Gerçekten, 6. maddenin son fıkrasında “kasıt”, “bilerek yayınlama” ve “iştirak”den söz edilmeksizin, yukarıdaki eylemlerin süreli yayınlarla işlenmesi durumunda,*

239 BAYRAKTAR Köksal, a.g.m., s.7; aksi yönde bir görüş için bkz. ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., s.46-48; aksi yönde görüşlerin eleştirisi için bkz. ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.375, 376.

240 31.03.1992 tarih ve E.1991/18, K.1992/20 sayılı AYM kararı (R.G. 27.01.1993/21478 Mükerrer).

241 Sürek c. Turquie (N° 1), a.g.k., para.63.

242 Gerekçe metni için bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222.

243 Belirtmek icab eder ki, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul ettiğimizden, TMK md. 6/4 ve md.7/2 düzenlemelerinin adil yargılanma hakkını da ihlal etmekte olduğu kanaatindeyiz.

“ayrıca sahiplerine de; “... ağır para cezası verilir” denilerek, süreli yayın sahiplerinin sorumlu tutulmaları için, sahibi buldukları yayınlarda, bu nitelikte bir yazı ya da resmin bulunması yeterli sayılmaktadır. İnceleme konusu kuralın uygulanması için, maddenin ilk üç fıkrasındaki eylemlerin süreli yayının yoluyla işlenmesi gerekli ve yeterlidir.”²⁴⁴

Burada, ayrıca, oldukça karmaşık yapısıyla, terör örgütü kurma, yönetme, terör örgütüne üye olma, örgütün faaliyetini düzenleme suçlarını tanzim eden TMK md.7/1’in de ceza sorumluluğunun şahsiliğine aykırı bir hüküm olduğunu söylemek gerekir. TMK’nın 7/1 maddesi suçun cezası, unsurları ve diğer hususlar bağlamında TCK md. 314’e yollama yapmakta²⁴⁵, TCK md. 314/3 de TCK md. 220’ye yollamada bulunmaktadır. Örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacaklarını öngörmüş bulunan TCK md. 220/5 düzenlemesi ise ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

B) İfade Özgürlüğü ve TMK’nın 6. ve 7. Madde Hükümleri

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, Türkiye, Strasbourg Mahkemesinin Sözleşmenin 10. maddesinin ihlalini tespit eder kararlarına sıklıkla taraf teşkil etmektedir. AİHM’nin 1999-2006 tarihleri arasında verdiği kararlardan Türkiye’nin AİHS maddelerinden en az birini ihlal ettiğini tespit edenlerin sayısı 1076 olup, bunlardan 123 tanesi 10. maddenin ihlaline ilişkindir²⁴⁶. Mahkemenin 2006 yılında verdiği 1560 karardan 312 tanesi Türkiye’nin en az bir ihlalini tespit eder mahiyette olup, bunlardan 35 tanesinde 10. maddenin ihlali mevzubahistir²⁴⁷. AİHM’nin 2005 yılında verdiği 1105 kararından 56’sı 10. madde ile ilgili olup bunlardan 47’sinde ihlal tespit edilmiştir; altı çizilmesi gereken husus, bahsi geçen 56 karardan 41’inde Türkiye’nin taraf olduğu ve bu 41 davanın 36’sında 10. md. ihlalinin tespit edilmiş bulunduğu²⁴⁸.

²⁴⁴ 31.03.1992 tarih ve E.1991/18, K.1992/20 sayılı AYM kararı (R.G. 27.01.1993/21478 Mükerrer).

²⁴⁵ Bkz. Adalet Komisyonu’nda yapılan değişiklik gerekçesi, TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 1222.

²⁴⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Basın Duyurusu (135), <http://www.avrupakonseyi.org.tr>, (11.12.2007 erişim tarihi ile).

²⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Basın Duyurusu (134), <http://www.avrupakonseyi.org.tr>, (11.12.2007 erişim tarihi ile).

²⁴⁸ www.echr.coe.int, “objet des arrêts rendus par la Cour en 2005” vasıtasıyla derlenmiştir.

AIHM içtihatları nezdindeki bu istatistiki genel tablo karşısında özel olarak TMK hükümleri incelendiğinde, TMK'nın "Açıklama ve yayınlama" başlıklı 6. maddesinin ve "Terör örgütleri" başlıklı 7. maddesinin 2. fıkrasının ifade özgürlüğü bakımından sorunlu düzenlemeler olduklarını söylemek gerekir. TMK'nın, Türkiye'nin taraf olduğu ve AIHM'nin 10. madde ihlalini tespit ettiği birçok davaya konu teşkil etmiş olan, "Devletin Bölünmezliği Aleyhine Propaganda" başlıklı 8. maddesi ise, 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış, 29.06.2006 tarih ve 5532 sayılı kanunla tamamen farklı bir içerik ve "Terörün finansmanı" başlığı ile yeniden düzenlenmiştir.

TMK md. 6, kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğinin, terörle mücadelede görev almış görevlilerin hüviyetlerinin açıklanmasını ve yayınlanmasının ve bu yolla kişilerin hedef gösterilmesinin; terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarının basılmasının, yayınlanmasının, muhbirlerin hüviyetlerinin açıklanmasının suç oluşturduğunu belirttikten sonra, 5. fıkrası ile de süreli yayınların durdurulmasını düzenlemektedir. TMK md. 7/2 terör örgütünün propagandasını yapma fiilinin suç olduğunu vazettikten sonra, bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında arttırılarak hükmolunacağını ifade etmektedir.

Evvela, konuya özel kast-genel kast bakımından yaklaşmak gerekirse, belirtmek isteriz ki, failin kastını hazırlayan düşünce²⁴⁹, suç tipindeki hareketin yapılmasına yol açan etken²⁵⁰ veya maksat, unsur olarak kabul edilen saik ya da amaç olarak tanımlayabileceğimiz özel kastın varlığı, kanundaki tariftten anlaşılması gerektiğine²⁵¹ ve TMK hükümlerinde bu yönde bir düzenleme bulunmadığına göre; ifade özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan 6. ve 7. madde hükümlerince düzenlenen suçların oluşumu için özel kast aranmakta olmadığı görülür²⁵². Bahsi geçen suçlar açısından "zarar neticesi" ya da

249 ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA C., a.g.e., s.567.

250 ÖNDER Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.304; ÖZTÜRK B./ERDEM M. R., a.g.e., s.202.

251 DÖNMEZER S./ERMAN S., a.g.e., C.II, No:940, s.231.

252 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.09.1993 tarih ve E. 9-157, K. 190 sayılı, bu hususta oldukça etkili olan kararında şöyle demektedir: "3713 sayılı Yasanın amacı, kapsamı nazara alındığında, yasa dışı örgütlerin bildiri ve açıklamalarının yayınlanması, 6. maddede düzenlenen suçun teşekkülü için yeterli olup ayrıca özel kast-saik aranmamıştır. Yani genel kast yeterlidir. Yayınlanan bildirideki görüşlerin benimsenmesi, kabul edilmesi, yasa dışı örgüte destek olunması şart değildir."; uygulamada "hedef gösterme suçu" bakımından özel kasta doğru yönelmekte olan bazı kararlar için bkz. BAYRAKTAR Köksal, Teröre Destek Suçu, in. Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004, s.183, dip n. 43.

“zarar yaratmaya yönelik kast” aranmamakta; suçlar, sadece bir düşünce açıklanması, haber verme faaliyetinin yapılmasıyla tamam olmakta olduğundan, 3713 sayılı kanun, anayasal hakların en keskin biçimde sınırlandırılmasının yasal tezahürü görünümü almaktadır²⁵³. Bu durum karşısında, anılan düzenlemelerin, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için zarar tehlikesinin mevcut olması (şiddete çağrı) kriteri üzerinde titizlikle duran AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğunun söylenmesi imkansızdır.

Zarar tehlikesinin, failin zarar yaratmaya yönelik kastınının bulunup bulunmamasını nazara almaksızın, genel itibariyle ifade özgürlüğünü ve özel olarak da basın özgürlüğünü sınırlandırmış olan TMK md’nin 6. ve 7. maddeleri, sadece müsaade edilen düşüncelerin dile getirilmesini sağlama amacı taşıdıklarından²⁵⁴, düşünce ve ifade özgürlüğünün orantısız bir biçimde sınırlandırılmasının vasıtaları olarak demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmazlar. Burada, AİHM’nin, ifade özgürlüğünün sadece olumlu karşılanan, zararsız sayılan düşüncelerin aktarımından ibaret olmadığı, provoke edici, sarsıcı, rahatsız edici açıklamaları da kapsadığı yönündeki içtihatlarını ve basın özgürlüğünün ifade özgürlüğü hususunda sahip olduğu imtiyazları tespit eden kararlarını hatırlamakta fayda vardır²⁵⁵. Hasil-ı kelam, AİHM, basının ifade özgürlüğü alanındaki ve demokratik bir toplumdaki yerini Jersild kararında şu şekilde vurgulamıştır: “Basının haber ve bilgi verme görevi, halkın da bunları alma hakkı olmaksızın, basın vazgeçilmez mahiyetteki **kamunun bekçi köpeği** rolünü ifa edemez. Her ne kadar bu ilkeler öncelikle yazılı basın için formüle edilmişler ise de, söz konusu ilkelerin görsel/işitsel medya bakımından da uygulanacağından şüphe edilemez.”²⁵⁶; aynı kararın 35. paragrafında AİHM, söyleşi ve röportajların, basının kamunun gözeticisi rolünü sağlayan en önemli araçlardan olduklarını ve bir söyleşi içinde bir başka kişinin görüşlerini yaymaktan ötürü bir gazetecinin cezalandırılmasının geneli ilgilendiren meselelerin basın tarafından tartışılıp bunlara katkı sağlanmasını engelleyeceğini belirtmiştir. Bu örnekler anımsandığında, mesela TMK md. 6/2 hükmünün, özel kasta yer vermeksizin ve örgüt bildirisinde suç unsuru bu-

²⁵³ ÖZEK Çetin, Terör ve “Terörle Mücadele Kanunu”, a.g.m., s.370.

²⁵⁴ Aynı yönde bkz. ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.404; ÖZEK Çetin, Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, a.g.m.246; İfade özgürlüğü sadece izin verilen sınırlar dahilinde kabul edildiğinde, siyasal kararları etkilemenin bir aracı olan kamuoyu da serbestçe oluşmaz, tersine devlet tarafından oluşturulur; siyasal sitemlerde kamuoyunun oluşması ve siyasal kararları etkileme gücü hakkında geniş bir izahat için bkz. KAPANİ Münci, Politika Bilimine Giriş, 18. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2006, s.166-173.

²⁵⁵ Bkz. s.305-312.

²⁵⁶ Jersild c. Danemark, Req. No: 15890/89, 23.10.1994, para. 31.

lunmasını aramaksızın²⁵⁷ düzenlemekte olduğu “terör örgütlerinin bildiri veya açıklamalarının basılması veya yayınlanması” suçunun, AİHM’nin bir terör örgütü üyesinin yaptığı açıklamaların ya da bu kişiyle yapılan mülakatların doğrudan ve tek başlarına ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sebebi sayılamayacaklarını belirten içtihadıyla²⁵⁸ çeliştiği ve demokratik bir toplum için gerekli addolunamayacağı ortada olduğu görülür.

Altını çizerek belirtmek isteriz ki, kanaatimizce, modern ceza hukuku anlayışı karşısında, 6. ve 7. maddede sayılan peyk suçlarının kusurluluk yönünden tefsir edilmesi esnasında genel kastla yetinmemek ve bu suçların oluşumu için özel kastı aramak gerekir²⁵⁹. Keza AİHM de, verilen haberin içeriğinin doğruluğundan kuvvetli biçimde şüphe edilmekteyse bile, bu açıklamanın okuru yanıltma kastı ile yapıldığının kanıtlanamadığı hallerde ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların demokratik toplum gerekleriyle örtüşmeyeceğini vazettiği Salov kararında²⁶⁰ bu nevi suçlar bakımından özel kastın gerekliliğine değinmektedir. Aynı şekilde, Türkiye’nin 19.01.2006 tarihinde imzalamış olmakla birlikte henüz onaylamış bulunmadığı Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Anlaşması’nın 5. maddesi hükmü de peyk suçları için özel kastı aramakta olup, bu anlaşmanın 5/1 maddesi, terörist bir eylem işlemek için kamu- nun provoke edilmesi suçunu, mesajın ya da düşüncenin **bir terör suçunun işlenmesini teşvik etme kastıyla** açıklanması unsuruna bağlamaktadır²⁶¹.

İfade etmek lazım gelir ki, özel kastın aranmaması bir kenara bırakılsa bile, TMK md. 6 ve md. 7, insan haklarının temellerini sarsan başka öğeleri de haizdirler.

- a) Kişilere karşı terör örgütleri tarafından suç işleneceğinin açıklanmasının suç haline getirilmesi hususunda, doktrinde, bu açıklamanın teröre destek anlamına gelmeyeceği, bilakis caydırıcı etki doğuracağı yönünde fi- kirlere rastlamak mümkündür²⁶².

²⁵⁷ Bkz. TANÖR Bülent, a.g.m., s.169.

²⁵⁸ Bkz. Özgür Gündem c. Türkiye, a.g.k., para.63; Sürek et Özdemir c. Turquie, a.g.k., para.57-64; Korkmaz c. Turquie (No 1), Req. No: 40987/98, 20.12.2005, para.20-29; Korkmaz c. Turquie (No 3), Req. No: 42590/98, 20.12.2005, para.18-26.

²⁵⁹ Bkz. BAYRAKTAR Köksal, Teröre Destek Suçu, a.g.m., s.183.

²⁶⁰ Salov c. Ukraine, a.g.k., para.104-117.

²⁶¹ Terörizmin Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Anlaşması’nın 5. maddesi hakkında ayrıca bkz. YENİSEY Feridun, a.g.m., s.18.

²⁶² Bkz. TANÖR Bülent, a.g.m., s.169; aksi görüş için bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e, s. 132.

- b) Terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetinin açıklanması suçu bakımından ise, bu kamu görevlilerinin can güvenliklerinin korunması ve terörle mücadelenin sekteye uğramaması için söz konusu edilen türde bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu savunulabilir. Ne var ki, maddede, terörle mücadelede görev almış görevliler arasında bir ayrıma gidilmediğinden ve suçun oluşumu için söz konusu kişilerin hüviyetlerinin her ne surette olursa olsun açıklanması yeteceğinden, düzenlemenin olağandışı sonuçlar yaratacak kadar geniş tutulmuş olduğu söylenebilir²⁶³. Bir kere, düzenleme, AİHM'nin, kamu görevlilerinin yetkilerini kötüye kullanmaları durumunda, toplumun kötüye kullanılan yetkinin içeriğiyle beraber, yetkilerini kötüye kullanan kişilerin ismini de bilme meşru hakkını haiz olduğunu belirten kararlarıyla çelişkilidir²⁶⁴; dahası, basın yoluyla işlenen bir fiili suç haline getirmek için haber verme hakkının sınırlarının aşılp aşılmadığıyla ilgilenme gereği duymayarak, sınırlandırılmaz mahiyetteki “özgür ve doğru bilgi dolaşımı” ve “halkın bilgilenme ve gerçekleri öğrenme” haklarını²⁶⁵ takyid eden kanun, terörle mücadelede görev almış her kamu görevlisini ve her türlü kimlik açıklamasını kapsamına almak suretiyle de, örneğin, kamu görevlilerince işkenceye tabi tutulan kişilerin kendilerine işkence yapanları açıklamalarını ve bu konuda adli makamlara başvurmalarını önleyecek niteliktedir²⁶⁶.

²⁶³ Yargıtay, bu suçun oluşabilmesinin hüviyeti gizli tutulan kişilerin hüviyetini açıklama şartına bağlı olduğunu söylemiştir, şayet kimlikleri açıklanan kişilerin hüviyetleri zaten biliniyor ise bu suç oluşmaz, bkz. Y.9.CD, 03.07.1995, E. 3693, K.4525.

²⁶⁴ Bkz. Sürek c. Turquie (No 2), a.g.k., para.37-39; Ergin et Keskin c. Turquie (No 1), Req. No: 50273/99, 16.06.2005, para. 16-23; Ergin et Keskin c. Turquie (No 2), Req. No: 63926/00, 16.06.2005, para. 16-23; ayrıca AİHM içtihadıyla aykırı düşen DGM kararları için bkz. İstanbul 2. DGM'nin, 22.10.2002 tarih ve E. 96, K. 232 sayılı ve 21.11.2002 tarih ve E. 279, K. 282 sayılı kararları.

²⁶⁵ Özek, isabetle, haber verme hakkı ile bağlantılı olan bu hakların sınırlandırılmalarının mümkün olmadığını belirtmektedir, bkz. ÖZEK Çetin, Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, a.g.m., 235, 245.

²⁶⁶ TOROSLU Nevzat, a.g.m., s.393. Belirtmek gerekir ki, 30.10.1994 tarihinde TBMM'ye sunulan Hükümet Tasarısı'nda (TBMM Dönem:19, Yasama Yılı:4, Sıra Sayısı:745), kimlik açıklama yasağından yararlanabilecek kamu görevlilerinin terörle mücadele olaylarında görev alan kamu görevlileriyle, açıklama faaliyetinin de umuma açıklama faaliyetiyle sınırlandırılması teklif olunmuş ise de bu tasarı kanunlaşmamıştır. Bugün yürürlükte bulunan TMK'nın 6. md.'sinin kenar başlığının “açıklama ve yayınlama” şeklinde yazılmış olması, suç addolunan fiillerin tamam olması için basit bir açıklamanın değil, açıklama ve yayınlamanın birlikte aranmakta olduğunun, dolayısıyla cezalandırılacak fiillerin umuma açıklama fiillerinden ibaret bulunduğunun iddia edilmesini sonuçlayabilirse de,

- c) 5532 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile 3713 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında geçen "beşmilyon liradan onmilyon liraya kadar ağır para cezası" ibareleri "bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası" olarak değiştirilmiş olup, bu değişiklik, tarafımızca, ifade özgürlüğü sınırlamaları hususundaki tetkikini, muhafaza olunmak istenen hukuki yarar ile öngörülen sınırlamanın orantılılığı çerçevesinde, cezaların ağırlığına önem vererek yapmakta olan AİHM değerlendirmelerine uygun görülmemekte ve kanımızca, AİHM nezdinde zaten sorunlu olan mevzûbahis düzenlemenin yarattığı problemleri halihazırda çeşitlendirerek derinleştirmektedir. Belirtmek gerekir ki, cezaların ağırlaştırılması yanında, TMK ayrıca 13. maddesi ile, TMK kapsamına giren suçlardan dolayı 15 yaşını tamamlamış kişilere verilen hapis cezalarının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceklerini ve ertelenemeyeceklerini de vazetmiş bulunmaktadır²⁶⁷.

TMK md. 6/4 hükmünün basın ve yayın organı sahipleriyle yayın sorumluları (bunlar hakkında cezanın üst sınırı beş bin gündür) için öngördüğü bin günden on bin güne kadar adli para cezası TCK'nın 52/2 maddesindeki alt sınırdan hesaplandığında adli para cezasının 20000 YTL'den 200000 YTL'ye kadar olacağı, hesaplama üst sınıra göre yapıldığında ise para cezasının 100000 YTL'den 1000000 YTL'ye kadar olacağı anlaşılmaktadır, ortaya çıkan rakamlar, cezaların orantılılığı hususunda şüpheye düşülmesine yol açmaktadır²⁶⁸. Üstelik, yayın sorumlusu tabirinin kapsamının belirsizliği dolayısıyla, bir açıklamadan ötürü birden fazla kişinin sorumlu tutulması mümkün olup, bu halde basın ve yayın organının işlevini sürdüremeyecek vaziyete düşmesi olası olduğundan, TMK, devletin ifade özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüğünün sağlanmasının önünde bir engel teşkil edebilecek mahiyettedir. Demokrasinin

madde metninde vazih bir biçimde "açıklayan **veya** yayımlayan" ibaresi kullanılmakta olduğundan, kanımızca bu iddiada isabet payı yoktur. Bu haliyle TMK 6. md. hükmünün hak arama hürriyetinin önünde bir engel teşkil ettiği aşıkardır.

²⁶⁷ Anılan hüküm muvacehesinde ifade etmek lazım gelir ki, 5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 18 yaşını doldurmamış kişileri çocuk olarak tanımlayan anlayışı ile de çalışmaktadır; 5532 sayılı Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un öngördüğü değişikliklerin çocuk hakları açısından değerlendirilmesi için bkz. ÖZDEMİR Selma, Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çocuk Haklarını Nasıl Etkiledi?, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007, s.123-127.

²⁶⁸ Anılan hususlarda, Fransız Hukuku da, 5 yıl hapis ve 45000 Euro para cezası gibi ağır bir yaptırım öngörmekteyse de, Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 24. maddesi mucibince cezai sorumluluk ancak terör eylemlerinin doğrudan doğruya kışkırtılmasına ya da övülmesine bağlıdır.

çoğulcu karakterinin daima korunması zarureti göz önüne alındığında, pozitif yükümlülüğün ifası için, Devletin ifade özgürlüğünün bulunduğu bir alanı yaratması yetmez, ayrıca bu özgürlüğün sürmesini de temin etmesi iktiza eder²⁶⁹.

- ç) 5532 sayılı Kanun ile 6. maddeye eklenen, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik eden, işlenmiş olan suçları ve suçluları öven veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınların durdurulması tedbirini düzenleyen 5. fıkra hükmü, Anayasa'nın 28. maddesinin 4. fıkrası ile öngörülen tedbirlerle bağdaşmamaktadır; zira Anayasa dağıtımın önlenmesi durumunu tanzim etmişken, TMK md. 6/5 teknik manada bir tedbir teşkil etmemekte, dağıtım gerçekleştikten sonra tatbik olunacak bir yaptırım öngörmektedir. Üstelik, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, süreli yayının durdurulmasını Cumhuriyet Savcısı'nın emrine tabi kılan TMK md.6/5 düzenlemesi ile bir süreli yayın hakim kararı olmaksızın 24 saat boyunca durdurulabilmekte olduğundan, bu hükmün basının sansür edilemeyeceği anayasal kaidesine açıkça aykırı olduğu ve demokratik toplum gerekleriyle tamamen ters düştüğü aşikardır.
- d) 5532 sayılı Kanun ile değişik 3713 sayılı TMK'nın 7/2 maddesi terör örgütünün propagandasını yapma suçunu ihtiva etmektedir. Evvela, propaganda, düşünceleri etkilemek için bir düşünceye yandaş kazandırmak namına yapılan sistemli bir düşünce aşılama çabası olarak addolunup tek başına ele alındığında ifade özgürlüğü kapsamına girer²⁷⁰. Şiddete teşvik unsuru bulunmaksızın propaganda faaliyetinin cezalandırılması ifade özgürlüğünün orantısız bir biçimde kayıtlanmasıdır. Madde metninde yer alan "terör örgütünün propagandasının yapılması" ifadesiyle neyin kastedilmekte olduğu ise belli değildir. Yeni formülasyonu ile TMK md. 7/2 hükmü, değişiklikten evvelki, "terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapma²⁷¹" suçunu düzenleyen TMK md. 7/2 hükmü-

269 Bkz. ÖZEK Çetin, Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, a.g.m., s.245.

270 TANİLLİ Server, Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. Bası, Cem Yayınevi, 1993, İstanbul, s.40.

271 "Terör yöntemlerine başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapma" ibaresinin TMK md. 7/2'de yer alması, madde hükmünde 30.07.2003 tarihinde 4963 sayılı kanunun 30. maddesi ile yapılan değişikliğin sonucudur, daha evvel "terör yöntemlerine başvurmaya özendirerek şekilde örgütle ilgili propaganda yapanlar" olarak 2002 yılında 4744 sayılı kanunun 3. maddesi ile değiştirilmiş olan TMK md. 7/2 hükmünde 5532 sayılı kanunla 2006 yılında yapılan değişiklik 2003 ve 2002 yıllarından evvelki düzenlemeye geri dönülmesine yol açmıştır.

nün ve 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunun 19. maddesi ile kaldırılan “Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak amacıyla propaganda yapma” suçunu düzenleyen TMK md. 8’in bazı bölümleri itibariyle biraraya getirilmiş ve kapsamı daha geniş tutulmuş ifadesi görünümündedir. Yeni haliyle TMK md. 7/2, terörü teşvik unsurunu içermediği gibi, düşünce açıklamasını cezalandırmak için bunun terör örgütünün amacının propagandası olmasını da aramamaktadır; şu halde bir terör örgütünün amacının ve yöntemlerinin yerildiği bir açıklama dahi, sadece içinde terör örgütünün isminin geçmesiyle suç kapsamında mütaala edilebilecektir. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında herhangi bir ölçü tanımlanmış bulunmayan maddenin son halinin demokratik toplum gerekleriyle uyuşan bir tarafı yoktur. Maddenin yeni tanzim tarzı, ifade özgürlüğünü zedeleyen kanuni bir hükmün kaldırılmasının gerekçesi olarak, aynı konu için halihazırda daha ağır cezalar öngören düzenlemeler bulunmakta olduğuna dayanan anlayış²⁷² ile paralellik arz etmektedir.

5. Adil Yargılanma Hakkı ve TMK

AİHM kararlarından anlaşılacağı üzere, Mahkeme’ye göre, terörle mücadele açısından, durumun hususiyetine binaen, bazı özel soruşturma usulleri benimsemek, savunma hakkına belli ölçüde kısıtlamalar getirmek olası olmakla beraber, esas önem arzeden nokta, bu eksikliklerin başka tedbirler öngörülmesi suretiyle telafi edilmesidir. İncelememizin bu kısmı, anılan çerçevede, bazı TMK düzenlemelerinin adil yargılanma hakkı karşısında değerlendirilmesine ayrılmıştır.

- a) Öncelikle belirtmek isteriz ki, adil yargılanma hakkını kendi varoluş unsurlarını da içinde barındıran bir üst kavram olarak anlamakta olduğumuzdan²⁷³, kanaatimizce, TMK’nın ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı olan hükümleri adil yargılanma hakkı ile de bağdaşmamaktadır.

²⁷² 15.07.2003 tarih ve 4928 sayılı kanunun 19. maddesi ile kaldırılan TMK md.8’in kaldırılma gerekçesi oldukça çarpıcıdır: “Terörle Mücadele Kanununun 8. maddesinin yürürlükten kaldırılması ile ülke bütünlüğünün korunması bakımından boşluk doğmayacaktır. Türk Ceza Kanunu’nun 311. maddesi gereğince, 8. madde kaldırıldığında boşluk doğması bir tarafa, ülke bütünlüğü aleyhine propaganda suçu daha ağır bir cezayla cezalandırılabilir.”, TBMM Dönem:22, Yasama Yılı:1, Sıra Sayısı:220; Bu gerekçenin eleştirisi için bkz. ÖZDEK Yasemin, a.g.e., s.258, 259.

²⁷³ Bkz. s.303.

- b) 5532 sayılı Kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın 10 . maddesinin (b) bendinin ikinci cümlesinde şüphelinin gözaltı süresi esnasında müdafii ile görüşme hakkının savcının istemi ve hakim kararıyla 24 saat süre ile kısıtlanabileceğinin öngörülmesi ile, soruşturma ve kovuşturma evresinin hiçbir aşamasında müdafiiin şüpheli ya da sanıkla görüşme hakkının kısıtlanamayacağını düzenleyen 5271 sayılı CMK'nın 149/3 maddesi hükmünden ayrılmış ise de, şüphelinin müdafii ile görüşemediği süre zarfında ifadesinin alınamayacağını belirtmesiyle savunma hakkına getirilen kısıtlama telafi edilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, aynı tespit, TMK'nın özel soruşturma ve kovuşturma usullerini tanzim eden diğer düzenlemeleri için yapılmasına olanak yoktur. Ezcümle, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiiin yardımından yararlanılabileceğini belirten CMK md. 149/1'in istisnasını oluşturarak, şüphelinin gözaltı süresince yalnız bir müdafiiin hukuki yardımından yararlanabileceğini belirten TMK md. 10'un (b) bendinin ilk cümlesi ve soruşturma evresinde, ifade almada üç avukatın hazır bulunabileceğini vazedan CMK md. 149/2'den ayrılarak, şüphelinin kolluk tarafından ifadesi alınırken ancak bir müdafiiin hazır bulunabileceğini söyleyen TMK md. 10'un (c) bendi, müdafii özelinde savunma hakkının sınırlandırılıp sadece şeklen korunmakta olduğunun delilleridir. TMK'nın, bilhassa, CMK 153/2 paralelinde, müdafiiin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasını düzenlemekle beraber (TMK md.10/(d) bendi), incelenmesine kısıtlama konulamayacak belge ve tutanakları belirten CMK 153/3 hükmüne benzer bir düzenlemeye gitmemiş olması karşısında, sınırlandırılan savunma hakkının başka tedbirlerle yerine konduğunu söylemeye imkan yoktur. Yine, CMK'nın 154. maddesine tamamen aykırı olarak, TMK'nın 10. maddesinin (e) bendi ile düzenlenmekte olan, müdafiiin şüpheli ile yaptığı görüşmelerin, savunmaya ait belgelerin denetime tabi tutulması halinde de, savunma işlevsiz kalacağından, sınırlandırılmış olan savunma hakkının telafi edilmesi mümkün değildir²⁷⁴.
- c) TMK'nın muhbirlerin hüviyetlerinin açıklanmasını suç haline getiren 14. maddesi ve bu suçun cezasını belirleyen 6. maddesinin üçüncü fıkrası²⁷⁵ savunma hakkı bakımından değerlendirildiklerinde telafisi imkansız sonuçlara yol açacak nitelikte oldukları görülür. TMK md. 14 uyarınca

²⁷⁴ Burada, AİHM'nin, Brennan Birleşik Krallığa Karşı davasında öne sürdüğü gerekçelerin ve vardığı sonucun görüşümüz ile uyduğunun hatırlatılması yerinde olacaktır, bkz. Brennan c. Royaume-Uni, a.g.k., para. 56-63.

²⁷⁵ Kanun koyucunun, aynı kanun içinde suç ve müeyyideyi farklı maddelerde düzenlemesi anlaşılabilir, bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.133.

TMK kapsamına giren suçları ihbar edenlerin hüviyeti, kendi rızaları olmadıkça ya da ihbarın mahiyeti haklarında suç teşkil etmedikçe açıklanamaz. Bu düzenleme karşısında gerçeğe aykırı olarak ihbar edilen kişi, hakkında takipsizlik kararı verilmeye veya hakkında açılan kamu davası kendisine isnat olunan fiili işlemediğini tespit eden kesin hükümle sonuçlanıncaya değin kendisini ihbar eden muhbirin hüviyetini adli makamlara karşı dahi açıklayamayacak ve bu kişinin müfteri olduğunu ileri süremeyecektir²⁷⁶. Böylelikle hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı özelinde adil yargılanma hakkı bertaraf edilmiş bulunmakta olduğu gibi, gereksiz ve asılsız ihbarlar da teşvik edilmektedir²⁷⁷. Düzenleme, kamu yararı ile birey hakları arasında bir denge kuramadığından, bu oranı özellikle arayan AIHM içtihatlarıyla²⁷⁸ uyumsuzdur. Dahası, muhbirliğin bu düzeyde ve ayrıca TMK md. 20'de öngörülen tedbirler ile korunduğu, TMK md. 19 uyarınca da ödüllendirildiği, başka bir deyişle, bireylerin birbirlerini izlemelerinin sağlanmasına çalışıldığı bir sistemde, kişilerin kendilerini özgür hissetmeleri olanaksız olduğundan, bu nevi bir düzenin demokrasi olduğunun söylenmesi de imkansız hale gelmektedir²⁷⁹.

6. Güvenlik Hakkı, İşkence Yasağı ve TMK

- a) Gözaltına alınan kişilerin güvenliğini sağlamak ve gözaltında kaybolmaları önlemek amacıyla CMK'nın 95. maddesi ile öngörülen, yakalanan, gözaltına alınan, gözaltı süresi uzatılan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının emriyle, **gecikmeksizin, bir yakınına veya belirlediği bir kişiye** haber verilmesi yükümlülüğü TMK'nın 10. maddesinin (a) bendi ile yumuşatılmıştır. Buna göre, soruşturmanın amacı tehlikeye düşebilecek ise yakalanan, gözaltına alınan veya gözaltı süresi uzatılan kişinin durumu hakkında **sadece bir yakınına** bilgi verilir. TMK md. 10 haber vermenin gecikmeksizin olmasını aramadığına ve sadece bir yakına haber verilmesine imkan tanıdığına göre, haber verme yükümlülüğünün gözaltına alınmadan çok sonra ve gözaltına alınan kişinin komşusuna ya da meçhul bir yakınına haber verilmesiyle yerine getirilmesi mümkündür.

²⁷⁶ Bkz. ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.405.

²⁷⁷ TOROSLU Nevzat, a.g.m., s.396.

²⁷⁸ Bkz. ÖKTEM Emre, a.g.e., s.337.

²⁷⁹ Aynı yönde bkz. TOROSLU Nevzat, a.g.m., s.396.; Zafer, düzenin sağlanmasına katkıda bulunmanın vatandaşlık görevi olduğunu, fakat bu kabulün hak arama özgürlüğünü engellememesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. ZAFER Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, a.g.e., s.133, 134.

Yakalanan, gözaltına alınan ya da gözaltı süresi uzatılan kişilerin güvenliği ile uyumsuzluk gösteren bu düzenleme bu sebeple insan haklarına aykırı sonuçlar doğurmaya müsaittir.

Burada, 2001 değişikliğinden önce “soruşturmanın kapsam ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk” halini, yakalanan ya da tutuklanan kişinin yakınlarına derhal yapılacak bildirim istisnası olarak öngörmekte olan Anayasa’nın 19. maddesinin 6. fıkrasının, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucu bu yönde bir istisnaya yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiş olduğunu da belirtmek gerekir (AY’nın 2001 değişikliği sonrası yürürlükte olan md. 19/6 hükmü şu şekildedir: “Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.”).

- b) TMK md. 15 ile, imtiyazlı suçlu statüsü yaratılmaktadır²⁸⁰. Gerçekten de TMK kapsamına giren bir suçtan dolayı soruşturmaya uğrayan bir kişi ile ilgili olarak, müdafii sayısı, gözaltı süresi zarfında bir ile sınırlandırılmışken, bahsi geçen failin terörle mücadelede görev almış bir kamu görevlisi olması ve suçun da görevinin ifasından doğması halinde, TMK’nın 15. maddesi, TMK md. 10/b’nin aksine, bu kişiler için herhangi bir müdafii sınırlandırması öngörmemekte, bilakis, belirleyecekleri müdafilerin üç tanesinin ücretinin de devlet tarafından karşılanacağını belirtmektedir. İşlenen suçlar aynı olduğuna göre, suç işleyen kişiler arasında bu tür bir ayırım yapılmasının ve hangi sebeple olursa olsun ayrıcalıklı suçlu statüsü yaratılmasının hiçbir hukuki dayanağı bulunmamaktadır²⁸¹. Bu haliyle TMK’nın 15. maddesi hükmü, Anayasa’nın 10. maddesi ile güvence altına alınan eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi²⁸², TMK kapsamına gi-

280 Bkz. TOROSLU Nevzat, a.g.m., s.395.

281 15. Madde hükmünün önce suçlular arasında, sonra da kamu görevlileri arasında ayırım yaratmakta olduğu yönünde bir görüş için bkz. ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.408.

282 Anayasa Mahkemesi, 31.03.1992 tarih ve E.1991/18, K.1992/20 sayılı kararında, yargı organı kimliği ile bağdaştırılmasının oldukça zor olduğunu düşündüğümüz bir tespitte bulunarak, terörle mücadele için ifa olunan görevlerin eksiksiz biçimde yerine getirilmesinin ve aynı zamanda da demokratik kaidelere uygun davranılmasının çok güç olduğunu belirtmiş ve bu hükmü Anayasaya aykırı bulmamıştır: “Terörle mücadelede görev alanlar, görevleri sırasında ve daha sonra bütün yaşamları boyunca sürekli bir biçimde tehdit ve tehlike içinde olan kamu görevlileridir. **Görevlerini yaparken, demokrasiye ve demokratik hukuka saygılı olmak ve yasa kurallarına uygun davranmak, görevlerini eksiksiz yerine getirmek ve kendi yaşamlarını korumak gibi bağdaştırılması son derece güç koşullar içindedirler.**” (R.G., 27 Ocak 1993/21478 Mükerrer); kararı ilgi çekici kılan bir diğer husus, AYM’nin, aynı kararda, terörle mücadelede görev alan-

ren suçların kamu görevinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle işlenmesini ağırlaştırıcı sebep sayan TMK md. 8/A düzenlemesiyle birlikte okunduğunda da Kanunun iç çelişkisini ortaya koymaktadır.

TMK'nın 15. maddesinin, kolluk tarafından düzenlenen tutanıklara ilgili görevlinin açık kimliğinin değil sadece sicil numaralarının yazılacağını vazedenden TMK md.10/(ç) hükmü, terörle mücadelede görev alan kamu görevlileri hakkında Devlet tarafından koruma tedbirlerinin alınacağını belirten TMK'nın 20. maddesi ve terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklamayı suç haline getiren TMK md. 6/1 düzenlemesiyle beraber ele alınması, Kanunun ile, terörle mücadelede görev almış bütün kamu görevlileri için hususi ve üstün bir koruma sahası oluşturulduğunu kanıtlar mahiyettedir²⁸³. Belirtmek iktiza eder ki, mevzûubahis ayrıcalık alanı, kamu yararı-birey hakları dengesinin külliye yok olmasına sebebiyet vermekten başka, kendilerine sağlanan üst düzey imtiyazlara güvenen kamu görevlilerinin CMK 148'de belirtilen yasak usullere başvurmasına da yol açabilir²⁸⁴. Demokratik toplum gerekleri nazarındaki orantısızlıkları karşısında, anılan düzenlemelerin, AİHS sistematığıne göre mutlak nitelikte olup devletlere pozitif ödevler yükleyen işkençe yasağına riayeti sağlayacak vasfı haiz olmaları şöyle dursun, bu yasağın ihlalini sonuçlayabilecek nitelikte olduklarında tereddüt edilemez.

7. Yaşama Hakkı ve TMK'nın Ek 2. Maddesi

29.08.1996 tarih ve 4178 sayılı kanunun (R.G., 4 Eylül 1996/22747) 3. maddesiyle TMK'ya eklenen Ek 2. madde hükmü şöyleydi: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda, **teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde**, kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler.”

ların bu görevleri dolayısıyla işledikleri suçlardan dolayı tutuksuz yargılanacakları hükmünü iptal ederken dayandığı gerekçelerdir: “Yargılama ve suçluların cezalandırılmasında objektif davranmak gerekir. **Aynı suçu işleyen kişiler arasında temelde hukuksal bir eşitlik söz konusudur.**”

²⁸³ Mukayeseli hukuk incelendiğinde benzer bir koruma sistemine Belçika'da da rastlanılmaktadır, Belçika Ceza Kanunu'nun 141/bis maddesine göre, Kanun'un terör suçları ile ilgili olan faslı, devlet kuvvetlerinin resmi görevlerini yerine getirirken yaptıkları uluslararası hukuka uygun fiiller için tatbik edilmez.

²⁸⁴ ÖZGEN Eralp, a.g.m., s.408,409.

Bu hükmü, 06.01.1999 tarih ve E.1996/68, K.1999/1 sayılı kararıyla, Anayasanın 17. maddesine aykırı bularak iptal eden AYM'nin dayandığı gerekçeler ise şöyle özetlenebilir: evvela, AY'nın 17. maddesi icabı, Devlet, bireylerin yaşama haklarını korumak için her türlü önlemleri alma yükümlülüğü altındadır, kolluk görevlilerine silah kullanımı yetkisi ancak AY md. 17/son'da sayılan istisnai durumlarda silah kullanmanın zorunlu hale gelmesi şartıyla verilebilir²⁸⁵; üstelik, maddede “teslim ol emrine itaat edilmemesi” ve “silah kullanmaya teşebbüs edilmesi” durumunda kolluk kuvvetlerine son çare olarak başvurulması gereken ateşli silah kullanma yetkisi verilmiş, kademeli olarak etkisiz kılma yöntemleri üzerinde durulmamıştır; ayrıca maddede, kolluk kuvvetlerinin ateşli silah kullanabilmeleri için faillerin silah kullanmaya teşebbüs etmeleri yeterli görülmüş, kullanımına teşebbüs edilen silahın ateşli olması aranmamıştır; dahası, teslim ol emrine uyulmaması ve silah kullanmaya teşebbüs edilmesi, kolluk görevlilerinin, her zaman, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmalarını zorunlu kılacak mahiyette bir durum değildir, bazı vakalarda, faillerin, can güvenliklerini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle etkisiz hale getirilmeleri mümkün olabilir²⁸⁶.

4178 sayılı kanun ile TMK'ya eklenen Ek 2. maddeyi iptal eden AYM kararı karşısında 5532 sayılı kanunla düzenlenen maddenin yeni hali ise şu şekildedir: “Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda **“teslim ol” emrine itaat edilmemesi veya silah kullanmaya teşebbüs edilmesi** halinde kolluk görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanmaya yetkilidirler.”

Madde metninde ilk göze çarpan husus, düzenlemenin AYM'nin daha evvel iptal etmiş olduğu hükümlerle benzerliğidir. Gerçekten yeniden düzenlenmiş haliyle Ek 2. madde, yine belli şartların gerçekleşmesi halinde “doğrudan ve duraksamadan” hedefe karşı silah kullanılabilmesini belirtmiş ve failin tedrici olarak etkisiz kılınması usullerine değinmemek suretiyle, silah kullanılabilmesi için bunun somut durumda zorunlu ve kaçınılmaz olması gerekliliğine önem vermemiştir. Ek 2. maddenin yeni haline göre, kolluk kuvvetlerinin silah kullanabilmeleri için, daha önce “teslim ol” uyarısının yapılmış olması aranmaksızın örgüt mensuplarının silah kullanmaya teşebbüs etmeleri ya da sadece “teslim ol” emrine riayet etmemeleri kafidir; altı çizilmesi

285 AYM, AY md. 17/2'yi silah kullanımının meşruiyet kazandığı haller olarak değil, mutlak zorunluluk halinde silah kullanımını haklı kılan istisnalar olarak yorumlamaktadır; anılan yorum tarzı AİHS md. 2/2 üzerinde AİHM'nin benimsemiş olduğu anlayış ile paralellik göstermektedir, AİHM'nin bu husustaki yorumu için bkz. s.294-295.

286 Bkz. R.G., 19 Ocak 2001/24292, s.19 vd.

lazım gelen sorun, maddenin silah kullanımına cevaz verirken, kendilerine karşı operasyon düzenlenen kişilerin silah kullanmaya teşebbüs etmelerini ve hatta silahlı olmalarını dahi aramamakta olmasıdır. Maddenin, silah kullanımını “tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve oran”la kayıtlamış olması, eski düzenlemenin “failleri etkisiz kılma amacı”na göre çok daha açık ve kesin ise de, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silah kullanımının faillerin silahlı olduğu hallerde dahi mümkün olması, korunması amaçlanan hukuki menfaat ile sınırlandırılan birey hakkı (vücut bütünlüğü-yaşama hakkı) arasında bir denge problemini işaret etmektedir. Bu haliyle Ek 2. madde hükmünün Anayasa’nın 17. maddesine ve niteliği icabı en temel hak olan yaşama hakkına aykırı olduğu aşıkardır. Doktrinde, mevzûbahis sorunun, TMK düzenlemesinin AY’ya aykırılığı meselesi olarak değil, AY’daki düzenlemenin insan haklarıyla bağdaşmaması sorunu olarak algılanması gerektiği yönünde bir görüş ileri sürülmüş ise de²⁸⁷, bu iddia AY md.17/4’un lafzına sıkı sıkıya bağlı kalarak AYM pratiğinin gözardı edilmesinin bir neticesidir. Anayasa metninin temel insan haklarıyla bağdaşmadığı elbette savunulabilir, fakat AYM’nin yukarıda anılan kararı muvacehesinde TMK Ek md. 2’nin AY’nın 17. maddesine aykırı olduğundan şüphe edilemez²⁸⁸. AIHM’nin, devletlerin sadece zorunlu hallerde ve bu zorunlulukla orantılı biçimde kuvvet kullanabileceklerini belirten kararları ve yaşama hakkının devletlere pozitif yükümlülükler de atfetmekte olduğuna dair içtihatları karşısında²⁸⁹ AIHS md. 2 ile uyusur bulmadığımız TMK Ek md. 2 için anayasal düzeyde kullanılabilir en doğru ifadeye, düzenlemenin, demokratik gerekleri karşıladığı tartışmalı olan AY’ya dahi aykırı olduğunun belirtilmesiyle ulaşılabilir.

SONUÇ

Siyasal iktidarlara yönelik insan hak ve özgürlüklerine dair taleplerin yaygınlaştığı 20. yüzyılı aşarak, insan hakları ideolojisinin giderek ağırlık kazanacağı bir zaman dilimi olacağı düşünülen 21. asırda²⁹⁰, insan hakları ile temas noktası bulunan her sorunsal, insan hak ve özgürlüklerinin merkez

287 Bkz. ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., s.108,109.

288 Bu nedenle, 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer’in, TMK md. 6/4’ün, TMK md. 7/2’nin üçüncü ve dördüncü tümcelerinin ve TMK md. 6/5 hükmünün iptalleri istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne açmış olduğu davada AYM’nin iptal kararını beklerken, Cumhurbaşkanlığı’nın ilgili dava dilekçesinde TMK’nın Ek 2. maddesinin Anayasa’ya aykırılığının ileri sürülmemiş olmasını izahı oldukça güç bir mesele olarak kabul ettiğimizi belirtmek isteriz.

289 Bkz. s.294-295.

290 Bkz. KABOĞLU İbrahim Özden, Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2005, s.98.

alınması suretiyle ele alınmalıdır. Anılan mülhaza, ulusal mevzuatın çağdaş ve demokratik niteliklerinin değerlendirilmesi için, insan haklarına, milletlerüstü hukuka ve hukukun genel ilkelerine uyumluluğun en önemli kriter olarak kabul edilmesini lüzumlu kılar.

Genel olarak, AİHM içtihatları özelinde, demokratik toplum gerekleri karşısındaki konumunu inceleme konusu yaptığımız 5532 sayılı kanunla değişik 3713 sayılı TMK'nın son halinde, örneğin terörün finansmanının suç haline getirilmesi (TMK md. 8) gibi birtakım isabetli yeniliklere yer verilmiş olmakla birlikte, AİHS ve (veya) çağdaş insan hakları kabulü nezdinde sorunlu addolunan birçok hükme hiç dokunulmamış, ya da bunlar daha sorunlu hale getirilmiş (mesela TMK md.1, md.4, md.6); buna ilaveten, daha önce değiştirilmiş bulunan veyahut AYM tarafından iptal edilen kimi problemlü düzenlemeler de (TMK md. 7/2, TMK Ek md.2) tekrar kanunlaştırılmıştır. Bu haliyle, suç ve cezaların kanuniliği, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve hukuk devleti ilkeleriyle, adil yargılanma, güvenlik, yaşama haklarına ve ifade özgürlüğüne aykırı olan, mutlak nitelikteki işkence yasağına karşın buna muğayir fiilleri cesaretlendirici hükümleri haiz bulunan TMK, modern ceza hukuku icaplarıyla ve demokratik toplum gerekleriyle çelişmektedir.

Her türlü suçluluk türü için geçerli olduğu gibi, suç teşkil eden fiillerin kapsamlarının genişletilmesi ve yaptırımlarının ağırlaştırılması, terör suçu teşkil eden eylemler açısından da amaca uygun bir mücadele yöntemi olarak adolunamaz. Demokrasiyi tehdit eden eylemlerle mücadele etmek adına demokratik kaidelerden sapılması olsa olsa siyasal iktidarın otoriter temayülünün neticesidir. Şu halde, reform paketleri ve Anayasa değişiklikleri neticesinde edindiğimiz tecrübelerle göre, antidemokratik temellere dayanan düzenlemelerin üzerlerinde yapılan oynamalar ve değişiklikler bunların demokratik esaslara uygun hale getirilebilmesi için yeterli olmadığından, insan haklarının muhafazası için, terörle mücadelenin milletlerarası yönünü ve insan hakları kavramının evrensel niteliğini ihmal etmiş görünen 3713 sayılı TMK'nın yürürlükten kaldırılmasına ve bahsi geçen hususlar üzerine itinayla bina edilecek yeni bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır²⁹¹.

291 Bir hukuk devletinde esasen ayrı bir "Terörle Mücadele Kanunu"na gerek olmadığı yönünde bir görüş için bkz. ŞAMLI Yasin, Terörle Mücadele Kanunu Tasarısının Kanunlaşma Süreci ve Sivil Toplum Kuruluşları, in Hukuk Dünyası, Yıl: 16, Sayı: 2006/2, s.13,14.

KAYNAKÇA

- ALACA KAPTAN Uğur: Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970
- ALACA KAPTAN Uğur: Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu, 16-18 Haziran 1995, I. Oturum: Tartışmalar
- ALACA KAPTAN Uğur: Terörün Değişen Yüzü ve Dünya-1, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 1, Sayı:1, 2004/1
- ALPASLAN Şükrü: Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik, Teknik Yayınlar, İstanbul, 1983
- ALTUĞ Yılmaz: Terörün Anatomisi, Altın Kitaplar Yayınevi, İstanbul, 1995
- ALTUĞ Yılmaz: Terörizm Sorunu, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LII, Sayı: 1-4, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, 1987
- ARTUK M. E./GÖKCEN A./YENİDÜNYA C.: Ceza Hukuku, Genel Hükümler I, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara, 2006
- AYVERDİ İlhan: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C: 1-2-3, Kubbealtı Neşriyatı, İstanbul, 2006
- BAL İhsan: Alacakaranlıkta Terörle Mücadele ve Komplolar Teorileri, USAK Yayınları, Ankara, 2006
- BATUM Süheyl: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1993
- BAYRAKTAR Köksal: Siyasal Suç, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982
- BAYRAKTAR Köksal: Basın Özgürlüğüne Yeni Sınırlamalar, in Güncel Hukuk, Ağustos, 2006/8
- BAYRAKTAR Köksal: Teröre Destek Suçu, in Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004
- BEŞE Ertan: Terörizm, Avrupa Birliği ve İnsan Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002
- BIÇAK Vahit: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Terörizm, in. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık, 1999, C: III, Sayı:1-2
- BJORNBERG Kjell/RICHMOND Paul: Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, 11-19 Temmuz 2004 ve 13-22 Haziran 2005 tarihli Avrupa Birliği Komisyonu İstisari Ziyaret Raporları, 11.12.2007 erişim tarihi ile <http://www.abgm.adalet.gov.tr/>
- BOUZAT P./PİNATEL J.: Traité de Droit Pénale et de Criminologie, I, Paris 1970
- CANKAYA Ö./BATUR YAMANER M.: Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

- ÇAĞLAR Bakır: 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu Üzerine Not, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991
- DONAY Süheyl: Tedhişçiliğin Cezalandırılması Hakkında Avrupa Sözleşmesi, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XLIII, Sayı: 1-4, Ord. Prof. Dr. Charles Crozat'a Armağan, 1979
- DONAY Süheyl: İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1982
- DÖNMEZER S./ERMAN S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: I, 13. Bası, Beta Basım, İstanbul, 1997
- DÖNMEZER S./ERMAN S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II, 12. Bası, Beta Yayın, İstanbul, 1999
- DÖNMEZER S./ERMAN S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C: III, 9. Bası, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1983
- DÖNMEZER Sulhi: Milletlerarası Tedhişçilik, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: XLIV, Sayı: 1-4, 1978
- DÖNMEZER Sulhi: Hukuk Devletinde Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Sempozyumu, 16-18 Haziran 1995, I. Oturum: Yorum, İstanbul, 1996
- DÜLGER Murat Volkan: Teknolojideki ve Kitle İletişim Araçlarındaki Gelişmelerin Uluslararası Terörizme Etkileri, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007
- EREM Faruk: Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C: I, Seçkin Kitabevi, Ankara, 1984
- ERGİL Doğu: Terörizmin Mantığı ve Hedefi, in Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Muammer Aksoy'a Armağan, C: XLVI, Ocak-Haziran, 1991
- ERMAN Sahir: Terörle Mücadele Kanunu'nun Kanun Yapma Tekniği ve Eşitlik İlkeleri Açısından İncelenmesi, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991
- ERMAN Sahir/ÖZEK Çetin: Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, Alfa Yayınları, İstanbul 2000
- EVİK Vesile Sonay: Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004
- GOMIEN D./HARRİS D./ZWAAK L.: Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter, Council of Europe Publishing, Germany, 1966
- GÖLCÜKLÜ F./GÖZÜBÜYÜK Ş.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 6. Bası, Ankara, 2005
- GÜLFİDAN Osman Serkan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Sorumluluğunun Şahsiliği İlkesi, in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2/2005, 2007

- HARRİS D.J./O'BOYLE M./WARBRİCK C.: Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, Dublin, Edinburgh 1995
- İLKİZ Fikret: Alt Komisyon Raporu ve TMK, 24.06.2006, 11.12.2007 erişim tarihi ile <http://avukatilkiz.blogspot.com/2006/06/alt-komisyon-raporu-ve-tmk.html>
- KABOĞLU İbrahim Özden: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, 2005
- KANGAL Zeynel T.: Yeni Türk Ceza Hukuku'nda Tüzel Kişiler, in Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 7, Temmuz 2006
- KAPANİ Münci: Politika Bilimine Giriş, 18. Basım, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2006
- KARAKAŞ Işıl: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yaşam Hakkı: McCann'dan Kaya ve Ötesine, in Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan
- KAYA İbrahim: Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, USAK Yayınları, Ankara, 2005
- KUNTER N./YENİSEY F./NUHOĞLU A.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Basım, 14. Bası, İstanbul, 2006
- KUZU Burhan: Terörle Mücadele Kanunu ve Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı, in Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1995
- LEIGH Leonard H.: Adil Yargılanma Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Antlaşması, in Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004
- MERLE R./VİTU A.: Traité de Droit Criminelle, Paris 1967
- ÖKTEM Emre: Terörizm, İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları, Derin Yayınları, İstanbul, 2007
- ÖNDER Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- ÖZDEMİR Selma: Terörle Mücadele Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çocuk Haklarını Nasıl Etkiledi?, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007
- ÖZEK Çetin: Cezalandırma Hukukundan İnsan Haklarına Giriş, in. Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, Galatasaray Üniversitesi Yayınları: 32, İstanbul, 2004
- ÖZEK Çetin: 1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler, in Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1999
- ÖZEK Çetin: Terör ve "Terörle Mücadele Kanunu", in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991
- ÖZEK Çetin: Devletin Korunması, Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilenme Hakkı, in Edip F. Çelik'e Armağan, Değişen Dünyada İnsan Hukuk ve Devlet, Engin Yayıncılık, İstanbul, 1995

- ÖZDEK Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, TODAİE Yayınları, Ankara, 2004
- ÖZGEN Eralp: Terörizmle Mücadele Yasasının Değerlendirilmesi, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991
- ÖZGENÇ İzzet: Terörle Mücadele Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006
- ÖZTÜRK B./ERDEM M. R.: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, 2006
- PULAT Y. Tacar: Terör ve Demokrasi, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1999
- SAV Önder: İnsan haklarına ve Hukukun Üstünlüğüne Saygı ve Terörle Mücadele Kanunu, in Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991, Sayı: 2
- ŞAMLI Yasin: Terörle Mücadele Kanunu Tasarısının Kanunlaşma Süreci ve Sivil Toplum Kuruluşları, in Hukuk Dünyası, Yıl: 16, Sayı: 2006/2
- TANER Tahir: Tedhişçilik ve 16 İkinciteşrin 1937 Cenevre Mukavelemleri, in İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cemil Birsnel'e Armağan, 1939
- TANİLLİ Server: Devlet ve Demokrasi, Anayasa Hukukuna Giriş, 7. Bası, Cem Yayınevi, 1993, İstanbul
- TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, 2002, İstanbul
- TANÖR Bülent: Terörle Mücadele Kanunu Üzerine İlk Düşünceler, in Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl 10, Sayı: 1-2, 1990
- TEZCAN D./ERDEM M.R./SANCAKDAR O.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2004
- TEZİÇ Erdoğan: Anayasa Hukuku, Beta Basım, 5. Bası, İstanbul, 1998
- TOROSLU Nevzat: Terörle Mücadele Kanunu, in İstanbul Barosu Dergisi, C: 65, Sayı: 4-5-6, 1991
- van DİJK P./van HOOF G.J.H.: Theory and the Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International Press, Hague, London, Boston, 1998
- YENİSEY Feridun: Uluslararası Terörün Önlenmesi Avrupa Sözleşmesi Hakkında, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007
- YURTCAN Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, 10. Bası, Kazancı, İstanbul, 2004
- ZAFER Hamide: Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Basım, İstanbul, 1999
- ZAFER Hamide: Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, Beta Basım, İstanbul, 1999
- ZAFER Hamide: Terörün Tanımı ve Yapısal Özellikleri, in Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 4, Sayı: 10, 2007

- 03.04.2004 tarihli Uluslararası Terör ve Barış Hukuku Konferansı, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2004, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'ın konuşması
- 10.12.2005 tarihli Terör ve İnsan Hakları Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, konuşmacı: Ümit Kocasakal

YARARLANILAN İNTERNET ADRESLERİ

<http://www.anayasa.gov.tr/general/>

(Anayasa Mahkemesi, Resmi Web Adresi)

<http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>

(Anayasa Mahkemesi, Karar Bilgi Bankası, Resmi Web Adresi)

<http://conventions.coe.int/>

(Avrupa Konseyi Sözleşmeler Bürosu, Resmi Web Adresi)

<http://www.echr.coe.int>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Resmi Web Adresi)

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Veri Tabanı-Arama Motoru)

<http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Case-law+information/Lists+of+judgments/>

(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Listesi)

<http://www.abgm.adalet.gov.tr/>

(Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü, Resmi Web Adresi)

<http://www.yargitay.gov.tr>

(Yargıtay, Resmi Web Adresi)

<http://www.kazanci.com.tr/>

(Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bankası Web Adresi)

ÖZEL HUKUK

BAĞIMSIZ DENETİMDE FİNANSAL TABLOLARDAKİ HİLE ve USULSÜZLÜKLER

*Vural GÜNAL**

I. KONU

Finansal tablolar, işletmelerin belli dönemlerdeki göstergeleridir. Yönetici ve ortaklar bu tablolar aracılığıyla, işletmenin içinde bulunduğu mali durumu izlerler. Bu tabloların doğru ve gerçeği yansıtır biçimde hazırlanmış olması, öncelikle işletme lehinedir. Finansal tablolarda saydamlık, güvenilirliğin ilk koşuludur. Kamunun aydınlatılması açısından, halka açık şirketlerde finansal tabloların hazırlanma, içerik ve yayınlanma dönemleri mevzuatımızda belirlenmiş ve bu yolla sermaye piyasasında güven sağlanmaya çalışılmıştır.

Güven unsuru esas alınarak hazırlanan finansal tablolarda, hata ve hile ile ortaya çıkabilecek sapmaların giderilmesi için, bağımsız denetim kuruluşları ve bu kuruluşlarda görev yapan bağımsız denetçiler önem taşımaktadır.

Mevzuatımız, bağımsız denetçileri, finansal tablolara güvenin sağlanması açısından görevlendirmiş bulunmaktadır. Finansal tabloların hile ve usulsüzlüklerle “aldatıcı” bir nitelik kazanması işletme yöneticilerine ve bilhassa sermaye piyasasına olan güveni büyük ölçüde sarsabilecek niteliktedir.

Bu nedenle, finansal tabloların hile ve usulsüzlüklerle olduğundan değişik bir anlama yönlendirilmesinin önlenmesine ilişkin olarak yapılan düzenlemelerden kısaca söz edilmesinde yarar olacaktır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sermaye Piyasası Hukuku Öğretim Görevlisi

II. BAĞIMSIZ DENETİM

Ülkemizde bağımsız denetim, işletmelerin kamuya açıklanacak veya Sermaye Piyasası Kurulu'nca istenecek yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesini amaçlar ve bu denetim, finansal bilgilerin bağımsız denetim standartlarında öngörülen gerekli tüm bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak, defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanması anlamındadır¹.

Sermaye Piyasası Kanunu'na göre, ihraççılar ve Sermaye Piyasası kurumları, - konsolide olanlar dahil -, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Sermaye Piyasası Kurulu'nca istenecek mali tablo, rapor ve bilgileri tespit olunacak şekil ve esaslara, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uymak suretiyle düzenlemekle yükümlüdürler². Yine Yasa açıkça, bu şekilde düzenlenecek mali tabloların, bağımsız denetleme kuruluşlarına bilgilerin doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtma ilkesine uygunluğu bakımından incelenilerek bir rapor alınmasını öngörmektedir.

Yasa'nın Sermaye Piyasası Kurulu'na verdiği görevleri sıralayan 22'inci maddesinde, “..... her türlü mali tablo ve raporlar ile bunların bağımsız denetimlerinin kapsamı, standartları ve ilan esaslarının tesbit edilerek bu konularda tebliğler yayınlanması” hususu da mevcuttur.

III. FİNANSAL TABLOLAR:

Finansal tablo deyimi, dipnotlarıyla birlikte konsolide olanlar dahil;

- bilanço
- gelir tablosu
- nakit akım tablosu
- özsermaye değişim tablosu

olarak anlaşılmalıdır³.

¹ Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ (X/22) – RG: 12.06.2006/Mük.

² Madde 16.

³ X/22 sayılı Tebliğ.

IV. BAĞIMSIZ DENETİME TABİ İŞLETMELER

Mevzuatta “İşletme Kavramı”;

- (i) İhraç ettiği sermaye piyasası araçları⁴ bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem görenler dahil, halka açık anonim ortaklıklar
- (ii) Yasa'nın izin verdiği ihraççılar ve
- (iii) Sermaye piyasası kurumlarını, ayrıca
- (iv) Sermaye Piyasası Kurulu'nun finansal raporlama standartlarına ilişkin düzenlemeleri kapsamındaki konsolidasyona dahil edilen işletmeleri, bağlı ortaklık, müşterek yönetime tabi teşebbüs ve iştirak niteliğindeki diğer işletmeleri kapsar.

Yıllık finansal tabloları bağımsız denetime tabi olan işletmeler şöyle sıralanabilir:

- Aracılık faaliyeti açısından bankalar
- Aracı kurumlar
- Portföy yönetim şirketleri
- Yatırım fonları
- Emeklilik yatırım fonları
- Yatırım ortaklıkları
- Konut finansmanı fonları
- Varlık finansmanı fonları
- İpotek finansmanı kuruluşları
- Hisse senedi borsada işlem gören ortaklıklar
- Hisse senedini halka arz etmiş ortaklıklar veya hisse senetleri halka arz edilmiş sayılan (=varsayım) ortaklıklar
- Portföy boşaltmak suretiyle halka arzda bulunacak anonim şirket ortakları
- Anonim şirket biçiminde hizmet veriyorsa borsa ve takas – saklama kuruluşları
- Sermaye Piyasası Kurulu'nun gerekli gördüğü işletmeler

⁴ Yasa'ya göre, “menkul kıymetler” ve “diğer sermaye piyasası araçları”na üst kavram olarak “sermaye piyasası aracı” denilmektedir.

V. BAĞIMSIZ DENETÇİLERİN UYACAKLARI ETİK İLKELER

“Bağımsız denetçi” bağımsız denetim kuruluşlarının bağımsız denetimle görevlendirdiği her kidedeki denetim elemanlarına denir.

Bu elemanların, aşağıda sıralanan etik ilkelere uyma zorunluluğu getirilmiştir⁵.

1. Mesleki Şüphecilik:

Tebliğ’in tanımına göre, mesleki şüphecilik elde edilen bağımsız denetim kanıtlarının geçerliliğinin sorgulayıcı bir anlayışla değerlendirilmesidir.

2. Bağımsızlık:

Mesleki faaliyetin dürüst ve tarafsız yürütülmesini sağlayacak bir davranış ve anlayışlar bütünü, “bağımsızlık” kavramının tanımını oluşturmaktadır.

3. Mesleki Özen ve Titizlik:

Basiretli bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade eden mesleki özen ve titizliğin asgari kıstası, bağımsız denetim standartlarına eksiksiz uyulmasıdır. Buna göre, Tebliğ’de de belirtildiği üzere, bağımsız denetçi, bağımsız denetim faaliyetini – gerektiği şekilde – planlamak, uygun, yeterli ve güvenilir kanıtlar toplayarak incelemesini yapmak, temiz ve düzenli çalışma kağıtları hazırlamak ve böylece finansal tabloların “gerçekliği” ve “doğruluğu” hakkında dürüst bir yargıya ulaşmak zorundadır. Varılan dürüst ve doğru yargının, özen ve titizlikle denetim raporuna geçirilmesi gereklidir.

4. Ticaret ve Mesleğe Aykırı Faaliyette Bulunmama:

Bu yasakları üç noktada toplamak mümkündür:

- a) Bağımsız denetçi ve içinde hizmet verdiği bağımsız denetim kuruluşunun, Tebliğ’de öngörülen faaliyetler dışında: (ticari), (sınai) ve (zirai) hiç bir işle uğraşmaması gereklidir; başka bir ifade ile, ticaret şirketlerinin

⁵ Tebliğ Seri X, No:22 – İkinci Kısım, üçüncü bölüm.

yönetim kurulu başkanlığı ve üyeliği; genel müdürlüğü, genel müdür yardımcılığı ile - önemli karar, yetki ve sorumluluk taşıyan başkaca pozisyonlar dahil-, bu kuruluşların ve denetçilerinin ticaret, sınai ve zirai iş yapmaları yasaklanmış bulunmaktadır.

- b) Gerek bağımsız denetçi gerçek kişi olarak, gerek bağımsız denetçinin adına faaliyette bulunduğu bağımsız denetim kuruluşu tüzel kişi olarak, başka bir bağımsız denetim kuruluşuna ortak olamazlar; bağımsız denetçiler yönetici ve bağımsız denetçi olarak çalışmazlar.
- c) Bağımsız denetçinin meslek onuruna daima dikkat etmesi gerekir ve meslekle bağdaşmayan faaliyetlerde ve davranışlarda bulunması da yasak kapsamı içinde bulunmaktadır.

5. Reklam Yasağı:

Bağımsız denetim kuruluşlarının ve bağımsız denetçilerin, tanıtıcı broşür dağıtma ve bilimsel nitelikte yayında bulunmak hariç iş elde etmek için dolaylı ve dolaysız reklam yapmaları, reklam sayılabilecek faaliyetlerde bulunmaları ve piyasaya iş önermeleri de yasaklanmıştır.

6. Sır Saklama Yükümlülüğü:

Bilindiği üzere meslek ve banka sırrı kavramlarının mevzuatta tam bir tanımına rastlanılamamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı" niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanmasına yaptırım getiren 239'uncu maddesinde de bir tanım getirilmemiştir. Konunun en çok işlendiği bankacılık hukukunda uygulama açısından müşteri sırrı ile banka sırrı ayrılarak anlamlandırılmaya çalışılmaktadır. Bankaların müşterileri ile yaptığı işlemlerden kaynaklanan tüm bilgilerin müşteri sırrı kapsamına gireceği ve bankacılık faaliyetlerini ilgilendiren, bankacılık nitelik ve niceliğini taşıyan, bankanın mali gücünü ve itibarını ilgilendiren hususların banka sırrı kavramı kapsamında ele alınması gereği ileri sürülmektedir⁶. Tanım konusunda gelecek dönemlerde gelişmeler olabileceği anlaşılmaktadır. "Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı"nda müşteri sırrının "ticari işletme ve şirketlerin, sermaye piyasasında ve mali piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların kendi faaliyet alanları ile ilgili olarak müşteri ile ilişki-

⁶ Prof. Dr. Seza Reisoğlu – Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.993-995.

rinin müşterinin şahsi, iktisadi, mali, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolaylı edindikleri tüm bilgi ve belgeler” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Aynı Tasarı’da banka sırrı ise, “bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri ifade eder” biçiminde tanımlanmaktadır⁷.

Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak Tebliğ’de yapılan düzenlemeye göre yasal zorunluluklar hariç bağımsız denetim kuruluşlarının yönetici, bağımsız denetçi ve çalışanları ile bu kuruluşlara dışarıdan hizmet verenlerin, işleri dolayısıyla öğrendikleri sırları açıklamaları, bu sırları kendileri ve üçüncü kişilerin yararlarına kullanmaları da yasaklanmıştır.

7. Haksız Rekabette Bulunmama:

Bağımsız denetimde, bağımsız denetim faaliyetlerinin niteliğini herhangi bir suretle olumsuz yönde etkileyebilecek veya meslektaşlarına zarar verebilecek tarz ve ölçüde rekabete girilmesi de yasaklar arasında bulunmaktadır.

VI. FİNANSAL TABLO DENETİMİNDE HİLE ve USULSÜZLÜKLERİN DİKKATE ALINMASI

1. Hile ve Usulsüzlük Kavramları:

Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre, akit, sözleşme taraflarının iradelerinin uyuşması suretiyle ortaya çıkar ve akit yapılırken esaslı bir hataya düşen taraf, o akitle ilzam olunamaz. Yasa’ya göre, esaslı hatalar özetle; akdin esasında, akdin tarafında ve ivazlar arasında önemli farklılık bulunmasında görülür ve akdin gerekli nitelikleri gereği nazara alınmasına ticari doğruluğun uygun gördüğü şeylerde hata edilmesi de esaslı hata hallerindedir.

Finansal tabloların bağımsız denetimindeki hile ve usulsüzlükler ise, Tebliğ’in ifadesiyle, “hatadan farklı olduğu dikkate alınarak”, gerek varlıkların kötüye kullanılmasından, gerekse hileli finansal raporlamadan kaynaklanan gerçeğe aykırı finansal raporlarla ilgili bulunmaktadır. Bağımsız dene-

⁷ Reisoğlu; a.g.e. s.995.

timde, hile ve usulsüzlüklerin ortaya çıkarılması, bunların önlenmesi ve işletme yönetiminin ve yönetimden sorumlu kişilerin sorumluluklarının belirlenmesi, bağımsız denetçiler için bir görev oluşturmaktadır.

Bu görev;

- mesleki şüphecilik açısından, hile ve usulsüzlük nedeniyle önemli yanlışlıklar yapılabileceği ihtimalinin göz önünde bulundurulmasını,
- hile ve usulsüzlüklerden kaynaklanan önemli yanlış yapıma olasılığının tüm ekip üyelerine duyurulmasını,
- konuya ilişkin risklerin ortaya çıkarılmasında bilgi sağlanması yöntemleri kullanılmasını,
- hile ve usulsüzlükten kaynaklanan önemli yanlışlık risklerinin tanımlanması ve belirlenmesini,
- yönetimle ilişki kurularak işletme yönetiminden “teyit” mektupları alınmasını kapsar.

Hile ve usulsüzlükleri “hata”dan ayıran temel unsur, “finansal tablolarda yanlışlığa sebep olan fiilin” kasıtlı olarak yapıp yapılmadığıdır⁸. Hata, kasıt olmaksızın bir tutarın veya bir açıklamanın atlanması gibi yanlışlıkları ifade eder.

Hile ve usulsüzlük, işletme yönetiminde bulunanlarla yönetimden sorumlu kişilerin, işletme çalışanlarının ve üçüncü kişilerin kasıtlı olarak “adil” veya “yasal olmayan” bir menfaat sağlamak amacıyla (aldatma) içeren davranışlarda bulunmalarını ifade eder. Tebliğ hükmüne göre (md. 4), hileli finansal raporlama, kasıtlı olarak, finansal tablolarda gösterilmesi gereken tutarların veya açıklamaların yer almaması veya yanlış beyan edilmesi suretiyle finansal tablo kullanıcılarının yanıltılmasıdır; çok kere tablo kullanıcılarının işletmenin (performansı) ve (karlılığı) konularındaki algılamalarını etkiliyerek, yanıltma amacıyla işletmenin karının manipüle edilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Şirket varlıklarının kötüye kullanılması, şirket çalışanları tarafından değil de işletme yönetimi tarafından gerçekleştirdiği takdirde, bu işlemlerin ortaya çıkarılmasının - iyi gizlenebilecek olması dolayısıyla - çok daha güç olduğunun hatırdta tutulması hususu, ilgili Tebliğ’de özellikle kamunun dikkatine sunulmuştur.

8 Tebliğ X/22 Madde 4.

2. Sorumluluk:

2.1. İşletme Yönetiminin Sorumluluğu:

- hilenin önlenmesinde ve ortaya çıkarılmasında esas sorumluluk, işletme yönetimine aittir.
- işletmenin dürüstlük ve etik davranış kültürü çerçevesinde, yönetimden sorumlu kişilerin gözetiminde, işletme yönetiminin hile ve usulsüzlükleri önlemek üzere gerekli önlemleri alması ve uygulanacak yaptırımları belirlemesi gerekir
- finansal raporlama sisteminin güvenilirliğinin sağlanması, gerekli iç kontrol sisteminin kurulması ve işletilmesi açısından yönetimden sorumlu kişilere düşer. Böylece işletmede, dürüst ve etik davranış kültürü de yaratılmış olur.
- işletme faaliyetlerinin düzenli ve etkin şekilde yürütülmesini sağlayacak genel kontrol ortamı ve bunun prosedürleri de işletme yönetimi sorumluluğuna verilmiştir.

2.2 Bağımsız Denetçinin Sorumluluğu:

Bağımsız denetçi, finansal tablolarda hile, usulsüzlük veya hatadan kaynaklanabilecek önemli yanlışlıkların bulunmadığına dair makul ölçüde güvence sağlamak zorundadır.

Makul ölçüde güvence sağlayabilmek için işletme yönetimi tarafından kontrollerin aşılması olasılığını ve hataları tespit etme konusunda etkin olan bağımsız denetim tekniklerinin hile ve usulsüzlükten kaynaklanan riskleri ortaya çıkarma açısından uygun olmayabileceğini göz önünde bulundurmak zorunluluğu vardır; bu husus mesleki şüphecilik tutumunun bir sonucudur.

Kümülatif ve tekrarlanan bir süreç olan finansal tabloların bağımsız denetimde bağımsız denetçi, uyguladığı bağımsız denetim teknikleri ve elde ettiği bağımsız denetim kanıtlarına dayanarak eski dönemler dahil “önemli ölçüde yanlışlık” riskini değerlendirir. (Tebliğ md. 24).

VII. SONUÇ

Finansal tablolarla ilgili olarak yapılan hilelerle sermaye piyasasında güven unsurunun yok edilmesi, kamuoyunun kolay hazmedemeyeceği önemli bir suçtur.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47'inci maddesine göre, diğer kanunlara göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek "mesnetsiz bilgi verilmesi" iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ve Yasada belirtilen para cezası ile cezalandırılmaktadır. Öte yandan kasıtlı olarak gerçeğe aykırı bağımsız denetleme raporu düzenleyenler ve bu raporun düzenlenmesini sağlayanlar da bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası yanında para cezasına da mahkum edilirler.

Bu hükümler de bağımsız denetimin ülkemiz ekonomisinin sağlam göstergelerle yoluna devam etmesindeki önemli rolünü bir defa daha ortaya koymaktadır.

BANKACILIK KANUNU'NUN KREDİ SINIRLAMALARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

Ar. Gör. Dr. Tolga AYOĞLU*

§. GİRİŞ

Mevduat bankaları, halktan toplanan tasarrufları sevk ve idare etmek gibi önemli bir kamu hizmetini ifa etmektedirler¹. Bu kurumların “*kredi köprüsü oluşturmak*” şeklinde tanımlanan asli fonksiyonları, kullanım dışında bırakılan atıl kaynakları, yani halkın tasarruflarını toplayarak kredi işlemleri vasıtasıyla üretimi gerçekleştirecek olan reel sektöre aktarmaktır. Kendi öz kaynaklarından ziyade bünyelerine yabancı kaynakları kullanan bu kurumların faaliyetleri; mevduat sahiplerinin menfaatlerini korumak amacıyla risk yönetimi açısından belirli sınırlamalara tabi tutulur². Mevduat sahiplerinin menfaatlerini koruma düşüncesi bankacılık sektörü üzerindeki kamusal denetimin temel gerekçesi olarak gösterilir³.

Kamunun bankacılık sektörü üzerindeki denetim ve gözetim faaliyetinin başlıca iki ana hedefi olduğunu söylenebilir. Bunlar; “*özkaynak yeterliliği ve likidite rasyoları çerçevesinde bankanın mali yapısının ve mevduat iade gücünün sürekli olarak izlenmesi*” ile “*banka kaynaklarının riskin dağıtılması esasına göre mümkün mertebe fazla sayıda kişi ve kuruluşa kullandırılması yoluyla makroekonomik ölçekte iktisadi kalkınmanın sağlanması*” olarak ta-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 **İmregün, Oğuz;** Mevduatı Koruma Bakımından Bankalara Devlet Müdahalesi, İstanbul 1957, s. 17.

2 **İmregün,** s.17.

3 **Erez, Mesut;** Bankalar Sistemi ve Devlet Kontrolü, Ankara 1975, s. 2.

nımlanabilir. Bu denetimin yasal temelini 19.10.2005 tarih ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu oluřturmaktadır⁴. Bu çalışmanın amacı, anılan Kanun’un kredi tahsis faaliyetine ilişkin olarak getirdiği yasak ve sınırlamaları, bu sınırlamaları içeren hükümlerin hukuki niteliğini ve bu sınırlamalara aykırı olarak gerçekleştirilen işlemlerin geçerliliğini mercek altına almaktır.

Bu amaçla, çalışmanın ilk bölümünde “*kredi*” kavramının tanımı üzerinde durulacak; ikinci blmde Bankacılık Kanunu tarafından öngörülen kredi yasakları ve sınırlamaları kısaca açıklanmaya çalışılacak; üçüncü ve son blmde ise bu yasak ve sınırlamaları öngören hükümlerin hukuki niteliği ile bu sınırlamalara riayet edilmeksizin gerçekleştirilen işlemlerin hukuki akıbeti inceleme konusu yapılacaktır.

I. “KREDİ” KAVRAMI

A) Tanımı

İtalyanca’ya Latince’den geçen “*credere*” (“*inanmak*”) fiilinden ve “*il credo*” (“*inanç*”-“*güven*”) kelimesinden türetilen “*kredi*” (“*il credito*”) kavramı, BK md. 306-312 hükümleri arasında düzenlenen klasik ödünç (“*karz*”) akdinden farklı, bankalar hukukuna özgü bir kavramdır. BK md. 306 hükmünde, “*Karz, bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın yahut diğer bir misli Şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden Őeyleri geri vermekle mkelef olur*” Şeklinde tanımlanan klasik *karz* akdi, sadece para yahut başkaca bir misli Şeyin mülkiyetinin ödünç amacıyla ödünç alana geçirilmesini konu almaktadır. Nispeten daha geniş bir kavram olan “*kredi*” ise, bir tanım vermek gerekirse; “*bankanın ekonomik gücü ve kredibilitesinin, ereve sözleşme niteliğindeki kredi sözleşmesinde öngörülen limit st sınırı teşkil etmek kaydıyla, sözleşmede öngörülen süre boyunca, lehine kredi tahsis olunan kişi ya da bu kişinin göstereceği bir nc Şahsın*⁵ emrine amade tutulmasını” ifade eder ve yalnızca “*bankalar*”⁶ tarafından gerçekleştirilebilen bir işlem niteliği

⁴ RG., 1.11.2005, S. 25983.

⁵ Bankanın, kendi kredi borçlusunun alacaklısı lehine teminat mektubu düzenleyerek gayrinakdi kredi tahsis etmesinde örneğinde olduğu gibi.

⁶ Kanun’un 3. maddesinde verilen tanım uyarınca, “mevduat bankaları” ile birlikte “katılım bankaları” ve “kalkınma ve yatırım bankaları” da “banka” tanımına dahil bulduklarından kredi tahsis işlemi yapabilmektedirler.

taşır. Kredi borçlusu, bankanın çerçeve sözleşme niteliğindeki kredi sözleşmesi ile kendisine tahsis ettiği kredi limitini, sözleşmede öngörülen süre içerisinde, bir ya da birden fazla sayıda birel kredi işlemi vasıtasıyla kullanabilir⁷. Bankanın çerçeve niteliğindeki kredi sözleşmesinden doğan edimi, sözleşme imzalanır imzalanmaz kredi limiti tutarındaki paranın fiilen borçluya ödenmesi olmayıp, bu meblağın sözleşme süresi boyunca borçlunun emrine amade olarak tutulmasıdır⁸. Bu nedenle, borçlu tarafından fiilen kullanılan kredi geri ödendiğinde sözleşme sona ermediği gibi, açılmış olan kredinin mutlaka kullanılması da zorunlu değildir⁹. Mahiyetlerindeki bu farklılık nedeniyle kredi sözleşmeleri klasik birer karz akdi olarak kabul edilmezler¹⁰. Daha ziyade, çerçeve niteliğinde *sui generis* sözleşme¹¹ ya da *karışık muhtevalı akit* olarak nitelendirilirler¹².

Kredi sözleşmesinin bankalar hukuku anlamındaki ayırt edici özelliği, kredi alanın kullandığı meblağı iade borcunu yerine getirip getiremeyeceğine ilişkin *belirsizliktir*¹³. Zira, temeli güven ilişkisine dayanan bu işlem, güvenin boşa çıkarılması ihtimalini de bünyesinde barındırmaktadır¹⁴. Geri dönüşü gerçekleştirilmeyen krediler bankanın mali yapısını önce sarsmaya, yoğunlukları arttırdıkça da iyiden iyiye zayıflatmaya başlayabilir. Kanun koyucunun

7 Dolayısıyla, borçlunun genel kredi sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine karşılık olarak verilen kişisel ya da nesnel teminatlar, aksi açıkça belirtilmediği sürece, yalnızca belirli bir ya da birkaç birel kredi işlemi değil, çerçeve sözleşme uyarınca yapılan birel işlemlerden doğan riskin tamamını teminat altına alırlar.

8 Sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece, tahsis olunan kredi hiç kullanılmamış olsa dahi bankanın kredi komisyonu talep edebilme hakkı mevcuttur. Zira banka, sözleşme süresi boyunca kredi limiti tutarındaki meblağı borçlunun kullanımı için hazır olarak bekletmek suretiyle kendi edimini yerine getirmiş bulunmaktadır. Bankanın müşterinin birel kredi sözleşmesinin yapılması yönündeki talebini reddedebilmesi ancak çerçeve sözleşmede belirtilen nedenlerle mümkün olabilir. Uygulamada, sözleşmelere, müşterinin kredi kullanım talebini (birel sözleşmeyi akdetme istemini) bankanın herhangi bir sebep göstermeksizin reddedebileceği yönünde hükümler konulmaktadır.

9 **Tandoğan, Haluk**; Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/II, Beşinci Tıpkıbasım, Ekim 1992, s. 332. Aşağıda "I, B" başlığı altında da açıklanacağı üzere, bankaların, kredi borçlusu yararına bir kambiyo senedini ciro ya da kabul etmek ya da üçüncü kişilere teminat mektubu veya kefalet (aval) vermek gibi yöntemlerle kredi tahsis edebilmeleri mümkündür.

10 Bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin görüşler için bkz. **Tandoğan**, s. 331-334; **Akyol, Şener**; Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001, s. 91-94.

11 **Akyol**, s. 94.

12 **Tandoğan**, s. 332.

13 **Akyol**, s. 78.

14 **Battal, Ahmet**; Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 201.

kredi tahsis süreci üzerindeki denetimi de işte bu endişeden, yani kredi dönüşlerindeki düzensizliğin mali yapıyı bozabilmesi ihtimalinden kaynaklanmaktadır¹⁵.

B) Bankacılık Kanunu'nda "Kredi" Olarak Kabul Edilen İşlemler

Hangi işlemlerin "kredi" olarak nitelendirilip kredilere özgü kanuni rejime tabi kabul edileceği Kanun'un 48. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre; "Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontragarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır."

Görüldüğü üzere, hüküm bankalar bakımından iktisadi anlamda "risk"¹⁶ içeren tüm işlemleri "kredi" olarak kabul etmektedir. Bankacılık Kanunu md. 48 hükmünün önem atfettiği husus, bankaya ait fonun (kaynağın, ekonomik gücün) kredi borçlusu ya da onun belirlediği üçüncü şahıs lehine kullanımına yönelik bir işlemin yapılmış olması ve bu işlemin iktisaden risk taşımasıdır. Şayet bu tür bir işlem yapılmış ise, bu işlem md. 48 anlamında "kredi" olarak kabul edilmek gerekecektir. Bankanın bu tür bir işlemi muhasebe tekniği yönünden hangi hesap altında izlediği önem taşımaz¹⁷.

¹⁵ **Altay, Sıtkı Anlam;** Bankaların Mali Durumunun Bozulmasının Hukuki Sonuçları, Şubat 2001 İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulmuş yayımlanmamış yüksek lisans tezi, s. 111.

¹⁶ Burada sözü edilen "risk", kredi konusu meblağın borçlu tarafından geri ödenememesi olasılığını ifade etmektedir. Bu ifade, kredinin; kredi borçlusunun mali yapısında kendisine has nedenlerle oluşan zaafiyet sebebiyle geri ödenememesi ihtimalini (yani borçlunun şahsı ile bağlantılı riskleri) kapsadığı gibi, borçlunun şahsı ile ilgili olmayıp makroekonomik dengelerde başgösteren kuvvetli dalgalanmaların piyasalar üzerindeki etkilerinden kaynaklanan ödenememe ihtimalini (piyasalar ile bağlantılı riskleri) de kapsamına almaktadır.

¹⁷ **Battal,** Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 202. Dolayısıyla, söz konusu işlem banka tarafından kredi takip hesapları dışında kalan başka bir hesap altında muhasebeleştirilmiş olsa bile bunun hukuki duruma bir etkisi olmayacaktır.

Hükümde kredi olarak kabul edilecek kalemlere yönelik olarak yapılan sayımın tahdidi nitelik taşımadığı, "...ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler" ibaresi eklenmek suretiyle, Kurum'a gerekli gördüğü takdirde başkaca işlemleri de md. 48 hükmünün kapsamına alabilme yetkisinin tanınmış olduğu vurgulanmalıdır. Bu aşamada, hükümde sayılan işlemlere, kredilerin geleneksel üçlü ayrımı çerçevesinde kısaca değinmek yerinde olacaktır.

a. Nakdi Krediler

"Nakdi kredi", bankanın müşterisine nakit ödeme yapmak suretiyle kullandığı kredidir¹⁸. Bankanın, hukuki sebebi her ne olursa olsun, müşterisi adına üçüncü kişilere nakit olarak yaptığı ödemeler de bu kapsama girer¹⁹. Borçlunun temerrüde düşmüş bulunduğu vadesi geçmiş nakdi krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilememiş faizler ve gayrinakdi kredilerin nakde tahvil olan bedelleri²⁰ de yine bu kapsamdadır.

Bazı işlemler ise "*dolaylı nakdi kredi*" niteliği taşırlar²¹. Bunlar, teknik anlamda kredi niteliği taşımamalarına karşın, bankanın, kendisine ait nakdi ya da ekonomik gücünü, kredi sözleşmesinin dışında kalan başkaca iktisadi-hukuki nedenlerle üçüncü kişilerin kullanımına sunduğu işlemlerdir: üçüncü kişilerin ihraç ettikleri ya da ellerinde bulundurdukları tahvil vb. borçlanma senetlerinin satın alınması suretiyle fonlanması²², ters repo işlemlerinden doğan alacaklar, bankanın başka bir ortaklığa katılım için (pay iktisabı için) ödediği meblağlar²³, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da başkaca

18 **Tekinalp, Ünal**; Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, İstanbul 1987, s. 156.

19 **Tekinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 157.

20 Banka tarafından borçlu lehine üçüncü kişiye verilen teminat mektubunun riskin gerçekleşmesi üzerine paraya çevrilmesi örneğinde olduğu gibi.

21 **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 202.

22 Bu tür işlemler kredi olarak kabul edilmeseydi, banka müşterisine kredi vermek yerine, onun ihraç edeceği veya portföyünde bulundurduğu borçlanma senetlerini satın alıp vadesinde geri satarak bu alım satımı aynen kredi işlemi gibi kullanabilirdi (**Tekinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 167).

23 Banka yönünden iktisaden kayıp riski taşıdıklarından, iştiraklere katılım için ödenen meblağlar da iştirak konumunda bulunan şirkete (ya da payları bankaya devreden kişiye) açılmış birer "kredi" gibi kabul edilirler (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 204). İştirak edilmesini kredi olarak kabul eden bir düzenleme bulunmasaydı, bankalar, kredi sınırlamaları nedeniyle kredi açamadıkları şirketlere, bu şirketlerin paylarını satın alarak fon aktarabilirlerdi. Kanun koyucu, bu düşünceden hareketle, iktisadi açıdan daha farklı bir işlem oluşturmasına karşın "iştirak edinilmesini" kredi işlemi gibi varsaymakta ve kredilere özgü hukuki rejime tabi kılmaktadır.

herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler²⁴, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar ve vadeli işlem- opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler çerçevesinde üstlenilen riskler²⁵ bu kategoriye dahil kabul edilirler.

b. Gayrinakdi Krediler

Gayrinakdi kredi, bankanın müşterisine (kredi borçlusuna) herhangi bir şekilde nakit ödemede bulunmadığı, fakat üçüncü kişilere karşı onun adına ödemede bulunmayı taahhüt ederek sorumluluk altına girdiği kredi biçimidir²⁶. Bu tür kredilerde banka “*şarta bağlı olarak*” ödemede bulunma riskini üstlenmekte, şart gerçekleştiğinde ödenecek meblağın kredi borçlusu tarafından geri ödenmemesi ihtimali bulunmaktadır²⁷.

Banka tarafından üçüncü kişilere kredi borçlusu lehine teminat mektubu verilmesi, kontrgaranti gösterilmesi veya kefil olunması gayrinakdi kredinin uygulamada en sık rastlanılan örnekleridir. Hükümde yer alan “...ve bu niteliği haiz taahhütler” ibaresi gereğince, bankanın, kredi borçlusu lehine üçüncü kişilerle BK md. 110 hükmü çerçevesinde yapacağı garanti sözleşmeleri de gayrinakdi kredi olarak değerlendirilirler. Kredi borçlusu lehine kambiyo senetlerine aval verilmesi, senedin ciro edilmesi, poliçelerin muhatap sıfatıyla kabul edilmesi de yine bu kapsamda kabul edilmektedir²⁸.

²⁴ Bir bankanın başka bir banka nezdinde tuttuğu mevduat da bu ibare gereğince md. 48 hükmü anlamında “kredi” olarak kabul edilir (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 203). Bu tür ödünç işlemlerinin teknik anlamda “kredi” olmamalarına karşın, kanunun dolanılmasının önlenmesi amacıyla “kredi” gibi kabul edildikleri konusunda bkz. **Tekinalp, Ünal**; 4389 Sayılı Bankalar Kanunu’na Göre Kredi Sayılan Tevdiat Suretiyle veya Herhangi Bir Şekil ve Surette Verilen Ödünçler, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul 1999, s. 737-738.

²⁵ Banka vadeli işlem- opsiyon sözleşmeleri ile benzeri sözleşmeler çerçevesinde “şarta bağlı olarak” ödeme taahhüdünde bulunduğundan, bu işlemlerin “dolaylı nakdi kredi” yerine, “dolaylı gayrinakdi kredi” olarak isimlendirilmeleri daha yerinde olacaktır. Zira, aşağıda I, B, (b) başlığı altında da açıklanacağı üzere, bankanın “şarta bağlı olarak” ödeme taahhüdünde bulunması gayrinakdi kredilerin karakteristik özelliğidir. Burada teknik anlamda bir kredi işlemi bulunmamasına karşın, vadeli işlem-opsiyon sözleşmesine dayanan şarta bağlı bir ödeme taahhüdü söz konusu olduğundan, dolaylı bir gayrinakdi kredi işleminin varlığından bahsetmek daha doğru olacaktır.

²⁶ **Tekinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 157. Bu tür krediler “sorumluluk kredisi” olarak da anılırlar (s. 157).

²⁷ **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 204.

²⁸ Md. 48/I hükmünde verilen tanımda “kabul”ün de bir gayrinakdi kredi işlemi olarak nitelendirilmesine karşın, TTK md. 610/I hükmü gereğince poliçe ilişkisinde muhatap “kabul” ile senedin asıl borçlusu haline gelmekte ve vadesinde senet bedelini ödemeyi taahhüt et-

Dönülemez ve teyitli akreditif işlemlerinde banka akreditif amiri lehine leh-dara ödeme garantisi vermekte olduğundan, burada da bir gayrinakdi kredi söz konusu olmaktadır²⁹.

Kredi sözleşmesi çerçevesinde müşteriye tahsis olunan kredi limitinin fiilen kullanılmamış olan kısmı da gayrinakdi kredi olarak kabul edilir³⁰. Bankanın, kredi kartı müşterisine tahsis ettiği hesap limiti de yine gayrinakdi kredi olarak değerlendirilmektedir³¹. Ayrıca, 3167 sayılı “Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun”un³² 10.maddesinin I. fıkrası uyarınca, karşılıksız çıkan her çek yaprağı karşılığında bankanın hamile ödemekle yükümlü tutulduğu meblağ, çek karnesi sahibi ile banka arasında çek defterinin teslimi sırasında yapılmış bir gayrinakdi kredi sözleşmesi olarak kabul edilir.

miş olmaktadır. Dolayısıyla, aval ve cironun aksine, kabulde şarta bağlı değil, şartsız ve kayıtsız bir ödeme taahhüdü söz konusudur (TTK md. 608/I). Bu itibarla, ödemenin şarta bağlı olmaması açısından, kabul kredili işlemlerin, gayrinakdi krediden ziyade nakdi kredi işlemlerine benzedikleri söylenebilir. Ancak ödemenin hemen kabul işleminin yapıldığı anda değil vadesinde senedin ibrazı üzerine yapılacak olması, yani borç altına girilen zaman ile fiili ödemenin yapılacağı anın farklılık arz etmesi, kanun koyucuyu bu işlemleri gayrinakdi kredi olarak zikretmeye yöneltmiştir.

²⁹ Buna karşılık, akreditif bedelinin banka tarafından peşin olarak tahsil edilip akreditifin bu ödemeyi takiben açıldığı hallerde gayrinakdi kredi söz konusu değildir (**Taşdelen, Servet;** Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2002, s. 331-332).

³⁰ **Battal,** Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 205.

³¹ **Kuntalp, Erden;** Kredi Kartının Hukuki Yapısı, Hukuki Açıdan Banka ve Kredi Kartları Sempozyumu, Ekim 1996, s. 5. Kredi kartı mekanizmasının işleyişinde, son ödeme tarihine kadar kart hamilini kredilendiren, onun adına satıcıya ödemede bulunan kredi kartı kuruluşudur (Mastercard- VISA- American Express gibi) [(**Akyol,** s. 220)]. Ekstre tutarı kart sahibi tarafından son ödeme tarihinde tümüyle ya da hiç ödenmezse, banka devreye girerek kredi kartı kuruluşuna ödemede bulunmaktadır. Bankanın müşterisi adına fiilen ödemede bulunduğu bu andan itibaren de kredi işlemi nakdi krediye dönüşmektedir (**Kuntalp, Erden;** Yargıtay Kararları Açısından Kredi Kartı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XIII, Ankara, s. 280). Kredi kartı mekanizmasının kurgusu, işleyişi ve hukuki açıdan ayrıntılı değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Teoman, Ömer;** Hukuki Yönden Kredi Kartı Uygulaması, İstanbul 1996, s. 10 vd. Yazar, kredi kartının; kart hamilinin, kendi malvarlığında esasen mevcut bulunan bir parayı, para taşımanın risklerini ortadan kaldıracak biçimde kullanmasına olanak veren bir ödeme aracı olduğunu belirtmekte ve banka ile kart hamili arasında teknik anlamda bir kredi ilişkisi bulunmadığını savunmaktadır (s. 234). Fakat yazar, kart hamili tarafından yapılan harcamaların tahsil edilememesi riskinin bulunması nedeniyle, bankanın mali yapısının korunması amacıyla bu işlemlerin de kredi gibi kabul edilmelerinin yerinde görülebileceğini belirtmektedir (s. 232).

³² RG., 3.4.1985, S. 18714.

c. Mal Kredileri

Mal kredileri, bankanın müşterisine değil de, müşterisinin mal aldığı satıcıya nakit ödemede bulunduğu kredi işlemleridir³³.

Bankacılık Kanunu'nun 48. maddesinin II. fıkrası, kalkınma ve yatırım bankaları ile katılım bankaları açısından özel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre, birinci fıkrada sayılanlara ek olarak; "...*kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar*" da kredi olarak kabul edilir. Dolayısıyla, bu tür bankaların finansal kiralama yöntemiyle ya da taşınmaz, ekipman veya emtia temin etmek veyahut da bunların bedellerini ödemek suretiyle sağladıkları finansmanlar "*mal kredisi*" niteliği taşımaktadırlar.

Tüketici kredileri, çoğunlukla "*nakdi kredi*" niteliğini taşımalarına karşın; kredinin belirli bir mal ya da hizmetin alımına özgülendiği ve ödemenin banka tarafından doğrudan satıcıya yapıldığı hallerde "*mal kredisi*" niteliği gösterirler³⁴.

II. BANKACILIK KANUNUNDA ÖNGÖRÜLEN KREDİ SINIRLAMALARI

A) Kredi Sınırlamalarının Amacı

Kredi sınırlamalarının temel amacı, riskin dağıtılması esasına uygun olarak banka kaynaklarının mümkün mertebe farklı kişi ve kuruluşlar tarafından kullanılmasının sağlanması ve bu şekilde bankanın mali yapısının korunmasıdır.

Banka kaynaklarından ciddi bir bölümünün az sayıdaki işletmeye kullanılması ("*risk yoğunlaşması*") halinde, bu işletmelerin ödeme gücü içeri-

³³ **Tekinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 157.

³⁴ Aksi yönde bkz. **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 203. Yazar tüketici kredilerinin her halükarda "nakdi kredi" niteliğinde olduğu görüşündedir.

ne düşmesi bankanın mali yapısının bozulması sonucunu doğurabilecektir. Üstelik de, bu durum banka kaynaklarının hep aynı işletmeler, genellikle de iştirakler lehine kullanılması sebebiyle haksız rekabet yaratacak ve fırsat eşitliğini zedeleyecektir. Bu şekilde bir kredi politikasını tercih eden banka, kaynaklarını tabana yayarak kullanmak suretiyle makroekonomik düzlemde ülkenin kalkınmasına katkıda bulunmak yerine, hakim ortaklarının çıkarlarını ön plana alıyor demektir. Dolayısıyla, halktan toplanan tasarrufların belirli kişi ya da kurumların tekeline bırakılmayıp üretim ve tüketim zincirinde bulunan piyasa ajanlarına dağıtılması, hem riskin dağıtılması suretiyle kredi geri dönüşlerinin sağlanması, hem de iktisadi kalkınma açısından önemlidir. Bu itibarla, bankaların kredi portföylerinin çeşitliliği büyük önem arz etmektedir. Ayrıca, mevduat sahiplerinin menfaatlerini koruma düşüncesinden hareketle, bankanın varlıklarının taahhütlerine oranı ile kredi portföyünün büyüklüğünün ve kalitesinin de sürekli olarak izlenmesi gerekmektedir³⁵. Bankalar Kanunu'nda krediler yönünden öngörülen sınırlamalar işte bu amaçlara hizmet etmektedir³⁶.

Bankaların mali bakımından karşılaşılabilecekleri temel potansiyel riskler “kredi riski” ile “piyasa riski” olmak üzere ikiye ayrılır. *Kredi riski*, bankalar tarafından ödünç verilen fonların (kredilerin) borçlular tarafından geri ödenmemesi olasılığını ifade eder. *Piyasa riski* ise, bankalarca tutulan pozisyonların, finans piyasalarındaki fiyat değişimleri nedeniyle zarara yol açabilmesi ihtimalini anlatır. Bankalarda piyasa riskinin unsurları “faiz oranı riski”, “hisse senedi pozisyon riski” ve “kur riski”dir³⁷. Finans jargonunda “ihtiyat kuralları” olarak da anılan kredi sınırlamaları, bankanın iki temel riskinden biri olan kredi riskinin asgariye indirilmesini hedef almaktadır³⁸.

B) Kredi Yasakları

Bankalar Kanunu, bazı kişi ve kuruluşlara kredi tahsisini tümüyle yasaklamıştır³⁹. Kanun'un 50. maddesinin ilk fıkrasına göre, bankalar;

³⁵ Bu nedenle, kredi sınırlamaları, mevduat toplama yetkisi bulunmayan kalkınma ve yatırım bankaları açısından uygulanmamaktadır (bkz. md. 77).

³⁶ **Erem, Faruk**; Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 1960, s. 59.

³⁷ Genel Kredi Sınırları Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemeleri, Bankacılar Dergisi, S. 35, 2000, s. 62.

³⁸ Genel Kredi Sınırları Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemeleri, s. 61.

³⁹ Bazı yazarlar, Kanun'un 50. maddesinde öngörülen düzenlemeyi “özkaynaklardan bağımsız sınırlama”, 54. maddede öngörülen sınırlamaları ise “özkaynaklara bağlı sınırlandırma”

- “a) Yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılara ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velâyet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara,*
- b) (a) bendinde sayılanlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına,*
- c) Mensuplarının kurduğu veya bunlar için kurulan sandık, dernek, sendika veya vakıflara,*

her ne şekil ve surette olursa olsun nakdi ve gayrinakdi kredi veremez, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar”.

Hükmün V. fıkrası, ilk fıkrada öngörülen yasağı bir ölçüde yumuşatmaktadır. Buna göre; bankanın yönetim kurulu üyelerine, mensupları ile bunların eşlerine ve velâyet altındaki çocuklarına, aylık net ücretleri toplamının beş katını aşmamak üzere verilecek krediler, üç katını aşmamak üzere çek karnesi veya kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler ile Kanunun 55 inci maddesinin (a) ve (b) bentlerinde⁴⁰ belirtilen menkul kıymetler karşılığı kullanılan krediler hakkında bu yasak uygulanmaz.

Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, ilk fıkra hükümleri, yönetim kurulu üyeliklerinde aslen bulunan veya temsilci bulunduran ve banka sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak *nitelikli paya*⁴¹ sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortaklar hakkında uygulanmaz. Dolayısıyla, 50. maddede öngörülen kredi yasakları, yönetim kurulunda görev yapan nitelikli paya sahip ortakla-

başlığı altında açıklamaktadırlar (**Cengiz, Dilek**; 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Sisteminde Bankaların Verebilecekleri Kredilerin Sınırlandırılması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s. 1282 vd. ile s. 1325 vd.). Biz ise, incelemekte olduğumuz 50. maddede öngörülen düzenleme için “kredi yasakları”, aşağıda inceleyeceğimiz 54. maddede öngörülen sınırlamalar için ise “kredi sınırlamaları” terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

⁴⁰ Anılan hükmün (a) bendi, karşılığı nakit, nakit benzeri kıymet ve hesaplar ile kıymetli madden olan işlemler bakımından; (b) bendi ise, Hazine Müsteşarlığı, Merkez Bankası, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığı ile yapılan işlemler ve bu kurumlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri menkul kıymetler karşılığı yapılan işlemler bakımından kredi sınırlamalarının uygulanmayacağını hükme bağlamaktadır.

⁴¹ Nitelikli pay kavramı, Kanun'un 3. maddesinde verilen tanım gereğince, ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında dahi olsa yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları ifade eder.

ra ya da bunların kontrolünde bulunan şirketlere kredi tahsisini engellemektedir⁴². Bir diğer ifadeyle, nitelikli paya sahip ortaklara tahsis edilecek krediler bakımından aşağıda açıklanacak olan olağan kredi sınırlamaları dışında herhangi bir yasaklama söz konusu değildir⁴³. Buna karşılık, bu kişiler ve kontrolleri altında tuttıkları şirketler bankanın dahil bulunduğu risk kategorisi içerisinde yer aldıklarından (md. 49/II), bu kişilere kredi kullandırılması halinde olağan kredi tahsis prosedürü dışına çıkılarak özel bir mekanizma öngörülmüş; kredi tahsis kararının yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınması⁴⁴ ve bunlara sağlanan kredinin koşullarının, kredi kullananın lehine, diğer kişi ve gruplara kullandırılanlara ve piyasa koşullarına nazaran farklılık arz etmemesi⁴⁵ şart koşulmuştur (md. 50 f. IV).

İncelemekte olduğumuz 50. madde hükmü, bankanın kendi iştiraklerine kredi açmasına engel oluşturmamaktadır. Kanun koyucu bankanın ortaklarına ve iştiraklerine kredi tahsis etmesini tümünden yasaklamanın tarafları kanuna karşı hileye sevk edeceğinin bilincinde olduğundan, tercihini bu kre-

42 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu, 4389 Sayılı Eski Bankalar Kanunu'nda kullanılan "dolaylı kredi" kavramı yerine md. 49 hükmünde "risk grubu" kavramına yer vermek suretiyle, aynı gruba dahil kişilerin kredi sınırlamaları yönünden "tek kişi" gibi kabul edilmeleri esasını benimsemiştir. Böylece, aynı risk grubuna dahil farklı kişilere kullandırılan kredilerin aynı çatı altında toplanması esasını benimsemiş olmaktadır (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 207). Nitelikli paya sahip ortaklar ile bunların kontrolleri altında bulundurdıkları şirketler, sözü geçen maddenin ilk fıkrası gereğince aynı risk grubuna dahil kabul edilirler. Hükmün anılan fıkrasına göre; "*Bir gerçek kişi ile eşi ve çocukları, bunların yönetim kurulu üyesi veya genel müdürü oldukları veya bunların ya da bir tüzel kişinin birlikte veya tek başlarına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklar bir risk grubu oluşturur*". İkinci fıkraya göre ise; "*Bir banka ile bu bankanın nitelikli pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bunların birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar bankanın dahil olduğu risk grubunu*" oluşturmaktadırlar.

43 **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 210.

44 Bu ihtimalde, yönetim kurulunun nitelikli çoğunlukla karar alması koşulu, kredi tahsis yetkisi kredi komitesine ya da genel müdürlüğe devredilmiş olsa dahi mevcudiyetini sürdürür (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 211).

45 **Battal**, bu değerlendirme yapılırken bir yandan bankanın kendi kredileri ile diğer yandan da başka bankaların benzer kredileri ile kıyaslama yapmak gerektiğini haklı olarak belirtmektedir (Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 211). Ne var ki, yazarın bu farklılığın tespitinde "gabin" hükümlerinden yararlanılması ve dolayısıyla ivazlar arasında açık nispetlilik bulunmasının aranması gerektiği yönündeki yaklaşımına katılamamaktayız. Banka, ortaklarına ya da onların kontrol altında bulundurdıkları şirketlere, gabin boyutuna ulaşmayan, fakat mutad ticari teamüllerin ötesine geçen sıradışı avantajlar da sağlayamamalıdır.

dileri yasaklamak yerine Kurum'un takibine alarak izlemek yönünde kullanılmıştır. Nitekim, hükmün VI. fıkrası bu tür kredilerin Kurum'a düzenli olarak raporlanmasını öngörmektedir. Son fıkra uyarınca, sonradan hükmün öngördüğü sınırlamalara aykırı hale gelen kredilerin en geç altı ay içinde tasfiye edilmesi zorunludur.

C) Kredi Sınırlamaları

a. Genel Kredi Sınırına Yer Verilmemesi

3182 Eski Bankalar Kanunu'nun md. 38/I (a) hükmünde yer alan ve bir banka tarafından tahsis edilen toplam kredi tutarının banka özkaynaklarının 20 katını aşamayacağını öngören "genel kredi sınırı"⁴⁶ kavramına 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yer verilmemişti⁴⁷. Halen yürürlükte bulunan Bankacılık Kanunu da, "Kredi Sınırları" başlığını taşıyan 54. maddesinde bir banka tarafından verilecek kredilerin toplam tutarına yönelik herhangi bir sınırlama getirmemektedir.

Genel kredi sınırı kavramı, temel amacı olan bankanın ödeme gücünü (*solvabilite'sini*)⁴⁸ güvence altına almanın yanı sıra, dolaylı biçimde bankacılık

⁴⁶ Bu kavram "toplam kredi sınırı" şeklinde de anılmaktaydı (**Tekinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 160).

⁴⁷ Bu konuda kapsamlı değerlendirme için bkz. **Tekinalp, Ünal**; Genel Kredi Sınırının Kaldırılması Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 669-677; **Reisoğlu, Seza**; 4491 Sayılı Yasa ile Değişik Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara 2000, s. 335-336.

⁴⁸ Bankaların mali yapısının değerlendirilmesinde iki temel parametre bulunmaktadır. Bunlar, "solvabilite" ve "likidite" kavramlarıdır. Solvabilite kavramı, bankanın, zaman değişkeninden bağımsız olarak taahhütlerini ifa, ödemelerini gerçekleştirebilme gücünü ifade eder. Bankanın varlıklarının vade farklılıkları göz önüne alınmaksızın, toplam taahhütlerine oranı solvabilite rasyosu olup; bu rakamın 1 ya da 1'den daha büyük bir matematiksel değer oluşturması halinde banka solvabilite açısından yeterli, 1'den daha küçük bir değer oluşturması halinde ise yetersiz olarak kabul edilir. Bu kavram çerçevesinde, bankanın belirli bir tarih ya da zaman aralığı bakımından taahhütlerini ifa gücü olup olmadığı değer, genel olarak varlıklarının (aktiflerinin) taahhütleri toplamını (pasiflerini) karşılayıp karşılayamadığı inceleme konusu yapılmaktadır. Likidite kavramı ise, solvabilite kavramından farklı olarak, yalnızca belirli bir tarih ya da zaman aralığını eksen alır ve bankanın bu zaman diliminde ifası gereken taahhütlerini ifa gücü bulunup bulunmadığını inceler. Yani, solvabilite kavramının aksine "belirli bir tarih ya da zaman aralığındaki anlık ödeme gücünü" temel alan bir parametredir. Bankanın anılan tarihte ya da zaman aralığında yerine getirilmesi gereken tüm taahhütlerini ifa gücü bulunmaktaysa, o tarih ya da zaman aralığı bakımından likidite yönünden yeterli bulunduğu, aksi takdirde ise likidite yetersizliği içerisinde ol-

sektörünün özkaynak artırımına teşvik edilmesi bakımından da görev üstlenmekteydi. Şöyle ki, genel kredi sınırına takılan bankalar, daha fazla kredi verebilmek için ya sermayelerini arttırmak ya da elde ettikleri karı dağıtmayarak banka bünyesinde tutma yoluna gitmek zorunda kalmaktaydılar⁴⁹. Böylece, özkaynak artırımı için *de facto* bir örtülü teşvik uygulaması söz konusu olmaktaydı.

Günümüzde genel kredi sınırı sistemi terk edilmiş ve bankaların *solvabilite*'lerinin değerlendirilmesi bakımından sermaye yeterliliği rasyoları kullanılmaya başlanılmıştır. Kurum tarafından Kanun'un 45. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan "*Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik*", bankaların maruz kalabilecekleri risklere karşı yeterli özkaynak bulundurmalarını sağlamak amacını taşımaktadır⁵⁰. Bu yönetmeliğin 18. maddesinin ilk fıkrasına göre, sermaye yeterliliği standart oranının bankalarca asgari yüzde sekiz olarak tutturulması ve idame ettirilmesi şarttır⁵¹.

duğu sonucuna ulaşılır (Bu kavramlar hakkında detaylı açıklama için bkz. **Ayoğlu, Tolga;** Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesesinden Yararlanma İmkânı, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt: I, İstanbul 2002, s. 76- 78). Bir bankanın, varlıkları toplamının taahhütleri toplamından fazla olması nedeniyle solvabilite yönünden yeterli bulunmasına karşın, likit (akışkan, kolay nakde çevrilebilir) değerlere yatırım yapmamış olması nedeniyle belirli bir zaman diliminde likidite sıkıntısı içerisine düşebilmesi mümkündür. Bankanın likidite ya da solvabilite sıkıntısı içerisine düşmesi, durumun ağırlığına göre, Kanun'un 71. maddesinin I. fıkrasının (c) ve (d) bentleri uyarınca bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ve yönetimin denetiminin Fon'a devredilmesine gerekçe oluşturabilir.

⁴⁹ **Tekinalp,** Genel Kredi Sınırının Kaldırılması Üzerine Düşünceler, s. 671; **Başbuğ, Faruk Y.,** Bankalar Kanunu, İstanbul 1983, s. 48.

⁵⁰ RG., 1.11.2006, S. 26333. Özkaynakların toplam tutarının tesbiti, "Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik" (RG, 1.11.2006, S. 26333) hükümleri çerçevesinde yapılır. Kanun'un 44. maddesinin III. fıkrası ile anılan Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca, bankaların özkaynakları toplamı; ana sermaye ile katkı sermaye toplamından, sermayeden indirilen değerlerin düşülmesi suretiyle hesaplanır. Özkaynak hesabı ay sonları itibarıyla yapılarak Kurum'a gönderileceğinden, bankalar bu yolla özkaynak tutarları ve sermaye yeterliliği bakımından sürekli olarak kontrol altında tutulmuş olacaklardır. Kurum, herhangi bir banka bazında ya da genel olarak özkaynak hesaplama dönemini kısaltmaya yetkilidir.

⁵¹ Bankaların yabancı para üzerinden olan yükümlülükleri ise yabancı para net genel pozisyon/ özkaynak standart rasyoları aracılığıyla takip edilir (Bkz. "Yabancı Para Net Genel Pozisyon/Özkaynak Standart Oranının Bankalarca Konsolide ve Konsolide Olmayan Bazda Hesaplanması ve Uygulanması Hakkında Yönetmelik", RG, 1.11.2006, S. 26333). Bankanın mali yapısına ilişkin standart rasyoları tutturamaması (limit aşımı oluşması) halinde, durum, verilecek süre içerisinde, Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar dahilinde giderilmek gerekir (md. 47/I ve II).

Bankalar, ayrıca, Kanun'un 52. maddesi gereğince kredileri nedeniyle maruz kalabilecekleri riskleri ölçmek ve karşı tarafın malî gücünü düzenli olarak analiz ederek izlemek zorundadırlar. Bunun yanısıra, bankalar, açmış oldukları kredilere ilişkin olarak, Kurum tarafından Kanun'un 53. maddesine dayanılarak çıkartılan Karşılıklar Yönetmeliği hükümleri çerçevesinde "karşılık" ayırmak mecburiyetindedirler⁵².

Bir bankanın özvarlık tutarının belirli bir katına kadar borçlanmasının tehlikeli olmayacağı varsayımından hareket eden genel kredi sınırı kavramı, işlem bazındaki risk hesaplamasını göz ardı etmekte, deyim yerindeyse hiç hesaba katmamaktadır⁵³. Bu bakımdan, bir yandan bankanın sermaye yeterliliğini takip edip, diğer yandan işlem bazındaki risklere istinaden karşılık ayrılmasını sağlayan mevcut sistem daha yerindedir⁵⁴. Bu yaklaşım Avrupa Birliği mevzuatı ile de uyum içerisindedir⁵⁵.

b. Risk Grubu Bazındaki Sınırlamalar

Kanun'un 54. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna tasis edilecek kredilerin toplamı banka özkaynakların

52 "Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" (RG, 1.11.2006, S.26333). Karşılık ayrılması, banka tarafından açılmış bulunan kredilerin en azından bir bölümünün geri ödenmeyeceği düşüncesinden hareketle, bu nedenle oluşabilecek zararları kapatmak amacıyla yönetmelik hükümleri çerçevesinde hesaplanan belirli bir meblağın bilançonun aktif tarafından izole edilmesi anlamına gelir. Yani, bilançonun aktifinde "alacak" olarak gözüken bu işlemlere karşı, pasifte "karşılık hesabında" olası zararları kapatmak üzere götürü bir miktar gösterilmiş olmaktadır (md. 7/son). Her bir kredi işlemi için ayrılacak karşılık oranları, işlemin yönetmelikte belirlenen risk gruplarından hangisine girdiğine göre, yönetmeliğin md. 7 vd. hükümlerinde belirlenmiştir. Sözü geçen 7. maddenin ilk fıkrasına göre; standart nitelikli yakın izlemedeki nakdi kredilerin toplamının yüzde biri (% 1) ve teminat mektupları, aval ve kefaletler ile diğer gayrinakdi krediler toplamının binde ikisi (% 0,2) oranında "genel karşılık" ayrılması gerekmektedir. Standart kredilerin dışında daha riskli olarak sınıflandırılan işlemlere karşı ise, md. 8 hükmünde öngörülen oranlar çerçevesinde "özel karşılık" ayrılması gerekir. Karşılık kavramını, topladıkları mevduatın teminatını oluşturmak üzere münhasıran mevduat bankaları tarafından Merkez Bankasınca belirlenen oranlara göre ayrılan "umumi disponibiliteler" ile karıştırmamak gerekir (Battal, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 218).

53 Tekinalp, Genel Kredi Sınırının Kaldırılması Üzerine Düşünceler, s. 676.

54 Tekinalp, Genel Kredi Sınırının Kaldırılması Üzerine Düşünceler, s. 676.

55 Genel Kredi Sınırları Hakkında Avrupa Birliği Düzenlemeleri, s. 72.

yüzde 25'ini aşamaz⁵⁶. Burada, kredi çerçeve sözleşmesi ekseninde gerçekleştirilecek birel kredi işlemlerine yönelik değil, bir gerçek ya da tüzel kişinin içerisinde bulunduğu risk grubu ile banka arasındaki kredi işlemlerinden doğan toplam riske yönelik bir sınırlama söz konusudur. Bir diğer ifadeyle, aynı risk grubuna dahil kişi ya da kuruluşlara, bir ya da birden fazla kredi çerçeve sözleşmesine dayanılarak, bir ya da birden çok seferde kullanılabilir toplam kredi tutarı banka özkaynaklarının yüzde 25'ini aşmamalıdır. Bir adi ortaklığa verilen kredi, bu ortaklıktaki payları oranında ortaklara kullanılmış sayılır⁵⁷.

Bankanın kendi risk grubuna dahil kişi ve kuruluşlar, yani “bankanın kendisi, bankanın nitelikli pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bunların birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar” bakımından bu sınır yüzde 20 olarak uygulanır⁵⁸. Bankanın kendi iştiraklerine tahsis edeceği krediler, banka ile iştirakleri md. 49/II hükmü çerçevesinde aynı risk kategorisine dahil kabul edildiklerinden yüzde 20'lik bu sınıra tabidir⁵⁹.

56 Kredi sınırlamalarının uygulanmasında, banka tarafından müşteriye tahsis olunan toplam kredi limiti değil, bu limitin müşteri tarafından fiilen kullanılan kısmı dikkate alınır (**Reisoğlu**, s. 400- 401).

57 Bu düzenleme, özellikle salt sözleşmeye dayalı ortak girişimler (“iş ortaklıkları”) bakımından önem ifade etmektedir.

58 Kurul, bu oranı yüzde yirmibeşe kadar yükseltmeye veya kanuni haddine kadar indirmeye yetkilidir.

59 Md. 48/I hükmü gereğince bankanın başka ortaklıklara iştirak etmesinin “kredi” olarak kabul edildiğini yukarıda I, B, (a) başlığı altında ifade etmiştik. Kanun'un 56. maddesinin ilk fıkrasında, “Bankaların; kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar dışındaki bir ortaklıktaki payı kendi özkaynaklarının yüzde onbeşini, bu ortaklıklardaki paylarının toplam tutarı ise kendi özkaynaklarının yüzde altmışını aşamaz” hükmü yer almaktadır. Bu noktada, bankaların iştirak işlemlerine yüzde onbeş (md. 56) ve yüzde yirmilik (md. 54) oranlardan hangisinin uygulanacağı tartışma konusu yapılabilir. Meselenin çözümü basittir. Bankaların kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar dışındaki şirketlere iştiraklerinde özel hüküm niteliğindeki 56. maddenin ilk fıkrasında öngörülen yüzde 15'lik sınır uygulama alanı bulacaktır. Bankaların kredi ve finans kuruluşlarına iştiraklerinde ise, 56. maddede bu konuda herhangi bir düzenleme öngörülmediğinden 54. maddenin ilk fıkrasındaki kredi sınırlamalarının (yüzde 20 oranının) uygulanması gerekecektir (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 230). Buna karşılık, finansal holding şeklindeki yapılanmalar tümüyle iştirak ve kredi sınırlamalarının uygulama alanının dışında kalmaktadır (md. 78/II).

Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, “*hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın, bankanın sermayesinde yüzde bir ve daha fazla paya sahip olup pay defterine kayıtlı bulunan tüm ortaklara ve bunlarla risk grubu oluşturan kişilere kullanılacak kredilerin toplamı*” banka özkaynaklarının yüzde 50’sini aşamayacaktır⁶⁰. Dolayısıyla, **banka ortaklarının tümüne** açılan kredilerin toplam tutarı bakımından üst sınır özkaynakların yüzde 50’si olmaktadır.

Daha önce de açıklandığı üzere, risk grubu bazında getirilen bu sınırlamaların amacı, banka kaynaklarının devamlı aynı kişi ve kuruluşlara kullanılması nedeniyle “*risk yoğunlaşması*” oluşmasını önlemek ve mümkün olduğu ölçüde çok sayıda kişi ve kuruluşun banka kaynaklarından yararlanabilmesine imkân sağlamaktır.

c. “Büyük Kredi”lere İlişkin Sınırlamalar

Md. 54/IV, bir gerçek ya da tüzel kişiye veya belirli bir risk grubuna özkaynakların yüzde 10’u veya daha fazlası oranında kullanılan kredileri “*büyük kredi*” olarak kabul etmekte ve bunların toplamının özkaynakların sekiz katını aşamayacağını öngörmektedir⁶¹. Banka tarafından, belirli bir gerçek ya da tüzel kişiye, özkaynakların yüzde 25’ini aşacak biçimde kredi tahsis edilemeyeceğini yukarıda II, C, (b) başlığı altında belirtmiştik. Şu halde, banka özkaynaklarının yüzde 10’u ile 25’i arasında bulunan krediler “*büyük kredi*” olarak nitelendirilecek ve bu kredilerin toplam tutarı banka özkaynaklarının sekiz katını aşamayacaktır⁶².

⁶⁰ Banka paylarını borsadan iktisap eden kişiler de, durumun pay defterine işlenmiş olması şartıyla aynı sınırlamaya tabi olacaklardır (**Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 225). Ancak pay sahibi kendisini pay defterine kaydettirmemiş ise, sahip olduğu pay oranı yüzde bir veya daha fazla olsa dahi bu gruba dahil kabul edilmeyecektir; payı miras yoluyla iktisap etmelerine karşın henüz pay defterine kaydını yaptırmamış olan ortaklar bakımından da durum aynıdır (**Cengiz**, s. 1302). Oysa ki, hükmün amacı bakımından pay defterine kayıtlı ortaklar ile kayıtlı olmayan ortaklar arasında bir fark bulunmadığından, bu düzenlemedeki sınırlamanın pay defterine kayıtlı olsun olmasın ortağın en az yüzde bir paya sahip olduğunun kanıtlanması şartına bağlanması daha yerinde olurdu (**Cengiz**, s. 1302; **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 224-225).

⁶¹ “Büyük kredi” kavramı, hukuk sistemimize ilk defa 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 38. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile girmiştir (**Te-kinalp**, Bankalar Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I- II, s. 173).

⁶² **Battal**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 225.

Büyük kredilere ilişkin sınırlamalar da, aynen belirli bir risk grubuna tahsis edilecek kredilere ilişkin sınırlamalar gibi risk yoğunlaşmasını önleme amacına dayanmaktadır.

D) Kredi Sınırlamalarına Tabi Olmayan İşlemler

“Gayrinakdi krediler, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler, kabul edilen aval, garanti ve kefaletler, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlarla gerçekleştirilen işlemler, Kurulca kabul edilecek ülkelerin merkezî yönetimleri, merkez bankaları ve bankaları ile yapılan işlemler veya bunlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, verilen diğer garantiler karşılığı yapılan işlemler”, kredi sınırlarının hesabında “Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” hükümlerinde belirlenen esaslar ve oranlar dâhilinde dikkate alınır (md. 54/VI)⁶³.

Md. 55 hükmünde sayılan işlemlere ise 54. maddede öngörülen kredi sınırlamaları hiç uygulanmayacaktır. Anılan hükme göre;

- a) Karşılığı nakit, nakit benzeri kıymet ve hesaplar ile kıymetli maden olan işlemler⁶⁴,
- b) Hazine Müsteşarlığı, Merkez Bankası, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığıyla yapılan işlemler ile bu kurumlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri menkul kıymetler karşılığı yapılan işlemler,
- c) Merkez Bankası nezdindeki piyasalarda veya kanunla teşkilatlanmış diğer para piyasalarında yapılan işlemler;

⁶³ Anılan Yönetmeliğin 5. maddesi, bu kredi işlemleri için, sermaye yeterliliği rasyosunun tesbitinde kullanılacak “kredi riskine esas tutar”ın hesaplanması bakımından, işlemin taşıdığı riske göre; %0, %20, %50 ve %100 olmak üzere 4 farklı dönüştürme oranı öngörmektedir.

⁶⁴ **Reisoğlu** ve **Kuntalp**, son derece haklı olarak, işlemin nakit karşılığı yapıldığının kabul edilebilmesi için kredi borçlusunun bankaya yatırdığı meblağ üzerinde bankanın rehin hakkı bulunması gerektiğini savunmaktadırlar (**Reisoğlu**, s. 440- 441; **Kuntalp, Erden**; Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Hukuki Sorumluluk, Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 284). Böyle bir rehinin bulunmaması halinde, borçlunun banka nezdindeki nakdi üzerine üçüncü kişilerin haciz koydurabilmesi ya da borçlunun bu alacağını bir başkasına temlik etmesi veya rehin vermesi her zaman mümkündür. Bu ihtimaller, anılan nakit üzerinde banka lehine bir düzensiz rehin (“pignus irregularis”) kurulmadıkça ve bu rehine dayanılarak blokaj yapılmadıkça bankaya ait riskin devam ettiğini açıkça göstermektedir.

- d) Aynı kişiye ya da aynı risk grubuna yeni kredi tahsisi hâlinde daha önce yabancı para cinsinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredilerin, müteakiben tahsis edilen kredinin kullanılmasına başlandığı tarihteki cari kurdan dikkate alınması kaydıyla çek ve kredi kartı kullandırmaları hariç, kredilerde kur değişikliklerinin doğurduğu artışlar ile vadesi geçmiş kredilere tahakkuk ettirilen faiz, kâr payı ve diğer unsurlar;
- e) Her türlü sermaye artırımları dolayısıyla bedelsiz edinilen ortaklık payları ile ortaklık paylarının herhangi bir fon çıkışı gerektirmeyen değer artışları;
- f) Kurulca belirlenecek esaslar dâhilinde bankaların kendi aralarındaki işlemler;
- g) Kurulca belirlenecek esas ve süreler çerçevesinde elden çıkarılması kaydıyla halka arza aracılık yüklenimleri kapsamında edinilen ortaklık payları;
- h) Özkaynak hesabında indirilecek değer olarak dikkate alınan işlemler;
- i) Kurulca belirlenecek diğer işlemler⁶⁵

hakkında 54. maddede öngörülen kredi sınırlamaları uygulama alanı bulmayacaktır.

Bu işlemlerin kredi hesaplamalarında dikkate alınmamalarının nedeni, ya banka açısından hiç risk içermemeleri [(a)] ya da bu riskin; karşı tarafın kredibilitesi [(b), (c) ve (f)] veya bankadan yeni fon çıkışının gerekmemesi [(d), (e) ve (h)] nedeniyle son derece düşük olmasıdır⁶⁶.

⁶⁵ Kurum, hükmün (i) bendinde kendisine verilen yetkiyi Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 16. maddesinde öngördüğü düzenleme ile kullanmış ve kredi sınırlamalarına tabi tutulmayacak diğer işlemleri belirlemiştir. Buna göre;

a) Teminat ya da rehin olarak veya belirli bir gerçek ya da tüzel kişiye veya risk grubuna kullanılmak amacıyla verilenler hariç olmak üzere, bankaların birbirlerine verdikleri, vadesiz ve temdite konu olmamış üç aya kadar vadeli krediler,

b) Türkiye Bankalar Birliğince Türk Lirası Referans Faiz Oranının (TRLIBOR) tespit edilmesine yönelik olarak oluşturulan piyasalarda yapılan işlemlerden vadesiz ve temdite konu olmamış altı aya kadar vadeli olanlar,

c) Türkiye İhracat Kredi Bankası A.Ş.'ye kullanılan krediler,

ç) Merkezi yurt dışında kurulu bankaların Türkiye'deki şubelerinin, merkezleri ve yurt dışında kurulu diğer şubeleri ile borç-alacak kayıtlarının mutabakatsızlığından kaynaklanan günlük farklar.

d) Konsolide edilen bankalar ve finans kuruluşlardaki ortaklık payları, Kanun'un 54. maddesinde yer alan kredi sınırlamalarına tabi tutulmaz.

⁶⁶ Hükmün (g) bendinde belirtilen halka arza aracılık yüklenimleri neticesinde edinilen ortaklık paylarının, elden çıkarma işlemi öncesinde hisse senetlerinin fiyatında düşüş oluş-

III. KREDİ SINIRLAMALARINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ ve BU HÜKÜMLERE AYKIRI OLARAK GERÇEKLEŞTİRİLEN İŞLEMLERİN GEÇERLİLİĞİ

Kredi sınırlamalarına ilişkin hükümlerin hukuki niteliği, bu sınırlamaların ihlalini oluşturan işlemlerin geçerlilikleri ekseninde tartışmaya açılacaktır⁶⁷.

A) Kredi Sınırlamalarına İlişkin Hükümlerin Hukuki Niteliği

a. Öğretide Hakim Olan Yaklaşım

Bankacılık Kanunu'nda yer verilen düzenlemeler, hukuki nitelikleri bakımından doktrinde “düzen normu” olarak nitelendirilmektedirler. “Düzen normu” kavramının tanımını veren **Oğuzman/Barlas**; bu hükümleri, emredici nitelik taşımasına karşın ihlali halinde işlemin hükümsüzlüğü sonucunu doğurmayan, ancak belirli bir müeyyidenin uygulanmasına yol açan, dikkate alınması resmi makamlar tarafından sağlanan hükümler olarak tanımlamaktadır⁶⁸.

ması olasılığı ve piyasa koşulları nedeniyle elden çıkarma işleminin güçleşebilmesi sebebiyle risk içerdiği; bu nedenle de bu payların kredi sınırlamalarının tümüyle dışında tutulmasının yerinde olmadığı yönünde ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Ayoğlu, Tolga**; Sermaye Piyasası Hukuku'nda “Halka Arz” Kavramı ve Halka Arza Aracılık Sözleşmeleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulmuş doktora tezi, Haziran 2006 İstanbul, s. 181-183. Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin (RG., 1.11.2006 S. 26333) 12. maddesinin IV. fıkrası uyarınca, halka arza aracılık nedeniyle elde bulundurulmuş payların beş iş günü içerisinde elden çıkarılmaları gerekmektedir.

⁶⁷ Bankanın, yetkisiz temsil yoluyla ya da temsil yetkisinin sınırlarının aşılması suretiyle hareket eden kişilerin eylem ve işlemlerinden dolayı sorumluluğu tümüyle farklı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, anılan olasılık çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Haklı olarak bu ihtimalde meselenin “hukuki görünüş teorisi” çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini savunan kapsamlı inceleme ve değerlendirmeler için bkz. **Battal, Ahmet**; Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2001, s. 196- 210.

⁶⁸ **Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**; Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003, s. 145 dnp. 227' den naklen; “Bazı kanun hükümleri emredici nitelik taşıdığı halde, bunlara aykırılık arz eden hukuki muamele hükümsüz sayılmaz. Aksine davranış başka bir yaptırıma, mesela, ceza verilmesine yol açar. Düzen hükmü diyebileceğimiz bu hükümlere uyulmasını muameleye katılacak resmi makamlar sağlayacaktır.” Anonim şirketlerde olağan genel kurulun takvim yılı başından itibaren üç ay içinde gerçekleştirilmesini öngören TTK md. 369 ile kambyo senetlerinde noter tarafından

Tekinalp, kamu hukuku karakterli ekonomik düzen normu olarak nitelediği bu hükümleri; devletin, para, kredi ve sermaye piyasalarını, ülke ekonomisinin gereklerine ve genel anayasal politikalara göre bir düzen içerisinde, bütünlük dahilinde şekillendirmesini sağlayan, bunlara uygun olarak tasarrufu, kredileri, kaynak tahsisini ve yatırımı düzenlemesini yönetmesini ve denetlemesini temin eden hukuk kuralları olarak nitelendirilmektedir⁶⁹. Yazara göre, bu düzen normları, mevduat kabul yetkisi ile bu yetkinin korunması ve kullanılmasına ilişkin kuralları, tasarruf ve yatırım düzenini biçimlendirmeye hizmet etmektedir⁷⁰. **Kostakoğlu**'na göre de, banka hukukunu oluşturan hükümler içerdikleri düzen normları ile emredici nitelikte olup, güven ve dürüstlük kuralları ile özdeşleşmiştir. Bu nedenle, bankaların güvenilir bir ticari işletme olması banka hukukunun birincil amacıdır⁷¹. **Cengiz** de kredi sınırlamalarına ilişkin kurallarının emredici nitelikte olduğunu ve bu kurallara banka tarafından uyulup uyulmadığının kamu otoriteleri tarafından denetleneceğini ifade etmektedir.⁷²

b. Görüşümüz

Fikrimizce, kredi sınırlamalarına ilişkin hükümler de dahil olmak üzere, Bankacılık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin ağırlıklı bir bölümü bakımından, bu hükümlerin düzen normu niteliğinde bulunduğu yönündeki tespit yerindedir. Gerçekten, Bankacılık Kanunu, bünyesinde münhasıran banka tüzel kişinin organizasyonuna yönelik hükümlerin ağırlıkta bulunması nedeniyle klasik yasama işlemi formatının dışında bir görünüm sergilemektedir. Hatta, bu açıdan bakıldığında, adı geçen Kanun'un genel düzenleyici idari işlemlere daha yakın bir görüntü sergilediği dahi ifade edilebilir. Kanun'un *ratio legis*'i bankaların faaliyetlerini düzenleme amacı ile sınırlı olup, bankalar ile üçüncü kişiler arasındaki bankacılık işlemlerini düzenleme amacını taşımamaktadır. Bir başka anlatımla, yasa yapıcının iradesi, banka-

usulüne uygun protesto düzenlenmemesi ihtimalini düzenleyen TTK md. 633 bu tür normlara örnek olarak gösterilebilir. Her iki hüküm bakımından da, kanunda öngörülen düzenlemenin ihlalinin yapılan işlemin ya da işlemlerin (genel kurulda alınan kararların ya da usule aykırı olarak düzenlenen protestonun) geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmektedir. Hatta, Ticaret Kanunumuz bu hususu noter tarafından usule aykırı olarak düzenlenen protestolar yönünden 633. maddesinde açıkça ifade etmektedir.

⁶⁹ **Tekinalp, Ünal**; Türk Banka Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I, İstanbul 1986, s. 4.

⁷⁰ **Tekinalp**, Türk Banka Hukukunun Esasları, Cilt: I Cüz: I, s. 5.

⁷¹ **Kostakoğlu, Cengiz**; Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, II. Basım, İstanbul 1996, s. 2.

⁷² **Cengiz**, s. 1278.

lar ile üçüncü kişiler arasındaki bankacılık işlemlerinin düzenlenmesine ilişkin olarak TTK ve BK hükümlerine ek düzenlemeler sevk etmek olmayıp, bankaların faaliyetlerini belirli bir disiplin altına almaktan ibarettir⁷³.

Ne var ki, Bankacılık Kanunu, ağırlıklı bölümünü oluşturan düzen normlarının yanısıra, istisnai olarak özel hukuk ilişkilerinin geçerliliğine etki eden emredici düzenlemeleri de bünyesinde barındırmaktadır. Bu tip düzenlemelere örnek olarak, Kanun'un 18. ve 19. maddeleri gösterilebilir. Bu hükümler ile Kurul'dan izin alınmaksızın gerçekleştirilen "pay devirleri"⁷⁴ ve "bankalar arası birleşme ve bölünme işlemleri" için belirlenen müeyyide işlemin her iki tarafı yönünden de sonuç doğurmakta ve işlemin geçerliliğini etkilemektedir. Kurul'dan izin alınmaksızın gerçekleştirilen bir bankalar arası birleşme ya da devir işlemi, kanunun emredici düzenlemesine aykırı bulunması nedeniyle baştan itibaren hükümsüz kabul edilecek; buna karşılık, izin alınmaksızın gerçekleştirilen pay devri işlemleri, bölünme teorisi çerçevesinde işlem tarafları arasında geçerli kabul edilmelerine karşın banka tüzel kişiliğine karşı ileri sürülemeyeceklerdir (md. 18/IV)⁷⁵. Değinilen bu son ihtimalde, devralanın pay defterine kaydı açık hüküm ile engellenerek yeni müktesibin devir işlemi ile elde etmeyi umduğu hakların intikali önlenmekte⁷⁶ ve işlemin banka tüzel kişiliğine karşı ileri sürülebilmesi imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Fakat bu tür düzenlemelerin istisnai nitelikte olduğunu ve Bankacılık Kanunu'nun, kural olarak banka tüzel kişisinin iç organizasyonu ile faaliyetlerini düzenlemeyi hedef aldığını vurgulamak gerekir.

Dikkat edilecek olursa, işlemin geçersizliği sonucuna yol açabilecekleri yurtdışı belirtilen istisnai nitelikteki düzenlemelerin konusu banka ile üçüncü şahıslar arasındaki bankacılık işlemleri değildir. Gerçekten, md. 18 hükmü ile Kurul'un iznine tabi kılınan, banka ile üçüncü kişi arasındaki herhangi bir bankacılık işlemi olmayıp banka paylarının intikaline yönelik olarak gerçekleştirilen pay devir işlemidir. Benzer şekilde, md. 19 hükmü ile de banka ile müşteri arasındaki herhangi bir bankacılık işlemi değil, bankalar arası bir devir ya da birleşme işlemi düzenlenmektedir. Şu halde, Bankacı-

⁷³ Bankalar Kanunu'na aykırı işlem yapan banka yetkilileri hakkında cezai ve hukuki sorumluluk, banka hakkında ise idari yaptırımlar öngörülmesi bu yaklaşımı destekler niteliktedir.

⁷⁴ Banka paylarının devri kastedilmektedir.

⁷⁵ **Reisoğlu**, s. 162- 164.

⁷⁶ Bölünme teorisi uyarınca bu durumda sadece mali hakların devralana intikali söz konusu olup, ortaklık sıfatına bağlı idari hakların intikali, pay defterine kayıt yasağı ile bizatihi hüküm tarafından engellenmiş olmaktadır (md. 18/IV).

lık Kanunu'nun, bankacılık işlemlerinin özüne, yapısına ya da geçerliliğine ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmediği, öngörme amacını da zaten taşımadığı ifade olunabilir. Bu işlemlerin geçerliliği ve hükümleri münhasıran TTK ve BK hükümlerine tabi olacaktır. Özetle, Bankacılık Kanunu'nun kural olarak düzen normlarından oluştuğu, buna karşın bünyesinde istisnai olarak özel hukuk işlemlerini geçersiz kılabilen emredici hükümleri de barındırdığı, fakat istisnai nitelikteki bu düzenlemelerin hiçbir koşulda bankacılık işlemlerinin geçerliliğine yönelmediği ifade edilebilir.

Dolayısıyla, kanımızca kredi limitlerine ilişkin olarak öngörülen sınırlamalar üçüncü kişilerle gerçekleştirilecek kredi işlemlerini geçersiz kılma amacı taşımamakta, bankanın kredi tahsis faaliyetini disipline etme amacına yönelik bulunmaktadırlar. Söz konusu sınırlamalar, Bankacılık Kanunu'nun ağırlıklı bölümünü teşkil eden birçok hüküm gibi, münhasıran bankanın faaliyetini düzenleme amacına yönelik düzen hükümü niteliğini taşımakta ve hükmün süjesi konumunda bulunan; üçüncü kişi ile aktedilen kredi sözleşmesi değil, banka tüzel kişinin kredi tahsis faaliyeti ile ilgili organları olmaktadır. Yani bu sınırlamalar yalnızca banka açısından emredici nitelik taşımakta, kredi sözleşmesinin tarafı üçüncü kişileri ise ilgilendirmemektedirler.

B) Kredi Sınırlamalarına Aykırı Olarak Gerçekleştirilen İşlemlerin Geçerliliği

Bankaların kredi sınırlamalarına riayet etmeksizin gerçekleştirdikleri işlemlerin, sırf limit aşımı oluşturduğu için BK md. 20 hükmü çerçevesinde kanuna aykırılık gerekçesiyle geçersiz sayılmasının ekonomik hayatın gereklerine ve MK. md. 2 hükmüne uygun düşmeyeceği öğretide ifade edilmektedir⁷⁷.

Hukuk Genel Kurulu da, 1991 yılında verdiği bir karar ile, MK md. 2 hükünden hareketle kredi sınırlamalarına aykırı olarak gerçekleştirilen işlemlerin geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğine hükmetmiştir⁷⁸. Kararda aynen;

“7129 sayılı Bankalar Kanunu'nun 38/I maddesinde, bundan sonra yürürlüğe giren 70 sayılı KHK'daki 38/I ve nihayet yürürlükteki 3182 sayılı kanunun 38/II. maddesinde bankaların kişi ve kuruluşlara açabileceği kredilere sınırlamalar getirilmiş ve 37. maddeye muhalefette olduğu gibi 38. maddede yer alan çeşitli sınırlamaların cezai müeyyidesi banka personeli

⁷⁷ **Battal**, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 45.

⁷⁸ Yarg. HGK., T. 20.11.1991, E. 482/1991, K.592/1991 (Karar için bkz. **Reisoğlu**, s. 542).

bakımından 70. maddenin 4. fıkrasında gösterilmiştir. Bu sınırlamaların aşılmasının kredi işlemlerinin tümünün veya TTK' nın 1466. maddesi uyarınca aşan kısmının geçerliliğini etkilemeyeceği öğretide de kabul edilmektedir (H. Tandoğan/F. Erem/A. Altınok, Bankalar Kanunu Şerhi, 1989, s. 136; A. Sait Mimaroğlu, Bankacılık Hukuku, 1982, s. 175).

... öte yandan, mahkemece davanın kabulünde hükme gerekçe yapılmış bulunan 7129 sayılı yasanın 38. maddesi ve TTK' nın 1466. maddelerinin kamu düzeni amacıyla konulduğu ve bu nedenle bu maddeye aykırı yapılan işlemlerin batıl olacağı görüşünün bir an için geçerli bulunduğu kabul edilse dahi, MK' nın 2/II maddesinde düzenlenmiş bulunan objektif iyiniyet kurallarına aykırı davranışların hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi ve bu gibi talep ve işlemlerin kanunun himayesi altında olmadığına ilişkin genel kural da, yine kamu düzeni amacıyla yasa koyucu tarafından vaz'edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda davacı bankaca açıkça hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneği olarak tamamen iyiniyetli teminat mektubu muhatabına karşı açılmış bulunan bu davanın, olayın bu özelliği de dikkate alınarak reddine karar verilmesi..."

ifadelerine yer verilmiştir.

Fikrimizce, Bankacılık Kanunu ile kredi işlemleri açısından öngörülen sınırlamaların ihlalinin üçüncü kişiler ile yapılan kredi işlemlerinin geçersizliğine yol açabilmesi, istisnai haller hariç zaten mümkün değildir. Fakat bunun teknik gerekçesi olarak MK md. 2 hükmü ve iyiniyet kuralları değil, doğrudan doğruya kredi sınırlamalarına ilişkin hükümlerin hukuki niteliği gösterilmelidir.

Bankalar ile müşterileri arasında gerçekleştirilen bankacılık işlemlerinin geçerliliği ve hukuki sonuçları ile kredi sınırlamalarına ilişkin hükümlerin *ratio legis* 'i arasında herhangi bir bağlantı bulunmamaktadır. Zira, Bankacılık Kanunu'nun *ratio legis* 'i banka ile üçüncü kişiler arasındaki bankacılık işlemlerini düzenlemek değildir. Anılan Kanun'un "*düzen normu*" niteliğindeki hükümlerinin amaca aykırı olarak bankacılık işlemlerine uygulanması, borçlar hukuku yönünden mevcut bulunan menfaatler dengesini temelinden sarsacaktır. Bankaların faaliyetlerini düzenlemeye yönelik olarak öngörülen hükümlerin uygulama alanına üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerin dahil edilmesi hem işlem güvenliğini zedeleyecek; hem de limit aşımı yaparak basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümünü açıkça ihlal eden bankanın, hukuk mantığına aykırı olarak bu durumdan yararlanmasına yol açabilecektir. Gerçekten, işlemin yapıldığı esnada bankanın kredi limitleri açısından ne

durumda olduğunu bilmeyen, bilebilecek durumda da olmayan (hatta yasal olarak bu bilgiyi öğrenebilmesine de imkan bulunmayan) müşterinin menfaatleri, olayda hiçbir hatası ya da kusuru olmamasına karşın bu durumdan ciddi biçimde olumsuz etkilenebilecektir. Çünkü sözleşme geçersiz kabul edilecek olursa, banka vadeyi beklemeksizin fiilen kullandırdığı meblağın iadesi için harekete geçme imkanına sahip olacaktır. Diğer yandan, bu durumun banka açısından da sakıncaları mevcuttur. Banka, işlemin geçersiz addedilmesi neticesinde ödediğini ancak “*condictio sine causa*” (“geçerli olmayan sebebe dayalı iktisap”)⁷⁹ davası ile sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. Bu da, akdi ilişkiye dayanma imkanını kaybeden bankanın yargılama esnasındaki yükünü gereksiz şekilde ağırlaştıracaktır. Dolayısıyla, kredi sınırlamalarının ihlali nedeniyle işlemin geçersizliğine hükmetmek, hem bankanın hem de kredi işleminin tarafı üçüncü kişinin haklarını ve menfaatlerini haleldar etmekten öte sonuç doğurmayacak, herhangi bir yarar sağlamayacaktır.

Buna karşılık, krediyi kullanan tarafın kötüniyetli olduğu, yani bankanın kredi sınırlarını dolanma kasdı taşıdığını fiilen bildiği ve bilebilecek durumda olduğu hallerde farklı sonuca ulaşmak gerekecektir. Özellikle bankaların kredi sınırlamalarını dolanmak amacıyla karşılıklı olarak birbirlerinin işti- raklerine kredi tahsis ettiği “*çapraz kredi işlemleri*” (“*back to back*” işlemler) ile “*depo kredilerinde*”⁸⁰ (“*fiduciary loans*”) durum böyledir. Bu noktada, yal-

⁷⁹ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atila; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 738.

⁸⁰ Depo kredisi işlemlerini soyut bir tanım vermek yerine bir örnek ile açıklamak daha yerinde olacaktır. (A) Bankasının kredi sınırlamaları nedeniyle (X) şirketine yeni kredi açamadığını varsayalım. Bu durumda, (A) Bankası, (X) şirketini bu operasyonda birlikte çalışacağı (B) Bankasına yönlendirip kredinin bu bankadan alınmasını sağlar. (A) Bankası, (X) şirketinin kredi borcuna teminat oluşturmak üzere, kredi borcunu faizleriyle karşılayacak bir meblağı (B) Bankası nezdinde açılacak bir hesaba depo eder (yatırır) ve bu hesaptaki meblağ üzerinde (B) Bankası'na rehin hakkı tanır. (X) şirketinin vadesinde ödeme yapmaması halinde, (B) Bankası alacağını rehin hakkına dayanarak (A) Bankası'na ait hesaptaki meblağdan tahsil edecektir. Bu şekilde, hukuki açıdan kredi sınırlamalarının muhatabının ve alacaklı sıfatının sahibinin (B) Bankası olmasına karşın; kredi işlemi (A) Bankası'nın kaynaklarından, ekonomik riski (A) Bankası'na ait olmak üzere gerçekleştirilmiş olacaktır. Alacaklı tarafından vadesinde ödeme yapılarak borcun kapatılması halinde ise, kredi komisyonu (A) ve (B) Bankaları arasında bölüşülecektir. Böylelikle, (A) Bankası normalde kredi sınırlamaları nedeniyle gerçekleştirilmesi mümkün olmayan bir işlemi gerçekleştirerek bundan komisyon geliri elde etmiş olacaktır. Kredi sınırlamalarını dolanmak amacını taşıyan bu kanuna karşı hile yöntemi, istisnai durumlar hariç olmak üzere çoğu kez işlemin yapıldığı esnada kredi borçlusu tarafından da bilinir.

nızca banka bakımından bağlayıcı nitelik taşıyan bir düzen hükmünün ihlalinin, işlemin diğer tarafı kötünietli dahi olsa geçersizliğe yol açıp açmayacağı tartışması yapılabilir. Ancak bu ihtimalde geçersizliğe yol açan, düzen hükmünün ihlalden ziyade, her iki tarafının da emredici nitelikteki iyiniyet kurallarını ihlal etmesi ve kanun karşı hile kasdı taşımasıdır.

Şu halde, kredi işlemlerin geçerliliği ve sonuçları münhasıran BK ve TTK hükümleri dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmelidir. İşlemin diğer tarafının kötünietli olması olasılığı bir kenara bırakılacak olursa, kural olarak, “düzen hükmü” niteliğinde bulunan ve sadece banka yönünden emredici nitelik taşıyan kredi sınırlamalarına aykırılık oluşturan işlemlerin geçersiz addedilebilmeleri mümkün değildir. Bu tür limit aşımı oluşturan işlemlerin yaptırımı sadece banka açısından gündeme gelir. Bu yaptırım da bankanın md. 146 (g) hükmü çerçevesinde para cezası ile yaptırımlandırılması ya da yasal sınırlamalara uygun olmayan kredi operasyonlarının bankanın mali yapısını ciddi ölçüde zayıflatması halinde, md. 71 hükmü çerçevesinde bankanın yönetim ve denetiminin Fon'a devredilmesi olabilir.

Ş. SONUÇ

“Düzen normu” niteliğinde bulunan kredi sınırlamalarına ilişkin hükümler yalnızca banka tüzel kişiliği açısından emredici nitelik taşımaktadırlar. Bu hükümlerin mercek altına aldığı, üçüncü kişi ile aktedilen kredi sözleşmesi değil, banka tüzel kişisinin kredi tahsis faaliyeti ile ilgili organlarıdır. Bu itibarla, söz konusu sınırlamalar, işlemi durumu bilmeksizin iyiniyetli olarak gerçekleştiren ve bilebilecek durumda da bulunmayan üçüncü kişiler açısından herhangi bir sonuç doğurmazlar.

Şu halde, kural olarak, *back-to-back* işlemler ile *depo kredileri* gibi iki tarafın birlikte kanuna karşı hile kasdını taşıdığı haller hariç olmak üzere, kredi sınırlamalarına aykırılık oluşturan işlemlerin geçersiz kabul edilebilmeleri mümkün değildir. Ancak bu sonucun temel nedeninin, iyiniyet kuralları ya da TTK md. 20/II hükmü değil, kredi sınırlamalarına ilişkin düzenlemelerin hukuki niteliği olduğu vurgulanmalıdır. Aynı yaklaşım, kanımızca, kanuna karşı hile kasdının açık olduğu haller dışında, bankaların iştirak paylarına ilişkin sınırlamaları düzenleyen 56. madde hükmü açısından da geçerli kabul edilmelidir.

KRONİKLER

2006 HAZİRAN-ARALIK DÖNEMİ MALÎ GELİŞMELERİ

*Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK**

1. 2007-2013 dönemini kapsayan Dokuzuncu Kalkınma Planı, 01.07.2006 tarihli ve 26215 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
2. 5527 sayılı Gelir Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 07.07.2006 tarih ve 26221 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
3. Gelir İdaresi Başkanlığı ÖTV Kanunu madde 8/1 ile ilgili sirküler yayınladı.
4. 99 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 11.07.2006 tarihli ve 26225 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
5. 359 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 11.07.2006 tarihli ve 26225 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
6. 360 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 11.07.2006 tarihli ve 26225 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
7. 361 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 11.07.2006 tarihli ve 26225 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
8. Kültür Yatırım ve Girişimlerine Gelir Vergisi Stopajı uygulanmasına dair yönetmelik 14.07.2006 tarihli ve 26228 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
9. 2007-2013 dönemini kapsayan Orta Vadeli Mali Plan 15.07.2006 tarihli ve 26229 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
10. Döviz Kazandırıcı Faaliyetlerde Damga Vergisi ve Harç İstisnası Uygulaması Hakkına 2 Seri No.lu tebliğ 19.07.2007 tarih ve 26233 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

11. İhracat, İhracat Sayılan Satış ve Teslimler ile Döviz Kazandırıcı Hizmet ve Faaliyetlerde Vergi, Resim ve Harç İstisnası Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ 19.07.2006 tarih 26223 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
12. Gelir İdaresi 2006/1 seri No.lu Emlak Vergisi Kanunu İç Genelgesini yayınladı.
13. Üreticiden satın alınan tütün ürünü için avans olarak yapılan ödemelere dair tevkifat oranına ilişkin Gelir Vergisi Sirküleri yayınlandı.
14. Geçici vergi dönemlerine ilişkin yeniden değerlendirme oranı hakkında Kurumlar Vergisi Kanunu Sirküleri yayınlandı.
15. Gelir Vergisi Kanununun Geçici 67. Maddesinde Öngörülen Tevkifat Oranları 23.07.2006 tarih ve 26237 sayılı Resmi Gazetede belirlendi.
16. Gümrük Vergilerinden Muafiyet ve İstisna Tanınacak Haller Hakkında Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar”ın yürürlüğe konulması; Devlet Bakanlığının 11/7/2006 tarihli ve 17518 sayılı yazısı üzerine, 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun 167 nci maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 17/7/2006 tarihinde kararlaştırılmış ve ilgili karar 26.08.2006 tarihli ve 26249 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.
17. 41 Sayılı Katma Değer Vergisi Sirküleri yayınlandı.
18. Yatırım İndirimi İstisnaları ile İlgili 3 Sayılı 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Sirküleri yayınlandı.
19. Gümrük Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 10.08.2006 tarihli ve 26255 sayılı Resmi Gazetede yayınlandı.
20. Türkiye Cumhuriyeti ile Lübnan Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması Onaylanmış ve 17.08.2006 Tarihli ve 26262 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.
21. Bilanço Esasına Göre Defter Tutan Mükelleflerin Mal ve Hizmet Alımları ve Satımları ile İlgili Bildirimleri Hakkında 362 Sıra No.lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği 17.08.2006 Tarihli 26262 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.
22. 27 Seri No.lu Motorlu Taşıtlar Vergisi Genel Tebliği 21.08.2006 Tarihli ve 26266 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.
23. 48 Seri No.lu Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği 21.08.2006 Tarihli ve 26266 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

24. 51 seri numaralı Harçlar Kanunu Genel Tebliği 25.08.2006 tarih ve 26270 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
25. Türkiye Cumhuriyeti tabiyetinde bulunan gerçek kişilerin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numaralarının vergi kimlik numarası olarak kullanılmasına ilişkin açıklamaların yer aldığı 3 sıra numaralı Vergi Kimlik Numarası Genel Tebliği 29.08.2006 tarih ve 26274 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
26. Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında 3100 sayılı Kanun’a göre akaryakıt pompaları ödeme kaydedici cihazlara bağlanan istasyonlarda yapılan akaryakıt satışlarında düzenlenecek ödeme kaydedici cihaz fişleri ve bu fişlerin faturaya dönüştürülmesi ile ilgili işlemlere ilişkin 68 seri numaralı Katma Değer Vergisi Mükelleflerinin Ödeme Kaydedici Cihazları Kullanmaları Mecburiyeti Hakkında Kanunla İlgili Genel Tebliğ 7.09.2006 tarih ve 26282 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
27. 11 Seri Numaralı Özel Tüketim Vergisi Genel Tebliği 7.09.2006 tarih ve 26282 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
28. 100 Seri Numaralı Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 14.09.2006 tarih ve 26289 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
29. Vergi Konseyi Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik 21.09.2006 tarih ve 26296 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
30. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda tanımlanan yetkili müesseselerin kuruluş, şube açma, faaliyet, yükümlülük ve denetimlerine dair usul ve esasları düzenleyen . Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin 2006 - 32/32 Numaralı Tebliğ 22.09.2006 tarih ve 26297 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
31. 39 Sıra No’lu Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu Genel Tebliği 30 Eylül 2006 tarih ve 26305 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
32. 5527 sayılı Kanunla Geçici 67 nci maddede yapılan değişiklikler, Bakanlar Kurulu Kararıyla belirlenen tevkifat oranları, Geçici 67 nci maddenin uygulanması ve Eurobondların itfası ile alım-satımından elde edilen getirilerin gerçek kişiler yönünden vergilendirilmesine yönelik olarak açıklamaların yer aldığı 258 Seri No’lu Gelir Vergisi Genel Tebliği 30 Eylül 2006 tarih ve 26305 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
33. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu’na 16.6.2004 günlü, 5189 sayılı Yasa’nın 6. maddesiyle eklenen Geçici Madde 8’in ikinci fıkrasında yer

- alan"...son bir yıllık TÜFE oranında..." ibaresi ile üçüncü fıkrasına yönelik iptal istemi, Anayasa Mahkemesi'nin 4.5.2006 günlü, E. 2006/64, K. 2006/54 sayılı kararıyla oybirliği ile reddedildi. (5 Ekim 2006 tarih ve 26310 sayılı Resmi Gazete)
34. Geçici vergi dönemi için yeniden değerlendirme oranı 4 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Sirküleri ile %5.5 olarak belirlendi.
 35. Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik 10 Ekim 2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
 36. 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (I) sayılı listenin (A) cetvelinde yer alan bazı mallara ilişkin özel tüketim vergisi tutarları 12 Ekim 2006 tarih ve 26317 sayılı Resmi Gazete'de yeniden tespit edildi.
 37. Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesine İlişkin 5549 sayılı Kanun 18 Ekim 2006 tarih ve 26323 sayılı Resmi Gazete'de yayınlandı.
 38. KDV beyanname verme süresi 26 Ekim tarihine kadar uzatıldı.
 39. 26330 sayılı ve 28.10.2006 tarihli Resmi Gazetede Gelir Vergilerine İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında Değişiklik Yapılmasına İlişkin 39 Seri no.lu Tebliğ yayınlandı.
 40. Gelir İdaresi 2006/1 seri numaralı Vergi Kimlik Numarası İç Genelgesi ile Vergi Kimlik Numarasıyla ilgili çeşitli açıklamalar getirdi.
 41. Anayasa Mahkemesi 4706 sayılı Kanunun çeşitli maddelerinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle açılan iptal davasını reddetti. (26339 sayılı ve 07 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete)
 42. Anayasa Mahkemesi 4458 sayılı Gümrük Kanununun 198. Maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasını reddetti. (7 Kasım 2006 Tarihli ve 26339 sayılı Resmi Gazete)
 43. Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği (Seri No. 49) 26340 sayılı ve 08.11.2006 tarihli Resmi Gazetede yayınlandı.
 44. İndirimli orana tabi işlemlerden doğan KDV iade alacaklarının elektrik ve doğalgaz borçlarına mahsubunu düzenleyen Tebliğ yayımlanmıştır. 101 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 26347 sayılı ve 15 Kasım 2006 Tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.
 45. İhraç Malı Taşıyan Araçlara Motorin Tesliminde ÖTV ve KDV İstisnası Uygulanacak Sınır Kapılarına Çeşme Sınır Kapisinin de Eklenmesine İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı yayınlandı. (26348 sayı ve 16.11.2006 tarihli Resmi Gazete)

46. Türkiye Cumhuriyeti ile Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması 20 Kasım 2006 tarih ve 26352 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.
47. 26330 sayılı ve 28.10.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Gelir Vergilerine İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında Değişiklik Yapılmasına İlişkin 39 Seri no.lu Tebliğ 26330 sayılı ve 28.10.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayınlandı.
48. Gelir İdaresi Vergi Kimlik Numarası ile ilgili çeşitli açıklamalar getirdi.
49. Anayasa Mahkemesi 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun çeşitli maddelerinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle açılan iptal davasını reddetti. (26339 sayılı ve 07 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete)
50. Emlak Vergisi Kanunu Genel Tebliği (Seri No. 49) 26340 sayılı ve 08.11.2006 tarihli Resmi Gazete’de yayınlandı.
51. İndirimli orana tabi işlemlerden doğan KDV iade alacaklarının elektrik ve doğalgaz borçlarına mahsubunu düzenleyen 101 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği 26347 sayılı ve 15 Kasım 2006 Tarihli Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.
52. İhraç Malı Taşıyan Araçlara Motorin Tesliminde ÖTV ve KDV İstisnası Uygulanacak Sınır Kapılarına Çeşme Sınır Kapısının da Eklenmesine İlişkin 2006/11167 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı yayınlandı. (Resmi Gazete: 16.11.2006/26348).
53. Türkiye Cumhuriyeti ile Güney Afrika Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması 20 Kasım 2006 tarih ve 26352 sayılı Resmi Gazete’de yayınlandı.

**ORTADOĞU AVRUPA ve ASYA ROMANİSTLERİ
X. KOLLOKYUMU TOPLANTISI
(DUŞANBE 2005)**

**M.MACHMUDOV / P.CATALANO
Çev.: Ar. Gör. Başak KARAMAN***

1. Kollokyumların sunumu. Doğuya Doğru. Ortadoğu Avrupa ve Asya Romanistleri Kollokyumları, Ortadoğu Avrupa ve İtalya Romanistleri Kollokyumlarının (Kollokyumların yeni adı, başta Sibiryalılar ve Çinliler olmak üzere Asyalı meslektaşlarımızın gittikçe daha önemli hale gelen ve artan katılımlarının etkisiyle 2000 yılında Vladivostok'ta gerçekleşen VIII. Kollokyum'da önerilmiştir^{1.}) ve Sosyalist Devletler ve İtalya Romanistleri Kollok-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Özellikle Xu Guodong'un Çince yazılarına işaret etmek gerekir, *Socialism-Post Socialism and the Euroasiatic Solidarity. Summary of Colloquia of romanists of Central and Eastern Europe and Italy: From Origin to Today, in Roman Law and Modern Civil Law 2* (Xiamen 2001), s. 435-473 ve *A Brief Presentation of the "Gruppo di ricerca sulla diffusione del Diritto Romano"* (translated by Xu Guodong), ibid., s. 474-478. VIII. Kollokyum Yayınları için bkz: T. Sâmbrian, *Al VIII-lea colocviu al romanistilor din Europa centro-orientală și Italia – Vladivostok, 5-7 octombrie 2000, Revista de științe juridice 17* (Craiova 2000), s. 35-37; A. A. Vjars, *Chronika VIII Kollokviuma romanistov central'no-vostocnoj Evropy i Italii (Vladivostok, 5-7 oktjabrja 2000), Ius Antiquum 2, 7* (Moskova 2000), s. 218-221; J. Zablocki, *VI-II Colloquio dei romanisti dell'Europa centro-orientale e d'Italia, Zeszyty prawnicze 1* (Varşova 2001), s. 190-195; D. Rup_i_, *O VIII Kolokviju romanista srednjoisto_ne Europe i Italije, Pravni vjesnik 1, 2* (Osijek 2001), s. 301-304; *VIII Kollokvium romanistov stran Central'noj i Vosto_noj Evropy i Italii, Pravovedenie 2* (St. Petersburg 2001), s. 218-222; *Chronika. VIII Kollokvium romanistov stran Central'noj i Vosto_noj Evropy i Italii, Sibirskij Juri-di_ eskij Vestnik 1*, (İrkutsk 2001), s. 78-80; *Cronika. Rezoljucija. VIII Kollokvium romanistov stran Central'noj i Vosto_noj Evropy i Italii, Aziatsko-Tichookeanskij Region. Ekonomi-*

yumlarının (1991 yılında Sovyetler Birliği'nin ifade edilemediği biçimde "çözülmesi"nin ardından meydana gelen politik gerçeğin değişimi nedeniyle, 1998'de adı zaten değiştirilmişti².) devamını oluşturmaktadır. IX. Ortadoğu Avrupa ve Asya Romanistleri Kollokyumu, 24-26 Ekim 2002 yılında, Novi Sad'da gerçekleştirilmiştir.

2. X. Ortadoğu Avrupa ve Asya Romanistleri Kollokyumu Açılış Töreni. X. Kollokyum, Tacikistan Ulusal Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi (TGNU) ve Tacikistan Cumhuriyeti Bilimler Akademisi ile Roma 'La Sapienza' Üniversitesi'nin, Ulusal Araştırmalar Konseyi Hukuki Enformasyon Teori ve Teknikleri Enstitüsü, Roma "Giorgio La Pira" Bölümü'nün, Roma Hukuku'nun Yayılması Araştırma Grubu'nun ve Marco Polo'nun Doğumunun 750. Yıldönümü Kutlamaları Ulusal Komitesi'nin işbirliğinde 19-21 Ekim 2005 tarihleri arasında, Duşanbe, Tacikistan'da gerçekleştirilmiştir. X. Kollokyum'da, "Roma Hukuku sisteminde kişi ve halk; medeni hakların korunması ve borçluların müdafaası; güncel hukuk sistemine Roma hukukunun ictibas; Roma Hukuku öğretiminin gerekliliği" konuları ele alınmıştır.

Duşanbe'deki kollokyum, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Çin, Hırvatistan, Rusya Federasyonu, Gürcistan, İtalya, Kazakistan, Letonya, Polonya, Romanya, Sırbistan ve Karadağ, Tacikistan, Türkiye, Ukrayna, Macaristan Akademileri, Enstitüleri ve Üniversitelerine bağlı profesörlerin katılımı veya özel olarak onaylamalarıyla gerçekleşti.

Kollokyumun açılış oturumu, 19 Ekim Çarşamba günü, saat 10.15'te Tacikistan Ulusal Devlet Üniversitesi tören salonunda yapıldı. Açılış konuşma-

ka. *Politika. Sotrudni estvo* 2 (Vladivostok 2001), s. 111-115; P. Catalano, *Concluziile celui de al VIII-lea colocviu al romanistilor din Europa Centro-Orientală și Italia (Vladivostok, 5-7 octombrie 2000)*, *Revista de științe juridice* 20 (Craiova 2001), s. 170-171; A. Pikulska-Robaszkiewicz, *Konferencja romanistyczna we Wladywostoku, Czasopismo Prawno-Historyczne* LIII,2 (Ponzan 2001), s. 292-294; *Uchwala konferencji romanistycznej we Wladywostoku* (Thumaczyl: Wojciech Dajczak), *ibid.*, s. 294-295; *Informacija o VIII Kollokviume romanistov, Ius bonumque. Sbornik nau_nych statej* (Krasnojarsk 2001), s. 147-151; *Chronika. VIII Kollokvium romanistov stran Central'noj i Vosto_noj Evropy i Italii, Gosudarstvo i pravo: aktual'nye voprosy istorii i sovremennosti* 1 (Jo_kar-Ola 2001), s. 218-224; *VIII Colloquio dei romanisti dell'Europa Centrale e Orientale e d'Italia. Cronaca. Conclusioni. VIII Kollokvium romanistov stran Central'noj i Vosto_noj Evropy i Italii. Chronika. Rezoljucija, Anti_nyj vestnik. Nuntius antiquus* VI (Omsk 2002), s. 136-147; "1998-2000: Da Roma a Vladivostok", *Kronikler* [R. Gasbarro] ve *sonuç bildirgesi, Index* 30 (2002), s. 58-64.

² Roma 1998 hakkında bkz: *Index* 30 (2002), s. 55-58.

sı, Tacikistan Ulusal Devlet Üniversitesi (TGNU) Saygıdeğer Rektörü, aynı zamanda Tacikistan Bilimler Akademisi üyesi **CH.S. SAFIEV** ve Tacikistan Bilimler Akademisi Başkanı akademisyen **M. I. ILOLOV** tarafından gerçekleştirildi. TGNU Hukuk Fakültesi Dekanı, Tacikistan Bilimler Akademisi Başkanı profesör **M. A. MACHMUDOV** tarafından “*Aile Hukukunda Roma Kurumlarının İktibas*” konulu rapor sunuldu.

3. Kişi ve halk. Öğleden sonraki çalışmalar “Kochi Vachdat” kompleksinde sürdürüldü. *Roma hukuk sisteminde kişi ve halk*’ın ele alındığı Kollokyumun ilk teması hakkında, Sassari Üniversitesi’nden **G. LOBRANO**, “*Halk ve Vatandaşlar*”; Pekin Üniversitesi, Politik Bilimler ve Hukuk Fakültesinden **FEİ ANLİNG**, “*Roma Hukukunda Kurum Kavramı ve Çin’de Tüzel Kişilik Sistemin Oluşumu*”; Xiamen Üniversitesi’nden **XU GUODONG**, “*Karşılaştırmalı Bir Bakış Açısıyla. Suni Döllenmeyle Oluşan Ceninin Hukuki Yeri: Kişiler ve Eşyalar Arasında*” bildirimlerini sundular. Ivanovo Devlet Üniversitesi’nden **A. BIBIKOV**, **S. BIBIKOV**, “*Roma Hukukunda ve Modern Medeni Hukukta Vatandaşların Hak Ehliyeti Prensibinin Esaslarının Düzenlenmesi*”; Omsk Devlet Üniversitesi’nden **A. ELAGINA**, “*Köle Pedanius Secundus: (Tacitus’a göre) Kişi Hakları İçin Bir Savaş Girişimi*” bildirimlerini yazılı olarak gerçekleştirdiler.

4. Medeni hakların korunması ve borçluların müdafaası. 20 ekim perşembe günü çalışmalar devam etti. Roma ‘La Sapienza’ Üniversitesi’nden **P. CATALANO**, “*Romanistlerin Kollokyumlarının Temeli ve Amacı*” konulu tebliği sundu.

Medeni hakların korunması ve borçluların müdafaası hakkındaki ikinci temayla ilgili olarak, Heilongjiang Üniversitesi’nden **HA SHU JU**, *Roma Hukuk Sisteminde Hakların Korunmasında Davalar*; Salerno Üniversitesi’nden **R. CARDILLI**, *Roma Sisteminde İyiniyet Prensibi*; TGNU, Duşanbe’den **T. APIROV**, *Roma Hukukundaki Suç ve Ceza İlişkisi Prensip-leri* başlıklı bildirimlerini sundular.

Güncel Hukuk Sistemine Roma Hukukunun İktibas hakkındaki üçüncü temayla ilgili olarak Letonya Üniversitesi, Riga’dan **A. JANSONE**, *1937 Yılı Letonya Medeni Kanunu çalışmalarında “Roma Hukukunu İktibas Yöntemi*”; TGNU, Duşanbe’den **M. MENGLIEV**, “*Tacikistan Cumhuriyeti’nde Mülkiyet Hakkına İlişkin Düzenlemelerin Oluşumu ve Gelişmesinde Roma Hukukunun Önemi*” konulu bildirimlerini sundular. Galatasaray Üniversitesi, İstanbul’dan **B. KARAMAN**, “*Güncel Türk özel hukuk sisteminde Roma Hukukunun İktibas ve Roma Hukuk Öğretiminin Gerekliliği*”; Novi Sad Üniversite-

si'nden **A. MALENICA**, “Sırp Medeni Kanunu Başlangıç Kısımına Roma Hukukunun Doğrudan İktibası”, Odessa Ulusal Hukuk Akademisi'nden **E. CHARITONOV** ve **E. CHARITONOVA**, “Ukrayna Aile Huku: Roma ve Bizans Hukuklarının İktibası”, Duşanbe'den **F. NODIROV**, “Tacikistan Cumhuriyeti'nde Sözleşmeler Hukuku Alanında Roma Hukukunun İktibası”, Kazakistan ‘Al Farabi’ Devlet Üniversitesi, Almaata'dan **A. IBRAEVA**, “Kazakistan Hukuk Sisteminin Gelişiminde Roma Hukukunun Etkisi”, Devlet Ticaret Üniversitesi, Moskova'dan **A. KOSOREV**, “Hukuk Sisteminin İdeal Gelişim Modeli Olarak Roma Hukuku” başlıklı bildirimlerini yazılı biçimde sundular.

5. Roma hukuku öğretimi. Orta Asya'da Araştırma Merkezi Kurulması Teklifi. Kollokyum çalışmaları 21 ekim cuma günü Roma hukuk öğretiminin gerekliliği başlıklı dördüncü tema ile devam etti. Tacikistan Bilimler Akademisi, TGNU, Duşanbe'den, **F.T. TORICHOV**, “Roma Hukukunun Güncel Önemi”, Krasnojarsk Üniversitesi'nden **T. BUDILINA**, “Güncel Koşullarda Roma Hukuku Öğretiminin Gerekliliği”, Brest Üniversitesi'nden **N. PETROVSKIJ**, “Antik Roma Hukuk İlmini İnceleme Metodunun Gelişimi”, CNR Hukuki Enformasyon Teori ve Teknikleri Enstitüsü, Floransa'dan **G. TADDEI ELMI**, “Roma Hukukunun Yayılması ve Öğretimi İçin Bilgişlem”, Urallar Devlet Hukuk Akademisi, Ekaterinburg'dan **E. BERG**, “Latin Dilinin ve Roma Hukukunun Öğretiminde Güncel Bir Deneyim”, Moskova ‘Lomonosov’ Devlet Üniversitesi Roma Hukuk Araştırmaları Merkezi Başkanı **L. KOFANOV**, “Roma Hukuk İlmi Terminolojisinde Res Publica ve Civitas Kavramı” başlıklı bildirimlerini sundular. Tbilisi Devlet Üniversitesi'nden **M. GARI_VILI**, “Güncel Koşullarda Roma Hukuk Öğretiminin Gerekliliği”, Halkların Kardeşliği Rus Üniversitesi, Moskova'dan **V. UL'JANI_EV**, “Günümüz Koşullarında Roma Hukukunu Öğretiminin Gerekliliği”, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul'dan **İ. ORTAYLI**, “Roma Hukuk Öğretiminin Gerekliliği”, Chabarovsk Devlet Hukuk Akademisi'nden **J. KA_ANOVSKIJ**, “Ius Et Iustitia. Hukuk ve Uygulaması”, Moskova Devlet Hukuk Akademisi, Kirov Şubesi'nden **V. DRACHLOV**, “Moskova Devlet Hukuk Akademisi, Kirov Şubesinde Roma Hukuku Öğretimi Deneyimi”, Devlet Hizmetleri Akademisi, Syktyvkar'dan **M. NAJMU_IN**, “Günümüz Koşullarında Roma Hukuk Öğretiminin Gerekliliği” başlıklı bildirimlerini yazılı olarak sundular.

Kollokyumun kapanış oturumu 21 ekim cuma günü öğleden sonra gerçekleştirildi. Çalışmalar, Tacikistan Devlet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve Roma Hukuku Profesörü Machkam **MAHMUDOV** tarafından, Orta Asya'da hukukçunun formasyonu için Roma Hukuku'nun önemini vurgulanarak ve Orta Asya'daki devletlere yönelik Roma Hukuku Araştırmaları için bir merkez açılması niyeti belirtilerek sona erdirildi.

ORTA ve DOĞU AVRUPA ve ASYA ROMANİSTLERİ X. KOLOKYUMU KAPANIŞ BİLDİRGESİ, DUŞANBE 2005

19-21 Ekim 2005 tarihleri arasında gerçekleşen *Orta ve Doğu Avrupa ve Asya Romanistleri X. Kollokyumu*; Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Çin, Hırvatistan, Rusya Federasyonu, Gürcistan, İtalya, Kazakistan, Letonya, Polonya, Romanya, Sırbistan Karadağ, Tacikistan, Türkiye, Ukrayna, Macaristan gelen profesörlerin katılımları veya özel onaylarıyla gerçekleşti.

Katılımcılar kapanış oturumunda, dünya ekonomisinin küreselleşmesini ve mevcut yasaların içeriklerindeki değişimlerini yaşamakta olduğumuz, coğrafi konum ve politik yönelimleri birbirlerinden farklı olan çok sayıda devleti ilgilendiren günümüzün bu karmaşık sürecinde, Roma Hukuku'nun ve onun ilke ve değerlerinin, ulusal ve uluslararası normlara yönelik olarak da, derinlemesine ve geniş kapsamlı olarak araştırılmasını gerekli kıldığı üzerinde durdular.

Buna bağlı olarak:

1. *X. Kollokyumun* katılımcıları Roma Hukuku'nun medeniyet tarihinde ve güncel sistem açısından kişiler hukukundan aile hukukuna, aynî haklardan borçlara kadar sahip olduğu ve sahip olmaya devam ettiği büyük önemin altını çizerek Tacikistan ve *Kollokyuma* katılan diğer ülkelerin üniversitelerine:
 - a) Roma Hukuku öğrenimi açısından, hukuk fakültesi öğrencilerine, izin verilen en fazla saatin tahsis edilmesinin sağlanması (Rusya Federasyonu açısından, eğitime ilişkin devlet standartlarına göre bu süre 100 saattir),
 - b) Araştırma görevlilerinin yetiştirilmesiyle ilgilenilmesi ve kaynakların Orta Asya halklarının ulusal dillerine tercüme edilmesine öncülük edilmesi tavsiyelerinde bulundular.
2. *X. Kollokyumun* katılımcıları, **M. A. MACHMUDOV** tarafından ileri sürülen Kazakistan, Tacikistan, Özbekistan, Türkmenistan, Kırgızistan Üniversiteleri Hukuk Fakülteleri için görevlendirilecek, Orta Asya'da yerleşik bir Roma Hukuku Araştırmaları Merkezi'nin açılmasına yönelik teklifi desteklediler. Bununla birlikte, kurulacak bu merkez bünyesinde uzmanlık alanında bir dergi çıkarılmasının yanında, kurulacak bu merkeze araştırmacıları koordine etme ve toplantı, seminer ve konferanslar düzenleme görevini verme konusunda anlaşıldılar.

3. *X. Kollokyumun* katılımcıları, özellikle hukuk fakültelerinde, Roma Hukuku öğrenimi daha iyi hale getirebilmek için Latince öğrenimine yönelik düzenlemelerin yapılmasının gerekli olduğuna inanmaktadırlar.
4. *X. Kollokyumun* katılımcıları, İtalya’da, Avrupa ve Asya’nın değişik bölgelerindeki Roma Hukuku profesörlerine yönelik belirli konular ve öğretim teknikleri üzerine kısa süreli özel kursların düzenlenmesini tavsiye etmektedirler.
5. *Orta ve Doğu Avrupa ve Asya Romanistleri X. Kollokyumu* katılımcıları, uluslararası işbirliğinin kendi çalışmaları açısından zorunlu olduğunu savunmaktadırlar.
6. *X. Kollokyumun* katılımcıları, *XI. Kollokyumla* ilgili olarak şu hususları kararlaştırdılar:
 - a) Özellikle Zerdüşt Şeriatı, Roma Hukuku ve İslam Hukuku değerleri arasındaki kesişen noktaları ve yakınlaşmaları dikkate alarak hukuk kültürlerinin karşılıklı etkileşimi sorununu ve bu süreçte Roma Hukuku’nun rolünü incelemek;
 - b) Avrupa Birliği örneğinde görüldüğü üzere, yeni hukuki “birlikler” ile antik Roma’nın hukuk ilminin karşılaştırmalı olarak incelenmesine öncülük etmek;
 - c) Birbirlerinden farklı memleketlerin kamu hukuklarının yaratılmasından ve gelişiminden yola çıkıldığında görüldüğü gibi politik, ekonomik ve kültürel faktörlerin olağanüstü bir birlik oluşturmasına dayanarak kademeli ve derin bir şekilde oluşan Roma hukukunun eyaletlerdeki yayılma evrelerini incelemek;
 - d) 2007’deki *XI. Kollokyumun*, Romanya’da, Craiova Üniversitesinde gerçekleşmesine yönelik prof. **SAMBRIAN** tarafından öne sürülen teklifi kayda geçirmek.

KANUN TASARILARI HAKKINDA GÖRÜŞLER

CEZA İNFAZ KURUMLARI DIŞ GÜVENLİK HİZMETLER KANUNU TASARISI*

Yürürlükteki mevzuatta ceza infaz kurumlarının dış güvenliğine ilişkin konuları düzenleyen özel bir kanun bulunmamaktadır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 33. maddesinde; kurumların iç güvenliğinin Adalet Bakanlığına bağlı infaz ve koruma görevlileri tarafından sağlanacağı ve gerektiğinde iç güvenlik görevlilerinin, dış güvenlik görevlileri ile işbirliği yapacakları belirtilmektedir. Ancak ceza infaz kurumlarının dış güvenliğine ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu madde haricinde yalnızca 5275 sayılı Kanununun 36. (arama), 86. (ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar) ve 111. maddelerinde (tutuklama kararının yerine getirildiği kurumlar) “dış güvenlik görevlisi” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ceza infaz kurumlarının dış güvenliğine ilişkin düzenleme ceza infaz Kanunu yerine mevzuatta başka bir Kanunda 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununda yer almaktadır. Bu Kanununun 7. maddesinin (a) bendinde jandarmanın mülki görevleri arasında “ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak” bulunmaktadır.

Buna göre, ceza infaz kurumlarının iç ve dış güvenlikleri iki ayrı yetki ve görev alanı oluşturmaktadır. İç güvenlik, Adalet Bakanlığı; dış güvenlik ise jandarma tarafından sağlanmaktadır. 2803 sayılı Kanununun 4. maddesine göre; “Jandarma Genel Komutanlığı, Türk Silahlı Kuvvetlerinin bir parçası olup, Silahlı Kuvvetlerle ilgili görevleri, eğitim ve öğrenim bakımından Genelkurmay Başkanlığına, emniyet ve asayiş işleriyle diğer görev ve hizmetlerin ifası yönünden İçişleri Bakanlığına bağlıdır”. Bu düzenlemeden jandarmanın ceza infaz kurumlarında dış güvenliğin sağlanması bakımından İçiş-

* T.C. Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün 30.07.2007 tarihli yazısı üzerine “Ceza İnfaz Kurumları Dış Güvenlik Hizmetleri Kanunu Tasarısı” Taslağı hakkında Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı tarafından hazırlanan Rapordur.

leri Bakanlığı'na bağlı olduğu sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla i ve dış güvenlik konularının çok farklı kategoriler içinde değerlendirildiği görülmektedir. Bu hususa Tasarının genel gerekçesinde de değinilmekte ve bu iki faaliyetin birbirini sürekli etkileyen ve tamamlayan faaliyetler olduğu, bu görevlere ilişkin yetki ve sorumluluğun tek elde toplanmasının hizmette etkinlik ve verimliliğin sağlanması bakımından zorunlu olduğu belirtilmektedir. Uygulamadaki bu iki başlılığın ortaya çıkardığı sorunlar olarak da mevzuatın farklı yorumlanması, hükümlü ve tutuklular ile ziyaretçilerin iki ayrı yerde aranması gibi mükerrer işlemlere ve gereksiz yazışmalara neden olunması, ayrıca sevk ve nakil gibi hizmetlerin yerine getirilmesinde koordinasyon sorunlarına yol açılması gibi örnekler verilmektedir. Yine gerekçede, dış güvenlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne verilmesi ile bu güvenlik hizmetlerinin uzman personelce yerine getirilmesinin sağlanacağı belirtilmektedir.

Tasarının başlıca amacı olarak belirtilen, ceza infaz kurumlarının güvenlik hizmetlerinde tek bir birimin yetkili kılınması Şeklindeki yeni düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Mukayeseli hukuka bakıldığında da aynı sistemin birçok ülkede benimsendiği görülmektedir. Örneğin İngiltere'de ceza infaz kurumlarının güvenlik dahil her türlü hizmetleri Adalet Bakanlığı'na bağlı bir birim ("Her Majesty's Prison Service") tarafından idare edilmektedir. Fransa'da cezaevlerinin idaresi Adalet Bakanlığı'na bağlı Ceza İnfaz Kurumu Yönetimine ("Direction de l'administration pnitentiaire") bırakılmıştır. Güvenlik de bu Yönetime bağlı bir birim tarafından yerine getirilmektedir (bureau de la scurit pnitentiaire). Amerika Birleşik Devletlerinde de federal cezaevleri, güvenlik hizmetlerinden de sorumlu olan Adalet Bakanlığı'na bağlı Cezaevleri Bürosu (The Bureau of Prisons) tarafından yönetilmektedir. Son olarak Hollanda'da Adalet Bakanlığı'na bağlı bir birim olan Cezaevleri Bölümünün (The Prison Department) cezaevlerinin yönetiminden sorumlu olduklarını ve güvenlik konusunda da bu bölümün yetkisi olduğu belirtilmelidir.

Bu organizasyon biçiminin değerlendirilmesinde bir başka kaynak da Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 11 Ocak 2006'da kabul ettiği Rec(2006)2 sayılı ve "Avrupa İnfaz Kuralları" (Rgles pnitentiaires europennes) başlıklı Tavsiye Kararıdır. Bu Kararda; Ceza İnfaz Kurumu İdarelerinin; farklı infaz kurumları ve aynı kurum içindeki çeşitli kategorideki görevliler arasında iyi bir iletişim ve kurumun içinde ve dışında bütün hizmetlerde koordinasyon sağlanmasını mümkün kılacak bir organizasyon ve yönetim gerçekleştirmeleri

gerektiği vurgulanmaktadır. Tasarıyla infaz kurumlarının iç ve dış güvenliğinin aynı Bakanlığın faaliyeti olarak düzenlenmesi şeklindeki adımı bu açıdan olumlu değerlendirmek gerekir. Bunun yanı sıra; yine aynı Tavsiye Kararında belirtilen bir diğer husus da göz önüne alındığında bu değişikliğin faydalı olacağı görülmektedir. Buna göre ceza infaz kurumlarında görev yapacak personelin seçimi, eğitimi gibi konularda da Taraf Devletlerden bir takım kurallara uymaları talep edilmektedir. Personelin seçimine ilişkin 76. paragrafta; ceza infaz kurumunda çalışacak personelin eğitiminin sürekli devam etmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine personelin eğitimine ilişkin 81. paragraf ve devamında; kurumlarda çalışacak görevlilerin genel ve özel kurslara devam ederek, teorik ve pratik sınavlardan geçmesi gerekmektedir. Bunun yanında Tavsiye Kararında, personelin bütün birimlerinin eğitiminde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İşkencenin, İnsanlık Dışı ve Onur Kırıcı Muamelenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ile Avrupa Cezaevi Kuralları başta olmak üzere uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerine yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kısacası, bu Kararda Taraf Devletlerden kurum personeline dahil olan bütün görevlileri özel bir eğitimden geçirmeleri ve bazı özel konularda bilgilendirmeleri istenmektedir. Bu da göstermektedir ki, Türkiye’de bu konuda uzman personel yetiştirmek için bir organizasyona ve altyapıya sahip olan ve bu konuda çalışmalar yapan bir birim olarak Adalet Bakanlığı’nın dış güvenlik görevlileri bakımından da yetki ve görev alanının genişletilmesi belirtilen Kararda belirtilenleri sağlayabilmek için olumlu bir düzenleme teşkil etmektedir.

Tasarıyla ilgili genel bir değerlendirme yapıldığında göze çarpan eksikliklerden bir diğeri de cezanın infazı aşamasında görevler yüklenen infaz savcısı ve hakiminin, dış güvenlikle ilgili hususlarda yetkili kılınmamış olmasıdır. Özellikle infaz kurumunda bulunması dolayısıyla kolaylıkla ulaşılabilen bir birim olarak infaz savcılığı; arama, zor kullanma gibi hususlarda yetki silsilesinde yerini alabilmelidir. Bu nedenle, Tasarıya son şekli verilmeden önce gerek infaz hakiminin gerekse infaz savcısının uzman kişiler olarak dış güvenlikle ilgili alanlarda yetkilendirilmesi düşünülmelidir.

Tasarıda değişiklik yapılması önerilen maddeler “amaç, kapsam ve tanımlar” başlığını taşıyan birinci bölümde ve güvenlikle doğrudan ilgili olan en önemli maddelerin yer aldığı “kurumlarda dış güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesi, personelin görev, yetki ve sorumlulukları” başlıklı ikinci bölümde yer almaktadır. Aşağıda öncelikle ilgili maddenin yeniden düzenlenmesi tavsiye edilen kısımlarına yer verilmesi ve daha sonra bu değişikliğin gerekçelerinin ortaya konulması şeklinde bir yöntem izlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Tanımlar

MADDE 3:

Tanımların yer aldığı üçüncü maddenin birinci fıkrasına (d) bendinden sonra gelmek üzere aşağıdaki (e) ve (f) bentlerinin eklenmesi önerilmektedir:

“e) Bedeni kuvvet; dış güvenlik görevlilerinin asayışı bozan ya da direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedeni gücü,

f) Maddi güç; dış güvenlik görevlilerinin asayışı bozan ya da direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedeni kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, sis ve gaz bombaları, boyalı ve boyasız basınçlı su püskürten araçları ve sair hizmet araçlarını ifade eder.”

Değişiklik gerekçesi

Tasarının 8/2. maddesinde zor kullanma yetkisi kapsamında, asayışı bozan olaylar veya direnmenin kapsam ve derecesine göre, asayışı bozanları veya direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan oranda bedeni kuvvet veya maddi güç kullanılabilir, denilerek zor kullanmanın içeriği belirtilmiştir. Ancak bedeni kuvvet ve maddi gücün ne olduğu konusunda Tasarıda bir açıklık bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararında güce başvurma konusunda ayrıntılı bir usul öngörülmesi ve öngörülebilir güç kullanma biçimleri de dahil olmak üzere bir takım unsurların açık olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bu konuda 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununun zor kullanmaya ilişkin 16. maddesinde 02.06.2007 tarihinde 5681 sayılı Kanunun 4. maddesiyle yapılan değişiklik ile bedeni kuvvet ve maddi güçten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin düzenlemeye bakıldığında şu ifadelerin yer aldığı görülmektedir:

- a) Bedenî kuvvet; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü,
- b) Maddî güç; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını ifade eder.

Bu açıklamalardan dış güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisi bakımından yararlanılabilirse de, polisin ve söz konusu görevlilerin görevlerinin kapsamı ve niteliği bakımından farklılıkları düşünüldüğünde dış güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkilerinin içeriği bakımından daha kesin açıklamalara yer verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle, Tasarıda bedeni kuvvet ve maddi güçten ne anlaşılması gerektiği, maddeye ikinci fıkrayı izleyen iki bent eklenmesi suretiyle belirtilmelidir.

Tasarının 18. maddesinde dış güvenlik görevlilerine hizmetin gerektirdiği hangi tür araçların verileceği belirtilmektedir. Bunlar arasında silah, alarm cihazı, kelepçe, kask, cop, kalkan, gaz maskesi, sis ve gaz bombaları, haberleşme ve iletişim araçları, boyalı ve boyasız basınçlı su püskürten araçlar sayılmaktadır. Bu maddede sayılan araçlar göz önünde bulundurularak 8. maddenin ikinci fıkrasına yukarıdaki şekilde iki bent eklenmesi tavsiye edilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

Kurumlarda Dış Güvenlik Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi, Personelin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Kurumların dış güvenliğinde gözetilecek ilkeler

MADDE 4:

Bu maddede dış güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesinde gözetilecek ilkeler olarak 5275 sayılı Kanununun 2 ilâ 6. maddelerine atıf yapılmıştır. Bu maddelerde; kısaca infazda çeşitli nedenlere dayanan ayrımcılığın yasaklanması, insan onuruna saygı esasının korunması, infazda temel amaç olan genel ve özel önlemenin sağlanması ve hükümlünün topluma uyumunun gerçekleştirilmesi, mahkumiyet kararlarının kesinleşmiş olması koşulunun gözetilmesi, infazın mahkeme kararına dayanması ve izlenmesine ilişkin esaslar ve hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler başlığı ile 6. maddede sayılan bir dizi ilke düzenlenmiştir.

Ülkemizde değişen koşullara ve ihtiyaçlara uyum sağlamak amacıyla mevzuatta çok sık değişiklik yapılabilmektedir. Bir Kanun hazırlanırken bazı konuların düzenlenmesiyle ilgili olarak yürürlükteki bir başka Kanuna yapılan atıflar, bir süre sonra atıf yapılan kanunun değişmesi ihtimalinde bir takım sorunlara yol açabilmektedir. Bu nedenle 4. maddede 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 2 ilâ 6. maddelerine atıf yapılması yerine, bu ilkelerin tamamının 4. maddede düzenlenmesi yo-

luna gidilmesi daha yerinde olacaktır. Bir diğer yöntem, ikinci bölümün başlığının “Kurumların dış güvenliğinde gözetilecek ilkeler” şeklinde değiştirilerek, sayılan ilkelerin 4,5,6,7 ve 8. maddeler halinde Tasarıya alınmasıdır. Bu durumda mevcut ikinci bölüm, üçüncü bölüm halini alacak ve madde numaraları bu sayıya göre değiştirilecektir.

Diğer kanunların ilgili maddelerine atıf yapılması konusundaki sakıncanın Tasarıda aynı usulün izlendiği bütün maddeler için geçerli olduğu belirtilmelidir.

Dış güvenlik görevlilerinin görev ve yetkileri

MADDE 5:

Maddenin, dış güvenlik görevlilerinin “arama ve kontrol” konusundaki yetki ve görevine ilişkin (c) bendinin aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi, arama ve kontrol yetkisinin koşullarının belirtildiği yeni bir (ç) bendinin eklenecek bunu izleyen bentlerin harflerinin değiştirilmesi tavsiye edilmektedir:

“(c) İnsan onuruna saygı ilkesini gözeterek, koruma ve güvenliğini sağladıkları;

- i. kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak iç güvenlik görevlileriyle birlikte, gerektiğinde arama ve kontrol yapmak;***
- ii. hükümlü ve tutukluların sevk ve naklini gerçekleştirmek üzere kullanılan araçlarda her zaman arama yapmak;***
- iii. kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenleri duyarlı kapıdan geçmesini sağlamak, bu kişilerin üstlerini metal dedektörle aramak, eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirmek, ayrıca şüphe halinde elle aramak;***
- iv. hükümlünün üst ve eşyasını, odasından çıkış ve dönüşünde ayrı yerlerde aramak;***
- v. hükümlü ve tutukluların hastaneye sevki ya da eğitim, çalışma ve benzeri sebeplerle kurum dışına çıkarılmaları halinde, usulüne göre verilmiş hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili mülki amirin yazılı emri bulunması koşuluyla bu yerlerde arama yapmak. Yetkili merciin yazılı emri en geç 24 saat içinde görevli hakimin onayına sunulur.***

(ç) Dış güvenlik görevlileri arama ve kontrollerde aşağıdaki esaslara uymak zorundadır:

- i. Milletvekilleri, mülki amirler, hakim, Cumhuriyet savcılar ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi halinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler.
- ii. Ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tabi tutulamaz.
- iii. Konusu suç teşkil etmese bile ceza infaz kurumlarına sokulması yasak olan her türlü eşya, çıkışta sahibine verilmek üzere idare tarafından muhafaza altına alınır.
- iv. Aranan hükümlü ile aramayı yapacak dış güvenlik görevlisinin aynı cinsiyetten olmasına ve dış güvenlik görevlileri bakımından tehlike teşkil etmemesi koşuluyla eşyalarının aranması sırasında hükümlülerin hazır bulundurulmasına özen gösterilir.
- v. Dış güvenlik görevlileri vücut boşluklarının kontrolü niteliğinde arama yapamaz.”

Değişiklik gerekçesi

Tasarının 5. maddesinde dış güvenlik görevlilerinin görev ve yetkileri düzenlenmiş; (c) bendinde; “koruma ve güvenliğini sağladıkları kurum, nakil aracı, sağlık ünitesi veya diğer ilgili yerlerde **mevzuata uygun şekilde** arama ve kontrol yapmak” bu görev ve yetkiler arasında sayılmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin yukarıda yer verilen Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararında “**arama ve kontroller**” başlığı altında kurum personelinin hükümlülerin bir arada buldukları, çalıştıkları ve yaşadıkları yerleri, hükümlüleri, ziyaretçileri ve diğer personeli ararken uymaları gereken usul belirtilmiştir. Öncelikle bu aramaların yapılacağı koşulların ve şeklinin iç hukukta belirtilmesi gereğine dikkat çekilmiştir. Tasarının 5. maddesinde bu koşulun “mevzuata uygun şekilde” ifadesiyle yerine getirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Maddenin gerekçesinde bu bent hükmünün uygulanma-

sında 5275 sayılı Kanununun 86. maddesi başta olmak üzere ilgili diğer mevzuat hükümlerinin de göz önünde bulundurulacağı belirtildiğine göre, bu “mevzuat”tan ne anlaşılması gerektiği şöylece belirlenebilir:

Tasarıda dış güvenlik görevlilerinin görev ve yetkisine giren arama daha ziyade bir arama-tarama, kontrol amacı taşımakta ve önleme etkisine yönelmektedir. Bu nedenle bu bende göre yapılacak aramada, 5275 sayılı Kanununun “Arama” başlıklı 36. maddesi¹ başta olmak üzere; madde gerekçesinde de yer verilen “ziyaret ve görüşlerde uyulacak esaslar” başlıklı 86. maddenin 2,3,4, 5,6 ve 7. fıkraları² göz önünde bulundurulmalı, bunun yanında mevzuatta bulunan diğer düzenlemeler de değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeler arasında;

- 17.06.2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmelik madde 5 ve 6. maddeleri sayılmalıdır. Bu hükümler 5275 sayılı CGTİK’nun 86. maddesinden farklı bir düzenleme içermemektedir.

¹ Bu maddeye göre; “(1) Kurumlarda, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Her ay bir kez mutlaka arama yapılır. (2) Aramalar, gerektiğinde dış güvenlik görevlileri veya kolluk kuvvetleriyle veya diğer kamu görevlilerince ortaklaşa gerçekleştirilebilir.”

² 86. maddede aramayla ilgili hükümler şunlardır:
“(2) Kurumun düzen ve güvenliğini, hükümlülerin sağlığını bozabilecek nitelikteki eşya ve maddeler ile her türlü iletişim araçları ve taşıma izin belgesi olsa da silâhlar kuruma sokulamaz. Ziyaret ve görüşlerde hükümlülere para, kıymetli evrak ve eşya verilemez.
(3) Kurum görevlileri ve dış güvenlik görevlileri dahil olmak üzere, sıfat ve görevi ne olursa olsun, ceza infaz kurumlarına girenler duyarlı kapıdan geçmek zorundadır. Bu kişilerin üstleri metal dedektörle aranır; eşyaları x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilir, ayrıca şüphe hâlinde elle aranır. Bu cihazların bulunmadığı yerlerde arama ve kontrol elle yapılır. Ancak milletvekilleri, mülkî amirler, hâkim, Cumhuriyet savcıları ve bu sınıftan sayılanlar, avukatlar, noterler, ceza infaz kurumları ve tutukevleri kontrolörleri, izleme kurulu başkan ve üyeleri, uluslararası sözleşmelerle yetkileri tanınmış kişi ve kuruluşların temsilcileri, ceza infaz kurumu ve tutukevi koruma birlik komutanı ile kurum müdürünün üstleri ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlleri dışında elle aranamaz. Duyarlı kapı cihazının ikazının sürmesi hâlinde bu kişiler ancak, elle aramayı kabul ettikleri takdirde kuruma girebilirler. Ziyaret yerleri de ziyaret öncesi ve bitiminde aranır.
(4) Ceza infaz kurumlarına giren avukatlarca savunmaya ilişkin olduğu yazılı olarak beyan edilen belge ve dosyalar incelemeye tâbi tutulmaz.
(5) Konusu suç teşkil etmemekle birlikte ceza infaz kurumlarına sokulması yasak olan her türlü eşya, çıkışta sahibine verilmek üzere idare tarafından muhafaza altına alınır.
(6) Hükümlüler, odalarından çıkış ve dönüşlerinde ayrı yerlerde ve farklı memurlarca üst ve eşya aramasına tâbi tutulurlar.
(7) Aramalarda insan onuruna saygı esastır.”

- Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinde bulunan arama ile ilgili bazı hükümlerin de yine Tasarıda düzenlenen arama bakımından uygulanması söz konusu olacaktır. Bu Yönetmeliğin Önleme Aramalarını düzenleyen üçüncü bölümde yer alan 18. maddesinde şartları oluştuğunda kolluk tarafından kendiliğinden denetim yapılabilecek haller düzenlenmiştir. Bu haller arasında “Elektromanyetik aygıtlar ve dedektör köpekleri aracılığıyla yapılan tarama şeklindeki denetimler” de belirtilmiştir. 19. maddede ise bu tür önleme aramasının hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle yapılabileceği öngörülmüştür. 25. maddede de hakimden önleme araması için karar alınması gerekmeyen haller başlığı altında;
 - Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranması,
 - Kanunların, muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişilerin, üst veya eşyalarının aranması da sayılmaktadır. Ceza infaz kurumları giriş ve çıkışın belirli kurallara tabi tutulduğu yerlerden ve hükümlüler de kanunların muhafaza altına alınmalarına olanak verdiği kişiler olduğuna göre, hakim kararı ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emrine ihtiyaç olmadan arama işlemini gerçekleştirmek mümkün olacaktır.

Görüldüğü üzere, “mevzuat” son derece dağınık bir hükümler bütününe ifade eden, çok genel, soyut, içine Yönetmelik de dahil her türlü hükmün sokulabileceği bir kavramdır. Bu mevzuatın kapsamını da göz önüne alacak olursak şu şekilde genel bir çerçeve ortaya çıkacaktır:

1. 5275 sayılı CGTİK'nun 36. maddesine göre; dış güvenlik görevlileri ceza infaz kurumlarında, odalar ve eklentilerinde, hükümlülerin üst ve eşyasında her zaman arama yapabilecektir.
2. 5275 sayılı Kanununun 86. maddesi, Hükümlü ve Tutukluların Ziyaret Edilmeleri Hakkında Yönetmeliğin 5 ve 6. maddeleri ile Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 18,19 ve 25. maddelerine uygun olarak; ceza infaz kurumlarına giren kişilerin metal dedektörle aranması, x-ray cihazından veya benzeri güvenlik sistemlerinden geçirilmesi ve koşulları bulunduğu elle aranması bakımından dış güvenlik görevlileri yetkili olacaktır. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25. maddesine göre, bu tür aramalarda hakim kararı gerekli olmayacaktır.

Yukarıda sayılan hallerin dışında arama yapıp yapılamayacağı konusunda (c) bendinde karışıklığa yol açabilecek bir ifade yer almaktadır. Dış güvenlik görevlilerinin arama ve kontrol yapabileceği yerler arasında “koruma ve güvenliğini sağladıkları kurum, nakil aracı, sağlık ünitesi veya diğer yerler” belirtilmiştir. Ceza infaz kurumu dışında arama yapılabilecek yerler arasında sağlık ünitesi de sayıldıktan sonra “veya diğer yerler” denilerek bu alan fazlasıyla genişletilmektedir. Mevzuata bakıldığında dış güvenlik görevlilerinin bu yerlerde arama yapabilmesini düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Bu nedenle hem “diğer yerler”den ne anlaşılması gerektiğinin açıkça belirtilmesi hem de Anayasanın 20. maddesine uygun olacak şekilde kurum dışında yapılacak aramaların koşulları kesin bir şekilde ortaya konulması bir zorunluluktur. Aksi takdirde bu bent hükmü özel hayatın gizliliğini ihlal edecek uygulamalara yol açma tehlikesi taşıyacaktır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararında belirtilen bir başka esas ise; kurum personelinin bu aramaları, aranan kişinin onuruna saygı çerçevesinde, hileli olarak içeriye eşya sokulmasına ya da dolaştırılmasına teşebbüs edenleri tespit etmek ve bunları önlemek amacıyla gerçekleştirecek şekilde eğitilmesi gerekliliğidir. Yine aynı Kararda aramaların insan onuruna saygı esas alınarak gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Nitekim 5275 sayılı Kanunun 86/7. maddesinde de bu husus belirtilmiştir. Tavsiye Kararında ayrıca, kişilerin aynı cinsiyetten personel tarafından aranmaları gerektiğine yer verilmiş ve kurum görevlileri tarafından vücut boşluklarını kontrol şeklinde bir aramanın yapılamayacağına işaret edilmiştir. İç muayene teşkil eden aramaların ancak bir doktor tarafından yapılabileceği de yine Tavsiye Kararında belirtilmiştir. Bundan başka, arama teknikleri ya da arama işleminin kurum personeli bakımından tehlike teşkil etmemesi koşuluyla, bütün hükümlülerin eşyalarının aranması sırasında hazır bulunması gerektiği de Kararda yer almaktadır. Bu konulara ilişkin düzenlemenin de 5. maddede yer alması gereklidir.

Bu açıklamalar doğrultusunda (c) bendinin yukarıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir.

Dış güvenlik görevlilerinin çalışma esas ve usulleri

MADDE 7:

Maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinin çıkarılarak aşağıdaki şekilde düzenlenmesi önerilmektedir:

“(2) İnfaz ve koruma şefi ile infaz ve koruma memurları, kurumların iç ve dış güvenlik hizmetleri dışında başka bir görevle görevlendirilemez.”

Değişiklik gerekçesi

Dış güvenlik görevlileri Adalet Bakanlığı nezdinde görevlerini en iyi şekilde yerine getirebilmek için özel bir eğitimden geçen, uzman personel niteliğine sahip kişiler olarak buna uygun görevleri yerine getirecek şekilde değerlendirilmelidir. Bu teşkilattan gereken verimi alabilmek ve bu organizasyondan beklenen faydayı elde edebilmek için söz konusu görevlilerin başka yerlerde çalıştırılmasına imkan verilmemelidir. Bu nedenle ikinci fıkranın son cümlesinin metinden çıkarılması tavsiye edilmektedir.

Zor kullanma yetkisi**MADDE 8:**

8. maddenin 1. fıkrasına, zor kullanma yetkisine ancak *son çare* olarak başvurulabilmesi için bu yönde bir ibare eklenerek, fıkranın yeniden düzenlenmesi önerilmektedir:

*“(1) Dış güvenlik görevlileri, bu kanunla veya diğer kanunlarla verilen görevleri yaparken; direniş, firar, firara teşebbüs, ayaklanma veya asayiş bozan benzeri olayların ortaya çıkması halinde, bu olayların önlenmesi, saldırının veya saldırıda bulunanların etkisiz hale getirilmesi ya da direnişin kırılması amacıyla ya da Kanuna uygun bir emrin ifası sırasında aktif ya da pasif direniş gösterilmesi halinde **son çare olarak** zor kullanmaya yetkilidir”.*

Değişiklik gerekçesi

Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararında infaz kurumu personelinin güce başvurma yetkisini son çare olarak kullanması gerekliliğine yer verilmiştir. Bu hususa da madde metninde değinilmesi ve bu nedenle birinci fıkranın yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Maddenin 4. fıkrasının aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi tavsiye edilmektedir:

“(4) Dış güvenlik görevlilerinin, zor kullanma yetkisi kapsamında asayiş bozan olayları sona erdirmek veya direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla, kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesi üst amir tarafından tespit edilir, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde takdir yetkisi dış güvenlik görevlisine aittir. Toplu kuvvet kullanılarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden görevlilerin

en üst amiri tarafından takdir ve tayin edilir. Toplu kuvvet kullanılması halleri dışında, dış güvenlik görevlisinin takdir yetkisini kullandığı hallerde zor kullanmayı gerektiren olaya ilişkin bütün bilgileri içeren bir rapor üst amirin onayına sunulur.”

Değişiklik gerekçesi

Tasarımın 8. maddesinin dördüncü fıkrasında; dış güvenlik görevlilerinin zor kullanma yetkisi kapsamında kullanacağı araç ve gereç ile zorun derecesini kendilerinin takdir edecekleri belirtilmektedir. Toplu kuvvet kullanılan durumlarda ise bu takdir yetkisi, müdahale eden görevlilerin en üst amirine verilmiştir. Toplu kuvvet kullanılması halleri haricinde dış güvenlik görevlilerine zor kullanma konusunda tam yetki verilmesi yerine, bu yetkinin kural olarak müdahale etme durumundaki görevlinin üst amirinde olmasının, ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde görevlinin üst amire başvurmaksızın kendisine müdahale yetkisi tanınması daha yerinde olur. Ayrıca gecikmesinde sakınca bulunan halin söz konusu olup olmadığının tespiti bakımından güvenlik görevlisinin belirtilen koşullarda zor kullanma yetkisini yasal olarak kullandığı üst amir tarafından en kısa sürede denetlenmelidir.

Bundan başka; Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararında ceza infaz kurumu personelinin güce başvurabilmesinin ancak çok istisnai hallerde mümkün olması gerektiği belirtilerek bunun koşullarına yer verilmektedir.

Buna göre; kurum personeli ancak yasal savunma hallerinde, firar teşebbüsü ya da meşru bir emre karşı aktif ya da pasif bir direnişle karşılaştıklarında ve ancak son çare olarak güç kullanabilmelidir. Güç kullanımı gereken ölçüyü ve zamanı hiçbir zaman aşmamalıdır. Tavsiye Kararında güce başvurma konusunda ayrıntılı bir usul öngörülmesi ve özellikle bir takım unsurların açık olarak düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Bunlar arasında; güç kullanma türlerinin her biri için gereken koşullar, görevlilerin hangi türde güç kullanma konusunda yetkili oldukları, güç kullanma konusunda karar verebilmek için gerekli yetki düzeyi ve güç kullanımı gerektiren her olaydan sonra hazırlanacak raporlar da yer almaktadır. 8. maddenin dördüncü fıkrasının bu açıklamalar doğrultusunda yukarıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi daha yerinde olacaktır.

Silah taşıma ve bulundurma yetkisi**MADDE 9:**

Maddenin birinci fıkrasında, dış güvenlik görevlilerinin kurum içine silahla girmemesi kuralının istisnasını teşkil eden hallerin açıkça öngörülmesi amacıyla aşağıdaki şekilde değişiklik yapılması önerilmektedir:

“(1) Dış güvenlik görevlileri, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan görevlerini yerine getirirken ateşli silahlar taşıyabilirler veya bulundurabilirler. Ancak, iç güvenlik kurallarının yerine getirilmemesi veya başka bir nedenle kurumlarda düzen ve muhafaza fonksiyonunun bozulması hali saklı kalmak üzere kurum içine silahla giremezler. Bu fıkra hükmünden yararlananlara ait ateşli silahların taşınmasına veya bulundurulmasına yetki veren kayıt ve belgeler her türlü resim, vergi ve harçtan muaftır.”

Değişiklik gerekçesi

9. maddenin Tasarıdaki düzenleniş şeklinde, birinci fıkrada; *“dış güvenlik görevlilerinin, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan görevlerini yerine getirirken ateşli silah taşıyabilecekleri ve bulundurabilecekleri, ancak kanunen yetkili kılındıkları haller dışında kurum içine silahla giremeyecekleri”* belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec(2006)2 sayılı Tavsiye Kararının **“Silahlar”** başlıklı 69. paragrafında acil bir operasyon haricinde kurum personelinin infaz kurumu içinde hiçbir zaman öldürücü silah taşımaması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanında; hükümlülerle ilişkide olan kişilerin özel bir olay nedeniyle güvenlik için gerekli olmadığı takdirde, cop da dahil olmak üzere diğer görünür silahların taşınması yasaklanmalıdır.

Birinci fıkra hükmünün Tavsiye Kararında belirtilenlerle uyumlu olduğu söylenemez. Nitekim, Tavsiye Kararında yalnızca acil operasyon halleri, kurum içinde silah taşınması yasağına istisna olarak kabul edilmişken, Tasarıda *“kanunla yetki verilen”* haller şeklinde belirsiz ve genel bir istisna hükmünün getirildiği görülmektedir. Bu istisnanın daha açık bir şekilde ortaya konulması amacıyla, 9. maddenin gerekçesinde, dış güvenlik görevlilerinin kurum içine silahla girebilecekleri durumlara örnek teşkil etmesi amacıyla belirtilenlerin madde metnine alınması yönünde bir değişiklik yapılmıştır.

İkinci fıkrada 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun Ek 1. maddesinin üçüncü fıkrasının, dış güvenlik görevlile-

ri hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Ek 1. maddede, duruşmalar, mahkeme salonları, hastanelerin psikiyatri bölümleri, akıl hastaneleri, ceza ve tutukevleri ile her türlü ıslah ve infaz kurumları veya bunların eklentileri de dahil olmak üzere belli yerlerde ateşli silahlar taşınması yasağı düzenlenmekte, üçüncü fıkrada ise bu yerlerin ve burada bulunan kişilerin güvenliği için görevli bulunan polis ve jandarma personeli bu yasağın dışında tutulmaktadır. Bu düzenleme, birinci fıkradaki istisna hallerine bir yenisini eklememekte, 6136 sayılı Kanuna muhalefet sonucunun doğmasını engelleyici bir sonucu olmaktadır. Diğer bir ifadeyle, 6136 sayılı Kanunda yer verilen belirli yerlerde ateşli silahlar taşınması yasağının dış güvenlik görevlileri bakımından uygulanmayacağı belirtilmesi, yukarıda sözü edilen birinci fıkradaki yasağı ortadan kaldıracı bir etkiye sahip olmamaktadır. Hükümün bu şekilde yorumlanması gerekliliğinin 9. maddenin gerekçesinde yer almasının herhangi bir karışıklığa meydan vermemek bakımından zorunlu olduğu kanaatindeyiz.

Silah kullanma yetkisi ve bu yetkinin kullanılacağı durumlar

MADDE 10:

10. maddenin 3 ve 4. fıkralarının madde metninden çıkarılarak 2. fıkranın aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmesi tavsiye edilmektedir:

“(2) dış güvenlik görevlisi, birinci fıkrada sayılan hallerde silâh kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi hâlinde, önce uyarı amacıyla silâhla havaya ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olması hâlinde, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçü ve oranda silâhla ateş edilebilir.”

Değişiklik gerekçesi

Maddenin birinci fıkrasında dış güvenlik görevlilerinin silah kullanmaya yetkili olduğu haller sayılmıştır. Bu haller:

“a) Meşru savunma hakkının kullanılması,

b) Bedenî kuvvet veya maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği asayiş bozan bir olay veya direniş karşısında, bu olayın önlenmesi ya da direnişin kırılması,

c) Hükümlü ve tutuklunun nakli ve sevki sırasında bulunduğu yerden kaçması veya bu maksatla saldırıda bulunması,

- ç) Korumakla görevli oldukları kurum, yer, tesis ve diğer yapılara, elindeki silâha veya kendisine teslim edilmiş kişileri kaçırmaya veya bu kişilere karşı vuku bulacak saldırıyı başka türlü savuşturma imkânının bulunmaması,
- d) Görevi sırasında kurum personeline tecavüze veya karşı koymaya elverişli silâhların veya aletlerin teslimi emredildiği hâlde, emrin ısrarla yerine getirilmeyerek direnişte bulunulması veya teslim edilmiş silâh veya aletlerin zorla tekrar alınmasına teşebbüs edilmesi,
- e) Kurumlarda bastırılmayan kavga, kargaşa, direnme ve ayaklanma çıkması, olarak belirtilmiştir.”

Bu düzenlemenin değerlendirilmesinde, öncelikle Anayasanın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının” korunmasına ilişkin 17. maddenin ve İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesinin dikkate alınması gereklidir. 17. maddede herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı kuralı getirilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında da bu kuralın istisnasını teşkil eden haller belirtilmiştir. Bunlar; meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri.

AİHS’nin 2. maddesinde yaşama hakkı koruma altına alındıktan sonra ikinci fıkrada öldürmenin, aşağıdaki durumlardan birinde kuvvete başvurma kesin zorunluluk haline gelmesi sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlali suretiyle yapılmış sayılmayacağı belirtilmektedir:

- a) Bir kimsenin yasadışı şiddete karşı korunması için;
- b) Usulüne uygun olarak yakalamak için veya usulüne uygun olarak tutuklu bulunan bir kişinin kaçmasını önlemek için;
- c) Ayaklanma veya isyanın, yasaya uygun olarak bastırılması için.

Tasarının 10/1. maddesinde sayılan haller, gerek Anayasanın 17/4. maddesi gerekse AİHS’nin 2/2. maddesinde sayılan istisnalar ile karşılaştırıldığında bir aykırılığın bulunmadığı görülmektedir. Bu durumda bakılması gereken, 10.

maddenin 2,3 ve 4. fıkralarında bu yetkinin kullanılmasına ilişkin koşulların ne şekilde düzenlendiği ve bu düzenlemenin Anayasa madde 17/4'te belirtilen gibi "zorunlu haller" ve AİHS madde 2/2'de belirtilen "kuvvete başvurma'nın kesin zorunluluk haline gelmesi" koşulunu yerine getirip getirmediğidir.

İkinci fıkraya göre; "dış güvenlik görevlisi, birinci fıkranın (c) bendi kapsamında silâh kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde "dur" çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi hâlinde, önce uyarı amacıyla silâhla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması hâlinde ise, kişinin yakalanmaması sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçü ve oranda silâhla ateş edilebilir."

(c) bendinde belirtilen hal, "hükümlü ve tutuklunun nakli ve sevki sırasında bulunduğu yerden kaçması veya bu maksatla saldırıda bulunması"dır. İkinci fıkrada, dış güvenlik görevlisinin böyle bir durumla karşı karşıya kaldığında silah kullanmadan önce yapması gerekenler ayrıntılı olarak belirtilmiş ve orantılı ilkesi de gözetilerek son çare olarak silah kullanması yetkisi verilmiştir. Bu bakımdan söz konusu düzenlemenin yukarıda belirtilen zorunlu haller koşulunu yerine getirdiği görülmektedir.

Üçüncü fıkrada; "*dış güvenlik görevlisinin, birinci fıkranın (c) bendi hariç olmak üzere, silâh kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silâhla saldırıya teşebbüs edilmesi hâlinde, saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda duraksamadan silâhla ateş edebileceği*" düzenlenmiştir.

Bu hükmün, ikinci fıkraya göre birçok yönden farklı olduğu görülmektedir. Öncelikle silah kullanmadan önce dış güvenlik görevlilerinin kademeli olarak etkisiz kılma yöntemlerine başvurmaları gerekmediği görülmektedir. Bu nedenle son çare olarak başvurulması gereken silah kullanma yetkisinin doğrudan verilmesi söz konusudur. Bu noktada, Anayasa Mahkemesinin E.1996/68, K. 1999/1 sayılı ve 6.1.1999 günlü kararı ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun Ek 2. maddesinde değişiklik yapan 4178 sayılı Kanunun 3. maddesini iptal ettiği hatırlanmalı ve bu kararda da benzer açıklamalara yer verildiği ve yaşama hakkının istisnasını teşkil eden öldürme fiillerinde yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerektiğine vurgu yapıldığı belirtilmelidir. İptal edilen madde hükmü şöyledir:

"Terör örgütlerine karşı icra edilecek operasyonlarda teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi halinde kolluk kuvveti görevlileri, failleri etkisiz kılmak amacıyla doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmaya yetkilidirler".

Anayasa Mahkemesine göre: “Kuralda faillerin sadece ‘silah’ kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı ‘ateşli silah’ kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir. Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silâh kullanmalarını **zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir**. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ‘ateşli silâh’ kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur.” Bu nedenle Anayasa mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasanın 17. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. İptal edilen madde ile Tasarınının 10/3. maddesi arasındaki benzerlik çok açıktır.

Yukarıda sözü edilen fıkrayı takip eden 4. fıkradaki düzenleme de aynı sınıkları taşımaktadır. Buna göre; “Terör suçlarından veya kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçundan hükümlü ve tutuklu olanlara karşı bu maddenin birinci fıkrası kapsamında kurum dışında icra edilecek faaliyetlerde, “teslim ol” çağrısına uyulmaması veya silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi hâlinde, dış güvenlik görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılacak ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silâh kullanmaya yetkilidirler.”

Açıklanan nedenlerle, 3 ve 4. fıkralar madde metninden çıkarılmış ve Anayasa Mahkemesinin verilen kararı ışığında ikinci fıkra birinci fıkrada sayılan bütün halleri kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Görev yasağı

MADDE 12:

Maddenin 4. fıkrasının aşağıdaki şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Dış güvenlik görevlileri, bu Kanunda belirtilen dış güvenlik görevlerini yerine getirirken, haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yapılması ya da disiplin soruşturması açılması sebebiyle görevden uzaklaştırılması veya görev yerinin değiştirilmesi halinde; disiplin cezasının alınmaması veya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi veya kovuşturmanın mahkumiyet dışında bir

kararla sonuçlandırılması durumları hariç olmak üzere, bir daha dış güvenlik hizmetlerinde görevlendirilemez.”

Değişiklik gerekçesi

Tasarının 12/4. maddesindeki düzenleme; dış güvenlik görevlilerinin, görevlerini yerine getirirken bir disiplin soruşturmasına, suç soruşturmasına uğramaları ya da haklarında kamu davası açılması halleri bu görevlilerin bir daha adı geçen hizmetlerde görevlendirilememesi sonucunu doğurmaktadır. Disiplin ya da suç soruşturmasının veya kovuşturmanın sonucu henüz belli değilken, yalnızca bu süreçlerin başlaması ile dış güvenlik görevlilerinin hizmetin dışında bırakılmaları yerinde olmamıştır. Bu şekildeki bir düzenleme hem masuniyet karinesinin ihlalini teşkil edecek, hem de bu görevlilerin asılsız iddialara karşısında korunmasız kalmasına yol açacaktır. Bu nedenle, disiplin soruşturması sonucunda ceza alınmaması, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesi ve kovuşturmanın mahkumiyet dışında bir kararla sonuçlanması hallerinde, bu görevlilerin bir daha dış güvenlik hizmetlerinde görevlendirilememeleri şeklindeki sonucun ortaya çıkmamasını sağlayacak şekilde 4. fıkra hükmünün değiştirilmesi tavsiye edilmektedir.

Soruşturma usulü

MADDE 13:

Bu maddede dış güvenlik görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunun uygulanmayacağı belirtilmektedir. Gerekçeye bakıldığında, bu görevlilerin görev suçu işlemeleri halinde haklarında yapılacak soruşturma işlemlerinin 5271 sayılı CMK'nun 161. maddesi gereğince Cumhuriyet Savcıları tarafından yürütülmesinin olanaklı hale getirilmesinin amaçlandığından bahsedilmektedir. Maddeyle ilgili bir değişiklik önerisi bulunmamakla birlikte, madde gerekçesinde 161. maddenin yanında bir de “adli kolluk ve görevi” başlıklı 164/1. maddeye atıf yapılmasının bu hükmün düzenlenme gerekçesini daha açık bir şekilde ortaya koyacağını düşünmekteyiz.

CEZA İNFAZ KURUMLARI DIŞ GÜVENLİK HİZMETLERİ KANUNU TASARISI

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, kurumların dış güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir.

Kapsam

MADDE 2- (1) Bu Kanun, kurumlarda dış güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesini, hükümlü ve tutukluların sevk ve naklini, güvenlik hizmetlerinde görev alacak personelin unvan, görev, yetki ve sorumlulukları ile diğer hususları kapsar.

Tanımlar

MADDE 3- (1) Bu Kanunda yer alan;

- a) Bakanlık : Adalet Bakanlığını,
- b) Dış güvenlik hizmetleri: Kurumların dış güvenliğinin sağlanması, hükümlü ve tutukluların kuruma veya başka bir yere götürülüp getirilmesi, nakli, sevki, hastane ve sağlık kuruluşlarında muhafazası veya duruşmalarda hükümlü ve tutukluların can güvenliklerinin sağlanmasına ilişkin hizmetleri,
- c) Dış güvenlik görevlisi: Ceza infaz kurumu müdürü ile dış güvenliğin sağlanmasında görevli; müdür yardımcısı, infaz uzmanı, infaz uzman yardımcısı, infaz ve koruma şefi, infaz ve koruma memuru ile teknisyen ve şoför gibi görevlileri,
- ç) Genel Müdürlük: Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünü,
- d) Kurum: Kapalı ceza infaz kurumları ile gözlem ve sınıflandırma merkezlerini, ifade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Kurumlarda Dış Güvenlik Hizmetlerinin Yerine Getirilmesi, Personelin Görev, Yetki ve Sorumlulukları

Kurumların dış güvenliğinde gözetilecek ilkeler

MADDE 4- (1) Kurumlarda dış güvenlik hizmetlerinin yerine getirilmesinde 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 2 ilâ 6 ncı maddelerinde belirtilen ilkeler göz önünde bulundurulur.

Dış güvenlik görevlilerinin görev ve yetkileri

MADDE 5- (1) Dış güvenlik görevlilerinin görev ve yetkileri şunlardır:

- a) Kurumların dış güvenlik hizmetlerini yerine getirmek.
- b) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinden kapalı ceza infaz kurumlarına yapılacak hükümlü ve tutuklu nakillerini gerçekleştirmek.
- c) Koruma ve güvenliğini sağladıkları kurum, nakil aracı, sağlık ünitesi veya diğer ilgili yerlerde mevzuata uygun şekilde arama ve kontrol yapmak.
- ç) Hükümlü ve tutukluların sevk, nakil, duruşma sırasında veya buldukları yerde meydana gelen olaylarda, 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 90 ıncı maddesinin birinci fıkrasında belirtilen koşullara uygun ve orantıda yakalama yapmak.
- d) Kurumlarda olağan veya olağanüstü aramalar sırasında suç teşkil eden veya delil olabilecek ya da suç teşkil etmemekle birlikte hükümlü, tutuklu veya personel bakımından tehlike doğurabilecek ya da yasaklanmış eşyayı koruma altına almak ve bu hâlleri gecikmeksizin yetkili ve görevli Cumhuriyet savcısına bildirmek.
- e) Kurumlarda suç işlenmesi hâlinde yetkili ve görevli Cumhuriyet savcısının emri alınıncaya kadar olay yerini ve delilleri koruma altına almak.

Dış güvenlik görevlilerinin nitelikleri

MADDE 6- (1) Dış güvenlik görevlileri için 14/07/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda öngörülen genel şartlara ek olarak aşağıdaki nitelikler aranır:

- a) Otuz yaşını doldurmamış olmak.
- b) Erkek adaylar için 21/06/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanununun 10 uncu maddesinin (9) numaralı bendi kapsamına girenler hariç olmak üzere, onay tarihinde askerlik hizmetini fiilen tamamlamış olmak.
- c) Güvenlik soruşturması olumlu sonuçlanmış olmak.

Dış güvenlik görevlilerinin çalışma, esas ve usulleri

MADDE 7- (1) Dış güvenlik görevlileri, nöbet ve vardiya usulü ile çalıştırılır.

(2) İnfaz ve koruma şefi ile infaz ve koruma memurları, kurumların iç ve dış güvenlik hizmetleri dışında başka bir görevle görevlendirilemez. Ancak ihtiyaç hâlinde personel ve iş durumu göz önünde bulundurularak, Genel Müdürlük oluru ile Bakanlık merkezinde koruma, Genel Müdürlük merkez ve taşra birimlerinde ise koruma veya büro hizmetlerinde çalıştırılabilir.

(3) Dış güvenlik görevlilerinin diğer çalışma, esas ve usulleri yönetmelikle düzenlenir.

Zor kullanma yetkisi

MADDE 8- (1) Dış güvenlik görevlileri, bu Kanunla veya diğer kanunlarla verilen görevleri yaparken; direniş, firar, firara teşebbüs, ayaklanma veya asayiş bozan benzeri olayların ortaya çıkması hâlinde, bu olayların önlenmesi, saldırının veya saldırıda bulunanların etkisiz hâle getirilmesi ya da direnişin kırılması amacıyla ya da Kanuna uygun bir emrin ifası sırasında aktif veya pasif direniş gösterilmesi hâlinde zor kullanmaya yetkilidir.

(2) Zor kullanma yetkisi kapsamında, asayiş bozan olaylar veya direnmenin kapsam ve derecesine göre, asayiş bozanları veya direnenleri etkisiz hâle getirecek şekilde kademeli olarak artan oranda bedenî kuvvet veya maddî güç kullanılabilir.

(3) Zor kullanmadan önce, ilgililere asayiş bozan tutum ve davranışlarına ya da direnmeye devam etmeleri hâlinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı uyarısı yapılır. Ancak, asayiş bozan olayların veya direnmenin kapsam ve derecesi göz önünde bulundurularak, uyarı yapılmadan da zor kullanılabilir.

(4) Dış güvenlik görevlileri, zor kullanma yetkisi kapsamında asayiş bozan olayları sona erdirmek veya direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla, kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder.

Ancak, toplu kuvvet kullanılarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden görevlilerin en üst amiri tarafından takdir ve tayin edilir.

(5) Dış güvenlik görevlileri, kendisine, hükümlü ve tutuklulara veya diğer görevlilere yönelik bir saldırı karşısında, zor kullanmaya ilişkin koşullara bağlı kalmaksızın, 26/09/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun meşru savunmaya ilişkin hükümleri çerçevesinde savunmada bulunur.

Silâh taşıma ve bulundurma yetkisi

MADDE 9- (1) Dış güvenlik görevlileri, bu Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan görevlerini yerine getirirken ateşli silâh taşıyabilirler veya bulundurabilirler. Ancak, kanunen yetkili kıldıkları hâller dışında kurum içine silâhla giremezler. Bu fıkra hükmünden yararlananlara ait ateşli silâhların taşınmasına veya bulundurulmasına yetki veren kayıt ve belgeler her türlü resim, vergi ve harçtan muaftır.

(2) 10/07/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silâhlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinin üçüncü fıkrası, dış güvenlik görevlileri hakkında da uygulanır.

(3) Bu Kanun hükümlerine göre kurumda bulundurulacak veya dış güvenlik görevlilerine verilecek ateşli silâhların, miktar ve cinsi ile kayıt ve belgelerin ne şekilde tutulacağına ilişkin hususlar, İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.

Silâh kullanma yetkisi ve bu yetkinin kullanılacağı durumlar

MADDE 10- (1) Dış güvenlik görevlileri;

- a) Meşru savunma hakkının kullanılması,
- b) Bedenî kuvvet veya maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği asayiş bozan bir olay veya direniş karşısında, bu olayın önlenmesi ya da direnişin kırılması,
- c) Hükümlü ve tutuklunun nakli ve sevki sırasında bulunduğu yerden kaçması veya bu maksatla saldırıda bulunması,
- ç) Korumakla görevli oldukları kurum, yer, tesis ve diğer yapılara, elindeki silâha veya kendisine teslim edilmiş kişileri kaçırmaya veya bu kişilere karşı vuku bulacak saldırıyı başka türlü savuşturma imkânının bulunmaması,

- d) Görevi sırasında kurum personeline tecavüze veya karşı koymaya elverişli silâhların veya aletlerin teslimi emredildiği hâlde, emrin ısrarla yerine getirilmeyerek direnişte bulunulması veya teslim edilmiş silâh veya aletlerin zorla tekrar alınmasına teşebbüs edilmesi,
- e) Kurumlarda bastırılmayan kavga, kargaşa, direnme ve ayaklanma çıkması,

hâllerinde silâh kullanmaya yetkilidir.

(2) Dış güvenlik görevlisi, birinci fıkranın (c) bendi kapsamında silâh kullanmadan önce kişiye duyabileceği şekilde “dur” çağrısında bulunur. Kişinin bu çağrıya uymayarak kaçmaya devam etmesi hâlinde, önce uyarı amacıyla silâhla ateş edilebilir. Buna rağmen kaçmakta ısrar etmesi dolayısıyla ele geçirilmesinin mümkün olmaması hâlinde ise, kişinin yakalanmasını sağlamak amacıyla ve sağlayacak ölçü ve oranda silâhla ateş edilebilir.

(3) Dış güvenlik görevlisi, birinci fıkranın (c) bendi hariç olmak üzere, silâh kullanma yetkisini kullanırken, kendisine karşı silâhla saldırıya teşebbüs edilmesi hâlinde, saldırı tehlikesini etkisiz kılacak ölçü ve oranda duraksamadan silâhla ateş edebilir.

(4) Terör suçlarından veya kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kurma veya yönetme suçundan hükümlü ve tutuklu olanlara karşı bu maddenin birinci fıkrası kapsamında kurum dışında icra edilecek faaliyetlerde, “teslim ol” çağrısına uyulmaması veya silâh kullanmaya teşebbüs edilmesi hâlinde, dış güvenlik görevlileri, tehlikeyi etkisiz kılabilecek ölçü ve orantıda, doğrudan ve duraksamadan hedefe karşı silâh kullanmaya yetkilidirler.

Silâh kullanılmasında uyulacak esaslar

MADDE 11- (1) Bu Kanun ve diğer kanun hükümlerine göre silâh kullanılmasında aşağıda sayılan ilke ve esaslara uygun olarak hareket edilir:

- a) Saldırı veya tehlikenin defedilmesinde ölçülülük ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulur. Ateş etmek, silâh kullanmada son çaredir.
- b) Silâh kullanmada, olayın ve durumun özellikleri göz önünde bulundurulur; savunmaya ilişkin aletlerle önleyici ve etkisiz duruma getirici yöntemlerin kullanılmasına öncelik verilir. Daha sonra kesici, delici ve bereleyici silâhlarla ateşli silâhların hedefe yöneltmesi safhasına geçilir. Buna rağmen amaç sağlanamamışsa, kesici, delici ve bereleyici silâhlarla, ateşli silâhlar kullanılır.

(2) Dış güvenlik görevlilerinin silâh kullanmasına ilişkin diğer esas ve usul-ler yönetmelikte düzenlenir.

Görev yasağı

MADDE 12- (1) Bu Kanun hükümlerine göre dış güvenlik hizmetlerinde görevli personel, aslî görevlerinin dışında adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonlarınca başka bir yere veya göreve atanamaz ya da görevlendirilemez.

(2) Dış güvenlik hizmetlerinde çalışan infaz ve koruma şefi ile infaz ve koruma memurlarının görev süreleri ve iç güvenlik hizmetlerine geçiş koşulları yönetmelikte gösterilir.

(3) Meşru mazeret, suç soruşturması ve kovuşturması ile disipline ilişkin hükümler saklıdır.

(4) Dış güvenlik görevlileri, bu Kanunda belirtilen dış güvenlik görevlerini yerine getirirken, haklarında suç soruşturması veya kovuşturması yapılması ya da disiplin soruşturması açılması sebebiyle görevden uzaklaştırılması veya görev yerinin değiştirilmesi hâlinde, bir daha dış güvenlik hizmetlerinde görevlendirilemez.

Soruşturma usulü

MADDE 13- (1) Dış güvenlik görevlilerinin, görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı 02/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz.

AICLF 2006
AİLE İÇİ ŞİDDET KOLOKYUMU
22-23 MAYIS 2006
İSTANBUL*

* Bu bölümde yer alan iki bildiri, Aile İçi Şiddet Kollokyumunun özel sayısı niteliğindeki Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin 2006/2 sayısının hazırlık aşamasında meydana gelen teknik bir hata nedeniyle basılamadığından, bu sayıda yayınlanmaktadır.

AİLE İÇİ ŞİDDET ve AİLENİN KORUNMASI*

*Ayhan GÖDEKMERDAN***

Résumé

Dans ma contribution, après avoir présenté certaines approches définissant les notions de “famille” et de “la violence domestique”, je ferai rappeler la réglementation turque en la matière. Ainsi je définirai certains concepts, je mettrai en évidence certaines données de statistique et à la lumière de la législation en vigueur, je les apprécierai et je proposerai des remèdes éventuelles.

Özet

Sunumumda kısaca “aile” ve “aile içi şiddet” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bazı görüşleri aktardıktan sonra Türk mevzuatındaki aile içi şiddete ilişkin hükümleri hatırlatacağım. Bu bağlamda bazı tanımlamalar yapıldıktan sonra kimi istatistiksel veriler ortaya koyup yasal düzenlemelerinde ışığında bazı değerlendirmelerde bulunacağım.

Sunumumda kısaca “aile” ve “aile içi şiddet” kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bazı görüşleri aktardıktan sonra Türk mevzuatındaki aile içi şiddete ilişkin hükümleri hatırlatacağım.

Aile kavramı, niteliği ve yapısı zamanla değişen bir kurumu ifade etmektedir. Aile kavramına, yer ve zamana göre farklı anlamlar verilmiştir. Genel olarak, ülkelerin kültürlerine göre farklı aile anlayışları bulunmaktadır.

* Bu bildirinin hazırlanmasında Sayın Serkan AYAN tarafından düzenlenen ve Türkiye Barolar Birliği tarafından 2004 yılında yayınlanan “Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı eser ile Sayın Hakim Yusuf Yılmaz BALO tarafından hazırlanan “Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku” isimli eserden geniş ölçüde yararlanılmış, bazı bölümler aynen alınmıştır.

** Zeytinburnu Cumhuriyet Başsavcısı

Aile denilince, her şeyden önce aralarında kan bağı bulunan kişilerin oluşturduğu topluluk akla gelmektedir. Ayrıca, evlenme ve evlat edinme ile de, aralarında kan bağı bulunmayan kişilerin bir aile oluşturdukları kabul edilmektedir. Bu nedenle de, aile tanımı yapılırken, bu yönlerin de göz önünde tutulması gerekir. Buna göre aile, aralarında kan bağı dolayısıyla hısımlık ilişkisi bulunan, veya evlilik yada evlat edinme sonucunda hısımlık ilişkisi kurulan kişilerden oluşan, temel bir toplumsal kurumdur. Aile genellikle, aynı çatı altında yaşayan bireylerden oluşur; bu bireylerin biyolojik, psikolojik, sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçları aile tarafından karşılanır ve bireylerin topluma uyumları ile katılımları sağlanır.

Kısaca aile, toplumun temeli ve en küçük birimidir. Ailenin toplum için büyük bir önemi vardır.

Medeni hukuk teorisyenlerine göre, Türk Medeni Kanununun çeşitli maddelerinde, birbirlerinden farklı aile türleri düzenlenmiştir. Bu maddelerin incelenmesinden, aile hukukunda üç farklı aile türüne yer verildiği sonucuna varılabilir.

Dar anlamda aile, sadece eşlerden oluşan birliği ifade eder. Dar anlamda aile ile evlilik birliği iç içe geçmiş kavramlar olarak kullanılmaktadır. Evlilik birliği evlenmeyle oluştuğuna göre, dar anlamdaki aile de evlenmeyle oluşur. Dar anlamdaki aile kavramına, çocuklar dahil değildir. Medeni Kanun'da dar anlamda aile, 118-281.maddeler arasında, "Evlilik Hukuku" başlığı altında düzenlenmiştir.

Geniş anlamda aile, eşlerden ve çocuklardan oluşan birliği ifade eder. Başka bir deyişle geniş anlamda aile, ana, baba ve çocuklardan oluşan topluluktur. Medeni Kanun'un 282-363. maddelerinde geniş anlamda aileyi ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümlerde, genellikle velayet ilişkileri düzenlenmektedir.

En geniş anlamda aile ise, aralarında bir kan bağı bulunması zorunlu olmayan, bir ev başkanının otoritesine bağlı olarak aynı çatı altında yaşayan kişilerin oluşturduğu birliği ifade eder. Medeni Kanun'un "Ev Düzeni" kenar başlıklı 367.maddesinde, bir ev başkanının otoritesi altında birlikte yaşayan, aralarında kan yada kayın hısımlığından veya sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir bağ bulunan kişilerin oluşturduğu birlik düzenlenmiştir. Bu nedenle, en geniş anlamda aile kavramına, kan veya kayın hısımlığıyla birlikte yaşayan akrabalar dışında, bir sözleşme nedeniyle birlikte yaşayan hizmetçi, çırak gibi kimseler de dahildir. En geniş anlamda aile, eski aile tipinin bir uzantısı olarak nitelendirilebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre de, esas olarak aile eşler ve çocuklardan oluşmaktadır. Mahkemeye göre, bunların dışında, aile kavramı, dede ve nine ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Ayrıca, evli olmayan ana ile çocuk arasındaki ilişki de sözleşmenin 8.maddesi kapsamında aile olarak değerlendirilmiştir.

Aile içinde yaşanan şiddet, geniş bir tanımlamayla bireylerin ölmesine, yaralanmasına, sindirilmesine, öfkelenmesine veya duygusal baskı altına alınmasına yol açan fiziksel veya herhangi bir şekildeki hareket, davranış veya muamele olarak ele alınabilir. Şiddet; dövme, yaralama, sakat bırakma, cinsel saldırı, tecavüz, ensest, öldürme şeklinde olabildiği gibi sözlü, duygusal ve zihinsel olarak da görülebilmektedir. Kısaca şiddet, fiziksel, cinsel veya psikolojik olarak yaşanabilir.

Aile içi şiddet herhangi bir birey tarafından diğer bir bireye uygulanabilmektedir. En yaygın şekli eşlerin birbirlerine, çoğunlukla kocanın karısına ve ebeveynlerin çocuklarına yönelttiği şiddettir. Üçüncü bir grup olarak da yaşlılar şiddete maruz kalabilmektedir.

Eşleri ile ilişkilerinde yaşadığı çatışmaları dayak yolu ile çözmeye çalışan erkekler yada çocuğuna ağır bedensel cezalar veren anne veya babalar, sosyal ve kişisel yetersizliklerini ve engellenmiş duygularını, kendilerinden zayıf kimselere fiziksel güç gösterisi ile giderme yolunu seçmektedirler. Bunlar gerçek duygularını anlamakta ve tanımlamakta güçlük çekmekte ve sorumluluğu eşlerine, çocuklarına yüklemektedirler.

Toplumda konuşulması yasak olan, aile içi cinsel saldırı sorununun da çok ender görülen ve psikolojik rahatsızlıklardan kaynaklanan bir sorun olmadığı, son zamanlarda kitle iletişim araçlarına sıkça yansıyan örneklerden anlaşılmaktadır. Kadının, kocası tarafından, izni dışında cinsel birleşmeye zorlanması ise, geçmişte sorun olarak görülmeyen, ancak insan hakları kavramlarının gelişmesi ile cinsel istismar olarak şikayet konusu olmaya başlayan bir durumdur.

Çocukların aile içinde gördükleri şiddet, cinsel/fiziksel istismar, çocukları sokak yaşamına itebilmektedir ve her türlü tehlikesine rağmen sokak, çocuklar için cazip hale gelebilmektedir. Şu yada bu şekilde sokakta yaşamaya başlayan çocuklar, ortamın gereği olarak şiddete ve cinsel/fiziksel istismara maruz kalmakta, uyuşturucuyla tanışıp çeşitli suçlara itilebilmektedir.

BAZI İSTATİSTİKİ BİLGİLER

Ülkemizde aile içi şiddetle ilgili olarak yapılmış çok sayıda araştırma olduğunu biliyoruz. Ancak, sunum yapacağımız bize bildirildikten sonra hazırlanma süresinin çok kısa olması nedeniyle en son verilere ulaşamadım. Sayın Serkan AYAN'ın 2004 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından bastırılan "Evlilik Birliğinin Korunması" isimli çalışmasının 298 -299 ncu sayfalarında açıkladığı ve daha sonra Aile Araştırma Kurumunun internet sitesinde de ulaştığım bazı araştırma sonuçlarını sizlere aynen aktarıyorum.

"Aile Araştırma Kurumunun 1993 yılında başlattığı " Aile İçinde Şiddetin Sebep ve Sonuçları" adlı bu çalışmada eşe karşı fiziksel şiddet, sözlü ve davranışsal şiddet ile çocuklara yönelik fiziksel şiddet olmak üzere üç konudaki şiddet yaygınlığı ölçülmeye çalışılmıştır.

Araştırma sonuçlarına göre, bütün utangaçlığa ve gizliliğe rağmen, aile içi şiddet yaygın bir olaydır. Fiziksel şiddete; ailelerin % 34'ünde, sözlü şiddete ise % 53'ünde rastlanmaktadır. Çocuklara yönelik fiziksel şiddete rastlanma oranı da % 46'dır. Anne babaların geçmişteki dayak deneyimi (% 70) şiddeti bugüne taşımaktadır. Dayağın şiddeti ve sıklığından çok, varlığının önem taşıdığı görülmektedir. Aile büyüdükçe şiddet artmaktadır. Özellikle kayınavalide ile anlaşmazlıklardan doğan sorunlar geleneksel gelin kaynana yada damat kaynana ikilemini yaratırken, eşler arasında da çatışmaya yol açmaktadır. Hamilelik döneminde de fiziksel ve sözlü şiddetin sürdüğü, sıklığının da azalmadığı anlaşılmaktadır. Bu dönemde cinsel şiddetin de devam ettiği görülmektedir. Ailelerde cinsel şiddet ve tacize rastlanma oranı % 9'dur. Şiddete maruz kalanların % 80'i yapacak fazla bir şey olmadığına inanmaktadır. Bu durum çaresizliğin kabulü anlamına gelmekte ve şiddete maruz kalanın pasif tutumuna yol açmaktadır. Eşlerden birinin alkol kullanıyor olması aile içi şiddeti artırmaktadır. Eşlerin daha iyi eğitim görmüş olması ise aile içindeki şiddeti azaltmaktadır.

Aynı şekilde, 1997 tarihli "Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet" isimli araştırma da benzer sonuçları ortaya koymaktadır.

Daha yeni tarihli (2002-2003) olan ve İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Sosyal ve Kriminolojik Araştırmalar Çalışma Grubu tarafından yapılan, "Kadına Yönelik Şiddet" konulu araştırma raporuna göre, "evlendikten sonra hiç dayak yediniz mi" sorusuna, araştırmaya katılan evli kadınların % 32.68'i (2003'te bu oranı % 31.52) "evet kocamdan" yanıtını verirken, % 2.7 si (2003'te bu oranı % 1.83) "evet babamdan ve-veya annemden",

% 1.17'si (2003'te bu oran % 1.40) "evet, yukarıda söylenenler dışında kalan akrabalarımın" cevabını vermiştir. Evli kadınların büyük bir çoğunluğu ise (% 60.93) (2003'te bu oran % 65.25) dayak yemediğini bildirmiştir.

Evlilikten önce dayak yediniz mi; şeklindeki soruya, "Evet,babamdan" diyenlerin oranı % 26.45 (2003'te bu oran % 21.54) "evet, yukarıda söylenenler dışında kalan akrabalarımın" diyenlerin oranı ise % 4.12 dir. (2003'te bu oran % 4.36) Evlilik öncesi, ana-baba ocağında dayak yemediğini bildirenlerin oranı ise sadece % 43.88 de kalmıştır. (2003'te bu oran % 52.16 dır.)

"Aile içinde cinsel tacize uğradınız mı"; şeklindeki soruya, "evet babamdan", diyenlerin oranı % 0.82 (2003'te bu oran % 0.33) "evet erkek kardeşimden" diyenlerin oranı % 0.77 (2003'te bu oran % 0.20) evet, yukarıdaki söylenenler dışında kalan akrabalarından" diyenlerin oranı ise % 1.97 olmuştur. (2003'te bu oran % 2.88) Aile içinde cinsel tacize uğramadığını beyan edenlerin genel oranı ise % 96.44 dür. (2003'te bu oran % 96.59 dur).

Aynı şekilde, "Türk Kadınının Çözüm Bekleyen En önemli Sorunu" adlı ankete verilen cevaplarda da aile içi şiddet % 14.54 oranıyla eğitim ve sağlığın ardından üçüncü sırada yer almıştır.

Bu oranlara baktığımızda, ülkemizde aile içi şiddetin,son zamanlarda azalma eğilimi gösterse dahi, halen aile hayatının her evresinde ve çok büyük bir sorun olarak ortada durduğunu açık bir şekilde görmekteyiz.

Bu arada, görev yaptığım Zeytinburnu adliyesinde bulunan iki adet Aile Mahkemesinde 2003 yılından bugüne kadar -eşler arasında boşanma davası olmadan- 4320 Sayılı Kanun hükümlerine göre 66 adet tedbir kararı verildiğini, bunların 45 tanesinin infaz edildiğini, diğerlerinin ise infaz aşamasında olduğunu ve ilgi çekici olan yönünün de bu kararlara hiç itiraz edilmediğini ve bu kararların tamamına yakınının da Cumhuriyet Başsavcılığımızın yaptığı bildirim üzerine alındığını tespit ettiğimi sizlere bilgi olarak aktarmak istiyorum.

YASAL DÜZENLEMELER

Aile içi şiddete karşı hüküm getiren ve Türk mevzuatında yer alan kanunlara kısaca bakacak olursak;

1. Türk Medeni Kanunu gerek eşlerin ve gerekse çocukların aile içi şiddete ve istismara karşı korunması için çeşitli hükümler getirmiştir. Eşlere ta-

nınan boşanma ve nafaka hakları ile velayet ve vesayet kurumları ile ilgili düzenlemeler aile bireylerini aile içi şiddete karşı korumayı amaçlamaktadır. Özellikle çocuklar açısından Türk Medeni Kanununun 346 ve 347 nci maddelerinde düzenlenen hakimin müdahale hakkı, 348 inci maddede düzenlenen velayetin kaldırılması müessesesi bu hükümlerden en önemlilerindedir.

2. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 6 ncı maddesinin 1 nci fıkrası yetişkinlerle ilgili olarak uyarma,uzlaştırma ve çeşitli önlemlerle birlikte koruma altına almaya, 2 nci fıkrası ise küçüklerle ilgili olarak, bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya, bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya MANEN terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana veya babadan alarak bir aile yanına veya resmi yada özel sağlık kurumuna yerleştirmeye ve küçüğün malları ile ilgili her türlü tedbiri almaya hakimi yetkili kılmaktadır.
3. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun 22 nci maddesi, korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu kurum tarafından ve hakim kararı ile koruma altına alınacağını belirtmektedir.
4. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanununun 1 inci maddesine göre, Türk Medeni Kanununda ön görülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde, Aile mahkemesi hakimi resen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak çeşitli tedbirlere hükmedebilecektir.Bu tedbirler kanunda açık ve ayrıntılı bir şekilde sayılmış olup, hakim bunlardan birine veya birkaçına birlikte hükmedebilecek, kararların infazı ise kanunun 2 nci maddesine göre Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından takip edilecektir. Kararlara uymama gibi hallerde, fiil ayrıca bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eşe hapis cezası hükmolunacaktır.
5. Türk Ceza Kanunu aile içi şiddeti bazı suçlarda nitelikli hal olarak kabul etmiş, bazı fiilleri ise ayrı bir suç türü olarak düzenlemiştir.

Aile içi şiddetin nitelikli hal olarak kabul edildiği fiillere örnek olarak;

- a) TCK'nun 82/1-d maddesinde düzenlenen "üstsoy veya altsoydan birine yada eş veya kardeşe karşı" işlenen adam öldürme suçları,
- b) TCK'nun 82/1-k maddesinde düzenlenen "töre saikiyle" işlenen adam öldürme suçları,

- c) TCK.nun 86/3-a maddesinde düzenlenen, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenen kasten yaralama suçları, (ki bu fıkrada sayılı suçlar şikayete tabi olmaksızın verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Ancak tüm tartışmalara rağmen bu maddenin aile birliğini bozduğu, çok basit olaylarda bile eşlerin ceza almak durumunda kalmasının ihtilaflara sebep olduğu belirtilerek değiştirilmesi gündemdedir),
- d) TCK.nun 96/2-b maddesinde düzenlenen üstsoy veya altsoya, babalık veya analığa yada eşe karşı işlenen eziyet suçları,
- e) TCK.nun 102/3-a ve c maddelerinde düzenlenen beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı veya üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı içinde bulunan bir kişiye karşı işlenen cinsel saldırı suçları,
- f) TCK.nun 103/3 maddesinde düzenlenen üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından yada hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenen çocukların cinsel istismarı suçları,
- g) TCK.nun 105/2 maddesinde düzenlenen hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğrenim ilişkisinden yada aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenen cinsel taciz suçları,
- h) TCK.nun 109/3-e ve f bentlerinde düzenlenen üstsoy, altsoy veya eşe karşı, veya çocuğa yada beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçları,
- ı) TCK.nun 227/5 nci maddesinde düzenlenen eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından işlenen fuhuşa teşvik suçları,
- k) TCK.nun 229/2 nci maddesinde düzenlenen, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımları yada eş tarafından işlenen, çocukları yada beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimse-leri dilencilikte araç olarak kullanmak suçları, sayılabilir.

Aile içi şiddetin müstakil suç olarak düzenlendiği halleri de şu şekilde sıralayabiliriz.

- a) TCK.nun 97 nci maddesine göre, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yü-

kümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

- b) TCK.nun 98 nci maddesine göre, yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla yada başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen yada durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi cezalandırılacaktır.
- c) TCK.nun 232 nci maddesinde, aynı konutta birlikte yaşayan çocuklara karşı kötü muamelede bulunulması suç olarak düzenlenmiştir. Aynı konutta birlikte yaşanan kimselerden birisi tarafından fiilin gerçekleştirilmesi suçun oluşması için yeterlidir. Bu maddede düzenlenen kötü muamelelere örnek olarak, yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek gösterilebilir.

Maddenin ikinci fıkrasında da faille mağdur arasında belirli ilişkiden kaynaklanan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması ayrı bir suç olarak tanımlanmıştır. Disiplin yetkisi eğitim hakkının doğal bir sonucudur ve bu yetki olmadan söz konusu hak kullanılamaz. Disiplin yetkisinin sınırı ise maddede gösterilmiştir. Disiplin yetkisi kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalmasını sonuçlamayacak derecede kullanılabilir.

- d) TCK.nun 233 ncü maddesinde aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali suç olarak kabul edilmiştir. Bu yükümlülüğün kapsamı elbetteki Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir. Buna göre, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi şikayete bağlı olarak cezalandırılacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasına göre, hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kişi cezalandırılacaktır.

Yine maddenin üçüncü fıkrasına göre velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması yada onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

GÖZLEM ve ÖNERİLER

Yıllardır uygulamanın içinde ve yasaların ihlallerinin soruşturulmasından görevli ve sorumlu birisi olarak aile içi şiddetle ilgili birkaç gözlem ve önerimi paylaşarak sunumumu bitirmek istiyorum.

1. Öncelikle aile içi şiddete maruz kalan bireylerin korunması için devletçe alınan tedbirlerin artırılması gerekmektedir. Özellikle kadınların ve çocukların yerleştirilebileceği ve bakımlarının sürdürülebileceği kurumlar artırılmalı ve ülke genelinde yaygınlaştırılmalıdır. Yine şiddete maruz kalan aile fertlerinin bir de maddi imkanlar yönünden mağdur olmamaları için tedbirler geliştirilmelidir.
2. Aile içi şiddete maruz kalan kişinin bunu takiple yükümlü makamlara ulaşma yolları artırılmalı ve geliştirilmelidir. Çoğunlukla “kol kırılır yen içinde kalır” mantığıyla hareket eden hısım, akraba ve komşuların yada tanıdıkların telkinleriyle şiddete maruz kalan kişi şikayet hakkını kullanmamakta, yada kullanmamaktadır. Şikayetten sonra, şikayetin yapıldığı zabıta yada adliye görevlilerinin de, özellikle ekonomik özgürlüğü bulunmayan, başkaca geçim ve bakım imkanları olmayan aile fertlerini korumak düşüncesiyle zaman zaman aynı tutumu takınması durumu daha da zorlaştırmaktadır.
3. Mahkemelerce verilen, özellikle tedbir kararlarının hızla ve ciddi bir şekilde infazı sağlanmalıdır.
4. Cezai tedbirlerle her şeyin halledilemeyeceği gerçeğinden hareketle bu hususta eğitimler yapılmalı, varsa artırılmalı, özellikle kadınlar ile kız çocuklarının okumaları, bilgilendirilmeleri ve bilinçlendirilmeleri sağlanmalıdır. Diğer aile içi şiddet türleri yanında özellikle ülkemizde töre cinayetleri diye adlandırılan ve büyük acılara ve tartışmalara yol açan fiillerin de ancak bu şekilde, eğitimle önlenebileceğini sanıyorum. Bu hususta en büyük görev de devletin yanında sivil toplum kuruluşlarına düşmektedir, diye düşünüyorum.

ÇOCUK İSTİSMARININ, KONTROL KURAMINA DAYALI ANNE-BABA-ERGEN İLİŞKİLERİ AÇISINDAN İNCELENMESİ

*A.Esra İŞMEN-GAZIOĞLU**

Özet

Bu çalışmanın amacı duygusal, fiziksel istismar ve ihmali, Kontrol Kuramına dayalı anne baba ergen ilişkileri açısından incelemektir. Araştırmanın örneklemini lisede okuyan 251 ergen oluşturmuştur. Örneklemin 130'u kız, 121'i erkektir. Çalışmaya katılan ergenlerin anne babalarının, onları doğrudan ya da dolaylı kontrol yoluyla ne ölçüde denetlediklerini belirlemek için Anne ve Baba Kontrol Ölçekleri (Kaner, 2000) kullanılmıştır. Bazı demografik bilgilerle istismar ve ihmal yaşantıları hakkında bilgi almak için ise araştırmacı tarafından geliştirilen bir anket kullanılmıştır. Araştırma sonucunda elde edilen bulgular fiziksel, duygusal istismar ve ihmal yaşantıları ile ebeveyn kontrolünün birbirleriyle bağlantılı olduklarını göstermektedir. İstismar ve ihmale uğrayan ergenler aynı zamanda daha az denetlenmektedirler ve ebeveynleriyle ilişkileri, istismar ve ihmal edilmeyenlere göre daha olumsuzdur.

Summary

The aim of this research is to investigate emotional, physical abuse and neglect in terms of parent-adolescent relationships which are based upon Control Theory. The research group consisted of 251 adolescents, 130 were girls, 121 were boys. In order to determine parental monitoring by direct and indirect parental control "Parental Control Questionnaires" (Kaner 2000) were used. A survey which is developed by researcher to have information abuse, neglect experiences and some demographical characteristics was administrated. The findings showed that there are associations between emotional, physical abuse and neglect experiences and parental control; abused and neglected adolescents to be less controlled and to have more negative relationships with their parents than non-abused and non-neglected adolescents.

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hasan Ali Yücel Eğitim Fakültesi, Eğitim Bilimleri Bölümü

GİRİŞ

Yapılan araştırmalar çocuga yönelik kötü muamelenin, suçluluk gibi olumsuz ergen davranışlarını artırma riski olduğunu ortaya koymaktadır (Örneğin, Herrenkohl, Huang, Tajima & Whitney, 2003; Lowenkamp, Holsinger & Latessa, 2001; Stouthamer-Loeber, Wei, Homish & Loeber, 2002). Kontrol kuramına göre insanlar sosyal düzene olan sosyal bağları tarafından kontrol edilirler. Bu teörinin temelinde, geleneksel değer ve kurumlara bağlılığın suçluluğu önleyen sosyal kontrolü yarattığı görüşü vardır (Pun Ngai & Kiu Cheung, 2005).

Kontrol kuramına göre ergen, toplumsallaşma sürecindeki kontroller yeterli olmadığı için ne yapması ve ne yapmaması gerektiğini öğrenemediği ve dolayısıyla geleneksel sosyal düzene ahlaki bağlar geliştiremediği için suç işleme-ye daha yatkın olacaktır. Sosyal kontrolün temel ögesi ailedir. Hirschi'ye göre suç oluşumunu engelleyen sosyal bağların 4 temel elementi mevcuttur. *Bağlılık*: Kişinin ebeveyn, öğretmen, arkadaş gibi geleneksel kişilere karşı hissettiği sevgi, yakınlık ve duyarlılıktır. *Kendini adama-taahhütte bulunma*: geleneksel eylemlere ve kurallara uyum göstermeyle ilgili yatırımları ve uymamaya ilgili kayıpları değerlendirmeyi ve bireyin belli türde davranışları sürdürmeye ne kadar istekli olduklarını ifade eder. *Katılım*: Bireyin geleneksel etkinliklere katılma derecesidir. *İnanç*: Bireyin toplumda geçerli olan geleneksel değer sistemini kabul ederek kendini ona uygun davranmaya yükümlü hissetmesidir. Bu bağlamda, ailesiyle güçlü bağları olan birey geleneksel uğraşlarla ilgilenip bu türden faaliyetlere daha fazla katılacak, geleneksel değerlere yönelik güçlü inançlar geliştirecektir (Akt: Kaner, 2000, 2001).

Niye ebeveynin ergen üzerindeki *doğrudan kontrolleri* sınırlandırma, denetleme ve cezalandırmanın bir birleşimi olan dışsal bir kontrol olarak değerlendirilmektedir. Wells ve Rankin (1988) doğrudan kontrolün 3 elementi bulunduğunu ileri sürer. Bunlar: 1- Normların düzenlenmesi 2- İzleme 3- Cezalandırma'dır. Nye'e göre dolaylı kontrol gencin ebeveynine ve diğer geleneksel kişilere karşı hissettiği sevgi ve yakınlıktır. Genç, sevdiği bu kişileri üzmemek için istenmeyen davranışlardan uzak durur, onların düşüncelerine ve onlarla birlikte olmaya önem verir. Bu kontrol çeşidi ebeveyne karşı duyulan saygı, sevgi, güven, yakın ilişkiyi içerir. Bazı yazarlar bu kontrol çeşidini "bağlılık" olarak ele almaktadırlar (Kaner, 2000). Bu çalışmada öncelikle gençlik dönemindeki suçluluğu sosyal kontrol kuramı çerçevesinde ele alan çalışmalardan söz edilecektir. Daha sonra çocukluk dönemi istismar yaşantısı ile suçluluk arasındaki ilişkiler ele alınacak, bunu takiben yetersiz izleme ve istismar, ilgili araştırmalar çerçevesinde bir arada ele alınmaya çalışılacaktır.

Zayıf ebeveynsel izleme ve disiplin yöntemleri bir çok araştırmada suça karışma ve şiddet içeren davranış gösterme ile ilişkili bulunmuştur (Capaldi, Patterson, 1996; Farrington, 1994; Gorman-Smith, Tolan, Zelli & Huesmann, 1996; Patterson, Reid & Dishion, 1992). Ayrıca, konu ile ilgili literatür suçluluk konusuyla ilgili değişkenlerden birinin çocukluk çağında yaşanan istismar olduğunu göstermektedir.

İstismar ve suç davranışını inceleyen araştırmaların genellikle fiziksel istismar türünü ele aldıkları görülmekte; suç davranışı gösteren çocukların daha çok istismar edilmiş oldukları ifade edilmektedir (Akalin, 2000; Cebiroğlu ve Yurtbay, 1974; Haapasalo ve Moilanen, 2004; Herrenkohl, Huang, Tajima, & Whitney, 2003; İl ve Arıkan, 1994; Konanç ve Günce, 1983; Nofziger, & Kurtz, 2005; Uluğtekin, 1991). Kırımsoy'un (2003) aktardığına göre, suç işlemiş çocukların anababalarının onlara karşı daha çok ilgisiz davrandıkları (Başar, 1992; Kozcu, 1991; Örsal, 1983), otoriter davrandıkları (Başar, 1992) suç işlemiş ergenlerin aile disiplinini ya çok katı ya da çok yumuşak olarak tarif ettikleri ve kendilerine uygulanan disiplin yöntemlerinin istikrarsızlığı üzerinde durdukları saptanmıştır (Günce, 1983). Türkiye'de Suç işlemiş ve işlememiş ergenlerde duygusal istismar yaşantısını karşılaştıran ilk çalışmada Kırımsoy (2003), suç işlemiş ergenlerin anne babalarından algıladıkları duygusal istismarın suç işlememiş ergenlerden daha yüksek olduğunu tespit etmiştir.

İstismar ve suçluluk arasındaki bağlantıyı inceleyen çalışmalar genellikle şiddet döngüsü ya da istismar döngüsü anlayışını temel almıştır. Çocuklukta fiziksel ve cinsel istismara maruz kalmış kişilerin suçlu davranışları üzerine odaklanılmıştır. Yapılan bu çalışmalar istismar ya da şiddet döngüsü argümanına dair az miktarda ya da açık olmayan destekler sağlamasına rağmen çocuğa yönelik kötü muamele yaşamın daha sonraki kısmında görülen problemleri davranışlara katkıda bulunan bir faktör olarak ele alınmaktadır. Bu bulgular ışığında yapılan çalışmalarda, gerek teorik gerekse yöntemsel sınırlılıklara dikkat çekilmiş ve şiddet döngüsü daha geniş perspektifte ekolojik model de ele alınmaya başlamıştır. Çocuğa yönelik kötü muamelenin aile dinamikleri, yoksulluk, yakın çevre ve toplum faktörleri gibi geniş bir bağlamda daha iyi anlaşılacağı vurgulanmıştır (Grogan- Kaylor, & Otis, 2003).

İstismar yaşantısı ve çocuk suçluluğunu birlikte ele alan çalışmaların birçoğunda bağımlı değişken çocuk suçluluğu, bağımsız değişken ise istismar yaşantısıdır. Ancak bu iki değişken ailesel faktörlerle birlikte değerlendirildiklerinde farklı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir. Örneğin, Heck ve Walsh,

(2000) kötü muamelenin şiddet suçları üzerindeki etkisinin aile yapısı, SES, sözel IQ, aile büyüklüğü ve doğum sırasından daha fazla olduğunu saptamışlardır. Aynı şekilde Kelley, Thornberry & Smith (1997) olumsuz ailesel faktörler hesaba katıldığında kötü muamelenin, suçluluğu açıklamada bağımsız bir katkısı olduğu hipotezi üzerinde çalışmışlardır. Oysa Zingraff, Leiter, Myers, ve Johnson, (1993) yaptıkları araştırma sonucunda aile yapısı kontrol altında tutulduğunda istismarın ciddi suçlarda bir kestirici olmadığını saptamışlardır. Benzer şekilde Stouthamer-Loeber, Wei, Homish ve Loeber'in (2002) çalışmasında, ciddi suçluluk ile kötü muameleyle eşlik eden benzer risk faktörleri olduğu saptanmıştır. Aile içi etkileşim ve demografik handikapların hem kötü muamele hem de suçlulukla ilişkili olduğu belirlenmiştir. Aile etkileşimleri ve ailenin demografik özellikleri kontrol altına alındığında kötü muamelenin suçluluk üzerinde bağımsız bir etkisi bulunmadığı görülmüştür. Bu çalışmalar hem suçluluğa hem de çocuk istismarına neden olabilecek ailesel değişkenlerin neler olabileceğini hakkında düşünmeye sevk edicidirler.

Hem suçluluk hem de kötü muamele çeşitli aile handikapları ve ebeveynin çocukla kurduğu olumsuz etkileşim stilleriyle ilişkilidir. Zayıf ebeveynlik becerileri, ebeveynsel stres, ebeveyn ile çocuk arasındaki yetersiz etkileşim, yoksulluk, genç ebeveynlik, ebeveynin suç ya da akıl sağlığı problemleri, ebeveynin düşük eğitim seviyesinde olması çocuk suçluluğuyla ilişkilidir (Hawkins, Herrenkohl, Farrington, Brewer, Catalano & Harachi, 1998; Lipseşey & Derzon, 1998). Benzer faktörler kötü muamele ile ilişkilidir, örneğin; Genç anne olmak (Lee & George, 1999), ebeveynsel stres (Holden & Baneş, 1996), ebeveynin düşük eğitim seviyesine sahip olması (Whipple & Webster-Stratton, 1991) ve ebeveynin madde kullanması ya da suç ya da akıl sağlığı problemleri olması (Ammerman, Kolko, Kirisci, Blackson, & Dawes, 1999; Famularo, Kintscheff & Fenton, 1992; Miller, Fox & Garcia-Beckwith, 1999; Moore & Finkelsten, 2001).

İhmalkar ve reddedici birçok ebeveyn çocukla ilgili sorumluluk alma konusunda yeterince istekli değildir ayrıca bu sorumluluğu başkasına vermeyi isterler. Bu ebeveynlerin ana babalık tutumları guguk kuşlarının tarzına benzer. Bu kuşlar kendi yavrularını yetiştirecek kapasiteye sahip değildirler. Yumurtalarını başka kuşların yuvalarına bırakıp kaçarlar. Yavrular üvey ebeveynin bakımında büyürler (Iwaniec, 1996).

Yetersiz izleme ve istismar arasındaki ilişkiyi doğrudan incelemekten ziyade bu iki değişken arasındaki ilişkiye dair deliller sunan dolaylı araştırmalar mevcuttur. Yetersiz izleme katı disiplinle ilişkilidir (Kilgore, Snyder & Lentz, 2000). Katı disiplin ise fiziksel istismar ile ilişkilidir (Greenwald,

Bank, Reid & Knutson, 1997). İyi izlenen gençler; daha az saldırgan olma (Carlo, Rafaelli, Liable & Meyer, 1999; Colder, Mott, Levy & Flay, 2000) ve suçlu davranış gösterme (Lavoie, Hebert, Tremblay, Vitaro, Vezina & McDuff, 2002; Loeber & Farrington, 1998) eğilimindedirler, suçlu kişilerle daha az arkadaşlık ederler (Brendgen, Vitaro & Bukowski, 2000) ve polisle daha az temasları vardır (Stattin & Kerr, 2000).

Bu çalışma istismar ve suçlulukla ilgili sosyal kontrol kavramını, daha önceki çalışmalarda yapıldığı gibi suçu ne kadar kestirdiği bağlamında ele almıştır. Araştırmanın amacı, ebeveyn kontrolü ile istismar yaşantısı arasındaki olası bağlantıları doğrudan incelemek ve böylece, olumsuz bir ailesel faktör olan yetersiz ebeveyn kontrolü ile ilgili önleme çalışmaları için bir zemin hazırlamaktır. Çünkü, olumsuz ailesel faktörleri azaltmaya yönelik müdahaleler hem kötü muameleyi hem de suçluluğu azaltabilir.

YÖNTEM

Örneklem

Araştırmanın örneklemini İstanbul da bulunan liselerde okuyan 251 ergen oluşturmuştur. Örneklemin 130'u kız, 121'i erkektir. Örnekleme ait daha detaylı bilgiler Tablo 1'de sunulmuştur.

Tablo 1. Örnekleme İlişkin Demografik Özellikler

Demografik özellikler	F	%
Cinsiyet		
Kız	130	51.8
Erkek	121	48.2
Toplam	251	100
Ya		
14	72	28.7
15	92	36.7
16	48	19.1
17	26	10.4
18 ve üstü	13	5.2
Karde		
Tek	10	4.0
1 krd	101	40.2
2 krd	48	19.1
3 krd	38	15.1
4 ve üstü	54	21.5

Veriler ve Toplanması

Çalışmaya katılan ergenlerin anne babalarının, onları doğrudan ya da dolaylı kontrol yoluyla ne ölçüde denetlediklerini belirlemek için “*Anne ve Baba Kontrol Ölçekleri*” (Kaner, 2000) kullanılmıştır. Anneyle İlişkiler Ölçeği (AİÖ) ve Babayla İlişkiler Ölçeği’nde (BİÖ) 8 alt boyut bulunmaktadır. Bunlardan Normları Düzenleme, İzleme ve Ev Kuralları doğrudan kontrol, Yakın İletişim/Kendini Açma ve Paylaşma, Duyarlık, Birlikte Etkinlikte Bulunma, Sevgi ve Güven, Beklentileri Karşılama dolaylı kontrol boyutlarını oluşturmaktadır.

Ev kuralları alt boyutu sadece BİÖ’nde bulunmaktadır AİÖ ile BİÖ’nin diğer alt boyutlarını oluşturan maddeler farklılaşabilmektedir. AİÖ’nde 35, BİÖ’nde ise 37 madde bulunmaktadır. 39 maddeden oluşan ölçeğin yanıt formu, her maddenin hem anne hem de baba için yanıtlanabilmesi adına ikiye ayrılmıştır. Her soru maddesinin numarasının yanında 5 seçenekli (5= her zaman, 4= sık sık, 3= ara sıra, 2= nadiren, 1= hiçbir zaman) yanıt şıkları bulunmaktadır.

Yanıtlayıcılar hem anneleriyle hem de babalarıyla ilişkilerinde yaşadıklarının derecesini bu şıklara göre belirtmektedirler. AİÖ ve BİÖ’den alınabilecek en düşük ve en yüksek puanlar sırasıyla 175-35 ve 200-37 şeklindedir. AİÖ ve BİÖ’den yüksek puan almak annenin, babanın ya da her ikisinin ergen üzerindeki kontrolünün yüksek olduğunu ve aralarındaki ilişkinin de olumlu olduğunu göstermektedir.

Bazı demografik bilgilerle fiziksel, duygusal istismar ve ihmal yaşantıları hakkında bilgi almak için ise araştırmacı tarafından geliştirilen bir anket kullanılmıştır. Bu ankette yer alan sorular şu başlıklar altında ele alınmıştır: cinsiyet, yaş, kardeş sayısı, bulunulan yaşa gelinceye kadar anne ya da babadan dayak yiyip yememiş olmak, eğer dayak yendiyse sıklığı (her zaman, sık sık, ara sıra, nadiren), bulunulan yaşa gelinceye kadar anne ya da babanın psikolojik/duygusal açıdan zarar verici davranışlarda (yandaki davranışlardan her hangi biri olabilir: çocuğu beğenmeme, bebek muamelesi yapma, aileden uzaklaştırma, aşağılama, korkutma, ev dışındaki sosyal aktiviteler katılmayı önleme, suça yöneltme, para kazanması için zorlama, evde hizmetçi gibi kullanma, gerekmedikçe çocukla beraber olmama, çocukla bir şey paylaşmama, çocuktan bir yetişkin gibi davranmasını bekleme, çocuğun başarılarıyla ilgili gerçekçi olmayan beklentiler taşıma) bulunup bulunmaması, eğer duygusal/psikolojik açıdan zarar verecek davranışlardan biri

ya da bir kaç ile karşılaşıldıysa sıklığı (her zaman, sık sık, ara sıra, nadiren) ile ilgili sorular yer almıştır.

Yapılan araştırmalar kötü muamele ve saldırgan ve suçlu davranış arasındaki güçlü ilişkilerin cinsel istismar ya da diğer türlerdeki istismardan ziyade fiziksel istismar ve ihmal için var olduğunu ortaya koyduğundan (Maxfield & Widom, 1996) ankette cinsel istismar yaşantısı ile ilgili bir soruya yer verilmemiştir.

Anketin son kısmında anne babanın, beslenme, eğitim, iyi bakım verme ve dış dünyadaki tehlikelere karşı koruma konularıyla ilgili ihmalkar davranışlarını değerlendirecek 4 soru sorulmuş ve yanıtların 5'li bir skala üzerinde işaretlenmesi (5= her zaman, 4= sık sık, 3= ara sıra, 2= nadiren, 1= hiçbir zaman) istenmiştir.

Bulgular

İstismar ve ihmal yaşantısına ilişkin frekans ve %'likler

Araştırmaya katılan deneklerin %65.7'si (n=165) ebeveynlerinden dayak yediklerini ifade etmişlerdir. Dayak yediğini söyleyen 165 kişi içinde %83.6'sı nadiren dayak yediğini belirtmiştir (Tablo 2).

Tablo 2. Dayak Yaşantısı ve sıklığı

Dayak Ya ant s	F	%
Dayak yemedim	86	34.3
Dayak yedim	165	65.7
Nadiren	138	83.64
Ara sıra	22	13.33
Sık sık	2	1.21
Her zaman	3	1.82
Toplam	165	100

Araştırmaya katılan deneklerin %29.9'u (n=75) duygusal istismar gördüklerini ifade etmişlerdir. Duygusal istismar gördüğünü söyleyen 75 kişi içinde %56'sı ara sıra duygusal istismar gördüğünü belirtmiştir (Tablo 3).

Tablo 3. Duygusal İstismar (D.İ.) ve Sıklığı

D. . Ya ant s	F	%
D.İ görmedim	176	70.1
D.İ gördüm	75	29.9
Nadiren	21	28
Ara sıra	42	56
Sık sık	2	2.7
Her zaman	10	13.3
Toplam	75	100

İhmal yaşantıları ile ilgili bulgularla bir skala üzerinde toplandığı için farklı deneyimler için farklı ölçekte farklı %'likler elde edilmiştir (Tablo 4).

Tablo 4. İhmal yaşantılarının sıklığı

İhmal Yaşantıları	Hiçbir Zaman		Nadiren		Ara Sıra		Sık Sık		Her Zaman	
	F	%	F	%	F	%	F	%	F	%
1- Annem/Babam beslenmemle yeterince ilgilenmiyor	167	66.5	44	17.5	16	6.4	9	3.6	15	6.0
2- Annem/Babam eğitimimle yeterince ilgilenmiyor	159	63.3	33	13.1	24	9.6	16	6.4	19	7.6
3- Annem/Babam bana yeterince iyi bakım vermiyorlar	182	72.5	29	11.6	15	6.0	7	2.8	18	7.2
4- Annem/Babam beni dış dünyadaki tehlikelere karşı yeterince koruyamıyorlar	168	66.9	47	18.7	11	4.4	5	2.0	20	8.0

Cinsiyetle ilgili bulgular

Yapılan kay kare analizinde dayak değişkeninin cinsiyet açısından farklılaşmadığı, bununla birlikte duygusal istismarın cinsiyet açısından farklılaştığı, kızların duygusal istismara erkeklerden daha fazla maruz kaldıkları tespit edilmiştir [$2(1) = 6.38, p < .05$].

Anne baba ilişkileri ölçeğinde ise sadece anne doğrudan alt ölçeğinde cinsiyet açısından fark olduğu görülmüştür [$t(249) = 2.46, p < .05$]. Kızlar annelerinin doğrudan kontrolünü ($X = 29.5$) erkeklerden ($X = 28$) daha fazla algılamaktadırlar (Tablo 5).

Tablo 5. Anne doğrudan alt ölçeğinin cinsiyete göre t-testi sonuçları

Cinsiyet	n	X	S	sd	t	p
Kızlar	130	29.5	4.83	249	2,46	.015
Erkekler	121	28.00	4.81			

Yaş ile ilgili bulgular

Anne baba ilişkileri ölçeği toplam puanları yaş değişkeni açısından incelendiğinde anne toplam puanda yaş açısından fark olmadığı bununla birlikte baba toplam puanda fark olduğu [$F(4-246)=4.51, p<.01$] saptanmıştır.

Tablo 6. Baba toplam puanlarının yaşa göre ANOVA sonuçları

Varyans n kayna	Kareler toplam	Sd	Kareler ortalamas	F	p
Gruplar arası	12971.50	4	3242.876	4.513	.002
Gruplar içi	176753.0	246	718.508		
Toplam	189724.5	250			

Farkın kaynağını bulmak için yapılan LSD testi sonucunda 14 yaşındaki öğrencilerin babalarından algıladıkları kontrolün ($X= 145.93$), 15 yaş ($X= 137.17$), 16 yaş ($X=128.58$), 17 yaş ($X= 127.5$) ve 18 yaş ve üstü yaş ($X= 126.07$) öğrencilerinden daha fazla olduğu belirlenmiştir.

Dayak ve ebeveyn kontrolü ile ilgili bulgular

Anne doğrudan alt ölçeği dışında tüm alt ölçekler dayak yemiş olmak ve olmamak açısından farklılaşmaktadır. Dayığa maruz kalmayan ergenlerin, anne doğrudan alt ölçeği dışında, anne toplam, baba toplam, anne ve baba dolaylı ve baba doğrudan alt ölçeklerinden daha yüksek puan aldıkları, başka bir ifadeyle anne ve babalarının kendileri üzerindeki kontrollerinin yüksek olduğunu, aralarındaki ilişkinin olumlu olduğunu ifade ettikleri saptanmıştır (Tablo 7).

Tablo 7. Anne Baba kontrol ölçeklerinin dayak yemek ve yememek durumuna göre t-testi sonuçları

Anne baba Kontrolü Alt ölçekleri	Dayak	n	X	S	sd	t	p
Anne toplam	Dayak yemedim	86	126.26	20.08	249	2,35	.019
	Dayak yedim	165	119.69	21.41			
Baba toplam	Dayak yemedim	86	145.01	25.10	249	3.63	.000
	Dayak yedim	165	132.01	27.78			
Anne dolaylı	Dayak yemedim	86	96.86	16.71	249	2.40	.017
	Dayak yedim	165	91.24	18.01			
Baba dolaylı	Dayak yemedim	86	98.00	19.24	249	3.66	.000
	Dayak yedim	165	88.03	21.08			
Baba doğrudan	Dayak yemedim	86	47.01	8.66	249	2.48	.014
	Dayak yedim	165	43.98	9.40			

Duygusal istismar ve ebeveyn kontrolü ile ilgili bulgular

Duygusal istismara maruz kalmayan ergenlerin, anne toplam, baba toplam, anne ve baba dolaylı ve anne ve baba doğrudan alt ölçeklerinden daha yüksek puan aldıkları, başka bir ifadeyle anne ve babalarının kendileri üzerindeki kontrollerinin yüksek olduğunu, aralarındaki ilişkinin olumlu olduğunu ifade ettikleri saptanmıştır

Tablo 8. Anne Baba kontrol ölçeklerinin duygusal istismar görmek ve görmemek durumuna göre t-testi sonuçları

Anne baba Kontrolü Alt ölçekleri	Duygusal istismar	n	X	S	sd	t	p
Anne toplam	D.İ. görmedim	176	125.78	18.51	249	4.57	.000
	D.İ. gördüm	75	112.94	24.18			
Baba toplam	D.İ. görmedim	176	143.86	23.93	249	7.13	.000
	D.İ. gördüm	75	119.10	27.80			
Anne dolaylı	D.İ. görmedim	176	96.52	14.97	249	4.87	.000
	D.İ. gördüm	75	85.29	21.08			
Anne doğrudan	D.İ. görmedim	176	29.25	4.88	249	2.40	.017
	D.İ. gördüm	75	27.65	4.68			
Baba dolaylı	D.İ. görmedim	176	96.65	18.22	249	6.50	.000
	D.İ. gördüm	75	79.22	22.01			
Baba doğrudan	D.İ. görmedim	176	47.21	8.61	249	6.15	.000
	D.İ. gördüm	75	39.88	8.70			

İhmal ve ebeveyn kontrolü ile ilgili bulgular

İhmal ile ilgili olarak likert tipi sorulan 4 sorudan elde edilen puanlar üzerinde medyan hesaplanmış ve Medyan=5 ve üzeri yüksek ihmal, 5'in altı düşük ihmal olarak kabul edilmiştir. İhmal açısından bakıldığında, tüm alt ölçekler için; ihmal puanları daha düşük olan ergenlerin ihmal puanları yüksek olanlara göre anne ve babalarının kendileri üzerindeki kontrollerinin yüksek olduğunu, aralarındaki ilişkinin olumlu olduğunu ifade ettikleri saptanmıştır (Tablo9).

Tablo 9. Anne Baba kontrol ölçeklerinin yüksek ve düşük ihmal yaşantısına göre t-testi sonuçları

Anne baba Kontrolü Alt ölçekleri	İhmal	n	X	S	sd	t	p
Anne toplam	Düşük	122	127.54	18.53	249	4.20	.000
	Yüksek	129	116.65	22.17			
Baba toplam	Düşük	122	143.27	25.63	249	3.91	.000
	Yüksek	129	130.03	27.84			
Anne dolaylı	Düşük	122	97.67	15.08	249	4.02	.000
	Yüksek	129	88.91	19.04			
Anne doğrudan	Düşük	122	29.86	4.80	249	3.52	.000
	Yüksek	129	27.74	4.73			
Baba dolaylı	Düşük	122	95.63	19.76	249	3.12	.002
	Yüksek	129	87.48	21.38			
Baba doğrudan	Düşük	122	47.63	8.56	249	4.52	.000
	Yüksek	129	42.54	9.23			

YORUM ve ÖNERİLER

Araştırmada cinsiyet ile ilgili olarak elde edilen bulguya göre kızlar annelerinin doğrudan kontrolünü erkeklerden daha fazla algılamaktadırlar. Bu bulgu kızların özellikle anneleri tarafından daha çok denetlendikleri ile ilgili araştırma bulgularıyla tutarlılık göstermektedir (Kaner, 2001, Cernkovich & Giordano, 1987, Singer & Levine, 1988). Yapılan araştırmalar kızların erkeklere oranla daha fazla denetlendikleri izlendiklerini, ebeveynlerine daha bağlı olduklarını göstermektedir (Giordano & Cernkovich, 1997; Svensson, 2004; Wall & Barth, 2005).

Kızların duygusal istismara erkeklerden daha fazla maruz kaldıkları tespit edilmiştir. İstismar literatürü incelendiğinde ergenlere yönelik şiddet kulla-

nımında cinsiyetin çelişkili bulgularla değerlendirildiği görülmektedir. Yapılan araştırmaların bazıları ergenlerin algıladıkları duygusal istismarın cinsiyet açısından farklılaşmadığını saptamışlardır (İşmen, 1993; Alantar, 1989; Erkman, 1989; Çeşmeci, 1995; Taşdelen, 1995). Ancak bazı çalışmalar ise erkeklerin algıladıkları duygusal istismarın kızlardan fazla olduğunu ortaya koymaktadır (Kırımsoy, 2003). Bu çalışmada kızların algıladıkları duygusal istismarın erkeklerden fazla çıkmasının nedenlerinden biri, bu istismar yaşantısının diğer çalışmalarda olduğu gibi çok boyutlu bir ölçek kullanılarak değerlendirilmemesi olabilir.

Anne baba ilişkileri ölçeği toplam puanları yaş değişkeni açısından incelendiğinde baba toplam puanda fark bulunduğu, 14 yaşındaki öğrencilerin babalarından algıladıkları kontrolün diğer yaşlardaki (15, 16, 17, 18 yaş ve üstü) öğrencilerinden daha fazla olduğu saptanmıştır. Kaner (2001) lise öğrencileri ile yaptığı çalışma sonucunda baba toplam puanının yaşla birlikte azaldığını saptamıştır.

Araştırma sonucunda elde edilen bulgular fiziksel, duygusal istismar ve ihmal yaşantıları ile ebeveyn kontrolünün birbirleriyle ilişki içinde olduklarını göstermektedir. İstismar ve ihmale uğrayan ergenler aynı zamanda daha az denetlenmektedirler ve ebeveynleriyle ilişkileri, istismar ve ihmal edilmeyenlere göre daha olumsuzdur. Bu bulgular Wall ve arkadaşlarının (2005) istismar az izlemeyle ilişkilidir, az izleme ise saldırganlık ve suçlulukla ilişkilidir şeklindeki görüşlerini destekler niteliktedir. Bu veriler ergenlik döneminde suçluluk ve istismar yaşantılarının aile işlevleri ve aile ortamı içerisinde ele alınıp incelenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anti sosyal olgulara neden olan risk faktörlerine bağlı nedensel mekanizmalar tam olarak belirlenmemiştir (Farrington, 2005). Bu çalışmalar yapılırken sadece ebeveyn denetimine odaklanmak yeterli değildir. Hangi ailesel ve toplumsal bağlamların ebeveynsel kontrolü artırıp azalttığı üzerinde durulmalıdır (Perrone, Sullivan, Pratt & Margaryan, 2004). Kültürel bazda yapılması gerekli çalışmalar risk faktörleri kadar korucu faktörler üzerine de odaklanmalıdır. Ebeveynler etkili ebeveynlik yöntemleri hakkında desteklenmeli ve bilgilendirilmelidirler (grup çalışmaları seminerler vb). Bu yönlerde yapılacak araştırma ve müdahaleler hem suçluluk hem de istismar yaşantılarını önlemeye yönelik adımların atılmasını sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- ALANTAR, M. (1989). Psychological maltreatment: An attempt of its definition by experts and its assessment among a group of adolescents. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul.
- AKALIN, N. (2000). Çocuğun suça itilmesinde toplumsallaşma öğelerinin etkisi. *I. İstanbul Çocuk Kurultayı Bildiriler Kitabı* (524-533). İstanbul: İstanbul Çocukları Vakfı Yayınları.
- AMMERMAN, R. T., KOLKO, D. J., KİRİSCİ, L., BLACKSON, T. C., & DAWES, M.A. (1999). Child abuse potential in parents with histories of substance use disorder. *Child Abuse and Neglect*, 23, 1225-1238.
- BRENDGEN, M., VİTARO, F., & BUKOWSKI, W. M. (2000). Stability and variability of adolescents' affiliation with delinquent friends: Predictors and consequences. *Social Development*, 9(2), 205-225.
- CAPALDİ, D. N., & PATTERSON, G.R. (1996). Can violent offenders be distinguished from frequent offenders? Prediction from childhood to adolescence. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 33, 206-231.
- CARLO, G., RAFFAELLI, M., LIABLE, D. J., & MEYER, K. A. (1999). Why are girls less physically aggressive than boys? Personality and parenting mediators of physical aggression. *Sex Roles*, 40(9-10), 711-729.
- CEBİROĞLU, R., YURTBAY, T. (1974). Saldırgan davranışlı çocuklarda bazı psikososyal etkenler. *10. Milli Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Kongresi Bilimsel Çalışmaları* (309-314). Ankara: Hacettepe Üniversitesi.
- CERNKOVİCH, S. A. & GIORDANO, P. C. (1987). Family relationships and delinquency. *Criminology*, 25(2), 295-321.
- COLDER, C. R., MOTT, J., LEVY, S., & FLAY, B. (2000). The relation of perceived neighborhood danger to childhood aggression: A test of mediating mechanisms. *American Journal of Community Psychology*, 28(1), 83-103.
- ÇEŞMECİ, M. (1995). Further reliability and validity study of the perceptions of psychological maltreatment inventory for adolescence. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul.
- ERKMAN, F. (1989). The experience of psychological maltreatment of re-migrant adolescents. Uluslararası Kültürlerarası Psikoloji Derneği 2. Bölgesel Kongresinde sunulan bildiri. Hollanda, 14 sayfa.
- FAMULARO, R., KINTSCHEFF, R., & FENTON, T. (1992). Parental substance abuse and the nature of child maltreatment. *Child Abuse and Neglect*, 16, 475-483.
- FARRINGTON, P., D. (2005). Childhood origins of antisocial behavior. *Clinical Psychology and Psychotherapy Clin. Psychol. Psychother*, 12, 177-190.

- FARRINGTON, D. P. (1994). Childhood, adolescent, and adult features of violent males. In L. R. Huesmann(Ed.), *Aggressive behavior : Current perspectives* (pp.215-240). New York: Plenum Pres.
- GIORDANO, P. C., & CERNKOVICH, S. A. (1997). Gender and antisocial behavior. In D. M. Stoff, J. Breiling and J. D. Maser (Eds.) *Handbook of antisocial behavior* (pp. 496- 510). New York: Wiley.
- GORMAN-SMITH, D., TOLAN, P. H., ZELLI, A., & HUESMANN, L.R. (1996). The relations of family functioning to violence among inner-city minority youths. *Journal of Family Psychology*, 10, 115-129.
- GREENWALD, R. L., BANK, L., REID, J. B., & KNUTSON, J. F. (1997). A discipline-mediated model of excessively punitive parenting. *Aggressive Behavior*, 23(4), 259-280.
- GROGAN- KAYLOR, A., OTIS, M.D. (2003). The effect of childhood maltreatment on adult criminality: Tobit regression analysis. *Child Maltreatment*, 8(2),129-137.
- HAAPASALO, J., MOILANEN, J. (2004). Official and self-reported childhood abuse and adult crime of young offenders. . *Criminal Justice and Behavior*, 31(2), 127-149.
- HAWKINS, J. D., HERRENKOHL, T., FARRINGTON, D.P., BREWER, D., CATALANOR. F., & HARACHI, T. (1998). A review of predictors of youth violence. In R. Loeber & D. P. Farrington (Eds.), *Serious and violent juvenile offenders: Risk factor and successful interventions* (pp. 106-146). CA: Sage publishers.
- HECK, C., WALSH, A. (2000). The effects of maltreatment and family structure on minor and serious delinquency. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*,44(2), 178-193.
- HERRENKOHL, I. T., HUANG, B., TAJIMA, A., E., WHITNEY, D., S. (2003). Examining the link between child abuse and youth violence. *Journal of Interpersonal Violence*, 18(1),1189-1208.
- HOLDEN, E. W., & BANEZ, G. A. (1996). Child abuse potential and parenting stress within maltreating families.*Journal of Family Violence*, 11, 1-12.
- IWANIEC, D. (1996).The Emotionally abused and neglected child. UK: John Wiley.
- İL, S., ARIKAN, Ç. (1994). Türkiye’de çocuk eğitim evlerindeki hükümlü gençlerin aile içi şiddete ilişkin değerlendirmeleri. *Aile Kurultayı “Değişim sürecinde aile; toplumsal katılım ve demokratik değerler”* (284-294). Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları.
- İŞMEN, E. (1993). Duygusal istismarın liseli ergenlerin kendini kabul seviyelerine etkisi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- KANER, S. (2001). Anababa denetimleriyle ergenlerin suç kabul edilen davranışları arasındaki ilişkinin incelenmesi. I. *Ulusal Çocuk ve Suç: Nedenler ve Önleme Çalışmaları Sempozyumu Bildiri Kitabı*, 229-250.

- KANER, S. (2000). Kontrol Kuramına dayalı anababa-ergen ilişkileri ölçeği geliştirme çalışması. *A.Ü. Eğitim Bilimleri Fakülte Dergisi*, 33(1-2), 67-75.
- KELLEY, B. T., THORNBERRY, T. P., & SMİTH, C.A. (1997). In the wake of childhood maltreatment. *OJJDP Juvenile Justice Bulletin*.
- KIRIMSOY, E. (2003). Suç işlemiş ve suç işlememiş ergenlerin algıladıkları duygusal istismarın ve benlik algılarının karşılaştırmalı olarak incelenmesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.
- KİLGORE, K. SNYDER, J., & LENTZ, C. (2000). The contribution of parental discipline, parental monitoring and school risk to early-onset conduct problems in African American boys and girls. *Developmental Psychology*, 36(6), 835-845.
- KONANÇ, E., GÜNCE, G. (1983). Child abuse in Turkey. In J. E. Lavitt (Ed.). *Child Abuse and Neglect Research and Innovations* (135-149). Boston: NATO ASI Series.
- LAVOİE, F., HEBERT, M., TREMBLAY, R., VİTARO, F., VEZİNA, L., & MCDUFF, P. (2002). History of family dysfunction and perpetration of dating violence by adolescent boys: A longitudinal study. *Journal of Adolescent Health*, 30(5), 375-383.
- LEE, B. J., & GEORGE, R. M. (1999). Poverty, early child bearing and child maltreatment: A multinomial analysis. *Children and Youth Services Review*, 21, 755-780.
- LİPSEY, M. W., & DERZON, J. H. (1998). Predictors of violent or serious delinquency in adolescence or early adulthood: A synthesis of longitudinal research. In R. Loeber & D. P. Farrington (Eds.), *Serious and violent juvenile offenders: Risk factors and successful interventions* (pp. 86- 105). CA: Sage Publishers.
- LOEBER, R., & FARRİNTON, D. P. (1998). *Serious and violent juvenile offenders: Risk factors and successful interventions*. CA: Sage.
- LOWENKAMP, T., C., HOLSİNGER, M., A., LATESSA, E.,J.(2001). Risk/need assessment, offender classification, and rule of childhood abuse. *Criminal Justice and Behavior*, 28(5), 543-563.
- MAXFIELD, M., & WİDOM, C. (1996). The cycle of violence: revisited six years later. *Archives of Pediatric Adolescent Medicine*, 150, 390-395.
- MİLLER, B. V., FOX, B. R., & GARCİA-BECKWİTH, L. (1999). Intervening in severe physical child abuse eases: Mental health, legal, and social services. *Child Abuse & Neglect*, 23, 905-914.
- MOORE, J., & FİNKELSTEN, N. (2001). Parenting services for parents affected by sustance abuse. *Child Welfare*, 80, 221-238.
- NOFZİGER, S., & KURTZ, D. (2005). Violent lifes: Lifestyle model linking exposure to violence to juvenile violent offending. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 42(1), 3-26.ve

- PATTERSON, G. R., REID, J. B., & DİSHION, T. J. (1992). *Antisocial boys: A social interactional approach*. Eugene, OR: Castalia.
- PERRONE, D., SULLIVAN, J. C., PRATT, C. T., MARGARYAN, S. (2004). Parental efficacy, self-control, and delinquency: Test of general theory of crime on a nationally representative sample of youth. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 48(3), 298-312.
- PUN NGAİ, N., KIU CHEUNG, C. (2005). Predictors of the likelihood of delinquency. *Youth and Society*, 36(4), 445-470.
- SİNGER, S. I. & LEVINE, M. (1988). Power control theory, gender and delinquency: A partial replication with additional evidence on the effects of pers. *Criminology*, 26(4), 627-647.
- STATTİN, H. & KERR, M. (2000). Parental monitoring: A reinterpretation. *Child Development*, 71(4), 1072-1085.
- STOUTHAMER-LOEBER, M., WEI, H.,E., HOMİSH, L.,D., LOEBER, R. (2002). Which family and demographic factors are related to both maltreatment and persistent serious juvenile delinquency?. *Children's Services: Social Policy, Research, and Practice*, 5(4), 261-272.
- SVENSSON, R. (2004). Shame as a consequence of the parent-child relationship. *European Journal of Criminology*, 1(4), 477-504.
- TAŞDELEN, N. (1995). Examination of the effects of perceived psychological maltreatment of mothers on adolescent's self concept, emotional and behavioral problems and academic achievement. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Boğaziçi Üniversitesi, İstanbul.
- ULUĞTEKİN, S. (1991). *Hükümlü Çocuk ve Yeniden Toplumsallaşma*. Ankara: Bizim Büro Yayınları.
- WALL, E. A., BARTH, P. R., AND THE NSCAW RESEARCH GROUP. (2005). Aggressive and delinquent behavior of maltreated adolescents: Risk factors and gender differences. *Stress, Trauma, and Crisis*, 8, 1-24.
- WHIPPLE, E. E. & WEBSTER-STRATTON, C. (1991). The role of parental stress in physically abusive families. *Child Abuse & Neglect*, 15, 279- 291.
- ZİNGRAFF, M. T., LEİTER, J., MYERS, K. A., & JOHNSON, M. C. (1993). Child maltreatment and youthful problem behavior, *Criminology*, 31, 173-202.