

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

EKİM
KASIM
ARALIK
2017

SAYI

4

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Hasan Fehmi Demir

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet İpek

Yayın Kurulu

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

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

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

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Harbiye Mah. Maçka Cad.

No: 11 D3 Şişli-İstanbul

Basım Yeri

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

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2

Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.

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

Basım Tarihi

Ocak 2018

İçindekiler

GAZETECİLERİN HABER KAYNAKLARI GİZLİ(mi)DİR	1	Av. Fikret İLKİZ
MACBRİDGE RAPORU “BİR ÇOK SES - TEK BİR DÜNYA” SAVAŞA KARŞI BARIŞTA MEDYA VE KRİZ ZAMANLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	23	Av. Fikret İLKİZ
İŞLENEMEZ SUÇ	49	Av. Aykut ERSAN
YOLSUZLUK VE KARA PARA AKLAMA ARASINDAKİ ENSEST İLİŞKİ	69	Nadim KYRIAKOS-SAAD Gianluca ESPOSITO Nadine SCHWARZ Çeviren: Av. Lahika KARADUMAN
İNSAN TİCARETİNİ BİR PAZAR SİSTEMİ OLARAK ANLAMAK: CİNSEL SÖMÜRÜYE YÖNELİK İNSAN TİCARETİNDE KONUNUN TALEP YÖNÜNÜ ELE ALMAK	81	Alexis A. ARONOWITZ ANNEKE KONING Çeviren: Av. Lahika KARADUMAN
CEZA HUKUKU'NUN GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ	111	Valentina SPIGA Çeviren: Stj. Av. Ozan KOÇER

GAZETECİLERİN HABER KAYNAKLARI GİZLİ(mi)DİR

Av. Fikret İLKİZ

GİRİŞ¹

Giriş bölümünde güncel bir haberle ve bazı gazetelerde yer alan bir haberle başlamanın yararı olduğuna inanıyorum.

30 Ekim 2012 tarihli haberlerin aslında ortak başlığı şöyle: **“Gizli listeyi yayımlayan Yunan gazeteciye gözaltı”**

30 Ekim 2012 tarihinde yayımlanan haberlere göre, polisler savcı ile birlikte bir gazetecinin evini bastı. Yunan gazeteci Vaksevanis, Twitter üzerinden yaşadıklarını anında haberleştirdi:

“Savcı ile birlikte şu anda evime giriyorlar. Beni tutukluyorlar. Haberi yaym.”

29 Ekim 2012 tarihinde gözaltına alınan “HotDoc” dergisi genel yayın yönetmeni gazeteci Kostas Vaksevanis’in bu haberi üzerine derhal yargıç karşısına çıkarıldı. Duruşmanın görüleceği salon içinde ve dışın-da milletvekillerinin de aralarında bulunduğu bir grup gazeteci, Vaksevanis’e destek gösterisinde bulundu. Gazeteci tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakıldı. Duruşması ise 1 Kasım 2012 tarihine ertelendi.²

Olay şu: Gazeteci Vaksevanis, “HotDoc” adlı dergide “Lagarde Listesi” başlıklı bir liste yayımladı. Bu listede IMF Başkanı Christine Lagarde’ın Fransa Maliye Bakanı iken 2009 yılında, Yunanistan’ın döne-

1 Ceza Adaleti ve İnsan Hakları Konferansı. 4.Kuvvet Olarak Medya / Ceza Adaleti ve İfade Özgürlüğü. İlkeler ve Uygulama. 02 Kasım 2012. Uludağ Üniversitesi. Bursa.

2 Milliyet Gazetesi. Dış Haberler. Sayfa 19 - 30 Ekim 2012. (Birçok gazetede ve webhaberin yayımlandığı bazı haber siteleri., milliyet.com.tr. web sayfası 30 Ekim 2012, TRT Avaz, <http://www.trt.net.tr/trtavaz/hukumet-beni-sustumak-istiyor-haber-detay;tr,61335.aspx> erişim 30 Ekim 2012, <http://www.trthaber.com/haber/dunya/isvicrede-hesabi-olan-yunanlilar-listelendi-61272.html> Erişim 30 Ekim 2012.(TRT Haber), Euractiv.com web, <http://www.euractiv.com.tr/abnin-gelecegi/article/yurtdisina-para-cikaranlarin-listesini-yayimlayan-yunan-gazeteci-yargilaniyor-026365> Erişim. 30 Ekim 2012)

min Maliye Bakanı Yorgo Papakonstantinu'ya gönderdiği iddia edilen listede, HSBC bankasının Cenevre Şubesinde hesapları olan işadamı, siyasetçi, yargı mensupları, üst düzey bürokratlar ve gazeteciler dahil 2 bin 59 Yunan vatandaşının ismi ve banka hesaplarının içeriği yer alıyor. 1990-2007 dönemini kapsayan listeye göre İsviçre bankasında bu kişilere ait hesabın tutarı 2 milyar dolara yaklaşıyor.

İsviçreli yetkililer, listenin varlığıyla ilgili bir açıklamada bulunmadı. Bazı kaynaklar, İsviçre bankalarının söz konusu hesapları kapattığını ve Yunan yetkililerin listede yer alan bilgileri doğrulamasını imkansız hale getirdiğini söyledi.

Vaksevanis'in suçlu bulunması durumunda, kişisel bilgilerin mahremiyetini ihlalden iki yıl hapse mahkum edilmesi söz konusu olabilecek.

Yeni maliye bakanı, "listeyi bulma" vaadinde bulunmuştu.

Yunanistan Parlamentosu'nun araştırma komisyonuna bilgi veren dönemin maliye bakanı Papakonstantinu, kendisine iletilen bu listenin kaybolduğunu savunmuştu. Eski bakan, listenin bulunduğu CD'yi bir asistanına verdiğini, CD'nin bir kopyasının bulunmadığını ve orijinalinin nerede olduğunu bilmediğini söylemesine rağmen asistanının kim olduğunu söylememişti. Ama bu isimler hakkında vergi kaçırıp kaçırmadıklarının tespiti için işlem de başlatmamıştı.

Daha sonra CD'nin bir kopyasının, vergi kaçırma gibi ciddi ticari suçlarla ilgilenen kurumun başkanına verildiği bildirildi. Bu kurumun başkanı da, Parlamento komisyonuna CD'nin kopyasını Papakonstantinu'dan sonra göreve gelen Evangelos Venizelos'a verdiğini söyledi.

Parlamento komisyonunun CD'nin kopyasına ulaşamaması geçtiğimiz yaz aylarında Yunan basınında geniş yer buldu.

Son olarak Sosyalist PASOK'un lideri Evangelos Venizelos, bir kopyanın eline ulaştığını hatırladığını, kendisinin kopyayı Başbakan'a, Başbakan'ın da Parlamento'ya ilettiğini söylemişti.

Ortadan kaybolan CD ve bu liste ise bir gazeteci tarafından yayınlandı.

Gazeteci listeyi yayımlamasının kendisi için bir görev addettiğini söyledi.

Bir süre gözaltına alındıktan sonra şartlı serbest bırakılan Vaksevanis, Atina’da mahkeme önünde verdiği ifadede hükümeti vergi kaçırıcıları kollamakla suçladı.

Vaksevanis, mahkeme çıkışında yaptığı açıklamada ise “Vergi kaçırıcıları ve onlara karşı işlem yapmayan bakanları tutuklayacaklarına, basın özgürlüğüne saldırıyorlar, gerçeği açıklayanları gözaltına alıyorlar” dedi.

Vaksevanis’i gizli bilgileri deşifre etmekle suçlayan mahkeme, duruşma tarihini 1 Kasım olarak belirledi. Suçlu bulunması halinde 46 yaşındaki Vaksevanis’in 3 yıla varan hapis cezasına mahkum edilebilir.

Vaksevanis’in gözaltına alınmasını protesto için Yunanistan’da bazı gazeteler listeyi yeniden bastı. Muhalefet partileri, yargıyı Vaksevanis’in peşine düşmek yerine, listede yer alan isimleri araştırmaya çağırdı.

Yunan devlet televizyonu, kamu düzeni bakanının istifasını isteyen 2 ünlü sunucusunun işine son verdi.

Hapiste bulunan gazeteciler hakkındaki suçlamalar ya da politikacıların gazetecileri suçlama nedenleri arasında yer alan iddiaların başında; gazetecilerin yazdıklarından dolayı değil, gazetecilik faaliyetlerinden dolayı değil, yaptıklarından dolayı tutuklandıkları ve bu nedenle yargılanmaları gelir. Haklarında iddianame düzenlenerek ileri sürülen suçlamalar ise “terör örgütüne” üye olmak ve/veya örgüt propagandasını yapmaktır.

Haklarında ceza davası açılan çoğu gazetecinin el yazısı notları, telefon fihristi, dosyaları, haberleri, gazete veya dergi için hazırlamaya çalıştıkları konularla ilgili taslak notları, yayınlanmış haberleri, yazıları, gazete ve dergi nüshaları, söyleşi yaptığı kişilerin konuşmalarının kaydedildiği bantlar, bant çözümleri, fotoğraflar, kitaplar, altı çizili kitapları, mesleki çalışmaları nedeniyle çağrıldığı toplantıların davet yazıları, özel notları gibi bir çok – *iddianamelerde yazılı olan kelime ile* – “doküman” dava dosyalarına “delil” olarak konulmaktadır.

Neden bu “dokümanlar” dava dosyaları içindedir? Delil midir? Gazetecinin evinde ya da işyerinde yapılan aramalar sırasında elde edilen bu “doküman” denilen belgeler gazetecinin “bilgi kaynağı” sayılmaz mı? O zaman gizli değil midir? Acaba bu “kaynakların” dosyaya konul-

masından önce yargı kararı gerekir mi? Yani bu “dökümanların” daha başında, yargılama mahkemesinde delil olup olamayacağı bile tartışılmasından önce, dosyaya konulması bakımından gazetecinin rızası, yargıç kararı gerekmez mi?

Bu yazının konusu gazetecilerin haber kaynaklarının, bilgi kaynaklarının, haber kaynağının kendisinin “gizliliği” kavramıdır. Bir başka deyişle gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkıdır.

Bütün bu sorulara yanıt vermek gerekiyor. Bütün bu sorulardan ortaya çıkan kastımız, suç işlenmesinin önlenmesi bakımından gazetecilerin mesleklerinden dolayı “imtiyaz” ya da “bağıışıklık” taşıyan kişiler olduğunu ileri sürmek değildir. Ancak akılda tutulması gereken en önemli gerçeklerden birisi şudur; gazeteci, gazetecidir.

I- GAZETECİLERİN ETİK KURALLARI VE HABER KAYNAĞI İLE İLİŞKİSİ

Öncelikle gazetecilerin etik kurallarından söz etmeli ve 1993 yılında bu alanda yapılan çalışmaları gözden geçirmeliyiz. Gazeteci ile haber kaynağı arasındaki ilişki ya da gazetecinin hangi hallerde haber kaynağını açıklayabileceğı tartışılmıştır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1993 yılında yayınladığı Gazetecilerin Etik Kuralları hakkındaki 1215 sayılı “Tavsiyeleri” ile 1003 sayılı “Çözüm Tasarıları” bakımından dikkate değer sonuçlara ulaşmıştır. Avrupa Parlamenter Assamblesi gazeteciliğın ahlaki kurallarının, uluslararası alanda pratik uygulaması bakımından yetersiz ve sınırlı kalması nedeniyle yeni çözüm önerileri üretmektedir.

Assamble, bilgilerin doğruluğunu araştırarak bir mekanizma kurulmasını önermektedir. Medyanın, topluma karşı ahlaki sorumluluğı olduğu kabul edilmiştir. Haberler, gerçeklere dayanmalı ve doğruluğı araştırılıp saptanabilir olmalıdır. Bu çerçevede Parlamenter Assamblesi bilgilerin doğruluğunu araştırarak uluslararası bir mekanizma kurulmasını önermektedir.

“Çözüm Tasarıları” başlığı altında belirlenen bazı kurallar arasında yer alan **“Haberler ve Yorumlar”** bölümündeki satır başları şöyledir:

- 1- Günümüzde, demokratik yaşamın çok önemli parçaları olan bilgilendirme ve iletişim kavramları konusunda, medyanın, topluma karşı ahlaki sorumlulukları vardır. Bu sorumlulukları da, kişisel davranışların, demokratik hayatın ve toplum bilincinin gelişmesinde önemli rol oynamaktadır.
- 2- Gazetecilik mesleği hak, yükümlülük, özgürlük ve sorumluluk gibi birçok kavramı içinde barındırır.
- 3- Gazeteciliğin temel ahlaki prensiplerinden biri de; haber ile yorum arasındaki belirgin ayırımın çizilmesi ve bunların karıştırılmasının önlenmesidir. Haber gerçeklere ve verilere dayalı bilgilendirme-dir. Yorum ise yazanın, yayınlayanın veya medya şirketlerinin düşüncelerini, inançlarını, kişisel yargılarını içerir.
- 4- Haber yayını, gerçeklere dayandırılmalı ve doğruluğu ispatlanabilir olmalıdır. Haberin sunumunda ve betimlemelerde tarafsız davranılmalıdır. Haber başlıkları ve özetleri mümkün olduğunca doğruları ve eldeki verileri yansıtmalıdır.
- 5- Yorumlar; genel düşünceler veya günlük olaylar üzerine yapılabilir. Yorum sübjektif olduğu için, doğruluğu üzerinde eleştiri yapılamaz. Bunun yerine, bizler yorumların dürüst ve ahlaklı olmasını sağlamalıyız.
- 6- Bazı kişi ve kuruluşlarla ilgili olaylar üzerinde yapılan yorumlar gerçekleri ve verileri çarpıtmamalı ve gizlememelidir.

Ayrı bir başlık olarak ele alınan “**Gazetecilikteki Özgürlük ve Doğruluğun Özel Ölçütleri**” bölümünde ise “**Mesleki Gizlilik**” konusuna değinilmiştir.

Bu çalışmaya göre Avrupa’daki demokratik ülkelerde, medya zincirinin son halkası olan muhabirlerin, ifade özgürlüklerini desteklemek için mesleki gizliliğin tahsis edilmesi amacıyla somut yasal ölçüde ve vicdani bağlamda kurallar konulmuştur.

Mesleki gizlilik (kaynakların gizliliği) sağlandığında; muhabirlere karşı medyadaki şirket sahiplerinin otoritelerinin ortadan kalkması da sağlanabilir. Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonunu “tüm gazete-

cilerin mesleki gizlilik ve haber kaynağının kimliğinin korunması” konusunda bir teklif hazırlaması için çağrıda bulunmuştur.

Mesleki gizlilik ile ilgili kanuni düzenlemeler, gazeteciler ile haber kaynağı arasındaki güvenin korunmasını içermez. Ama bu güvene dayalı ilişki, mesleki gizlilik kavramının etkisi sonucu vardır ve bu halde ortaya çıkar. Tüm mesleki gizlilik kavramına ilişkin kurallar; gazeteciler ile haber kaynakları arasında güvene dayalı ilişkiyi kökleştirir. Aksi takdirde, haber kaynaklarının korunması genel olarak ilgi gören haberlerin çok daha az mükemmel olmasına sebep olurdu. Bu bakımdan haber sunulurken **“kaynak sadece bir haber kaynağı olarak”** açıklanmalıdır.

Ayrıca haber kaynağının korunması, araştırmacı gazetecilik açısından, tarafsız bilgi sağlanmasını artıracaktır. Gazetecinin mesleki gizliliği, gazetecilerin veya bilgi kaynağının kişisel haklarını garanti etmez. Ama toplumun bilgi edinme hakkını garanti altına alır.

Gazetecilerin temel görevi bilgi vermedir ve onlarda topluma ait olan bir hakkı bu görevleri ile yerine getirmektedir. Bu hakkı sağlarken tabî ki gazetecilere de bazı sınırlamalar getirilebilir.

İlk sınır; bilginin doğruluğudur. Mesleki gizlilik, devletle ilgili sınırların, kişisel hakların korunması veya insan hayatını ve özgürlüğünü tehlikeye atıcı haberlerin yayınlanması konusunda sınırlamalar getirir.

Bu gizlilik altında, bir muhabir hiçbir kişi ve kuruma, haber kaynağını açıklamak veya haber kaynağının kimliğinin ortaya çıkmasına yarayacak bilgileri vermek konusunda yükümlü değildir. Bu açıdan gazeteciler, haber kaynaklarını açıklamama konusunda yasal olarak korunmuşlardır ve korunmalıdırlar.

Mesleki gizlilik kavramı, medyadaki şirket sahipleri ve editörleri de içine alır. Bazı sivil ve hukuki sorumluluklar, muhabirlerin hareketlerinin sorumluluklarına uygun haber getirilmesi için editörler de muhabirlerin mesleki gizlilik kavramına uygun hareket etmeleri konusunda sorumlu olduklarını belirtmeleri gerekir.³

3 Basın Konseyi Yayını. Özgür Basın Yıl 5 Sayı 50-51 Haziran-Temmuz 1993 ve Basın Konseyi Faaliyet Raporu 1993

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARI

Bu çalışmalar devam ederken ortaya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı çıkmıştır. Bu kararı ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin bir tavsiye kararı takip etmiştir. AİHM kararından sonra Avrupa Konseyinin Tavsiye kararına da değinilecektir.

Gazetecilerin “**Haber Kaynaklarını Açıklamama Hakları**” konusundaki Tavsiye kararının kaynağı, Londra’da Morgan-Grampian Yayıncılık şirketinin yayınladığı “**The Engineer**” ‘da stajyer gazeteci olarak çalışmaya başlayan William Goodwin’in, İngiltere’ye karşı yaptığı şikayet başvurusu üzerine verilen 27 Mart 1996 tarihli AİHM kararıdır. (Goodwin v.İngiltere 16/1994/463/544)

William Goodwin Londra’da Morgan-Grampian Yayıncılık şirketinin yayınladığı “**The Engineer**” ‘da stajyer gazeteci olarak çalışmaya başlar. Goodwin’e, daha önceden bazı şirketlerin çalışmalarıyla ilgili bilgi vermiş olan bir kişi telefon eder. Kaynak kişi; gazeteciye Tetra şirketinin 5 milyon sterlin borç alacağını, zarar ettiğini ve mali sorunları olduğu konusunda bazı bilgiler vermiştir. Gazeteci de, şirket hakkında bir makale yazmak ve kendisine verilen bilginin hem doğruluğunu kontrol etmek hem de bu bilgiyle ilgili olarak görüş almak amacıyla **Tetra** şirketini arar.

Bilgi, Tetra’nın üst düzey yetkililerine verilmiş olan ve üzerinde “**Son Derece Gizli**” ifadesi yazılı “**gizli şirket planı**” taslağından elde edilmiştir. Taslağın **sekiz adet numaralı kopyası vardır** ve bir dosya ortadan kaybolmuştur. Tetra şirketi bilgilerin haber olarak yayınlanması durumunda, diğer firmaların güvenini tamamen yitireceğini, siparişlerinin iptal edileceğini ve iflas etmesi halinde de yaklaşık dört yüzden fazla kişinin işsiz kalacağını ileri sürerek Mahkemeye başvurur.

İngiltere’de Yüksek Temyiz Mahkemesi 1981 tarihli “**Mahkemeye İtaatsizlik Kanunu**”nun 10.bölümünde yer alan “*Hiçbir mahkeme bir kişiden açıklama yapmasını talep edemez ve hiç kimse sorumlu olduğu yayında yer alan bilginin kaynağını açıklamayı reddettiği için mahkemeye itaatsizlikten suçlu bulunamaz. Meğer ki, mahkeme adalet veya ulusal güvenlik yararına veya düzensizliğin veya suçun engellenmesi için açıklamada bulunmanın gerekli olduğuna kanaat getirmiş olsun*” **hükmüne göre yayını geçici tedbir kararıyla** durdurur. Kararını tüm ulusal gazetelere bildirir.

Goodwin ve yayın şirketine, **telefon konuşması notlarının, elle-
rinde veya kaynakta bulunan Tetra şirketine ait tüm plan kop-
yalarının teslimi, kaynak kişinin kimliğinin Mahkemeye bildi-
rilmesi emrini verir.** Mahkeme bu kararı “**adalet yararına**” gerekli
gördüğü için vermiştir. Kaynak kimlik mahkemeye açıklanırsa, ancak
o zaman kaynak aleyhine yasal kovuşturmayla başlanabilecek ve konunun
kamuya daha fazla yayılmasını önlemek için de **ihtiyati tedbir
kararı** verilebilecektir.

Gazeteci ve yayın şirketi mahkeme emrini yerine getirmez.

“Emrin durdurulması” için Temyiz mahkemesine ve Lordlar Kamarasına başvurur. İstekleri kabul edilmez, temyiz başvuruları reddedilir. Yüksek Mahkeme **10 Nisan 1990 tarihinde Goodwin’i “mahkemeye itaatsizlikten” 5.000 İngiliz sterlini para cezasına mahkum** eder.

Goodwin, 27 Eylül 1990 tarihinde haber “**kaynağının kimliğini açıklamasını talep eden**” mahkeme emrinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürerek – o tarihte var olan- Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurur. Komisyon şikâyeti “**kabul edilebilir**” bulmuştur. Başvuru AİHM’nde karara bağlanır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında; ifade özgürlüğünün demokratik toplumların ana dayanaklarından biri olduğunu ve basına tanınan korumanın özel bir öneme sahip olduğunu hatırlatmıştır. Gereçeklerinden en dikkat çekici olanı ise şudur :

“**Gazetecilik kaynaklarının korunması**, hukuklarda ve üye devletlerin pek çoğundaki mesleki yürütme ilkelerinde (basın meslek ilkelerinde veya etik değerlerinde) belirtildiği ve gazetecilik özgürlükleri hakkındaki bazı uluslararası belgelerde onaylandığı üzere, **basın özgürlüğünün ana koşullarından biridir.** (Diğerlerinin arasında bakınız 4. Avrupa Bakanlık Düzeyinde Kitle İletişim Politikası Konferansında (Prag 7-8 Aralık 1994) alınan Gazetecilik Özgürlükleri ve İnsan Hakları Kararları ve Avrupa Parlamentosunun Gazetecilerin Kaynaklarının Gizliliği Kararları, 18 Ocak 1994 tarihli Avrupa Topluluğu Resmi Bülteni No. C 44/34).

Böyle bir koruma olmadığı takdirde, kaynaklar, kamu yararına olan meselelerde kamuyu bilgilendirmek konusunda basına yardımcı olmaktan kaçınabileceklerdir.

Sonuç olarak, basının hayati nitelikteki kamunun bekçi köpeği olma rolü sarsılabilecek ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama yeteneği kötü yönde etkilenebilecektir.

Demokratik toplumda basın özgürlüğü için kaynakların korunmasının önemi ve kaynak açıklamama emrinin potansiyel dondurucu etkisi göz önünde bulundurulduğunda, kamu yararından daha üstün bir talep maruz kılmadığı sürece böyle bir düzenleme Madde 10 ile çelişiktir.

Mevcut vakanın verilerine 10.maddenin 2.paragrafında düzenlenen demokratik toplum gerekleri ölçütünü uygularken bu noktalar hesaba katılmalıdır.

Genel prensip itibariyle, ifade özgürlüğüne herhangi bir sınırlama getirecek “gereklilik” ikna edici bir şekilde tesis edilmelidir (‘gereklilik’ ölçütüne hâkim ana prensipler ifadesi için bakınız 26 Kasım 1991 tarihli Sunday Times v. İngiltere kararı (no.2), A Serileri no 217, sayfa 28-29, § 50)

Sonuç olarak AİHM’si, kaynağı açıklama emriyle getirilen hukuki amaç ile bu amaca ulaşmak için kullanılan hukuki düzenlemeler arasında makul bir orantılılık ilkesi bulunmadığına karar vermiştir.

AİHM’ne göre: “Tetra şirketi haklarının İngiliz hukukuna uygun olarak korunması için başvuru gazetecinin ifade özgürlüğüne sınırlama getiren açıklama emrinin, ulusal yetkililerin takdir özgürlüğüne sahip olmalarına rağmen, demokratik toplumlarda Sözleşmenin 10.maddesinin 2 paragrafında sayılan ifade özgürlüğü sınırlamaları anlamında gerekli olduğu düşünülemez.”

Mahkeme, hem başvuru gazeteci için haber kaynağını açıklaması emrinin, hem de emri yerine getirmediği için para cezasına mahkum edilmesinin ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna ve gazeteciye İngiliz hükümetinin 37.595 İngiliz Sterlini tazminat ödemesine 27 Mart 1996 tarihinde karar vermiştir.(Goodwin v.İngiltere 16/1994/463/544)

III- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİNİN TAVSİYE KARARI

Stajyer gazeteci Goodwin’in mahkeme emrini yerine getirmeyerek haber kaynağını açıklamaması üzerine AİHM’nin verdiği bu karardan

sonra başlayan çalışmalar sonucunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 7 sayılı Karara Ek "**Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili İlkeler**" hakkındaki 8 Mart 2000 tarihli Tavsiye Kararının kaynağı gazetecinin / bireyin ifade özgürlüğüdür.

Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 7 sayılı Karara Ek "**Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili İlkeler**" hakkındaki 8 Mart 2000 tarihli Tavsiye Kararında

"Gazeteci" terimi; "düzenli, bir şekilde veya profesyonel olarak haber toplayan ve bu haberlerin her türlü kitle iletişim araçlarıyla halka ulaşmasını sağlayan tüm hakiki veya tüzel kişileri",

"Haber" terimi ise; "metin ses ve/veya görüntü şeklinde tüm olay, görüş veya fikir aktarımlarını" tanımlıyor.

Bir gazeteciye bilgi sağlayan tüm kişiler "**Kaynak**",

"bir kaynağı tanımlayan haber" terimi ise haber kaynağının tanınmasını sağlayacak türden bilgiler olarak tanımlanmış.

"Bir kaynağı tanımlayan haber" teriminde geçen, kaynağın tanınmasını sağlayacak bilgi türlerinden ne anlaşılması gerektiği ise şöyle sıralanıyor:

1. Bir kaynağın adı, kişisel verileri, sesi veya görüntüsü.
2. Bir gazetecinin bir kaynaktan aldığı haberin nasıl elde edildiğiyle ilgili ayrıntılı bilgiler.
3. Bir kaynak tarafından gazeteciye verilmiş olan haberin yayınlanmamış kısmı.
4. Gazetecilerin kişisel verileri ve mesleki faaliyetlerindeki işverenleriyle ilgili bilgiler.

IV- GAZETECİLERİN HABER KAYNAKLARINI AÇIKLAMAMA HAKLARIYLA İLGİLİ İLKELER"

Tavsiye kararındaki "**birinci ilkeye**" göre; üye devletler kendi hukuki düzenlerinde, iç uygulamalarında AİHS'nin 10.maddesinde yazılı hakların tanınması adına ve asgari standart olarak değerlendirilmesi

gereken bu ilkeler doğrultusunda; gazetecilerin bir kaynağı tanımlayan haberleri açıklamama haklarının **“açık ve ayrıntılı bir şekilde korunmasını”** sağlamalıdır. Tüm hükümetlerin görevi, iç hukuklarında ifade özgürlüğü hakkını *“asgari standart”* olarak almaktır.

Yani, **“Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlara bakılmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir”** şeklinde düzenlenmiş AİHS'nin 10.maddesindeki “ifade özgürlüğü”, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkının asgari standardı olarak kabul edilmiştir. Hükümetler gazetecilerin bu haklarını **“açık”** ve “ayrıntılı bir biçimde korumakla” yükümlüdürler.

İkinci ilkede, “haber kaynaklar”nın aynı korumadan yararlanması kabul ediliyor.

Gazetecilerle olan mesleki ilişkileri sonucunda, topluma basın yoluyla haber yayan kişi veya haberin yayınlanması yoluyla **“kaynak belirten bir haber”** hakkında bilgi edinen her kişi, tıpkı gazeteci gibi bu ilkelerle tanımlanan koruyucu uygulamalardan yararlanabilmelidir.

Tavsiye kararı gazeteciler kadar, haber kaynakları bakımından da tizdir. Koruma kuralları hem gazeteci hem de haber kaynağı için geçerli kabul edilmiştir.

Acaba gazetecilere tanınan bu hakka bir sınır koymak gerekir mi? Sınır ne olmalıdır?

Örneğin ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar sözleşmenin 10.maddesinin 2. paragrafında sırayla sayılmıştır. Yani **“Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargılama organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.”**

İfade özgürlüğüne kamusal makamların müdahalesindeki hükümetlerin takdir hakkı ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetimine tabidir.

Tavsiye Kararında da “ **Gazetecilerin kaynak belirten haberleri açıklamama hakları, Sözleşmenin 10. maddesinin 2 paragrafında belirtilenler dışında hiç bir şekilde kısıtlanmamalıdır**” denilerek kaynak açıklamama hakkının sınırları üçüncü ilke olarak gösterilmiştir.

Acaba kaynak belirten bir haber; Sözleşmenin 10.maddesinin 2. paragrafında yazılı sınırlamalardan birisinin konusuna girerse, örneğin “suçun veya düzensizliğin önlenmesiyle” ilgili olursa sorun nasıl çözülecektir?

Kaynak açıklamama hakkının kullanılmasında Tavsiye Kararı **üçüncü ilkeye** açıklık getirmiş.

2. paragrafta gösterilen ve “**sınırlamalardan**” birinin konusuna giren kaynak belirten bir haber kaynağının iç hukuk düzeninde açıklanması yasa gereği olsa bile;

Hatta aynı haber kamu çıkarı doğrultusunda gazetecinin kaynak açıklamama hakkının önüne geçse, kamu çıkarı daha üstün kabul edilse dahi, üye devletlerin yetkili makamları “**haber kaynağını açıklamama hakkının önemine**” ve “**İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında bu hakka tanınmış olan salt üstünlüğe özel dikkat**” göstermelidir. **Öncelikle ilk koşul;** haberin Sözleşmenin 10 maddesinin 2. paragrafında gösterilen sınırlamalardan birisinin konusuna girmesidir.

Eğer haberdeki kaynağın açıklanmasının getireceği yarar, haberin kaynağının açıklanmamasının doğurduğu kamu yararının önüne geçiyorsa, ondan daha üstünse ve koşullar “**yeterince hayati**” ve “**ciddi bir karakter**” sergiliyorsa, hükümetin yetkili makamları adı geçen haber kaynağının açıklanması yolunda karar alabilir.

Bu karar tatmin edici bir karar olmalıdır.

Yani hükümet haber kaynağının açıklanması yönünde karar almadan önce; tüm alternatif yolları denemiş ve tüketmiş olmalıdır. Haber kaynağının açıklanmasıyla elde edilecek hukuksal yarar, kaynağın açık-

lanmamasından doğacak kamu yararının önüne geçmesi gereklidir. Bu gereklilik ise şu koşullara bağlanmıştır :

- Açıklanmasının gerekliliği kanıtlanmalıdır,
- Koşullar yeterince hayati ve ciddi bir karakter sergilemelidir,
- Açıklanması gereği temel bir toplumsal gereksinime yanıt vermedir,
- Üye devletler kaynak belirten bir haberin açıklanması gereğini değerlendirme / takdir hakkına belli bir ölçüde sahiptirler, ancak bu değerlendirme / takdir de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi denetimine tabidir.

Bütün bu koşullar, açıklama hakkının ileri sürüldüğü tüm idari/hukuki ve diğer prosedürlerin her evresinde uygulanmalıdır.

Üçüncü ilkeye gelince; Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 7 sayılı Karara Ek **“Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Haklarıyla İlgili İlkeler”** hakkındaki 8 Mart 2000 tarihli Tavsiye Kararı'nda, bu hakkın sınırı ayrıntılı olarak **üçüncü ilkede** belirlenmiştir.

Kaynak açıklamasının getireceği yarar **“yeterince hayati”** ve **“ciddi bir karakter”** sergilemelidir.

Açıklanmasının gerekliliği kanıtlanmalı, temel bir toplumsal gereksinime yanıt vermelidir. Hükümetlerin bu konularda takdir hakkı vardır ve bu hakkını kaynağın açıklanması yönünde kullanılabilir. Bu takdirin “ifade özgürlüğü”nü ihlal edip etmediği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin denetimine tabidir.

Dördüncü ilkeye göre; “Bir gazetecinin, bir kişinin onur veya haysiyetine tecavüzü dolayısıyla görülmekte olan bir davada adı geçen kanıtların doğrulanması için yetkili makamlar ulusal usul hukuku uygulayarak kendilerine sunulan tüm delilleri inceleyebilir fakat gazeteciden kaynak belirten haberlerini açıklanmasını talep edemezler”

O halde; acaba gazeteciden hangi koşullarda **“açıklama”** yapması beklenecektir?

Bu sorunun yanıtı ise **Beşinci İlke** ile açıklanmaktadır.

- a- Bir kaynağı tanımlayan haberdeki kaynak açıklaması yönünde bir talep, ancak adı geçen haberin açıklanmasından doğrudan yasal çıkarı olan kişi veya resmi makam tarafından gerçekleştirilebilir.
- b- Böyle bir açıklama talebinden önce gazeteciler “kaynak belirten haberlerin açıklanması hakkı” ve bu hakkın “sınırları” konusunda yetkili makamlar tarafından bilgilendirileceklerdir.
- c- Kaynak belirten haberi açıklamadığı gerekçesiyle bir gazeteci hakkında verilen her türlü cezai karar ancak sözleşmenin 6.Maddesine (Adil Yargılanma Hakkı) uygun olarak gazetecinin dinlendiği bir davanın sonucunda ve hukuki makamlarca verilebilir.
- d- Kaynak belirten bir haberi açıklamadığı gerekçesiyle cezaya çarptırılan her gazeteci, konunun başka bir hukuki makam tarafından değerlendirilmesini talep edebilir.
- e- Gazetecinin kaynak belirten bir haberi açıklaması yönünde yapılmış olan talebe, örneğin mahkeme çağrısına uyması durumunda, yetkili makamlar veya yargıç / yargı kurulu örneğin AİHS'nin 6.maddesi gereğince kamuyu olayın dışında tutarak veya haberin gizliliğine bizzatıhi uyarak adı geçen açıklamanın sınırlarını belirlemek yönünde bir dizi önlem alabilir.

Tavsiye kararının Altıncı ilkesinde ise emniyet güçleri veya hukuki makamlar tarafından kaynak belirten haberlerin elde edilmesi halinde; bu eylemlerin amacını teşkil etmese dahi, açıklamanın 3.İlkenin uygulanmasıyla doğrulanmış olması dışında, adı geçen bu haberlerin daha sonraki mahkemelerde kanıt olarak kullanılmasını engellemek yolunda bazı önlemler alınmasını önermektedir.

Gazetecilerin yazışma ve görüşmeleri engellenmemelidir.

Böylece gazetecinin veya haber kaynağı oluşturan kişinin “**gözlem altına alınması, izlenmesi**” kararları veya benzer önlemler ile gazetecilerin konutlarında, çalışma mekânlarında yapılan arama sonucunda tutulan arama ve diğer zabıt tutanakları, yazışmaları veya bu kişilerin iş faaliyetleri konusundaki tutanaklar; 6. ilke ile hukuka aykırı kabul edilmiştir.

Başka bir deyişle “hukuka aykırı yollarla elde edilmiş” sayıldıklarından bu tutanakların mahkemelerde “kanıt” olarak kullanılmaması önerilmiştir.

Yedinci ilke ise gazetecilerin kendi kendini suçlaması önlenmek istenmiştir.

Yani “ Bu metinde belirtilmiş olan ilkeler ceza mahkemelerindeki öz suçlamayla ilgili koruma ilkeleriyle ilgili ulusal yasaları hiç bir şekilde sınırlandırmamalıdır ve gazeteciler adı geçen bu yasalar uygulandığı sürece kaynak belirten haberlerin açıklanmasıyla ilgili koruyucu uygulamalardan yararlanmalıdırlar”

V- İÇ HUKUKA YANSIMA VE HABER KAYNAKLARINI AÇIKLAMAMA HAKKI

5.1. 2002 YILI 5680 SAYILI BASIN KANUNU DEĞİŞKİLİĞİ

İç hukuk mevzuatımızda 2002 yılına kadar gazetecilerin haber kaynakları hakkında yasal bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Aslında hem öncesinde ve hem de 2002 yılında hazırlanan yasa taslaklarında ve kabul edilen kanunlarda; yasa koyucunun gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği kavramını doğru olarak kavramadığı anlaşılmaktadır. Çünkü yasa koyucu bu hakkı biraz da süreli veya süresiz yayın sahibinin hakkı gibi algılamıştır. Dolayısıyla 2002 yılında yürürlükte bulunan Basın Kanunu hükümlerine göre de bu hakkı “mevkute sahibinin hakları” içerisinde değerlendirmiştir. Bu hatalı değerlendirmesi yasa tasarısı çalışmalarını sırasında giderilebilmiştir.

3.12.2002 tarihinde 58 inci Hükümet tarafından “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” Tasarısı ile 5680 sayılı Basın Yasasında değişiklik önerilmiştir. İşte önerilen bu değişiklik gazetecilerin “haber kaynaklarını” açıklaması ile ilgili olan düzenlemedir. Tasarı TBMM tarafından kabul edilerek 4778 sayılı kanun yürürlüğe girmiştir.

Bu Tasarının gerekçesini 3.10.2001 tarihinde Anayasa’da yapılan değişiklik oluşturmuştur.

Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikten sonra artık temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmayacaktır. Temel hak ve özgürlükler sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı

olarak sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırma için mutlaka yasa olacaktır. Bu değişiklik gereği doğal olarak hak ve özgürlüklerde değişim ve genişleme sağlanmıştır.

Başbakan Abdullah Gül tarafından imzalanarak Meclise sev edilen bu tasarının ikinci gerekçesini ise “uyum yasaları”nın tümünde görülen Ulusal Program oluşturmaktadır. Hükümet Tasarının ikinci gerekçesini şöyle açıklamıştır:

“10-11 Aralık 1999 tarihlerinde Helsinki’de yapılan Avrupa Birliği Toplantısında tam üyelik için ülkemizin aday olarak kabul edilmesiyle yeni bir boyut kazanan Türkiye- Avrupa Birliği ilişkileri, her geçen gün yoğunlaşmaktadır. Tam üyeliğe giden süreçte hem ülkemizin, hem Avrupa Birliğinin karşılıklı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda, ülkemizle ilgili olarak 4 Aralık 2000 tarihinde onaylanan “Katılım Ortaklığı Belgesi”nin ardından, 19 Mart 2001 tarihli ve 2001/2129 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kabul edilen “Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı”, 24 Mart 2001 tarihli ve 24352 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve hürriyetleri sağlamayı hedef alan çoğulcu, katılımcı düşünceye dayanan ve hoşgörü ortamında gelişen sistemlerdir. Çağımızda insan hakları ve temel hürriyetlerin tanınması, evrensel bir ilgi konusu olmakla kalmamış; bunların güvence altına alınarak aykırı uygulamalardan korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleştirilmesi amacıyla bazı uluslararası kuruluşlar oluşturulmuş ve bu kuruluşlar bünyesinde çeşitli uluslararası belgeler kabul edilmiştir. Bu kuruluşların başında, hemen hemen tüm dünya ülkelerini kapsayan Birleşmiş Milletler Teşkilâtı ile demokratik Avrupa ülkelerinin siyasal birliği olan Avrupa Konseyinin geldiği bilinmektedir. Konuyla ilgili uluslararası belgelerden en önemlileri, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan ve kısaca “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” olarak anılan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme ve eki protokollerdir.”

İşte bu ikinci gerekçede de gösterildiği gibi Hükümet ikinci olarak “Ulusal Programı” ve temel insan hak ve özgürlüklerini esas almaktadır.

Çeşitli yasalarda değişiklik öngören bu Tasarının yasallaşması ile bir yandan Anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanmış olacak, diğer yandan da Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı çerçevesinde çeşitli yasalarda değişiklik yapılması amacı gerçekleştirilmiş olacaktır.

Hükümetin 5680 sayılı Basın Yasasının 15 inci maddesine yapılmasını önerdiği değişikliğin madde gerekçesi aynen şöyledir:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına göre, basının haber kaynaklarını açıklamaya zorlanmaması, basının demokratik toplumlardaki fonksiyonunu yerine getirmesi ve kamunun bilgilendirme hakkının zedelenmemesi için gerekli görülmektedir. Bu çerçevede, maddeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına uyum sağlanması amaçlanmaktadır.”

Bu madde gerekçesi gazetecilerle ilgili olmasına rağmen Hükümet tarafından önerilen değişiklik sadece gazete sahiplerini (mevkute sahibi / süreli yayın) kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır. Hükümet önerisi aynen şöyledir:

MADDE 4 - 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

“Mevkute sahibi, haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz.”

Tasarıda bu maddesinin 15 inci maddeden sonra gelmek üzere düzenlenmesi doğru değildir. Her ne kadar 5680 sayılı Basın Yasasının Üçüncü Bölümünde “Mevkute Sahibinin Hakları” düzenlenmiştir ama maddenin içeriği mevkute sahibinden çok gazeteci ve sorumlu müdürü ilgilendirmektedir. Yasanın Üçüncü Bölümündeki bu düzenleme çerçevesinde 14 üncü maddeye göre mevkute sahibinin beyanname verildikten sonra bir sene içinde mevkuteyi neşretmesi gerektiği veya neşrolunmaya başlandıktan sonra neşrine beş yıl süreyle ara verilirse beyannamenin sağladığı haklarının düşeceği yazılıdır.

O yıllarda yürürlükte bulunan 5680 sayılı Basın Yasasının 15 inci maddesi ise şöyleydi:

Madde 15 - Bir mevkutenin hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edip yayımlandığı haber, yazı ve resimler mevkute sahibinden mü-

saade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkute-ler tarafından yayınlanamaz. Hususi fedakârlık ihtiyarıyla elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir.

Görüldüğü üzere 15.maddenin sağladığı koruma herhangi bir gazete-ede yayınlanan haber veya fotoğrafların 24 saat geçmeden bir başka yayın organı tarafından yayınlanmasını önlemeye yöneliktir. Konu ikti-bas yasağıdır.

Dolayısıyla Tasarıyla, 15. maddeden sonra gelecek şekilde Basın Ya-sasına böyle bir ek madde düzenlenmesinin mantığını anlamak güçtür. Yasa koyucu sadece Bölüm başlığında “Mevkute Sahibinin Hakları” ya-zılı olduğu için bu maddeyi ekleyecek en uygun yerin 15 inci madde olduğunu düşünmüş olabilir. Ayrıca da yasa koyucu ve Hükümet haber kaynaklarının gizliliği konusunu gazetecinin hakkı olarak görmemek-tedir.

Aslında 5680 sayılı Basın Yasasında “**gazeteciye koruyan**” veya haklarını güvenceye alan herhangi bir madde olmayıp “**sınırlandır-malar**” yer aldığı için; gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama ba-kımından 15 inci maddeden başka düzenleme yapılabilecek uygun bir madde zaten yoktur.

Bu ekleme ile bir hak düzenlenmekte ve haber kaynaklarını açık-lamama hakkı tanınmaktadır. Yasa koyucu genellikle yasalarla hak dü-zenlemesine değil, hakların sınırlandırılmasına alışkın olarak yasa üret-mektedir.

İşte bu yüzdendendir ki; böyle bir ek cümle “hakkı koruyan” bir madde düzenlemesi yapmak zorunda kaldıklarından, maddeye ek cümleye yer bulmakta sıkıntı çekilmiştir. Fakat yine de 15. madde so-nuna eklenen bu fıkranın o tarihte yürürlükte bulunan 5680 sayılı Ya-sanın “**Basında Mesuliyet**” hallerinin düzenlediği 4 üncü Bölümde ve 16 ıncı maddesinin (1) inci ve ve (2) inci bölümlerinde düzenlenmesi daha mantıklı olacaktı.

İkinci sakınca ise; haber kaynaklarının açıklanıp açıklanmaması ko-nusu doğrudan doğruya “sorumlu müdür” ve “gazetecilerin sorumluluk ve yetkisindedir. Gazeteci ve sorumlu müdür ve hatta haber kayna-ğı, “açıklama” zorlamalarına karşı “yasal güvence” içinde olmalıdır ki;

“kaynak açıklamama hakkı” hukuki güvenceyle korunabilsin. Kuşkusuz bu hak mevkute sahibine de tanınmalıdır. Gazete sahibinin haber kaynaklarını açıklama hakkının korunması da doğrudur ama bu konuda öncelik gazetecilerindir. Tek başına ve sadece “mevkute sahibinin” kaynak açıklamama hakkının korunması hukuki bir korunma sağlama-yacağı gibi pratikte gazeteciye tanınmayan bir hakkın onun işverenine tanınması yaşamın olağan akışına aykırıdır.

Gazeteciler toplumun en dinamik unsurları olduğu gibi; toplumun çağdaş demokrasiye ulaşmasında ve daha ileri gitmesinde tartışma açılmasında ve toplumun her türlü yolsuzluklardan korunabilmesi ve yolsuzlukların haber olabilmesi için “gazeteciler” haber kaynaklarını açıklamaya zorlanmamalı ve haber kaynağı da korunmalıdır. Hukuku korunmaya gereksinimi olan gazeteciler yerine onun işverenini hukuki korumaya almak çelişkili bir yaklaşımdır. Ayrıca Taslakta yer aldığı gibi maddeyle getirilen düzenlemenin sadece “mevkute sahibi” ile sınırlı tutulması gerekçeyle çelişkilidir. Bu çelişkinin giderilmesi gerekli olmuştur. Ama yine de 58 inci Hükümetin Basın Yasasında değişiklik önerirken bile önceliği gazeteciler yerine “mevkute sahiplerine” tanıdığı konusundaki görüşümüzün ipuçlarından birisi de budur.

Bu şekilde hatalı bir önerme ile; Yasa Taslağının Genel Gerekçesi ve Madde gerekçesiyle çelişen bu durum Anayasa Komisyonunun 11.12.2002 günlü ve 4 karar sayılı Raporu ile giderilmiştir.

Anayasa Komisyonunda Tasarının çerçeve 4 üncü maddesi üzerindeki görüşmeler sırasında getirilen düzenlemenin basın özgürlüğü açısından önemine dikkat çekilmiştir. Anayasa Komisyonunda verilen değişiklik önerisiyle, her ne kadar “sorumlu müdür” yerine “mesul müdür” denilmişse de; maddede geçen “mevkute sahibi” ibaresinden sonra gelmek üzere “**mesul müdür ve yazı sahibi**” ibaresinin eklenmesi kabul edilmiştir. Madde Anayasa Komisyonunda aşağıdaki son halini almıştır.

MADDE 4. – 15.7.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanununun 15 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Mevkute sahibi, mesul müdür ve yazı sahibi haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz.”

4778 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” 02.01.2003 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiştir. 11.01.2003 tarihli ve 24990 sayılı Resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Böylece 4778 sayılı Yasanın 4. maddesiyle eklenen fıkrayla, Basın Yasasının 15. maddesi aşağıdaki gibi değiştirilmiştir:

“Madde 15 -Bir mevkutenin hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edip yayımlandığı haber, yazı ve resimler mevkute sahibinden müsaade alınmadıkça neşirlerinden 24 saat geçmeden başka mevkuteler tarafından yayınlanamaz. Hususi fedakârlık ihtiyariyle elde edilen yazı ve resimler için mevkute sahibinden izin almak mecburidir.

Mevkute sahibi, mesul müdür ve yazı sahibi haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamaz.”

5.2. 5187 SAYILI BASIN KANUNUNDA HABER KAYNAĞININ GİZLİLİĞİ

2004 yılında ise 5680 sayılı Basın Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve 09.06.2004 kabul tarihli 5287 sayılı Basın Kanunu kabul edilmiş ve 26 Haziran 2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5187 sayılı yeni Basın Kanununun 12 maddesinde düzenlenen haber kaynaklarının gizliliği hakkındaki madde gerekçesi şöyledir: “Madde 5680 sayılı Kanunun 15 inci maddesinde yer alan haber kaynağını açıklamama hakkı, haber kaynaklarının gizliliğinin basın özgürlüğü yönünden taşıdığı önem göz önüne alınarak uygulamada doğabilecek tereddütleri gidermek amacıyla sadece eser sahibiyle sınırlı olarak değil, yayın sahibini, sorumlu müdürü ve yardımcısını da kapsayacak şekilde ve ayrı bir madde halinde düzenlenmiştir. Ayrıca bu kişilere haber kaynağıyla ilgili olarak tanıklıktan çekilme hakkı tanınmıştır”.

Tasarının Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeleri sırasında Hükümet Tasarısının **12 nci maddesinde** yer alan **“müdür yardımcısı”** ibaresi metinden çıkarılmış, eser sahibi ibaresinden sonra açıklık getirmek üzere **“bilgi ve belge dahil her türlü”** ibaresi eklenmiştir.

Sonuç olarak iç hukukumuzda 5187 sayılı Basın Kanununda “Haber Kaynağı” başlığı altında ve ayrı bir madde olarak düzenlenen “haber kaynaklarının gizliliği” 12. maddede aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

Haber Kaynağı

Madde 12. Süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahibi, bilgi ve belge dâhil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamaz.

SONUÇ YERİNE:

Gazetecilerin haber kaynaklarının gizliliği hakkı ile her türlü bilgi, belge ve haber kaynağını açıklamaya ve tanıklık yapmaya zorlanamaması hakkı yasal bir haktır. Her koşulda bu hak korunmalıdır.

Gazetecilikte haber kaynağının korunması basın özgürlüğünün en önemli unsurlarından biridir. Böyle bir koruma olmazsa, gazetecilerin haber kaynakları toplumun genel çıkarlarını ilgilendiren konularda yapacakları yardımdan vazgeçebilirler.

Böylece, basın vazgeçilmez rolü olan “gözlemcilik” görevini yerine getiremeyebilir.

Basının kesin ve inandırıcı bilgi ve haber verme yeteneği zayıflatılmış olur. Gazetecilik kaynaklarının önemi dikkate alındığında, mahkemelerin haber kaynaklarını açıklama konusunda verdikleri kararlar yasalara uygun olsa bile, basının bilgi verme ve toplumun gerçekleri öğrenme hakkı üzerinde olumsuz etki yapar. Bu etki demokratik toplum düzeninde meşru amaçla bağdaşmadığı için, gazetecilik kaynağının gizli olmasına yönelik kısıtlamalar AIHM'nin son derece titiz incelemesi altındadır.

Yargılanan tüm gazetecilerin davalarında yaşama geçirilmesi ve yargı kararlarında hakkın korunduğuna dair gerekçelerin çoğalması, demokratik toplum düzeni gereklerine ve hukuk devleti ilkelerine güç katacaktır.

MACBRIDGE RAPORU / “BİR ÇOK SES - TEK BİR DÜNYA”

SAVAŞA KARŞI BARIŞTA MEDYA VE KRİZ ZAMANLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Av. Fikret İLKİZ

GİRİŞ

II Dünya savaşının mimarlarından Adolf **Hitler** Nazizmin önderiydi. Tüm dünya için kin, kan, gözyaşı ve ölüm kusarak üretime geçirdiği silah fabrikaları ile ülkesinde “istihdam” yaratırken milyonlarca insanın yitirildiği, en korkunç insan hakları ihlallerinin sistematik biçimde yaşandığı II Dünya Savaşı’nı yarattı. Führer’in en yakın arkadaşı ve Avrupa’nın ilk faşist diktatörü Benito **Mussolini** İtalyan “mucizesi” kabul edildi. Saldırgan dış politikası ile ve Hitler’in kuklası olarak savaşa katıldı.

Tüm dünyada savaş, şiddet ve yıkım sürerken ABD Başkanı Franklin D. **Roosevelt** 6 Ocak 1941 tarihinde Kongreye hitaben “**Dört Özgürlük Üzerine**” bir konuşma yapmıştı.

Başkan Roosevelt’in tehlikelerden korunmaya çalışılan günler için önerdiği dört özgürlükten ilki; “*dünyanın her yerinde, konuşma ve ifade özgürlüğü*”nin sağlanmasıydı. Roosevelt din özgürlüğü ile birlikte dünyanın her yerinde insanlar için yoksulluktan kurtulma özgürlüğü istiyordu.

Dördüncüsü, ise “**korkudan kurtulma**” özgürlüğüydü. *Roosevelt dördüncü özgürlüğü şöyle tanımlıyordu: “Dördüncü özgürlük dünyanın herhangi bir yerinde, korkudan kurtulma özgürlüğüdür ki bu, hiçbir ulusun herhangi bir komşusuna karşı fiziksel saldırı eylemi gerçekleştirme durumunda olamayacağı bir noktaya ve davranış aşamasına gelene dek sürecektir dünya çapında etkin ve tam bir silabsızlanma anlamına gelir.”*

İkinci Dünya savaşından sonra “sosyal hukuk devleti” kavramına dayanan çağdaş demokrasiler gelişti. Böylelikle “kişinin korunması” ve kitle iletişim kavramı teknolojiye paralel olarak değişti ve yeni hukuksal boyutları tartışmaya açıldı. Gelişmeler ülkeleri birbirine yaklaştırdı.

İnsanlar sadece üzerinde yaşadıkları topraklarda değil, diğer ülkelerde olup bitenlerden de bilgi sahibi olmaya başladı. Bir başka deyişle insanlar kendi ülke sınırlarına bağlı kalmaksızın tüm dünyada olup bitenlerle ilgili olarak “bilgi edinme” olanaklarını elde ettiler.

I- ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER ve BİLDİRGELER

Konumuzu ilgilendiren uluslararası sözleşmelerin ortak özellikleri düşünce ve ifade özgürlüklerini düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

Ulusal üstü insan hakları belgelerinden düşünceyi ifade özgürlüğü 1789 “**Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi**”nin 11. maddesinde,

“Düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü, insan haklarının temel ögesidir. Bu hakların kötüye kullanılması yasayla belirlenen sorumluluklar saklı kalmak kaydıyla, herkes düşündüğünü söyleme, yazma ve yayınlama hakkına sahiptir”

denilmektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 19. maddesine göre;

“Herkes düşün ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, düşünlerinden ötürü tedirgin edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan aramak, elde etmek ve yaymak haklarını da birlikte getirir”

Birleşmiş Milletler Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 19. maddesi;

“1- Herkes, kimse karışmaksızın istediği düşünceyi savunma hakkına

sahiptir.

2- Herkesin düşündüklerini anlatım özgürlüğü vardır. Bu hak herkesin, hiçbir sınır tanımaksızın, her çeşit bilgiyi ve düşünüyü, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir.

3- Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılmasında, özel

bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla bazı sınırlamalar da konabilir, ancak bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olan;

(a) Başkalarının haklarına ve toplumda sahip oldukları sana saygı bakımından;

(b)Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve ahlakının korunması bakımından gerekli olması zorunludur.”

hükmünü içermektedir.

“Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesi” (AİHS) 10. maddesinde;

“1.Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”

13 Ekim 2004 tarihli Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma; yani bilinen adı ile Avrupa Anayasası'nın Başlık II “Özgürlükler” bölümünde yer alan MADDE II -71'in “İfade ve Haber Alma Özgürlüğü” başlığı altında özgürlük şöyle düzenlenmiştir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, bir görüş sahibi olma ve haberlerle fikirleri, kamu yetkililerinin her-

hangi bir müdahalesiyle karşılaşmadan ve sınırlardan bağımsız olarak alma ve bildirme özgürlüklerini de içine alır.

2. Kitle iletişim araçlarının özgürlüğüne ve çoğulculuğuna saygı gösterilir”

Bu başlık altında değineceğimiz en önemli bildirgelerden ;

“ *Unesco'nun 1978 yılı Kasım ayının yirmi sekizinci gününde benimsediği Kitle İletişim Araçlarının, Barış ve Uluslararası Anlayışın Güçlendirilmesine, İnsan Haklarının Yaygınlaştırılmasına ve Irkçılık, Irk Ayırımı ve Savaş Kışkırtıcılığına Karşı Çıkılmasına Katkısına İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi*”nin 1.maddesinde barışın ve uluslararası anlayışın güçlendirilmesi ırkçılık ve savaş kışkırtıcılığına karşı çıkılmasının daha yaygın ve daha dengeli bir bilgi dağılımının gerekli olduğunu vurgulamıştır. Haberin, ele alınan konunun değişik yönlerini içerdiği oranda bu katkıların daha etkin olacağı kabul edilmiştir.

İkinci maddesinde ise ;

“*İnsan hakları ve temel özgürlüklerin ayrılmaz bir parçası olduğu kabul edilen, düşünce, düşündüğünü açıklama ve bilgi edinme özgürlüğünün kullanılması, barışın ve uluslararası anlayışın güçlendirilmesinde çok önemli bir ögedir*” denilmiştir.

Ve nihayet bilgi edinme özgürlüğü ile doğrudan bağlantısı olan 10.maddede ise devletlere, kişilere ve örgütlere şu görev yüklenmiştir :

“ Madde 10 -

1- Bilgi edinme özgürlüğünü güvence altına almak için düzenlenmiş anayasal önlemler ve uygulanabilecek uluslararası araç ve anlaşmalar, duyulan saygı ile birlikte tam dünyada, bilginin dağıtılmasında rol alan örgütler ve kişilerin, bu Bildirge'nin amaçlarına ulaşabilmeleri için gerekli koşulların yaratılması ve korunması gereklidir.

2- Daha özgür, daha yaygın ve daha dengeli bir bilgi dağıtımının özendirilmesi

önemlidir.

3- Bu amaçla, Devletlerin gelişmekte olan ülkelerdeki kitle iletişim araçlarının güçlenmesi ve yayılmasını sağlayacak yeterli koşul ve

kaynakları bunlar tarafından elde edilmesini kolaylaştırıcı ayrıca bunların hem kendi aralarında hem de gelişmiş olan ülkelerdeki kitle iletişim araçları ile işbirliği yapmalarını desteklemeleri zorunludur.

- 4- Aynı biçimde, insanlığın ortak mirasını oluşturan değişik kültürlerle saygı, hak eşitliği ve karşılıklı yarar temeli üzerinde tüm Devletlerarasında iki yönlü ve çok bilgi alışverişinin özellikle birbirinden farklı ekonomik ve toplumsal sistemleri olan devletler arasında özendirilmesi ve geliştirilmesi zorunludur.”

Nihayet bu bildirgenin tam etkili olabilmesi için Üye ülkelerin yasma ve yürütmeye ilişkin önlem alması kabul edilmiştir. Ayrıca İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ilkeleri ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1966 yılında kabul ettiği Sivil ve Siyasal Haklar konusunda Uluslararası Anlaşma'nın ilkeleri uyarınca Üye ülkelerin; kitle iletişim araçlarının çalışabilmesi için uygun koşulların varlığını güvence altına alma zorunluluğu Bildirgenin 11.maddesi ile kabul edilmiştir.

Bu çerçevede ayrı bir önemi olan uluslararası bildirgelerin başında **“Avrupa Konseyi Anlatım ve Bilgi Özgürlüğü Bildirgesi (1992)”** (29 Nisan 1992) gelir. Bu Bildirgeye göre :

“Avrupa Konseyi Üye Devletleri ,

1. Gerçek demokrasi ilkelerinin hukuk düzeninin ve insan haklarına saygının aralarındaki işbirliğinin temelini oluşturduğunu göz önünde bulundurarak;
2. Bu özgürlüğün ulusal Anayasalar ve uluslararası belgelerde, özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 19. maddesiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10. maddesinde ilan edilmiş bulunduğunu göz önüne alarak ;
3. Adı geçen Sözleşmeyle, anlatım ve bilgi özgürlüğünün kullanılmasına ilişkin gözetimin yine Sözleşmeyle oluşturulan adımlar atıldığını anımsayarak;
4. Anlatım ve bilgi özgürlüğünün her insanın toplumsal, ekonomik, kültürel ve siyasal gelişmesi için gerekli olduğunu ve toplumsal, ekonomik kültürel grupların, ulusların ve uluslararası topluluğun uyumlu belirlemesi için koşul olduğunu göz önüne alarak ;

5. *Bilgi ve iletişimin sürekli gelişmesinin bu hakkın sınır tanımaksızın ve kaynağı ne olursa olsun bilgi ve düşünceleri araştırma, alma ve aktarma hakkının gelişmesine yardımcı olması gerektiğine inanarak ;*
 6. *Devletlerin anlatım ve bilgi özgürlüğüne aykırılıkları önlemek ödevleri bulunduğu gibi, olabildiğince değişken bir iletişim ortamı ve çoğulcu bilgi kaynakları yaratmak ve böylelikle düşünce ve görüşlerin çoğullaşmasına olanak sağlamak üzere politikalar benimsemekle yükümlü olduğuna inanarak ;*
 7. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10.maddesinin 2.fıkrasında değinilen yasal önlemlere ek olarak yığın iletişimi alanındaki meslekten örgütler eliyle gönüllü olarak ablak standartlarının konulduğunu ve uygulandığını gözleyerek*
 8. *Her tür bilginin sınır tanımaksızın özgür akışı ve kapsamlı dolaşımının, uluslararası anlayışın gelişmesinde, halkların yakınlaşmasında ve kültürlerin karşılıklı zenginleşmesinde önemli bir etken olduğunun bilinciyle;*
- I.** *Anlatım ve bilgi özgürlüğü ilkelerine sıkıca bağlılığın demokratik ve çoğulcu toplumun temel ögesi olduğunu yineler ve*
- II.** *Bilişim ve iletişim alanında aşağıdaki amaçları gerçekleştirmeye çalıştığını ilan eder :*
- a. *Sınır tanımaksızın herkesin kendini dile getirme,kaynağı ne olursa olsun bilgi ve düşünce arama ve alma İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 10.maddesinde öne sürülen koşullar altında bunları aktarma hakkının korunması ;*
 - b. *Bilişim sürecine katılanlar; iletişim içeriği ya da bilginin aktarılması ve yayılması üzerinde sansürün ya da keyfi denetim ya da kısıtlamaların kaldırılması ;*
 - c. *Bireylerin siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel konulardaki anlayışını ve özgürce tartışma yeteneğini artırmak üzere kamu kesiminde açık bir bilişim politikasının izlenmesi,*
 - d. *Değişken düşünce ve görüşlerin yansımaya izin veren çok çeşitlenmiş bağımsız ve özerk bir iletişim ortamının yaratılması ;*

e. Bilgi ve düşüncelerin içte ve uluslararası düzeyde aktarılması ve yayılması için makul koşulların oluşturulması ve yeterli kolaylıkların sunulması ve sağlanması;

f. Bilginin özgür akışını beslemek ve iletişimde alt yapı ve uzmanlaşmayı geliştirmek amacıyla kamusal ve özel kanallarla içte işbirliği ve yardımlaşmanın özendirilmesi;

III. a. Herkesin anlatım ve bilgi özgürlüğünden yararlanma hakkını savunmak;

b. Öğretim ve eğitim yoluyla anlatım ve bilişim özgürlüğünden etkin yararlanmayı sağlamak,

c. Uluslararası anlayışa, inanç ve geleneklerin daha iyi bilinmesine, çeşitli görüşlere saygıya ve kültürlerin karşılıklı zenginleşmesine katkıda bulunmak üzere özgür bir bilgi akışı sağlamak

d. Yiğın iletişimi alanında deneyim ve bilgileri paylaşmak ;

e. Yeni bilişim ve iletişim teknik hizmetlerinin bulunması durumunda, bunların anlatım ve bilgi özgürlüğünün kapsamını genişletmek üzere etkin biçimde kullanılmasını sağlamak ;

için aralarındaki işbirliğini artırmaya karar vermiştir ”

Dolayısıyla bilgi edinme özgürlüğü ve demokratikleşme açısından bu ulusal üstü sözleşmeler ve bildirgelerde gösterilen ve yararlanacağımız ilke ve kurallar vardır.

Helsinki Nihai Senedi'nin (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu, 1 Ağustos 1975) “İnsaniyet ve diğer alanlarda işbirliği” başlığı altında yer alan “Enformasyon” başlığı altındaki 2. Bölümde; enformasyon dağıtımının, basın, radyo, televizyon, sinema ve haber ajansları ile bu alanlarda çalışan gazetecilerin esaslı ve etkin rol almalarının, her tür enformasyonun daha özgür ve daha geniş biçimde dağıtımını kolaylaştırmanın ve diğer ülkelerle karşılıklı enformasyon değişiminin önemi vurgulanmaktadır.

“Gazetecilerin Çalışma Şartlarının Geliştirilmesi” başlığı altında yer alan (c) paragrafı, gazetecilerin çalışma şartlarını şu hususlarla kolaylaştırmayı hedeflemektedir:

“Bir katılımcı Devletin gazetecilerinin bir diğer katılımcı Devlette mesleklerini icra etme şartlarını geliştirmek isteyen katılımcı Devletler, özellikle şu hususları yerine getirmeye niyetlidirler:

- istekli bir ruhla ve uygun ve makul bir zaman çerçevesinde gazetecilerden gelen vize taleplerini inceler,
- katılımcı Devletlerin daimi-yetkili kılınmış gazetecilerine düzenlemeler

bazında belirtilen süreçler için çoklu giriş ve çıkış vizeleri verir,

- Devletlerin yetkili gazetecilerine ülkelerinde geçici ikamet ile kalmaları

için izinlerini ve, gerekli olduğu zamanlarda veya gerekirse, bulundurmaları uygun görülen diğer resmi belgelerinin onaylarını kolaylaştırır,

- karşılıklılık ilkesine dayalı olarak ülkesinde mesleklerini ifa eden

katılımcı Devletlerin gazetecileri tarafından yapılan seyahat düzenleme prosedürlerini kolaylaştırır ve güvenlik sebepleriyle kapatılmış bölgelerin mevcudiyetine ilişkin düzenlemelere itaat etmeleri kaydıyla bu tür seyahatler için artan biçimde daha büyük fırsatlar sağlar,

- bu şekilde seyahat etmek için gazetecilerden gelen taleplere mümkün

olan en kısa sürede, talebin zamanlamasını da dikkate alarak, ivedi bir yanıt verilmesini temin eder,

- örgütler ve resmi kurumlar da dahil olmak üzere katılımcı Devletlerin gazetecilerinin kaynaklarıyla şahsen iletişim kurma fırsatlarını artırır,
- katılımcı Devletlerin gazetecilerine, mesleklerini ifa etmeleri için gerekli

olan teknik ekipmanlarını (fotoğraf, film çekim ve kayıt cihazları, radyo ve televizyon) tekrar ülkelerine geri götürmeleri kaydıyla, ithal etme hakkı verir,

- ister daimi ister geçici yetkili olsun diğer katılımcı Devletlerin gazetecilerine, katılımcı Devletlerce tanınan yollarla, normal ve hızlı

biçimde, yayımlamak ya da radyo ve televizyondan yayınlamak amacıyla band kayıtları ve tabedilmemiş filmler de dahil olmak üzere mesleki faaliyetlerinin sonuçlarını temsil ettikleri haber organlarına tamamıyla iletmelerini mümkün kılar,

- katılımcı Devletler gazetecilerin mesleki faaliyetlerini meşru biçimde

takep etmelerinin ne işlerinden kovulmalarına ne de herhangi bir şekilde cezalandırılmalarına maruz bırakmayacağını yeniden teyit eder. Yetkili bir gazeteci işinden atıldığı takdirde, bu eylemin sebepleri hakkında bilgilendirilecek, durumunun yeniden incelenmesi için herhangi bir müracaatta bulunabilecektir.

İfade özgürlüğü ve haberleşme hakkı, 29 Haziran 1990 tarihinde Kopenhag'da Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Komisyonu'nun yaptığı CS-CE'nin İnsani Boyutu Hakkındaki Kopenhag Konferans Toplantısı Belgesinin 2. Bölümü'nün 9.1 Maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir.

“Haberleşme hakkı dâhil olmak üzere herkesin ifade özgürlüğü hakkı olacaktır. Bu hak kamu otoritesinin müdahalesi olmaksızın ve hiçbir sınır tanımaksızın görüşleri oluşturma, fikir ve enformasyon alma ve bildirme özgürlüğünü kapsayacaktır. Bu hakkın ifası, bazı kısıtlamalara sadece Kanunun emrettiği şekliyle ve uluslar arası standartlarla tutarlı biçimde tabi olabilir. Özellikle herhangi bir tür belgenin yeniden üretilmesi şekline, kullanımına ve erişimine hiçbir kısıtlama getirilmeyecek, ancak telif hakları dâhil olmak üzere tüm çağdaş mülkiyet haklarına da saygılı kalınacaktır.”

Demokratik sistemler siyasi katılma, çoğulculuk esasına bağlı olduğundan kişilerin bilgi edinerek siyasi/politik tercihlerini daha sağlıklı biçimde kullanmaları için “ özgür haber dolaşımı” önemli bir öncelik kazandı. Giderek “bilgi edinme” veya “özgür haber dolaşımı” insanlar için “hak” olarak kabul edilmeye başlandı. Kitle iletişim araçları da “ özgür haber dolaşımı”nın gerçekleştirilmesini sağlamakla görevli birer araç olarak kabul edildi. “Bilgi edinme hakkı” uluslararası bir hak / kavram olarak kitle iletişim araçlarının sağladığı haber akışının bir ürünü, sonucudur. “Haberleşme / İletişim Özgürlüğü” ise bilgi edinme üretimini sağlayan bir süreçtir.

II. MACBRIDGE RAPORU / “BİR ÇOK SES - TEK BİR DÜNYA”

“1989’dan bu yana **BİR ÇOK SES - TEK BİR DÜNYA**” başlığı verilen *MacBride Raporu* ilk kez 1980’de Fransızca ve İngilizce olarak “*İletişim ve Toplum - Bu gün ve Yarın*” adıyla yayınlanmıştır. Bu eser UNESCO’nun isteği üzerine özel bir Uluslararası Komisyon tarafından hazırlanmıştır. Unesco Genel Direktörü Amadou-Mahtar M’BOW bu raporun nasıl ortaya çıktığını yayınlanan raporda anlatırken; kitle iletişim araçlarının çağdaş toplumların yaşamındaki önemine ve özellikle genç ulusların gelişimindeki yerine işaret ediyordu.

Komisyon Aralık 1977’den Kasım 1979’a kadar geçen iki yıl içinde toplanan sekiz oturumda ve iki aylık çalışma sonunda nihai raporunu yazdı. Komisyon Paris’te, Unesco Merkezinde yapılan toplantılardan başka dört kez İsveç, Yugoslavya, Hindistan ve Meksika gibi değişik ülkelerde toplantılar yaptı. Önce bir “ara” rapor yazıldı. Unesco Genel Konferansının 1978’deki 20.dönem toplantısında oy birliği ile kabul edilen *İletişim Araçları Bildirgesinden* sonra nihai rapor yazıldı.

MacBride Raporu 1980 Kasımında Unesco Genel Konferansında oy birliği ile kabul edilmiştir. Kabulünden bu güne geçen 18 yıl içinde bir çok toplantıda tartışılmıştır. *27-28 Ekim 1989’da Zimbabwe’nin başkenti Harare’de “ Birinci MacBride Yuvarlak Masa Toplantısı”* düzenlendi. 14 ülkeden ve hükümet dışı 18 örgütten gelen 33 gazeteci ve iletişim uzmanın katıldığı bu toplantıda öncelikle “Yeni Evrensel Habercilik ve İletişim Düzeninin” üzerinde durulmuş ve MacBride Raporu ile başlatılan çalışmaların sürdürülmesi istenmiştir.

“**İkinci MacBride Yuvarlak Masa Toplantısı**” *21-22 Eylül 1990’da Prag’da* 20 ülkeden ve 19 Uluslararası gazeteci ve iletişim örgütünden gelen temsilcilerin katılımı ile yapıldı. Yine “Yeni Evrensel Habercilik ve İletişim Düzeni” nin sorunları tartışıldı. Prag’da yapılan toplantıya katılanlar iletişim hakkının demokratik düzenin temel ilkelerinden biri olarak savunulması gerektiğini saptadılar. İkinci olarak da MacBride Raporu’nun tanıtımı için yöntemin ne olacağını tartıştılar

“**Üçüncü MacBride Yuvarlak Masa Toplantısı**” 21 Haziran 1991’de İstanbul’da Tarabya Otelinde yapıldı. Toplantıya Amerika’dan George Gerbner, Hamid Mowlana, Colleenn Roach, İngiltere’den Michael Traber, Peru’dan Rafael Roncaglio, Brezilya’dan Jose Marques de

Melo, İran'dan Kazem Mohammed-Nejad gibi uluslararası ünlü iletişim uzmanları geldi. Türkiye'den de Unesco Türkiye Milli Komisyonu İletişim Komitesi Başkanı Hıfzı Topuz, Prof.Dr. Oya Tokgöz ve İbrahim Çamlı toplantıya katıldı. Bu toplantı sonunda bir "bildiri" yayımlandı.

Yayınlanan bildiriye; "ulusal kültürlerde hızla artan bir yoğunlaşma ve homojenlik olduğu ve militarizasyon eğilimlerinin gözlemlendiği" belirtildikten sonra şu konular üzerinde durulmuştur :

" Enformasyon ve eğlendirme ürünlerinin seçiminde, üretiminde ve pazarlanmasında dünya çapındaki ortaklıklar tekelsel konum kazanmıştır;

Askeri koruma altında çok uluslu media kompleksleri gelişmektedir;

Devletlerarası çok yanlı ilişkiler ve uluslararası örgütler zayıflamaktadır;

Kaynakların dağıtımında baksızlıklar artmıştır;

Medialar arasında yeni bağlantılar kurulmakta, kitle iletişim araçları merkezi bir biçimde üretilmekte, bunlar sembolik ve kültürel bir çevre ile bütünleşmektedirler;

İletişim araçları insanların yaşamını gittikçe daha geniş ölçüde etkilemekte, ana babaların, okulların, yakın çevrelerin, toplumun ve hatta ulusun yerine almaktadırlar. Medialar artık siyasal yapıların denetiminden çıkmıştır;

Bu durumda yapılması gereken şey şiddet içermeyen diyaloga ve uzlaşmalara dayalı yeni bir demokrasi sanatını, barışçı bir kültür anlayışı içinde geliştirmektir. Bunun için de kültürel ürünlerin savaşa, saldırıya ve şiddete yönelik olmayan bir biçimde yapımını sağlamak gerekir.

İletişim bağımsızlık, eşitlik ve karşılıklı yarar sağlayacak ortak hedefler çerçevesi içinde geliştirilmelidir. İnsani değerlerin ve insan haklarının geliştirilmesi gereken yeni sınırı kültürel sınırdır. MacBride raporunun bu gün her zamankinden daha büyük önem taşıyan ilkeleri bunlardır. Birleşmiş Milletlerin ve Unesco'nun bu alanda merkezi bir rol oynamaları ve barışı koruyucu birer kurum olarak çalışmalarını sürdürmeleri gerekir."

İstanbul'daki "Üçüncü MacBride Yuvarlak Masa Toplantısı"nda özetlenen bu bildirme oybirliği ile onaylandı. Her üç toplantıda da ortaklaşa varılan sonuca göre bütün iletişim konuları teker teker incelenmeli ve demokratik düzenin temelleri atılmalıdır.¹

III- "GAZETECİLERİN KORUNMASI" İLKESİ VE "ÖZGÜR HABER DOLAŞIMI" NIN BARIŞA KATKISI

Bu Rapor'un "IV. KURAMSAL VE MESLEKİ ÇERÇEVE" başlığı altında yer alan 5. Bölümdeki

"Gazetecilerin hak ve sorumlulukları"nda "Gazetecilerin Korunması" inceleme konusu olmuştur.

Raporun bu bölümünde :

" 1. Habere ulaşma

Gazeteciler haberi engellenmeden araştırma, güvenli ve etkili bir biçimde iletme hakkını talep ederler. Bazı gazeteciler çalıştıkları görev, editörlük, sütun yazarlığı ya da yorumculuk olduğu zaman görüşlerini özgürce anlatabilme hakkını da talep ederler. B, bir yandan haberleşme ve anlatım özgürlüğü, öte yandan da kamunun - okuyucu ve dinleyicilerin - her yurttaşa ait ama pratikte gazetecilerin özgürlüğüne bağlanmış her farklı görüşü dinleme ve haberdar olma hakkına ilişkin bir sorundur. Kuşkusuz, haberi arama ve bildirme ve görüşleri anlatabilme hakkı herkes tarafından kullanılabilir. Fakat gazeteciler görevlerini etkili biçimde yapabilmek için ve bu nedenle temel bir koşul olarak bu haklardan yararlanmalıdırlar; yetkililer tarafından gelen sınırlamalara karşı özellikle duyarlıdırlar. Bu yüzden kendileri istesinler ya da istemesinler çoğu kez özgürlüğü savunan kimseler arasında en ön safta bulunurlar.

En geniş anlamında basın özgürlüğü, bir insan hakkı olarak kabul edilen her yurttaşın anlatım özgürlüğünün ortak biçimde genişletilmesi anlamına gelir. Demokratik toplumlar halk egemenliği kavramına dayanmaktadır. Halkın genel iradesi ise bilgili bir kamu oyu tarafından belirlenmektedir. Kamunun bu bilme hakkı, meslekteki gazetecilerin,

1 "Bir Çok Ses Tek Bir Dünya" Hıfzı Topuz. Unesco Millî Birlik Komisyonu Ankara 1993 Sayfa XIII-XIV

yazar ve yapımcıların yalnızca birer koruyucusu oldukları iletişim araçlarının özgürlüğünün özünü oluşturur. Basın özgürlüğünün yoksunluğu öteki özgürlükleri kısıtlar.

Basın dördüncü kuvvet olarak tanımlanmaktadır, çünkü halkın olup bitenler hakkında tam ve doğru biçimde bilgilendirilmesi hükümetler, kurumlar, örgütler ve her düzeydeki yetkililerin halka karşı ve halk tarafından denetlenmesini sağlayan bir araçtır. Bununla birlikte yetkili kimseler, sık sık kendilerine karşı kamuoyu oluşturması olası olan ya da işlerine gelmeyen şeyleri gizleme eğilimindedirler. Kişinin habere ulaşması reddedilir, açık ya da gizli sansür uygulanır, yanlış yola yöneltmek için resmi sözcüler tarafından kasıtlı girişimler yapılır. Yasa ve tüzüklerin içinde kutsal olarak kabul görmüş yüce ilkelere karşın pek çok ülkede gazeteciler gerçeği söyleme konusunda özgür değildirler. Örneğin eskiden demokrasi ile yönetilen pek çok Latin Amerika ulusu bu gün sıkıyönetimin egemenliğindedir. Sansür uygulamaları gazetecinin görevini etkili bir biçimde yerine getirme kapasitesini sınırlamaktadır. Otoritelerin ya da güçlü grupların hoşuna gitmeyen gazeteciler rahatsız edilmekte ve sindirilmektedir. Korku havası da üstü örtülü bir biçimde otosansüre yol açmaktadır. Bu eğilimlerin hiç biri kabul edilemez ve bunlara karşı çıkılmalıdır. Gerçeğin pek çok algılanma biçimi bulunabilir. Bununla birlikte, karmaşık ve çoğulcu dünyamızda insanların gereksinimi olan daha bütünsel ve tam bir gerçeğe ulaşabilmek için farklı olma hakkı da dahil olmak üzere araştırma ve anlatım hakkı gereklidir. Her haber organı ve her haberleşme sisteminin değeri güvenilirlikleri ile ölçülür. Halkı ilgilendiren olguların etkili bir biçimde izlenmesi ve açıklanması, bir gazetecinin mesleki yeteneklerini gösteren ölçütlerdir. Gazetecinin araştırmacı rolü tüm yetkililerin eylemlerini soruşturup incelemek ve iktidarın kötüye kullanıldığı, yetersiz kaldığı, yolsuzluk ya da başka sapmaların bulunduğu durumlarda bunları açıklamaktır. Bürokratik kötü idare ve yolsuzlukla ilgili konuları araştırıp, yayımlamak konusunda gazetecinin gücünün, sahtekarlık ve bilgisizliğin bulunduğu her yerde, bunların tüm sistemi bozmasına, bundan doğacak haksızlıklara engel olunmasında en etkili yollardan biri olarak, özel bir önemi bulunmaktadır. İktidarda olanlar bu nedenle resmi haberin ya da normal yollarla ulaşılabilen haberlerin ötesinde olguların araştırılmasına sık sık karşı çıkarlar; üstelik incelemeye yönelen gazetecinin patronu da

çoğu zaman elemanını korumak ya da savunmak konusunda aşırı bir duyarlılık göstermez.

Tüm bu düşünceler ve gazete sahiplerince getirilen sınırlamalar değişik ülkelerdeki gazetecilik mesleğinin gerçek bir bunalım içinde bulunduğunu göstermektedir. Bu da dürüst gazetecilerin mesleği bırakmaları ve genç yeteneklerin bu mesleğe girmemeye karar vermeleri gibi yeni bir durum ortaya çıkabilir.

2. Gazetecilerin Korunması

Gazetecilerin korunması için duyulan gereksinme, gazetecinin kişisel güvenliğini, bağımsızlığını ve dürüstlüğüne sağlamanın dışında bir takım düşüncelerden gelmektedir. Anlatım özgürlüğü, insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygıyı sağlamak için kabul edilmiş olan ve insan hakları bildirgesi ile uluslararası çeşitli belgelerle güven altına alınan demokratik sürecin başta gelen yaşamsal bir ögesidir. Bu güvencelerin gereği olarak her ülke halkı sınırlara bakmaksızın ve karışmaksızın haber, enformasyon ve düşünce elde etme hakkına sahiptir ve bu hak demokratik sürecin ayrılmaz bir parçasıdır. Demek ki, burada iki temel hak söz konusu olmaktadır, yani:

- a)- Haber, enformasyon ve düşünceleri iletme hakkı
- b)- Haber, enformasyon ve düşünceleri alma hakkı.

Bu iki hak, iletişim araçlarında çalışanların hiç kimsenin müdahalesi olmadan ve tam bir güven içinde haber, enformasyon ve düşünce toplama ve iletmedeki rollerinin nesnel bir şekilde uygulanma hakkına geniş ölçüde bağlıdır. İletişim hakkı ile iletişimlere alma hakkı böylece haberlerin toplanması ve halka yayılması işinde görev yapanların etkili biçimde korunmasına bağlıdır.

Tasarlanan “koruma” gazetecilerin fiziksel korumaları ile sınırlı değildir, fakat aynı zamanda haberi, enformasyonu, düşünceleri toplayanların ve kamuya yayanların da bağımsızlıklarının ve mesleki dürüstlüklerinin korunmasıdır. Koruma yalnız gazetecileri değil (yazılı ve görsel-ışitsel) kitle iletişim araçlarında görev yapan ve kamuya yönelik haber, enformasyon, imge ya da düşünce toplayıp dağıtmaktan sorumlu olan bütün kişileri de kapsamına almalıdır.

Gazeteciler çoğu kez bir olaya tanık oldukları için sıkıcı olurlar ve bu sebepten saldırılara hedef olurlar. Çatışma dönemlerinde fiziksel tehlikelerle karşılaşılır (ilan edilen, edilmeyen savaşlarda, iç savaşlarda) hatta kamusal güçler tarafından bastırılan toplantı ve gösterilerin izlenmesinde. Kambaçya'da kaybolan ve asla bulunamayan sekiz gazeteciyi, ya da Nikaragua'da Milli Muhafızlar diye bilinen örgütün bir subayı tarafından soğukkanlılıkla kurşunlanan televizyon muhabirini meslek çevrelerinin unutmaması anlamlıdır. 1977 yılında Amnesty International (Uluslararası Genel Af) 25 ülkede kayıp ya da tutuklu muhabir sayısının 104 olduğunu bildirdi. Uluslararası Basın Enstitüsünün edindiği bilgilere göre 1976-1978 yılları arasında 15 aylık bir süre içinde şu kadar gazeteci saldırıya hedef olmuştur: 24 gazeteci öldürülmüş, 57 gazeteci yaralanmış, işkenceye uğramış ya da kaçırılmış, 13 gazete de bombalı saldırıya uğramıştır.”²

Görüldüğü üzere “gazetecilerin korunması” kavramının içine giren asıl hak ve özgürlük “iletişim hak ve özgürlüğü” veya “bilgi edinme hakkı” tanımlarıdır.

IV. İLETİŞİM HAK VE ÖZGÜRLÜĞÜ / SAVAŞ VE BARIŞ

Macbride Raporu'nun Komisyonu Unesco Genel Konferansının XX toplantısında onaylanan İletişim Araçları Deklerasyonunun 1. maddesini yani;

“barış ve uluslararası anlayışın güçlendirilmesi, insan haklarının geliştirilmesi, ırkçılığa, apartheid'e ve savaş kışkırtıcılığına karşı savaşım, Enformasyonun daha geniş ve iyi dengelenmiş biçimde yayımlanmasını gerektirir. Bu hedeflere varmada kitle iletişim araçlarının katkısı olmalıdır. Enformasyon herhangi bir konuda daha aydınlatıcı olup, onun yeni yeni yönlerini yansıttığı sürece kitle iletişim araçlarının bu katkısı daha da etkinleşecektir.”

görüşüne sadık kalmaya karar vermiştir.

İletişim araçları ve iletişimciler ise, kendi aralarında kesin ve net bir ayırım yapılması mümkün olmamakla beraber beş ayrı kategoride değerlendirilmiştir:

2 Adı Geçen Eser. Sayfa 260-261-262

- 1- Birinci kategoriye iletişimciler (gazeteciler) görevlerini sadece en-forme etmek, “ham” haber vermek olarak görenlerdir. O nedenle yaptıkları işi ve sonuçlarını savaş ya da barış açısından değerlendirmeyi düşünmezler. Belki buna gerek dahi görmezler.
- 2- İkinci kategori ise; karşılaşılan sorun ne olursa olsun, mesleklerinin kendilerinden tam bir tarafsızlık beklediğine inanan gazetecilerdir.
- 3- Üçüncü kategoride bulunan gazeteciler ise kitle iletişim araçlarının amaç ve görevini toplumsal uyumu geliştirmenin aracı varsayarlar. Kendilerini her türlü şiddete karşı çıkmakla yükümlü kabul etmişlerdir. Barışın hizmetinde olmayı görev sayarlar. Başka bir otoritenin değerlendirmesi bu bakış açısı içinde eleştirilir veya kınanır. Bunun dışında kendilerini sürekli ve her zaman bu bakış açısı içinde görevli saydıklarından yazılarında ve görüşlerinde sert tavır takınırlar.
- 4- Başka bir kategori ise görevlerinin o anda işbaşında bulunan hükümeti desteklemek olduğuna inandığı için savaş ve barışta kitle iletişim araçlarının önemini bu görevle sınırlar ve bu görev bilinci ile hareket etmeyi ödev sayar. Amaç hükümetlerin desteklenmesidir. Hükümetler savaş gerekli derse, savaş gereklidir. Aksi halde ise barış gereklidir.
- 5- Beşinci kategoride ise; barışın bir hayli tehlikede olduğu gerçeğini göz önünde tutarak kamuoyunu tüm olasılık ve sonuçlara hazırlamayı uygun görürler.

Bu kategorilere girmeyen daha **özel bir kategori** ise, uluslararası gerilim ve bunalım dönemlerinde kendilerini hemen barışa hizmet içinde bulan ve bu çok önemli görevleri nedeniyle de çok ağır sorumluluklar yüklenmeye hazır olan özel muhabirler de vardır.

İletişim araçlarının ve gazetecilerin ilk işlevi, kamuyu rahatsız etse bile tüm olay ve gerçeklerden haberdar etmektir. Silahsızlanma konusu sürekli gündemde olmalıdır. Uluslararası düzeyde toplantılar düzenlenmesi ve kitle iletişim araçlarının savaş karşıtı barış için donatılması zorunluluktur. Kara dayalı olan tüm sistemlerde silah üretimi, satışı veya kaçakçılığı kazançlı bir iştir. Ama savaşa karşı barış silahı ile aydınlatılmış

kamuoyu etkin görev yapar. Tepkisini dile getirir. Tepki silah lobilerinin çalışmalarını engeller ve engellemelidir. Savaş tehlikesi; hoşgörüsüzlük, şövenizm ve farklı görüşlere karşı anlayışsızlık yüzünden sürekli olarak artmaktadır. Bu gerçeğin iletişim araçlarında sorumluluk taşıyan yerlerde bulunanların aklından çıkmamalıdır. Çünkü tüm insanlığın barıştaki üstün çıkarı her türlü ulusal ve siyasal çıkarların üzerindedir.³

19 Aralık 1966 tarihli **Vatandaşlık ve Siyasal Haklar İçin Uluslararası Sözleşme**'nin 20. maddesine göre :

- “1- Her türden savaş propagandası yasa ile men edilmiştir;
- 2- Ayırmıcılık, düşmanlık ve şiddeti teşvik edici rol oynayan ulusal, ırksal ya da dinsel nitelikteki husumetin körüklenmesi yasa ile yasaklanmıştır”

O halde; “Düşünce, düşündüğünü açıklama ve bilgi edinme özgürlüğüne saygı göstermek ve haberin tüm görüşleri yansıtmasını sağlamak açılarından, kendileri hakkında yayınlanan ya da dağıtılan bilginin, barışın ve uluslararası anlayışın güçlendirilmesi, insan haklarının yaygınlaşması ya da ırkçılık, ırk ayrımcılığı ve savaş kışkırtıcılığına karşı çıkılması konusundaki çabalarına ciddi ölçüde zarar verdiğini ileri süren kişilerin görüşlerinin de yayılması önemlidir”(Madde 5)

V- KİTLE İLETİŞİM POLİTİKASI 7. AVRUPA BAKANLAR KONFERANSI KRİZ ZAMANLARINDA İFADE VE HABERALMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Ukrayna'nın başkenti Kiev'de 10-11 Mart 2005 tarihleri arasında Kitle İletişim Politikası 7. Avrupa Bakanlar Konferansı gerçekleştirilmiştir. Amaç önümüzdeki yıllarda uygulanması düşünülen Kitle İletişim Politikasını belirlemeyi içermektedir.

Bu Konferansta, Avrupa Konseyi Medya Bölümü Kitle İletişim Yürütme Komitesi (CDMM) tarafından hazırlanmış ve Yürütme Komitesi (CDMM) tarafından kabul edilmiş ve Avrupa Konseyi Bakanlar temsilcilerinin onayından geçmiş dört ana doküman ve bir eylem planı, Bakanların kabulüne sunulmuştur.

3 Adı Geçen Rapor. Sayfa 196

Bunların arasında yer alan ve Konferansın ana teması olan “Bütünleşme ve Çeşitlilik: Avrupa Medya ve İletişim Politikalarının yeni ufukları üzerine bir Siyasal Bildiri”nin Birinci alt başlığı “Kriz Zamanlarında İfade ve Haber alma Özgürlüğü” üzerine bir Karar metni ve Türkiye tarafından bu konuda hazırlanmış bir rapordur.⁴

Kiev’de yapılan toplantı sonucunda “Kriz Zamanlarında İfade ve Haber Alma Özgürlüğü” hakkındaki karar şöyledir:

Karar No. 1

Kriz Zamanlarında İfade ve Haber Alma Özgürlüğü

1. 7. Kitle İletişim Politikaları Avrupa Bakanlar Konferansına katılan Devletlerin Bakanları (Kiev, 10-11 Mart 2005),
2. Savaş ve terörizm gibi kriz durumlarının, demokrasiler ve demokrasilerin ifade ve haber alma özgürlüğüne duydukları saygıya karşı tehdit oluşturmasına tepki göstermeye **kararlıyla;**
3. Kriz zamanlarında, kamu otoritelerinin ve müdahil olan tüm diğer tarafların faaliyetlerine ilişkin toplumun bilgilendirilmesi hakkı nedeniyle ve bu tip durumlarda söz konusu yetkilileri inceleme altına alabilmenin özellikle önem kazanmasından dolayı, ifade ve haber alma özgürlüğü ile medya özgürlüğüne saygı duyulması gerektiğini **ifade ederek;**
4. Kriz durumlarında gazetecilerin çalışmalarına yapılan her türlü müdahale istisna olarak kalması ve ilgili uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan koşullarla sıkı bir şekilde aynı çizgide olması gerektiğini **vurgulayarak;**

⁴ Toplantı raporları ve kararlar RTÜK web sayfasında yayımlanmıştır. Toplantının birinci alt başlığı olan “Kriz Zamanlarında İfade ve Haber alma Özgürlüğü” konusunda, Avrupa Konseyi Kitle İletişim Yürütme Komitesinde (CDMM) Türkiye’nin rapor hazırlaması kararı alınmıştır. Bu karar çerçevesinde Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uluslararası İlişkiler Dairesince uzun ve özenli bir çalışma sonucu hazırlanan rapor Avrupa Konseyine gönderilmiştir. Kiev’deki toplantıda raporun İngilizce ve Fransızca kopyaları dağıtılmış, Sayın Bakanımız Prof. Dr. Beşir ATALAY tarafından Konferansa sunulmuş ve Türkiye’nin raporu hem üye devletlerin temsilcileri hem medya örgütleri ve hem de Avrupa Konseyince olumlu ve yararlı bulunmuştur. Toplantının kapanış konuşmasını yapan Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin temsilcisi M. Pierre-Henri İMBERT rapordaki önerilerin dikkate alınacağını belirtmiştir. Bu raporun hazırlanmasında yoğun emek harcayarak ortaya dikkate değer bir rapor çıkardıkları için Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uluslararası İlişkiler Dairesine teşekkür etmeyi görev sayıyorum.

5. İfade özgürlüğüne, gazeteciliğin serbest ve engellenmemiş bir şekilde icra edilmesine ve gazetecilerin fiziksel bütünlüğüne yapılan ve kriz zamanlarında daha fazla yaygın olan saldırıları **kı-nayarak;**
6. Medyanın anlayış ve hoşgörüyü teşvik etme ve böylece kriz durumlarını engelleme hususundaki önemine **kani olarak;**
7. Demokratik ve çoğulcu bir toplumun temel bir unsuru olan ifade ve haber alma özgürlüğüne saygı duyulmasını kriz zamanlarında da temin etme hususundaki kararlılıklarını **yeniden ifade ederek;**
8. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce 2 Mart 2005 tarihinde benimsenen "Terörizme karşı mücadele kapsamında medyada ifade ve haber alma özgürlüğüne ilişkin Bildiri" ile Bakanlar Komitesi'nce 1996 yılında benimsenen "Çatışma ve gerilim durumlarında gazetecilerin korunmasına ilişkin R (96) 4 No'lu Tavsiye Kararında" düzenlendiği üzere, kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğü alanındaki Avrupa Konseyi standartlarına saygı duy-mak ve uygulamak üzere üstlendikleri sorumlulukları **yeniden ifade ederek;**
9. Gazetecilerin, güvenliklerine karşı bir engel ve tehdit olmaksızın, kriz durumlarına ilişkin özgür ve bağımsız bir şekilde haber ak-tarabilmelerine ve bu hakkın ilgili uluslararası belgelerde düzen-lenen kısıtlamaların ötesinde herhangi bir kısıtlamaya gidilmesi ihtimali olmaksızın kullanılması üzerinde **mutabık kalırlar;**
10. Medya çalışanlarının güvenlik ve emniyetlerinin, özellikle kriz dönemlerinde, medya ve gazetecilere karşı yapılan tüm şiddet olaylarının tam ve bağımsız bir şekilde araştırılması, ve medya çalışanları ve bağlı olduğu kuruluşların, medya çalışanlarının kar-şılaştığı riskleri azaltacak önlemleri alabilmeleri için onlara en uygun şekilde yardım edilmesini gerektiren süregelen bir sorun oluşturduğunda **mutabıktırlar;**
11. Terörizme karşı mücadelenin ifade özgürlüğüne ilişkin bugüne kadarki ve gelecekteki etkileri ile ilgili hükümetler ve tüm diğer ilgili taraflar arasında Avrupa düzeyinde düzenli bilgi ve tecrübe

alışverişi ile ilgili yeni biçimler oluşturmanın ve bu özgürlüğü korumak için gerekli tüm önlemlerin alınmasının önemi üzerinde **mutabıktırlar;**

12. Bir üye devletin medya çalışanlarının diğer bir üye devletin topraklarındaki kriz durumlarını haber yaparken, kendi güvenlik veya özgürlüklerine karşı bir tehditle karşılaştıkları durumlara çözüm bulmak için Avrupa düzeyinde işbirliği geliştirilmesi hususunda **mutabıktırlar;**
13. Üye devletlerdeki kriz dönemlerinde ifade ve haber alma özgürlüğü sorununa ilişkin yürürlükte veya hazırlanmakta olan kanun ve yönetmeliklerin, Avrupa düzeyinde tesis edilmiş olan ilkelerle uyum içerisinde olması hususunda **mutabıktırlar;**
14. Kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğüne ilişkin sorunların ele alınabileceği uluslararası her koşulda, bu alanda Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulmuş demokratik ilkeleri teşvik etmek konusunda **mutabıktırlar;**

Alınan bu kararların yürürlüğe konulması ve hayata geçirilmesi için kabul edilen “Eylem Planı”na göre :

Eylem Planı

Alt-tema 1 (Kriz zamanlarında ifade ve haberalma özgürlüğü)

1. Gerektiğinde kriz zamanlarında ifade ve haberalma özgürlüğünü güvence altına almak için, Avrupa standartları hazırlamak amacıyla, bu özgürlük ile ilgili olarak medya ve bunların mesleki ve öz-düzenleyici örgütleri de dahil olmak üzere incelenmekte olan veya Avrupa Konseyi ve diğer organlar tarafından kabul edilmiş olan metinleri **gözden geçirin;**
2. Uygun düştüğünde, düzenleme, ortak-düzenleme veya öz-düzenleme yoluyla, uygulanabilecek olan ilgili Avrupa standartlarını tanımlama amacıyla bilgiye erişim hakkı olduğu kadar mahremiyeti koruma hakkı ve insan haysiyetine saygıya ilişkin kriz zamanlarına özgü sorunları **inceleyin;**
3. Kriz durumlarını haber yapmak için medya profesyonellerinin özgür hareketini sağlamak amacıyla Avrupa Birliği düzeyinde önlemler alınıp alınmaması gerektiğini **inceleyin;**

4. Medya profesyonelleri ve diğer ilgili taraflarla danışma halinde, medyanın hakları ve sorumlulukları sorununu ve gazetecilerin kriz zamanlarında çalışma koşullarını düzenli bir şekilde gözden geçirmek için bir forum **düzenleyin;**
5. Kriz durumlarının profesyonel ve bağımsız bir biçimde haber yapılmasını sağlamak amacıyla, medya profesyonellerinin yetiştirilmesinin **teşvik edin;**
6. Avrupa’da bu alanda mevcut girişimleri koordine etmek ve bilgi alış-verişi ağı kurmak gibi girişimler yoluyla medyanın kültürlerarası ve dinlerarası diyaloga katkısını **teşvik edin;**
7. Anlaşmazlığın önlenmesi veya çözümlenmesine, anlaşma yaratılmasına ve diyaloga önemli katkı da bulunmuş medya için ödül **ihdas edin;**
8. Avrupa Konseyi tarafından kriz zamanlarında ifade ve haberalma özgürlüğü hakkında kabul edilmiş olan metinlerin üye Devletlerce uygulanmasını **izleyin;**

Türk heyetince Avrupa Kitle İletişimi Politikaları 7nci Bakanlar Konferansı / Kiev (Ukrayna), 10-11 Mart 2005 toplantısı için hazırlanmış **“Bütünleşme ve Çeşitlilik: Avrupa medya ve iletişim politikalarının yeni ufukları”** başlıklı yazılı katkı dokümanında geniş olarak açıklandığı üzere; kriz zamanlarında asıl olan ifade özgürlüğünün korunmasıdır.

Halkın gerçekleri öğrenme ve haber alma hakkının sağlanmasında gazeteciler medya, özellikle savaş, çatışma ve kriz zamanlarında çok önemli bir role sahiptir. Ayrıca çok ağır bir görev ve sorumlulukla karşı karşıyadırlar. Gazeteciler halkın haber alma hakkını sağlamak için mesleklerini ve görevlerini yerine getirirken yaşamları sürekli ölüm tehdidi altındadır. Gazetecilerin görevlerini yerine getirirken korunması konusunda uluslararası alanda da hukuki temele dayalı önlemler alınmıştır.

27 Temmuz 1929 tarihli Harp Esirleri ile ilgili Cenevre Sözleşmesi’nin “Sözleşmenin Bazı Kategorilerdeki Sivillere Uygulanması” başlığı altındaki VII. Bölümü sivillerin korunması çerçevesinde gazetecileri aşağıdaki şekilde korur:

“Muhabir, gazeteci, orduya mal satan satıcılar ve iş yapan müteahhitler gibi silahlı kuvvetleri takip eden ancak doğrudan ona bağlı olmayan, düşmanın eline düşen ve düşmanın tutuklanmasına karar verdiği kişiler, takip ettikleri silahlı kuvvetlerin askeri yetkililerinden izin almış olmaları durumunda, savaş mahkûmu olarak kabul edilecektir.”

Yine bir BM düzenlemesi olan 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi, medya çalışanlarını sivillerle aynı kategoride değerlendirmektedir. 12 Ağustos 1949 tarihli, Harp Esirleri ile ilgili Sözleşmenin (III) 4. Maddesi savaş muhabirlerini aşağıdaki şekilde savaş esiri statüsünde kabul etmektedir;

“ Harp esirleri, bu Sözleşmenin anlamına göre, düşman gücünün eline geçmiş aşağıdaki kategorilerden birine dahil kişilerdir”

“ Silahlı güçlerin üyesi olmadan onları takip eden, bu amaçla kendilerine ekteki modele benzer kimlik kartını sağlayacak olan takip ettikleri silahlı kuvvetlerden izin almış olmaları durumunda askeri uçak mürettebatının sivil üyeleri, savaş muhabirleri, malzeme getirenler, silahlı kuvvetlerin refahından sorumlu iş gücü üyeleri veya hizmetleri gibi kişiler.”

1977 tarihli Ek Protokollerin 3. Bölümü, 79. maddesi gazetecilerin korunmasını şu şekilde ele almaktadır; Madde 79. Gazetecilerin korunması veya önlemler Silahlı çatışma alanlarında tehlikeli profesyonel görevler yapan gazeteciler 50.Madde, 1. Paragraf anlamında sivil olarak tanımlanabilecektir.

II. Bölüm 50. madde Sivillerin tanımı ve sivil nüfus

“ Bir sivil, Üçüncü Sözleşmenin 4üncü maddesi (A) (1), (2), (3) ve (6) ve bu Protokolün 43. maddesinde belirtilmeyen kişi kategorilerinde yer almayan herhangi bir kişidir.

Bir kişinin sivil olup olmadığından kuşku duyulması halinde o kişi sivil kabul edilecektir.

Sivil olarak statülerini tersine etkileyecek hiçbir faaliyette bulunmadıkları müddetçe ve Üçüncü Sözleşmenin 4. mad-

desi (A) (4) bölümünde sağlanan statü gereği silahlı kuvvetlere akredite olan savaş muhabirlerinin haklarına zarar vermedikçe onlar Sözleşmeler ve bu Protokol uyarınca korunacaktır.

Bu Protokolün II. Ekindeki modele benzer bir kimlik kartı alabilirler. Gazetecinin vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği veya kendisine işveren haber kuruluşunun yerleşik olduğu devletin hükümeti tarafından verilecek olan bu kart onun gazeteci olarak statüsünü beyan edecektir.”

Yukarıda değindiğimiz 1929 ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri (1977 EK Protokolü) ve yazının önceki başlıklarında yer alan İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve diğer ulusal üstü sözleşmelerle bildireler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ifade özgürlüğünü garanti altına almakta ve AİHS'nin 10. maddesi medya ve gazeteciler için temel teşkil etmektedir.

AİHS'nin 15. maddesi savaş zamanlarında veya ülke veya yaşamı tehdit eden acil durumlarda hak ve özgürlüklerin ne şekilde askıya alınacağını düzenlemektedir. Bu maddeye göre: **“Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.**

Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.”

15. madde taraf ülkelere Sözleşme'nin belli maddelerini savaş veya ülke ve yaşamı tehdit eden zamanlarda belirli şartlarda askıya alma hakkı tanımaktadır.

AİHS'nin 17. maddesi ile düzenlenen yasaklar şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırla-

malara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz.”

Şüphesiz, AIHS yanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bugüne değin almış olduğu kararları da çok önemlidir.

Avrupa Konseyi belgeleri arasında 2002 yılında “*Çatışma Ve Gerilim Durumlarında Gazetecinin Korunması*” üzerine R (96) 4 numaralı tavsiye kararı ve bir bildiri ve “*İnsan Hakları Ve Terörizmle Mücadele İle İlgili Rehber İlkeler*” hazırlamıştır.

1975 Helsinki Nihai Senedi, 1990 Kopenhag Toplantısı ve UNESCO'nun 1980 McBride raporu gibi diğer düzenlemeler yukarıda açıklanmıştır.

“Bütünleşme ve Çeşitlilik: Avrupa medya ve iletişim politikalarının yeni ufukları” başlıklı Türk Heyetince hazırlanmış Raporda da belirtildiği üzere :

“ Medya savaş ve kriz zamanlarında ifade ve haber alma özgürlüğünü teminat altına almak için sorumluluklarını yerine getirirken, bu özgürlükler çift yönlü olarak kısıkaca alınabilir. Birincisi savaş ve kriz bölgelerindeki egemen güçler gazetecilerin çalışma koşullarını elde olmayan sebeplerle sağlamayabilir veya bilinçli olarak ortadan kaldırmaya çalışabilir. Bunun dışında egemen güçler haberin kurgulanması veya ajanslara geçilmesi sırasında müdahalede bulunabilirler.

Buna karşılık medya çalışanları da isteyerek veya istemeden yanlış, yanlı veya tek yönlü haber yapabilirler. Her iki durum da ifade ve haber alma özgürlüğünün ciddi şekilde darbeler almasına neden olacaktır.

Öte yandan medya çalışanlarının sorumluluklarını yerine getirirken, karşılaştığı çok önemli sorunlar da bulunmaktadır. Çok sayıda medya çalışanı son yıllarda görevlerini yapmaya çalışırken savaş ve kriz bölgelerinde hayatlarını kaybetmişlerdir. Ne yazık ki medya çalışanlarının savaş ve kriz zamanlarında görevlerini rahatça yapabilmelerini, başta can güvenlikleri olmak üzere her türlü güvenliklerini teminat altına alan bir uluslararası mevzuat oluşturulamamıştır. Bu durum ifade ve haber alma özgürlüğünün

tam olarak işleminin önünde çoğu zaman bir engel teşkil etmektedir.

Bu ikili etki, bir taraftan uluslararası camiaya, ifade ve haber alma özgürlüğünü teminat altına alması için sorumluluk yüklerken, diğer taraftan **“kamu denetçisi”** (*watchdog*) görevi üstlenen medya ve çalışanlarına da sorumluluklar yüklemektedir.

Savaş ve çatışma zamanlarında ciddi ve profesyonel gazetecilik ve profesyonel bilinç normal zamanlardakinden daha fazladır. Medyanın sadece çatışan tarafların arasında karşılıklı anlayışı geliştirmekte değil, aynı zamanda kamuoyunun oluşmasında ve kamunun doğru, tarafsız ve zamanında bilgi edinmesinde de önemli rolü vardır. Gazetecilerin birinci görevi gerçeğe ulaşmaya çalışmak ve kendi etik saygınlıkları içinde yansıtmaktır. Haberlerin özgürce elde edilmesi olaylara, kaynaklara, savaş alanlarına ve çatışma bölgelerine özgür erişimi gerektirir. Demokratik toplumlarda sansür ve ifade özgürlüğüne sınırlamalar kabul edilemez.

Çatışma ve savaş durumlarında özgür, bağımsız ve çoğulcu medyanın varlığı önemlidir. Değişik görüş açıları, çatışan tarafların görüşleri, objektif habercilik, durumun gerçek profili, çatışma ve savaş haberlerinin sunumlarında kamuoyunun beklentileridir.

Gazetecilerin serbest dolaşımı ve çalışmaları kolaylaştırılmalıdır. Medyanın doğru çalışması için değişik medya kaynaklarının mevcudiyeti, medya profesyonelleri tarafından karşılaşılan sorunlara çözümler, medya profesyonellerini korumak için yasal girişimler, gazetecilerin haklarını genişletmek için mevcut yasaların gözden geçirilmesi ve benzerleri gibi temel koşulların varlığı gereklidir.”

VI- SONUÇ YERİNE

KRİZ ZAMANLARINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ SAĞLANMALIDIR.

Unesconun 1978 Kasım Ayının yirmisekizinci gününde benimsediği **“Kitle İletişim Araçlarının Barış ve Uluslararası anlayışın Güçlendirilmesine, İnsan Haklarının Yaygınlaştırılmasına ve Irkçılık, Irk Ayırımı ve Savaş Kışkırtıcılığına Karşı Çıkılmasına Katkısına İlişkin Temel İlkeler Bildirgesi”** tüm maddeleri ile yaşama geçirilmelidir.

Bu Temel İlkeler Bildirgesi içinde yer alan 2. maddenin 4. bendi gereğince de gazeteciler bu temel ilkeleri “tanıtılabilecek” güçte ve konuda oldukları için gerek kendi ülkelerinde ve gerekse tüm diğer ülkelerde mesleklerinin gereğini yerine getirirken en iyi koşullara sahip olacakları güvencesini içeren bir koruma sağlamak tüm kamu otoritelerinin veya hükümetlerin asli görevidir. Bu görev sürekli hatırlatılmalıdır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin ilkeleri, Siyasal Haklar konusundaki uluslararası anlaşmalar kitle iletişim araçlarının çalışabilmesi ve uygun koşulların varlığının güvenceye alınmasını zorunlu kabul etmektedir.

İfade ve haber alma özgürlüğünü kriz zamanlarında teminat altına almak amacıyla hukuki metinler gözden geçirilmeli ve yasal mevzuat Avrupa standartları çerçevesinde geliştirilmelidir.

Kriz zamanlarında medya çalışanlarının serbest hareketinin sağlanması, hak ve sorumlulukları ile ilgili sorunların yöneltilmesi amacıyla düzenli incelemeler yapılması ve gerekli adımların atılması için uygun mekanizmalar oluşturulmalıdır.

Temel ilkeler gazeteciler tarafından kesintisiz ve sürekli kamu oyuna aktarılmalı ve hatırlatılmalıdır. Kamu oyunun aydınlatılması ile gazetecilerin korunmalı ve güvenceli ortamda savaşa karşı barış önerilerinin yaşama geçmesi zorunluluktur.

İŞLENEMEZ SUÇ

Aykut Ersan¹

1. GİRİŞ

Ceza hukukunda özgün bir yeri olan “işlenemez suç” kavramı, failin icra ettiği fiili nedeniyle cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasında özel bir önemi haizdir. Öyle ki, kavramın içeriği ceza hukuku düzenlemeleriyle de tam ve kesin olarak ortaya konulmamış olduğundan, birçok kez farklı kurumlara özgü kurallarla anlamlandırılmaya çalışılmıştır.

Nitekim Türk Ceza Hukuku mevzuatında da bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakta olup, doktrinde bu kuruma ilişkin olarak çeşitli hukuki düzenlemelere atıf yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu’na kaynak teşkil eden Alman Ceza Kanunu’nda, işlenemez suç kavramıyla ele aldığımız bu kuruma benzer olarak elverişsiz teşebbüs adı altında açıkça bir düzenleme getirilmiştir.

Çalışmamızda işlenemez suç kavramına ilişkin açıklamalara yer verilirken, bu şekilde farklı kurumlarla ilişki de ortaya konmaya çalışılacaktır.

2. “İŞLENEMEZ SUÇ” KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

İşlenemez suç kavramı, esasen kurumun kendi adıyla da ortaya çıkan anlamı gereği, böyle bir durumda ortada işlenebilecek bir suçun bulunmadığı, farklı bir ifadeyle, icra edilen fiil ile ceza sorumluluğunu gerektirir bir durumun ortaya çıkmadığı anlamına gelmektedir. Aşağıda bu kavramı ortaya çıkaran hallere değinilirken de görüleceği üzere, işlenemez suçun var olduğu bir durumda, esasen kanuni tipikliğe uygun bir suç tüm unsurlarıyla bulunmamaktadır. Dolayısıyla işlenemez suç en basit tanımıyla suçun tüm unsurlarının kanuni tipikliğinin aradığı şekilde bulunmaması nedeniyle oluşmaması, oluşamayacak olması hali şeklinde tanımlanabilir. Bu noktada özellikle de failin yanılmasının söz konusu olduğu bir hal nedeniyle suçun oluşmaması söz konusu olmaktadır. Failin suçun oluşacağına olan inancı, mevcut herhangi bir engel

¹ Avukat, İstanbul Barosu.

nedeniyle sonuçsuz kalmakta, suçun işlenememesi durumu gündeme gelmektedir².

İşlenemez suç kavramının doktrinde, bir suç tipini ihlale yönelmiş olmasına rağmen, ya fiilin ihlal edilmek istenen suçu karakterize eden zarar veya tehlikeyi meydana getirmeye elverişli olmaması ya da suçun konusunun bulunmaması nedeniyle başarısız kalmaya mahkûm bir davranış şeklinde tanımlandığı görülmektedir³. Ayrıca bir görüş, burada failin işlemek istediği suçun teşebbüs aşamasında kaldığını da ifade etmektedir⁴.

Nitekim bu çerçevede, işlenemez suç kavramının iki hal ile vücut bulduğu net bir şekilde zikredilebilir. Bu haller, suçun maddi unsurlarından olan fiilin elverişsizliği ve yine suçun maddi unsurlarından olan suçun konusunun yokluğudur⁵. Dolayısıyla; işlenemez suç kavramının gündeme geldiği noktalarda, ya failin işleme iradesi taşıdığı suçu gerçekleştirmek için icra ettiği fiilin, suçu gerçekleştirebilmek için elverişsiz olması ya da failin işleme iradesi taşıdığı suçun maddi konusunun var olmaması söz konusudur. İşte bu iki halden birinin varlığı, işlenemez suç kavramı ile adlandırılmaktadır.

Görüleceği üzere bu iki hal esasen işlenemez suç kavramı ile adlandırılan birçok durumun temelini oluşturduğundan, bu iki hale ilişkin açıklamalar işlenemez suç kavramının da anlamını ortaya koyacaktır.

Bu şekildeki yapısı ve sonuçlarından hareketle, işlenemez suçun ceza hukukunda bağımsız bir kurum olarak, çeşitli hukuki kurumlara ilişkin bir üst kavram şeklinde hukuki niteliğe sahip olduğu söylenebilecektir. Bu açıdan kanaatimizce işlenemez suç, çeşitli kurumlara ilişkin kural ve sonuçları içinde barındıran, özellikle de suçun maddi unsurla-

2 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 584; Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları: 131, 1994, s. 154.

3 Uğur Alacakaptan, **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 223, 1968, s. 1-2.

4 Bu görüş söz konusu teşebbüs halinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına problemli nokta olduğunu belirtmektedir. Bkz.: Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 444.

5 Bu haller, Alman doktrinde fiilin/fiilde kullanılan aracın elverişsizliği ve konunun elverişsizliği olarak da nitelendirilmektedir. Bkz.: Kristian Kühl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. bs., Münih, Verlag Franz Vahlen, 2012, § 15, Kn. 88.

rıyla yakından ilgili bağımsız ve karma bir hukuki niteliğe sahip olarak kabul edilmelidir⁶.

Bu noktada belirtilmelidir ki, işlenemez suç kavramı mefruz suç kavramı ile aynı anlama gelmemektedir. Her iki durumda da fail bir hatalı tasavvur içerisinde bulunuyor olmakla birlikte, bu hatalı tasavvurlar farklı yönlerdedir. İşlenemez suçta fail objektif olarak tüm unsurlarıyla gerçekleşmeyecek bir suçu, kendi tasavvurunda oluşabilecek kabul etmekte ve bu kapsamda hareket etmektedir. Mefruz suçta ise fail, icra ettiği fiilin cezalandırılabilir olduğunu düşünmekle birlikte, bu fiilin karşılığı olarak herhangi bir suç düzenlemesi veya ceza sorumluluğu söz konusu olmamaktadır⁷. Görüleceği üzere, bu iki durumda failin tasavvuru çok farklı yönlerde olup, failin cezalandırılmama nedenlerinin esasları birbirinden farklıdır.

Dikkat edilmelidir ki, işlenemez suç olarak nitelendirilen hallerde failin suç işlemeye yönelik iradesi veya inancı söz konusudur. Bununla birlikte fail, fiilin elverişliliği veya suçun konusunun var olduğu noktalarda hatalı tasavvuru nedeniyle suçu icra edememektedir. Bu noktada, şayet failin fiilin elverişsiz olduğu veya suçun konusunun var olmadığı hususlarında bilgisi tam ise, bu durumda da işlenemez suç kavramı ile adlandırılan bir halden bahsedilebilecektir. Zira önemli olan fiilin elverişsiz olması veya konunun bulunmamasıdır⁸. Dikkat edilmelidir ki, fiil ve konu bakımından suçun maddi unsurlarının tam olarak bulunmaması, failin bu yöndeki bilgisinden daha evvel devreye girerek, suça ilişkin manevi unsur eksikliğinden daha evvel suçun oluşumunu engellemektedir.

6 İşlenemez suç kurumu daha ziyade suça teşebbüs bahsinde ele alınıyor olmakla birlikte, bu kurumun hukuki niteliğine ilişkin çeşitli görüşler için ayrıca bkz.: Önder Tozcan, **Suç Teşebbüs**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 131 vd.; Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (3), 2012, s. 863; ayrıca bkz.: Köksal Bayraktar, “İşlenemez Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1968, Cilt 34, Sayı 1-4, s. 727.

7 Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. bs., Heidelberg, Springer, 2005, § 13, Kn. 11; Kühl, § 15, Kn. 96.

8 Bir görüş, failin fiilin elverişsizliği veya suçun konusunun bulunmadığı yönündeki bilgisinin tam olması hallerinde failin işlenemez suça teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacağını ifade etmektedir. Özellikle belirtilmelidir ki bu görüş, işlenemez suçu bir teşebbüs hali gibi değerlendirmektedir. Bkz.: Hakeri, s. 444; ayrıca bkz.: Gropp, § 13, Kn. 11.

3. “İŞLENEMEZ SUÇ” HALLERİ

3.1. *Fiilin Elverişsizliği*

Suçun maddi unsurlarından biri olan fiil bulunmaksızın, doğaldır ki kişinin bir suç nedeniyle cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Zira kişinin cezalandırılmasını gerektirecek bir suçun varlığından bahsedebilmek için, evvela ve mutlaka kişinin bir suçu oluşturmaya yönelik fiilinin varlığı gerekmektedir. Doğaldır ki, ceza hukukunda kişinin herhangi bir fiili bulunmaksızın cezai sorumluluğuna gidilebilmesi de mümkün değildir.

Bununla birlikte, kişinin her fiilinin kendisi bakımından ceza sorumluluğunu doğurması da mümkün değildir. Kişinin fiilinin, suçun diğer unsurlarının da varlığı halinde bir suçu oluşturabilmesi için mutlak suretle bahse konu suçu işlemek bakımından elverişli nitelikte olması gerekecektir. Bu sonuca TCK md. 35'te yer verilen suça teşebbüs düzenlemesinden hareketle varılabileceği gibi, işlenemez suç bakımından özgün hukuki bir düzenleme mevcut olmadığından, fiilin elverişliliği de suça teşebbüs düzenlemesinden hareketle açıklanmalıdır.

Doğaldır ki, bir fiilin bir suçu işlemek bakımından elverişli olup olmadığı hususu, her durum için geçerli değişmez tek bir kural çerçevesinde belirlenemeyecektir. Bu nedenle, fiilin elverişsizliği her somut olayın kendine özgü özellikleri bakımından, fiilin gerçekleştirildiği anda suçu tüm unsurlarıyla oluşturmak bakımından elverişli olup olmadığı noktasında tespit edilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken fiilin gerçekleştirildiği an esas alınarak *ex ante* bir değerlendirme yapılmalıdır⁹.

Ex post bir değerlendirme ise çeşitli sakıncaları beraberinde getirebilmektedir. En önemli nokta ise, zaten gerçekleşmeyen bir suçun varlığı halinde fiilin elverişliliğine ilişkin yapılacak *ex post* değerlendirmede, suçun gerçekleşmemiş olması karşısında fiilin elverişlilik arz etmediği,

9 İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 425; Alacakaptan, s. 62; Bayraktar, s. 730; bu yönde ayrıca bkz.: “...*Fail tarafından kullanılan vasıtanın, sonucu almaya kesin olarak elverişli bulunması gerekir. Vasıtanın elverişli olup olmadığının tespiti için işlenmek istenen suç, suçun işlendiği yer ve zaman, mağdurun durumu ve tüm koşullar nazara alınmalıdır...*” şeklindeki Yargıtay CGK, 04.06.1990 tarihli, E. 1990/5-101, K. 1990/156 sayılı karar.

doğal bir sonuç olarak hemen her durumda karşımıza çıkacaktır¹⁰. Dolayısıyla her fiil, içerisinde bulunduğu somut olayın kendine özgü özellikleri bakımından değerlendirilerek, fiil, gerçekleştirildiği an itibarıyla elverişli veya elverişsiz olarak nitelendirilebilir.

Bu açıdan ayrıca değerlendirmenin objektif olarak yapılması gerekmektedir, zira elverişlilik göreceli bir kavram olmasının yanı sıra, sübjektif olarak yapılacak bir değerlendirme hatalı sonuç verebilecektir. Zira sübjektif bir değerlendirmede, failin icra ettiği fiili hemen her durumda elverişli olarak tasavvur ediyor olması nedeniyle elverişsiz fiil veya araç neredeyse söz konusu olmayacaktır¹¹.

Örneğin; bir kişinin yakını olması nedeniyle, onun bir böcek türüne ölümcül alerjisi olduğunu bilen failin bu kişinin giysisi içerisine söz konusu böcek türünü atarak kişinin böcek sokmasına bağlı alerjik reaksiyonlar sonucu ölmesi halinde, failin bu şekilde bir fiili kasten öldürme suçunu gerçekleştirmek bakımından elverişli addedilebilecekken, bu şekilde bir alerjisi olmayan kişinin giysisi içerisine benzer böcek türünün atılması fiili kasten öldürme suçu bakımından elverişsiz olarak

-
- 10 Yargıtay'ın *ex post* değerlendirme yaptığı çeşitli kararlarını zikreden ve Yargıtay'ın elverişsiz fiilin varlığı olarak nitelendirdiği halleri suça teşebbüs hükümleri çerçevesinde ele alan eleştirel görüş için bkz.: Kayıhan İçel, Füsün Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi – 2. Kitap**, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 321; bu kararlar için bkz.: Yargıtay 1. CD, 26.04.1989 tarihli, E. 1989/871, K. 1989/1393 sayılı karar; Yargıtay CGK, 17.11.1987 tarihli, E. 1987/1-548, K. 1987/91 sayılı karar.
- 11 Urs Kindhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005, § 32, Kn. 7; Tozman, s. 67; Adem Sözüer, **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları: 134, 1994, s. 186; Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "... Ödeme sırasında mesafeyi daba kısa gösterip, daba az bedel ödemeyi sağlamak için başkasına ait bileti gösteren sanığın, tabsilatı yapacak Karayolları Genel Müdürlüğü'nün gişe görevlisini kandırmaya yönelik bu davranışı bile ve desise niteliğindedir. Elverişli vasıta ile dolandırıcılık suçuna yönelik icra hareketlerine başlanılmış ise de, geçiş yapmadan durumun anlaşılması nedeniyle suç, kalkışma aşamasında kalmıştır...." şeklindeki kararında "... Çoğunluk görüşüne katılmayan Ceza Genel Kurulu Başkanı ve bir kısım Kurul Üyesi ise; "otobana Kocaeli'nden giren ve Kaynaşlı yönüne seyreden sanığın, Kaynaşlı İstasyonundan giriş yapıp Kocaeli yönüne seyreden bir başka kamyon şoföründen değişik suresiyle aldığı giriş biletini, seyir yönüne göre Kaynaşlı'dan bir önceki istasyon olan Düzce çıkış gişesinde görevliye ibraz etmesi biçimindeki eylemde; biletin bilgisayara okutulması sonrasında ücret tabsilatına ilişkin işlemin yürütülebileceği gerçeği gözetildiğinde, giriş-çıkış ve seyir yönleri bakımından böyle bir aldatıcı geçişin mümkün olamayacağına göre görevlisi tarafından kolaylıkla ve derhal saptanacağı ... kullanılan vasıtanın kandırıcılığı elverişsiz bulunması nedeniyle dolandırıcılık suçunun "işlenemez suç" niteliğinde olduğu ... görüşüyle karşı oy kullanmışlardır..." şeklindeki karşı oy ise elverişliliğin değerlendirilmesi bakımından dikkat çekicidir. Bkz.: Yargıtay CGK, 30.01.2007 tarihli, E. 2006/11-247 - K. 2007/15 sayılı karar.

addedilebilecek ve işlenemez suç kavramı gündeme gelecektir. Dikkat edilmelidir ki burada, failin kişisel ilişkisinden kaynaklı sahip olduğu özel bir bilgi de, göreceli bir kavram olan elverişliliğin değerlendirilmesinde dikkate alınmaktadır¹². Ancak fiilin elverişliliğine ilişkin yapılacak değerlendirmede, genel itibariyle normal bir kişinin bilgi düzeyinin esas alınması gerekecektir¹³.

Fiilin elverişliliği, fiilde kullanılan aracın elverişliliği hususunu da kapsıyor olmakla birlikte, elverişliliği salt fiilde kullanılan araç bakımından elverişlilik olarak ele almak doğru değildir. Fiil bir bütün olarak değerlendirilerek, elverişliliği de bu şekilde tespit edilmelidir¹⁴.

Fiilin elverişliliği, suçun konusu ile de anlamını bulmaktadır. Zira bir fiilin elverişliliği, üzerinde gerçekleşeceği suçun konusu çerçevesinde değerlendirilmek durumundadır¹⁵. Örneğin bir ölümcül zehrin araç olarak kullanılması ile gerçekleştirilecek fiilde, bu aracın elverişliliği değerlendirilirken suçun konusu çerçevesinde bir değerlendirme yapmak zorunludur. Nitekim zehrin dozajının ölümcül etkisi, zehrin verildiği suçun konusu olan insanın kişisel, fiziksel özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmek durumundadır. Belli dozda zehir küçük bir çocuk için ölümcül olabileceken, yaşça daha büyük olan ve bağışıklık sistemi son derece sağlıklı bir kişi için ölümcül nitelik arz etmeyebilir. Görüldüğü üzere, bu örnekteki kasten öldürme suçunun konusunu oluşturan insan, fiilin elverişliliği hususunda belirleyicidir.

Yukarıdaki örnekten hareketle şu husus üzerinde de durulmalıdır. Fiilin elverişliliği ile fiilin yetersiz veya sonuçsuz kalması aynı anlama gelmemektedir. Nitekim çok güçlü dozda ölümcül bir zehrin bir kişiye öldürülmek amacıyla verilmesine karşın, kişinin bilmeden bir panzehir içmiş olması, vücut direncinin çok güçlü olması vb. gibi hallerde, artık fiilin elverişliliği meselenin özü olmaktan çıkmaktadır. Dikkat edilirse bu örnekte fail, kasten öldürme suçu açısından elverişli fiil olarak nitelendirilebilecek ölümcül dozda zehir verme ile suça yönelmiştir. Bununla birlikte artık failin elinde olmayan nedenlerle fiili yetersiz

12 Alacakaptan, s. 93-94.

13 Kühl, § 15, Kn. 92.

14 Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 439.

15 Alacakaptan, s. 114; ayrıca bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 571.

veya sonuçsuz kalarak suçun oluşmaması, suça teşebbüs hükümlerini devreye sokacaktır. Bununla birlikte failin fiilinin veya fiilde kullandığı aracının elverişsiz olarak nitelendirilecek şekilde yetersizliği, fiilin elverişsizliği nedeniyle işlenemez suç kavramını gündeme getirebilecektir¹⁶.

3.2. Suçun Maddi Konusunun Yokluğu

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri olan suçun maddi konusu, fiilin üzerinde icra edilebileceği bir şey, eşya ya da kişidir. Bir suçun işlenmesine yönelik fiil, ancak bu fiilin üzerinde icra edilebileceği bir konu var ise suçun varlığı bakımından anlam ifade edebilir. Dolayısıyla suçun bu şekilde bir maddi konusu bulunmaksızın, bir suçun oluşması da mümkün değildir. Suçun konusunun yokluğu, fiilin konu yönünden faile isnat edilmesini olanaksız kılmaktadır¹⁷.

Nitekim ortada suçun konusu yok ise, bir suçun oluşması da mümkün olamayacağından, işlenemez suç kavramı burada da gündeme gelecektir. Dikkat edilmelidir ki, suçun konusunun elverişsizliği değil, yokluğu söz konusu olabilir. Fiilin varlığı halinde, bunun suç için ifade ettiği anlamının aksine, suçun maddi konusu bir suç bakımından göreceli bir kavram değildir. Zira suça ilişkin fiilin üzerinde icra edilebileceği konu ya vardır, ya yoktur¹⁸. Bununla birlikte, yukarıda da ifade

16 Yetersizlik halinde suça teşebbüs hükümlerine atf yapan görüş için bkz.: Hakeri, s. 412, 447; bu konuda ayrıca bkz.: Kindhäuser, § 30, Kn. 13; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 439.

17 Suçun konusuna ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz.: Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 5. bs., Seçkin Yayıncılık, s. 107 vd., 373.

18 Özgenc, s. 427; örneğin çocuk düşürtme suçu bakımından gebe bir kadın ve ana rahminde canlı bir cenin yoksa işlenemez suç söz konusu olacaktır. Bkz.: Serap Keskin Kızıroğlu, "Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi - Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, C. 19, S. 2, 2013, s. 172-173; ayrıca konunun elverişliliği şeklinde değerlendirme için bkz.: "...*Jandarma Genel Komutanlığı Bölge Kriminal Laboratuvarları Şube Müdürlüğü'nün ... ekspertiz raporunda, suç konusu maddenin 2313 sayılı Kanun kapsamına giren uyuşturucu maddelerden olmadığı; Adli Tıp Kurumu Beşinci İhtisas Kurulu'nun ... raporunda ise sanıkta ele geçirilen 1.885 gram maddenin içindeki uyuşturucunun, eser miktarda olduğunun belirtilmesi karşısında; suçun maddi konusu olan uyuşturucu maddenin kullanmaya ve buna bağlı olarak uyuşturucu madde temin etme suçuna elverişli olmadığından, olayda işlenemez suçun söz konusu olduğu, suçun unsurlarının oluşmadığı...*" şeklindeki Yargıtay 10. CD., 03.07.2007 tarihli, E. 2006/9234 - K. 2007/8332 sayılı kararı; fiilin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğunu adeta aynı kapsamda değerlendiren görüş için bkz.: Sözüer, s. 192.

ettiğimiz üzere, fiilin elverişli olup olmadığı suçun konusu ile anlamını bulabilmektedir.

Bu noktada, Yargıtay'ın "... "resmi belgeyi bozmak, yok etmek ya da gizlemek" suçunun, hak sahibinin o belgelerden yararlanmasını engellemek amacıyla kanıt değeri taşıyan belgelerin ortadan kaldırılması, bozulması ya da gizlenmesi suretiyle oluşacağı, sanığın, kardeşi ... adına düzenlenmiş gerçek nüfus cüzdanında ve yeşil kart, Ramazan ... adına düzenlenmiş sürücü belgesi üzerindeki fotoğrafları çıkartıp kendi fotoğrafını yapıştırmak, Ramazan'a ait gözükken nüfus cüzdanındaki resmi ise değiştirmeden yakalandığı olayda, bir hakkın kullanımının engellenmediği gibi **suçun konusunu oluşturan ve fotoğraf değişikliği yoluyla sabteleştirilen belgelerin hak sahiplerince talep halinde her zaman yenisi düzenlenebileceği cibetle, suçun unsurlarının oluşmadığı**,..." şeklinde verdiği karara ilişkin olarak muhalefet şerhine dikkat çekmek istiyoruz¹⁹.

Söz konusu karara ilişkin muhalefet şerhinde "...sanık tarafından başkalarına ait olan toplam dört adet resmi belge (nüfus cüzdanı, yeşil kart ve sürücü belgesi) üzerindeki fotoğraflar sökülmüş, bunlardan üçüne kendi fotoğraflarını yapıştırmıştır. Dolayısıyla suça konu bütün belgeler artık hak sahipleri tarafından kullanılmaz hale getirilmiştir. Bu şekilde bozulan veya değiştirilen belgeler artık suçun konusu olup, ... Gerçek sahiplerinin, üç ayrı kurum tarafından verilebilen bu belgeleri yeniden çıkarmalarının, göz ardı edilemeyecek bir emek ve masraf gerektirdiği açıktır. Kaldı ki suçun oluşmadığına gerekçe olarak "hak sahiplerince belgelerin her zaman yenisinin çıkarılabileceği" kabul edildiğinde (ki suça konu belgeler çoğunlukla yeşil kart, nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, diploma, ruhsatname, sertifika gibi belgeler olup yeniden çıkarılamayan, düzenlenemeyen belgenin neredeyse mümkün olmadığı düşünüldüğünde) bu suç, işlenemez suç haline getirilmiş olur..." şeklindeki gerekçe ileri sürülerek kararda muhalif kalınmıştır.

Gerçekten de, muhalefet şerhinde belirtildiği üzere, Dairenin çoğunluk kararında zikredilen gerekçelerin kabulü halinde, söz konusu suçun konusunun var olduğunun söylenebilmesi neredeyse hiçbir zaman

19 Bkz.: Yargıtay 11. CD., 22.05.2013 tarihli, 2010/8615 E. - 2013/8474 K. sayılı karar.

mümkün olmayacak, birçok kez işlenemez bir suçun varlığı gündeme gelecektir. Bu durum ise, ortaya bir hukuksal değer ihlali çıkmış olmasına rağmen, konuya ilişkin olarak failin elverişliliği bakımından olduğu gibi yapılan bu şekilde hatalı göreceli değerlendirme neticesinde failin ceza sorumluluğunun söz konusu olmamasını sonuçlayabilecektir. Bu açıdan, yukarıda da zikrettiğimiz üzere, suçun konusu bakımından yapılacak değerlendirme, göreceli olmamalıdır.

Suçun konusunun yokluğu, çoğu zaman failin içerisinde bulunduğu hata halinden ileri gelmekte olup, bu durum TCK'de düzenlenmiş bulunan hata hallerinden farklı olarak, tersine unsur yanılığısı olarak ele alınmaktadır. TCK'deki suçun maddi unsurlarında hata halinde kişi, bir suçun maddi unsurlarında hataya düşmesi nedeniyle o suç bakımından suçun konusunu yanlış tasavvur ettiği için kasten hareket etmemiş kabul edilirken, burada, suça ilişkin maddi konu gerçekte hiç mevcut bulunmadığı için kişinin ceza sorumluluğuna gidilmemektedir²⁰. Dikkat edilmelidir ki, her iki halde de failin konuyu yanlış tasavvuru sorumluluk durumunda dikkate alınırken, failin konu bakımından yanlış tasavvurlarının birbirinden zıt yönlü olması, bu şekilde iki farklı sonucu ortaya çıkarmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda ise failin suçun konusunu teşkil eden şeyin veya fiili işlemekte kullanılan araçların niteliğinden dolayı, suçu işlemeye teşebbüs ederken yaptığı hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememesine yönelik olarak içinde bulunduğu bu ağır bilgi ve anlama hatası, suça teşebbüs temelinde failin cezalandırılabilirliğine esas teşkil etmekte, faile mahkemenin takdiri doğrultusunda ceza vermekten vazgeçilebildiği gibi, cezasında indirim de yapılabilmektedir. Dikkat edilirse burada, suçun konusunu teşkil

20 Özgenç, s. 402; ayrıca bkz.: "...saniğin olay günü uyuşturucu madde ticareti yapmak suçundan mahkûm olan diğer sanık ... A.'dan kullanmak amacıyla uyuşturucu temin etmek için, ... aradığında, bu sırada ... A.'ı yakalamış bulunan görevliler tarafından durumdan şüphelenilerek telefona cevap verildiği, saniğin ... ile görüştüğü düşüncesi ile uyuşturucu alımı ve randevu yerinin tespitine ilişkin konuşmayı gerçekte görevliyle yapmasının ardından, kararlaştırılan yere geldiğinde, güvenlik görevlilerince yakalandığı; suç konusu uyuşturucu maddeye daba önce görevliler tarafından elkonulmuş olduğundan, saniğin zaten almasına olanak bulunmadığı, bu nedenle işlenemez suçun söz konusu olduğu ve buna bağlı olarak ... suçun yasal unsurlarının oluşmadığı..." şeklinde Yargıtay 10. CD., 15.02.2010 tarihli, E. 2009/2548 - K. 2010/3279 sayılı karar.

eden şeyin bulunmaması veya fiili işlemekte kullanılan araçların niteliğinin elverişsizliği nedeniyle icra edilen fiilin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememesi şeklinde bir hata halinin, suça teşebbüs hükümleri temelinde açıkça cezai düzenlemeye tabi kılınması söz konusudur²¹. Bunun yanı sıra özellikle belirtilmelidir ki, fail suçun konusunu teşkil eden şeyin bulunmaması veya fiili işlemekte kullanılan araçların niteliğinin elverişsizliği nedeniyle yapılan hareketlerin suçun tamamlanmasına yol açamayacağını idrak edememesi şeklinde bir hata hali içerisinde değilse, bu durumda cezalandırılabilirliğinin tam olduğu da kabul edilmektedir²². Dolayısıyla Alman ceza hukukunda failin içerisinde bulunduğu ağır bilgi ve anlama hatası şeklindeki hata halinin dikkate alınarak bir düzenleme yapılmış olduğu ortadadır.

Suçun maddi konusunun yokluğunun da, her somut olay bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekli olup, her somut olayda *ex ante* bir değerlendirmeyi gerektirmektedir²³. Örneğin fail, ölü vasfını haiz olduğunu bilmediği bir cesede, bir kişiyi öldüreceği zannıyla ateş ederse, ateş edilen ceset, hukuken kasten öldürme suçunun konusu olan insan vasfını haiz olamayacağından, fail bakımından kasten öldürme suçu gerçekleşmeyecektir. Bununla birlikte, bir ceset örneğin ölünün hatirasına hakaret şeklinde bir suçun konusunu oluşturabileceğinden, koşulları ve unsurları var ise, bu durumda failin sorumluluğu bu suç bakımından gündeme gelebilecektir²⁴. Şayet yapılacak *ex ante* değerlendirmede yer-

21 Kindhäuser, § 30, Kn. 13.

22 Kühn, § 15, Kn. 86.

23 İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s. 323; Yargıtay'ın "...Mağdurun manevi cebrin etkisi ile parayı istenilen yere koyması ile hareket tamamlanacak iken para yerine kağıt koyması gibi, sanığın elinde olmayan mani sebeplerle icra hareketi tamamlanmamış ve mağdurun aldığı tedbir ile cürmün husulüne muktezi fiiller eksik kalmıştır. Bu nedenle fiilin eksik teşebbüs derecesinde kaldığını kabul zorunluluğu vardır..." şeklindeki kararında *ex ante* değerlendirme hususuna katılıyor olmakla birlikte, teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması gerektiği görüşündeyiz. Bkz.: Yargıtay CGK, 21.02.1983 tarihli, E. 1982/6-495 - K. 1983/64 sayılı karar.

24 Ayrıca bkz.: "... Karşı Oy: 4733 Sayılı Kanunun 8/4 fıkrasında "ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ürünleri ya da taklit işaretleri taşıyan ürünleri ticari amaçla bulunduran, nakleden, satışı arz eden veya satanlarla ambalajlar üzerinde bulunan ürün bilgileriyle bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri içerdiği bilgilerin farklı olması halinde bu ürünleri üreten veya ithal edenlere" müeyyide getirilmiş olup bu fıkranın uygulanabilmesi için ürünün yurt içinde üretilmesi veya yurt dışından yasal olarak ithal edilmesi gerekir. Yurt dışından kaçak getirilen eşyaya bandrol, etiket, pul, hologram vs konması mümkün değildir. Dolayısıyla 4733 Sayılı yasa yönünden işlenemez suç söz konusu olduğundan kaçak sigara bulunduranlar için ancak 5607 Sayılı kaçakçılık yasası uygulanabilir..."", Yargıtay 7. CD., 11.06.2013 tarihli, E. 2012/19602 - K. 2013/12772 sayılı karar.

de hareketsiz yatan bir kişiye ateş edildiği tespit edilmişse, bu durumda kasten öldürme suçu gündeme gelecektir. Görüleceği üzere, konuya ilişkin *ex ante* bir değerlendirme değil de, *ex post* bir değerlendirme olsa, canlı bir kişi öldükten sonra cesedinin hiçbir şekilde kasten öldürme suçunun konusunu oluşturamayacağı, bu nedenle belirtilen şekilde doğru sonuçlara ulaşılamayacağı izahtan varestedir.

Bununla birlikte, şayet fiilin icra edildiği anda, suçun konusunun varlığı söz konusu olup da, suç failin elinde olmayan nedenlerle gerçekleşmemişse, bu durumda da suça teşebbüse ilişkin hükümler devreye girecektir²⁵. Nitekim işlenemez suç kavramının suça teşebbüs kavramı ile yakın ilişkisi de, iki kurum arasındaki ayrımı sağlayan bu ince çizgilerden ileri gelmektedir.

Askeri Mahkemelerde, özellikle Askeri Ceza Kanunu'ndaki firar suçundan kaynaklanan birçok yargılamada, sanıkların firar etmiş olmaları nedeniyle askerlik ilişkilerinin kesildiğinden bahisle askerliğe elverişsiz hale gelmiş oldukları ve bu nedenle askeri mahkemede yargılanmasını gerektiren ilişkinin kesilmiş olduğu düşüncesiyle, yalnızca asker olan kişilerce işlenebilecek bu suçun işlenemez suç vasfında olduğu belirtilmiştir²⁶. İfade etmek isteriz ki, Askeri Ceza Kanunu'ndaki firar suçunun faillerinin asker kişiler olması, bu suçu bir özgü suç haline sokmakta olup, kişilerin asker olmaması durumunda bu suçun faili olabilmeleri söz konusu değildir. Bu nedenle de bu kişilerin ilgili suçtan veya bu suça teşebbüsten ötürü ceza hukuku sorumluluklarına gidilebilmesi mümkün değildir²⁷.

25 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin "...Postacının mektup zarfına el koyarak açması ile oluşan eyleminde, ... suç konusu mektubun alıcısı olan tanık D., ... kocasının bu mektupla kendisine 200 Mark gönderdiğini telefonla söylediğini, mektubu almadığı için paranın da eline geçmediğini bildirmesine göre, mektubu gönderen kişi dinlenerek zarfın içinde para bulunup bulunmadığı sorulmak, para olduğu saptandığı takdirde sanığın eyleminin ... hırsızlık suçunu, aksi halde hırsızlığa eksik teşebbüs suçunu oluşturacağı..." şeklindeki kararında ise, zarf içerisinde para bulunmaması hali suça teşebbüs kapsamında değerlendirilmiş olup, kanaatimizce bu kabul yerinde değildir. Zarf içerisinde para bulunmaması halinde hırsızlık suçu ve hırsızlık suçuna teşebbüsten bahsedilebilmesi mümkün olmamakla birlikte, örneğin görevi kötüye kullanma suçu vb. başkaca suçlar bakımından bir değerlendirme yapılabilecektir. Karar için bkz.: Yargıtay 4. CD., 09.10.1989 tarihli, E. 1989/5272 - K. 1989/5973 sayılı karar.

26 Bu konuda bkz.: Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 20.12.1996 tarihli, E. 1996/47 - K. 1996/47 sayılı karar; Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 29.01.1993 tarihli, E. 1993/4 - K. 1993/4 sayılı karar.

27 Ayrıca bkz.: Kühl, § 15, Kn. 91; İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s. 312.

4. İŞLENEMEZ SUÇ– SUÇA TEŞEBBÜS İLİŞKİSİ

İşlenemez suç kavramının hukuki niteliğine değinirken kısaca belirttiğimiz üzere, doktrinde işlenemez suç kavramı, suça teşebbüs hali ile bağlantılı olarak da nitelendirilmektedir. Bu durum yukarıda açıkladığımız fiilin elverişsizliği hususunun tespitinde suça teşebbüs düzenlemelerinin devreye sokulmasından ve işlenme iradesi taşıyan suçun gerçekleşmemesinden de ileri gelmektedir. Nitekim fiilin elverişsizliğinin, işlenmesi hedeflenen suçun icrasına başlanmış sayılmasını engellemesinden ötürü, bu durum doktrinde elverişsiz teşebbüs olarak da adlandırılmaktadır²⁸.

Ancak kanaatimizce burada teşebbüse elverişsizlikten ziyade, işlenme iradesi taşıyan suçun işlenemezliği ön planda olduğundan, bu halin elverişsiz teşebbüs olarak adlandırılmamasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Suça teşebbüs için öncelikle işlenmesi mümkün bir suç olmalıdır ki, işlenmesi mümkün olan bu suça teşebbüs mümkün olabilsin. Dikkat edilmelidir ki, failin fiili elverişsiz olduğu sürece, suça teşebbüsten öte teşebbüs edilip edilmediği tartışılabilir bir suç gündeme dahi gelemeyecektir. Kaldı ki işlenemez suç kavramı salt fiilin elverişsizliği ile değil, suçun konusunun yokluğu hali şeklinde bir görünümle de karşımıza çıkmaktadır²⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda bu durumun elverişsiz teşebbüs şeklinde adlandırılması, kurumun teşebbüsle bağlantılı olarak cezalandırılma temelini oluşturulmasıdır. Bunun yanında, Alman Ceza Kanunu'ndaki bu şekildeki adlandırma bakımından, failin ağır bilgi ve anlama hatasının açıkça arandığı da unutulmamalıdır³⁰. Burada, failin fiilin elverişli ve/veya suçun konusunun var olduğu yönündeki tasavvuruyla, hukuksal değer ihlaline ilişkin kararını oluşturarak fiilini icraya koymuş olması sonucunda sübjektif haksızlık iradesinin ortaya çıktığı, hukuka aykırı davranma iradesiyle hareket edilmiş olması temelinde, suça teşebbüsün cezalandırılma düşüncesinin, elverişsiz teşebbüs olarak nitelendirilen bu halde de vücut bulduğu kabul edilmektedir³¹.

28 Koca, Üzülmez, s. 372.

29 Alacakaptan, s. 1.

30 Gropp, § 9, Kn. 22 vd..

31 Kühn, Kn. 90.

Belirtmek gerekir ki, kimi yazarlarca fiilin veya suçun konusu bakımından elverişsizlik değerlendirmesi yapılırken, bu çerçevede de konunun elverişsizliğine ilişkin olarak mutlak ve nispi elverişsizlik şeklinde bir ayrıma gidilmektedir³².

Ancak kanaatimizce yukarıda da belirttiğimiz üzere konu bakımından bu şekilde mutlak veya nispi elverişsizlik ayrımı yerinde değildir, zira konu bakımından elverişlilik değerlendirmesi yapılması doğru olmadığı gibi, elverişlilik zaten göreceli bir kavram olduğundan, yapılacak değerlendirme sonrasında elverişsiz olan durumlar zaten her durumda mutlak elverişsiz olarak nitelendirilmek durumunda kalacaktır³³. Mutlak elverişsizlik olarak nitelendirilen haller, işlenemez suçun yukarıda belirtilen kural ve sonuçlarını ortaya çıkaracakken, nispi elverişsizlik olarak nitelendirilen hallerin daha ziyade suça teşebbüs hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gereken haller olarak ortaya çıktığı kabul edilmektedir³⁴.

Örneğin bu durumu suçun konusunun yokluğu bakımından ele aldığımızda, bir cesede yaşayan bir insan olduğu sanılarak ateş edilmesi ile, kasten öldürme suçunun konusunun yokluğu (hiçbir suretle var olmaması) nedeniyle suç hiçbir şekilde oluşamayacağından, mutlak elverişsizlik olarak adlandırılan hal kapsamında failin ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır³⁵.

Bununla birlikte, hırsızların uzun süre takip ettikleri ve kasasında her gün yüksek meblağlı döviz bulunan döviz bürosuna hırsızlık için

32 Ayrıca bkz.: İlhan Akbulut, "İşlenemez Suç", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1988-1990, Cilt 53, Sayı 1-4, s. 140; *Hakeri* işlenemez suç kavramının gerek suç konusunun yokluğu, gerekse fiilin elverişsizliğini içerdiğini belirtmekte, işlenemez suç halinde teşebbüsten dolayı sorumluluk söz konusu olmayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte yazar suç konusunun yokluğuna ilişkin verdiği her zaman para bulunan bir kasada, hırsızlık için girilen gün para bulunmaması şeklindeki bir örnekle, suçun konusunun yokluğu bakımından adeta mutlak-nispi imkansızlık ayrımını kabul etmiştir. Bu konuda bkz.: Bkz.: *Hakeri*, s. 447.

33 Özgenç, s. 426; Sözüer, s. 186-187.

34 Bkz.: *Hakeri*, s. 447; Soyaslan, s. 172.

35 Bir görüş, failin hareketi neticeyi gerçekleştirirse dahi, failin düşüncesi ile gerçekleştirilmek istenen neticenin birbirine uyabildiği hallerde, işlenebilir teşebbüs bulunduğunu, suçun konusunun bulunmadığı bazı hallerde dahi, fiilin icra edildiği anda neticenin gerçekleşmesinin muhtemel görünmesi durumunda, teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini, fiilin başlamasından sonra veya onunla birlikte ortaya çıkan yokluk hallerinin teşebbüs kapsamında değerlendirileceğini belirtmektedir. Bu görüş mutlak-nispi ayrımı kabul etmemekle birlikte, bir nevi mutlak-nispi elverişlilik-yokluk ayrımından hareket etmektedir. Bkz.: Demirbaş, s. 460.

girdikleri gün kasada hiç döviz bulamamış olmaları şeklinde, suçun konusunun o an için bulunmaması halinden ötürü nispi elverişsizlik olarak nitelendirilen hallerde ise suçun icra hareketlerine doğrudan doğruya başlanmış olup da, suçun konusu baştan itibaren bulunmadığından, suç oluşmadığı gibi, suçun konusunun bulunmaması nedeniyle suça teşebbüs hükümleri de devreye girmemelidir. Zira suça teşebbüs için dahi, evvela ortada suçun konusu bulunmalıdır ki, ortada teşebbüs edilebilecek bir suç bulunsun. Aksi kabulde ise, aşağıda işlenemez suça ilişkin olarak ortaya konan cezalandırma görüşleri çerçevesinde, kişinin iradesinin ortaya çıkmış olmasına binaen kişinin cezalandırılması söz konusu olabilecektir, ki bu durum objektif olarak koşulları bulunmayan bir suçtan ötürü kişinin ceza sorumluluğuna gidilmesi şeklinde hatalı bir sonucu ortaya çıkaracaktır³⁶. Bunun yanı sıra bu kabul, suça teşebbüsün cezalandırılmasında objektif görüşü benimseyen TCK'ye de ters düşecektir.

Fiil bakımından elverişsizlikte yapılacak değerlendirmede ise, fiilin veya fiilde kullanılan aracın elverişsizliği halinde, kişinin bir suçtan veya suça teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğuna gidilebilmesinin, mevcut düzenlemeler karşısında mümkün olmadığı göz ardı edilmemelidir³⁷. İcra edilen elverişsiz nitelikteki fiil veya fiilde kullanılan araçla ortaya netice çıkmadığı için suç oluşmayacak, bunun yanı sıra fiil veya fiilde kullanılan araç elverişsiz olduğu için, suça teşebbüsün belki de en önemli koşulu olan elverişli hareket mevcut olmadığı için suça teşebbüs hükümleri de devreye giremeyecektir³⁸.

Dolayısıyla fiilin elverişsizliği bakımından, bu görüşçe verilen en tipik örneklerden olan bir kişinin büyü ile öldürülmeye çalışılması fiili bakımından, her ne şart altında olursa olsun bu tarz bir fiil, yukarıdaki ayırım çerçevesinde mutlak elverişsiz olarak nitelendirileceğinden,

36 Devamlı olarak boş olduğu herkesçe bilinen bir evde, failin bazı geceler bir kişinin bu evde kaldığını fark etmesi üzerine bir gece eve girdiğinde evde hiçbir şey bulamaması durumunda, evi boş olarak bilen kişiler için işlenemez suç, fail bakımından suç konusunun bulunmamasının muhtemel olması nedeniyle teşebbüs suçu olduğu yönünde bkz.: Soyaslan, s. 167. Bununla birlikte yazar eserinin bir başka bölümünde hırsızlık için girilen evde suç konusunun bulunmaması halinde, yalnızca örneğin konut dokunulmazlığının ihlali gibi suçlardan dolayı sorumluluk olabileceğini belirtmiştir. Bkz.: Soyaslan, s. 169.

37 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 571; Tozman, s. 145.

38 Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, s. 446.

kişinin ceza sorumluluğu kesinlikle mümkün olmayacakken, örneğin kişinin küçük bir taş ile başına vurularak öldürülmeye çalışılması fiili bakımından başına taş isabet eden kişinin ölmemesi durumunda, bu tarz bir fiil, yukarıdaki ayırım çerçevesinde nispi elverişsiz olarak nitelendirilebilecek olup, bu durum işlenemez suç hali değil de, suçta teşebbüs hükümlerini gündeme getirecektir. Ancak bu şekilde bir ayırım durumunda, yukarıda da belirttiğimiz üzere bir suçtan veya suçta teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunun meydana gelmesi mümkün olmayacaktır. Elbette bu sonuca varılırken, elverişliliğin tespitinin her somut olayda farklılık arz edebileceği de göz ardı edilmemelidir. Ancak esas olan, bir fiilin veya fiilde kullanılan aracın elverişsizliği durumunda, artık bir suçtan veya suçta teşebbüsten dolayı ceza sorumluluğunun söz konusu olamayacağıdır³⁹.

Sonuç olarak kanaatimizce dikkat edilmelidir ki, suçta teşebbüsün TCK md. 35'teki "*Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur...*" şeklindeki tanımını dikkate alındığında, bu durum TCK'deki anlamıyla suçta teşebbüs hali oluşturmayacaktır. Zira suçta teşebbüsten dolayı sorumluluk için dahi en temel koşullardan biri, kişinin elverişli hareketlerle bir suçun icra hareketlerine başlamış olmasıdır. Bu nedenle de ortada değil bir suç, suçta teşebbüs halini dahi oluşturabilecek elverişli hareketlerin bulunmadığı durumlarda, bir suçta teşebbüs halinden de bahsedilemeyecektir.

Bunun yanı sıra, failin işlenemez suç olarak adlandırılan duruma yönelik teşebbüs olarak nitelendirilebilecek fiilleri de, Alman Ceza Kanunu'nda elverişsiz teşebbüs şeklindeki düzenlemeye benzer olarak, TCK'de herhangi bir cezai yaptırıma veya güvenlik tedbirine tabi kılınmadığından, bu nedenle de kişinin cezalandırılabilmesi mümkün olmayacaktır. Tabii ki kişinin o ana kadar icra etmiş olduğu fiilleri bir

39 Bu hali elverişsiz teşebbüs olarak nitelendirerek, failin suçta teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağını belirten görüş için bkz.: İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s. 312; Alman doktrininde, failin bir kişiyi büyü ile öldüreceği inancı ile icra ettiği fiil, bir hamile kadının bebeğini ıhlamur içerterek düşüreceği inancı ile icra ettiği fiil benzeri hallerin varlığında, varsayılan teşebbüs hali şeklinde bir tanımlama yapılmakta, bu hallerde failin ortalama bir kişinin bilgi seviyesinin altında yer alan ve hukuka aykırılık etkisi yaratamayacak inancı nedeniyle, bu gibi fiillerin cezalandırma alanı dışında kaldığı kabul edilmektedir. Bkz.: Kühn, § 15, Kn. 93.

suç oluşturuyorsa, bu durumdan ötürü ceza sorumluluğu varlığını sürdürecektir.

5. İŞLENEMEZ SUÇUN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ SORUNSALI

İşlenemez suç kavramı bakımından cezalandırılabilirlik doktrinde tartışmalı olup, bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, failin ortaya bir tehlike hali çıkarmış olması haline istinaden özellikle de işlenemez suça teşebbüs adı altında veya failin suç işlemeye yönelik iradesinden hareketle tehlikeli kişiliği nedeniyle cezalandırılması gerekliliği ile failin bir suçun oluşumuna sebebiyet vermemiş olması nedeniyle cezalandırılmaması gerektiği şeklinde iki başlık altında toplanmıştır⁴⁰.

İşlenemez suçun varlığında, failin ortaya bir tehlike hali çıkarmış olmasına istinaden veya failin suç işlemeye yönelik iradesinden hareketle tehlikeli kişiliği nedeniyle cezalandırılması gerektiğini savunan görüş, esasen suça teşebbüste cezalandırılabilirlik için kişinin subjektif iradesini esas alan görüşle paralel nitelik arz etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, genel itibarıyla failin suç işleme iradesini esas alarak bu iradenin cezalandırılması gerektiğini belirtmekte, neticenin meydana gelip gelmediği, meydana gelip gelmesinin mümkün olup olmadığı hususlarını dikkate almamaktadır⁴¹. Ancak kanaatimizce TCK'nin ceza sorumluluğu bakımından kişinin iradesinden daha evvel iradesini yansıtan bir fiili ortaya koyması halini arıyor olması nedeniyle, bu görüş kabul edilebilir değildir. Hazırlık hareketlerini kural olarak, kişinin iradesini ise dış dünyada bir hukuksal değer ihlali veya doğrudan doğruya ihlal tehlikesi ortaya çıkarmadığı sürece hiçbir şekilde cezalandırmayan hukuk sistemimizde belirttiğimiz şekilde bir kabul zorunluluk arz etmektedir.

İşlenemez suç oluşturan hallerden fiilin elverişsizliği hali, failin gerçekleştirdiği fiil bakımından, *ultima ratio* fonksiyonu da dikkate alınan ceza hukukunun devreye girip girmeyeceğinin, korunan hukuksal değeri ihlal eden bir haksızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlen-

40 Objektif teori, subjektif teori, tehlike teorisi olarak adlandırılan bu görüşler için detaylı olarak bkz.: Hakeri, s. 445; Demirbaş, s. 458 vd.; Özbek, Kanbur, Bacaksız, Doğan, Tepe, s. 447 vd..

41 Alacakaptan, s. 32 vd..

mesiyle ilgilidir⁴². Bu açıdan fail işlemeye yöneldiği suç bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olarak nitelendirilebilecek dahi herhangi bir haksızlık ortaya koymadığı için, kişinin işleme iradesi taşıdığı bu suçla bağlantılı olarak ceza sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Bu noktada özellikle vurgulanmalıdır ki, işlenemez suç kavramı ve cezalandırılabilirliği tartışması, yalnızca failin işlemeye yöneldiği, ancak ortaya çıkmayan suç bakımından gündeme gelebilecektir. Fail örneğin kasten öldürme suçunu işlemeye yönelmesine karşın, yukarıdaki ihtimaller dâhilinde suçun gerçekleşmeyecek olması durumunda, işlenemez suç vasfını haiz olan yalnızca kasten öldürme suçu olacaktır. Bununla birlikte, örneğin bir cesede ateş edilmiş olması, kişinin hatırasına hakaret, genel güvenliği tehlikeye sokma vb. şeklinde başkaca suçları koşul ve unsurlarının varlığına göre gündeme getirebilecektir. Bu çerçevede, işlenme iradesi taşıyan suçun işlenemez suç vasfını haiz olması nedeniyle bu suçtan dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelmeyebileceken, fail fiiliyle başkaca hukuksal değer ihlalleri yaratarak suç oluşumuna sebebiyet veriyse, bu durumda oluşan bu suçlardan dolayı ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır⁴³.

Bu açıdan işlenemez suçun söz konusu olduğu hallerde, failin icra ettiği fiille toplum bakımından tehlikeli bir kişilik olduğunu göstermiş olduğu gerekçesiyle, açık bir düzenleme yapılarak işlenemez suçlara teşebbüsün cezalandırılması veya bunlar bakımından güvenlik tedbiri öngörülmesi şeklindeki doktrinde ağırlıklı olarak ileri sürülen görüşlere iştirak etmediğimizi ifade etmek isteriz⁴⁴.

Dikkat çekmek isteriz ki, fail fiiliyle bir hukuksal değer ihlali yaratıyorsa, bu durumda yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde ceza sorumluluğuna gidilebilmesi zaten mümkün olacaktır. Bunun dışında, failin işleme iradesi taşıdığı, ancak işlenemez suçu gündeme getirecek bir fiilinden ötürü, o suçla bağlantılı olarak cezalandırılmasının, ortaya ceza hukukunun devreye girmesini gerektirir hiçbir haksızlık, hukuksal değer ihlali çıkmamış olması nedeniyle mümkün olmadığı kanaatin-

42 Koca, Üzülmez, s. 372.

43 Çeşitli örnekler için bkz.: Özgenç, s. 427.

44 Bu görüşler için bkz.: Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 586; Özgenç, s. 428; Koca, Üzülmez, s. 372; Hakeri, s. 444; hakime bu konuda takdir yetkisi tanınması yönünde bkz.: Alacakaptan, s. 57-58.

deyiz⁴⁵. İşlenemez suça teşebbüs hali şeklinde bir düzenleme ile cezalandırma yoluna gidilmesi halinde ise, cezalandırılabilirlik sınırları son derece genişlemiş olacak, hatta kimi zaman kişinin salt iradesinin veya hukuken son derece önemsiz olarak nitelendirilebilecek fiillerinin dahi cezalandırılması şeklindeki riskleri barındıran yolun önü açılabilecektir.

SONUÇ

Çalışmamızda ortaya koymaya çalıştığımız açıklamalar çerçevesinde “işlenemez suç” kavramını iki halin ortaya çıkardığı net bir şekilde zikredilebilir. Bunlar suçun maddi unsurlarından olan fiilin elverişsizliği ve yine suçun maddi unsurlarından olan suça ilişkin maddi konunun yokluğudur.

Dolayısıyla, işlenemez suç kavramının gündeme geldiği noktalarda, ya failin işlemeye yöneldiği suçu gerçekleştirmek için icra ettiği fiilin bu suçu gerçekleştirebilmek için elverişsiz olması ya da failin işlemeye yöneldiği suçun maddi konusunun var olmaması söz konusudur. Bu iki ihtimalden birinin varlığı, işlenemez suç kavramı ile adlandırılmaktadır.

İşlenemez suç kavramı ile adlandırılan durumların esasen yukarıdaki iki ihtimal bakımından bir üst kavram olarak ortaya çıkmış olduğu kanaatindeyiz. Bu açıdan, işlenemez suç kavramına yukarıdaki iki ihtimale ilişkin kurallar anlamını verdiğinden, işlenemez suç kavramı ile çözülmeye çalışılan durumların, fiilin elverişsizliği ve suçun konusunun yokluğu ile bağlantılı hükümler çerçevesinde çözümlenmesinin bir zorunluluk olduğu izahtan varestedir. Bu nedenle de, işlenemez suç kavramına ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamış olması ve işlenemez suç olarak nitelendirilen hallerde genel hükümlere göre çözümlenmesi, kurumun bu şekildeki özgün ve farklı halleri ihtiva eden yapısından hareketle, yerinde olarak değerlendirilebilir.

Son olarak işlenemez suç olarak adlandırılan hallerde, failin icra ettiği fiille toplum bakımından tehlikeli bir kişilik olduğunu göstermiş olduğu gerekçesiyle, açık bir düzenleme yapılarak işlenemez suçlara teşebbüsün cezalandırılması veya bunlar bakımından güvenlik tedbiri

45 Benzer yönde bkz.: Bayraktar, s. 728; tehlikeli kişilik gerekçesiyle kişinin cezalandırılmasının fiil ceza hukukuna aykırı olacağı yönünde bkz.: İçel, Sokullu-Akıncı, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, s. 313; ayrıca bkz.: Akbulut, s. 143.

öngörülmesi şeklinde ileri sürülen görüşlere iştirak etmemekle birlikte, mevcut düzenlemeler karşısında failin işlenemez suç hallerinde cezalandırılmasının mümkün olmadığı ve ayrıca cezalandırılmasını gerektirir bir düzenleme de yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, fail fiiliyle işlenemez suç dışında başkaca hukuksal değer ihlalleri yaratarak suç oluşumuna sebebiyet verdiğyse, bu durumda oluşan bu suçlardan dolayı ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur: **İşlenemez Suç**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 223, 1968.
- Akbulut, İlhan: “İşlenemez Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1988-1990, Cilt 53, Sayı 1-4, s. 140-143.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin: “Karşılaştırmalı Bir İnceleme: Türk Ceza Hukuku ile Kıbrıs Ceza Hukuku Açısından “İşlenemez Suç”un Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 61 (3), 2012, s. 859-886.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, A. Caner: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Bayraktar, Köksal: “İşlenemez Suç”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1968, Cilt 34, Sayı 1-4, s. 715-730.
- Demirbaş, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 9. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. bs., Heidelberg, Springer, 2005.
- Hakeri, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- İçel Suç Teorisi, 3. bs., İstanbul, Beta Basım, 2004.
- İçel, Kayıhan; Sokullu-Akıncı, Füsün; Özgenç, İzzet; Sözüer, Adem; Mahmutoğlu, Fatih S.; Ünver, Yener: “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi - Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, C. 19, S. 2, 2013, s. 165-190.
- Keskin Kiziroğlu, Serap: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2005.
- Kindhäuser, Urs: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 5. bs., Seçkin Yayıncılık.
- Köçan, Mahmut; Üzülmüş, İlhan: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. bs., Münih, Verlag Franz Vahlen, 2012.
- Kühl, Kristian: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Özbek, Veli Özer; Kanbur, M. Nihat; Bacaksız, Pınar; Doğan, Koray; Tepe, İlker: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 6. bs., Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Özgenç, İzzet: **Teşebbüs Suçu**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları: 131, 1994.
- Soyaslan, Doğan: **Suç Teşebbüs**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları: 134, 1994.
- Sözüer, Adem: **Suç Teşebbüs**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.
- Tozman, Önder:

Diğer Kaynaklar:

<http://www.kazanci.com/>

YOLSUZLUK VE KARA PARA AKLAMA ARASINDAKİ ENSEST İLİŞKİ

Nadim KYRIAKOS-SAAD, Gianluca ESPOSITO and Nadine SCHWARZ¹

Çeviren: Av. Lahika KARADUMAN

Giriş

Yolsuzluk ve kara para aklama oldukça bağlantılıdır. Rüşvet ve kamu mallarının çalınması gibi yolsuzluk suçları önemli miktarda gelir ortaya çıkarır. Bu gelirin yasa dışı damgası yemeden finansal sisteme girebilmesi için aklanması –ya da “temizlenmesi”- gereklidir. Aynı zamanda, yolsuzluk da kara para aklamaya olanak sağlayabilir: yolsuzluk yapan memurlar, gelirlerin (kaynaklandıkları gelir getiren suçlardan bağımsız olarak) aklanma operasyonunu etkileyebilir ve kara para aklayanların tüm kontrol ve yaptırımlardan kaçmasına müsaade edebilirler. IMF çalışanlarının yaptığı araştırma gösterdi ki yolsuzluğa karşı yeterince kontrol sağlayamayan ülkeler, para aklanmasına ve terörizmin finanse edilmesine karşı mücadele standartlarına² (AML/CFT: Anti-Money Laundering/Combating the Financing of Terrorism) daha az uyum sağlama eğilimindedir.

İşbu makalede kara para aklama ve yolsuzluk arasındaki ensest ilişki ile uluslararası toplumun bu fenomene tepkisi (Birinci Bölüm) tartışılacak.

İkinci bölümde ise 2008'deki ekonomik krizden sonra yolsuzluk ve kara para aklamaya karşı mücadeleye özellikle odaklanan G20, Mali Eylem Görev Gücü (FATF: Finacial Action Task Force) ve IMF çalışma-

- 1 Nadim Kyriakos-Saad Uluslararası Para Fonu (IMF) Finansal Bütünlük Grubu, Hukuk Departmanı Kıdemli Avukatı ve Başkan Yardımcısıdır. Nadine Schwarz ve Gianluca Esposito Uluslararası Para Fonu (IMF) Finansal Bütünlük Grubu, Hukuk Departmanında Kıdemli Avukatlardır. Burada açıklanan düşünceler yazarlara ait olmakla beraber IMF, onun Yönetim Kurulu veya yönetimine atfedilmemelidir.
- 2 C. Verdugo, - Uluslararası AML/CFT (Anti Money Laundering and Counter Terrorist Financing –Para Aklama ve Terörizm Finansmanına karşı Mücadele)standartlarına uyum: Memleket Boyu Analizlerden Dersler, IMF Çalışma Raporu, WP/11/177

larına kadar uluslararası toplum tarafından yenilenen ilgiyi tartışacağız. Gitgide birbirine bağlı hale gelen dünya ülkelerinde bu eylemler sonucu oluşan problemler küreselleşti ve finansal bütünlük ve ülkelerin istikrarı üzerindeki etkisi artarak geçerlilik kazandı. Suçlular küresel finans sisteminin karmaşık doğasını olduğu gibi yolsuzluk ve kara para aklamayı önlemeye yönelik çeşitli milli yasa ve sistemler arasındaki farkları da istismar etmektedirler. Özellikle de kazançları tespit edilemeden, kolayca hareket ettirebilecekleri daha zayıf ve etkin olmayan kontrolleri olan hukuk dikkatlerini çeker. Bir ülkedeki problemler kolaylıkla bölgedeki ya da dünya üzerindeki bir diğer ülkeye sıçrayabilir. Güçlü AML/CFT uygulamaları sadece kara para aklama, terörizm finansmanını değil üstelik yolsuzluğu da önlemek, tespit etmek ve mücadele etmek açısından faydalı olduğundan ekonomik sistemin bütünlük ve istikrarını arttırmasının sonucu olarak ülkelerin küresel ekonomik sistemlere entegrasyonunu sağlar.

Makalenin sonuç bölümünde ise bazı sonuçlar çıkarılacak ve uluslararası toplumların kara para aklama ve yolsuzluğa karşı mücadelesini güçlendirmek için mümkün yollara işaret edilecektir.

I. Uluslararası toplumun yolsuzluk ve kara para aklamaya tepkisi

Çeşitli türleriyle yolsuzluk eski bir fenomen olduğu halde kara para aklama yakın zamanda duyulmuştur. Roma İmparatorluğu'nun çökmesinin nedenlerinden biri de Pretor'un koruması tarafından yapılan yolsuzluktu. Bundan iki bin yıl önce Hindistan Kralının Danışmanı Kautilya bunu anlatan Arthashastra isminde bir kitap yazdı. Dante Alighieri, (1265-1321) rüşvet alanları cehennem en derin kuyusuna layık görmüştür ve Shakespeare (1564 – 1616) oyunlarında yolsuzluğa öncelikli rol vermiştir. ³ 1810 Napolyon Yasası yolsuzlukla mücadelenin sert cümlelerle tanıştığı kritik noktadır. ⁴ Kara para aklama ilk kez 20. yüzyılın ikinci yarısında, büyük oranlarda yasadışı gelirler oluşturan kriminal girişimlerin -özellikle de uyuşturucu ile ilgili suçların-artışının ardından suç olarak addedilmiş olmasına rağmen suçlardan elde edilen kara paraların aklanması Al Capone zamanına kadar dayanır (1930'lar).

3 V. Tanzi, "Dünyada Yolsuzluk: Sebepleri, sonuçları, kapsamı ve çözümleri", IMF Çalışma Raporu, Mayıs 1998

4 Avrupa Yolsuzlukla Mücadele Programı Konseyi, 1995

“Kara para aklama” terimi büyük olasılıkla ilk kez 1970’lerde resmi olarak kullanılmış ve geçtiğimiz 30-40 yıl içerisinde bu tanım geliştirilmiştir.

Kara para aklama ve yolsuzluk arasındaki ensest ilişki son 30-40 yıl içerisinde –rastlantı eseri olmayarak- öne çıkmıştır. 1980 ve 1990’lar dünyanın her köşesinde patlayan yolsuzluğa ilişkin olaylara tanıklık etmiştir. Devletler ekonomik durumları, siyasi rejimleri ve coğrafi konumları önemli olmaksızın yolsuzluk skandalları ile resmen sarsılmışlardır. Dünyanın hiçbir bölgesi bu duruma istisna olmadı ve olmuyor da.

Yukarıda değinildiği gibi bir yanda yolsuzluk gelirlerinin aklanması gerekmekte ve diğer yanda yolsuzluk da kendi başına kara para aklama eylemleri oluşturabilmekte. Mali Eylem Görev Gücü (FATF) ⁵ kara para aklama türlerine ilişkin yakın zamanda yayınlanan bir makalede⁶ para aklama sürecinin her aşamasının -yatırım, bölüştürme ve entegrasyon- hangi usulde yapıldığından bağımsız olarak yolsuzluktan gelen gelirlerin aklanmasında da mevcut olduğunu tasdik etmektedir. Dahası, rapor göstermektedir ki etkin AML/CFT önlemlerinin uygulanmasındaki başarısızlık, yolsuzluk yapan memurların küresel finans sistemlerine sürekli ve kesintisiz erişimini sağlar.

1990’ların ortalarından beri, uluslararası toplum bu fenomene hem bölgesel hem de küresel düzeyde uluslararası yasal araçlar ve siyasi insiyatiflerle gereğinden fazla tepki vermiştir.

Bölgesel düzeyde; Amerika Ülkeleri Organizasyonu (1996)⁷, Avrupa Konseyi⁸ (1997) ve Afrika Birliği⁹ (2003) yolsuzluk gelirlerinin aklan-

5 FATF kara para aklama ve terörizm finansmanı ile mücadele için hem ulusal hem de uluslararası düzeyde gelişme ve teşvik politikaları amacı güden bir devletlerarası oluşumdur. 40+9 önerisi ile uluslararası AML/CFT standartlarını tayin etmektedir.

6 “Yolsuzluk gelirlerinin aklanması”, FATF,2011

7 Yolsuzluğa karşı Amerika Ülkeleri Konvansiyonu Mart 1996 da Caracas, Venezuela’da kabul edilmiş ve OAS’ın (Organization of American States) 33 üye ülkesi taraf olmuştur.

8 43 Avrupa ülkesince tasdik edilen (Ayrıca Avrupa dışı olan ülkelerin erişimine de açık) Yolsuzluğa ilişkin Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Konvansiyonu bilhassa “yolsuzluk suçlarından elde edilen kara paraların aklanmasına” ilişkin bir suçta yer vermektedir. İşbu hüküm taraf ülkelerin yolsuzluk suçlarını, kara para aklamaya karşı yasalara yönelik müsnet suç olarak kabul etmesinin zorunlu olduğu prensibini ortaya koyar.

9 Afrika Birliği 2003 yılında, Organizasyona üye 31 ülkenin tasdiki ile yolsuzluğa karşı bir konvansiyon kabul etti. Konvansiyonun 6. Maddesi özellikle yolsuzluk suçlarından gelen kara paranın aklanmasını suç olarak düzenler.

ması konusuna direkt ya da dolaylı olarak değinen çok taraflı yolsuzlukla mücadele sözleşmeleri kabul etmişlerdir. Ekonomik İş Birliği ve Kalkınma Organizasyonu (OECD) Uluslararası Ticari İşlemlerde Yabancı Kamu Görevlilerine Rüşvet Verilmesinin Önlenmesi Sözleşmesinin¹⁰ 7. Maddesi yabancı kamu görevlisine rüşvet verme suçunun, ülke içindeki rüşvete yönelik öncül bir suç olması durumunda kara para aklamaya ilişkin öncül bir suç teşkil etmesini düzenlemiştir. Konvansiyonun getirdiği yükümlülükler taraf devletlerin uymasını sağlamak için konvansiyon, gelişmeye açık ve eş düzeyde çalışan bir takip mekanizması oluşturmuştur. Bu takip OECD Uluslararası Ticari İşlemlerde Rüşvetle Mücadele Çalışma Grubu tarafından yürütülmektedir. Takip süreci AML çerçevesi bağlamında ekonomik istihbarat birimlerince açığa çıkarılan yabancı kamu görevlisine rüşvet vakaları ile yabancı kamu görevlisine rüşvetin enstrüman ve gelirlerinin tanımlanması ve el konulması için devletlerin aldığı önlemlerin denetlenmesini kapsamaktadır. Çalışma grubunun¹¹ yayınlamış olduğu uygulama verilerine göre günümüze kadar konvansiyona taraf 13 ülkede, yabancı rüşvete ilişkin cezai işlemlerden ötürü 199 birey ve 91 kuruma yaptırım uygulanmıştır.

Fakat yolsuzluğa karşı gerçek küresel yasal düzenlemeler 2003 yılında Birleşmiş Milletler Yolsuzluğun Önlenmesi Konvansiyonu (UNCAC) ile kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Yolsuzluğun Önlenmesi Konvansiyonu etkileyici bir sayıyla, günümüze kadar 154 ülke tarafından kabul edilmiş olmasına rağmen eleştirilenler G20 üyesi üç ülkenin; Almanya, Japonya ve Suudi Arabistan'ın yokluğuna dikkate çekmişlerdir. Taraf ülkeler için büyük bir kısmı zorunlu olan UNCAC hükümleri 5 ana alanı kapsar; önleme, suç olarak sayma, hukuki yaptırımlar, uluslararası iş birliği, varlık geri kazanımı ve teknik yardım ve bilgi alışverişi. UNCAC konvansiyon kapsamındaki yolsuzluk suçlarından¹² gelen paraların aklanmasına ilişkin özel bir hüküm düzenlemektedir. Ayrıca malların geri kazanımı ve uluslararası işbirliğine ilişkin geniş çaplı hükümler içer-

10 34 OECD üyesi ülke ve 4 üye olmayan ülke-Arjantin, Brezilya, Bulgaristan ve Güney Afrika- bu Konvansiyona taraftır.

11 Yukarıda referans olarak gösterilen FATF 2011 çeşitlilik raporu 31. Paragrafına bakınız.

12 Bunlar; ulusal kamu görevlilerine rüşvet, yabancı kamu görevlilerine ve uluslararası organizasyon görevlilerine rüşvet, zimmete geçirme, görevi kötüye kullanma veya kamu görevlisince yapılacak başka tür üzerine mal geçirmeler; nüfuzunu kullanarak ticaret yapmak; görevin kötüye kullanılması, haksız zenginleşme, özel sektörde rüşvet, özel sektörde malların zimmete geçirilmesi.

mektedir. Yolsuzluk ve kara para aklamayı önlemeye ilişkin en kapsamlı küresel çok taraflı sözleşmedir.

Para aklama ve yolsuzluğu önlemeye ilişkin pek çok açılım politikaları arasında Asya Kalkınma Bankası(ADB) ve OECD¹³ nin ortak liderliğinde yürütülen 1999 Asya Pasifik Yolsuzluk Karşısı Girişim ve Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi(UNODC)¹⁴ öncülüğünde Çalınan varlıkların Geri Alınması Girişimi (StAR)¹⁵ de dikkat edilmesi gereken çalışmalardır.

FATF'nin 40+9 tavsiyesi AML/CFT standartlarını ve ülkelerin uyumluluk düzeylerinin değerlendirmesini oluşturmakla beraber (FATE, FATF tarzı bölgesel ortaklar (FSBR ler)ve IMF de dahil olmak üzere Uluslararası Finans Enstitülerince (IFI'lar) yürütülen) yolsuzluğu önleme, tespit etme ve mücadele etmeyle de bağlantılıdır.

Aslında FATF tavsiyeleri her ne kadar öncelikli olarak kara para aklama ve terörizmin finansmanı ile mücadele etmek için düzenlendiyse de yolsuzlukla mücadele için önemli bir araçtır çünkü uygulamaları finansal sistemin şeffaflığını arttırmak suretiyle, denetim ve soruşturma sağlayarak yolsuzluk ve para aklamanın kovuşturulmasına ve çalınan varlıkların geri alınması ve uluslararası işbirliğine¹⁶ teşvik ederek kamusal sektörün güvenilirliğinin yanında, özel sektörün ve bir takım finansal olmayan iş sektörlerinin ve mesleklerin suistimale karşı korunmasının sağlanmasını amaçlar.

II. Yolsuzluk ve para aklama ile mücadele ve ekonomik kriz

2008/ Ekonomik krizi uluslararası toplumda yolsuzluk ve para aklamayla mücadeleye ilişkin çabaların artırılması yönünde yeni bir ilgiye yol açtı. Bunun başlıca nedenlerini aşağıda açıklayacağız.

-
- 13 Bu girişim çatısında Asya-Pasifik bölgesinin 28 ülke ve ekonomisi yolsuzluğa karşı mücadeleyi taahhüt etmiş; Asya ve Pasifik için Yolsuzlukla Mücadele Planını birlikte oluşturmuş ve gelişimine yönelik beraber çalışmaktadırlar.
- 14 Dünya bankası ve UNODC yakın zamanda “Kukla Ustaları: Çalınan varlıkların gizlemek için yozlaşmış hukuki yapılar nasıl kullanılır ve bu konuda ne yapmak gerekir?” başlıklı bir rapor yayınladı. Bu çok detaylıca ve güzel yazılmış rapor neredeyse tüm büyük yolsuzluk vakalarının bir ortak noktası olduğuna dikkat çeker; kirliliği varlıklar üzerindeki mülkiyet ve kontrollerin örtbas edilmesi için kurumsal vasıtalar - şirket, vakıf ve ortaklıklar gibi hukuki yapılar- yaslanılmasıdır.
- 15 Detaylar için bkz. www.unodc.org/documents/corruption/StAR-Sept07-full.pdf
- 16 Bkz. FATF'nin yolsuzluğa ilişkin http://www.fatfgafi.org/document/9/0,3746,en_32250379_32235720_47413385_1_1_1_1,00.html.

Ekonomik krizin birkaç yolla kara para aklamaya etkisi olmuştur. Egmont Grup ve Wolfsberg Grup tarafından FATF ile bağlantılı olarak yürütülen yakın zamanlı bir çalışma belirli tip öncül suçların oranında bir artışı ve dolandırıcılıkla alakalı ve hisse senetlerine ilişkin suçların sıklığının yükseldiğini gösteriyor ve para aklamak için tercih edilen mekanizmalarda değişikliğin altını çiziyor. Buna ek olarak çalışma; ekonomik krizden önce nadiren görülen kara para aklama risklerini de buldu. Bunların en önemlisi ise sermayenin kaybedilmesinden kaynaklanan ve ekonomik zorlukların kötüleştirdiği korku, panik ve açgözlülük nedeniyle dolandırıcılık ve diğer suç teşkil eden davranışların bir ekonomide finansal kurumların da yardımı ile görülmesindeki artıştır.¹⁷

Çeşitli dolandırıcılık planları ya krizden ötürü çöktüler ya da krize (değişen oranlarda) katkı sağladılar. Muhtemelen bunlar arasında en bilineni 13 ile 21 Milyar Amerikan doları aralığında değişen zarara sebep olan Mr. Madoff'un Ponzi planıdır. Birleşik Devletler Teftiş Kurulu Başkanlığı (OIG) tarafından hazırlanan "Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonunun (SEC) Bernard Madoff'un Ponzi Planını açığa çıkarmaktaki başarısızlığı soruşturması" raporu "Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonunun Bernard Madoff ve Bernard L: Madoff Menkul Kıymetler Yatırım Limited Şirketi (BMIS) hakkında Ponzi Planı düzenlemekten ötürü dikkatli ve kapsamlı bir inceleme ve/veya soruşturma yetkisi vermek için yıllar boyunca esaslı ve detaylı şikâyetler yoluyla gereğinden fazla bilgi sahibi olduğu halde üç inceleme ve iki soruşturma haricinde kapsamlı ve yetkili bir inceleme ya da soruşturma hiçbir zaman yürütülmediğini" ortaya koydu.¹⁸

Küçük ada ekonomileri olan Antigua ve Barbuda, Amerika Birleşik Devletlerinde Stanford Finansal Grubu tarafından Antigualı üst düzey yöneticileri töhmet altında bırakan bir senaryo ile işlenen ve ileride bir IMF programının talebine yol açacak olan muazzam bir ekonomik gerilemeye sebep olan bir dolandırıcılığın sonuçlarıyla adeta ezilmiştir.¹⁹

17 Ekonomik krizin para aklama üzerindeki etkisi, FATF Ekim, 2011

18 Soruşturma Raporu, ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu, Teftiş Kurulu Başkanlığı, Dava No: OIG-509, "Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonunun (SEC) Bernard Madoff'un Ponzi Planını açığa çıkarmaktaki başarısızlığı soruşturması"

19 "Antigua ve Barbuda: 2010 Makale 4, Stand-By düzenlemesi Başvuru ve Talebi – Personel Raporu", IMF Ülke Rapor No: 10/279, Eylül 2010

Yunanistan olayında vergi yönetiminde yolsuzluk ve vergi kaçırma ekonomik krizin etkenleri arasındaydı. ²⁰ Yunanistan'daki vergi suçlarının çoğu kara para aklamanın öncül suçu olduğundan uygun AML araçlarının daha etkin kullanımı otoritelerin vergi kaçırmaya karşı mücadelesine katkı sağlayabilir. ²¹

Ekonomik krizin yükselişte olduğu dönemde G20 liderleri tarafından düzenlenen bildiri dünyanın önde gelen ekonomilerinin, ekonomik istismarların²² ekonomik sistemlerin istikrarına karşı yönelttiği tehdidi hemen anladığını gösteriyor. G20 liderlerinin Londra, Pittsburgh, Toronto ve Seul'da verilen beyanları (sırasıyla Nisan ve Eylül 2009 ve Haziran ve Kasım 2010 da) bu anlayışı açıkça yansıtmaktadır. Londra zirvesindeki Finansal sektör, finansal düzenlemeler ve denetim sistemlerindeki ²³ yanlışların kabul edilmesinden, düzenlemelerin ve denetimlerin güçlendirilmesi ve vergi cennetlerine²⁴ karşı mücadele kararı alınan Pittsburgh kararına, yolsuzlukla mücadeleyi öncelik olarak gören Toronto²⁵ ve Seul'a²⁶ kadar G20 liderleri ekonomik krize katkıda bulunan ekonomik istismarlara karşı cesur bir duruş sergilemek adına güçlü bir istek göstermişlerdir.

-
- 20 Bkz. Yunanistan Stand-By düzenlemesi Başvurusu Personel Raporu , IMF Ülke Raporu no: 10/110, Mayıs 2010. Paragraf 21.
- 21 Bkz. Yunanistan Stand-By düzenlemesi 4. Revize ve Modifikasyon ve Uygulanabilirlik performansı kriterinden muafiyet talebi, IMF Ülke Rapor NO: 11/175, Temmuz 2011, paragraf 17
- 22 Kara para aklama, finansal dolandırıcılık, vergi kaçırma ve kaçınma, döviz kısıtlamalarında sahtekarlık, kişiye bağlı kredi, hisse senedi manipülasyonlarını kapsadığı anlaşılan ekonomik istismarın ülkenin makroekonomik performansı açısından potansiyel olumsuz sonuçları olmakla beraber refah seviyesinde kayıp ve olumsuz sınır-ötesi dışsallıklar dayatır.
- 23 Bkz. Final Bildirisinin 13-14. Paragrafları. G20 liderleri Nisan 2009 da Londra'da Finansal Sektör, finansal düzenlemeler ve denetimde yapılan büyük hataların krizin asli nedenleri olduğunu kabul ettiler. Dürüstlük, güvenilirlik ve şeffaflığı(...) teşvik için güçlendirilmiş düzenleme ve denetimler çağrısında bulundular.
- 24 Bkz. Final Bildirisi 15 ve 42. Paragraf. Eylül 2009 da G20 ile işbirliği içerisinde yapılmayan yargılamalarla mücadeleye olan bağlılık ve vergi cennetleri, para aklama, yolsuzluk gelirleri, terörizm finansmanı ve öngörülül standartlara yönelik çabalarındaki ivmenin sürdürüleceği tekrar tasdik edildi.
- 25 Bkz. Final bildirisinin 15 ve 40. Paragrafları. Haziran 2010 da Toronto'da G20 liderleri " yolsuzluğun pazarların güvenilirliğini tehdit ettiğini, adil rekabete zarar verdiğini, kaynak dağılımını bozduğunu, kamu güvenini sarstığını ve hukuk kurallarını baltaladığını" kesin surette belirttiler. UNCAC'ın tüm G20 üyelerine; onay , tamamen hayata geçirme ve diğerlerini de aynısını yapmaya teşvik ve yolsuzlukla mücadele için verilen uluslararası çabalara pratik ve değerli katkılar sağlayabilecek yolsuzluk üzerine çalışacak bir çalışma grubu kurma çağrısında bulundular.
- 26 Bkz. 69 ve 71. Paragraflar ve G20 liderlerince benimsenen Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı (Lahika III Final Bildirisi)

Gördüğümüz gibi kara para aklama ciddi bir suç olmanın yanında genellikle bir ülkenin finans sektörünün istikrarını ya da dış istikrarını tehdit edebilecek bir ekonomik fenomendir. Bu nedenlerle IMF 2001 den beri aktif olarak AML/CFT 'ye dahil olmuştur. FATF ve FSRB'lerle işbirliği, üyelerinin AML/CFT değerlendirmelerinin FATF'nin 40+9 tavsiyelerine uygun hale getirilmesi, bir takım AML/CFT konularında teknik asistanlık sağlamak, AML politika ve çalışmalarının gelişmesine katkıda bulunmak konularında IMF para aklama ile küresel mücadelede önemli bir rol oynamıştır.

Haziran 2011 de, IMF Yönetim Kurulu AML/CFT programının fonlarını, Fon personeli tarafından hazırlanıp IMF'nin gelecekteki AML/CFT çalışmaları için stratejik rehberlik edecek bir raporu esas alarak yeniden gözden geçirdi. ²⁷ Bu metindeki özellikle bir öğeye değinmek gerekir: IMF'nin icra kurulu direktörleri tarafından Fonların Finans Sektörü Değerlendirmesi Programı (FSAP)²⁸ altında AML/CFT konuları alanında ve onların ön suçlarına ilişkin olarak Modüler Ekonomik İstikrar Değerlendirmeleri (MFSA) kapsamında bir yapıya ve İki taraflı denetime(Fon'un Anlaşma Hükümleri, 4. Maddede)²⁹ verilen destek. Çünkü kara para fonunun en büyük kaynaklarından biri mali dengeler, doğrudan yabancı yatırımlar ve ekonomik büyüme üzerindeki ispatlanmış olumsuz etkisi nedeniyle büyük yolsuzluklardır. Yolsuzluk yapılacak Modüler Ekonomik İstikrar Değerlendirmeleri ve Madde 4 denetimlerine ilişkin öncül suçlar arasında "özel bir yer" e sahiptir. Sonuç olarak, belirli bir ülkede hükümet yetkililerince yapılan yolsuzluk o ülkenin ekonomi ya da bütçesinin büyüklüğüne önemli derecede bağlı olduğundan, AML/CFT konuları ancak gerekli olduğu takdirde Modüler Ekonomik İstikrar

-
- 27 Kurul raporu metni ve kurul kararı için bkz. <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/aml/htm>
- 28 1999 da oluşturulan Finansal Sektör Değerlendirme Programı (FSAP) ülkelerin finans sektörünü kapsamlı ve derinlemesine analiz eder. FSAP değerlendirmeleri gelişmekte olan ülkelerde IMF ve Dünya Bankasının ortak, gelişmiş ülkelerde ise sadece IMF'nin sorumluluğundadır ve iki önemli öğeden oluşur: IMF'nin sorumluluğunda olan Finansal İstikrar Değerlendirmeleri ve gelişmekte olan ülkeler için Dünya Bankası'nın sorumluluğunda olan Finansal Gelişme Değerlendirmeleri.
- 29 IMF uluslararası mali sistemi denetlemek ve 187 üye ülkesinin ekonomik ve finansal politikalarını gözetmekle mükelleftir. Bu denetleme eylemi olarak bilinir. Bu sürecin bir parçası olarak IMF, hem küresel hem de münferit ülkeler düzeyinde yerli ve dış istikrara yönelik olası risklere dikkat çeker ve ihtiyaç duyulan ilke düzenlemelerini tavsiye eder. IMF anlaşma hükümlerinin 4. Maddesi bugünkü haliyle denetimi tesis etmiştir. 4. Madde gereği üye ülkeler IMF ile iş birliği yapmak ve birbirlerini istikrara teşvik etmeyi üstlenirler.

Değerlendirmelerine ve/veya 4. Madde denetimine dahil olurlar. Bu ise devlet yetkililerine yolsuzluk ve kara para aklama arasındaki bağlantıyı kendi yargı alanlarında inceleme ve uygun karşı önlemleri almak için başka bir fırsat tanır.

Sonuçlar

Uluslararası Şeffaflık Örgütü 2010 Yolsuzluk Algı Endeksi göstermektedir ki, 0'dan (yolsuzluğun yüksek olduğu algısı) 10'a (düşük oranda yolsuzluk olduğu algısı) kadar yapılan derecelendirmede endekste ki 178 ülkenin neredeyse dörtte üçü 5 in altında puan alıyor. Bu sonuçlar yolsuzluğun pek çok ülkede ciddi bir sorun oluşturduğunu ortaya koyuyor. ³⁰ Bu aynı zamanda sadece aklanması gereken büyük miktarlarda yolsuzluk geliri değil, para aklama sürecinde aktif rol alan çok sayıda görevli de olduğu anlamına gelmektedir.

Her ne kadar uluslararası toplum, yolsuzluğa bulaşmış kişiler etrafındaki çemberi daraltma yönünde istikrarlı ve kesin bir şekilde gitse de yolsuzluk yapan kişiler ve kara para aklayanlar pek de farklı değildir.

Standart düzenleme perspektifinden bakıldığında G20 liderlerinin yolsuzluk ve kara para aklamaya³¹ geliştirilmiş mücadele çağrısı, FATF'nin AML/CFT standartlarının güncel değerlendirmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Bu değerlendirme başta hukuki yaptırım imkanını arttırmak üzere müşteri tedbir hükümlerinin sıkılaştırılması ve arttırılmış durum tespit önerilerini tüm siyasi nüfuz sahibi kişilere karşı (hem yerli hem yabancı) genişletmek, yasal kişi ve düzenlemelerin - UNCAC da dahil olmak üzere onay ve uygulama bakımından takdir edilmiş esas anlaşmalar, şeffaflığını geliştirmek ve sınırlar ötesi para transferlerinin şeffaflığını arttırmayı amaçlamaktadır.

AML/CFT perspektifinden bakıldığında yolsuzlukla mücadele ve AML çerçevesinin etkili uygulanmasına yeni bir vurgu³² yapılmaktadır. Yeni standartlar getirmek ve bu standartların milli hukuka etkili olması

30 Detaylar için bkz. http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010

31 Bkz. G20 Seul Final Bildirisi Lahika III (G20 Yolsuzlukla Mücadele Eylem Planı) , Kasım 2010. http://www.g20.org/pub_communique.aspx

32 FATF tarafından günümüzde kullanılan genel AML/CFT metodolojisinde FSRB ve IFI değerlendirmeleri hali hazırda uygulamaların etkinliğini hangi ülkelerin standartları kanun, yönetmelik ve idari süreçleri vasıtasıyla sistemleştirdiği derecesine göre yapmaktadırlar.

nı sağlamak önemlidir. Fakat bu standartlar etkili bir yolla uygulanmadığı takdirde işe yaramayacaklardır. AML/CFT uygulamalarının etkinlik değerini arttırmak, devam eden AML/CFT standartları değerlendirmesinin en can alıcı noktalarından biri olup IMF personelinin aktif olarak katkıda bulunduğu alanlardandır.

Uluslararası Para Fonu(IMF) , AML/CFT uygulamalarının etkinliğini incelemeye ek olarak ülkelerin hedeflenen, risk temelli AML/CFT uygulamalarının değerlendirmelerine kılavuzluk etmek de dahil olmak üzere AML/CFT değerlendirmelerini güçlendirmenin yollarını aramaktadır. Dünya Bankası ile yakın işbirliği içerisinde olan IMF personeli, bu konular üzerinde FATF ve FSRB' lerle müzakereler başlatmış ve bunları IMF yönetimine 2013 yazında rapor etmiştir.

Ekonomik krizin yansımaları ulusal politika belirleyicilerine önemli taleplerin -özellikle düzenlemeler ve denetleme çevresi- yöneleceği yeni bir gündem oluşturdu. Asıl önemli olan ise standartlar arasında sinerji oluşması ve uygulamalarında masrafları azaltmak, etkinliği maksimize etmek ve en çok da münferit yargılamalar için en önemli alanlara; yani daha fazla para aklama riski olanlara odaklanmaktır. Sağlam AML/CFT uygulamaları uluslararası düzenleme ve denetim sistemlerinin önemli bir ayağıdır. Bu vebaya karşı toplumları korumak için güçlü yolsuzlukla mücadele rejimleri de eşit derecede önem arz etmektedir. Yolsuzluk ve kara para aklama arasındaki ensest ilişkiyi çözebilmenin püf noktası öncelikle düzgün, çok disiplinli yaklaşımlarla etkin ve uygulanabilir kara para akalama ve yolsuzlukla mücadele rejimlerinin entegre edilmesinde yatmaktadır.

ÖZET

Yolsuzluk ve kara para aklama oldukça bağlantılıdır. Rüşvet ve kamu mallarının çalınması gibi yolsuzluk suçları önemli miktarda gelir ortaya çıkarır. Bu gelirin yasa dışı damgası yemeden finansal sisteme girebilmesi için aklanması -ya da "temizlenmesi"- gereklidir. Aynı zamanda, yolsuzluk da kara para aklamaya olanak sağlayabilir: yolsuzluk yapan memurlar, gelirlerin (kaynaklandıkları gelir getiren suçlardan bağımsız olarak) aklanma operasyonunu etkileyebilir ve kara para aklayanların tüm kontrol ve yaptırımlardan kaçmasına müsaade edebilirler.

İşbu makale, yolsuzluk ve kara para aklama arasındaki “ensest” ilişkiyi açıklamaktadır. Öncelikle uluslararası hukukun yolsuzluk ve kara para aklamayı önleme ve engelleme alanındaki gelişimi tartışılır. 1990’lardan beri neredeyse tüm uluslararası kuruluşların devamlı olarak birbirlerinin kazanımlarından da faydalanarak bu cezai fenomenlerle mücadele için çabalarını ne oranda arttırdıklarını gösterir. 20 yıldan daha fazla zamanın ardından ortaya çıkan sonuç; düzgün ve etkili biçimde uygulandığı takdirde yolsuzluk ve kara para aklamanın, ekonomi ve hukukun egemenliğine yönelik tehdidini bir hayli hafifletecek; oldukça detaylı bir takım yasal normlardır.

Akabinde makale, kara para aklama ve yolsuzluk açısından ekonomik krizi tartışır. Bu suç oluşturan davranışların küresel ekonomi üzerinde ki olumsuz etkilerini ve uluslararası toplumun hızlı tepkisini somut örneklerle ortaya koyar. Devamında ise makale, Uluslararası Para Fonu’nun (IMF) bu kapsamda oynadığı ve oynamaya devam ettiği rolüne odaklanır. Bu rol Fon’un diğer uluslararası kuruluşlarla (Mali Eylem Görev Gücü(FATF) ve FATF benzeri bölgesel organlar gibi) çalışma politikasında ve Fon’un kendi Finansal Sektör Değerlendirme Programı (FSAP) ve denetim (Fon’un Anlaşma Hükümleri Madde 4 kapsamında) faaliyetlerinde açıkça ortaya çıkar. Son 10 yılda Fon’un kara para aklama ve terörizmin finanse edilmesiyle mücadele (AML/CFT) programının nasıl geliştiği ve Yürütme Kurulu tarafından ilerleme için verilen yön tartışılır. Özellikle IMF’nin icra kurulu direktörleri tarafından Fon’un Finansal Sektör Değerlendirme Programı (FSAP) altında AML/CFT konuları ve onların ön suçlarına ilişkin olarak Modüler Ekonomik İstikrar Değerlendirmeleri (MFSA) yapısına ve madde 4 kapsamındaki denetime verilen desteğe değinir.

Makale, yolsuzluk ve kara para aklama ile mücadeleye çok disiplinli yaklaşımın önemini altını çizerek sonlanır. Yolsuzluk ve kara para aklama ile mücadele şekillerinin ulusal düzeye daha iyi entegre olmasını tartışır. Aynı zamanda makale, sonuçların etkisini maksimize etmek için ülkeler ve uluslararası kuruluşların kaynaklarını yolsuzluk ve para aklama riskinin daha fazla olduğu yerlere yönlendirmeleri gerektiğini belirtir. Ayrıca uluslararası standartları özümsemenin ötesinde etkin uygulamaların yolsuzluk ve kara para aklama ile mücadele politikalarının başarısında anahtar olduğuna işaret eder.

İNSAN TİCARETİNİ BİR PAZAR SİSTEMİ OLARAK ANLAMAK: CİNSEL SÖMÜRÜYE YÖNELİK İNSAN TİCARETİNDE KONUNUN TALEP YÖNÜNÜ ELE ALMAK

Alexis A. ARONOWITZ / ANNEKE KONING¹

Çeviren: Av. Lahika KARADUMAN

ÖZET

İnsan kaçakçılığının gelişimini tam olarak anlayabilmek için, birilerinin de onu insan tacirlerinin, insan ticareti mağduru kişiler aracılığı ile verilen hizmetlere olan talebi karşılayarak kar ettiği bir Pazar sistemi olarak analiz etmesi gerekmektedir. . Bu makale cinsel istismar amaçlı insan ticaretine olan işbu piyasa tabanlı arz- talep yaklaşımını tanımlayarak, cinsel hizmetlere olan taleplerin türleri ile onları oluşturup geliştiren sosyal ve kültürel öğeleri incelemektedir. Aynı zamanda bu çalışma (insan ticareti mağduru) seks işçilerine olan talebi insan ticareti zincirindeki üç bağımsız grup açısından incelemektedir: İnsan ticareti mağduru kişilerin müşterileri (asıl talep) , seks işçilerinin (İnsan ticareti mağduru) işverenleri ve insan ticareti sürecine dahil olup bağlı talebi oluşturan 3. Kişiler (simsarlar, seyahat acentaları, nakliyeciler) Makalenin devamında ise zorla fuhuş yapmaya ve diğer cinsel hizmetleri vermeye zorlanan insan ticareti mağdurları, müşterilerce talep gören sözde albenileri –düşük maliyet, uysallık, gençlik ve egzotizm- gibi pek çok genç kadının fuhuşa sürüklenme riskini doğuran özellikler tanımlanmıştır. Aynı zamanda fuhuş tüketiminin- genellikle insan tica-

1 Alexis A. Aronowitz, PhD University College Utrecht University.P.O. Box 80145.3508 TC Utrecht. The Netherlands

Tel:+31 20 638 2019 (home)

Email: a.a.aronowitz@uu.nl

Akademik Mensubiyetler: New Orleans Loyola Üniversitesi (Ceza Hukuku Lisansı), Albany New York Eyalet Üniversitesi (Yüksek Lisans ve Doktora)

A. Koning, M. Phil. Kriminoloji Öğretim Görevlisi

Email: a.koning@law.leidenuniv.nl

Fakülte/Bölüm: Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Strafrecht & Criminologie, Criminologie. Ofis Adresi: Kamerlingh Onnes Gebouw. Steenschuur 25.2311 ES Leiden. The Netherlands

reti mağdurlarınca sağlanan -neden bazı toplumlarda diğerlerine oranla daha yaygın olduğunu araştırıyor.

GİRİŞ

Modern çağın köle ticareti olan insan ticareti, Birleşmiş Milletler'in Özellikle kadın ve Çocuklara yönelik İnsan Ticaretini Önleme, Durdurma ve Cezalandırma (2000)² Protokolünün 3. maddesinde

“.....tehdit, zor kullanma ya da kaçırma, sabotajlık, kandırma, güç ya da mevkiinin kötüye kullanılması, para ya da başkaca fayda sağlayarak rızasını elde etmek gibi diğer baskı yöntemleriyle insanların temin edilmesi , taşınması , nakledilmesi , yataklık edilmesi ve teslim alınması suretiyle bir insanın sömürü amacıyla başka bir insan üzerinde kontrol sahibi olmasıdır . Bu sömürü kavramı asgari olarak başkalarının seks işçiliğinin sömürülmesini veya diğer cinsel sömürü biçimlerini, çalışma veya hizmete zorlamayı, kölelik veya benzeri uygulamaları, iş mahkumiyetini veya organların çalınmasını içerir.”

şeklinde tanımlanmıştır. Sömürüye pek çok sektör ve yolla rastlandığından insan ticareti, pek çok farklı şekilde görülebilir. Cinsel sömürü en çok bilinen ve araştırılan insan ticareti türüdür ve Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) istatistiklerine göre de en çok rastlanılan insan ticareti türüdür şöyle ki; 52 ülkede tespit edilen insan ticareti kurbanlarının %79'u cinsel sömürü, %18 'i zorla çalıştırma ve %3 'ü ise diğer türlerin kurbanıdır (UNODC, 2009)³. Bilhassa kadın ve çocuklar cinsel ve diğer sömürülere karşı daha savunmasızdırlar, tespit edilen insan ticareti kurbanlarının çoğunluğu kadın (%66) olmak üzere %13 'ü küçük kız çocukları ile %9 'u küçük erkek çocuklarıdır (UNODC, 2009)⁴. 2012 UNODC rakamlarına yansıdığı üzere bu oranlar değişmiştir ancak hala

2 Özellikle kadın ve Çocuklara yönelik İnsan ticaretini Önleme, Durdurma ve Cezalandırma Protokolü, Milletlerarası Organize Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Konvansiyonu Eki internette http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_%20traff_eng.pdf adresinden indirilebilir.

3 UNODC datalarının sadece kayıt altına alınmış olayları referans aldığı bilinmelidir. Fahişelik ve cinsel sömürü diğer insan ticareti türlerine göre daha rastlanılabilir olduğundan bu olaylar daha sıklıkla tespit edilmiş ve istatistiksel bir sapmaya neden olmuş olabilir.

4 Tespit edilen kurbanların %12 sini erkekler oluşturur. Datalar 61 ülkeden toplandı. (UNODC,2009)

2012 'de rastlanılan insan ticareti kurbanlarının %58 ' i cinsel sömürü kurbanları olup, bunların % 59 ' u kadın %17 'si küçük kız çocuklarıdır.

Her ne kadar insan ticareti hacmi konusundaki hesaplamalar tanımsal sorunlara ve metodolojik zorluklara neden olduysa da (bkz. örn. Laczko & Gramegna, 2003; Salt & Hogarth, 200; Aronowitz, 2009) Uluslararası Çalışma Örgütü insan ticareti sonucunda dünya üzerinde 2.45 milyon insanın zorla çalıştırma kurbanı olduğunu öngörmektedir (Uluslararası Çalışma Örgütü, 2005). Bales'in 2004 tarihli çalışmasına göre ise dünya üzerinde insan ticareti ya da köleliğe maruz kalmış insan sayısı yaklaşık 27 milyondur. İnsan ticareti hem oldukça yaygın hem de global bir problemdir öyle ki 180 'den fazla ülkede belgelenmiştir. (U.S: Department of State, 2012)

Cinsel sömürü amaçlı insan ticareti ile mücadele edebilmek için daha da etkili önlemler gereklidir. Bu önlemleri geliştirmek ve uygulamak için, akademisyenlerin, kolluk kuvvetlerinin, politikacıların ve kendini insan ticaretini azaltmaya adanmış diğer kişilerin insan ticaretini globalleşen dünyada karlı bir pazar olarak yorumlaması gerekmektedir. Böylece bu makale birinci bölümde kapsamlıca bir pazar olarak insan ticaretini ve farklı talep türlerini gözden geçirirken ikinci bölümde ise bu taleple mücadele edebilmek için bazı önlemler öneriyor.

Bir Pazar Sistemi Olarak İnsan Ticareti

İnsan ticaretinin bir pazar sistemi olarak analizi onu sadece tacirler ve kurbanlardan ibaret dar bir çerçeveden daha kapsamlı bir kavrama dönüştürmektedir. Bu pazar bazlı bakış açısının faydası; ekonomik yaklaşımla temellendirilmiş olması ve tacirlerin bu işe bulaşmalarının öncelikli ve önemli nedeninin büyük kar getirmesi olduğu (Rasyonel Seçim) varsayımına dayanmasıdır. Bu nedenle paralı seks için sömürülen işçi pazarı diğer illegal pazarlara benzemektedir: ürün; insanlar, talep; fuhuş ve diğer ucuz ve şekillendirilebilir iş gücü türleridir, arz (ürün) ve talep dinamik olarak eşleşmekte ve bunu karmaşık bir sosyal ağ yönetmektedir. (Williams, 1997; Pennington et al., 2009)

Cinsel sömürü amaçlı yapılan insan ticareti pazar sisteminde alınıp satılıp ticareti yapıp kullanılarak eşya muamelesi gören kurbanların

çoğu damgalanmış, bir kısmı suça sürüklenmiş ve çok az kısmı düzelebilmiştir. (Anderson and O' Conell Davidson, 2003) Bu insan ticareti pazarını geliştiren ya da oluşturan 3 temel öge bulunmaktadır: göndere ülkelerdeki sınırsız görünen sömürüye 'uygun' insan arzı, temin edilen hizmetlere olan varılan ülkelerdeki sınırsız talep, büyük karlar elde etmek için ticareti yapılan insanları pazarlayıp sömürerek bu "arz ve talep " dengesini kontrol eden organize suç çeteleri (Bales, no date: 1-2).

Arz

Bu pazar sisteminde arz hizmetlerin kaynağını ya da nesnel uygunluğunu ifade etmektedir. Göç etmek ve çalışmak isteyen insan arzı neredeyse sınırsızdır.⁵Arz bakımından insan ticareti sürecinde insanların hayatlarını iyileştirmeye olan ebedi arzusu onları insan ticaretinin tuzaklarına karşı savunmasız hale getiriyor. Yoksulluk, siyasi ve sosyal dışlanma, eğitim ve iş olanaksızlıkları, aile içi şiddet, kadına çocuğa ve etnik azınlıklara karşı ayrımcılık ve şiddet, yolsuzluk, işkence, hukukun olmayışı, doğal felaketler ve savaş koşulları; kendilerinin veya çocuklarının hayatını iyileştirmeye çalışan insanlarca istikrarlı arzı oluşturmaktadır. (U.S. State Department, 2005; Europool, 2009, Aronowitz, 2009) Dahası, belirli toplumlardaki kültürel çocuk evlat verilmesi uygulamaları yasa dışı evlat edinmeye olduğu gibi çocuk işçilerin (ev içinde) sömürülmesine de yol açabilir.(Aronowitz, 2006)

Küreselleşme, artan milletlerarası insan trafiği pazarının arz ve talep kısmını çeşitli yollarla şekillendirmiştir. Öncelikle küreselleşme sadece sömürülebilecek işçi arzının değil, onlara olan talebin de artmasına hizmet etmiştir. Uluslararası pazar rekabetinin artması işverenleri imalat maliyetini düşürmek için mümkün olan her yolla üretim maliyetini düşürmeye sürükledi. İnsan tacirleri uygun maliyet ve ucuz işgücü için artan bu ihtiyaçtan, düşük maliyetli insan gücünün kazanç karşılığı sunulmasına aracılık yaparak avantaj elde ederken; ucuz iş gücü arayışında

5 Sömürülmeye uygun insan arzının ölçü ve kapsamı kültürel öğelerden etkilenmektedir. Bazı yerlerde cinsel sömürü riskini azaltan koruyucu toplum etkenleri kadın ve çocukların sex endüstrisine katılmalarını zorlaştırmaktadır. Her ne kadar istihdam yönünden aciz ve sömürülmeye açık bireylerin temini neredeyse sınırsızsa da yerel düzeyde bahse konu acizliği azaltmaya yönelik önleyici tedbirlerin faydası bulunmaktadır.

işverenler, genel ev (fabrika) sahipleri bazen işçilerinin insan haklarını ihlal etmek konusuna kayıtsız kalıyorlar. Küreselleşme hem ucuz ürünlere karşı yükselen talebe hem de ucuz iş gücüne karşı katalizör görevi görmüştür. Sömürülen iş gücü ucuz ve karlı olduğundan sömürülen insanlara olan talep için de katalizör görevi görmüştür.

Bunlara ek olarak, uluslararası sınırlarda ki ticari kısıtlamaların azaltılması; sınırlar arası trafiğin artması; ulusal ve uluslararası pazarlar arasındaki farkların azalması suç örgütlerine dünya çapında, uluslararası düzeyde, sınırlar ötesi operasyonlar yönetme fırsatı sundu. (Schloenhardt, 1999)

Sınırların geçirgen olduğu ya da dış sınırların genişlediği ve üye devletlerin vatandaşlarının üye ülkeler arası vizesiz yasal olarak seyahat edebildiği bölgelerde insan tacirlerinin yakalanma riskinin azalmasından ötürü ürün, hizmet ve sermayenin dolaşım kolaylığı arttı.

Üçüncü olarak, küreselleşme toplumlardaki temel itici etkenleri etkileyerek spesifik grupların savunmasızlığını arttırdı ve onları insan tacirliğine ve uluslararası suçlara daha yatkın hale getirdi. Teknoloji ve pazar gücünün yayılması geleneksel kültürler üzerinde baskı oluşturarak bazı durumlarda toplumsal bağların kopmasına neden oldu. Bu önemli sosyal bağlarda oluşan hasar belirli grupların dışlanmasına, marjinalleşmesine ve yoksullaşmasına sebep olarak onları sömürüye karşı daha da savunmasız hale getirdi. Ayrıca, küreselleşme ile beraber gelen tüketim zihniyeti ve materyalizm, nüfusun büyük çoğunluğunun şiddetle arzulanan tüketim ürünlerini edinecek olanakları olmamasından ötürü; küresel kuralsızlığa yol açabilir. Bu ürünlere ulaşmak için para elde etmek amacıyla uluslararası suça yönelmek (suçlu ya da göçmen olarak) bazı toplumlarda teşvik edilmektedir. (Passas, 1999)

Talep

İnsan ticaretinin esas sebeplerini araştırırken daha önceki araştırmalar çoğunlukla insan ticareti mağdurlarının arzı ve teminine (sebeplerine) odaklanmıştır. Araştırmalar kurbanlarını tedarik eden tacirleri ve bunların hangi sistem ve araçları kullandıklarını da inceledi. İnsan ticaretinin talep kısmı eşit derecede önemli olduğu halde daha az dikkat çekmiştir.

“Talep” kavramının insan ticareti kapsamında üzerinde anlaşılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Talep pazarlama ve ekonomide umumiyetle “ belirli bir ürün, hizmet ya da işin tercih ya da arzu edilmesidir.” (ILO, 2006: 15) Talep esnek veya esnek olmayan şekilde karşımıza çıkabilir: bir hizmete olan esnek talep, ürün veya hizmetin fiyatına bağlı olarak dalgalanırken; bir ürün veya hizmete olan esnek olmayan talep, fiyat-taki dalgalanmalara rağmen stabildir. Bu tüketicinin ürün veya hizmet için neredeyse her fiyatı ödeyeceği anlamına gelir. Cinsel amaçlı insan ticaretinde ucuz sekse olan talep oldukça esnektir; fiyatın artması talepte bir azalmaya neden olacaktır. (Kara, 2009) Tam tersine daha fazla kişinin bu servisleri daha ucuz fiyatlarla sunması ise daha fazla müşteri, dolayısıyla daha fazla taleple sonuçlanacaktır.

Dünya üzerinde her zaman fuhuşa talep var olmuştur. Gelişen seks endüstrisi neredeyse sadece - kadınlardan, küçük kız çocuklarından, küçük erkek çocuklarından ve erkeklerden cinsel hizmet alan- erkeklerle beslenmektedir. Seks endüstrisi geleneksel randevu evleri ve sokak fahişeliğinden; eskort servisleri, “özel kulüpler” ve rezidanslar, masaj salonları, internet aracılığıyla yapılan reklamlar ve internet (çocuk) pornosuna yayılmaktadır. Fuhuşa olan erkek talebi seks endüstrisinin büyümesine sebep olan “ en doğrudan ve yakın” sebep olarak adlandırılmaktadır. Şayet seks tüketimine karşı erkek talebi olmasa idi muhabbet tellalları, tedarikçi ve insan tacirleri kar elde edemez ve “fuhuş pazarı parasız kalırdı” (Raymond, 2004:1160).

İnsan ticareti mağduru seks işçilerine olan talep incelenirken üç farklı grup tanımlanabilir. Müşteri ya da alıcılardan oluşan ilk grup asıl talebi gösterir. İkinci ve üçüncü grup işveren(patron, porno film yapımcıları, randevu evi ve masaj salonlarının yöneticileri) ve insan ticareti sürecine dahil olan (tedarikçi, seyahat acentesi, nakliyecisi) üçüncü kişilerdir. Bu gruplar insan ticaretinden gelir elde etmeyi hedefleyip bağlı talebi oluştururlar.

Talep genellikle sadece fiyat, maliyet ve gelirden değil sosyal ve kültürel öğelerden, ülkedeki örf ve adetten de etkilenir ve belirli meslek gruplarında daha yaygındır. Patlayan milyar dolarlık seks ve eğlence endüstrisinde kadının sömürülmesi belirli toplum ve kültürlerde diğerlerine göre daha yaygın olan “...ataerkil toplumlardaki eşit olmayan

güç dengeleri, kadının metalaştırıp, tüketilecek bir seks objesi haline getirilmesi “ (Goward , 2003: no page) ‘ ne dayalıdır.

İnsan Ticareti İş Ağı

Asıl ve bağlı talep arasındaki tek fark yapan kişinin bundan para kazanması olmayıp aynı zamanda insan ticareti zincirindeki kronolojik sıralamaları da önemli bir farktır. İnsan ticareti tek bir olaya bağlı olarak oluşan bir suç olmayıp; tedarikten, ulaşıma, işe alımdan, sömürmeye ve satın almaya uzanan bir süreç ya da zincir gibi görülmelidir. (Aronowitz, 2009) İnsan ticaretine bağlı olarak, kişisel ya da kurumsal olarak ticareti yapılan kişilere olan talep üç farklı seviyede (basamakta) ortaya çıkar.

Bağlı talep insan ticareti zincirinin ya da sürecinin başlangıcında olup tedarikçiler, acenteler, nakliyeciler ve ticareti yapılan kişilerin cinsel sömürü için tedarik, yataklık ve ulaşımını sağlayan diğer kişilerden oluşur. İnsan ticareti zincirinin ortasında ikinci basamağı bağlı talep işverenler, sahipler, randevu evi yöneticileri, ya da müşteri ya da alıcılarınca arzu edilen özel albenileri ya da belirli özelliklere sahip kadın çocuk ya da erkeklerin “siparişini” verenler meydana getirir. Talebin üçüncü basamağı ise asıl talep olup insan ticareti zincirinin en sonunda; fahişelerin müşteri ya da alıcıları, çocuk ya da cinsel olarak sömürülen diğer kurbanların pornosunu izleyenler olarak ortaya çıkar.

Arz ve Talep arasındaki İlişki

Arz ve talep arasındaki ilişki birbirinin içine geçmiş halde ve karışıkır. İnsan ticaretini ticari seks hizmetleri ve evde çalışan işçilere olan talep bakımından inceleyen çok uluslu bir çalışma “ arz ve savunmasızlığa ilişkin olarak sorulan derinlemesine sorulara istinaden –tam tersi olması gerekirken- neredeyse arzın talebi oluşturduğunu” ortaya koymuştur. (Anderson and O’Connell Davidson, 2003: 41) Müşterilerin değil de arzın - İnsan ticareti mağduru kadınların- talebi oluşturduğu tartışılmıştır. (Newman, 2006)

Arz ve talep “politik, sosyal, geleneksel ve ekonomik öğelerin karmaşık biçimde birbirinin içine geçmesiyle” oluşmuştur. (Anderson and O’Connell Davidson, 2002: 54) Hizmetlerin uygunluğu neticesinde talep oluşmuştur. Anderson and O’Connell Davidson (2002:26) önermelerini desteklemek için aşağıdaki örneği sunmuşlardır:

Örneğin zengin yerlerde çok az çocuk ayakkabı boyacısı olarak çalıştığı halde gelişmekte olan fakir yerlerde pek çok çocuk ayakkabı boyacısı olarak çalışmaktadır. Bu türden çocuk işçiliğinin varlıklı ülkelerde olmaması ile fakir ülkelerde oluşunu ayakkabı boyacısı işçiliğine olan mutlak talebin farklı düzeylerde olmasına atıfta bulunarak açıklayamayız. Başka yerlerde olduğu gibi burada da arz ve talep arasındaki ilişki sırasıyla ekonomik ve sosyal sebeplerle beraber hükümetin çalışma (çocuk işçilerin çalışması dahil) , göçmen, eğitim ve sağlık politikalarınınca oluşmaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütü, bir deneysel ekonometrik analizinde seks ticaretinin arz ve talep bileşenlerini, insan ticaretini oluşturan en önemli iki faktörü olarak tanımlamıştır. (Danailova-Trainor & Belser, 2006) İşsizlik ya da eksik istihdam arzı etkilemektedir, bilhassa kadınlar için: bir ülkedeki genç kadınların işsizlik oranı ile insan ticareti kurbanları sayısı arasında istatistiksel bir korelasyon vardır. Dahası ticareti yapılan insanlara olan talep küreselleşmeye daha açık olan ve fuhuşun daha fazla olduğu ülkelerde daha fazladır. (Danailova-Trainor & Belser, 2006) Arzı etkileyen bir diğer önemli öge ise gönderen ülkelerde organize suçların olmasıdır. (Shelley,2010) Shelley organize suçun onları bir araya getirdiğini ileri sürmektedir.

Piyasalar arz ve talep ile yönlendirilirken; “geleneksel yapı” ya da kültürel değişkenler ile yasaların varlığı veya uygulaması ve ceza ve uygulamaların başarısıyla oluşan toplumun insan ticareti pazarına verdiği tepkiden de etkilenmektedir.

İnsan Ticareti Kurbanlarının ”Özel Albenileri”

Pazarlanan seks işçilerinin iş ve servislerine olan spesifik asıl talebin varlığını öngörmek akıl almaz olup kanıtlanması zordur.

İş ve servislere olan genel talep ile insan ticareti mağdurlarının iş ve servislerine olan talepler her ne kadar önemli bir ölçüde özünde birbirinden ayrılsa da –ilki insan haklarını ihlal etmemekte, ikincisi(?) etmekte- pratikte bu ikisi benzer olabilir. Bu hizmetlerin tüketicisi iş ya da hizmetin sağlayıcısının insan ticareti mağduru bir kişi olduğunun farkında olmayabilir ve elbette bir fuhuş müşterisinin özellikle insan ticareti mağduru bir kişiyi arayarak diğerlerini reddetmesini tahayyül

etmek zordur. Onun yerine “bu hizmet veya işleri sömüren ve tüketenlerin uluslararası ve ulusal insan ticareti yasalarına ve bir insanın savunmasızlığa, esarete sürüklenmesine duyarsız olduğunu söylemek daha mantıklıdır.” (Anderson and O’Connell Davidson, 2003: 9 vurgu eklendi) Bu nedenle fuhuşa olan tüketici talebinin özellikle insan ticareti mağduru fahişelere yönelik bir arzu olması gerekmemektedir.

Belirli bir ürün ya da hizmete olan talep onun özel albenisi olarak da anlaşılabilir. Bales bunu (2005:158) bir ürünü benzer ürünlerden ayırt edip, “Tüketiciler tarafından oluşturulan veya var olan talebi besleyen “ özel nitelik veya özellikler olarak tanımlamıştır. Bu pazarlama konsepti insan ticareti pazarına da uygulanabilir. Özel satış albenilerinin varlığı, sadece fahişe ve hizmetçilere yönelik olup kimi zaman insan ticareti kurbanlarına da denk gelen genel bir talep vardır demek yerine pazarlanan ve sömürülen bu kişilere yönelik spesifik bir talep olduğunu gösteriyor. Müşteriler ya da işverenler özellikle insan ticareti mağdurlarını istediklerinden değil fakat genellikle insan ticareti mağdurlarının sahip oldukları belirgin spesifik niteliklere sahip kişileri istemektedirler. Bu nedenle insan ticareti mağduru işçilerin sahip olduğu bu özel nitelikler onları insan ticareti mağduru olmayan işçilerden ayırarak onların hizmetlerini tüketmeyi daha cazip hale getiriyor.

Seks endüstrisinde özellikle şunu anlamak önemlidir ki, işçilerin patronları ve tüketiciler her zaman basitçe somut “bir şey” istemek yerine “somutlaştırılmış hizmet” olarak anılacak olan: belirli bir yaş, cinsiyet, ırk, milliyet ya da sınıftan birilerinin hizmet ya da servislerini kullanmayı yeğliyorlar. (Anderson and O’Connell Davidson, 2002) Bu, ticari cinsel faaliyetlerin tüketicilerinde özellikle belirgindir. Özünde fuhuş ve diğer tür cinsel sömürüleri tüketenler belirgin “bir şey” arıyorlar, pek az müşteri işçinin işini uygulayışına bakarak yaşlı bir erkekten alacağı hizmet ile genç bir kadından alacağı hizmetten eşit oranda mutlu olabilir. Talep belirgin bir millete (Rus), etnik gruba (Asyalı) veya yaşa (özellikle genç çocuklar) veya belirli bir niteliğe (bakire olmak) yönelik olabilir. O halde insan ticareti kurbanlarını fuhuş ve diğer tür cinsel sömürüler için daha cazip hale getiren albeniler nelerdir?

Araştırmalar gösteriyor ki belirli mesleklere mensup erkekler (tır soforleri, denizciler, ordu veya barış güçleri, seyahat eden iş adamları

ve turistler) fahişelerin sunduğu hizmetleri almaya daha yatkındır. (e.g. Monto, 1999; Otsuki ve Hatano, 2009) Erkekleri fahişe kullanmaya belirgin bir seks partneri ya da seks deneyimine olan istek, ne zaman ve nasıl seks yapabileceğini kontrol etme arzusu ve yakınlık kurma ihtiyacı teşvik ediyor. (Anderson and O'Connell Davidson, 2004) Erkeklerin seks tüketme talepleri aşağıda bahsedeceğimiz hususlardan – insan ticareti mağdurlarının albenilerinden- etkilenmiş olabilir.

Düşük Maliyet

Şu gerçeği ortaya koymak gerekir; cinsel hizmetlere olan talep esnek olup, fiyat dalgalanmalarının talep üzerinde güçlü bir etkisi vardır. (Kara, 2009) Seks tüketmeye en yakın olan gruplar arasında yapılan araştırmalar erkeklerin seksin ucuz olduğu şehir ve ülkelerde seks tüketmeye teşebbüs ettiklerini göstermektedir. Sınır şehirlerindeki fahişeler seksin daha pahalı olduğu komşu ülkelerden akın eden “seks turistleri” ile karşılaşmaktadır. Bu şekilde gelişen seks turizmi Finlandiyalı ve biraz daha az olsa da İsveçli erkeklerin kuzey Rusya'daki⁶ şehirlere ve Almanların çeşitli Çek sınır şehirlerine seyahat etmesiyle görülür.⁷ Ayrıca ekonomik durgunluk dönemlerinde, müşterilerin fahişelerle daha ucuz fiyat için pazarlık yaptığı da bilinmektedir. Toronto şehir merkezinde, var olan ekonomik kriz nedeniyle sokak fahişelerinin hizmetlerinin ortalama fiyatları oral seks için 60 dolardan 20 dolara ve cinsel ilişki için de 150 dolardan 80 dolara düşmüştür. (Crawford, 2009) Bu spesifik durumda teorik olarak müşterilerin bütçelerinin daralmasından ötürü talebin azalmasına fakat ekonomik kriz nedeniyle simultane olarak arzın yani fahişelerin artmasına yol açan çift eğrili değişken fiyatların düşüşüne sebep olmuştur diyebiliriz. Bu tepkiler pek çok seks tüketicisi için fiyatın önemli bir faktör olduğunu ve cinsel hizmetlerin daha ucuza sunulduğu zaman talep seviyesinin artabileceğini göstermektedir. (Anderson and O'Connell Davidson, 2004)

İnsan ticareti mağduru seks işçilerinin (verdikleri hizmetlerin) fiyatının daha pahalı olan gönüllü meslektaşlarına göre daha ucuz olmasının

6 Anderson ve O'Connell Davidson (2004) IAF (Uluslararası Köleliği Kaldırma Federasyonu), 2001: Özel Durum: İskandinav Ülkelerinde Fuhuş. Uluslararası Köleliği Kaldırma Federasyonu Bülteni. Ağustos, ve Rusakova, M., 2001

7 Anderson ve O'Connell Davidson (2004) Siden alıntı, A., 2002: Warte Mal! Kadife Devrimden sonra Fuhuş. Londra: Hayward Gallery.

nedenini anlamak kolaydır. Sömürüye dayalı insan ticareti sürecinde, insan ticareti mağduru kurbanlar sadece müşteriler için “düşük maliyetli ürünler” olmayıp üstelik tacirler de onların hizmetleri üzerinden kar elde etmektedir. Pazarlanan seks işçileri randevu evi, masaj salonları ve seks dükkanları sahiplerince, parasız ya da çok az bir para karşılığında uzun saatler çalışmaya zorlanabiliyor. Buna rağmen işi döndürebilmek için ulaşım, belgeler ve kaçakçılık için yapılan harcamalar, rüşvet gibi yakalanma riskini azaltmak için yapılan masrafların yapılması gereklidir. Maaş ödemeleri ya çok az ya da hiç yoktur ve masraflar da kolayca ticareti yapılan kurbanlara borç adı altında yüklenmektedir.

Uysallık

Tacirler, muhabbet tellalları, randevu evi sahipleri ve işçiler insan ticareti mağdurlarının zorla alınan iş gücünden maksimum karı elde etmek için dolandırıcılık, zorbalık, tehdit, şiddet, korkutma ve tecritle onları uysallaştırıyorlar. Bales uysallığı (no date: 6) şu şekilde tanımlar: “tüketicinin köleleştirilmiş insan ticareti mağduruna istediği her şeyi zorla yaptırabilmesi ya da ona istediği her şeyi yapmasıdır.” Uysallık veya kurban üzerinde kontrol sağlama öncelikle psikolojik baskı (örneğin cinsel aşağılama) ile birlikte yetersiz beslenme, uykudan mahrum etme, tecrit, psikolojik sindirme, aile bireylerini tehdit ve belgelere el koyma ile sağlanır. Daha da kötüsü kurbanın çoğunlukla tecrit edilmiş olması, yerel dili bilmiyor oluşu ve çevresine yabancı olmasıdır. Uysallık hem tacirler hem de tüketiciler için bir albenidir. Kurbanı kolayca yönlendirip kontrol etmekle kurbanın kaçmaya çalışmayacağı, her hangi bir soruşturma başlatılırsa otoritelerle işbirliği yapmayacağı garantelenir. Bazı Batı Avrupa ülkelerindeki insan tacirlerinin, fahişelerin itaatini sağlamak için kendi geldikleri (Doğu Avrupa) ülkelerden fahişiler getirdikleri gerçeği bilinmektedir. (Aronowitz, 2009) İnsan ticareti mağduru kurbanın tüketicisi ise uysallık ya da itaat sayesinde isteklerinin direnilmeksizin gerçekleştirileceğini garantilemiş olur. İnsan ticareti kurbanları, müşterilerle ilişkilerinde nadiren durum ve koşullar ile ilgili sınırlar koyabilir. (Anderson and O’Connell Davidson, 2004:22) İnsan ticareti mağduru fahişeler diğer meslektaşlarına göre “egzotik” ve normal dışı cinsel eylemlere daha kolay zorlanabilir ve müşterilerin korunmadan cinsel ilişkiye girme taleplerine daha kolay razı olabilirler.

Genç Fahişeler

Birden çok ülkede seks tüketicileri ile yapılan bir araştırma, çalışma yapıldığı sırada çalışmaya katılanların üçte ikisi 31 ila 50 yaş aralığında olduğu halde “araştırmaya katılanların dörtte üçünden biraz fazlasının 35 yaşın altında fahişeleri, %22 ‘sinin ise 18 ya da altı fahişeleri tercih ettiğini” tespit etmiştir. Kendileri orta yaş ve üzerine doğru ilerlemelelerine rağmen pek çok müşteri için gençlik hala seks işçilerinde aranılan bir özelliktir. (Anderson and O’Connell Davidson, 2003:19)

İnsan ticareti mağduru kişilerin daha ucuz ve uysal cinsel hizmet sunma ihtimalleri; insan ticareti mağduru olmayan bireylerinkine göre daha yüksek olmakla beraber, rıza gösterme yaşının altındaki kişilerle ticari cinsel ilişki, daima bir sömürüdür.

Genç fahişelere olan özel talebin nedeni müşterilerin değişik inanç ve ilgileri olabilir. Bu “cinsel yönden masum” , deneyimsiz, talepkâr olmayan ve pasif fahişelere olan arzuya bağlanabilir. Onlar daha çok sınırlar koyabilen daha yaşlı ve tecrübeli fahişelere göre daha uysal olabilirler. Bazı müşterilerin ergenlik öncesi çocuklara karşı: seks turizmi sayesinde harekete geçirebilecekleri bir özel ilgisi olabilir. Bazıları da bilhassa Asya ve Afrika’da yaygın olan, sağlıkla ilgili esaslı yanlış düşünceler ve mitlerle hareket ederler: Mesela bir çocukla cinsel ilişkiye girmenin AIDS’e tedavi olacağı, cinsel gücü arttıracacağı ya da iş girişimlerinde şans getireceği. (Hughes, 2005; Anderson and O’Connell Davidson, 2002).

Genç çocukların dahil olduğu pazarlardan en spesifik olanı bakireler için olan pazardır. Çocuklarla seks yapmanın “ iyileştirici güçleri” ne ilişkin mitlerin bakireler için de fazlasıyla geçerli olması bu özel “tüketim malına” karşı muazzam bir talep oluşturmaktadır. Özellikle Asya’da “bakireler; kullanıldıktan sonra hayatı tamamen değişen nadir bir insan ürününü alabilecek üst düzey ve zengin kişilerce aranılan elit bir üründür”. (Hughes, 2005:25) Bir kız bakire olarak satıldıktan sonra belki birkaç kez daha bakire ya da tecrübesiz olarak satılabilir. Fakat, hizmetlerinin değeri hızlıca düşer ve müşterileri için tıpkı diğerleri gibi bir fahişe olur.

Egzotik Hep Aynı Olana Karşı

Hughes’a (2004) göre fuhuş müşterilerinin farklı etnik kökenlerden yabancı kadınlara olan talebinde artışa dair belirtiler vardır. Erkeklerin

cinsel beklentileri mitler ve etnik beklentiler tarafından yönlendirilmektedir. Bazı erkekler, egzotik olanı -öteki etnik ve ırksal kökenliler ve milli kimlikleri- seksüelleştirir. Latin Amerika, Karayipler ve Güneydoğu Asya ülkelerindeki batılı beyaz erkek seks turistleri üzerinde yapılan araştırmalar ortaya çıkardı ki bu kişiler “ırksal olarak “farklı” olanları seksileştirirken (de-sexualise) beyaz kadınları zihinlerinde cinsiyetsizleştiriyorlar. “ (Anderson and O’Connell Davidson, 2002:23 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri’ndeki Afro Amerikan fahişeler siyah kadınların aşırı seksi ve “hayvansı” olduğu klişesi ile mücadele etmek zorundadırlar. (Carter, 2003:215). Özellikle yabancı fahişelerle ticari cinsel faaliyetlerde bulunmak üzere seyahat eden seks turistleri için onların “farklılıkları” bir sürrealist his uyandırıyor ve müşteriyi kendi ülkesinde kabul edilemez ya da yasadışı olan cinsel faaliyetlere dahil olurken ahlaki sorumluluklarından kurtarıyor. (Roby and Tanner,2009).

Başka bir model de ortaya çıkabilir. Bir ülkede belirli bir millet ya da etnik gruptan seks işçileri çalışmaya başladığında (serbest ya da insan ticareti mağduru seks işçileri) bu belirli “tür” seks işçisi için bir pazar oluşabilir. Bu da dolayısıyla işverenlerin (muhabbet tellalı, randevu evleri ve masaj salonu sahipleri) ve 3. kişilerin (Tedarikçi ve ulaşımclar) karşılayacakları talebe yol açar.

Her ne kadar müşteri ve işverenler için “egzotizm” büyük önem taşısa da aynı zamanda seks işçilerinin belli bir ölçüde benzer olması da önemlidir: Çelişen bu iki albeni arasında bir denge olmalıdır. Günlük ürünler piyasasında da böyle bir dengeye sıklıkla rastlanılmaktadır, her şekerlemenin diğerlerine göre daha farklı gösterilmesi gibi ; “vahşi” ya da “egzotik” aynı zamanda belirli bir ölçüde benzerliği barındırır. O halde “aynılık”, bazı müşteriler için bir seks işçisinin benzersiz albenisini teşkil edebilmektedir ve bu, müşteri tabanının arzu ettiği belli bazı kriterlere uygun olan belirli kurbanlara yönelik talep oluşumu ile örtüşmektedir. Örneğin Meksikalı Cadena ailesi Florida’daki yasa dışı göçmen işçilere yönelik bir pazar oluşturdu ve daha sonra erkeklerle Meksika’dan getirilen genellikle küçük yaşta kadınları temin etti. Genç kadınlar dövülmüş ve tehdit edilmişti. (Aronowitz, 2009).⁸

8 Ağustos 1996 ile Şubat 1998 arasında Hugo Cadena-Sosa kız çocukları ve kadınları iyi iş ve hayat vaadiyle kandırarak Meksika’dan Florida’ya getirmiştir. Fakat bu kişiler Fuhuşa zorlanarak Cadena’ların Florida’daki genelevlerinde sex kölesi olarak alıkoymuşlardır. Kurbanlar Cadena

İnsan Ticaretini Tetikleyen Sosyal ve Kültürel Öğeler⁹

Cinsel sömürü amaçlı insan ticaretindeki talep kısmını yapılandırıp oluşturan birkaç unsur bulunmaktadır. Hughes (2005) ticari cinsel eylemleri (ya da pornografiyi) satın alan erkekler ve seks endüstrisini oluşturan sömürücülere -randevu evleri ya da kulüpleri için kadın “sipariş eden” ya da alanlar- ek olarak insan ticaretinin talep kısmını destekleyen başka iki öğeyi tanımlar. Bunlar; (1) varış ülkelerindeki¹⁰ sömürülen iş gücü ve fahişeliğe yönelik yasa, politikalar ve (2) sömürüye (Cinsel) göz yumarak teşvik eden kültür. Varış ülkelerindeki kanun ve politikalar talebin direkt karşılığı olmamakla beraber kasti olmasa da insan ticareti pazarının gelişmesini kolaylaştırmaya hizmet eder. Bir kültürün cinsel sömürüye göz yumması fakat seks satın alınmasını normalleştirerek fahişeliğin gelişmesine ve insan ticaretinin olmasına izin vermesi de muhtemeldir.

Muhtemelen bir kültürün ne derecede seks satın alımına göz yumduğunun ölçümü toplumda seks tüketen erkeklerin oranının ölçülmesiyle olacaktır. Bu sayılar ülke ve kültürlere göre geniş çeşitlilik göstermektedir. Danimarka, Hindistan, İtalya ve Tayland’da insan ticaretinin asıl talebi üzerinde yapılan küçük ölçekli bir pilot çalışmada cinsel eylemleri satın alan müşterilerle röportaj ve anketler yapıldı. Çalışma, farklı ülkelerdeki erkeklerin seks satın almaya karşı sosyal kabulünün kapsam ve doğası ile ilgili muazzam farklılıklar tespit etti. Örneğin Danimarkalı erkekler hiçbir zaman seks satın almaya karşı sosyal bir baskı görmediklerini söylerken, Taylandlı erkekler seks eylemlerini satın almayı “ hem ergenliğe geçiş hem de erkek arkadaşları ile ilişkilerini güçlendirmek için bir ritüel “olarak gördüler. (Anderson and O’Connell Davidson, 2003:17).

ailesine kaçakçılık parası olan 2000\$’ı ödeyene dek Cadena’ların genel evlerinde çalışmaya zorlanmıştır. Bazı durumlarda kurbanlar para verilmeksizin penceresi olamayan odalarda tutulmuş ve dayak ve Meksika’daki ailelerine karşı missilleme saldırıları ile tehdit edilmişlerdir. Kaçma girişiminde bulunanlar yakalanarak genel evlere geri getirilmiş, dayak yemiş ve hapsedilmiştir. (A.B.D. Adalet Bakanlığı, 2002)

- 9 Bu bölümün bazı kısımları Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) ve Birleşmiş Milletler Küresel İnsan Ticareti ile Mücadele Girişimi (UN.GIFT)’nin yazarının hazırladığı bir rapordan alınmıştır. Bkz. Aronowitz (2010)
- 10 Hughes (2005:8) “Devlet fuhuşa göz yumarak ya da yasallaştırarak en azından pasif olarak kurbanlara olan talebe katkıda bulunmuş olur. Devletler fuhuş hakkında daha çok düzenleme yaptıkça ve vergi geliri elde ettikçe kendileri de kurbanlara olan talebin bir parçası haline gelirler.”- fikrini savunmaktadır.

Avrupa’da erkelerin cinsel eylemleri alma oranları çeşitli olup en düşük Büyük Britanya (%7) olmak üzere onu ; Rusya (% 10), Norveç(%11) , Finlandiya(%13) , İsveç (%13) , Hollanda (%14), İsviçre %19) ve en yüksek (%39) olarak İspanya takip etmektedir. (Mansson, 2004). Asya ülkelerinde ise seks eylemleri satın alan erkeklerin oranı daha fazla olup, Japonya’da %37 ve Tayland’da %73 olarak kaydedilmiştir. (Anderson and O’Connell Davidson, 2003:17).¹¹ Amerika Birleşik Devletleri’nde yürütülen bir milli sağlık çalışması erkeklerin yüzde 16 ‘sının seks eylemleri satın aldığını fakat erkeklerin sadece %0.6 ‘sının bunu düzenli olarak yaptıklarını ortaya koymuştur. (Monto, 1999, Ulusal Sağlık ve Yaşam Anketinden alındı, 1992)

Talep ve insan ticareti pazarının belirli bir ülkede, belirli bir zamanda spesifik bir yönüyle çalışılması gerektiği açıktır. İnsan ticareti operasyonları esnektir ve tedarik, ulaşım, pazarlama ve kaçakçılık rotaları değişir, kurban türleri de pazar arzına, talep ve cezai adalete olan tepkilerle dönüşür.

Asıl Talebi Azaltan Önlemler

Özellikle kadın ve Çocuklara yönelik İnsan ticaretini Önleme, Durdurma ve Cezalandırma (2000) ¹ Protokolünün 9. (5) maddesi taraf devletleri “ insan ticaretine yönelik özellikle kadın ve çocukların her yönden sömürülmesini besleyen talebi azaltmak için karşılıklı ve çok taraflı işbirlikleri de dahil olmak üzere, yasal ve eğitici, sosyal ve kültürel diğer önlemleri almaya veya güçlendirmeye “çağırır”. (UNODC, 200; 5) Bir pazar sistemi olarak insan ticareti, talebin farklı türleri, hem müşteriler hem de işverenler için insan ticareti mağdurlarını özellikle çekici yapan albenileri ve talebi destekleyen sosyal ve kültürel öğeleri detaylıca irdeledikten sonra şimdi kolluk kuvvetleri, hükümetler ve toplumsal örgütlerin insan ticareti mağdurlarının hizmetlerine olan taleple mücadele etmeye hizmet eden çeşitli müdahalelerini inceleyeceğiz. Bu makalenin kalan kısmı öncelikle baskılayıcı, yasal, eğitici, kültürel ve sosyal tedbirler aracılığıyla müşteriler arasında talebi azaltmaya odaklanacaktır. Bu, esas itibarıyla seks işçilerinin hizmetlerini satın alan er-

11 Bu spesifik araştırmanın sonuçlarda sapmalara yol açabilecek çok küçük ve soyut bir örneklem kullandığı dikkate alınmalıdır.

keklerin en azından bir bölümünün eğitim programlarına, “tedaviye” veya caydırıcı tedbirlere cevap verebilir nitelikte olduğu varsayımına dayanan bir gelişmedir. (Wilcox et al.,2009) Makalenin son kısmı ise işverenler ve kurbanları kar elde amaçlı olarak tedarik eden, ulaştırıcı, çalıştıran ve sömüren diğer 3. kişilerin bağlı talebini azaltmaya dikkat çekiyor.

Önleyici Tedbirler

Amerika Birleşik Devletleri’nden, Finlandiya, Zimbabwe’ye polis erkek alıcıları cezalandırmak için önleyici tedbirler almıştır. En direkt tedbir fuhuş müşterilerinin (kimi zaman gizli kadın ajanlarla kolaylaştırılmak suretiyle) tutuklanmasıdır. Birleşik Devletler Adalet Bakanlığınca 2007 de yapılan kapsamlı bir çalışma erkek alıcıların tutuklanmasının gelecekteki olası fuhuş tutuklamalarını %70 oranında azalttığı görülmüştür. (Brewer et al., 2007)Diğer polis kayıtlarında yapılan araştırmalar bu tutuklamaların başka bir alana kayma etkisi yaratmadığını gösterdi. Böylece bu sonuçlar fuhuş müşterilerinin tutuklanmasının dayatıcı davranış üzerinde önemli, belirgin, caydırıcı etkisi olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak fuhuş müşterilerinin fuhuştan ötürü tutuklanmasının genelde caydırıcı etkisinin az olacağı beklenebilir, zira fahişelere giden erkeklerin çok az bir kısmı tutuklanmaktadır. (Brewer et al, 2007) Bu yüzden kolluk kuvvetleri stratejilerinin tüm talebe olan etkisi çok azdır. Buna ek olarak bazı araştırmalar tutuklanma korkusunun; fuhuşu “sadece eğlence olsun diye” yapan, riski seven erkekler arasındaki talebi arttırdığını göstermiştir. Çeşitli araştırmalar tutuklanma ihtimalinin heyecanı arttırdığını ve riski seven erkekleri fahişelere gitmeye teşvik ettiğini göstermiştir. (Monto, 1999)

Daha yaratıcı diğer önleyici tedbirler; erkeklerin sokak fahişelerini aramak için dolaşmalarını engellemek üzere dolaşma engeli yönetmelikleri, fuhuş yapan erkeklerin araçlarına el koyma ve saklama, bağımlı alıcılar için araba alma yasakları koymak, belirli sokaklarda erkeklerin fahişeleri durdurup onlarla pazarlık yapmalarını engellemek için beton bariyerler ile sokakları kapatmak, kimlik kontrolü yapılmasını kapsar. Bir şehirdeki vatandaşlar arabasıyla dolaşıp fahişeleri durdurup onlarla pazarlık yapan insanları (kerb-crawlers) devriyelere haber verip onları uzaklaştırmak için “halk devriyeleri”ni oluşturdular. Gönüllü

üyeler devriye gezerek bu kişilere üzerinde “ Tatmin olamayacaksın” ve “ Geldiğin yere geri git” yazan afişleri gösteriyorlardı. (Kryszko and Raymond 2006, Hughes, 2004). Bu önlemlerin- özellikle de aile üyelerinin ya da eşlerin bu kabahatten haberdar edilmesi- erkeklerin parayla seks yapmasının üzerinde belirgin bir biçiminde daha fazla caydırıcı etkisi olmasına rağmen, bu programların verimliliğini belirlemek için neredeyse hiç deneysel değerlendirme yürütülmemiştir.

Yasal Tedbirler

Fuhuş işinde çalışan kadınların haklarını korumak için birkaç ülke satışı yasallaştırmış fakat parayla seks almaya cezai yaptırım getirmiştir. İsveç Milli Yasaları fuhuşu kadına karşı erkek şiddetinin bir şekli olarak tanımlamış ve İsveç Ceza Kanununun 6. Bölümünün 11. Kısımında “para karşılığında günlük cinsel bir ilişkiye giren kişi, cinsel bir hizmeti satın almaktan bir cezaya ya da 6 aya kadar hapse mahkûm edilir. (Endüstri, Çalışma ve Ulaştırma Bakanlığı, 2005:1) Bu yaklaşımın asıl gerekçesi alıcıların cezalandırma riski olduğunda, fahişe almaya yönelik tüketici talebinin azalacak olmasıdır. Bu kanunun değiştirilmesinden sonra İsveç’te (sokak) fahişeliğe karışan kadın sayısı önemli ölçüde¹² azaldı fakat insan ticareti mağduru kadınlara ilişkin istatistiklerin sabit kaldığı görülüyor. (Ekberg, 2004)

Avrupa Konseyi İnsan Ticareti ile Mücadele Konvansiyonunun 19. Maddesi, Konvansiyon taraflarının insan ticareti kurbanlarının hizmetlerini bilerek kullanmayı suç olarak addetmelerini gerektiriyor. Bu hükmün konvansiyona dahil edilmesi, “ insan ticaretini yönlendiren, sömürülen insanlara olan talebi” azaltma isteğidir. (Council of Europe, 2005:58).¹³

İnsan ticaretinin çocuk seks turizmi yönünden; birkaç ülke yurtdışına seyahat ederek orada çocuklarla cinsel ilişkiye giren vatandaşları

12 Sokak fahişeliğinin yeraltına sürüklenerek sexin özel ev ve kulüplerde pazarlanmış olması da mümkündür.

13 Bu yaklaşım birkaç yerden alınmıştır. Örneğin müşterinin hizmet aldığı kişinin bir insan ticareti mağduru olduğunu bilmesi durumunda cezai olarak sorumlu tutulması Makedonya Ceza Kanununun 41-A maddesinden alınan bir yaklaşımdır. İşbu madde “İnsan ticareti mağduru olduğunu bildiği bir insanın hizmetini kullanan ya da bir başka insanın kullanmasına olanak sağlayan kişi, 6 aydan 5 yıla kadar hapis ile cezalandırılır” şeklindedir. Hırvatistan yasaları da fuhuş yapan kişinin insan ticareti mağduru olduğunu bilen müşteriye cezalandırarak Makedonya’yı takip eder. (Matar, 2003:2)

hakkında takibat yapılmasına izin veren yasalar çıkardı. Seks Turizmine Dair Birleşik Devletler Federal Yasası, 18 USC 2423 “Yasadışı cinsel davranışlarda bulunmak için seyahat eden” ya da “Yurtdışında illegal cinsel davranışlara karışan” herkesi cezalandırır. Bu Birleşik Devletlerdeki eyaletler arası seyahatleri de kapsamaktadır.¹⁴ Birleşik Krallık 2003 Cinsel Suçlar Yasası 72. Maddesinde insanların her iki ülkede de ceza gerektiren bir suç olarak görülen cinsel suçlardan ötürü mahkum edilebileceğini düzenlenmiştir.¹⁵ Benzer şekilde Avustralya 1994 Ceza Kanunu (Çocuk Seks Turizmi) Değişikliği No 105 ile ülke dışında 16 yaş altında çocuklarla cinsel ilişkiye giren vatandaşları cezalandırmaktadır (Aronoitz,2009).¹⁶ Toplamda otuzun üzerinde ülke, başka bir ülkede çocuklara karşı işlenen suçlardan dolayı kendi vatandaşlarını cezalandıran sınır ötesi yasal düzenlemeler çıkarmıştır.

Bilinçlendirme Kampanyaları

Bilinçlendirme kampanyaları öncelikle fahişelerin (potansiyel) müşterilerini hedefler, onları fahişelerin insan ticareti kurbanları olabileceğine dair uyarır. Birleşik Krallık'ta belli oranda güçlü olan Suçu Durduranların kampanyası fahişelerin müşterilerini :“müşteri olarak gir, tecavüzcü olarak çık” şeklinde uyarır.¹⁷ Endonezya'daki benzer bir kampanyadaki poster ise Endonezya'daki seks bölgesi Batam Adasını ziyaret eden erkekleri hedef almıştır. Mesaj açıktır: “ Biri bunu sizin kızınıza yapsa nasıl hissederdiniz?” (Krsyzko and Raymond, 2006). Hollanda'daki Suçu Durduranlar Meld Misdaad Anoniem'in (İsmini Vermeden Suçu İhbar Et) web sitesinde müşterilerce kurumlarına, tacirlerin yakalanması ve kurbanların kurtulmasına yol açabilecek önemli bilgilerin getirildiği belirtiliyor.¹⁸

14 A.B.D. Çocuk Sex Turizmi Federal Yasası , 18 USC 2423 [http://www.worldvision.org/get_involved.nsf/467ea108653d7ec987256fb4006c09b1/df2eab2634bed631882571d80062ed70/\\$FILE&U.S.%20Law%20Regarding%20Child%20Sex%20Tourism.pdf?Open&lid=CST_Law&lpos=rightnav](http://www.worldvision.org/get_involved.nsf/467ea108653d7ec987256fb4006c09b1/df2eab2634bed631882571d80062ed70/$FILE&U.S.%20Law%20Regarding%20Child%20Sex%20Tourism.pdf?Open&lid=CST_Law&lpos=rightnav)

15 Birleşik Krallık Cinsel Suçlar Yasası, 2003, madde 72 http://www.opsi.gov.uk/Actsacts2003/ukpga_20030042_en_5#pt1-pb19-l1g72.

16 Suçlar (Çocuk Sex Turizmi) Ek Yasası 1994 No.105, 1994, <http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Act1.nsf/framelodgmentattachments/332EE746136CDDF6CA256F720018338C>

17 Suçu Durduranlar, <http://www.crimestoppers-uk.org/media-centre/crime-in-the-news/may-2008-crime-in-the-news/walk-out-a-rapist>

18 Bkz. İnternet sitesindeki rapor <http://www.meldmisdaadanoniem.nl/english/human-trafficking/>

Bilinçlendirme kampanyaları aynı zamanda kamuoyunu insan ticareti kurbanlarının kötü durumuna karşı bilinci arttırmayı veya parayla seks alınmasının barındırdığı sağlık riskleri, fahişelerin çalışma koşulları, mahalle ve toplum üzerinde sokak fahişeliğinin etkileri ve fuhuş yapmanın yasal karşılığı hakkında bilgilendirilmeyi hedefleyebilir. Bu yaklaşımlar umut vericidir: örneğin Japonya’da Otsuki ve Hatano (2009) Japon halkını baz alan bir çalışmada insan ticareti hakkında daha fazla bilgi sahibi olan erkeklerin, parayla cinsel servisler almayı reddetmesinin daha olası olduğunu buldu.

Bu kampanyalara duyarlı olabilecek üçüncü bir grup ise (bilmeden) insan ticaretini kolaylaştırabilecek, fahişelerle karşılaşabilecek (taksi ve limuzin şoförleri ya da otel personeli gibi) 3. kişilerdir. Bu gibi durumlarda oteller bilgilendirilmelidir ve örneğin konsiyerj gibi otel personelinin otel misafirleri ile insan ticareti mağduru olmuş, olabilecek seks işçileri arasında buluşmalar ayarladığının veya otel çalışanlarının kendi personelinin bu amaç doğrultusunda kullandığının tespit edilmesi halinde oteller sorumlu tutulmalıdır. Bilinçlendirme kampanyaları bu kişileri sömürdüğünden şüphelendikleri fahişeleri (isimsiz) ihbar etmeye teşvik edebilir.

Sosyal ve Kültürel Tedbirler

Kanada ve Birleşik Devletler’de birkaç program fuhuş yaparken tutuklanan erkeklerin “ adını deşifre edip utandırmışlardır”. Polis departmanları alıcıların cesaretini kırmak ve caydırmak umuduyla toplumsal utancı kullanarak; müşterilerin isim ve fotoğraflarını gazetelerde ya da video, internet ve televizyonda yayınlamak gibi tedbirler almışlardır. Bir şehirde yetkililer bu tarz yayınların müşterilerin fuhuş yapmasını %40 oranında kestiğini bildirmişlerdir. Başka bir Birleşik Devlet şehrinde ise polis fuhuş yaptığı için tutuklanan erkeklerin resimlerini yayınlamakla kalmamış, bu kişilerin isimlerini, doğum günlerini ve memleketlerini de yayınlamıştır.¹⁹ Başka programlar fahişe satın alanları billboardlar kullanarak aşağılamıştır. (Hughes, 2004; Kryszko and Raymond, 2006)

Eğitsel programlar fuhuş yapmaktan tutuklanan erkekleri hedef almıştır. Fahişelerin müşterilerinin eğitilmesi Birleşik Devletler’de Sa-

19 İnternet sitesi çalışmaya başladığı ilk 24 saatte 4100 kere tıklandı.

bıkasız Suçlular Fuhuş Programı (genellikle “John Okulları” olarak adlandırılan) gibi programlarla şekillenmiştir. Program fuhuşun negatif sonuçları hakkında “müşterileri” eğiterek paralı sekse olan talebi azaltmak için dizayn edilmişti. Fuhuş yaparken tutuklanan erkeklere hüküm giymek ya da para cezası ödeyerek bir günlük eğitime katılma opsiyonları sunuluyordu. John Okulu programlarının yararlılığı üzerine yapılan çalışmalar farklı sonuçlar göstermektedir. San Francisco’daki programın değerlendirilmesi gösterdi ki ; “ fuhuş yaparken tutuklanan erkekler arasında suçta tekrür önemli ölçüde azalmıştır” (Shively et al., 2008:4) ; Kent, sabıkasız suçlular için yargılama öncesi programları sonucu tekrar suç işleme oranının keskin bir şekilde %1 civarına düşmesiyle övünmektedir. (Wilcox et al., 2009) Toronto John Okulları atölyelerinin değerlendirmeleri programların erkekleri Kurbanlar ve Seks endüstrisi ile bağlantılı tehlikelere ilişkin bilinçlendirmenin yanında paralı seksin kişisel riskleri ile ilgili bilgilendirmek konusunda da başarılı olduğunu ortaya koymaktadır.(Wortley et al., 2002) Erkekler, programa katıldıktan sonra kendi hareketlerinin sorumluluğunu ve seks bağımlısı olabileceklerini kabullenmeye daha yatkın oldular. Fakat bu davranışsal değişiklikler gelecekte umulan davranışlarda²⁰ büyük değişikliklere dönüşmemiştir. Bir diğer çalışmada Monto ve Garcia (2001) John Okulu atölyelerine katılan heteroseksüel erkeklerle katılmayan suçluları karşılaştırmıştır. Tüm erkekler Portland ve Oregonda fuhuş yapmaktan tutuklanmışlardı. Araştırmacılar gruplar arasında önemli istatistiksel farklılıklara rastlamamışlardır, fakat her iki grupta da suçta tekrür oranının çok düşük olduğu not edilmelidir.²¹ Bu, Brewer ve meslektaşlarının tutuklamaların büyük spesifik caydırıcı etkisi göz önünde bulundurulduğunda, buna ek olarak çok az caydırıcılık sağlayabilmesinden ötürü tutuklama sonrası müdahalelerin veya fazladan teşvik cezaları vermenin kayda değer bir etkisinin olmayabileceği yolundaki hipotezini destekler.

20 Katılan erkeklerin büyük çoğunluğu (Yaklaşık %90) muhtemelen bir daha fahişeleri ziyaret etmeyecek fakat bu sonuç atölye çalışmasına atfedilemez. Çalışma atölyesi öncesi bir mülakatta katılımcıların %12.8 i kesinlikle ya da belki bir fahişeyi tekrar ziyaret edebileceği cevabını vermiştir; bu oran katılımdan sonra ancak %11 e düşmüştür ki bu da istatistiksel olarak önemsiz bir farktır. (Wortley et al.,2002)

21 Bu araştırmanın 215 gibi nispeten küçük bir örneklem kullandığına dikkat edilmelidir; araştırmaya dahil olmasına sebep olan tutuklanmayı takip eden 2 yılda sadece 3 (yüzde 1.4) erkek tekrürden yakalandı.

İnanç temelli iyileştirme ve danışmanlık gibi diğer eğitici programlar da doğal olarak rehabilite edicidir ve genellikle paralı seks almaktan daha kapsamlı olarak 'seks bağımlılığı' ve duygusal ve psikolojik problemlere ilişkin bir dizi davranışa yöneliktir. (Hughes, 2004).

Fuhuşa olan toplam talebi azaltmaya odaklanan bir uzun dönem stratejisi "cinsellik, yaş, cinsiyet ilişkileri ve fuhuşa kökten yeni bir vizyon getirmek için uzun vadeli bilinçlendirme ve eğitim çalışmasını" gerektirmektedir. (Anderson and O'Connell Davidson, 2004:9). Lederer (2009) bu talep azaltma stratejisine genç oğlan ve erkekleri eğitmek ve bilinçlendirmeyi hedefleyen sosyal pazarlama kampanyası olarak değiniyor.

Kanada, Fransa, Endonezya, Filipinler ve Amerika Birleşik devletlerindeki projeler genç oğlan ve erkeklerin cinsel davranış ve pratiklerini zorlama ve değiştirme girişiminde bulundular. Projeler, erkekleri fuhuşa yapan kadınların alıcısı olan rollerini tanımaya zorlayarak fahişeliğin ve insan ticaretinin zararları konusunda erkekleri ve genç oğlanları eğitti. Fransa'daki bir kampanya, önde gelen erkeklere fuhuşu şiddet olarak tanımlayan ve fuhuş ve tecavüze karışmayacaklarına dair söz verdikleri, erkeklerin domine etmeye değil karşılıklı saygıya dayalı bir maskülenlik şeklini benimsemelerini vurgulayan bir bildiri imzalatı. (Kryszko and Raymond, 2006)

Bağlı Talebe Yönelik Önlemler

Bağlı talebi, sömürülen kurbanlar üzerinden kar elde eden kişiler oluşturur. Bu kişiler için, insan ticareti masraf ve riskleri düşürerek karı arttırmayı amaçlayan bir iştir. İnsan ticareti mağdurlarına karşı bu grup kişilerin oluşturduğu talebi azaltabilmek için insan ticaretinde karı azaltıp, risk ve masrafları çoğaltacak önlemler alınması önemlidir. Bu kavramlar karmaşık bir şekilde bağlantılıdır; tacirlere maliyeti arttıracak önlemler aynı zamanda karı da düşürmelidir. Cinsel amaçlı insan ticaretiyle, sömürüye dayalı cinselliğe dönük talep azaltılarak mücadele edilebilir. Bu akabinde pazarın karlılığını etkilemelidir.

Ticari seks , esnekliği yüksek bir üründür. Ekonomi terminolojisinde bu, bir ürün ya da hizmetin fiyatı artarsa, tüketici talebinin düşeceği anlamına gelir. Tacirler için riskin artırılmasıyla onların sağladığı hiz-

metlerin fiyatı artacak ve bu da talebin azalması ve karın düşmesi ile sonuçlanacaktır. (Kara, 2009). Mahkum edilmiş tacirlerin varlıklarına el konulması ve dayatılan ağır cezalar da karı düşürecektir. Karı düşürüp risk ve maliyeti arttıracak tedbirler, sayılanla sınırlı olmamakla beraber toplumu eğitmek, yolsuzluğu yok edebilmek için polis, savcılık ve yargı teşkilatlarını yenilemek; iş başvurularını değerlendirerek göçmenleri korumak; ilgililerin yüksek riskli, insan ticareti mağduru olmaya daha uygun olan kurbanları, durum ve pazarları belirleyebilmesi için kaynak ve eğitimin artırılması; pasaport kontrollerinin geliştirilmesi ve artırılması; ulusal ve uluslararası karma soruşturma ekiplerinin oluşturulması; ileriye etkili kontroller ve periyodik risk değerlendirmeleri, tutuklama ve yasal işlem olasılığını arttırmak için yardımcı olanlar²² ve müşterileri olduğu gibi hassas sektörleri de gözlemlemek için çok disiplinli yerel gruplar oluşturmak; cezaların artırılması; kapsamlı yasal düzenlemelerin yapılması; ekonomik soruşturmalar yürütmek ve bilerek sömürülen insanları kullanan işyerlerinin kapatılmasına müsaade eden idari kontroller sağlamayı kapsar. Tüm bu tedbirler ve bunların insan ticareti işine ve insan ticareti mağdurlarına olan talebe etkisi aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

22 Olanak tanıyanlar insan ticareti organizasyonun bir parçası olmayabilecekleri halde insan ticaretine yardımcı olanlardır.

Tablo1: İnsan Ticaretinde Maliyet ve Riskleri Arttıran ve Karı Azaltan Tedbirler²³

Tedbirler	Etki	Üzerinde Etki Yarattığı Kişi
<input type="checkbox"/> Savunmasız kişileri İnsan Tacirlerinin nasıl çalıştıkları konusunda uyaran toplumsal eğitimler	<input type="checkbox"/> Para karşılığı ürün Tedariğini azaltır ve tedarikçilerin toplam maliyetini artırır	<input type="checkbox"/> Tedarikçi
<input type="checkbox"/> Paralı seksin müşterileri gibi kasıtsız kolaylaştırıcılara yönelik toplumsal eğitimler	<input type="checkbox"/> Karı düşürür	<input type="checkbox"/> Patronlar ve Tacirler
<input type="checkbox"/> Yolsuzluğu azaltmak ve bitirmek için Polis , yargı ve diğer resmi teşkilatları yenilemek	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır, masrafları artırır	<input type="checkbox"/> Tacirler ve illegal iş sahipleri
<input type="checkbox"/> “Gönderen” ülkelerce yurt dışına çıkan savunmasız vatandaşlarının ısrarla veya teşvikle korunması	<input type="checkbox"/> Açığa çıkma riskini artırır ve/veya tacirleri var olan girişlerinden daha pahalı yollara adapte olmaya zorlar	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> İnsan ticareti mağdurlarının reklamının yapıldığı web siteleri ve medya yayınlarının gözlemlenmesi	<input type="checkbox"/> Açığa çıkma riskini artırır	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> Polis, sınır güçleri, çalışma müfettişleri ve diğer ilgililere pazarı ve hangi durumlarda ve nerelerde insan ticaretinin ortaya çıkabileceğinin tanımlanabilmesi için eğitim ve kaynakların artırılması.	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır, masrafları artırır	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> Olası kurbanları tespit edebilmek adına daha iyi pasaport, vize ve sınır kontrolleri	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır	<input type="checkbox"/> Tacirler/ nakliyeciler
<input type="checkbox"/> Olası tutuklamaları arttırmak ve yolsuzluğu engellemek için karma ulusal ve uluslararası ortaklaşa soruşturmalar yapmak	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır, masrafları artırır	Tacirler ve Nakliyeciler
<input type="checkbox"/> Yüksek riskli pazarlardaki işlerin ileriye yönelik kontrolü	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır	<input type="checkbox"/> Patronlar
<input type="checkbox"/> Hassas pazarlarda periyodik olarak yapılan risk analizleri	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> Yerel, çok disiplinli ya da referans gruplarının hassas sektörleri gözlemleyerek insan ticaretini tespit etmesi ve kurbanları kurtarmasını desteklemek	<input type="checkbox"/> Riski çoğaltır, karı düşürür	<input type="checkbox"/> Tacirler, Patronlar
<input type="checkbox"/> Her türlü İnsan ticaretini yasaklayan ve elverişli cezaları koyan yasalar yapmak	<input type="checkbox"/> Cezalandırma riskini çoğaltır	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> İnsan tacirleri ve kolaylaştırıcılarının başarılı bir şekilde soruşturularak cezalandırılma ihtimalinin artırılması; bu aynı zamanda fuhuş müşterilerini (fuhuşa giden) ve pornografi yapımcısı, satıcısı, dağıtıcısı ve alıcılarını da kapsar.	<input type="checkbox"/> Karı azaltır, risk ve maliyeti artırır	<input type="checkbox"/> Tacirler, Patronlar
<input type="checkbox"/> Soruşturma ve hüküm giymiş tacirlerin mahkumiyetlerinin başarısını arttırmak	<input type="checkbox"/> Riski artırır, masrafı artırır	<input type="checkbox"/> Tacirler

23 İşbu tablo AGİT ve UN.GIFT Acizliği azaltmak ve suçu daha iyi önleyebilmek için İnsan Ticareti Organizasyonunu bir Ticaret olarak Analiz etmek raporlarının yazarının 6.1 Tablosunun biraz değiştirilmiştir(Aronowitz, 2010)Bu tablodaki bilgiler Pennington et al. Kısmından alınmıştır. (2009:131)

<input type="checkbox"/> Ekonomik soruşturmalar yürütmek ve insan ticaretinden elde edilen tüm mal varlığına el koymak (kurbanlara geri ödeme ya da tazminat vermek)	<input type="checkbox"/> Karı düşürür	<input type="checkbox"/> Tacirler
<input type="checkbox"/> İnsan ticareti mağdurlarını kullanmaktan mahkum edilen ya da kullandığından şüphelenilen iş yerlerinin ruhsatlarının geri alınması ya da hiç ruhsat verilmemesi gibi idari yaklaşımlarla insan ticaretini denetlemek	<input type="checkbox"/> Risk ve maliyeti artırır, karı düşürür	<input type="checkbox"/> Tacirleri, Patronlar

Son Sözler

İnsan ticaretinin dengeli bir yaklaşımla yok edilmesi kaynak ülkelerdeki göç ve insan ticaretinin esaslı nedenlerine; yoksulluk, cinsiyet eşitsizliği, kadına karşı şiddet, eğitim ve iş fırsatlarının eksikliği, yolsuzluk, hükümet baskısı ve iç savaşlara yönelik tedbirleri gerektirmektedir. Kaynak ülkelerdeki uzun vadeli sürdürülebilir stratejiler; yoksulluk ve yolsuzluğun yok edilmesi ve toplumdaki en zayıf kişiler için eğitim, iş ve kariyer fırsatlarının geliştirilmesini de kapsar. Hükümetler ve toplum; cinsiyet eşitliğini sağlamalı, ayrımcılığı ve kadın ve çocuklara yönelik aile içi şiddeti azaltmaya odaklanmalıdır. (Aronowitz, 2010) Aynı zamanda kaynak, geçiş ve varış ülkelerindeki insan ticareti mağdurlarının servis ve hizmetlerine olan talep irdelenmelidir.

Talep, insan ticareti sırasında farklı zamanlarda farklı aktörlerce oluşturulan çok yönlü bir problemdir. İnsan ticareti mağdurlarının paralı seks pazarında sömürülmesini sonlandırmak için hem fuhuş yaptırılan kişilerin müşterilerinin ve (çocuk) pornografi alıcılarının taleplerini hem de işverenler, muhabbet tellalları, insan tacirleri ve insan ticareti mağdurlarını sömürmekten kar edenlerin oluşturduğu bağlı talebi azaltacak önlemleri irdelemek şarttır.

Asıl talebe karşı yürütülen mücadelede yasal ve baskıcı önlemlerin başarısı sınırlı olabilir ya da problemin başka alanlara kaymasıyla sonuçlanabilir. Talep ve müşteri davranışında daha uzun vadeli değişiklikler için eğitici, sosyal ve kültürel tedbirler özellikle de erkeklerin fahişeliğe, paralı seks ve (çocuk) pornografiye karşı tutumunu değiştirmeye yönelik tedbirler uygulanmalıdır. İnsan ticareti pazarının karlılığının en önemli etkenlerinden biri ucuz ürün ve insan ticareti mağdurlarınca sunulan paralı seks hizmetlerini talep eden tüketicilerdir. Bu nedenle bu tüketicilerin tüketim biçimlerinin ve davranışlarının tesirinin farkı-

na varmaları çok mühimdir. Post-kapitalist piyasa değerleri ve reklam kampanyaları, gerekli olarak algılanan ama gerçekte hayati bir önem taşımayan mallara ve hizmetlere yönelik sosyal olarak üretilip işlenmiş bir tüketici talebini doğurdu.

Anderson ve O'Connell Davidson (2003:41) insanoglunun doğuştan gelen paralı seks yapmak ya da birine temizlik ve yemek yapması ve kendisine bakması için para verme isteğinin, şans oyunları oynamak ya da Coca-Cola içmek için doğuştan sahip olunabilecek spesifik arzudan daha fazla olmadığını belirtmişlerdir. Demek ki insan ticareti, iş gücü sömürüsü ve kadına baskı lehine bakış açılarını sürdüren sosyal normların gizemini çözmek esaslı kaygımız olmalıdır. Medya tarafından yönlendirilen kamuoyunun potansiyel baskısı, işverenler ve şirketler için nihayetinde insan ticaretinin bitmesine yol açabilecek kurallar ve ahlaki standartlar koyabilir.

İşverenler ve üçüncü kişilerce oluşturulan bağlı talebin hatırına binaen ağırlıklı olarak insan tacirlerine maliyet ve riski arttırarak müşteriler için hizmet bedelini yükseltecek ve pazarın karlılığını azaltacak girişimlere odaklanılmalıdır. Talebi azaltan bu tedbirlerle birlikte kaynak ülkelerdeki insan ticareti mağduru arzını oluşturan şartların iyileştirilmesine yönelik kalıcı çözümler insan ticaretinin bitmesine katkı sağlayacaktır.

REFERANSLAR

- Anderson B. and J. O'Connell Davidson (2002), Trafficking- a demand led problem?
Save the Children, Stockholm.
- Anderson, B. and J. O'Connell Davidson (2003), Is Trafficking in Human Beings Demand Driven? A Multi-Country Pilot Study, International Organization for Migration, Geneva, Switzerland.; www.childtrafficking.com/Docs/anderson_o_conell_dauids1.pdf
- Anderson, B. and J. O'Connell Davidson (2004), Trafficking- a demand led problem? Part 1- Review of Evidence and Debates, Save the Children, Stockholm, Sweden.
- Aronowitz, Alexis A. (2004). "Victimization of Trafficked Persons and Illegal Migrants", International Review of Victimology, Volume 11, 2004; 11-32.
- Aronowitz, Alexis A. (2006), Measures to Combat Trafficking in Human Beings in Benin, Nigeria and Togo, United Nations Office on Drugs and Crime, Vienna, September, 2006; http://www.unodc.org/documents/human-trafficking/ht_research_report_nigeria.pdf
- Aronowitz, Alexis A. (2009), Human Trafficking, Human Misery: The Global Trade in Human Beings, Praeger Publishers, Westport, CT.:
- Aronowitz, A.A. (2010), Analyzing the Business Model of Trafficking in Human Beings in order to Decrease Vulnerabilities and to Better Prevent the Crime. Organization for Security and Cooperation in Europe and the United Nations Global Initiative to Fight Trafficking, Vienna, Austria.
- Bales, Kevin (no date). Understanding the demand behind human trafficking. Working Paper, Free The Slaves. Available online: http://lastradainternational.com/Isidocs/520%20bales_understanding_the_de.pdf
- Bales, Kevin (2000). Expendable people: Slavery in the age of globalization. Journal of International Affairs, 53(2), 461-484.
- Bales, Kevin (2004). Disposable people: New slave systems in the global economy (revised ed.). Berkeley, CA: University of California
- Bales, Kevin (2005), Understanding Global Slavery, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, California.
- Brewer, D.P., Potterat, J.J., Muth, S.Q., Roberts, J.M., Dudek, J.A., & Woodhouse, D.E. (2007). Clients of prostitute women: Deterrence, prevalence, characteristics and violence. Washington DC: National Institute of Justice.
- Carter, V. (2003). Providing services to African American prostituted women. In M. Farley (Ed.), Prostitution, Trafficking and Post Traumatic Stress (pp 213-222). Binghamton, NY: Haworth Press.

- Council of Europe, Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings and its Explanatory Report, Warsaw, Poland;
http://www.coe.int/t/dg_h/I/monitoring/trafficking/Source/PDF_Conv_197_Trafficking_E.pdf,
- Crawford, T. (2009, June 7). Recession means tough times for sex workers. The Toronto Star. Retrieved from <http://www.thestar.com/living/article/646871--recession-means-tough-times-for-sex-workers#article>
- Danailova-Trainor, G. and Patrick Belser (2006), Globalization and the illicit market for human trafficking: an empirical analysis of supply and demand. International Labour Office, Geneva,
http://www.ungift.org/docs/ungift/pdf/knowledge/ilo_wcms_081931.pdf
- Ekberg, G. (2004). The Swedish law that prohibits the purchase of sexual services. *Violence against Women*, 10(10), 1187-1218.
- Europol (2009, Dec). Trafficking in human beings in the European Union : A Europol perspective. Europol.
- Goward, P. (2003), Australian Human Rights Commission, Stop the Traffic 2 Conference, Closing Address.
http://www.hreoc.gov.au/sex_discrimination/publication/traffic/speeches/goward.html
- Hughes, D. (2004), Best Practices to Address the Demand Side of Sex Trafficking. Washington D.C.: U.S. Department of State.
- Hughes, D. (2005), The Demand for Victims of Sex Trafficking,
<http://www.ashanet.org/focusgroups/sanctuary/articles/Demand%20for%20Victims%20of%20Sex%20Trafficking.doc>.
- International Labour Organization (ILO), (2002). A future without child labour, ILC 90th Session, 2002, Report I (B).
- International Labour Organization (ILO), (2005), A global alliance against forced labour. ILC, 93rd Session, 2005, Report I (B).
- International Labour Organization [ILO] (2006). The demand side of human trafficking in in Asia: Empirical findings. Bangkok: International Labour Office.
- Kara, S. (2009), Sex trafficking: inside the business of modern slavery, New York: Columbia University Press.
- Kryszko, B. and J. Raymond (2006), Good Practices: Targeting the Demand for Prostitution and Trafficking, Coalition Against Trafficking in Woman,
http://action.web.ca/home/catw/readingroom.shtml?x,=71327&AA_EX_Session=794bc5fab1e5f8a943336c60bd545b5b

- Laczko, F., & Gramegna, M.A. (2003). Developing better indicators of human trafficking. *Brown Journal of World Affairs*, 10(1), 179-194.
- Lederer, L.J., (2009) “Addressing Demand Examining New Practices “, *Global Centurion*, Monday, October 26, 2009: <http://www.facebook.com/notes/global-centurion/addressing-demand-examining-new-practices-by-laura-j-lederer-jd/180204359877>
- Mansson, S.A. (2004). Men’s practices in prostitution and their implications for social work. In S.A.Mansson & C. Proveyer (Eds.) *Social Work in Cuba and Sweden: Achievements and respects*. ENATW. Retrieved from http://www.aretusa.net/download/centro%20documentazione/03contributi/c-05M_en_practices.doc
- Mattar, M. (2003), “The Appropriate Legal Responses to the Issue of Demand: A Comparative Legal Analysis”, conference paper, Conference on “Demand Dynamics: The Forces of Demand in Global Sex Trafficking” October 16-17, 2003, Chicago Illinois; http://www.childtrafficking.com/Docs/mattar_project_04_0808.pdf
- Ministry of Industry, Employment and Communications (Regeringskansliet) (2005), *Prostitution and trafficking in human beings*, Stockholm. Sweden, April 2005; http://www.nordicbaltic-assistwomen.net/IMG/pdf/Sweden_Factsheet_on_Prostitution_and_Trafficking-2.pdf
- Monto, M.A. (1999). Focusing on the clients of street prostitutes: A creative approach to reducing violence against women. Submitted to the National Institute of Justice, October 30, 1999. Retrieved from www.ncjrs.org/pdffiles1/nij/grants/182860.pdf
- Monto, M.A., & Garcia, S. (2001). Recidivism among the customers of female street prostitutes: Do intervention programs help? *Western Criminology Review*, 3(2), 1-10.
- Newman, G. (2006), *The Exploitation of Trafficked Women*. COPS. U.S. Department of Justice, 2006; <http://www.cops.usdoj.gov/mime/open.pdf?Item=1699>
- Otsuki, N., & Hatano, K. (2009). Japanese perceptions of trafficking in persons: An analysis of the ‘demand’ for sexual services and policies for dealing with trafficking survivors. *Social Science Journal Japan*, 12(1), 45-70.
- Passas, N. (1999). Globalization, criminogenic asymmetries and economic crime. *European Journal of Law Reform*, 1, 399-423.
- Pennington, J. R., A. D. Ball, R. Hampton, J. Soulakova (2009), “ The Cross - National Market in Human Beings, *Journal of Macromarketing*, Volume 29 Number 2, pp. 119 — 134.

- Raymond, J. G. "Prostitution on Demand: Legalizing the Buyers as Sexual Consumers. Special Issue: The case Against Legalizing Prostitution", *Violence Against Women : an International and Interdisciplinary Journal*, Vol. 10, No.10, Sage, 2004.
- Roby, J.L., & Tanner, J. (2009). Supply and demand: Prostitution and sexual trafficking in Northern Thailand. *Geographical Compass*, 3(1), 89-107,
- Salt, J., & Hogarth, J. (2000). Migrant trafficking and human smuggling in Europe: A review of the evidence with case studies from Hungary, Poland and Ukraine. Geneva: International Organization for Migration.
- Schloenhardt, A. (1999). Organized crime and the business of migrant trafficking: An economic analysis. *Crime, Law and Social Change*, 32(3), 203-233.
- Shelley, L. (2010, forthcoming), *Human Trafficking: A Global Perspective*, Cambridge University Press.
- Shively, M., S. Jalbert, R. Kling, W. Rhodes, R. Finn, C. Flyage, L. Tierney, D. Hunt, D. Squires, C. Dyos & K. Wheeler (2008), Final Report on the Evaluation of the First Offender Prostitution Program, National Institute of Justice, U.S Department of Justice, <http://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/grants/221894.pdf>.
- Svensson, N., "Extraterritorial Accountability: An Assessment of the Effectiveness of Child Sex Tourism Laws" *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol, 28, 2006, pp. 641-664. http://ilr.lls.edu/documents/Article6Svensson_000.pdf
- Wilcox, A., Christmann, K., Rogerson, M., & Birch, P. (2009). Tackling the demand for prostitution: A rapid evidence assessment of the published research literature. Home Office, Research Report 27.
- Williams, P. (1997). Trafficking in women and children: A market perspective. *Transnational Organized Crime*, 3(4), 145-170.
- Wortley, S., Fischer, B., & Webster, C. (2002). Vice lessons: A survey of prostitution offenders enrolled in the Toronto John School Diversion Program. *Canadian Journal of Criminology* , 44(4) 369-402.
- United Nations (2010), Good practices and tools in reducing the demand for exploitative service; Background paper prepared by the Secretariat, document CTOC/COP/WG.4/2010/3, Vienna, 27-29 January 2010; http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/2010_CTOC_COP_WG4/WG4_2010_3_E.pdf.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2009), *Global Report on Trafficking in Persons*, Vienna, Austria.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) (2012), *Global Report on Trafficking in Persons*, Vienna, Austria.

U.S. Department of Justice, “Florida Man Part of Mexican Trafficking Ring Pleads Guilty to Involuntary Servitude Charges”, September 13, 2002;

http://www.usdoj.gov/opa/pr/2002/September/02_crt_525htm

U.S. Department of State (2010), Trafficking in Persons Report 2010.

Washington, D.C.

U.S. State Department (2010), Trafficking in Persons Report 2010, Washington, D.C.

CEZA HUKUKU'NUN GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ

Hissene Habre Destanında Yeni Bir Bölüm

Valentina Spiga*

Çeviren: Stj. Av. Ozan Koçer

Özet

Yakın zamandaki bir kararında, Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu (ECOWAS) Adalet Divanı, Senegal'in Hissene Habre'yi 1982 ile 1990 arasında Çad'da işlediği iddia edilen işkence ve insanlığa karşı suçlardan yerel mahkemeleri vasıtasıyla yargılayamayacağına hükmetmiştir. Adalet Divanı'na göre, Senegal tarafından 2007 yılında kabul edilen, uluslararası suçları Ceza Kanunu'na dâhil eden ve Senegal mahkemelerine uluslararası suçlar üzerinde sınır ötesi yetki tanıyan yasa değişiklikleri nezdinde Habre'nin neredeyse 20 yıl önce işlediği iddia edilen suçlardan yargılanması ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesine aykırı düşecektir. Bu nedenle, Habre'yi milletler cemiyetince tanınan genel hukuk ilkeleri temelinde yargılamak amacıyla bir ad hoc mahkeme görevlendirilmelidir. Bu yazar, bunun yerine, söz konusu eylemlerin, hem ulusal hem uluslararası hukukta, işlendiği iddia edilen zamanda da suç olarak nitelendirildiğini savunmaktadır. Dolayısıyla, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 15. maddesine göre Senegal'in yalnız yargısal yetkisine ilişkin mevzuat değişiklikleri geriye dönük olarak uygulanabilir. Adalet Divanı'nın (ceza hukukunu geriye etkili olarak uygulama yetkisi ile donatılmış ad hoc mahkeme ile (bunu uygulama yetkisi bulunmayan) Senegal mahkemesi arasında bir farklılık olduğuna hükmetmesi hatalıdır.

1. Hissene Habre'yi Sorumlu Kılmak: Ulusal Adaletin Tüm Ayrıntıları

Adalet, eski Çad Diktatörü Hissene Habre'yi yakalamak için birçok kozunu kullanmıştır. Çad'da muhalif kabilelere ve siyasi rakiplerine karşı Dokümantasyon ve Güvenlik Müdürlüğü (Directorat de Docu-

mentation et Securite) üyeleri marifetiyle yürüttüğü kanlı kampanyadan ötürü işkence ve insanlığa karşı suçlar ile itham edilen Habre 20 yıldır sürgünde olduğu Senegal'de tutukludur.

Senegal'de onu işkence ve insanlığa karşı suçlara iştirak ile itham eden yerel ceza kovuşturmaları Şubat 2000'de başlamış, ancak sonucunda Dakar Temyiz Mahkemesi¹ tarafından daha sonra Senegal Temyiz Mahkemesince onaylanmış bir karar² Senegal'in insanlığa karşı suçları cezalandıran ilgili uluslararası kuralları uygulamak için gerekli olan mevzuatı kabul etmediğine ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, yabancıların Senegal dışında işlediği işkence suçunun ulusal mahkemelelerin yargı yetkisi kapsamına dâhil olmadığına dayanılarak bozulmuştur.

Bunun üzerine evrensel yargı şansını denemiştir. 2002 baharında, evrensel yargılama³ mevzuatındaki değişikliğe istinaden, Belçika, Habre aleyhinde, insanlığa karşı suçlar, işkence, savaş suçları ve diğer insan hakları ihlallerinden doğan suçlardan uluslararası tutuklama emriyle sonuçlanan soruşturma başlatmış ve iade talep etmiştir. Belçika'nın iade talebini müteakip, Senegal Habre'yi tutuklamış; ancak bir Müracaat Mercii başvurusu, sanığın eski Devlet Başkanı olarak yargıdan muaf tutulduğundan bahisle reddetmiştir.⁴

Afrika Birliği'nin bir tavsiye kararıyla, Senegal Hissene Habre hakkında kovuşturmaya başlama ve yetkili bir Senegal mahkemesi tarafın-

-
- 1 Avrupa Üniversitesi Enstitüsü Doktora Öğrencisi; Uluslararası Ceza Adaleti Dergisi Editöryel Komite Üyesi
Dakar Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi, Senegal, Ministe're Public et Francois Diouf Contre Hissene Habre (arret no 135), 4 Temmuz 2000, <http://www.hrw.org/legacy/french/themes/habre-decision.html> adresinden ulaşılabilir.
 - 2 Temyiz Mahkemesi, Senegal, Souleymane Guengueng et Autres Contre Hissene Habre (arret no 14), 20 Mart 2001, http://www.icrc.org/ihl-nat.nsf/46707c419d6bd424125673e00508145/90e26efa1bb31189c1256b210_0_5549b0!açık belge
 - 3 1949 Cenevre Uluslararası Sözleşmelerinin ve 1977 Protokolleri I ve II'nin Ciddi İhlalleriyle Mücadele Hakkında Yasa http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Legislation_files/Loi%20du%2016%20juin%201993%20texte%20de%20loi.pdf adresinden ulaşılabilir. Yasa daha sonra Uluslararası İnsani Hukukun Ciddi İhlallerine İlişkin Yasa olarak tekrardan adlandırılmış ve soykırım ile insanlığa karşı suçları da kapsayacak şekilde düzeltilmiştir, http://www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Legislation_files/Loi%20du%205%20aout%202003%20texte%20de%20loi.pdf adresinden ulaşılabilir. Yasa yerine 2003'te uluslararası yargı yetkisine dair kanun getirilerek yürürlükten kaldırılmıştır.
 - 4 Dakar Temyiz Mahkemesi Ceza Dairesi, Avis du 25 Novembre relatif a' la demande d'extradition de Hissene Habre par la Belgique [raporlanmamış]. Pasajlara <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Senegal/Habre%20Cour%20Appel%20Avis%20Extradition%2025-11-2005%28Extraits%29.pdf> adresinden ulaşılabilir.

dan Afrika adına yargılama istemiyle adil yargılama garantisi de vererek davayı yeniden Dakar Mahkemesi önüne getirmiştir⁵. Bu sırada, Senegal de uluslararası suçları Ceza Kanunu'na katmak ve bu suçlar ile işkence suçu için evrensel yargı yetkisini kanunlaştırmak konusunda yol almıştır⁶. Senegal Anayasası Uluslararası Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (ICCPR)⁷ 15. Maddesinde yer alan *nullum crimen sine lege* (kanunsuz suç ve ceza olmaz) prensibi doğrultusunda düzeltilmiştir. Dikkat edilmesi gerekir ki Senegal bu kanun değişikliklerini Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) Statüsünde öngörülen tamamlayıcı sistemi yürürlüğe koymak için yapmıştır.⁸ İlginçtir ki Senegal bu değişiklikleri UCM Statüsünü onayladıktan sonra değil; ancak Afrika Birliği'nden gelen Habre'yi yargıla direktifinden hemen sonra kanunlaştırmıştır. İddiaya göre kaynak eksikliği işlem başlatılmasını bugüne değin geciktirmiştir. Bu gecikme, Belçika'nın, Uluslararası Adalet Divanı'na (UAD), Senegal'i ya Habre'yi yargılamaya ya da iade etmeye zorlaması konusunda sonuçsuz kalan bir başvuru yapmasına neden olmuştur.⁹

Bütünlüğün sağlanması açısından, belirtmek gerekir ki Çad da eski başkanı hakkında, diktatörlüğü esnasında işlediği iddia edilen suçlarla ilgili olmayan cezai kovuşturma başlatmıştır. 15 Ağustos 2008'de N'jamena'da bir mahkeme Habre'yi, o yıl şubat ayında iktidara gelmeye teşebbüs eden Çadlı Başkan İdris Deby'e muhalif, isyancılara verdiği

-
- 5 *Hissene Habre Davasında Karar ve Afrika Birliği*, Asamble/AB/Dek. 03(IV), 2 Ağustos 2006, § 5(ii), <http://www.hrw.org/en/news/2006/08/02/decision-hiss-nehabr-case-and-african-union> adresinden ulaşılabilir.2nu
 - 6 2007-02 Sayılı 12 Şubat 2007 tarihli Ceza Kanununda değişiklik Yasası, Journal Officiel de la Republique du Senegal no. 6332, 10 Mart 2007, 2377, <http://rds.refer.sn/IMG/pdf/07-02-12CO-DEPENALMODIF.pdf> adresinden ulaşılabilir.; 2007-05 Sayılı 12 Şubat 2007 Tarihli Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni meydana getiren Roma Statüsünün yürürlüğe konulmasına ilişkin Yasa, ibid, 2384, http://www.iccnw.org/documents/Loi_2007_05_du_12_Fev_2007_modifiant_le_Code_de_Procedure_penale_senegal_fr.pdf adresinden ulaşılabilir.
 - 7 2008-33 sayılı ve 7 Ağustos 2008 tarihli Anayasa madde 9 ve 25'in değiştirilmesi ile madde 562 ve 92'ye ek yapılmasına ilişkin Yasa, Journal Officiel de la Republique du Seğneğgal no. 6420, 8 Ağustos 2008, <http://www.Jo.gouv.sn/spip.php?article7026> adresinden ulaşılabilir.
 - 8 The Expose des motifs of the Loi 2007-02 states at x 5: 'Par l'adoption des telles regles, le Senegal va se doter de la capacite a poursuivre les trois crimes internationaux definis, pour le moment, par le Statut de Rome et s'assurer la primaute juridictionnelle de ses tribunaux sur celle de la Cour penale internationale.'
 - 9 Yargılama ya da İade Etme Yükümlülüğüne İlişkin Sorular (Belçika v. Senegal), Geçici Önlemlerin Belirtilmesi Talebi, 28 Mayıs 2009 Kararı, <http://www.icjci.org/docket/files/144/15149.pdf> adresinden ulaşılabilir.

destek nedeniyle gıyabında yargılamıştır. Mahkeme onu Devlete karşı işlediği suçlardan ölüm cezasına çarptırmıştır. Kayda değer bir şey olduğu varsayılarak Çad'ın Habre'yi diktatörlüğü zamanı işlediği suçlardan yargılaması durumunda bile, yargılama insanlığa karşı suçlar veya işkence bakımından yürütülemeyecek, o sıralarda Çad mevzuatı bu eylemleri yasaklamadığından mütevellit yargılama ancak adam öldürme veya ağır yaralama bakımından tayin edilebilecektir.¹⁰

2. Batı Afrika Devletleri Ekonomik Birliği Mahkemesi Devreye Girer: Mahkeme'nin Rolü

Yakın zamanda, Batı Afrika Devletleri Ekonomik Birliği Mahkemesi (ECOWAS Mahkemesi) Habre davasına dâhil olmaya başlamıştır.¹¹ Hissene Habre'yle alakalı bir davanın nasıl ve neden Mahkeme önüne getirildiğini açıklamak için mahkemenin rolünü birkaç kelimeyle özetlemek gerekmektedir.

ECOWAS Mahkemesi, 2001 yılında kurulmuş,¹² ECOWAS üyesi devletler arasında Antlaşmadan¹³ ya da diğer sözleşmelerden doğan ihtilafı çözüme kavuşturmak veya üye devlet vatandaşlarının¹⁴ üye

-
- 10 Raporlanmamış karar. Kararın özeti için bkz. New York Times haber bülteni, <http://www.nytimes.com/2008/08/15/world/africa/15iht-chad.5.15339685.html> adresinden ulaşılabilir. Farklı olaylar temel alınarak yürütüldüklerinden Çad'da yapılan yargılama Senegal'in Habre'yi diktatörlüğü sırasında işlediği iddia edilen suçlardan yargılanmasına engel değildir.
- 11 Hissein Habre c. Republique du Senegal (ECW/CCJ/JUD/06/10) ('ECOWAS Kararı'), 18 Kasım 2010 Kararı, <http://www.hrw.org/fr/news/2010/11/18/arr-tcedeaocowas-ruling-hissein-habr-c-republique-du-s-n-gal> adresinden ulaşılabilir.
- 12 Batı Afrika Devletleri Ekonomik Birliği Adalet Divanı, 1975 yılında ECOWAS Antlaşmasında (Madde 15) halihazırda öngörülmüş olsa da 1991'de Protokol A/P1/7/91 ('1991 Protokolü') ile resmen kurulmuştur.
- 13 1975'te kabul edilen ve 1993'te revize edilen ECOWAS Sözleşmesine atıf yapılmıştır.
- 14 Başlangıçta, sadece üye devletlerin Mahkeme'ye kendi adına ya da vatandaşları adına başka bir üye devlet veya Topluluğun bir kuruluşu hakkında şikâyetle bulunmasına izin verilmiştir. 2005'te, ECOWAS Devlet ve Hükümet Başkanları, insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin olarak gerçek ve tüzel kişilere mahkemeye erişim olanağı sağlayan Ek Protokol A / SP.1 / 01 / 05'i kabul etmiştir (Ek Protokolün 3. ve 4. Maddeleri, 1991 Protokolünün değiştirilmiş 9 (4) ve 10 (c) (d) Maddelerine karşılık gelen). Bu değişiklik büyük ihtimalle Mahkemenin Olajide Afolabi davasında (Olajide Afolabi - Federal Nijerya Cumhuriyeti (2004 / ECW / CCJ / 04), 27 Nisan 2004 tarihli kararında) girdiği çıkmazın ardından ortaya çıkmıştır. Dava, bir Nijeryalı iş adamı tarafından Benin sınırının kapatılmasında Topluluk Yasasının ihlali nedeniyle kendi devletine karşı getirilmiştir. Mahkeme, 1991 Protokolü uyarınca, bireylerin vatandaş oldukları devlet vasıtasıyla şikâyetle bulunabileceğine karar vermiştir. Açıkçası, Mahkeme kendini yetki alanını değiştirmeden çözmesi zor olan şaşkırtıcı bir durgunluk içinde bulmuştur.

devletlerce gerçekleştirilen insan hakları ihlali iddialarını dinlemekle yetkilendirilmiştir.¹⁵ İnsan haklarının gelişimi ve korunması Mahkemenin başlangıçtan beri en geniş kapsamlı özelliğidir. Gerçekten de insan hakları ihlallerinden doğan davalarda, mahkeme temel insan haklarına ilişkin yargısal koruma temin edebilmektedir(köleliğin yasaklanması ile ücretsiz ve zorunlu eğitim hakkı gibi).¹⁶ Bu itibarla Mahkemenin yetkisi örneğin, (i)Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edildiği iddiasında, ya da (ii) revize edilen antlaşmanın 9 (6) Maddesi uyarınca doğrudan hukuki etkisi bulunan ECOWAS türevli standartlar arasında aykırılık riski olduğu durumlarda ve üye devletlerin anayasalarında yer verilmiş birey haklarının korunmasında tetiklenebilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) gibi, ECOWAS Mahkemesi'nin kararları da üye devletler için bağlayıcıdır. Ancak, AİHM'nin aksine iç hukuk yolları tüketilmeden vakalar ECOWAS Mahkemesi önüne getirilebilmektedir. Dolayısıyla, insan haklarının ihlal edildiğini iddia eden her mağdur, bu iddiasını vaka ulusal yargılamaya tabi olsa dahi Mahkemeye getirebilmektedir.

3. ECOWAS Mahkemesi ve Habre Davası

A. Geçmiş Olaylar

Hissene Habre'nin ECOWAS Mahkemesi'ne şikâyeti Afrika Birliği'nin eski diktatörü 'Afrika adına' yargıla çağrısı üzerine Senegal'in yapmış olduğu yasa değişikliklerinden ileri gelmiştir.¹⁷ Habre'nin müdafisi Se-

15 Ek Protokol A/SP.1/01/05 Mahkeme'nin yargı yetkisini önemli ölçüde genişletmiştir. Yani Protokol, Mahkemeye, üye devletler tarafından insan hakları ihlallerini (Ek Protokolün 3. ve 4. Maddeleri, 1991'de değiştirilen 9 (4) ve 10 (c) ^ (d) Maddelerine tekabül etmektedir), anlaşmalardan bağımsız olarak doğan uyumsuzlukları (Ek Protokolün 3. Maddesi, 1991 Protokolünün 10 (6) Maddesinin değiştirilmiş şekliyle ilgili) gözden geçirme yetkisi vermiştir. Ek Protokol ayrıca, ulusal mahkemelere, Topluluk Hukukunun yorumlanması konularında Mahkemeyi ele geçirme hakkı vermiştir (Ek Protokolün 4. Maddesi, 1991 Protokolünün değiştirilmiş Maddesi 10 (f) 'ye karşılık gelir).

16 Sırasıyla bkz. Mme Hadijatou Mani Koraou c. La Republic du Niger (ECW/CCJ/JUD/06/08), 27 Ekim 2008; Droits Economiques et Sociaux et Projet Responsabilite (SERAP) c. La Republique Federale du Nigeria et la Commission sur l'Education de Base Universelle (ECW/CCJ/AAP/0808), 27 Ekim 2009.

17 Bu konuda Senegal tarafından kabul edilen yasal değişikliklerin genel bir gözden geçirilmesi ve değerlendirmesi için M. Niang, 'Uluslararası Suçları Kovuşturmaya Yönelik Senegal Hukuksal Çerçevesi', Uluslararası Ceza Adaleti Dergisi (2009) 1047-1062'ye bakın.

negal'in hukukunu tadil etme kararının açıkça müvekkilini hedef almaya yönelik olduğunu; bununla beraber, eski Çadlı diktatörün ulusal mahkemelerin yargı alanına yeni eklenen suçlardan ötürü yargılanması durumunda, Senegal'in ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini ihlal edeceğini ileri sürmüştür.¹⁸ Senegal'in yasa değişiklikleri bu sebeple İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi madde 7(2) ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi madde 11(2)'i ihlal etmektedir.

Kendi adına, Senegal ulusal mevzuatı devletin uluslararası angajmanlarına uyumlulaştırmak için yasa değişiklikleri gerçekleştirdiğini söylemiştir. Denilene göre, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları söz konusu vakaların Habre tarafından işlendiği iddia edildiği anda uluslararası hukuk nezdinde zaten suç kabul edildiğinden, yerel mahkemelerin geçmişe dönük yargı yetkisi, geriye dönük etkilere sahip yeni suçlar ortaya çıkarmayacaktır. Benzer şekilde, işkence üzerindeki sınır ötesi yargı yetkisi yasal değişikliklerden önce Ceza Muhakemesi Kanunu tarafından izin verilmeyen hâlihazırda 1984 İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşmede ('İşkenceye Karşı Sözleşme' veya 'İşkence Sözleşmesi') öngörülmektedir.

B. Mahkeme'nin Gerekçesi

Tamamen Kronolojik bir bakış açısıyla, Habre vakasına cevap açıklıkla: Senegal'in yasal işleminin işlendiği iddia edilen suçlardan neredeyse 20 yıl sonra olması olabilecektir. Mevzuat değişiklikleri öncesi, yerel mahkemeler Habre tarafından işlendiği iddia edilen suçlar üzerinde yargı yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir. Dolayısıyla, incelemenin iç hukuka hasredilmesi durumunda, Senegal'in eylemi ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesine aykırı olacaktır. Yine de Mahkemenin kaydettiğine göre, *kanunsuz suç ve ceza olmaz* ilkesi bahse konu eylemlerde ihlal edilmemiştir, ulusal hukukta suç kabul edilmemesine rağmen, isnat edildiği anda " milletler cemiyeti tarafından tanınan hu-

18 Habre ayrıca, Senegal'in yasama önlemlerinin kanun önünde eşitlik ilkesine, kesin hüküm yetkisine ve adil yargılanma ile etkin çözüme başvurma hakkına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca Habre, Senegal'in ECOWAS Demokrasi ve İyi Yönetim Protokolünü, yargının bağımsızlığını ve güçler ayrılığı ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Bu yazının amaçları doğrultusunda Mahkemenin bu iddiaları reddettiğini söylemek yeterlidir.

kukun genel ilkeleri” kılavuzluğunda suç sayılmaktadır. İşte bu ICCPR madde 15(2)'in açıkça sağladığı şeydir. Bu hükmün temel aldığı mantık, Mahkemeye göre, acımasız zulümlerin hiçbir yerel yasa kuralı eylemleri yasaklamadığında cezasız kalmalarını önlemektir.

Bu fikri ortaya koyduktan sonra Mahkeme, Afrika Birliği tarafından Senegal'e verilen direktifin ad hoc yargılamanın teşekkülüne ilişkin uluslararası teamüle uygun olarak gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Mahkemeye göre, ICCPR madde 15(2)'de belirtilen hükümlere dayanan özel bir mahkeme, Habre'nin, ex post facto yasalar uygulanmadan yargılanmasına izin verecek tek seçenektir. Mahkemeye göre, Senegal'in Habre'yi yerel mahkemelerinde yargılaması sadece hukukun geriye yürümezliği ilkesini ihlal etmeyecek aynı zamanda uluslararası enstrümanlar içinde yer alan muafiyet prensibine de gölge düşürecektir.¹⁹

Açıkça, tartışma konusu uyuşmazlık Senegal'in soykırım, işkence, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları eylemleri üzerinde devlete yargı yetkisi veren yasa değişikliğidir. Yukarıda değindiğim üzere, bu yasa değişikliği, kronolojik olarak konuşulursa, geriye dönük olarak, yargılama sırasında eski Çadlı Başkan'a karşı uygulanmalı mıdır? Ancak bunun geriye dönük olarak uygulanması suç teşkil etmeyen eylemlerin de cezalandırılmasına öncülük eder mi? Soru şu şekilde de şekillendirilebilir: hangi şartlar altında geriye dönük uygulanan yerel ceza kuralları ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini ihlal etmeyecektir?

Bu soruları cevaplamak için, ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesinin ve ICCPR'nin 15. Maddesinin gerekçesi ve kapsamı hakkında kısa bir analiz yapılması gerekmektedir. Ardından ECOWAS Mahkemesi'nin ad hoc mahkemeye ilişkin argümanı üzerinde değerlendirme yapacağım. Özellikle, böyle bir kurumsal seçeneğin, iç hukuk çerçevesinin belli davranışları suç sayacak enstrümanlardan yoksun olduğu durumlarda gerekli olup olmadığını tartışacağım.

19 '[T]oute autre entreprise du Senegal en dehors d'un tel cadre violerait, d'une [sic] part, le principe de la non retroactivite de la loi penale, consacre par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme comme etant un droit intangible et d'autre part, ferait obstruction au respect du principe de l'impunite consacre par les memes textes internationaux.' ECOWAS Kararı, yukarıdaki not 11, § 58'de.

4. Ceza Hukuku'nun Geriye Yürümezliği İlkesi

A. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesine Uluslararası Hukukun Getirdiği İstisnalar

Yaygın bir bilgidir ki ceza hukukunun geriye dönük uygulanması yasağı ceza hukuku genel prensiplerinden bir eylemin suç olarak yasaklanmasına ilişkin kuralın yürürlüğe girmesinden önce suç kabul edilmesini yasaklayan kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibinin bir türevidir. Bireyleri otoritelerin keyfi kararlarına karşı koruyan bu prensip, uluslararası hukuk sağ olsun ki geniş çevrelerce bilinmektedir.

Yerel hukuk genelde soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları gibi suçlarla başa çıkmak konusunda iyi donatılmamıştır. Bu, devletlerin bu gibi kınanması gereken suçları tanımadığı anlamına gelmektedir. Bilakis onların uluslararası yükümlülükleri ve uygulamaları göstermektedir ki yerel ceza hukuku tarafından suç kabul edilmeyen bir dizi eylem, giderek artan şekilde uluslararası suç olarak görülmeye başlanmıştır. Bu sebeple, ceza hukukunun geriye yürümezliği prensibi, 20. Yüzyılın en ağır zulümlerini gerçekleştirmekle suçlananların popülerliğine rağmen, nadiren başarılı bir savunma yolu olduğunu kanıtlamıştır. Nürnberg duruşmalarının başında, hâkimler saldırganlık gibi belirli davranışların suç kabul edilmesini, iç hukukta herhangi ilgili bir kural bulunmamasına bakmaksızın uluslararası bir kuralın varlığına dayandırmıştır.²⁰ Denilmiştir ki böyle yaparak, Nürnberg Uluslararası Askeri Mahkemesi (UAM) mutlak yasallığın aksine mutlak adalet doktrini kabul etmiştir: bu da eylemi yasaklayan açık bir kuralın eksikliğinde dahi, topluma ciddi zarar veren davranışların cezasız kalmamasıdır.²¹

Nürnberg deneyimini müteakip, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine iki faktör derin müteessir olmuştur. Bir yandan, mutlak adalet mutlak yasallığın yerine geçmiştir. Öte yandan uluslararası ceza hukuku, hem bireysel²² eylemlerin suç olarak vasıflandırıldığı gün geçtikçe çoğalan

20 Uluslararası Askeri Mahkeme'nin Alman Savaş Suçları Yargılaması için verdiği karar (UAM Kararı), 30 Eylül ve 1 Ekim 1946, 41 Amerikan Uluslararası Hukuk Dergisi (1947) 172-33, 217-220'de yeniden basılmıştır.

21 A. Cassese, Uluslararası Ceza Hukuku (2. Bası, Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2008), 38-39'da

22 Örneğin, Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşmenin 1. Maddesinde devletler: 'Sözleşme Tarafları, soykırım suçunun, barış ya da savaş zamanında işlendiğine bakmaksızın, uluslararası hukuk uyarınca önlenmesi ve cezalandırılması için taahhüt altına girerler.'

uluslararası antlaşmaların onaylanması ve suçların belirli unsurlarını yorumlayan veya uluslararası teamül hukukunda suçların kademeli olarak somutlaşmasına katkıda bulunan uluslararası içtihat hukuku sayesinde genişlemiş ve hukukun daha açık ve net alanı haline gelmiştir.²³ Bu şartlar altında, ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesi de insan haklarına ilişkin enstrümanlara da yansıyan iki önemli istisna kabul edecek şekilde evrim geçirmiştir: prensip bir eylem icra edildiği zaman ulusal ceza hukuku uyarınca cezalandırılabilir olmasa da (i)uluslararası hukukta ya da (ii)milletler cemiyetince tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayıldığı takdirde ihlal edilmeyecektir.

Bu itibarla, uluslararası insan hakları enstrümanlarını tasarlayanlar ceza gerektiren suçlardan muhtemelen yakın tarihte sona eren 2. Dünya Savaşı bağlamında işlenmiş olanları akılda tutmuşlardır; bu sebeplerdir ki, bu istisnaların *occasio legis* (Bir kanunun yapılmasındaki hal ve şartlar) büyük ihtimalle daha önce Nürnberg'de ileri sürülenleri desteklemek niyetinden kaynaklanmaktadır. Doğrudur ki, bu iki istisnanın müphem içeriği nedeniyle, geriye dönük olarak uygulanmasına izin verilen ceza kurallarının erişilebilirlik ve öngörülebilirlik²⁴ derecesine son derece dikkat edilmelidir.²⁵ Uluslararası hukuka atıf, özellikle mevzu bahis uluslararası teamül kuralları olduğunda, zalim bir yargı erkinin elinde en az hukukun genel prensipleri kadar, kolayca tehlikeli bir Pandora'nın kutusu haline gelebilecektir. Yine de tartışacağım üzere, spesifik şartlar altında yerel bir mahkeme bir insanı yargılarken geriye yürümezlik ilkesini ihlal etmemek amacıyla bu istisnalara başvurabilir.

23 Örneğin, Madde 15 ICCPR, Madde 7 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. Ayrıca bkz. Madde. 99 (1) Savaş Mahkûmlarının Muamelesine İlişkin Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi III), Madde 67 Savaş Sırasında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi (Cenevre Sözleşmesi IV) ve Madde 75 (4) (c) Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol I.

24 Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi ile ilgili davalarda, Avrupa Mahkemesi, söz konusu davranışın bir ceza statüsü kapsamına girip girmediğini belirlerken erişilebilirlik ve öngörülebilirlik testini uygulamıştır. Bu ilkelerin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi için bkz. Sunday Times - Birleşik Krallık, AİHM (1979) Series A, No. 30, § 49.

25 Bu bağlamda, AİHM tarafından ceza hukukunun geriye dönük uygulanması ile ilgili durumlarda, halihazırda uluslararası hukukta cezai olan bazı davranışları içeren analiz gerçekleştirilmektedir. Örneğin, Kolk ve Kislyiy v. Estonya 9'da [:] (Başvuru no. 23052/04, 24018/04), AİHM, 17 Ocak 2006, Mahkeme, başvuranlar tarafından gerçekleştirilen fiillerin Sovyet yasası zamanında hukuka uygun olmasına rağmen, Estonya mahkemeleri, işlendikleri zamanda uluslararası hukuka göre insanlığa karşı suç teşkil ettiğini kabul etmiştir. ... AİHM, bundan dolayı, başvuranların eylemlerinin, işlendikleri sırada insanlığa karşı suç teşkil etmediği ve makul olarak bunun farkında olmalarının beklenemeyeceği iddialarını yersiz bulmuştur.

B. Kanunsuz Suç Ve Ceza Olmazın İstisnaları ile Ulusal Hukuk arasındaki Etkileşim

Kısaca ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesinin esaslarını hatırladık, şimdi bu prensip ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi tartışacağım. Bu amaç için, ECOWAS Mahkemesinin kararıyla bağlantılı ICCPR Madde 15'in yakın bir incelemesinin yapılması gerektiği açıktır.

BM Sözleşmesi Madde 15(1)'e göre bir davranışın kovuşturulması ve cezalandırılması, daha önceden uluslararası ya da ulusal hukukta suç kabul edilmesi şartına bağlıdır.²⁶ Bu hüküm hukukun iki organının denkliliğini tanıma olarak yorumlanmaktadır.²⁷ Eğer bir eylem ulusal hukuka uygun ancak uluslararası hukuk karşısında hukuka aykırıysa bu tip bir eylem yerel mahkeme önünde (uluslararası suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olması koşuluyla) yargılanabilecektir. Madde 15(2) milletler cemiyeti tarafından tanınmış hukukun genel prensiplerine göre suç teşkil eden davranışları yargılama ve cezalandırma ihtimalini meşrulaştırmaktadır. Bu hüküm söz konusu davranışı ne ulusal hukuk ne sözleşme ne de teamüli uluslararası hukuk kuralları suç kabul etmediğinde son çare ya da tamamlayıcı yorum olarak ortaya çıkmaktadır.²⁸

26 Uluslararası hukuk terimi hem antlaşma yasası hem de teamül hukuku olarak okunmalıdır. Bu anlamda, yetkili bir bilim adamının gözlemi: 'Bir kişi, suçun işlendiği tarihte uygulanabilir ulusal yasalar tarafından suç olmamasına rağmen uluslararası anlaşma hukuku veya teamül hukukuna göre cezalandırılabilen bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunabilir. " M. Nowak, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi: CCPR Belgeseli (2. rev. edn., Kehl, Strazburg: N.P. Engel, 2005), 360.

27 Örneğin, Baumgarten v. Almanya (Doküman No. 960/2000, BM Doc CCPR / C / 78 / D / 960/2000 (2003), § 9.3), İnsan Hakları Komitesi (HRC), başvuranın Alman yasasının geriye dönük olarak uygulandığını iddia ettiği şikayetin değerlendirilmesinde, başvuranın işlediği zamanda, suçlar GDR'nin ceza hukuku uyarınca veya uluslararası hukuka göre yeterince tanımlanmış olduğu kanaatine varmıştır. HRC, Nicholas - Avustralya'daki benzer bir şikayeti değerlendirirken (Tebliğ 1080/2002, BM Dök. CCPR / C / 80 / D / 1080/2002 (2004), § 7.5'de) bu görüşten ayrılmamıştır: 'Eğer ulusal (veya uluslararası) yasada tanımlanan suçun gerekli bir unsurunun var olduğu ispat edilemezse, söz konusu ihmali eylemi için bir kişinin mahkûm edilmesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal eder.' ICCPR'in hazırlık çalışmaları bu yorumu desteklemektedir. ICCPR taslağının resmi ek açıklamasında, 1. fıkrada uluslararası hukuka atıfta bulunulduğu şekliyle, bir kimsenin uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir eylemin kendi hukuku uyarınca yasal olduğundan bahisle cezasız kalmamasını sağlamayı amaçlar. Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi Metni Üzerine Açıklamalar, Bölüm VI-Medeni ve Siyasi Haklar, BM Dök. A / 2929, 1 Temmuz 1955, § 94.

28 Bu görüş, ICCPR'in hazırlık çalışmalarında da bulunmaktadır: "ne 2. paragraftaki tasarruf hükümlerinin ne de paragraf 1'de yer alan " uluslararası hukuk " teriminin uygulama alanının kapsamına

Hüküm aynı zamanda bir eylemin unsurları belirsiz kaldığı zaman da uygulanabilmektedir.²⁹ Buna göre, daha da detaylandıracağım üzere, yasallık prensibini belirli bir davranışın sadece hukukun genel prensipleri temel alınarak suç kabul edilmesiyle uzlaştırmak oldukça zordur.

Madde 15, hukukun, söz konusu eylemleri icra edildikleri esnada suç saymasını şart koşar. Ceza kovuşturmasının zamanına hiçbir atıf yapılmamıştır. Bu itibarla, iki konu açıklığa kavuşturulmamıştır. Birincisi, bu madde uyarınca, bir devlet bir bireyin uluslararası hukuka ya da hukukun genel prensiplerine göre suç kabul edilen, ulusal mevzuat bağlamında tasarlanmamış bir eylemini, yargılayabilecek midir?³⁰ Ve ikincisi, bir devlet bir yabancıyı ulusal mevzuatında bu gibi suçlar üzerinde sınır ötesi ya da evrensel bir yargı yetkisine dair bir usul kuralı olmamasına rağmen yurtdışında yabancılara karşı işlediği suçlardan ötürü yargılayabilecek midir? Ortak akıl ve yasal uygulama bu soruların negatif yanıtlanacağı hissi uyandırmaktadır: normal şartlarda uluslararası suçların yerel seviyede yargılanması ya da cezalandırılması için önce ulusal hukukun maddi ve usuli kurallarında vücut bulması gerek-

herhangi bir savaş suçuyla ilgili geçmişteki mahkumiyetlerin girmediği aksettirilmektedir.” Ibid., § 96. Bu noktada, ayrıca bkz. Cassese, üst not 21, 22-25’de. Manfred Nowak tarafından başka bir bakış açısı benimsenmiştir, buna göre ‘... Antlaşmanın 15(2). maddesi ceza yasalarının geriye dönük uygulanmasında, işlendiği zamanda teamüli hukukta suç teşkil eden bir eylem ya da ihmal için bir istisna içermektedir. Buna göre, Nowak, ‘milletler cemiyeti tarafından tanınan hukukun genel ilkeleri’ ile ‘teamüli uluslararası hukuk’ arasında ayırım yapmamaktadır. Böyle bir yaklaşım, Nowak’ı şu sonuca varmaya itmektir: ‘Madde 15(2)’nin yasal önemi, madde 15(1)’in uluslararası hukuka yaptığı atfın ışığında oldukça kuşkuludur. ‘ Nowak, üst not 26, 367-368.

- 29 Furundzija’daki ICTY Yargılama Dairesi şöyle diyor: “Yargılama Dairesi, bu nedenle, ceza hukukunun belirliliği ilkesine dayanan doğru bir tecavüz tanımına ulaşmak için (Bestimmtheitgrundsatz, aynı zamanda kural “nullum crimen sine lege stricta”), dünyanın büyük yasal sistemlerinde ortak olan ceza hukuku prensiplerine bakmak gerekiyor. Bu ilkeler, dikkatli olmak gerekirse, ulusal yasalar tarafından türetilir. “ Karar, Furidzija (IT-95-17 / 1-T), Yargılama Dairesi, 10 Aralık 1998, § 177’de. Benzer şekilde, Kupreskic’te, Yargılama Dairesi şuna karar vermiştir: ‘Uluslararası ve ulusal ceza mahkemeleri Uluslararası teamül ve antlaşma hukukundaki olası eksiklikleri dünyanın başlıca ceza sistemlerinin birleşmesinden kaynaklanan ceza hukukunun genel prensiplerinden yararlanarak doldurabilirler. Yargılama Dairesi, gerektiğinde, bu tür prensipleri, Uluslararası Mahkeme Statüsünde ve teamül yasasında yer alan herhangi bir boşluğu doldurmak için kullanır. Karar, Kupreskic et al. (IT-95-16-T), Yargılama Dairesi, 14 Ocak 2000, § 677’de.
- 30 Örneğin, Avusturya Federal Mahkemesi uluslararası hukukun Avusturya hukukuna dâhil olmadığını karar verdiğinden beri, yerel mahkemelerin yargı yetkisi kapsamında soykırım bulunmamaktadır. Avusturya Federal Mahkemesi, Nulyarimma v. Thompson [1999] FCA 1192, §§ 32, 57’de. Justice Merkel, uluslararası teamül hukukunun jus cogens statüsünden dolayı Avusturya yasalarına dâhil edildiğini savunarak itiraz etmiştir. Ibid., § 186’da.

tedir. Bu gibi bir mevzuat olmadan, devlet iki engelle karşılaşır: (i) uygulanabilecek ceza belirlenemeyecektir; (ii) mahkemeler bu gibi suçlar üzerinde sınır ötesi yargı yetkisi olduğunu iddia edemeyecektir.

Bununla birlikte, uluslararası hukukta suç sayılan bu gibi davranışlar üzerinde, mahkemelerin evrensel yargı yetkisiyle hareket etmesine izin veren bu mevzuatın, yeni suç yaratma işlevi yoktur. Bilakis, yargı yetkisi fonksiyonu vardır.³¹ Başka bir deyişle, eklenen mevzuat, ulusal mahkemelerin davranışı suç kabul eden ilgili uluslararası kuralı uygulaması için sadece bir araçtır.

Eklenen yasalar yeni suç yaratmadığından (ancak sadece yargılanmasına müsaade ettiğinden) ötürü, kabul tarihi, davranışın kendisinin suç haline getirilmesi ile ilgili değildir. Bu bağlamda, dâhil edilen mevzuat, şüpheli/sanığın uluslararası yasağı farkında olmasından mütevellit, insan hakları hukukunda öngörülebilirlik sorunlarını gündeme getirmemektedir.³² Bu genel kural pek tabii, yalnız yerel mevzuata eklenen suçların tanımları, ilgili uluslararası kuralların içindekilerle örtüştüğü derecede geçerlidir. Buna göre, eğer ulusal hukuk tarafından yasaklanmış suçun kapsamı (objektif ve sübjektif unsurları bakımından) dayandığı uluslararası suçtan daha geniş bir kapsama sahipse devlet mahkemele-ri, suçun yerel olarak tanımlanmış sınırlayıcı unsurlarına yalnızca kabul edildiği tarihten sonraki cürümlerle ilgili olarak başvurabilmektedir. Bu-

31 Bu anlamda, ör. Demjanjuk'un iadesi, İkinci Dünya Savaşı sırasında Treblinka toplama kampında bekçi olduğu iddia edilen kişinin İsrail tarafından iadesi talebi ile ilgili bir dava. Davacı, diğerlerinin yanı sıra, sanıkların arandığı İsrail ceza statüsünün geriye dönük olduğunu ileri sürdü; çünkü İsrail, 1948 yılına kadar var olmamıştır. Mahkeme şunu belirtmiştir: "İsrail statüsü, daha önce yasal olanları yasadışı ilan etmez; daha ziyade, önceden ceza olarak tanınan davranışı mahkemeye önüne getirmek için yeni bir forum sunmaktadır. ...Davalı, işlendiği vakitte suç teşkil eden eylemlerle itham edilmiştir. Statü, yetki ve göreve ilişkin olduğu ve yeni bir suç oluşturmadığı için geçmişe dönük değildir. Bu nedenle, İsrail, uluslararası hukukta var olan ceza yasalarının geriye dönük uygulanmasına ilişkin herhangi bir yasağı ihlal etmemiştir." Birleşik Devletler Kuzey Dakota Bölge Mahkemesi - Ohio, Doğu Bölümü, Demjanjuk'un Geri İadesi [1985] 612 F.Supp.544, at 567.

32 Bu noktada, uluslararası bir suç işleyen fail suçu işlediğinde, uluslararası hukuku ihlal ettiğini ve bu hukukun ihlalinden dolayı hüküm giydiğini bilmesinin gerekli olmadığı gözlemlenmiştir; ancak yasallık ilkesi, suçun erişilebilir bir yasayla öngörülmesini ve söz konusu eylemin icra edildiği tarihte cezai olarak yaptırım görebileceğinin öngörülebilir olmasını gerektirir." G. Mettraux, Uluslararası Suçlar ve ad hoc Mahkemeler (Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2005), 17'de Komuta Sorumluluğu ile İlişkili Yetki İtirazı Kararından Alıntı, Hadzihanovic (IT-01-47-AR72), Temyiz Mercii, 16 Temmuz 2003, § 34.

nun yerine, ulusal yasanın kabulünden *önce* icra edilen eylemler, yalnızca suçun işlendiği iddia edilen zamanda uluslararası hukukta karşılık bulan suç tanımlarına atıfta bulunarak kovuşturulabilmektedir.³³ Sonuç olarak, dâhil edilen yasa söz konusu eylemin işlendiği anda uluslararası hukukta en azından genel olarak (yani hukukun genel prensiplerine dayalı olarak) yasaklanmış olması koşuluyla, geriye yürümezlik ilkesini ihlal etmeksizin geriye dönük olarak uygulanabilmektedir.

Bu yorum, yukarıda vurgulandığı üzere eylemin başlamasından önce ceza hukuku kuralının (kökenine bakılmaksızın) uygulanabilir olmasını gerektiren 15. Madde metniyle tutarlı görünmektedir.

Dikkate değerdir ki mevzuata dâhil edilen kısma benzer bir işlev yerine getirmektedir, örneğin, 1991-1993 yılları arasında işlenmiş suçlarla ilgili olarak, eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesinin (ICTY) Statüsü. Bilindiği üzere, ICTY 1991'den beri Yugoslavya sınırları içerisinde işlenmiş dört suç kategorisi (Cenova Konvansiyonunun ağır ihlalleri, savaş hukukunun ve teamüllerinin ihlali, soykırım ve insanlığa karşı suçlar) üzerinde yetkiye sahiptir. Yine de Güvenlik Konseyi'nin ICTY'nin kurulmasına yetki veren 827 numaralı çözümü sadece 1993'te kabul edilmiştir. Kronolojik perspektiften, birinin ICTY Statüsünün 1991'den kabul edildiği tarihe kadar geriye dönük olarak uygulandığı itirazında bulunması mümkündür. Buna rağmen ICTY Statüsü Mahkemeyi eski Yugoslavya'daki suçların işlendiği iddia edilen zamanda var olan, sadece teamüli uluslararası hukuku uygulamak için yetkilendirdiğinden maddi ceza hukuku mahkeme tarafından geriye yürütülmemiştir.³⁴ Böylelikle, Statü, ICTY'nin 1991-1993 arasında icra edilen eylem-

33 Örneğin, Senegal Kanunu 2007-02'de yer alan soykırım kavramı, Soykırım Sözleşmesi'nin 2. Maddesi'nden ayrılmıştır. Soykırım Sözleşmesi tarafından ortaya konan dört kriterin yanı sıra Senegal Yasası, korunan grubun başka herhangi bir kriterle de belirlenebileceğini belirlemektedir (Madde 431-1). Bu nedenle, yasanın kabulünden önce icra edilen fiiller için, sadece Soykırım Sözleşmesi tarafından ortaya konan düşünceyi uygulamalıdır.

34 Yugoslav Mahkemesini kurarken BM Genel Sekreteri tarafından ifade edilen görüş, 'ilkesel kansuz suç ve ceza olmanın uygulanması, uluslararası mahkemenin, kuşkusuz, teamüli hukukun bir parçası olan uluslararası insani hukuk kurallarını uygulamasını gerekli kılmıştır. " Paragraf 2'ye istinaden Genel Sekreter Raporu Güvenlik Konseyi Karar 808 (1993), BM Dök. S / 25704, Mayıs. 1993, § 34. Teamüli uluslararası hukuka göre belirli davranışların suç haline getirilmesi ile ilgili olarak, örneğin, tecavüzle ilgili olarak, Furundzija, üstteki not 29, §§ 168 - 169; 1949 Cenevre Sözleşmelerinin ağır ihlal rejimine göre "korunan kişilerin" kapsamı ile ilgili olarak bkz. Karar, Tadic (IT-94-1-A), Temyiz Kurulu, 15 Temmuz 1999, §§ 163-166.

leri suç kabul eden uluslararası kuralları uygulamasını, aynı dönemde Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin küllerinden doğan muhtelif ülkelerin bu eylemlere uygulanabilir mevzuatları bakımından eylemlerin suç teşkil edip etmediğine bakmaksızın mümkün kılmıştır.

Bu analizin ana sonuçlarını özetleyelim. Uluslararası hukuk ya da genel hukuk ilkeleri tarafından yasaklanan bir fiil için ulusal mahkemeler tarafından cezai sorumluluk yüklendiğinde, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine uymak için üç şartın yerine getirilmesi gerektiğini savunmak uygun görünmektedir:(i) devlet, hükümlerinin ihlali nedeniyle cezai sorumluluğu öngören uluslararası bir antlaşma veya sözleşmeyi onaylamıştır ya da belirli davranışları suç sayan, devlet üzerinde bağlayıcılığı olan uluslararası bir teamül kuralı vardır veya davranış milletler cemiyeti tarafından tanınan hukukun genel prensiplerine göre suç sayılmaktadır; (ii) suçun tüm unsurları işlendiği iddia edilen zamanda isnat edilen kişi tarafından öngörülebilir ve ulaşılabilir olmalıdır ve (iii) devlet uluslararası suçları mevzuatına dâhil eden maddi ve usuli kuralları kabul etmelidir; özellikle uluslararası bir suç bir yabancı tarafından yabancılara karşı yurtdışında işlenmişse, devletin o suç kategorisinde evrensel yargı yetkisini barındıran yasayı kabul etmesi gereklidir.

5. Senegal'in Yasa Değişiklikleri Ceza Hukuku'nun Geriye Yürümezliği İlkesini İhlal Eder mi?

Açığa kavuşturmak gerekirse dâhil edilen yasa geriye yürümezlik ilkesini, uluslararası hukuk kuralları veya hukukun genel prensiplerinden biri çerçevesinde ilgili olgular gerçekleştiğinde hali hazırda suç kabul edilen davranışı suç saydığı sürece ihlal etmemektedir, soru Senegal'in yasa değişikliklerinin bu testi karşılayıp karşılamadığına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.

Öncelikli olarak, bu yasal girişimlerden evvel Senegal Mahkemelerinin Habre'yi uluslararası hukukta suç olarak vasıflandırılan davranışlarından ötürü yargılayamadığı not edilmelidir. Karşıt görüş, Temyiz Mahkemesinin önünde Savcı tarafından ileri sürülmüştür.³⁵ Buna rağmen,

35 Temyiz Mahkemesi, Senegal, Souleymane Guengueng et al. v. Hissene Habre, Conclusion du Ministere Public, 3 January 2001, http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Senegal/Habr_%E9_Cassation_CC_Minist%E8re_public_3-1-2001.pdf adresinden ulaşılabilir.

bu haklı olarak reddedilmiştir. Senegal Anayasası'nın 79. Maddesine göre taraf olunan konvansiyonların ve uluslararası sözleşmelerin (eğer kendiliğinden yürürlüğe giren anlaşma ise) otomatik olarak iç hukuka dâhil olduğu doğrudan doğruya aynı durum, devletin (kendiliğinden yürürlüğe girmeyen) hükümlerini tam olarak yerine getirmesi için belirli bir yasa çıkarmasını gerektiren sözleşmeler için geçerli değildir, aynı İşkenceye Karşı Konvansiyonda olduğu gibi. Gerçekten, İşkence Sözleşmesinin 4. Maddesi, devletlerin işkenceye ilişkin eylemleri, işkenceye yardım, iştirak ve teşebbüs fiillerini, 'suçların ağırlığını da hesaba katan uygun cezalar' ile cezalandırmalarını öngörmektedir. Benzer şekilde, yerel mahkemeler, teamüli uluslararası hukukta suç olmasına rağmen ulusal ceza hukuku kurallarına dâhil edilmeyen fiiller üzerindeki yetkilerini uyardıramamaktadırlar. Dolayısıyla Senegal, dâhil edilen kanun değişikliklerini kabul etmeden veya mevzuatı yürürlüğe koymadan Afrika Birliği direktifini yerine getiremeyecektir.

Senegal yasa reformunun doğası iki yönlüdür. Bir yandan Ceza Kanunu'na soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları olmak üzere birtakım uluslararası suçları getirerek maddi ceza hukukunu önemli ölçüde değiştirmiştir. Öte yandan, yukarıda belirtilen uluslararası suçları ve işkenceyi de dâhil ederek, Senegal'in evrensel yargı yetkisini kullanabileceği suçların kapsamını genişleten bir usuli değişiklik getirmiştir.

Senegal Ceza Kanunu'nda değişiklik yapan yasa ile getirilen maddelerin soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarıyla ilgili olarak UCM Statüsü hükümlerini kelimenin tam anlamıyla aynen aktardığı söylenmektedir ki bu şekilde dâhil edilen normların jus cogens karakteri tamamen kabul edilmektedir.³⁶ Bu durumda ortaya çıkan soru şudur: hali hazırda uluslararası hukukta suç kabul edilen soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçlarını işlemekle itham edilen Habre hesap verecek midir?

Söz konusu soykırımsa (Habre davası bu suçla alakalı görünmemektedir), cevap şüphesiz olumlu olacaktır. Soykırım fiilleri 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin BM Sözleşmesi (Senegal 1983'te onaylamıştır) ve Sözleşmenin kabulünden hemen sonra gelişen uluslararası teamül kurallarına uygun olarak yasaklanmış

36 Kanun 2007-02, Expose des motifs, § 6.

ve cezalandırılabilir kılınmıştır.³⁷ Benzer şekilde, savaş suçları sözleşmeler hukuku seviyesinde hem dört 1949 Cenoa Konvansiyonu (1963 yılında Senegal tarafından kabul edilmiş) hem iki 1977 ek protokolü (1985 yılında Senegal tarafından kabul edilmiş) hem de uluslararası teamül kurallarınca yasaklanmıştır.³⁸ O sıralarda, UAM yargılamalarından sonra gelişen uluslararası teamül kuralları uyarınca insanlığa karşı suçlar öngörülmüştür.³⁹

İşkence suçu için ayrı bir analiz yapılması gerekir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değişiklik yapan kanun uyarınca, işkence (yukarıda belirtilen uluslararası suçlar da dâhil olmak üzere) Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 669. maddesindeki suçlar arasında yer aldığından, yabancılar Senegal dışında işlemiş olsa bile Senegal mahkemeleri yargı yetkisini kullanabilmektedir. Yukarıda söylendiği gibi Habre'nin işlediği iddia edildiği zamanda, soykırım, insanlığa karşı suçlar ve savaş suçları, Senegal iç hukukunda suç sayılmamışken, işkence ve işkenceye iştirak suçları sırasıyla Senegal Ceza Kanunu'nun 288. madde ve 46. Maddesinde karşılık bulmuşlardır. Buna rağmen bunlar yabancılar tarafından Senegal dışında işlendiğinde cezalandırılmamaktadırlar. Bu, Temyiz Mahkemesi'nin 2001'de 'Senegal Mahkemelerinin, işkence fiilleri mağ-

37 En azından Soykırım Sözleşmesinin kabulünden bu yana soykırımı yasaklayan teamüli bir kuralın ortaya çıktığı genel kabul görmektedir. Bu tür bir kuralın ortaya çıkışı, diğerlerinin yanı sıra, oybirliği ile Sözleşmenin kabul etmesi ve çok sayıda devlet tarafından hızlı bir şekilde onaylanması olarak ortaya çıkabilir. Bu görüş hâlihazırda 1951'de ICJ'nin kararıyla doğrulandı: "Sözleşmenin temelini oluşturan prensipler, uygar uluslar tarafından devletlere bağlanan, hatta herhangi bir konvansiyonel yükümlülük olmaksızın kabul edilen ilkelerdir." Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi, Danışma Görüşü, 28 Mayıs 1951, ICJ Temsilcisi (1951) 15, 12'de. Soykırım yapılmasını yasaklayan alışılmış bir kuralın ortaya çıkışı üzerine, bkz. Y. Shany, "Soykırım Sözleşmesi Yolu ve Ötesi", P. Gaeta (ed.), BM Soykırım Sözleşmesi: Bir Yorum (Oxford: Oxford Üniversitesi Yayınevi, 2009)) 3 - 26, esp. 15 - 16'da.

38 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmelerinin maddi hükümlerinin çoğu, teamüli uluslararası hukuk kurallarını şekillendirmiş sayılır. IMT, 1946'da 1907 tarihli Toprak Savaşı Kanunları ve Teamülleri Konulu Lahey Sözleşmesi ile ilgili olarak şunları söyledi: Sözleşmede ifade edilen kara savaş kuralları kuşkusuz mevcut Uluslararası Hukukun kabul edilme zamanı üzerine bir gelişmeyi temsil eder. ... ancak 1939'da bu kurallar ... tüm medeni uluslar tarafından kabul gördü ve savaş yasaları ve teamüllerine ilişkin bir deklarasyon olarak görülüyordu. 'IMT Kararı, 24 no'lu AT sayılı not 248-249.

39 IMT Şartının 6. Maddesinde uluslararası antlaşma yasasında insanlığa karşı suçlar ilk defa yer almıştır. Bu bağlamda, Nürnberg Mahkemesi şunu gözlemledi: 'Şart, muzaffer ülkelerin adına keyfi bir egemenlik uygulaması olmayıp Mahkeme'nin görüşüne göre... yaratılışında mevcut olan uluslararası hukukun ifadesi ve bu ölçüde kendisinin uluslararası hukuka katkısıdır. ' IMT Kararı, üst not 20, 216'da.

durların uyruğuna bakılmaksızın yabancılar tarafından Senegal sınırları dışında işlendiğinde bu fiiller üzerinde yargı yetkisi bulunmamaktadır.’ kararını vermesine neden olan hukuki engeldir.⁴⁰ Doğrusu, işkence yasağı iç hukuk kurallarına dayandığı için sadece Senegal topraklarında veya ulusal yargı yetkisine tabi kişiler için bağlayıcılık teşkil ettiği iddia edilebilecektir. Bununla birlikte, işkence yasağının zaten 1980 yılında Filartiga’da resmi ve ikna edici şekilde belirtildiği üzere bir uluslararası teamül kuralı olarak benimsendiği de doğrudur.⁴¹ Daha da ötesi, 1986’da Senegal (26 Haziran 1987’de yürürlüğe giren ve en azından bir kısmının Habre’nin eylemlerine atfedilebileceği iddia edilen) 1984 İşkenceye Karşı Konvansiyonu onaylamıştır.⁴² Bu konvansiyon suç teşkil eden davranışın unsurlarını (madde 1’de) son derece ayrıntılı karakterize edecek şekilde tanımlamıştır ve devletleri (madde 5’te) suçlu olduğu iddia edilenleri yargılama ya da iade etme yükümlülüğü altına sokmuştur. Tartışmasızdır ki ilgili eylemlerin işlendiği iddia edildiği tarihte Senegal’de açıkça hem vatandaşlara hem de yabancılar için uygulanabilir bir uluslararası hukuk kuralı uyarınca işkence suç kabul edilmektedir. Muhtemelen bu, 2000’lerin başında Senegal mahkemelerince Habre’ye yapılan işkence suçlamaları üzerine dikkate alınmıştır.

40 ‘Les juridictions senegalaises sont incompetentes pour connatre des actes de torture commis par un etranger en dehors du territoire quelle que soit la nationalite des victimes.’ Souleymane Guengueng et al. v. Hissene Habre, üst not 2, 5’de.

41 Amerika Birleşik Devletleri İkinci Devre Temyiz Mahkemesi Filartiga v. Pena-Irala (630 F.2d 876 (2d

Cir. 1980)), 882’de. Bir dizi uluslararası enstrüman ve ulusal iç hukuka atıfta bulunarak, Mahkeme şunları belirtmiştir: “Şartın herkesi güvence altına aldığı “insan haklarının ve temel özgürlüklerin” kesin kapsamı hakkında evrensel bir anlaşmaya rastlanmamış olmasına rağmen, şu anda bu garantilerde İşkenceden özgür olma hakkı en azından elzemdir. Bu yasak, alışılmış uluslararası hukukun bir parçası haline gelmiştir. “

42 Habre tarafından işlendiği iddia edilen suçlarla ilgili ayrıntılı bir genel bakış için, Habre rejiminin tasfiye edilmesinden sonra kurulan Çad hükümet sorğu komisyonu tarafından hazırlanan rapora bakın. Çad: Suçları ve Kötüye Kullanımları Soruşturma Komisyonu Raporu Eski Başkanı Habre, O’nun Takdimi ve Aksesuarları: Kişilerin Fiziksel ve Zihinsel Bütünlükleri ve Mülkiyetlerine Karşı Suçlara İlişkin Soruşturma, 7 Mayıs 1992, <http://www.usip.org/files/file/resources/collections/commissions/Chad-Report.pdf> adresinden ulaşılabilir. Ayrıca bkz. R. Silva, J. Klingner ve S.Weikart, Çad’da Devlet Koordineli Şiddet: DDS Hapishanelerinde Rapor Edilen Hapishane Mortalitesinin İstatistiki Olarak İncelenmesi ve Hissene Habre, 1982-1990 (Benetech İnsan Hakları Veri Analizi Grubu tarafından İnsan Hakları İzleme ve Şiddetle Mücadele Örgütü ve Siyasi Baskı ve Suç Kurbanları Derneği tarafından hazırlanan Rapor) Komuta Sorumluluğu, 3 Şubat 2010, <http://www.hrdag.org/about/chad.shtml> adresinden ulaşılabilir

Tüm bunlara rağmen, bu tartışma konusu olduğundan beri, önemli olan mevcut durumun değerlendirilmesidir. Bu, şu şekilde özetlenebilir: Habre'nin işlediği iddiası ortaya çıkmadan önce Senegal'in yasa değişikliklerinin konusu olan suçlar on yıllardır olmasa da yıllardır (konvansiyonel ya da teamüli) uluslararası hukuk kuralları uyarınca suç sayılmaktadırlar. Buna ek olarak, diğer unsurlar Senegal'in yasa değişikliklerinin yasallığını desteklemektedir: (i) uluslararası hukuk açıkça işkence, soykırım ve savaş suçlarına etkinlik kazandırmak için ilgili yasal düzenlemelerin devletlerce kabul edilmesi gerektiğini şart koşmaktadır; (ii) en azından işkence ve soykırımla ilgili olarak, birçok ülke bu tip eylemleri suç sayan ulusal mevzuatı kabul ettiği için yasakların hukukun genel bir prensibine eşdeğer, dünya üzerindeki her ulus için ortak olduğu iddia edilebilecektir ve (iii) Senegal'de anayasal olarak uluslararası hukukun ilgili kuralları, alelade hukuktan üstündür.⁴³ Tüm bunlar ışığında Habre vakasında mahkemenin kararında belirttiğinin aksine, Senegal yasa değişiklikleri ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini ihlal etmemiştir.

Çad mevzuatı insanlığa karşı suçları ve işkenceyi suç saymadığı için, Senegal mevzuatı uyarınca Habre'yi yargılamanın kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olacağı yönünde tartışma yapılabilir. Bir diğer anlatımla, Habre söz konusu suçların kendi ülkesinde suç teşkil eden eylemler olarak addedilmediğinden ötürü yasaklandığının farkında olmayabilir. Yine de bu argüman su geçirmez değildir. Yukarıda işaret edildiği üzere, 1982 -90 arasında eski diktatör tarafından işlendiği iddia edilen suçlar Çad Mevzuatına göre adi suçlar (adam öldürme, ağır yaralama, vs.) olarak düzenlenmiştir. Habre, Çad Hukuku zamanında yasal olarak nasıl karakterize edilmiş olursa olsun eyleme ilişkin yasağı farkında olmalıdır.

6. ECOWAS Mahkemesi tarafından Önerilen Çözüm Ad Hoc Mahkeme

Mahkemenin görüşüne göre, Senegal'in Afrika Birliği tarafından yapmakla yetkilendirildiği işi gerçekleştirebilmesi için tek bir yol bulunmaktadır o da: benzer durumlarda ortaya çıkan uluslararası teamüllere

43 Senegal Cumhuriyeti Anayasası Madde 79

uygun bir ad hoc mahkemenin teşekkülüdür. Yasal dayanağı ICCPR Madde 15(2)'de yer alan bu ad hoc mahkemenin yapılanmasında karar Senegal'e bırakılacaktır.⁴⁴ Oldukça tutarsız bir tavır içinde, Mahkeme oldukça makul bir yerel yargılamayı da kapsayacak şekilde herhangi başka bir seçeneğin ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini ihlal edeceğine hükmetmektedir.

Mahkemenin hukuki gerekçelendirmesinde: (i) bir ad hoc mahkemenin kurulması için 'uluslararası teamülün' varlığı; (ii) bu tür geçici mahkemenin tanımlanmamış niteliği; (iii) ICCPR Madde 15(2)'in uygulanması ve (iv) ad hoc mahkemeye ilgili olarak önerilen farklı kanunsuz suç ve ceza olmaz standardı kusurludur.

Mahkemenin öncelikli değerlendirmesi ilk bakışta politik olarak zorlayıcıdır: bu doğru olsa da birçok eski devlet başkanına dair dava ya da uluslararası suçlar özel veya ad hoc mahkemeler önünde dinlenilmiştir (örneğin Hermann Göring, Slobodan Milosevic, Saddam Hüseyin ve Charles Taylor). Yine de kayda değerdir ki örneğin, bu tip mahkemelerin yargılama yapacağı değerlendirilmesi yerel mahkemelerin görevsiz ve yetkisiz olduğu kararıyla desteklenmiştir.⁴⁵ Artık Hissene Habre davasında Senegal Mahkemeleri eski Çadlı Diktatörü yargılamak konusunda görevli ve yetkilidir.

Bundan da öte mahkemenin ad hoc ya da özel mahkemeye neyi ima ettiği hala bir muammadır. Bu ICTY veya ICTR gibi bir uluslararası ad hoc mahkemeyi mi, yoksa Olağanüstü Yetkili Kamboçya Mahkemeleri ya da Lübnan Özel Mahkemesi gibi hibrit mahkemeyi mi, yoksa Irak Yüksek Ceza Mahkemesi gibi özel yetkili bir yerel mahkemeyi mi ima etmektedir? Muhtemelen son seçenek Mahkemeye göre Senegal'in Habre'yi yerel mahkemeleri önünde ceza hukukunun geriye yürümez-

44 "Toutefois, la Cour rele've que la mise en oeuvre du mandat de l'Union Africaine doit se faire selon la coutume internationale qui a pris l'habitude dans de telles situations de creer de juridictions ad hoc [sic] ou speciales. L'expression «. jurisdiction competente ..» contenue dans ce mandat ne signifie rien d'autre que la mise en place d'un cadre judiciaire ad hoc [sic] dont la creation et les attributions trouveraient leur bas relief dans les dispositions de L'article 15.2 du Pacte International sur les Droits Civils et Politiques et que le Senegal est charge de proposer au mandant les formes et modalite sde mise en place d'une telle structure." ECOWAS Kararı, § 58 (orijinal vurgu).

45 Bu eğilim, UCM'nin dayandığı tamamlayıcılık sistemine da yansımaktadır. Bkz. UCM Sta. Madde 1, 15, 17-19.

liği ilkesini ihlal etmeden yargılaması mümkün olmadığından sadece uluslararası ya da hibrit bir çözüm bu kararlar tutarlı olacaktır. Daha da çarpıcı olan şey, mahkeme açıkça belirtmediği bir ad hoc mahkemenin kurulması için yasal temeli ve uluslararası teamül alanını göstermemiştir. Her ne kadar geçici mahkemelerin kurulması üst düzey suçluların karmaşık davaları ile ilgili kapsamlı ve tutarlı bir uygulama oluşturabilirse de bu tür uygulamaların bir teamül haline geldiği sonucuna varmak için daha fazla destek gerekli olacaktır. Üstelik bu kuralın içeriği ne olacaktır? Devlet Başkanları ya da uluslararası suçları içeren bir dizi davanın sıradan ulusal mahkemeler önünde görülmesi göstermektedir ki uluslararası ad hoc mahkemeler seçeneği yalnızca ulusal yargı yolu harekete geçirilemediği zaman tercih edilen bir uygulamadır.⁴⁶ Bundan da öte önerilen çözüm bir soru sormayı gerektirmektedir: Senegal kendi başına bir ad hoc mahkeme kurabilir mi, yoksa bu arayışta diğer devletleri bir araya getirmeli midir? İkinci çözüm tercih edilirse sadece bir devlet yeterli midir, yoksa ECOWAS Mahkemesi'nin öngördüğü bir birleşik ECOWAS Ceza Yargı Dairesi midir?

Mahkeme'nin, söz konusu eylemleri suç kabul etmek için kaynak olarak "milletler cemiyeti tarafından tanınan hukukun genel ilkelerine" atıfta bulunan ICCPR Madde 15 (2)'in ad hoc mahkemenin yargı yetkisine dayanak oluşturduğunu öne süren gerekçesi de sorunludur. Bir ön gözlem yapmak gerekirse: hukukun genel prensiplerine aykırı davranışların suç sayılması, çetin bir çatışma haline gelebilir ve bilgim dâhilinde ulusal ya da uluslararası yargılamada tek bir emsali dahi bulunmamaktadır. Dahası bu davranışların sadece hukukun genel prensiplerine dayanarak suç kabul edilmesinin yasallık ilkesini ciddi şekilde tehlikeye sokacağı belirtilmektedir. Birincisi, hukukun genel bir prensibinin varlığının gereklilikleri, teamüli uluslararası kurullarla ilgili olanlardan daha az bağlayıcıdır⁴⁷; dolayısıyla erişilebilirlik ve öngörülebi-

46 Örneğin ICTY, BM Güvenlik Konseyi tarafından, Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın VII. Bölümüyle bağlı olarak; eski Yugoslavya'nın mevcut koşullarında, uluslararası bir mahkemenin geçici bir önlem olarak kurulması ve uluslararası insani hukukun ciddi derecede ihlal edilmesinden sorumlu kişilerin yargılanması barışın yeniden tesis edilmesine katkı sağlayacağından bahisle kurulmuştur. SC Res. 827, 25 Mayıs 1993, § 6.

47 Yetkili ICJ'nin değindiği üzere, teamüli bir normun varlığı, yerleşmiş fikirlerden çıkarılan sonuçlarla değil yeterince geniş ve ikna edici bir devlet pratiğinin analizine dayanan indüksiyon yoluyla kurulmaktadır. Maine Bölgesindeki Körfez Deniz Sınırlarının Çizilmesi (Kanada v. Amerika Birleşik Devletleri), ICJ Rep (1984) 246, § 111.

lirlik seviyesi çok şüpheli olacaktır. İkincisi, hukukun genel prensipleri temelde anlaşmadan doğan ya da teamül temelli suçlara ilişkin boşlukları doldurmak içindir. Ve son olarak, daha önce söylendiği üzere, Madde 15 (2)'de genel hukuk ilkelerine atıf yapılmasının amacı, birincil uluslararası hukuk kaynakları yetersiz kaldığında yargıya tamamlayıcı kaynak sunmaktır.

Buna istinaden, Mahkemenin kararı yalnızca emsalsiz ve potansiyel olarak adaletsiz değil, aynı zamanda hatalıdır. Nitekim Habre tarafından işlendiği iddia edilen eylemlerin gerçekleştiği dönemde, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve işkence suçları, uluslararası antlaşma ve teamül hukuku düzeyinde suç kabul edilmiştir. Buna rağmen, mahkeme madde 15(2)'i yanlış uygulamıştır. İki temel sebepten ötürü 15(1)'e atıf yapılması gerekmektedir: (i) işlendiği iddia edilen zamanda ilgili eylemler uluslararası kurallara göre suç teşkil etmektedir ve (ii) Habre tarafından işlendiği iddia edilen eylemler sırasında insanlığa karşı suçları ve savaş suçlarını yasaklayan bütün uluslar için ortak bir genel prensip bulunmamaktadır.

Mahkeme'nin gerekçelendirmesindeki bir diğer kusur, daha önce tartıştığım konuyla yakından ilişkilidir. Mahkeme, ad hoc mahkemenin yetkisi için hukuki dayanak olarak madde 15(2)'e atıfta bulunarak, mahkemenin yerel mahkemelere uygulanacak olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesiyle aynen bağlı olmayacağını öne sürmektedir. Nitekim Senegal, Habre'yi eklediği bir yasaya dayanarak yargılayamazken (çünkü burada fiilin işlendiği iddia edilen zamanda, suç teşkil etmektedir), bir ad hoc mahkemenin Habre'yi dünyanın tüm uluslarının benimsediği hukukun genel prensiplerini temel alarak yargılaması meşru olacaktır. Bu tür muhakeme çelişkili görünmektedir: İlgili eylemin icrasından önce onu suç kabul eden bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olması nedeniyle, herhangi bir geçici mahkeme, Habre'yi daha az bağlayıcı Madde 15(2)'e dayanarak değil de Madde15(1)'e dayanarak yargılamalıdır. Üstelik yerel mahkemeler herhangi bir kural var olmadığında her ad hoc mahkeme gibi hukukun genel prensiplerine başvurabilmektedirler. Bir diğer söyleyişle, madde 15(2)'in sadece ad hoc mahkemeler tarafından uygulanabileceğine ilişkin herhangi bir hukuki temel bulunmamaktadır. İlginçtir ki, Habre'yi yargılamak için bir ad hoc mahkeme kurulması durumunda bu tür bir mahkemenin, katiyetle, söz

konusu suçları yasaklayan kurallara atıfta bulunan bir Statüyü kabul etmesi gerekmektedir. Bu statü açıkça, aynı ulusal hukuka dâhil edilen gibi geriye yürüyecektir. Dolayısıyla, eğer biri Mahkemenin sonradan dâhil edilen yasanın ceza hukukunun geriye yürümezliği ilkesini ihlal ettiği görüşüne (sorgulanan dava konusu eylemin uluslararası hukuk uyarınca hali hazırda suç kabul edildiği durumlarda bile) katılırsa aleni bir çelişkiye düşecektir: ulusal mevzuata dâhil olmuş yasa geriye dönük olarak uygulanamazken, bir ad hoc mahkemenin – dâhil edilen yasayla aynı fonksiyona sahip yani yargı organınının yargı yetkisini saptayan – statüsü uygulanabilmektedir.

7. Son Sözler

ECOWAS Mahkemesi'nin Habre davasındaki kararı şaşkıncı derecede zit öğeleri içinde barındırmaktadır. Bir yandan, kanunsuz suç ve ceza olmaz hakkındaki BM Sözleşmesi madde 15(1) doğru yorumlamaktadır. Eğer bir eylem ulusal hukuka uygun; ancak uluslararası hukuka aykırı ise, kovuşturma anında ilgili suçlar üzerinde yargı yetkisine sahip olmaları koşuluyla uluslararası ya da ulusal mahkeme tarafından kovuşturulabilmektedir.

Diğer yandan, mahkeme ad hoc mahkemenin kuruluşuna ilişkin belirsiz çözümün ardına saklanmaktadır. Mahkeme, bence şüphesiz Senegal'e Habre'yi uluslararası hukuk nezdinde yargılamak için izin verecek olan Madde 15 (1) 'e güvenmemiştir. Daha ziyade, bir ad hoc mahkemenin kuruluş ve yetkisini yanlış temellendirerek hukukun genel prensiplerine atıfta bulunmuştur.

Üzücüdür ki mahkeme kararında tutarlı değildir. Muhakeme muhtemelen eski bir Afrika liderinin yargılanmasının yükünü bir başka Afrika ülkesine yüklememek ya da bölgedeki dokunulmazlığa karşı toplu bir mesaj vermek gibi bir Afrika Birliği iradesiyle siyasi meselelerce yönlendirilmiştir. Buna rağmen, mahkemenin tutarsızlığı siyasi çözümde geri tepmiştir. Senegal'in dâhil edilen yasanın geriye yürümezlik ilkesini ihlal edeceğini savunan mahkeme, aynı nedenlerden ötürü herhangi bir ad hoc mahkeme statüsünün de aynı duruma düşeceğini farkına varamamıştır. Mahkeme yasanın kabul edilmiş tarihine bakmaktansa, olayların gerçekleştiği esnada uygulanabilecek bir uluslararası hukuk kuralının varlığını araştırmalıdır.

Özetle, bu hüküm adil olmak gerekirse Hissene Habre destanında oldukça olumlu bir gelişmedir. Mahkeme bir adım öne gitmiş (ICCPR Madde 15 (1) 'i doğru olarak yorumlamıştır), ancak Senegal mahkemelerinin Habre'yi işlediği iddia edilen ilgili suçlardan yargılamasını önlemek için çaba sarf etmiştir. Kuşkusuz, uluslararası adalet, özellikle işlenen suçların liderlere ya da eski liderlere atfedilmesi durumunda hızlı yol alamayacaktır. Hesap verilebilirlik ilkesinin hüküm sürdüğü ve usule aykırılıkların son bulduğu bir nokta mutlaka olacaktır. Hem mağdurların taleplerine kulak vermek hem de evrensel değerleri yeniden teyit etmek için devlet egemenliğine giren geleneksel engellerin bir kenara bırakılması ve adaletin kendi rotasını çizmesine müsaade edilmesi gerekmektedir.